

**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 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**

---

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

---

Dr. Gero Fischer

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D.

**Gutachten**

**In the Matter of**

**Lehman Brothers International (Europe)**

**(in administration)**

### **Vorab**

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 Fragen des deutschen Rechts, die relevant für den Antrag der Joint Administrators der Lehman Brothers International (Europe) (in Administration) an das Gericht sind, anzufertigen. Meine Instruktionen (die "**Instruktionen**") finden sich in Anhang A zu diesem Gutachten. Ich habe Kenntnis von den Dokumenten genommen, die im zweiten Absatz der Instruktionen aufgezählt werden, ebenso wie den Deutschen Rahmenvertrag. Die Tatsachen in diesem Gutachten, von denen ich persönliche Kenntnis habe, sind solche, die sich auf meine Qualifikation beziehen, sowie auf den Inhalt der Dokumente, die ich geprüft habe. Im Folgenden habe ich meine Schlussfolgerungen zu den Fragen, die ich beantworten soll, zusammengefasst.

### **Qualifikation**

Am 11. März 1943 wurde ich in Gladbeck (Land Nordrhein-Westfalen) geboren. Nach dem Abitur studierte ich von 1963 bis 1967 Rechtswissenschaften an den Universitäten Freiburg im Breisgau, Bonn und Tübingen. Im Jahre 1971 wurde ich zum Dr. jur. promoviert und legte die Zweite juristische Staatsprüfung ab.

Im Juli 1971 trat ich in den höheren Justizdienst des Landes Baden-Württemberg ein. Nach meiner Tätigkeit als Richter am Amtsgericht und Landgericht Freiburg sowie dem Landgericht Waldshut-Tiengen wurde ich im Februar 1979 zum Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe ernannt. Dort arbeitete ich in verschiedenen Senaten und nahm daneben zeitweise die Aufgabe des Ausbildungsleiters für die Rechtsreferendare im Bezirk des Oberlandesgerichts wahr.

Im Juli 1990 wurde ich zum Richter am Bundesgerichtshof ernannt und dort dem hauptsächlich für das Insolvenzrecht, die Anwalts- und Steuerberaterhaftung, das Bürgschaftsrecht sowie die Anerkennung und Vollstreckbarkeit ausländischer Entscheidungen zuständigen IX. Zivilsenat zugeteilt, dessen Mitglied ich während meiner gesamten Zeit als Bundesrichter blieb. Daneben war ich von 1996 bis 2002 in dem für das Berufsrecht der Rechtsanwälte zuständigen, vom Präsidenten des Bundesgerichtshofs geleiteten Anwaltssenat tätig. Im Jahr 2003 wurde ich stellvertretender Vorsitzender des IX. Zivilsenats und hatte von 2004 bis zu meinem Ausscheiden am 31. März 2008 dessen Vorsitz inne. Aus Anlass meiner Pensionierung als Richter wurde mir eine Festschrift mit 40 Beiträgen von

Richtern, Rechtsanwälten, Insolvenzverwaltern und akademischen Lehrern überreicht.

Neben meiner richterlichen Tätigkeit war und bin ich auch literarisch tätig. Vor allem im Insolvenz- und Bürgschaftsrecht habe ich zahlreiche Beiträge veröffentlicht. Außerdem bin ich Mitherausgeber eines in 9. Auflage erschienenen Werkes zur Kreditsicherung, Mitautor von Handbüchern zur Anwaltshaftung und zum Recht der Geschäfts- und Wohnraummiete sowie Mitherausgeber der Neuen Zeitschrift für Insolvenzrecht (NZI).

## Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

### Frage 20

- 1 1. a) Der Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte ist ein Formularvertrag; seine Bestimmungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragsparteien unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen beider Seiten verstanden werden.
- 2 b) Nach Wortlaut und Inhalt in Anlehnung an gesetzliche Vorschriften gestaltete Klauseln sind in aller Regel ebenso auszulegen wie die gesetzliche Norm.
- 3 2. a) Der Anspruch aus § 288 Abs. 1 BGB ist kein Unterfall des allgemeinen Schadensersatzanspruchs wegen Verzögerung der Leistung. Er richtet sich nicht nach den §§ 249 bis 255 BGB und ist unabhängig davon begründet, ob dem Gläubiger überhaupt ein Schaden entstanden ist.
- 4 b) Dagegen muss der Gläubiger, der einen Anspruch nach § 288 Abs. 4 BGB geltend macht, darlegen, dass der Verzug für den geltend gemachten Schaden ursächlich war, und wie hoch die ihm dadurch entgangenen Gewinne oder die ihm deshalb entstandenen Verluste sind.
- 5 c) Der Zinsanspruch nach Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 des Rahmenvertrags ist im Falle des Verzugs ebenfalls unabhängig davon begründet, ob dem Gläubiger ein Schaden entstanden ist. Dagegen handelt es sich bei dem Anspruch aus Nr. 3 Abs. 4 Satz 2 um einen echten Schadensersatzanspruch, der unter denselben Voraussetzungen, wie sie für § 288 Abs. 4 BGB gelten, begründet ist.
- 6 d) Der Vertrag endete infolge der Insolvenz von Lehman gemäß Nr. 7 Abs. 2 des Rahmenvertrags. Diese Bestimmung ist wirksam; sie steht nicht in Widerspruch zu § 119 InsO, weil Finanztermingeschäfte zu den in § 104 InsO geregelten Verträgen gehören und für diese das in § 103 InsO normierte Recht des Insolvenzverwalters, die Erfüllung von nicht vollständig erfüllten Verträgen zu verlangen, ausgeschlossen ist.
- 7 e) Auch die Bestimmung der Nr. 9 Abs. 1 des Rahmenvertrags, dass die Ansprüche aus allen Einzelgeschäften zu einer einheitlichen Forderung zusammengefasst werden, ist wirksam. Die Berechnung dieses Anspruchs hat jedoch nicht nach Maßgabe von Nr. 8 und 9 des Rahmenvertrages, sondern gemäß der zum deutschen materiellen Recht gehörenden Norm des § 104 Abs. 3 InsO abstrakt zu erfolgen.

- 8 f) Da die aus § 104 Abs. 3 InsO folgende einheitliche Forderung wegen Nichterfüllung erst infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entsteht, ist sie unverzinslich. Ein Anspruch auf Verzugsschaden ist nur begründet, wenn und soweit sich die Schuldnerin schon vor Insolvenzeröffnung in Verzug befand. Im Ergebnis dasselbe würde gelten, wenn die einheitliche Forderung nach Nr. 8 und 9 des Rahmenvertrages zu berechnen wäre.
- 9 g) Soweit ein Zinsanspruch nach Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 des Rahmenvertrages in Betracht kommt, bezieht dieser sich auf die Summe, mit der die Schuldnerin in Verzug geraten ist.
- 10 h) Bei Ansprüchen aus Nr. 3 Abs. 4 Satz 2 des Rahmenvertrages kommt es dagegen darauf an, worin der Schaden besteht. Liegt er in einem entgangenen höheren Anlagezins oder in höheren Geldbeschaffungskosten, kann der Gläubiger den höheren Zinssatz aus der vorenthaltenen Summe verlangen, sofern der Schaden in Höhe des gesamten vorenthaltenen Betrages entstanden ist. Dagegen wird dann ein bezifferter Betrag verlangt, wenn das geschuldete Geld für eine Investition verwendet worden wäre und der Schaden in einer Geldsumme besteht.
- 11 3. Nach Nr. 3 Abs. 4 Satz 2 des Rahmenvertrages kann nur der über den gemäß Abs. 4 Satz 1 geltenden Zinssatz hinausgehende Schaden zusätzlich verlangt werden. Der Gläubiger kann allerdings stattdessen den Gesamtschaden geltend machen, wenn er auf den Regelzinssatz nach Abs. 4 Satz 1 verzichtet.

### **Frage 21**

- 12 4. Mit Abschluss des Abtretungsvertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers. Sind schon in der Person des Zedenten Ansprüche wegen Verzuges entstanden, kann frei vereinbart werden, ob diese Ansprüche auf den Erwerber übergehen. Von der Abtretung an richtet sich die Entstehung von Schadensersatzansprüchen nach der Person des Zessionars.
- 13 5. a) Umstritten ist jedoch die Frage, ob dies auch dann gilt, wenn in der Person des Zessionars ein höherer Schaden entsteht, als er beim Zedenten angefallen wäre. Die überwiegende Meinung in der Literatur bejaht dies. Im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH, wonach § 404 BGB den Grundsatz zum Ausdruck bringt, dass der Schuldners durch die Veränderung der Gläubigerstellung nicht schlechter gestellt werden soll, sowie im Hinblick auf den allgemein geltenden Grundsatz, dass Verträge nicht zu Lasten Dritter wirken können, hat der Schuldner meiner Ansicht nach nicht den Nachteil zu tragen, der sich aus einem höheren Schaden des Zessionars ergibt.

- 14 b) Für den Schadensersatzanspruch des Verzuges gilt dieselbe dreijährige Verjährungsfrist nach Maßgabe von § 199 Abs. 1 BGB wie für den Hauptanspruch.
- 15 6. Macht der Gläubiger den durch Abtretung erworbenen Anspruch geltend, trifft ihn die Beweislast für alle anspruchsbegründenden Voraussetzungen.

## A. Die Fragen

### Frage 20

- 16 *Ist es – für die Zwecke der Berechnung des Zinsanspruchs gemäß Nr. 3 Abs. 4 des deutschen Rahmenvertrages – möglich ( und falls ja, unter welchen Umständen und inwieweit) einen Betrag zu berücksichtigen, der als „weiterer Schaden“ („Damages Interest Claim“) geltend gemacht wurde, so dass dieser einen Teil der Zinsrate, die auf die Schuld außerhalb des Insolvenzverfahrens anzuwenden ist (rate applicable to the debt apart from the administration gem. Regel 2.88(9) der englischen Insolvency Rules), darstellt?*
- 17 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?
- 18 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:
- 19 (1) Was muss, hinsichtlich jedweder solcher (Grundlage(n) in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht dargelegt werden, damit ein solcher Anspruch zuerkannt wird?
- 20 (2) 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?
- 21 (3) 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?
- 22 3. Wie ist, als Frage des deutschen Rechts und insbesondere des Abschnitts 3 Abs.4 des Deutschen Rahmenvertrags, Ihre Meinung zu folgenden Fragen:
- 23 (1) Hat das relevante Unternehmen einen Anspruch auf die fixe Zinsrate (als ein Minimum) gemäß dem ersten Satz dieses Abschnitts unabhängig von jedem Verlust?
- 24 (2) Wenn die Verluste der relevanten Partei auf Grund von Zahlungsverzögerungen den Betrag der vereinbarten fixen Zinsrate übersteigen,

ist das betroffene Unternehmen berechtigt: (i) den gesamten Verlust oder (ii) nur den Verlust, der die fixe Rate übersteigt, im Wege der Klage auf (weiteren) Schadensersatz wegen Zahlungsverzögerung geltend zu machen?

### Frage 21

- 25 *Falls die Antwort auf Frage 20 dahingehend lautet, dass ein geltend gemachter „weiterer Schaden“ ein Teil der Zinsrate, die auf die Schuld außerhalb des Insolvenzverfahrens anzuwenden ist (rate applicable to the debt apart from the administration gem. Regel 2.88(9) der englischen Insolvency Rules), darstellt, wie würde die maßgebliche Zinsrate ermittelt werden?*
- 26 4. 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?
- 27 5. 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? 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? Was sollte 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? 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) und/oder ausgeschlossen aufgrund anderer Gründe, zum Beispiel, weil ein Zessionar, der Verzugszinsen und/oder (weitere) Schäden geltend macht, von dem Verzug des Schuldners Kenntnis hatte.

28 6. Wie ist die Beweislastverteilung in diesen Fällen nach deutschem Recht?

## B. Rechtliche Beurteilung

### Frage 20

#### 1. Vorschriften und Grundprinzipien der Auslegung von Verträgen

29 Grundlegende Normen sind:

##### § 133 BGB

*Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.*

##### § 157 BGB

*Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*

30 Beide Vorschriften gelten nebeneinander, so dass bei der Auslegung von Verträgen grundsätzlich beide Normen zu beachten sind.<sup>1</sup>

31 Voraussetzung jeder Auslegung ist nach der Rechtsprechung des BGH die Auslegungsbedürftigkeit der Erklärungen. Haben diese nach Wortlaut und Zweck einen völlig eindeutigen Inhalt, ist für eine Auslegung kein Raum.<sup>2</sup>

32 Die Auslegung hat in jedem Fall vom Wortlaut der Erklärung auszugehen und demgemäß in erster Linie diesen und den aus ihm zu entnehmenden objektiv erklärten Parteiwillen zu berücksichtigen.<sup>3</sup> Weiter können die Entstehungsgeschichte sowie der mit dem Vertrag beabsichtigte Zweck von Bedeutung sein.<sup>4</sup> Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind so auszulegen, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben verstehen musste.<sup>5</sup> Die Orientierung an Treu und Glauben (§ 242 BGB) bringt zum Ausdruck, dass die

<sup>1</sup> St. Rspr.: vgl. BGH, 23.06.1988 – VII ZR 117/87, BGHZ 105, 24, 27; 16.10.2012 – X ZR 37/12, BGHZ 195, 126 Rn. 17 f.

<sup>2</sup> BGH, 10.10.1957 – VII ZR 419/56, BGHZ 25, 318, 319; BGH, 26.10.1983 – VIII ZR 132/82, NJW 1984, 289, 290; 13.12.2006 – XII ZB 71/04, NJW 2007, 1460 Rn. 10.

<sup>3</sup> BGH, 10.12.1992 – I ZR 186/90, BGHZ 121, 13, 16; 07.02.2002 – I ZR 304/99, BGHZ 150, 32, 37; 27. 01.2010 – VIII ZR 58/09, WM 2010, 986 Rn. 33.

<sup>4</sup> BGH, 16.11.2007 – V ZR 208/06, WM 2008, 491 Rn. 7; 27.01.2010 – VIII ZR 58/09, WM 2010, 986 Rn. 33.

<sup>5</sup> BGH, 24.02. 1988 – VIII ZR 145/87, BGHZ 103, 275, 280; 05.10.2006 – III ZR 166/05, NJW 2006, 3777; 14.02.2007 – IV ZR 150/05, NJW-RR 2007, 976 Rn. 10.

Auslegung die berechtigten Belange beider Vertragsparteien berücksichtigen und mit den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs in Einklang stehen soll.<sup>6</sup> Geboten ist danach insbesondere eine nach beiden Seiten interessengerechte Auslegung.<sup>7</sup>

- 33 Formularverträge sind wegen ihres abstrakt-generellen Charakters ebenso wie Allgemeine Geschäftsbedingungen unabhängig von den individuellen Vorstellungen der Parteien und den Umständen des Einzelfalles nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragsparteien unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden.<sup>8</sup> Haben die Vertragsparteien allerdings übereinstimmend eine Klausel in einem bestimmten Sinne verstanden, so geht dieser übereinstimmende Wille auch der Auslegung eines Formularvertrages vor.<sup>9</sup>
- 34 Bei dem Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte handelt es sich um einen standardisierten Mustervertrag, welcher in Nr. 1 Abs. 2 Satz 3 die Einzelabschlüsse über Finanzleistungen und die Bestimmungen des Rahmenvertrages zu einem einheitlichen Vertragsverhältnis zusammenfasst.<sup>10</sup> Die Bestimmungen des Rahmenvertrages sind Formulklauseln, die nach objektiven Maßstäben auszulegen sind.<sup>11</sup> Soweit diese ersichtlich in Anlehnung an gesetzliche Vorschriften gestaltet oder diesen nach Wortlaut und Inhalt nachgebildet worden sind, ist die vertragliche Regelung grundsätzlich ebenso auszulegen wie die gesetzliche Norm.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl., § 133 Rn. 20; Brinkmann, in Prütting/Wegen/Weinreich, aaO, § 157 Rn. 6.

<sup>7</sup> BGH, 11.05.1995 – VII ZR 116/94, WM 1995, 1545, 1546; 31.10.1995 – XI ZR 6/95, BGHZ 131, 136, 138; 29.03.2000 – VIII ZR 297/98, NJW 2000, 2508; 2509; 09.07.2001 – II ZR 228/99, NJW 2002, 747.

<sup>8</sup> Palandt/Ellenberger, aaO, § 133 Rn. 26a; vgl. BGH, 23.11.2005 – VIII ZR 154/04, NJW 2006, 1056 Rn. 9; 21.04.2009 – XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 11; 21.10.2009 – VIII ZR 244/08, NJW 2010, 293 Rn. 11; 03.05.2011 – XI ZR 373/08, NJW-RR 2011, 1350.

<sup>9</sup> BGH, 16.06.2009 – XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 16; 07.03.2013 – VII ZR 68/10, BGHZ 196, 299 Rn. 17.

<sup>10</sup> Vgl. dazu Jahn, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 114 Rn. 36 f.; Jahn/Fried, in MünchKomm-InsO, § 104 Rn. 142; Uhlenbruck/Lüer, InsO, 14. Aufl., § 104 Rn. 34 f.

<sup>11</sup> BGH, 28.04.2015 – XI ZR 378/13, Rn. 26, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Jahn, in Schimansky/Bunte/Lwowski, aaO, § 114 Rn. 60.

<sup>12</sup> Vgl. BGH, 19.03.2003 – VIII ZR 135/02, ZIP 2003, 1095, 1096; 29.04.2014 – II ZR 395/12, WM 2014, 1076 Rn. 24; Palandt/Grüneberg, aaO, § 305c Rn. 16.

## 2. Rechtliche Grundlagen für Schadensersatz mit Blick auf Verzug

### a) Die gesetzliche Regelung

- 35 § 288 BGB regelt die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Zinsen wegen Verzugs zuzuerkennen sind.

#### § 288 Abs. 1 BGB lautet:

- 36 *Eine Geldschuld ist während des Verzugs zu verzinsen. Der Verzugszinssatz beträgt für das Jahr fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.*

- 37 Bezugsgröße des Basiszinssatzes ist der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahrs (§ 247 Abs. 1 Satz 3 BGB). Der Verzugszins, welcher nach dieser Vorschrift verlangt werden kann, ist ein gesetzlich festgelegter Mindestersatz, dessen Entstehung fingiert wird. Der Gläubiger kann ihn unabhängig davon geltend machen, ob ihm tatsächlich ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich sein finanzieller Nachteil gegebenenfalls beläuft. Der Gesetzgeber hat auf diese Weise in typisierender Betrachtungsweise der Tatsache Rechnung getragen, dass die mit dem Besitz von Geld verbundenen Nutzungsmöglichkeiten in aller Regel geldwerte Vorteile bieten, deren Vorenthaltung rechtlich als Schaden anzusehen ist.<sup>13</sup> Dieser Zinsanspruch wird als Rate, bezogen auf die Höhe der geschuldeten Forderung, von dem Tage des Verzugsseintritts an zuerkannt und gilt so lange, bis der Verzug endet.

- 38 Der Anspruch ist kein Unterfall des allgemeinen Schadensersatzanspruchs wegen Verzögerung der Leistung aus § 280 Abs. 1, Abs. 2, § 286 BGB, der sich inhaltlich nach den §§ 249 – 255 BGB richtet. § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB bildet eine eigenständige Anspruchsgrundlage, deren Voraussetzungen unabhängig von den allgemeinen Anforderungen an den Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung geregelt sind.<sup>14</sup>

#### § 288 Abs. 2 BGB bestimmt demgegenüber:

---

<sup>13</sup> BGH, 15.11.1978 – VIII ZR 242/77, NJW 1979, 540; 27.03.1980 – VII ZR 214/79, BGHZ 77, 60, 62; 14.04.1983 – VII ZR 258/82, NJW 1983, 2191; 20.05.1985 – VII ZR 266/84, BGHZ 94, 330, 332; 20.07.2011 – IV ZR 75/09, NJW 2011, 3648 Rn. 16.

<sup>14</sup> Schulte-Nölke, in Nomos Kommentar zum BGB, 2. Aufl., § 288 Rn. 3.

- 39 *Bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, beträgt der Zinssatz für Entgeltforderungen neun Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.*
- 40 Eine Entgeltforderung im Sinne dieser Vorschrift liegt nur dann vor, wenn die Forderung auf die Zahlung eines Entgelts als Gegenleistung für eine vom Gläubiger erbrachte oder zu erbringende Leistung gerichtet ist, die in der Lieferung von Gütern oder der Erbringung von Dienstleistungen besteht.<sup>15</sup> Erfasst sind damit insbesondere Kaufpreis, Werklohn und Mietzins. Darlehensforderungen gehören dagegen nicht dazu.<sup>16</sup> Der Begriff ist wegen der einschneidenden Rechtsfolge der Vorschrift eng auszulegen.<sup>17</sup> Soweit bei Finanztermingeschäften keine Lieferung realer Gegenstände stattfindet, sind die Voraussetzungen für einen Zinsanspruch nach § 288 Abs. 2 BGB bei dieser Art von Verträgen nicht gegeben.

**§ 288 Abs. 3 BGB** lautet:

- 41 *Der Gläubiger kann aus einem anderen Rechtsgrund höhere Zinsen verlangen.*

Die Vorschrift hat für die Praxis nur geringe Bedeutung. Ausdrückliche Zinsvorschriften in anderen Gesetzen stimmen entweder mit § 288 Abs. 1 Satz BGB überein<sup>18</sup> oder sehen einen niedrigeren Zinssatz vor.<sup>19</sup> Die Vorschrift betrifft allein vertragliche Vereinbarungen zu Inhalt und Umfang der Zinspflicht.<sup>20</sup>

- 42 Außerhalb des Bereichs von Verbraucherverträgen kann im Grundsatz eine von § 288 Abs. 1 und 2 BGB abweichende Verzinsung für den Verzugszeitraum vereinbart werden.<sup>21</sup> Diese hat aber, wenn es sich um keine Individualvereinbarung handelt, die Grenzen von § 307 BGB zu beachten. Danach sind Bestimmungen, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den

<sup>15</sup> BGH, 21.04.2010 – XII ZR 10/08, NJW 2010, 1872 Rn. 23; 16.06.2010 – VIII ZR 259/09, NJW 2010, 3226 Rn. 12; Schulte-Nölke, in Nomos Kommentar, aaO, § 286 Rn. 48.

<sup>16</sup> Palandt/Grüneberg, aaO, § 288 Rn. 8; Schmidt-Kessel, in Prütting/Wegen/Weinreich, aaO, § 288 Rn. 5.

<sup>17</sup> BGH, 06.11.2013 – KZR 58/11, BGHZ 199, 1 Rn. 69 f.

<sup>18</sup> § 849 BGB, § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO, § 352 HGB.

<sup>19</sup> §§ 246, 503 Abs. 2 BGB; §§ 48 Abs. 1 Nr. 2, 49 Nr. 2 WechselG, §§ 45 Nr. 2, 46 Nr. 2 ScheckG.

<sup>20</sup> MünchKomm-BGB/Ernst, aaO, § 288 Rn. 22; Schulte-Nölke, in Nomos Kommentar, aaO, § 288 Rn. 13; Palandt/Grüneberg, aaO, § 288 Rn. 11.

<sup>21</sup> MünchKomm-BGB/Ernst, 6. Aufl., § 288 Rn. 28.

Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, unwirksam. Gemäß § 307 Abs. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Eine Prüfung nach § 307 BGB kommt auch dann in Betracht, wenn das Gesetz – wie § 288 Abs. 3 BGB – keine bestimmte, sondern eine ergänzungsbedürftige Regelung enthält, den Vertragspartnern also einen Gestaltungsspielraum eröffnet und die bestehende Lücke durch eine Formulklausel ergänzt worden ist.<sup>22</sup> Der BGH hat sich daher bereits mehrfach mit der Frage befassen müssen, ob und unter welchen Voraussetzungen Zinsänderungsklauseln der Prüfung nach § 307 BGB standhalten.<sup>23</sup>

43 **§ 288 Abs. 4 BGB** bestimmt:

*Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.*

Die Vorschrift bringt zum Ausdruck, dass der real durch den Verzug eingetretene Schaden insgesamt ersetzt verlangt werden kann, der dem Gläubiger zustehende Schadensersatzanspruch also nicht durch die Regelung des 288 Abs. 1 BGB nach oben begrenzt ist. Die Voraussetzungen sowie der Umfang eines solchen Schadensersatzanspruchs werden unter 2. (1) erläutert.

**b) Der Rahmenvertrag**

**Nr. 3 Abs. 4**

- 44 Die Bestimmung enthält eine eigene Regelung über die dem Inhaber der Forderung im Falle des Verzugs zustehenden Ansprüche. Der Anspruch auf Verzugszins nach Satz 1 ist dem Grunde nach ebenso gestaltet wie § 288 Abs.1 BGB; nur ist dort eine andere Bezugsgröße als die gesetzliche gewählt worden und den Vertragsparteien die Freiheit eingeräumt worden, die Höhe des nach Nr. 12 Abs. 3 geltenden Zinszuschlags selbst festzulegen. Satz 2 lautet ebenso wie § 288 Abs. 4 BGB und dient auch demselben Zweck. Er soll es dem Gläubiger ermöglichen, einen über den vereinbarten Zinssatz hinausgehenden Schaden

---

<sup>22</sup> BGH, 19.11.2002 – X ZR 243/01, NJW 2003, 507, 508; Palandt/Grüneberg, aaO, § 307, Rn. 53; K. P. Berger, in Prütting/Wegen/Weinreich, aaO, § 307 Rn. 34.

<sup>23</sup> BGH, 21. 04. 2009 – XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257; 13.04.2010 – XI ZR 197/09, BGHZ 185, 166.

geltend zu machen. Da diese Regelung – mit Ausnahme der Festlegung der Zinshöhe in Satz 1 – ersichtlich dem § 288 BGB nachgebildet ist, sind die für die Auslegung dieser Norm anerkannten Grundsätze auch für die Beurteilung der Rechtsnatur der hier geregelten Ansprüche von grundlegender Bedeutung.<sup>24</sup>

#### **Nr. 7**

- 45 Nach dieser Bestimmung endet der Vertrag durch Kündigung aus wichtigem Grund (Nr. 7 Abs. 1) und ohne Kündigung im Insolvenzfall (Nr. 7 Abs. 2). Dieser ist gegeben, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Partei beantragt wird und diese Partei entweder den Antrag selbst gestellt hat oder zahlungsunfähig oder sonst in einer Lage ist, die die Eröffnung eines solchen Verfahrens rechtfertigt. Ob die Klausel über die Beendigung des Vertrages im Insolvenzfall rechtlich wirksam ist, bedarf unter Beachtung der §§ 103, 104 und 119 InsO sowie der Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit von Lösungsklauseln<sup>25</sup> näherer Prüfung.
- 46 § 103 InsO – Wahlrecht des Insolvenzverwalters – lautet:
- 47 *(1) Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen.*
- 48 *(2) Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so kann der andere Teil eine Forderung wegen der Nichterfüllung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen. Fordert der andere Teil den Verwalter zur Ausübung seines Wahlrechts auf, so hat der Verwalter unverzüglich zu erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterlässt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen.*
- 49 § 104 InsO – Fixgeschäfte. Finanzleistungen – lautet:
- 50 *(1) War die Lieferung von Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist vereinbart und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein, so kann nicht die Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen der Nichterfüllung geltend gemacht werden.*

---

<sup>24</sup> Vgl. Jahn, in Schimansky/Bunte/Lwowski, aaO, § 114 Rn. 39.

<sup>25</sup> BGH, 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348.

- 51 *(2) War für Finanzleistungen, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, eine bestimmte Zeit oder eine bestimmte Frist vereinbart und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Verfahrens ein, so kann nicht die Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen der Nichterfüllung geltend gemacht werden. Als Finanzleistungen gelten insbesondere*
- 52 *1. die Lieferung von Edelmetallen,*
- 2. die Lieferung von Wertpapieren oder vergleichbaren Rechten, soweit nicht der Erwerb einer Beteiligung an einem Unternehmen zur Herstellung einer dauernden Verbindung zu diesem Unternehmen beabsichtigt ist,*
- 3. Geldleistungen, die in ausländischer Währung oder in einer Rechnungseinheit zu erbringen sind,*
- 4. Geldleistungen, deren Höhe unmittelbar oder mittelbar durch den Kurs einer ausländischen Währung oder einer Rechnungseinheit, durch den Zinssatz von Forderungen oder durch den Preis anderer Güter oder Leistungen bestimmt wird,*
- 5. Optionen und andere Rechte auf Lieferungen oder Geldleistungen im Sinne der Nummern 1 bis 4,*
- 6. Finanzsicherheiten im Sinne des § 1 Abs. 17 des Kreditwesengesetzes.*
- 53 *Sind Geschäfte über Finanzleistungen in einem Rahmenvertrag zusammengefasst, für den vereinbart ist, dass er bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes nur einheitlich beendet werden kann, so gilt die Gesamtheit dieser Geschäfte als ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 103, 104.*
- 54 *(3) Die Forderung wegen der Nichterfüllung richtet sich auf den Unterschied zwischen dem vereinbarten Preis und dem Markt- oder Börsenpreis, der zu einem von den Parteien vereinbarten Zeitpunkt, spätestens jedoch am fünften Werktag nach der Eröffnung des Verfahrens am Erfüllungsort für einen Vertrag mit der vereinbarten Erfüllungszeit maßgeblich ist. Treffen die Parteien keine Vereinbarung, ist der zweite Werktag nach der Eröffnung des Verfahrens maßgebend. Der andere Teil kann eine solche Forderung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen.*
- 55 *§ 119 InsO – Unwirksamkeit abweichender Vereinbarungen – lautet:*
- Vereinbarungen, durch die im Voraus die Anwendung der §§ 103 bis 118 ausgeschlossen oder beschränkt wird, sind unwirksam.*

- 56 Der Bundesgerichtshof hat im Jahre 2012 entschieden, dass Lösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren und Energie, die an den Insolvenzantrag oder die Insolvenzeröffnung anknüpfen, unwirksam sind.<sup>26</sup> Eine vertragliche Bestimmung, welche unter bestimmten Voraussetzungen ein Kündigungsrecht oder eine unmittelbare Beendigung vorsieht, stellt eine typische Lösungsklausel im Sinne dieser Vorschrift dar. Solche Lösungsklauseln werden nach dem genannten Urteil von § 119 InsO erfasst, sind also unwirksam, soweit sie in Widerspruch zu den §§ 103 bis 118 InsO stehen.
- 57 Das Urteil des BGH hat jedoch für Finanztermingeschäfte, die zu den in § 104 InsO geregelten Verträgen gehören, keine Bedeutung. § 119 InsO dient dem Schutz des in § 103 InsO normierten Rechts des Insolvenzverwalters, Erfüllung zu wählen oder die Erfüllung des Vertrages abzulehnen.<sup>27</sup> Dieses Wahlrecht wird in § 104 InsO für die dort genannten Fixgeschäfte und Finanzleistungen dadurch ausgeschlossen, dass gemäß Abs. 1 und 2 nur eine Forderung wegen der Nichterfüllung geltend gemacht werden kann. Die Beendigungswirkung im Insolvenzfall ist somit durch § 104 InsO rechtlich gedeckt;<sup>28</sup> der Rahmenvertrag enthält keine nach § 119 InsO unwirksame Lösungsklausel. Dies gilt sogar dann, wenn der Rahmenvertrag Finanzverträge im Sinne des § 104 InsO und Verträge, auf die § 103 InsO anzuwenden ist, zu einer Einheit zusammenfasst. Die von § 104 Abs. 2 Satz 3 InsO angeordnete Behandlung als einheitlich beendeter Vertrag bewirkt, dass für den Vertrag insgesamt als Rechtsfolge nur eine Forderung wegen Nichterfüllung in Betracht kommt.<sup>29</sup>
- 58 Endet der Vertrag durch Kündigung oder Insolvenz, sieht Nr. 7 Abs. 3 vor, dass dann keine Partei mehr zu Zahlungen oder sonstigen Leistungen nach Nr. 3 Abs. 1 verpflichtet ist, die gleichtägig oder später fällig geworden wären. An die Stelle dieser Verpflichtungen treten nunmehr Ausgleichsforderungen nach Nr. 8 und Nr. 9 des Rahmenvertrages. Da die Vertragsverhältnisse der Schuldnerin mit den Gläubigern durch den Insolvenzantrag bzw. die an demselben Tag erfolgte Eröffnung des Verfahrens beendet worden sind, greifen die genannten Regeln hier ein.

---

<sup>26</sup> BGH, 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348.

<sup>27</sup> BGH, 15.11.2012, aaO, Rn. 13 ff.

<sup>28</sup> Bornemann, in Graf-Schlicker, InsO, § 104 Rn. 31; Jahn/Fried, in MünchKomm-InsO, 3. Aufl., § 104 Rn. 1- 34, 169 f.; Uhlenbruck/Lüer, aaO, § 104 Rn. 38.

<sup>29</sup> Jaeger/Henckel/Jacoby, aaO, § 104 Rn. 55; Jahn/Fried, in MünchKomm-InsO, aaO, § 104 Rn. 179 f.; Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 8. Aufl., Rn. 8. 405.; a. A. Bornemann, In Graf-Schlicker, aaO, § 104 Rn. 29.

## Nr. 8

- 59 Den Gläubigern steht danach gegenüber der Schuldnerin ein Schadensersatzanspruch zu, der nach Maßgabe von Abs. 1 und 2 zu berechnen ist. Diese Regelung, die in den Einzelheiten unter 2.(1) dargestellt wird, sieht einen Schadensersatzanspruch im Sinne der §§ 249 ff. BGB vor.

## Nr. 9

- 60 Nach Abs. 1 werden von der ersatzberechtigten Partei rückständige Beträge und sonstige Leistungen und der zu leistende Schadensersatz zu einer einheitlichen Ausgleichsforderung in Euro zusammengefasst. Für rückständige sonstige Leistungen, die nicht auf Geld gerichtet sind, ist ein Wert in Euro zu ermitteln. Die Ermittlung der Werte der Einzelgeschäfte führt nicht zum Entstehen mehrerer Forderungen. Vielmehr werden diese Werte in den dem Gläubiger zustehenden Anspruch auf Abschlusszahlung einbezogen, so dass eine einheitliche in Euro zusammengefasste Forderung entsteht, die in einem Betrag zum Ausdruck kommt.<sup>30</sup> Nr. 9 Abs. 1 trägt dem Umstand Rechnung, dass nach Nr. 1 Abs. 2 Satz 3 Rahmenvertrag alle Abschlüsse untereinander und zusammen mit dem Rahmenvertrag einen einheitlichen Vertrag bilden. Diese Zusammenfassung hat die Funktion, die Gesamtheit der Finanztermingeschäfte gemäß § 104 Abs. 2 Satz 3 InsO zu einem gegenseitigen Vertrag im Sinne der §§ 103, 104 InsO zu verbinden.<sup>31</sup> Die Regelung von Nr. 9 Abs.1 steht daher mit § 104 Abs. 2 Satz 3 InsO in Einklang, soweit sie vorsieht, dass eine alle Geschäfte einbeziehende einheitliche Ausgleichsforderung wegen der Nichterfüllung zu bilden ist.
- 61 Die Art und Weise, wie diese Forderung nach Nr. 8 und 9 Rahmenvertrag ermittelt werden soll, weicht jedoch deutlich von der in § 104 Abs. 3 InsO enthaltenen Regelung ab. Der Rahmenvertrag sieht einen zweistufigen Berechnungsweg vor. Zunächst ist der Schadensersatzanspruch nach Nr. 8 Abs. 1 zu ermitteln. Danach hat der Gläubiger die Wahl, ob er Ersatzgeschäfte abschließt und den Schaden konkret ermittelt oder den Schaden auf der Grundlage von Zinssätzen, Termsätzen, Kursen, Marktpreisen, Indices oder sonstigen Wertmessern abstrakt berechnet. Der auf diese Weise ermittelte Anspruch wird gemäß Nr. 9 Abs. 1 mit den Ansprüchen wegen rückständiger Beträge und sonstiger Leistungen verbunden. Dagegen schreibt § 104 Abs. 3 InsO

---

<sup>30</sup> Jahn/Fried, aaO, Rn. 154.

<sup>31</sup> BGH, 28.04.2015 – XI ZR 378/13, Rn. 54.

eine abstrakte Schadensberechnung vor. Auch die in Nr. 9 Abs. 2 enthaltene Regelung zur Fälligkeit und Aufrechnung kennt das Gesetz im Rahmen der nach § 104 Abs. 3 InsO gebotenen Saldierung nicht. Die Bestimmungen zur Ermittlung der Ausgleichsforderung im Rahmenvertrag werden in der Literatur teilweise als zulässig angesehen, weil § 104 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 InsO keinen Hinweis enthalten, dass die gesetzliche Regelung zwingend sein soll.<sup>32</sup> Dies erscheint wenig überzeugend; denn § 119 InsO schreibt allgemein vor, dass Vereinbarungen, welche die Anwendung von §§ 103 bis 118 InsO im Voraus ausschließen, unwirksam sind. § 119 InsO soll gerade die Durchsetzung der gesetzlichen Regelung über die Wirkungen der Insolvenz auf gegenseitige Verträge sicherstellen. Daher sprechen die besseren Gründe für die Ansicht, dass die Ausgleichsforderung auf dem von § 104 Abs. 3 InsO vorgezeichneten Weg ermittelt werden muss.<sup>33</sup>

- 62 Rechtsprechung zu dieser Frage liegt, soweit ersichtlich, bisher nicht vor. Ob die Rechtsfrage für die Beantwortung der gestellten Fragen bedeutsam ist, wird unter 2. (1) behandelt.

## **2. (1) Darlegungsanforderungen für diese Ansprüche**

### **§ 288 Abs. 1 BGB**

- 63 Benannt werden muss die Forderung gegen den Schuldner dem Grunde und der Höhe nach. Darzulegen sind weiter die Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass sich der Schuldner in Verzug befindet. Die Voraussetzungen, unter denen Verzug vorliegt, sind in § 286 BGB geregelt.
- 64 Gemäß § 286 Abs.1 Satz 1 BGB kommt der Schuldner durch eine Mahnung, die nach dem Eintritt der Fälligkeit der Forderung erfolgt, in Verzug. Als verzugsbegründende Mahnung gilt jede eindeutige und bestimmte Aufforderung, mit der der Gläubiger zum Ausdruck bringt, dass er die geschuldete Leistung verlangt.<sup>34</sup> Im Einzelfall kann die Handlung, welche die Fälligkeit begründet, auch mit der Mahnung verbunden werden.<sup>35</sup> Einer Mahnung stehen die Erhebung einer Klage sowie die Zustellung eines

---

<sup>32</sup> Jahn/Fried, in MünchKomm-InsO, aaO, § 104 Rn. 173; Obermüller, aaO, Rn. 8.367 ff.

<sup>33</sup> Köndgen, in Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 104 Rn. 46 ff.; Uhlenbruck/Lüer, aaO, § 104 Rn. 38; Ehricke, NZI 2006, 564, 566 f.

<sup>34</sup> BGH, 25.10.2007 – III ZR 91/07, BGHZ 174, 77 Rn. 11.

<sup>35</sup> BGH, 25.10.2007, aaO; 13.07.2010 – XI ZR 27/10, NJW 2010, 2940 Rn. 14.

gerichtlichen Mahnbescheids gleich (§ 286 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Anmeldung der Forderung im Insolvenzverfahren genügt dagegen nicht, weil der Schuldner auf diese Weise nicht zur Leistung aufgefordert werden kann; denn er hat mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Befugnis, über sein Vermögen zu verfügen, verloren.<sup>36</sup> Aus diesem Grunde greift auch keiner der nachstehend genannten Tatbestände ein, nach denen Verzug ohne Mahnung eintritt.

65 § 286 Abs.2 BGB bestimmt, dass es zur Begründung von Verzug einer Mahnung nicht bedarf,

1. wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist,
2. wenn der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt,
3. wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,
4. wenn aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen bei Fälligkeit der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist.

Hat der Gläubiger die Voraussetzungen, unter denen der Schuldner in Verzug gerät dargelegt und im Falle des Bestreitens bewiesen, ist die Geldschuld während des Verzugs mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz für das Jahr zu verzinsen. Der Gläubiger braucht nicht zu behaupten, dass ihm tatsächlich ein Schaden durch den Verzug entstanden ist; denn dieser Anspruch ist davon unabhängig.

### **§ 288 Abs. 2 BGB**

66 Die Geldschuld ist unter den nach § 288 Abs. 1 BGB geltenden Voraussetzungen mit acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen, wenn sie aus einem Rechtsgeschäft entstanden ist, an dem kein Verbraucher beteiligt war und auf Zahlung eines Entgelts als Gegenleistung für die Lieferung von Gütern oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Art. 2 Richtlinie 2000/35/EG gerichtet ist.<sup>37</sup> Wie oben bereits erörtert, findet die Vorschrift auf Finanztermingeschäfte ohne Lieferung realer Gegenstände keine Anwendung.

---

<sup>36</sup> RG, 06.06.1928 – I 328/27, RGZ 121, 207, 211; Pape/Schaltke, in Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 174 Rn. 73; MünchKomm-BGB/Ernst, aaO, § 286 Rn. 54; Palandt/Grüneberg, aaO, § 286 Rn. 21; K. Schmidt/Jungmann, InsO, 18. Aufl., § 174 Rn. 62; Staudinger/Löwisch/Feldmann, aaO, § 286 Rn. 66; Uhlenbruck/Sinz, aaO, § 174 Rn. 59.

<sup>37</sup> BGH, 21.04.2010 – XII ZR 10/08, NJW 2010, 1872.

**§ 288 Abs. 3 BGB**

- 67 Über die Voraussetzungen des § 288 Abs.1 BGB hinaus ist die Vereinbarung eines höheren Zinssatzes darzulegen. Liegt eine Individualvereinbarung vor, steht dem Gläubiger während des Verzugszeitraums der vereinbarte Zinssatz ohne Nachweis eines Schadens zu. Ob die Klausel eines Formularvertrages wirksam ist, stellt in der Regel eine reine Rechtsfrage dar, die der Richter zu prüfen hat, ohne dass es eines weiteren Tatsachenvortrags bedarf. Hängt die Beurteilung der Klausel ausnahmsweise von streitigen Tatsachen ab, hat derjenige die Beweislast, der sich auf die Unwirksamkeit beruft.<sup>38</sup>

**§ 288 Abs. 4 BGB**

- 68 § 288 Abs. 4 BGB stellt klar, dass der Anspruch auf Ersatz des Verzugschadens nicht durch die Zinsansprüche nach § 288 Abs.1 bis 3 BGB begrenzt ist. Übersteigt der finanzielle Nachteil des Gläubigers die Verzugszinssumme, kann er diesen Schaden gemäß § 288 Abs. 4 BGB geltend machen. Der nach dieser Vorschrift in Betracht kommende Anspruch ist ein echter Schadensersatzanspruch, für dessen Beurteilung die Regeln der §§ 249 ff. BGB gelten.
- 69 Geht der Gläubiger nach § 288 Abs. 4 BGB vor, muss er außer dem Verzug auch darlegen, in welcher Höhe ihm ein Schaden entstanden ist und dass der Verzug für diesen Schaden ursächlich war. Der Ersatzpflichtige hat den Gläubiger in Geld so zu entschädigen, wie er stände, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB). Wird entgangener Gewinn geltend gemacht, ist der Gewinn zu erstatten, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (§ 252 BGB). Zu prüfen ist auch, ob den Gläubiger ein Mitverschulden an der Entstehung des Schadens trifft, wenn der Schuldner diesen Einwand erhebt oder sich schon aus dem unstreitigen Sachverhalt Umstände ergeben, die auf ein Mitverschulden hindeuten. Hat schon bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt, hängt der Umfang des zu leistenden Ersatzes insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist (§ 254 Abs. 1 BGB). Dies gilt auch dann, wenn der Geschädigte es versäumt hat,

---

<sup>38</sup> BGH, 21.11.1995 – XI ZR 225/94, NJW 1996, 388, 389 ; Palandt/Grüneberg, aaO, § 307 Rn. 9.

den anderen Teil auf die Gefahr eines besonders hohen Schadens hinzuweisen, der für jenen nicht erkennbar war (§ 254 Abs. 2 BGB).

- 70 Nach der Rechtsprechung des BGH kann eine Bank die Vorteile ersetzt verlangen, die ihr zugeflossen wären, wenn sie das geschuldete Geld bei rechtzeitiger Rückzahlung anderweitig angelegt hätte. Die Möglichkeit dazu braucht die Bank nicht konkret darzulegen und zu beweisen. Sie darf den Schaden vielmehr abstrakt berechnen. Danach ist davon auszugehen, dass eine Kreditbank einen ihr vorenthaltenen Geldbetrag im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs durch Abschluss neuer Kreditverträge zu den im fraglichen Zeitpunkt banküblichen Zinssätzen genutzt hätte. Die Zinsen, die ihr bei rechtzeitiger Zahlung des Schuldners zugeflossen wären, die ihr wegen des Verzugs aber entgehen, kann sie als Verzugschaden ersetzt verlangen.<sup>39</sup> Diese Rechtsprechung datiert indessen aus einer Zeit, in der die Banken durch Vergabe von Darlehen weitaus höhere Zinsen erzielen konnten als unter den gegenwärtigen nationalen und internationalen finanziellen Gegebenheiten. Indessen kann dahingestellt bleiben, ob die höchstrichterliche Rechtsprechung bei Verträgen aus der Zeit nach dem Jahr 2008 deshalb höhere Anforderungen an den Schadensnachweis stellen würde. Jedenfalls entspricht es der in der Literatur ganz überwiegenden Meinung, dass gewerbsmäßige Kapitalanleger, zum Beispiel Investmentgesellschaften und Versicherungen, nicht berechtigt sind, den Schaden auf die beschriebene vereinfachte Weise zu berechnen.<sup>40</sup>

### **Nr. 3 Abs. 4 Rahmenvertrag**

- 71 Der Zinsanspruch nach Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 ist in der vereinbarten Höhe ohne weiteres ab Verzugseintritt begründet, ohne dass es der Darlegung eines Schadens bedarf.
- 72 Dagegen sind an die Darlegung eines weiteren Schadens nach Satz 2 dieselben Anforderungen wie für Ansprüche nach § 288 Abs. 4 BGB zu stellen; denn diese Regelung ist in dem Sinne zu verstehen, dass der Schadensersatzanspruch von denselben Voraussetzungen wie in der genannten Norm abhängig sein soll.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> BGH, 01.02.1974 – IV ZR 2/72, BGHZ 62, 103; 28.04.1988 – II ZR 57/87, BGHZ 104, 337, 344 ff.

<sup>40</sup> OLG Köln NJW 1969, 1388; Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 288 Rn. 13; Schmidt-Kessel, in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 10. Aufl., § 288 Rn. 8; a. A. Staudinger/Löwisch/Feldmann, BGB, Neubearbeitung 2014, § 288 Rn. 47.

<sup>41</sup> Jahn, in Schimansky/Bunte/Lwowski, aaO, § 114 Rn. 39.

- 73 Im Hinblick auf die durch die Insolvenz der Schuldnerin bewirkte Beendigung des Vertrages genügt es jedoch nicht, lediglich die Voraussetzungen von Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 und 2 isoliert darzulegen. Vielmehr ist infolge der Vorschrift des § 104 InsO sowie der in Nr. 7 bis 9 für den Fall der Beendigung des Vertrages enthaltenen Regeln zu prüfen, ob und inwieweit noch Ansprüche nach Nr. 3 Abs. 4 bestehen können.

#### **Nr. 7 Abs. 3 Rahmenvertrag**

- 74 Im Falle der Beendigung ist keine Partei mehr zu Zahlungen oder sonstigen Leistungen nach Nr. 3 Abs. 1 verpflichtet, die gleichartig oder später fällig geworden wären. An die Stelle dieser Verpflichtungen treten Ausgleichsforderungen nach Nr. 8 und 9. Nicht ausdrücklich geregelt ist, was sich bezüglich solcher Verpflichtungen ergibt, mit denen die Schuldnerin schon vor der Beendigung des Vertrages in Verzug geraten war. Eine Fortgeltung von Nr. 3 Abs. 4 für solche Forderungen kommt dann in Betracht, wenn sich weder aus § 104 InsO noch aus Nr. 8 und 9 Rahmenvertrag etwas ergibt, das einen solchen Anspruch ausschließt.

#### **Nr. 8 Rahmenvertrag**

- 75 Gemäß Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 steht dem Vertragspartner der insolvent gewordenen Partei ein Anspruch auf Schadensersatz zu. Die in den nachfolgenden Sätzen zur Berechnung dieses Anspruchs getroffene Regelung zeigt, dass es sich um einen Schadensersatzanspruch im Sinne der §§ 249 ff. BGB handelt; denn die Höhe des dem Gläubiger entstandenen finanziellen Nachteils ist auf der Grundlage tatsächlicher oder fiktiver Ersatzgeschäfte darzulegen und wird durch Vorteile, die dem Gläubiger aus der Beendigung von Einzelabschlüssen entstehen, gemindert.
- 76 Zur Frage, ob eventuell schon vor der Beendigung des Vertrages entstandene Ansprüche wegen Verzuges gesondert darzulegen sind oder einbezogen werden, sagt diese Bestimmung nichts.

#### **Nr. 9 Rahmenvertrag**

- 77 Nr. 9 sieht in Abs. 1 vor, dass der gemäß Nr. 8 Abs. 1 zu leistende Schadensersatz sowie rückständige Beträge und sonstige Leistungen von der ersatzberechtigten Partei zu einer einheitlichen Ausgleichsforderung in Euro zusammengefasst werden. Der Gläubiger hat somit darzulegen, in welcher Höhe ihm infolge der Vertragsbeendigung ein Schadensersatzanspruch nach Nr. 8 Abs. 1 zusteht, ob

und in welcher Höhe er darüber hinaus bereits vor Insolvenz fällig gewordene Geldforderungen oder Leistungsansprüche hat und seit wann insoweit Verzug eingetreten ist. Bei Leistungsansprüchen hat er deren Geldwert anzugeben. Soweit er darzulegen vermag, dass schon vor Vertragsbeendigung Verzug eingetreten ist, stehen ihm Zins- und Schadensersatzansprüche nach Nr. 3 Abs. 4 zu, die er ebenfalls zu beziffern und in die einheitliche Ausgleichsforderung einzubeziehen hat. Ist die Schuldnerin vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht in Verzug geraten, besteht dort für die Anwendung von Nr. 3 Abs. 4 kein Raum.

- 78 Nr. 9 Abs. 2 beschreibt, in welcher Weise Gegenansprüche der insolvent gewordenen Partei zu berücksichtigen sind. Deren Wert wird von der nach Abs.1 ermittelten Forderung abgezogen. Es wird also im Wege eines Liquidations-Netting (englisch: *close-out netting*) nach Saldierung der Marktwerte der Einzelabschlüsse und Verrechnung der dem Gläubiger zustehenden Gesamtforderung mit eventuellen Gegenansprüchen ermittelt, ob und in welcher Höhe eine einheitliche Forderung des Vertragspartners der insolventen Partei besteht.<sup>42</sup> Die Regelung, dass nach Nr. 9 Rahmenvertrag im Insolvenzfall eine einheitliche Forderung zu bilden ist, steht, wie dargelegt, in Einklang mit der Vorschrift des § 104 Abs. 2 Satz 3 InsO.
- 79 Eine Verzinsung der Ausgleichsforderung sieht der Rahmenvertrag nicht vor; denn weder aus Nr. 7 bis 9 noch aus den übrigen Bestimmungen ergibt sich ein Hinweis, dass Nr. 3 Abs. 4 auch für diesen Anspruch gelten soll. Vielmehr sind, soweit die insolvent gewordene Partei schon vor der Beendigung des Vertrages in Verzug geraten ist, auch die deshalb nach Nr. 3 Abs. 4 entstandenen Ansprüche in die Ausgleichsforderung gemäß Nr. 9 einzubeziehen. Enthält die Ausgleichsforderung Ansprüche, mit deren Erfüllung die Schuldnerin vor der Vertragsbeendigung in Verzug geraten ist, wird man in diesem Umfang von einer Fortgeltung der Verzugsregelung nach Nr. 3 Abs. 4 ausgehen müssen; denn es ist kein Grund ersichtlich, warum die für jene Forderungen einmal entstandenen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen Verzuges mit Vertragsbeendigung entfallen sein sollen. Ob es Forderungen gibt, bei denen Verzug schon vor der Insolvenz eingetreten war, ist mir nicht bekannt.
- 80 Ein auf die gesamte Ausgleichsforderung nach Nr. 9 bezogener Zinsanspruch scheidet auch von Gesetzes wegen aus, weil die Ausgleichsforderung erst infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden ist.<sup>43</sup> Seitdem können die Ansprüche gegen den Schuldner nicht mehr durchgesetzt werden, weil dieser die

---

<sup>42</sup> Jahn/Fried, aaO, § 104 Rn. 152 ff.; Jaeger/Henckel/Jacoby, aaO, § 104 Rn. 53 ff.

<sup>43</sup> Jaeger/Henckel/Jacoby, aaO, § 104 Rn. 60.

Verfügungsbefugnis über sein Vermögen verloren hat.<sup>44</sup> Die Rechtsverfolgung muss vielmehr durch Anmeldung der Ausgleichsforderung beim Insolvenzverwalter geschehen (§ 104 Abs. 3 Satz 3, § 28 Abs. 1 Satz 1 InsO). Die Befriedigung der Insolvenzgläubiger ist in ein besonderes Verfahren eingebunden, was zur Folge hat, dass Verzug nach § 286 BGB ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht entstehen kann. Die Fälligkeits- und Verzugsregeln des Schuldrechts erstrecken sich nicht auf einen erst in der Insolvenz entstandenen Anspruch.

Während des Insolvenzverfahrens kann somit kein Schuldnerverzug begründet werden.<sup>45</sup> Nur ein schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandener Verzug läuft während des Insolvenzverfahrens fort.<sup>46</sup>

### **§ 104 Abs. 3 InsO**

- 81 Folgt man der von mir vertretenen Auffassung, dass die einheitliche Forderung nicht als Ausgleichsforderung nach Maßgabe von Nummern 8 und 9 Rahmenvertrag, sondern als Forderung wegen Nichterfüllung gemäß § 104 Abs. 3 InsO zu ermitteln ist, so entsteht auch diese Forderung erst aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und wird nach Abschluss der dort vorgesehenen Berechnung wenige Tage später fällig. Ansprüche wegen Verzuges nach § 288 BGB oder Nr. 3 Abs. 4 des Rahmenvertrags kommen dann ebenfalls aus den genannten Gründen nicht in Betracht. Soweit für einen Teil des Anspruchs schon vor der Eröffnung Verzug eingetreten war, wird man auch hier annehmen müssen, dass dieser während des Insolvenzverfahrens fort dauert.
- 82 Etwas anderes kann hier auch nicht deshalb gelten, weil es sich um ein in England eröffnetes Insolvenzverfahren handelt; denn die auf der Grundlage des Rahmenvertrages für Finanztermingeschäfte entstandenen Rechtsbeziehungen der Schuldnerin zu den Gläubigern richten sich nach deutschem materiellem Recht. Die Vorschrift des § 104 InsO ist Teil dieses Rechts.
- 83 Die deutsche Insolvenzordnung enthält nicht nur verfahrensrechtliche Vorschriften, sondern in erheblichem Umfang auch materielles Recht. Dazu zählen alle Bestimmungen, die eine Wirkung auf die materielle Rechtslage entfalten, indem sie inhaltlich die Rechtsstellung der Beteiligten im

---

<sup>44</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 36.

<sup>45</sup> Jaeger/Henckel, aaO, § 39 Nr. 12.

<sup>46</sup> Jaeger/Henckel, aaO, § 39 Rn. 12; Uhlenbruck/Hirte, aaO, 13. Aufl., § 39 Rn. 16; Staudinger/Löwisch/Feldmann, aaO, § 288 Rn. 36.

zivilrechtlichen Anspruchssystem beeinflussen.<sup>47</sup> Dies trifft etwa auf die Vorschriften zur Aufrechnung (§§ 94 – 96 InsO) und zur Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) zu und gilt insbesondere für die Normen der §§ 103 bis 119 InsO über die Erfüllung der Rechtsgeschäfte in der Insolvenz. Die materielle Rechtsnatur von § 104 InsO wird gerade darin deutlich, dass diese Norm das Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters ausschließt, sich in Abs. 2 Satz 3 mit dem Rahmenvertrag befasst und durch die in Abs. 3 getroffene Regelung bewirkt, dass einzelne Bestimmungen des Rahmenvertrages nur modifiziert oder überhaupt nicht zur Anwendung gelangen.

## **2.(2) Anspruch als Rate oder Betrag**

- 84 Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen daher nur für den Fall, dass schon vor Beendigung des Vertrages durch Insolvenz Ansprüche wegen Verzuges angefallen sind oder das Gericht entgegen der hier vertretenen Ansicht die infolge der Vertragsbeendigung durch Insolvenz entstandene Ausgleichsforderung insgesamt als verzinslich ansieht.
- 85 Bei Ansprüchen aus § 288 Abs. 1 BGB sowie aus Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 Rahmenvertrag wird die gesetzliche Zinsrate, bezogen auf die Summe, mit der sich der Schuldner in Verzug befindet, gefordert.
- 86 Bei Ansprüchen aus § 288 Abs. 4 BGB sowie aus Nr. 3 Abs. 4 Satz 2 Rahmenvertrag kommt es dagegen darauf an, worin der Schaden besteht. Macht der Gläubiger geltend, er hätte den gesamten vorenthaltenen Betrag zu einem höheren Zins als dem gesetzlichen anlegen können, wird er diesen Zinssatz anstelle desjenigen aus § 288 Abs. 1 BGB fordern. Dasselbe gilt, wenn er darlegt und beweist, dass er sich wegen des Verzugs anderweitig habe Geld beschaffen müssen und dafür einen höheren als den gesetzlichen Zins bezahlt. Der Gläubiger wäre allerdings in diesen Fällen rechtlich auch nicht gehindert, den gesetzlichen Zins zu verlangen, auszurechnen, welchen Gewinn er bei Anlage des geschuldeten Betrages über den gesetzlichen Zins hinaus erzielt hätte und diesen als zusätzlichen Betrag zu beanspruchen. Entsprechendes gilt, wenn der Gläubiger sich den Betrag zu einem höheren Zins beschaffen musste. In den geschilderten Fällen wird in der Praxis aber der Schadensersatzanspruch nach § 288 Abs. 4 BGB in Form eines erhöhten Zinssatzes verlangt, weil dies einen geringeren Arbeitsaufwand erfordert als die Berechnung einer Summe. Der

---

<sup>47</sup> Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO, § 2 Rn. 5; Ganter/Lohmann, in MünchKomm-InsO, aaO, Vor §§ 2 bis 10 Rn. 2a.

Gläubiger muss sich hier entscheiden, ob er einen erhöhten Zinssatz oder eine bestimmte Summe als zusätzlichen Schaden geltend macht.

- 87 Besteht der Schaden dagegen nicht in entgangenen Zinsgewinnen oder entstandenen Zinsaufwendungen, wird er in der Form eines Betrages geltend gemacht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Gläubiger behauptet, er hätte das geschuldete Geld für eine Investition verwandt, die ihm einen Gewinn gebracht hätte (Beispiele: Anlage in Aktien, die im fraglichem Zeitraum einen bestimmten Wertzuwachs erzielt hätten; Kauf einer Maschine, mit der er gewinnbringende Aufträge erfüllt hätte). Hat der Gläubiger wegen des Verzugs einen eigenen Vermögensgegenstand unter Wert veräußern müssen, hat er ebenfalls einen Schaden in Höhe eines bestimmten Betrages erlitten. In diesen Fällen kann der entgangene Gewinn oder der entstandene finanzielle Verlust auf zwei verschiedene Arten geltend gemacht werden. Entweder verlangt der Gläubiger dann keine Zinsen, sondern nur den Ersatz des mit einem bestimmten Betrag bezifferten Schadens, oder er verlangt den gesetzlichen Zins nach § 288 Abs. 1 BGB und zusätzlich den Betrag, der sich aus der Differenz zwischen der Schadenssumme und dem Wert des Zinsanspruchs ergibt.<sup>48</sup>

### **(3) Bestimmung der Höhe der Zinsrate und der Referenzsumme**

- 88 Die Frage ist durch die Ausführungen zu (2) schon weitgehend beantwortet. Wird der Schaden als erhöhter Zins verlangt, bezieht er sich auf die Summe, mit der der Schuldner in Verzug ist, wenn der Gläubiger bei rechtzeitiger Zahlung die gesamte Summe zu einem höheren als dem gesetzlichen Zinssatz angelegt hätte. Entsprechendes gilt, wenn der Anspruch darauf gestützt wird, er habe sich den vorenthaltenen Betrag zu einem höheren als dem gesetzlichen Zinssatz beschaffen müssen. Treffen die beschriebenen Voraussetzungen nicht für die gesamte geschuldete Summe zu, sondern ist nur ein Verzugsschaden durch entgangene Anlage oder zusätzliche Kosten hinsichtlich eines Teilbetrages entstanden zu, so ist der erhöhte Zins nur daraus als Referenzsumme geltend zu machen.
- 89 Beispiel: Der Schuldner befindet sich mit 100.000 Euro in Verzug, der Gläubiger hätte 50.000 Euro zu 12% Zinsen anlegen können. Er verlangt dann 100.000 Euro zuzüglich Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 50.000 Euro (§ 288 Abs. 1 BGB) sowie 12% Zinsen aus weiteren 50.000 Euro seit dem Datum des Verzugs (§ 288 Abs. 4 BGB). Wäre die erhöhte Geldanlage erst einen

---

<sup>48</sup> Vgl. zu einem solchen Fall BGH, 18.02.2002 – II ZR 355/00, WM 2002, 909.

Monat nach Verzugseintritt möglich gewesen, können 12% erst ab diesem Datum verlangt werden.

### **3. Anspruchshöhe**

#### **(1) Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 Rahmenvertrag**

- 90 Der Anspruch ist ebenso zu beurteilen wie derjenige aus § 288 Abs. 1 BGB. Der sich aus Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 ergebende Zinssatz steht dem Gläubiger unabhängig davon zu, ob ihm überhaupt ein Schaden entstanden ist.<sup>49</sup>

#### **(2) Nr. 3 Abs. 4 Satz 2 Rahmenvertrag**

- 91 Das Verhältnis zu Satz 1 bestimmt sich ebenso wie dasjenige von § 288 Abs. 4 zu Abs. 1 BGB. § 288 Abs. 4 BGB soll lediglich sicherstellen, dass der Gläubiger den gesamten ihm tatsächlich entstandenen Schaden ersetzt verlangen kann, eben auch dann, wenn er über das hinausgeht, was § 288 Abs. 1 BGB generell zubilligt. Daher wird nach § 288 Abs. 4 BGB nur der über den gesetzlich fixierten Mindestschaden hinausgehende finanzielle Nachteil ersetzt. Es ist daher nicht möglich, die gesetzlichen Verzugszinsen und den Ersatz des gesamten Schadens nebeneinander, also kumulativ, zu beanspruchen. Dies entspricht der einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur.<sup>50</sup> Der Gläubiger hat aber die Wahl, ob er nur den gesamten Schaden geltend macht oder die gesetzlichen Zinsen berechnet und darüber hinaus den davon nicht gedeckten Schadensteil ersetzt verlangt.

---

<sup>49</sup> Vgl. die in Fn. 13 zitierten Entscheidungen des BGH.

<sup>50</sup> BGH, 05.11.1952 – II ZR 47/52, LM Nr. 2 zu § 286 BGB; 18.02.2002 – II ZR 355/00, WM 2002, 909, 913; KG Berlin, 18.02.2014 – 26a U 60/13, Leitsatz und Rn. 55 f.; Staudinger/Löwisch/Feldmann, aaO, § 288 Rn. 41; Mankowski, WM 2009, 921, 922.

**Frage 21****4. Anspruchsvoraussetzungen in der Position des Erwerbers (Zessionars)**

- 92 Befand sich die Schuldnerin bis zur Vertragsbeendigung nach Nr. 7 Abs. 3 Rahmenvertrag nicht in Verzug, so ist mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine einheitliche Ausgleichsforderung nach Nr. 9 Rahmenvertrag oder § 104 Abs. 3 InsO entstanden, die nicht verzinslich ist. In diesem Fall können auch in der Person des Zessionars keine Ansprüche auf Verzugszins entstanden sein. Die Beurteilung der Frage 21 ist dann nicht entscheidungserheblich.
- 93 Ist der Schuldner dagegen, sei es gegenüber dem Zedenten, sei es gegenüber dem Zessionar, mit der Zahlung bereits vor Vertragsbeendigung in Verzug geraten, so dass der Verzug während des Insolvenzverfahrens fort dauert, kommen Ansprüche wegen eines Verzugschadens in Betracht. Davon wird für die nachfolgenden Erörterungen ausgegangen. Der Gutachter unterstellt dort also, dass Verzug schon vor dem Ende des Vertrages eingetreten war.
- 94 Zinsansprüche nach Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 können dann unter denselben Voraussetzungen geltend gemacht werden, die für Ansprüche aus § 288 Abs. 1 BGB bei Forderungsabtretung gelten. Dabei ist, wie bei Ansprüchen nach § 288 Abs. 1 BGB, zu unterscheiden: Sind schon in der Person des Zedenten Zinsansprüche wegen Verzuges entstanden, so gehen diese nicht als unselbständige Anteile des Hauptanspruchs nach § 401 BGB mit der Abtretung auf den Erwerber über. Es kommt vielmehr darauf an, was Zedent und Zessionar vereinbaren. Dies ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Im Zweifel ist jedoch anzunehmen, dass die Zinsansprüche mit abgetreten sein sollen.<sup>51</sup> Mit dem Abschluss des Abtretungsvertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers (§ 398 Satz 2 BGB). Von der Abtretung an richtet sich daher das Entstehen von Schadensersatzansprüchen nach der Person des Erwerbers. Dies trifft auch dann zu, wenn der Schuldner erst nach der Abtretung in Verzug geraten ist.<sup>52</sup> Handelt es sich nicht um eine Vollabtretung, sondern nur um eine Abtretung zur Sicherheit, kommt es dagegen für den Zinsanspruch allein auf die Person des Zedenten an.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> BGH, 18.05.1961 – VII ZR 39/60, BGHZ 35, 172, 173; BFH, 19.12.2007 – VIII R 13/05, NJW 2008, 1180, 1182.

<sup>52</sup> BGH, 25.09.1991 – VIII ZR 264/90, WM 1991, 2036; 09.02.1995 – III ZR 174/93, BGHZ 128, 371, 376; 09.02.2006 – I ZR 70/03, NJW 2006, 1662.

<sup>53</sup> BGH, 09.02.2006, aaO.

- 95 Für Schadensersatzansprüche nach Nr. 3 Abs. 4 Satz 2 Rahmenvertrag (§ 288 Abs. 4 BGB) gilt dem Grunde nach dasselbe wie für den Anspruch auf den gesetzlichen bzw. den vereinbarten Zinssatz. Problematisch und umstritten ist dort jedoch die Frage, ob der Erwerber (Zessionar) den ihm entstandenen Schaden auch dann in vollem Umfang geltend machen kann, wenn er höher ist als derjenige, der beim Zedenten angefallen wäre, oder ob der Anspruch der Höhe nach auf den Schaden beschränkt ist, der beim Zedenten eingetreten wäre.

## 5. Die Bestimmung der Forderung des Zessionars im Einzelnen

### (1) Schaden der Vertragspartei / Schaden des Zessionars

- 96 Eine Schadensersatzforderung der Vertragspartei kann nur entstanden sein, wenn der Schuldner schon vor der Abtretung der Forderung in Verzug geraten ist. Dies gilt sowohl für den fiktiven Mindestschaden nach Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 als auch für den darüber hinausgehenden echten Schaden nach Nr. 3 Abs. 4 Satz 2 des Rahmenvertrages. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so richten sich beide Ansprüche für die Zeit bis zur Abtretung nach der Person des Vertragspartners (Zedenten), für die Zeit nach der Abtretung dagegen nach der Person des Erwerbers (Zessionars).<sup>54</sup> Die Frage, ob dies auch dann gilt, wenn der Schaden des Erwerbers höher ist als derjenige des ursprünglichen Vertragspartners, behandelt das Gesetz nicht unmittelbar. Es enthält jedoch in den §§ 404 ff. BGB Vorschriften zum Schutz des Schuldners. Die wichtigsten Bestimmungen lauten wie folgt:

#### § 404 BGB

- 97 *Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren.*

#### 406 BGB

- 98 *Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, dass er bei dem Erwerb der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder dass die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.*

#### 407 Abs. 1 BGB

---

<sup>54</sup> BGH, 25.09.1991 aaO, 09.02.1995, aaO; 09.02.2006, aaO.

- 99 *Der neue Gläubiger muss eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt.*
- 100 Welche Bedeutung diese Vorschriften für das hier zu behandelnde Problem haben, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt. Im Wesentlichen werden drei Auffassungen vertreten:
- 101 **(a)** Nach der im neueren Schrifttum überwiegenden Meinung hat der Schuldner auch den höheren Schaden des Zessionars zu tragen. Das Prinzip des Vertrauensschutzes gelte im deutschen Schadensrecht nicht. Nur in den von §§ 404 ff. BGB ausdrücklich behandelten Fällen sei der Schuldner im Falle der Zession geschützt. Da die hier zu lösende Frage gesetzlich nicht geregelt sei, ergebe sich eine Begrenzung der Schadenshöhe allein aus § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB. Der Zessionar müsse den Schuldner darauf hinweisen, falls in seiner Person die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens bestehe.<sup>55</sup>
- 102 **(b)** Eine zweite Meinung folgt dem Ansatz zu (a), schränkt ihn jedoch zum Schutz des Schuldners in der Weise ein, dass der höhere Schaden des Zessionars erst von dem Zeitpunkt an gelten soll, zu dem der Schuldner Kenntnis von der Zession erhält und nur in dem Umfang, der vom Schuldner bei verkehrüblicher Sorgfalt vorausgesehen werden konnte.<sup>56</sup>
- 103 **(c)** Dagegen sind nach einer dritten Meinung die §§ 404 ff. BGB Ausdruck des allgemein geltenden, aus der Vertragsfreiheit folgenden Grundsatzes, dass die Rechtsstellung des Schuldners durch eine Zession nicht verschlechtert werden könne. Daher habe der Schuldner den Nachteil nicht zu tragen, der sich aus einem höheren Schaden des Zessionars ergebe.<sup>57</sup>
- 104 Der BGH hat in dem ersten Urteil, in dem er entschieden hat, dass sich die Höhe des Verzugsschadens grundsätzlich aus der Person des Zessionars bestimmt, ausdrücklich offen gelassen, ob dies auch dann gilt, wenn der Schaden des

---

<sup>55</sup> Müller, in Prütting/Wegen/Weinreich, aaO, § 398 Rn. 18; Palandt/Grüneberg, aaO, § 398 Rn. 19; Staudinger/Busche, BGB, Bearbeitung 1999, § 398 Rn. 82; Gernhuber, Festschrift für Raiser, 1974, S. 57, 86; Hoffmann, WM 1994, 1464, 1466; Schwenzer, AcP 182, 214, 234.

<sup>56</sup> RG, 12.12.1923 – I 98/23, RGZ 107, 187, 188.

<sup>57</sup> RG, 26.09.1909 – VII 46/09, RGZ 72, 213, 215; Erman/Westermann, BGB, 14. Aufl., § 398 Rn. 29a; Junker, AcP 1995, 1, 5 ff.; Peters, JZ 1977, 119, 122.

Zessionars höher ist, als er in der Person des Zedenten entstanden wäre.<sup>58</sup> Er hat die Frage bis heute nicht beantwortet, aber in einer Reihe weiterer Entscheidungen die grundlegende Vorschrift des § 404 BGB zugunsten des Schuldners und zum Nachteil des Zessionars weit ausgelegt. Der BGH sieht in dieser Vorschrift nach ständiger Rechtsprechung den Grundsatz zum Ausdruck gebracht, dass die Rechtsposition des Schuldners durch die Veränderung der Gläubigerstellung keine Verschlechterung erfahren soll.<sup>59</sup> Daher umfasst die Vorschrift auch Einwendungen des Schuldners, die zum Zeitpunkt der Abtretung im Rechtsverhältnis zum Zedenten lediglich angelegt waren und erst später entstanden sind.<sup>60</sup> Der Schuldner ist nach Kenntnis von einer Teilabtretung berechtigt, nachträglich zu bestimmen, dass eine von ihm an den Zedenten erbrachte Teilleistung auf die dem Zessionar zustehende Teilforderung anzurechnen ist.<sup>61</sup>

- 105 Diese Erwägungen des BGH, die aus meiner Sicht zutreffend sind, sowie der im deutschen Zivilrecht allgemein geltende Grundsatz, dass Verträge nicht zu Lasten Dritter geschlossen werden können, stützen die Auffassung, dass der Schuldner durch einen Wechsel seines Gläubigers auch im Bereich des Schadensersatzes nicht mit höheren Pflichten belastet werden kann, als sie gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger bestanden hätten. Die §§ 404, 406 und 407 BGB sind Ausdruck dieses Prinzips, indem sie die Frage der Einwendungen, der Aufrechnungsbefugnis und der Erfüllung zum Schutz des Schuldners ausdrücklich regeln.
- 106 Auch der Umstand, dass der Tatbestand der Vertragsverletzung allein durch das ursprüngliche Schuldverhältnis bestimmt wird und gemäß § 398 Satz 2 BGB mit Abschluss des Abtretungsvertrages der neue Gläubiger (Zessionar) an die Stelle des alten Gläubigers (Zedent) tritt, spricht dafür, dass der Schadensersatzanspruch des neuen Gläubigers nicht über das hinausgehen kann, was dem alten Gläubiger zugestanden hätte. Andernfalls könnten alter und neuer Gläubiger zu Lasten des Schuldners spekulieren, indem der alte Gläubiger eine Person sucht, die einen höheren Schaden geltend machen kann, als er bei

---

<sup>58</sup> BGH, 25.09.1991 – VIII ZR 264/90, WM 1991, 2036.

<sup>59</sup> BGH, 28.11.1955 – II ZR 153/54, BGHZ 19, 153, 156 ff.; 17.03.1975 – VIII ZR 245/73, BGHZ 64, 122, 126; 29.11.1984 – IX ZR 44/84, BGHZ 93, 71, 79; 05.12.2003 – V ZR 341/02, WM 2004, 1601; 19.10.2005 – XII ZR 224/03, NJW 2006, 219 Rn. 27; BGH, 11.05.2006 – VII ZR 261/04, BGHZ 167, 337 Rn. 21.

<sup>60</sup> BGH, 26.06.1957 – V ZR 148/55, BGHZ 25, 27, 29; 29.11.1984, aaO; 05.12.2003, aaO; 19.10.2005, aaO.

<sup>61</sup> BGH, 11.05.2006 – VII ZR 261/04, BGHZ 167, 337.

ihm anfallen wird, und dann mit diesem vereinbart, dass der Vorteil in bestimmter Weise geteilt oder bei Vereinbarung des Kaufpreises der abgetretenen Forderung berücksichtigt wird. Derartige Rechtshandlungen, die dann nicht mit Aussicht auf Erfolg verhindert werden könnten, ständen aber ganz eindeutig in Widerspruch zu dem allgemein anerkannten Grundsatz, dass Vereinbarungen zu Lasten eines Dritten unwirksam sind.

## **(2) Verjährung**

- 107 Für den Hauptanspruch gilt die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB). Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 BGB). Mit dem Hauptanspruch verjährt der Anspruch auf die von ihm abhängenden Nebenleistungen, auch wenn die für diesen Anspruch geltende besondere Verjährung noch nicht eingetreten ist (§ 217 BGB). Für den Schadensersatzanspruch wegen Verzugs gilt dieselbe Verjährungsfrist wie für den Hauptanspruch.<sup>62</sup> Er wird daher von der Vorschrift des § 217 BGB erfasst.<sup>63</sup>
- 108 Die Verjährung wird sowohl durch Klageerhebung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) oder Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB) als auch durch die Anmeldung des Anspruchs im Insolvenzverfahren (§ 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB) gehemmt. Die Hemmung endet sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens (§ 204 Abs. 2 Satz 1 BGB).

## **6. Beweislastverteilung**

- 109 Den Gläubiger, der den durch Abtretung erworbenen Anspruch geltend macht, trifft die Beweislast für alle anspruchsbegründenden Voraussetzungen. Er hat daher insbesondere den Erwerb der Forderung durch Abtretung, den Eintritt des Verzugs sowie die Entstehung und Höhe des Schadens bei Ansprüchen nach Nr. 3 Abs. 4 Satz 2 des Rahmenvertrages zu beweisen.

---

<sup>62</sup> BGH, 23.11.1994 – XII ZR 150/93, BGHZ 128, 74, 81.

<sup>63</sup> Palandt/Ellenberger, aaO, § 217 Rn. 1; Deppenkämper, in Prütting/Wegen/Weinreich, aaO, § 217 Rn. 1.

**Verpflichtungserklärung**

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**

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 10. Juli 2015,



---

Dr. Gero Fischer

## KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

Partha Kar/Kon Asimacopoulos  
To Call Writer Directly:  
+44 20 7469 2350/ +44 20 7469 2230  
[partha.kar@kirkland.com/](mailto:partha.kar@kirkland.com/)  
[kon.asimacopoulos@kirkland.com](mailto:kon.asimacopoulos@kirkland.com)

30 St Mary Axe  
London  
EC3A 8AF  
Telephone: +44 20 7469 2000  
[www.kirkland.com](http://www.kirkland.com)

Facsimile:  
+44 20 7469 2001

16 June 2015

Dr Gero Fischer  
Im Oberfeld 23  
79117  
Freiburg

Dear Dr Fischer,

### **Re: Instruction Letter**

Thank you for agreeing to act as a party appointed expert in relation to the application of the Joint Administrators of Lehman Brothers International (Europe) (In Administration) (“**LBIE**”) to the High Court of Justice (the “**Court**”), London, dated June 25, 2014 (No. 7942 of 2008) (the “**Waterfall II Application**”).

This may involve, as directed by the court, producing an expert report and reply report to assist the court in its consideration of the matter, participating in discussions with the other parties’ expert/s and producing a related statement, producing a supplemental report, giving oral evidence at the trial, and carrying out any other duties appropriate to the role of an expert, as directed by the court or instructed by us.

In this respect, please see the enclosed order of Mr Justice David Richards in relation to the 9 March 2015 case management conference (the “**Experts Order**”) dated 7 May 2015, which sets out, among other things:

- (a) The relevant steps and timings regarding your expert evidence (the “**Experts Steps**”).
- (b) The questions you are expected to address as an expert in German law (the “**Experts Questions**”).

For convenience, we also attach a timetable reflecting the Experts Steps (the “**Timetable**”).

### KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

IS A MULTINATIONAL PRACTICE, THE PARTNERS OF WHICH ARE SOLICITORS OR REGISTERED FOREIGN LAWYERS (ADMITTED IN THE U.S. AND OTHER JURISDICTIONS), AND IS AUTHORIZED AND REGULATED BY THE SOLICITORS REGULATION AUTHORITY (SRA NUMBER 349107). A LIST OF THE PARTNERS, GIVING EACH PARTNER'S PROFESSIONAL QUALIFICATION AND JURISDICTION OF QUALIFICATION IS OPEN TO INSPECTION AT THE ADDRESS ABOVE.

#### ASSOCIATED OFFICES

Beijing Chicago Hong Kong Houston Los Angeles Munich New York Palo Alto San Francisco Shanghai Washington, D.C.

KE 94975072.1

## KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

16 June 2015

Page 2

With regard to oral evidence at trial, please note that, from 1 April 2013, the court has the power at any stage in the proceedings to order experts to give their evidence concurrently at trial. Do let us know if it would be helpful to discuss this further.

We set out below, among other things, the background facts of the case, certain enclosures, as well as indicating the questions for you to address.

### 1 Background Facts

- 1.1 LBIE was the principal trading company within the European Lehman Brothers group of companies and is an English unlimited company. LBIE entered into administration on 15 September 2008 (the “**Administration Date**”). The current Joint Administrators are Anthony Victor Lomas, Steven Anthony Pearson, Paul David Copley, Russell Downs and Julian Guy Parr (the “**Joint Administrators**”).
- 1.2 The Joint Administrators have for some time anticipated the possibility of there being sufficient assets in the LBIE estate for them to be able to pay 100 pence in the pound in respect of claims admitted for dividend and of there being a surplus of assets remaining after they have done so (the “**Surplus**”).
- 1.3 The Joint Administrators made the Waterfall II Application to determine certain questions which affect distribution of the Surplus.
- 1.4 Broadly, the questions concern how statutory interest is to be calculated (it is in this context that the questions you are being asked to consider arise), how currency conversion claims are to be quantified, and the impact on claims to statutory interest and/or currency conversion claims and/or possibly other non-provable claims of certain contracts entered into, post-administration, between LBIE and certain of its creditors.
- 1.5 Specifically, the Expert Questions will help inform the court in relation to the following questions in the application: 20 and 21.
- 1.6 There are the following respondents to the Waterfall II Application: (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; and (5) York Global Finance BDH, LLC.
- 1.7 By way of further background information only, please see the enclosed Application Notice (as amended) and the accompanying ninth witness statement of Anthony Victor Lomas.

## KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

16 June 2015

Page 3

### 2 Enclosures

We enclose the following documents:

- (1) Notes for experts (the “**Guidance Notes**”).
- (2) Part 35 of the Civil Procedure Rules, (b) the Practice Direction to Part 35, (c) the Guidance for the instruction of experts in civil claims 2014 (the “**Guidance**”), and (d) the Practice Direction on Pre-Action Conduct including Annex C (together the “**CPR Enclosures**”).
- (3) The Experts Order.
- (4) The Timetable.
- (5) (a) The Application Notice, and (b) accompanying ninth witness statement of Anthony Victor Lomas.

### 3 Questions

- 3.1 You will need to address the specific German law Experts Questions which are set out in the Experts Order at Schedule C.
- 3.2 If, having read this letter and its enclosures, you feel that you may not, after all, have the appropriate experience or expertise to deal with these matters, please let us know immediately.

### 4 Duties of an Expert

- 4.1 You have a duty to exercise reasonable skill and care in carrying out your instructions and should comply with any relevant professional code of practice, but your overriding duty as an expert is to the court. Your primary function is to assist the court and, in this capacity, you must provide your unbiased opinion as an independent witness in relation to those matters which are within your expertise.
- 4.2 An expert's duties are set out more fully in the CPR Enclosures, and you should ensure that you understand and comply with these duties.
- 4.3 As you may be aware, in March 2011 the Supreme Court abolished the immunity from suit for breach of duty (whether in contract or negligence) that expert witnesses previously enjoyed in relation to their participation in legal proceedings (*Jones v Kaney [2011] UKSC 13*).

**KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP**

16 June 2015

Page 4

**5 Your Report**

- 5.1 To be used in evidence before the court, your report must comply with the requirements of the Civil Procedure Rules (which govern the conduct of civil proceedings in England and Wales) and the Guidance. You will find a checklist of the points which should be covered in your report in the Guidance Notes for experts.
- 5.2 Please let us know immediately if, at any time after producing your report, you change your views. It is also important to let us know promptly if you need to update your report, for example because new legal developments have occurred, so we can consider whether an amended version of your report or a supplementary report should be produced.

**6 Timetable**

- 6.1 We are aiming for you to provide your expert evidence in accordance with the timings set out in the Experts Order (and replicated in the Timetable for convenience).
- 6.2 In view of the timings, we would be grateful if you could liaise with us to ensure that the signed final-form copy of your first report in English (as drafted or by certified translator) is ready in good time in advance of the 10 July 2015, returning it via email to: [kasimacopoulos@kirkland.com](mailto:kasimacopoulos@kirkland.com); [pkar@kirkland.com](mailto:pkar@kirkland.com); [jifree.cader@kirkland.com](mailto:jifree.cader@kirkland.com); and [gordon.davidson@kirkland.com](mailto:gordon.davidson@kirkland.com), with the original documents to follow at your earliest convenience. Similarly please liaise with us to ensure that the other timings for discussions, post-discussions statement and any reply report are met.
- 6.3 Once you have read this letter please let us know so that we can call you to discuss the relevant issues and timings.
- 6.4 It is possible that you would be required to attend the hearing in November 2015, which is currently scheduled for 9-20 November 2015. Please let us know urgently if this is not possible.

**7 Right to ask for Directions from the Court**

- 7.1 Experts are entitled to ask the court for directions to assist them in carrying out their functions if they feel that this is necessary. Please do let us know if you intend to make an application for directions. We may be able to help with the matter, either by resolving any difficulties you may be experiencing and thereby avoiding the need to seek directions, or by helping you to formulate the request.
- 7.2 If you wish to seek directions in any event, we should mention that, unless the court has directed otherwise, you are required under the Civil Procedure Rules to:

## KIRKLAND & ELLIS INTERNATIONAL LLP

16 June 2015

Page 5

- (a) Let us have a copy of your proposed request for directions at least seven days before filing it at court; and
- (b) Provide all other parties with a copy of your request at least four days before the request is filed.

### **8 Questions on Expert's Report**

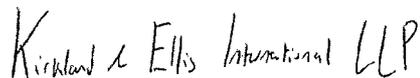
- 8.1 Please let us know immediately if you receive any questions from any persons relating to this matter, so we can discuss the appropriate action as they may be procedural rules and duties to adhere to. In particular, once a report has been served it is possible that the other parties may ask written questions for the purpose of clarifying your report.

### **9 Fees**

- 9.1 Your fee arrangements are contained in a separate retention letter. However, please note that payments contingent upon the nature of the expert evidence given in legal proceedings, or upon the outcome of a case, should not be offered or accepted. To do so may contravene experts' overriding duty to the court and compromise their duty of independence (see further para 88 of the Guidance).

We look forward to discussing the relevant issues with you further once you have reviewed this letter and the enclosed documents. In the meantime, if you have any questions in relation to your role as an expert in this matter, please do not hesitate to let us know.

Yours sincerely,



**Kirkland & Ellis International LLP**

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 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**

---

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

---



Dr. Gero Fischer

Presiding Judge, German Federal Court of Justice, ret.

**Expert Opinion**  
**In the Matter of**  
**Lehman Brothers International (Europe)**  
**(in administration)**



## Preliminary

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 questions of German law relevant to the application of the joint administrators of Lehman Brothers International (Europe) (In Administration) to the Court. My instructions (the “**Instructions**”) are at Appendix A to this report. In making this report I have reviewed the documents listed in paragraph 2 of the Instructions, as well as the German Master Agreement. The facts within this report that are within my personal knowledge are those relating to my qualifications and to the contents of documents I have reviewed. I set out below a summary of my conclusions in relation to the questions I am instructed to address.

## Qualifications

I was born on March 11th 1943 in Gladbeck (North Rhine-Westphalia). After passing my A-Levels, I studied law at the universities of Freiburg (Breisgau), Bonn and Tübingen from 1963 to 1967. In 1971, I completed my doctorate of law and took the second legal state exam.

In July 1971, I joined the higher judicial service of the federal state of Baden-Württemberg. After my employment as a judge at the lower and regional lower court of Freiburg, as well as the regional lower court of Waldshut-Tiengen, I was appointed a Judge of the High Court of Karlsruhe in February 1979. During my time at the High Court of Karlsruhe, I was concerned with different senates of the court and additionally fulfilled the position of training officer of the law clerks in the district of the High Court for a part of that time.

In July 1990 I was appointed a judge at the Federal Court of Justice. I was assigned to the 9th Civil Senate which is the competent senate for the field of bankruptcy law, liability of attorneys and tax advisors, guarantees, as well as the acknowledgement and enforceability of foreign decisions and stayed there for all my time as a federal judge. Apart from that, I

was a member of the senate concerned with the law of professional liability and rules of conduct, which is led by the president of the Federal Court of Justice from 1996 to 2002. In 2003 I became deputy chairman of the 9th senate and was its chairman from 2003 until my retirement on March 31st 2008. On the occasion of my retirement as a judge I was awarded an honorary publication consisting of 40 articles of judges, attorneys, bankruptcy lawyers and professors.

In addition to my work as a judge, I have been and I still am an active author of professional papers. I have published numerous articles especially in the field of bankruptcy and guarantee law. Furthermore, I am co-editor of a manual on law of credit and security which currently runs at the ninth volume, as well as co-editor of manuals on attorney liability, tenancy law and co-editor of the German journal New Journal for bankruptcy law (called NZI).



## Summary of Principal Conclusions

### Question 20

- 1 1. a) The GMA for financial derivative transactions is a standard form contract; its provisions are to be interpreted consistently according to their objective content and typical purpose in a way in which reasonable and honest contracting parties would understand them in view of the legitimate interests of both sides.
- 2 b) Clauses that, according to their wording and content, have been modelled after a statutory provision must normally be interpreted just as the statutory provision is interpreted.
- 3 2. a) The claim under sec. 288(1) BGB is not a subgroup of the general damages claim for delay of performance. It is not based on sec. 249 - 255 BGB and its conditions are met independently of the question of whether the creditor incurred damage.
- 4 b) By contrast, the creditor who seeks to assert a claim under sec. 288(4) BGB must establish that the default was the cause for the claimed damage and the extent of the lost profit or the losses that he incurred due to the default.
- 5 c) In the event of default, the interest claim under Cl. 3(4) sent. 1 GMA is also founded independently of the question of whether the creditor incurred damage. By contrast, the claim under Cl. 3(4) sent. 2 is a real damages claim which requires fulfilment of the same conditions as sec. 288(4) BGB.
- 6 d) The contract ended due to the insolvency of Lehman in accordance with Cl. 7(2) GMA. This provision is valid; it does not conflict with sec. 119 InsO because financial derivatives transactions are among the contracts that are governed by sec. 104(3) InsO and for which the right of the insolvency administrator to choose non-performance of not fully performed contracts pursuant to sec. 103 InsO is excluded.
- 7 e) Cl. 9(1) GMA, under which the claims from all single transactions are condensed into a single claim, is also valid. However, the amount of this claim must be calculated not according to Cl. 8 and 9 GMA, but by the abstract method laid out

in sec. 104(3) InsO, which belongs to the substantive terms of German law.

- 8 f) As the single claim for non-performance arising under sec. 104(3) InsO only comes into existence as a consequence of the initiation of insolvency proceedings, the claim does not bear interest. A claim for damages due to default is only justified if the debtor was in default before the opening of insolvency proceedings. As a result, the same would be true if the single compensation claim was calculated in accordance with Cl. 8 and 9 GMA.
- 9 g) As far as a claim for interest under Cl. 3(4) sent. 1 GMA must be considered, this interest is to be applied to the amount for which the debtor is in default.
- 10 h) By contrast, with respect to claims under Cl. 3(4) sent. 2 GMA it depends on the kind of damage.

If it consists of lost higher interest on an investment or increased costs of raising funds, the creditor can claim the increased interest rate applied to the amount outstanding, if the damage arose in an amount equal to the entire amount outstanding.

By contrast, the creditor will claim a fixed amount where the amount owed would have been used, for an investment and the damage comprises a monetary sum.

- 11 3. According to Cl. 3(4) sent. 2 GMA, additional damage can only be claimed if it surpasses the interest rate set forth in (4) sent. 1. However, the creditor can instead claim the total of the damage if he waives the standard interest rate in Cl. 3(4) sent. 1 GMA.

### Question 21

- 12 4. By concluding the assignment agreement, the new creditor takes the place of the prior creditor. If the assignor already has claims as a result of the default, it can be freely agreed upon, whether these claims are transferred to the assignee. From the date of the assignment, the emergence of damages claims must be assessed from the position of the assignee.

- 13 5. a) However, there is dispute whether this applies in the event that the assignee suffers greater damage than the assignor would have suffered. The prevailing opinion in the literature is in favour of that. Following the case law of the German Federal Court of Justice, according to which sec. 404 BGB expresses the principle that the debtor's position must not be worsened by a change of the creditor, and following the general principle that contracts cannot impose an obligation on third parties, however, in my opinion the debtor must not be exposed to the disadvantage of a greater damage of the assignee.
- 14 b) The three-year limitation period under sec. 199(1) BGB which is applicable to the principal claim is also applicable to a claim for damages due to default.
- 15 6. If the creditor asserts the claim he received by an assignment, he will bear the burden of proof for the conditions for all requirements on which the claim is based.

## A. The Questions

### Question 20

- 16 *Whether, in calculating the amount of interest due under section 3(4) of the German Master Agreement, it is possible (and if so, in what circumstances and to what extent) to include an amount in respect of “further claims for damages” (“Damages Interest Claim”) so that this would constitute part of “the rate applicable to the debt apart from the administration” for the purposes of Rule 2.88(9).*
- 17 1. What rules or principles of construction govern and apply, as a matter of German law, to the interpretation of commercial contracts such as Cl. 3(4) of the German Master Agreement?
- 18 2. What basis is there, as a matter of German law and specifically pursuant to the German Master Agreement, to award damages in respect of the late payment of debt and what form or forms can the award of damages take? In particular:
- 19 (1) What, in relation to any such basis or bases, has to be established as a matter of law and fact for such an award to be made?
- 20 (2) How would such an award be expressed? In particular, is an award capable of expression only as an amount, or is it (and if so, in what circumstances is it) capable of expression as a rate? If both expressions would be possible would these be mutually exclusive?
- 21 (3) In circumstances in which the award is capable of expression as a rate, on what principal sum would such an interest rate accrue, how would the applicable rate be determined?
- 22 3. As a matter of German law and specifically pursuant to Cl. 3(4) of the German Master Agreement, in your opinion:
- 23 (1) Is the relevant entity entitled to the fixed rate of interest (as a minimum) pursuant to the first sentence of that section regardless of any loss?
- 24 (2) If the relevant party’s loss as a result of any delay in payment is greater than the amount of the interest at such fixed rate, is the relevant entity entitled to recover: (i) the entire loss, or (ii) the loss

exceeding such fixed rate by way of a claim for (further) damages in respect of late payment?

### Question 21

- 25 *If the answer to question 20 is that a further claim for damages can be included as part of the “rate applicable to the debt apart from the administration” for the purposes of Rule 2.88(9), how, in such circumstances, is the relevant rate to be determined?*
- 26 4. If LBIE’s counterparty has transferred its claim against LBIE under the German Master Agreement (the “relevant claim”) to a transferee, in what circumstances, if any, can the transferee of that relevant claim assert any entitlement to a claim for default interest under the first sentence of Cl. 3(4) or a Damages Interest Claim as a matter of German law?
- 27 5. If such a transferee can assert either claim as a matter of German law, is the claim for damages (only) that of LBIE’s original counterparty, or is the transferee entitled to assert a claim for damages in place of or in addition to that of LBIE’s original counterparty? If such a transferee is entitled to assert either claim for damages either in place of or in addition to that of LBIE original counterparty, what has to be established as a matter of fact and law for such a claim to be sustained as a matter of German law? What should the calculation of damages in respect of the relevant claim measure: the damages of LBIE’s original counterparty (transferor), the damages of the transferee, or (for example on a *pro rata temporis* basis) the damages of both the transferor and the transferee? In particular, under what circumstances are assigned claims time barred (*verjährt*) (including taking into account any extension, suspension or interruption of the statutory limitation period as a matter of German law on the two assumptions that (a) English limitation periods are stayed as a matter of English law by reason of the English administration and (b) English limitation periods are not stayed as a matter of English law by reason of the English administration) and/or precluded for any other reasons, for example because an assignee claiming default interest and/or (further) damages has been aware of the debtor’s default prior to the assignment?

- 28 6. Where does the burden of proof lie in relation to such issues, as a matter of German law?

## B. Legal opinion

### Question 20

#### 1. Rules and Basic Principles of the Interpretation of Contracts

- 29 The basic provisions are:

##### Sec. 133 BGB

*When a declaration of intent is interpreted, it is necessary to ascertain the true intention rather than adhering to the literal meaning of the declaration.*

##### Sec. 157 BGB

*Contracts are to be interpreted as required by trust and belief, taking customary practice into consideration.*

- 30 Both provisions apply equally, so that in the interpretation of contracts, in principle both standards must be taken into account.<sup>1</sup>
- 31 According to the case law of the German Federal Court of Justice a presupposition to any interpretation of a text is whether declarations need to be interpreted. If the content of their wording and purpose is completely without ambiguity, there is no room for interpretation.<sup>2</sup>
- 32 The interpretation in any case takes the wording of the text as its starting point and thus must take it into account together with the parties' intention, which is objectively expressed by the choice of

---

<sup>1</sup> Established case law: cf. BGH, 23 June 1988 – VII ZR 117/87, BGHZ 105, 24, 27; 16 October 2012 – X ZR 37/12, BGHZ 195, 126 no. 17 et seq. [*Translator's note: "BGH" stands for 'Bundesgerichts-hof', the German Federal Court of Justice.*]

<sup>2</sup> BGH, 10 October 1957 – VII ZR 419/56, BGHZ 25, 318, 319; BGH, 26 October 1983 – VIII ZR 132/82, NJW 1984, 289, 290; 13 December 2006 – XII ZB 71/04, NJW 2007, 1460 no. 10.

words.<sup>3</sup> Additionally, the history and the intended purpose of the contract can be significant.<sup>4</sup> Declarations of intent that are subject to receipt by the other party must be interpreted as the recipient would necessarily understand them in trust and belief.<sup>5</sup> The focus on trust and belief (sec. 242 BGB) conveys that the interpretation should take into account the legitimate interests of both parties and should accord with the requirements of fair dealing.<sup>6</sup> This particularly requires an interpretation which is fair to the interests of both parties.<sup>7</sup>

- 33 Standard form contracts, as well as general terms and conditions, must be interpreted independently of the parties' individual expectations and of the concrete circumstances because of their character as an abstract and general text. They must be interpreted consistently according to their objective content and typical purpose and in a way in which reasonable and honest contracting parties would understand them, while giving due consideration to the interests of the public normally concerned.<sup>8</sup> However, if the parties have concurred in understanding a clause in a certain sense, this concurring intent will also take priority over the interpretation of a standard form contract.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> BGH, 10 December 1992 – I ZR 186/90, BGHZ 121, 13, 16; 07 February 2002 – I ZR 304/99, BGHZ 150, 32, 37; 27. 01.2010 – VIII ZR 58/09, WM 2010, 986 no. 33.

<sup>4</sup> BGH, 16 November 2007 – V ZR 208/06, WM 2008, 491 no. 7; 27 January 2010 – VIII ZR 58/09, WM 2010, 986 no. 33.

<sup>5</sup> BGH, 24 February 1988 – VIII ZR 145/87, BGHZ 103, 275, 280; 05 October 2006 – III ZR 166/05, NJW 2006, 3777; 14 February 2007 – IV ZR 150/05, NJW-RR 2007, 976 no. 10.

<sup>6</sup> cf. Palandt/Ellenberger, BGB, 74. ed., sec. 133 no. 20; Brinkmann, in Prütting/Wegen/Weinreich, op. cit., sec. 157 no. 6.

<sup>7</sup> BGH, 11 May 1995 – VII ZR 116/94, WM 1995, 1545, 1546; 31 October 1995 – XI ZR 6/95, BGHZ 131, 136, 138; 29 March 2000 – VIII ZR 297/98, NJW 2000, 2508; 2509; 09 July 2001 – II ZR 228/99, NJW 2002, 747.

<sup>8</sup> Palandt/Ellenberger, op. cit., sec. 133 no. 26a; cf. BGH, 23 November 2005 – VIII ZR 154/04, NJW 2006, 1056 no. 9; 21 April 2009 – XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 no. 11; 21 October 2009 – VIII ZR 244/08, NJW 2010, 293 no. 11; 03 May 2011 – XI ZR 373/08, NJW-RR 2011, 1350.

<sup>9</sup> BGH, 16 June 2009 – XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 no. 16; 07 March 2013 – VII ZR 68/10, BGHZ 196, 299 no. 17.

- 34 The German Master Agreement is a standardized master agreement which bundles (by Cl. 1(2)) the individual transaction(s) and the terms of the master agreement into a single contractual relationship.<sup>10</sup> The terms of the GMA are standard form clauses that must be interpreted in accordance with objective standards.<sup>11</sup> Where these clauses have been recognizably modelled on provisions of statute or reproduce the wording and content of a statute, then in general the provision of the contract must be interpreted in the same way as the provision in the statute.<sup>12</sup>

## 2. Legal Basis for Damages in Case of Default

### a) The Provision of Statute

- 35 § 288 BGB governs the question of under what circumstances and to what extent interest is awarded for default.

#### § 288(1) BGB reads:

- 36 *Any money debt must bear interest during the time of default. The default rate of interest per year is five percentage points above the basic rate of interest.*
- 37 The reference figure for the base rate is the interest rate for the most recent main refinancing operation of the European Central Bank before the first calendar day of the relevant half-year (sec. 247(1) sent. 3 BGB). Default interest that can be claimed according to this provision is a legally determined minimum compensation for a loss that is understood as a legal fiction. The creditor can claim it irrespective of whether he actually incurred a loss or, if he did incur a financial loss, of its amount. In this way, with a generalizing approach, the legislature allowed for the fact that the opportunities for use associated with the possession of money

---

<sup>10</sup> cf. on this point Jahn, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. ed., sec. 114 no. 36 et seq.; Jahn/Fried, in MünchKomm-InsO, sec. 104 no. 142; Uhlenbruck/Lüer, InsO, 14. ed., sec. 104 no. 34 et seq.

<sup>11</sup> BGH, 28 April 2015 – XI ZR 378/13, no. 26, scheduled for publication in BGHZ; Jahn, in Schimansky/Bunte/Lwowski, op. cit., sec. 114 no. 60.

<sup>12</sup> cf. BGH, 19 March 2003 – VIII ZR 135/02, ZIP 2003, 1095, 1096; 29 April 2014 – II ZR 395/12, WM 2014, 1076 no. 24; Palandt/Grüneberg, op. cit., sec. 305c no. 16.

generally offer pecuniary advantages, the withholding of which constitutes damage from a legal standpoint.<sup>13</sup> This interest claim is awarded from the date of default as a percentage rate referring to the amount of the claim for which a default has occurred, and applies for the duration of the default.

- 38 The claim is not a subcategory of the general right to damages for delay of performance under sec. 280(1) and (2) and sec. 286 BGB, and founded on the content of sec. 249 – 255 BGB. Sec. 288(1) sent. 1 BGB constitutes an independent basis for a claim, whose conditions are controlled independently of the general requirements for damages for delay of performance.<sup>14</sup>

**§ 288(2) BGB**, by contrast, provides:

- 39 *In the case of legal transactions to which a consumer is not a party the rate of interest for claims for payment is nine percentage points above the basic rate of interest.*
- 40 A claim for payment (*Entgeltforderung*) within the meaning of this provision exists only if the claim is directed towards the payment of a consideration in return for a performance that the creditor has provided, or will provide, in the form of the delivery of goods or the provision of services.<sup>15</sup> This especially comprises purchase prices, work wages and rents, but not loans.<sup>16</sup> The concept must be interpreted narrowly, due to the provision's significant legal implications.<sup>17</sup> Insofar as no delivery of physical items takes place in derivative transactions, the requirements for an interest claim

---

<sup>13</sup> BGH, 15 November 1978 – VIII ZR 242/77, NJW 1979, 540; 27 March 1980 – VII ZR 214/79, BGHZ 77, 60, 62; 14 April 1983 – VII ZR 258/82, NJW 1983, 2191; 20 May 1985 – VII ZR 266/84, BGHZ 94, 330, 332; 20 July 2011 – IV ZR 75/09, NJW 2011, 3648 no. 16.

<sup>14</sup> Schulte-Nölke, in Nomos Kommentar zum BGB, 2nd ed., sec. 288 no. 3.

<sup>15</sup> BGH, 21 April 2010 – XII ZR 10/08, NJW 2010, 1872 no. 23; 16 June 2010 – VIII ZR 259/09, NJW 2010, 3226 no. 12; Schulte-Nölke, in Nomos Kommentar, op. cit., sec. 286 no. 48.

<sup>16</sup> Palandt/Grüneberg, op. cit., sec. 288 no. 8; Schmidt-Kessel, in Prütting/Wegen/Weinreich, op. cit., sec. 288 no. 5.

<sup>17</sup> BGH, 06 November 2013 – KZR 58/11, BGHZ 199, 1 no. 69 et seq.

pursuant to sec. 288 (2) BGB are not fulfilled in this form of contract.

**§ 288(3) BGB** reads:

- 41 *The creditor may demand higher interest on a different legal basis.*

In practice, this provision is of little significance. Explicit provisions regarding interest in other statutes are either the same as sec. 288(1) BGB<sup>18</sup> or provide for a lower interest rate.<sup>19</sup> This provision pertains only to contractual agreements about the content and scope of an interest obligation.<sup>20</sup>

- 42 Outside the sphere of consumer contracts, the parties can generally agree on an interest rate for the default period which differs from the rate set in sec. 288(1) and (2) BGB.<sup>21</sup> However, if the terms of the agreement are not individually agreed, the terms must comply with the limits of sec. 307 BGB. According to this section, such terms are ineffective if, contrary to the requirement of trust and belief, the terms unreasonably disadvantage one party to the advantage of the other party, who presented the terms. Under sec. 307(2) BGB, an unreasonable disadvantage is, in case of doubt, to be assumed to exist if a provision is not compatible with essential principles of the statutory provision from which it deviates, or limits essential rights or duties inherent in the nature of the contract to such an extent that attainment of the purpose of the contract is jeopardised. An assessment under sec. 307 BGB must also be considered if the provision of statutory law – as in sec. 288 (3) BGB – is not conclusive and thus has to be supplemented, i.e., it allows variation by contract, and that

---

<sup>18</sup> sec. 849 BGB, sec. 104(1) sent. 2 ZPO, sec. 352 HGB.

<sup>19</sup> secs. 246, 503(2) BGB; secs. 48(1) no. 2, 49 no. 2 WechselG, secs. 45 no. 2, 46 no. 2 ScheckG.

<sup>20</sup> MünchKomm-BGB/Ernst, op. cit., sec. 288 no. 22; Schulte-Nölke, in Nomos Kommentar, op. cit., sec. 288 no. 13; Palandt/Grüneberg, op. cit., sec. 288 no. 11.

<sup>21</sup> MünchKomm-BGB/Ernst, 6. ed., sec. 288 no. 28.

variation has been effected by means of a standard form clause.<sup>22</sup> As a consequence, the German Federal Court of Justice has several times addressed the question of whether and under what conditions clauses that revise interest terms withstand review under sec. 307 BGB.<sup>23</sup>

43 **§ 288 Abs. 4 BGB** provides:

*The assertion of further damage is not excluded.*

This section says that full compensation can be demanded for damage that has actually been incurred as a result of the default; in other words, the damages claim to which the creditor is entitled is not capped by the provision of sec. 288(1) BGB. The requirements for and the extent of such a claim for damages are explained in 2. (1).

## **b) The German Master Agreement**

### **Cl. 3(4)**

44 This clause provides for a separate stipulation under which the person in possession of the claim is entitled in the event of a default. The entitlement to default interest pursuant to sentence 1 is essentially the same as sec. 288(1), but here the chosen reference value differs from the statutory reference value, and the parties are accorded the freedom to define for themselves the interest surcharge that applies under Cl. 12(3). The second sentence reads as sec. 288(4) BGB and also serves the same purpose as that section. It shall enable the creditor to claim a loss that exceeds the stipulated interest rate. Because this clause – with the exception of the interest rate specified in sentence 1 – is recognizably based on sec. 288 BGB, the recognized principles

---

<sup>22</sup> BGH, 19 November 2002 – X ZR 243/01, NJW 2003, 507, 508; Palandt/Grüneberg, op. cit., sec. 307, no. 53; K. P. Berger, in Prütting/Wegen/Weinreich, op. cit., sec. 307 no. 34.

<sup>23</sup> BGH, 21. 04. 2009 – XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257; 13 April 2010 – XI ZR 197/09, BGHZ 185, 166.

used to interpret the statute are also of fundamental importance in evaluating the legal nature of the claims provided for here.<sup>24</sup>

## Cl. 7

45 Under this provision, the contract ends by notice of termination with good cause (Cl. 7(1) GMA) and without notice in the event of insolvency (Cl. 7(2) GMA). Insolvency exists if an application to commence insolvency proceedings has been filed and the insolvent party has either filed the application itself or is unable to pay its debts or is in another situation that justifies the institution of such proceedings. The question of whether this clause on termination for insolvency is legally valid must be examined more closely in light of sec. 103, 104 and 119 InsO as well as in light of the case law of the German Federal Court of Justice on the invalidity of termination clauses.<sup>25</sup>

46 Sec. 103 InsO – Option to be Exercised by the Insolvency Administrator:

47 *(1) If a mutual contract was not or not completely performed by the debtor and its other party at the date when the insolvency proceedings were opened, the insolvency administrator may perform such contract replacing the debtor and claim the other party's consideration.*

48 *(2) If the administrator refuses to perform such contract, the other party shall be entitled to its claims for non-performance only as an insolvency creditor. If the other party requires the administrator to opt for performance or non-performance, the administrator shall state his intention to claim performance without negligent delay. If the administrator does not give his statement, he may no longer insist on performance.*

49 Sec. 104 InsO – Fixed-date Transactions. Financial Services:

50 *(1) If the delivery of goods with a market or stock exchange price was agreed to take place exactly on a definitely fixed date or within a definitely fixed period, and if such date or expiry of the*

---

<sup>24</sup> cf. Jahn, in Schimansky/Bunte/Lwowski, op. cit., sec. 114 no. 39.

<sup>25</sup> BGH, 15 November 2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348.

*period occurs after the insolvency proceedings were opened, performance may not be claimed, but only claims for non-performance.*

51 *(2) If financial performance with a market or stock exchange price was agreed to take place at a fixed date or within a fixed period, and if such date or expiry of the period occurs after the insolvency proceedings were opened, performance may not be claimed, but only claims for non-performance. In particular the following shall be regarded as financial performance*

- 52
- 1. the delivery of precious metals,*
  - 2. the delivery of securities or comparable rights if it is not intended to obtain a participation in a company in order to establish a long-term association,*
  - 3. performances in specie which have to be effected in foreign currency or in a mathematical unit,*
  - 4. performances in specie the amount of which is indirectly or directly determined by the exchange rate of a foreign currency or mathematical unit, by the interest rate prevailing for claims or by the price of other goods or services,*
  - 5. options and other rights to deliveries or performances in specie in the meaning of nos. 1 to 4.*
  - 6. financial securities within the meaning of section 1 subsection (17) of the Banking Act.*

53 *If transactions on financial services are combined in a framework contract for which agreement has been reached that if grounds for insolvency exist it may only be terminated uniformly, the totality of these transactions shall be regarded as a mutual contract in the meaning of sections 103 and 104.*

54 *(3) Such claim for non-performance shall cover the difference between the agreed price and the market or stock exchange price prevailing at a point in time agreed by the parties, at the latest, however, on the fifth working day after the opening of the insolvency proceedings at the place of performance for a contract with the agreed period of performance. If the parties do not enter into such an agreement, the second working day after the opening*

*of the insolvency proceedings shall be decisive. The other party may bring such claim only as an insolvency creditor.*

- 55 Sec. 119 InsO – Invalidity of Agreements Derogating from the Foregoing Provisions:

*Agreements excluding or limiting the application of sections 103 to 118 in advance shall be invalid.*

- 56 The German Federal Court of Justice decided in 2012 that in the case of contracts for the continuous supply of goods and energy, termination clauses which are triggered in the event of a motion for insolvency or the initiation of insolvency proceedings are without effect.<sup>26</sup> A contractual provision providing for a right of termination or for immediate termination under certain conditions constitutes a typical termination clause within the meaning of that provision. According to the court's judgment, such termination clauses are covered by sec. 119 InsO, and therefore are ineffective if they conflict with sec. 103 to 118 InsO.
- 57 However, the Court's judgment has no relevance to financial derivatives transactions, which are among the contracts governed by sec. 104 InsO. Section 119 InsO aims to protect the insolvency administrator's right under sec. 103 InsO to either accept or refuse the performance of executory contracts.<sup>27</sup> This right of choice is excluded under sec. 104 InsO for the fixed-date and financial derivatives transactions named there, because under subsections (1) and (2) only claims for non-performance can be asserted. The termination effect in the event of insolvency is therefore covered by statute in sec. 104 InsO;<sup>28</sup> the GMA does not contain a termination clause that is ineffective under sec. 119 InsO. This is the case even if the GMA combines financial transactions covered by sec. 104 InsO and contracts to which sec. 103 InsO applies into a single unit. The treatment of these contracts as a single, terminated contract according to sec. 104(2) sent. 3 InsO has the

---

<sup>26</sup> BGH, 15 November 2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348.

<sup>27</sup> BGH, 15 November 2012, op. cit., no. 13 et seqq.

<sup>28</sup> Bornemann, in Graf-Schlicker, InsO, sec. 104 no. 31; Jahn/Fried, in MünchKomm-InsO, 3. ed., sec. 104 no. 1- 34, 169 et seq.; Uhlenbruck/Lüer, op. cit., sec. 104 no. 38.

effect that the only legal consequence for the contract as a whole can be a claim for non-performance.<sup>29</sup>

- 58 If the contract ends by notice of termination or by insolvency, Cl. 7(3) provides that none of the parties has an obligation to make payments or other performances according to Cl. 3(1) if this obligation is due at the date of termination or later. These commitments are now replaced by compensation claims pursuant to Cl. 8 and Cl. 9 of the GMA. As the contractual relationships between the debtor and the creditors are terminated by the filing for insolvency proceedings or the opening of insolvency proceedings, which takes place on the same day, the above principles apply here.

#### Cl. 8

- 59 Creditors accordingly have a claim for damages against the debtor that must be calculated in accordance with subsections (1) and (2). This provision, which is explained in detail under 2.(1), provides for a claim for damages, within the meaning of sec. 249 et seqq. BGB.

#### Cl. 9

- 60 According to subsection (1), the party entitled to compensation must summarize arrears and other due performances and the damages claim into a single demand for compensation in EUR. For other performances in arrears that are not payments of a monetary sum, a value in EUR must be determined. The determination of the values of the individual transactions does not lead to multiple claims. Rather, the figures will be included in the creditor's claim for final compensation so that a single summarized claim in EUR results, which is expressed as a single amount.<sup>30</sup> Cl. 9(1) GMA takes into account that pursuant to Cl. 1(2)

<sup>29</sup> Jaeger/Henckel/Jacoby, op. cit., sec. 104 no. 55; Jahn/Fried, in MünchKomm-InsO, op. cit., sec. 104 no. 179 et seq.; Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 8. ed., no. 8. 405.; a. A. Bornemann, In Graf-Schlicker, op. cit., sec. 104 no. 29.

<sup>30</sup> Jahn/Fried, op. cit., no. 154.

sent. 3 GMA all transactions combined with one another and with the GMA constitute a single unified contract. This bundling has the function of combining the aggregate of the financial derivatives transactions pursuant to sec. 104 (2) sent. 3 InsO into an executory contract within the meaning of sec. 103, 104 InsO.<sup>31</sup> Therefore Cl. 9(1) GMA is in line with sec. 104(2) sent. 3 InsO, insofar as it provides for a single compensation claim for non-performance that includes all transactions.

- 61 However, the manner in which the claim under Cl. 8 and 9 GMA has to be determined deviates significantly from sec. 104(3) InsO. The GMA provides for a two-tier computation. First the damages claim pursuant to Cl. 8 GMA has to be determined. Then the creditor has the choice whether to enter into replacement transactions and determine the actual damage, or to compute the damage in the abstract on the basis of interest rates, future rates, exchange rates, trading prices, indices or other standards. Pursuant to Cl. 9(1) GMA the resulting claim is combined with claims for arrears and other performances. By contrast, sec. 104(3) InsO provides for an abstract calculation of damage. The provision for maturity and set-offs in Cl. 9(2) GMA is also unknown to statute law in connection with the summation required under sec. 104(3) GMA. The provisions for determining the compensation claim under the GMA are considered valid in some legal literature, as sec. 104(2) sent. 3 and 104(3) InsO do not contain any indication that the statutory rule is compulsory.<sup>32</sup> This seems unconvincing, as sec. 119 InsO provides for the invalidity in general of agreements that exclude the application of sec. 103 to 118 InsO in advance. Sec. 119 InsO is precisely intended to make sure that the statutory rules for the effects of insolvency on executory contracts are enforceable. Thus the better arguments are in favour of computing the compensation claim in the way prescribed in sec. 104(3) InsO.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> BGH, 28 April 2015 – XI ZR 378/13, no. 54.

<sup>32</sup> Jahn/Fried, in MünchKomm-InsO, op. cit., sec. 104 no. 173; Obermüller, op. cit., no. 8.367 et seqq.

<sup>33</sup> Köndgen, in Kübler/Prütting/Bork, InsO, sec. 104 no. 46 et seqq.; Uhlenbruck/Lüer, op. cit., sec. 104 no. 38; Ehrlicke, NZI 2006, 564, 566 et seq.

- 62 It is not apparent that there is case law on this question. Whether this legal question is relevant for answering the raised questions will be considered in 2. (1).

## 2. (1) Requirements for making these claims

### § 288(1) BGB

- 63 The basis and the amount of the claim against the debtor must be stated. The facts establishing that the debtor is in default must also be stated. The conditions under which someone is in default are specified in sec. 286 BGB.
- 64 According to sec. 286(1) sent. 2 BGB, the debtor goes into default on receipt of a warning notice after the payment is due. This warning notice may be any unequivocal and precise request by which the creditor expresses that he demands the performance due.<sup>34</sup> In certain cases the act by which the claim is established as due may also be associated with the notice.<sup>35</sup> Bringing an action for performance and serving a demand for payment in summary debt proceedings for recovery of debt have the same effects as a warning notice (Sec. 286(1) sent. 2 BGB). By contrast, filing of a claim in insolvency proceedings is not sufficient, as the debtor cannot be requested to pay by this means, because he lost the power to dispose of his assets upon the opening of insolvency proceedings.<sup>36</sup> For this reason as well, none of the subsequent elements applies, according to which default is triggered without a warning notice.
- 65 § 286 Abs.2 BGB provides that there is no need for a warning notice to establish default if,

---

<sup>34</sup> BGH, 25 October 2007 – III ZR 91/07, BGHZ 174, 77 no. 11.

<sup>35</sup> BGH, 25 October 2007, op. cit.; 13 July 2010 – XI ZR 27/10, NJW 2010, 2940 no. 14.

<sup>36</sup> RG, 06 June 1928 – I 328/27, RGZ 121, 207, 211; Pape/Schaltke, in Kübler/Prütting/Bork, InsO, sec. 174 no. 73; MünchKomm-BGB/Ernst, op. cit., sec. 286 no. 54; Palandt/Grüneberg, op. cit., sec. 286 no. 21; K. Schmidt/Jungmann, InsO, 18. ed., sec. 174 no. 62; Staudinger/Löwisch/Feldmann, op. cit., sec. 286 no. 66; Uhlenbruck/Sinz, op. cit., sec. 174 no. 59.

1. a period of time according to the calendar has been specified for performance,
2. performance must be preceded by an event and a reasonable period of time for performance has been specified in such a way that it can be calculated, starting from the event, according to the calendar,
3. the debtor seriously and definitively refuses performance,
4. for special reasons, weighing the interests of both parties, the immediate commencement of default is justified.

If the creditor has set forth the requirements under which the debtor is in default, and proves that those requirements are met if the debtor contests them, the interest rate to be paid on the monetary debt amounts to five percentage points above the basic rate of interest. The creditor does not have to assert that he actually suffered a loss because of the default; the claim is independent of such a condition.

### **§ 288(2) BGB**

66 If the requirements of sec. 288(2) BGB are met, the interest rate amounts to eight percentage points above the basic rate of interest if the money debt emanates from a legal transaction in which no consumer is a party and in which the parties agreed on a monetary remuneration in return for the supply of goods or the rendering of services as provided under Art. 2 of Directive 2000/35/EC.<sup>37</sup> As explained above, that provision does not apply for financial derivative transactions which do not involve physical delivery.

### **§ 288(3) BGB**

67 The existence of an agreement on a higher interest rate beyond the conditions of sec. 288(1) must be established. If an individual agreement exists, the creditor can claim the agreed interest rate without having to prove a loss. The question of whether such a

---

<sup>37</sup> BGH, 21 April 2010 – XII ZR 10/08, NJW 2010, 1872.

clause in a standard contract is valid is a purely legal question that the judge will examine without consideration of the specific facts. If the assessment of the clause in exceptional cases depends on disputed facts, they must be proven by the party claiming invalidity.<sup>38</sup>

### § 288(4) BGB

68 Sec. 288(4) BGB makes clear that the claim for compensation of damage caused by default is not limited to the interest claims under sec. 288(1) to (3) BGB. If the creditor's financial detriment exceeds the amount of the default interest, he can assert this claim under sec. 288(4) BGB. The claim to be considered under this provision is a real claim for damages and must be assessed under the terms of sections 249 et seqq. BGB.

69 If the creditor proceeds under sec. 288(4) BGB, in addition to proving default he must prove the amount of the incurred loss and that the default was the cause of this loss. The person who is liable must compensate the creditor in money, so that the creditor is restored to the position that he would have if the circumstance obliging the debtor to pay damages had not occurred (sec. 249(1), 251(1) BGB). If lost profits are asserted, the profits to be restituted are those that could probably be expected in the normal course of events or in special circumstances, particularly due to the measures and precautions taken (sec. 252 BGB). Contributory negligence of the creditor must also be considered if the debtor raises that objection or if the undisputed facts of the case show circumstances that point to contributory negligence. Where fault on the part of the injured person contributed to the occurrence of the damage, the extent of compensation depends in particular on the determination of which party had the bigger part in causing the damage (sec. 254(1) BGB). This also applies if the injured person has failed to draw the other party's attention to the danger of unusually extensive damage that was not recognizable to the debtor (sec. 254(2) BGB).

---

<sup>38</sup> BGH, 21 November 1995 – XI ZR 225/94, NJW 1996, 388, 389 ; Palandt/Grüneberg, op. cit., sec. 307 no. 9.



- 70 According to the case law of the German Federal Court of Justice, a bank may demand compensation for benefits that it would have received had it invested the outstanding amount in the case of timely repayment. The bank does not have to prove and describe the investment opportunity in concrete terms. Instead the damage can be calculated in the abstract. It can be assumed that a lending bank would have used the money withheld from it in the ordinary course of its business by entering into new loan agreements at the interest rates at the time in question. It can demand compensation for the damage caused by the default for the interest that it would have been accrued in the case of timely payment by the debtor but that was not generated because of the default.<sup>39</sup> This case law, however, dates back to a time where banks were able to obtain much higher interest by lending money than under the current national and international financial circumstances. It remains irrelevant whether the case law of the highest applicable court would set higher requirements for the proof of damage for contracts dating after the year 2008. In any case, the overwhelming opinion in the legal literature is that commercial investors such as investment companies and insurance companies are not entitled to compute the damage in the simplified way discussed above.<sup>40</sup>

### Cl. 3(4) GMA

- 71 The interest claim according to Cl. 3(4) sent. 1 is justified in the amount agreed upon as from the commencement of default, without the need to prove a loss.
- 72 By contrast, according to the sentence 2, proof of a further loss is subject to the same requirements as claims according to sec. 288(4) BGB. This is because this clause must be understood as

---

<sup>39</sup> BGH, 01 February 1974 – IV ZR 2/72, BGHZ 62, 103; 28 April 1988 – II ZR 57/87, BGHZ 104, 337, 344 et seqq.

<sup>40</sup> OLG Cologne NJW 1969, 1388; Palandt/Grüneberg, BGB, 74<sup>th</sup> ed., sec. 288 no. 13; Schmidt-Kessel, in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 10<sup>th</sup> ed., sec. 288 no. 8; diverging opinion, Staudinger/Löwisch/Feldmann, BGB, revised 2014, sec. 288 no. 47.

requiring the claim for damages to depend on the same requirements as in the statute.<sup>41</sup>

- 73 With regard to the termination of the contract caused by the insolvency of the debtor it is not sufficient to demonstrate only the requirements of Cl. 3(4) sent. 1 and sent. 2 in isolation. Instead, due to sec. 104 InsO and the provisions for termination of the contract in Cl. 7 to 9, it must be determined whether and to what extent claims according to Cl. 3(4) can persist.

### **Cl. 7(3) GMA**

- 74 In the event of termination, no party is obligated to make payments or other performances under Cl. 3(1) that would have been due on the same day or later. Those obligations are replaced by compensation claims according to Cl. 8 and 9. The fate of obligations on which the debtor has defaulted before the termination of the contract is not explicitly provided for. The continued application of Cl. 3(4) for such claims can be considered if nothing to the contrary follows from sec. 104 InsO or Cl. 8 and Cl. 9 GMA.

### **Cl. 8 GMA**

- 75 According to Cl. 8(1) sent. 1, the counterparty to the insolvent party has a claim for damages. The clause in the subsequent sentences for calculating this claim shows that it is a claim for damages in the meaning of sections 249 et seqq. BGB, as the amount of the creditor's financial disadvantage is to be calculated on the basis of actual or notional replacement transactions and is reduced by any advantages the creditor receives from terminating single transactions.
- 76 This clause is silent on the question of whether claims for default that have arisen before the termination of the contract are to be stated separately or to be included.

### **Cl. 9 GMA**

---

<sup>41</sup> Jahn, in Schimansky/Bunte/Lwowski, op. cit., sec. 114 no. 39.



- 77 Cl. 9(1) provides that the damages to be paid according to Cl. 8(1) as well as payments in arrears and other performances are to be bundled by the party entitled to damages into one single compensation claim denominated in Euros. The creditor must therefore show the amount of his claim for damages resulting from the termination of the contract according to Cl. 8(1), whether and in what amount he has any other claims for money or performance that were already due before insolvency, and when default on these claims began. For claims for performance he has to state their monetary value. If he is able to prove that default began before the contract was terminated, he has claims for interest and damages according to Cl. 3(4), on which he must likewise set a figure and which he must include in the single compensation claim. If the debtor did not default prior to the opening of insolvency proceedings there is no room for the application of Cl. 3 (4).
- 78 Cl. 9(2) lays out the way in which counterclaims by the insolvent party are to be taken into consideration. Their value is to be deducted from the claim calculated according to subsection (1). By way of a close-out netting after the individual transactions' actual value has been stated and the creditor's total claim has been offset with possible counterclaims, the existence and the amount of a single claim of the insolvent party's contractual partner will be determined.<sup>42</sup> As has already been explained, the arrangement that a single compensation claim is to be computed in the event of insolvency pursuant to Cl. 9 GMA concords with sec. 104(2) sent. 3 InsO.
- 79 The GMA does not provide for interest on the compensation claim: neither Cl. 7-9 nor any other provisions suggest that Cl. 3(4) is also supposed to be applicable to this claim. To the contrary, if the insolvent party has defaulted before the termination of the contract, the resulting claims according to Cl. 3(4) are also to be included in the compensation claim according to Cl. 9. If the compensation claim includes claims on which the debtor has defaulted before the termination of the contract, one has to assume that the default arrangement under Cl. 3(4) continues to that extent; in that respect, there is no apparent reason why the

---

<sup>42</sup> Jahn/Fried, op. cit., sec. 104 no. 152 et seqq.; Jaeger/Henckel/Jacoby, op. cit., sec. 104 no. 53 et seqq.

circumstances that give rise to the damages claim for default on those claims should lapse on termination of the contract. I do not know whether claims exist that were defaulted on before insolvency.

- 80 An interest claim for the single compensation claim under Cl. 9 GMA as a whole is also not consistent with statutory law, because the compensation claim only comes into existence as a result of the commencement of insolvency proceedings.<sup>43</sup> After that time, claims against the debtor cannot be enforced any longer, as the debtor has lost the power to dispose of his assets.<sup>44</sup> Instead the claim must be asserted by filing the compensation claim with the insolvency administrator (sec. 104(3) sent. 3, sec. 28(1) sent. 1 InsO). The satisfaction of the insolvency creditors is incorporated into a separate proceeding, with the consequence that, according to sec. 286 BGB, default cannot occur once insolvency proceedings have commenced. The rules for maturity and default under contract law do not extend to a claim that only came into being after insolvency began.

Therefore no default can originate during the insolvency proceedings.<sup>45</sup> Only a default that has arisen before the opening of insolvency proceedings will persist during the insolvency proceedings.<sup>46</sup>

### Sec 104(3) InsO

- 81 If one follows my opinion that the single claim is to be computed not as a compensation claim pursuant to Cl. 8 and 9 GMA, but as a claim for non-performance pursuant to sec. 104(3) InsO, the claim only comes into existence as a consequence of the opening of insolvency proceedings, and matures a few days later, after the computation as provided there is completed. Claims for default pursuant to sec. 288 BGB or Cl. 3 (4) GMA are then likewise out of

---

<sup>43</sup> Jaeger/Henckel/Jacoby, op. cit., sec. 104 no. 60.

<sup>44</sup> cf. the references in Fn. 36.

<sup>45</sup> Jaeger/Henckel, op. cit., sec. 39 no. 12.

<sup>46</sup> Jaeger/Henckel, op. cit., sec. 39 no. 12; Uhlenbruck/Hirte, op. cit., 13. ed., sec. 39 no. 16; Staudinger/Löwisch/Feldmann, op. cit., sec. 288 no. 36.

the question for the reasons stated above. Insofar as default for part of the claim occurred prior to the opening of insolvency proceedings, one has to assume again that this default persists during the insolvency proceedings.

- 82 Nor does anything else apply here because the insolvency proceedings were opened in England; the legal relationship between the debtor and its creditors that were established on the basis of the GMA are governed by substantive German law. Section 104 InsO is part of this law.
- 83 The German Insolvency Code contains not only procedural provisions, but a significant amount of substantive law. This includes all provisions that affect the situation under substantive law by influencing the content of the participants' legal position in the civil law system of claims.<sup>47</sup> This applies for example for the provisions concerning set-offs (sec. 94 – 96 InsO) and claw-backs (sec. 129 et seqq. InsO) and in particular to the provisions of sec. 103 to 119 InsO as to the performance of contracts in insolvency proceedings. The substantive-law nature of sec. 104 InsO is evident precisely in the fact that this provision excludes the right of the insolvency administrator to demand performance of a contract, mentions master agreements in its second paragraph (third sentence), and leads via the provision in the third paragraph to the result that some clauses of a master agreement are applicable only with modifications or not at all.

## **2.(2) Claim as a Rate or Amount**

- 84 The following considerations therefore arise only for the situation that default damages claims have already arisen before the contract was terminated by insolvency, or that the court takes the view – contrary to the opinion held here – that the compensation claim resulting from the termination of the contract by insolvency is as a whole capable of bearing interest.
- 85 For claims under sec. 288(1) BGB, as well as under Cl. 3(4) sent. 1 GMA, the statutory interest rate is to be applied to the amount for which the debtor is in default.

---

<sup>47</sup> Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO, sec. 2 no. 5; Ganter/Lohmann, in MünchKomm-InsO, op. cit., before secs. 2 through 10 no. 2a.

- 86 By contrast, for claims under sec. 288(4) BGB, as well as under Cl. 3(4) sent. 2 GMA, it depends on the nature of the damage. If the creditor asserts that he could have invested the entire unpaid amount at an interest rate higher than the statutory rate, he can demand this interest rate in place of the rate set forth in sec. 288(1) BGB. The same applies if he asserts and proves that as a result of the default he had to procure money elsewhere at an interest rate higher than the statutory rate. The creditor would however, be legally able to demand the statutory interest rate, to calculate how much profit he would have made by investing the amount outstanding at a rate higher than the statutory rate, and to claim the amount in addition. The same applies if the creditor had to obtain the amount at a higher interest. However, in the demonstrated cases, in practice, a damages claim pursuant to sec. 288(4) BGB is demanded in the form of a higher interest because this is less labour-intensive than calculating an amount. The creditor has to decide here whether to frame his claim as one for a higher interest rate or for a specified amount of further damage.
- 87 If the damage, however, does not consist of lost interest income or in interest expense, it can only be asserted in the form of an amount. This is especially true if the creditor asserts that he would have used the owed money for an investment that would have brought him a profit (for example, an investment in shares which would have generated a particular capital gain for the period in question, or buying a machine with which he would have performed profitable work). If the creditor has had to sell one of his assets below value due to the default, he has likewise suffered damage in a specified amount. In these cases the lost profit or the financial loss can be claimed in two distinct ways. Either the creditor does not claim interest, and claims only compensation for damage defined by a fixed sum, or he claims the legal interest according to sec. 288(1) BGB and additionally the sum which is calculated from the difference between the total damage and the value of the interest claim.<sup>48</sup>

### **(3) Determining the Interest Rate and the Reference Sum**

---

<sup>48</sup> cf. on one such case BGH, 18 February 2002 – II ZR 355/00, WM 2002, 909.

- 88 This question has already been largely answered by the comments under (2). If the damage is asserted in the form of increased interest, it will be applied to the amount for which the debtor is in default if the creditor would have invested the entire amount at an interest rate higher than the statutory interest rate if payment had been timely. The same applies if the claim is based on the fact that the creditor had to obtain the outstanding amount at an interest rate that exceeds the statutory rate. If these scenarios do not apply for the entire outstanding amount, but the creditor has only incurred default damage for lost interest income or incurred additional costs that relate to a part of the amount, the increased interest can only be claimed for this amount as reference sum.
- 89 For example: The debtor is in default for 100,000 EUR and the creditor would have invested 50,000 EUR at 12% interest. The creditor then claims EUR 100,000 plus interest at 5 percentage points above the basic interest rate on EUR 50,000 (sec. 288(1) BGB) as well as 12% interest on the other EUR 50,000 since the date of default (sec. 288(4) BGB). If the higher-rate investment only became possible one month after the date of default, the interest of 12% can be claimed only from that date on.

### 3. Claim Amount

#### (1) Cl. 3(4) sent. 1 GMA

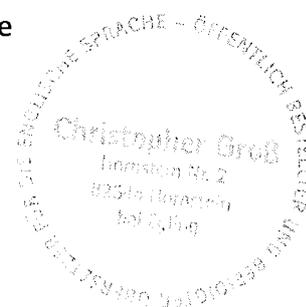
- 90 This claim is to be assessed like a claim under sec. 288(1) BGB. The creditor is entitled to the interest rate that proceeds from Cl. 3(4) sent. 1 irrespective of whether he incurred any damage.<sup>49</sup>

#### (2) Cl. 3(4) sent. 2 GMA

- 91 The relation to sentence 1 is defined like the relation between sec. 288(4) and (1) BGB. Section 288(4) BGB is intended only to make sure that the creditor is able to claim the entire damage that he actually suffered, even when the damage exceeds what sec. 288(1) BGB generally awards. Because of this, only financial disadvantages exceeding the statutory minimum damage are

---

<sup>49</sup> cf. the BGH decisions cited in Fn. 13.



compensated according to sec. 288(4) BGB. Therefore it is not possible to claim the statutory default interest and compensation for the entire actual damage at the same time cumulatively. This is consistent with the unanimous opinion in case law and the literature.<sup>50</sup> However, the creditor has the choice of whether to assert only the entire damage, or to calculate the statutory interest and to demand additional compensation for the portion of the damage that is not covered in this way.

## Question 21

### 4. Requirements in the Position of the Buyer (Assignee)

- 92 If the debtor was not in default before the contract was terminated under Cl. 7(3) GMA, the consequence of the commencement of insolvency proceedings is that a single compensation claim is formed according to Cl. 9 GMA or sec. 104(3) InsO and does not bear interest. In that case no claim for default interest can accrue to the person of the assignee, either. Under those circumstances the assessment of Question 21 is not material to a decision.
- 93 However, if the debtor defaulted before the contract was terminated on payments owed to either the assignor or the assignee, the default will persist during the insolvency proceedings and claims for damages because of the default have to be considered. The discussion below is based on this assumption. The expert thus assumes that the default occurred before the termination of the contract.
- 94 Interest claims under Cl. 3(4) sent. 1 GMA can then be asserted subject to the same requirements which apply for claims under sec. 288(1) BGB in the event of an assignment. Just as for claims according to sec. 288(1) BGB, the following distinction must be made: If the assignor has claims against the debtor for default interest, then at the time of assignment those claims do not pass to the assignee as attached parts of the main claim according to

---

<sup>50</sup> BGH, 05 November 1952 – II ZR 47/52, LM no. 2 on sec. 286 BGB; 18 February 2002 – II ZR 355/00, WM 2002, 909, 913; KG Berlin, 18 February 2014 – 26a U 60/13, headnote and no. 55 et seq.; Staudinger/Löwisch/Feldmann, op. cit., sec. 288 no. 41; Mankowski, WM 2009, 921, 922.

sec. 401 BGB. What matters instead is what the assignor and the assignee agreed on. This must be determined by interpretation. Where the contract is unclear, however, it must be assumed that the interest rate claims were supposed to be transferred as part of the assignment.<sup>51</sup> When the assignment agreement is entered into, the new creditor steps into the shoes of the previous creditor (sec. 398 sent. 2 BGB). From the time of the assignment on, then, the accrual of claims for damages shifts to the person of the assignee. This is also the case if the debtor defaults only after the assignment.<sup>52</sup> However, if the assignment is not a full assignment but only an assignment for security reasons, the interest claims attach only to the person of the assignor.<sup>53</sup>

- 95 Claims for damages pursuant to Cl. 3(4) sent. 2 GMA (sec. 288(4) BGB) fall under basically the same principles as claims for the statutory or contracted interest rate. However, what is problematic and disputed in that instance is whether the acquirer (assignee) can also claim his actual damage in full if that damage is greater than the assignor would have incurred, or whether the claim is limited to the amount of loss the assignor would have suffered.

## 5. The Determination of the Assignee's Claim in Detail

### (1) Damage to the Counterparty / Damage to the Assignee

- 96 A party to the contract can claim damages only if the debtor was in default before the assignment of the claim. This applies both to the notional minimum damage in Cl. 3(4) sent. 1 GMA and the additional real damage under Cl. 3(4) sent. 2 GMA. If this prerequisite is fulfilled, both claims accrue to the person of the counterparty (assignor) for the period until the assignment. After

---

<sup>51</sup> BGH, 18 May 1961 – VII ZR 39/60, BGHZ 35, 172, 173; BFH, 19 December 2007 – VIII R 13/05, NJW 2008, 1180, 1182.

<sup>52</sup> BGH, 25 September 1991 – VIII ZR 264/90, WM 1991, 2036; 09 February 1995 – III ZR 174/93, BGHZ 128, 371, 376; 09 February 2006 – I ZR 70/03, NJW 2006, 1662.

<sup>53</sup> BGH, 09 February 2006, op. cit..

the assignment, they accrue to the person of the assignee.<sup>54</sup> Statutory law does not directly address whether this also applies if the loss incurred by the assignee is greater than the loss incurred by the original counterparty. It does, however, contain provisions for the protection of the debtor in sections 404 et seqq. BGB. The most important provisions are the following:

Sec. 404 BGB

- 97 *The debtor may raise against the new creditor the objections that he was entitled to raise against the previous creditor at the time of assignment.*

Sec. 406 BGB

- 98 *The debtor may set off a claim against the previous creditor to which he is entitled against the new creditor as well, unless, when acquiring the claim, he was aware of the assignment or the claim only became due after he obtained knowledge of this and later than the assigned claim became due.*

Sec. 407 (1) BGB

- 99 *(1) The new creditor must allow performance that the obligor renders to the previous creditor after the assignment, as well as any legal transaction undertaken after assignment between the obligor and the previous creditor in respect of the claim, to be asserted against him, unless the obligor is aware of the assignment upon performance or upon undertaking the legal transaction.*

- 100 The significance of these provisions for the problem at hand is assessed differently by the case law and literature. There are essentially three different opinions on the matter:

- 101 **(a)** Under the view that prevails in the more recent legal literature, the debtor must also bear the larger losses incurred by the assignee. The principle of protecting legitimate expectations is said not to apply in German damages law. In an assignment, the debtor is thought to be protected only in the cases explicitly dealt with in sections 404 et seqq. BGB. Since the question at hand is

---

<sup>54</sup> BGH, 25 September 1991 op. cit., 09 February 1995, op. cit.; 09 February 2006, op. cit..

not covered by statute, a limitation of the amount of damages can only be inferred from sec. 254(2) sent. 1 BGB. The assignee must inform the debtor if the person of the assignee gives rise to a risk of unusually great damage.<sup>55</sup>

102 **(b)** A second opinion follows the approach in (a), but narrows it to protect the debtor by holding that the greater loss incurred by the assignee can only be valid from the time that the debtor has knowledge of the assignment, and only to the extent which could be foreseen by the debtor by exercising the usual care and diligence.<sup>56</sup>

103 **(c)** By contrast, according to a third opinion, sections 404 et. seqq. BGB express the generally applicable principle, founded on freedom of contract, that the legal position of the debtor cannot be made worse by an assignment. Thus the debtor does not have to bear the detriment resulting from a greater loss incurred by the assignee.<sup>57</sup>

104 In its first decision holding that the amount of damage resulting from default has to be assessed from the position of the assignee, the German Federal Court of Justice left it explicitly open whether this also applies in cases where the assignee's losses are greater than they would have been for the person of the assignor.<sup>58</sup> To date it has not answered the question, but in a number of further decisions since it has tended to take a broad interpretation of the fundamental provision of sec. 404 BGB, in the debtor's favour and to the creditor's disadvantage. In established case law, the German Federal Court of Justice interprets the provision as stating that the legal position of the debtor should not be made worse by

---

<sup>55</sup> Müller, in Prütting/Wegen/Weinreich, op. cit., sec. 398 no. 18; Palandt/Grüneberg, op. cit., sec. 398 no. 19; Staudinger/Busche, BGB, revised 1999, sec. 398 no. 82; Gernhuber, Festschrift für Raiser, 1974, S. 57, 86; Hoffmann, WM 1994, 1464, 1466; Schwenger, AcP 182, 214, 234.

<sup>56</sup> RG, 12 December 1923 – I 98/23, RGZ 107, 187, 188.

<sup>57</sup> RG, 26 September 1909 – VII 46/09, RGZ 72, 213, 215; Erman/Westermann, BGB, 14. ed., sec. 398 no. 29a; Junker, AcP 1995, 1, 5 et seqq.; Peters, JZ 1977, 119, 122.

<sup>58</sup> BGH, 25 September 1991 – VIII ZR 264/90, WM 1991, 2036.

a transfer of the claim to the new creditor.<sup>59</sup> For that reason the provision also includes objections by the debtor, which were merely inherent in the relationship with the assignor at the time of the assignment but which only arose at a later time.<sup>60</sup> After having acquired knowledge of a partial assignment, the debtor is entitled to decide subsequently that a partial performance rendered by him to the assignor is to be counted against the assignee's partial claim.<sup>61</sup>

105 The considerations of the German Federal Court of Justice – which in my view are correct – together with the general principle in German Civil Law that contracts cannot be made that impose obligations on third parties, support the view that a change of creditor cannot entail greater obligations for the debtor, including in the sphere of damages, than there would have been to the original creditor. Sections 404, 406, and 407 BGB are a manifestation of this principle, since they expressly govern the question of objections, the capacity to offset, and the question of performance, in ways that protect the debtor.

106 The fact that the elements of breach of contract are solely determined by the original obligation relationship, and that, according to sec. 398 sent. 2 BGB, the former creditor (assignor) is replaced by the new creditor (assignee) upon the formation of the assignment agreement, also argues that the new creditor's claim for damages cannot exceed what the former creditor would have been able to claim. Otherwise the old and the new creditor could speculate to the disadvantage of the debtor: the old creditor could seek out someone who could assert greater losses than he would incur, and then arrange it so that the advantage would be shared in a certain way or taken into account in setting the purchase price of the assigned claim. Such legal actions, which could not successfully be prevented, would quite clearly contradict the

---

<sup>59</sup> BGH, 28 November 1955 – II ZR 153/54, BGHZ 19, 153, 156 et seqq.; 17 March 1975 – VIII ZR 245/73, BGHZ 64, 122, 126; 29 November 1984 – IX ZR 44/84, BGHZ 93, 71, 79; 05 December 2003 – V ZR 341/02, WM 2004, 1601; 19 October 2005 – XII ZR 224/03, NJW 2006, 219 no. 27; BGH, 11 May 2006 – VII ZR 261/04, BGHZ 167, 337 no. 21.

<sup>60</sup> BGH, 26 June 1957 – V ZR 148/55, BGHZ 25, 27, 29; 29 November 1984, op. cit.; 05 December 2003, op. cit.; 19 October 2005, op. cit..

<sup>61</sup> BGH, 11 May 2006 – VII ZR 261/04, BGHZ 167, 337.

universally accepted principle that contracts creating an obligation for a third party are invalid.

## **(2) Limitation**

- 107 The main claim is covered by the standard limitation period of three years (sec. 195 BGB). The limitation period begins at the end of the year in which the claim arose and the creditor obtains knowledge of the circumstances giving rise to the claim and of the identity of the debtor, or would have obtained such knowledge if he had not shown gross negligence (sec. 199(1) BGB). A claim for collateral performance dependent on the main claim becomes time-barred at the same time as the main claim, even if the specific limitation period applying to the claim for collateral performance has not ended (sec. 217 BGB). A claim for damages due to default falls under the same limitation period as the main claim.<sup>62</sup> It is therefore covered by sec. 217 BGB.<sup>63</sup>
- 108 The limitation period is suspended by the bringing of an action (sec. 204(1) no. 1 BGB), the service of a demand for payment in summary proceedings for the recovery of debt (sec. 204(1) no. 3 BGB), or the filing of a claim in insolvency proceedings (sec. 204(1) no. 10 BGB). The suspension ends six months after a final and absolute decision or if the proceedings end in another way (sec. 204(2) sent. 1 BGB).

## **6. Allocation of the burden of proof**

- 109 The creditor who brings the claim acquired by assignment has the burden of proof for bringing forward all facts establishing the claim. He must in particular prove the acquisition of the claim by assignment, the start date of default, and the occurrence and amount of damage in the case of claims that fall under Cl. 3(4) sent. 2 GMA.

---

<sup>62</sup> BGH, 23 November 1994 – XII ZR 150/93, BGHZ 128, 74, 81.

<sup>63</sup> Palandt/Ellenberger, op. cit., sec. 217 no. 1; Deppenkämper, in Prütting/Wegen/Weinreich, op. cit., sec. 217 no. 1.

### Statement of Duty

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

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.

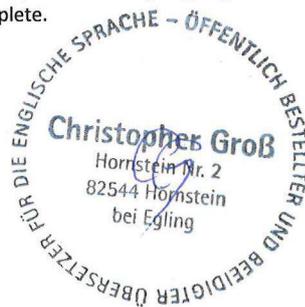
Freiburg, 10 July 2015,

\_\_\_\_\_  
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 17<sup>th</sup> of July 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**

---

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

---