

Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V. |
Schellingstraße 4 | 10785 Berlin

Vorsitzende des
Finanzausschusses des
Deutschen Bundestages
Frau Dr. Birgit Reinemund
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Kontakt: Dr. Olaf Achtelik
Telefon: +49 30 2021-2323
Fax: +49 30 2021-19 2300
E-Mail: o.achtelik@bvr.de
Unsere Zeichen: Ach/

AZ DK: BIZ-PUBL
AZ BVR: EG-EMIR

Entwurf eines Ausführungsgesetzes zur Verordnung (EU) Nr. 648/2012 für OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (EMIR-Ausführungsgesetz)

25. Oktober 2012

Sehr geehrte Frau Dr. Reinemund ,

die Bundesregierung hat am 10. Oktober 2012 den Gesetzentwurf für das EMIR-Ausführungsgesetz vorgelegt. Den Gesetzentwurf können wir in weiten Teilen unterstützen. Allerdings stößt insbesondere ein Aspekt bei den Vorschlägen für die insolvenzrechtlichen Regelungen (vgl. Art. 7 – Änderung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung) auf tiefgreifende Bedenken: Die an sich ausdrücklich begrüßenswerten Regelungen zur insolvenzrechtlichen Absicherung der von einer zentralen Gegenpartei zu ergreifenden Maßnahmen bei Ausfall eines Mitglieds werden durch den vorgesehenen Nachteilsausgleichsanspruch im Ergebnis konterkariert: Die zentrale Gegenpartei wird hierdurch für die Erfüllung ihrer Pflichten aus der Verordnung erheblichen und praktisch unvermeidbaren rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken ausgesetzt. Wir plädieren daher nachdrücklich dafür, diese Regelung zu überdenken.

Zwar teilen wir die in der Begründung dargelegte Einschätzung (zu Art. 7, § 1 zweiter Absatz/ S. 44 des Gesetzentwurfs), dass die Regelungen in der Verordnung zu den Anforderungen an zentrale Gegenparteien im Hinblick auf die Maßnahmen für den Fall des Ausfall oder einer Pflichtverletzung eines Mitglieds (einschließlich dessen Insolvenz) zumindest klarstellungs- halber durch zivil- bzw. insolvenzrechtliche Regelungen ergänzt werden sollten. Nur hierdurch kann mit einem hinreichender Grad an Rechtssicherheit sichergestellt werden, dass zentrale Gegenparteien diese – gesetzlich gebotenen - Maßnahmen auch wirksam durchsetzen werden bzw. diese nicht nachträglich angegriffen werden können.

Dieses Ziel würde jedenfalls durch die in Art. 7 vorgeschlagenen

Federführer:
Bundesverband der Deutschen
Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V.
Schellingstraße 4 | 10785 Berlin
Telefon: +49 30 2021-0
Telefax: +49 30 2021-1900
www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

Regelungen des Art. 102b § 1 Abs. 1 und 2 sowie § 2 Abs. 1 EGIInsO-E in geeigneter Weise erreicht.

Schwere Bedenken bestehen jedoch gegenüber der geplanten Regelung über einen eigenständigen Nachteilsausgleichsanspruch des Insolvenzverwalters eines Mitglieds gemäß Art. 102b § 2 Abs. 2 EGIInsO-E. Ein solcher Nachteilsausgleichsanspruch würde eine zentrale Gegenpartei für den Fall, dass sie ihren nach der Verordnung vorgegebenen gesetzlichen Pflichten (insbesondere gemäß Art. 48 der Verordnung) nachkommt, erheblichen rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken aussetzen. Dies widerspricht dem Sinn und Zweck der Regelung und auch dem Sinn und Zweck der Verordnung: Eine zentrale Gegenpartei, die die nach der Verordnung gebotene Maßnahmen zur Verringerung der Auswirkungen eines Ausfalls eines Mitglieds ergreift, beispielsweise, indem sie Glattstellungsgeschäfte im Sinne von Art. 48 (2) der Verordnung abschließt oder Positionen im Sinne von Art. 48 (5) oder (6) der Verordnung auf ein anderes Mitglied überträgt, darf als Folge dieser Erfüllung gesetzlicher Anforderungen nicht rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken ausgesetzt werden. Genau das aber bewirkt der geplante Nachteilsausgleichsanspruch. Denn hierdurch erhält der Insolvenzverwalter eines ausgefallenen Mitglieds die Möglichkeit, nachträglich Ersatzansprüche wegen der Durchführung einer Maßnahme nach Art. 48 der Verordnung zu stellen.

Die Struktur der über zentrale Gegenparteien durchgeführten Geschäfte bringt es dabei mit sich, dass ein zumindest fiktiver, rechnerischer Nachteil aus Sicht des ausgefallenen Mitglieds bei Durchführung von Maßnahmen gemäß Art. 48 nicht von vornherein auszuschließen ist.

Denn nach der vorgeschlagenen Regelung in Art. 102b § 2 Abs. 2 EGIInsO-E ist der Maßstab für die Bewertung, ob Maßnahmen zu einem Nachteil für die Insolvenzmasse führen (und damit einen Ausgleichsanspruch begründen), die Abwicklung der Positionen nach § 104 InsO. Im Fall einer Übertragung von Kundenpositionen könnte ein Insolvenzverwalter eines ausgefallenen Mitglieds einen Nachteil darin erkennen, dass bei Verzicht auf eine Übertragung die Kundenpositionen gemäß § 104 InsO (unter Einbeziehung der gestellten Sicherheiten) abgewickelt worden wären und hieraus ein Anspruch zugunsten der Masse gegenüber dem zentralen Kontrahenten erwachsen wäre. Einem solchen Anspruch würde zwar ein entsprechender Anspruch des Kunden gegen die Masse zustehen. Dieser Anspruch des Kunden wäre aber ein Insolvenzananspruch und daher nur gemäß der Quote zu erfüllen. Die Differenz zwischen dem (fiktiven) Anspruch aus der Abwicklung gegen die zentrale Gegenpartei einerseits und dem nur quotaal zu erfüllenden Anspruch des Kunden gegen die Insolvenzmasse könnte als Nachteil verstanden werden.

Ein solches Ergebnis ist offensichtlich sinnwidrig, weil die zentrale Gegenpartei wegen der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht (die Pflicht zur Bewerkestellung der Übertragung von Kundenpositionen), die im Interesse der Systemstabilität gerade dazu dienen soll, die Abwicklung der Positionen zu verhindern, Ersatzansprüchen ausgesetzt werden kann.

Allein die potentielle Möglichkeit, Ersatzansprüchen ausgesetzt zu werden, wird für zentrale Gegenparteien eine erhebliche Belastung darstellen. Ein solcher Nachteilsausgleichsanspruch ist zudem europaweit einzigartig und würde sich damit als schwerer Wettbewerbsnachteil für zentrale Gegenparteien in Deutschland aber auch deren Nutzer erweisen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Regelung auch alle Institute im europäischen Wettbewerb erheblich benachteiligen wird, die potentiell

dem deutschen Insolvenzrecht unterliegen und damit als Mitglied einer zentralen Gegenpartei ein entsprechendes rechtliches und wirtschaftliches Risiko für zentrale Gegenparteien darstellen. Es ist damit zu rechnen, dass wegen der Gefahr, Nachteilsausgleichsansprüchen ausgesetzt zu werden, zentrale Gegenparteien auf die Durchführung von Maßnahmen bei Ausfall von Mitgliedern, wie etwa der Übertragung von Kundenpositionen, im Fall von dem deutschen Recht unterliegenden Mitgliedern verzichten werden.

Im Gegenzug ist nicht erkennbar, warum die Interessen der Insolvenzmasse im Hinblick auf gesetzlich gebotene Maßnahmen einer zentralen Gegenpartei durch einen solchen Anspruch privilegiert werden müssen, zumal die zentrale Gegenpartei durch die Durchführung der Maßnahmen keine wirtschaftlichen Vorteile erlangt. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass eine zentrale Gegenpartei an der Entwicklung der Marktwerte der über sie durchgeführten Geschäfte (einschließlich etwaiger geleisteter Sicherheiten) wirtschaftlich nicht partizipiert.

Wir sprechen uns daher nachdrücklich für eine ersatzlose Streichung von Art. 102b § 2 Abs. 2 EGIInsO-E aus.

Änderungsvorschlag:

§ 2

Unanfechtbarkeit; Nachteilsausgleich

(1) Die nach § 1 zulässigen Maßnahmen unterliegen nicht der Insolvenzanfechtung.

(2) ~~Weist der Insolvenzverwalter des Clearingmitglieds nach, dass die Insolvenzgläubiger des Clearingmitglieds durch eine Maßnahme nach § 1 im Vergleich zu einer Abwicklung nach § 104 der Insolvenzordnung benachteiligt werden, so hat die zentrale Gegenpartei (CCP) diesen Nachteil gegenüber der Masse zu erstatten. § 92 der Insolvenzordnung gilt entsprechend.~~

Gerne stehen wir für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
für Die Deutsche Kreditwirtschaft
Bundesverband der Deutschen
Volksbanken und Raiffeisenbanken


Uwe Fröhlich

i.V. 
Dr. Olaf Achteik