

## 6. BBH-News zum Energiehandel

März 2014

Wir freuen uns, Ihnen die neue Ausgabe der BBH-News zum Energiehandel überreichen zu können. Im Mittelpunkt dieser Ausgabe stehen die neuesten Entwicklungen bei den Verhandlungen über die Novellierung der Finanzmarktrichtlinie (MiFID II – Markets in Financial Instruments Directive) und der Start der EMIR-Meldepflichten. Außerdem möchten wir Ihnen einen Überblick über das Sanktionssystem der REMIT geben. Sofern Sie Fragen zu einzelnen Themen haben, zögern Sie nicht, uns anzusprechen. Wir freuen uns über Ihre Meinung zu den BBH-News sowie Anregungen zu künftigen Inhalten. Ihre Ansprechpartner finden Sie am Ende unseres Newsletters.

### Inhaltsübersicht

#### **TEIL 1: DIE MiFID-NOVELLE – SO SIEHT DER KOMPROMISS AUS**

- I. Hintergrund
- II. Der ausgehandelte Kompromiss
- III. Wie geht es weiter?

#### **TEIL 2: EMIR-MELDEPFLICHTEN – JETZT WIRD ES ERNST!**

- I. Hintergrund
- II. Was ist zu melden?
- III. Weitere Meldepflichten folgen

#### **TEIL 3: VON ORDNUNGSWIDRIGKEITEN UND STRAFTATEN – DAS SANKTIONSSYSTEM DER REMIT**

- I. Hintergrund
- II. Die Sanktionen im Einzelnen

### **Teil 1: Die MiFID-Novelle – So sieht der Kompromiss aus**

#### **I. Hintergrund**

Die Finanzmarktrichtlinie (Markets in Financial Instruments Directive – MiFID) definiert, wer unter Finanzaufsicht stehen. Dies betrifft Unternehmen, die Finanzdienstleistungen anbieten. Die MiFID sieht allerdings auch Ausnahmen von dieser Regel vor – und von diesen Ausnahmen konnten Unternehmen der Energiewirtschaft bislang sehr profitieren.

Doch nun wird Einiges anders: Die Europäische Union zog Konsequenzen aus der Finanzkrise 2008 und beschloss die Überarbeitung der MiFID, mit der die Finanzmärkte sicherer, effizienter und transparenter gemacht werden sollen.

Entsprechende Vorschläge zur Novellierung der MiFID hatte die Kommission bereits 2011 vorgelegt. Das Parlament legte 2012 nach und der Rat kam schließlich mit seinen Kompromissvorschlägen Mitte 2013.

Schon recht früh stand fest, dass Emissionsberechtigungen künftig in jedem Fall als sog. Finanzinstrumente eingestuft werden, und zwar unabhängig davon, wo sie erworben bzw. gehandelt werden. Sie werden also künftig wie z. B. Aktien behandelt und sind damit potentieller Gegenstand von Finanzdienstleistungen.

Überhaupt die Märkte. Künftig soll es neben der Börse und den so genannten multilateralen Handelsplattformen (MTF) eine weitere Kategorie von beaufsichtigten Märkten geben: die organisierten Handelsplattformen (OTF). Auch dies dient dazu, den außerbörslichen Handel transparenter zu machen. Da auf diese Weise eine Vielzahl von Brokerplattformen zu OTFs würden, stellte sich sofort die Frage, ob dadurch auch die Geschäfte, die über diese Plattformen geschlossen werden, in den Fokus der Finanzaufsicht rücken würden.

Schließlich sollten die Ausnahmen eingeschränkt werden. Sicher war dabei von Anfang an, dass die Haupttätigkeitsausnahme wegfallen würde. Die Zukunft der anderen Ausnahmen war hingegen bisher ungewiss.

## 6. BBH-News zum Energiehandel

März 2014

### II. Der ausgehandelte Kompromiss

Nun aber wurde auch über die letzten strittigen Punkte eine Einigung erzielt. Die Verhandlungsdelegationen der EU-Kommission, des europäischen Parlaments und des Rates haben sich im so genannten Trilog auf einen Kompromiss verständigt. Die Wahrscheinlichkeit ist also groß, dass die nun vorliegende Fassung der MiFID II auch (abgesehen von redaktionellen Überarbeitungen) die Endfassung sein wird:

#### Die Frage der Derivate

Der erste für die Energiewirtschaft zentrale Punkt betrifft die Frage, welche Geschäfte künftig als Finanzinstrumente gelten sollen. Die gute Nachricht vorweg: Für Strom und Gas soll sich eigentlich nichts ändern. Darauf haben sich die Trilog-Teilnehmer verständigt, nachdem die griechische Ratspräsidentschaft einen entsprechenden Kompromiss vorgeschlagen hatte.

Wie gerade angedeutet, war eine Schlüsselfrage der Verhandlungen, ob Termingeschäfte, die an einem OTF abgeschlossen werden, künftig als Warenderivate, damit als Finanzinstrumente und damit als aufsichtswürdig gelten würden. Ohne Kompromiss hätte das bedeutet, dass auch alle physischen Geschäfte, die auf Brokerplattformen geschlossen würden, den Börsen-Futures gleichgestellt worden wären. Der Kompromiss sieht vor, dass Geschäfte, für die die REMIT zuständig ist (also Strom und Gas), und die ausschließlich physisch geschlossen werden, von der MiFID II unberücksichtigt bleiben. Sind diese Geschäfte hingegen finanziell erfüllbar, sind sie natürlich Derivate. Die genaue Definition der „physischen Erfüllung“ soll noch in einem so genannten delegierten Rechtsakt erfolgen.

Von der geschilderten Regelung können andere Energieträger hingegen nicht profitieren. Physische Termingeschäfte an OTFs in Kohle und Öl beispielsweise werden künftig als Derivate im Sinne der MiFID II zählen. Immerhin soll es aber eine lange Übergangsfrist von mindestens drei Jahren geben, bis diese Änderung für Fragen der EMIR (z. B. Meldepflichten, siehe Teil 2) berücksichtigt werden muss.

#### Die Frage der Ausnahmen

Im Hinblick auf die Ausnahmen wird es wohl folgendermaßen aussehen:

Es bleibt dabei, dass die Haupttätigkeitsausnahme wegfällt. Die Eigenhandelsausnahme soll auf Finanzinstrumente beschränkt werden, die keine Warenderivate oder Emissionszertifikate sind.

Die Nebentätigkeitsausnahmen, die den Eigenhandel mit Warenderivate und das Erbringen von Finanzdienstleistungen ermöglicht, sollen etwas enger werden. Einerseits wird das Ausführen von Kundenaufträgen explizit von der Ausnahme ausgenommen. Andererseits muss der Zusammenhang mit der Haupttätigkeit noch stärker als bisher sein, damit eine Nebentätigkeitsausnahme gegeben sein kann: Die Dienstleistungen dürfen nur für Kunden oder Lieferanten der Haupttätigkeit erbracht werden und es muss sich im Einzelfall und insgesamt um eine Nebentätigkeit des Unternehmens handeln. Außerdem soll eine jährliche Anzeigepflicht bei der BaFin über die Nutzung dieser Ausnahme eingeführt werden. Die BaFin kann dann eine Erklärung fordern, inwiefern die Ausnahme einschlägig ist (bzw. man glaubt, warum die Ausnahme einschlägig ist).

Die insbesondere von Deutschland forcierten Ausnahmen für Beschaffungsgesellschaften und Gruppen von Emissionshandelsverpflichteten sind als fakultative Ausnahmen aufgenommen worden. Es ist damit den Mitgliedsstaaten überlassen, ob sie diese Ausnahmen gewähren wollen.

### III. Wie geht es weiter?

Der erzielte Kompromiss muss von Parlament und Rat bestätigt werden und danach muss die MiFID II ganz regulär im Amtsblatt der EU veröffentlicht werden. Dies wird voraussichtlich im Frühjahr erfolgen. Nach Verabschiedung auf europäischer Ebene muss die Richtlinie dann in nationales Recht umgesetzt werden. Die neuen Regeln gelten dann wahrscheinlich 2016.

### Teil 2: EMIR-Meldepflichten – Jetzt wird es ernst!

#### I. Hintergrund

Neben der Pflicht zum Clearing außerbörslicher Standard-Derivatgeschäfte über eine Central Counterparty, führt die EMIR (European Market Infrastructure Regulation) auch die Pflicht zur Meldung von geschlossenen Derivatgeschäften an ein Transaktionsregister ein. Zwar ist die EMIR bereits im August 2012 in Kraft getreten, doch gelten die Meldepflichten erst seit dem **12.02.2014**. Soweit noch nicht geschehen, sollten Unternehmen also



## 6. BBH-News zum Energiehandel

März 2014

spätestens jetzt die notwendigen Vorkehrungen treffen, diesen Pflichten nachzukommen.

### II. Was ist zu melden?

Gegenparteien und zentrale Gegenparteien müssen die Einzelheiten aller von ihnen geschlossenen Derivategeschäfte an ein registriertes und anerkanntes Transaktionsregister melden. Darunter fallen nach Art. 9 Abs. 5 EMIR zumindest die Identität der Parteien des Derivatekontrakts und – falls mit diesen nicht identisch – der Träger der daraus erwachsenden Rechte und Pflichten; außerdem die wesentlichen Merkmale der Derivatekontrakte, wie die Art, die Fälligkeit, der Nominalwert, der Preis und das Abwicklungsdatum der Kontrakte. Zu melden sind auch etwaige Änderungen und die Beendigung des Vertrages.

Um die Derivatekontrakte entsprechend identifizieren zu können, sehen die EMIR und die technischen Durchführungsstandards, die sie konkretisieren, u. a. vor, dass einheitliche Produktkennziffern und Transaktionsreferenznummern (Unique Trade ID – UTI) zu verwenden sind.

Wie diese Kennziffern zu generieren sind, hat ESMA in ihren am 11.02.2014 – und damit immerhin noch einen Tag vor dem Start der Meldungen am 12.02.2014 – aktualisierten „Questions and Answers“ beschrieben. Für die betroffenen Unternehmen heißt es nun, „die Beine in die Hand zu nehmen“, schnell die entsprechenden UTI zu generieren und an ein Transaktionsregister zu melden.

In diesem Jahr sollen alle Unternehmen zudem mittels einer Identifizierungsnummer identifiziert werden, so genannte Legal Entity Identifier – LEI. Bis zum Inkrafttreten des hierfür erforderlichen Standards können so genannte Pre-LEI bei nationalen Vergabestellen beantragt werden, die in LEI transferiert werden, sobald diese endgültig feststehen.

Aber nicht nur bei der konkreten Umsetzung spielt die EMIR-Meldepflicht eine Rolle, sondern auch bei der alljährlichen Bilanzierung. Bekanntlich gilt bereits seit dem 15.02.2013 für nicht-finanzielle Gegenparteien die EMIR-Prüfungspflicht. Hiervon betroffen sind alle Unternehmen, die keine kleinen Kapitalgesellschaften sind, keinen persönlich haftenden Gesellschafter haben und die im abgelaufenen Geschäftsjahr entweder mehr als 100 OTC-Derivate oder Derivate mit einem Gesamtnominalvolumen von über 100 Millionen Euro abgeschlossen haben. Die Prüfungspflicht gilt dabei für diejenigen Unternehmen, bei denen das neue Geschäftsjahr nach

dem 15.02.2013 begonnen hat, d. h. für ein durchschnittliches Unternehmen, bei dem das Geschäftsjahr dem Kalenderjahr entspricht, ist 2014 das erste zu prüfende Jahr. Die Prüfung ist dann jeweils innerhalb von neun Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres durch einen geeigneten Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchprüfer vorzunehmen. Der Wirtschaftsprüfer muss dabei insbesondere prüfen, ob die Clearingpflicht, die Meldepflichten und die Risikominderungstechniken beachtet und eingehalten werden; dies ist entsprechend – gemäß den Empfehlungen des Bankenfachausschusses des IDW (BFA) – im Prüfungsbericht zu berichten.

### III. Weitere Meldepflichten folgen

Etwas mehr Zeit bleibt noch hinsichtlich der Meldepflichten nach der REMIT (Regulation on wholesale Energy Market Integrity and Transparency – Verordnung über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarktes – (EU) 1227/2011). Noch immer steht für das Inkrafttreten der Meldepflichten der Erlass der entsprechenden Durchführungsrechtsakte durch die Europäische Kommission aus. Die so genannten Implementing Acts, die die Einzelheiten der Meldeanforderungen enthalten, liegen bereits im Entwurf vor, allerdings müssen diese noch konsultiert und schließlich von der Kommission erlassen werden.

Die zur Konsultation gestellte Fassung der Implementing Acts wird für Anfang 2014 erwartet, so dass mit dem Inkrafttreten der Konkretisierungen nicht vor dem 2. Quartal 2014 zu rechnen ist. Das bedeutet aber auch, dass sich die Meldungen zeitlich nach hinten verschieben und frühestens ab dem 4. Quartal 2014 gemeldet werden muss.

## Teil 3: Von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten – Das Sanktionssystem der REMIT

### I. Hintergrund

Die REMIT ist darauf angelegt, die Transparenz auf den Energiemärkten zu fördern und deren Stabilität zu sichern. Neben den in Teil 2 erwähnten Meldepflichten verbietet und sanktioniert sie insbesondere Insiderhandel und Marktmanipulation. Der Sanktionskatalog der REMIT ist bisher allerdings wenig bekannt. Und das, obwohl er zum Teil empfindliche Strafen vorsieht.





## 6. BBH-News zum Energiehandel

März 2014

### II. Die Sanktionen im Einzelnen

Es ist ein bisschen wie Autofahren: Wer viel unterwegs ist, macht irgendwann Fehler. Und je nach Schwere der Fehler wird sanktioniert: Vom „Knöllchen“ über Punkte in Flensburg bis hin zum Fahrverbot oder gar zur Geld- und Freiheitsstrafe geht der Sanktionskatalog; vom Falschparken über Geschwindigkeitsübertretung bis zu Alkohol am Steuer, dem so genannten schweren Eingriff in den Straßenverkehr oder gar einer fahrlässigen Tötung bei einem Unfall, reichen die Taten.

So bekannt ist der Sanktionskatalog der REMIT bisher nicht – und das, obwohl er ähnlich differenziert ist und für viele Fehler durchaus empfindliche Strafen vorsieht. Doch was genau steckt eigentlich dahinter?

Die REMIT enthält den Strafkatalog nicht selbst, sondern überlässt es nach ihrem Art. 18 den Mitgliedsstaaten, die entsprechenden Sanktionen aufzustellen und schließlich zu verhängen. In Deutschland finden sich diese heute im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG).

Schaut man sich die etwas verwinkelten Normen näher an, stellt man fest, dass es grob gesagt drei unterschiedliche Sanktionsstufen gibt.

Auf der untersten Sanktionsstufe steht die Ordnungswidrigkeit. Verstöße gegen die Meldepflicht sind mit Geldbußen von bis zu 10.000 Euro noch recht billig. Wer sich beispielsweise nicht bei der zuständigen Behörde registriert (wahrscheinlich ab dem 2. Quartal 2014 möglich), muss mit Geldbußen von bis zu 100.000 Euro rechnen.

Weit empfindlicher fallen die Geldbußen aus, wenn man (erfolglos) den Markt manipuliert oder Insiderinformationen nicht veröffentlicht. In einem solchen Fall drohen Geldbußen von bis zu 1 Mio. Euro. Damit aber nicht genug. Das Gesetz sieht auch die Möglichkeit vor, obendrein die erzielten Mehrerlöse abzuschöpfen – und zwar nicht nur einfach, sondern bis zur dreifachen Höhe. Die Höhe dieser Sanktion steht im Ermessen der Behörde, das heißt die Mehrerlöse können geschätzt werden. Ein Verstoß kann somit bereits auf der ersten Sanktionsstufe erhebliche (finanzielle) Folgen für das Unternehmen haben.

Wem grob fahrlässig nicht bewusst war, dass er verbotene Insidergeschäfte macht, handelt nicht mehr nur ordnungswidrig, sondern ist bereits bei einer Straftat angelangt. Ihn erwartet immerhin eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder Geldstrafe (§ 95a Abs. 4

i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 EnWG). Er hat damit schon die zweite Sanktionsstufe erreicht.

Die höchste Sanktionsstufe sieht letztlich eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor. Diese Strafe erwartet Personen, die vorsätzlich und erfolgreich Handlungen vornehmen, die den Markt manipulieren oder die – als Geheimnisträger – vorsätzlich Insiderinformationen nutzen, weitergeben oder auf deren Basis anderen Empfehlungen geben (§ 95a Abs. 1 und Abs. 2 EnWG). Bei letzterem ist sogar der Versuch der genannten Handlungen bereits strafbar.

Gemäß § 95b EnWG machen sich Personen auch dadurch strafbar, dass sie beharrlich die Ordnungswidrigkeiten „(erfolglose) marktmanipulative Handlungen“ oder „Nicht-Veröffentlichung eigener Insiderinformationen“ verwirklichen. Auch hierauf stehen Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr.



Vergleichen wir das mit dem Autofahren: Wenn man immer wieder zu schnell fährt und dafür Punkte in Flensburg sammelt, dann droht als Sanktion der Führerscheinentzug. Sehr ärgerlich, besonders für Menschen, die auf das Auto angewiesen sind. Wenn man aber immer wieder bzw. „beharrlich“ erfolglose Marktmanipulationen versucht, dann entsteht daraus eine Straftat, man könnte eine Freiheitsstrafe bekommen und wird wahrscheinlich danach vorbestraft sein. Oder anders ausgedrückt: Fünfmal Geschwindigkeitsüberschreitung macht dann einmal „Trunkenheit im Verkehr“, wofür gemäß § 316 StGB der gleiche Strafrahmen wie in § 95b EnWG vorgesehen ist.

Die REMIT ist also nicht zimperlich bei der Sanktionierung von Verstößen. Besser ist es daher, rechtzeitig dafür zu sorgen, dass es nicht zu Verstößen kommt.

## Weiterführende Literatur:

- *Zenke/Dessau*, Neue Handelsformen: Energie, Finanzinstrumente und CO<sub>2</sub>-Zertifikate, in: *Schneider/Theobald*, Recht der Energiewirtschaft – Praxishandbuch, 4. Auflage 2013, ISBN 978-3-406-63412-3
- *Zenke/Fischer*, Transparenter soll es werden – Compliance bei EVU, ZRFC 2013, 112
- *Zenke/Fischer*, Transparenzpflichten nach REMIT und EMIR, EnWZ 2013, 211
- *Zenke/Schäfer*, Energiehandel in Europa – Öl, Gas, Strom, Derivate, Zertifikate, 3. Auflage 2012, ISBN 978-3-406-63237-2

## Über BBH

Als Partnerschaft von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern ist BBH ein führender Anbieter von Beratungsdienstleistungen für Energie- und Infrastrukturunternehmen und deren Kunden. Weitere Schwerpunkte bilden das Medien- und Urheberrecht, die Steuerberatung und Wirtschaftsprüfung, das allgemeine Zivil- und Wirtschaftsrecht und das gesamte öffentliche Recht.

## Hinweis

Bitte beachten Sie, dass der Inhalt dieses Becker Büttner Held Newsletters nur eine allgemeine Information darstellen kann, die wir mit großer Sorgfalt zusammenstellen. Eine verbindliche Rechtsberatung erfordert immer die Berücksichtigung Ihrer konkreten Bedürfnisse und kann durch diesen Newsletter nicht ersetzt werden.

## Herausgeber:

Becker Büttner Held, Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater  
Magazinstraße 15-16, 10179 Berlin  
[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de) · [www.DerEnergieblog.de](http://www.DerEnergieblog.de)



RA Dr. Ines Zenke  
[ines.zenke@bbh-online.de](mailto:ines.zenke@bbh-online.de)



RA Dr. Ralf Schäfer  
[ralf.schaefer@bbh-online.de](mailto:ralf.schaefer@bbh-online.de)



RA Dr. Christian Dessau  
[christian.dessau@bbh-online.de](mailto:christian.dessau@bbh-online.de)



RA Dr. Claudia Fischer  
[claudia.fischer@bbh-online.de](mailto:claudia.fischer@bbh-online.de)

### BBH Berlin

Magazinstr. 15-16  
D-10179 Berlin  
Telefon (030) 611 28 40-0  
Telefax (030) 611 28 40-99  
[bbh@bbh-online.de](mailto:bbh@bbh-online.de)  
[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)

### BBH München

Pfeuferstraße 7  
D-81373 München  
Telefon (089) 231 164-0  
Telefax (089) 231 164-570  
[bbh@bbh-online.de](mailto:bbh@bbh-online.de)  
[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)

### BBH Köln

KAP am Südkai  
Agrippinawerft 26-30  
D-50678 Köln  
Telefon (0221) 650 25-0  
Telefax (0221) 650 25-299  
[bbh@bbh-online.de](mailto:bbh@bbh-online.de)  
[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)

### BBH Stuttgart

Industriestraße 3  
D-70565 Stuttgart  
Telefon (0711) 722 47-0  
Telefax (0711) 722 47-499  
[bbh@bbh-online.de](mailto:bbh@bbh-online.de)  
[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)

### BBH Brüssel

Avenue Marnix 28  
B-1000 Brüssel  
BELGIEN  
Telefon +32 (204) 44 00  
Telefax +32 (204) 44 99  
[bbh@bbh-online.be](mailto:bbh@bbh-online.be)  
[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)

### BBH Hamburg

Kaiser-Wilhelm-Str. 93  
D-20355 Hamburg  
Telefon (040) 341 069-0  
Telefax (040) 341 069-22  
[bbh@bbh-online.de](mailto:bbh@bbh-online.de)  
[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)