

## Stellungnahme

# Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Novellierung von Fi- nanzmarktvorschriften

GZ: VII B5-WK 6100/16/10001:005

DOK: 2016/0798258

Berlin, 26. Oktober 2016

## 1. Allgemein

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW) bedankt sich für die Möglichkeit, sich am Konsultationsverfahren zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte zu beteiligen (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz, 2. FiMaNoG).

Der BDEW weist an dieser Stelle darauf hin, dass durch Verweistechnik der vorliegende Referentenentwurf und die alleinige Aufführung der neuen bzw. angepassten Passagen der betroffenen Gesetze, die neuen Regelungen nur sehr schwer vollumfänglich zu bewerten sind. Der BDEW regt daher an, dass bei Anpassungen des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) und des Kreditwesengesetzes (KWG) eine Vergleichsfassung der alten und zukünftig geltenden Gesetzestexte als Konsultationsdokument zur Verfügung gestellt wird, um die Vergleichbarkeit der Gesetzestexte zu erleichtern.

Bereits im Rahmen der Konsultation des 1. FiMaNoGs hatte der BDEW wichtige Hinweise adressiert. Die aus Sicht des BDEW weiterhin gültigen Punkte haben wir entsprechend auch in dieser Stellungnahme angemerkt.

Konkrete Änderungsvorschläge zum Referentenentwurf haben wir in den jeweiligen Passagen direkt vorgenommen und dies mit einem Rahmen gekennzeichnet.

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

## 2. Das Wichtigste in Kürze

Die Umsetzung der MiFID II (Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente 2014/65/EU) im Rahmen des 2. FiMaNoG ist für die Energiewirtschaft von besonderer Bedeutung. Insbesondere die Anpassung der bestehenden Ausnahmetatbestände wirkt sich auch auf Unternehmen aus, die Finanzinstrumente und Warenderivate zur Absicherung im Energiegroßhandel nutzen.

Das zentrale Anliegen der Energiewirtschaft ist, dass durch das FiMaNoG bei der Umsetzung der MiFID II in nationales Recht, die Anwendung der dort beschlossenen Ausnahmen nicht eingeschränkt wird. Nur so können die Möglichkeiten zur risikominimierenden Absicherung der Energiewirtschaft und der Wettbewerb und Zugang zum liquiden Markt für Finanzinstrumente und insbesondere Warenderivate erhalten bleiben.

Vor diesem Hintergrund setzt die im Referentenentwurf des 2. FiMaNoG vorgestellte Formulierung zur Anpassung des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) die Ausgestaltung der Nebentätigkeitsausnahme nach MiFID II korrekt und sachgemäß um.

Dagegen ist der BDEW der Auffassung, dass die vorgestellten Änderungen des KWG §§ 1, 2 und 32, die Vorgaben zur Nebentätigkeitsausnahme nicht sachgerecht umsetzten und teilweise gar im Widerspruch dazu stehen. Durch die vorgeschlagenen Änderungen des KWG

würde die Nebentätigkeitsausnahme der MiFID II erheblich einschränkt werden und wäre für die Unternehmen der Energiewirtschaft kaum anwendbar. Diese Einschränkung würde den Handel von Warentermingeschäften im Energiemarkt für Marktteilnehmer unattraktiv machen und zu einer Einschränkung der Liquidität am Terminmarkt in Deutschland im Vergleich zu den europäischen Nachbarländern führen.

Der BDEW lehnt daher die vorgestellten Anpassungen der §§ 1, 2 und 32 ab und fordert, dass die gewählten Formulierungen zum § 2a Nr. 8 bis 11 des WpHG auch im KWG Verwendung finden. Dies würde eine korrekte und konsistente Umsetzung der Nebentätigkeitsausnahme aus der MiFID II gewährleisten.

Ebenso sieht der BDEW Anpassungsbedarf beim § 2 Abs. 1 Nr. 13 KWG und beim § 2 Abs. 6 Nr. 21 KWG, damit die Bereichsausnahme, die für Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber gilt, auch auf deren Dienstleister im Rahmen der geltenden Netzkodizes und Vorgaben der Bundesnetzagentur zur Gasbilanzierung sachgerecht angewendet werden kann.

Weiterhin begrüßt der BDEW grundsätzlich die Vorschläge zur Umsetzung der Positionslimite im § 47 WpHG. Durch die Verweise auf den, wenn auch noch nicht verabschiedeten, delegierten Rechtsakt 21 der MiFID II, wird die Klarheit der Regelung hervorgehoben. Jedoch müssen im Rahmen der Positionsmeldung im § 49 WpHG Redundanzen vermieden werden.

### **3. Inhaltliche Anmerkungen**

#### **3.1. KWG §§ 1, 2 und 32 zur Ausgestaltung der Nebentätigkeitsausnahme nicht sachgemäß**

Der BDEW fordert die sachlich korrekte Ausgestaltung der Nebentätigkeit im KWG nach dem Wortlaut des WpHG gemäß § 2a Nr. 8 bis einschließlich Nr. 11. Der BDEW schlägt daher vor, die Formulierung des § KWG, Nr. 9 und Nr. 11 durch die entsprechenden Formulierungen des WpHG zu ersetzen.

#### **Begründung**

Die vorgeschlagene Formulierung der **Ausnahmen des § 2 KWG, Nr. 9c zum Bankgeschäft und § 2 KWG, Nr. 11c zu Finanzdienstleistungen** schränkt die Nebentätigkeitsausnahme unzulässig ein.

Diese Einschränkung wiederholt sich in **§ 32 KWG Erlaubnis für das Eigengeschäft**.

Die Einschränkung der Ausnahme auf das Eigengeschäft mit Warenderivaten, Emissionszertifikaten oder Derivaten auf Emissionszertifikaten, „nur wenn dieses als Dienstleistung für Kunden und Zulieferer der Haupttätigkeit erfolgt“, wird vom BDEW abgelehnt.

Diese Einschränkung und die kumulative Anwendung der Bedingungen des § 32 KWG würde ansonsten bedeuten, dass die Nebentätigkeitsausnahme in der Energiewirtschaft kaum angewendet werden könnte. So wären Absicherungsgeschäfte mit Finanzinstrumenten nur noch

mit Zulieferern und als Dienstleistung für Kunden der Haupttätigkeit im Rahmen der Nebentätigkeitsausnahme möglich.

Dies steht, nach Auffassung des BDEW, klar der MiFID II, Art. 2 (j) und dem Erwägungsgrund 22 entgegen. Dieser sieht vor, dass die Ausnahme für Warenderivate (Nebentätigkeit) und die Ausnahme für Finanzderivate (Eigengeschäft) kumulativ angewendet werden kann.

Im Erwägungsgrund 22 der MiFID II heißt es dazu explizit:

„Personen, die mit Warenderivaten, Emissionszertifikaten und Derivaten handeln, können als Teil ihres mit der Geschäftstätigkeit oder dem Liquiditäts- und Finanzmanagement verbundenen Risikomanagements auch mit anderen Finanzinstrumenten handeln, um sich gegen Risiken, wie zum Beispiel Wechselkursrisiken, abzusichern. Daher ist es wichtig klarzustellen, dass Ausnahmen kumulativ anwendbar sind. Die Ausnahme nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe j kann beispielsweise in Verbindung mit der Ausnahme nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d angewandt werden.“

Paradoxerweise würde die im Referentenentwurf gewählte Formulierung zu einer Einschränkung der Nebentätigkeitsausnahme führen, so dass Geschäfte mit Warenderivaten als Dienstleistung für Kunden der Haupttätigkeit unter die Nebentätigkeitsausnahme fallen würden, jedoch die eigene Absicherung der Lieferverträge und Lieferung gegenüber eigenen Endkunden lizenzpflichtig würde.

Allerdings sind diese Geschäfte nach den Regelungen der MiFID II überhaupt nicht aufsichtspflichtig und bedürfen noch nicht einmal einer Ausnahme.

Zudem erschließt sich dem BDEW nicht, dass für die Umsetzung des identischen Sachverhaltes der MiFID II in den nationalen Gesetzen des WpHG und des KWG unterschiedliche Formulierungen verwendet werden.

Der BDEW spricht sich daher für die Anwendung der sachgerechten Formulierung des WpHG zur Ausnahme der Nebentätigkeit im KWG aus, um die MiFID II konsistent in den beiden deutschen Gesetzestexten umzusetzen.

### **3.2. Anwendbarkeit der Ausnahme für ÜNB und MGVs**

#### **Anpassungsbedarf des KWG § 2, Nr. 13 und § 2 Abs. 6 Nr. 21:**

13. Soweit sie das Finanzkommissionsgeschäft und das Emissionsgeschäft im Sinne des § 1 Absatz 1 Satz 2 Nummer 4 und 10 des Kreditwesengesetzes in Bezug auf Warenderivate betreiben, die mit ihrer jeweiligen Haupttätigkeit in Zusammenhang stehen:

a) Übertragungsnetzbetreiber im Sinne von Artikel 2 Nummer 4 der Richtlinie 2009/72/EG oder **Fernleitungsnetzbetreiber im Sinne von Artikel 2 Nummer 4 der Richtlinie 2009/73/EG**, wenn sie ihre Aufgaben gemäß diesen Richtlinien, der Verordnung (EG) Nr. 714/2009, der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 oder den nach diesen Verordnungen erlassenen Netzcodes oder Leitlinien wahrnehmen,

- b) Personen, die ~~in ihrem Namen~~ als Dienstleister handeln, um die Aufgaben eines Übertragungsnetzbetreibers gemäß der Verordnung (EG) Nr. 714/2009, **eines Fernleitungsnetzbetreibers gemäß** der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 oder den nach diesen Verordnungen erlassenen Netzcodes oder Leitlinien wahrzunehmen, sowie
- c) Betreiber oder Verwalter eines Energieausgleichssystems, eines Rohrleitungsnetzes oder eines Systems zum Ausgleich von Energieangebot und -verbrauch bei der Wahrnehmung solcher Aufgaben;

21. soweit sie Finanzdienstleistungen im Sinne des § 1 Absatz 1a Satz 2 Nummer 1 bis 4 in Bezug auf Warenderivate erbringen, die mit ihren Tätigkeiten in Zusammenhang stehen:

- a) Übertragungsnetzbetreiber im Sinne von Artikel 2 Nummer 4 der Richtlinie 2009/72/EG oder **Fernleitungsnetzbetreiber im Sinne von** Artikel 2 Nummer 4 der Richtlinie 2009/73/EG, wenn sie ihre Aufgaben gemäß diesen Richtlinien, der Verordnung (EG) Nr. 714/2009, der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 bzw. den nach diesen Verordnungen erlassenen Netzcodes oder Leitlinien wahrnehmen,
- b) Personen, die ~~in ihrem Namen~~ als Dienstleister handeln, um die Aufgaben eines Übertragungsnetzbetreibers gemäß der Verordnung (EG) Nr. 714/2009, **eines Fernleitungsnetzbetreibers gemäß** der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 oder den nach diesen Verordnungen erlassenen Netzcodes oder Leitlinien wahrzunehmen, sowie
- c) Betreiber oder Verwalter eines Energieausgleichssystems, eines Rohrleitungsnetzes oder eines Systems zum Ausgleich von Energieangebot und -verbrauch bei der Wahrnehmung solcher Aufgaben;

## Begründung

Der englische Begriff des „Transmission System Operators (TSO)“ hat im deutschen Sprachgebrauch sowie der nationalen Energiegesetzgebung zwei Entsprechungen: „Übertragungsnetzbetreiber“ für den Strombereich (vgl. § 3 Ziff. 10 EnWG) sowie „Fernleitungsnetzbetreiber“ für den Gasbereich (vgl. § 3 Ziff. 5 EnWG).

Der Marktgebietsverantwortliche (MGV) nimmt nach § 20 GasNZV unter anderem die Aufgabe der Regelenergiebeschaffung wahr. Hierzu wurde dieser von den marktgebietsaufspannenden Netzbetreibern benannt. Zur Umsetzung der Regelenergiebeschaffung ist ein entsprechender Dienstleistungsvertrag mit den Fernleitungsnetzbetreibern abgeschlossen. Die Regelenergie beschafft der MGV allerdings in eigenem Namen und nicht im Namen der Fernleitungsnetzbetreiber. Entsprechende Kosten und Erlöse werden weder dem Betriebsvermögen des MGV noch dem der Fernleitungsnetzbetreiber zugeordnet, sondern den für den Markt vom MGV eingerichteten und geführten Bilanzierungsumlagekonten. Eine Stellvertretung im zivilrechtlichen Sinne liegt daher gerade nicht vor.

Der BDEW schlägt daher in Nr. 13 b und Nr. 21 b die Streichung der Einschränkung der Personen „die in ihren Namen“ handeln vor.

Somit wird sichergestellt, dass die Aufgaben der MGV unter den aktuell gültigen Netzkodizes und Festlegungen der Bundesnetzagentur zur Gasbilanzierung auch zukünftig unter die Bereichsausnahme fallen, die auch für die Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber gilt.

### **3.3. WpHG § 49 Positionsmeldungen**

#### **Streichung Abs. 4**

~~4) Um die Überwachung der Einhaltung der Pflichten nach § 47 Absatz 1 zu ermöglichen, sind Teilnehmer von Handelsplätzen verpflichtet, dem jeweiligen Handelsplatzbetreiber einmal täglich die Einzelheiten ihrer eigenen Positionen in Warenderivaten, die an diesem Handelsplatz gehandelt werden, wie auch die Positionen ihrer Kunden und der Kunden dieser Kunden bis zum Endkunden zu melden. Kunden und deren Kunden bis zum Endkunden haben den zur Meldung verpflichteten Teilnehmern an Handelsplätzen die für die Meldung notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen.~~

#### **Begründung**

Bereits der § 47 Abs. 4 WpHG stellt klar, dass Positionslimite nicht für Absicherungsderivate nichtfinanzieller Gegenparteien gelten. Nichtfinanzielle Unternehmen, die Derivate fast ausschließlich zu Absicherungszwecken einsetzen, sind demnach nicht von den Positionslimite betroffen.

Da Handelsplätze stets über die jeweiligen Aktivitäten der Marktteilnehmer an ihrem Handelsplatz informiert sind, haben die Handelsplätze auch Kenntnis über die entsprechenden Positionen der Marktteilnehmer. Eine tägliche Meldung der Position an den Handelsplatz ist daher redundant. Der BDEW schlägt daher vor, Absatz 4 zu streichen.

**4. Ansprechpartner:**

Dr. Matthias Grote

Telefon: +49 30 300199-1561

matthias.grote@bdew.de