



Rat der
Europäischen Union

Brüssel, den 3. Juni 2021
(OR. en)

9461/21

EF 187
ECOFIN 569
DELECT 115

ÜBERMITTLUNGSVERMERK

Absender:	Frau Martine DEPREZ, Direktorin, im Auftrag der Generalsekretärin der Europäischen Kommission
Empfänger:	Herr Jeppe TRANHOLM-MIKKELSEN, Generalsekretär des Rates der Europäischen Union
Nr. Komm.dok.:	C(2021) 3817 final
Betr.:	DELEGIERTE VERORDNUNG (EU) .../... DER KOMMISSION vom 2.6.2021 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 mittels Festlegung der Voraussetzungen, unter denen die handelsüblichen Bedingungen von Clearingdiensten für OTC-Derivate als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent anzusehen sind

Die Delegationen erhalten in der Anlage das Dokument C(2021) 3817 final.

Anl.: C(2021) 3817 final



EUROPÄISCHE
KOMMISSION

Brüssel, den 2.6.2021
C(2021) 3817 final

DELEGIERTE VERORDNUNG (EU) .../... DER KOMMISSION

vom 2.6.2021

zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 mittels Festlegung der Voraussetzungen, unter denen die handelsüblichen Bedingungen von Clearingdiensten für OTC-Derivate als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent anzusehen sind

(Text von Bedeutung für den EWR)

BEGRÜNDUNG

1. KONTEXT DES DELEGIERTEN RECHTSAKTS

Die Verordnung (EU) Nr. 648/2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister¹ (im Folgenden „europäische Marktinfrastrukturverordnung“ oder „EMIR“) wurde am 20. Mai 2019 durch die Verordnung (EU) 2019/834 (im Folgenden „EMIR-Refit“) geändert.²

Mit der EMIR-Refit wurde für Clearingmitglieder und Clearingkunden, die unmittelbar oder mittelbar Clearingdienste erbringen (im Folgenden „Clearingdienstleister“), die Pflicht eingeführt, diese Dienste zu fairen, angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten handelsüblichen Bedingungen³ zu erbringen. Dies dient dem Ziel, Gegenparteien beim Zugang zu Clearingdiensten Unterstützung zu leisten, insbesondere solchen, deren Tätigkeitsvolumen auf dem Markt für OTC-Derivate begrenzt ist und die Schwierigkeiten beim Zugang zum zentralen Clearing, sei es als Kunde eines Clearingmitglieds oder über indirekte Clearingvereinbarungen, haben. Anforderungen bezüglich der Anwendung fairer, angemessener, diskriminierungsfreier und transparenter handelsüblicher Bedingungen sollten nicht zu einer Preisregelung oder einer Verpflichtung zum Vertragsabschluss führen, doch sollten Clearingdienstleister in der Lage sein, die Risiken, die mit den angebotenen Clearingdiensten verbunden sind, wie etwa Gegenpartierisiken, zu kontrollieren.⁴ Die Anforderung bezüglich der Anwendung fairer, angemessener, diskriminierungsfreier und transparenter handelsüblicher Bedingungen gilt ab 18. Juni 2021.⁵

Die EMIR-Refit befähigt⁶ die Kommission zur Annahme eines delegierten Rechtsakts zur Festlegung der Voraussetzungen, unter denen die handelsüblichen Bedingungen für die von Clearingdienstleistern erbrachten Clearingdienste auf folgender Grundlage als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent angesehen werden: a) Fairness- und Transparenzanforderungen im Hinblick auf Entgelte, Preise, Abschläge und sonstige allgemeine Vertragsbedingungen, die das Preisverzeichnis betreffen, unbeschadet der Vertraulichkeit vertraglicher Vereinbarungen mit einzelnen Gegenparteien; b) Faktoren, die angemessene handelsübliche Bedingungen zur Gewährleistung neutraler und rationaler vertraglicher Vereinbarungen darstellen; c) Anforderungen, die Clearingdienste zu fairen, diskriminierungsfreien Bedingungen erleichtern, unter Berücksichtigung der damit verbundenen Kosten und Risiken, sodass Unterschiede bei den in Rechnung gestellten Preisen in einem angemessenen Verhältnis zu den Kosten, Risiken und Vorteilen stehen; und d) Kriterien zur Risikokontrolle für das Clearingmitglied oder den Kunden im Zusammenhang mit den angebotenen Clearingdiensten.

Der delegierte Rechtsakt ist gemäß Artikel 82 EMIR und Artikel 290 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zu erlassen.

¹ ABl. L 201 vom 27.7.2012, S. 1.

² Verordnung (EU) 2019/834 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 in Bezug auf die Clearingpflicht, die Aussetzung der Clearingpflicht, die Meldepflichten, die Risikominderungstechniken für nicht durch eine zentrale Gegenpartei geclearte OTC-Derivatekontrakte, die Registrierung und Beaufsichtigung von Transaktionsregistern und die Anforderungen an Transaktionsregister (ABl. L 141 vom 28.5.2019, S. 42).

³ Artikel 4 Absatz 3a EMIR in der jeweils gültigen Fassung.

⁴ Siehe Erwägungsgrund 11 EMIR-Refit.

⁵ Artikel Buchstabe c von Artikel 2 Absatz 2 EMIR-Refit.

⁶ Artikel 4 Absatz 3a, Unterabsatz 3 EMIR in der jeweils gültigen Fassung.

2. KONSULTATIONEN VOR DER VERABSCHIEDUNG DES RECHTSAKTS

Verfahrensfragen

Am 26. Juni 2019 bat die Kommission die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) um ihre Stellungnahme (im Folgenden „fachliche Stellungnahme“) zu einem nach Artikel 4 Absatz 3a, Unterabsatz 3 EMIR anzunehmenden delegierten Rechtsakt der Kommission zur Festlegung der Voraussetzungen, unter denen die handelsüblichen Bedingungen für die von Clearingdienstleistern erbrachten Clearingdienste als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent angesehen werden.

Die ESMA führte vom 3. Oktober bis zum 2. Dezember 2019 eine öffentliche Konsultation zum Entwurf einer fachlichen Stellungnahme durch. Bei der ESMA gingen 19 Antworten ein, von denen drei vertraulich sind. Die nicht vertraulichen Antworten werden auf der Website der ESMA veröffentlicht.⁷ Die ESMA gab ihre endgültige technische Empfehlung am 2. Juni 2020 ab.

In der Zeit vom 26. Oktober bis zum 9. November 2020 führte die Kommission eine schriftliche Konsultation der Sachverständigengruppe des Europäischen Wertpapierausschusses (im Folgenden „EGESC“) zum vorläufigen Inhalt dieses delegierten Rechtsakts durch. Bei der Kommission gingen acht Antworten von Mitgliedstaaten ein.

Der Entwurf des delegierten Rechtsakts wurde zur Konsultation der Öffentlichkeit vom 10. März bis zum 7. April 2021 veröffentlicht. Daraufhin gingen bei der Kommission Rückmeldungen von 13 Interessenträgern ein.

Standpunkte der Interessenträger

Generell unterstützten die Interessenträger das zugrunde liegende Ziel der Anwendung fairer, angemessener, diskriminierungsfreier und transparenter handelsüblicher Bedingungen, d. h. den Zugang zum Clearing von OTC-derivaten zu verbessern. Was jedoch die Voraussetzungen angeht, unter denen handelsübliche Bedingungen als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent angesehen werden können, lassen sich die Interessenträger in zwei Gruppen unterteilen.

Auf der einen Seite unterstützten Interessenträger der einen Gruppe (überwiegend Kunden) allgemein einen delegierten Rechtsakt mit umfassenden, ausführlichen Anforderungen mit dem Ziel, eine harmonisierte Anwendung der Vorschriften durch sämtliche Clearingdienstleister, insbesondere in Bezug auf kleinere Kunden, sicherzustellen. Auf der anderen Seite vertraten einige Interessenträger (überwiegend Clearingdienstleister) generell die Ansicht, dass ein zu stark in die Einzelheiten gehender delegierter Rechtsakt die Bereitstellung von Clearingdiensten unrentabel machen könnte, dass er nicht für alle möglichen Fälle, in denen solche Dienste erbracht werden, geeignet sein könnte und dass er das Risikomanagement unmöglich machen würde. Dies wiederum könnte eine höhere Konzentration und ein stärker beschränktes Angebot nach sich ziehen, was für kleinere Kunden den Zugang zu Clearingdiensten nicht erleichtern würde.

Mitgliedstaaten, die sich an der Konsultation der EGESC beteiligten, unterstützten im Allgemeinen den von der Kommission vorgeschlagenen Ansatz.

⁷ <https://www.esma.europa.eu/press-news/consultations/consultation-draft-technical-advice-commercial-terms-providing-clearing>

Geltungsbereich

Einige Interessenträger trugen Argumente für einen begrenzten Geltungsbereich der Pflicht zur Anwendung fairer, angemessener, diskriminierungsfreier und transparenter Bedingungen vor; er sollte auf Transaktionen beschränkt werden, die im Rahmen der EMIR unter die Clearingpflicht fallen. Andere Interessenträger waren der Ansicht, dass eine breitere Anwendung eine künstliche Aufteilung der Dienste vermeiden und freiwilliges Clearing begünstigen würde. Einige Interessenträger führten an, dass die verpflichtende Anwendung fairer, angemessener, diskriminierungsfreier und transparenter Bedingungen auf das Clearing durch zentrale Gegenparteien („CCP“) in der EU beschränkt sein sollte und sich nicht auf das Clearing durch anerkannte in Drittstaaten niedergelassene CCP erstrecken sollte.

Interessenkonflikt

Einige Interessenträger sprachen sich dafür aus, dass in dem delegierten Rechtsakt die Regeln zu Interessenkonflikten nach Artikel 4 Absatz 3a EMIR präzisiert werden sollten, insbesondere sollten Mitarbeiter der Handelsabteilung eines Clearingdienstleisters nicht in Entscheidungen der Clearing-Abteilung eingreifen, und es sollte präzisiert werden, wie die Clearingdienstleister die Einhaltung dieser Regeln dokumentieren.

Transparenz der handelsüblichen Bedingungen und des Onboarding-Prozesses

Einige Interessenträger sprachen sich dafür aus, Clearingdienstleister zur öffentlichen Bekanntgabe einer Reihe unterschiedlicher, auf Kundenkategorien basierender Entgelte zu verpflichten, um auf diese Weise die Transparenz und Vergleichbarkeit der Angebote von Clearingdienstleistern zu erhöhen. Andere Interessenträger argumentierten, dass eine solche Offenlegung gegenüber der Öffentlichkeit nicht nützlich wäre, weil die Entgelte in der Praxis auf Einzelfallbasis für jeden Kunden gesondert bestimmt würden. Mehrere Interessenträger betonten, dass die EMIR und die Richtlinie 2014/65/EU⁸ (im Folgenden „MiFID II“) bereits bestimmten Clearingdienstleistern vorschrieben, die Kosten und Entgelte öffentlich bekannt zu geben. Sie trugen vor, dass der delegierte Rechtsakt auf diesen Anforderungen aufbauen und im Vergleich dazu einen Mehrwert erbringen sollte.

Hinsichtlich des Vorgangs, an dessen Ende die Vereinbarung der handelsüblichen Bedingungen und die Festlegung betrieblicher Prozesse für Clearingdienste steht (im Folgenden „Onboarding-Prozess“) waren zwar einige Interessenträger mit einer Verpflichtung zur Schaffung einer separaten Website mit einer ausführlichen Beschreibung des Onboarding-Prozesses überhaupt nicht einverstanden, die meisten Interessenträger konnten aber zustimmen, dass eine übergeordnete Beschreibung in der aktuellen Website des Clearingdienstleisters von Nutzen sein und die Transparenz steigern könnte.

Einige Interessenträger begrüßten die Idee eines strukturierten Onboarding-Prozesses mit drei standardisierten Schritten, und zwar i) Angebotsanfrage, ii) Angebot und iii) Vereinbarung; dies würde ihrer Ansicht nach Transparenz und Vorhersehbarkeit erhöhen. Andere wandten ein, dass derart strukturierte Schritte nicht der Realität von Verhandlungen entsprechen und zu Ineffizienzen führen würden. Sie stimmten zwar zu, dass eine standardisierte Angebotsanfrage für kleinere Kunden hilfreich sein könnte, führten aber an, dass ihr Einsatz nicht obligatorisch sein sollte, da einige Kunden ihre eigenen, auf ihre Bedürfnisse zugeschnittenen Angebotsanfragen vorziehen würden. Bei diesen Kunden würde eine Pflicht

⁸ Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 349).

zur Befolgung eines strukturierten Onboarding-Prozesses zusätzlichen Regelungsaufwand nach sich ziehen.

Kriterien für die Risikobewertung

Einige Interessenträger äußerten Bedenken, dass die Offenlegung von Einzelheiten der Risikobewertung gegenüber Kunden die Fähigkeit der Clearingdienstleister zur Risikokontrolle einschränken könnte. Andere Interessenträger befürworteten eine detaillierte Offenlegungspflicht, damit Kunden die Möglichkeit erhalten, besser zu verstehen, in welcher Weise die Risikobewertung auf sie zutrifft. Einige Interessenträger hoben hervor, dass die MiFID II bestimmten Clearingdienstleistern bereits vorschreibe, eine Risikobewertung von Kunden durchzuführen; sie trugen vor, dass der delegierte Rechtsakt auf dieser Anforderung aufbauen sollte. Einige Interessenträger wiesen darauf hin, dass Clearingdienstleister möglicherweise aus regulatorischen Gründen oder aus Gründen der Vertraulichkeit daran gehindert werden, Einzelheiten zum Ergebnis einer Bewertung offenzulegen.

Entgelte und weiterbelastete Kosten

Einige Interessenträger argumentierten, dass es Clearingdienstleistern nicht gestattet sein sollte, Beiträge zu Ausfallfonds oder negative Folgen aus dem Einsatz von Abwicklungsinstrumenten auf Kunden abzuwälzen, da dies die Funktion des Clearingmitglieds als Risikoträger aushöhle. Einige Interessenträger trugen auch vor, dass Kunden ungerechtfertigterweise kein Recht hätten, gegen Clearingdienstleister auf der Grundlage ihres Ausfalls Ansprüche geltend zu machen, und dass solche Rechte im Rahmen der allgemeinen Geschäftsbedingungen meist Einschränkungen unterlägen.

Struktur von Vereinbarungen

Mehrere Interessenträger führten an, dass es keine Standardverträge gebe; auch sprachen sie sich dabei gegen eine öffentliche Bekanntgabe von Standardunterlagen aus, die von Handelsverbänden wie der Futures Industry Association (FIA) oder der International Swaps and Derivatives Association (ISDA) ausgearbeitet wurden. Andere Interessenträger brachten vor, dass eine Umstellung auf den Einsatz von Standardverträgen, die von Handelsverbänden auszuarbeiten und durch Verzeichnisse oder Anhänge (ähnlich des bei Handelsvereinbarungen verwendeten Aufbaus) zu ergänzen wären, hilfreich seien und dazu beitragen könnten, lange, kundenspezifische, komplexe Verhandlungen zu verkürzen und die Vergleichbarkeit zu erleichtern. Dabei erwähnten einige Interessenträger, dass Standardverträge überwiegend für Unternehmen im Bankensektor entworfen würden und die Besonderheiten anderer Kunden, beispielsweise Vermögensverwaltern, nicht berücksichtigten.

Vertragsbedingungen

Einige Interessenträger waren der Ansicht, dass verbindliche Anforderungen in Bezug auf Vertragsbedingungen die Möglichkeiten der Clearingdienstleister zum Risikomanagement beschneiden würden, ohne den Zugang zu Clearingdiensten wirksam zu erleichtern. Andere benannten eine Reihe von Vertragsbedingungen, auf die in einem delegierten Rechtsakt eingegangen werden sollte. Einige Interessenträger wiesen auf einen Mangel an Vorhersehbarkeit hinsichtlich dessen hin, ob Clearingdienstleister Anträge auf das Clearing von Transaktionen (im Folgenden „Clearingaufträge“) annehmen. Sie merkten auch an, dass Clearingdienstleister in der Regel berechtigt sind, nach ihrem Ermessen das Clearing auszusetzen und Positionen des Kunden zu liquidieren, zu kündigen oder glattzustellen und dass dieses Recht nicht auf Ausfallszenarios beschränkt ist, wobei die für Kunden bestehende Notwendigkeit der Geschäftsführung nicht berücksichtigt wird.

Kündigungsfristen

Einige Interessenträger sprachen sich nachdrücklich gegen Mindestkündigungsfristen von sechs Monaten aus und argumentierten, dass dies die Fähigkeit eines Clearingdienstleisters zum Risikomanagement ernsthaft beschädigen würde. Sie brachten auch vor, dass Mindestkündigungsfristen dem Grundsatz zuwiderliefen, dass eine Pflicht zur Anwendung fairer, angemessener, diskriminierungsfreier und transparenter handelsüblicher Bedingungen nicht auf eine Verpflichtung zum Vertragsabschluss hinauslaufen dürfe. Andere argumentierten, dass es insbesondere kleineren Kunden mit begrenzten Clearingvolumen schwerfallen könnte, bei einer Vertragskündigung einen neuen Clearingdienstleister zu finden und einen Vertrag mit ihm zu schließen. Eine Kündigungsfrist von sechs Monaten wäre daher begrüßenswert, da sie die Vorhersagbarkeit erhöhe und Situationen vermeide, in denen Kunden ohne Clearingdienstleister dastehen.

IT-Anforderungen und Datenformat

Einige Interessenträger stellten von Anfang an die Auffassung in Frage, dass IT-Anforderungen ein Hindernis für den Zugang zu Clearingdiensten wären. Sie vertraten vielmehr die Ansicht, dass optimierte IT-Lösungen Teil des wettbewerbsfähigen Angebots eines Clearingdienstleisters seien und dass Kunden häufig um bestimmte IT-Lösungen (die beispielsweise mit den Systemen des Kunden verbunden sind) bäten. Andere Interessenträger bevorzugten eine Vorschrift zur Offenlegung von IT-Anforderungen gegenüber der Öffentlichkeit, wobei sie anmerkten, dass die unterschiedlichen IT-Lösungen von Clearingdienstleistern (und CCP) häufig die Einführung einer kostenintensiven manuellen Verarbeitung oder die Entwicklung eigener IT-Lösungen zur Abstimmung der von Clearingdienstleistern und CCP zur Verfügung gestellten Daten erfordern.

3. FOLGENABSCHÄTZUNG

Nach Artikel 4 Absatz 3a, Unterabsatz 3 EMIR ist die Kommission zur Festlegung der Voraussetzungen befugt, unter denen die handelsüblichen Bedingungen für die von Clearingdienstleistern erbrachten Clearingdienste als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent angesehen werden.

Die Kommission hat alle eingegangenen Stellungnahmen umfassend berücksichtigt, einschließlich der fachlichen Stellungnahme der ESMA, der Rückmeldungen auf die öffentliche Konsultation der ESMA, das Feedback der EGESC, Rückmeldungen der Öffentlichkeit zu dem von der Kommission veröffentlichten Entwurf des delegierten Rechtsakts sowie Informationen, die der Kommission von Interessenträgern direkt übermittelt wurden. Auf dieser Grundlage schlägt die Kommission die Annahme des vorliegenden delegierten Rechtsakts vor.

Erwägungen der Kommission

Die fachliche Stellungnahme der ESMA schließt eine Kosten-Nutzen-Analyse der verschiedenen, von ihr berücksichtigten Optionen ein. Soweit der vorliegende delegierte Rechtsakt auf bestimmte, gezielte Weise von der fachlichen Stellungnahme der ESMA abweicht, dient dies der Erhöhung der Verhältnismäßigkeit. Die Abweichungen der Kommission von der fachlichen Stellungnahme der ESMA dürften den Regelungsaufwand und die Kosten für Clearingdienstleister verringern und somit auch die Clearingkosten senken, die ihre Kunden zu zahlen haben; gleichzeitig gewährleisten sie Rechtssicherheit und stellen sicher, dass Clearingdienstleistungen zu fairen, angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten handelsüblichen Bedingungen erbracht werden, wobei dies dem Ziel dient, diesen Kunden den Zugang zu Clearingdiensten zu erleichtern.

Die Kommission hat keine separate Folgenabschätzung erstellt. Dennoch werden in diesem Abschnitt die von der Kommission erwogenen politischen Entscheidungen dargelegt.

Geltungsbereich

Der Geltungsbereich von Artikel 4 Absatz 3a EMIR ist eine Frage der Rechtsauslegung, die über das Mandat der Kommission für diesen delegierten Rechtsakt hinausgeht. Einerseits bezieht sich diese Bestimmung auf direkte oder indirekte Clearingdienste, ohne Einschränkungen. Andererseits steht sie in Artikel 4, der sich auf die Clearingpflicht bezieht. Zur Gewährleistung von Rechtssicherheit sollte dieser delegierte Rechtsakt einen klaren Geltungsbereich haben. Dieser Geltungsbereich sollte auf keinen Fall über den von Artikel 4 Absatz 3a EMIR hinausgehen.

Die Aufnahme aller OTC-Derivategeschäfte in den Geltungsbereich des delegierten Rechtsakts könnte das freiwillige Clearing fördern und im weiteren Sinne einen Beitrag zur Erreichung des Ziels leisten, den Zugang zum Clearing zu erleichtern. Zugleich setzt die Anforderung zur Anwendung fairer, angemessener, diskriminierungsfreier und transparenter handelsüblicher Bedingungen der Vertragsfreiheit von Clearingdienstleistern Grenzen, was für einen restriktiveren Geltungsbereich sprechen würde. Eine Beschränkung des Geltungsbereichs auf Transaktionen, für die eine Clearingpflicht gilt, würde auch sicherstellen, dass die Gegenparteien unter fairen, angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten handelsüblichen Bedingungen Zugang zu Clearingdiensten erhalten, wenn sie einer Clearingpflicht unterliegen. Auf dieser Grundlage erschiene es als verhältnismäßig, dass der vorliegende delegierte Rechtsakt nur in Fällen gilt, in denen ein Clearing obligatorisch ist, d. h. wenn sowohl der OTC-Derivatekontrakt als auch die Gegenparteien zu diesem Kontrakt der Clearingpflicht unterliegen. Dieser Geltungsbereich läge zudem eindeutig innerhalb des Geltungsbereichs von Artikel 4 Absatz 3a EMIR. Dass der Geltungsbereich des delegierten Rechtsakts auf das obligatorische Clearing beschränkt ist, hindert Clearingdienstleister nicht daran, ihn bei Bedarf auf die von ihnen insgesamt angebotenen Clearingdienste anzuwenden, wenn sie dies wünschen. Der begrenzte Geltungsbereich würde folglich nicht notwendigerweise zu einer künstlichen Teilung der von einem Clearingdienstleister angebotenen Clearingdienste führen.

In Anbetracht des globalen Charakters von Clearingdiensten vertritt die Kommission die Auffassung, dass die Sicherstellung fairer Rahmenbedingungen zwischen Clearingdienstleistern in der EU und ihren internationalen Wettbewerbern wichtig ist, wenn sie innerhalb des Binnenmarkts miteinander im Wettbewerb stehen oder wenn Kontrakte in den Geltungsbereich der Clearingpflicht fallen. Die Clearingpflicht kann sowohl von EU-CCP als auch von in der EU anerkannten Nicht-EU-CCP mittels direktem und indirektem Kunden-Clearing unter Einsatz von Clearingdienstleistern aus der EU oder Drittländern erfüllt werden. Daher erscheint es als gerechtfertigt, dass der vorliegende delegierte Rechtsakt – soweit eine Transaktion der Clearingpflicht unterliegt – für in der EU geleistete Clearingdienste gilt.

Der vorgeschlagene Geltungsbereich fand bei den Mitgliedstaaten, die auf die Konsultation des EGESC antworteten, Unterstützung.

Interessenkonflikte

Auf Interessenkonflikte wird in Artikel 4 Absatz 3a EMIR eingegangen, wonach Clearingdienstleister *„alle angemessenen Maßnahmen zur Ermittlung, Verhinderung, Beilegung und Überwachung von Interessenkonflikten, insbesondere zwischen der Handelsabteilung und der Clearingabteilung, die die faire, angemessene, diskriminierungsfreie und transparente Erbringung von Clearingdiensten beeinträchtigen können“* treffen müssen. Diese Verpflichtung findet auch Anwendung, wenn Handels- und

Clearingdienste von verschiedenen juristischen Personen erbracht werden, die derselben Gruppe angehören. Die wichtigsten Bedenken der Interessenträger mit Blick auf Mitarbeiter in Handelsabteilungen, die nicht in Entscheidungen der Clearingabteilungen eingreifen sollten, werden daher bereits in der EMIR behandelt. Nach der EMIR sind Clearingdienstleister verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, um Interessenkonflikte zu verhindern, wobei dies auf unterschiedliche Weise erfolgen kann. Die Kommission ist der Auffassung, dass es übermäßig präskriptiv und unnötig wäre, in dem delegierten Rechtsakt zu spezifizieren, welche Verfahren Clearingdienstleister annehmen sollten, einschließlich unter Berücksichtigung der Beziehungen zwischen verschiedenen juristischer Personen derselben Gruppe, und wie die Einhaltung der Regeln zu Interessenkonflikten dokumentiert werden sollte.

Transparenz

Nach Artikel 4 Absatz 3a Unterabsatz 3 Buchstabe a EMIR sollten in dem delegierten Rechtsakt die Voraussetzungen festgelegt werden, unter denen handelsübliche Bedingungen als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent anzusehen sind, wobei die Fairness- und Transparenzanforderungen im Hinblick auf Entgelte, Preise, Abschläge und sonstige allgemeine Vertragsbedingungen, die das Preisverzeichnis betreffen, unbeschadet der Vertraulichkeit vertraglicher Vereinbarungen mit einzelnen Gegenparteien, zugrunde gelegt werden. Des Weiteren sollte nach Buchstabe c dieses Unterabsatzes der delegierte Rechtsakt die Voraussetzungen festlegen, unter denen handelsübliche Bedingungen als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent anzusehen sind, wobei die Anforderungen zugrunde gelegt werden, die Clearingdienste zu fairen und nicht diskriminierenden Bedingungen erleichtern; dabei werden die damit verbundenen Kosten und Risiken berücksichtigt, sodass Unterschiede bei den in Rechnung gestellten Preisen in einem angemessenen Verhältnis zu den Kosten, Risiken und Vorteilen stehen.

Klare Vorschriften bezüglich der Informationen, die Clearingdienstleister den Kunden über die handelsüblichen Bedingungen unter Einschluss von Kosten, Entgelten und Abschlägen sowie den Onboarding-Prozess zu übermitteln haben, sollten für Transparenz sorgen und Clearingdienste auf fairer, diskriminierungsfreier Basis erleichtern.

Handelsübliche Bedingungen

Handelsübliche Bedingungen sollten transparent sein, damit sie als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent angesehen werden können. Eine umfassende Pflicht zur Veröffentlichung detaillierter Preis- und Entgeltverzeichnisse und zur Nutzung einer besonderen, harmonisierten Struktur, wie sie die ESMA in ihrer fachlichen Stellungnahme vorschlägt, scheint auf den ersten Blick die Transparenz und Vergleichbarkeit zwischen den Angeboten verschiedener Clearingdienstleister zu erhöhen. Die Vorteile könnten jedoch nicht so groß sein, wie man zunächst meinen würde. Derartige Verzeichnisse bieten naturgemäß nur Anhaltspunkte, denn der endgültige Preis hängt von Faktoren ab, die speziell auf den Kunden, sein Clearingprofil und die OTC-Derivate, die er clearen wird, zutreffen. Darüber hinaus wenden Clearingdienstleister nicht die gleiche Preis- und Entgeltstruktur an – und sollten dazu auch nicht verpflichtet sein – (beispielsweise berechnen einige, aber nicht alle, Clearingdienstleister ein besonderes Onboarding-Entgelt). Je nach Clearingdienstleister werden daher manche Posten in einem solchen harmonisierten Preis- und Entgeltverzeichnis leer sein, weil sie nicht zutreffen. Daher ist zu bezweifeln, dass die Vergleichbarkeit von Preisen und Entgelten zunehmen könnte. Vor diesem Hintergrund und da eine Pflicht zur Veröffentlichung ausführlicher Preis- und Entgeltverzeichnisse unter Nutzung einer besonderen harmonisierten Struktur für Clearingdienstleister einen gewissen Aufwand mit sich bringen würde, erscheint eine verbindliche Anforderung nicht verhältnismäßig.

Gleichwohl würde größere Transparenz hinsichtlich der handelsüblichen Bedingungen einschließlich Preisen, Entgelten, Abschlägen und Kosten sowie der akzeptierten Sicherheiten, geltenden Sicherheitsabschläge, IT-Anforderungen usw. sicherstellen, dass Kunden die Angebote verschiedener Clearingdienstleister besser vergleichen können, und würde so den Zugang zu Clearingdiensten zu fairen, angemessenen und diskriminierungsfreien Bedingungen erleichtern. Daher erscheint es wichtig, dass im delegierten Rechtsakt bestimmte Mindestelemente hinsichtlich der Informationen, die Clearingdienstleister Kunden übermitteln müssen, festgelegt werden, dabei aber Umfang und Aufbau dieser Informationen nicht vollständig harmonisiert werden. Einige Interessenträger wiesen darauf hin, dass für bestimmte, jedoch nicht alle, Clearingdienstleister bereits heute im Hinblick auf im Rahmen der EMIR-Verordnung und der MiFID II-Richtlinie erbrachte Clearingdienste gegenüber der Öffentlichkeit eine Offenlegungspflicht bezüglich der Bedingungen, Preise, Entgelte, Abschläge und Kosten bestehe; sie argumentierten, dass der vorliegende delegierte Rechtsakt darauf aufbauen könne. Die Kommission vertritt die Auffassung, dass es wichtig ist, doppelte oder kollidierende Vorschriften in verschiedenen Rechtsakten zu vermeiden. Die Ausweitung der in der EMIR festgelegten Offenlegungspflicht auf alle Clearingdienstleister, wie es die ESMA in ihrer fachlichen Stellungnahme vorschlägt, würde den Regelungsaufwand auf ein Minimum beschränken und gleiche Rahmenbedingungen sicherstellen. Zudem würde sie gewährleisten, dass den Kunden gegenüber Transparenz im Hinblick auf bestimmte Mindestangaben gewährleistet wird, und zwar ungeachtet der Rechtsstellung des Clearingdienstleisters und der Offenlegungspflichten, denen er im Rahmen anderer Rechtsakte unterliegt. Da sich die Offenlegungspflichten nach EMIR und MiFID II im Wesentlichen auf die gleichen Informationen über Bedingungen, Preise, Entgelte, Abschläge und Kosten erstrecken, erscheint es ausreichend, diesbezüglich auf die EMIR-Verordnung zu verweisen.

Die Kommission stimmt jedoch mit der ESMA überein, dass es, abweichend von der EMIR, weder erforderlich noch verhältnismäßig erscheint, Clearingdienstleister zur Offenlegung der Informationen gegenüber der Öffentlichkeit zu verpflichten. Eine bilaterale Offenlegung hätte den Vorteil, dass die Vertraulichkeit der Informationen gewährleistet und die Kosten verringert werden, während gleichzeitig für Transparenz gesorgt und sichergestellt wird, dass Kunden die von ihnen benötigten, für ihr jeweiliges Profil maßgeblichen Informationen zugänglich gemacht werden.

Die Kommission vertritt abschließend die Auffassung, dass es dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit entspricht, allen Clearingdienstleistern die Erfüllung der in der EMIR festgelegten Offenlegungspflichten im Hinblick auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen einschließlich Preisen, Entgelten, Abschlägen und Kosten vorzuschreiben. Darüber hinaus sollten sie Informationen über andere wichtige handelsübliche Bedingungen wie akzeptierte Sicherheiten, geltende Sicherheitsabschläge, Auftragsannahme und Aussetzung der Clearingdienste, Liquidierung oder Glattstellung von Kundenpositionen, Kündigungsfristen und IT-Anforderungen offenlegen. Die Informationen sollten Kunden auf bilateraler Grundlage offenbart werden, und sie sollten klar und vollständig sein. Dieser Ansatz wurde von den Mitgliedstaaten, die auf die Konsultation des EGESC antworteten, unterstützt.

Die ESMA schlug in ihrer fachlichen Stellungnahme ferner vor, dass Clearingdienstleister verpflichtet sein sollten, den auf nationaler Ebene zuständigen Behörden – ex post und auf Anfrage – die von ihnen tatsächlich in Rechnung gestellten Entgelte zu offenbaren. Die Kommission ist jedoch der Auffassung, dass die Aufsicht über Clearingdienstleister durch die auf nationaler Ebene zuständigen Behörden in die Zuständigkeit und Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten fällt und sich daher nicht auf die Voraussetzungen bezieht, unter denen

handelsübliche Bedingungen für von Clearingdienstleistern erbrachte Clearingdienste als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent angesehen werden können. Der vorliegende delegierte Rechtsakt beinhaltet daher keine solche Offenlegungspflicht für Clearingdienstleister. Die auf nationaler Ebene zuständigen Behörden können Informationen dieser Art jedoch im Rahmen ihrer Aufsichtsbefugnisse anfordern.

Onboarding-Prozess

Was den Onboarding-Prozess betrifft, ist die Kommission der Auffassung, dass es übermäßig präskriptiv wäre, Clearingdienstleister und Kunden zur Anwendung eines Onboarding-Prozesses in drei festen Schritten zu verpflichten, wie es die ESMA in ihrer fachlichen Stellungnahme vorschlägt. Ein solcher in drei Schritte gegliederter Prozess würde nicht unbedingt die Beschaffenheit von Verhandlungen widerspiegeln; zudem könnte er die Flexibilität verringern und Ineffizienzen im Verhandlungsverfahren schaffen. Da darüber hinaus die Vorschrift zur Anwendung von fairen, angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten handelsüblichen Bedingungen nicht auf eine Verpflichtung zum Vertragsabschluss hinauslaufen sollte, sollten Clearingdienstleister auch nicht verpflichtet sein, in Beantwortung der Angebotsanfrage eines Kunden ein Angebot zu unterbreiten; auch sollten Angebote unverbindlich sein. Jedoch ist die Kommission dennoch der Auffassung, dass es wichtig und verhältnismäßig wäre, Clearingdienstleister zu verpflichten, den Kunden Klarheit zu verschaffen und sie zeitnah zu unterrichten, ob sie beabsichtigen, ein Angebot zu unterbreiten oder nicht.

Derzeit könnte der Onboarding-Prozess insbesondere von kleineren Gegenparteien, denen es an Erfahrung mit der Aushandlung von Verträgen über Clearingdienste mangelt, als undurchsichtig und schwer zu überblicken wahrgenommen werden. Eine größere Transparenz bezüglich des Onboarding-Prozesses würde daher wichtig erscheinen. Sie könnte insbesondere kleinere Gegenparteien bei der Vorbereitung unterstützen und die Verhandlungen sowie den Zugang zu Clearingdiensten erleichtern. Für Clearingdienstleister wäre der Kostenaufwand für die Beschreibung des Onboarding-Prozesses in ihren aktuellen Websites nicht sehr hoch. Die Kommission stimmt daher mit der ESMA überein, dass es verhältnismäßig erscheint, Clearingdienstleister zur Veröffentlichung einer übergeordneten Beschreibung des Onboarding-Prozesses in ihren Websites zu verpflichten; wobei dies auch die Hauptschritte des Verfahrens und die wesentlichen Unterlagen, die der Kunde dem Clearingdienstleister zusammen seiner Angebotsanfrage vorlegen sollte, einschließt.

Im Rahmen der erhöhten Transparenz des Onboarding-Prozesses könnte nach Auffassung der Kommission ein in der Website von Clearingdienstleistern verfügbares Angebotsanfrage-Formblatt eine Hilfe für kleinere oder unerfahrene Kunden darstellen und zu effizienteren Verhandlungen führen, da es Kunden bei der Einreichung besser vorbereiteter, vollständiger Angebotsanfragen unterstützen würde. Diese Vorschrift würde für Clearingdienstleister nur in begrenztem Umfang Kosten mit sich bringen, wobei sie von einer solchen Maßnahme auch profitieren würden, da besser vorbereitete Angebotsanfragen wahrscheinlich die Onboarding-Kosten für Clearingdienstleister senken würden. Damit die erwarteten Vorteile entstehen, sollten solche Formblätter vollständig sein und der delegierte Rechtsakt sollte daher die darin mindestens aufzunehmenden Elemente festlegen. Es erschiene jedoch übermäßig präskriptiv, einen bestimmten harmonisierten Aufbau oder eine Sprachenregelung vorzuschreiben, wie es die ESMA in ihrer fachlichen Stellungnahme vorschlägt. Darüber hinaus erschiene es auch nicht angemessen, alle Kunden zur Nutzung eines solchen Angebotsanfrage-Formblatts zu verpflichten; dies könnte zu Ineffizienzen führen, wenn Kunden bereits in einer Geschäftsbeziehung zum Clearingdienstleister stehen oder eine auf ihre besonderen Bedürfnisse zugeschnittene Angebotsanfrage verwenden möchten. Stattdessen wäre es wichtig, sicherzustellen, dass sich Kunden für die Nutzung solcher Formblätter entscheiden

können, wenn sie dies als vorteilhaft für sich erachten und dies den Zugang zum zentralen Clearing erleichtert. Stellen Kunden solche Vorteile nicht fest, sollte es ihnen freistehen, andere Formen von Angebotsanfragen zu nutzen oder den Clearingdienstleister auf andere Weise zu kontaktieren. Solche Lösungen sollten auch als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent angesehen werden.

Die Mitgliedstaaten, die auf die Konsultation des EGESC antworteten, unterstützten den vorgeschlagenen Ansatz hinsichtlich der Transparenz des Onboarding-Prozesses und des Formblatts für Angebotsanfragen.

Risikobewertung

Nach Artikel 4 Absatz 3a Unterabsatz 3 Buchstaben c und d EMIR sollten im delegierten Rechtsakt die Voraussetzungen festgelegt werden, unter denen handelsübliche Bedingungen auf der Grundlage der Risikokontrollkriterien für CSP in Bezug auf die Clearingdienste fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sind; ebenfalls festgelegt werden sollten die Anforderungen, die Clearingdienste zu fairen und nicht diskriminierenden Bedingungen erleichtern, unter Berücksichtigung der damit verbundenen Kosten und Risiken, sodass Unterschiede bei den in Rechnung gestellten Preisen in einem angemessenen Verhältnis zu den Kosten, Risiken und Vorteilen stehen.

Eine Clearingdienstleistern auferlegte Verpflichtung zur Durchführung einer Risikobewertung von Kunden nach bestimmten, vorab festgelegten Kriterien könnte dazu beitragen, dass Bedingungen in dieser Hinsicht fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sind. Zur Gewährleistung von Transparenz könnten sie auch verpflichtet werden, die Einzelheiten ihrer Risikobewertungskriterien offenzulegen. Einige Interessenträger wiesen jedoch darauf hin, dass bestimmte Clearingdienstleister nach der Delegierten Verordnung (EU) 2017/589 der Kommission⁹ (im Folgenden „RTS 6“) bereits verpflichtet seien, eine Risikobewertung von Kunden und potenziellen Kunden vorzunehmen. Die Kommission vertritt die Auffassung, dass es wichtig ist, doppelte oder kollidierende Vorschriften in verschiedenen Rechtsakten zu vermeiden. Die Ausweitung der in RTS 6 festgelegten Pflicht zur Durchführung einer Risikobewertung von Kunden und potenziellen Kunden auf alle Clearingdienstleister, wie es die ESMA in ihrer fachlichen Stellungnahme vorschlägt, würde den Regelungsaufwand auf ein Minimum beschränken und gleiche Rahmenbedingungen für alle sicherstellen. In gewissem Umfang würde dies auch eine harmonisierte Herangehensweise an die Risikobewertung von Kunden bei allen Clearingdienstleistern gewährleisten. Von der verstärkten Ausrichtung auf das Risikoprofil des Kunden wäre zu erwarten, dass sie handelsübliche Bedingungen auf der Grundlage fairer, diskriminierungsfreier Risikokontrollkriterien unter Berücksichtigung der damit verbundenen Kosten und Risiken verbessert.

Um für weitere Transparenz zu sorgen und damit Kunden verstehen, in welcher Weise die Risikobewertungskriterien auf sie zutreffen, könnte man Clearingdienstleister verpflichten, den Kunden die Einzelheiten der Risikobewertung offenzulegen, wie es die ESMA in ihrer fachlichen Stellungnahme vorschlägt. Hier erscheint der Hinweis relevant, dass die RTS 6 keine Offenlegung detaillierter Informationen über die Risikobewertung gegenüber Kunden vorschreibt. Darüber hinaus würde die Offenlegung von Einzelheiten der Bewertung einen gewissen Aufwand und Kosten für Clearingdienstleister mit sich bringen. Ferner besteht ein

⁹ Delegierte Verordnung (EU) 2017/589 der Kommission vom 19. Juli 2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates durch technische Regulierungsstandards zur Festlegung der organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen, die algorithmischen Handel betreiben (ABl. L 87 vom 31.3.2017, S. 417).

mögliches Risiko, dass eine solche ausführliche Offenlegung Kunden erlaubt, die Risikobewertungskriterien zu umgehen, indem sie die Informationen auf andere Weise darstellen, oder bestimmte Daten zurückzuhalten. Zugleich ist nicht ersichtlich, dass eine derart ausführliche Offenlegung Bedingungen fördern würde, die als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent angesehen werden können, insbesondere weil Kunden nur die Einzelheiten ihrer eigenen Bewertung kennen würden, ohne sie mit der Lage anderer Kunden vergleichen zu können. Zusammenfassend erschiene es daher nicht verhältnismäßig, eine derart ausführliche Offenlegungspflicht vorzuschreiben. Nichtsdestotrotz erschiene es wichtig und verhältnismäßig, dass Clearingdienstleister – insbesondere wenn das Bewertungsergebnis negativ ist – die Bewertung kurz begründen und angeben, welches der in der RTS 6 festgelegten Risikobewertungskriterien der Kunde nicht erfüllt hat. Eine solche Unterrichtung sollte für den Clearingdienstleister nicht übermäßig aufwendig oder kostenintensiv sein und würde dem Kunden einen Hinweis geben, wo seine Schwachstellen liegen. Diese Verpflichtung sollte das Recht von Clearingdienstleistern auf Schutz von Betriebsgeheimnissen und vertraulichen Informationen oder die rechtliche Verpflichtung, bestimmte Informationen nicht offenzulegen, unberührt lassen.

Die vorgeschlagene Herangehensweise an die Risikobewertung wurde von den Mitgliedstaaten, die auf die Konsultation des EGESC antworteten, unterstützt.

Entgelte und Weiterbelastung von Kosten

In Anbetracht dessen, dass in der EMIR vorgesehen ist, dass die Vorschrift zur Anwendung fairer, angemessener, diskriminierungsfreier und transparenter handelsüblicher Bedingungen nicht zu einer Preisregelung führen soll, sollte die Höhe der Entgelte oder die Art der Entgelte, die Clearingdienstleister Kunden in Rechnung stellen dürfen, im vorliegenden delegierten Rechtsakt nicht geregelt werden. Damit Preise, Entgelte und Abschläge fair, angemessen und diskriminierungsfrei sind, sollten sie dennoch auf objektiven Kriterien beruhen. Diese objektiven Kriterien können von Nachfrage und Bedarf, den gelearnen Volumen oder dem Clearingprofil des einzelnen Kunden abhängen. Diejenigen Mitgliedstaaten, die auf die Konsultation des EGESC antworteten, stimmten im Allgemeinen zu, dass Preise und Entgelte transparent sein und auf objektiven Kriterien beruhen sollten.

Darüber hinaus ist es wichtig, dass Angaben zu Preisen, Entgelten und Abschlägen sowie Kosten transparent sind. Klare, vollständige Preis- und Entgeltverzeichnisse sollten die Transparenz im Verhandlungsstadium erhöhen. Zur Sicherstellung der Transparenz während des gesamten Vertragsverhältnisses würde als verhältnismäßig und angemessen erscheinen, dass der delegierte Rechtsakt Clearingdienstleister verpflichtet, in den Vertrag zwischen dem Clearingdienstleister und dem Kunden schriftlich klare Angaben zu Preisen, Entgelten, Abschlägen und Kosten für die Berechnung von Entgelten gegenüber dem Kunden (im Folgenden „weiterbelastete Kosten“) aufzunehmen.

Was weiterbelastete Kosten betrifft, so würde es zur Sicherstellung fairer, angemessener, diskriminierungsfreier und transparenter Bedingungen ferner wichtig erscheinen, dass Dienstleister klare Informationen über Entgelte bereitstellen, mit denen Kosten weiterbelastet werden, die mit der Erbringung von Clearingdiensten an den betroffenen Kunden oder mit Clearingdiensten im Allgemeinen (z. B. IT-Kosten, feste jährliche Entgelte, jährliche Lizenzgebühren, Entgelte für verschiedene Arten der Kontentrennung, Entgelte für die Sicherheitenverwaltung) verbunden sind.

Bestimmte Interessenträger brachten vor, dass es Clearingdienstleistern nicht gestattet sein sollte, Beiträge für Ausfallfonds oder negative Konsequenzen aus dem Einsatz von Abwicklungsinstrumenten oder Forderungen aus dem Ausfall des Clearingdienstleisters weiterzubelasten. Die Kommission ist jedoch der Auffassung, dass der vorliegende delegierte

Rechtsakt nicht der richtige Ort ist, um dieses Problem anzugehen, denn die Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Ausfall einer CCP werden in der Verordnung über die Sanierung und Abwicklung zentraler Gegenparteien¹⁰ geregelt. Darüber hinaus regeln Gesetze der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinie über die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten (BRRD)¹¹ und insolvenzrechtliche Vorschriften der Mitgliedstaaten mögliche ausfallbedingte Forderungen gegenüber Clearingdienstleistern.

Struktur von Verträgen

Die Kommission ist der Auffassung, dass eine Vorschrift zur Anwendung einer bestimmten Struktur auf Clearingvereinbarungen, wie sie die ESMA in ihrer fachlichen Stellungnahme vorschlägt, übermäßig präskriptiv wäre ohne deutliche Vorteile zu erbringen. In der Finanzwirtschaft ist der Einsatz von Standardverträgen und Rahmenvereinbarungen weitverbreitet. Zur Sicherstellung fairer, angemessener, diskriminierungsfreier und transparenter handelsüblicher Bedingungen sind sie jedoch nicht erforderlich. Die Verwendung von Verzeichnissen oder Anhängen zur Änderung von Standardverträgen könnte die Transparenz erhöhen, zugleich aber dazu führen, dass Dokumente sehr lang werden, weil geänderte Vertragsteile in den Anhängen und Verzeichnissen wiederholt werden müssten. Darüber hinaus sollten die am Clearing von OTC-Derivaten beteiligten Gegenparteien sowie Handelsverbände die Möglichkeit haben, solche Standardverträge und Rahmenvereinbarungen unter Berücksichtigung der für sie geltenden unterschiedlichen zivilrechtlichen Vorschriften weiterzuentwickeln. Die Kommission hat daher nicht die Absicht, für Clearingverträge eine bestimmte Struktur vorzuschreiben. Das Fehlen einer solchen Pflicht sollte Clearingdienstleister und Kunden jedoch nicht daran hindern, auf freiwilliger Basis auf eine solche Praxis umzustellen, wenn beide Parteien dies für nützlich erachten.

Die Mitgliedstaaten im EGESC stimmten generell zu, dass es keine Pflicht zur Verwendung von Standardverträgen geben sollte.

Vertragsbedingungen

Nach Artikel 4 Absatz 3a Unterabsatz 3 Buchstabe b EMIR sollte der delegierte Rechtsakt die Voraussetzungen festlegen, unter denen handelsübliche Bedingungen als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent anzusehen sind, wobei Faktoren zugrunde gelegt werden, die angemessene handelsübliche Bedingungen zur Gewährleistung neutraler und rationaler vertraglicher Vereinbarungen darstellen.

Was dies betrifft, müssen CCP und Clearingmitglieder gemäß EMIT eine Kontentrennung anbieten, die zu handelsüblichen Bedingungen bedient wird.¹² In ähnlicher Weise müssen nach der MiFID II die Erbringung von Clearingdiensten durch Clearingmitglieder und Clearingfirmen sowie die Leistung von Kontentrennungsdiensten durch Clearingmitglieder zu

¹⁰ Verordnung (EU) 2021/23 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2020 über einen Rahmen für die Sanierung und Abwicklung zentraler Gegenparteien und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1095/2010, (EU) Nr. 648/2012, (EU) Nr. 600/2014, (EU) Nr. 806/2014 und (EU) 2015/2365 und der Richtlinien 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2007/36/EG, 2014/59/EU und (EU) 2017/1132 (ABl. L 22 vom 22.1.2021, S. 1).

¹¹ Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 190).

¹² Artikel 39 Absatz 7 EMIR.

angemessenen Bedingungen angeboten werden.¹³ In der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 149/2013 der Kommission¹⁴ und der Delegierten Verordnung (EU) 2017/2154 der Kommission¹⁵ wird bereits vorgeschrieben, dass Clearingmitglieder und Kunden, die indirekte Clearingdienste leisten, Dienste dieser Art zu handelsüblichen Bedingungen zu erbringen haben. Die den Clearingdienstleistern obliegende Pflicht, Clearingdienste zu fairen, angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten Bedingungen zu erbringen, ergänzt diese Regeln.

Ein Weg, dafür zu sorgen, dass Vertragsbedingungen fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sind, bestünde darin, genau anzugeben, welche Arten von Klauseln zulässig sind und welche nicht. Eine solche präskriptive Vorgehensweise wäre jedoch äußerst streng und es wäre unmöglich, Klauseln zu entwerfen, die allen möglichen, zwischen den Vertragsparteien im Rahmen aller denkbaren nationalen Rechtsvorschriften zu regelnden Situationen entsprechen. Die Kommission ist stattdessen der Ansicht, dass die erhöhte Transparenz, die durch die vollständigen und umfassenden Informationen über die allgemeinen Geschäftsbedingungen geschaffen wird, ein besser geeigneter Weg ist, angemessene handelsübliche Bedingungen und neutrale, rationale vertragliche Vereinbarungen sicherzustellen. Hat ein Kunde Fragen hinsichtlich der Konformität bestimmter allgemeiner Geschäftsbedingungen mit fairen, angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten Bedingungen, könnte er sich an zuständige nationale Behörden wenden oder dies mittels privater Rechtsdurchsetzung verfolgen. Zur Sicherstellung der Klarheit und Vollständigkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen würde der delegierte Rechtsakt den Clearingdienstleister und den Kunden dazu verpflichten, die handelsüblichen Bedingungen für die Clearingdienste schriftlich niederzulegen. Die durch eine solche Pflicht entstehenden Kosten dürften minimal sein, da handelsübliche Bedingungen heute die Norm sind.

Was die Annahme von Clearingaufträgen, die Aussetzung des Clearings oder die Liquidierung oder Glattstellung von Kundenpositionen angeht, haben einige Interessenträger den Eindruck, dass es an Transparenz und Vorhersagbarkeit mangelt. In der EMIR wird anerkannt, dass Clearingdienstleister die mit der Erbringung von Clearingdiensten verbundenen Risiken kontrollieren können sollten und es ohne die Bedingungen an sich zu regeln angemessen und verhältnismäßig erschiene, dass der vorliegende delegierte Rechtsakt Clearingdienstleister zur eindeutigen Festlegung der Bedingungen und Kriterien im schriftlichen Vertrag verpflichtet. Vertragsbedingungen, die Clearingdienstleistern ein Recht einräumen, nach eigenem Ermessen von diesen Bedingungen und Kriterien abzuweichen, sollten nicht als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent angesehen werden. Eine Abweichung von den vereinbarten Bedingungen und Kriterien sollte jedoch möglich sein, wenn sie angemessen und ordnungsgemäß begründet ist, etwa um Clearingdienstleistern zu gestatten, die mit der Erbringung von Clearingdienstleistungen verbundenen Risiken zu

¹³ Artikel 17 Absatz 6 MiFID II; Artikel 25 RTS 6.

¹⁴ Delegierte Verordnung (EU) Nr. 149/2013 der Kommission vom 19. Dezember 2012 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für indirekte Clearingvereinbarungen, die Clearingpflicht, das öffentliche Register, den Zugang zu einem Handelsplatz, nichtfinanzielle Gegenparteien und Risikominderungstechniken für nicht durch eine CCP gelearnte OTC-Derivatekontrakte (ABl. L 52 vom 23.2.2013, S. 11), siehe Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 4 Absatz 1 in der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2017/2155 der Kommission vom 22. September 2017 zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 149/2013 im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für indirekte Clearingvereinbarungen geänderten Fassung (ABl. 304 vom 21.11.2017, S. 13).

¹⁵ (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards für indirekte Clearingvereinbarungen (ABl. L 304 vom 21.11.2017, S. 6).

kontrollieren oder um auf Entwicklungen zu reagieren, die außerhalb ihres Einflussbereichs liegen. Dies könnte beispielsweise aufgrund des Ausfalls des Kunden, aufgrund gestiegener Kreditrisiken oder aufgrund von Marktturbulenzen der Fall sein.

Kündigungsfristen

Nach dem Eindruck einiger Interessenträger besteht hinsichtlich der Kündigung von Verträgen und wesentlicher Änderungen an Verträgen durch Clearingdienstleister ein Mangel an Transparenz und Vorhersagbarkeit. Die Beendigung oder Aussetzung von Clearingdiensten und wesentliche Änderungen am Vertrag sollten in den Vertragsbedingungen geregelt und sorgfältig formuliert werden, um sicherzustellen, dass sie fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sind. Wichtig wäre es, dass Kündigungsfristen Kunden genügend Zeit lassen, alternative Clearingdienste zu finden oder wesentliche Vertragsänderungen zu bewerten. Vor diesem Hintergrund würde eine Verpflichtung der Clearingdienstleister zur Anwendung einer Kündigungsfrist von mindestens sechs Monaten nicht als übermäßige Belastung erscheinen. Ausnahmen sollten jedoch dann möglich sein, wenn sie Risiken kontrollieren oder auf Entwicklungen außerhalb ihres eigenen Einflussbereichs reagieren müssen. Dies könnte beispielsweise aufgrund des Ausfalls des Kunden, aufgrund gestiegener Kreditrisiken oder im Fall einer Beendigung oder Aussetzung der Clearingdienste der CCP, die der Clearingdienstleister nutzt, zutreffen. Ein solcher Ansatz, der von der ESMA in ihrer fachlichen Stellungnahme empfohlen wurde, erscheint ausgewogen und daher für beide Gegenparteien fair. Auch die EGESC brachte ihre Unterstützung für Mindestkündigungsfristen zum Ausdruck, unter der Bedingung, dass Ausnahmen möglich sind, wenn sie angemessen und ordnungsgemäß begründet sind.

IT-Anforderungen

Harmonisierte, standardisierte IT-Lösungen und Datenformate könnten betriebliche Risiken und Kosten senken. Im Rahmen des Mandats der Kommission können im vorliegenden delegierten Rechtsakt jedoch nur die Bedingungen festgelegt werden, unter denen handelsübliche Bedingungen zur Harmonisierung und Standardisierung von IT-Lösungen und Datenformaten als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent angesehen werden können, nicht aber diese Lösungen oder Formate an sich harmonisiert oder standardisiert werden. Die Interessenträger haben unterschiedliche Ansichten bezüglich der Frage, wer die Kosten nicht harmonisierter IT-Systeme und Datenformate tragen sollte. Der vorliegende delegierte Rechtsakt konzentriert sich daher auf die Transparenz in Bezug auf IT-Anforderungen und deren Kosten, und nicht darauf, solche Anforderungen inhaltlich zu regeln oder eine bestimmte Kostenzuweisung anzuordnen. Die Kommission ist daher mit der ESMA einer Meinung, dass die Gesichtspunkte der IT und der Datenformate vielleicht besser durch eine marktgeführte Initiative gelöst werden sollten.

3. RECHTLICHE ASPEKTE DES DELEGIERTEN RECHTSAKTS

In Artikel 1 wird der Geltungsbereich des delegierten Rechtsakts festgelegt.

In Artikel 2 wird festgelegt, dass handelsübliche Bedingungen dann als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent anzusehen sind, wenn sie bestimmte, im Anhang aufgeführte Anforderungen erfüllen.

Artikel 3 enthält Übergangsbestimmungen für bestehende Kunden.

In Artikel 4 wird angegeben, wann der delegierte Rechtsakt in Kraft tritt und ab wann er gilt.

Im Anhang werden die Anforderungen aufgeführt, die Vertragsbedingungen erfüllen müssen, um fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent zu sein:

- die Transparenz des Onboarding-Prozesses;
- das Formblatt für eine Angebotsanfrage;
- die Offenlegung handelsüblicher Bedingungen;
- die Beurteilung im Rahmen der Risikokontrolle;
- die Pflicht, Vertragsbedingungen schriftlich festzulegen;
- Entgelte, Preise und weiterbelastete Kosten;
- die Ablehnung von Clearingaufträgen, die Aussetzung von Clearingdiensten, die Liquidation oder Glattstellung von Kundenpositionen sowie die Kündigung von Verträgen.

DELEGIERTE VERORDNUNG (EU) .../... DER KOMMISSION

vom 2.6.2021

zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 mittels Festlegung der Voraussetzungen, unter denen die handelsüblichen Bedingungen von Clearingdiensten für OTC-Derivate als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent anzusehen sind

(Text von Bedeutung für den EWR)

DIE EUROPÄISCHE KOMMISSION —

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union,

gestützt auf die Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister¹⁶, insbesondere auf Artikel 4 Absatz 3a Unterabsatz 3,

in Erwägung nachstehender Gründe:

- (1) Die Verordnung (EU) Nr. 648/2012 wurde durch die Verordnung (EU) 2019/834 des Europäischen Parlaments und des Rates¹⁷ geändert. Mit diesen Änderungen wurde unter anderem für Clearingmitglieder und Clearingkunden, die unmittelbar oder mittelbar Clearingdienste erbringen (im Folgenden „Clearingdienstleister“), die Pflicht eingeführt, diese Dienste zu fairen, angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten handelsüblichen Bedingungen zu erbringen. Um für Clearingdienstleister und deren potenzielle oder bestehende Kunden Rechtssicherheit zu schaffen, ist es erforderlich, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen handelsübliche Bedingungen als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent anzusehen sind.
- (2) Unter Berücksichtigung dessen, dass das Ziel von Artikel 4 Absatz 3a der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 darin besteht, Kunden, deren Tätigkeitsvolumen auf dem Markt für OTC-Derivate begrenzt ist und die Schwierigkeiten beim Zugang zum zentralen Clearing haben, den Zugang zum Clearing zu erleichtern, und in Anbetracht der Wichtigkeit dessen, dass der Clearingpflicht unterliegende Gegenparteien Zugang zum zentralen Clearing haben, sollte diese Verordnung für die Erbringung von Clearingdiensten in Bezug auf OTC-Derivatekontrakte gelten, die nach Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 der Clearingpflicht unterliegen. Um gleiche Wettbewerbsbedingungen sicherzustellen und dafür zu sorgen, dass Kunden in

¹⁶ ABl. L 201 vom 27.7.2012, S. 1.

¹⁷ Verordnung (EU) 2019/834 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 in Bezug auf die Clearingpflicht, die Aussetzung der Clearingpflicht, die Meldepflichten, die Risikominderungstechniken für nicht durch eine zentrale Gegenpartei geclearte OTC-Derivatekontrakte, die Registrierung und Beaufsichtigung von Transaktionsregistern und die Anforderungen an Transaktionsregister (ABl. L 141 vom 28.5.2019, S. 42).

der Union von fairen, angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten handelsüblichen Bedingungen profitieren, sollte diese Verordnung Anwendung finden, wenn diese Clearingdienste in der Union erbracht werden.

- (3) Zur Gewährleistung von Transparenz sollten Clearingdienstleister in ihren Websites den Vorgang, dessen Endpunkt die Vereinbarung von Vertragsbedingungen und die Festlegung betrieblicher Prozesse für Clearingdienste ist (im Folgenden „Onboarding-Prozess“) beschreiben und dort ein Formblatt für Angebotsanfragen bereitstellen. Aus dem gleichen Grund sollten sämtliche Clearingdienstleister potenziellen Kunden gegenüber wichtige handelsübliche Bedingungen offenlegen.
- (4) Clearingdienstleister sollten zwar einerseits die mit der Erbringung von Clearingdiensten verbundenen Risiken kontrollieren können, andererseits aber sollte eine harmonisierte Risikobewertung potenzieller und bestehender Kunden sicherstellen, dass handelsübliche Bedingungen unter Berücksichtigung der Kosten und Risiken fair und diskriminierungsfrei sind. Einige Clearingdienstleister unterliegen bereits der Pflicht, das von Kunden ausgehende Risiko nach den in Artikel 25 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/589 der Kommission¹⁸ festgelegten Kriterien zu beurteilen. Um eine harmonisierte Risikobewertung von Kunden sicherzustellen, zugleich aber den Regelungsaufwand für Clearingdienstleister zu verringern und doppelte oder kollidierende Vorschriften zu vermeiden, sollten sämtliche Clearingdienstleister die Kunden auf der Grundlage der Kriterien bewerten, die in Artikel 25 der genannten Delegierten Verordnung festgelegt sind.
- (5) Um sicherzustellen, dass handelsübliche Bedingungen angemessen sind und um neutrale, rationale vertragliche Vereinbarungen zu gewährleisten, sollten Entgelte, Preise und Abschläge auf objektiven Kriterien, einschließlich der geclearten Volumen, Clearingmuster und Bedürfnisse und Anforderungen eines Kunden, beruhen. Um unausgewogene Preisbildungsstrukturen und Interessenskonflikte zu vermeiden, sollten Entgelte, Preise und Abschläge sorgfältig gestaltet sein. Bei den Kosten für die Berechnung von Entgelten gegenüber dem Kunden sollte zwischen Kosten, die mit der Erbringung von Clearingdiensten für den betroffenen Kunden unmittelbar zusammenhängen, und Kosten, die allgemein mit der Erbringung von Clearingdiensten zusammenhängen, deutlich unterschieden werden und diese sollten einzeln nach Posten, einschließlich IT-Kosten, Lizenzkosten und Kosten für die Sicherheitenverwaltung, aufgeschlüsselt werden.
- (6) In den Vertragsbedingungen sollten die Bedingungen und Kriterien für die Annahme von durch Kunden zum Clearing eingereichten Transaktionen und für das Recht des Clearingdienstleisters, Clearingdienste auszusetzen sowie Kundenpositionen zu liquidieren oder glattzustellen, im Einzelnen festgelegt werden. Eine Abweichung von diesen Bedingungen und Kriterien sollte möglich sein, wenn sie angemessen und ordnungsgemäß begründet ist, etwa um die mit der Erbringung von Clearingdienstleistungen verbundenen Risiken zu kontrollieren.
- (7) Zur Sicherstellung der Vorhersagbarkeit und Kontinuität von Clearingdiensten sollten Clearingdienstleister auf die Kündigung von Verträgen oder Änderungen mit wesentlichen Auswirkungen auf die vereinbarten allgemeinen Geschäftsbedingungen

¹⁸ Delegierte Verordnung (EU) 2017/589 der Kommission vom 19. Juli 2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates durch technische Regulierungsstandards zur Festlegung der organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen, die algorithmischen Handel betreiben (ABl. L 87 vom 31.3.2017, S. 417).

eine Kündigungsfrist von mindestens sechs Monaten anwenden. Eine kürzere Kündigungsfrist sollte möglich sein, wenn sie angemessen und ordnungsgemäß begründet ist, etwa um die mit der Erbringung von Clearingdienstleistungen verbundenen Risiken zu kontrollieren.

- (8) Sowohl künftige als auch bestehende Kunden sollten von fairen, angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten handelsüblichen Bedingungen profitieren. Während die neuen Bedingungen künftigen Kunden ab Geltungsbeginn dieser Verordnung zugutekommen, sollte Clearingdienstleistern und bestehenden Kunden hinreichend Zeit eingeräumt werden, damit sie die vereinbarten handelsüblichen Bedingungen vor Inkrafttreten dieser Verordnung überprüfen und gegebenenfalls anpassen können.
- (9) Artikel 4 Absatz 3a der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 ist bereits in Kraft getreten und findet ab dem 18. Juni 2021 Anwendung. Um hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen handelsübliche Bedingungen als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent anzusehen sind, Rechtssicherheit zu gewährleisten, sollte die vorliegende Verordnung unverzüglich in Kraft treten. Um Clearingdienstleistern genügend Zeit zur Vorbereitung auf die Anwendung der vorliegenden Verordnung einzuräumen, sollte ihre Anwendung jedoch aufgeschoben werden —

HAT FOLGENDE VERORDNUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Geltungsbereich

Diese Verordnung gilt für Clearingmitglieder und Kunden, die in der Union unmittelbar oder mittelbar Clearingdienste erbringen (im Folgenden „Clearingdienstleister“), wenn diese Dienste in Bezug auf OTC-Derivatekontrakte erbracht werden, die nach Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 der Clearingpflicht unterliegen.

Artikel 2

Faire, angemessene, diskriminierungsfreie und transparente handelsübliche Bedingungen

Die handelsüblichen Bedingungen für Clearingdienste, die von Clearingdienstleistern erbracht werden, sind als fair, angemessen, diskriminierungsfrei und transparent anzusehen, wenn sie die im Anhang festgelegten Anforderungen erfüllen.

Artikel 3

Übergangsbestimmung

Vor dem ... [Datum des Inkrafttretens dieser Verordnung] vereinbarte handelsübliche Bedingungen für Clearingdienste werden überprüft und gegebenenfalls zur Erfüllung der im Anhang festgelegten Anforderungen bis zum ... [12 Monate nach Inkrafttreten dieser Verordnung] geändert.

Artikel 4

Inkrafttreten und Geltungsbeginn

Diese Verordnung tritt am Tag nach ihrer Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union* in Kraft.

Sie gilt ab dem [6 Monate nach Inkrafttreten].

Diese Verordnung ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

Brüssel, den 2.6.2021

Für die Kommission
Die Präsidentin
Ursula VON DER LEYEN