

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

**EXPERT REPLY OPINION OF GERO FISCHER TO
THE APPENDIX OF FRESHFIELDS BRUCKHAUS
DERINGER LLP'S LETTER DATED 23 OCTOBER
2015 AS TO MATTERS OF GERMAN LAW**



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 in reply to the Appendix to Freshfields Bruckhaus Deringer LLP's letter dated 23 October 2015, which I have reviewed, as to matters of German law relevant to the application of the joint administrators of Lehman Brothers International (Europe) (In Administration) to the Court. This second reply report should be read together with my first report dated 10 July 2015, my reply report to the report by Professor Mülbert dated 31 July 2015 and my supplemental report dated 1 October 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.

Response to the New Arguments from Mülbert

I. When the single compensation claim becomes due and payable

1. Basic principles

- 2 The assessment is to be based on BGB sec. 271(1).¹ According to this provision, performance is due and payable immediately if the parties have not specified a time for performance and the time is also not evident from the circumstances. Circumstances within the meaning of this provision may in particular be determined by interpretation from the nature of the contract and also on the basis of good faith.² The provision does not include any statutory presumption of immediate maturity for performance, but rather, by way of filling a gap, it governs the cases in which neither statute law nor the contract contains a provision concerning the time of performance.³ To that extent, BGB sec. 271(1) expresses a general legal concept that applies contracts.⁴

¹ Supplemental Expert Opinion, paras. 35, 36, with reference to paras. 25 – 30.

² RG, 25 Oct. 1917 – VI 367/17, RGZ 91, 60, 67; Forster, in Soergel, BGB, Vol. 3/2, status May 2017, § 271 para. 23; Schwab, in Nomos Kommentar zum BGB, 2nd ed., § 271 para. 30; both with reference to Reich Supreme Court 91, 60, 67.

³ Krüger, in MünchKomm-InsO/BGB, § 271 para. 31; Artz, in Erman, BGB, 14th ed., § 271 para. 2.

⁴ Artz, in Erman, BGB, 14th ed., § 271 para. 2.



2. Legal consequences for the GMA

- 3 Clauses 8 and 9 GMA contain no provision concerning time of performance, and therefore the single compensation claim becomes due and payable immediately when it arises because of the termination of the contract, if nothing else is evident from the circumstances. The answer to this question must depend on the legal nature of the single compensation claim and the manner in which it arises. In this respect there are special features that differ distinctly from other damages claims that proceed from contracts.
- 4 Claims for payments still unpaid from the transactions entered into under the GMA ("Individual Transactions") and all damages claims of the party that is not insolvent are to be combined into a single item (Clause 9(1) GMA). However, the compensation claim formed in this way does not refer yet to the claim to which the non-insolvent party is entitled. Rather, account must be taken of the insolvent debtor's counterclaims. According to Clause 9(2) GMA, the party that is not insolvent is entitled to deduct the other side's claims, with the consequence that it is entitled only to the single compensation claim consisting of the net figure remaining in its favour. If the party entitled to compensation fails to perform the set-off, the compensation claim becomes due and payable only to the extent that there are no claims of the insolvent party against it.
- 5 The performance of the procedure provided under Clauses 8 and 9 GMA, in which both parties cooperate, is therefore necessary in order to determine whether and to what extent the party entitled to compensation is even entitled to a single compensation claim. Therefore, in terms of both its basis and amount, that amount becomes due and payable only once both parties' claims to compensation have been determined and have been set off or netted, or if the non-insolvent party has decided not to perform a set-off.⁵
- 6 Consequently, the same applies if a difference must be calculated in accordance with InsO sec. 104(3). The final payment owed is calculated by netting the results of the individual accounts and setting off the reciprocal claims.⁶ If the parties have made no agreement as to the relevant date for the set-off, statute law specifies the second day after the insolvency proceedings are initiated as the relevant date.⁷

⁵ Cf. Jahn/Fried, in Schimansky/Bunte/Lwowski, *Bankrechts-Handbuch*, 4th ed., § 114 para. 43

⁶ Jahn/Fried, in MünchKomm-InsO, 3rd ed., § 104 para. 152.

⁷ Cf. Jacoby, in Jaeger/Henckel, *InsO*, § 104 para. 62 et seqq.



3. Comparison with other types of contracts

- 7 It can also be seen that this interpretation of BGB sec. 271(1) in conjunction with Clause 8 and 9 GMA is correct from how the German Federal Court of Justice determines when a tenant's claim to the refund of a security deposit is due after the lease ends. This claim falls due not immediately upon the termination of the lease, but only once it is clear, following a calculation period to which the landlord is entitled, that the landlord no longer has any claims against the tenant.⁸ If a settlement calculation is to be performed between the parties, whether pursuant to the content of the contract or by statutory law, the claim that depends on that calculation – in any case, as a rule – will not become due and payable until after the calculation has been completed, or if one party delays its completion in violation of good faith. A settlement calculation must likewise be performed after the termination of the contract under Clause 7(2) GMA. On the basis of that contract term, it appears correct, according to the circumstances, that the single compensation claim does not become due and payable until the calculation procedure has been either completed, or delayed in violation of good faith.
- 8 Mülbart refers to the example of the extraordinary termination of a loan to support his opinion that the single compensation claim already became due and payable with the termination of the contract. In the case of a termination of a loan for good cause is based on a breach of contract by the borrower. As a direct consequence of this breach, the lender is entitled to assert a claim for damages. Only the amount of this claim remains to be calculated. From a legal standpoint, therefore, no objection can be raised to the Frankfurt Higher Regional Court's view that the corresponding claim is due and payable immediately.⁹ Consequently, the same applies to damages resulting from traffic accidents or other impermissible acts.
- 9 However, the example chosen by Mülbart is not suitable for answering the question of when the single compensation claim became due and payable in accordance with No. 9 GMA, because the calculation of a claim for damages after termination of a loan is in no way comparable to the method of calculating the single compensation claim according to No. 9 GMA or InsO sec. 104 para. 3.

⁸ Federal Court of Justice, 1 July 1987 – VIII ARZ 2/87, BGHZ 101, 244, 251; 18 Jan. 2006 – VIII Z 71/05, NJW 2006, 1422 para. 9 et seq.

⁹ OLG Frankfurt, 23 Nov. 2011 – 9 U 76/10, WM 2012, 2280, 2284.



II. Enforceability of the single compensation claim

- 10 Mülbart correctly concedes that a creditor is barred from enforcing a claim against the debtor after a German insolvency proceeding has been opened, because the debtor has forfeited the power of disposition over the assets (InsO sec. 80(1)). Dispositions by the debtor over an item forming part of the insolvency estate are invalid (InsO sec. 81(1) sentence 1). Consequently, such a debtor cannot go into default after the insolvency proceedings have opened (cf. EO para. 64, SEO paras. 37 – 42).
- 11 Mülbart holds that the resulting legal consequences for the single compensation claim did not arise as a consequence of the English administration because the lack of enforceability of the claim is not based on a defence founded in German substantive law. However, BGB sec. 286 quite generally precludes default if the relevant claim cannot be enforced against the obligor. It is immaterial to the application of this provision whether the grounds for this legal consequence proceed from substantive law or procedural law, or from norms of civil law or of public law. Therefore the forfeiture of the debtor's power of disposition founded solely on the insolvency provisions of InsO secs. 80 and 81 has the consequence that a characteristic required for the application of BGB sec. 286 BGB – a provision of substantive civil law – is absent.
- 12 This yields the following with respect to the question of whether default can arise after an English administration is ordered: If it is also true there that the creditor can assert a claim only by filing a proof of debt, and the debtor cannot dispose of the assets belonging to the insolvency estate, then on the basis of BGB sec. 286 the question of default must be treated just as if a German insolvency proceeding had been ordered. However, if there are material differences on these points between German and English insolvency law, a different assessment of the problem of default may be required. As I understand the Administration Summary, there are no differences worth mentioning between German insolvency law and English administration on the points that are relevant here.
- 13 Therefore, a material circumstance for evaluating the occurrence of default is also absent because the insolvency administrator as a party exercises the administration and disposition authority *ex officio* in his own name, not as a representative of the debtor, according to consistent case law of the Federal Supreme Court (BGH).¹⁰ The Insolvency Code contains no express provision on the legal status of the insolvency administrator. According to a minority

¹⁰ 10 BGH, 30.10.1967 – VIII ZR 176/65, BGHZ 49, 11, 16; 10.12.1976 – V ZR 145/74, BGHZ 68, 16, 17; 27.10.1983 – I ARZ 334/83, BGHZ 88, 331, 334; 14.4.1987 – IX ZR 260/86, BGHZ 100, 346, 351; 21.04.2005 – IX ZR 281/03, BGHZ 163, 32.

opinion in the literature, he is therefore viewed as a representative or officer of the debtor.¹¹ Regardless of whether the insolvency administrator exercises an official authority in his own right or is to be viewed instead as a representative appointed by the insolvency court, it is completely indisputable that the disposition authority of the debtor passes to him after the opening of the insolvency proceeding, and claims against the debtor, insofar as they relate to assets belonging to the insolvency estate, may only be asserted by filing a claim in the proceeding.

- 14 While the Administrator indeed acts as the representative or agent of the debtor, I understand the Summary of Administration that was made available to me to mean that the debtor may neither satisfy claims, nor conduct dispositions of the debtor's assets without the consent of the Administrator. The authorities and powers of the Administrator are based on statutory provisions or tasks delegated to him by the court. The Administrator is clearly appointed or confirmed by the court and therefore holds the legal status of an office holder. The differences that may nonetheless exist in individual respects between the legal status of the insolvency administrator and that of the Administrator do not give any reason to justify a different assessment of the questions discussed herein on the subject of default than in the case of an insolvency proceeding opened in Germany.
- 15 In my opinion, therefore, also in consideration of the typical legal consequences of an Administration, there is every reason to believe that a default by the debtor did not occur because the single compensation claim was not enforceable at the time when it was due and payable, as a consequence of the Administration that was already in effect.



¹¹ Cf. Ott/Vuia, in MünchKomm-InsO, 3. ed. 2013, § 80 para. 28; Kayser, in HK-InsO, 7. ed. 2014, § 80, para. 16.

Statement of Duty

- 16 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

- 17 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, 3 November 2015

Handwritten signature

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

**EXPERT REPLY OPINION OF GERO
FISCHER TO THE APPENDIX OF
FRESHFIELDS BRUCKHAUS
DERINGER LLP'S LETTER DATED 23
OCTOBER 2015 AS TO MATTERS OF
GERMAN LAW**

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 5th of November 2015.



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

Received 6/11/15
Stout

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

**EXPERT REPLY OPINION OF GERO FISCHER TO THE
APPENDIX OF FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER
LLP'S LETTER DATED 23 OCTOBER 2015 AS TO MATTERS
OF GERMAN LAW**

Vorab

- 1 Ich wurde von Kirkland & Ellis International LLP im Namen von Wentworth Sons Sub-Debt s.à r.l. instruiert, eine an den High Court of Justice gerichtete Stellungnahme in Antwort auf den Anhang zu dem Anschreiben der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP vom 23. Oktober 2015, den ich geprüft habe, zu bestimmten Fragen des deutschen Rechts zu verfassen, die für den Antrag der Joint Administrators der Lehman Brothers International (Europe) (in Administration) an das Gericht relevant sind. Dieses zweite Antwortgutachten sollte zusammen mit meinem ersten Gutachten vom 10. Juli 2015, dem Antwortgutachten auf das Gutachten von Herrn Professor Mülbert vom 31. Juli 2015 und dem ergänzenden Gutachten vom 1. Oktober 2015 gelesen werden; meine Qualifikation und das Vorab-Statement in meinem ersten Gutachten werden hier mit Blick auf das Antwortgutachten entsprechend wiederholt. Außerdem habe ich das Administration Summary zur Kenntnis genommen, das die Parteien den Gutachtern zur Verfügung gestellt haben.

Stellungnahme zu den neuen Argumenten von Mülbert

I. Fälligkeit der Ausgleichsforderung

1. Grundlagen

- 2 Die Beurteilung richtet sich nach § 271 Abs. 1 BGB.¹ Die Leistung ist nach dieser Bestimmung dann sofort fällig, wenn die Parteien keine Zeitbestimmung getroffen haben und die Zeit auch nicht aus den Umständen zu entnehmen ist. Umstände im Sinne der Vorschrift können sich insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses durch Auslegung sowie aus Treu und Glauben ergeben.² Die Vorschrift enthält keine gesetzliche Vermutung sofortiger Fälligkeit, sondern regelt vielmehr im Wege der Lückenausfüllung die Fälle, in denen weder das Gesetz noch der Vertrag eine Bestimmung über den Zeitpunkt der Leistung enthält.³ §

¹ Supplemental Expert Opinion, Rn. 35, 36 unter Bezugnahme auf Rn. 25 – 30.

² RG, 25.10.1917 – VI 367/17, RGZ 91, 60, 67; Forster, In Soergel, BGB, Band 3/2, Stand Mai 2014, § 271 Rn. 23; Schwab, In Nomos Kommentar zum BGB, 2. Aufl., § 271 Rn. 30.

³ Krüger, in MünchKomm-InsO/BGB, § 271 Rn. 31; Artz, in Erman, BGB, 14. Aufl., § 271 Rn. 2.

271 Abs. 1 BGB bringt insoweit einen für alle Schuldverhältnisse geltenden allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck.⁴

2. Rechtsfolgen für das GMA

- 3 Da Nr. 8 und 9 GMA keine Regelung zur Leistungszeit enthalten, wird die Ausgleichsforderung mit ihrer Entstehung infolge der Beendigung des Vertrages sofort fällig, wenn sich aus den Umständen nichts anderes ergibt. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es auf die Rechtsnatur der Ausgleichsforderung sowie die Art und Weise ihrer Entstehung an. Insoweit bestehen Besonderheiten, die sich deutlich von anderen aus Vertrag herrührenden Schadensersatzansprüchen unterscheiden.
- 4 Die aus im Rahmen des GMA geschlossenen Geschäften („Einzelabschlüssen“) noch offenen Zahlungsansprüche sowie alle Schadensersatzansprüche der nicht insolventen Partei werden zu einem einzigen Posten zusammengezogen (Nr. 9 Abs. 1 GMA). Die auf diese Weise entstehende Ausgleichsforderung bezeichnet aber noch nicht den Anspruch, welcher der nicht insolventen Partei zusteht. Vielmehr sind die Gegenansprüche der Insolvenzschuldnerin zu berücksichtigen. Gemäß Nr. 9 Abs. 2 GMA ist die nicht insolvente Partei berechtigt, die gegenseitigen Ansprüche zu verrechnen mit der Folge, dass ihr die Ausgleichsforderung nur in Höhe des zu ihren Gunsten verbleibenden Saldos zusteht. Unterlässt die ersatzberechtigte Partei die Verrechnung, wird die Ausgleichsforderung nur in dem Umfang fällig, in dem ihr keine Ansprüche der insolventen Partei gegenüberstehen.
- 5 Die Durchführung des nach Nr. 8 und 9 GMA vorgesehenen Verfahrens, an dem beide Parteien mitwirken, ist somit notwendig u,m festzustellen, ob und in welchem Umfang der ersatzberechtigten Partei eine Ausgleichsforderung überhaupt zusteht. Diese wird deshalb erst dann dem Grunde und der Höhe nach fällig, wenn die Ausgleichsforderungen beider Parteien bestimmt und sie verrechnet bzw. aufgerechnet worden sind oder die nicht insolvente Partei sich entschieden hat, eine Aufrechnung zu unterlassen.⁵
- 6 Im Ergebnis dasselbe gilt dann, wenn eine Differenzrechnung nach § 104 Abs. 3 InsO vorzunehmen ist. Die geschuldete Abschlusszahlung wird durch Saldierung der Ergebnisse der Einzelabschlüsse und Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche ermittelt.⁶ Das Gesetz sieht, sofern die Parteien keine Bestimmung über den für die Verrechnung maßgeblichen

⁴ Artz, aaO.

⁵ Vgl. Jahn/Fried, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 114 Rn. 43

⁶ Jahn/Fried, in MünchKomm-InsO, 3. Aufl., § 104 Rn. 152.

Tag getroffen haben, den zweiten Tag nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens als maßgeblichen Zeitpunkt an.⁷

3. Vergleich mit anderen Vertragsarten

- ⁷ Dass die hier vertretene Auslegung von § 271 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Nr. 8 und 9 GMA sachgerecht ist, lässt sich auch daran erkennen, wie der BGH die Fälligkeit des Anspruchs eines Mieters auf Rückgabe der geleisteten Sicherheit nach Beendigung des Mietvertrages bestimmt. Dieser Anspruch wird nicht bereits mit Beendigung des Mietvertrages fällig, sondern erst dann, wenn nach Ablauf einer dem Vermieter zuzubilligenden Abrechnungsfrist feststeht, dass diesem keine Ansprüche mehr gegen den Mieter zustehen.⁸ Ist nach dem Inhalt des Vertrages oder aufgrund gesetzlicher Bestimmungen eine Abrechnung zwischen den Parteien vorzunehmen, wird der davon abhängige Anspruch jedenfalls in der Regel erst nach deren Durchführung fällig oder dann, wenn eine Partei die Erledigung gegen Treu und Glauben verzögert. Nach Beendigung des Vertrages gemäß Nr. 7 Abs. 2 GMA hat ebenfalls eine Abrechnung stattzufinden. Aufgrund dieser vertraglichen Regelung erscheint es den Umständen nach sachgerecht, dass die Ausgleichsforderung erst fällig wird, wenn das Abrechnungsverfahren durchgeführt oder treuwidrig verzögert worden ist.
- ⁸ Mülbart verweist auf das Beispiel der außerordentlichen Kündigung eines Darlehens für seine Ansicht, die Ausgleichsforderung sei bereits mit Beendigung des Vertrages fällig geworden, zu stützen. Eine solche Kündigung des Kredits aus wichtigem Grund beruht auf einem vertragswidrigen Verhalten des Darlehensschuldners. Dieses hat ohne weiteres zur Folge, dass der Kreditgeber Schadensersatz verlangen kann. Berechnet werden muss nur noch die Höhe des Anspruchs. Die Ansicht des OLG Frankfurt, der entsprechende Anspruch sei sofort fällig,⁹ ist daher rechtlich nicht zu beanstanden. Im Ergebnis dasselbe gilt bei Schäden aus Verkehrsunfällen oder anderen unerlaubten Handlungen.
- ⁹ Für die Frage, wann die Ausgleichsforderung nach Nr. 9 GMA fällig geworden ist, besagt das von Mülbart gewählte Beispiel indessen nichts, weil die Ermittlung des Schadensersatzanspruchs nach Kündigung eines Darlehens in keiner Weise damit vergleichbar ist, auf welche Weise die Ausgleichsforderung nach Nr. 9 GMA oder § 104 Abs. 3 InsO zu ermitteln ist.

⁷ Vgl. dazu Jacoby, in Jaeger/Henckel, InsO, § 104 Rn. 62 ff.

⁸ BGH, 01.07.1987 – VIII ARZ 2/87, BGHZ 101, 244, 251; 18.01.2006 – VIII ZR 71/05, NJW 2006, 1422 Rn. 9 f.

⁹ OLG Frankfurt, 23.11.2011 – 9 U 76/10, WM 2012, 2280, 2284.

II. Durchsetzbarkeit der Ausgleichsforderung

- 10 Mülbert räumt zutreffend ein, dass einem Gläubiger die Durchsetzung seiner Forderung gegen den Schuldner nach Eröffnung eines deutschen Insolvenzverfahrens verwehrt ist, weil der Schuldner die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen verloren hat (§ 80 Abs. 1 InsO). Verfügungen des Schuldners über einen Gegenstand, der zur Insolvenzmasse gehört, sind unwirksam (§ 81 Abs. 1 Satz 1 InsO). Deshalb kann ein solcher Schuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht in Verzug geraten (vgl. EO Rn. 64, SEO Rn. 37 – 42).
- 11 Mülbert meint, die sich dadurch für die Ausgleichsforderung ergebenden Rechtsfolgen seien infolge der englischen Administration nicht eingetreten, weil die mangelnde Durchsetzbarkeit der Forderung nicht auf einer im deutschen materiellen Recht wurzelnden Einrede beruhe. § 286 BGB schließt jedoch ganz allgemein den Verzug aus, wenn die entsprechende Forderung gegen den Schuldner nicht durchsetzbar ist. Ob die Gründe für diese Rechtsfolge sich aus dem materiellen Recht oder dem Verfahrensrecht, aus zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Normen ergeben, ist für die Anwendung der Vorschrift unerheblich. Daher hat ein allein auf den insolvenzrechtlichen Bestimmungen der §§ 80, 81 InsO beruhender Wegfall der Verfügungsbefugnis des Schuldners zur Folge, dass ein für die Anwendung des § 286 BGB – einer Bestimmung des materiellen Zivilrechts – erforderliches Merkmal fehlt.
- 12 Daraus ergibt sich für die Frage, ob Verzug nach Anordnung einer englischen Administration eintreten kann, folgendes: Gilt auch dort, dass der Gläubiger seine Forderung nur im Wege der Forderungsanmeldung geltend machen und der Schuldner über sein zur Masse gehörendes Vermögen nicht verfügen kann, so ist auf der Grundlage von § 286 BGB die Frage des Verzugs ebenso zu behandeln wie nach Anordnung eines deutschen Insolvenzverfahrens. Bestehen dagegen in diesen Punkten zwischen dem deutschen und dem englischen Insolvenzrecht wesentliche Unterschiede, kann eine abweichende Beurteilung der Verzugsproblematik geboten sein. Ich verstehe das Administration Summary so, dass zwischen dem deutschen Insolvenzrecht und der englischen Administration in den hier genannten maßgeblichen Punkten keine nennenswerten Unterschiede bestehen.
- 13 Ein für die Beurteilung des Verzugs wesentlicher Umstand liegt auch nicht deshalb vor, weil der Insolvenzverwalter nach ständiger Rechtsprechung des BGH als Partei kraft Amtes die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis

im eigenen Namen, nicht als Vertreter des Schuldners ausübt.¹⁰ Die Insolvenzordnung enthält keine ausdrückliche Bestimmung dazu, welche Rechtsstellung dem Insolvenzverwalter zukommt. Daher wird er von einer Mindermeinung in der Literatur als Vertreter oder Organ des Schuldners angesehen.¹¹ Unabhängig davon, ob dem Insolvenzverwalter eine Amtsbefugnis aus eigenem Recht zusteht oder ob er als vom Insolvenzgericht eingesetzter Vertreter anzusehen ist, gilt aber völlig unstrittig, dass die Verfügungsbefugnis des Schuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf ihn übergeht und Forderungen gegen den Schuldner, soweit es sich um zur Insolvenzmasse gehörendes Vermögen handelt, nur durch Anmeldung im Verfahren geltend gemacht werden können.

- 14 Zwar handelt der Administrator als Vertreter bzw. Bevollmächtigter („agent“) der Schuldnerin. Ich verstehe das Summery zur Administration, das mir überlassen wurde, aber in dem Sinn, dass die Schuldnerin ohne Zustimmung des Administrators weder Forderungen erfüllen noch Verfügungen über ihr Vermögen vornehmen kann. Die Befugnisse und Vollmachten des Administrators beruhen auf rechtlichen Bestimmungen oder ihm vom Gericht übertragenen Aufgaben. Der Administrator wird offenbar vom Gericht ernannt oder bestätigt und hat daher die Rechtsstellung eines Amtsträgers. Die Unterschiede, die zwischen der Rechtsstellung des Insolvenzverwalters und derjenigen des Administrators in Einzelpunkten gleichwohl bestehen mögen, lassen keinen Grund erkennen, der es rechtfertigen könnte, die hier zur Frage des Verzugs behandelten Fragen anders zu beurteilen als im Falle eines in Deutschland eröffneten Insolvenzverfahrens.
- 15 Daher spricht meiner Auffassung nach auch unter Berücksichtigung der typischen Rechtsfolgen einer Administration alles dafür, dass ein Verzug der Schuldnerin nicht eingetreten ist, weil die Ausgleichsforderung zu dem Zeitpunkt, als sie fällig wurde, infolge der schon bestehenden Administration nicht durchsetzbar war.

¹⁰ BGH, 30.10.1967 – VIII ZR 176/65, BGHZ 49, 11, 16; 10.12.1976 – V ZR 145/74, BGHZ 68, 16, 17; 27.10.1983 – I ARZ 334/83, BGHZ 88, 331, 334; 14.4.1987 – IX ZR 260/86, BGHZ 100, 346, 351; 21.04.2005 – IX ZR 281/03, BGHZ 163, 32.

¹¹ Vgl. dazu Ott/Vuia, in MünchKomm-InsO, 3. Aufl. 2013, § 80 Rn. 28; Kayser, in HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 80, Rn. 16.

Verpflichtungserklärung

- 16 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

- 17 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 3. November 2015



Dr. 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

EXPERT REPLY OPINION OF
GERO FISCHER TO THE
APPENDIX OF FRESHFIELDS
BRUCKHAUS DERINGER LLP'S
LETTER DATED 23 OCTOBER 2015
AS TO MATTERS OF GERMAN
LAW
