

## Die Europäischen Aufsichtsbehörden und die Regulierung von OTC-Geschäften

### Fachtagung Bankrecht

Dr. Andreas Blunk, MLE

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Hannover, den 12. September 2013

# Inhalt

## I. Die neuen europäischen Aufsichtsbehörden

1. Überblick
2. Aufgaben und Befugnisse
3. Verhältnis zur BaFin
4. Berührungspunkte mit Sparkassen und Ausblick

## II. Neuregelungen und Rechtsprechung im Bereich der OTC-Derivate

1. Neuregelung durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)
2. Anwendbarkeit und Ausnahmen der „EMIR“ im Sparkassengeschäft
3. Anforderungen der Rechtsprechung an OTC-Geschäfte

# Luther.

## I.1. Überblick - ESFS

## I.1. Überblick - ESFS

- Das European System of Financial Supervision (ESFS = Europäisches Finanzaufsichtssystem) ist keine eigene Behörde; es hat keine eigene Rechtspersönlichkeit.
- Kernstück des ESFS sind drei durch Verordnung gebildete Organisationen; die Europäischen Aufsichtsbehörden („European Supervisory Authorities“ – ESA).
  - Die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA).
  - Die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA).
  - Die Europäische Behörde für Bankenaufsicht (EBA).

# I.1. Überblick

- Die Aufsichtsbehörden bilden zusammen das Gemeinsame Komitee der Europäischen Aufsichtsbehörden.
  - Ziel: Erkennung von Risiken einzelner Banken, Versicherungen und Wertpapiere.
  - EBA, EIOPA und ESMA sorgen für Harmonisierung und einheitliche Anwendung der europäischen Vorgaben; Gemeinsames Komitee soll die interne Harmonisierung sicherstellen.
- Als ganzheitlich wirkende Aufsicht für alle Finanzmarktbereiche wird ferner der an die EZB angeknüpfte Europäische Ausschuss für Systemrisiken ohne eigene Rechtspersönlichkeit geschaffen (ESRB).

## I.1. Überblick

- Das Tagesgeschäft der Aufsicht über die Finanzinstitute und der Marktaufsicht bleibt jedoch weitgehend auf nationalstaatlicher Ebene.
  - Tägliche Bankenaufsicht verbleibt in Deutschland bei der BaFin und der Bundesbank.
- Daneben sind auch die Kommission und nationale Stellen am ESFS beteiligt.

# I.1. Überblick - ESFS

**Europäischer Ausschuss für Systemrisiken (ESRB)**

**Europäischen Aufsichtsbehörden (ESA)**

Europäische  
Wertpapier- und  
Marktaufsichts-  
behörde  
**(ESMA)**

Europäische  
Aufsichtsbehörde für das  
Versicherungswesen und die  
betriebliche Altersversorgung  
**(EIOPA)**

Europäische  
Behörde für  
Bankenaufsicht  
**(EBA)**

Gemeinsames Komitee

Kommission

Nationale Stellen

# Luther.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse



## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA)

- **EU-Einrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit.**
  - Sie handelt unabhängig, objektiv und im alleinigen Interesse der Union.
  - Sie ist gegenüber dem Europäischen Parlament, dem Europäischen Rat und der Europäischen Kommission rechenschaftspflichtig.
- **Sitz in London.**
- **Aufgabe: Krisenmanagement grenzüberschreitender Banken.**
  - Entwicklung von Vorgaben für national durchgeführte Stresstests.
  - Beitrag zur Festlegung gemeinsamer Regulierungs- und Aufsichtsstandards.
    - Stellungnahmen an Organe der Union.
    - Erlass von Leitlinien und Empfehlungen.
    - Entwürfe für technische Standards.
  - Koordinierung nationaler Aufsichtsbehörden und Kommunikation bei Meinungsverschiedenheiten.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Die Europäische Bankenaufsichtsbehörde – Struktur/Aufbau

- Die EBA besitzt folgende Organe:
  - Den Rat der Aufseher.
  - Den Verwaltungsrat.
  - Einen Vorsitzenden.
  - Einen Exekutivdirektor.
  - Einen Beschwerdeausschuss.
  
- Zusätzlich wurde die Interessengruppe Bankensektor geschaffen, jedoch ohne Organqualität.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Der Rat der Aufseher

- **Zuständig für die Erfüllung der wesentlichen Aufgaben der Behörde.**
  - Erarbeitung von Leitlinien für die Arbeit der Behörde.
  - Abgabe von Stellungnahmen.
  - Empfehlungen und Ratschläge für die Aufgabenbereiche der EBA (dazu sogleich).
  - Ernennung des Vorsitzenden.
  - Festlegung des Jahres- und des mehrjährigen Arbeitsprogramms.
- **Stimmberechtigte Mitglieder des Rates der Aufseher sind die Leiter der für die Beaufsichtigung von Kreditinstituten zuständigen nationalen Behörden der Mitgliedstaaten (z.B. der BaFin in Deutschland).**
  - Nicht stimmberechtigte Mitglieder sind die Vertreter der EIOPA, der ESMA, des ESRB, der Kommission, der EZB und der Vorsitzende.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Der Verwaltungsrat der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde

- Der Verwaltungsrat setzt sich zusammen aus dem Vorsitzenden der EBA und sechs weiteren Mitgliedern, die von und aus dem Kreis der stimmberechtigten Mitglieder des Rates der Aufseher gewählt werden.
  
- Folgende Zuständigkeiten.
  - Schlägt dem Rat der Aufseher die Jahres- und die mehrjährige Arbeitsplanung vor.
  - Nimmt die Personalplanung der Behörde vor.
  - Bestellung und Entlassung der Mitglieder des Beschwerdeausschusses.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Der Vorsitzende der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde

- Unabhängiger Vertreter der Behörde nach außen.
- Ernannt durch den Rat der Aufseher.
  - ABER: **Widerspruchsrecht** des Europäischen Parlaments.
- Amtszeit beträgt fünf Jahre und ist einmalig verlängerbar.
- Vorbereitung der Aufgaben des Rates der Aufseher und Leitung der Sitzungen von Rat der Aufseher und Verwaltungsrat.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Der Exekutivdirektor der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde

- Leiter der Behörde.
  
- Ernennung durch den Rat der Aufseher.
  - ABER: **Bestätigung** des Europäischen Parlaments.
  
- **Folgende Aufgaben:**
  - Vorbereitung der Arbeiten des Verwaltungsrates.
  - Durchführung des Jahresarbeitsprogramms, wobei der Rat der Aufseher Lenkungs- und der Verwaltungsrat eine Kontrollfunktion wahrnehmen.
  - Erstellung des mehrjährigen Arbeitsprogramms für den Verwaltungsrat.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Der Beschwerdeausschuss

- **Gemeinsames Organ der EBA, der ESMA und der EIOPA und gleichzeitig Organ jeder einzelnen Einrichtung.**
  
- **Zusammensetzung aus sechs Mitgliedern und sechs stellvertretenden Mitgliedern.**
  - Je zwei Vertreter nebst Stellvertretern werden von den Verwaltungsräten der Institute bestimmt.
  
- **Aufgabe: Bearbeitung konkreter Beschwerden gegen die Arbeit einer der ESA-Behörden.**
  - Erhebung durch natürliche oder juristische Personen, auch Behörden.
  - Insbesondere gegen Maßnahmen oder sonstige Beschlüsse der ESA-Behörden.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Die Interessengruppe Bankensektor

- Funktion: Vereinfachung der Konsultation von Interessenvertretern in den für die Behörde relevanten Aufgabenbereiche.
- Direkter Ansprechpartner der Behörde.
  - Bei dem Entwurf technischer Regulierungs- und Durchführungsstandards, sofern sie nicht einzelne Finanzinstitute betreffen.
  - Bei der Aufstellung von Leitlinien und Empfehlungen.
- Mindestens vier Treffen im Jahr.



## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Die Zusammensetzung der Interessengruppe Bankensektor

- Insgesamt 30 Mitglieder.
  - Davon mindestens fünf Wissenschaftler.
  - Zehn Mitglieder vertreten Finanzinstitute.
    - Davon vertreten drei Mitglieder Genossenschaftsbanken und Sparkassen aus Europa.
  - Die übrigen Mitglieder stammen aus Kreditinstituten und Wertpapierhäusern, welche in der Union tätig sind; Vertretern aus deren Arbeitnehmerschaft sowie Verbraucher, Nutzer von Bankdienstleistungen und Vertreter von kleinen und mittleren Unternehmen.
- Mitglieder werden von Interessenvertretern vorgeschlagen und vom Rat bestimmt.
- Beachtung geografischer und geschlechterspezifischer Verteilung.
- Verlängerung der Amtszeit nur einmalig möglich.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Die EIOPA – Funktion und Aufgaben

- Abgabe von Stellungnahmen an EU-Organe und Entwürfe für technische Regulierungs- und Durchführungsstandards.
- Übernahme der Rolle des EU-Versicherungsaufsehers.
- Berichterstattung durch nationale Behörden an EIOPA.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Die EIOPA – Funktion und Aufgaben

- Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Aufsichtsbehörden.
- Beratung im Bereich der Gruppenaufsicht und Beteiligung an Vor-Ort-Prüfungen unter bestimmten Voraussetzungen.
- Überwachung der Anlagerisiken der Versicherungen und Pensionsfonds und Sicherung ausreichender Kapitaldecke sowie der Einhaltung von EU-Recht.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Die EIOPA – Struktur

- Die Struktur ist identisch mit dem Aufbau der EBA; der Sitz befindet sich jedoch in Frankfurt/Main.
- Im Rahmen der Interessengruppe Versicherungen und Rückversicherungen werden statt Vertretern der Finanzindustrie Vertreter von Versicherungsgesellschaften, Rückversicherungsgesellschaften oder Versicherungsvermittler benannt.
- Die Interessengruppe Betriebliche Altersvorsorge greift entsprechend auf branchenangehörige Experten zurück.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Die ESMA – Funktion und Aufgaben

- Funktion: Erhaltung und Stärkung des Finanzsystems mit Schwerpunkt auf Wertpapiere und Derivate.
  
- Aufgaben:
  - Harmonisierung des Rechtsstandes in Europa,
  - Entwürfe für technische Regulierungsstandards (delegierter Rechtsakt) und technische Durchführungsstandards (vgl. Art. 291 AEUV) und Vorlage an Kommission,
  - Abgabe von Stellungnahmen für Unionsorgane,
  - Erstellung von nicht verbindlichen Leitlinien und Empfehlungen,
  - Förderung des Anlegerschutzes,
  - Aufsicht über Ratingagenturen (Credit Rating Agency Regulation II).

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Die ESMA – Struktur

- Die Struktur ist identisch mit dem Aufbau der EBA und der EIOPA; der Sitz befindet sich jedoch in Paris.
- Im Rahmen der Interessengruppe Wertpapiere und Wertpapiermärkte wird neben den Wissenschaftlern auf entsprechende Vertreter der Finanzmarktteilnehmer zurückgegriffen.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Unmittelbare Aufsicht der ESMA

- Aufsicht über Ratingagenturen.
  - Zulassung von Ratingagenturen.
  - Widerruf der Zulassung.
  
- Vorübergehendes Verbot von Ratings und Aussetzung der Verwendung von Ratings für aufsichtsrechtliche Zwecke möglich.
  
- Daneben sektorale Zuständigkeit der nationalen Aufsichtsbehörden.
  - Zusätzlich: Delegationsmöglichkeit der ESMA an nationale Behörden.
  
- Aufsicht über Transaktionsregister.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Befugnisse der ESAs

- Dreiteilung der Befugnisse:
  - Mitwirkung an dem für nationale Aufsichtsbehörden und Marktteilnehmer geltenden Rechtsrahmen.
    - Technische Regulierungs- und Durchführungsstandards.
    - Leitlinien und Empfehlungen.
  - Koordinierung und Vereinheitlichung der durch die nationalen Behörden ausgeübten Aufsicht.
  - Übernahme von Aufsichtsaufgaben, grundsätzlich aber nur subsidiär.



## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### **Mitwirkung bei der Erstellung von Regulierungs- und Durchführungsstandards (Art. 10, 15 der jeweiligen Errichtungsverordnung)**

- **Ziel: Harmonisierung des Rechtsstandes in Europa.**
  - Technische Regulierungsstandards sind delegierte Rechtsakte, welche Verordnungen und Richtlinien modifizieren oder ergänzen können.
  - Technische Durchführungsstandards dienen nur zur Ausfüllung bestehender Rechtsakte mit einheitlich zu regelnden Details.
- **Beschränkung auf rein technische Aspekte, keine strategischen oder politischen Entscheidungen.**

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Mitwirkung bei der Erstellung von Regulierungs- und Durchführungsstandards (2)

- Aufgabe der ESAs besteht in der Vorlage entsprechender Entwürfe für diese Standards an die Kommission.
  - Verabschiedung durch den Rat der Aufseher mit qualifizierter Mehrheit.
  - Größere Mitgliedstaaten können demnach überstimmt werden.
- Kommission ist grundsätzlich gehalten, die Vorlage zu übernehmen.
  - Bei entgegenstehender Absicht trifft sie eine Begründungspflicht.
  - Rücksendung des Entwurfs mit der Bitte um Änderung.
  - Erlass ohne Abstimmung mit der zuständigen Behörde unmöglich, nur Recht zur Ablehnung.
- Kommission darf technische Regulierungs- und Durchführungsstandards nur dann selbst erlassen, wenn ein Entwurf der ESAs auch nach einer Nachfrist ausbleibt.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Mitwirkung bei der Erstellung von Regulierungs- und Durchführungsstandards (3)

- Übermittlung der Entwürfe für technische Regulierungsstandards durch die Kommission an Rat und Parlament. Rat und Parlament haben bei technischen Regulierungsstandards die Möglichkeit, innerhalb von drei Monaten Einwände zu erheben.
  - Verkürzung auf einen Monat, sofern Kommission die Übernahme der Vorlage beabsichtigt.
- Keine Beteiligung hingegen bei technischen Durchführungsbestimmungen.
  - Bei technischen Durchführungsstandards genügt Zustimmung der Kommission.
- Erlass der technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards in Form von Verordnungen oder Beschlüssen bzw. in Form von Durchführungsrechtsakten (kein Umsetzungsbedarf).

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Leitlinien und Empfehlungen (Art. 16 der jeweiligen Errichtungsverordnung)

- Die ESAs sind befugt, eigene Leitlinien und Empfehlungen herauszugeben.
- Reiner Appellcharakter.
  - Keine Verbindlichkeit gegenüber Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten und der Marktteilnehmer.
- **ABER:** Mitteilung innerhalb von zwei Monaten, ob Behörden den Leitlinien/Empfehlungen entsprechen werden.
  - Bei Abweichungsabsicht Begründungspflicht gegenüber ESAs.
  - Erklärungspflicht kann auch Marktteilnehmern auferlegt werden.
  - Im Ergebnis erheblicher faktischer Druck, der Vorgabe nachzukommen.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Verletzung von (aufsichtsrechtsrelevanten) Unionsrecht durch nationale Behörde

- „*fast track procedure*“, weil kein Verfahren vor EuGH erforderlich.
- Auskunftsrecht der ESAs zur Aufklärung der Sachverhalte.
- Darlegung der notwendigen Maßnahmen in einer Empfehlung.
  - Anschließend kurzfristige Darlegung der Absichten der nationalen Behörde.
  - Ggf. nach frühestens einem Monat erneute Aufforderung durch Kommission.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Verletzung von (aufsichtsrechtsrelevanten) Unionsrecht durch nationale Behörde (2)

- Bei Nichtbefolgung ergeht bindender Beschluss an Finanzinstitute, bei ESMA auch an Marktteilnehmer.
  - Unmittelbar anwendbares europäisches Recht verletzt.
  - Beeinträchtigung von Wettbewerb, Funktionsfähigkeit oder Integrität der Märkte muss vorliegen.
  - Beschluss muss im Einklang mit der vorausgegangenen Empfehlung der Kommission stehen.
- Hintergrund: Interesse der Mitgliedstaaten im Gesetzgebungsprozess an Beibehaltung größtmöglicher nationaler Souveränität.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Maßnahmen im Krisenfall und bei sonstiger Bedrohung der Aufsichtsziele

- Eingriffsbefugnis im Krisenfall nach Art. 18 der jeweiligen Errichtungsverordnung.
  - Als Krise gilt: *„ungünstige Entwicklungen, die das ordnungsgemäße Funktionieren und die Integrität von Finanzmärkten oder die Stabilität des Finanzsystems in der Union als Ganzes oder in Teilen ernsthaft gefährden könnten“.*
  - Krisenfall wird vom Rat in Abstimmung mit Kommission und ESRB festgestellt.
  - Abstimmung mit ESAs nicht zwingend.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Maßnahmen im Krisenfall und bei sonstiger Bedrohung der Aufsichtsziele (2)

- Behörden können auf Grundlage des Beschlusses
  - nationale Maßnahmen koordinieren und
  - nationale Behörde durch Erlass von Beschlüssen zu Krisenbewältigungsmaßnahmen verpflichten.
  
- **ABER: Beschlüsse der ESAs dürfen nicht in haushaltspolitische Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten eingreifen (Art. 38 der jeweiligen Errichtungsverordnung).**
  - Aussetzungsverfahren zugunsten der Mitgliedstaaten.
  - Nicht bei unwesentlichen Auswirkungen auf nationalen Haushalt.
  - Entscheidung über Aufhebung des Beschlusses trifft Rat.
  - Kein Vetorecht des Mitgliedstaates.



## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Maßnahmen im Krisenfall und bei sonstiger Bedrohung der Aufsichtsziele (3)

- Kommt die Behörde dem Beschluss nicht nach, können die ESAs im Einzelfall bei Vorliegen enger Voraussetzungen auch unmittelbar Beschlüsse gegen Finanzinstitute erlassen.
  - Europäisches Recht ist gegenüber Finanzinstitut unmittelbar anwendbar.
  - Dringendes Einschreiten geboten, um ordnungsgemäßes Funktionieren und die Integrität oder die Stabilität des Finanzsystems in der Union als Ganzes oder in Teilen wiederherzustellen.
- Das Schutzverfahren nach Art. 38 der jeweiligen Errichtungsverordnung ist auch hier anwendbar.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### **Maßnahmen im Krisenfall und bei sonstiger Bedrohung der Aufsichtsziele (4)**

- Befugnisse auch ohne krisenhafte Zuspitzung der Lage.
- Unterrichtung des Rates über bevorstehende Krisensituation.
- Herausgabe öffentlicher Warnungen, wenn Aktivitäten auf den Finanzmärkten eine ernsthafte Bedrohung für die Funktionsfähigkeit der Märkte darstellen.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### **Meinungsverschiedenheiten zwischen nationalen Behörden, Art. 19 der jeweiligen Errichtungsverordnung**

- **Grenzüberschreitender Sachverhalt erforderlich.**
- **Vermittlerrolle der ESAs auf Antrag einer der beteiligten nationalen Behörden oder auf Eigeninitiative.**
  - Nach Ablauf der Schlichtungsphase aber auch verbindliche Beschlüsse.
  - Beschluss wird grundsätzlich mit einfacher Mehrheit gefasst.
  - Ggf. auch gegenüber Finanzinstituten (EBA) bzw. Marktteilnehmern (ESMA).
- **Schutzverfahren bei Eingriff in haushaltspolitische Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten.**

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Weitere Befugnisse

- Erfassung von Systemrisiken.
  - Entwicklung eines Ansatzes für die Ermittlung und Messung des von wichtigen Finanzmarktteilnehmern ausgehenden Systemrisikos.
  - Herausgabe von Leitlinien und Empfehlungen.
  
- Verbot von Finanzaktivitäten.
  - Bei Gefährdung des ordnungsgemäßen Funktionierens der Finanzmärkte, deren Integrität oder der Stabilität des Finanzsystems.
  - Dauerhafte Verbote oder Beschränkungen nicht möglich (z. B. 3 Monate in Leerverkaufsverordnung).
  - Aber Mitteilung an Kommission möglich.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Rechtsschutz gegen Maßnahmen der ESAs

- Einlegung einer Beschwerde bei dem Beschwerdeausschuss (Art. 60 der jeweiligen Errichtungsverordnung) durch betroffene Person/Institution
  - Keine aufschiebende Wirkung der Beschwerde.
  - Beschwerdeausschuss kann aber vorübergehende Aussetzung verfügen.
- Bei Zulässigkeit und Begründetheit Zurückverweisung an die ESAs.
  - Bei der erneuten Bearbeitung an den Beschluss des Beschwerdeausschusses gebunden.
- Klage vor dem EuGH gegen den Beschluss des Beschwerdeausschusses möglich.
  - Untätigkeitsklage möglich, wenn ESAs Verpflichtung zum Handeln nicht beachten.

## I.2. Aufgaben und Befugnisse

### Konsultationen

- Beteiligung von Marktteilnehmern im Rahmen öffentlicher Anhörungen.
- Bildung von Stakeholder-Gruppen (Interessengruppen).
  - Konsultationen in Bezug auf technische Regulierungs- und Durchführungsstandards.
  - Schwerpunkt zudem auf gemeinsamer Aufsichtskultur, vergleichender Analysen („*peer reviews*“) und Bewertung von Marktentwicklungen.
  - Recht zur Stellungnahme und zu Ratschlägen bei Zusammenhang mit Aufgabenbereichen der ESAs.
  - Initiativrecht, im Krisenfall um Überprüfung des Handelns einer nationalen Aufsichtsbehörde zu bitten.

## I.3. Verhältnis der Aufsichtsbehörden zur BaFin

## I.3. Verhältnis der Aufsichtsbehörden zur BaFin

### Verpflichtungen der BaFin nach § 7a WpHG

- BaFin stellt der ESMA auf Verlangen unverzüglich alle für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Informationen zur Verfügung.
  
- Jährliche Übermittlung einer Zusammenfassung von Informationen zu allen im Zusammenhang mit der Überwachung nach den Abschnitten 3, 4 und 6 des WpHG an die ESMA.
  - Insiderüberwachung.
  - Marktmanipulationen.
  - Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten.
  
- Unterrichtung der ESMA über das Erlöschen oder die Aufhebung einer Erlaubnis nach § 4 BörsG.



## I.3. Verhältnis der Aufsichtsbehörden zur BaFin

### Verpflichtungen der BaFin nach § 7b KWG

- BaFin stellt der EBA und der ESMA auf Verlangen unverzüglich alle für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Informationen zur Verfügung.
- Anwendung der Leitlinien und Empfehlungen von EBA/ESMA bei Anwendung dieses Gesetzes an.
  - Bei Abweichung Begründungspflicht gegenüber EBA/ESMA (vgl. Art. 16 der jeweiligen Errichtungsverordnung).
- Mitteilungspflichten bei Erlöschen/Aufhebung von Erlaubnissen sowie Unterrichtungspflichten.

## I.3. Verhältnis der Aufsichtsbehörden zur BaFin

### Verpflichtungen der BaFin aufgrund der Verordnungen

- Bindung an technische Regulierungs- und Durchführungsstandards (Art. 10, 15 der jeweiligen Errichtungsverordnung).
- Faktische Bindung an Leitlinien und Empfehlungen, weil Begründungspflicht bei Abweichungsabsicht besteht (Art. 16 der jeweiligen Errichtungsverordnung).
- Auskunftspflicht gegenüber ESAs bei Verletzung von Unionsrecht.
  - Duldung von Zuständigkeitseingriff bei Nichtbefolgung durch bindende Beschlüsse der ESAs an Finanzinstitute.
- Im Krisenfall Bindung an Beschlüsse der ESAs, soweit durch Beschluss des Rates legitimiert.
  - Duldung von Zuständigkeitseingriffen bei Nichtbefolgung (vgl. oben).
- Bindung an Beschlüsse im Schlichtungsverfahren bei Meinungsverschiedenheiten (Art. 19 der jeweiligen Errichtungsverordnung).

## I.4. Berührungspunkte mit Sparkassen und Ausblick

## I.4. Berührungspunkte mit Sparkassen und Ausblick

### Sparkassen im Anwendungsbereich der ESAs

- Sparkasse als Wertpapierdienstleistungsunternehmen sowie als Kredit- und Finanzinstitut der Aufsicht durch die ESAs unterstellt.
- Unmittelbare Bindung an technische Regulierungs- und Durchführungsstandards.
  - ABER: Einfluss über Interessengruppe Bankensektor.
- Unmittelbare Bindung an Beschlüsse der ESAs, sofern BaFin die zuvor an sie gerichteten Beschlüsse nicht befolgt.

## I.4. Berührungspunkte mit Sparkassen und Ausblick

### **Ausblick – Bankenunion (voraussichtlich 2014)**

- Schaffung eines einheitlichen Aufsichtsmechanismus für Banken
- Unter der Führung der Europäischen Zentralbank
  - EZB soll künftig alle Banken in der Eurozone überwachen, deren Bilanzsumme über 30 Milliarden Euro oder 20 Prozent der Wirtschaftsleistung eines Landes ausmacht
  - etwa 150 bis 200 der insgesamt rund 6.000 Banken in der Eurozone direkt unter die Kontrolle der EZB
  - Im Übrigen Überwachung durch nationale Aufsichtsbehörden.
- Sparkassen und Volksbanken in Deutschland wären damit typischerweise der zentralen Steuerung entzogen

## II. Neuregelungen und Rechtsprechung im Bereich der OTC-Derivate

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Aufbau der EMIR („European Market Infrastructure Regulation“)

Art. 1 – 3	Art. 4 – 13	Art. 14 – 50	Art. 51 – 54	Art. 55 – 82
Allgemeine Bestimmungen zum Regelungsgegenstand und Auslegung wichtiger Begriffe	Regelung der <u>zentralen Pflichten</u>	Zulassung und Beaufsichtigung, innere Ordnung sowie Risikomanagement von <u>CCPs</u>	Zulassung von und Aufsicht über <u>Transaktionsregister</u> sowie Einsichtsrechte der Behörden	Allgemeine, abschließende Bestimmungen

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Allgemeines

- **Drei Kernelemente:**
  - Pflicht zum Clearing über zentrale Gegenparteien (CCPs – „central counterparties“) für alle hierzu geeigneten OTC-Derivate.
  - Vorgaben für Risikominderungstechniken für nicht über CCPs durchgeführte Transaktionen (bilaterale Transaktionen).
  - Erfassung aller Transaktionen in Transaktionsregistern.
  
- **Hintergrund:**
  - Eindämmung der Kontrahentenausfallrisiken bei OTC-Derivate.
  - Verbesserung der Transparenz, um unüberschaubare Kettenreaktionen als Auslöser einer Finanzkrise zu vermeiden.



## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Allgemeines (2)

- Verordnung regelt nur die Rahmenbedingungen hinsichtlich Klassifizierung und Schwellenwerte.
- Konkrete Ermittlung findet anhand der technischen Regulierungsstandards der ESAs statt.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Anwendungsbereich

- Sachlich: Gegenstand sind Derivatekontrakte bzw. OTC-Derivatekontrakte.
  - Regelungen zur CCP-Pflicht und Anforderungen an.
  - Risikominderungstechniken für bilaterale Transaktionen sind auf OTC-Derivate beschränkt.
  - Regelungen zu Transaktionsregistern gelten uneingeschränkt.
  
- Persönlich: Bestimmte Institutionen sind ausgenommen, u.a.
  - Mitglieder des ESZB (EZB und Zentralbanken der Mitgliedstaaten),
  - Mit der Schuldenverwaltung befasste Stellen der Union,
  - Bank für internationalen Zahlungsausgleich.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Der Derivatebegriff

- Finanzgeschäfte, deren Preis oder Wert sich von der Entwicklung eines Referenzwertes (Basiswert) ableitet; z.B. Wechselkurse, Zinssätze, Wertpapierkurse oder Rohstoffpreise.
  - Unterteilung in bedingte oder unbedingte Termingeschäfte oder
  - Zinsderivate, Währungsderivate, Wertpapierderivate usw.
  
- **ABER: Keine Definition in der Verordnung.**
  - Verweis auf Anhang I Abschnitt C der MiFID-Richtlinie („Markets in Financial Instruments Directive“).
  - Dort sind jedenfalls alle klassischen Derivate bzw. Finanztermingeschäfte erfasst; insbesondere Zins-, Währungs-, Wertpapier-, Kredit- und Rohwarenderivate.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### OTC-Derivate

- Art. 2 Abs. 7 der Verordnung.
  - „*Derivatekontrakte, deren Ausführung nicht auf einem geregelten Markt [...] erfolgt*“ (nach Maßgabe der MiFID-Richtlinie).
  - Die Begriffe „Derivate“ und „Derivatekontrakte“ werden synonym verwendet.
- Börsengehandelte Derivate sind damit von den Bestimmungen über CCP-Pflicht sowie von Anforderungen an Risikominderungstechniken bei bilateralen Geschäften ausgenommen.
  - ABER: gleichwohl Erfassung in Transaktionsregistern.
  - Z.B. „Futures“ und „Optionen“, gehandelt insbesondere an Terminbörsen.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Die CCP-Pflicht – Die Voraussetzungen

- Pflicht zum Clearing aller für CCP-pflichtig deklarierten Derivateklassen über zentrale Vertragsparteien.
  
- Voraussetzungen der CCP-Pflicht:
  - Beide Vertragsparteien sind CCP-pflichtig.
    - Finanzielle Gegenparteien uneingeschränkt CCP-pflichtig.
    - Nichtfinanzielle Gegenparteien grundsätzlich von der CCP-Pflicht befreit.
  - Das konkrete Geschäft gehört zu einer Kategorie von OTC-Derivaten (Produktklassen), welche von der ESMA als CCP-pflichtig eingestuft werden (im Verfahren für technische Regulierungsstandards).
  - Kein Gruppengeschäft (diese sind ausgenommen).

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Die CCP-pflichtigen finanziellen Gegenparteien

- Definition in Art. 2 Abs. 8 der RL, u.a.
  - Kreditinstitute (zugelassen gemäß RL 2006/48/EG),
  - Wertpapierdienstleistungsunternehmen (zugelassen gemäß RL 2004/39/EG),
  - Versicherungsunternehmen (zugelassen gemäß RL 73/239/EWG bzw. RL 2002/83/EG),
  - Rückversicherungsunternehmen (zugelassen gemäß RL 2005/68/EG),
  - Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (vgl. Art. 6 lit. a RL 2003/41/EG),
  - Alternative Investmentfonds gemäß der AIFM-Richtlinie.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Die nichtfinanziellen Gegenparteien

- Definition: Sämtliche in der EU ansässigen Unternehmen, welche nicht unter die Definition für finanzielle Gegenparteien fallen.
  - Nicht Unternehmen aus Drittstaaten.
  - Nicht Privatpersonen und (hoheitlich tätige) Kommunen, weil sie nicht als Unternehmen einzustufen sind.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Die nichtfinanziellen Gegenparteien (2)

- **CCP-Pflicht erst, wenn Gesamtvolumen der Derivatepositionen einen bestimmten Schwellenwert überschreitet.**
  - Durchschnittswert der Positionen muss Schwellenwert über einen Zeitraum von 30 Tagen überschreiten.
  - CCP-Pflicht entfällt, wenn Unternehmen nachweist (Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers), dass Durchschnittswert für diesen Zeitraum unterschritten worden ist.
  - Keine Berücksichtigung von Absicherungsgeschäften.
  - Meldepflicht gegenüber ESMA und nationaler Aufsichtsbehörde bei Überschreiten der Schwellenwerte (gegenüber der BaFin in Schriftform, § 19 Abs. 1 WpHG).
  - Es bleibt offen, wie potentiellen Vertragspartnern Kenntnis von der CCP-Pflicht erlangt.
- **ABER: Keine Gleichstellung mit finanziellen Gegenparteien, sondern eigenständige CCP-Pflicht.**



## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Produktklassen und Schwellenwerte für nichtfinanzielle Gegenparteien

1. OTC Kreditderivate: Bruttonennwert von EUR 1 Milliarde.
2. OTC Aktienderivate: Bruttonennwert von EUR 1 Milliarde.
3. OTC Zinsderivate: Bruttonennwert von EUR 3 Milliarden.
4. OTC Devisenderivate: Bruttonennwert von EUR 3 Milliarden.
5. Waren-/Rohstoffderivate und andere OTC Derivate, welche nicht unter die unter den Punkten (a) bis (d) definierten Derivate fallen: Bruttonennwert von EUR 3 Milliarden.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### CCP-pflichtige Produktklassen

- CCP-Pflicht nur bei solchen OTC-Derivategeschäften, welche einer Produktklasse angehören.
- Zulassung der Produktklassen durch nationale Behörden auf Initiative der CCPs; anschließend Meldung an ESMA.
- Entwicklung von Produktklassen durch die ESMA selbst, sofern für einen Bereich noch keine CCP zugelassen.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Ausnahme für Gruppengeschäfte (sog. „intra-Gruppen“)

- Geschäfte zwischen demselben Konzern angehörenden Vertragspartner, sofern
  - Vollkonsolidierung gegeben,
  - Angemessenes gruppenweites Risikomanagement,
  - Beide Vertragspartner mit Sitz in der EU.
- Transaktionen zwischen Unternehmen, die demselben Institutssicherungssystem angehören.
  - Gruppenübergreifendes Risikomanagement nicht erforderlich.
  - Zielrichtung: Verbände aus Sparkassen und Landesbanken.
  - Folge: Grundsätzlich keine CCP-Pflicht für Sparkassen im Verbund mit Landesbanken bei Geschäften mit diesen bzw. untereinander.
- Geschäfte zwischen Vertragspartnern, die einheitlicher Zentralorganisation angehören.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Ausnahmen für Gruppengeschäfte

- Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung ist der nationalen Aufsichtsbehörde 30 Tage vorab schriftlich anzuzeigen.
- Die Pflicht zur Meldung aller Transaktionen an das Transaktionsregister bleibt davon unberührt.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Rolle der CCP

- Definition der RL:

*„eine juristische Person, die zwischen die Gegenparteien der auf einem oder mehreren Märkten gehandelten Kontrakte tritt und somit als Käufer für jeden Verkäufer bzw. als Verkäufer für jeden Käufer fungiert“*

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Rolle der CCP (2)

- Eintritt der CCP in die bilateralen Vertragsbeziehungen zwischen den Gegenparteien durch Einnahme der Position des aus Sicht der bisherigen Vertragsparteien jeweils anderen Vertragspartners.
- Übernahme des Kontrahentenausfallrisikos durch die CCP.
- Pflicht der Vertragsparteien, die Geschäfte durch hochliquide Sicherheiten abzusichern.
  - Bei nichtfinanziellen Gegenparteien sind Bankgarantien ausreichend.
- Garantiefonds der CCPs , zu denen sämtliche Mitglieder einer CCP beizutragen haben.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Voraussetzungen der Zulassung als CCP

- Mindestkapitalanforderungen.
- Vorgaben zur inneren Organisation.
- Umfassende Anforderungen an Sicherheitsarchitektur.
  - Liquiditätsmanagement.
  - Überwachung der Ausfallrisiken.
  - Besicherungsmodell.
  - Qualität der zulässigen Sicherheiten.
  - Prozesse bei Ausfall eines Clearing-Mitglieds.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Abwicklung der CCP-pflichtigen Geschäfte

- Sofern Vertragspartner selbst Clearingmitglied ist unmittelbare Durchführung mit der CCP möglich.
  
- Mittelbares Vorgehen über ein Clearingmitglied (sog. Kundenclearing), wenn keine eigene Clearing-Mitgliedschaft vorliegt.
  - Vertragsbeziehungen dann nur zwischen Kunde und Clearingmitglied sowie Clearingmitglied und CCP.
  - Geltung der Clearingbedingungen nur zwischen CCP und Clearingmitglied.
  - Dort enthalten sind insbesondere Bestimmungen zur Besicherungspflicht, sowie zur Beendigung und Verrechnung bei Ausfall des Clearingmitglieds und die Folgen für Kundengeschäfte.
  - Im Verhältnis Clearingmitglied/Kunde sind Vorgaben der technischen Regulierungsstandards zu berücksichtigen (delegierte VO 149/2013).



## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Risikomanagement bei bilateralen Transaktionen

- Sachlicher Anwendungsbereich: alle OTC-Derivate, welche nicht über eine CCP durchgeführt werden.
- Persönlicher Anwendungsbereich: finanzielle und nicht finanzielle Gegenparteien im Sinne der Verordnung.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Allgemeine Anforderungen an Abwicklungsprozesse

- Zeitnahe Bestätigung der Transaktionen mittels elektronischem Abgleichverfahren (confirmation matching).
  - Konkrete Zeitvorgaben für Bestätigungsprozess in technischen Standards.
- Unterrichtungspflicht gegenüber zuständigen Aufsichtsbehörden, wenn Bestätigung/Abwicklung von Geschäften nicht fristgerecht.
- Einführung formalisierter Prozesse.
  - Abstimmung der Portfolios von Vertragspartnern.
  - Steuerung der damit verbundenen Risiken.
  - Identifizierung und Auflösung von Widersprüchen.
  - Überwachung der Entwicklung offener Positionen.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Besondere Anforderungen für finanzielle und qualifizierte nichtfinanzielle Gegenparteien

- **Tägliche Neubewertung ihrer Positionen.**
  - Auf Basis der aktuellen Kurse („*marking-to-market*“).
  - Wenn Bewertung auf Grundlage wegen Marktbedingungen nicht möglich, zuverlässig und vorsichtige Bewertung zu Modellpreisen („*mark-to-model*“).
- **Täglicher Austausch von Sicherheiten.**
- **Finanzielle Gegenparteien sollen nicht durch Sicherheiten abgedeckte Risiken angemessen mit Kapital unterlegen.**

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Ausnahme für Gruppengeschäfte

- Gruppeninterne Transaktionen von besonderen Anforderungen unter bestimmten Bedingungen befreit.
  - Maßgeblicher Gruppenbegriff ist identisch mit Ausnahme von CCP-Pflicht.
  - Zentrale Anforderung: weder rechtliches noch tatsächliches Hindernis für unverzügliche Übertragung von Eigenmitteln oder für die Rückzahlung von Verbindlichkeiten zwischen beiden Gesellschaften vorhanden.
  - Risikomanagement der Vertragsparteien ist hinreichend robust.
  - Folge: Grundsätzlich keine Pflicht zur Erfüllung von besonderen Anforderungen für Sparkassen im Verbund mit Landesbanken bei Geschäften mit diesen bzw. untereinander.
- Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Zustimmung beider Aufsichtsbehörden erforderlich.
- Konkretisierung durch technische Standards.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Beteiligung von Vertragspartnern aus Drittstaaten

- Gegenparteien aus Drittstaaten nicht Adressat der Regelung zu allgemeinen und besonderen Anforderungen an bilaterale Geschäfte.
- Daher keine unmittelbare Geltung.
- ABER: zumindest allgemeine Anforderungen könnten auch durch EU-angehörigen Adressaten umzusetzen sein, wenn Gegenparteien nicht Adressat derselben Pflicht.
  - Dies gilt nicht für die besonderen Anforderungen, insbesondere nicht für den Austausch von Sicherheiten.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Pflicht zur Meldung an Transaktionsregister

- Zweck:
  1. Verbesserung des Überblicks der Aufsichtsbehörden über die Derivatepositionen aller Marktteilnehmer.
  2. Verbesserung der Erkennbarkeit der den Derivaten inhärenten Risiken.
  3. Frühzeitige Identifizierung von Risiken und entsprechende Reaktionen möglich.
  
- Konkretisierung durch technische Standards.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Anwendungsbereich

- Nach dem Wortlaut sind alle Gegenparteien, d.h. nicht nur finanzielle, sondern auch nicht finanzielle Gegenparteien erfasst.
- Meldepflicht auch dann, wenn nur eine Partei von der Pflicht erfasst.
- Keine Beschränkung auf OTC-Geschäfte, auch börsliche Geschäfte erfasst.
- Meldepflicht gilt unabhängig von der Art und Weise des Geschäftsabschlusses, auch bei nicht elektronisch abgewickelten Geschäften.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Auslöser

- Pflicht entsteht bei jedem Abschluss, jeder Änderung und jeder Beendigung eines Derivategeschäfts.
  - Als Änderung ist auch Neubegründung bzw. Ersetzung zu verstehen (z.B. Novation).
  - Daher kann eine wirtschaftlich als ein Geschäft zu verstehende Transaktion mehrfach gemeldet werden müssen.
  - Beispiel: Zunächst bilateraler Geschäftsabschluss, anschließend Übergabe an CCP; zusätzliche Meldung der dadurch bei der CCP mit den Vertragsparteien entstehenden spiegelbildlichen Geschäfte.
- Rückwirkung auch auf alle Geschäfte, wenn noch nicht vollständig abgewickelt bzw. beendet.
  - Meldebeginn in delegierter VO 1247/2012 geregelt.



## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Angaben

- Vertragsparteien sowie Begünstigte, falls abweichend.
- Art des abgeschlossenen Geschäfts.
- Basiswert.
- Laufzeit.
- Nominalwert.
- Preis.
- Abschlussdatum.
  
- Darüber hinaus Regelung in technischen Standards.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Pflichten von Transaktionsregistern

- Sicherstellung des unmittelbaren Zugangs aller zuständigen Behörden.
  - Zuständige Aufsichtsbehörden.
  - Europäische Zentralbanken (ESZB).
  - Europäischer Systemrisikorat (ESRB).
- Sichere Verwahrung der gemeldeten Daten.
- Sicherstellung der Vertraulichkeit.
- Kommerzielle Nutzung der Daten nur bei ausdrücklicher Zustimmung der Meldepflichtigen.
- Regelmäßige und leicht zugängliche Veröffentlichung aggregierter Daten zu vorgehaltenen Derivateklassen; eine Identifikation einzelner Vertragsparteien darf dabei nicht möglich sein.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Durchführung

- Meldung an zugelassene Transaktionsregister in der EU bzw. anerkannte Transaktionsregister aus Drittstaaten.
  - Auflistung auf Homepage der ESMA.
  - ESMA kann Zulassung widerrufen, sofern Zulassungsbedingungen nicht mehr gegeben sind.
- Zeitpunkt: Spätestens am Ende des dem die Meldepflicht auslösenden Vorgangs folgenden Geschäftstag.
- Delegation der Meldepflicht an Dritte möglich.
  - Z.B. andere Vertragspartei, CCP, Handelsplattform oder sonstige, auch unbeteiligte Partei (sofern keine ausdrückliche Untersagung der ESMA).
  - ABER: Delegation befreit nicht von aufsichtsrechtlicher Verantwortung.

## II.1. Neuregelungen durch die OTC-Derivate-VO („EMIR“)

### Das EMIR-Ausführungsgesetz

- Die EMIR gilt in Deutschland direkt und unmittelbar unabhängig von einem Umsetzungsakt
- Im Zuge der Verabschiedung des EMIR-Ausführungsgesetzes sind verschiedene Gesetzesanpassungen erfolgt (z.B. KWG und WpHG)
  - Ermächtigungsnormen zugunsten der BaFin, insbesondere zur Sicherstellung des Regelungszweckes der EMIR, §§ 53g ff. KWG
  - Überwachungszuständigkeit der BaFin, § 18 WpHG
  - Nichtbefolgung von Pflichten nach EMIR verwirklicht nunmehr jeweils den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit und zieht Bußgeld nach sich, vgl. § 39 WpHG

## II.2. Anwendbarkeit und Ausnahmen der EMIR im Sparkassengeschäft

## II.2. Anwendbarkeit und Ausnahmen der EMIR im Sparkassengeschäft

1. Keine CCP-Pflicht für Sparkassen und Landesbanken bei gruppeninternen Geschäften.
2. Keine Pflicht, besondere Anforderungen an Risikomanagement zu erfüllen, sofern Gruppengeschäft.
  - ABER: Erfüllung der allgemeinen Anforderungen.
    - Zeitnahe Bestätigung der Transaktionen mittels elektronischem Abgleichverfahren.
    - Unterrichtungspflicht gegenüber zuständigen Aufsichtsbehörden, wenn Bestätigung/Abwicklung von Geschäften nicht fristgerecht.
    - Einführung formalisierter Prozesse.
3. Die Pflicht zur Meldung an ein Transaktionsregister bleibt unberührt.

## II.2. Anwendbarkeit und Ausnahmen der EMIR im Sparkassengeschäft

### **Erfasste Verträge für die CCP-Pflicht und Risikomanagement**

Derivate, die nicht auf einem geregelten Markt oder einem mit diesem gleichwertigen Markt in einem Drittstaat gehandelt werden, und zwar:

1. Optionen, Terminkontrakte, Swaps, Zinsausgleichsvereinbarungen und alle anderen Derivatkontrakte in Bezug auf Wertpapiere, Währungen, Zinssätze oder -erträge,
2. Optionen, Terminkontrakte, Swaps, Termingeschäfte und alle anderen Derivatkontrakte in Bezug auf Waren, die bar abgerechnet werden,
3. Optionen, Terminkontrakte, Swaps und alle anderen Derivatkontrakte in Bezug auf Waren, die effektiv geliefert werden können,

## II.2. Anwendbarkeit und Ausnahmen der EMIR im Sparkassengeschäft

### Erfasste Verträge für die CCP-Pflicht und Risikomanagement (2)

Derivate, die nicht auf einem geregelten Markt oder einem mit diesem gleichwertigen Markt in einem Drittstaat gehandelt werden, und zwar:

4. Optionen, Terminkontrakte, Swaps, Termingeschäfte und alle anderen Derivatkontrakte in Bezug auf Waren, die effektiv geliefert werden können, die sonst nicht in Abschnitt C Nummer 6 der MIFID genannt sind und nicht kommerziellen Zwecken dienen, die die Merkmale anderer derivativer Finanzinstrumente aufweisen,
5. derivative Instrumente für den Transfer von Kreditrisiken,
6. finanzielle Differenzgeschäfte,
7. Optionen, Terminkontrakte, Swaps, Termingeschäfte und alle anderen Derivatkontrakte in Bezug auf Klimavariablen, Frachtsätze, Emissionsberechtigungen, Inflationsraten und andere offizielle Wirtschaftsstatistiken, die bar abgerechnet werden müssen oder auf Wunsch einer der Parteien (anders als wegen eines zurechenbaren oder anderen Beendigungsgrunds) bar abgerechnet werden können.



## II.2. Anwendbarkeit und Ausnahmen der EMIR im Sparkassengeschäft

### **Erfasste Verträge für Meldung an Transaktionsregister**

- Alle eben genannten Derivatekontrakte.
- Auch wenn sie auf einem geregelten Markt gehandelt werden.

## II.2. Anwendbarkeit und Ausnahmen der EMIR im Sparkassengeschäft

### Antrag auf Befreiung von CCP-Pflicht (Gruppengeschäfte)

- Schriftlicher Antrag bei der BaFin mindestens 30 Tage vor Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung.
- Folgende Angaben:
  - Rechtmäßige Gegenparteien der Transaktionen unter Angabe ihrer Kennziffern.
  - Unternehmensbeziehung zwischen den Gegenparteien.
  - Einzelheiten zugrundeliegender Vertragsbeziehungen.
  - Kategorie der gruppeninternen Geschäfte (Produktklassen).
  - Einzelheiten der Geschäfte (z.B. Vermögenswertkategorie und Art der OTC-Derivatekontrakte; Art der Basiswerte; Nenn- und Abwicklungswährungen; pro Jahre erwarteter Umfang).
- Sollten keine Einwände innerhalb von 30 Tagen erhoben werden, gilt die Ausnahmezustimmung als erteilt.

## II.2. Anwendbarkeit und Ausnahmen der EMIR im Sparkassengeschäft

### Abwicklung über CCP

- Sofern gegen Befreiung Einwände erhoben werden, muss über CCP kontrahiert werden.
  
- ESMA erstellt und unterhält diesbezüglich öffentliches Register.
  
- Wesentlich Inhalte des Registers sind:
  - Die Kategorien von OTC-Derivaten.
  - Die für jede Kategorie anerkannten und zugelassenen CCPs.
  - Der Zeitpunkt, ab dem die Clearingpflicht wirksam ist.

## II.2. Anwendbarkeit und Ausnahmen der EMIR im Sparkassengeschäft

### Anforderungen an Abwicklungsprozesse

- Zeitnahe Bestätigung der Transaktionen mittels elektronischem Abgleichverfahren.
  - Je nach Produktklasse und Gegenpartei bis zum Ende des auf die Ausführung des OTC-Derivatekontrakts folgenden bzw. bis zum zweiten, dritten oder fünften Geschäftstag.
- Unterrichtungspflicht und Einführung formalisierter Prozesse (s.o.), insbesondere vorab zu vereinbarende Regelung zur Streitbeilegung.
- Besondere Anforderungen (s.o.), wenn kein gruppeninternes Geschäft.

## II.2. Anwendbarkeit und Ausnahmen der EMIR im Sparkassengeschäft

### Meldung an Transaktionsregister

- **Zeitpunkt:** bei jedem Abschluss, jeder Änderung und jeder Beendigung eines Derivategeschäfts (s.o.).
  - Als Änderung gilt auch Clearing eines bereits bestehenden Kontrakts
  - Bis spätestens zum Ende des dem die Meldepflicht auslösenden Vorgangs folgenden Geschäftstages.
  
- **Inhalt:**
  - Umfassende Angaben zur Gegenpartei (bei geclearten Geschäften Angabe der CCP).
  - Umfassende Angaben zu Kontrakttyp, Transaktionsdetails, Risikominderung/-meldung, Clearing, Zinssätze, Devisen, Rohstoffe und Optionen.
  - Auflistung im Anhang zur delegierten VO (EU) Nr. 148/2013 der Kommission.

## II.3. Anforderungen der Rechtsprechung an OTC-Geschäfte

## II.3. Anforderungen der Rechtsprechung an OTC-Derivate

### Der Anlageberatungsvertrag

- Keine gesetzliche Regelung.
- Konkludenter Abschluss, wenn eine Partei zwecks möglicher Anlagen an die andere Partei herantritt und eine Beratung stattfindet.
- Entscheidend ist, dass die Auskunft für Kunden von erheblicher Bedeutung und dies für die Bank erkennbar ist.
- ABER: Kein Beratungsvertrag, wenn keine Beratung gewünscht oder bei gezieltem Auftrag zum Erwerb eines bestimmten, von dem Kunden zuvor ausgesuchten Produkts.

## II.3. Anforderungen der Rechtsprechung an OTC-Derivate

### Aufklärungs- und Beratungspflichten

- Grundsatz: anleger- und objektgerechte Beratung.
  - Inhalt und Umfang der Beratungspflichten hängen von Umständen des Einzelfalls ab.
  - Anlegerbezogene Kriterien: Wissensstand, Erfahrung, Risikobereitschaft und Anlageziel des Kunden.
  - Objektbezogene Kriterien:
    - Allgemeine Risiken: Konjunkturlage und Entwicklung des Kapitalmarktes.
    - Spezielle Risiken, welche sich aus der konkreten Anlage ergeben.
    - Richtige, sorgfältige, zeitnahe und vollständige Bewertung.
    - Umfang: Aufklärung über solche Eigenschaften und Risiken, welche für die konkrete Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind/sein können.
    - Vertretbarkeit aus ex ante-Perspektive ausreichend.



## II.3. Anforderungen der Rechtsprechung an OTC-Derivate

### Aufklärungs- und Beratungspflichten (2)

- Interessenkollisionen müssen vermieden, grundsätzlich zumindest aber offengelegt werden.
- Daher auch ungefragte Aufklärung über Rückvergütungen.
  - Provisionen, welche aus offen ausgewiesenen Provisionen wie zum Beispiel Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsvergütungen gezahlt werden, deren Rückfluss an die beratende Bank nicht offenbart wird.
  - Auch, wenn Zahlung aus sonstigen offen ausgewiesenen Vertriebskosten.
- Achtung: Beweislast für fehlende Kausalität unrichtiger Aufklärung für Anlageentscheidung des Kunden trägt die Bank.

## II.3. Anforderungen der Rechtsprechung an OTC-Derivate

### Das „CMS Spread Ladder Swap“-Urteil des Bundesgerichtshofs - Sachverhalt

Die Klägerin, ein mittelständisches Unternehmen, schloss 2005 bei der beklagten Bank einen sog. CMS Spread Ladder Swap ab. Die Klägerin konnte durch diesen Zinsswap, ein außerbörsliches Finanzinstrument, ohne anfänglichen Kapitaleinsatz Erträge erzielen, sofern die Differenz zwischen dem zehn- und dem zweijährigen Swapsatz („Spread“) während der fünfjährigen Laufzeit stieg oder zumindest nicht wesentlich fiel. Parteien tauschten Zinszahlungen auf Bezugssumme von EUR 2 Mio. aus. Es bestand theoretisch unbegrenztes Verlustrisiko der Klägerin, auf welches die Beklagte vor Vertragsschluss schriftlich hingewiesen hatte. Die Beklagte wies nicht auf den negativen Marktwert iHv 4% der Bezugssumme hin. Die Klägerin erlitt Verluste und löste den CMS Swap gegen Zahlung des damaligen negativen Marktwerts auf.

## II.3. Anforderungen der Rechtsprechung an OTC-Derivate

### Das „CMS Spread Ladder Swap“-Urteil des Bundesgerichtshofs

1. Pflicht einer Bank, die Risikobereitschaft zu erfragen.
  - Ausnahme: Diese ist aus langjähriger Geschäftsbeziehung bekannt.
  - Berufliche Qualifikation des Vertragspartners ist unbeachtlich.
  - Kein Rückschluss aus vorhandenen Vorkenntnissen auf konkrete Risikobereitschaft möglich.
2. Bei hochkomplexen Finanzinstrumenten Wissensvermittlung im Wesentlichen bis zum Kenntnisstand der beratenden Bank.
3. Aufklärungspflicht hinsichtlich negativen Marktwerts.
4. Grundsätzlich keine Aufklärungspflicht über Gewinnerzielung.
  - Ausnahme: Besondere Umstände, bei CMS Swaps (+).
5. Kein Mitverschulden bei Vertragsschluss, ohne Produkt verstanden zu haben.
  - Argument: Vertrauen auf Richtigkeit und Vollständigkeit der Beratung schutzwürdig.

## II.3. Anforderungen der Rechtsprechung an OTC-Derivate

### Tendenzen in der Rechtsprechung

- Übernahme der Rechtsprechung durch LG Stuttgart (Urt. v. 10. Mai 2011).
  - Zudem: Aufklärung über anfänglichen negativen Marktwert stets erforderlich, nicht nur bei komplexen Finanzinstrumenten.
- Fortlaufende Überwachungspflichten, wonach die Bank den Kunden rechtzeitig über negative Entwicklungen des Derivats unterrichten muss (LG Stuttgart, Urt. v. 12. Juli 2011).
- Übernahme auch durch LG Bielefeld (Urt. v. 5. August 2011).
  - Zudem: Auch dann kein Verschulden im Innenverhältnis, wenn durch Vertragsschluss interne Zustimmungsvorbehalte missachtet werden.

## II.3. Anforderungen der Rechtsprechung an OTC-Derivate

### Tendenzen in der Rechtsprechung (2)

- Fehlerhafte Aufklärung, weil negativer Marktwert verschwiegen (OLG Frankfurt/Main, Urt. v. 6. Februar 2013).
- ABER OLG Stuttgart: Aufklärungspflicht über negativen Marktwert nur, wenn Zinswette nicht Absicherungszwecken, sondern Spekulationszwecken dient (Urt. v. 27. Juni 2012).
- Beginn der Verjährung bei Ansprüchen wegen verschwiegener Rückvergütungen ist nicht von der Kenntnis der konkreten Höhe abhängig (BGH, Urt. v. 26. Februar 2013).

# Ihr Ansprechpartner



## **Dr. Andreas Blunk, MLE**

Rechtsanwalt / Fachanwalt für  
Handels- und Gesellschaftsrecht

Luther  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Berliner Allee 26

30175 Hannover

Telefon +49 511 5458 16564

[andreas.blunk@luther-lawfirm.com](mailto:andreas.blunk@luther-lawfirm.com)

Vielen Dank

# Luther.

Auf den Punkt. Luther.