

Bundesamt für Sozialversicherungen
Geschäftsfeld Alters- und Hinterlassenenvorsorge
Projekt Umsetzung Strukturreform
Frau Barbara Brosi
Projektleiterin
Effingerstrasse 20
3003 Bern

Basel, 7. Februar 2011
A 170.2 MTI/JSA

Strukturreform in der beruflichen Vorsorge – Verordnungsänderungen und neue Verordnung über die Anlagestiftungen

Sehr geehrte Frau Brosi

Mit Schreiben vom 26. November 2010 haben Sie uns über die Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens bezüglich der Verordnungen zur Strukturreform in der 2. Säule informiert und eingeladen, dazu Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Für den Bankensektor spielt die Vermögensverwaltung von Vorsorgegeldern eine bedeutende Rolle. Wir möchten uns deshalb auf die Bestimmungen der BVV2, die eine grosse Auswirkung auf die Vermögensverwaltung haben, konzentrieren. Es geht insbesondere darum, Rahmenbedingungen einzuführen, die den Willen des Gesetzgebers einerseits, die Bedürfnisse von Pensionskassen und ihren Vermögensverwaltern andererseits berücksichtigen. Was die Verordnung über die Anlagestiftungen betrifft, verweisen wir auf die Stellungnahmen der betroffenen Banken und der KGAST.

Für den Bankensektor sind die folgenden Aspekte von entscheidender Bedeutung:

Die zwingende Ablieferungspflicht für sämtliche Vermögensvorteile gemäss Art. 48k Abs. 1 des Entwurfs zur revidierten BVV2 geht weiter als das Gesetz und widerspricht sogar Art. 76 Abs. 7 und Art. 53a Bst. b BVG. Sie entspricht auch nicht dem FINMA-Rundschreiben „Eckwerte zur Vermögensverwaltung“, das Grundsätze zur Entschädigung des Vermögensverwalters enthält. Eine nicht auf diese Vorschriften abgestimmte Regulierung in der BVV2, die Rechtsunsicherheit in der Praxis auslöst, ist zu vermeiden. Sollte der Bundesrat an Art. 48k Abs. 1 des Entwurfs zur revidierten BVV2 festhalten, sind zumindest die von der FINMA beaufsichtigten Banken und weiteren Finanzintermediäre vom Geltungsbereich dieser Bestimmung auszunehmen.

Die jährliche schriftliche Erklärung gemäss Art. 48l Abs. 2 des Entwurfs zur revidierten BVV2 erstreckt sich – neu – auf die dem Bankengesetz unterstehenden Personen und Einrichtungen. Die auf Banken und weitere beaufsichtigte Finanzintermediäre anwendbaren Regeln und Selbstregulierungen sind nach wie vor mindestens äquivalent und teilweise strenger als jene in der beruflichen Vorsorge. Im Rahmen ihrer Bewilligungspraxis erklärt die FINMA die von ihr anerkannten Richtlinien und Vereinbarungen zum aufsichtsrechtlichen Mindeststandard und weist die Prüfgesellschaften an, deren Einhaltung zu prüfen. Entsprechend sollten sich Vorsorgeeinrichtungen auf die einwandfreie Geschäftstätigkeit und die Einhaltung der Standesregeln durch Banken verlassen dürfen. Banken und Finanzintermediäre, die von der FINMA beaufsichtigt werden, sind deshalb wie bisher von der Pflicht der jährlichen schriftlichen Erklärung zu befreien.

Nachfolgend nehmen wir in Teil I. zu diesen zentralen Punkten Stellung. In einem II. Teil zeigen wir auf, wo sich weitere Anpassungen aufdrängen.

I. Änderungsvorschläge / Schwerpunkte

- **Art. 48k Abs. 1 (neu) Abgabe von Vermögensvorteilen**
(Art. 53a Bst. a BVG)

Änderungsvorschlag:

Die zwingende Ablieferungspflicht für sämtliche Vermögensvorteile ist zu streichen. Denn die Verordnung darf nicht über das Gesetz – insbesondere Art. 76 Abs. 7 BVG – hinausgehen und ihm widersprechen¹.

Eventualvorschlag:

Hält der Bundesrat an dieser Bestimmung fest, sollte sie auf jene Vermögensverwalter, die der Aufsicht der FINMA unterstellt sind, nicht anwendbar sein.

Begründung:

Art. 48k Abs. 1 des Entwurfs zur revidierten BVV2 sieht vor, dass Personen und Institutionen, die mit der Geschäftsführung, der Verwaltung oder der Vermögensverwaltung von Pensionskassen betraut sind, zwingend sämtliche Vermögensvorteile, die sie in diesem Zusammenhang erhalten haben, der Pensionskasse abgeben müssten.

¹Art. 76 Abs. 7 BVG: „Wer Vermögensvorteile oder Retrozessionen im Zusammenhang mit der Verwaltung von Vorsorgevermögen nicht offenlegt oder für sich einbehält, die nicht ausdrücklich im Vermögensverwaltungsvertrag als Entschädigung beziffert sind (...).“

Der Verordnungsentwurf **ist strenger als die Strafnorm des Gesetzes, Art. 76 BVG**. Dieser Artikel stellt die Nichtoffenlegung oder das Behalten von Vermögensvorteilen oder Retrozessionen im Zusammenhang mit der Verwaltung von Vorsorgevermögen nur unter Strafe, soweit sie „nicht ausdrücklich im Vermögensverwaltungsvertrag als Entschädigung beziffert“ sind. Mit anderen Worten erlaubt Art. 76 BVG ausdrücklich eine vom Gesetz abweichende Regelung im Vermögensverwaltungsvertrag. Art. 48k Abs. 1 des Verordnungsentwurfs steht dazu im Widerspruch und hat deshalb keine Grundlage im Gesetz.

Art. 48k Abs. 1 des Entwurfs **überschreitet zudem Art. 53a Bst. b BVG**, der den Bundesrat zum Erlass von Bestimmungen über die Zulässigkeit und Offenlegung von „Vermögensvorteilen“ ermächtigt, die eine Person im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für die Pensionskassen erzielt. Im Laufe der parlamentarischen Beratung präziserte Bundespräsident Couchepin dies als „l'obligation de transférer des rétrocessions à l'institution de prévoyance“², ohne die „weiteren“ Vermögensvorteile zu erwähnen. Auch das Parlament hat sich unseres Wissens bei diesem Artikel nicht für „eine zwingende Zurückerstattung sämtlicher Vermögensvorteile“ ausgesprochen.

Der Erläuterungsbericht des BSV zu Art. 48k BVV2, wonach die Ablieferungspflicht für alle Vermögensvorteile durch „ein Urteil des Bundesgerichts (BGE 132 III 460) bestätigt“ worden sei, **stimmt so nicht**. Das Bundesgericht hatte in diesem Urteil über die Ablieferungspflicht von Finder's Fees und Retrozessionen durch einen externen Vermögensverwalter an einen seiner Kunden zu befinden. Es entschied, dass

- der externe Vermögensverwalter als Beauftragter des Kunden gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR verpflichtet ist, erhaltene Finder's Fees und Retrozessionen dem Kunden offen zu legen und abzuliefern;
- der Kunde auf die Ablieferung verzichten kann, wenn er über die zu erwartenden Finder's Fees und Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist und sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung klar hervorgeht.

Geldwerte Vorteile sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung deshalb nur dann offenlegungs- und ablieferungspflichtig, wenn es sich dabei tatsächlich um Retrozessionen i.S. von Art. 400 OR handelt, d.h. Zahlungen im inneren Zusammenhang mit einem Auftrag der Pensionskasse an den Vermögensverwalter, und die Pensionskasse nicht darauf verzichtet hat. Das Kommentar zur Verordnung könnte in diesem Sinne präzisiert werden.

Die Äusserung in der Botschaft³ zu Art. 53a E-BVG (S. 34), in der BVV2 sei festzuhalten, dass „sämtliche“ Vermögensvorteile an die Vorsorgeeinrichtung „abzuliefern“ seien, kann sich deshalb nicht auf den Bundesgerichtsentscheid stützen, weil: (1.) nicht zwischen den verschiedenen Formen der Vermögensverwaltung differenziert wird; (2.) sämtliche Entschädigungsarten, die im Rahmen der Verwaltung von Vorsorgevermögen anfallen können, in den gleichen „Retrozessionstopf“ geworfen

² Amtliches Bulletin, 07.055, Ständerat, Herbstsession 2008 – Zweite Sitzung – 16.09.08-08h15.

³ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Strukturreform).

werden; insbesondere werden auch Vertriebsentschädigungen, wie sie Banken von Anbietern von Anlageprodukten erhalten, fälschlich mit „Retrozessionen“ nach BGE 132 III 460 gleichgesetzt; und (3.) eine zwingende Ablieferungspflicht vorgesehen wird, obwohl nach dem erwähnten Entscheid ein Verzicht darauf möglich ist.

Ausserdem ist nochmals auf das **FINMA-Rundschreiben „Eckwerte zur Vermögensverwaltung“** aufmerksam zu machen⁴. Dieses Rundschreiben, das sich auch auf die Verwaltung von Vermögenswerten der 2. Säule bezieht, enthält Grundsätze zur Entschädigung des Vermögensverwalters. Die Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung wurden entsprechend angepasst. Gemäss dem FINMA-RS gilt in Bezug auf Leistungen, welche die Bank von Dritten erhält, eine differenzierte Regelung einerseits für Retrozessionen „im inneren Zusammenhang“ mit dem Vermögensverwaltungsauftrag (Art. 400 OR), andererseits für weitere Leistungen „bei Gelegenheit“ der Vermögensverwaltung. Zur zweitgenannten Art gehören insbesondere Vertriebsentschädigungen.

Eine nicht auf diese Vorschriften abgestimmte Regulierung in der BVV2 führt zu Rechtsunsicherheit und Verwirrung. Sie ist weder mit den übrigen Bestimmungen des Gesetzes – insbesondere Art. 76 BVG – noch mit dem Zivil- und Aufsichtsrecht oder sogar mit der MiFID vereinbar. Diese beschränken sich – im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – nämlich zu Recht darauf, eine Offenlegungspflicht vorzusehen. Daher ist die „zwingende Ablieferungspflicht für sämtliche Vermögensvorteile“ im Art. 48k Abs. 1 des Entwurfs zu streichen.

Sollte der Bundesrat entgegen unserer Anregung nicht auf die vorgeschlagene Änderung von Art. 48k Abs. 1 verzichten, dürfte diese Bestimmung wenigstens – um die erwähnten Widersprüche zu vermeiden – auf die der FINMA unterstellten Vermögensverwalter keine Anwendung finden.

- **Art. 48I (neu) Offenlegung**
(Art. 53a Bst. b BVG)

Änderungsvorschlag:

Art. 48I Abs. 2 ist wie folgt zu ändern:

„Personen und Institutionen, die mit der Geschäftsführung, der Verwaltung oder der Vermögensverwaltung der Einrichtung der beruflichen Vorsorge betraut sind, müssen dem obersten Organ jährlich eine schriftliche Erklärung darüber abgeben, ob und welche persönlichen Vermögensvorteile sie **im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Tätigkeit für die Vorsorgeeinrichtung** erhalten haben, und bestätigen, dass sie sämtliche Vermögensvorteile **gemäss Art. 48k Absatz 1**⁵ abgeliefert haben. **Personen**

⁴ Das Rundschreiben 2009/1 „Eckwerte zur Vermögensverwaltung“ der FINMA enthält Bestimmungen zur Entschädigung des Vermögensverwalters » (Randziff. 27-31).

⁵ Änderungsvorschlag hängt von der definitiven Fassung von Art. 48k Abs. 1 BVV2.

und Einrichtungen, die von der FINMA beaufsichtigt werden, brauchen die jährliche schriftliche Erklärung nicht abzugeben.

Begründung:

Nicht nachvollziehbar ist, weshalb neu dem Bankengesetz unterstehende Personen und Einrichtungen nicht mehr von der Pflicht der jährlichen schriftlichen Erklärung befreit sein sollten. Die auf Banken und Finanzintermediäre anwendbaren Regeln und Selbstregulierungen sind nach wie vor mindestens äquivalent und teilweise strenger. Die Einhaltung der Gesetze und Selbstregulierungen gilt als Erfordernis der einwandfreien Geschäftstätigkeit einer Bank und ist somit gewährsrelevant im Rahmen der Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 3 BankG. Die Beachtung der Standesregeln stellt eine ständige Bewilligungsvoraussetzung für die Ausübung des Bankgeschäftes dar. Die FINMA fasst ihre Bewilligungspraxis im FINMA-RS 2008/10 zusammen, indem sie die von ihr anerkannten Richtlinien und Vereinbarungen zum aufsichtsrechtlichen Mindeststandard erklärt und die Prüfgesellschaften anweist, deren Einhaltung nach risikoorientierten Grundsätzen zu prüfen. Entsprechend sollten sich Vorsorgeeinrichtungen auf die einwandfreie Geschäftstätigkeit und die Einhaltung der Standesregeln verlassen dürfen.

- **Inkrafttreten (Siehe Ziff. IV)**

Änderungsvorschlag:

Ziff. IV ist wie folgt zu ändern:

~~Die Änderung der Artikel 48f-48l und 49a Absatz 2 tritt am 1. Juli 2011 in Kraft.~~

Begründung:

Die entsprechenden Änderungen müssen – wie alle Anpassungen der BVV2 – am 1. Januar 2012 in Kraft treten. Die Umsetzung der entsprechenden Bestimmungen muss sorgfältig vorbereitet werden. Nach Veröffentlichung der definitiven Fassung der BVV2 ist davon auszugehen, dass die Umsetzung der organisatorischen Massnahmen Zeit in Anspruch nimmt.

II. Weitere Änderungsvorschläge / Bemerkungen

- **Art. 48 f Anforderungen an Geschäftsführer und Vermögensverwalter**
(Art. 51b Abs. 1BVG)

Änderungsvorschlag:

Art. 48f Abs. 3 ist wie folgt zu ändern:

“Externe Personen oder Institutionen dürfen nur als Vermögensverwalter tätig sein, wenn sie direkt von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) beaufsichtigt

werden. Teilaufgaben der Vermögensverwaltung können an ausländische Personen und Institutionen übertragen werden, wenn diese einer der FINMA gleichwertigen Aufsicht unterstehen ~~und sichergestellt wird, dass die Verträge über die delegierten Aufgaben schweizerischem Recht unterliegen und der Gerichtsstand in der Schweiz ist.~~

Begründung:

Es ist zu beachten, dass international ausgerichtete Unternehmen vor allem auch ihre Vorsorgelösung möglichst international gestalten wollen und daher nicht nur Vermögensverwaltungsverträge nach Schweizer Recht abschliessen können. Es stellt sich schliesslich die Frage, ob die Pflicht, alle Vermögensverwaltungsverträge nach Schweizer Recht abzuschliessen, bedeutet, dass in keine ausländischen Fonds und Beteiligungsgesellschaften investiert werden kann. Ein solches Verständnis wäre eine inakzeptable und sinnlose Eingrenzung des Anlagespektrums von Vorsorgeeinrichtungen. Ausserdem wäre eine solche Bestimmung nicht gesetzeskonform. Auch hier fehlt es an einer Rechtsetzungsdelegation.

- **Art. 48g Prüfung der Integrität und Loyalität der Verantwortlichen**
(Art. 51b Abs. 1 BVG)

Änderungsvorschlag:

Art. 48g Abs. 2 ist wie folgt zu ändern:

„² Spätere personelle Wechsel im obersten Organ, der Geschäftsführung oder der Vermögensverwaltung sind der zuständigen Aufsichtsbehörde umgehend zu melden. Diese nimmt dabei keine systematische Prüfung mehr vor, sondern prüft nur noch bei Vorliegen besonderer Umstände. **Bei Personen und Einrichtungen, die von der FINMA beaufsichtigt werden, erübrigt sich die Meldung an die Aufsichtsbehörde.**“

Begründung:

Die auf Banken und Finanzintermediäre anwendbaren Regeln und Selbstregulierungen sind nach wie vor mindestens äquivalent und teilweise strenger. Die Einhaltung der Gesetze und Selbstregulierungen gilt als Erfordernis der einwandfreien Geschäftstätigkeit einer Bank und ist somit gewährsrelevant im Rahmen der Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG. Die Beachtung der Standesregeln stellt eine ständige Bewilligungsvoraussetzung für die Ausübung des Bankgeschäftes dar. Die FINMA fasst ihre Bewilligungspraxis im FINMA-RS 2008/10 zusammen, indem sie die von ihr anerkannten Richtlinien und Vereinbarungen gemäss Art. 7 Abs. 3 FINMAG zum aufsichtsrechtlichen Mindeststandard erklärt und die Prüfgesellschaften anweist, deren Einhaltung nach risikoorientierten Grundsätzen zu prüfen. Entsprechend liegen bei Banken und Effektenhändler bereits entsprechende, von der Aufsicht überwachte Prüfberichte vor. Entsprechend sollten sich Vorsorgeeinrichtungen auf die einwandfreie Geschäftstätigkeit und die Einhaltung der Standesregeln verlassen dürfen, ohne dass es dazu noch eines administrativen Mehraufwands bedarf.

- **Art. 48h Vermeidung von Interessenkonflikten**
(Art. 51b Abs. 2 BVG)

Änderungsvorschläge:

Art. 48h Abs. 1 – 3 sind wie folgt zu ändern:

„¹ Personen, die im obersten Organ, in der Geschäftsführung oder in der Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung tätig sind, dürfen in keinem dauerhaften Interessenkonflikt stehen, der sich zum Nachteil der Destinatäre auswirkt. Insbesondere dürfen mit der Vermögensanlage oder der Geschäftsführung betraute externe Personen nicht im obersten Organ vertreten sein.

~~² Es dürfen keine Dauerverträge abgeschlossen werden,~~

~~a. mit natürlichen Personen, die im obersten Organ vertreten sind;~~

~~b. mit juristischen Personen, die mit Entscheidungsträgern im obersten Organ vertreten sind oder an denen Mitglieder des obersten Organs wirtschaftlich berechtigt sind.~~

~~³ Verträge, welche die Vorsorgeeinrichtung zur Durchführung der beruflichen Vorsorge abschliesst, müssen spätestens fünf Jahre nach Abschluss ohne Nachteile für die Vorsorgeeinrichtung aufgelöst werden können.“~~

Begründung:

zu Abs. 1: Es sollte unerheblich sein, ob ein Interessenkonflikt dauerhaft oder im Einzelfall besteht. Einzig relevant – und nach Lehre und Rechtsprechung anerkannt, auch in der EU – ist, ob sich ein Interessenkonflikt zum Nachteil des Kunden (hier: Destinatärs) auswirkt.

zu Abs. 2: In Anlehnung an das zu Abs. 1 Gesagte sollte einzig relevant sein, ob (1.) ein Interessenkonflikt besteht, der sich (2.) nachteilig auswirkt, sprich: nicht anderweitig, z.B. mit organisatorischen Massnahmen, verhindert werden konnte. Der hier vorgeschlagene Verbotskatalog verhindert nicht zwingend einen sich nachteilig auswirkenden Interessenkonflikt. Das gilt insbesondere, wenn es sich um Verträge mit grossen Unternehmen handelt, die sich auf eine Art und Weise organisiert haben, dass sich allfällige Interessenkonflikte nicht zum Nachteil ihrer Kunden auswirken, wie es etwa für Banken gesetzlich vorgeschrieben ist. Ebenso steht der Verbotskatalog in Abs. 2 in Widerspruch zum übergeordneten Art. 51c BVG (Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden) und ist damit gesetzgeberisch betrachtet unzulässig.

zu Abs. 3: Vermögensverwaltungsverträge (marktkonforme, kündbare Verträge) mit einem beaufsichtigten Finanzintermediär, wie sie bei öffentlich-rechtlichen wie auch

privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen durchaus üblich und unproblematisch sind, wären damit nicht mehr möglich. Heute ist das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung ermächtigt, darüber frei zu entscheiden, und sollte auch in der Zukunft diese Kompetenz behalten.

- **Art. 48j Verbot von Eigengeschäften**
(Art. 53a Bst. a BVG)

Änderungsvorschlag:

Art. 48j Abs. 1 Bst. b ist wie folgt zu ändern:

~~b. in einem Titel oder in einer Anlage handeln, solange die Vorsorgeeinrichtung mit diesem Titel oder dieser Anlage handelt und sofern der Vorsorgeeinrichtung daraus ein Nachteil entstehen kann. Dem Handel gleichgestellt ist die Teilnahme an solchen Geschäften in anderer Form;~~

Begründung:

Diese Vorschrift ist für Banken und Effektenhändler nicht einhaltbar und verfehlt das angestrebte Ziel, (nachteilige) Interessenkonflikte zu vermeiden, bzw. schießt weit darüber hinaus. Der vorgeschlagene Wortlaut würde es einer Universalbank, die innerhalb derselben rechtlichen Einheit (aber hinter entsprechenden „Chinese Walls“) sowohl im Eigenhandel wie auch im Bereich des Emissionsgeschäfts eine grosse Anzahl von Geschäften und Transaktionen tätigt bzw. an diesen teilnimmt, in der Praxis erschweren, weiterhin Vermögenswerte von Vorsorgeeinrichtungen zu verwalten.

Die alleinige Tatsache, dass eine Bank im organisatorisch hinter Firewalls abgeschotteten Eigenhandel zufälligerweise Transaktionen in denselben Titeln tätigt wie im Vermögensverwaltungsgeschäft für Kunden, führt nicht automatisch zu einer Konfliktsituation, schon gar nicht zu einer für Kunden nachteiligen, insbesondere wenn organisatorische oder betriebliche Massnahmen ergriffen wurden, die das sicherstellen. Der Schutzzweck dieser Norm, mögliche Nachteile für die Vorsorgeeinrichtung zu vermeiden (vgl. Abs. 1 dieser Bestimmung), wird bereits durch Bst. a umfassend abgedeckt, indem Anknüpfungspunkt bzw. „Tatbestandsvoraussetzung“ das Ausnutzen der Kenntnis von Kundenaufträgen ist.

Für das Interesse, das Sie unserer Stellungnahme entgegenbringen, danken wir Ihnen. Wir stehen selbstverständlich für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung



Mireille Tissot Christoph Winzeler