

# **BVGer A-4092/2016 vom 17. März 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-03-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-4092\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4092_2016)

FR: TAF A-4092/2016 du 17 mars 2017

IT: TAF A-4092/2016 del 17 marzo 2017

## **Regeste**

Anlagevorschriften

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Die Vorinstanz beaufsichtigt gemäss Art. 64a Abs. 2 BVG unter anderem die Anlagestiftungen. Sie ist demnach eine Aufsichtsbehörde im Bereiche der beruflichen Vorsorge und ihre Verfügungen können nach Art. 74 Abs. 1 BVG in Verbindung mit Art. 33 Bst. i VGG beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG ist dem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein entsprechendes schutzwürdiges Interesse nachweist. Der Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist dabei subsidiär gegenüber rechtsgestaltenden Verfügungen (BGE 137 II 199 E. 6.5, 126 II 300 E. 2c; BVGE 2010/12 E. 2.3, 2007/24 E. 1.3). Mit dem Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids vom 30. Mai 2016 stellt die Beschwerdeführerin vorliegend bereits ein umfassendes Leistungsbegehren. Dem formellen Antrag, es sei festzustellen, «dass die Anlagerichtlinien nicht gegen die Bestimmungen der beruflichen Vorsorge und die [...] ASV [...] verstossen» (Beschwerde, S. 2), kommt neben diesem Leistungsbegehren keine eigenständige Bedeutung zu, weshalb auf diesen Antrag mangels Feststellungsinteresses nicht einzutreten ist.

### **E. 1.3**

Die mit der angefochtenen Verfügung getroffene Anordnung, wonach die Beschwerdeführerin bis zum 30. November 2016 eine angepasste Anlagerichtlinie einzureichen habe, ist hinfällig geworden, da das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde mit Zwischenverfügung vom 15. Juli 2016 die aufschiebende Wirkung erteilte und die genannte Frist abgelaufen ist. Soweit sich die Beschwerde gegen diese Anordnung richtet, ist sie deshalb als gegenstandslos geworden zu betrachten.

### **E. 1.4**

Mit den genannten Einschränkungen (E. 1.2 f.) ist auf die im Übrigen mit der nötigen Beschwerdeberechtigung (Art. 48 Abs. 1 VwVG) sowie form- und fristgerecht (Art. 50 und 52 VwVG) eingereichte Beschwerde einzutreten.

### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft gemäss Art. 49 VwVG die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat. Da sich die Kognition der oberen Instanz nur verengen, nicht aber erweitern kann, gilt es jedoch zu beachten, dass die Aufsichtstätigkeit im Bereich der beruflichen Vorsorge als Rechtskontrolle ausgestaltet ist, weshalb sich auch das angerufene Gericht - in Abweichung von Art. 49 Bst. c VwVG - auf eine Rechtskontrolle zu beschränken hat, soweit Entscheide des Stiftungs-rates zu überprüfen sind (vgl. BGE 135 V 382 E. 4.2; Urteil des BGer 9C\_756/2009 vom 8. Februar 2010 E. 5; Urteil des BVGer A-3821/2016 vom 29. September 2016 E. 2.1). Von der Vorinstanz als Aufsichtsbehörde erlassene Massnahmen sind hingegen mit voller Kognition zu überprüfen. Dabei hat die Beschwerdeinstanz aber zu berücksichtigen, dass der Aufsichtsbehörde bei der Anordnung von Massnahmen ein erheblicher Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum zusteht, weshalb eine gewisse Zurückhaltung bei der gerichtlichen Überprüfung geboten ist (vgl. - allerdings zu Massnahmen im Sinne von Art. 62 BVG - BGE 132 II 144 E. 1.2; Urteil des BGer 2A.395/2002 vom 14. August 2003 E. 2.1; Urteile des BVGer vom 29. September 2016 E. 2.2, A-3821/2016 E. 2.2, A-1696/2015 vom 27. April 2016 E. 2.1).

### **E. 2.2**

Rechtsprechungsgemäss kann das Beweisverfahren geschlossen werden, wenn die noch im Raum stehenden Beweisanträge eine nicht erhebliche Tatsache betreffen oder offensichtlich untauglich sind, etwa weil ihnen die Beweiseignung abgeht oder umgekehrt die betreffende Tatsache aus den Akten bereits genügend ersichtlich ist, oder wenn das Gericht seine Überzeugung bereits gebildet hat und annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (sog. antizipierte Beweiswürdigung; Urteil des BGer 8C\_417/2011 vom 2. September 2012 E. 5.4.1; Urteile des BVGer A-5523/2015 vom 31. August 2016 E. 2.3, A-253/2015 vom 14. September 2015 E. 3).

### **E. 2.3**

Eine Gesetzeslücke bzw. eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes ist gegeben, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, indem sie auf eine bestimmte Frage keine zufriedenstellende Antwort gibt. Keine ausfüllungsbedürftige Lücke liegt vor, wenn das Fehlen einer gesetzgeberischen Anordnung eine bewusst negative Antwort, d.h. ein sog. qualifiziertes Schweigen bildet. Ob Letzteres der Fall ist, ist mittels Auslegung zu ermitteln (vgl. zum Ganzen BGE 127 V 38 E. 4b/cc, m.w.H.).

### **E. 2.4**

Der Wortlaut einer Bestimmung ist Ausgangspunkt jeder Auslegung. Vom klaren Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Liegen entsprechende Zweifel vor, ist die fragliche Bestimmung mit Hilfe der übrigen Auslegungselemente auszulegen, um den wahren Sinngehalt der Gesetzesbestimmung zu ermitteln. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historische Auslegung),

ihren Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen (systematische Auslegung) zukommt (sog. Methodenpluralismus; BGE 141 V 197 E. 5.2, 141 V 221 E. 5.2.1, 141 II 57 E. 3.2, 141 II 436 E. 4.1). Gesetzesmaterialien können insbesondere, wenn eine Bestimmung unklar ist oder verschiedene, einander widersprechende Auslegungen zulässt, ein wertvolles Hilfsmittel bilden, um den Normsinn zu erkennen und damit unrichtige Auslegungen zu vermeiden. Nicht dienlich als Auslegungshilfe sind die Materialien, wenn sie keine klare Antwort geben. Zwar darf der Wille des historischen Gesetzgebers namentlich bei relativ jungen Gesetzen nicht übergangen werden (vgl. Michael Beusch, Auslegung, in: Martin Zweifel et al. [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, 2015, N. 18). Hat dieser Wille aber keinen Niederschlag im Gesetzestext gefunden, ist er für die Auslegung nicht massgebend (vgl. BGE 137 V 167 E. 3.2, mit Rechtsprechungshinweisen). Zu den Gesetzgebungsmaterialien zählen namentlich Dokumentationen über das Vorverfahren, die bundesrätlichen Botschaften und parlamentarische Berichte (vgl. Beusch, a.a.O., N. 18; Ernst Höhn, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, 1993, S. 212). Bei Verordnungen können als Materialien unter anderem Vernehmlassungsberichte beachtlich sein, wenn davon ausgegangen werden kann, dass der Verordnungsgeber tatsächlich einer im Rahmen der Vernehmlassung geäusserten Auffassung folgen wollte (vgl. Hansjörg Seiler, Praktische Rechtsanwendung, 2009, S. 44 f.). Aus der Entstehungsgeschichte einer Norm kann sich klar ergeben, dass an eine bestimmte Frage nicht gedacht wurde. Gegebenenfalls lässt sich ein qualifiziertes Schweigen ausschliessen (Seiler, a.a.O., S. 45).

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 71 Abs. 1 BVG verwalten die Vorsorgeeinrichtungen ihr Vermögen so, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet sind. Die Anlagevorschriften von Art. 49-59 BVV 2 konkretisieren als Durchführungsbestimmungen die in Art. 71 Abs. 1 BVG statuierten Grundsätze (vgl. BGE 138 V 420 E. 3.1.1; Urteil des BVGer C-6106/2009 vom 20. Oktober 2011 E. 5.1; Oliver Arter/Stefan Koller, Vermögensanlage von Pensionskassengeldern, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2007, S. 620 ff., S. 622).

### **E. 3.2**

Die Vorsorgeeinrichtung muss ihre Vermögensanlagen sorgfältig auswählen, bewirtschaften und überwachen (Art. 50 Abs. 1 BVV 2). Sie muss bei der Anlage des Vermögens darauf achten, dass die Sicherheit der Erfüllung der Vorsorgezwecke gewährleistet ist. Die Beurteilung der Sicherheit erfolgt insbesondere in Würdigung der gesamten Aktiven und Passiven sowie der Struktur und der zu erwartenden Entwicklung des Versichertenbestandes (Art. 50 Abs. 2 BVV 2). Die Vorsorgeeinrichtung muss bei der Anlage des Vermögens den Grundsatz der angemessenen Risikoverteilung einhalten; die Mittel müssen insbesondere auf verschiedene Anlagekategorien, Regionen und Wirtschaftszweige verteilt werden (Art. 50 Abs. 3 BVV 2). Gemäss Art. 50 Abs. 4 BVV 2 kann die Vorsorgeeinrichtung, sofern sie die Einhaltung der Art. 50 Abs. 1-3 BVV 2 im Anhang der Jahresrechnung schlüssig darlegt, gestützt auf ihr Reglement die Anlagemöglichkeiten nach Art. 53 Abs. 1-4, Art. 54, Art. 54a, Art. 54b Abs. 1, Art. 55, Art. 56, Art. 56a Abs. 1 und 5 sowie Art. 57 Abs. 2 und 3 BVV 2 erweitern. In Art. 53 Abs. 1 BVV 2 werden die zulässigen Anlagekategorien aufgelistet. Danach sind als Anlagen für

das Vermögen einer Vorsorgeeinrichtung unter anderem Bargeld (vgl. Bst. a) sowie Beteiligungen an Gesellschaften wie Aktien (vgl. Bst. d) zulässig. Art. 55 BVV 2 sieht für die einzelnen Anlagekategorien bezogen auf das Gesamtvermögen quantitative Begrenzungen vor; und zwar insbesondere die Begrenzung auf 50 Prozent für Anlagen in Aktien (Bst. b) und die Begrenzung auf 30 Prozent für Fremdwährungen ohne Währungssicherung (Bst. e).

### **E. 3.3**

Das BSV hat zu Art. 55 BVV 2 insbesondere ausgeführt, dass mit den in dieser Vorschrift vorgesehenen Anlagerestriktionen eine möglichst ideale Diversifikation ermöglicht werden soll, welche die diversifizierbaren, unsystematischen Risiken wesentlich reduziert (Ziff. 2.7 Abs. 2 der vom BSV am 27. Oktober 2008 publizierten Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 108).

### **E. 4.1**

Nach Art. 53g Abs. 1 BVG können zur gemeinsamen Anlage und Verwaltung von Vorsorgegeldern Stiftungen nach den Art. 80-89bis des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) gegründet werden. Solche Anlagestiftungen sind Einrichtungen, die der beruflichen Vorsorge dienen (Art. 53g Abs. 2 Satz 1 BVG). Sie unterstehen dem BVG (Art. 53g Abs. 2 Satz 2 BVG). Soweit dieses Gesetz und seine Ausführungsbestimmungen keine auf die Anlagestiftung anwendbare Regelung vorsehen, sind auf sie subsidiär die allgemeinen Bestimmungen des Stiftungsrechts anwendbar (Art. 53g Abs. 2 Satz 3 BVG; siehe zum Ganzen Urteil des BVGer A-3537/2014 vom 16. März 2016 E. 3.1; Marc Hürzeler, Neue Regelungen über die Anlagestiftungen [Investmentstiftungen], in: Haftung und Versicherung [HAVE] 2012, S. 335 f.). Die Anlagestiftung bezweckt die gemeinsame Anlage und Verwaltung von Vorsorgegeldern verschiedener ihr unterstellter Vorsorgeeinrichtungen. Diese überlassen der Anlagestiftung das Vermögen treuhänderisch zu Eigentum. Die Anlagestiftung selbst erbringt so keine Versicherungsleistungen, sondern eigentliche Dienstleistungen zu Gunsten der ihr «angeschlossenen» Destinatäre resp. Vorsorgeeinrichtungen (Gabriela Riemer Kafka, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2014, N. 6.33a). Die Anlagestiftung ist demnach eine Hilfseinrichtung, welche den Vorsorgeeinrichtungen ermöglichen soll, ihre Zwecksetzung zu erreichen (Armin Kühne, Recht der kollektiven Kapitalanlagen in der Praxis, 2. Aufl. 2015, N. 1332; Laurence Uttinger/Aline Ulmer, Die Anlagestiftung, in: AJP 2012, S. 1515 ff., S. 1517 und 1521; siehe zum Ganzen Urteil des BVGer A-3537/2014 vom 16. März 2016 E. 3.1).

### **E. 4.2**

Das Gesamtvermögen der Anlagestiftung teilt sich in das Stammvermögen und das Anlagevermögen auf (Art. 53i Abs. 1 Satz 1 BVG). Gemäss Art. 53i Abs. 2 Satz 1 BVG besteht das Anlagevermögen aus den von Anlegern zum Zwecke der gemeinsamen Vermögensanlage eingebrachten Geldern. Es bildet eine Anlagegruppe oder gliedert sich in mehrere Anlagegruppen (Art. 53i Abs. 2 Satz 2 BVG). Die Anlagegruppen werden rechnerisch selbständig geführt und sind wirtschaftlich voneinander unabhängig (Art. 53i Abs. 2 Satz 3 BVG).

### **E. 4.3**

Mit Bezug auf die Anlagestiftungen erlässt der Bundesrat gemäss Art. 53k BVG Bestimmungen über: a. den Anlegerkreis; b. die Äufnung und Verwendung des

Stammvermögen; c. die Gründung, Organisation und Aufhebung; d. die Anlage, Buchführung, Rechnungslegung und Revision; e. die Anlegerrechte. Gestützt auf Art. 53k BVG erliess der Bundesrat die ASV.

#### **E. 4.4**

Soweit die ASV keine besonderen Regelungen enthält, gelten für das Anlagevermögen nach Art. 26 Abs. 1 ASV die Art. 49-56a BVV 2, ausgenommen Art. 50 Abs. 2, 4 und 5 BVV 2, sinngemäss (vgl. zu Art. 49 ff. BVV 2 E. 3.2 f.). Gemäss Art. 26 Abs. 2 ASV gilt für alle Anlagegruppen der Grundsatz angemessener Risikoverteilung im Rahmen ihrer Fokussierung.

#### **E. 4.5**

Art. 29 ASV enthält für gemischte Anlagegruppen - in Abs. 1 Verteilungsgrundsätze für Obligationen (Bst. a), Aktien (Bst. b) und Immobilienanlagen (Bst. c), - in Abs. 2 (zusammen mit dem damit für sinngemäss anwendbar erklärten Art. 27 ASV) eine ergänzende Sonderregelung für Immobilienanlagen, sowie - in Abs. 3 eine Regelung, mit welchen Instrumenten «alternative Anlagen» zulässig sind.

#### **E. 4.6**

Die Anlegerversammlung erlässt Bestimmungen namentlich über die Anlagen des Anlagevermögens (vgl. Art. 53i Abs. 1 Satz 2 BVG; siehe dazu auch Art. 13 Abs. 1 ASV). Die Statuten können vorsehen, dass diese Befugnis durch den Stiftungsrat ausgeübt wird (Art. 53i Abs. 1 Satz 3 BVG; vgl. auch Art. 13 Abs. 3 Bst. d ASV). Gemäss Art. 14 ASV erlässt die Anlagestiftung für jede Anlagegruppe Anlagerichtlinien, welche den Anlagefokus, die zulässigen Anlagen sowie die Anlagerestriktionen für die Anlagegruppe vollständig und klar darlegen.

#### **E. 5.1**

In seinen am 19. Juli 2011 veröffentlichten Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 123 publizierte das BSV insbesondere seinen erläuternden Bericht vom Juni 2011 zu den Änderungen der Verordnungen im Rahmen der Strukturreform in der beruflichen Vorsorge sowie der Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften (S. 45 ff. der Mitteilungen). Zur ASV wird in Ziff. 1.2 und 5 dieses Berichtes (im Abschnitt «Einleitende Bemerkungen») insbesondere ausgeführt, dass die darin enthaltenen Bestimmungen eine erstmalige Kodifizierung darstellen, sich aber im Wesentlichen an der bisherigen Praxis orientieren würden. Ferner enthält der Bericht folgende allgemeine Ausführungen zum Anlagevermögen von Anlagestiftungen (S. 90 f. der Mitteilungen): «Massgeblicher Artikel zur Anlage der Vorsorgegelder von Anlagestiftungen war bislang Artikel 59 BVV 2, der am 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt wurde. Danach ist für die Anlagetätigkeit von Anlagestiftungen, als Annexeinrichtung der beruflichen Vorsorge, die sinngemässe Anwendung der Anlagebestimmungen von Artikel 49 ff. BVV 2 vorgeschrieben. Die Aufsicht kann nach Artikel 59 Absatz 2 BVV 2 zwar Ausnahmen davon gewähren. Indes liess diese Bestimmung eine weitgehende Liberalisierung, etwa von der Diversifikation, nicht zu. Der Verordnungsgeber wollte ferner, dass für die ‚sinngemässe Anlage‘ an die bisherige, bewährte Praxis angeknüpft wird [...], die aus den Anlagebestimmungen der BVV 2 in Verbindung mit Artikel 4b [a]BVV 1 [= frühere Verordnung vom 29. Juni 1983 über die Beaufsichtigung und die Registrierung der Vorsorgeeinrichtungen in der Fassung vom 18. August 2004, AS 2004 4279 4653] abgeleitet wurde. Auch in den eidgenössischen Räten wurde die Funktion der

Anlagestiftung als Hilfseinrichtung im Bereich der beruflichen Vorsorge betont. Dabei wurde ebenfalls davon ausgegangen, dass die Anlagen auf die BVV 2-Anlagevorschriften auszurichten sind. Der Gesetzgeber hat den Verordnungsgeber in Artikel 53k Buchstabe d BVG beauftragt, für diese Anlagehilfseinrichtungen der beruflichen Vorsorge eine Anlageregelung zu treffen. Nach dem Gesagten muss diese auf die BVV 2-Anlagevorschriften ausgerichtet sein. Die Anlagestiftungen stellen für Vorsorgeeinrichtungen im Vergleich zu anderen kollektiven Kapitalanlagen einen Mehrwert für die Anlagetätigkeit dar. Sie erleichtern den Vorsorgeeinrichtungen, die sich innerhalb des Rahmens der Anlagebestimmungen von Artikel 53 ff. BVV 2 bewegen, ihre Anlagetätigkeit. Die Anlehnung an die BVV 2-Vorschriften trägt sodann zur Risikoreduktion und Verlustbegrenzung bei. Vor diesem Hintergrund und im Sinne der Rechtssicherheit wurde vorliegend eine auf die BVV 2-Anlagevorschriften ausgerichtete Regelung getroffen.» Im Bericht wird weiter erklärt, dass die Generalklausel von Art. 26 Abs. 1 ASV «aufgrund des Anlagehilfseinrichtungscharakters der Anlagestiftungen» an die Anlagebestimmungen der BVV 2 anknüpfe. Gemäss dem Bericht bedeutet die Einschränkung des Grundsatz der Diversifikation in Art. 26 Abs. 2 ASV sodann, dass Anlagegruppen auch Nischenprodukte sein dürften. Nischenprodukte mit enger Fokussierung seien vorab jene Anlagegruppen, welche sich lediglich auf ein bestimmtes Land (Ausland) oder eine bestimmte Branche (wie Pharma, Technologie usw.) ausrichten würden. Obschon solche Anlagegruppen Ausnahmen bilden würden, sollten sie nach dem Bericht nicht verboten sein. Zu den gemischten Anlagegruppen wird im genannten erläuternden Bericht Folgendes erklärt (S. 96 der Mitteilungen): «Für die Anlagen in gemischte Anlagegruppen gelten gestützt auf Artikel 26 Absatz 1 die Vorschriften nach Artikel 50 ff. BVV 2, namentlich auch die Kategoriebegrenzungen von Artikel 55 BVV 2.»

### **E. 5.2**

Der hiervor aus dem erläuternden Bericht des BSV vom Juni 2011 zitierte Abschnitt zu den gemischten Anlagegruppen fand sich schon im «Erläuternden Bericht für die Vernehmlassung über die Änderungen der Verordnungen im Rahmen der Strukturreform in der beruflichen Vorsorge» des BSV vom 12. November 2010 (S. 57 dieses Berichts [abrufbar auf [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1908/d\\_Bericht.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1908/d_Bericht.pdf), zuletzt eingesehen am 28. Februar 2017]).

### **E. 5.3**

Im Bericht des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) vom 15. April 2011 über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens betreffend die Verordnungen zur Umsetzung der Strukturreform in der beruflichen Vorsorge wird zum Entwurf der Vorschriften von Art. 26 und Art. 29 ASV namentlich Folgendes festgehalten (S. 22 f. des Berichts [abrufbar auf <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/23317.pdf>, zuletzt eingesehen am 28. Februar 2017]): «Zu Art. 26 (allg. Bestimmungen): KGAST [= Konferenz der Geschäftsführer von Anlagestiftungen] schreibt, die Absätze 1 und 2 von Art. 26, welche die sinngemässe Anwendung der Anlagevorschriften der BVV 2 für die Anlagestiftungen und eine angemessene Risikoverteilung für Anlagegruppen verlangen, würden die eigentliche Natur der Anlagestiftungen verkennen und müssten als konzeptionell falsch bezeichnet werden. Sie lehnt die Diversifikationsvorschriften auf Stufe Anlagestiftung ab, eine solche sei auf Stufe Vorsorgeeinrichtung ausreichend. Auch Schuldner- und Gesellschaftsbegrenzungen der BVV 2 sollen überschreitbar sein (zu Abs. 3). Ein Vorgehen

gemäss Tracking Error wird abgelehnt. Auch die Vorschrift von Abs. 4 zur Limitierung des Gegenparteirisikos wird verworfen. Ebenso soll Abs. 6, welcher die Kreditaufnahme und damit einen Hebel (das ‚leveragen‘) von Anlagegruppen weitgehend untersagt, gestrichen werden. Im Grundsatz unterstützt auch ASIP [= Schweizerischer Pensionskassenverband] die KGAST (ohne ins Detail zu gehen). Swisscanto ist gegen die Einhaltung der BVV 2 Diversifikationsvorschriften bei Anlagegruppen und möchte den Schuldneranteil von Abs. 4 nicht limitieren. Auch der SFA [= Swiss Funds Association] lehnt die Diversifikationsregeln ab und möchte eine engere Anlehnung an die Fondsregeln. HIG [= HIG Immobilien Anlage Stiftung] kritisiert Art. 26 bis 34 als zu einschränkend. Die Treuhandkammer möchte Artikel 26 überarbeiten. Sie ist für eine angemessene Risikoverteilung im Rahmen der Fokussierung. Sie betont die Wichtigkeit der Transparenz, damit die Anleger die Einhaltung der BVV 2 Anlagevorschriften selbst beurteilen können. Sie will Anlagegruppen ermöglichen, welche von der Schuldner- und Gesellschaftsbegrenzung abweichen können, und spricht sich für die weitgehende Limitierung der Kreditaufnahme von Anlagestiftungen aus.» «Art. 29 (Gemischte Anlagegruppen) Hier möchte KGAST eine Unterscheidung in Anlagegruppen, welche die Vorschriften der BVV 2 vollständig einhalten (inkl. Diversifikationsvorschriften) und solche, welche davon abweichen. Ansonsten bemerkt sie zu Absatz 3, dass diese Vorschrift zu öffnen ist, indem auch Alternativanlagen zugelassen werden, welche von einer der Finma gleichwertigen ausländischen Aufsichtsbehörde beaufsichtigt werden. Ähnlich beurteilt Abs. 3 auch die SFA.»

### **E. 6.1**

Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Inhaltlich verlangt das Legalitätsprinzip, dass staatliches Handeln insbesondere auf einem generell-abstrakten Rechtssatz von hinreichender Normstufe und genügender Bestimmtheit beruht. Werden Rechtsetzungskompetenzen des Gesetzgebers auf den Verordnungsgeber übertragen, spricht man von Gesetzesdelegation. Der Gesetzgeber ermächtigt damit im (formellen) Gesetz die Exekutive zum Erlass von unselbständigen (d.h. nicht kraft einer Ermächtigung durch die Verfassung vom Verordnungsgeber in eigener Kompetenz erlassenen) gesetzesvertretenden Verordnungen. Solche unselbständigen, der weitmaschigen, sich auf das Grundsätzliche beschränkenden Regelung im Gesetz neue Normen hinzufügenden und damit Gesetzesfunktion übernehmende Verordnungen (vgl. Ulrich Häfelin et al., Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N. 96) sind nur zulässig, wenn die Voraussetzungen einer Gesetzesdelegation an die Exekutive erfüllt sind. Eine Gesetzesdelegation an die Exekutive gilt als zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen ist, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten ist, sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie, das heisst die wichtigen Regelungen, im delegierenden Gesetz selbst enthalten sind (vgl. Art. 164 Abs. 1 BV; BGE 134 I 322 E. 2.4 und 2.6.3, 133 II 331 E. 7.2.1; Urteile des BVGer A-7561/2015 vom 8. November 2016 E. 7.4, A-2895/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 4.2; vgl. Häfelin et al., a.a.O., N. 334 ff.).

### **E. 6.2**

Wird dem Bundesrat durch eine gesetzliche Delegation ein sehr weiter Bereich des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall bei einer

vorfrageweisen Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat seine Prüfung darauf zu beschränken, ob die Verordnung den Rahmen der delegierten Kompetenz offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetzes- oder verfassungswidrig ist (BGE 136 II 337 E. 5.1, 131 II 562 E. 3.2, 130 I 26 E. 2.2.1, BGE 128 IV 177 E. 2.1; Urteil des BVGer A-3043/2011 vom 15. März 2012 E. 5.3). Die Zweckmässigkeit der Verordnungsregelung hat das Bundesverwaltungsgericht nicht zu beurteilen (vgl. BGE 136 II 337 E. 5.1, 131 II 162 E. 2.3, 131 V 256 E. 5.4; Urteil des BGer 6P.62/2007 vom 27. Oktober 2007 E. 3.1; Urteile des BVGer A-3537/2014 vom 16. März 2016 E. 4.5, A-1225/2013 vom 27. März 2014 E. 1.2.3, A-573/2013 vom 29. November 2013 E. 4.3).

### **E. 7.1**

Gemäss dem in Art. 8 Abs. 1 BV statuierten allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Der Anspruch auf Gleichbehandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (vgl. BGE 136 V 231 E. 6.1, 134 I 23 E. 9.1). Der Anspruch auf Gleichbehandlung ist sowohl bei der Rechtsetzung als auch bei der Rechtsanwendung zu beachten (vgl. dazu Häfelin et al., a.a.O., N. 565 und 572, m.w.H.). Da eine exakte Gleichbehandlung aus Praktikabilitätsgründen oft nicht möglich ist, darf im Rahmen der Rechtsetzung bis zu einem gewissen Grad schematisiert und pauschalisiert werden (vgl. anstelle vieler: Urteil des BGer 2C\_727/2007 vom 2. Oktober 2008 E. 3.3.1; Häfelin et al., a.a.O., N. 576).

### **E. 7.2**

Art. 26 Abs. 1 BV gewährleistet das Eigentum (Eigentumsgarantie). Unter den Schutz der Eigentumsgarantie fallen nicht nur das sachenrechtliche Eigentum und der Besitz an beweglichen sowie unbeweglichen Sachen, sondern auch andere vermögenswerte Rechte des Privatrechts (vgl. Häfelin et al., a.a.O., N. 2331 ff., mit Rechtsprechungshinweisen). Die Eigentumsgarantie schützt grundsätzlich auch vor öffentlichen Beschränkungen dieser vermögenswerten Rechte, bei welchen die Rechtsträgerschaft unverändert bleibt (Schutz vor sog. materiellen Enteignungen; vgl. Häfelin et al., a.a.O., N. 2329). Die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV schützt vor allem das Recht des Einzelnen, uneingeschränkt von staatlichen Massnahmen jede privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit frei auszuüben und einen privatwirtschaftlichen Beruf frei zu wählen (vgl. dazu anstelle vieler Urteil des BVGer A-3537/2014 vom 16. März 2016 E. 5.2). Die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit gelten nicht absolut, sondern können unter den in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen eingeschränkt werden (vgl. dazu Urteil des BVGer A-3537/2014 vom 16. März 2016 E. 5.2 und 5.3). Soweit hier interessierend sind Einschränkungen dieser Freiheitsrechte gemäss Art. 36 (Abs. 1-3) BV zulässig, wenn sie (kumulativ) auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (wobei schwere Eingriffe in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein müssen), einem öffentlichen Interesse entsprechen und verhältnismässig sind.

### **E. 8.1**

Im vorliegenden Fall hat der Stiftungsrat der Beschwerdeführerin die Anlagerichtlinie zur «Anlagegruppe Mischvermögen dynamisch» erlassen. Zwar steht die Kompetenz zum Erlass von Bestimmungen über die Anlage des Anlagevermögens nach dem Gesetz grundsätzlich der Anlegerversammlung zu. Der Stiftungsrat konnte sich beim Erlass der Anlagerichtlinie jedoch auf eine - in der nach dem Gesetz und der ASV geforderten Weise (vgl. E. 4.6) - statutarisch verankerte Delegation dieser Kompetenz stützen, nämlich auf Art. 7 Abs. 4 der Stiftungsurkunde der Beschwerdeführerin. Danach kann der Stiftungsrat ohne Zustimmung der Anlegerversammlung das Reglement der Beschwerdeführerin ergänzende Anlagerichtlinien für die Anlagegruppen erlassen. Es ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht, dass die streitbetroffene Anlagerichtlinie über eine blosser Ergänzung des Reglements der Beschwerdeführerin hinausgeht. Vor diesem Hintergrund wird beim hier zu beurteilenden Fall zu Recht nicht in Abrede gestellt, dass der Stiftungsrat grundsätzlich befugt war, die Anlagerichtlinie zu erlassen. Im Streit liegt jedoch, ob die Anlagerichtlinie (namentlich Art. 2 Abs. 2 Satz 3 Anlagerichtlinie [vgl. zu dieser Vorschrift vorn Bst. A]) dahingehend angepasst werden muss, dass die Kategorienbegrenzungen für Anlagen in Aktien und Fremdwährungen ohne Währungssicherung von Art. 55 Bst. b und e BVV 2 eingehalten werden. Einigkeit besteht dabei unter den Verfahrensbeteiligten darüber, dass es sich bei der «Anlagegruppe Mischvermögen dynamisch» um eine gemischte Anlagegruppe handelt.

### **E. 8.2**

Art. 55 BVV 2 findet auf die Beschwerdeführerin als Anlagestiftung nicht ohne Weiteres Anwendung. Die in dieser Vorschrift statuierten Kategoriebegrenzungen könnten vorliegend nur unter der Voraussetzung relevant sein, dass beim hier zu beurteilenden Fall Art. 26 Abs. 1 ASV, der unter Vorbehalt besonderer Regelungen der ASV (namentlich) Art. 55 BVV 2 für sinngemäss geltend erklärt, anwendbar ist.

### **E. 9.1**

Angesichts des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin die Übereinstimmung von Art. 26 Abs. 1 ASV mit höherrangigem Recht grundsätzlich in Frage stellt, drängt es sich in einem ersten Schritt auf, diese Verordnungsbestimmung vorfrageweise im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle zu überprüfen. Mit Blick auf die vorliegenden Gegebenheiten ist hier dabei freilich nur zu klären, ob Art. 26 Abs. 1 ASV mit Blick auf das übergeordnete Recht auch dann anzuwenden wäre, wenn diese Bestimmung für gemischte Anlagegruppen von Anlagestiftungen die Einhaltung der Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 verlangen sollte (vgl. E. 9.2 ff.). Erst und nur dann, wenn dies zu bejahen ist, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob nach Art. 26 Abs. 1 ASV bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen die Begrenzungen im Sinne von Art. 55 BVV 2 einzuhalten sind (vgl. E. 10).

### **E. 9.2**

Vorauszuschicken ist, dass sich die ASV nicht auf eine ausdrückliche Ermächtigung in der Verfassung zum Erlass einer (selbständigen) Verordnung stützen kann und es sich dabei somit um eine unselbständige Verordnung des Bundesrates handelt (vgl. E. 6.1). Eine allfällige Regelung in Art. 26 Abs. 1 ASV, wonach bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen die Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 einzuhalten sind, wäre gesetzesvertretender Natur. Denn damit würde der verhältnismässig offen, sich in der Ordnung des Grundsätzlichen erschöpfenden Regelung für Anlagestiftungen auf

Gesetzesstufe (vgl. zu dieser Regelung E. 4.1 f.) eine neue Norm zur Anlagetätigkeit als Kernaufgabe der Anlagestiftung (vgl. Uttinger/Ulmer, a.a.O., S. 1520) hinzugefügt. Insoweit würde die ASV also eine gesetzesvertretende Verordnung darstellen (vgl. auch Urteil des BVGer A-3537/2014 vom 16. März 2016 E. 6.2; Aline Kratz-Ulmer, Die Anlagestiftung, 2016, S. 26). Die (soweit hier interessierend) als gesetzesvertretend zu betrachtende Vorschrift von Art. 26 Abs. 1 ASV wurde gestützt auf Art. 53k Bst. d BVG erlassen, wonach der Bundesrat mit Bezug auf Anlagestiftungen unter anderem Bestimmungen über die «Anlage» zu statuieren hat. Die hier vorzunehmende akzessorische Normenkontrolle betrifft nach dem Gesagten eine sich auf eine Gesetzesdelegation an die Exekutive stützende (gesetzesvertretende) Bestimmung einer unselbständigen Bundesratsverordnung.

### **E. 9.3**

Mit Art. 53k Bst. d BVG hat der Gesetzgeber dem Bundesrat einen weiten Bereich des Ermessens für die Ausgestaltung der Anlage auf Verordnungsstufe eingeräumt (vgl. auch Urteil des BVGer A-3537/2014 vom 16. März 2016 E. 6.3.1). Dieser Ermessensspielraum ist nach Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich (vgl. E. 6.2). Es hat seine Prüfung deshalb darauf zu beschränken, ob Art. 26 Abs. 1 ASV - soweit hier interessierend, d.h. soweit damit für gemischte Anlagegruppen von Anlagestiftungen die Einhaltung der Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 gefordert werden sollte - den Rahmen der delegierten Kompetenz offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetzes- oder verfassungswidrig ist (vgl. [allerdings zu Art. 32 Abs. 1 ASV] Urteil des BVGer A-3537/2014 vom 16. März 2016 E. 6.3.2).

### **E. 9.4**

Zwar macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, dass Art. 26 Abs. 1 ASV über den Rahmen der mit Art. 53k Bst. d BVG delegierten Kompetenz hinausgehe, soweit damit für gemischte Anlagegruppen von Anlagestiftungen die Einhaltung der Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 gefordert werden sollte. Indessen wird mit Art. 53k Bst. d BVG die Kompetenz zum Erlass von Bestimmungen zur «Anlage» ohne weitere Einschränkungen an den Verordnungsgeber delegiert. Die delegierte Kompetenz umfasst damit ohne Weiteres auch die Kompetenz, für die einzelnen Anlagekategorien bezogen auf das Gesamtvermögen quantitative Begrenzungen vorzusehen. Davon, dass es den Rahmen der mit Art. 53k Bst. d BVG delegierten Kompetenz offensichtlich sprengen würde, wenn Art. 26 Abs. 1 ASV die Einhaltung der Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 bei gemischten Anlagenlagegruppen von Anlagestiftungen geböte, kann daher keine Rede sein.

#### **E. 9.5.1**

Zu klären ist mithin, ob ernsthafte Gründe für eine mit Art. 26 Abs. 1 ASV allenfalls statuierte Ordnungsregelung, wonach bei gemischte Anlagegruppen von Anlagestiftungen die Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 einzuhalten sind, bestehen. Da gemischte Anlagegruppen die Anlagetätigkeit einer Vorsorgeeinrichtung abbilden, erscheint es als sachgerecht, bei diesen Anlagegruppen prinzipiell die gleichen Anlagevorschriften wie diejenigen für Vorsorgeeinrichtungen selbst anzuwenden. Dies führt nämlich dazu, dass für die investierende Vorsorgeeinrichtung die Prüfung der Einhaltung der Anlagevorschriften vereinfacht wird und sie allenfalls auch ihr gesamtes Vermögen in einer gemischten Anlagegruppe anlegen kann (vgl. zum Ganzen Uttinger/Ulmer, a.a.O., S. 1520). Der auf diese Weise entstehende «Mehrwert»

(Uttinger/Ulmer, a.a.O., S. 1520) betreffend die Prüfung der Einhaltung der Anlagevorschriften darf zwar - wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht - nicht dahingehend missverstanden werden, dass die investierende Vorsorgeeinrichtung (oder gar deren Revisionsstelle oder Aufsichtsbehörde) von der sie treffenden Verantwortung für die Einhaltung der Anlagevorschriften für die Vorsorgeeinrichtungen entbunden wird. Es lässt sich aber nicht mit Erfolg abstreiten und wird denn auch von der Beschwerdeführerin in Bezug auf kleinere Vorsorgeeinrichtungen konzediert, dass es für Vorsorgeeinrichtungen vorteilhaft sein kann, wenn die für gemischte Anlagegruppen von Anlagestiftungen geltenden Anlagevorschriften grundsätzlich mit denjenigen für Vorsorgeeinrichtungen übereinstimmen (vgl. Beschwerde, S. 11 f.). Mit Blick auf das Ausgeführte kann von ernsthaften Gründen für eine Verordnungsregelung ausgegangen werden, wonach bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen die Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 einzuhalten sind.

#### **E. 9.5.2.1**

Wie im Folgenden aufgezeigt wird, vermögen die in der Beschwerde enthaltenen Ausführungen zum (angeblichen) Standpunkt der KGAST am hiervor gezogenen Schluss nichts zu ändern. Die Beschwerdeführerin bezieht sich in diesem Zusammenhang auf folgende, vom Geschäftsführer der KGAST an der bestehenden Regelung der ASV geäußerte Kritik (vgl. Roland Kriemler, Anlagestiftungen: Investieren nach BVV und ASV, in: Expert Focus [EF] 5/2016, S. 360 ff., S. 360 f.): «Anders als bei den Pensionskassen, die lediglich die BVV-2-Anlagevorschriften einzuhalten haben, gelten für Anlagestiftungen seit dem 1. Januar 2012 zusätzliche Anlagevorschriften aus der ASV. Bei der Verordnungsgebung blieb aber grösstenteils unberücksichtigt, dass Anlagestiftungen nur zum geringeren Teil als Gesamtlösungslieferanten für kleinere Vorsorgeeinrichtungen auftreten. Lediglich rund 10% der von Anlagestiftungen verwalteten Assets sind Gesamtlösungen in Form von BVG-Mischvermögen. Nur bei solchen BVG-Gesamtlösungen müssen folgerichtig die BVV-2-Anlagevorschriften vollständig eingehalten werden [...]. 90% der Anlagegruppen sind lediglich Bausteine (im Sinne von Modulen) für Pensionskassen, die ihre Asset Allocation selber vornehmen. Bei solchen Bausteinlösungen rechtfertigt sich eine Vermischung der Anlagevorschriften aus BVV 2 und ASV nicht [...]. Eine Vermischung führt lediglich zu einem ungerechtfertigt eingeschränkten Anlageuniversum und höheren Kosten. Leider sind aber gemäss ASV auch auf Bausteine undifferenzierte Diversifikationsbestimmungen anzuwenden. Solche vermischende Vorschriften müssen als konzeptionell falsch bezeichnet werden. Nach einem konzeptionell richtigen Ansatz müssten Anlagegruppen lediglich sicherstellen, dass eine Anlage auf Stufe Pensionskasse nicht zu einer Verletzung der BVV-2-Anlagevorschriften führt [...]. Anlagegruppen als Bausteine müssten konsequenterweise nur die Vorschriften bezüglich Qualifikation von Anlageinstrumenten ('zulässige Anlagen') einhalten, nicht jedoch bezüglich Diversifikation ('Einzelpositionenbeschränkungen'). Wendet man die für Vorsorgeeinrichtungen erlassenen 'Einzelpositionenbeschränkungen' sowohl auf Ebene Pensionskasse als auch auf Ebene Anlagestiftung an, führt dies in gewissen Bereichen zu einer unzweckmässigen, aber von der ASV fälschlicherweise geforderten Doppeldiversifikation [...].»

#### **E. 9.5.2.2**

Vorab ist festzuhalten, dass es sich hierbei nicht um eine von der KGAST vertretene Auffassung, sondern einzig um die Meinung von Roland Kriemler als Vertreter der Doktrin

handelt. Immerhin ist mit Blick auf die hiervoor zitierten Ausführungen im Bericht des EDI vom 15. April 2011 (E. 5.3) davon auszugehen, dass die KGAST im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum Erlass der ASV in vergleichbarer Weise wie Kriemler im genannten Beitrag argumentiert hat. Es ist aus dem zitierten Beitrag nicht klar zu entnehmen, ob Kriemler (auch) eine nicht nach Baustein- oder Gesamtpaketlösungscharakter der Anlagestiftung differenzierende Geltung der Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen als unvereinbar mit dem seiner Meinung nach «konzeptionell richtigen Ansatz» hält. Dagegen spricht, dass Kriemler in seinem Beitrag jeweils unter «Diversifikation» lediglich die «Einzelpositionenbeschränkungen nach Art. 54, 54a, 54b, 56, 57, 58 BVV 2» versteht (vgl. ders., a.a.O., S. 361 Abbildung 1 und S. 362 Abbildung 2).

### **E. 9.5.2.3**

Selbst wenn Kriemlers Kritik aber - wie die Beschwerdeführerin behauptet (vgl. Beschwerde, S. 10) - auch die Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 betreffen sollte, muss davon ausgegangen werden, dass sich eine (allfällige) Verordnungsregelung, wonach diese Begrenzungen bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen einzuhalten sind, auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt: Für kleinere Vorsorgeeinrichtungen, die Anlagestiftungen unter Verzicht auf eine eigene Asset Allocation als «Gesamtlösungslieferanten» in Anspruch nehmen, wäre eine solche Regelung mit dem hiervoor (E. 9.5.1) genannten «Mehrwert» betreffend die Durchführung der Prüfung der Einhaltung der Anlagevorschriften verbunden. Darüber hinaus würde es generell der Rechtssicherheit dienen, wenn bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen die Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 einzuhalten wären (vgl. auch E. 5.1). Die Beteiligten könnten nämlich gegebenenfalls grundsätzlich davon ausgehen, dass Anlagestiftungen mit gemischten Anlagegruppen die Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 stets beachten. Schon mit Blick auf das Gesagte könnte nicht mit Recht behauptet werden, dass der Verordnungsgeber in Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes sich aufgrund der Verhältnisses aufdrängende Unterscheidungen unterlassen würde, soweit er bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen die Einhaltung der Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 verlangen und dabei nicht danach differenzieren würde, ob es um (nur) Anlagebausteine verkaufende oder aber um Gesamtpaktlösungen anbietende Anlagestiftungen geht. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang nicht zuletzt, dass gewisse Pauschalisierungen in der Rechtsetzung aus Praktikabilitätsgründen erforderlich und unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit zulässig sind (vgl. E. 7.1). Der Umstand, dass das Erfordernis der Einhaltung der Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 den Verhältnissen des Einzelfalles bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen nicht immer vollumfänglich gerecht wird, steht deshalb einer entsprechenden Regelung ohne die genannte Differenzierung nicht entgegen. Im Übrigen ist hier darauf hinzuweisen, dass Kriemlers Behauptung, wonach 90 Prozent der Anlagegruppen von Anlagestiftungen für die Vorsorgeeinrichtungen einzig Bausteine für eine eigene Asset Allocation bilden, nicht belegt ist. Es lässt sich daher vorliegend nicht annehmen, dass in 90 Prozent der Fälle eine «Doppeldiversifikation» auf Ebene der Vorsorgeeinrichtung und auf Ebene der Anlagestiftung unangebracht ist. Vorliegend ohnehin nicht zu beurteilen ist die Zweckmässigkeit einer Verordnungsregelung, wonach Anlagestiftungen bei gemischten Anlagegruppen unabhängig davon, ob sie lediglich Anlagebausteine verkaufen oder Gesamtpaketlösungen anbieten, die Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 einzuhalten haben (vgl. E. 6.2).

## **E. 9.6**

Im Weiteren würde sich eine Verordnungsregelung, nach welcher die Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 bei gemischte Anlagegruppen von Anlagestiftungen einzuhalten sind, auch sonst als verfassungskonform erweisen. Insbesondere würde eine solche Regelung keinen unzulässigen Eingriff in die Eigentumsgarantie oder die Wirtschaftsfreiheit bedeuten. Zwar würden diese Freiheitsrechte damit eingeschränkt. Diese Einschränkungen wären aber zulässig. Zum einen stünden damit nämlich für die Anlagestiftungen (und die Vorsorgeeinrichtungen) keine schweren Eingriffe in die Eigentumsgarantie sowie die Wirtschaftsfreiheit auf dem Spiel und könnte folglich auch ohne Basis auf der Stufe eines formellen Gesetzes eine genügende gesetzliche Grundlage für diese Einschränkungen von Freiheitsrechten bejaht werden. Zum anderen lägen diese Einschränkungen im öffentlichen Interesse, indem sie namentlich der Rechtssicherheit dienen würden (vgl. E. 9.5). Das Erfordernis der Einhaltung der Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen wäre auch verhältnismässig, zumal die Erfüllung dieses Erfordernisses relativ leicht sichergestellt und überprüft werden kann. In diesem Zusammenhang ist erneut darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht die Zweckmässigkeit der in Frage stehenden allfälligen Verordnungsregelung, wonach die Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 bei Anlagegruppen von Anlagestiftungen einzuhalten sind, nicht zu prüfen hat (vgl. E. 6.2).

## **E. 10.1**

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass eine mit Art. 26 Abs. 1 ASV allenfalls statuierte Verordnungsregelung, wonach bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen die Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 einzuhalten sind, mit dem übergeordneten Recht in Einklang stünde. Zu klären bleibt, ob Art. 26 Abs. 1 ASV tatsächlich eine solche Regelung vorsieht.

### **E. 10.2.1**

Art. 26 Abs. 1 ASV würde dann nicht vorschreiben, dass bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen die Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 einzuhalten sind, wenn Art. 29 ASV betreffend diese Anlagegruppen eine abschliessende Ordnung aufstellte. Soweit hier interessierend sieht Art. 29 (Abs. 1) ASV für Obligationen, Aktien und Immobilien bei gemischten Anlagegruppen geltende «Verteilungsgrundsätze» vor (vgl. E. 4.5). Die in dieser Vorschrift genannten Verteilungsgrundsätze betreffen jedoch nicht die Verteilung des Vermögens auf verschiedene Anlagekategorien, sondern einzig die Verteilung innerhalb einzelner Anlagekategorien. Ob der Verordnungsgeber bei Erlass von Art. 29 (Abs. 1) ASV im Sinne eines qualifizierten Schweigens bewusst auf die Statuierung von Grundsätzen betreffend die Verteilung des Gesamtvermögens auf die verschiedenen Anlagekategorien verzichtet hat, ist mittels Auslegung zu ermitteln (vgl. E. 2.3).

### **E. 10.2.2**

Der einleitende Passus von Art. 29 Abs. 1 ASV «Für gemischte Anlagegruppen gelten folgende Verteilungsgrundsätze» spricht an sich dafür, dass für gemischte Anlagegruppen keine anderen als die in dieser Vorschrift erwähnten Verteilungsgrundsätze gelten und der Verordnungsgeber somit hinsichtlich der Frage der Verteilung des Vermögens auf verschiedene Anlagegruppen qualifiziert geschwiegen hat (nichts anderes ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 29 Abs. 2 und 3 ASV). Es bestehen jedoch triftige Gründe für die

Annahme, dass dieser Wortlaut von Art. 29 ASV nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt: Art. 29 ASV steht im gleichen Abschnitt der ASV wie Art. 26 ASV mit der Überschrift «Allgemeine Bestimmungen», der - wie bereits erwähnt (E. 4.4) - in dessen Abs. 1 statuiert, dass für das Anlagevermögen sinngemäss und unter Ausnahme von Art. 50 Abs. 2, 4 und 5 BVV 2 die Vorschriften von Art. 49-56a BVV 2 gelten, soweit die ASV keine besonderen Regelungen enthält. In systematischer Hinsicht spricht dies für die Auffassung, dass nach der Regelung der ASV Raum für eine Heranziehung von Art. 55 BVV 2 besteht, indem Art. 29 ASV in Bezug auf die Verteilung des Vermögens auf verschiedene Anlagekategorien keine besondere Regelung im Sinne von Art. 26 Abs. 1 ASV enthält. Dieser Standpunkt wird bei Berücksichtigung des historischen Auslegungselements dadurch gestützt, dass das BSV in seinem erläuternden Bericht vom 12. November 2010 für das Vernehmlassungsverfahren ausdrücklich festgehalten hat, dass für Anlagen in gemischte Anlagegruppen die Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 gelten (vgl. E. 5.2). Dieser Bericht ist - soweit hier interessierend - zu den Materialien zur ASV zu rechnen (vgl. E. 2.4 Abs. 3). Denn es ist nicht nur davon auszugehen, dass der Bundesrat aufgrund des Vorliegens dieses Berichtes zu Beginn des Vernehmlassungsverfahrens bei Erlass der ASV an die Frage der Anwendbarkeit von Art. 55 BVV 2 gedacht und ursprünglich bewusst der in diesem Bericht vertretenen Auffassung folgen wollte. Vielmehr ist auch anzunehmen, dass Bundesrat von diesem Plan später nicht mehr Abstand genommen hat. Denn bezeichnenderweise hat der Verordnungsgeber trotz der im Vernehmlassungsverfahren am Entwurf von Art. 26 und Art. 29 ASV geäusserten Kritik betreffend die Anwendbarkeit der Anlagevorschriften der BVV 2 (vgl. dazu E. 5.3) die Kategoriebegrenzungsvorschrift von Art. 55 BVV 2 nicht von der Verweisung in Art. 26 Abs. 1 ASV ausgenommen. Insbesondere hat er keine Unterscheidung in der von der KGAST bzw. von Kriemler geforderten Art getroffen (vgl. E. 5.3 und 9.5.2). Da die ASV einen neueren Erlass bildet, darf bei der Auslegung dieser Verordnung der im Bericht des BSV vom 12. November 2010 zum Ausdruck kommende Wille des Verordnungsgebers, wonach die Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 auch bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen gelten sollen, nicht übergangen werden (vgl. E. 2.4). Dieser Wille des Verordnungsgebers hat insofern in der ASV ihren Niederschlag gefunden, als - wie ausgeführt - bei systematischer Auslegung von Art. 29 ASV Raum für eine Heranziehung von Art. 55 BVV 2 bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen besteht. Aus den Materialien zur ASV bzw. dem für das Vernehmlassungsverfahren erstellten Bericht des BSV vom 12. November 2010 und der Ordnungssystematik ergibt sich somit, dass trotz des Wortlautes von Art. 29 ASV hinsichtlich der Frage nach einem bei gemischten Anlagegruppen zu beachtenden Gebot der Verteilung der Mittel auf verschiedene Anlagekategorien bzw. der Geltung von Art. 55 BVV 2 bei diesen Anlagegruppen kein qualifiziertes Schweigen des Verordnungsgebers vorliegt. Dieser Schluss wird nicht zuletzt durch den Umstand gestützt, dass die hiervor genannten ernsthaften sachlichen Gründe für ein solches Gebot (E. 9.5) in Einklang mit dem Zweck von Anlagevorschriften für Anlagestiftungen stehen, (letztlich) Ansprüche der Destinatäre auf Vorsorgeleistungen zu schützen (vgl. zu diesem Zweck - freilich mit Bezug auf Art. 54, 54a, 54b 55 und Art. 57 Abs. 1-3 BVV 2 - Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl. 2012, N. 1787, wonach der Verordnungsgeber mit diesen Begrenzungsvorschriften den einzelnen Anlagen inhärenten Risiken gerecht werden wolle). Anzumerken bleibt, dass entgegen der Auffassung der Verfahrensbeteiligten offen bleiben kann, ob (auch) der erläuternde Bericht des BSV vom Juni 2011 (vgl. E. 5.1) zu den bei der Auslegung von Art.

29 ASV zu berücksichtigenden Materialien zu rechnen ist. Jedenfalls lässt sich diesem Bericht - insbesondere den darin enthaltenen, hiervor zitierten allgemeinen Ausführungen zum Anlagevermögen von Anlagestiftungen (E. 5.1) - nichts entnehmen, was im Widerspruch stünde zu dem, was sich (wie dargelegt) bereits aus dem älteren Bericht des BSV vom 12. November 2010 und der Systematik der ASV ergibt.

### **E. 10.2.3**

Aus dem Ausgeführten ergibt sich, dass Art. 29 ASV - soweit hier massgebend - keine abschliessende Ordnung aufstellt. Diese Bestimmung steht somit einer Anwendung von Art. 26 Abs. 1 ASV in Verbindung mit Art. 55 BVV 2 bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen nicht entgegen.

### **E. 10.3**

Zu klären bleibt, ob Art. 26 Abs. 2 ASV es ausschliesst, gestützt auf Art. 26 Abs. 1 ASV bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen die Einhaltung der Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 zu verlangen. Zwar wird in Art. 26 Abs. 2 ASV festgehalten, dass der Grundsatz angemessener Risikoverteilung für alle Anlagegruppen «im Rahmen ihrer Fokussierung» gelte. Dies bedeutet zwar - wie vom BSV festgehalten (vgl. E. 5.1) - dass Anlagegruppen auch Nischenprodukte sein dürfen, also Anlagegruppen mit enger Fokussierung auf einzelne Themen wie Pharma etc. zulässig sind. Mehr lässt sich aus Art. 26 Abs. 2 ASV und der erwähnten Stelle des Berichts des BSV vom Juni 2011 (soweit vorliegend relevant) entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin aber nicht ableiten. Aus diesem Grund wird in der Doktrin zu Recht gefordert, dass innerhalb einer einzelnen Anlagegruppe eine Diversifikation gegeben sein müsse (so Stauffer, a.a.O., N. 1551). Letzteres heisst auch, dass gemäss Art. 26 Abs. 1 ASV in Verbindung mit Art. 55 BVV 2 die in letzterer Vorschrift genannten Kategoriebegrenzungen zu beachten sind.

### **E. 10.4**

Es ist zwar nicht zu verkennen, dass Art. 26 Abs. 1 ASV nur eine sinngemässe Geltung einzelner Vorschriften der BVV 2 vorsieht. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass diese sinngemässe Geltung in Bezug auf Art. 55 BVV 2 bedeutet, dass die Kategoriebegrenzungen dieser Vorschrift in modifizierter Form auf gemischte Anlagegruppen von Anlagestiftungen anzuwenden wären. Dies gilt schon deshalb, weil die in Art. 55 BVV 2 enthaltenen Kategoriebegrenzungen exakt festgelegt sind. Hätte der Verordnungsgeber bei Erlass der ASV für gemischte Anlagegruppen von Anlagestiftungen andere als die in Art. 55 BVV 2 genannten Grenzwerte gewollt, hätte er dies ausdrücklich geregelt. In diesem Zusammenhang fällt nicht zuletzt ins Gewicht, dass in den Materialien zur ASV (bzw. dem für das Vernehmlassungsverfahren verfassten Bericht des BSV) nicht von einer nur sinngemässen Geltung von Art. 55 BVV 2, sondern von der (uneingeschränkten) Massgeblichkeit der entsprechenden Kategoriebegrenzungen bei Anlagen in gemischte Anlagegruppen gesprochen wird (vgl. E. 5.2). Die Beschwerdeführerin stösst vor diesem Hintergrund ins Leere, soweit sie behauptet, eine Heranziehung der Grenzwerte von Art. 55 BVV 2 lasse sich vorliegend nicht mit dem Umstand vereinbaren, dass in Art. 26 Abs. 1 ASV nur eine sinngemässe Geltung von bestimmten Vorschriften der BVV 2 statuiert werde.

### **E. 11**

Da die ASV nach dem Gesagten vorsieht, dass bei gemischten Anlagegruppen von Anlagestiftungen die Kategoriebegrenzungen von Art. 55 BVV 2 einzuhalten sind (E. 10),

und diese Verordnungsregelung mit dem höherrangigen Recht vereinbar ist (vgl. E. 9), hat die Vorinstanz zu Recht von der Beschwerdeführerin eine Anpassung der Anlagerichtlinie an Art. 55 BVV 2 gefordert. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin spielt hierbei keine Rolle, ob die Bezeichnung ihrer gemischten Anlagegruppe als Anlagegruppe «Mischvermögen dynamisch» die «Anlagekonformität» bzw. die Übereinstimmung mit Vorschriften der BVV 2 suggeriert oder nicht. Nichts am Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ändern kann im Übrigen auch eine allenfalls bevorstehende Revision der ASV. In antizipierter Beweiswürdigung ist deshalb auf die von der Beschwerdeführerin beantragte Einholung einer Amtsauskunft betreffend eine allfällige Revision der ASV beim BSV verzichten (vgl. E. 2.2). Die Verfügung der Vorinstanz vom 30. Mai 2016 ist somit - soweit vorliegend noch zu überprüfen - zu bestätigen. Letzteres gilt auch für die Kostenfolge des angefochtenen Entscheids (vgl. E. 20 und Dispositiv-Ziff. 3 der Verfügung; Art. 64 Abs. 1 Bst. b und Art. 64 Abs. 3 BVG in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. c und g der Verordnung vom 10. und 22. Juni 2011 über die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge [SR 831.435.1]). Die Beschwerde ist folglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten und sie nicht gegenstandslos geworden ist.

### **E. 12.1**

Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Unterliegt diese nur teilweise, so werden sie ermässigt (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Wird ein Verfahren gegenstandslos, so werden die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat. Ist das Verfahren ohne Zutun der Parteien gegenstandslos geworden, so werden die Kosten aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrunds festgelegt (Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dabei sind die Prozessaussichten vor Eintritt der Gegenstandslosigkeit summarisch zu würdigen (vgl. Urteil des BGer 8C\_60/2010 vom 4. Mai 2010 E. 4.2.1 f.; Philippe Weissenberger/Astrid Hirzel, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, Art. 5 VGKE N. 3). Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin insoweit, als ihre Beschwerde abzuweisen und auf ihren Feststellungsantrag nicht einzutreten ist. Insoweit sind der Beschwerdeführerin folglich Kosten aufzuerlegen. Soweit ihre Beschwerde bezüglich der vorinstanzlichen Fristansetzung für die Einreichung einer angepassten Anlagerichtlinie als gegenstandslos geworden zu betrachten ist, sind der Beschwerdeführerin ebenfalls Kosten aufzuerlegen. Denn zum einen ist die teilweise Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Verfahrens weder der Beschwerdeführerin noch der Vorinstanz zuzuschreiben, da sie infolge der Gutheissung des Gesuches um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und aufgrund Zeitablaufes eingetreten ist. Zum anderen ergibt eine summarische Würdigung der Prozessaussichten vor Ablauf der von der Vorinstanz angesetzten Frist bis Ende November 2016, dass die entsprechende Anordnung rechtskonform war: Mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen bestand und besteht nicht nur ein Bedarf nach einer Anpassung der Anlagerichtlinie der Beschwerdeführerin an die ASV und die BVV 2 (bzw. eine Anpassung an Art. 26 Abs. 1 ASV und Art. 55 BVV 2). Vielmehr erscheint auch die dafür von der Vorinstanz angesetzte sechsmonatige Frist als angemessen (vgl. Urteil des BVerger A-3537/2014 vom 16. März 2016 E. 6.6). Bezüglich ihres Antrages auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist die Beschwerdeführerin mit Blick auf die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Juli 2016 als obsiegend zu qualifizieren, weshalb sie keine Kosten für diese Verfügung zu tragen hat (vgl. Urteil des BVerger B-470/2014 vom

11. Juli 2016 E. 7.1). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die gestützt auf Art. 1 ff. VGKE auf Fr. 5'000.- festzulegenden Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin im Umfang von Fr. 4'500.- aufzuerlegen. Letzterer Betrag ist dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 500.- ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Der Vorinstanz können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

#### **E. 12.2**

Der teilweise - nämlich hinsichtlich ihres Gesuches um Erteilung der aufschiebenden Wirkung - obsiegenden Beschwerdeführerin ist für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ihrer Vertretung eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 2 VGKE). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, wenn keine Kostennote eingereicht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Vorliegend hat die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände erscheint eine reduzierte Parteientschädigung von praxisgemäss Fr. 750.- (inkl. allfälligen Mehrwertsteuerzuschlages im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) als angemessen. (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.