



Konferenz der Geschäftsführer
von Anlagestiftungen
Conférence des Administrateurs
de Fondations de Placement

Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge OAK BV
Dr. Pierre Triponez
Herr Manfred Hüsler
Postfach 7461
3001 Bern

Per E-Mail an: info@oak-bv.admin.ch

Zürich, 30. Oktober 2015

STELLUNGNAHME ZUM ENTWURF EINER WEISUNG "ANFORDERUNGEN AN ANLAGESTIFTUNGEN"

Sehr geehrter Herr Dr. Triponez,
Sehr geehrter Herr Hüsler,

Mit Ihrem E-Mail vom 18. September 2015 wurde die KGAST eingeladen, zum Weisungsentwurf "Anforderungen an Anlagestiftungen" Stellung zu nehmen. Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Unsere Stellungnahme ist in vier Teile gegliedert. Der erste Teil nimmt unsere wichtigste Erkenntnis vorweg und enthält eine daraus abgeleitete Empfehlung. Im zweiten Teil nehmen wir zu generellen Punkten und grundsätzlichen Gedanken Stellung. Der dritte Teil (mit einer Beilage in Form einer Tabelle) listet auf, welche Weisungsvorgaben problematisch sind und bei welchen Weisungsziffern Verbesserungs- oder Abklärungsbedarf besteht. Empfehlungen finden sich im vierten Teil.

Erster Teil – Wichtigste Erkenntnis

Wir begrüßen es, dass die OAK Vorgaben zum Verfahren bei der Gründung von Anlagestiftungen macht. Die Prozesse werden dabei für alle Interessensgruppen klar ersichtlich. Damit wird auch eine transparente, vorhersehbare und verlässliche Praxis für alle Betroffenen sichergestellt/erreicht, was zu einer einheitlichen Rechtsanwendung führt und nicht zuletzt Rechtssicherheit gewährleistet. Die Aufsicht hat nach den Bestimmungen der BVV 1 über die Gründung eine Gewährsprüfung durchzuführen und legt dabei ein besonderes Augenmerk auf die Organisation, die Geschäftsführung sowie die Loyalitätsvorschriften. Das Ziel ist, ungenügende Organisationen oder andere dem Gesetz und den Verordnungen widersprechende Strukturen frühzeitig zu erkennen, bevor die Anlagestiftung errichtet wird

(siehe Erläuterungen zu BVV 1 Art. 13 Abs. 1). Nachdem für zu gründende Anlagestiftungen noch keine ordentliche Prüfung durch eine staatlich beaufsichtigte Revisionsstelle durchgeführt wurde, ist es sinnvoll, Qualitätsanforderungen zu stellen und den Umfang der zu prüfenden Einzelpunkte genauer zu bestimmen.

Doch es besteht ein nicht unwesentlicher Unterschied zwischen (a) neu zu gründenden Anlagestiftungen und (b) bereits operativ tätigen Anlagestiftungen hinsichtlich der Prüfungsvoraussetzungen und des Prüfungsumfangs. Bei letzteren wurde mindestens schon einmal eine ordentliche Prüfung durch einen staatlich beaufsichtigten Revisor durchgeführt. Bei bestehenden Anlagestiftungen existieren folglich Prüfungsberichte, die der Aufsicht zugestellt und von ihr auch überprüft werden. Eine vertiefte Prüfung der Organisation, der Loyalität usw. ist deshalb bei bestehenden Anlagestiftungen nur dann angezeigt (und regulatorisch abgestützt), wenn sich aufgrund des Prüfungsberichts der Revisionsstelle oder anderen, spezifischen Vorkommnissen konkrete Anhaltspunkte ergeben.

Sodann beschreibt Ziffer 3 des Weisungsentwurfs zielgerichtet das Verfahren bei der Gründung von Anlagestiftungen und richtet sich nach den Gründungsbestimmungen der BVV 1. Solche klärenden Prozessbeschreibungen sind sehr sinnvoll. Sie sollten aber unseres Erachtens in Form einer Mitteilung und Checklisten publiziert werden. Mitteilungen informieren in der Regel darüber, wie Ermessen angewandt wird. Die Verfahrensbeschreibung nach Ziffer 3 des Weisungsentwurfs ist eher als eine erläuternde Anwendung zu den Gründungsbestimmungen zu bezeichnen denn als Weisungsbestimmung im herkömmlichen Sinn.

Wir empfehlen deshalb, die Vorgaben und Erläuterungen für das Gründungsverfahren (Ziffer 3 des Weisungsentwurfs) mittels aufsichtsrechtlicher Mitteilung oder ähnlichem zu regeln mit dem klaren und eingeschränkten Adressatenkreis der neu zu gründenden Anlagestiftungen.

Ergänzt werden könnte eine solche Mitteilung mit Erklärungen, Hinweisen, Kommentaren, beispielhaften Aufzählungen und gewissen (im Rahmen der Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen) weiterführenden Vorgaben zu Qualität und Umfang der Berichterstattung. Konkret könnten einzelne Bestimmungen der Ziffer 2 des Weisungsentwurfes in die Mitteilung übernommen werden.

Für operative Anlagestiftungen bestehen bereits Governance-Vorschriften im BVG und in der ASV. Es stellt sich deshalb die Frage, aus welcher Bestimmung die OAK BV eine eigenständige Rechtsetzungskompetenz ableitet, diese u.E. genügenden Vorschriften zu erweitern. Weitergehende Vorschriften, wie sie zum Teil in Ziffer 2 des Weisungsentwurfs vorkommen, haben keine rechtliche Grundlage (weitere Ausführungen dazu im zweiten Teil). Wir beurteilen zudem die Qualität der Governance bei unseren Mitgliedern als generell gut. Das Ziel, keine Anlagestiftung mit ungenügender Organisation oder nicht rechtskonformen Strukturen zuzulassen (gemäss Erläuterungen zu Art. 13 BVV 1 Abs. 1), kann mit Anforderungen an bestehende Anlagestiftungen nicht erreicht werden und ist deshalb nur auf neu zu gründete Anlagestiftungen auszurichten. Auch sollte der Grundsatz der Erforderlichkeit nicht ausser Acht gelassen werden: Bestimmungen sind nur dann erforderlich, wenn sie geeignet sind, den angestrebten Zweck zu erreichen und das mildeste der möglichen Mittel darstellen. Unseres Erachtens wird dieser Grundsatz nicht eingehalten, wenn die Bestimmungen wie im vorliegenden Weisungsvorschlag auch auf bestehende Anlagestiftungen undifferenziert ausgedehnt werden.

Sollte es aber ein weiteres Ziel sein, erhöhte Governance-Vorschriften auch für bestehende Anlagestiftungen einzuführen, dann müsste dies durch eine Gesetzes- oder Verordnungsänderungen geschehen und kann nicht durch eine Weisung der Aufsichtsbehörde erfolgen.

Zweiter Teil – Grundsätzliche Bemerkungen

Differenzierte Vorgaben für zu gründende Anlagestiftungen

Der Weisungsentwurf berücksichtigt die unterschiedlichen Tatbestände einer neu zu gründenden und einer bereits operativ tätigen Anlagestiftung zu wenig. Beim Erlass von Weisungen muss gewährleistet werden, dass „adressatengerecht“ geregelt wird und bereits bestehende Anlagestiftungen mittels angemessener Differenzierung vor weitergehenden und nicht zielgerichteten Anforderungen geschützt werden.

Juristische Personen

Der Weisungsentwurf berücksichtigt zu wenig die Eigenheiten einzelner Anlagestiftungen resp. deren unterschiedliche Organisationsformen. Auch bleibt der Umstand – bis auf Ziffer 2.7.1 i.V.m. 5.3 – weitestgehend unberücksichtigt, dass vor allem juristische Personen bei der Delegation von Aufgaben Mandatsträger sind.

Weitergehende Regelungen als für Pensionskassen

Es sollten für Anlagestiftungen keine strengeren Vorschriften bezüglich Governance und Gründungsvoraussetzungen gelten als für Pensionskassen. Pensionskassen tragen nicht weniger Verantwortung und eine regulatorische Ungleichbehandlung ist rechtlich nicht abgestützt.

Rechtsgrundlage

Sowohl in Bezug auf den Umfang als auch auf die rechtliche Grundlage erachten wir den Weisungsentwurf als inhaltlich und formell ungenügend. Insbesondere enthält der Text bei Ziffer 2 unverhältnismässige oder unklar formulierte Vorgaben. Zudem ist der Entwurf in gewissen Bereichen restriktiver gefasst als Gesetz und Verordnung. Auch gibt der Entwurf zu wichtigen Interpretationsfragen keine Antworten. Im Gegenteil: Er wirft zusätzlich Fragen auf.

Vorschriften auf Gesetzes- und Verordnungsstufe sollen mittels Weisungen konkretisiert werden, speziell dort, wo offene Fragen oder Widersprüche bestehen. Dies führt zu einer erhöhten Rechtssicherheit und einer einheitlichen Rechtsanwendung. Wo Weisungen erlassen werden, soll dies mit Sicht auf die Aufsichtsziele geschehen (Grundsatz der Verhältnismässigkeit). Auch soll vermieden werden, bestehende Vorschriften nur mit anderen Formulierungen zu wiederholen oder sogar neue weitergehende Vorschriften zu erlassen.

Der Weisungsentwurf regelt vieles, das in Gesetz und Verordnung schon geregelt ist. Solche sich wiederholende Bestimmungen sind deshalb zu streichen. Der Entwurf geht in Teilen auch über Gesetz und Verordnungen hinaus (so zum Beispiel bei der Einführung eines Gründungsprüfers bei Ziff. 3.2) oder widerspricht ihnen sogar (so zum Beispiel bei der Forderung nach der Trennung von Stiftungsrat und Geschäftsführer in Ziff. 2.4, was gemäss der ASV nicht gefordert wird. Auch solche Bestimmungen sind deshalb zu streichen.

Der vorliegende Weisungsentwurf enthält auch gesetzestechnische Widersprüche, die durch uneinheitlichen Sprachgebrauch entstehen sowie Normenwidersprüche, die zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen können. Wo nicht schon gestrichen, müssen solche Weisungsbestimmungen in Übereinstimmung mit Gesetz und Verordnung formuliert werden. So wird zum Beispiel bei Ziff. 2.7.3 letzter Abschnitt von „zeitlich befristeter Suspendierung oder Enthebung“ gesprochen; gemäss BVG Art. 62a Abs. 2 lit. f jedoch kann die Aufsicht „ermahnen, verwarnen und abberufen“. Im Weisungsentwurf wird gerade dieses Aufsichtsmittel nochmals formuliert, einfach mit anderen Worten. Unabhängig von diesem uneinheitlichen Sprachgebrauch ist auch diese Bestimmung nur eine Wiederholung des bereits gesetzlich geregelten Aufsichtsmittels, weshalb sie in der Weisung ohnehin gestrichen werden sollte.

Kosten

Die Einführung der Weisung in vorliegender Form würde zu einem kostspieligen Mehraufwand hinsichtlich zusätzlicher Dokumentation (die ausserdem auch von der Revisionsstelle zu prüfen und zu testieren wäre) führen. Bei einigen kleineren Anlagestiftungen sind die Ressourcen heute schon knapp bemessen. Diese Anlagestiftungen sind aufgrund ihrer einfachen Strukturen bezüglich Governance adäquat aufgesetzt. Erhöhte Kosten aufgrund nicht zwingend notwendiger, neuer Vorschriften könnten geschäftsverhindernd bzw. –belastend wirken. Letztlich müssten diese Kosten auf die Anleger überwältigt werden, was angesichts der laufenden Kostendiskussion bei Pensionskassen befremdet.

Höhere Kosten bei Anlagestiftungen könnten allenfalls dazu führen, dass sich auch grössere Provider nicht mehr für die Lancierung einer Anlagegruppe entscheiden, sondern für die Lancierung eines Fonds, der jedoch weniger auf die Anlagebedürfnisse der Pensionskassen eingeht und bei dem keine Mitspracherechte gewährt werden. Diese Tendenz ist schon heute bemerkbar (aufgrund anderer, restriktiver Bestimmungen bei den Anlagevorschriften der ASV). Deshalb sind die Kostenstrukturen bei Anlagestiftungen tief zu halten.

Gesetzgebungstechnisch

Verweise dienen dazu, keine Regelungen neu zu erlassen. Bestehende Normen sollen übernommen werden.¹ Der Weisungsentwurf und seine häufigen Verweise auf bestehende Regelungen in Gesetz und Verordnungen schaffen hier weder Rechtsvereinheitlichung noch führen sie zu einer Verknappung der Rechtsetzung. Zu viele Verweise erschweren die Übersicht und Verständlichkeit, insbesondere dann, wenn nur einzelne Artikel als anwendbar erklärt werden. Informative Verweise sollen die Rechtsanweisung erleichtern. Doch sie enthalten ebenfalls die Gefahr, dass nur noch die verweisende Norm beachtet wird und nicht mehr die Ursprungsnorm. Unechte Verweise ohne normativen Gehalt sind problematisch. Sie belasten den Erlass nur. Unechte (deklaratorische) Verweisungen sind Erinnerungshilfen, die auf Regelungen verweisen, die ohnehin im Geltungsbereich der Verweisungsnorm gelten und oft überflüssig sind². Der vorliegende Weisungsentwurf enthält eine Vielzahl von informativen, unechten Verweisungen. Diese sollten rigoros weggelassen werden.

Dritter Teil – Bemerkung zu einzelne Ziffern

Unsere Bemerkungen zu einzelnen Ziffern des Weisungsentwurfs finden Sie in der beigelegten Tabelle. Wir nehmen dort Bezug auf die möglichen problematischen Ziffern (1. Spalte), kommentieren diese (2. Spalte), verweisen auf die entsprechenden Problemfelder mit Abkürzungen (3. Spalte) und schlagen - wo möglich - einen Weisungstext oder konkrete Änderungen vor (4. Spalte). In Übereinstimmung mit den grundsätzlichen Gedanken in Teil 2 haben wir folgende Problemfelder definiert:

- *Vorgaben für zu gründende AST – eine Differenzierung ist angebracht (DIF)*
- *Juristische Personen bleiben weitestgehend unberücksichtigt (JP)*
- *Weitergehende Regelungen als für Pensionskassen (PK)*
- *Rechtsgrundlage fehlt oder ist ungenügend (RG)*
- *Kosten – Nutzen ist fraglich und grundsätzlich zu hoch (K)*
- *Gesetzgebungstechnisch – unnötige Wiederholungen und Verweise (GT)*

¹ Gregor Müller, Elemente einer Rechtsetzungslehre, RZ 307, Zürich 1999.

² Rechtsetzungsleitfaden des BJ 2007, 3. nachgeführte Ausgabe, RZ 895, S. 364.

Empfehlungen

Publizierte Vorgaben zum Gründungsverfahren ermöglichen eine einheitliche Rechtsanwendung und führen zu einer vorhersehbaren und damit verlässlichen Praxis der Aufsichtsbehörde. Detaillierte Prozessbeschreibungen mit erläuternden Kommentaren, Hinweisen und Anforderungen an neu zu gründende Anlagestiftungen sind auch aus organisatorischer Sicht zu begrüßen, zumal nicht bei jeder Gründung neu disponiert werden muss. Das Ziel, organisatorische, strukturelle oder rechtliche Mängel frühzeitig erkennen zu können, rechtfertigt deshalb das Aufsetzen von erläuternden und detaillierteren Richtlinien. Doch ist aus rein sachlogischen Gründen zwischen neu zu gründenden Anlagestiftungen und bereits operativ tätigen zu unterscheiden.

Für Weisungsbestimmungen mit neuen Rechten und Pflichten, die über die Vorschriften in Gesetz und Verordnung hinausgehen, fehlt die rechtliche Grundlage. Strengere Bestimmungen dürfen nicht mittels Weisung erlassen werden. Solche, weitergehenden Bestimmungen sind folglich aus der Weisung zu streichen oder nur für neu zu gründende Anlagestiftungen als anwendbar zu erklären.

Der Weisungsentwurf enthält viele Verweise und redundante Bestimmungen. Solche Fülltexte sind nicht zweckmässig und erschweren das Verständnis des Lesers. Bestimmungen, die keinen Mehrwert bringen, sind deshalb aus der Weisung zu streichen.

Die KGAST empfiehlt daher, die Vorgaben für die Gründung (ganze Ziff. 3 des Weisungsentwurfs) in Form einer (erweiterten) Prozessbeschreibung mittels Mitteilung, Formularen und/oder Checklisten zu regeln. Damit wird das Ziel erreicht, ungenügend organisierte Strukturen und mangelhafte Organisationen bei den zu gründenden Anlagestiftungen frühzeitig zu erkennen. Sollte zusätzlich ein zweites Ziel, nämlich die Governance-Vorgaben auch für bestehende Anlagestiftung zu verschärfen verfolgt werden, müsste dies über Verordnungs- oder Gesetzesänderungen erfolgen.

Wir empfehlen, einen gemeinsamen Workshop mit Vertretern von EXPERTsuisse und der KGAST aufzusetzen. Dabei können die aufsichtsrechtlichen Vorgaben bei Gründungen erörtert, weiterentwickelt und schliesslich eine Mitteilung zum Verfahren formuliert werden. Es ist sodann auch unser Ziel, dass klare, adäquate und einheitliche Regelungen beim Gründungsverfahren angewandt werden, damit die hohe Qualität des Instituts der Anlagestiftung erhalten bleibt. Selbstverständlich stehen wir Ihnen für vertiefte Gespräche und Rückfragen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

KGAST
Konferenz der Geschäftsführer von Anlagestiftungen

Daniel Schürmann
Präsident

Roland Kriemler
Geschäftsführer