

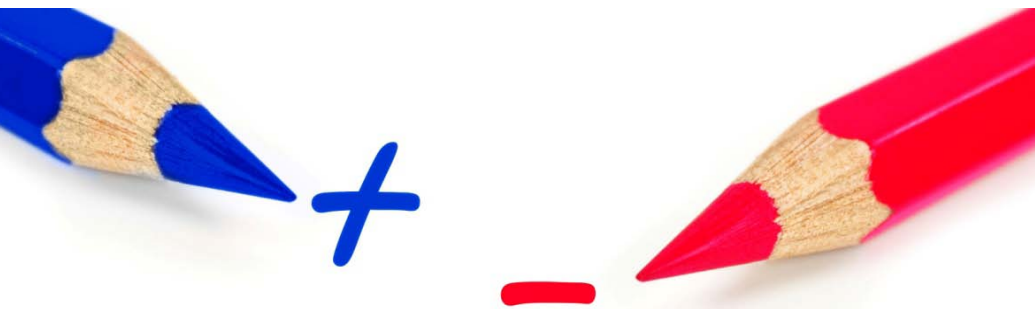
RECHNUNGSLEGUNG & PRÜFUNG

Handelsrechtliche und internationale Rechnungslegung

Ausgewählte Prüfungsthemen

Einführung von EMIR und LEI für Unternehmen und Banken (20% BDO Rabatt)

Weitere Veranstaltungen



Wolfgang Otte

Editorial

Sehr geehrte Damen und Herren,

2009 haben die Teilnehmer auf dem G20-Gipfel in Pittsburgh beschlossen, die Finanzmärkte in Zukunft besser vor dem Ausfall großer Marktteilnehmer zu schützen. Die Einführung der Regulierung des außerbörslichen Handels mit Derivaten deckt einen wesentlichen Teil dieses Beschlusses ab und soll über eine Reduzierung der Handelsvolumina und eine Erhöhung der Transparenz zur Zielerreichung beitragen. Leidtragende dieser, unter dem Akronym EMIR, European Market Infrastructure Regulation, bekannten EU-Verordnung werden neben den Banken vor allem Unternehmen sein, die OTC-Derivate zur Unternehmenssteuerung einsetzen. Sie unterliegen zukünftig weitreichenden Meldepflichten und müssen EMIR-spezifische Risikominderungstechniken anwenden. Soweit bestimmte Geschäftsvolumen je Produktkategorie überschritten werden, sind auch Unternehmen der sog. Realwirtschaft genauso wie die Unternehmen des Finanzsektors (finanzielle Gegenparteien) verpflichtet, ihre OTC-Derivate zukünftige über eine zentrale Gegenpartei abzuwickeln (Clearingpflicht).

Unabhängig von den Volumina der eingesetzten Derivate wird sich auch für die Unternehmen des deutschen Mittelstandes Handlungsbedarf aus der EMIR-Regulierung ergeben. Die Einhaltung dieser Vorschriften ist ab dem Überschreiten bestimmter Schwellen- bzw. Grenzwerte vom Wirtschaftsprüfer zu bescheinigen. Schwerwiegende Verstöße sind den Aufsichtsbehörden vom Wirtschaftsprüfer direkt zu melden und können mit einem Bußgeld belegt werden.

Um Sie bei der Umsetzung zu unterstützen, stellen wir Ihnen die wesentlichen Themen in der vorliegenden Sonderausgabe unseres Newsletters komprimiert vor und bieten Ihnen an, sich mit EMIR-spezifischen Fragen unter emir@bdo.de direkt an unsere Spezialisten zu wenden.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr Wolfgang Otte
Rechtsanwalt / Wirtschaftsprüfer, Partner
Leitung Fachbereich
Banken & Finanzdienstleister

INHALT

1. Zusammenfassender Überblick
2. Die EMIR Rahmenbedingungen und der sachliche Anwendungsbereich von EMIR
 - 2.1. Regulierungsrahmen
 - 2.2. Anwendungsbereich
3. Pflichten für nicht finanzielle Gegenparteien unter EMIR
 - 3.1. Allgemeines
 - 3.2. Meldepflichten
 - 3.3. Risikominderungstechniken
 - 3.4. Prüfungspflichten
4. Wesentliche offene Regelungsbereiche

AUTOREN

WP RA Wolfgang Otte
WP Lars Marcel Hansen
emir@bdo.de

REDAKTION

BDO AG
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
Hanauer Landstraße 115
60314 Frankfurt am Main
Telefon: +49 69 95941-0
wpnews@bdo.de

WP RA Dr. Hanns-Christoph Rosien
WP StB Andreas Schröder

1 ZUSAMMENFASSENDE ÜBERBLICK



WP RA Wolfgang Otte
emir@bdo.de

Mit der Umsetzung der European Market Infrastructure Regulation (EMIR) ist aus der Sicht der Finanzmarktaufsicht ein weiterer Meilenstein auf dem Wege zur Absicherung der Finanzmärkte erreicht. Meldepflichten gegenüber der nationalen und der europäischen Aufsicht sollen die Transparenz erhöhen; die Einschaltung zentraler Gegenparteien soll das Ausfallrisiko bedeutender Marktteilnehmer sowie einen mit deren Ausfall verbundenen Dominoeffekt verhindern. Durch die Einschaltung zentraler Gegenparteien und die Unterlegung der Positionen mit Sicherheiten wird erwartet, dass die gehandelten Volumina zurückgehen. Die Konkretisierung dieser Gedanken sowie deren Umsetzung liegt in den Händen des deutschen Gesetzgebers und der Europäischen Wertpapieraufsichtsbehörde (ESMA). Der deutsche Gesetzgeber ist seiner Verpflichtung mit dem EMIR Ausführungsgesetz ([Mehr...](#)) welches am 15. Februar 2013 in Kraft getreten ist, nachgekommen. Die ESMA hat bereits erste technische Standards zur Sicherung der konsistenten Anwendung erlassen, weitere werden folgen. Am 5. Juli 2013 hat die ESMA den von ihr so bezeichneten indikativen Zeitplan zuletzt überarbeitet. [Mehr...](#)

Die EMIR-Verordnung ([Mehr...](#)) unterteilt die Marktteilnehmer in drei Kategorien mit unterschiedlichen Anforderungen, die sich an der Risikorelevanz orientieren. Der höchsten Kategorie sind alle finanziellen Gegenparteien und jene nicht finanziellen Gegenparteien zuzuordnen, die der Clearingpflicht unterliegen. Der untersten Kategorie sind diejenigen nicht finanziellen Gegenparteien zuzuordnen, die im Geschäftsjahr nicht mehr als 100 Transaktionen in OTC-Derivaten bzw. Transaktionen im Wert von nicht mehr als EUR 100 Mio abschließen. Die Unternehmen der untersten Kategorie müssen nur die EMIR-spezifischen Meldepflichten an ein Transaktionsregister erfüllen und die EMIR-spezifischen Risikominderungstechniken einsetzen. Für Unternehmen der mittleren Kategorie wird die Bedeutung dieser Anforderungen durch eine Prüfungspflicht ergänzt. Die Clearingpflicht gilt zusätzlich für alle Unternehmen der höchsten Kategorie.

Für die Unternehmen des deutschen Mittelstandes von Interesse sind insbesondere die Meldepflichten an ein Transaktionsregister, die Anforderungen an die Anwendung von Risikominderungstechniken, und die Prüfungspflichten. Diesen Themenkomplexen haben wir in der vorliegenden Sonderausgabe unseres Newsletters jeweils einen gesonderten Abschnitt gewidmet, wobei wir den Detaildarstellungen eine allgemeine Einführung vorangestellt haben.

Alle Marktteilnehmer unterliegen seit dem Inkrafttreten des EMIR-Ausführungsgesetzes einer **Meldepflicht** im Sinne des Art. 9 EMIR. Bis zur Anerkennung von Transaktionsregistern durch die ESMA läuft diese Verpflichtung allerdings praktisch leer. In dem zuletzt veröffentlichten indikativen Zeitplan der ESMA ([Mehr...](#)) wird klar gestellt, dass eine Bekanntgabe der Entscheidung über die Zulassung von Transaktionsregistern ab dem 24. September 2013 erfolgt und die Meldepflichten ab dem 1. Januar 2014 greifen sollen. Derzeit in der Diskussion ist eine Verschiebung der Meldepflichten für börsengehandelte Derivate auf den 1. Januar 2015. [Mehr...](#)

Die Einführung einer **Clearingpflicht** führt zur verpflichtenden Einschaltung einer zentralen Gegenpartei. Hiervon betroffen sind alle finanzielle Gegenparteien und ausgewählte nicht finanzielle Gegenparteien. Für die Definition des Begriffes finanzielle Gegenpartei verweist die EMIR-Verordnung auf die sog. MIFID-Richtlinie vom 21. April 2004 ([Mehr...](#)). Sie umfasst im Wesentlichen Wertpapierfirmen, Kreditinstitute, Fondsgesellschaften und Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen. Nicht finanzielle Gegenparteien fallen nur dann unter die Clearingpflicht, wenn sie eine bestimmte, produktabhängige Clearingschwelle in einem Zeitraum von 30 Handelstagen überschreiten. Die Clearingschwellen pro Assetklasse liegen zwischen EUR 1 Mrd. und EUR 3 Mrd., wobei eine nicht finanzielle Gegenpartei, die den Schwellenwert in einer Assetklasse überschreitet, mit allen OTC-Derivaten unter die Clearingpflicht fällt (sog. „Infizierung“). Für Unternehmen, die der Clearingpflicht unterliegen, gelten besondere EMIR-Vorgaben zu Einlagen- und Nachschussforderungen sowie zur Stellung von Sicherheiten.

Bei der Berechnung des Schwellenwertes werden OTC-Derivate nicht berücksichtigt, die objektiv messbar zur Reduzierung der Risiken beitragen, die unmittelbar mit der Geschäftstätigkeit oder dem Liquiditäts- und Finanzmanagement (Treasury) verbunden sind. Bei der Beantwortung der Frage, ob ein OTC-Derivatekontrakt die unmittelbar mit der Geschäftstätigkeit oder dem Liquiditäts- und Finanzmanagement einer nichtfinanziellen Gegenpartei in Zusammenhang stehenden Risiken reduziert, sollte gemäß des Erwägungsgrundes Nr. 30 zur EMIR-Verordnung ([Mehr...](#)) den gesamten Sicherungs- und Risikominderungsstrategien (Hedging) der nichtfinanziellen Gegenpartei Rechnung getragen werden.

Aufgrund der erwähnten Regularien über die selektive Einbeziehung von OTC-Derivaten in die Schwellenwertberechnung sowie der absoluten Höhe der Schwellenwerte wird gegenwärtig erwartet, dass in Deutschland wie auch in Europa nur sehr wenige nicht finanzielle Gegenparteien der Clearingpflicht unterliegen werden.

Für Unternehmen des deutschen Mittelstandes von deutlich größerer Bedeutung ist die Anwendung bestimmter EMIR-spezifischer **Risikominderungstechniken**. Gemäß Art. 11 Abs. 1 EMIR müssen alle nicht der Clearingpflicht unterliegenden nicht finanziellen Gegenparteien angemessene Verfahren und Vorkehrungen zur Minderung von operationellen Risiken und Gegenparteausfallrisiken eingerichtet haben. Bei der Festlegung des Ausmaßes der Verfahren und Vorkehrungen muss die Gegenpartei gebührende Sorgfalt walten lassen. Größe, Risiko und Komplexität des Unternehmens sowie der Umfang der OTC-Derivatekontrakte bestimmen die konkreten Anforderungen an die Aufbau- und Ablauforganisation sowie die Risikosteuerungs- und Controllingprozesse, die Teil des internen Kontrollsystems sind. Neben diesen sehr allgemein gehaltenen Anforderungen benennt die EMIR-Verordnung mehrere ergänzende Grundprinzipien, die die Anforderungen konkretisieren. Hierunter fallen Maßnahmen wie die rechtzeitige Bestätigung, der Portfolioabgleich, die Portfoliokomprimierung sowie die Prozesse zur Streitbeilegung, Marktbewertung und der Austausch von Sicherheiten.

Für alle nach dem 16. Februar 2013 beginnenden Geschäftsjahre ergibt sich aus § 20 Abs. 1 u. Abs. 5 WpHG (**Mehr...**) eine zusätzliche **Prüfungspflicht**, soweit im Geschäftsjahr Transaktionen von mehr als EUR 100 Mio (nominal) oder mehr als 100 Geschäfte abgeschlossen werden. Bei der Berechnung sind gruppeninterne Geschäfte zu eliminieren. Kleine Kapitalgesellschaften und kleine Personenhandelsgesellschaften mit Haftungsbeschränkung i.S.d. § 264a Abs. 1 HGB werden hiervon nicht erfasst. Nach § 20 Abs. 1 u. Abs. 5 WpHG hat ein Wirtschaftsprüfer die fristgerechte Meldung des Unternehmens an das Transaktionsregister, die ordnungsgemäße Erfassung der OTC-Derivategeschäfte und der Berechnung der (Brutto-) Nominalvolumina, die ordnungsgemäße Abgrenzung gruppeninterner Geschäfte sowie die sachgerechte und in ihrem Umfang angemessene Implementierung von Risikominderungstechniken zu prüfen. Details zum Prüfungsinhalt sowie zum Inhalt der Bescheinigung des Wirtschaftsprüfers sollen durch eine entsprechende Rechtsverordnung geregelt werden.

EMIR spezifische Bußgeldvorschriften wurden in den § 39 Abs. 2 Nr. 10a bis c und Abs. 2e WpHG aufgenommen. Danach handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen die sich aus dem WpHG bzw. aus der EMIR-Verordnung (**Mehr...**) ergebenden Pflichten verstößt. Die Bundesanstalt hat jede unanfechtbar gewordene Bußgeldentscheidung nach § 39 Absatz 2e WpHG unverzüglich auf ihrer Internetseite öffentlich bekannt zu machen, es sei denn, diese Veröffentlichung würde die Finanzmärkte erheblich gefährden oder zu einem unverhältnismäßigen Schaden bei den Beteiligten führen. Die Bekanntmachung darf keine personenbezogenen Daten enthalten.

2 DIE EMIR RAHMENBEDINGUNGEN UND DER SACHLICHE ANWENDUNGSBEREICH VON EMIR

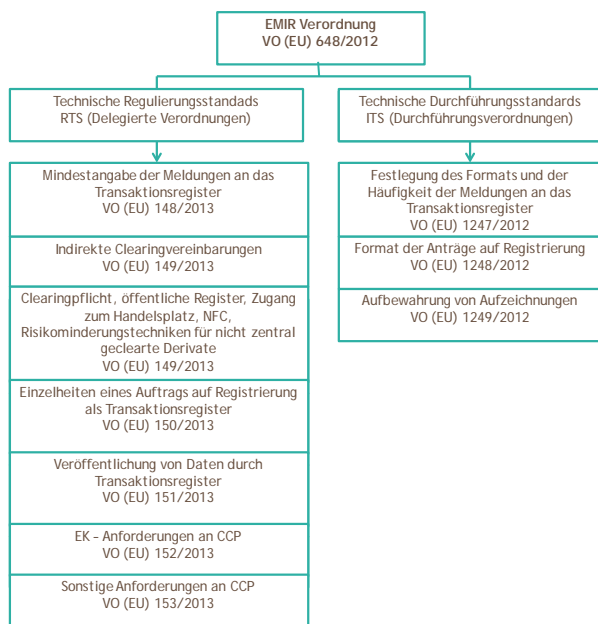


WP Lars Marcel Hansen
emir@bdo.de

2.1 Regulierungsrahmen

Die Erkenntnisse und Beschlüsse des G 20 Gipfels im September 2009 in Pittsburgh mündeten im Rahmen der europäischen EMIR Verordnung u.a. in der Kodifizierung von Clearing- und Meldepflichten sowie der Verpflichtung, bestimmte Risikominderungstechniken vorzuhalten bzw. zu etablieren. Diese Pflichten betreffen grundsätzlich alle Unternehmen, die mit Derivaten handeln.

Die EMIR-Verordnung ([Mehr...](#)) selbst bildet jedoch nur den Rahmen; eine Konkretisierung und Präzisierung der Aufsichtsbestimmungen erfolgt durch eine Vielzahl technischer Regulierungsstandards (RTS) und technischer Durchführungsstandards (ITS), die in der Form von sog. Delegierten Verordnungen bzw. Durchführungsverordnungen erlassen worden sind.



Mit dem am 15. Februar 2013 in Kraft gesetzten EMIR-Ausführungsgesetz ([Mehr...](#)) sind die technische Verbindung zwischen den materiellen Pflichten der EMIR Verordnung und den formellen Regelungen im Bereich des Aufsichtsrechts sowie die Zuständigkeit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) als nationale Aufsichtsbehörde geschaffen worden.

Durch die mit diesem Gesetz verbundenen Folgeänderungen im Aufsichtsrecht der Finanzdienstleistungsindustrie, im Insolvenzrecht und insbesondere im Bereich des Wertpapier- und Börsenrechts werden erstmals auch Unternehmen der sog. Realwirtschaft (also auch der deutsche Mittelstand) dem Regelungsbereich des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) unterworfen. Ferner werden im Rahmen der nationalen Ausführungsgesetze, Prüfungs- und Bestätigungspflichten durch einen Wirtschaftsprüfer definiert.



Im Rahmen der Umsetzung der EMIR spezifischen Vorschriften stellen gerade die für nicht finanzielle Gegenparteien geltenden Vorschriften auch dann einen nicht zu unterschätzenden technisch-prozessualen, organisatorischen und administrativen Umsetzungsaufwand dar, wenn diese mit ihren OTC-Derivategeschäften nicht der Verpflichtung zum zentralen Clearing dieser Geschäfte unterliegen.

Somit gilt es auch für die als nicht finanzielle Gegenparteien eingeordneten Unternehmen, die für sie geltenden EMIR Anforderungen in langfristig stabile und (mit Blick auf die laufend anfallenden Kosten) wirtschaftlich angemessene Lösungen zu überführen.

2.2 Anwendungsbereich

Ihrem sachlichen Anwendungsbereich nach erfasst die EMIR-Verordnung im Kern over-the-counter (OTC) abgeschlossene derivative Geschäfte. Für die Definition des Derivatebegriffs stellen die EMIR Regularien auf die bestehenden Definitionen der MiFID-Richtlinie ab ([Mehr...](#)), wobei derzeit eine Reihe von Auslegungsfragen noch nicht abschließend geklärt sind, insbesondere welche Derivate der Clearingpflicht unterliegen werden. [Mehr...](#)

Der persönliche Anwendungsbereich der EMIR-Regelungen richtet sich einerseits nach den Aufgaben und Funktionen der Marktteilnehmer und andererseits nach Umfang und Intensität der derivativen Geschäfte. Nach der EMIR-Verordnung sind die Unternehmen wie folgt zu differenzieren:

- Finanzielle Gegenparteien (FC), bei denen es sich um Unternehmen der beaufsichtigten Finanzindustrie in Europa handelt.
- Nicht finanzielle Gegenparteien (NFC), i.S. der Unternehmen der Realwirtschaft wie z.B. Handels- und Produktionsunternehmen, die keiner Regulierung durch Finanzaufsichtsbehörden unterliegen und in der EU niedergelassen sind.
- Zentrale Gegenparteien (CCP), über die unter bestimmten Voraussetzungen die Geschäfte in Derivaten pflichtweise abzuwickeln (zu „clearen“) sind. Die Tätigkeit als zentrale Gegenpartei erfordert eine gesonderte Zulassung durch die jeweils nationale Aufsichtsbehörde (in Deutschland der BaFin).
- Transaktionsregister (TR), die für die Sammlung und Speicherung der Daten über Derivategeschäfte sowie deren Bereitstellung an die Aufsichtsbehörden verantwortlich sind. Die Transaktionsregister fungieren somit als Meldeadressaten. Die Tätigkeit als Transaktionsregister bedarf einer Registrierung und Anerkennung durch die European Securities and Markets Authority (ESMA).

Für nicht finanzielle Gegenparteien ist von entscheidender Bedeutung, ob der Bestand ihrer OTC-Derivate bestimmte Schwellenwerte je Assetklasse überschreitet und sie damit der Pflicht zum Clearing ihrer Derivate über eine zentrale Gegenpartei unterliegen.

Die Schwellenwerte für die Auslösung der Clearingpflicht stellen sich wie folgt dar:

| <u>Assetklasse</u> | <u>Bruttonominalwert</u> |
|---------------------|--------------------------|
| ▶ Kreditderivate | ▶ EUR 1 Mrd |
| ▶ Aktienderivate | ▶ EUR 1 Mrd |
| ▶ Zinsderivate | ▶ EUR 3 Mrd |
| ▶ Devisenderivate | ▶ EUR 3 Mrd |
| ▶ Warenderivate | ▶ EUR 3 Mrd |
| ▶ sonstige Derivate | ▶ EUR 3 Mrd |

Die Verpflichtung entsteht, sobald der gleitende Positionsdurchschnitt in einer einzigen Assetklasse in einem Zeitraum von 30 Arbeitstagen überschritten wird. Die Clearingpflicht gilt dann für sämtliche neu abgeschlossene oder veränderte Derivatekontrakte über alle Assetklassen für mindestens vier Monate („Infizierung“). Mit der Verpflichtung zum Clearing der OTC-Derivate über eine zentrale Gegenpartei erhöhen sich die von nicht finanziellen Gegenparteien anzuwendenden EMIR Pflichten, insbesondere im Bereich der Risikominderungstechniken.

Das Überschreiten der Schwellenwerte ist der nationalen Aufsichtsbehörde (in Deutschland der BaFin) unverzüglich anzuzeigen. Die Clearingpflicht entfällt wieder, sobald das Unternehmen der ESMA schriftlich und unter Beifügung einer Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers nachweist, dass die Schwellenwerte je Assetklasse wieder unterschritten worden sind.

Von Bedeutung ist weiterhin, ob eine nicht finanzielle Gegenpartei Teil einer Gruppe ist und ob ein von ihr geschlossener (OTC-) Derivatekontrakt ein gruppeninternes Geschäft darstellt. Ein gruppeninternes Geschäft liegt vor, wenn ein Derivatekontrakt mit einem Mitglied derselben Unternehmensgruppe abgeschlossen wurde und beide Gegenparteien in dieselbe Vollkonsolidierung einbezogen werden. Zudem müssen beide Unternehmen in ein zentralisiertes Risikomanagement einbezogen sein.

Diese Gruppendifinition ist u.a. im Rahmen der Berechnung der Schwellenwerte für das Auslösen der Clearingpflicht von Bedeutung. Gruppeninterne Geschäfte werden hierbei nicht berücksichtigt.

Ebenso werden bei der Berechnung des Schwellenwertes OTC-Derivate nicht berücksichtigt, die objektiv messbar zur Reduzierung der Risiken beitragen, die unmittelbar mit der Geschäftstätigkeit oder dem Liquiditäts- und Finanzmanagement (Treasury) verbunden sind. Für die Frage, wann ein OTC-Derivatekontrakt unmittelbar mit der Geschäftstätigkeit oder dem Liquiditäts- und Finanzmanagement in Zusammenhang steht und zur Reduzierung von Risiken beiträgt, sollte gemäß des Erwägungsgrundes Nr. 30 zur EMIR-Verordnung ([Mehr...](#)) und der Erwägungsgründe Nr. 17 und 18 der diesbezüglichen Delegierten Verordnung ([Mehr...](#)) auf die gesamten Sicherungs- und Risikominderungsstrategien (Hedging) der nichtfinanziellen Gegenpartei abgestellt werden.

Der Begriff des Hedging ist nach den Questions & Answers der ESMA ([Mehr...](#)) grundsätzlich weit auszulegen und geht beispielsweise über die Definition der IFRS hinaus (ESMA Q&A OTC Question 10).

3 PFLICHTEN FÜR NICHT FINANZIELLE GEGENPARTEIEN UNTER EMIR



WP Lars Marcel Hansen
emir@bdo.de

3.1 Allgemeines

Einige Regelungsbereiche der EMIR sind von genereller Bedeutung für die Unternehmen der Realwirtschaft. Andere wiederum, wie z.B. Clearingpflichten, die Pflicht zur Stellung von Sicherheiten oder Pflicht zur Einholung von Bescheinigungen durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer nur, soweit bestimmte Schwellenwerte oder Grenzen überschritten werden.

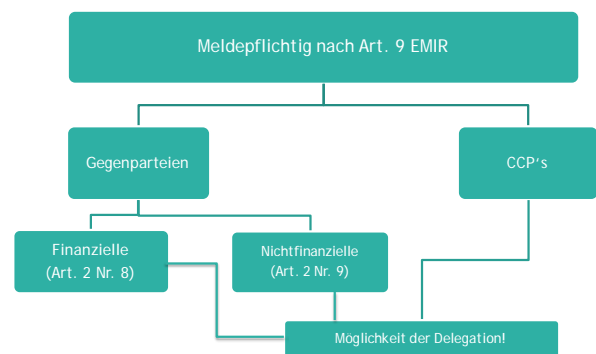
Vor dem Hintergrund der relativ hohen Schwellenwerte, die zur Auslösung der Verpflichtung zum Clearing von OTC-Derivaten über eine zentrale Gegenpartei führen, werden für viele Unternehmen des deutschen Mittelstandes nur die nachfolgenden Regelungsbereiche von Bedeutung sein:

- Meldepflichten der OTC-Derivate an ein Transaktionsregister
- Etablierung von Risikominderungstechniken (Bestätigungsverfahren, Portfolioabgleich und -komprimierung, Verfahren zur Streitbeilegung)
- (jährliche) Prüfungspflicht in Bezug auf Einhaltung der EMIR Anforderungen durch einen Wirtschaftsprüfer.

Dessen ungeachtet können sich die EMIR Vorschriften in vielerlei Hinsicht auf die internen Prozesse in unterschiedlichen Bereichen der Unternehmen der Realwirtschaft auswirken.

3.2 Meldepflichten

Die Meldepflicht für Geschäfte in OTC-Derivaten an ein Transaktionsregister betrifft zunächst alle EMIR Parteien, d.h. alle finanziellen, nicht finanziellen und zentralen Gegenparteien, soweit sie ihren Sitz bzw. Niederlassung in der EU haben.



Grundsätzlich fallen sämtliche Derivatekontrakte (d.h. außerbörslich gehandelte und börsengehandelte Kontrakte in OTC-Derivaten mit gruppenfremden Dritten wie auch mit anderen Konzernunternehmen) unter die Meldepflicht nach Artikel 9 EMIR. Die Meldedaten sind für einen Zeitraum von fünf Jahren nach Fälligkeit des jeweiligen Geschäfts aufzubewahren.

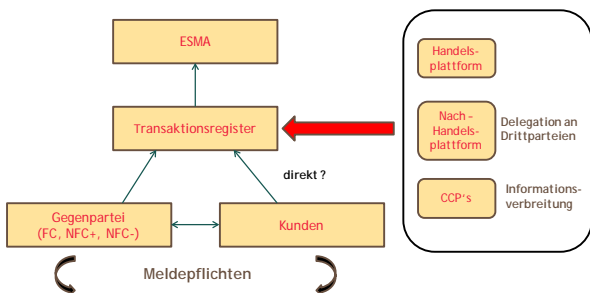
Eine Auslagerung (Outsourcing) der Meldepflichten ist zulässig, wobei klargestellt wird, dass das auslagernde Unternehmen für die Meldungen verantwortlich bleibt (keine Delegation der Verantwortung).

Gegenwärtig läuft die gesetzlich bestehende Meldepflicht leer, da seitens der Aufsichtsbehörden noch keine Entscheidung über die Zulassung von Transaktionsregistern gefallen ist. Nach dem aktuellen Zeitplan der ESMA vom 5. Juli 2013 ([Mehr...](#)) soll eine Entscheidung über die Zulassung eines oder mehrerer Transaktionsregister bis zum 24. September 2013 erfolgen, so dass die Meldepflichten ab dem 1. Januar 2014 greifen werden.

Mit Schreiben vom 6. August 2013 hat die ESMA der EU Kommission vorgeschlagen, die Meldepflicht für börsengehandelte Derivate auf den 1. Januar 2015 zu verschieben. [Mehr...](#)

Die durch EMIR kodifizierten Meldepflichten zeichnen sich durch Komplexität, einen formalisierten Abstimmungsbedarf der Marktteilnehmer untereinander sowie eine erhebliche Regelungstiefe aus. Diese wird bei vielen Unternehmen zwangsläufig die Prozesse im „Tagesgeschäft“ verändern, um Inkonsistenzen bei den Meldungen zu vermeiden.

Ablauf einer Meldung an das Transaktionsregister



Pflichtweise in den Meldungen anzugeben sind alle geschäftsrelevanten Informationen, für die durch einen entsprechenden technischen Durchführungsstandard insgesamt 85 Meldefelder definiert werden. Erforderlich ist zudem, dass sich beide Parteien im Vorfeld über die Meldeinhalte einigen und abstimmen, welche Gegenpartei welche Inhalte in die jeweilige Meldung aufnimmt.

Des Weiteren erforderlich ist die (bilaterale) Vereinbarung eines einheitlichen Geschäftskennzeichens für jedes Geschäft (Unique Trade Identifier, UTI). Von Bedeutung ist auch die erforderliche Angabe des "Legal Entity Identifiers" (LEI), ein (auch international) unverwechselbarer Code zur Identifizierung der jeweiligen Gegenpartei. Bis zur Implementierung des LEI-Systems durch das Financial Stability Board (FSB), übernehmen so genannte Pre-Local Operating Units (Pre-LOUs) die Vergabe dieses Identifikationsmerkmals. Für Deutschland wird dies durch den WM Datenservice wahrgenommen, der einen German Entity Identifier (GEI) vergibt, der später in das LEI-System überführt werden soll. Für Gruppen wird dabei ein Massenregistrierungsverfahren ab zehn Gesellschaften auf Antrag angeboten.

Vor besondere technische und organisatorische Herausforderungen werden die Unternehmen der Realwirtschaft durch die Meldepflicht für Altbestände gestellt (**Backloading**).

Die Regelungen der EMIR Verordnung (konkretisiert durch eine entsprechende Durchführungsverordnung; [Mehr...](#)) sehen für Altbestände folgende Regelungen vor:

- Meldung sämtlicher Derivatekontrakte innerhalb von 90 Tagen, die am 16. August 2012 ausstanden und bei Meldebeginn noch ausstehen,
- Meldung sämtlicher Derivatekontrakte, die am oder nach dem 16. August 2012 geschlossen wurden und bei Meldebeginn bereits fällig bzw. abgewickelt sind, innerhalb von drei Jahren nach Meldebeginn,
- Meldung sämtlicher Derivatekontrakte, die vor dem 16. August 2012 geschlossen wurden und zu diesem Tag noch ausstehen, innerhalb von drei Jahren nach Meldebeginn.

3.3 Risikominderungstechniken

Ziel der durch EMIR vorgesehenen Risikominderungstechniken ist die Verstärkung des Risikocontrollings sowie der Risikosteuerung in Bezug auf alle nicht über eine zentrale Gegenpartei geclearten OTC-Derivate.

Die nach Art und Umfang des Derivategeschäfts erforderlichen Risikominderungsmaßnahmen sind von finanziellen und nichtfinanziellen Gegenparteien gleichermaßen in Abhängigkeit von ihrer Einordnung in den EMIR Regelungsrahmen wie folgt vorzunehmen:

| Risikominderungsmaßnahmen | NFC- ⁽¹⁾ | NFC+ ⁽²⁾ | FC ⁽³⁾ |
|--|---------------------|---------------------|-------------------|
| Rechtzeitige Bestätigung | + | + | + |
| Portfolioabgleich | + | + | + |
| Portfoliokomprimierung | + | + | + |
| Streitbeilegung | + | + | + |
| Bewertung zu Markt- bzw. Modellpreisen | - | + | + |
| Austausch von Sicherheiten | - | + | + |

(1) Nicht finanzielle Gegenparteien, die NICHT der Clearingpflicht unterliegen
 (2) Nicht finanzielle Gegenparteien, die der Clearingpflicht unterliegen
 (3) Finanzielle Gegenparteien

Die Regelungen zum **Portfolioabgleich**, zur **Portfoliokompression** sowie zur **Streitbeilegung** sind ab dem **15. September 2013** für die zu diesem Zeitpunkt ausstehenden Kontrakte anzuwenden. Die **übrigen Regelungen** sind gemäß den Übergangsbestimmungen der entsprechenden Delegierten Verordnung ([Mehr...](#)) seit dem **15. März 2013** zu beachten.

Das Bestätigungsverfahren i.S.d. Art. 11 der EMIR dazu soll vorzugsweise systemseitig dargestellt werden (vgl. auch ESMA Q&A OTC Question 5b; [Mehr...](#)). Bestätigungen per Telefax oder Brief sollen die Ausnahme bilden. Die Pflicht zur Bestätigung umfasst sämtliche OTC-Derivatekontrakte, wobei die Fristen in Abhängigkeit vom Status der Partei und vom Basiswert des Kontrakts variieren.

Im Wesentlichen werden sich die zu bestätigenden Daten auf

- Stichtag,
- Fälligkeitstermin,
- Zahlungs- und Settlement-Daten,
- den Nominalwert,
- die Währung,
- und evtl. fixe oder variable Zinsen

des OTC-Derivatekontrakts beziehen. Weitere zu bestätigende Daten ergeben sich u.U. aus den Tabellen 1 und 2 des relevanten technischen Regulierungsstandards. [Mehr...](#)

Soweit es sich um einen gruppeninternen OTC-Derivatekontrakt handelt, sind Vereinfachungsverfahren hinsichtlich des Umfangs der gegenseitigen Bestätigung möglich.

Die EMIR Regelungen sehen zudem vor, dass ein Portfolioabgleich auch von nicht finanziellen Gegenparteien durchzuführen ist. Ziel dieser Bestimmung ist die Sicherstellung der Transparenz i.S. einer eindeutigen Bestimmbarkeit offener OTC-Derivatepositionen. Grundlage hierfür soll eine bilaterale Vereinbarung zwischen den Parteien bilden, die im Vorfeld des Geschäftsabschlusses zu vereinbaren ist.

Der ergänzend zur EMIR Verordnung erlassene technische Regulierungsstandard ([Mehr...](#)) gibt dabei die Abstimmungsintervalle (täglich, quartalsweise, jährlich) in Abhängigkeit von dem Volumen der ausstehenden Derivatekontrakte vor. Danach ist der Abgleich wie folgt durchzuführen:

- nicht der Clearingpflicht unterliegende nicht finanzielle Gegenparteien mit weniger als 100 Kontrakten mit einer Gegenpartei:
mindestens jährlich; sonst quartalsweise
- finanzielle Gegenparteien und der Clearingpflicht unterliegende nicht finanzielle Gegenparteien mit mehr als 50 aber weniger als 500 Kontrakten mit einer Gegenpartei:
wöchentlich; sonst täglich bzw. bei weniger als 50 Kontrakten quartalsweise

Ferner sehen die EMIR Regelungen im Rahmen der vorzuhaltenden Risikominderungstechniken eine verpflichtende Portfoliokompression vor. Ziel dieser Pflicht ist die Überprüfung des Risikos des Ausfalls der Gegenpartei bzw. die Fragestellung, ob durch das gezielte Schließen und Zusammenfassen von Positionen eine Reduktion dieses Risikos erreicht werden kann.

Finanzielle und nicht finanzielle Gegenparteien mit mehr als 500 ausstehenden OTC-Derivatekontrakten mit einer Gegenpartei, die nicht zentral gecleart werden, haben danach mindestens zwei Mal im Jahr zu prüfen, ob diese Möglichkeit besteht. Die Verfahren und Methoden zur Portfoliokomprimierung sind (derzeit noch) nicht kodifiziert, allerdings sind mögliche Gründe für einen Verzicht auf die interne Prüfung einer Portfoliokompression stichhaltig und ausführlich zu begründen. Die Begründung ist auf Anforderung den Aufsichtsbehörden vorzulegen. In den EMSA Q&A (OTC Question 11; [Mehr...](#)) werden beispielhaft einzelne Umstände dargestellt, unter denen eine Kompression nicht angemessen erscheinen könnte.

Insoweit sind im Rahmen der Umsetzung der EMIR Pflichten ggf. auch entsprechende Prozesse der Portfoliokompression bzw. ein Verfahren zur Dokumentation der Gründe für eine Nichtdurchführung zu etablieren. Zu beachten ist dabei ferner, dass die im Rahmen der Portfoliokompression eingeleiteten Maßnahmen, insbesondere die Novation einzelner OTC-Derivatekontrakte zu einer Meldepflicht an ein Transaktionsregister führen werden.

Des Weiteren beinhalten die EMIR Regelungen das Erfordernis zur Implementierung von Verfahren zur Streitbeilegung (Dispute Resolution). Vorgesehen ist, dass vor Abschluss von OTC-Kontrakten eine Einigung über „detaillierte Verfahren und Prozesse“ zur Streitbeilegung von den Gegenparteien herzustellen ist, die es ermöglichen, Unstimmigkeiten „zeitnah“, d.h. innerhalb von fünf Geschäftstagen, auszuräumen.

Insoweit sind die bei den Unternehmen der Realwirtschaft ggf. derzeit schon bestehenden Prozesse im Rahmen der EMIR Umsetzung u.U. zu erweitern. Diese sollten sich zukünftig sowohl auf die Feststellung von Unstimmigkeiten, deren Aufzeichnung und Überwachung als auch auf den Streitwert, interne und externe Informationsgewinnung zu den Geschäften, sowie die Etablierung eines internen Eskalationsverfahrens beziehen.

Um die Derivateportfolien verlässlich bewerten zu können, haben **finanzielle Gegenparteien und nicht finanzielle Gegenparteien, die der Clearingpflicht unterliegen** (sog. NFC+), **zusätzlich zu den vorgenannten Pflichten eine tägliche Bewertung zu Marktpreisen durchzuführen**, um etwaigen Wertberichtigungsbedarf ableiten zu können. Im Falle inaktiver Märkte oder inkonsistenter Zeitwertschätzungen sind geeignete Bewertungsmodelle heranzuziehen.

Darüber hinaus besteht für finanzielle Gegenparteien und nicht finanzielle Gegenparteien, die der Clearingpflicht unterliegen, zusätzlich die Verpflichtung zur Etablierung von Regelungen zum Austausch von Sicherheiten. Nach derzeitigen Schätzungen wird sowohl die tägliche Bewertung zu Marktpreisen als auch die Verpflichtung zur Etablierung von Regelungen zum Austausch von Sicherheiten nur für den kleinen Kreis der Unternehmen der Realwirtschaft gelten, deren OTC-Derivateportfolien in mindestens einer Assetklasse die Clearingschwelle überschreiten. Die diesbezüglichen Detailregelungen befinden sich derzeit noch in Abstimmung.

3.4 Prüfungspflichten

Die durch das EMIR-Ausführungsgesetz eingefügten Bestimmungen des § 20 Abs. 1 u. Abs. 5 WpHG (Prüfungspflicht für nicht finanzielle Gegenparteien; [Mehr...](#)) und des § 39 Abs. 2e WpHG (Bußgeldtatbestände; [Mehr...](#)) basieren auf Art 12 Abs. 1 der EMIR, mit der die Verankerung von Sanktionen gegen Verstöße auf nationaler Ebene verpflichtend bestimmt werden.

Von der Prüfungspflicht nach § 20 Abs. 1 u. Abs. 5 WpHG zu unterscheiden sind die Bestätigungspflichten nach § 19 Abs. 3 WpHG in Bezug auf das Unterschreiten der Clearingschwellen über einen Zeitraum von 30 Geschäftstagen. ([Mehr...](#)) Die diesbezügliche Bescheinigung dient dem Nachweis gegenüber den zuständigen Aufsichtsbehörden, dass eine Clearingpflicht für die nicht finanzielle Gegenparteien i.S.d. Artikel 10 Abs. 2 EMIR nicht mehr besteht.

Die (jährliche) Prüfungspflicht besteht gem. § 48 WpHG erstmals für Geschäftsjahre, die nach dem 16. Februar 2013 beginnen, d.h. bei kalenderjahrgleichem Geschäftsjahr erstmals für das Geschäftsjahr 2014. Erfasst werden dabei alle nicht finanzielle Gegenparteien, bei denen es sich nicht um kleine Kapitalgesellschaften bzw. kleine Personengesellschaften i.S.d. § 264a Abs. 1 HGB handelt und die im abgelaufenen Geschäftsjahr OTC-Derivategeschäfte mit einem Nominalwert von mehr als EUR 100 Mio oder mehr als 100 Geschäfte abgeschlossen haben. Bei der Berechnung sind gruppeninterne Geschäfte zu eliminieren.

Soweit die vorgenannten Grenzen im Folgejahr wieder unterschritten werden, entfällt die Prüfungspflicht, auch wenn diese im Vorjahr bestand.

Gegenstände der Prüfungen sind:

- fristgerechte Meldung des Unternehmens an das Transaktionsregister,
- ordnungsgemäße Erfassung der OTC-Derivategeschäfte und der Berechnung der (Brutto-) Nominalvolumina,
- ordnungsgemäße Abgrenzung gruppeninterner Geschäfte,
- sachgerechte und in ihrem Umfang angemessene Implementierung von Risikominderungsstechniken.

Der Prüfer ist spätestens 15 Monate nach Beginn des Geschäftsjahres, in dem die Grenzwerte überschritten werden, zu bestellen. Die Bescheinigung über die Prüfung gemäß § 20 WpHG ist vom Prüfer innerhalb von neun Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres, auf das sich die Prüfung erstreckt, der Geschäftsleitung und (soweit ein solcher besteht) dem Aufsichtsrat vorzulegen. Die gesetzlichen Bestimmungen zur Prüfungspflicht sehen dabei ausdrücklich vor, dass der Geschäftsleitung vor der Vorlage der Bescheinigung an den Aufsichtsrat ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist.

Sofern vom Prüfer im Rahmen seiner Prüfung Mängel festgestellt werden, ist die Geschäftsleitung der nicht finanziellen Gegenpartei verpflichtet, die Bescheinigung des Prüfers unverzüglich an die BaFin zu übermitteln. Stellt der Prüfer bei der Prüfung schwerwiegende Verstöße fest, ist er verpflichtet, die BaFin unverzüglich von sich aus zu unterrichten.

In § 20 Abs. 6 WpHG ist eine Verordnungsermächtigung für das Bundesfinanzministerium vorgesehen, durch die nähere Bestimmungen über Art, Umfang und Zeitpunkt der Prüfung sowie der Bescheinigung geregelt werden kann. Ferner soll durch diese Bestimmung eine Vereinheitlichung der der BaFin vorzulegenden Bescheinigungen sichergestellt werden. Diesbezügliche Detailregelungen und Ausgestaltungshinweise liegen derzeit noch nicht vor bzw. befinden sich in Abstimmung.

4 WESENTLICHE OFFENE REGELUNGSBEREICHE



WP Lars Marcel Hansen
emir@bdo.de

Zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses (13. August 2013) dieses Newsletters sind die nachfolgenden wesentlichen Themengebiete noch Gegenstand von Konsultationen, Beschlussfassungen oder Genehmigungen:

- Über die Zulassung von zentralen Gegenparteien soll nach dem aktuellen Zeitplan der ESMA (Stand 5. Juli 2013; [Mehr...](#)) bis zum 15. September 2013 entschieden werden.
- Weiterhin soll die Zulassung von Transaktionsregistern nach diesem Zeitplan bis zum 24. September 2013 erfolgen, so dass die Meldepflichten ab dem 1. Januar 2014 effektiv in Kraft treten würden. Nach einem Schreiben der ESMA an die EU-Kommission vom 6. August 2013 ([Mehr...](#)) hat die ESMA aufgrund derzeit unklarer Abgrenzungsfragen zwischen börsengehandelten und OTC-Derivaten vorgeschlagen, die Meldepflicht für börsengehandelte Derivate auf den 1. Januar 2015 zu verschieben. Dem Schreiben der ESMA ist ein Entwurf zur Ergänzung der entsprechenden Durchführungsverordnung beigefügt. [Mehr...](#)
- Derzeit in Diskussion befindet sich ein technischer Regulierungsstandard der EU-Kommission zur Festlegung von OTC-Derivatekategorien, die zukünftig pflichtweise zentral gecleart werden sollen (Discussion Paper der ESMA vom 12. Juli 2013 „*The Clearing Obligation under EMIR*“). Dieser RTS soll nach dem vorläufigen Zeitplan zum 15. Juli 2015 in Kraft treten. [Mehr...](#)
- Weiterhin Gegenstand von Abstimmungen und Diskussionen ist die Frage, unter welchen Umständen Kontrakte über OTC-Derivate, die mit Parteien außerhalb der EU geschlossen wurden, eine signifikante Wirkung innerhalb der EU entfalten. Am 17. Juli 2013 hat die ESMA ein Konsultationspapier zum Entwurf eines entsprechenden RTS veröffentlicht („*Draft Regulatory Standards on contracts having a direct, substantial and foreseeable effect within the Union and non-evasion of provisions of EMIR*“). [Mehr...](#)

- Darüber hinaus ergeben sich derzeit offene Fragen zu Ausführungsbestimmungen betreffend die Anerkennung von Marktteilnehmern aus Drittstaaten. Für die zentralen Gegenparteien aus Drittstaaten hat die ESMA am 18. Juni 2013 ein update zur „*practical guidance for the recognition of Third Country CCPs by ESMA*“ veröffentlicht ([Mehr...](#)) Nach den Erwägungsgründen zur EMIR-Verordnung setzt die Anerkennung von zentralen Gegenparteien aus Drittstaaten den Einklang der Bestimmungen bzw. des Systems der Derivateregulierung des Drittstaates mit den EU Regelungen voraus. In diesem Zusammenhang steht eine detaillierte Gleichwertigkeitsprüfung der Merkmale von Derivatemärkten mit den Beschlüssen des G 20 Gipfels von Pittsburgh noch aus.

5 BDO VERANSTALTUNGEN

| | | |
|------------|-------------------|---|
| 22.08.2013 | Berlin | Branchendialog Real Estate |
| 23.08.2013 | Düsseldorf | BDO Business Lunch - Die Implementierung eines Compliance Management Systems |
| 27.08.2013 | Bremerhaven | Die Gelangensbestätigung kommt! |
| 27.08.2013 | Bremen | Die Gelangensbestätigung kommt! |
| 27.08.2013 | Augsburg | Steuerrecht im Krankenhaus: Neuerungen und aktuelle Entwicklungen - Update 2013 |
| 28.08.2013 | Nürnberg | Steuerrecht im Krankenhaus: Neuerungen und aktuelle Entwicklungen - Update 2013 |
| 28.08.2013 | Düsseldorf | E-Bilanz in der Unternehmenspraxis der Versorgungswirtschaft |
| 28.08.2013 | Frankfurt/M. | Steuer- und Investitionsstandort Russland |
| 28.08.2013 | Düsseldorf | Die Gelangensbestätigung kommt! |
| 29.08.2013 | Darmstadt | Antrieb Mittelstand - die digitale Wachstumsinitiative |
| 03.09.2013 | Mainz | Skalierung der Prüfung |
| 05.09.2013 | Düsseldorf | IFRS Update - ED Leases |
| 05.09.2013 | Leipzig | Rechnungslegung und Strategie in Wachstumsunternehmen |
| 10.09.2013 | Stuttgart | Die Gelangensbestätigung kommt! |
| 11.09.2013 | Hamburg | BDO Lounge - Hamburg |
| 12.09.2013 | Düsseldorf | Dialog Mittelstand - Wie finde ich die beste Nachfolgelösung für mein Unternehmen? |
| 16.09.2013 | Bremerhaven | Aktuelle Steuerfragen für gemeinnützige Einrichtungen Beratungs- und Gestaltungshinweise |
| 17.09.2013 | Oldenburg | Aktuelle Steuerfragen für gemeinnützige Einrichtungen Beratungs- und Gestaltungshinweise |
| 17.09.2013 | Frankfurt am Main | Einführung von EMIR und LEI für Unternehmen und Banken |

| | | |
|------------|-------------------|---|
| 18.09.2013 | München | <u>Datenschutz - Mobile Devices im Unternehmen</u> |
| 18.09.2013 | Hamburg | <u>E-Bilanz für Betriebe gewerblicher Art: So gelingt die Umstellung</u> |
| 19.09.2013 | Bremen | <u>Aktuelle Steuerfragen für gemeinnützige Einrichtungen Beratungs- und Gestaltungshinweise</u> |
| 20.09.2013 | Stuttgart | <u>Antrieb Mittelstand - die digitale Wachstumsinitiative</u> |
| 23.09.2013 | Frankfurt | <u>Steuerforum für Führungskräfte</u> |
| 24.09.2013 | Hamburg | <u>IFRS Update - ED Leases</u> |
| 24.09.2013 | Hamburg | <u>Steuerforum für Führungskräfte</u> |
| 25.09.2013 | Stuttgart | <u>Erfolgsfaktoren der Unternehmensnachfolge</u> |
| 25.09.2013 | Frankfurt am Main | <u>IFRS Update - ED Leases</u> |
| 25.09.2013 | Essen | <u>Steuerforum für Führungskräfte</u> |
| 26.09.2013 | Stuttgart | <u>Steuerforum für Führungskräfte</u> |
| 26.09.2013 | Köln | <u>Antrieb Mittelstand - die digitale Wachstumsinitiative</u> |
| 27.09.2013 | Düsseldorf | <u>BDO BUSINESS LUNCH - Managerhaftung</u> |
| 30.09.2013 | Leipzig | <u>9. Personalkongress der Krankenhäuser 2013</u> |
| 08.10.2013 | Dortmund | <u>Skalierung der Prüfung</u> |
| 10.10.2013 | München | <u>Steuerforum für Führungskräfte</u> |
| 14.10.2013 | Bonn | <u>Unternehmensbewertung und Beteiligungsmanagement von Banken</u> |
| 22.10.2013 | Berlin | <u>Steuerforum für Führungskräfte</u> |
| 24.10.2013 | München | <u>IFRS-Veranstaltung der BDO in München</u> |
| 29.10.2013 | Hamburg | <u>OMV Fachseminar "Russisches Steuer- und Bilanzrecht"</u> |