



No 7942 of 2008

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE
CHANCERY DIVISION
COMPANIES COURT

**IN THE MATTER OF LEHMAN BROTHERS INTERNATIONAL (EUROPE) (IN
ADMINISTRATION)**

AND IN THE MATTER OF THE INSOLVENCY ACT 1986

- (1) ANTHONY VICTOR LOMAS**
- (2) STEVEN ANTHONY PEARSON**
- (3) PAUL DAVID COPLEY**
- (4) RUSSELL DOWNS**
- (5) JULIAN GUY PARR**

(as the joint administrators of the above named company)

Applicants

- AND -

- (1) BURLINGTON LOAN MANAGEMENT LIMITED**
- (2) CVI GVF (LUX) MASTER S.À R.L**
- (3) HUTCHINSON INVESTORS LLC**
- (4) WENTWORTH SONS SUB-DEBT S.À R.L**
- (5) YORK GLOBAL FINANCE BDH, LLC**
- (6) GOLDMAN SACHS INTERNATIONAL**

Respondents

**ENGLISH TRANSLATION OF SUPPLEMENTAL EXPERT
OPINION OF GERO FISCHER AS TO MATTERS OF
GERMAN LAW**

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE
CHANCERY DIVISION
COMPANIES COURT

**IN THE MATTER OF LEHMAN BROTHERS INTERNATIONAL (EUROPE) (IN
ADMINISTRATION)**

AND IN THE MATTER OF THE INSOLVENCY ACT 1986

- (1) ANTHONY VICTOR LOMAS**
- (2) STEVEN ANTHONY PEARSON**
- (3) PAUL DAVID COPLEY**
- (4) RUSSELL DOWNS**
- (5) JULIAN GUY PARR**

(as the joint administrators of the above named company)

Applicants

- AND -

- (1) BURLINGTON LOAN MANAGEMENT LIMITED**
- (2) CVI GVF (LUX) MASTER S.À R.L**
- (3) HUTCHINSON INVESTORS LLC**
- (4) WENTWORTH SONS SUB-DEBT S.À R.L**
- (5) YORK GLOBAL FINANCE BDH, LLC**
- (6) GOLDMAN SACHS INTERNATIONAL**

Respondents

**SUPPLEMENTAL EXPERT OPINION OF GERO FISCHER AS
TO MATTERS OF GERMAN LAW**

Dr. Gero Fischer

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D.

Ergänzungsgutachten
in the Matter of
Lehman Brothers International (Europe)
(In administration)

Vorab

- 1 Ich wurde von Kirkland & Ellis International LLP im Namen von Wentworth Sons Sub-Debt s.à r.l. instruiert, ein an den High Court of Justice gerichtetes Gutachten zu bestimmten ergänzenden Fragen des deutschen Rechts (wie im Folgenden dargelegt), die relevant für den Antrag der Joint Administrators der Lehman Brothers International (Europe) (in Administration) an das Gericht sind, anzufertigen. Dieses ergänzende Gutachten sollte zusammen mit meinem ersten Gutachten vom 10. Juli 2015 und dem Antwortgutachten auf das Gutachten von Herrn Professor Mülbert vom 31. Juli 2015 gelesen werden; meine Qualifikation und das Vorab-Statement in meinem ersten Gutachten werden hier entsprechend wiederholt. Außerdem habe ich das Administration Summary zur Kenntnis genommen, das die Parteien den Gutachtern zur Verfügung gestellt haben. Im Folgenden habe ich meine Schlussfolgerungen zu den Fragen, die ich beantworten soll, zusammengefasst.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- 2 1. Die nach Nr. 9 des deutschen Rahmenvertrags (*German Master Agreement*, "GMA") dem Gläubiger zustehende einheitliche Ausgleichsforderung wird fällig, sobald er sie in der nach Nrn. 8 und 9 vorgesehenen Weise berechnet hat und in nachvollziehbarer Weise darlegt, wie das Ergebnis ermittelt worden ist.
- 3 2. Wegen verspäteter Erfüllung der Ausgleichsforderung kann Schadensersatz nur verlangt werden, wenn die Voraussetzungen des Verzugs nach § 286 BGB vorliegen.
- 4 3. Eine nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erklärte Mahnung ist unwirksam; sie begründet keinen Verzug.
- 5 4. Eine formell ordnungsgemäße Mahnung ist nur wirksam, wenn dem Gläubiger eine fällige, durchsetzbare Forderung gegen den Schuldner zusteht.
- 6 5. a) Die Anmeldung einer Forderung im Insolvenzverfahren erfüllt nicht die Voraussetzungen einer Mahnung.
- 7 b) Eine Kündigung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach dem Insolvenzantrag ist wirkungslos.
- 8 6. Nach Erfüllung der Hauptschuld kann eine Mahnung nur bezogen auf einen Verzugsschaden ausgebracht werden, soweit ein solcher entstanden und fällig geworden ist.
- 9 7. Weder der Insolvenzantrag noch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllen die Voraussetzungen einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Leistung im Sinne von § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB; sie rechtfertigen auch nicht den sofortigen Eintritt des Verzugs nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB. Auf der Grundlage des Administration Summary gilt dasselbe für den Antrag auf eine Administration sowie für die Eröffnung der Administration.
- 10 8. Hat der Gläubiger nicht eine Ausgleichsforderung nach Nrn. 8 und 9 GMA, sondern eine Forderung wegen Nichterfüllung nach § 104 Abs. 3 InsO, gelangt man in allen Fragen, welche die Entstehung eines Verzugsschadens betreffen, zu den gleichen Ergebnissen wie im Falle einer Berechnung der Forderung nach Nrn. 8 und 9 GMA.

A. Ergänzende Fragestellung

Frage 20

- 11 Die am Rechtsstreit beteiligten Parteien haben die Fragestellung, auf der das Hauptgutachten beruht, geändert. Die Frage lautet nunmehr:
- 12 *20.1 Ob und unter welchen Umständen wäre ein Gläubiger in der Folge von LBIEs Administration berechtigt, einen Anspruch auf "weiteren Schaden" ("damages interest claim") gemäß § 288 Abs. 4 BGB geltend zu machen, auf jeden Betrag, der gemäß Ziffern 7 bis 9 des Deutschen Rahmenvertrags zu zahlen ist.*
- 13 *20.2 Wenn die Frage 20.1 bejaht werden kann, ob (und wenn ja, unter welchen Umständen), kann der gesamte oder ein Teil dieses "weiteren Schadens" ("damages interest claim") Teil der „rate applicable to the debt apart from the administration“ im Sinne der Regel 2.88(9) bilden?*
- 14 Das Ergänzungsgutachten soll zu folgenden Punkten Stellung nehmen:
- 15 1. Zur Auslegung von Nr. 7 bis 9 des Deutschen Rahmenvertrags (GMA)
- 16 a) Wann wird eine Abschlusszahlung nach den Ziffern 7 bis 9 GMA fällig?
- 17 b) Muss ein Verzug im Sinne des § 286 BGB eingetreten sein, damit es einen Schadensersatzanspruch wegen der verspäteten Zahlung geben kann?
- 18 c) Ist § 271 BGB für die Frage unter a) relevant?
- 19 2. Wie ist § 286 BGB auszulegen? Insbesondere:
- 20 a) Kann ein Zahlungsverzug entstehen, wenn die sich nicht in Zahlungsrückstand befindende Partei der Gegenpartei, die sich im Zahlungsrückstand befindet, eine Mahnung zustellt, obwohl die Gegenpartei in eine Administration in England und Wales eingetreten ist und dort verbleibt?
- 21 b) Was sind die formellen und materiellen Voraussetzungen einer Mahnung im Sinne des § 286 BGB?
- 22 c) Könnte (1) die Anmeldung einer Forderung in der Administration von LBIE und/oder (2) die Zustellung einer Kündigung der sich nicht im Zahlungsrückstand befindlichen Gegenpartei an LBIE gemäß dem GMA die Zustellung einer Mahnung im Sinne des § 286 BGB darstellen?

- 23 d) Kann eine sich nicht in Zahlungsrückstand befindende Partei der Gegenseite, die sich im Zahlungsrückstand befindet, eine Mahnung zustellen, nachdem die Gegenseite die Hauptschuld beglichen hat, die sie der nicht in Zahlungsrückstand befindenden Partei schuldet? Falls ja, würde sich der Anspruch auf Ersatz weiteren Schadens (*damages interest claim*) auf den Zeitraum beziehen, zu dem die Gegenseite die Hauptschuld noch nicht vollständig beglichen hat?
- 24 e) Welche Ausnahmen gibt es bezüglich der Notwendigkeit einer Mahnung, damit ein Verzug entstehen kann? Würden mit Blick auf die Administration Summary eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung der LBIE im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB oder besondere Gründe, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den unmittelbaren Beginn des Verzugs gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB rechtfertigen, vorliegen, wenn (1) ein Insolvenzantrag von der LBIE oder in Bezug auf die LBIE gestellt wurde, und/oder (2) die LBIE in die Insolvenz gegangen ist? Würde das in beiden Fällen bedeuten, dass eine Mahnung nicht erforderlich ist?

B. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Auslegung von Nr. 7 bis 9 GMA

a) Fälligkeit der Abschlusszahlung

- 25 Für die Auslegung von Nr. 7 bis 9 GMA ist außer dem Wortlaut dieser Bestimmungen auch deren Sinn und Zweck zu beachten. Die in Nr. 7 bis 9 GMA enthaltene Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass nach Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 GMA alle Abschlüsse untereinander und zusammen mit dem Rahmenvertrag einen einheitlichen Vertrag bilden, der die Gesamtheit der Finanztermingeschäfte gemäß § 104 Abs. 2 Satz 3 InsO zu einem gegenseitigen Vertrag im Sinne der §§ 103, 104 InsO verbindet.¹
- 26 Zu Nr. 7 verweise ich zunächst auf Rn. 45 meines Hauptgutachtens (nachfolgend: HG). Gemäß Nr. 7 Abs. 2 endet der Vertrag ohne weiteres im Insolvenzfall. Dieser ist unter den in Satz 2 genannten Voraussetzungen mit Stellung des Insolvenzantrags gegeben. Wie ich in Rn. 56 und 57 HG näher dargelegt habe, enthält diese vertragliche Regelung eine wirksame Lösungsklausel. Sie steht nicht in Widerspruch zu §§ 103 – 118 InsO und verstößt nicht gegen § 119 InsO. Daher greift Nr. 7 Abs. 3 ein, mit der Folge, dass keine Partei mehr zu Zahlungen nach Nr. 3 Abs. 1 GMA verpflichtet ist, die erst am Tage der Beendigung oder später fällig werden sollten. An die Stelle der aus diesen Forderungen herrührenden Zahlungsansprüche tritt die nach Nr. 8 und 9 zu berechnende Ausgleichsforderung (vgl. Rn. 58, 74 HG).
- 27 Zu Nr. 8 verweise ich auf Rn. 59, 75 und 76 HG. Der Gläubiger hat danach die Wahl, ob er seinen Schaden konkret durch unverzüglich abzuschließende Ersatzgeschäfte oder nach Abs. 1 Satz 3 abstrakt berechnet. Wie im Hauptgutachten bereits dargelegt, geht es um Schadensersatzansprüche, auf die die Regeln der §§ 249 ff. BGB Anwendung finden. Nr. 8 betrifft nicht nur die in Nr. 7 Abs. 3 genannten Ansprüche, deren Fälligkeit erst am Tage der Vertragsbeendigung oder später eingetreten wäre, sondern auch diejenigen Forderungen, die im Zeitpunkt des Vertragsendes bereits fällig waren, aber nicht erfüllt worden sind. Dies folgt daraus, dass der Vertragspartner der insolvent gewordenen Partei gemäß Nr. 8 Abs. 1 Satz 2 GMA durch den Schadensersatzanspruch so gestellt werden soll, wie er bei ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung gestanden hätte, und verwirklicht damit die in Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 vorgeschriebene Einheitlichkeit des Vertrages.²

¹ BGH, 28.04.2015 – XI ZR 378/13, WM 2015, 1273 Rn. 54.

² Jahn/Fried, in MünchKomm-InsO, 3. Aufl., § 104 Rn. 143 ff.

- 28 Die in Nr. 8 gewährte Möglichkeit zur konkreten Schadensberechnung weicht von der in § 104 Abs. 3 InsO für entsprechende Verträge im Insolvenzfall vorgesehenen Regelung ab; denn diese Vorschrift sieht ausschließlich eine abstrakte Schadensberechnung vor. Ob die im GMA enthaltene Regelung gleichwohl gültig ist, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt (vgl. die Nachweise in Fn. 32 und 33 HG). Für die hier zu beantwortende Frage hat dies nur dann rechtliche Bedeutung, wenn die Anwendung von § 104 Abs. 3 InsO zu anderen Ergebnissen als Nr. 8 GMA führt, was die Entstehung von Ansprüchen auf Ersatz von Verzugsschaden angeht. Dazu wird in einem gesonderten Abschnitt dieses Gutachtens unter 3. Stellung genommen.
- 29 Die in Nr. 9 GMA enthaltene Regelung ist bereits in Rn. 60, 77 und 78 HG behandelt worden. An dieser Stelle ist nochmals darauf hinzuweisen, dass nach Nr. 9 Abs. 1 die Ansprüche auf vor Vertragsende fällige Leistungen und die Schadensersatzansprüche nach Nr. 8 zu einer einheitlichen Ausgleichsforderung zusammengefasst werden. Die Art und Weise, wie die Ausgleichsforderung ermittelt werden soll, weicht ebenfalls von der gesetzlichen Regel des § 104 Abs.3 InsO ab. Ob dieser Umstand für die Frage des Verzugsschadens von Bedeutung sein kann, wird ebenfalls unten zu 3. erörtert werden
- 30 Der Gläubiger muss die ihm nach Nr. 9 Abs. 1 GMA zustehende einheitliche Ausgleichsforderung in der Weise ermitteln, dass er rückständige Beträge und sonstige Leistungen sowie den ihm zustehenden Schadensersatz zu einer einheitlichen Forderung zusammenfasst. Was den Schadensersatzanspruch angeht, muss er sich entscheiden, ob er Ersatzgeschäfte abschließt oder den Schaden abstrakt berechnet (Nr. 8 Abs. 1 Satz 2 bis 4 GMA). Erst nachdem der Gläubiger die entsprechende Entschließung getroffen hat und das daraus folgende Ergebnis benennen kann, ergibt sich, ob und in welcher Höhe ihm eine Ausgleichsforderung zusteht. Die Ausgleichsforderung nach Nr. 9 Abs. 1 ist daher davon abhängig, dass der Gläubiger die beschriebenen Handlungen vorgenommen hat. Da nach Wortlaut und Inhalt des Vertrages die Entstehung der Ausgleichsforderung nach Grund und Höhe von den in Nr. 8 und 9 geregelten Voraussetzungen abhängt, kann die Ausgleichsforderung nicht fällig werden, bevor der Gläubiger die nach Nr. 9 Abs. 1 GMA gebotene Zusammenfassung vorgenommen hat.³

³ Vgl. die von Ernst in MünchKomm-BGB, aaO, § 271 Rn. 30 genannten Beispiele, in denen die Fälligkeit ebenfalls von einem bestimmten Handeln einer Vertragspartei abhängt.

b) Verzug als Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs

- 31 Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger eines Vertrages nur verlangen, wenn außer den in § 280 Abs. 1 BGB genannten Merkmalen der Pflichtverletzung aus dem Schuldverhältnis sowie des Verschuldens und eines hierdurch entstandenen Schadens die zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB vorliegen (§ 280 Abs. 2 BGB). Die Ausgleichsforderung nach Nr. 9 Abs. 1 GMA stellt zweifelfrei eine aus Vertrag herrührende Forderung dar, auf die § 280 Abs. 2 BGB anzuwenden ist.
- 32 Ist die Ausgleichsforderung nicht alsbald nach Fälligkeit, sondern erst verspätet erfüllt worden, kann daraus folglich ein Schadensersatzanspruch wegen Verzuges nur dann begründet sein, wenn insoweit die Voraussetzungen eines Verzuges nach § 286 BGB zu bejahen sind.

c) Relevanz von § 271 BGB

- 33 § 271 Abs. 1 BGB lautet:
- 34 *Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.*
- 35 Eine Forderung wird zu dem Zeitpunkt fällig, von dem an der Gläubiger die Leistung verlangen kann.⁴ Die Leistung kann sofort verlangt werden, wenn deren Zeit weder bestimmt noch aus den Umständen etwas anderes zu entnehmen ist.
- 36 Einen exakten Zeitpunkt, von dem an die Ausgleichszahlung verlangt werden kann, sieht Nr. 9 GMA nicht vor. Auf die Umstände ist abzustellen, wenn, wie in diesem Fall, eine vertragliche Vereinbarung oder gesetzliche Sondervorschriften fehlen.⁵ Aus der in Nr. 8 und 9 zur Ermittlung der Ausgleichsforderung getroffenen Regelung ergibt sich ohne weiteres, dass diese nicht schon bei Vertragsende feststeht, sondern erst dann beziffert werden kann, wenn der Gläubiger sich entschieden hat, ob er den Schaden konkret oder abstrakt berechnen will, die aufgrund der getroffenen EntschlieÙung notwendigen Handlungen durchgeführt und die Verrechnung mit Gegenansprüchen nach Nr. 9 Abs. 2 GMA vorgenommen hat.⁶ Die Voraussetzungen einer sofortigen Fälligkeit nach § 271 Abs. 1 BGB sind nicht erfüllt. Der

⁴ BGH, 01.02.2007 – III ZR 159/06, WM 2007, 612 Rn. 16.

⁵ Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 271 Rn. 9.

⁶ Vgl. Jahn/Fried, aaO, § 104 Rn. 152 ff.

Fälligkeitszeitpunkt ist daher oben zu a) unter Beachtung von § 271 BGB nach den für die Ermittlung der Ausgleichsforderung wesentlichen Umständen bestimmt worden.

2. Auslegung von § 286 BGB

a) Mahnung an die in eine Administration eingetretene Partei

- 37 Wie ich bereits in Rn. 64 HG ausgeführt habe, ist grundsätzlich jede eindeutige und bestimmte Aufforderung, mit welcher der Gläubiger die geschuldete Leistung verlangt, als Mahnung anzusehen. Gemäß § 286 Abs. 1 Satz 2 BGB stehen die Erhebung einer Klage sowie die Zustellung eines gerichtlichen Mahnbescheides der Mahnung gleich, nicht dagegen die Anmeldung einer Forderung in einem deutschen Insolvenzverfahren, weil der Schuldner mit dessen Eröffnung die Befugnis, über sein Vermögen zu verfügen, verloren hat (vgl. die Nachweise in Fn. 36 HG).
- 38 Bevor ich auf das Administration Summary eingehe, möchte ich zum deutschen Recht ausführen: Insolvenzgläubiger können nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihre Forderungen nur noch nach den Vorschriften des Insolvenzrechts verfolgen (§ 87 InsO). Sie sind darauf angewiesen, ihre Ansprüche zur Tabelle anzumelden. Eine gegen den Schuldner erhobene Klage ist unzulässig, weil er nicht nur die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen, sondern auch die passive Prozessführungsbefugnis verloren hat. Deshalb ist auch eine Rechtsverfolgung durch Klage gegen die Masse unzulässig. Die Insolvenzordnung kennt als einzigen Weg tätiger Rechtsverfolgung die Anmeldung zur Tabelle.⁷ Das Vermögen des Schuldners wird an die Gläubiger nach den Bestimmungen der Insolvenzordnung verteilt.
- 39 Sind die der Mahnung gleichstehenden Rechtshandlungen der Klage sowie der Zustellung eines Mahnbescheids aus den genannten Gründen unwirksam, so gilt dies für die Mahnung selbst erst recht. Durch den Ausschluss von Klage und Mahnbescheid gegen den Schuldner soll die Gleichbehandlung der Gläubiger gesichert werden. Kein Insolvenzgläubiger soll durch eigene Handlungen gegen den Schuldner Vorteile gegenüber der Gesamtheit der Gläubiger erlangen können. Daher kann die Mahnung ebenso wie die Klage sowohl wegen der mangelnden Verfügungsbefugnis des Schuldners als auch im Hinblick auf den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung keine Rechtswirkungen zugunsten eines einzelnen Gläubigers äußern. Die Mahnung gegenüber einem Schuldner, über dessen Vermögen das

⁷ BGH, 21.02.2013 – IX ZR 92/12, NZI 2013, 388 Rn. 20 – 28.

Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, vermag daher keinen Verzug zu begründen.

- 40 Aus dem Administration Summary geht hervor, dass die Administration nach englischem Recht ein Moratorium der Prozesse gegen den Schuldner bewirkt, die Gläubiger ihre Forderungen in Einklang mit dem englischen Insolvenzrecht anmelden und sie nach den Vorschriften des englischen Insolvenzrechts eine Insolvenzquote auf ihre Forderungen erhalten. Die Wirkungen einer englischen Administration auf die Durchsetzung von Gläubigerforderungen gegen den Schuldner entsprechen daher jedenfalls in den wesentlichen Punkten dem deutschen Insolvenzrecht. Daher ist die Norm des § 286 Abs. 1 BGB meiner Ansicht nach in dem Sinne auszulegen, dass der Gläubiger den Schuldner, gegen den die Administration angeordnet worden ist, nicht durch eine Mahnung nach § 286 Abs. 1 BGB in Verzug setzen kann.

b) Formelle und materielle Voraussetzungen einer Mahnung

- 41 Die Frage nach den formellen Voraussetzungen der Mahnung ist bereits in Rn. 64 HG beantwortet worden. Materiell ist einmal erforderlich, dass die Forderung des Gläubigers fällig ist, was sich schon aus dem Wortlaut von § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt. Darüber hinaus muss dem Gläubiger ein durchsetzbarer Anspruch zustehen. Der Anspruch ist schon dann nicht durchsetzbar, wenn dem Schuldner eine dauernde oder vorübergehende Einrede zusteht.⁸ Der Gläubiger, der nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine rechtliche Möglichkeit besitzt, wegen seiner Forderung gegen den Schuldner persönlich gerichtlich vorzugehen, hat daher erst recht keinen durchsetzbaren Anspruch.
- 42 Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Gläubiger somit durch eine Mahnung keinen Verzug begründen, weil es, solange das Verfahren andauert, an einem durchsetzbaren Anspruch fehlt. Nach dem Administration Summary gilt dies meiner Meinung nach in gleicher Weise, wenn der Gläubiger dem Schuldner eine Mahnung zustellt, über dessen Vermögen eine Administration nach englischem Recht eröffnet worden ist.

⁸ BGH, 16.03.1988 – VIII ZR 184/87, BGHZ 104, 6, 11; 18.01.1991 – V ZR 11/90, BGHZ 113, 232 236 (st. Rspr.).

c) Anmeldung einer Forderung oder Zustellung einer Kündigung als Mahnung

(1) Anmeldung einer Forderung

- 43 Diese Frage ist in Rn. 64 HG sowie oben zu a) schon im verneinenden Sinne beantwortet worden. Meiner Ansicht nach trifft dies auch für die Anmeldung einer Forderung in einer Administration nach englischem Recht zu.

(2) Zustellung einer Kündigung

- 44 Erfolgt die Kündigung nach Anordnung der Administration, gilt aus den oben dargelegten Gründen dasselbe wie im Falle der Anmeldung einer Forderung. Ein Verzug des Schuldners kann dadurch nicht begründet werden.
- 45 Erfolgt die Kündigung wegen des Insolvenzantrags noch vor Anordnung der Administration, gehen ihre Wirkungen ebenfalls ins Leere. Der Insolvenzantrag hat zur Beendigung des Vertrages geführt, mit der Folge, dass Forderungen, die ohne die Beendigung am selben Tag oder später fällig geworden wären, nicht mehr bestehen. Sind am Tag vor dem Insolvenzantrag oder früher fällig gewordene Forderungen am Tag des Insolvenzantrags nicht erfüllt, so richtet sich die Frage, ob Verzug eingetreten ist, nach Nr. 3 Abs. 1 GMA. Ob es solche Forderungen im vorliegenden Verfahren gibt, ist mir nicht bekannt.

Nach Nr. 3 Abs. 1 GMA hatten die Schuldnerin und ihre Vertragspartner in den Einzelabschlüssen bestimmte Fälligkeitstage zu vereinbaren. Ist dies geschehen, so wurde für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt. Einer Mahnung bedurfte es daher nicht (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Verzug ist dann insoweit mit Ablauf des Fälligkeitstages, also mit Beginn des nachfolgenden Tages, ohne weiteres eingetreten.⁹

- 46 Lediglich unter der Voraussetzung, dass entgegen Nr. 3 Abs. 1 GMA keine Fälligkeitstage bestimmt wurden, wofür indes nach dem mitgeteilten Sachverhalt keine Anhaltspunkte bestehen, kann es gerechtfertigt sein, eine vor Eröffnung der Administration ausgesprochene Kündigung wegen Forderungen, die an den Vortagen bereits fällig waren, als Mahnung im Sinne von § 286 Abs. 1 BGB auszulegen.

⁹ Vgl. BGH, 19.09.1983, VIII ZR 84/82, NJW 1984, 48, 49; 18.04.1996 – X ZR 93/94, WM 1996, 1598, 1599.

d) Mahnung nach Erfüllung der Hauptschuld

- 47 Nach Erfüllung der Hauptschuld kann diese Leistung natürlich nicht mehr angemahnt werden, weil der entsprechende Anspruch erloschen ist. Eine Mahnung kann nur bezogen auf einen Verzugsschaden, soweit dieser Anspruch entstanden und fällig geworden ist, ausgebracht werden. Wie bereits mehrfach ausgeführt, kann ein Anspruch auf Verzugsschaden nicht entstanden sein, wenn Verzug erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten ist.¹⁰ Ein schon vorher begründeter Verzug dauert dagegen während des gesamten Insolvenzverfahrens fort, weil ein einmal in Verzug geratener Schuldner auch für Zufall haftet (§ 287 BGB).¹¹ Dies bedeutet, dass er auch während der Zeit, in der er aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen die geschuldete Leistung nicht erbringen kann, für den einmal eingetretenen Verzug einzustehen hat.

e) Ausnahmen von der Notwendigkeit einer Mahnung

(1) § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB

- 48 Einer Mahnung bedarf es nicht, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Diese Bestimmung beruht auf der Erwägung, dass das Erfordernis einer Mahnung eine sinnlose Förmlichkeit darstellen würde, wenn der Schuldner bereits zum Ausdruck gebracht hat, dass er die Erfüllung seiner Verpflichtung endgültig ablehnt.¹² Nach ständiger Rechtsprechung sind an das Vorliegen einer endgültigen Leistungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen.¹³ Die Ablehnung erfolgt grundsätzlich durch eine an den Gegner gerichtete Erklärung, die auch in einem Schriftsatz während eines Rechtsstreits zwischen den Vertragspartnern enthalten sein kann.
- 49 Ein beim Insolvenzgericht gestellter Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens reicht schon deshalb nicht aus, weil er keine Erklärung gegenüber dem einzelnen Vertragspartner darstellt und keine auf den Erfüllungswillen bezogene Aussage enthält, vielmehr nur zum Ausdruck bringt, dass nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Schuldners eine Zahlungsunfähigkeit droht oder schon eingetreten ist. Soweit ersichtlich, ist daher weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur jemals angenommen worden, dass ein Insolvenzantrag des Schuldners eine endgültige

¹⁰ Ehrlicke, in MünchKomm-InsO, 3. Aufl., § 39 Rn. 14; Jaeger/Henckel, InsO, § 39 Rn. 12; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 14. Aufl., § 38 Rn. 41.

¹¹ Jaeger/Henckel, aaO.

¹² BGH, 19.09.1983 – VIII ZR 84/82, NJW 1984, 48, 49.

¹³ BGH, 19.09.1983, aaO; 16.03.1988 – VIII ZR 184/87, BGHZ 104, 6, 13; 18.01.1991 – V ZR 315/89, NJW 1991, 1822, 1823.

Erfüllungsverweigerung im Sinne von § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB enthält. Die in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Literatur erfolgende Prüfung, ob eine Forderungsanmeldung als Mahnung anzusehen ist,¹⁴ würde zudem keinen Sinn ergeben, wenn der Insolvenzantrag als eine den Verzug begründende Handlung zu werten wäre.

- 50 Der Antrag auf Administration von LBIE kann noch aus einem weiteren Grunde nicht als eine die Mahnung ersetzende Handlung nach § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB angesehen werden. Verzug tritt durch eine Mahnung, die ihr nach Absatz 1 Satz 2 gleichstehenden Handlungen sowie durch die in Absatz 2 genannten Voraussetzungen nur ein, wenn die entsprechende Forderung fällig ist (§ 286 Abs. 1 Satz 1 BGB). Vor Eintritt der Fälligkeit kann der Schuldner nicht wirksam in Verzug gesetzt werden. Selbst wenn man – zu Unrecht – in dem Insolvenzantrag eine endgültige Erfüllungsverweigerung sehen wollte, so macht diese die Fälligkeit nicht entbehrlich. Die Fälligkeit des Anspruchs wird dadurch auch nicht zeitlich vorverlegt, so dass es dabei bleibt, dass Verzug nicht eingetreten ist.¹⁵
- 51 Im Zeitpunkt des Insolvenzantrags war die Ausgleichsforderung nach Nr. 9 Abs. 1 GMA noch nicht fällig. Die gleichzeitig oder später fälligen Forderungen sind gemäß Nr. 7 Abs. 3 GMA erloschen. Soweit Forderungen bestanden, die bereits vor dem Tag des Insolvenzantrags fällig geworden waren, befand sich die Schuldnerin bereits nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verbindung mit Nr. 3 Abs. 1 GMA in Verzug, so dass der Antrag auch insoweit keine für einen Verzugsschaden bedeutsame Rechtswirkungen auslösen konnte.
- 52 Die Insolvenzeröffnung selbst scheidet schon deshalb als Erfüllungsverweigerung aus, weil es an einer Handlung der Schuldnerin fehlt. Im Übrigen war die Ausgleichsforderung auch zu diesem Zeitpunkt noch nicht fällig.

(2) § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB

- 53 Diese Bestimmung erfasst lediglich Ausnahmefälle, in denen aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles ein Absehen von der Mahnung gerechtfertigt erscheint. Dabei geht es hauptsächlich um Fälle, in denen sich der Einwand des Schuldners, es fehle an einer Mahnung, aufgrund seines eigenen vorangegangenen Verhaltens als treuwidrig erweist, weil er etwa durch sein Verhalten gezielt den Zugang einer Mahnung

¹⁴ Vgl. dazu Rn. 64 HG mit Fn. 36.

¹⁵ Vgl. BGH, 18.05.1962 – I ZR 91/60, NJW 1962, 1340, 1341; BGH, 28.09.2007 – V ZR 139/06, NJW-RR 2008, 210 Rn. 11; Palandt/Grüneberg, aaO, § 286 Rn. 13; Staudinger/Löwisch/Feldmann, § 286 Rn. 88.

verhindert hat oder die Herausgabe eines durch unerlaubte Handlung entzogenen Gegenstandes oder Geldbetrages schuldet. Außerdem kann dann, wenn sich schon aus dem Vertragsinhalt eine besondere zeitliche Dringlichkeit der Leistung zweifelsfrei ergibt, eine Mahnung entbehrlich sein.¹⁶ Weder der Insolvenzantrag noch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens können als Umstände anzusehen sein, welche die Anwendung von § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB rechtfertigen.

- 54 Davon abgesehen fehlt es auch hier aus den zu (1) genannten Gründen an der Fälligkeit.

3. Wirksamkeit der Berechnung der Ausgleichsforderung nach Nrn. 8, 9 GMA

- 55 In Rn. 61 und 81 ff. HG habe ich die Berechnung der Ausgleichsforderung nach Nrn. 8 und 9 GMA wegen der Regelung des § 119 InsO für unwirksam erachtet, weil sie der Norm des § 104 Abs. 3 InsO widerspricht. Die Auffassung, dass die für den GMA geltende Anwendung deutschen Rechts gerade im Hinblick auf den Sinn und Zweck der in Nr. 7 bis 9 GMA getroffenen Regelung auch die Beachtung von §§ 104, 119 InsO einschließen muss, halte ich aufrecht. In Umsetzung von Art. 25 der Richtlinie 2001/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. April 2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten, wonach für Aufrechnungs- und Schuldumwandlungsvereinbarungen („netting agreements“) ausschließlich das Recht maßgeblich ist, das auf derartige Vereinbarungen anwendbar ist, hat der deutsche Gesetzgeber in § 340 Abs. 2 InsO folgende Regelung getroffen:

- 56 *Die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf Pensionsgeschäfte im Sinne des § 340b des Handelsgesetzbuchs sowie auf Schuldumwandlungsverträge und Aufrechnungsvereinbarungen unterliegen dem Recht des Staats, das für diese Verträge maßgebend ist.*
- 57 Diese Bestimmung erfasst nach der im Schrifttum, soweit ersichtlich, einhelligen Meinung mit dem Begriff der Aufrechnungsvereinbarungen auch Verträge, welche, wie der GMA in den Nrn. 7 bis 9, Aufrechnungsvereinbarungen in der Form des Liquidations-Netting enthalten.¹⁷

¹⁶ Vgl. dazu Erman/Hager, BGB, 14. Aufl., § 286 Rn. 45 ff.

¹⁷ Braun/Taschiro, InsO, 6. Aufl., § 340 Rn. 4; HK-InsO/Stephan, 7. Aufl., § 340 Rn. 7; Jahn/Fried, in MünchKomm-InsO, § 340 Rn. 6; Wenner/Schuster, in Frankfurter Kommentar zur InsO, 8. Aufl., § 340 Rn. 12; Ehrlicke, WM 2006, 2109, 2111.

- 58 Die Frage, ob deshalb auch in einem englischen Administrationsverfahren die Ausgleichsforderung nach dem GMA gemäß § 104 Abs. 3 InsO zu berechnen ist, braucht aber im Rahmen der im Ergänzungsgutachten zu behandelnden Fragen nicht abschließend beantwortet zu werden. Auch die aus dieser Norm folgende Forderung wegen Nichterfüllung wird erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig, so dass alle zur Frage des Verzugsschadens hier behandelte Fragen in entsprechender Weise zu beantworten sind, also zu den gleichen Ergebnissen wie im Falle einer Berechnung der Ausgleichsforderung nach Nr. 9 GMA führen.


Verpflichtungserklärung

- 59 Ich bin mir meiner Verpflichtung gegenüber dem Gericht bewusst und habe diese Verpflichtung eingehalten. Ich kenne die Anforderungen des Artikels 35 der englischen Zivilprozessordnung (CPR), der Verordnung über die Gerichtspraxis zu Artikel 35 sowie des Protokolls zur Belehrung von Gutachtern in Zivilprozessverfahren 2014.

Erklärung über den Wahrheitsgehalt

- 60 Ich bestätige, dass ich deutlich gemacht habe, welche Fakten und Gegenstände dieses Gutachtens auf meinem eigenen Wissen beruhen und welche nicht. Ich bestätige, dass diejenigen, die auf meinem Wissen beruhen, wahr sind. Die von mir vertretenen Ansichten sind Ausdruck meiner aufrichtigen und vollständigen professionellen Meinung zum jeweiligen Gegenstand.

Freiburg, den 1. Oktober 2015



Dr. Gero Fischer

No 7942 of 2008
IN THE HIGH COURT OF JUSTICE

CHANCERY DIVISION

COMPANIES COURT

IN THE MATTER OF LEHMAN
BROTHERS INTERNATIONAL
(EUROPE) (IN ADMINISTRATION)

AND IN THE MATTER OF THE
INSOLVENCY ACT 1986

ANTHONY VICTOR LOMAS &
OTHERS

- AND -

BURLINGTON LOAN
MANAGEMENT LIMITED &
OTHERS

**SUPPLEMENTAL EXPERT
OPINION OF GERO FISCHER AS
TO MATTERS OF GERMAN LAW**

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE
CHANCERY DIVISION
COMPANIES COURT

**IN THE MATTER OF LEHMAN BROTHERS INTERNATIONAL (EUROPE) (IN
ADMINISTRATION)**

AND IN THE MATTER OF THE INSOLVENCY ACT 1986

- (1) ANTHONY VICTOR LOMAS**
- (2) STEVEN ANTHONY PEARSON**
- (3) PAUL DAVID COPLEY**
- (4) RUSSELL DOWNS**
- (5) JULIAN GUY PARR**

(as the joint administrators of the above named company)

Applicants

- AND -

- (1) BURLINGTON LOAN MANAGEMENT LIMITED**
- (2) CVI GVF (LUX) MASTER S.À R.L**
- (3) HUTCHINSON INVESTORS LLC**
- (4) WENTWORTH SONS SUB-DEBT S.À R.L**
- (5) YORK GLOBAL FINANCE BDH, LLC**
- (6) GOLDMAN SACHS INTERNATIONAL**

Respondents

**SUPPLEMENTAL EXPERT OPINION OF GERO FISCHER AS
TO MATTERS OF GERMAN LAW**

Dr Gero Fischer

Presiding Judge, German Federal Court of Justice, ret.

Supplemental Report
in the Matter of
Lehman Brothers International (Europe)
(In Administration)



Preliminary

- 1 I have been instructed by Kirkland & Ellis International LLP on behalf of Wentworth Sons Sub-Debt s.à r.l. to prepare an opinion addressed to the High Court of Justice on certain supplemental questions of German law (as set out below) relevant to the application of the joint administrators of Lehman Brothers International (Europe) (In Administration) to the Court. This supplemental report should be read together with my first report dated 10 July 2015 and the reply report to the report by Professor Mülbert dated 31 July 2015; my qualifications and the preliminary statements in my first report are repeated here in respect of this reply report, *mutatis mutandis*. Additionally, I have reviewed the Administration Summary provided by the parties to the German law experts. I set out below a summary of my conclusions in relation to the questions I am instructed to address.



Summary of principal results

- 2 1. The single claim for compensation to which the creditor is entitled under clause 9 of the German Master Agreements ("**GMA**") becomes due as soon as the creditor has calculated it in the manner provided in clause 8 and 9 and shows in an understandable and reproducible manner how the result was obtained.
- 3 2. Damages can be claimed for late satisfaction of a compensation claim only if the requirements for default under sec. 286 BGB (German Civil Code) are met.
- 4 3. A warning notice served after insolvency proceedings have been instituted is invalid; it does not establish default.
- 5 4. A formally correct warning notice is valid only if the creditor holds a due, enforceable claim against the debtor.
- 6 5. a) Filing a proof of debt in an insolvency proceeding does not meet the requirements for a warning notice.
- 7 b) A termination notice served after insolvency proceedings have been instituted or after the application for insolvency has been filed is without effect.
- 8 6. After the principal debt has been repaid, a warning notice can be issued with reference to damage caused by default only if such damage has been incurred and is due and payable.
- 9 7. Neither filing an application for insolvency nor the initiation of insolvency proceedings meets the requirements for a serious and definitive refusal of performance within the meaning of sec. 286(2) no. 3 BGB, nor do these justify the immediate commencement of default under sec. 286(2) no. 4 BGB. To judge on the basis of the Administration Summary, the same holds true for the application for administration and the opening of administration.
- 10 8. If the creditor does not have a claim for compensation under clauses 8 and 9 GMA, but does have a claim for non-performance under sec. 104(3) InsO (German Insolvency Code), the result in all questions concerning the arising of damage from default is the same as in the case of a calculation of the claim under clauses 8 and 9 GMA.



Certified translation from the German to the English language

- 23 d) Can a non-defaulting party serve a "warning notice" on the defaulting party after the defaulting party has repaid the principal debt owing to the non-defaulting party? If so, would its damages interest claim relate back to the period prior to the defaulting party making payment in full of the principal debt?
- 24 e) What are the exceptions to the need for a "warning notice" in order for default to occur? Having regard to the Administration Summary, would there have been a serious and definitive refusal of performance by LBIE within the meaning of 286(2) no. 3 of the German Civil Code or would there have been special reasons, weighing the interests of both parties, justifying the immediate commencement of default within the meaning of the 286(2) no. 4 the German Civil Code when: (a) an administration application was made by or in relation to LBIE; and/or (b) LBIE went into administration, in each case meaning that there was no need for a warning notice?



B. Legal assessment

1. On the true construction of clauses 7 to 9 of the GMA

a) When does the close-out amount become due and payable?

- 25 In interpreting clauses 7 to 9 of the GMA, one must consider not only the wording of these provisions, but also their intent and purpose. The provision under clauses 7 to 9 of the GMA takes into account that under clause 1(2) sentence 2 of the GMA, all contracts among themselves and together with the GMA constitute a single contract which, pursuant to sec. 104(2) sentence 3 of the InsO, combines all of the financial futures transactions into a mutual contract within the meaning of sections 103 and 104 of the InsO.¹
- 26 Concerning clause 7, I can first of all refer to para. 45 of my Main Report. According to clause 7(2), the contract ends without notice in the event of an insolvency. Insolvency arises, subject to the conditions in sentence 2, upon the filing of the application for insolvency. As I explained in further detail in paras. 56 and 57 of the Main Report, this contractual provision contains a valid dissolution clause. It does not stand in contradiction to secs. 103 – 118 InsO and does not violate sec. 119 InsO. Consequently clause 7(3) takes effect, with the consequence that neither party is obliged to make any further payments under clause 3(1) GMA that would become due only on or after the ending date. The claims for payment arising from these claims are replaced by the compensation claim to be calculated under clauses 8 and 9 (cf. paras. 58, 74 Main Report).
- 27 Concerning clause 8, I refer to paras. 59, 75 and 76 of the Main Report. The creditor has the choice of whether to calculate the loss concretely, with replacement transactions to be entered into without undue delay, or in the abstract, in accordance with subsection 1 sentence 3. As has already been explained in the Main Report, these are damages claims to which the rules of secs. 249 et seqq. BGB apply. Clause 8 concerns not only the claims indicated in clause 7(3) that would have become due only on or after the ending date of the contract, but also those that were already due and payable on the ending date of the contract, but not satisfied.

¹ BGH, 28 April 2015 – XI ZR 378/13, WM 2015, 1273 para. 54.



This proceeds from the fact that under clause 8(1) sentence 2 GMA, the damages claim is to situate the contracting partner of the insolvent party in the same position as it would have had if the contract had been properly performed, and thereby establishes the unity of the agreement as prescribed in clause 1(2) sentence 2.²

- 28 The possibility of concrete damage calculation provided in clause 8 deviates from the terms of sec. 104(3) InsO for equivalent contracts in the event of insolvency; that section provides only for an abstract calculation of damage. Opinion in the literature varies as to whether the provision in the GMA is valid all the same (see the references in fn. 32 and 33 of the Main Report). For the question to be answered here, this is of legal significance only if the application of sec. 104(3) of the InsO yields different results from clause 8 of the GMA as concerns the establishment of claims for compensation for damage caused by default. This point is addressed in a separate section 3 of this report.
- 29 The provision in clause 9 GMA has already been addressed in paras. 60, 77 and 78 of the Main Report. Here it should be pointed out once again that under clause 9(1), claims for performance that was owed prior to the end of the contract and claims for damages under clause 8 are combined into a single compensation claim. The way in which the compensation claim is to be calculated likewise deviates from the statutory rule under sec. 104(3) InsO. Whether this fact can be of significance for the question of default damages is also discussed in section 3 below.
- 30 The creditor must calculate the single compensation claim to which it is entitled under clause 9(1) GMA by combining unpaid amounts and other unperformed obligations, and the damages which are payable, into a single claim. As to the claim for damages, the creditor must decide whether to enter into replacement transactions or to calculate the damage in the abstract (clause 8(1) sentences 2 to 4 GMA). Only after the creditor has made the relevant decision and can state the consequent results does it become evident whether and in what amount the creditor is entitled to a compensation claim. The compensation claim as provided in clause 9(1) therefore depends on the creditor's carrying out these actions. As, according to the wording and content of the contract, the reason for the establishment of the compensation claim, and its amount, depend on the requirements governed by clauses 8 and 9, the compensation claim

² Jahn/Fried, in *MünchKomm-InsO*, 3rd ed., sec. 104 para. 143 et seqq.



cannot become due and payable before the creditor has carried out the summarisation required under clause 9(1) GMA.³

b) Default as prerequisite for a claim for damages

- 31 The creditor in a contract can claim damages for delayed performance only if the additional requirements under sec. 286 BGB are present, in addition to the requisite elements of breach of duty under the contractual relationship as stated in sec. 280(1) BGB, as well as fault and a resulting loss or damage (sec. 280(2) BGB). The compensation claim under clause 9(1) GMA undoubtedly sets forth a claim deriving from a contract, to which sec. 280(2) BGB must be applied.
- 32 Consequently, if the compensation claim is not fulfilled promptly after becoming due, but only after a delay, a claim for damages resulting from default can be well-founded only if the satisfaction of the requirements for default under sec. 286 BGB can be affirmed in this regard.

c) Relevance of sec. 271 BGB

- 33 Sec. 271(1) BGB reads:
- 34 *Where no time for performance has been specified or is evident from the circumstances, the creditor may demand performance immediately, and the debtor may effect it immediately.*
- 35 A claim falls due at the time from which the creditor can demand performance.⁴ Performance may be demanded immediately if the time for performance has not been specified and nothing else is evident from the circumstances.
- 36 Clause 9 GMA does not specify an exact date from which a compensation payment may be claimed. If, as in this case, there is no contractual agreement and no special provision in statute law, one must examine the circumstances.⁵ It is readily evident from the provision on calculating the

³ Cf. the examples cited by Ernst in *MünchKomm-BGB*, loc. cit., sec. 271 para. 30, in which a debt's becoming due and payable likewise depends on a specific act by a contracting party.

⁴ BGH, 1 Feb. 2007 – III ZR 159/06, *WM* 2007, 612 para. 16.

⁵ Palandt/Grüneberg, *BGB*, 74th ed., sec. 271 para. 9.



compensation claim in clauses 8 and 9 that the claim is not already firmly established at the end of the contract, but rather cannot be determined until the creditor has decided whether to calculate it concretely or in the abstract, has taken the necessary actions under that decision, and has performed the set-off against counterclaims under clause 9(2) GMA.⁶ The requirements for the claim to become due immediately under sec. 271(1) BGB have not been met. The due date was therefore determined as discussed under a) above, taking account of sec. 271 BGB, according to the circumstances material for determining the compensation claim.

2. True construction of sec. 286 BGB

a) Warning notice to a party that has gone into administration

- 37 As I already explained in para. 64 of the Main Report, normally any unequivocal and precise request by which the creditor demands performance as due is to be considered a warning notice. Under sec. 286(1) sentence 2 BGB, bringing an action in court or serving a demand for payment in summary debt recovery proceedings is equivalent to a warning notice, but filing a claim in a German insolvency proceeding is not, because when those proceedings are instituted the debtor has forfeited the power to dispose of its assets (see the references in fn. 36 of the Main Report).
- 38 Before I go into the Administration Summary, I would like to point out the following concerning German law: Once insolvency proceedings have been instituted, insolvency creditors can pursue their claims only as provided under insolvency law (sec. 87 InsO). They must file their claims (proofs of debt) for entry in the schedule. Any action against the debtor is inadmissible, because the debtor has forfeited not only the power to dispose of its assets, but also the standing to be sued. Consequently it is also impermissible to prosecute rights by an action against the insolvency estate. The only channel for actively prosecuting rights under the Insolvency Code is to file claims to be entered in the schedule.⁷ The debtor's assets are distributed among the creditors in accordance with the terms of the Insolvency Code.

⁶ Cf. Jahn/Fried, op. cit., sec. 104 para. 152 et seqq.

⁷ BGH, 21 Feb. 2013 – IX ZR 92/12, NZI 2013, 388 para. 20 – 28.



- 39 If a court action or the service of a demand for payment in summary debt recovery proceedings, which are legal actions equivalent to a warning notice, are invalid for the above reasons, the same holds all the more true for the warning notice itself. The exclusion of lawsuits and court-approved demands for payment against the debtor is intended to safeguard the equal treatment of the creditors. No insolvency creditor is supposed to be able to gain an advantage over the community of creditors through its own actions against the debtor. Consequently neither a warning notice nor a court action can have a legal effect for the benefit of a single creditor, both because of the debtor's lack of power to dispose of assets, and in light of the principle of the equal treatment of all creditors. Therefore a warning notice served on a debtor against whose assets insolvency proceedings have been instituted cannot establish default.
- 40 It is apparent from the Administration Summary that an administration under English law brings about a moratorium on proceedings against the debtor, that the creditors must file their proofs of debt in accordance with English insolvency law, and that they will receive a percentage of their claims as provided under English insolvency law. The effects of an English administration on the enforcement of creditors' claims against a debtor are therefore equivalent, at least in the essential points, with German insolvency law. Therefore, in my opinion, the provision under sec. 286(1) BGB must be construed as meaning that the creditor cannot use a warning notice under sec. 286(1) BGB to establish default on the part of a debtor against whom administration has been ordered.

b) Formal and substantive requirements for a warning notice

- 41 The question about the formal requirements for a warning notice has already been answered in para. 64 of the Main Report. Substantively, first of all, it is necessary that the creditor's claim must be due and payable, as is already evident from the wording of sec. 286(1) sentence 1 BGB. Furthermore, the creditor must have an enforceable claim. A claim is not enforceable if the debtor is entitled to a peremptory or dilatory defence.⁸ Once insolvency proceedings have been instituted, an creditor has no legal option for bringing action in court against the debtor personally on a

⁸ BGH, 16 Mar. 1988 – VIII ZR 184/87, *BGHZ* 104, 6, 11; 18 Jan. 1991 – V ZR 11/90, *BGHZ* 113, 232 236 (established case law).



demand, and therefore the creditor can certainly also have no enforceable legal claim.

- 42 Once insolvency proceedings have been initiated, the creditor can therefore not establish default by serving a warning notice, because there is no enforceable claim so long as the proceedings continue. According to the Administration Summary, in my opinion this applies in the same way if the creditor serves a warning notice on a debtor against whose assets administration has been instituted under English law.

c) Filing a proof of debt or service of a termination notice as warning notice

(1) Filing a proof of debt

- 43 This question has already been answered in the negative in para. 64 of the Main Report and under a) above. In my opinion, this also applies for the filing of a proof of debt in an administration under English law.

(2) Service of a termination notice

- 44 If the termination notice is served after administration has been instituted, the situation is the same as in the case of filing a proof of debt, for the reasons explained above. This cannot establish default on the part of the debtor.
- 45 If the termination notice is served because of the insolvency application but before administration is instituted, it likewise fails to take effect. The insolvency application ended the contract, with the consequence that claims that would have become due on the same day or later in the absence of that ending no longer subsist. If claims due on the day before the insolvency application or earlier have not been satisfied on the day of the insolvency application, the question of whether default has occurred is governed by clause 3(1) of the GMA. I have no knowledge of whether such claims exist in the present proceedings. Under clause 3(1) GMA, the debtor and its contract partners had to agree on specific due dates in the individual transactions. If this has been done, a period of time according to the calendar has been specified for performance.



Therefore there is no need for a warning notice (sec. 286(2) no. 1 BGB). To that extent, default has occurred without notice at the end of the day on the due date, i.e., at the beginning of the next day.⁹

- 46 One can justifiably construe a termination notice served before the initiation of administration, for claims that were already due on previous dates, as a warning notice within the meaning of sec. 286(1) BGB only if, contrary to clause 3(1) GMA, no due dates were specified – although there is no reason to conclude from the communicated facts that this was the case.

d) Warning notice after repayment of the principal debt

- 47 After the principal debt has been repaid, naturally no warning notice can be served for this performance, because the associated claim has been discharged. A warning notice can be served for default damage only if this claim has arisen and become due. As has already been explained several times, a claim for default damage cannot have arisen if default occurred only after insolvency proceedings were instituted.¹⁰ On the other hand, a default that has become established beforehand will continue in existence throughout the insolvency proceedings, because a debtor who has defaulted is also liable in the case of chance (sec. 287 BGB).¹¹ This means that during the time within which the debtor cannot provide the owed performance for reasons beyond his control, he still remains answerable for the default that has already been triggered.

e) Exceptions to the need for a warning notice

(1) Sec. 286(2) no. 3 BGB

- 48 There is no need for a warning notice if the debtor seriously and definitively refuses performance. This provision is founded on the consideration that the requirement for a warning notice would represent a meaningless formality if the debtor has already expressed that he

⁹ Cf. BGH, 19 Sept. 1983, VIII ZR 84/82, NJW 1984, 48, 49; 18 Apr. 1996 – X ZR 93/94, WM 1996, 1598, 1599.

¹⁰ Ehrlicke, in *MünchKomm-InsO*, 3rd ed., sec. 39 para. 14; Jaeger/Henckel, *InsO*, sec. 39 para. 12; Uhlenbruck/Sinz, *InsO*, 14th ed., sec. 38 para. 41.

¹¹ Jaeger/Henckel, op. cit.



definitively refuses to meet his obligation.¹² According to established case law, strict requirements must be set for the existence of a definitive refusal to perform.¹³ Refusal normally takes place by way of a declaration addressed to the other party, which may also be included in a brief as part of a litigation between the parties to the contract.

- 49 An application for institution of insolvency proceedings, filed with an insolvency court, is not sufficient, if only because it does not constitute a declaration to the individual party to the contract, and does not contain a statement referring to the intent to perform; rather, it expresses only that given the debtor's income and assets circumstances, he is at risk of an inability to pay debts generally, or that inability has already occurred. So far as can be seen, therefore, it has never been assumed in either the case law or the literature that an insolvency application by a debtor contains a definitive refusal to perform within the meaning of sec. 286(2) no. 3 BGB. The reasoning in the case law of the Reich Court and in the literature, on the question of whether filing a proof of debt is to be considered a warning notice,¹⁴ would moreover have no point if the insolvency application were itself to be viewed as an act establishing default.
- 50 LBIE's application for administration also cannot be viewed as an act replacing a warning notice under sec. 286(2) no. 3 BGB for another reason. Default is established by a warning notice, the acts equivalent to a warning notice under subsection 1 sentence 2, and the conditions stated in subsection 2, only if the associated claim is due for payment (sec. 286(1) sentence 1 BGB). Before the claim becomes due and payable, the debtor cannot validly be placed in default. Even if one were to view the insolvency application – incorrectly – as a definitive refusal of performance, this does not eliminate the need for the debt to be due for performance. This also does not cause the claim to become due and payable at an earlier time, so that the fact remains that default has not occurred.¹⁵

¹² BGH, 19 Sept. 1983 – VIII ZR 84/82, *NJW* 1984, 48, 49.

¹³ BGH, 19 Sept. 1983, *op. cit.*; 16 Mar. 1988 – VIII ZR 184/87, *BGHZ* 104, 6, 13; 18 Jan. 1991 – V ZR 315/89, *NJW* 1991, 1822, 1823.

¹⁴ On this cf. sec. 64 Main Report with fn. 36.

¹⁵ Cf. BGH, 18 May 1962 – I ZR 91/60, *NJW* 1962, 1340, 1341; BGH, 28 Sept. 2007 – V ZR 139/06, *NJW-RR* 2008, 210 para. 11; Palandt/Grüneberg, *op. cit.*, sec. 286 para. 13; Staudinger/Löwisch/Feldmann, sec. 286 para. 88.



- 51 At the time of the insolvency application, the compensation payment under clause 9(1) GMA was not yet due. Claims due on the same day or later were extinguished under clause 7(3) GMA. If claims existed that had already become due before the date of the insolvency application, the debtor was already in default under sec. 286(2) no. 1 BGB in conjunction with clause 3(1) GMA, so that here too the application could not trigger legal effects that would be significant for default damage.
- 52 The institution of insolvency itself cannot constitute a refusal of performance if only because there is no act by the debtor. Moreover, the compensation claim was also not yet due and payable at this time.

(2) Sec. 286(2) no. 4 BGB

- 53 This provision covers only exceptional cases in which omitting a warning notice seems justified because of special circumstances of an individual case. These are primarily cases in which the debtor's defence that there was no warning notice proves to be in bad faith because of the debtor's own previous conduct, for example because through his conduct he has deliberately impeded service of a warning notice, or because he must surrender a piece of property or amount of money abstracted through a tortious act. A warning notice may also be omitted if it was already undoubtedly clear from the content of the contract that performance inherently involved a special temporal urgency.¹⁶ Neither the insolvency application nor the institution of insolvency proceedings can be viewed as circumstances that justify the application of sec. 286(2) no. 4 BGB.
- 54 Aside from the above, here too, maturity for payment is also lacking here for the reasons explained in section (1).

3. Validity of the calculation of the compensation claim under clauses 8, 9 GMA

- 55 In para. 61 and 81 et seqq. of the Main Report, I considered the calculation of the compensation claim under clauses 8 and 9 GMA as invalid under the terms of sec. 119 InsO, because it is in contradiction with sec. 104(3) InsO. I adhere to the interpretation that the application of German law that is called for under the GMA must also include

¹⁶ On this cf. Erman/Hager, *BGB*, 14th ed., sec. 286 para. 45 et seqq.



compliance with secs. 104, 119 InsO with specific regard to the intent and purpose of the provision under clauses 7 to 9 GMA. In implementation of Art. 25 of Directive 2001/24/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the reorganisation and winding up of credit institutions, according to which netting agreements are governed solely by the law of the contract which governs such agreements, the German legislature adopted the following provision in sec. 340(2) InsO:

- 56 *The effects of insolvency proceedings on pension transactions within the meaning of section 340b of the Commercial Code as well as on novation contracts and set-off agreements shall be subject to the law of the state which applies to these contracts.*
- 57 According to the opinion in the literature, which so far as can be seen is unanimous, by the term “set-off agreements” this provision also includes contracts which, like the GMA in clauses 7 to 9, contain set-off agreements in the form of liquidation netting.¹⁷
- 58 However, the question of whether for that reason, the compensation claim under the GMA must also be calculated under sec. 104(3) InsO in an English administration proceeding, does not need to be answered conclusively within the bounds of the questions to be addressed in the supplemental report. The claim for non-performance that proceeds from that norm also becomes due only after the insolvency proceedings were instituted, so that all questions addressed here concerning the issue of default damage must be answered accordingly, i.e., they lead to the same results as in the case of a calculation of the compensation claim under clause 9 GMA.

¹⁷ Braun/Taschiro, *InsO*, 6th ed., sec. 340 para. 4; *HK-InsO/Stephan*, 7th ed., sec. 340 para. 7; Jahn/Fried, in *MünchKomm-InsO*, sec. 340 para. 6; Wenner/Schuster, in *Frankfurter Kommentar zur InsO*, 8th ed., sec. 340 para. 12; Ehrlicke, *WM* 2006, 2109, 2111.



Statement of Duty

- 59 I understand my duty to the Court and have complied with that duty. I am aware of the requirements of the Civil Procedure Rules Part 35, the Practice Direction to Part 35 and the Guidance for the Instruction of Experts in Civil Claims 2014.

Statement of Truth

- 60 I confirm that I have made clear which facts and matters referred to in this report are within my own knowledge and which are not. Those that are within my own knowledge I confirm to be true. The opinions I have expressed represent my true and complete professional opinions on the matters to which they refer.

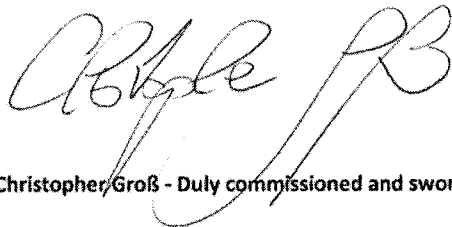
Freiburg, 1 October 2015

Handwritten signature

Dr Gero Fischer

In my capacity as a public translator for the English language, duly commissioned and sworn by the President of the Regional Court II of Munich I hereby certify that the foregoing English translation of the German original submitted to me is correct and complete.

Given in Hornstein this 2nd of October 2015.



Christopher Groß - Duly commissioned and sworn public translator for the English language.

No 7942 of 2008
IN THE HIGH COURT OF JUSTICE

CHANCERY DIVISION

COMPANIES COURT

IN THE MATTER OF LEHMAN
BROTHERS INTERNATIONAL
(EUROPE) (IN ADMINISTRATION)

AND IN THE MATTER OF THE
INSOLVENCY ACT 1986

ANTHONY VICTOR LOMAS &
OTHERS

- AND -

BURLINGTON LOAN
MANAGEMENT LIMITED &
OTHERS

**SUPPLEMENTAL EXPERT
OPINION OF GERO FISCHER AS
TO MATTERS OF GERMAN LAW**

No 7942 of 2008
IN THE HIGH COURT OF JUSTICE

CHANCERY DIVISION

COMPANIES COURT

IN THE MATTER OF LEHMAN
BROTHERS INTERNATIONAL
(EUROPE) (IN ADMINISTRATION)

AND IN THE MATTER OF THE
INSOLVENCY ACT 1986

ANTHONY VICTOR LOMAS &
OTHERS

- AND -

BURLINGTON LOAN
MANAGEMENT LIMITED &
OTHERS

**ENGLISH TRANSLATION OF
SUPPLEMENTAL EXPERT
OPINION OF GERO FISCHER AS
TO MATTERS OF GERMAN LAW**
