

**Angemessene EMIR-Definitionen:  
Warum Lieferverträge keine  
Derivate sind**

## Einleitung

Im Rahmen der Pflichten in Bezug auf die Derivateverordnung EMIR stehen die Mitgliedsunternehmen des Deutschen Aktieninstituts vor dem Problem, dass eine gewisse Unsicherheit im Hinblick auf die Definition Derivate besteht. Hierbei geht es insbesondere um Take-or-Pay-Klauseln in Lieferverträgen, die von großen Teilen der Industrie eingesetzt werden. Eine unsachgemäße Ausweitung der Derivatedefinition würde einen unverhältnismäßig hohen Aufwand für die betroffenen Unternehmen bedeuten. Aus folgenden Gründen plädieren wir daher dafür, diese Lieferverträge nicht als Derivate unter EMIR (bzw. MiFID) anzusehen.



## 1 Ausgestaltung der Lieferverträge

Bei den Zweifelsfällen handelt es sich insbesondere um (Rahmen-)Lieferverträge für den Bezug von Strom, Kohle, Gas, Metallen und anderen Rohstoffen.

Bei diesen Verträgen, die von großen Teilen der Industrie eingesetzt werden, wird die Lieferung einer bestimmten Menge an Rohstoffen in einer bestimmten Zeitspanne vereinbart. Innerhalb dieser Zeitspanne können einzelne Liefertranchen durch den Kunden abgerufen werden. Die Preisvereinbarung beinhaltet in der Regel eine fixe Marge und eine variable Preisbasis, die an Rohstoffpreise oder Rohstoffindizes gebunden ist. Der Kunde hat die Möglichkeit, die Preise für beliebige Zeiträume und Mengen innerhalb des Vertragsrahmens mit dem Lieferanten bilateral im Vorfeld zu fixieren oder die Ware auf Basis der jeweils aktuellen Rohstoffpreise zu beziehen. Die Bezahlung erfolgt i.d.R. nach der Lieferung.

Für den Bedarfsfall ist mit diesen Rahmenverträgen die sofortige Verfügbarkeit der Rohstoffe zu definierten Preisen und damit Planungssicherheit hergestellt. Das Unternehmen erhält auch die Möglichkeit, flexibel auf unvorhergesehene zeitliche Verschiebungen im Verlauf größerer Projekte reagieren zu können. Die unmittelbare und gesicherte „Abrufbarkeit“ von Rohstoffen ist zudem Grundvoraussetzung für eine bedarfssynchrone Produktion („Just in Time“).

Da die Bestellmengen ex ante festgelegt und daher nur auf Plangrößen basieren können, stellt sich oft zum Vertragsende heraus, dass der vereinbarte Lieferumfang nicht vollständig abgenommen wurde. Für diesen Fall wird eine Stornogebühr vereinbart, die vom Kunden an den Lieferanten für die Bereitstellung der vertraglich zwar vereinbarten, aber letztendlich nicht benötigten Menge an Rohstoffen zu entrichten ist („sog. Take-or-Pay“). Diese kann auch als Bereitstellungsgebühr interpretiert werden. Häufig sind auch Toleranzen vereinbart, wodurch de facto nur außergewöhnliche Abweichungen verrechnet werden.

## 2 Lieferverträge sind keine Derivate

Wir plädieren für die Klarstellung, dass es sich bei diesen Lieferverträgen nicht um Derivate gemäß der Finanzmarktrichtlinie MiFID handelt. Dabei handelt es sich nicht um Warenderivate mit physischer Lieferung, die über Börsen oder MTFs gehandelt werden (Definition in Anhang A, Abschnitt C, Nr. 6 MiFID), da diese Lieferverträge bilateral zwischen dem Kunden und dem Lieferanten vereinbart und nicht über organisierte Plattformen gehandelt werden.

Ebenfalls darf die Stornogebühr nicht mit einem Barausgleich verwechselt werden, so dass auch die Definition in Anhang A, Abschnitt C, Nr. 5 MiFID nicht zutrifft [die „[...] auf Wunsch einer der Parteien (anders als wegen eines zurechenbaren oder anderen Beendigungsgrunds) bar abgerechnet werden können“).

Die Charakteristika von Derivaten *mit einem Barausgleich* unterscheiden sich entscheidend von denen der Lieferverträge mit Stornogebühr. Dafür sprechen folgende Gründe:

Grundsätzlich sind Derivate Instrumente zur Absicherung künftiger Marktentwicklungen (risikomindernde Derivate, bei denen das Risiko aus einem künftigen Geschäft abgesichert wird) oder eine Wette auf künftige Marktentwicklungen („spekulativer“ Einsatz eines Derivats ohne zugrundeliegendes Geschäft). Je nach Marktentwicklung muss bzw. kann eine der beiden Gegenparteien einen Barausgleich leisten.

Die obige Stornogebühr ist kein Barausgleich in diesem Sinne, da sie unabhängig von einer bestimmten Preisentwicklung auf den Rohstoffmärkten erfolgt. Die Stornogebühr muss eben nur dann gezahlt werden, wenn der Kunde weniger Rohstoffe benötigt, als dies bei Vertragsabschluss geplant war. Die geringere Nachfrage hat aber nichts mit der Preisentwicklung auf den Rohstoffmärkten zu tun, sondern mit operativen Gegebenheiten, bspw. weil aufgrund korrigierter Absatzzahlen der Rohstoffbedarf geringer ausfällt als ursprünglich geplant.

Ferner liegt die Optionalität der Zahlung bei dem Kunden (siehe obige Definition: „auf Wunsch einer der Parteien“). Er kann am Ende des Vertrags entscheiden, ob er die Rohstoffe abnimmt oder die Stornogebühr zahlt. Die Zahlung der Stornogebühren ist aber nichts, wovon der Kunde profitiert. Ganz im Gegenteil fallen hier Zusatzkosten an, die der Kunde auf jeden Fall durch eine möglichst exakte Planung des Rohstoffbedarfs zu Vertragsbeginn vermeiden will. Daran wird deutlich, dass die Stornogebühr nichts anderes als ein Bestandteil des Entgelts für den Service ist, das der Lieferant für die vereinbarte Menge an Rohstoffen eine ständige Verfügbarkeit garantiert.



Auch der Lieferant kann keinen von der Marktentwicklung abhängigen Finanzgewinn erzielen (wie dies typisch für einen Derivatkontrakt wäre). Er erhält nur eine Kompensation für seinen Aufwand, die nicht abgenommenen Rohstoffe bereitgestellt zu haben. Auf diese Weise werden bspw. Investitionen gesichert, wenn die Bereitstellung von Produktionskapazitäten exklusiv für einen Kunden erfolgt, d.h. wenn eine Produktionsanlage ganz oder zumindest überwiegend für einen einzigen Kunden gebaut wird.

Alles in allem zeigt dies, dass es sich bei der Stornogebühr um keinen Barausgleich handelt, der für ein Derivat typisch ist. Vergleichbare Beispiele können dies ebenfalls verdeutlichen. Dazu gehört die Reservierungsgebühr bei nicht in Anspruch genommenen Hotelbuchungen oder Stornogebühren bei einem abgesagten Urlaub. Auch hierbei handelt es sich um eine Kompensation für den Servicedienstleister (den Hotelier bzw. den Urlaubsanbieter) für eine zwar vom Kunden bestellte, aber dann doch nicht in Anspruch genommene Leistung. Ein Beispiel aus der Finanzwirtschaft wäre eine revolvingende Kreditlinie, für die auch eine Bereitstellungsprovision bei Nichtnutzung anfällt. Diese Fälle unter die Rubrik „Derivate mit Barausgleich“ zu erfassen, erscheint praxisfern.

Letztlich sollte bei der Definition Derivate der überwiegende Zweck der Vertragsgestaltung berücksichtigt werden. Primärer Zweck der Lieferverträge ist der künftige Bezug von Waren. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gehen beide Parteien davon aus, dass die vereinbarte Menge abgenommen wird. Dafür trägt schon alleine die Stornogebühr bei, die den Kunden dahingehend diszipliniert, nicht mehr als die voraussichtlich benötigte Menge vertraglich zu fixieren.

Aus diesen Gründen sind wir der Auffassung, dass diese Lieferverträge keine Derivate gemäß MiFID und dementsprechend auch nicht gemäß EMIR sind. Dies sollte in der Aufsichtspraxis durch eine entsprechende Klarstellung berücksichtigt werden.

## Kontakt

---

Dr. Norbert Kuhn  
Deutsches Aktieninstitut e.V.  
Niederneu 13-19  
60325 Frankfurt am Main  
Telefon + 49 69 92915 - 20  
Fax + 49 69 92915 - 12  
kuhn@dai.de  
www.dai.de

