

Stellungnahme

zum Entwurf eines IDW-Prüfungsstandards: Prüfung von Systemen nach § 20 WpHG bei nichtfinanziellen Gegenparteien (IDW EPS 920)

IDW-Prüfungsstandard zur EMIR-Compliance-Prüfung

15. August 2016

1. Allgemeine Anmerkungen

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW) begrüßt die Konsultation des IDW-Prüfungsstandards „Prüfung von Systemen nach § 20 WpHG bei nichtfinanziellen Gegenparteien (IDW EPS 920)“.

Mit der Prüfung der Einhaltung der Vorgaben aus der EU-Verordnung Nr. 648/ 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (EMIR, sogenannte EMIR-Compliance-Prüfung) sind in Deutschland Wirtschaftsprüfer betraut, anders als in den meisten EU-Staaten, in denen die beaufsichtigende Behörde die Prüfung durchführt. Die hier konsultierten Vorgaben spielen für die Unternehmen der Energiewirtschaft eine bedeutende Rolle, weil hier eine klare Abwägung getroffen werden muss zwischen Prüfungsaufwand und Kontrollziel.

Der BDEW bedankt sich an dieser Stelle für die Berücksichtigung seiner Hinweise zum Entwurf des Positionspapiers des IDW aus dem Jahr 2014.

Der vorliegende Prüfungsstandard ist weitgehend gelungen und stellt für die Branche eine praxistaugliche Lösung für den regelkonformen Umgang mit Derivaten und den Anforderungen der EMIR dar. Dennoch erlaubt sich der BDEW, auf einige Punkte hinzuweisen. Insbesondere sieht der BDEW in der Ausgestaltung der Prüfpflichten bei der Meldung von Derivaten noch Nachbesserungsbedarf. Wichtigstes Anliegen der Energiewirtschaft ist es, darauf hinzuweisen, dass der Aufwand bei den zu prüfenden Unternehmen minimiert wird und hierdurch Wettbewerbsverzerrungen verhindert werden.

Die Prüfpflichten der Unternehmen zur regelkonformen Meldung umfassen lediglich die Unique Trade Identifiers (UTI). Weitere Abstimmungen mit den Vertragspartnern führen zu erhöhtem Aufwand oder sind technisch nicht durchführbar.

Die nachstehenden Ausführungen gehen detailliert auf die kritischen Stellen des Entwurfs ein und erläutern die Positionierung des BDEW.

Zur Darstellung der konkreten BDEW-Forderungen sind die jeweiligen Passagen aus dem Prüfungsstandard übernommen und mit einem Rahmen gekennzeichnet.

Die BDEW-Vorschläge zu Streichungen im Prüfungsstandard sind durch das Format „~~gestrichen~~“ gekennzeichnet. Ergänzungen sind durch „**Fettdruck**“ dargestellt.

2. Detaillierte Hinweise zum IDW-Konsultationsdokument

2.1. BDEW zu den Vorbemerkungen des IDW-Prüfungsstandards

Zu 4. Definitionen Nr. 11 c, Seite 6 und 10.2.2. Prüfung der Wirksamkeit des EMIR-Systems Nr. 38, Seite 13

BDEW-Forderung: teilweise Streichung

Nr. 11 c

a) *Eignung*: Das EMIR-System einer prüfpflichtigen nichtfinanziellen Gegenpartei ist geeignet i.S.d. § 20 Abs. 1 WpHG, wenn es während des prüfpflichtigen Zeitraums angemessen und wirksam war (vgl. Tz. A6). Ein EMIR-System ist angemessen, wenn es so ausgestaltet und eingerichtet ist, dass es mit hinreichender Sicherheit

- sowohl wesentliche Fehler (vgl. Tz. 11 g) rechtzeitig erkennen, als auch solche Fehler verhindern kann und
- eingetretene wesentliche Fehler zeitnah an die zuständige Stelle im Unternehmen berichten und die notwendigen Maßnahmen zur Verbesserung des EMIR-Systems ermöglichen kann.

Ein EMIR-System ist *wirksam*, wenn es mit hinreichender Sicherheit während des prüfpflichtigen Zeitraums

- sowohl wesentliche Fehler rechtzeitig erkannt ~~als auch solche Fehler verhindert hat~~ und
- bereits eingetretene wesentliche Fehler zeitnah an die zuständige Stelle im Unternehmen berichtet und die notwendigen Maßnahmen zur Verbesserung des EMIR-Systems ermöglicht hat.

Nr. 38

Bei der Prüfung der Wirksamkeit des EMIR-Systems hat der EMIR-Prüfer zu beurteilen, ob die Grundsätze, Verfahren, Vorkehrungen und Maßnahmen des EMIR-Systems (Regelungen) während des gesamten prüfpflichtigen Zeitraums wie geplant angewandt bzw. durchgeführt wurden. Dabei hat er auch zu beurteilen, ob das EMIR-System mit hinreichender Sicherheit während des prüfpflichtigen Zeitraums

- sowohl wesentliche Fehler rechtzeitig erkannt ~~als auch solche Fehler verhindert hat~~ und
- bereits eingetretene wesentliche Fehler zeitnah an die zuständige Stelle im Unternehmen berichtet und
- die notwendigen Maßnahmen zur Verbesserung des EMIR-Systems ermöglicht hat.

Im Falle von manuellen Maßnahmen des EMIR-Systems hat der EMIR-Prüfer zu beurteilen, ob diese Maßnahmen von autorisierten und fachlich kompetenten Mitarbeitern des Unternehmens durchgeführt wurden, die über entsprechende Kompetenzen und Kenntnisse verfügen.

Begründung:

Die Angemessenheit der Eignung eines EMIR-Systems muss den jeweiligen Geschäftsumfang der nichtfinanziellen Gegenpartei berücksichtigen. Die Prüfung der Eignung auf Basis der „Verhinderung“ von Fehlern kann nur ex post festgestellt werden. Dieses Kriterium erscheint daher ungeeignet. Der BDEW fordert daher eine Streichung dieses Kriteriums.

Zu 10.3.2 Verwendung der Ergebnisse der internen Revision - Nrn. 49 und 50 Seite 13

BDEW-Forderung: Streichung der Nrn. 49 und 50

~~49 Plant der EMIR-Prüfer die Arbeiten der internen Revision zu verwenden~~

~~(vgl. Tz. 28), hat er zu beurteilen,~~

- ~~— inwieweit ihre organisatorische Stellung und Arbeitsweise die notwendige Objektivität der internen Revision gewährleisten,~~
- ~~— die notwendige fachliche Kompetenz der internen Revisoren,~~
- ~~— ob die Arbeiten der internen Revision mit einer systematischen Vorgehensweise und mit der notwendigen berufsüblichen Sorgfalt (einschließlich einer Qualitätssicherung) durchgeführt werden und~~
- ~~— ob die Arbeiten der internen Revision zum Zwecke der Prüfung des EMIR-Systems geeignet sind.~~

~~50 Für die Frage, inwieweit sich die Arbeiten der internen Revisoren auf die Art, den Umfang und den Zeitpunkt der Prüfungshandlungen auswirken, hat der EMIR-Prüfer folgendes zu berücksichtigen:~~

- ~~— Die Art und den Umfang der Revisionstätigkeiten (sowohl durchgeführte als auch noch durchzuführende)~~
- ~~— die Relevanz der Revisionstätigkeit für die eigene Prüfung~~
- ~~— die objektive Nachvollziehbarkeit der Revisionsergebnisse.~~

Begründung:

Der BDEW fordert die Streichung dieser Absätze. Die Durchführung oder Planung einer internen Revision ist kein Teil der EMIR-Prüfung. Nichtfinanzielle Unternehmen unterliegen nicht den Pflichten der MaRisk (auch wenn sie sich häufig daran orientieren). Eine Durchführung oder Qualitätsprüfung der internen Revision geht über die Vorgaben der EMIR-Prüfung hinaus.

Zu 10.3.3. Auslagerungen von Aufgaben an externe Dienstleistungsunternehmen

BDEW-Forderung: Ergänzung

52 Um ein ausreichendes Verständnis des zu prüfenden EMIR-Systems zu gewinnen, muss der EMIR-Prüfer die Ausgestaltung der relevanten internen Kontrollen bei dem prüfpflichtigen Unternehmen beurteilen, die mit den ausgelagerten Aufgaben im Zusammenhang stehen.

Um ein ausreichendes Verständnis des zu prüfenden EMIR-Systems zu gewinnen, muss der EMIR-Prüfer die Ausgestaltung der relevanten internen Kontrollen bei dem prüfpflichtigen Unternehmen beurteilen, die mit den ausgelagerten Aufgaben im Zusammenhang stehen.

Eine Überprüfung der einhergehenden Dokumentationspflichten ist jedoch nicht Teil der EMIR-Systemprüfung.

Begründung:

Der BDEW ist der Auffassung, dass die hier beschriebene Beurteilung in Bezug auf die Auslagerung von Aufgaben an einen externen Dienstleister nicht gleichbedeutend ist mit einer umfassenden Überprüfung und damit einhergehenden Dokumentationspflicht auf Seiten des prüfpflichtigen Unternehmens zu jedem einzelnen Auftrag.

2.2. BDEW zu Anwendungshinweisen und Erläuterungen

Zu Nr. A6 Eignung (Tz. 11c)), Seite 25

BDEW-Forderung: Anpassung

Die Eignung ist abhängig von der Größe des Unternehmens ~~sowie von~~ **in Verbindung** mit der Art, dem Umfang und der Komplexität der Geschäftstätigkeit des Unternehmens.

Begründung:

Der BDEW hält die reine Größe des Unternehmens als Kriterium für die Eignung des EMIR-Systems nicht für sachgerecht bzw. schlimmstenfalls sogar für diskriminierend. Die Unternehmen des BDEW begegnen den Anforderungen der EMIR jeweils angepasst an ihre individuelle Unternehmenssituation. In Unternehmen gleicher Größe können daher ganz unterschiedliche EMIR-Systeme erforderlich sein und zum Einsatz kommen. Die Größe kann daher nach Auffassung des BDEW immer nur in Verbindung mit anderen Kriterien zur Prüfung der Eignung herangezogen werden.

Zu Nr. A7 EMIR-System (vgl. Tz. 11 f), Seite 25

BDEW-Forderung: teilweise Streichung

Das EMIR-System umfasst alle organisatorischen, prozessualen, methodischen und technischen Regelungen, die auf die Erfüllung der in § 20 Abs. 1 WpHG genannten Anforderungen gerichtet sind. Diese Anforderungen ergeben sich aus

- der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister durch nichtfinanzielle Gegenparteien (EMIR),
- den die EMIR konkretisierenden technischen Regulierungs- (RTS) und Durchführungsstandards (ITS),
- ~~— den Frequently Asked Questions (FAQ) der EU-Kommission zu EMIR,~~
- ~~— den Questions and Answers der European Supervisory Authorities (ESAs, d.h. der ESMA, der EBA und der EIOPA) zu EMIR,~~
- ~~— den häufigen Fragen und Antworten der BaFin zu EMIR,~~
- § 19 WpHG,
- der Gegenparti-Prüfbescheinigungsverordnung (GPrüfV) sowie
- etwaigen sonstigen von der EU-Kommission, den ESAs oder der BaFin herausgegebenen einschlägigen Verlautbarungen, jeweils in der maßgeblichen Fassung. Im Falle von Änderungen der vorstehend genannten Vorschriften während des prüfpflichtigen Zeitraums gilt die geänderte Fassung - vorbehaltlich der Anordnung einer retrospektiven Anwendung der Vorschrift durch die jeweilige Institution - nur für die Behandlung derjenigen Sachverhalte, die ab dem Tag der Veröffentlichung bzw. des Inkrafttretens der geänderten Fassung verwirklicht worden sind (d.h. prospektive Anwendung).

Begründung:

Der BDEW bestätigt, dass die von der ESMA und der BaFin vorgestellten FAQ den Unternehmen und den Prüfern eine Orientierung bei der Umsetzung der Vorgaben der EMIR geben. Der BDEW sieht jedoch keine zwingende Bindungswirkung der FAQ der ESMA und der BaFin.

2.3. BDEW zu Anlage 1: Eignung von Systemen zur Sicherstellung der Einhaltung der Anforderungen i.S.v. § 20 Abs. 1 Satz 1 WpHG bzw. EMIR durch nichtfinanzielle Gegenparteien

Zu 2.2.1. Überblick, Seite 47 f., Abs. 3

Im Falle von in Wertpapiere eingebetteten Derivaten besteht seitens der BaFin die Auffassung, dass es sich bei einem Finanzinstrument entweder um ein Wertpapier oder einen Derivatekontrakt handelt und daher Wertpapiere, in die Derivate eingebettet sind, als Wertpapiere anzusehen sind. Soweit demzufolge eine gesonderte Betrachtung der derivativen Komponente in diesem Falle nicht erfolgt, sollte dies auch für die übrigen Vertragsformen (d.h. außerhalb von Wertpapieren) gelten. Grundsätzlich ist bei derartigen Kontrakten für deren Einstufung als Derivat i.S.d. EMIR maßgeblich, ob die derivative Komponente oder der Basiskontrakt (host contract) in der Wirkung überwiegt.

Hinweis des BDEW:

Eine Unterscheidung von Wertpapieren und weiteren Kontrakten sollte nach einheitlichen und transparenten Kriterien geschehen. Aus Sicht des BDEW vermindert dies den Prüfaufwand und erhöht die regelkonforme Umsetzung der Vorgaben der EMIR.

Zu 2.2.2. Definition des Begriffs „Derivat“ - Seite 48, 2. Abs., letzter Satz

BDEW-Forderung: Streichung

~~In Zweifelsfällen – i.d.R. auch bei der Einbeziehung ausländischer Unternehmen der Gruppe – ist auf die jeweilige Umsetzung der MiFID in nationales Recht abzustellen.~~

Begründung:

Die EMIR-Definition ist auf die Definition der Derivate in MiFID abzustimmen und nicht auf das nationale Implementierungsgesetz. Ansonsten kann dies zu einer uneinheitlichen Interpretation von EMIR in der EU führen und zu Diskussionen im Falle von internationalen Verträgen führen.

Zu 2.2.2. Definition des Begriffs „Derivat“ - Seite 50, Nr. 3

3. Nichtkommerzielle Zwecke: Warengeschäfte, die physisch erfüllt werden müssen, aber nicht über einen geregelten Markt oder ein MTF gehandelt werden, fallen dann in den Anwendungsbereich der EMIR, wenn sie (i) nicht kommerziellen Zwecken dienen und (ii) die Merkmale anderer derivativer Finanzinstrumente aufweisen. Der Begriff des kommerziellen Zwecks ist dabei als Gegenbegriff zu einem spekulativen Zweck zu verstehen. Nicht unter die MiFID bzw. EMIR fallen also solche Termingeschäfte auf Waren und andere nichtfinanzielle Güter, die „realwirtschaftlichen“ Zwecken dienen. Als konkreten Fall hierfür nennt der Richtliniengeber einen Kontrakt, der von einem Betreiber oder einem Verwalter eines Energieübertragungsnetzes, eines Energieausgleichssystems oder eines Rohrleitungsnetzes abgeschlossen wird und für den Ausgleich des Energieangebots und der Energienachfrage zu einem bestimmten Zeitpunkt unabdingbar ist.

BDEW-Hinweis:

Nach Auffassung des BDEW ist die Einordnung des „kommerziellen Zwecks“ nicht scharf genug, um als Gegenbegriff des „spekulativen Zwecks“ zu dienen. Aus Sicht des BDEW sind Geschäfte, deren Zweck „risikomindernd“ ist, als Gegenbegriff zum „spekulativen Zweck“ anzusehen.

Zu 2.2.4. Definition der Begriffe „geregelter Markt“ und „multilaterales Handelssystem, Seite 53, 3. Abs.

Nach Artikel 47 MiFID ist jeder EU-Mitgliedstaat verpflichtet, ein aktuelles Verzeichnis der von ihm genehmigten geregelten Märkte zu führen. [..]

BDEW-Hinweis:

Der BDEW weist darauf hin, dass Marktteilnehmer sich ausschließlich an das ESMA-Register halten müssen und dies als maßgebend für die Liste der regulierten Marktplätze und MTF betrachten können. Weitere nationale Register sollten davon nicht abweichen. Marktteilnehmer sollten nur an die ESMA-Liste gebunden sein.

Zu 3.2. Clearingpflicht für nichtfinanzielle Gegenparteien, Seite 56, letzter Abs.

BDEW-Forderung: Anpassung/Streichung

Bei Fremdwährungsderivatekontrakten ist der Nominalwert in EUR zu berücksichtigen. Lautet keine der Seiten des Kontrakts auf EUR, ist der Nominalwert in Fremdwährung mit einem am Erhebungsstichtag geltenden Kassakurs in EUR umzurechnen; dabei besteht ein Wahlrecht hinsichtlich der umzurechnenden Währung. Eine einmalige Festlegung pro Geschäft ist für die Umrechnung für künftige Erhebungsstichtage beizubehalten. Eine Umrechnung zum Terminkurs ist ~~nicht~~ zulässig.

Begründung:

Der BDEW schlägt vor, das Wort „nicht“ aus der Passage zu streichen. Für Fremdwährungsderivate ist nach den ESMA Q+As „OTC Question Nr. 3a“ auch ein Terminkurs zulässig, sofern ein Update erfolgt. Die Bezugnahme bei der Berechnung des Schwellenwertes stellt daher eine Einschränkung gegenüber den Q+A der ESMA dar. Der BDEW fordert daher die Zulassung dieser Methode.

Zu 3.3 Nachweis der risikomindernden Wirkung von in Portfolien einbezogenen OTC-Derivatekontrakten, Seite 61, 3. Abs., Satz 3

BDEW-Forderung: Anpassung

Die Grundgeschäfte in den Portfolien müssen aus dem operativen Geschäft des Unternehmens stammen und ~~dürfen grundsätzlich keine~~ **können auch grundsätzlich** Derivatekontrakte i.S.v. MiFID sein. **Darüber hinaus** ~~Ausnahmen~~ können **dies** z.B. sein physisch zu erfüllende Warenderivatekontrakte mit Kunden oder Lieferanten, die einen finanziellen Ausgleich ermöglichen, interne Derivatekontrakte, über die Risiken an ein zentrales Treasury der Gruppe weitergeleitet werden, oder externe Derivatekontrakte, denen nach dem Netting der Risikopositionen ein entsprechendes Grundgeschäft in der Gruppe gegenübersteht, **sein**.

Begründung:

Nach Auffassung des BDEW geht das Erfordernis, dass Grundgeschäfte in den Portfolien (die risikoreduzierend sind) grundsätzlich keine Derivatekontrakte sein dürfen, über EMIR bzw. über ESMA-Auslegung hinaus. Die einzige Anforderung aus EMIR bzw. der RTS ist, dass die Grundgeschäfte aus der normalen Geschäftstätigkeit des Unternehmens stammen müssen. Teil dieser Grundgeschäfte ist nach der Auffassung des BDEW auch der Derivatehandel. Folglich sind „nicht-spekulativ“ eingesetzte Derivatekontrakte laut EMIR als risikoreduzierend bewertet werden.

Zu 3.5 Meldung der Clearingpflicht, Seite 65, letzter Satz

BDEW-Forderung: Anpassung/Streichung

Nutzt sie die Frist aus, kommt es im Beispiel indes nicht zum Clearing, da sie bereits am Handelstag 26 mit einer Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers der BaFin nachweisen kann (vgl. Abschn. 7.), dass ihre gleitende 30-Handelstage-Durchschnittsposition nicht (mehr) die Clearingschwelle übersteigt.

Begründung:

Der BDEW ist der Auffassung, dass eine Bescheinigung durch den Wirtschaftsprüfer über die EMIR-Vorgaben hinausgeht. Wenn die Gegenpartei wieder unter die Clearingschwelle kommt, muss sie laut EMIR anzeigen (ESMA Q&A 2 b) „notify“), dass sie wieder unter dem Schwellenwert ist. Eine Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers ist nicht gefordert.

Zu 4.5. Meldeprozess, S. 68, 2. Absatz

BDEW-Anmerkung: Streichung nach Satz 2

Um Inkonsistenzen bei den Meldungen der beiden Gegenparteien zu vermeiden, sind vor Durchführung der Meldungen entsprechende Verfahren zwischen den Vertragspartnern zu vereinbaren. Hierzu gehört zumindest die Regelung eines einheitlichen Identifikators für jedes Geschäft (Unique Trade Identifier, UTI). ~~Darüber hinaus sind die Gegenparteien verpflichtet, dass die „Common Data“, d.h. die wesentlichen Geschäftsparameter, bezüglich derer die Meldungen durch die Transaktionsregister auf Übereinstimmung geprüft werden, in beiden Meldungen konsistent angegeben werden— dies kann bspw. durch gleichlautende Übernahme der in den Geschäftsbestätigungen dokumentierten Vertragsparameter erfolgen. Des Weiteren müssen die Unternehmen interne Vorgehensweisen festlegen und dokumentieren, wie im Falle von abweichenden Meldedaten (und dadurch ausgelösten möglichen Rückfragen des Transaktionsregisters oder der Aufsichtsbehörden) vorzugehen ist.~~

Begründung:

Nach der EMIR muss allein die UTI ausgetauscht werden. Für die Abstimmung weiterer Geschäftsparameter gibt es nach Auffassung des BDEW keine ausreichende gesetzliche Grundlage. Der BDEW schlägt daher vor, den Absatz nach dem zweiten Satz zu streichen. Der Austausch der weiteren Geschäftsparameter ist Teil der Geschäftsbestätigung im Rahmen der Risikominimierungstechniken zwischen den Marktteilnehmern. Da die Nutzung unterschiedlicher Transaktionsregister und damit unterschiedlicher Formate zulässig sein muss, ist ein automatischer Abgleich dieser Formate durch die Marktteilnehmer nicht möglich. Zudem sieht EMIR für die Bestätigung der Geschäfte eine Frist von zwei Tagen vor.

Ansprechpartner:

Dr. Max Marquard
Telefon: 030 / 300 199 - 1665
max.marquard@bdew.de

Dr. Matthias Grote
Telefon: 030 / 300 199 - 1561
matthias.grote@bdew.de