

IDW-Entwurf zur EMIR-Prüfung nichtfinanzieller Unternehmen

Rechtsunsicherheiten vermeiden,
Prüfungsprozess schlank halten

Einleitung

Das Deutsche Aktieninstitut nimmt gerne zu dem „Entwurf eines IDW Prüfungsstandards: Prüfung von Systemen nach § 20 WpHG bei nichtfinanziellen Gegenparteien (IDW EPS 920)“ (im Folgenden „IDW-Dokument“) Stellung. Das IDW-Dokument trägt im Großen und Ganzen den Bedürfnissen nichtfinanzieller Unternehmen Rechnung, im Rahmen der gesetzlichen Anforderungen Derivate insbesondere zur Absicherung operationeller Risiken einzusetzen.

Allerdings gibt es in dem IDW-Dokument einige Unklarheiten, die den EMIR-Prüfungsprozess sowohl für die Prüfer als auch für die Unternehmen erschweren. Im Interesse beider müssen diese ausgeräumt werden.

Unsere Anmerkungen im Detail

Die Anmerkungen beziehen sich auf die jeweiligen Seitenzahlen im IDW-Dokument.

S. 6: Definitionen

Unter der Überschrift „Definitionen“ ist nicht klar, wie ein „Fehler“ von einer „Beanstandung“ abzugrenzen ist. Laut Text liegt eine Beanstandung vor, wenn das EMIR-System eine Schwäche aufweist. Ein Fehler hingegen ist jede Abweichung von den gesetzlichen Anforderungen. Dabei stellt sich die Frage, ob ein Fehler eine Beanstandung ist bzw. wie beides voneinander abzugrenzen ist. Um mit eindeutigen Begrifflichkeiten arbeiten zu können, ist eine Klarstellung hilfreich. Beispielsweise könnte dies in der Form geschehen, dass die Beanstandung mit einem Fehler gleichgesetzt wird und auf die Begrifflichkeit Fehler oder Beanstandung im Weiteren verzichtet wird.

S.22ff.: Berichterstattung

Nach Tz. 80 hat der Prüfer die Pflicht, über „festgestellte Beanstandungen“ zu berichten. Allerdings wird in Tz. A53 auf S. 39 darauf hingewiesen, dass die Feststellung von Fehlern, die sich nicht auf das Prüfungsurteil auswirken, nicht Bestandteil der EMIR-Prüfung ist. Da wir davon ausgehen, dass die Begriffe „Beanstandung“ und „Fehler“ synonym verwendet werden, ist unklar, warum der Prüfer nach Tz. 80 über „Beanstandungen“ bzw. „Fehler“ berichten soll, obwohl sie sich laut T. A53 nicht auf das Prüfungsurteil auswirken (eine Berichtspflicht sehen wir nur für die im IDW-Dokument beschriebene Treuepflicht). Zumal auch *nur* Mängel (und nicht „Beanstandungen“ bzw. „Fehler“) dazu führen können, die EMIR-Systeme als ungeeignet hinsichtlich der gesetzlichen Anforderungen einzustufen. Um Missverständnisse für alle am EMIR-Prüfungsprozess Beteiligten zu vermeiden sollten zumindest Mängel und Fehler/Beanstandungen eindeutig getrennt voneinander aufgeführt werden.

S. 26: Definitionen [Tz. 11]

Unter Tz. A7 werden die aktuell „einschlägigen“ Anforderungen genannt, die bei der EMIR-Prüfung zugrunde gelegt werden müssen. Dazu gehören auch die Q&A der europäischen Wertpapieraufsichtsbehörden und der BaFin. Wir weisen explizit darauf hin, dass der Rechtscharakter insbesondere der Q&A auf EU-Ebene nicht abschließend geklärt ist, d.h. ob diese (rechts-)verbindlich sind oder lediglich emp-

fehlenden Charakter haben. Dies sollte der EMIR-Prüfer unbedingt beachten, wenn er seine Prüfungshandlungen auf die entsprechenden Q&A stützt.

S. 30: Prüfung der Angemessenheit und Wirksamkeit des EMIR-Systems [Tz. 32 ff.]

Als Prüfungshandlungen des EMIR-Prüfers werden in Tz. A23 u.a. die Befragungen der gesetzlichen Vertreter, von anderen Mitgliedern des Managements und von Mitgliedern des Aufsichtsrats genannt. Um diese Aufsichts- und Managementkapazitäten nicht über Gebühr zu strapazieren, sollten Befragungen dieser Personen nur „Ultima Ratio“ sein. Sie sollten nur stattfinden, wenn Befragungen der Personen, die direkt mit der Überwachung und Koordination der Aktivitäten mit dem EMIR-System betraut sind, nicht weiterführen. Dies sollte klargestellt werden.

S. 35: Weitere Prüfungsanforderungen [Tz. 47 ff.]

In Tz. A35 wird festgelegt, dass es für den EMIR-Prüfer erforderlich sein kann, schon bei Anhaltspunkten für Fehler die verantwortlichen Mitglieder des Managements und ggf. die gesetzlichen Vertreter zeitnah zu informieren. Da Fehler als jede Abweichung von den gesetzlichen Anforderungen definiert werden, sollte sich dieser Passus nicht auf Fehler bzw. Anhaltspunkte für Fehler beziehen. Angemessen ist hingegen der Bezug zu einem Mangel, der ja auch letztendlich zur Versagung eines positiven Prüfungsbescheids führen kann.

S.38: Berichterstattung [Tz. 76 ff.]

Die Berichterstattung bzw. die EMIR-Prüfbescheinigung sollte sich an dem Zweck der Prüfung orientieren, d.h. der Prüfung, inwiefern das EMIR-System angemessen ist, um die entsprechenden gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen. In Tz. A50 erfolgen einige Hinweise zur Darstellung von Art und Umfang des Derivategeschäfts, die im Rahmen der Prüfbescheinigung erfolgt. Dazu gehört u.a. die „Art/Volumen/Menge der Derivateinsatzes“ sowie „Zweck und Bedeutung der Derivategeschäfte“. Beides sind Aspekte, die nichts mit der Funktionalität des EMIR-Systems zu tun haben und daher nicht Teil der Bescheinigung sein sollten.

S. 48ff.: Definition des Begriffs „Derivat“

Die Definition des Begriffs „Derivat“ bezieht sich auf die aktuellen Regelungen in der MiFID I, die von der MiFID II und den entsprechenden konkretisierenden Rechtsakten ab dem 3.1.2018 abgelöst werden. Wir regen an zu überdenken, inwiefern es sinnvoll ist, so detailliert auf Vorschriften einzugehen, die ohnehin ab 2018 verändert beachtet werden müssen. Möglicherweise ist diese detaillierte

Beschreibung auch nicht notwendig, wenn einfach auf die aktuell gültigen Definitionen in MiFID bzw. MiFID II und den entsprechenden delegierten Rechtsakten verwiesen wird.

Auf S. 50 erfolgt die Aussage, dass „es sich bei Strom- und Gaslieferrahmenverträgen mit einer Take-or-Pay-Klausel nicht um Derivate i.S.v. MiFID/EMIR“ handelt. Diese Aussage begrüßen wir eindeutig, möchten aber darauf hinweisen, dass Take-or-Pay-Klauseln nicht alleine auf vertragliche Gestaltungen in der Energiewirtschaft beschränkt sind, sondern auch bei anderen Warenlieferverträgen u.a. mit Metallen üblich sind. Der Vollständigkeit halber sollte dies in dem IDW-Dokument erwähnt werden.

S. 55ff.: Clearingpflicht für nichtfinanzielle Gegenparteien

Es ist nur teilweise klar, was beim Wegfall eines Grundgeschäfts mit dem vorher als Absicherung definierten Derivats passiert. Im zweiten Absatz auf S. 58 findet sich zwar der Hinweis, dass das Derivat weiterhin als risikomindernd angesehen werden kann, wenn es in einem angemessenen Zeitraum durch ein entsprechendes Gegengeschäft glattgestellt wird. Dieser Hinweis muss aber auch für den Fall gelten, dass das Derivat in einem angemessenen Zeitraum aufgelöst wird.

S. 77: Besonderheiten in Bezug auf gruppeninterne Geschäfte

Der Abschnitt regelt für gruppeninterne Transaktionen die Möglichkeit der Befreiung vom Clearing bzw. der bilateralen Besicherung. Allerdings fehlt der Hinweis, dass für NFC- diese Befreiung nicht relevant ist, da diese ohnehin nicht von der Clearingpflicht bzw. der Pflicht zur bilateralen Besicherung betroffen sind. Dieser Hinweis sollte noch eingefügt werden.

Kontakt

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