

Schweizer Schriften zum Bankrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dieter Zobl, Prof. Dr. Mario Giovanoli, Prof. Dr. Gerard Hertig

Band 33

**Prof. Dr. Dieter Zobl
Dr. Thomas Werlen, LL.M.**

**1992 ISDA-Master
Agreement**

**unter besonderer Berücksichtigung
der Swapgeschäfte**

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Inhaltsverzeichnis	V - XIV
Abkürzungsverzeichnis	XV - XVEH
Literaturverzeichnis	XIX - XLI
ERSTER TEIL: EINLEITUNG	1
I. Übersicht	3
II. 1992ISDA Master Agreement und Netting	4
1. Übersicht	4
2. Netting	4
3. Grundstruktur des Nettingsystems der ISDA	5
III. Die Kriterien der BIZ zur aufsichtsrechtlichen Anerkennung des Netting	6
1. Einleitung	6
2. Die Voraussetzungen der aufsichtsrechtlichen Anerkennung des Netting im einzelnen	7
3. Bedeutung dieser Vorschriften für das 1992 ISDA Master Agreement	8
IV. Zur ISDA und zum Werdegang des 1992 ISDA Master Agreement	9
1. Die ISDA	9
2. Die bis anhin von der ISDA entwickelten Dokumentationen	10
a) Die Anfänge	10
b) 1987 ISDA Master Agreement	11
c) 1992 ISDA Master Agreement	12

ZWEITER TEIL: PROBLEMÜBERSICHT	15
I. Vorbemerkungen	17
II. Im einzelnen zu beantwortende Rechtsfragen	17
III. Gang der Untersuchung	18
1. Übersicht	18
2. "Transactions"	18
a) Überblick	18
b) Problematik	20
c) Beschränkung auf "Swapgeschäfte"	21
d) Fazit	21
3. Exkurs: Kurzübersicht über die nicht im einzelnen behandelten Geschäfte	22
a) Devisentermingeschäfte	22
b) FRA's	22
c) Optionen	23
DRITTER TEIL: RECHTLICHE BEURTEILUNG	25
§1 EINLEITUNG	27
§2 PRÄLIMINARIEN	28
I. Swapgeschäfte	28
1. Übersicht	28
2. Analyse der Swapgeschäfte	28
a) Phänomenologie von Swapgeschäften	28
aa) Zinsswap	30
bb) Währungsswap	32
cc) Kombiniertes Zins-Währungs-Swap	33
dd) Parteien von Swapgeschäften	34
ee) Abstraktizität der Swapgeschäfte	35
b) Zusammenfassung	35
3. Qualifikation	36
a) Übersicht	36
b) Qualifikation des Realtyps "Zinsswap"	37
aa) Grundlagen	37

aa)	Grundlagen	37
bb)	Wesen des Realtyps "Zinsswap"	37
cc)	Zinsswap als Kaufvertrag im Sinne von Art. 184 ff. OR	38
dd)	Zinsswap als Tauschvertrag im Sinne von Art. 237 f. OR	39
ee)	Zinsswap als doppeltes Darlehen im Sinne von Art. 312 ff. OR	39
ff)	Zinsswaps als gegenseitige Schuldübernahme im Sinne von Art. 175 ff. OR	40
gg)	Zinsswap als eigenständiger Vertrag	41
hh)	Zusammenfassung	41
c)	Qualifikation des Realtyps "Währungsswap"	41
aa)	Grundlagen	41
bb)	Wesen des Realtyps "Währungsswap"	42
cc)	Qualifikation des einem Währungsswap zugrunde liegenden Devisenterminkontrakts	43
dd)	Qualifikation des aus verschiedenen als Innominatkontrakte sui generis zu deutenden Devisenkontrakten zusammengesetzten Währungsswaps	44
ee)	Zusammenfassung	44
4.	Spezifikationen	45
a)	Einleitung	45
aa)	Problemstellung	45
bb)	Gang der Untersuchung	46
b)	Spezifische Probleme der Rechtsanwendung auf SwapVerträge	46
aa)	Swapverträge als synallagmatische Verträge	46
bb)	Modalitäten der Erfüllung	47
a)	Erfüllungszeitpunkt	47
β)	Erfüllungsort	49
y)	Erfüllungsart	49
cc)	Swageschäfte als Dauerschuldverhältnisse	49
a)	Problemstellung	49
β)	Zum Begriff	50
Y)	Differenzierungen	51
8)	Swapverträge als Dauerschuldverhältnisse im weiteren Sinn / Sukzessivlieferungsverträge	52
e)	Konsequenzen für die Rechtsanwendung	53
c)	Modifikation infolge der Regelung im "1992ISDA Master Agreement"	54
aa)	Übersicht	54
bb)	Swapverträge als synallagmatische Verträge	54

cc)	Präzisierung der Erfüllungsmodalitäten (insbesondere des Erfüllungszeitpunktes) durch das "1992ISDA Master Agreement"	55
a)	Problemstellung	55
β)	Stellungnahme	56
γ)	Ergebnis	57
dd)	Swapverträge als Dauerschuldverhältnisse und "1992 ISDA Master Agreement"	58
d)	Zusammenfassung	58
	Exkurs: Swapgeschäfte und Differenzeinwand	59
a)	Problemstellung	59
b)	Swapgeschäfte als Differenzgeschäfte?	59
c)	Spielcharakter von Swapgeschäften?	60
d)	Fazit	61
	Einheitsvertragskonzept	61
	Einleitung	61
a)	Problemstellung	61
b)	Gang der Untersuchung	62
	"1992 ISDA Master Agreement" als Rahmenvertrag	63
a)	Vorbemerkung: Zur Terminologie	63
b)	"1992 ISDA Master Agreement" als Rahmenvertrag	64
c)	Ergebnis	65
	„1992 ISDA Master Agreement" als "Einheitsvertrag"	66
a)	Vorbemerkung: Zur Terminologie	66
b)	Analyse des "1992 ISDA Master Agreement"	67
c)	Qualifikation des "1992 ISDA Master Agreement" als Einheitsvertrag?	69
aa)	Qualifikation nach Vertrags- oder Konkursstatut?	69
bb)	Qualifikation des "1992 ISDA Master Agreement" nach dem Vertragsstatut	70
cc)	Qualifikation des "1992 ISDA Master Agreement" nach dem Konkursstatut	71
d)	Ergebnis	72
	Zusammenfassung	72

1992ISDA MASTER AGREEMENT UND KONKURS / INSOLVENZ	74
Einleitung	74
Übersicht	74
Gang der Untersuchung	74
Automatic Early Termination	75
<i>Analyse der vertraglichen Regelung</i>	75
Tatbestand: Bankruptcy Event	75
a) Übersicht	75
b) Im einzelnen	76
aa) Liquidation (Ziff. 5 (a)(vii) (1))	76
bb) (Aussergerichtlicher) Nachlassvertrag (Ziff. 5 (a) (vii) (3))	77
cc) Auflösungsbeschluss (Ziff. 5 (a)(vii) (5))	78
dd) Zwangsverwaltung (Ziff. 5 (a) (vii) (6))	78
ee) Konkursöffnung bzw. Nachlassstundung (Ziff. 5 (a)(vii) (4))	79
c) Fazit	80
Rechtsfolge: Automatic Early Termination	81
a) Übersicht	81
b) Bedeutung der Automatic Early Termination	82
c) Die Abwicklung der durch "Automatic Early Termination" beendeten Transaktionen	83
aa) Übersicht	83
bb) Berechnung der Liquidationszahlungen	83
a) Abstrakte versus konkrete Schadensberechnungsmethode (Market Quotation versus Loss)	83
β) Umfang des Schadensausgleichs (First Method versus Second Method)	84
cc) Analyse der einzelnen zur Bestimmung des Liquidationssaldos präliminaren Operationen	84
a) Festsetzung der Liquidationsforderung der einzelnen Transaktionen	84
β) Festsetzung des Saldos der sämtlichen errechneten Liquidationsforderungen	85
γ) Festsetzung des effektiv auszugleichenden Betrages	85
dd) Zusammenfassung	85

B.	<i>Durchsetzbarkeit der frühzeitigen Beendigung der zwischen den Parteien abgeschlossenen Swapgeschäfte</i>	86
1.	Übersicht	86
2.	Wirkungen der Konkursöffnung im allgemeinen	86
	a) Spezielle Wirkungen der Konkursöffnung gemäss OR	86
	aa) Im allgemeinen	86
	bb) Spezifische, in Analogie zum BT OR abzuleitende Wirkungen der Konkursöffnung auf Swapverträge	88
	cc) Konkursöffnung als wichtiger Grund für die Kündigung von als Dauerschuldverhältnisse zu deutenden Swapverträgen	89
	dd) Fazit	90
	b) Die allgemeinen Wirkungen der Konkursöffnung gemäss OR und SchKG	90
	c) Zusammenfassung	94
3.	Zulässigkeit der Vereinbarung vertraglicher Beendigungsklauseln für den Fall der Konkursöffnung (Automatic Early Termination)	95
	a) Vorgehen	95
	b) "Eintrittsrecht" der Konkursverwaltung gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG	95
	aa) Systematische Stellung von Art. 211 Abs. 2 SchKG	95
	bb) Tragweite von Art. 211 Abs. 2 SchKG	97
	a) Lehre	97
	β) Rechtsprechung	99
	γ) Stellungnahme	100
	cc) Die Parallelbestimmung im deutschen Recht: § 17 KO	102
	dd) Ergebnis	103
	c) Zulässigkeit der vertraglichen Beendigungsklauseln in Swapverträgen	104
	aa) Vorgehen	104
	bb) Rechtsprechung und Lehre in der Schweiz	104
	a) Rechtsprechung	104
	β) Lehre	105
	cc) Rechtsprechung und Lehre in Deutschland	106
	a) Übersicht	106
	β) Rechtsprechung	107
	γ) Lehre	108

dd)	Stellungnahme (zugleich betreffend Ziff. 6 (a) des "1992ISDA Master Agreements")	111
a)	Erweiternde Auslegung von Art. 211 Abs. 2 SchKG	111
β)	Art. 211 Abs. 2 SchKG als Norm des Verfahrensrechts	119
y)	Zusammenfassung	120
4.	Rechtslage gemäss SchKG-Revision	121
C. <i>Durchsetzbarkeit der mit der frühzeitigen Beendigung verknüpften Rechtsfolgen gemäss Ziff. 6 des „1992 ISDA Master Agreement“</i>		
1.	Übersicht	122
2.	Abgrenzung von Konkurs- und Vertragsstatut im Rahmen der vertraglich festgelegten Beendigungsordnung	123
a)	Übersicht	123
b)	Bestimmung der Höhe der zu leistenden Liquidationszahlungen	123
aa)	Vorbemerkung	123
bb)	Problemstellung	124
cc)	Rechtsnatur der bei Nichterfüllung durch die Konkursverwaltung gemäss Art. 211 SchKG "entstehenden" Forderungen	124
dd)	Ergebnis	126
c)	Massgebliches Statut für die Verrechenbarkeit von wechselseitigen Forderungen im Konkurs	127
d)	Massgebliches Statut für die Umrechnung von Fremdwährungen in die Konkurswährung	128
e)	Zusammenfassung	129
3.	Würdigung der Bestimmung der Höhe der Liquidationszahlungen	129
a)	Vorbemerkung	129
b)	Verstoss der vertraglichen Liquidationsordnung gegen den schweizerischen ordre public?	130
aa)	Übersicht	130
bb)	Die vertraglich vorgesehenen Schadenersatzberechnungsmethoden	131
a)	Vereinbarung von Liquidationszahlungen im Grundsatz	132
β)	Höhe der vertraglich vereinbarten Liquidationszahlungen	132
y)	Fazit	134
cc)	Die Festlegung der effektiven Liquidationszahlung	134

a)	Art. 27 Abs. 2 ZGB	135
β)	Konventionalstrafe (Art. 160 ff.OR)	136
7)	"Punitive Damages"	137
8)	Anfechtungsklagen (Art. 285 ff. SchKG)	138
e)	Verfügungsmacht des Gemeinschuldners?	139
ϕ)	Fazit	141
dd)	Zusammenfassung	141
4.	Beurteilung der Zulässigkeit der Verrechnung im Konkurs nach schweizerischem Konkursstatut	141
5.	Notwendigkeit der Umrechnung von Fremdwährungen in die Konkurswährung nach schweizerischem Konkursstatut?	142
6.	Zusammenfassung	143
ID.	Optional Early Termination	144
A.	Analyse der vertraglichen Regelung	144
1.	Tatbestand: Event of Default	144
2.	Rechtsfolge: "Optional Early Termination"	145
a)	Übersicht	145
b)	Bedeutung der "Optional Early Termination"	145
B.	Durchsetzbarkeit der frühzeitigen Beendigung der zwischen Parteien abgeschlossenen Swapgeschäfte	146
1.	Übersicht	146
2.	Erweiternde Auslegung von Art. 211 Abs. 2 SchKG	147
3.	Art. 211 Abs. 2 SchKG als Norm des Verfahrensrechts	148
4.	Zusammenfassung	150
C.	Durchsetzbarkeit der mit der frühzeitigen Beendigung verknüpften Rechtsfolgen gemäss Ziff. 6 des "1992ISDA Master Agreement"	150
1.	Übersicht	150
2.	Einzelfragen	150
3.	Zusammenfassung	151
D.	Ergebnis	152

IV. Multibranch-Netting (Ziff. 10 (a) des 1992ISDA Master Agreement)	153
1. Übersicht und Problemstellung	153
2. Durchsetzbarkeit der Multibranch-Klausel als solcher in Konkurs/ Insolvenz	156
a) Problemstellung	156
b) Anwendbares Recht	156
aa) Schweizerische Branch einer im Ausland inkorporierten Bank	156
bb) Ausländische Branch einer in der Schweiz inkorporierten Bank	157
c) Beurteilung nach schweizerischem Sachrecht	158
d) Ergebnis	159
3. Auswirkungen der Multibranch-Netting-Klausel auf die Durchsetz- barkeit der Bestimmungen zur Automatic bzw. Optional Early Termination im allgemeinen	159
a) Problemstellung	159
b) Cross-Default-Problematik	160
c) Kreuzweise Verrechnung („Set-Off-Issue“)	161
aa) Übersicht	161
bb) Zivilrechtliche Verrechnungsproblematik	161
cc) Insolvenzrechtliche Verrechnungsproblematik	162
d) Ergebnis	163
4. Zusammenfassung	163
§4 ZUSAMMENFASSUNG	165
I. Einleitung	165
n. Die dem „1992ISDA Master Agreement“ unterstellten Transaktionen	166
A. Swapgeschäfte	166
1. Analyse	166
2. Qualifikation	167
3. Spezifikationen	168
4. Differenzeinwand	169

B. Die übrigen, dem "1992ISDA Master Agreement" unterstellten Transaktionen	169
m. Einheitsvertragskonzeption	169
1. "1992 ISDA Master Agreement" als Rahmenvertrag	169
2. "1992 ISDA Master Agreement" als Einheitsvertrag	169
IV. „1992 ISDA Master Agreement“ im Insolvenzverfahren	170
A. Ergebnis der Beurteilung der Regelung der Automatic Early Termination	170
1. Durchsetzbarkeit der frühzeitigen Beendigung der zwischen den Parteien abgeschlossenen Swapgeschäfte (gleichzeitig Beurteilung der Bedeutung der Bestimmung von Art. 211 SchKG)	170
2. Durchsetzbarkeit der mit der frühzeitigen Beendigung verknüpften Rechtsfolgen	174
3. Schlussfolgerungen	177
B. Ergebnis der Beurteilung der Regelung der Optional Early Termination	178
1. Durchsetzbarkeit der frühzeitigen Beendigung der zwischen den Parteien abgeschlossenen Swapgeschäfte	178
2. Durchsetzbarkeit der mit der frühzeitigen Beendigung verknüpften Rechtsfolgen	179
C. Ergebnis der Beurteilung der Regelung des Multibranch-Netting	179
1. Verbindlichkeit der Multibranch-Netting-Klausel für die im Schedule aufgeführten Offices	179
2. Durchsetzbarkeit des Multibranch Close-out Netting	179
V. SCHLUSSFOLGERUNGEN	180