

Stellungnahme

IDW Positionspapier – Eignung von Systemen zur
Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen
i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR
durch nichtfinanzielle Gegenparteien

Kontakt: Dr. Sarah Schröder
Telefon: +49 30 2021-2325
Telefax: + 49 30 2021-192300
E-Mail: s.schroeder@bvr.de

Berlin, 25. Juni 2014

DK-Stellungnahme vom 25. Juni 2014 zum IDW Positionspapier – Eignung von Systemen zur Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR durch nichtfinanzielle Gegenparteien

I. Einführung und zentrale Anmerkungen

Die Deutsche Kreditwirtschaft (DK) nimmt gerne die Gelegenheit wahr, zu dem Entwurf des IDW – Eignung von Systemen zur Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR durch nichtfinanzielle Gegenparteien vom 31. März 2014 (Positionspapier) – Stellung zu nehmen.

Die DK begrüßt und unterstützt grundsätzlich den mit dem Positionspapier verfolgten Ansatz, aus der spezifischen Perspektive der Wirtschaftsprüfer einerseits einen Überblick über Verständnis und Anwendung der aus der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (*European Markets Infrastructure Regulation*, „**EMIR**“) folgenden Pflichten sowie den hierzu zur Konkretisierung erlassenen Delegierten Verordnungen bzw. Durchführungsverordnungen (technische Standards **TS**) zu geben und andererseits die Auffassung über die Mindestanforderungen an Systeme zur Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR durch nichtfinanzielle Gegenparteien darzulegen.

Ein möglichst einheitliches Verständnis über Auslegung und Anwendung der neuen Vorgaben im Rahmen der Prüfung ist unverzichtbar, um Widersprüche bzw. uneinheitliche Standards zu vermeiden. Ein uneinheitliches Verständnis hinsichtlich der Anforderungen an die Marktteilnehmer, insbesondere wenn dieses nicht mit der bestehenden aufsichtsrechtlichen Praxis vereinbar wäre, hätte erhebliche nachteilige Folgen für alle Marktteilnehmer, da dies zu wettbewerbsverzerrenden und vermeidbaren Belastungen führen würde. Dies gilt in besonderem Maße für die Marktteilnehmer, die mit den neuen Vorgaben der EMIR und der TS hierzu erstmals – direkt oder indirekt – aufsichtsrechtlichen Anforderungen unterworfen werden. Gerade im Hinblick auf diese Gruppe der Marktteilnehmer wird es wichtig sein, die Anforderungen sach- und praxisgerecht zu definieren. Wir sehen daher einige Ausführungen zu den Anforderungen und Erwartungen an die internen Risikomanagement-Prozesse in dem Positionspapier kritisch, da diese aus unserer Sicht zu weitgehend und nicht in allen Fällen durch die gesetzlichen Bestimmungen gedeckte Vorgaben aufzustellen scheinen.

In diesem Zusammenhang sind vor allem die folgenden Aspekte zu berücksichtigen:

- Zum Verständnis und zur Auslegung der Anforderungen aus EMIR gerade im Hinblick auf die sogenannten Risikominderungstechniken für nicht-clearingpflichtige Transaktionen sind (wie auf S. 4 f. des Positionspapiers dargelegt) die Auslegungsentscheidungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („**BaFin**“) zu beachten. Darüber hinaus dienen das Fragen- und Antwortenpapier der Europäischen Kommission (COM-EMIR-FAQ – aktueller Stand: 18. Dezember 2013) sowie das Fragen- und Antwortenpapier der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (*European Securities and Markets Authority*, „**ESMA**“) (ESMA-EMIR-FAQ – aktueller Stand: 21. Mai 2014) als wichtige Auslegungshilfen. Weiter sollten auch aktuelle Entwicklungen, wie etwa das Konsultationspapier der europäischen Aufsichtsbehörden (*European Supervisory Authorities*, „**ESAs**“), mit dem Entwurf der regulatorischen technischen Standards zu Risikominderungstechniken für nicht über zentrale Gegenparteien (bilateral) abgewickelte OTC-Derivate vom 14. April 2014 (EBA/ESMA/EIOPA-Konsultationspapier) und die BCBS-IOSCO Rahmenvorgaben für die Besicherung bilateraler OTC-Derivate angemessen berücksichtigt werden.

DK-Stellungnahme vom 25. Juni 2014 zum IDW Positionspapier – Eignung von Systemen zur Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR durch nichtfinanzielle Gegenparteien

- Der Katalog anzuwendender Risikominderungstechniken ist abschließend (vgl. ESMA-EMIR-FAQ Antwort 12 c) – es gibt demzufolge keinen Raum für ergänzende Anforderungen.
- Beim persönlichen Anwendungsbereich der Anforderungen ist der sich aus der Definition der nichtfinanziellen Gegenpartei ergebende Umstand zu beachten, dass „Nichtunternehmen“ nicht vom Anwendungsbereich der EMIR erfasst werden. Ein Beispiel für Nichtunternehmen sind Kommunen, sofern sie Derivategeschäfte im Rahmen ihrer hoheitlichen Tätigkeiten (im Gegensatz zu wirtschaftlichen/unternehmerischen Tätigkeiten) abschließen (vgl. COM-EMIR-FAQ Ziff. II.14 und 15 und unten, Anmerkungen zu Ziff. 2.1 mit weiteren Beispielen für Nichtunternehmen). Bei Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs der Pflichten muss daher im Ergebnis grundsätzlich zumindest zwischen folgenden verschiedenen Gruppen von Kontrahenten unterschieden werden:
 - Finanzielle Gegenparteien („**FC**“),
 - Nichtfinanzielle Gegenparteien („**NFC**“) – hier wiederum zu differenzieren zwischen NFC, die die Clearingschwelle überschritten haben („**NFC+**“) und solche, die dies nicht getan haben („**NFC-**“),
 - Drittstaaten-Gegenparteien, die FCs oder NFCs gleichzustellen sind (Drittstaaten-FC/Drittstaaten-NFC bzw. NFC+/-),
 - Gegenparteien, die weder als FC einzustufen sind, noch mangels Unternehmenseigenschaft als NFC zu qualifizieren sind („Nichtunternehmen“ – gilt entsprechend für Drittstaaten-Gegenparteien).

II. Anmerkungen zu einzelnen Abschnitten

1. Hintergrund und Überblick

- Auf Seite 1 wird „OTC“ mit unreguliertem außerbörslichen Markt gleichgesetzt. Dies ist zumindest missverständlich, da EMIR beispielsweise auch an MTF abgeschlossene Derivatekontrakte als OTC klassifiziert und MTF durch die MiFID reguliert sind. Das Wort „unreguliert“ sollte gestrichen werden.
- Auf Seite 3, zweiter Absatz wird im Hinblick auf als „börslich“ und „außerbörslich“ bezeichneten Derivatekontrakten von einem „Erwerb“ gesprochen. Dies ist insoweit missverständlich, als insbesondere Derivate im außerbörslichen Bereich (*over-the-counter*, „**OTC-Derivate**“) in Form eines bilateralen Vertrages abgeschlossen werden (und zwar meist auf Grundlage eines Rahmenvertrages, der die einzelnen, hierunter abgeschlossenen Geschäfte – häufig als Einzelabschlüsse bezeichnet – zu einem einheitlichen Vertragsverhältnis zusammenfasst). Sachgerechter wäre es daher, von Verträgen über Derivatekontrakten zu sprechen.
- Die Aussage auf Seite 3, dritter Absatz, dass die Meldepflicht alle Gegenparteien trifft, ist zumindest missverständlich, da unmittelbare Adressaten der Pflicht nur FC und NFC sind. „Nichtunternehmen“ sind somit nicht Adressaten der Meldepflicht. Wie im darauf folgenden Absatz sollte deshalb von finanziellen und nichtfinanziellen Gegenparteien gesprochen werden, um Missverständnisse zu verhindern.

DK-Stellungnahme vom 25. Juni 2014 zum IDW Positionspapier – Eignung von Systemen zur Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR durch nichtfinanzielle Gegenparteien

2. Anwendungsbereich von EMIR

2.1 Persönlicher Anwendungsbereich

- Die Aussagen zum Unternehmensbegriff auf den Seiten 5 und 6, insbesondere hinsichtlich der Stiftungen, können den – unzutreffenden – Eindruck erwecken, dass Stiftungen grundsätzlich als Unternehmen und damit als NFC einzustufen wären bzw. eine Vermutung für eine unternehmerische (oder „wirtschaftliche“) Tätigkeit bestünde. Eine solche Vermutung der Unternehmenseigenschaft ist im Fall von Stiftungen aber nicht gerechtfertigt und lässt sich auch dem COM-EMIR-FAQ nicht entnehmen. Der Stiftungsaufsicht unterliegende Stiftungen, die im Rahmen ihres Stiftungszweckes handeln, dürften im Gegenteil grundsätzlich nicht als Unternehmen einzustufen sein. Dies gilt entsprechend für Kommunen.
- Als Nichtunternehmen sind regelmäßig auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts zur Verwaltung von Privatvermögen einzustufen.
- Darüber ist zu erwägen, auf den Sonderfall der gewerblich tätigen natürlichen Person (Freiberufler, Einzelkaufleute) einzugehen. Diese unterliegen den EMIR-Verpflichtungen nur, soweit die Geschäfte ihrer gewerblichen/freiberuflichen Tätigkeit zuzuordnen sind. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass Gegenparteien nur anhand entsprechender Erklärungen zum Status oder eindeutiger objektiver Kriterien feststellen können, welchem Bereich ein Geschäft zuzuordnen sein wird.

Zu dem von der Deutschen Kreditwirtschaft vertretenen Verständnis zum EMIR-Unternehmensbegriff bzw. zur Abgrenzung von nichtfinanziellen Gegenparteien von „Nichtunternehmen“, vgl. auch den als **Anlage** beigefügten Auszug aus dem Entwurf des DK-Auslegungspapiers zu bestimmten Aspekten der EMIR, dort fünfte Zeile: „Begriff der Nichtfinanziellen Gegenpartei“.

2.2 Sachlicher Anwendungsbereich

2.2.2 Definition des Begriffs „Derivat“

- Das dargelegte Verständnis entspricht in weiten Teilen der von der Deutschen Kreditwirtschaft vertretenen Auffassung (vgl. hierzu den als **Anlage** beigefügten Auszug aus dem Entwurf des DK-Auslegungspapiers zu bestimmten Aspekten der EMIR, dort dritte Zeile: „Derivatebegriff“).
- Allerdings sollte aus unserer Sicht auf die nicht unerheblichen Differenzen bei Auslegung und Verständnis über den MiFID-Derivatebegriff innerhalb der EU bzw. der sehr unterschiedlichen Umsetzungen der MiFID durch die EU-Mitgliedstaaten hingewiesen werden. Diese Differenzen führen derzeit bei grenzüberschreitenden Transaktionen zu erheblichen Konflikten oder Widersprüchen, die sich insbesondere bei den Meldungen an Transaktionsregister niederschlagen können. Auffälligkeiten oder Unstimmigkeiten werden hier für die Adressaten der Pflichten vielfach unvermeidbar sein. Dies müsste im Rahmen von Prüfungen hinreichend berücksichtigt werden.

DK-Stellungnahme vom 25. Juni 2014 zum IDW Positionspapier – Eignung von Systemen zur Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR durch nichtfinanzielle Gegenparteien

2.2.3 Definition des Begriffs „OTC-Derivatekontrakt“

- In dieser Passage wird die Aussage getroffen, dass die „Einbeziehung eines nicht an einem solchen Markt abgeschlossenen bzw. gehandelten Derivatekontrakt in ein freiwilliges Clearing an einem solchen Markt [...] nicht dazu [führe], dass der Kontrakt als einem an einer Börse gehandelten Derivatekontrakt gleichgestellt (non-OTC) anzusehen“ sei. Diese Darstellungen sind missverständlich, da sie den Schluss zulassen, dass freiwillig geclearte Derivate den weiteren Risikominderungstechniken für nicht über CCPs abgewickelte Derivate (z. B. rechtzeitige Bestätigung, Portfoliodatenabgleich, Portfoliokomprimierung) zu unterziehen wären. Dies trifft nicht zu: Die Anforderungen an Risikominderungstechniken gelten nach Art. 11 EMIR ausdrücklich nur für nicht über CCPs abgewickelte Derivate.¹ Dies sollte entsprechend klargestellt werden.
- Weiterhin ist der erste Absatz unter 2.2.3 missverständlich insofern, dass die Festlegung, ob ein Derivatekontrakt als OTC gilt, nur vom Handels-/Abschlussort abhängig ist und die Abrechnung und Abwicklung des Kontraktes hierauf keinerlei Einfluss hat.

2.2.5 Definition des Begriffs „gruppeninternes Geschäft“

- Seite 15, letzter Absatz: Der hier angesprochene Gruppenbegriff erfasst nur finanzielle Gegenparteien, und zwar solche, die dem institutsbezogenen Sicherungssystem eines Finanzverbundes angehören. Der Hinweis, die betreffende Regelung sei für NFC „von geringer Relevanz“, könnte daher etwas missverständlich sein.

3. Clearingpflicht

3.4 Durchführungsmöglichkeiten des Clearings

- Bei den Aussagen zu den Wahlmöglichkeiten sollte die Terminologie zur Vermeidung von Missverständnissen an den Begriffen der EMIR angelehnt werden: Statt „aggregiert“ und „separiert“ sollten daher hier die Begriffe „Einzelkunden-Kontentrennung“ und „Omnibus-Kunden-Kontentrennung“ bzw. Kunden-Kontentrennung verwendet werden. Zudem wäre darauf hinzuweisen, dass die konkrete Ausgestaltung des Kunden-Kontentrennungsmodells maßgeblich von der gewählten zentralen Gegenpartei abhängt.

¹ Das Gleiche gilt im Übrigen für die mit dem Clearingmitglied spiegelbildlich zu den bei der CCP entstehenden geclearnten Kontrakten genauso wie für die im Rahmen des indirekten Clearings zunächst mit dem eingeschalteten Execution Broker bilateral abgeschlossenen Geschäfte.

DK-Stellungnahme vom 25. Juni 2014 zum IDW Positionspapier – Eignung von Systemen zur Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR durch nichtfinanzielle Gegenparteien

4. Pflicht zur Meldung an Transaktionsregister

4.1 Meldepflichtige Transaktionen

- In Absatz 4.1 sollte nicht von EMIR unterliegenden Unternehmen gesprochen werden. Auch gewisse Unternehmen in Drittstaaten können der Clearing-Pflicht unterliegen, nicht aber der Meldepflicht (Absatz 4.2 nimmt diese Konkretisierung auch bereits vor).
- In 4.1 ist unklar, woraus sich der Wegfall der Meldepflicht bei regulierungsübergreifendem Austausch von Transaktionsdaten begründet.

4.2 Meldepflichtige Gesellschaften

- An dieser Stelle wird von „Gegenparteien“ bzw. „Unternehmen“ gesprochen. Beide Begriffe können hier missverständlich sein. Daher wäre zu erwägen, stattdessen den Begriff „nichtfinanziellen Gegenparteien“ zu verwenden bzw. ergänzend noch einmal auf den europarechtlichen Unternehmensbegriff hinzuweisen. .

4.3 Meldefristen

- Im letzten Absatz zu 4.3 sollte „Der Bestand derjenigen Derivatekontrakte ...“ durch „Bestimmte Derivatekontrakte“ ersetzt werden, da die Nachmeldepflicht nicht für alle in der Vergangenheit abgeschlossenen Derivatekontrakte gilt.

4.4 Meldeinhalte

- Der Unternehmensbegriff ist für die LEI-Nutzung missverständlich, da bestimmte „Unternehmen“ (z. B. Einzelkaufleute) im Sinne des europarechtlichen Unternehmensbegriffs – zumindest bisher – keinen LEI beantragen können.
- Die LEI ist alphanumerisch, keine Nummer.
- Der letzte Satz „Die genaue Ausgestaltung des Dateiformats und Übertragungswegs der Meldung wird durch das jeweilige Transaktionsregister festgelegt.“ sollte ersetzt werden durch **„Die genaue Ausgestaltung des Dateiformats und Übertragungswegs der Meldung wird im Rahmen der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen zwischen Meldendem und dem Transaktionsregister festgelegt.“**.

4.5 Meldeprozess

Die dargelegten Vorstellungen über die Prozesse sind mit der Praxis und im Hinblick auf die Meldefrist (T+1) schwer vereinbar:

DK-Stellungnahme vom 25. Juni 2014 zum IDW Positionspapier – Eignung von Systemen zur Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR durch nichtfinanzielle Gegenparteien

- Im ersten Absatz sollte der Verweis „... bezüglich derer die Meldungen auf Übereinstimmung durch die Transaktionsregister geprüft werden ...“ gelöscht werden. Dies hätte sonst zur Folge, dass Transaktionsregistern eine faktische Regelsetzungskraft zugestanden würde.
- In Fällen, in denen beide Gegenparteien gesonderte Meldungen an das Transaktionsregister abgeben, muss der Abgleich der wesentlichen Vertragsparameter anlässlich der Geschäftsbestätigung genügen. Eine weitere Abstimmung zwischen den Parteien im Vorfeld der Meldung ist im Hinblick auf die Fristen allein aus Zeitgründen nicht realisierbar.
- Zweck der Delegation ist auch die Vereinfachung – bei voller Beibehaltung der Regelungsziele – insbesondere für Gegenparteien, die nur wenige Derivategeschäfte abschließen und es daher betriebswirtschaftlich wenig sinnvoll wäre, die volle Infrastruktur aufzubauen. Die beispielhaft aufgeführten Möglichkeiten in 4.5 würden dies aber konterkarieren:
 - So wäre für den Datenabgleich ein (kostenpflichtiger) Zugang zu einem (oder mehreren) Transaktionsregistern notwendig.
 - Der Aufwand für die zeitnahe Überprüfung einer erhaltenen Kopie der Meldesätze auf Transaktionsebene käme einer eigenen Meldung gleich.
 - Auch eine Integration in den Bestätigungsprozess wäre auf Transaktionsebene und damit über Gebühr aufwendig.

Es sollte für den Delegierenden ausreichen, sich in regelmäßigen Abständen vom Meldenden die Richtigkeit der Meldungen bestätigen zu lassen, z. B. durch Angabe der vom Transaktionsregister erhaltenen Fehlermeldungen. Hierzu verweisen wir auch auf eine bei der BaFin eingereichte Frage samt Antwort (unsere Fettung):

- *Frage: Delegation der Meldung: Wir bitten um Bestätigung, dass Delegierender und Delegierter Format und Frequenz der Berichte an den Delegierenden vereinbaren können, solange die Pflichten erfüllt werden.*
 - *Antwort: ESMA bittet um die Zusendung weiterer Erläuterungen oder konkreter Fallbeispiele zu dieser Fragestellung. **Grundsätzlich gilt, dass die Vereinbarungen zwischen den Parteien in Bezug auf die Delegation den Parteien überlassen bleiben, solange die gesetzlichen Pflichten erfüllt werden.***
- Bei Abgabe delegierter Meldungen muss ebenfalls aus Zeitgründen grundsätzlich die Vereinbarung von Standardwerten (defaults) im Meldesatz zulässig sein.
 - Der Nachweis der meldenden Partei muss zudem aggregiert innerhalb bestimmter von den Parteien vereinbarter Perioden erfolgen können. Ein Nachweis auf Basis von Einzelmeldungen bedeutete einen Aufwand, dem kein angemessener Nutzen gegenüberstünde.

DK-Stellungnahme vom 25. Juni 2014 zum IDW Positionspapier – Eignung von Systemen zur Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR durch nichtfinanzielle Gegenparteien

5. Pflicht zur Implementierung von Risikominderungstechniken

5.1 Einführung und Definitionen

- Im zweiten Absatz wird auf den Begriff des operationellen Risikos im Sinne der Verordnung Nr. 575/2013 (Capital Requirements Regulation – CRR) verwiesen. Dieser Verweis könnte dahingehend missverstanden werden, dass die in der CRR aufgestellten Anforderungen an das Risikomanagement als allgemeiner Maßstab für die Anforderungen an Risikominderungstechniken gemäß EMIR heranzuziehen sein könnten. Dies ist schon deshalb nicht der Fall, weil die Adressatenkreise von EMIR und CRR nicht übereinstimmen. Zudem sind die Anforderungen der EMIR abschließend (siehe oben).

5.2 Allgemeine Anforderungen an Risikominderungstechniken

- Erster Absatz, Seite 29/30: Wie bereits eingangs dargestellt, sind die nach EMIR erforderlichen Risikominderungstechniken durch EMIR und die TS abschließend geregelt. Die Formulierung im zweiten Satz: „Zu diesen Risikominderungstechniken gehören auch ...“ ist vor diesem Hintergrund missverständlich, da in der Aufzählung von den von EMIR und den TS vorgesehenen Risikominderungstechniken allein die Besicherungspflicht fehlt.
- Zweiter Absatz und nachfolgende Absätze, Seite 30 f.: Die Schlussfolgerung, wonach die Risikominderungstechniken in ein „umfassendes“ Risikomanagement einzubetten sind und der daraus abgeleitete Bedarf für eine Aufbau- und Ablauforganisation sowie Risikosteuerungs- und Controllingprozesse ist – zumindest in dieser Allgemeinheit –, ist nicht nachvollziehbar: Eine Pflicht, umfassende Risikomanagementsysteme einzuführen, ist in EMIR nicht vorgesehen und dürfte daher bei NFC (vor allem NFC-) nicht grundsätzlich bestehen. Die hier formulierten Anforderungen dürften gerade bei kleineren, mittleren NFC zu unverhältnismäßigen Belastungen führen. Die im Einzelnen beschriebenen Maßnahmen und Prozesse werden allenfalls bei NFC mit erheblichem Geschäftsumfang sinnvoll und umsetzbar sein. Wir regen daher an, diesen Abschnitt grundlegend zu überdenken.

5.3 Konkretisierte Anforderungen an Risikominderungstechniken

- Die unter diesem Punkt angesprochenen Risikominderungstechniken setzen vertragliche Vereinbarungen zur praktischen Umsetzung voraus. Zu diesem Zweck sind bekanntlich für die wichtigsten Standard-Rahmenverträge Ergänzungsvereinbarungen entwickelt worden. Im Fall des deutschen Rahmenvertrags für Finanztermingeschäfte (DRV) ist dies der EMIR-Anhang. Dieser enthält alle Regelungen zur vertraglichen Umsetzung der Anforderungen an die rechtzeitige Bestätigung, den Portfoliodatenabgleich und für die Streitbeilegung sowie die notwendigen Regelungen zur Klassifizierung der Gegenpartei (als nicht-clearingpflichtige oder clearingpflichtige Gegenpartei). Im Fall der ISDA-Rahmenverträge geschieht dies durch drei verschiedene Vereinbarungen bzw. Mustertexte:
 - dem „EMIR Portfolio Reconciliation, Dispute Resolution and Disclosure Protocol“,
 - dem „EMIR NFC Representation Protocol“ und

DK-Stellungnahme vom 25. Juni 2014 zum IDW Positionspapier – Eignung von Systemen zur Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR durch nichtfinanzielle Gegenparteien

– dem „Timely Confirmations Standard Wording“.

- Vergleichbare Ergänzungsvereinbarungen gibt es im Übrigen auch für den Europäischen Rahmenvertrag (EMA bzw. EBF-Master Agreement) und den Französischen Rahmenvertrag (AFB-FBF-Master Agreement) sowie weitere nationale Rahmenverträge. Die betreffenden EMIR-spezifischen Ergänzungsvereinbarungen werden in dem Positionspapier jedoch nur am Rande angesprochen (Fußnote 50).
- Mit Rücksicht auf die hohe praktische Bedeutung, die diese Vereinbarungen für die vertragliche Umsetzung der EMIR-Anforderungen haben, erscheint es sinnvoll, diese im Zusammenhang mit den jeweiligen Pflichten ausdrücklich zu erwähnen. Dabei wäre jedenfalls bei den Ausführungen darauf hinzuweisen, dass mit Abschluss dieser Vereinbarungen die aufsichtlichen Anforderungen an die vertragliche Umsetzung als erfüllt gelten.

5.3.1 Bestätigung von OTC-Derivatekontrakten

- Elektronische Bestätigung – Seite 32, letzter Absatz: Die Ausführungen zur elektronischen Bestätigung können dahingehend verstanden werden, dass nicht-elektronische Bestätigungen grundsätzlich die Ausnahme darstellen sollten. Dies entspricht weder den Tatsachen, noch kann dies aus den gesetzlichen Bestimmungen gefolgert werden. Nicht-Elektronische Bestätigungen sind gerade bei Geschäften mit NFC, aber auch kleineren und mittleren FC, weiterhin sehr verbreitet. Eine Umstellung auf elektronische Prozesse wird bei der Mehrheit der betreffenden Marktteilnehmer unter Risikogesichtspunkten auch nicht angezeigt sein. Sie wäre zudem wirtschaftlich unverhältnismäßig. Darüber hinaus kann das mit dem Einsatz elektronischer Bestätigungsverfahren verbundene, operationelle Risiko auch gegen die Implementierung sprechen – mit der Konsequenz, dass aus Risikosteuerungsgesichtspunkten in der Gesamtbeurteilung eine nicht-elektronische Bestätigung vorzugswürdig ist. Eine – auch nur implizite – Erwartung bei der Prüfung, dass elektronische Bestätigungsprozesse die Norm darstellen, kann es daher grundsätzlich nicht geben. Dies sollte zur Vermeidung von Missverständnissen in dem Text klar zum Ausdruck kommen.
- Stillschweigende Bestätigung: Auf Seite 33, dritter Absatz wird die im ESMA-EMIR-FAQ angesprochene Möglichkeit der konkludenten Bestätigung (negative affirmation) angesprochen. Ein Vertrauen auf eine solche stillschweigende Bestätigung ist – jedenfalls für Kreditinstitute – mit den Anforderungen der MaRisk schwer vereinbar und birgt auch rechtliche Risiken (Nachweisbarkeit des Geschäftsabschlusses). Aus diesen Gründen müssen Kreditinstitute in Deutschland von Kunden regelmäßig weiterhin eine Bestätigung in Textform fordern (etwas anderes gilt bei Intragruppen-Geschäften). Dies führt zwangsläufig dazu, dass die sehr kurzen Bestätigungsfristen gerade bei Geschäften mit NFC sehr viel häufiger nicht eingehalten werden können, als in Rechtsordnungen, in denen die stillschweigende Bestätigung praktiziert wird. In der Prüfungspraxis sollte dieser Umstand angemessen berücksichtigt werden. Insbesondere sollte die Anzahl der Fristverstöße als solche nicht automatisch als Beleg für grundsätzliche Defizite im Risikomanagement verstanden werden können.

DK-Stellungnahme vom 25. Juni 2014 zum IDW Positionspapier – Eignung von Systemen zur Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR durch nichtfinanzielle Gegenparteien

- Bezugnahme auf Rahmenverträge – Seite 33, letzter Absatz und Fußnote 50: Eine Bezugnahme auf einen Rahmenvertrag ist bei der Bestätigung von OTC-Derivaten üblich. Wie in der Fußnote dargelegt, sind dabei die ISDA-Rahmenverträge (1992 ISDA Master Agreement und 2002 ISDA Master Agreement) sowie der Deutsche Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte (DRV) von besonderer Bedeutung. In der Fußnote 50 wird allerdings nur beim DRV die dazugehörige EMIR-Dokumentation erwähnt. Ein Hinweis auf die entsprechenden ISDA EMIR-Dokumente fehlt hier, vgl. auch Anmerkungen zu 5.3 oben.

5.3.2 Portfolioabgleich

- Zu der Erforderlichkeit eines Hinweises auf die vertragliche Umsetzung der Anforderungen durch Abschluss des EMIR-Anhangs oder vergleichbare Dokumentationen, siehe oben.
- In der Praxis wird bei der Mehrheit der Fälle, in denen NFC beteiligt sind, das Kreditinstitut die Portfoliodaten (mit dem vom Kreditinstitut ermittelten Marktwert) für die Zwecke des Abgleichs an die Gegenpartei übersenden. Diese hat dann die Gelegenheit, die Daten mit den eigenen abzugleichen.
- Die oben genannten Anmerkungen zu den Anforderungen an die internen Risikomanagementprozesse gelten für die Ausführungen über die ex-ante Verfahren beim Portfolioabgleich entsprechend: Auch hier dürfen die Erwartungen an die internen Verfahren gerade bei mittleren und kleineren NFC nicht überzogen sein. Dies gilt insbesondere für die Schlussfolgerung, dass Systeme erforderlich seien, um „eine verlässliche Datensatzgenerierung“ zu ermöglichen. Die Einrichtung von Systemen für den Portfoliodatenabgleich wird bei einem erheblichen Teil der Marktteilnehmer nicht sinnvoll und erforderlich sein. Auch hier regen wir eine grundlegende Überprüfung der Ausführungen an.
- Auf Seite 35, letzter Absatz wird die Anpassung der Abstimmungsperioden in Abhängigkeit zu den veränderten Portfoliogrößen beschrieben. Die Beschreibungen gehen auf die Verlängerung der Abstimmungsperiode bei Unterschreiten (und nicht Überschreitung, wie es im Positionspapier heißt) der entsprechenden Schwellwerte (100 Derivatekontrakte des jeweiligen Kontrahenten) ein.

5.3.3 Portfoliokomprimierung

- Eine Portfoliokomprimierung wird nur bei einem sehr kleinen Teil der Marktteilnehmer in Frage kommen und auch hier nur häufig nicht durchführbar sein. Es könnte daher sinnvoll sein, einen entsprechenden Hinweis aufzunehmen, um klarzustellen, dass die beschriebenen Erwartungen an die zu ergreifenden Maßnahmen (Dokumentation der Beweggründe etc.) regelmäßig nicht relevant werden (und überhaupt nur dann, wenn die gesetzlichen Schwellenwerte erreicht sind).

DK-Stellungnahme vom 25. Juni 2014 zum IDW Positionspapier – Eignung von Systemen zur Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR durch nichtfinanzielle Gegenparteien

5.3.4 Streitbeilegung

- „Marktübliche Verfahren zur effektiven Streitbeilegung“ – Seite 36, dritter Absatz: Zu der Erforderlichkeit eines Hinweises auf die vertragliche Umsetzung der Anforderungen durch Abschluss des EMIR-Anhangs oder vergleichbare Dokumentationen, siehe oben.

5.3.5 Prozess und Anforderungen zur regelmäßigen Marktbewertung ausstehender Kontrakte

- Wie an anderer Stelle richtig dargelegt, besteht die Bewertungspflicht ausschließlich für FC und NFC+. Dies sollte zur Vermeidung von Missverständnissen auch hier klargestellt werden. Die für NFC- nach Art. 11 (1) (b) bestehende Pflicht zur Beobachtung des Wertes wird jedenfalls durch den regelmäßigen Portfoliodatenausgleich erfüllt.

5.3.6 Risikomanagementverfahren zum Austausch von Sicherheiten

5.3.6.1 Allgemeine Anforderungen in Bezug auf OTC-Derivatekontrakte

- In der bisherigen Form erwecken die Ausführungen zur Besicherung den Eindruck, als bestünde derzeit eine Pflicht zur Besicherung. Dies ist nicht der Fall. Ob, und wenn ja in welcher Form eine Besicherung angezeigt ist oder nicht, steht bis zum Inkrafttreten der noch ausstehenden TS zu den Anforderungen an die Besicherung im Ermessen der Vertragsparteien. Dies folgt zum einen aus Erwägungsgrund 93 der EMIR, wonach die entsprechende Verpflichtung erst mit den sie konkretisierenden technischen Standards (TS) wirksam wird. Zudem ergibt sich dies zwingend aus dem Umstand, dass die Besicherungspflichten in Übereinstimmung mit den BCBS-IOSCO-Rahmenvorgaben und dem seit kurzem vorliegenden Entwurf der TS zur Besicherung im EBA/ESMA/EIOPA-Konsultationspapier vom 14. April² erst ab Dezember 2015 und dann auch erst zeitlich abgestuft bis Dezember 2019 eingeführt werden. Die Antwort im COM-EMIR-FAQ I.6 steht dem nicht entgegen, weil diese den Vertragsparteien gerade ein weites Ermessen bei der Entscheidung über Art und Weise einer Besicherung einräumt. Insbesondere besteht gerade keine Verpflichtung, einen Besicherungsanhang oder das Äquivalent im Fall des ISDA-Rahmenvertrages, einen Credit Support Annex, abzuschließen (in diesem Zusammenhang wäre es wünschenswert, wenn das Positionspapier an dieser Stelle neben den ISDA-Dokumenten auch die Vertragsdokumentation zum Deutschen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte erwähnen würde). Eine Verpflichtung zum Abschluss von Besicherungsanhängen wäre mit Rücksicht auf den Umstand, dass sich die Besicherungstechnik und auch die vertraglichen Grundlagen wegen der neuen regulatorischen Anforderungen bereits im kommenden Jahr grundlegend ändern werden, sinnwidrig und kontraproduktiv.
- Zudem wäre hinsichtlich Seite 38, zweiter Absatz klarzustellen, dass die Gruppenfreistellung von der Besicherungspflicht im bilateralen Geschäft nach Art. 11 Abs. 5 EMIR bereits von Gesetzes wegen greift, ohne dass es eines konkretisierenden Verwaltungsaktes der Aufsicht bedarf. Dieses Erfordernis besteht allein im Rahmen des Art. 11 Abs. 6-10 EMIR. Gleiches gilt für

² Joint Consultation on draft RTS on risk-mitigation techniques for OTC-derivative contracts not cleared by a CCP (JC/CP/2014/03).

DK-Stellungnahme vom 25. Juni 2014 zum IDW Positionspapier – Eignung von Systemen zur Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR durch nichtfinanzielle Gegenparteien

die Pflicht aus Art. 11 Abs. 11 EMIR zur Veröffentlichung von Informationen über die Inanspruchnahme der Gruppenfreistellung.

5.3.6.2 Besonderheiten in Bezug auf gruppeninterne Geschäfte

- Auch die Ausführungen zu gruppeninternen Geschäften sind grundlegend zu überarbeiten. Zunächst muss hier zwischen den Anforderungen für die Zwecke der Clearingpflicht und für die Zwecke bilateraler Transaktionen und der hier anzuwendenden Risikominderungstechniken unterschieden werden. Im Hinblick auf Letztere wäre wiederum der seit kurzem vorliegende Entwurf der TS zur Besicherung im EBA/ESMA/EIOPA-Konsultationspapier vom 14. April 2014 zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund wäre der Verweis auf die Antwort 6 des ESMA-EMIR-FAQ zu überprüfen. Nach unserem Verständnis bezieht sich diese Antwort allein auf die Befreiung gruppeninterner Geschäfte von der Clearingpflicht.

8. Zeitliche Anwendung

Wir gehen davon aus, dass dieser Abschnitt aktualisiert und angepasst wird.