

ISDA Master Agreement

Kommentar

von
Prof. Dr. Günter Reiner

1. Auflage

ISDA Master Agreement – Reiner

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Bank- und Börsenrecht



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 63168 9

G. „Additional Representation“ (Part 4(m) des „Schedule“)

kenden (zu Recht kritisch z.B. *Spindler*, Aufklärungspflichten im Bankrecht nach dem „Zins-Swap-Urteil“ des BGH, NJW 2011, 1920, 1921: „fragwürdiges Konstrukt“; ebenso schon *Reiner*, 2002, S. 169, m.w.N.). Annahme eines selbstständigen **stillschweigenden Beratungsvertrags** nach den Grundsätzen des „Bond“-Urteils des BGH (Urt. v. 6. 7. 1993 – XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, „Bond Finance Ltd.“; hierzu etwa MünchKommHGB/*Ekkenga*, 2. Aufl. 2009, Bd. 5, Effektengeschäft, Rz. 267–269) entgegenstehen. Damit hält sich für Wertpapierfirmen die Gefahr, bezüglich ihres Informationsverhaltens bei Vertragsschluss anhand der Grundsätze des Zins-Swap-Urteils des BGH vom 22. 3. 2011 (XI ZR 33/10, WM 2011, 682, zum Abschluss eines CMS Spread Ladder Swap-Vertrags zwischen einer deutschen Großbank und einem mittelständischen Unternehmen; hierzu kritisch z.B. *Reiner*, WuB I G 1. Anlageberatung 21.11, S. 703–706), die über die bisher bekannte „anleger- und objektgerechte Beratung“ noch hinausgehen, beurteilt zu werden, in Grenzen. Danach muss die Bank „bei einem so hochkomplexen Anlageprodukt wie dem CMS Spread Ladder Swap-Vertrag“ zur Erfüllung ihrer Pflichten aus dem (ungeschriebenen) Beratungsvertrag gewährleisten, „dass der Anleger im Hinblick auf das Risiko des Geschäfts im Wesentlichen den gleichen Kenntnis- und Wissensstand hat wie die ihn beratende Bank“. Insb. „muss die beratende Bank über den negativen Marktwert aufklären, den sie in die Formel zur Berechnung der variablen Zinszahlungspflicht des Anlegers einstrukturiert hat, weil dieser Ausdruck ihres schwerwiegenden Interessenkonflikts ist und die konkrete Gefahr begründet, dass sie ihre Anlageempfehlung nicht allein im Kundeninteresse abgibt“ (Leitsätze 2 und 2).

b) Verhältnis zu aufsichtsrechtlichen Pflichten. In ihrem Anwendungsbereich, wenn also auf einer Seite des Vertrags ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen aus der EU oder dem EWR steht, sind die **aufsichtsrechtlichen Pflichten** – zumindest nach *deutschem* Verständnis – im Rahmen der (ungeschriebenen) vertraglichen Informationsverantwortung vorbehaltlich spezieller gesetzlicher oder vertraglicher Regelungen wertend zu berücksichtigen (sog. „**Ausstrahlungswirkung**“, für die h.M. z.B. MünchKommBGB/*Bachmann/Roth*, 6. Aufl. 2012, § 241, Rz. 180, zur Informationspflicht des § 31 WpHG; eingehend *Schwark/Zimmer/Koch*, KMRK, § 31 a WpHG, Rz. 61f., im Zusammenhang mit der Kundenkategorisierung; *Schwark/Zimmer*, KMRK, Vor § 31 WpHG, Rz. 16f., jeweils m.w.N. auch aus der deutschen Rechtsprechung). Ein zwingender Gleichlauf des Vertragsrechts mit dem Aufsichtsrecht ist jedoch vertragstheoretisch nicht zu rechtfertigen (vgl. MünchKommHGB/*Ekkenga*, 2. Aufl. 2009, Bd. 5, Effektengeschäft, Rz. 76: „methodologische Selbstaufgabe der deutschen Zivilrechtsordnung“) und lässt sich auch aus dem Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung nicht ableiten, weil das Aufsichtsrecht über sein eigenes Sanktionssystem verfügt, so dass seine Wirksamkeit („*effet utile*“) nicht vom Zivilrecht als „*Transmissionsriemen*“ abhängt (für die Gegenmeinung etwa *Schwark/Zimmer*, KMRK, Vor § 31 WpHG, Rz. 14, m.w.N.: Daraus, dass ein funktionsfähiger Kapitalmarkt einen „effektiven Schutz des Anlegers“

3. Representations

voraussetze, folge (lediglich) „eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, den von der MiFID I geforderten Investorenschutz auch im Zivilrecht i.S. von Mindeststandards zu berücksichtigen“. Jedenfalls ist es allein schon mangels (aufsichtsrechtlicher) Vollharmonisierung durch die MiFID I (in diesem Sinne aber z.B. *Sethe*, Die Zulässigkeit von Zuwendungen bei Wertpapierdienstleistungen, FS Nobbe, 2009, S. 769, 786f.; wie hier *Schwark/Zimmer/Koch*, KMRK, § 31a WpHG, Rz. 60) dem Zivilrecht (Deutschlands, Englands oder eines sonstigen Mitgliedstaats der EU) nicht verwehrt, (noch) **strengere Anforderungen** an die Anlegerinformation zu stellen als das Aufsichtsrecht (vgl. *Schwark/Zimmer*, KMRK, Vor § 31 WpHG, Rz. 14: Mit den aufsichtsrechtlichen Mindeststandards seien nicht „zugleich die vertraglichen und vorvertraglichen Pflichten im Verhältnis Institut/Investor (abschließend) geregelt“). Sowohl die aufsichtsrechtlichen Vorgaben noch übertreffende als auch zivilrechtliche Informationspflichten, die im Rahmen der „Ausstrahlungswirkung“ (was immer man genau darunter verstehen mag) aufsichtsrechtlich geprägt sind und parallel zu ihnen existieren, müssten ggf. aber, wenn man den Grundsatz der Dispositivität von **Vertragspflichten** ernst nimmt, einer Ausschlussklausel wie derjenigen nach Part 4(m) weichen. Dies lässt aufsichtsrechtliche Sanktionen unbenommen.

71 Für etwaige aus den aufsichtsrechtlichen Vorgaben abgeleitete deliktische Informationspflichten sollte wegen des Vorrangs des Parteiwillens nichts anderes gelten, solange das Aufsichtsrecht nicht eindeutig (auch) zwingende vertragsrechtliche Wirkungsmacht beansprucht. In Deutschland ist bereits die privatrechtlich pflichtenbegründende Wirkung der aufsichtsrechtlichen Wohlverhaltensregeln zweifelhaft, denn deren Qualifizierung als **deliktische Schutzgesetze** i. S. des § 823 II BGB wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung inzwischen abgelehnt (s. BGH, Urt. v. 19. 2. 2008 – XI ZR 170/07, BGHZ 175, 276, unter II., zu § 32 II Nr. 1 WpHG a.F.; kritisch *Schwark/Zimmer*, KMRK, Vor § 31 WpHG, Rz. 15, 21: Im Kapitalmarktrecht, „in dem es um vom Anleger kaum überprüfbare Handelsgegenstände“ gehe, könne „eine berufliche Dritthaftung auch deliktischer Art“ gerechtfertigt sein). Die Vorschriften können allerdings bei vorsätzlichem Verstoß im Rahmen des § 826 BGB Bedeutung erlangen (z.B. *Schwark/Zimmer*, KMRK, Vor § 31 WpHG, Rz. 21 a.E.; *Baumbach/Hopt*, HGB, 35. Aufl. 2012, Einl. WpHG, Rz. 10 a.E.).

72 **c) Kollisionsrechtliche Anknüpfung.** Für die **kollisionsrechtliche** Anknüpfung der **zivilrechtlichen** Informationsverantwortung sind bei einem Forum innerhalb der EU die Kollisionsregeln der Rom-II-VO maßgeblich (zum Problem der Erfolgsortbestimmung bei reinen Vermögensschäden s. *Palandt/Thorn*, BGB, 72. Aufl. 2013, Rom II 4, Rz. 9, m. w.N.). Im vorliegenden (vertraglichen) Kontext des ISDA MA können insb. die sog. Ausweisklausel für Ansprüche aus einer vertragsnahen unerlaubten Handlung gem. Art. 4 III Rom-II-VO, die Kollisionsregel für „Verschulden bei Vertragsverhandlungen“ nach Art. 12 und die Vorrangklausel zugunsten einer freien Rechtswahl für außervertragliche Schuldverhältnisse nach Art. 14 Rom-II-VO zu prüfen sein.

G. „Additional Representation“ (Part 4(m) des „Schedule“)

Der Anwendungsbereich der vertraglichen Rechtswahlklausel nach § 13(a) i. V.m. Part 4(h) des „Schedule“ erfasst nur den Vertrag selbst, also anders als die Gerichtsstandsklausel des § 13(b) i. V.m. Part 4(i) des „Schedule“ nicht auch Streitigkeiten „in Verbindung mit“ dem Vertrag („in connection with this Agreement“). Insofern dürfte es nicht möglich sein, diese Klausel als (außervertragliche) Rechtswahlklausel i. S. des Art. 14 Rom-I-VO zu qualifizieren (vgl. dazu, dass sich die Klausel im Falle des Art. 12 Rom-I-VO „gerade (auch)“ auf den Anspruch aus c.i.c. beziehen muss, s.z.B. Palandt/*Thorn*, Rom II 12, Rz. 5).

Demgegenüber dürfte die Frage, ob die informationell überlegene Partei im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss zivilrechtliche Informationspflichten verletzt hat, welche Bedeutung die Klausel nach Part 4(m)(i) des „Schedule“ dabei hat und ggf. welche Rechte der Gegenseite aus einer Pflichtverletzung erwachsen, regelmäßig als solche nach einem etwaigen **„Verschulden bei Vertragsverhandlungen“** i. S. des Art. 12 Rom-I-VO zu begreifen sein mit der Folge, dass sie nach dem Vertragsstatut, hier also nach der von den Parteien im „Schedule“ gewählten Rechtsordnung, zu beantworten ist. Wie Erwägungsgrund 30 der Rom-I-VO deutlich macht, ist dieser Begriff „nicht zwangsläufig i. S. des nationalen“ [insb. deutschen] Rechts“, sondern **autonom** zu qualifizieren; als Anknüpfungskriterium einer allseitigen Kollisionsnorm würde er ansonsten leer laufen. Demnach greift Art. 12 Rom-I-VO insb. auch in den Fällen der Informationsverantwortlichkeit, die im US-Recht bzw. englischen Recht nicht unter dem Gesichtspunkt der c.i.c., sondern demjenigen des „promissory estoppel“ (hierzu etwa *ING Bank NV v Ros Roca SA (Rev 1)* [2011] EWCA Civ 353, Court of Appeal v. 31. 3. 2011) oder der „pre-contractual liability“ behandelt werden (vgl. Erwägungsgrund 30, der ausdrücklich die „Verletzung der Offenlegungspflicht“ als Beispiel nennt; wie hier Palandt/*Thorn*, Rom II 12, Rz. 2: Art. 12 erfasse die Verletzung von „Aufklärungs- und Informationspflichten“). Eingeschlossen dürften im Regelfall ferner diejenigen Sachverhalte sein, bei denen speziell die deutsche Rechtsprechung nach den Grundsätzen des „Bond“-Urteils das stillschweigende Zustandekommen eines selbstständigen Beratungsvertrags allein schon aus dem Umstand folgert, dass im Vorfeld des Anlagevertrags „ein Anlageinteressent an eine Bank oder der Anlageberater einer Bank an einen Kunden“ herantreten ist, „um über die Anlage eines Geldbetrages beraten zu werden bzw. zu beraten“ (BGH, Urt. v. 6. 7. 1993 – XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, unter II.1.a.). Damit dürfte der Überlegung, ob sich das Zustandekommen dieses separaten Beratungsvertrags mangels eigener Rechtswahlklausel gem. Art. 4 I lit. b, Art. 10 I Rom-I-VO nach deutschem Recht richtet, wenn das Wertpapierunternehmen in Deutschland niedergelassen ist, von vornherein der Boden entzogen sein.

4. Sonstige Wirkungen

Die Parteien sollten bei der Verwendung „Relationship-Between-Parties“-Klausel bedenken, dass sie bei **extensiver Auslegung** über die dargestellte Informationsverantwortung einer professionellen Vertragsseite gegenüber

3. Representations

ihrem weniger sachkundigem Vertragspartner noch weit hinausgehen und potentiell die Verantwortung für jede Art von im Rahmen des Vertragsschlusses erzeugten Vertrauens ausschließen könnte. Diesen Eindruck jedenfalls vermittelt die Entscheidung *Caiola v. Citibank, N.A.* (137 F. Supp. 2d 362, 364–65 (SDNY, 2. 4. 2001)), die, was aus der Begründung nicht deutlich wird, vermutlich zum New Yorker Recht ergangen sein dürfte. Dort ging es in einem Kontext, den man aus deutscher Sicht nicht nur bei § 280 I BGB (Verletzung eines Beratungsvertrags), sondern auch bei §§ 162 analog, 242 BGB (treuwidriges Verhalten) und möglicherweise im Umfeld der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) ansiedeln könnte, um die Frage, ob eine Partei ein **schutzwürdiges Vertrauen** darauf setzen kann, dass die Gegenseite durch ihr außervertragliches Verhalten den von ihr mit dem Vertrag angestrebten Zweck nicht gefährdet. Im Jahre 1994 hatte sich Caiola auf Vorschlag der Citibank für den synthetischen Handel von Aktien und Optionen in großem Umfang entschieden und dazu mit der Citibank ein ISDA MA abgeschlossen. Citibank hatte sich verpflichtet, Caiola finanziell so zu stellen, wie wenn das Unternehmen die Instrumente in Natur gekauft hätte, und Caiola hatte sich im Gegenzug zu gleichmäßigen periodischen Zahlungen verpflichtet. Solange die Citibank ihre Positionen im Wege des sog. Delta Hedging glattstellte, gelang es Caiola, Gewinne zu erzielen. Als die Citibank jedoch im Zuge ihrer Fusion mit der Travelers Group Inc. im Jahre 1998 – ohne Caiola zu informieren – ihre Hedging-Strategie auf Kassageschäfte in den Instrumenten umstellte, in die Caiola synthetisch investierte, führte dies, offenbar wegen des Marktgewichts der Citibank, zu einer **Veränderung der Marktgegebenheiten** und dazu, dass die eigene Hedge-Strategie von Caiola nicht mehr aufging. Das Unternehmen verlangte daher von der Citibank unter dem Gesichtspunkt des „securities fraud“ Ersatz der entstandenen Verluste. Das New Yorker Bezirksgericht wies die Klage ab mit der Begründung, die Citibank habe keine Informationspflichten verletzt und Caiola nicht getäuscht („misrepresentation“). In der betreffenden „Confirmation“ hätten beide Parteien ausdrücklich vereinbart, sich gegenseitig keinen Rat zu schulden („that they were ‚not relying on any advice, statements or recommendations (whether written or oral) of the other party‘“). Damit hielt das Gericht eine Abrede für maßgebend, die in der „Non-Reliance“-Zusicherung der „Relationship“-Klausel (Part 4(m)(i)(1)) ebenfalls enthalten ist (s. dort Satz 2: „It is not relying on any communication ... of the other party as investment advice or as a recommendation to enter into that Transaction“), wobei die „Non-Reliance“-Zusicherung mit dem nachfolgenden Satz 3 („No communication ... received from the other party will be deemed to be an assurance or guarantee as to the expected results of that Transaction“) sogar noch deutlicher als die vom Gericht zitierte Klausel auf die Selbstverantwortung der Parteien ausgerichtet ist. Weder den Umstand, dass die Citibank mit ihrem Verhalten den Erfolg ihrer eigenen Anlageempfehlung vereitelt hat, noch die davon unabhängige Erkenntnis, dass die (von beiden Seiten unbeeinflusste) Zufallsabhängigkeit des Risikos (unausgesprochene) Grundlage jedes Risikovertrags ist und die Klausel in dieser Auslegung somit den Zweck des Vertrags vereitelt (vgl. § 307 II Nr. 2 BGB), hat das Gericht berücksichtigt.

G. „Additional Representation“ (Part 4(m) des „Schedule“)

In keinem Fall allerdings wird die Klausel bei vernünftiger Auslegung so verstanden werden dürfen, dass die Parteien damit auf (vertragliche oder deliktische) Rechtsbehelfe wegen **vorsätzlicher Täuschungshandlungen** durch die Gegenseite (arglistige Täuschung, „fraudulent misrepresentation“) verzichten wollen (vgl. auch § 276 III BGB; *Nyquist v. Foster*, 44 Wash. 2d 465, 268 P.2d 442, Urt. v. 29. 3. 1954). Der Umstand, dass ein solches Verständnis immerhin vom Wortlaut noch gedeckt wäre, könnte, sollten die Parteien für den Vertrag ausnahmsweise die Geltung *deutschen* Rechts vereinbart haben (§ 13(a) i. V.m. Part 4(h) des „Schedule“), u. U. dazu führen, dass jedenfalls ein deutsches Gericht diesbezüglich Auslegungszweifel i. S. der Unklarheitenregel des § 305 II BGB erkennt. Denkbar wäre die Anwendung der Regeln über die AGB-Kontrolle etwa, wenn eine Wertpapierfirma ihrem Kunden den ISDA-Vertrag mitsamt einem bereits komplett oder jedenfalls in Bezug auf Part 4(m) (zur Qualifizierung einzelner Klauseln als AGB unten § 9, RdNr. 3 ff.) unterschriftsreif vorausgefüllten „Schedule“ unterbreitet („stellt“, § 305 I 1 BGB). „Zu Lasten“ des Verwenders der Klausel würde das Gericht dann Part 4(m) in dem unangemessenen (§ 307 BGB) und obendrein selbst bei einer Individualvereinbarung gesetzeswidrigen Sinne des Ausschlusses der Haftung für Vorsatz (§ 276 III BGB) auslegen mit der Folge, dass es die gesamte Klausel für unwirksam betrachten würde, selbst wenn im konkreten Sachverhalt ein Vorsatz gar nicht zur Debatte stand.

4. Agreements

Each party agrees with the other that, so long as either party has or may have any obligation under this Agreement or under any Credit Support Document to which it is a party: –

- (a) *Furnish Specified Information.* It will deliver to the other party or, in certain cases under clause (iii) below, to such government or taxing authority as the other party reasonably directs: –
- (i) any forms, documents or certificates relating to taxation specified in the Schedule or any Confirmation;
 - (ii) any other documents specified in the Schedule or any Confirmation; and
 - (iii) upon reasonable demand by such other party, any form or document that may be required or reasonably requested in writing in order to allow such other party or its Credit Support Provider to make a payment under this Agreement or any applicable Credit Support Document without any deduction or withholding for or on account of any Tax or with such deduction or withholding at a reduced rate (so long as the completion, execution or submission of such form or document would not materially prejudice the legal or commercial position of the party in receipt of such demand), with any such form or document to be accurate and completed in a manner reasonably satisfactory to such other party and

4. Agreements

to be executed and to be delivered with any reasonably required certification,

in each case by the date specified in the Schedule or such Confirmation or, if none is specified, as soon as reasonably practicable.

- (b) *Maintain Authorisations.* It will use all reasonable efforts to maintain in full force and effect all consents of any governmental or other authority that are required to be obtained by it with respect to this Agreement or any Credit Support Document to which it is a party and will use all reasonable efforts to obtain any that may become necessary in the future.
- (c) *Comply With Laws.* It will comply in all material respects with all applicable laws and orders to which it may be subject if failure so to comply would materially impair its ability to perform its obligations under this Agreement or any Credit Support Document to which it is a party.
- (d) *Tax Agreement.* It will give notice of any failure of a representation made by it under Section 3(f) to be accurate and true promptly upon learning of such failure.
- (e) *Payment of Stamp Tax.* Subject to Section 11, it will pay any Stamp Tax levied or imposed upon it or in respect of its execution or performance of this Agreement by a jurisdiction in which it is incorporated, organised, managed and controlled or considered to have its seat, or where an Office through which it is acting for the purpose of this Agreement is located („Stamp Tax Jurisdiction“), and will indemnify the other party against any Stamp Tax levied or imposed upon the other party or in respect of the other party's execution or performance of this Agreement by any such Stamp Tax Jurisdiction which is not also a Stamp Tax Jurisdiction with respect to the other party.

Inhaltsübersicht

	Rn.
A. „Furnish Specified Information“ (Abs. (a))	2–6
B. „Maintain Authorisations“ (Abs. (b))	7–10
C. „Comply With Laws“ (Abs. (c))	11–13
D. „Tax Agreement“ (Abs. (d))	14–15
E. „Payment of Stamp Tax“ (Abs. (e))	16

- 1 § 4 definiert eine Reihe von **Nebenleistungspflichten**, die die Erfüllung der Hauptpflichten aus dem Gesamtvertrag oder aus der Sicherungsvereinbarung unterstützen sollen und daher so lange bestehen, wie diese Pflichten noch nicht restlos erfüllt sind. Die jeweiligen Fassungen des § 4 im 1992 MA und 2002 MA sind bis auf drei kleine redaktionelle Änderungen in den Absätzen (a), (c) und (e) identisch (s. insoweit auch *Harding*, *Mastering the ISDA Master Agreements*, S. 197, 199).

A. „Furnish Specified Information“ (Abs. (a))

A. „Furnish Specified Information“ (Abs. (a))

Die Vorschrift des § 4(a)(i) und (ii) betrifft die Verpflichtung der Parteien 2 zur gegenseitigen Aushändigung bestimmter, für die störungsfreie Abwicklung des Vertrags erforderlicher, in Part 3 des „Schedule“ bzw. in der jeweiligen „Confirmation“ im Einzelnen zu bestimmender **Unterlagen**. Des Weiteren kann nach § 4(a)(iii) jede Partei bei einem sachlich gerechtfertigten Interesse („reasonable demand“) vom Vertragspartner schriftlich die Herausgabe weiterer Dokumente an sich selbst oder, wenn nötig, an eine zuständige hoheitliche Behörde (insb. Steuerverwaltung) verlangen, die sie oder ihr Sicherungsgeber braucht, um bei der Erfüllung der Zahlungsverpflichtungen aus dem Vertrag bzw. aus etwaigen Sicherungsabreden („Credit Support Documents“, Part 4(f) des „Schedule“) Steuern sparen zu können. Das Herausgabebegehren kann abgelehnt werden, wenn dessen Erfüllung die rechtliche oder wirtschaftliche Stellung der Gegenpartei in erheblicher Weise beeinträchtigen („materially prejudice“) würde. Sollte eine Partei es in Verletzung ihrer Verpflichtung nach § 4(a)(i) oder § 4(a)(iii) versäumen, der Gegenseite ein steuerrechtliches Formular zur Verfügung zu stellen, und führt dies dazu, dass Letztere entgegen ihrer Zusicherung Abzugsteuern entrichten muss, braucht sie den entsprechenden Betrag nach § 2(d)(i)(4)(A) nicht im Wege eines „Gross-Up“ auszugleichen (s. oben § 2, RdNr. 43 ff.). Die Unterlagen sind bis zu dem im „Schedule“ oder dem in der jeweiligen „Confirmation“ vereinbarten Zeitpunkt vorzulegen oder, wenn dazu nichts geregelt ist, so schnell wie möglich (§ 4(a) a.E.; s. insoweit auch *Harding*, *Mastering the ISDA Master Agreements*, S. 197).

Als **steuerrechtliche Unterlagen** („any forms, documents or certificates 3 relating to taxation“, Abs. (a)(i)), die der Gegenpartei nach Part 3(a) des „Schedule“ oder einer „Confirmation“ zur Verfügung zu stellen sind, kommen insb. Bestätigungen (u.U. auf entsprechenden Formularen der zuständigen Finanzbehörden) über die Befreiung des Zahlungsempfängers von einer auf Seiten des Zahlungspflichtigen drohenden Abzugsteuer in Betracht. In den USA wird eine solche Abzugsteuer auf bestimmte Arten von festen oder bestimmbar periodischen Zahlungen an ausländische, nicht in den USA wohnhafte Personen erhoben (vgl. *Reimer*, *MünchVhb.* 4. Aufl., Bd. 3.2, 1997, IV.7., Anm. 12(a)(cc), S. 788). Das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Befreiung von solchen Steuern wird auf speziellen Formularen der US-Steuerbehörde (Internal Revenue Service, „IRS“) nachgewiesen.

Um zu verhindern, dass sich der Zahlungsempfänger unter Berufung auf 4 eine „erhebliche Beeinträchtigung seiner rechtlichen oder wirtschaftlichen Stellung“ („would not materially prejudice the legal or commercial position“) nach § 4(a)(iii) weigert, bestimmte, für die Vermeidung der Besteuerung notwendige Unterlagen herauszugeben, und der Zahlungsverpflichtete in der Folge dann die bezahlten Steuern nach § 2(d)(i)(4) auszugleichen hat („Gross-Up“), ist es aus der Sicht des Letzteren wichtig, darauf zu achten, dass alle Dokumente, deren Bedeutung für die Besteuerung bereits bei Vertragsschluss absehbar ist, in Part 3(a) des „Schedule“ aufgeführt werden und

4. Agreements

damit in den Anwendungsbereich des § 4 (a) (i) gelangen. Teilweise wird dies dadurch versucht, dass man die Generalklausel des § 4 (a) (iii) in Part 3 (a) des „Schedule“ ausdrücklich inkorporiert und dabei den Zusatz weglässt, dass die Herausgabe der Unterlagen verweigert werden kann, wenn die rechtliche oder wirtschaftliche Stellung der Gegenpartei in erheblicher Weise beeinträchtigt wird. Dies sieht dann wie folgt aus:

„(a) Tax forms, documents or certificates to be delivered are:

Any document or certificate reasonably required or reasonably requested by a party in connection with its obligations to make a payment under this Agreement which would enable that party to make the payment free from any deduction or withholding for or on account of Tax or as would reduce the rate at which deduction or withholding for or on account of Tax is applied to that payment.

Party required to deliver document: Party A or Party B.

Date by which to be delivered: As soon as reasonably practicable following a request by the other party.“

- 5 Als **sonstige**, der Gegenseite auszuhändigende **Unterlagen** (Abs. (a)(ii)) kommen etwa in Betracht (weitere Bsp. etwa bei *Harding*, *Mastering the ISDA Master Agreements*, S. 526–531):
- Geschäftsberichte (z.B. *„Annual Report of Party X and of his Credit Support Provider containing consolidated financial statements certified by independent certified public accountants and prepared with generally accepted accounting principles in the country in which Party X and his Credit Support Provider are organized“*)
 - Nachweise über die ordnungsgemäße Beschlussfassung des zuständigen gesellschaftsrechtlichen Organs, Ausfertigungen staatlicher Genehmigungen etc. (*„Certified Copies of all corporate authorizations and any other documents with respect to the execution, delivery and performance of this Agreement“*)
 - Nachweise über die Identität der für den Vertragspartner handelnden Personen (*„Certificate of authority and specimen signatures of individuals executing this Agreement and Confirmations“* oder *„Evidence reasonably satisfactory to the other party as to the names, true signatures and authority of the persons executing this Agreement and each of the documents to be executed under this Agreement“*)
 - Nachweise über die erfolgte Bestellung einer verlangten Sicherheit, insb. Garantieerklärungen, Kreditbriefe, Pfandbriefe etc. (*„The Credit Support Document referred to in Part 4(f) and evidence, reasonably satisfactory to the other party, as to the incumbency and true signatures of the signatories to such Credit Support Document“*)
 - Rechtsgutachten („legal opinions“): Hier sollte präzisiert werden, ob das Rechtsgutachten von einem unabhängigen Dritten stammen muss oder ob die Arbeit der Rechtsabteilung des jeweiligen Vertragspartners genügt.
 - Nachweise über das Einverständnis eines nach Part 4(b) des „Schedule“ benannten Zustellungsbevollmächtigten (vgl. § 184 ZPO; zum Erfordernis eines Einverständnisses aus Sicht des deutschen Zivilprozessrechts s. z.B. LG Berlin, Beschl. 3. 11. 2011 – 526 Qs 22/11, openJur 2012, 16338, <http://openjur.de/u/285729.html>, Rz. 25, m.w.N.; s. auch *Harding*, *Mastering the ISDA Master Agreements*, S. 528, mit dem Formulierungsbeispiel eines „Process Agent acceptance letter“)