

HMCTS
RECEIVED

23 OCT 2015

ROLLS
BUILDING

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

**JOINT STATEMENT OF JUDGE GERO FISCHER AND
PROFESSOR PETER O. MÜLBERT OF AGREED AND NON-
AGREED ISSUES AS TO MATTERS OF GERMAN LAW**

I. Vorab

Dr. Gero Fischer (Richter des Bundesgerichtshofs, Senat für Insolvenzrecht, im Ruhestand) und Professor Peter O. Mülbert (Professor der Rechtswissenschaft an der Fakultät für Recht und Wirtschaft, Universität Mainz), Gutachter beauftragt von den Anwälten der Wentworth Sons Sub-Debt S.à r.l. und der Senior Creditor Group (das sind CVI GVF (Lux) Master Sarl, Hutchinson Investors, LLC, Burlington Loan Management Limited und ihre Tochtergesellschaften), haben diese gemeinsame Stellungnahme vorbereitet, um dem High Court of Justice ("High Court") bei der Beurteilung der Lehman Brothers International (Europe) Waterfall II Application zu spezifischen Fragen des deutschen Rechts zur Seite zu stehen, die im Zusammenhang mit dem Deutschen Rahmenvertrag entstanden sind.

Die Gutachter verweisen an verschiedener Stelle auf ihre bisherigen Gutachten. Die in diesem Zusammenhang verwendeten Abkürzungen sind wie folgt zu verstehen:

"GF EO"	Judge Fischer Expert Opinion eingereicht am 10. Juli 2015
"GF RP"	Judge Fischer Reply Opinion eingereicht am 31. Juli 2015
"GF SEO"	Judge Fischer Supplemental Expert Opinion eingereicht am 2. Oktober 2015
"PM EO"	Professor Mülbert Expert Opinion eingereicht am 10. Juli 2015
"PM RP"	Professor Mülbert Reply Opinion eingereicht am 31. Juli 2015
"PM CEO"	Professor Mülbert Consolidated Expert Opinion eingereicht am 2. Oktober 2015

II. Joint Statement

Nr.	Einvernehmliche Auffassung in der Zusammenfassung	Auffassung von Professor Dr. Mühlbert in der Zusammenfassung, soweit kein Einvernehmen	Auffassung von Dr. Fischer in der Zusammenfassung, soweit kein Einvernehmen
Frage 20			
20.1 Welche Vorschriften und Grundprinzipien der Auslegung nach deutschem Recht regeln und sind anwendbar auf die Auslegung von Verträgen im geschäftlichen Verkehr, wie zum Beispiel den Abschnitt 3 Abs. 4 des deutschen Rahmenvertrags? (20.1. PM EO, 20.1 GF EO)			
1.	Nr. 3 Abs. 4 GMA ist für die Fragen 20 und 21 ohne Bedeutung, weil die Bestimmung auf die Ausgleichsforderung nach Nr. 7 bis 9 GMA keine Anwendung findet.	Keine Angaben.	Keine Angaben.
2.	Einen vertraglichen Zinsanspruch auf die Ausgleichsforderung nach Nr. 7 bis 9 sieht der GMA nicht vor.	Keine Angaben.	Keine Angaben.
3.	Einigkeit der Gutachter besteht darüber, wie Verträge auszulegen sind. [PM EO 23 – 26] - Die Auslegung erfolgt nach §§ 133, 157 BGB. - Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut des Vertrags. Verträge sind nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, des Vertragszwecks sowie der Umstände, unter denen sie zustande gekommen sind, auszulegen.	Keine Angaben.	Keine Angaben.

	- Allgemeine Geschäftsbedingungen sind grundsätzlich entsprechend ihrer objektiven Bedeutung auszulegen.		
<p>20.2 Welche Grundlage gibt es nach deutschem Recht und insbesondere gemäß dem Deutschen Rahmenvertrag, Schadensersatz mit Blick auf Verzug zuzuerkennen, und welche Form oder Formen kann die Zuerkennung von Schadensersatz nehmen? Namentlich: (20.1. PM CEO, 20.2 GF EO)</p> <p>(a) Was muss, hinsichtlich jedweder solcher Grundlage(n) in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht dargelegt werden, damit ein solcher Anspruch zuerkannt wird? (20.1.a) PM CEO, 20.2.(1) GF EO)</p>			
4.	<p>(i) § 288 Abs. 1 BGB</p> <p>Voraussetzungen sind eine Geldschuld aus einer Rechtsbeziehung zwischen den Parteien sowie Verzug des Schuldners im Sinne von § 286 BGB. [PM CEO 29, 32]</p> <p>Die Partei hat Anspruch auf den Zinssatz, unabhängig von der Entstehung eines Schadens. [PM CEO 57, 58]</p>	Keine Angaben.	Keine Angaben.
5.	<p>Die Gutachter sind sich darüber einig, dass die dogmatische Qualifikation, hinsichtlich derer Uneinigkeit besteht (vgl. rechte Spalten), nach deutschem Recht keine Auswirkungen auf die Voraussetzungen an einen Anspruch aus § 288 Abs. 1 BGB hat. [PM CEO 34]</p>	<p>Verhältnis zwischen § 288 Abs. 1 und Abs. 4 BGB:</p> <p>§ 288 Abs. 1 ist ein Unterfall der allgemeinen Schadensersatznorm des § 280 BGB [PM CEO 33, 34, 79-83].</p>	<p>Verhältnis zwischen § 288 Abs. 1 und Abs. 4 BGB:</p> <p>§ 288 Abs. 1 gewährt keinen Schadensersatz, sondern einen eigenständigen, nicht auf den allgemeinen Regeln des § 280 BGB aufbauenden Anspruch.</p> <p>Verweisung auf GF EO Rn. 38: RP Rn. 5 -</p>

			15
	(ii) § 288 Abs. 2 und 3 BGB spielen für die Fragen 20 und 21 keine Rolle. [PM CEO 30]	Keine Angaben.	Keine Angaben.
7.	(iii) § 288 Abs. 4 BGB Die Vorschrift gibt nur Anspruch auf Ersatz eines tatsächlich eingetretenen Verzugschadens. [PM CEO 36, 49] Verlangt der Gläubiger Zinsen nach Abs. 1, besteht nur ein Anspruch auf Ersatz des Schadens, der den Zinsanspruch übersteigt. [PM CEO 59 – 63]	Keine Angaben.	Keine Angaben.
8.	(iv) Schadensberechnung Der Gläubiger muss die Kausalität des Schadens sowie dessen Höhe beweisen.	Keine Angaben.	Keine Angaben.
9.	§ 252 Satz 2 BGB enthält eine Erleichterung, was Darlegung und Höhe des Schadens angeht, soweit entgangener Gewinn geltend gemacht wird. Banken können eine abstrakte Schadensberechnung vornehmen, die sich aus den typischerweise betriebenen Geschäften ergibt. [PM CEO 54, 55]	Beweismaß für entgangenen Gewinn: Uneinigkeit besteht darüber, ob die für Banken geltenden Beweiserleichterungen auch bei Investoren und anderen geschäftsmäßig mit Geld handelnden Unternehmen anzuwenden sind [PM CEO 55, 56]. Die Rechtsprechung zum anwendbaren Beweismaß (<i>standard of proof</i>) hinsichtlich der Pflicht des Klägers, die Grundlage seines Schadensersatzanspruchs nachzuweisen, ist nicht eindeutig. Manche Entscheidungen verweisen auf eine nicht zu	Beweismaß für entgangenen Gewinn: Uneinigkeit besteht darüber, ob die für Banken geltenden Beweiserleichterungen auch bei Investoren und anderen geschäftsmäßig mit Geld handelnden Unternehmen anzuwenden sind. Verweisung auf GF EO Rn. 70 ; GF RP Rn. 25 - 27

		vernachlässigende Wahrscheinlichkeit; andere stellen weitaus strengere Anforderungen auf [PM CEO 53]]	
<p>(b) Wie würde so ein Anspruch ausgedrückt werden? Insbesondere, kann so ein Anspruch nur in einem Betrag ausgedrückt werden oder kann er auch (und wenn ja unter welchen Umständen) in einer Rate ausgedrückt werden? Wenn beide Ausdrucksmöglichkeiten gegeben sind, würden sie sich dann gegenseitig ausschließen? (20.1.b) PM CEO; 20.2.(2) GF EO)</p>			
10.	<p>Die Gutachter sind sich in folgenden Punkten einig: [PM CEO 37 - 44]</p> <p>(i) Einmalige (nicht fortlaufende) Verluste können nur als Betrag geltend gemacht werden.</p> <p>(ii) Entgangene Gewinne aufgrund einer versäumten Investitionsmöglichkeit werden üblicherweise als Betrag geltend gemacht.</p> <p>(iii) Ersatz des Schadens in Form von entgangenen oder zusätzlich angefallenen Zinsen kann zwar als Betrag oder als Zinsrate verlangt werden, üblich ist es aber, ihn als Zinsrate geltend zu machen.</p>	<p>Fortlaufende Verluste könnten einen entgangenen Gewinn beinhalten, zum Beispiel bei einer Investition in Aktien, um eine Rendite in Form einer Dividende zu erzielen [PM CEO 42-43].</p>	Keine Angaben.
11.	<p>Die Gutachter sind sich ferner darüber einig, dass bei einem Streit über Verluste, die über den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung hinausreichen, ein Feststellungsantrag für diese zukünftigen Verluste in Betracht kommt.</p>	Keine Angaben.	Keine Angaben.

(c) In den Fällen, in denen der Anspruch als Rate ausgedrückt werden kann, auf welche Referenzsumme würde sich die Rate beziehen und wie würde die anwendbare Rate bestimmt? (20.2.(3) GF EO; 20.1.c) PM CEO)			
12.	Die Gutachter sind sich darin einig, dass bei Ansprüchen nach § 288 Abs. 1 BGB sich die Zinsrate auf den Betrag bezieht, mit dem der Schuldner in Verzug ist. [PM CEO 45]	Keine Angaben.	Keine Angaben.
13.	Die Gutachter sind darin einig, dass bei Schadensersatzansprüchen nach § 288 Abs. 4 BGB sich die Zinsrate im Einzelfall auf einen geringeren Betrag beziehen kann als denjenigen, mit dem der Schuldner in Verzug ist.	Keine Angaben.	Keine Angaben.
20.3 Wie ist auf der Grundlage des deutschen Rechts und insbesondere des Abschnitts 3 Abs.4 des Deutschen Rahmenvertrags Ihre Meinung zu folgenden Fragen: (20.3. GF EO; 20.2. PM CEO)			
(a) Hat das relevante Unternehmen einen Anspruch auf die fixe Zinsrate (als ein Minimum) gemäß dem ersten Satz dieses Abschnitts unabhängig von einem tatsächlichen Schaden? (20.3.(1) GF EO; 20.2.a) PM CEO)			
14.	Die Gutachter sind sich darin einig, dass diese Frage nicht mehr relevant ist, soweit sie Abschnitt 3 Abs. 4 des Deutschen Rahmenvertrags betrifft.	Keine Angaben.	Keine Angaben.
15.	Sie stimmen darin überein, dass das relevante Unternehmen einen Anspruch auf die fixe Zinsrate (als ein Minimum) gemäß § 288 Abs. 1 BGB hat.	Keine Angaben.	Keine Angaben.

	unabhängig von jedem Verlust. [PM CEO 57, 58]		
<p>(b) Wenn der Schaden der relevanten Partei auf Grund von Zahlungsverzögerungen den Betrag der fixen Zinsrate übersteigen, ist das betroffene Unternehmen berechtigt: (i) den gesamten Schaden oder (ii) nur den Schaden der die fixe Rate übersteigt, im Wege der Klage auf (weiteren) Schadensersatz wegen Zahlungsverzögerung geltend zu machen? (20.3.(2) GF EO, 20.2.b) PM CEO)</p>			
16.	Die Gutachter sind sich darin einig, dass diese Frage nicht mehr relevant ist, soweit sie Abschnitt 3 Abs. 4 des Deutschen Rahmenvertrags betrifft.	Keine Angaben.	Keine Angaben.
17.	Die Gutachter sind übereinstimmend der Meinung, dass, wenn die Verluste der relevanten Partei auf Grund von Zahlungsverzögerungen den Betrag der vereinbarten fixen Zinsrate übersteigen, das betroffene Unternehmen berechtigt ist, entweder (i) den gesamten Verlust ohne eine fixe Zinsrate, oder (ii) die fixe Zinsrate und den Verlust, der diese Rate übersteigt, als Schadensersatz wegen Zahlungsverzug geltend zu machen. [PM CEO 59 - 64]	Keine Angaben.	Keine Angaben.
<p>20.4 Zur Auslegung von Nr. 7 bis 9 des Deutschen Rahmenvertrags (GMA), namentlich: (1. GF SEO, 20.3. PM CEO)</p> <p>(a) Wann wird eine Abschlusszahlung nach den Ziffern 7 bis 9 GMA fällig? (1.a) GF SEO, 20.3.a) PM CEO)</p>			
18.	Die Gutachter sind sich einig, dass der Vertrag gemäß Nr. 7 Abs. 2 GMA mit dem Antrag von LBIE auf Anordnung der Administration beendet	Die Gutachter sind unterschiedlicher Ansicht, wann die Ausgleichsforderung fällig wurde: Nach Meinung von Müllbert wurde die	Die Gutachter sind unterschiedlicher Ansicht, wann die Ausgleichsforderung fällig wurde: Nach Ansicht von Fischer wurde die

	wurde. [PM CEO 68, 69]	<p>Ausgleichsforderung mit Beendigung des GMA fällig.</p> <p>Gemäß S. 271 Abs. 1 BGB wird ein Anspruch sofort fällig (due and payable), wenn kein anderer Zeitpunkt von den Parteien vereinbart wurde oder sich aus den Umständen ergibt. Das GMA selbst bestimmt keinen Fälligkeitstag für die Erfüllung des Einheitlichen Ausgleichsanspruchs nach den Nr. 7 bis 9. Nr. 9 Abs. 2 GMA betrifft nur bestimmte Ausnahmen, von denen keine auf den von LBIE geschuldeten Einheitlichen Ausgleichsanspruch Anwendung findet. Daraus folgt, dass § 271 Abs. 1 anwendbar ist, und der Einheitliche Ausgleichsanspruch sofort nach der Beendigung des GMA, ausgelöst durch LBIEs Antrag auf Administration, fällig wird [PM CEO 74].</p>	<p>Ausgleichsforderung erst nach Durchführung der in Nr. 8 und 9 GMA vorgesehenen Saldierung fällig.</p> <p>Verweisung auf GF EO Rn. 60, 77, 78; GF SEO 27 -30</p>
<p>(b) Muss ein Verzug im Sinne des § 286 BGB eingetreten sein, damit es einen Schadensersatzanspruch wegen der verspäteten Zahlung geben kann? (1.b) GF SEO, 20.3.b) PM CEO)</p>			
19.	Die Gutachter sind sich darin einig, dass Verzug im Sinne von § 286 BGB eingetreten sein muss, damit es einen Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Zahlung geben kann. [PM CEO 29, 75]	Keine Angaben.	Keine Angaben.

(c) Ist § 271 BGB für die Frage unter 1(a) relevant? (1.c) GF SEO; 20.3.c) PM CEO¹)			
20.	Beide Gutachter bejahen dies. [PM CEO 74]	Mülbert meint aber, die Leistung sei sofort fällig, weil etwas anderes weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen sei: § 271 Abs. 1 BGB ist relevant und die Voraussetzungen des § 271 Abs. 1 BGB für eine Fälligkeit des Einheitlichen Ausgleichsanspruchs sofort bei Vertragsbeendigung sind erfüllt. Daraus folgt, dass der Einheitliche Ausgleichsanspruch sofort nach der Beendigung des GMA fällig wird [PM CEO 74].	Fischer ist demgegenüber der Ansicht, dass aus dem in Nr. 8 und 9 vorgesehenen Verfahren folgt, dass die Fälligkeit erst nach dessen Durchführung gegeben ist. Dieses Verfahren bildet die Umstände, aus denen gemäß § 271 Abs. 1 BGB der Eintritt der Fälligkeit zu entnehmen ist. Verweisung auf GF SEO Rn. 36
20.5 Wie ist § 286 BGB auszulegen? Insbesondere: (2. GF SEO, 20.4. PM CEO)			
(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? (2.a) GF SEO, 20.4.a) PM CEO)			
21.	Die Gutachter sind sich einig, dass durch eine Mahnung nach Eröffnung eines deutschen Insolvenzverfahrens Verzug nicht eintreten kann.	Mülbert meint, im Falle einer Administration könne dies anders sein [PM CEO 79]. Mit ist keine Bestimmung im deutschen	Fischer ist der Ansicht, dass auch nach Anordnung einer Administration kein Verzug durch eine Mahnung begründet werden könne.

¹ Fälschlicherweise als 20.3 (e) im Consolidated Report bezeichnet.

		materiellen Recht bekannt, die zur Folge hat, dass kein Verzug eintreten kann (oder keine Mahnung erklärt werden kann), nachdem ein englisches „Administration Proceeding“ eingeleitet worden ist [PM CEO 79].	Verweisung auf GF SEO Rn. 38 - 40
(b) Was sind die formellen und materiellen Voraussetzungen einer Mahnung im Sinne des § 286 BGB? (2.b) GF SEO; 20.4.b) PM CEO)			
22.	Beide Gutachter sind sich einig: Dem Schuldner muss eine eindeutige und bestimmte Aufforderung des Gläubigers zur Zahlung eines fälligen Betrages zugehen.	Keine Angaben.	Keine Angaben.
(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? (2.c) GF SEO; 20.4.c) PM CEO)			
23.	Forderungsanmeldung: Beide Gutachter sind sich einig, dass eine Forderungsanmeldung in einem deutschen Insolvenzverfahren nicht Verzug begründet. [PM CEO 88 - 91]	Mülbert meint, in einer englischen Administration könne dies anders sein [PM CEO 92]: Auf Grundlage des Administration Summary gibt es keinen Grund anzunehmen, dass eine Forderungsanmeldung in einer Englischen Administration ebenso wenig wie eine Anmeldung in einem deutschen Insolvenzverfahren dazu führen kann, den Schuldner in Verzug zu setzen [PM CEO 92]. Ob eine Kündigungserklärung zugleich eine Mahnung beinhaltet, würde vom Inhalt der	Fischer sieht mit Blick auf das Administration Summary keinen Grund für eine solche Annahme. Verweisung auf GF EO Rn. 64; GF SEO Rn. 38, 39 ,43

		Kündigungserklärung abhängen [PM CEO 93].]	
24.	Kündigung: Die Gutachter sind sich darin einig, dass diese Frage in Anbetracht der automatischen Beendigung des Vertrages nach Ziffer 7(2) GMA keine Bedeutung hat. [PM CEO 93)	Keine Angaben.	Keine Angaben.
<p>(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 im 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? (2.d) GF SEO; 20.4.d) PM CEO)</p>			
25.	Die Gutachter sind sich einig, dass eine solche Mahnung keine rechtliche Wirkung hat, insbesondere kommt eine Rückwirkung einer Mahnung nicht in Betracht. [PM CEO 95]	Keine Angaben.	Keine Angaben.
<p>(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? (2.e) GF SEO; 20.4.e) PM CEO)</p>			
26.	Keine Angabe.	Mülbert meint, ein Antrag auf Administration oder deren Anordnung könne eine ernste und endgültige Erfüllungsverweigerung im Sinne von § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB darstellen, so dass sich ein Eingehen auf § 286 Abs 2 Nr. 4 BGB	Fischer hält dies für ausgeschlossen. Nach seiner Auffassung erfüllt ein Antrag auf Administration weder die Voraussetzungen, die im deutschen Recht an eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Schuldners gestellt werden, noch stellt er

		<p>erübrige [PM CEO 72, 73, 96 - 124]:</p> <p>Eine Erfüllungsverweigerung gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB kann bei, nach oder vor Eintritt der Fälligkeit des betreffenden Anspruchs erfolgen [PM CEO 102, 122-124].</p> <p>Eine Erfüllungsverweigerung gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist weder eine Willenserklärung noch eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung, sondern ein Realakt. Daher muss LBIE sich zwar bewusst in bestimmter Weise verhalten, doch ist keine Erklärung seitens LBIE notwendig [PM CEO 119].</p> <p>Eine Erfüllungsverweigerung gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen, vorausgesetzt dass die Erfüllungsverweigerung das „letzte Wort“ des Schuldners darstellt, was eine Tatsachenfrage ist. Eine Erfüllungsverweigerung ist ernsthaft und endgültig, wenn der Schuldner mitteilt oder sich in einer Weise verhält, aus der geschlossen werden kann, dass er möglicherweise eines Tages in der Zukunft zahlungsfähig ist, aber eben nicht zu der Zeit der Fälligkeit der Leistung oder innerhalb einer angemessenen Nachfrist [PM CEO 101].</p> <p>Die Frage, ob die Stellung eines deutschen Insolvenzantrags als eine ernsthafte und</p>	<p>einen besonderen Grund im Sinne von § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB dar. Für die Anordnung der Administration gilt nichts anderes.</p> <p>§ 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB erfasst nur besondere Umstände des Einzelfalles und ist daher auf Anträge an das Gericht, die grundsätzlich geboten sind, wenn der Schuldner nicht mehr zahlungsfähig ist, nicht anwendbar. Dasselbe gilt erst recht für die in solchen Fällen gebotene Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. der Administration.</p> <p>Im Übrigen Verweisung auf GF SEO Rn. 48 – 54.</p>
--	--	---	--

		<p>endgültige Erfüllungsverweigerung zu qualifizieren ist, ist weder von deutschen Gerichten noch im juristischen Schrifttum vertieft diskutiert worden [PM CEO].</p> <p>Im Falle der Stellung eines rechtlich nicht-zwingenden Insolvenzantrags (d.h. wenn weder der Schuldner noch seine Organe einer Rechtspflicht unterliegen, ein Insolvenzverfahren zu beantragen) macht der Schuldner von einer Option Gebrauch, indem er sich zur Antragstellung entscheidet, und darin läge für die Zwecke des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung (per Analogie zur Regelung eines solchen Antrags für die Zwecke des § 323 Abs. 4 BGB) [PM CEO 105-118].</p>	
--	--	--	--

Frage 21

21.1 Wenn der Vertragspartner von LBIE seine Forderungen gegen LBIE aus dem Deutschen Rahmenvertrag (die „relevante Forderung“) an einen Erwerber abgetreten hat, unter welchen Umständen, wenn überhaupt, kann der Erwerber der relevanten Forderung einen Anspruch auf Verzugszins nach Abschnitt 3 Abs. 4 Satz 1 oder einen Damage Interest Claim nach deutschem Recht geltend machen? (21.4. GF EO: 21.(i) und 21.1. PM CEO)

27.	Die Gutachter sind sich darin einig, dass der Zessionar keinen zusätzlichen oder an die Stelle des Zedenten tretenden Anspruch geltend machen kann, sondern stets nur den zedierten Anspruch.	Keine Angaben.	Keine Angaben.
28.	Die Gutachter sind sich weiter darin einig, dass der Erwerber der Forderung den in der Person des Zedenten schon entstandenen Anspruch auf Ersatz von Verzugschaden nach § 288 Abs. 4 BGB geltend machen kann, wenn der Vertragspartner und der Erwerber dies vereinbart haben. [PM CEO 125 - 131]	Keine Angaben.	Keine Angaben.

<p>21.2 Wenn solch ein Erwerber beide Forderungen nach deutschem Recht geltend machen kann, ist die Schadensersatzforderung (nur) die von LBIEs ursprünglicher Vertragspartei, oder ist der Erwerber berechtigt, eine Schadensersatzforderung anstelle oder zusätzlich zu der von LBIEs ursprünglicher Gegenpartei geltend zu machen? (21.5. Satz 1 GF EO; 21.2. PM CEO)</p>			
29.	Die Gutachter sind sich darin einig, dass der Zessionar für die Zeit vor der Zession stets nur den Anspruch des Zedenten geltend machen kann. [PM CEO 141]	Keine Angaben.	Keine Angaben.
<p>21.3 Wenn der Erwerber berechtigt ist, beide Schadensersatzforderungen entweder anstelle oder zusätzlich zu der von LBIEs ursprünglicher Gegenpartei geltend zu machen, was muss tatsächlich und rechtlich dargelegt werden, um solch eine Forderung unter deutschem Recht aufrechtzuerhalten? (21.5. Satz 2 GF EO; 21.3. PM CEO)</p>			
30.	Die Gutachter sind sich darin einig, dass der Zessionar für die Zeit vor der Zession stets nur den Anspruch des Zedenten geltend machen kann. [PM CEO 142, 143]	Keine Angaben.	Keine Angaben.
<p>21.4 Was soll die Berechnung der Schäden im Hinblick auf die relevante Forderung bemessen: die Schäden von LBIEs ursprünglicher Vertragspartei (Zedent), die Schäden des Zessionars/Erwerbers, oder (als Beispiel für eine zeitanteilige Basis) die Schäden sowohl des Zedenten als auch des Zessionars/Erwerbers? (21.5. Satz 3 GF EO; 21.4. PM CEO)</p>			
31.	Die Gutachter sind sich darin einig: Nach einer Übertragung der Forderung richtet sich Grund und Höhe des Schadens nach der Person des Zessionars.	Die Gutachter sind unterschiedlicher Ansicht, ob dies auch dann gilt, wenn der Schaden des Zessionars höher ist als derjenige des Zedenten, wenn die Forderung	Die Gutachter sind unterschiedlicher Ansicht, ob dies auch dann gilt, wenn der Schaden des Zessionars höher ist als derjenige des Zedenten, wenn die Forderung

	[PM CEO 144]	<p>nicht abgetreten worden wäre.</p> <p>Mühlbert meint, maßgebend sei auch dann allein die Forderung des Zessionars.</p> <p>Der Damages Interest Claim wird im Sinne eines "hybriden Ansatzes" berechnet, selbst wenn der Schuldner infolgedessen mehr zu zahlen hat. Dies entspricht der herrschenden Ansicht im juristischen Schrifttum. Die von Fischer den §§ 404, 406, 407 BGB entnommenen Grundsätze sind lediglich Regeln zum Schutz des Schuldners vor rechtlichen Nachteilen infolge der Abtretung. Sie können nicht auf tatsächliche Nachteile erweitert werden (d.h. auf Nachteile, die aus der Tatsache resultieren, dass ein neuer Gläubiger (Zessionar) sich anders verhält als der frühere Gläubiger (Zedent)) [PM CEO 137-140].</p>	<p>nicht abgetreten worden wäre.</p> <p>Fischer ist der Ansicht, dass der Zessionar keinen höheren Schaden geltend machen kann als den, der beim Zedenten eingetreten wäre.</p> <p>Verweisung auf GF EO Rn. 96 - 106</p>
<p>21.5 Insbesondere, unter welchen Umständen ist die Geltendmachung abgetretener Forderungen ausgeschlossen, zum Beispiel, weil ein Zessionar, der Verzugszinsen und/oder (weitere) Schäden geltend macht, von dem Verzug des Schuldners Kenntnis hatte? (21.5. Satz 4 letzter Halbsatz GF EO; 21.5. PM CEO)</p>			
32.	Die Gutachter meinen übereinstimmend, dass die Geltendmachung abgetretener Forderungen nicht ausgeschlossen ist, weil der Zessionar von dem Verzug des Schuldners Kenntnis hatte. [PM CEO 145	Fischer ist der Auffassung, dass keine Missbrauchsgefahr bestehe, da der Schaden, der geltend gemacht werden kann, nach seiner Auffassung, ohnehin durch den Schaden des Zedenten nach oben begrenzt ist.

21.6 Wie ist die Beweislastverteilung in diesen Fällen nach deutschem Recht? (21.6. GF EO; 21.6. PM CEO)			
33.	Die Gutachter meinen übereinstimmend, dass die Beweislast für die Tatsachen, die den Anspruch begründen, bei demjenigen liegt, der den Anspruch geltend macht. [PM CEO 146]	Keine Angaben.	Keine Angaben.
21.7 Insbesondere, unter welchen Umständen sind abgetretene Forderungen verjährt (auch unter Berücksichtigung jedweder Verlängerung, Aufhebung oder Unterbrechung der gesetzlichen Verjährungsfrist nach deutschem Recht, auf Grundlage der Annahmen, dass (a) englische Verjährungsfristen wegen der englischen administration ausgesetzt sind und (b) englische Verjährungsfristen wegen der englischen administration nicht ausgesetzt sind). (21.5. Satz 4 erster Teil (außer letzter HS); PM Nicht enthalten)			
34.	Soweit den Gutachtern bekannt gegeben wurde spielt die Verjährungsfrage keine Rolle mehr.	Keine Angaben.	Keine Angaben.

Verpflichtungserklärungen

1. Herr Richter Fischer und Herr Professor Mülbert, sind sich Ihrer Verpflichtung, dem High Court mit ihrem Sachverstand zur Seite zu stehen, bewusst. Diese Verpflichtung ist von höchster Bedeutung und wichtiger als jede Verpflichtung gegenüber den Parteien, von denen sie Instruktionen erhalten haben und von denen sie gezahlt werden. Beide haben bisher und werde weiterhin dieser Verpflichtung folgen.

2. Herr Richter Fischer und Herr Professor Mülbert kennen 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 und die Practice Direction zum Pre-Action Conduct.

Erklärungen über den Wahrheitsgehalt

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.

22. Oktober 2015



Dr. Gero Fischer

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.

22. Oktober 2015

Professor Peter O. Mülbart

Erklärungen über den Wahrheitsgehalt

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.

22. Oktober 2015

Dr. Gero Fischer

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.

22. Oktober 2015



Professor Peter O. Mülbert

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

**JOINT STATEMENT OF JUDGE
GERO FISCHER AND PROFESSOR
PETER O. MÜLBERT OF AGREED
AND NON-AGREED ISSUES AS TO
MATTERS OF GERMAN LAW**
