

Weisungen der OAK BV über die Anforderungen an Anlagestiftungen

Die Oberaufsicht Berufliche Vorsorge OAK BV hat Ende August 2016 die neuen Weisungen Nr. 01/2016 «Anforderungen an Anlagestiftungen» (nachfolgend «Weisungen») publiziert und per 1. September 2016 in Kraft gesetzt. Diese Weisungen konkretisieren die Vorschriften gemäss Art. 53g ff. des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG) und der Verordnung über die Anlagestiftungen vom 10. und 22. Juni 2011 (ASV). Sie enthalten insbesondere Bestimmungen betreffend die Organisation, Outsourcing-Verträge, Prozessabläufe, Risikomanagement, Internes Kontrollsystem (IKS), Anforderungen an die verantwortlichen Personen, Rechnungslegungsvorschriften sowie das Verfahren zur Gründung von Anlagestiftungen.

I. Organisatorische Anforderungen

In Bezug auf die Organisation verlangen die neuen Weisungen in Ergänzung zu den Regelungen in Art. 53h BVG und der ASV die Erstellung eines Organigramms und einer Kompetenzregelung der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen Stellen sowie eine Regelung der Stellvertretungen (Ziff. 2.1). Besonders hervorgehoben wird die Anforderung an eine ausreichende IT-Infrastruktur (Ziff. 2.2).

In Bezug auf die von der Anlagestiftung abgeschlossenen Verträge müssen die reglementarischen Grundlagen ausdrücklich vorsehen, dass die Vermögensverwaltungs- und Verwaltungsverträge spätestens fünf Jahre nach Abschluss ohne Nachteil für die Anlagestiftung aufgelöst werden können (Art. 48h Abs. 2 BVV2) (Ziff. 2.3). Wir gehen davon aus, dass eine entsprechende Regelung auf Stufe des Organisationsreglements ausreichend ist. Vor dem Hintergrund von Art. 404 OR, wonach ein Auftrag jederzeit kündbar ist, ist diese Anforderung bei Verträgen nach schweizerischem Recht von beschränkter Bedeutung. Der zudem neu verlangte Mindestinhalt für Vermögensverwaltungsverträge (Umfang der Befugnisse des Vermögensverwalters, Anlageziele und -beschränkungen, Referenzwahrung, Methode und Periodizität der Rechenschaftsablage gegenüber den Kunden, Entschädigung des Vermögensverwalters, Möglichkeit der Delegation von Aufgaben an Dritte) ist bereits heute Standard und dürfte nicht zu einem

erheblichen Handlungsbedarf führen. Im Zusammenhang mit der Übertragung von Aufgaben schreiben die neuen Weisungen ausdrücklich vor, dass die damit verbundenen Aufgaben des Stiftungsrats, insbesondere betreffend Auswahl, Instruktion und Überwachung der Beauftragten, schriftlich festgehalten werden müssen (Ziff. 2.7.5).

Im Weiteren wird neu ausdrücklich festgehalten, dass die wesentlichen Prozessabläufe einer Anlagestiftung angemessen ausgestaltet und intern dokumentiert werden müssen (Ziff. 2.4).

II. Wesentliche Kontrollfunktionen

Die für eine moderne Aufsicht im Zentrum stehenden wesentlichen Kontrollfunktionen (Internes Kontrollsystem, Risikomanagement und Compliance) sind in den Rechtsgrundlagen der Anlagestiftung schwach ausgestaltet (siehe dazu Armin Kühne, Recht der kollektiven Kapitalanlagen in der Praxis, Unter Berücksichtigung von Anlagestiftungen und strukturierten Produkten, 2. Auflage, Zürich 2015, N 1368 ff.). Art. 7 Abs. 3 ASV sieht lediglich vor, dass der Stiftungsrat für die «ausreichende Kontrolle der mit den Aufgaben betrauten Personen» sorgen muss und auf die «Unabhängigkeit der Kontrollorgane» zu achten hat. Zudem verweist Art. 10 ASV, der die Aufgaben der Revisionsstelle regelt, auf Art. 52c BVG und damit indirekt auch auf Art. 35 Abs. 1 BVV2, wonach die Revisionsstelle bestätigen muss, dass «eine der Grösse und Komplexität angemessene interne Kontrolle» existiert. Diese Bestimmungen enthalten jedoch keine Pflicht für Vorsorgeeinrichtungen oder Anlagestiftungen, ein formelles IKS einzuführen. Die neuen Weisungen verlangen nun ausdrücklich die Existenz eines formalisierten und in Bezug auf die Grösse und Komplexität angemessenen internen Kontrollsystems (Ziff. 2.6). Diese Konkretisierung der gemäss Art. 7 Abs. 3 ASV verlangten «ausreichenden Kontrolle» durch die OAK BV erscheint uns vor dem Hintergrund der Entwicklungen des modernen Aufsichtsrechts als angemessen. In der Praxis werden auch kleinere Anlagestiftungen zur Sicherstellung der Interessen der investierten Vorsorgeeinrichtungen in der Regel ohnehin kaum mehr auf ein formelles der konkreten Organisation der Anlagestiftung angepasstes IKS verzichten können. Die Weisungen verlangen dagegen nicht,

dass die Anlagestiftungen die Prüfungsstandards PS 890 betreffend die Existenz des internen Kontrollsystems von EXPERT-suisse umsetzen und einhalten.

Im Weiteren verlangen die neuen Weisungen eine formalisierte und angemessene Risikopolitik, welche die Grundsätze im Umgang mit den Risiken festlegt sowie ein Risikomanagement, das die für die Risikoüberwachung notwendigen Risikoinformationen bereitstellt und dadurch die Grundlage für die Risikosteuerung bildet. Wichtig erscheint in diesem Zusammenhang, dass das Risikomanagement in Bezug auf die konkrete Geschäftstätigkeit angemessen sein muss. Damit besteht ein ausreichender Spielraum, um einerseits die notwendigen Risiken zu erfassen, zu kontrollieren und zu steuern, und andererseits zu verhindern, dass die Anlagestiftung eine unangemessene und mit zu hohen Kosten verbundene Administration aufbauen muss. Dies führt zu einer bewussten Auseinandersetzung der Anlagestiftung mit möglichen Risiken und Chancen. Ein angemessenes und formalisiertes Risikomanagement ist im modernen Aufsichtsrecht unseres Erachtens unumgänglich.

III. Integrität und Loyalität

Für Anlagestiftungen gelten in Bezug auf die Integrität und Loyalität der Verantwortlichen grundsätzlich die gleichen Vorschriften wie für Vorsorgeeinrichtungen und andere Hilfseinrichtungen der beruflichen Vorsorge (Art. 7 Abs. 1 ASV i.V.m. Art. 51b BVG und Art. 48f-48l BVV2). Der Kreis der Verantwortlichen wird in Art. 7 ASV umschrieben als «die mit der Geschäftsführung und Verwaltung der Anlagestiftung betrauten Personen». Dieser Kreis wird in den neuen Weisungen konkretisiert und umfasst neben den Mitgliedern des Stiftungsrats und der Geschäftsführung auch die Mitglieder einer allfälligen Anlagekommission, in der Vermögensverwaltung tätige Personen mit Entscheidungsbefugnissen (Treffen von Anlageentscheiden) sowie verantwortliche natürliche Personen einer juristischen Person oder Personengesellschaft, die mit der Geschäftsführung oder der Vermögensverwaltung der Anlagestiftung betraut sind (Ziff. 2.7.1). Somit können sich auch externe Beauftragte als Verantwortliche qualifizieren, insbesondere mit der Vermögensverwaltung oder Geschäftsführungsaufgaben

betraute Personen. Es empfiehlt sich, die entsprechende interne Weisung der Anlagestiftung zur Sicherstellung der Integrität und Loyalität der Verantwortlichen im Rahmen der Auftragserteilung an den Beauftragten zum integrierenden Bestandteil des Delegationsvertrags zu erklären. In Bezug auf die Vermeidung von Interessenkonflikten schreiben die neuen Weisungen ausdrücklich vor, dass eine interne Weisung zu erlassen ist, welche die Feststellung, Vermeidung und Beseitigung von Interessenkonflikten regelt (Ziff. 2.7.6). Lassen sich Interessenkonflikte nicht vermeiden, müssen sie im Anhang zur Jahresrechnung offengelegt und wirksame Massnahmen zur Verhinderung einer Schädigung der Interessen der Anleger getroffen werden.

IV. Anforderungen an Verantwortliche

Die Verantwortlichen einer Anlagestiftung müssen über die für die Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlichen fachlichen Qualifikationen hinsichtlich Ausbildung und Erfahrung verfügen, die sie für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen (Ziff. 2.7.2). Die für die Vermögensverwaltung verantwortlichen Personen müssen ausserdem eine praktische Erfahrung von mindestens fünf Jahren in der Vermögensverwaltung für Dritte aufweisen. Dabei dürfte weniger die Tätigkeit für Dritte, als vielmehr eine professionelle Erfahrung in der Vermögensverwaltung im Vordergrund stehen.

Die Erfüllung der Anforderungen an die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit durch die Gewährsträger einschliesslich die fachlichen Anforderungen müssen als Bewilligungsvoraussetzung im Rahmen des Bewilligungsverfahrens zur Gründung der Anlagestiftung nachgewiesen werden (Art. 12 Abs. 3 und Art. 21 BVV1). Bei Mutationen besteht allerdings grundsätzlich lediglich eine Melde-, nicht jedoch eine Bewilligungspflicht (Art. 7 Abs. 1 ASV i.V.m. Art. 48g Abs. 2 BVV2). Mit der Meldung sind alle gemäss offiziellem Formular geforderten Angaben zu machen und die verlangten Unterlagen einzureichen. Wird bei der Beauftragung einer juristischen Person oder Personengesellschaft mit der Vermögensverwaltung lediglich ein Wechsel von verantwortlichen natürlichen Personen innerhalb der Gesellschaft vorgenommen, ist keine Meldung erforderlich (Ziff. 5.4 der Erläuterungen zu den Weisungen).

Bestehen begründete Anhaltspunkte dafür, dass die Verantwortlichen die Anforderungen nicht mehr erfüllen (z.B. Einleitung eines Strafverfahrens), ist dies der OAK BV

umgehend mitzuteilen. Die OAK BV kann auch von sich aus jederzeit prüfen, ob die Anforderungen an die Verantwortlichen erfüllt sind und gegen Verantwortliche, welche die Anforderungen nicht erfüllen, geeignete Massnahmen ergreifen, beispielsweise die verantwortliche Person von ihrer Funktion zeitlich befristet suspendieren oder entheben (Ziff. 2.7.3).

Betreffend den Stiftungsrat wird ausdrücklich verlangt, dass die Anforderungen an die einzelnen Mitglieder und an den Stiftungsrat als Ganzes schriftlich festgehalten werden müssen (Ziff. 2.7.4). Wird ein neues Mitglied in den Stiftungsrat gewählt, muss anhand der intern definierten Anforderungen geprüft werden, ob diese im konkreten Fall erfüllt sind.

V. Gründung von Anlagestiftungen

Im Zusammenhang mit der Gründung von Anlagestiftungen hat die OAK BV ein offizielles Gesuchsformular mit den geforderten Angaben und Unterlagen publiziert. Solche Gesuchsformulare haben sich bei Bewilligungsgesuchen von Finanzinstituten an die FINMA als ein nützliches Instrument erwiesen, um die Gesuchsverfahren effizienter und rascher zu gestalten.

Wie bei den Bewilligungsverfahren von Finanzinstituten bei der FINMA verlangt auch die OAK BV einen Prüfungsbericht durch ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen (Ziff. 3.2). Im Unterschied zu den von der FINMA beaufsichtigten Finanzinstituten (vgl. Art. 28a Abs. 1 FINMAG) muss der Bewilligungsprüfer bei der Anlagestiftung nicht von der für die laufende Prüfung zuständigen künftigen Revisionsstelle unabhängig sein. Ausserdem prüft die OAK BV in einer ersten Phase das Bewilligungsgesuch selbst und erteilt erst in einer zweiten Phase nach allfälligen Bereinigungen der Unterlagen die Zustimmung zur Beauftragung eines Revisionsunternehmens zur Erstellung eines Prüfungsberichts.

Nach Erteilung der Zustimmung zur Gründung durch die OAK BV erfolgt die Gründung nach den stiftungsrechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 80 ff. ZGB. Nach der Gründung der Anlagestiftung und nach Einreichung der erforderlichen Unterlagen erlässt die OAK BV die Aufsichtsübernahmeverfügung.

VI. Übergangsbestimmungen

Die bestehenden Anlagestiftungen haben zwei Jahre seit Inkrafttreten der neuen Weisungen, also bis am 1. September 2018 Zeit,

um die notwendigen Anpassungen an die neuen Weisungen vorzunehmen (Ziff. 4).

VII. Fazit

Die neuen Weisungen der OAK BV enthalten unseres Erachtens angemessene Regelungen zur Konkretisierung der Rechtsvorschriften für Anlagestiftungen. Insbesondere verlangen die neuen Weisungen in verschiedenen Bereichen den Erlass von internen Vorschriften und schriftliche Dokumentationen. Sie lassen den einzelnen Anlagestiftungen jedoch genügend Spielraum für individuelle, an die konkrete Organisation und die konkreten Tätigkeiten angepasste Lösungen. In diesem Zusammenhang bleibt zu hoffen, dass auch die Revisionsstellen im Rahmen der Auslegung der Anforderungen der individuellen Struktur, der konkreten Tätigkeiten und der Bedürfnisse der einzelnen Anlagestiftungen ausreichend Rechnung tragen.

Im Rahmen ihrer Aufsicht kann die OAK BV die Umsetzung und Einhaltung der neuen Weisungen über die Anforderungen an Anlagestiftungen überprüfen und/oder einen entsprechenden Prüfungsbericht durch ein beaufsichtigtes Revisionsunternehmen verlangen (Ziff. 2.9).

Ein Handlungsbedarf dürfte bei einigen Anlagestiftungen insbesondere im Zusammenhang mit der Umsetzung eines formalisierten IKS und Risikomanagement, bei der Dokumentation der Prozessabläufe und bei der Festlegung der Anforderungen an den Stiftungsrat bestehen. Diejenigen Anlagestiftungen, die zudem noch keine interne Weisung zur Sicherstellung der Integrität und Loyalität der Verantwortlichen erlassen haben, müssen dies vor Ablauf der Übergangsfrist aufgrund der verlangten internen Weisung zur Vermeidung von Interessenkonflikten nachholen.

Zürich, Oktober 2016

Dr. Armin Kühne, Rechtsanwalt
armin.kuehne@kellerhals-carrard.ch

Dr. Dominik Oberholzer, Rechtsanwalt
dominik.oberholzer@kellerhals-carrard.ch

Werner A. Schubiger, Rechtsanwalt
werner.schubiger@kellerhals-carrard.ch

Benjamin Marti, Rechtsanwalt
benjamin.marti@kellerhals-carrard.ch

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Kellerhals Carrard oder an die Autoren dieses Newsletters.

Dieser Newsletter ist auf unserer Webseite www.kellerhals-carrard.ch auf Deutsch, Englisch und Französisch verfügbar.

Basel
Hirschgässlein 11
Postfach 257
CH-4010 Basel
Tel. +41 58 200 30 00
Fax +41 58 200 30 11

Bern
Effingerstrasse 1
Postfach
CH-3001 Bern
Tel. +41 58 200 35 00
Fax +41 58 200 35 11

Lausanne
Place Saint-François 1
Postfach 7191
CH-1002 Lausanne
Tel. +41 58 200 33 00
Fax +41 58 200 33 11

Sion
Rue du Scex 4
Postfach 317
CH-1951 Sion
Tel. + 41 58 200 34 00
Fax + 41 58 200 34 11

Zürich
Rämistrasse 5
Postfach
CH-8024 Zürich
Tel. +41 58 200 39 00
Fax +41 58 200 39 11