

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 THE REPLY OPINION OF
GERO FISCHER TO THE EXPERT OPINION OF PETER
MÜLBERT 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

**REPLY OPINION OF GERO FISCHER TO THE EXPERT
OPINION OF PETER MÜLBERT AS TO MATTERS OF
GERMAN LAW**

Dr. Gero Fischer

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D.

Reply Report
zum Gutachten von Prof. Dr. Mülbert
in the Matter of
Lehman Brothers International (Europe)
(in administration)

Vorab

- 1 Ich wurde von Kirkland & Ellis International LLP im Namen von Wentworth Sons Sub-Debt s.à r.l. instruiert, ein an den High Court of Justice gerichtetes Gutachten als Antwort auf das von mir überprüfte Gutachten von Prof. Mülbart vom 9. Juli 2015 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. Dieses Antwortgutachten sollte zusammen mit meinem ersten Gutachten vom 10. Juli 2015 gelesen werden; meine Qualifikation und das Vorab-Statement in meinem ersten Gutachten werden hier mit Blick auf das Antwortgutachten entsprechend wiederholt. Angesichts der Art des Antwortgutachtens, welches auf die von Prof. Mülbart gemachten Punkte eingeht, habe ich keine Zusammenfassung meiner Schlussfolgerungen vorgelegt.

Frage 20**1. Vorschriften und Grundprinzipien der Auslegung von Verträgen (Rn. 23 – 26)****a) Allgemeines (Rn. 23 / 24)**

- 2 Die Ausführungen decken sich inhaltlich mit der Darstellung in Rn. 32 meines Gutachtens. Es trifft zu, dass bei Handelsverträgen die Geschäftspraxis, etwa Handelsbräuche oder das dort allgemein anerkannte Verständnis einzelner Klauseln, beachtet werden muss.

b) Allgemeine Geschäftsbedingungen (Rn. 25)

- 3 Ich verstehe die Darstellung von Prof. Mülbart in dem Sinne, dass sie sich grundsätzlich mit der in meinem Gutachten vertretenen Sicht (Rn. 33) deckt. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Rahmenvertrag ist ein standardisierter Mustervertrag, dessen Anwendung von der Europäischen Zentralbank in einer Leitlinie den Banken für diese Art von Geschäften vorgeschrieben worden ist.¹ Sind beide Vertragspartner Banken, so sind sie beide als Verwender anzusehen. Die bei AGB geltende Regel, dass der Formularvertrag im Zweifel zugunsten der Partei auszulegen ist, die

¹ Jahn, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 114 Rn. 36.

nicht der Verwender ist, passt auch dann nicht, wenn der Vertragspartner die vom Rahmenvertrag erfassten Geschäfte gewerblich tätigt. In solchen Fällen steht die objektive Auslegung des Vertragswerks noch stärker im Vordergrund als bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

c) Ergänzende Vertragsauslegung (Rn. 26)

- 4 Es ist richtig, dass auch bei Formularverträgen eine ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB notwendig werden kann, wenn der Vertrag entweder eine Lücke enthält² oder die Lücke dadurch entstanden ist, dass eine Klausel unwirksam ist und keine gesetzliche Vorschrift eine interessengerechte Lösung enthält, die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel aber zu keinem interessengerechten Ergebnis führen würde.³ In solchen Fällen ist zu fragen, welche Gestaltung die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen gewählt hätten, wenn ihnen die Vertragslücke bekannt gewesen wäre.⁴ Bei einem Vertragswerk, das nicht von einer Partei der anderen gestellt worden ist, sondern wie der Rahmenvertrag von dritter Seite zur Verfügung gestellt worden ist und für eine unbestimmte Zahl von Verträgen den rechtlichen Rahmen liefern soll, hat die ergänzende Auslegung nach einem objektiv-generalisierenden Maßstab zu erfolgen, der sich am Willen und Interesse der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise auszurichten hat.⁵

2. Rechtliche Grundlagen für Schadensersatz mit Blick auf Verzug

a) Rechtsnatur des Anspruchs aus § 288 Abs. 1 BGB (Rn. 27 – 32)

- 5 Prof. Mülbart versteht § 288 Abs. 1 BGB als einen Unterfall der allgemein für Schadensersatz wegen Pflichtverletzungen geltenden Norm des § 280 Abs. 1 BGB. Dem vermag ich nicht zuzustimmen. Ich habe schon in meinem Gutachten (Rn. 38) darauf hingewiesen, dass § 288 Abs. 1 BGB eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt. Dies möchte ich nachstehend näher erläutern.
- 6 § 280 Abs. 1 BGB lautet:
- 7 *Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen.*

² BGH, 05.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 325.

³ BGH, 01.02.1984, VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69, 75; 13.11.1997 – IX ZR 289/96, BGHZ 137, 153, 157; 09.07.2008 – VIII ZR 181/07, NJW 2008, 2840, 2841; 13.04.2010 – XI ZR 197/09, BGHZ 185, 166.

⁴ BGH, 01.02.1984, aaO; 13.11.1997, aaO; 13.04.2010 aaO.

⁵ Vgl. zu diesem Maßstab BGH, 05.10.1992 – II ZR172/91, BGHZ 119, 305, 325.

- 8 § 280 Abs. 2 BGB lautet:
- 9 *(2) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen.*
- 10 Die Vorschrift stellt klar, dass für einen Schaden im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB, der auf Verzögerung beruht, zusätzlich Verzug gemäß § 286 Abs. 1 BGB vorliegen muss.
- 11 § 288 Abs. 1 BGB bestimmt demgegenüber:
- 12 *Eine Geldschuld ist während des Verzugs zu verzinsen. Der Verzugszinssatz beträgt für das Jahr fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.*
- 13 Während Ansprüche auf der Grundlage von § 280 Abs. 1 BGB voraussetzen, dass dem Gläubiger ein Schaden nach Maßgabe der §§ 249 – 255 BGB entstanden ist, spricht § 288 Abs. 1 BGB schon dem Wortlaut nach nicht von Schadensersatz, sondern gewährt einen Anspruch auf Verzinsung der überfälligen Geldforderung. Unstreitig bedarf es für einen Anspruch nach dieser Norm keines Schadens. Die für Ansprüche nach § 280 BGB grundlegenden Bestimmungen des Schadensrechts (§§ 249 ff. BGB) haben hier keine Bedeutung. Die Klage auf Zinszahlung hat schon dann Erfolg, wenn der Schuldner mit seiner Geldleistung gemäß § 286 BGB in Verzug geraten ist. Das grundlegende, an anderer Stelle auch von Prof. Mülbart zu Recht hervorgehobene Prinzip des deutschen Zivilrechts, dass die Leistung von Schadensersatz nicht zu einer Bereicherung des Geschädigten führen soll, gilt hier gerade nicht.
- 14 Darüber hinaus besteht der Sinn und Zweck des § 288 Abs. 1 BGB nicht nur darin, dem Gläubiger für die entbehrte Kapitalnutzung einen Ausgleich zu gewähren. Vielmehr entsprach es der Absicht des Gesetzgebers, durch die Norm des § 288 Abs. 1 BGB, die dem Gläubiger einen gegenüber der früheren Rechtslage deutlich höheren Zinsanspruch gewährt, den Schuldner zur alsbaldigen Erfüllung anzuhalten. Die Neuregelung soll auch verhindern, dass der Schuldner aus der Zahlungsverzögerung wirtschaftliche Vorteile zieht und für seine Vertragsuntreue gleichsam belohnt wird.⁶ § 288 Abs. 1 BGB soll beim Schuldner auch den diesem durch den Verzug entstehenden wirtschaftlichen Vorteil abschöpfen und nimmt es ganz bewusst in Kauf, dass der Gläubiger im Einzelfall aufgrund dieses Anspruchs im Ergebnis einen finanziellen Vorteil gegenüber einer zeitgerechten Erfüllung der Forderung erzielt.

⁶ BGH, 05.12.2012 – XII ZR 44/11, BGHZ 196, 1 Rn. 21; Ernst, in MünchKomm-BGB, 6. Aufl., § 288 Rn. 4; Schmidt-Kessel, in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 10. Aufl., § 288 Rn. 1.

- 15 § 288 Abs. 1 BGB enthält somit ein eigenständiges gesetzliches Regelwerk, das lediglich den Eintritt des Verzuges nach § 286 BGB bei Geldschulden verlangt, und gewährt daher keinen Anspruch im Sinne von § 280 BGB. Für die Ansprüche aus § 288 Abs. 2 und 3 BGB gilt Entsprechendes. Schadensersatzansprüche im Sinne von § 280 BGB sind nur diejenigen Ansprüche, die gemäß § 288 Abs. 4 BGB wegen eines über den dem Gläubiger zustehenden Zinsanspruch hinausgehenden Schadens geltend gemacht werden können.

b) Anspruch als Rate oder Betrag (Rn. 35 – 38)

- 16 Es ist zutreffend, dass bei Schadensersatzansprüchen nach § 288 Abs.4 BGB für die Frage, ob sie in einer Rate oder in einem Betrag geltend gemacht werden, zwischen verschiedenen Schadensarten unterschieden werden muss. Es ist zweifellos richtig, dass in den von Prof. Mülbart unter Randnummer 35(a) als erste Schadensart bezeichneten Fällen eines einmaligen, abgeschlossenen Schadenseintritts dieser nur als Betrag geltend gemacht werden kann.
- 17 Zur zweiten Schadensart rechnet Prof. Mülbart unter Randnummer 35(b) die kontinuierlichen Verluste, insbesondere die Kosten einer Zwischenfinanzierung und den Verlust von Rendite, der daraus entsteht, dass das geschuldete Geld nicht neu investiert werden konnte. Hier sieht er beide Schadensberechnungen nur dann als möglich an, wenn im für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung die Hauptsumme bereits gezahlt ist, so dass feststeht, für welchen Zeitraum der Verzugsschaden ersetzt werden muss. Hat der Schuldner dann die Forderung noch nicht erfüllt und besteht der Schaden des Gläubigers darin, dass ihm Zinsen entgangen sind und noch entgehen werden oder dass er infolge einer notwendig gewordenen Zwischenfinanzierung Zinsen gezahlt hat und noch weiter zahlen muss, dann kann der Schaden in der Tat nur durch eine Zinsrate zum Ausdruck gebracht werden. Herr Mülbart erwähnt jedoch nicht, dass es auch kontinuierliche, im Zeitpunkt der Verhandlung fortdauernde Schäden gibt, die nicht in der Form einer Zinsrate geltend gemacht werden können. Das trifft insbesondere dann zu, wenn der Gläubiger den ihm vorenthaltenen Betrag in Aktien, einen Immobilien- oder Rentenfonds oder eine sonstige Geldanlage investiert hätte, die keine Zinsen abwirft, sondern deren Wert kontinuierlich schwankt. In solchen Fällen kann als Schaden, unabhängig davon, ob die Hauptsumme schon geleistet worden ist, nur die ihm entgangene Wertsteigerung der Investition als Betrag geltend gemacht werden. Der Gläubiger kann dem Umstand, dass sich der Wert der entgangenen Investition auch in Zukunft weiterentwickelt, dann durch einen Feststellungsantrag des Inhalts Rechnung tragen, dass der

Schuldner auch den in Zukunft bis zur Erfüllung ihm noch entgehenden Gewinn aus der besagten Investition zu ersetzen hat.

- 18 Folglich wird der Schadensersatz nur dann praktisch immer als Zinsrate geltend gemacht werden, wenn der Schuldner die Hauptsumme noch nicht geleistet hat und der Schaden in entgangenen Zinsgewinnen oder entstandenen Zinsaufwendungen besteht. Geht es nur noch um den Zinsschaden, weil die Hauptforderung erfüllt ist, hat der Gläubiger die Wahl: Er kann den Schaden als Zinsrate bis zum Zeitpunkt der Erfüllung der Hauptforderung geltend machen oder den entsprechenden Schaden ausrechnen und als Betrag einklagen.

c) Bestimmung der Referenzsumme und der Höhe des Zinssatzes (Rn. 40 – 50)

aa) Referenzsumme (Rn. 40)

- 19 Wird der Schaden als erhöhter Zins verlangt, bezieht sich der Zinssatz dann nicht auf die Höhe der Hauptforderung, wenn ein Verzugsschaden durch entgangene Investition oder Finanzierungskosten nur hinsichtlich eines Teilbetrages entstanden ist. Befindet sich beispielsweise der Schuldner mit einem Betrag von 100.000 Euro in Verzug und hätte der Gläubiger bei rechtzeitiger Zahlung lediglich 50.000 Euro zu 12% Zinsen anlegen können, so kann er die ihm entgangenen 12% als Schadensersatz nur aus 50.000 Euro geltend machen und wegen der weiteren 50.000 Euro nur den Basiszinssatz nach § 288 Abs. 1 BGB verlangen. Ich verweise auf Rn. 88, 89 meines Gutachtens. Prof. Mülbart erwähnt diese Alternative nicht, wird diesen Fall aber, wie ich annehme, genauso beurteilen.

bb) Höhe des Zinssatzes (Rn. 41 – 50)

- 20 Den Ausführungen zu Rn. 41 – 44 stimme ich uneingeschränkt und der in Rn. 45 – 47 zum Ausdruck gebrachten Ansicht mit den aus der nachfolgenden Darlegung ersichtlichen Einschränkungen zu.
- 21 § 252 BGB lautet wie folgt:
- 22 *Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.*

- 23 § 287 Abs.1 ZPO bestimmt für das richterliche Beweisverfahren in Schadensfällen:
- 24 *Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen.*
- 25 § 252 BGB enthält in der Tat eine Erleichterung zur Darlegung und zum Beweis des Schadens, wenn es um entgangenen Gewinn geht. Nach der Rechtsprechung des BGH ergänzt § 252 Satz 2 BGB die Regelung des § 287 ZPO. Der Geschädigte, der den entgangenen Gewinn nicht konkret, sondern abstrakt berechnen will, kann sich auf die Behauptung und den Beweis der Anknüpfungstatsachen beschränken, bei deren Vorliegen § 252 Satz 2 BGB eingreift. Der Gläubiger muss jedoch angeben, welche Art von Kapitalanlage er gewählt hätte.⁷ Wörtlich heißt es in dem zitierten Urteil, das einen Fall pflichtwidriger Anlageberatung betraf: *„Die Wahrscheinlichkeit einer Gewinnerzielung im Sinne von § 252 Satz 2 BGB aufgrund einer zeitnahen alternativen Investitionsentscheidung des Geschädigten und deren Umfang kann jedoch nur anhand seines Tatsachenvortrags dazu beurteilt werden, für welche konkrete Form der Kapitalanlage er sich ohne das schädigende Ereignis entschieden hätte..“*
- 26 Es trifft zu, dass die Entscheidungen des BGH, was das Beweismaß hinsichtlich der Schadenshöhe angeht, nicht ganz einheitlich sind. Jedenfalls muss der Gläubiger aber darlegen und beweisen, auf welcher Tatsachengrundlage das Gericht die Schätzung des Schadens vornehmen soll. Dass schon eine geringe Wahrscheinlichkeit genügen soll, vermag ich den Urteilen nicht zu entnehmen. In manchen Entscheidungen, insbesondere des für das Bankrecht zuständigen XI. Zivilsenats, heißt es, eine gewisse Wahrscheinlichkeit sei ausreichend.⁸ Von anderen Senaten wird teilweise eine höhere oder deutlich höhere Wahrscheinlichkeit verlangt.⁹ Rechtlich bedeutet Wahrscheinlichkeit, dass mehr für als gegen die behauptete Schadenshöhe spricht. Diese Voraussetzungen sind nach einem Urteil des BGH aus dem Jahre 2001 zu bejahen, wenn es nach den Umständen des Falls wahrscheinlicher ist, dass der Gewinn erzielt worden wäre, als dass er ausgeblieben wäre.¹⁰ Gefordert wird also eine Wahrscheinlichkeit von mehr als 50%. Dies erscheint mir auch der Maßstab, den der XI. Zivilsenat anlegt. Eine deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit wird man daher für den Beweis von Zinsschäden

⁷ BGH, 24.04.2012 – XI ZR 360/11, NJW 2012, 2266 Rn. 13.

⁸ BGH, 08.05.2012 – XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 64.

⁹ BGH, 08.06.2004 – VI ZR 230/03, BGHZ 159, 254, 257.

¹⁰ BGH, 27.09.2001 – IX ZR 281/00, NJW 2002, 825, 826.

wegen entgangener Gewinne nach §§ 252 Satz 2 BGB, 287 ZPO nicht verlangen können.

- 27 Prof. Mülbert stellt in Rn. 48 und 49 ausführlich und zutreffend die bisher nach der Rechtsprechung des BGH für Banken geltenden Beweiserleichterungen dar. Aus den in meinem Gutachten zu Rn. 70 dargelegten Gründen vermag ich jedoch seiner in Rn. 50 geäußerten Ansicht, dass diese besonderen Beweiserleichterungen auf Investoren, die keine Bank sind, entsprechend anzuwenden seien, nicht zu folgen. Gerade in der heutigen Niedrigzinsphase besteht keine Veranlassung, die Anforderungen an die Darlegung und den Beweis des Schadens zu senken.

3. Anspruchshöhe

a) Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 Rahmenvertrag (Rn. 51 – 60)

- 28 Ich bin ebenso wie Prof. Mülbert der Auffassung, dass dem Gläubiger der aus Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 folgende Zinsanspruch unabhängig davon zusteht, ob und in welchem Umfang ihm ein Schaden entstanden ist. Ich stimme ihm in den nachfolgenden Ausführungen auch darin zu, dass § 288 Abs. 1, 2 BGB eine dispositive Regelung enthält, von der die Parteien abweichen dürfen. Sie können sowohl einen höheren als auch einen niedrigeren Zinssatz vereinbaren als den, welchen die gesetzliche Regelung vorsieht. Die am 29.7.2014 in Kraft getretene Bestimmung des § 288 Abs. 6 BGB, welche die Vertragsfreiheit in dieser Hinsicht einschränkt, ist nur auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die nicht früher als an diesem Tag entstanden sind.¹¹ Ich verweise in diesem Zusammenhang aber nochmals auf den in meinem Gutachten (Rn. 73) enthaltenen Hinweis, dass es wegen der Insolvenz der Schuldnerin nicht genügt, die Voraussetzungen von Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 und 2 isoliert darzulegen, sondern auch Nr. 7 bis 9 des Rahmenvertrages sowie § 104 InsO zu beachten sind. Ansprüche nach Nr. 3 Abs. 4 setzen voraus, dass die Schuldnerin bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 286 BGB in Verzug geraten ist.
- 29 Entgegen der in Rn. 53 zu (b) von Mülbert vertretenen Sichtweise beschränkt sich die Bedeutung von Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 nicht darin, den Zinssatz des § 288 Abs. 1 BGB zu ändern. Diese Bestimmung enthält vielmehr in Verbindung mit Nr. 12 Abs. 3 Rahmenvertrag – wie schon in meinem Gutachten (Rn. 44) angenommen – eine eigenständige rein vertragsrechtlich zu verstehende Regelung, die an die Stelle von § 288 Abs. 1 und 2 BGB tritt. Der Gläubiger kann daher nicht den gesetzlich

¹¹ Art. 229 § 34 EGBGB.

vorgesehenen Zinssatz verlangen, wenn sich nach dem Rahmenvertrag ein niedrigerer Zinsanspruch ergibt.

- 30 Dies folgt einmal schon aus dem Wortlaut von Nr. 3 Abs. 4 Satz 1, der den Anspruch zwar im Ergebnis ebenso wie § 288 Abs. 1 BGB davon abhängig macht, dass Verzug eingetreten ist, aber sprachlich gleichwohl von § 288 Abs. 1 BGB abweicht und auch – unter Einschluss von Nr. 3 Abs. 1 – eine eigenständige Regelung zum Verzug enthält. Nach Nr. 3 Abs. 1 hat jede Partei die von ihr geschuldeten Leistungen spätestens an den im Einzelabschluss genannten Fälligkeitstagen zu erbringen. Damit ist für die Leistung ein entweder unmittelbar festgelegter oder ein durch Berechnung nach dem Kalender zu ermittelnder Leistungstag bestimmt, so dass Verzug ohne Mahnung gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit Ablauf des Fälligkeitstages eintritt.¹² Zugleich ist geklärt, was nicht rechtzeitige Zahlung im Sinne von Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 bedeutet.
- 31 Anders als Satz 2, welcher für den Schaden, der über den nach Satz 1 bestehenden Zinsanspruch hinausgeht, auf die allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen des BGB verweist, enthält die in Satz 1 getroffene Regelung eine aus sich selbst verständliche Beschreibung, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang dem Gläubiger ein schadensunabhängiger Zinssatz zusteht. Hätte ihm unabhängig davon ein gesetzlicher Zinsanspruch zustehen sollen, falls dieser günstiger ist als die vertragliche Regelung, so hätte es nahegelegen, ausdrücklich zu bestimmen, dass daneben der gesetzliche Zinsanspruch erhalten bleiben soll. Dies ist aber nicht einmal ansatzweise geschehen.
- 32 Sinn und Zweck der Zinsregelung von Satz 1 sprechen ebenfalls für die Annahme, dass es sich um eine eigenständige, die Geltung von § 288 Abs. 1 BGB ausschließende vertragliche Bestimmung handelt. Die Anknüpfung an den Zinssatz, den erstklassige Banken untereinander für täglich fällige Anlagen berechnen, ist ersichtlich im Hinblick auf die Art der Geschäfte gewählt, die nach diesem Rahmenvertrag abgewickelt werden sollen. Es handelt sich damit um eine Regelung, die zu einem gerade für solche Verträge sachgerechten, den berechtigten Interessen beider Seiten angemessen Rechnung tragenden Ergebnis führen soll. Der hier gewählte Maßstab soll ersichtlich unabhängig davon gelten, wie sich der gesetzliche Zins in Zukunft entwickelt.
- 33 Prof. Mühlert meint unter Rn. 56, die Grundlage für einen vertraglich vereinbarten Verzugszinssatz könne nicht in § 288 Abs. 3 BGB liegen. Ich stimme ihm darin zu, dass die Vorschrift keine unmittelbare

¹² BGH, 19.11.1991 – X ZR 28/90, NJW 1992, 1628, 1629; Schmidt-Kessel, in Prütting/Wegen/Weinreich, aaO, § 286 Rn. 16; Palandt/Grüneberg, aaO, § 286 Rn. 35.

Anspruchsgrundlage bildet. Sie bezieht sich aber nicht nicht nur auf gesetzliche Zinsansprüche, sondern bringt zum Ausdruck, dass die in den Absätzen 1 und 2 der Norm vorgesehenen Zinssätze dispositiv sind, die Parteien also vertraglich einen davon abweichenden Zinssatz für im Sinne von § 286 BGB verspätete Zahlungen vereinbaren dürfen. In diesem Sinne bildet sie eine Grundlage für vertraglich vereinbarte Verzugszinssätze, die von § 288 Abs. 1 und 2 BGB abweichen.¹³

b) Nr. 3 Abs. 4 Satz 2 Rahmenvertrag (Rn. 61 – 68)

- 34 Ich stimme den Ausführungen vor Prof. Mülbert zu, soweit sie Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Satz 2 behandeln. Der in Rn. 63 und 65 wiederholten Ansicht, Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 nehme lediglich eine Anpassung von § 288 Abs.1 BGB vor, vermag ich aus den zu a) dargelegten Gründen nicht zu folgen.
- 35 Lediglich zur Klarstellung verweise ich darauf, dass ich an der in meinem Gutachten dargelegten Auffassung festhalte, wonach Ansprüche wegen Verzuges nach Nr. 3 Abs. 4 Rahmenvertrag nur dann entstanden sind, wenn und soweit die Schuldnerin vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 286 BGB in Verzug geraten ist. Aus dem mir bekannten Sachverhalt sind keine Tatsachen ersichtlich, die einen Verzug nach § 286 BGB begründen.
- 36 Es trifft zu, wie Mülbert in Rn. 67 ausführt, dass der Gläubiger zwei Möglichkeiten hat, einen Schaden, der höher ist als der Zinsanspruch, nach § 288 Abs. 1 BGB geltend zu machen. Er kann ihn einmal, wie unter (a) dargestellt, berechnen. Die zweite Alternative besteht darin, dass er nicht den Zinsanspruch nach Abs. 1 geltend macht, sondern den gesamten Schaden – also 8% in dem von Mülbert gewählten Beispiel – nach § 288 Abs. 4 BGB in Verbindung mit § 280 Abs.1 und 2 BGB verlangt. Eine Aufrechnung oder Verrechnung findet dabei nicht statt. Der Gläubiger kann vielmehr nur zwischen den beiden dargestellten Möglichkeiten wählen.

¹³ Vgl. Palandt/Grüneberg, aaO, § 288 Rn. 11.

Frage 21

1. Schaden des Zessionars (Rn. 69)

- 37 Es ist grundsätzlich richtig, dass bei Abtretung der Forderung von diesem Zeitpunkt an, was den Schaden angeht, auf die Person des Zessionars abzustellen ist. Anders, als Prof. Mülbert meint, ist es jedoch umstritten, ob dies auch dann gilt, wenn der Schaden des Zessionars höher ist als derjenige, der beim Zedenten eingetreten wäre. Ich verweise Rn. 98 – 108 meines Gutachtens.
- 38 Insbesondere trifft es nicht zu, dass die von Mülbert in Fn. 49 zitierten Urteile des BGH besagen, dass der Schuldner den Verzugsschaden des Zessionars auch dann zu tragen hat, wenn dessen Schaden höher ist. Das erstgenannte Urteil hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen.¹⁴ Das andere Urteil¹⁵ betrifft einen Amtshaftungsanspruch wegen Verweigerung einer nicht übertragbaren Genehmigung zum Krankentransport. Der Kläger war Gesellschafter einer OHG, welcher die Genehmigung amtspflichtwidrig versagt worden war. Schadensrechtlich ging es um die Frage, ob der Kläger, der das Unternehmen nach Auflösung der OHG als Einzelkaufmann weitergeführt hatte, diesen Schaden geltend machen konnte. Dies hat der BGH aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls trotz gesetzlicher Unübertragbarkeit der Genehmigung bejaht. Mit einer rechtsgeschäftlichen Abtretung von Forderungen und der Frage, ob dann ein höherer Schaden durch den Zessionar gefordert werden kann, als er beim Zedenten eingetreten ist, hatte dieser Fall nichts zu tun.

2. Gegenstand der Zession (Rn. 70 – 81)

- 39 Es ist richtig, dass Zinsansprüche nicht kraft Gesetzes auf den Zessionar übergehen, es dazu vielmehr einer Vereinbarung bedarf. Die Aussage in Rn. 94 meines Gutachtens, wonach im Zweifel anzunehmen ist, dass die Zinsansprüche mit abgetreten sein sollen, muss ich einschränken. Ich stimme der Aussage von Prof. Mülbert in Rn. 71 darin zu, dass die Rechtsprechung davon nur hinsichtlich der künftigen Zinsen ausgeht. Soweit Zinsansprüche schon im Zeitpunkt der Abtretung entstanden sind, wird man dies nicht allgemein, sondern nur nach den Umständen des Einzelfalles annehmen können.
- 40 Entgegen der Ansicht von Mülbert gilt die dargestellte Rechtslage uneingeschränkt nur für Zinsansprüche nach § 288 Abs. 1, 2 BGB und Nr.

¹⁴ BGH, 25.09.1991 – VIII ZR 264/90, NJW-RR 1992, 219 = WM 1991, 2036.

¹⁵ BGH, 12.06.2008 – III ZR 38/07, NVwZ-RR 2008, 674.

3 Abs. 4 Satz 1 Rahmenvertrag und nicht für Schadensersatzansprüche. Somit ist folgendermaßen zu unterscheiden:

- 41 (1) Reine Zinsansprüche des Zedenten:
- 42 (a) Die bis zur Abtretung entstandenen Ansprüche gehen nur dann auf den Zessionar über, wenn die Parteien des Abtretungsvertrages dies vereinbaren. Es gibt keine Vermutung, dass dies im Zweifel geschehen ist.
- 43 (b) Der Zedent kann sich den Anspruch auf die zukünftigen Zinsen, also diejenigen, die nach der Abtretung anfallen, vorbehalten. Dies ist indes ungewöhnlich. Daher ist insoweit im Zweifel anzunehmen, dass der Anspruch auf diese Zinsen mit abgetreten wurde.
- 44 (2) Schadensersatzansprüche des Zedenten:
- 45 (a) Für die bis zur Abtretung entstandenen Schadensersatzansprüche gilt dasselbe wie für reine Zinsansprüche. Es kommt auf die Vereinbarung der Parteien an; eine Vermutung für die eine oder andere Alternative besteht nicht.
- 46 (b) Zukünftige Schadensersatzansprüche des Zedenten, die übertragbar wären, gibt es nicht; denn ob nach der Abtretung ein Schaden entstanden ist, muss allein nach der Person des Zessionars bestimmt werden. Insoweit widerspreche ich der in Rn. 79 - 81 von Mülbart vertretenen Ansicht.

3. Darlegung des Zessionars (Rn. 82 – 83)

- 47 Mit Ausnahme der Ansicht, dass auch ein anderer Investor sich der für Banken geltenden vereinfachten Methode der Schadensberechnung bedienen dürfe, stimme ich Prof. Mülbart zu.

4. Schadensberechnung (Rn. 84)

- 48 Ich stimme zu, allerdings mit der Einschränkung, dass, wie bereits ausgeführt, der Schaden des Zessionars der Höhe nach auf den Schaden begrenzt ist, den der Zedent in demselben Zeitraum erlitten hätte.

5. Kenntnis des Zessionars vom Verzug (Rn. 85)

- 49 Die Ansicht von Prof. Mülbart ist richtig; natürlich gilt auch dann die in der vorausgegangenen Rn. bezeichnete Beschränkung der Schadenshöhe.

6. Beweislast (Rn. 86)

- 50 Derjenige, der Zins- oder Schadensersatzansprüche geltend macht, sei es aus eigenem oder fremdem Recht, hat alle Anspruchsvoraussetzungen zu beweisen. Ich nehme an, dass die Darstellung von Mülbert im Ergebnis dasselbe besagen soll.

Verpflichtungserklärung

- 51 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

- 52 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 31.7.2015



Dr. Gero Fischer

No 7942 of 2008
IN THE HIGH COURT OF JUSTICE

CHANCERY DIVISION

COMPANIES COURT

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

AND IN THE MATTER OF THE
INSOLVENCY ACT 1986

ANTHONY VICTOR LOMAS &
OTHERS

- AND -

BURLINGTON LOAN
MANAGEMENT LIMITED &
OTHERS

**REPLY OPINION OF GERO
FISCHER TO THE EXPERT
OPINION OF PETER MÜLBERT 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

**REPLY OPINION OF GERO FISCHER TO THE EXPERT
OPINION OF PETER MÜLBERT AS TO MATTERS OF
GERMAN LAW**

Dr. Gero Fischer

Presiding Judge, German Federal Court of Justice, ret.

Reply Report
to the Opinion of Prof. Dr. Mülbert
in the Matter of
Lehman Brothers International (Europe)
(in administration)



Preliminary and Qualifications

- 1 I have been instructed by Kirkland & Ellis International LLP on behalf of Wentworth Sons Sub-Debt s.à r.l. to prepare an opinion addressed to the the High Court of Justice in reply to the report, which I have reviewed, of Prof. Mülbert dated 9 July 2015 on certain questions of German law relevant to the application of the joint administrators of Lehman Brothers International (Europe) (In Administration) to the Court. This reply report should be read together with my first report dated 10 July 2015; my Qualifications and the Preliminary statements in my first report are repeated here in respect of this reply report, *mutatis mutandis*. In light of the nature of this reply report, which responds to the points made by Prof. Mülbert, I have not set out a summary of my conclusions.

Question 20

1. Rules and Basic Principles of the Interpretation of Contracts (Nos. 23 – 26)

a) General (Nos. 23 / 24)

- 2 The content of the comments coincides with the discussion under No. 32 of my opinion. It is true that for commercial contracts, account must be taken of business practice, such as customary commercial practices or businesses' generally recognised understanding of individual clauses.

b) General Terms and Conditions (No. 25)

- 3 As I understand Prof. Mülbert's discussion, it essentially coincides with the viewpoint expressed in my opinion (No. 33). General terms and conditions (standard contract terms) are contract terms pre-formulated for a number of contracts, which one party to the contract (the user) presents to the other party upon entering into the contract (sec. 305(1) first sentence, German Civil Code (BGB)). The GMA is a standardised form contract; its use is prescribed for banks by the European Central Bank in a guideline for this kind of transaction.¹ If both parties to the contract are banks, they

¹ Jahn, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4th ed., sec. 114 No. 36.



are both to be considered users. The rule for general terms and conditions is that in case of doubt, the standard form agreement is to be construed in favour of the party who is not the user, but this rule also does not apply if the counterparty engages on a commercial basis in the business activities covered by the master agreement. In such cases an even greater emphasis falls on the objective interpretation of the contract documents than in the case of general terms and conditions.

c) Supplementary Interpretation of Contracts (No. 26)

- 4 It is correct that a supplementary interpretation under sec. 157 BGB may be necessary in relation to standard form contracts if the contract either contains a gap² or a gap arises when a clause is invalid and there is no provision of statutory law that offers a solution that is fair to all interests, yet deleting the invalid clause without a replacement would also not yield a result fair to all interests.³ In such cases one must ask what arrangement the parties would have chosen if they had been aware of the gap, duly weighing the interests of each party.⁴ In a standard form contract that is not presented by one party to the other, but has been provided by a third party, as in the case of the GMA, and that is intended to establish the legal framework for an indeterminate number of contracts, the supplementary interpretation must adhere to an objectively generalised standard that must be in line with the intent and interests of the class of persons that is typically involved in this type of transaction.⁵

2. Legal Basis for Damages in Case of Default

a) The Legal Nature of the Claim under Sec. 288(1) BGB (Nos. 27 – 32)

- 5 Prof. Mülbert views sec. 288(1) BGB as a subcategory of the provision under sec. 280(1) BGB, which applies to damages for breach of duty in general. I cannot concur. In my own opinion (No. 38) I have already pointed out that sec. 288(1) BGB constitutes an independent basis for a claim. I would like to explain that in more detail below.

² BGH, 05 October 1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 325.

³ BGH, 01 February 1984, VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69, 75; 13 November 1997 – IX ZR 289/96, BGHZ 137, 153, 157; 09 July 2008 – VIII ZR 181/07, NJW 2008, 2840, 2841; 13 April 2010 – XI ZR 197/09, BGHZ 185, 166.

⁴ BGH, 01 February 1984, op. cit.; 13 November 1997, op. cit.; 13 April 2010, op. cit.

⁵ Cf. on this standard BGH, 05 October 1992 II ZR172/91, BGHZ 119, 305, 325.



- 6 Section 280(1) BGB reads:
- 7 *If the debtor breaches a duty arising from the obligation, the creditor may demand damages for the damage caused thereby.*
- 8 Section 280(2) BGB reads:
- 9 *Damages for delay in performance may be demanded by the creditor only subject to the additional requirement of section 286.*
- 10 This section clarifies that for damage in the meaning of section 280(1) BGB, which results from delay, in addition delay according to section 286(1) is required.
- 11 Section 288(1) BGB, by contrast, provides:
- 12 *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.*
- 13 While claims based on sec. 280(1) BGB presuppose that the creditor has incurred damage as provided under secs. 249 – 255 BGB, by its very wording sec. 288(1) BGB does not refer to damages, but confers an entitlement to interest on an overdue money debt. There is no dispute that it is not necessary to incur damage in order to have a claim under this provision. The provisions of damages law (secs. 249 et seqq. BGB) that underlie claims under sec. 280 BGB are irrelevant here. An action for payment of interest will already succeed if the debtor is in default on a money performance under sec. 286 BGB. The fundamental principle of German civil law – which Prof. Mülbart also rightly emphasises elsewhere – that the payment of damages must not result in an enrichment of the injured party specifically does not apply here.
- 14 Furthermore, the intent and purpose of sec. 288(1) BGB lie not merely in compensating the creditor for the lost use of capital. Rather, the legislature's intent with the provision under sec. 288(1) BGB – which gives the creditor a substantially larger interest entitlement than under the former situation of the law – is to make the debtor perform as soon as possible. The new provision is also intended to keep the debtor from deriving economic advantages from delaying a payment, and being rewarded, so to speak, for his breach of contract.⁶ Section 288(1) BGB is also intended to siphon away from the debtor this economic advantage

⁶ BGH, 05 December 2012 – XII ZR 44/11, BGHZ 196, 1 No. 21; Ernst, in MünchKomm-BGB, 6th ed., sec. 288 No. 4; Schmidt-Kessel, in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 10th ed., sec. 288 No. 1.

derived from default, and quite knowingly takes into account that in some cases this entitlement may ultimately confer a greater financial advantage on the creditor than if the claim had been satisfied on time.

- 15 Consequently sec. 288(1) BGB contains an independent statutory rule that requires only default under sec. 286 BGB to arise on money debts, and therefore confers no claim within the meaning of sec. 280 BGB. Equivalent considerations apply for the claims under sec. 288(2) and (3) BGB. Only those claims that can be asserted under sec. 288(4) BGB because of further damage that exceeds the interest to which the creditor is entitled are claims for damages under sec. 280 BGB.

b) Claim as a Rate or Amount (Nos. 35 – 38)

- 16 It is correct that different types of damage must be distinguished for damages claims under sec. 288(4) BGB in deciding whether the claim can take the form of a rate or an amount. It is undoubtedly correct that in cases of a single, terminated instance of damage, which Prof. Mülbart identifies as the first category of damage at No. 35(a), damages can be claimed only as an amount.
- 17 Among the second type of damage, at No. 35(b) Prof. Mülbart categorises continuous losses, specifically the cost of interim financing and the lost profits that result from the inability to reinvest the owed money. Here he holds that both methods of calculating the damage are applicable only if the primary amount has already been paid at the time of the last hearing, which is the relevant date for the decision, and therefore the period for which default damage must be compensated has been firmly established. If the debtor has not yet satisfied the claim at that time, and if the creditor's loss consists in that he has lost interest income and will continue to lose it, or has paid interest expenses and will have to continue paying them because of the need for interim financing, then indeed the damage can only be expressed by an interest rate. However, Mr Mülbart does not mention that there are also continuous forms of damage that persist at the time of the hearing, but cannot be asserted in the form of an interest rate. This is especially the case if the creditor would have invested the unpaid amount in stocks, a real estate or bond fund, or some other investment that does not pay interest but has a continuously fluctuating value instead. In such cases, the appreciation of the investment that the creditor has lost can only be asserted as an amount, irrespective of whether the primary amount has already been paid. The creditor can then take account of the fact that the value of the forgone investment will continue to evolve in the

future, by applying for a declaratory judgment that the debtor must also compensate the creditor for the lost future gains on that investment, up to the time of fulfilment.

- 18 Consequently in almost all cases, damages will be claimed as an interest rate only if the debtor has not yet paid the primary amount, and the damage consists of lost interest income or incurred interest expenses. If there is only lost interest, because the primary debt has been satisfied, the creditor has a choice: he can assert the damage as an interest rate up to the date of fulfilment of the primary claim, or calculate out the corresponding damage and demand it as an amount.

c) Determining the Reference Sum and the Amount of the Interest Rate (Nos. 40 – 50)

aa) Reference Sum (No. 40)

- 19 If the damage is demanded in the form of increased interest, the interest rate does not refer to the amount of the primary claim if default damage from a forgone investment or from finance costs has arisen only with respect to a partial amount. For example, if the debtor is in default for an amount of EUR 100,000, and the creditor could have invested only EUR 50,000 at 12% interest if the payment had been made on time, the creditor can claim as damages only the lost 12% on EUR 50,000, and for the remaining EUR 50,000 he can claim only the basic rate of interest under sec. 288(1) BGB. I refer to Nos. 88 and 89 of my opinion. Prof. Mülbert does not mention this alternative, but I assume he would assess the matter in exactly the same way.

bb) Amount of the Interest Rate (No. 41 – 50)

- 20 I concur in the comments under Nos. 41 – 44 without reservation, and with the views expressed in Nos. 45 – 47 subject to the qualifications discussed below.
- 21 Section 252 BGB reads as follows:
- 22 *The damage to be compensated for also comprises lost profits. Those profits are considered lost that in the normal course of events or in the*

special circumstances, particularly due to the measures and precautions taken, could probably be expected.

- 23 Section 287(1) German Code of Civil Procedure (*Zivilprozessordnung*, ZPO) provides as follows for the court's approach to evidence in damages cases:
- 24 *Should the issue of whether or not damages have occurred, and the amount of the damage be in dispute among the parties, the court shall rule on this issue at its discretion and conviction, based on its evaluation of all circumstances. The court may decide at its discretion whether or not – and if so, in what scope – any taking of evidence should be ordered as applied for.*
- 25 Section 252 BGB does indeed include a facilitated standard for showing and proving damage where lost profits are concerned. According to the case law of the Federal Court of Justice, sec. 252 sentence 2 BGB supplements the provision under sec. 287 ZPO. An injured party who wishes to calculate lost profits not concretely, but in the abstract, can limit himself to asserting and proving the connecting facts which, if they are present, will engage sec. 252 sentence 2 BGB. However, the creditor must specify what kind of investment he would have chosen.⁷ The cited judgment, which concerned a case of a breach of investment advisory duty, states word for word: *“However, the probability of generating profits within the meaning of sec. 252 sentence 2 BGB on the basis of a prompt alternative investment decision by the injured party, and the scope of that profit, can be assessed only on the basis of his submission of facts as to what specific form of investment he would have decided upon in the absence of the harmful event.”*
- 26 It is true that that the decisions of the Federal Court of Justice about the standard of proof for the amount of damage are not entirely consistent. In any case, the creditor must show and prove the basis of facts on which the court is supposed to conduct its estimate of damage. I cannot see from the judgments that even a small probability (“geringe Wahrscheinlichkeit”) is already supposed to suffice. Some decisions, especially those of the Eleventh Civil Panel, which has jurisdiction for banking law, say that a certain probability (“gewisse Wahrscheinlichkeit”) is enough.⁸ Other Panels sometimes require a stronger or significantly stronger probability.⁹ In terms of law, “probability” means that there is more to speak for the alleged

⁷ BGH, 24 April 2012 – XI ZR 360/11, NJW 2012, 2266 No. 13.

⁸ BGH, 08 May 2012 – XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 No. 64

⁹ BGH, 08 June 2004 – VI ZR 230/03, BGHZ 159, 254, 257.

amount of damage than against it. According to a 2001 decision of the Federal Court of Justice, the satisfaction of these requirements must be affirmed if, given the circumstances of the case, it is more probable that the profit would have been generated than not.¹⁰ A probability greater than 50% is therefore required. To me, this also appears to be the standard that the Eleventh Civil Panel applies. Therefore it will not be possible to demand a *very strong* probability (“deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit”) for the proof of interest damage from lost profits under sec. 252 sentence 2 BGB and sec. 287 ZPO.

- 27 At Nos. 48 and 49, Prof. Mülbart sets forth in detail, and correctly, the facilitated standard of proof that has hitherto applied for banks under the case law of the Federal Court of Justice. However, for the reasons set forth under No. 70 of my opinion, I cannot adhere to his interpretation expressed at No. 50, that this special facilitated standard of proof is to be applied *mutatis mutandis* to investors that are not a bank. Today’s low-interest phase in particular does not constitute a reason to lower the requirements for showing and proving damage.

3. Claim Amount

a) Cl. 3(4) sentence 1 GMA (Nos. 51 – 60)

- 28 Like Prof. Mülbart, I hold that the creditor is entitled to the interest claim under Cl. 3(4) first sentence irrespective of whether and in what amount it has incurred damage. I also concur with his subsequent comment that sec. 288(1) and (2) BGB contain an optional provision from which the parties may deviate. They may agree on both a higher and a lower interest rate than the statute provides. The provision of sec. 288(6) BGB, which took effect on 29 July 2014 and limits freedom of contract in this regard, is applicable only to debts that were not incurred earlier than that date.¹¹ However, in this connection I refer once again to the point made in my opinion (No. 73) that because of the debtor’s insolvency, it is not sufficient to show fulfilment of the requirements of Cl. 3(4) sentence 1 and 2 in isolation, but that Cl. 7 – 9 of the GMA and sec. 104 of the Insolvency Code must also be taken into account. Claims under Cl. 3(4) presuppose that the debtor was already in default before the insolvency proceedings under sec. 286 BGB were initiated.

¹⁰ BGH, 27 September 2001 – IX ZR 281/00, NJW 2002, 825, 826.

¹¹ Art. 229 sec. 34 EGBG [Introductory Act to the German Civil Code].



- 29 Contrary to the view expressed by Mülbert at No. 53 (b), the significance of Cl. 3(4) sentence 1 is not limited to modifying the statutory interest rate under sec. 288(1)BGB. Rather, in conjunction with Cl. 12(3) GMA – as I already held in my opinion (No. 44) – this provision contains an independent provision that is to be understood purely in terms of contract law and takes the place of sec. 288(1) and (2) BGB. Therefore the creditor cannot demand the interest rate provided by statute if the GMA results in a lower interest claim.
- 30 This follows first of all from the very wording of Cl. 3(4) sentence 1, which, just like sec. 288(1) BGB, ultimately does make the claim contingent on the occurrence of default, but nevertheless deviates in its language from sec. 288(1) BGB and also – with the inclusion of Cl. 3(1) – contains an independent provision as to default. Under Cl. 3(1), each party must provide the performance it owes no later than the maturity dates stated in the individual agreement. Thus a performance date is defined that is either directly established, or to be calculated from the calendar, so that default occurs at the expiry of the maturity date with no need for a warning notice, as provided in sec. 286(2) No. 1 BGB.¹² This simultaneously clarifies what is meant by failing to pay on time under the terms of Cl. 3(4) sentence 1.
- 31 Unlike sentence 2, which refers to the general provisions of civil law under the BGB for damage that goes above and beyond the interest claim under sentence 1, the provision under sentence 1 contains a description that is understandable in itself concerning the conditions and scope within which the creditor is entitled to an interest rate irrespective of damage. If it had been intended that the creditor was to be entitled to a statutory interest claim irrespective of that provision, in the event that the statutory rate was better than the provision of the contract, it would have been an obvious step to specify explicitly that the statutory interest claim was to be maintained alongside. But there is not so much as an indication to that effect.
- 32 The intent and purpose of the interest provision under sentence 1 likewise argue for the presumption that this is an independent contractual provision that excludes the applicability of sec. 288(1) BGB. The linkage to the interest rate that first-class banks charge one another for overnight deposits was plainly chosen in view of the nature of the transactions that are supposed to be conducted under this master agreement. This is therefore a provision that is supposed to lead to a result that is specifically

¹² BGH, 19 November 1991 – X ZR 28/90, NJW 1992, 1628, 1629; Schmidt-Kessel, in Prütting/Wegen/Weinreich, op. cit., sec. 286 No. 16; Palandt/Grüneberg, op. cit., sec. 286 No. 35.

appropriate to such agreements and fair to the interests of both sides. The standard chosen here is plainly supposed to apply irrespective of how the statutory interest rate evolves in the future.

- 33 At No. 56, Prof. Mülbart argues that sec. 288(3) BGB cannot constitute the basis for a contractually agreed interest rate. I concur with him in that the provision does not constitute a direct basis for a claim. However, it refers not only to statutory claims for interest, but expresses that the interest rates provided in subsections 1 and 2 of this section of the law are optional; in other words, the parties are permitted to agree by contract on a different interest rate for payments that are late within the meaning of sec. 286 BGB. In that sense, they constitute a basis for contractually agreed default interest rates that deviate from sec. 288(1) and (2) BGB.¹³

b) Cl. 3(4) sentence 2 GMA (Nos. 61 – 68)

- 34 I concur in Prof. Mülbart's comments insofar as they address the legal nature and legal effects of sentence 2. For the reasons discussed under a), I cannot concur in the view repeated in Nos. 63 and 65 that Cl. 3(4) sentence 1 merely applies an adjustment to sec. 288(1) BGB.
- 35 Purely for clarification, I may point out that I hold firm to the interpretation in my own report that claims for default under Cl. 3(4) GMA can arise only if and insofar as the debtor was in default before the insolvency proceedings began, as provided in sec. 286 BGB. From the matter as it has been made known to me, there are no evident facts that establish default in the terms of sec. 286 BGB.
- 36 It is true, as Mülbart explains at No. 67, that the creditor has two options for asserting damage that is greater than the interest claim under sec. 288(1) BGB. First, he can calculate it as explained under (a). The second alternative is that he can claim, not the interest entitlement under subsection 1, but the entire damage – i.e., 8% in the example Mülbart chooses – under sec. 288(4) BGB in conjunction with sec. 280(1) and (2) BGB. There is no offsetting or netting involved. Rather, the creditor can only choose between the two described options.

¹³ Cf. Palandt/Grüneberg, op. cit., sec. 288 No. 11.

Question 21

1. Damage to the Assignee (No. 69)

- 37 It is basically correct that when a claim is assigned, from that point on one must focus on the person of the assignee so far as damage is concerned. However, contrary to Prof. Mülbert's opinion, it is not settled whether this also applies if the damage incurred by the assignee is greater than the assignor would have incurred. I refer to Nos. 98 – 108 of my opinion.
- 38 In particular, it is not correct that the Federal Court of Justice decisions that Mülbert cites in Fn. 49 indicate that the debtor must bear the assignee's damage from default even if that damage is greater. The first cited judgment expressly left this question open.¹⁴ The other judgment¹⁵ deals with a claim for government liability because of the denial of a non-transferable permit for ambulance transport. The plaintiff was a partner in a German partnership, an OHG, that had been denied the permit in dereliction of the government agency's duty. In terms of damages law, the question was whether the plaintiff, who had continued doing business as an individual businessman after the partnership was dissolved, could also assert this loss. Because of the special circumstances of the specific case, the Federal Court of Justice affirmed that he could, even though the permit was not transferable according to statute law. This case had nothing to do with the assignment of claims through a contractual transaction, or with the question of whether the assignee can then claim greater damage than the assignor incurred.

2. Subject Matter of the Assignment (No. 70 – 81)

- 39 It is correct that interest claims are not transferred to the assignee by operation of law, and that an agreement for that purpose is needed instead. I must qualify the finding in No. 94 of my opinion that it must be assumed, if there is any doubt, that interest claims have been assigned as well. I concur with Prof. Mülbert's statement at No. 71 that the case law assumes this only with regard to future interest. Where interest claims have already arisen at the time of the assignment, this cannot be assumed in general; it can only be assumed depending on the circumstances of the specific case.

¹⁴ BGH, 25 September 1991 – VIII ZR 264/90, NJW-RR 1992, 219 = WM 1991, 2036.

¹⁵ BGH, 12 June 2008 – III ZR 38/07, NVwZ-RR 2008, 674.



- 40 Contrary to Mülbert's opinion, the described situation of law applies without restriction only for interest claims under sec. 288(1) and (2) BGB and Cl. 3(4) sentence 1 GMA, not for damages claims. Thus the following distinctions must be made:
- 41 (1) Pure interest claims of the assignor:
- 42 (a) The claims that have arisen up to the time of assignment are transferred to the assignee only if the parties to the assignment agreement so agree. If there is any doubt, there is no presumption that this has been done.
- 43 (b) The assignor may reserve the claim to future interest – i.e., the interest accrued after the assignment. However, this is unusual. Consequently, to that extent it should be assumed in case of doubt that the claim to this interest has been included in the assignment.
- 44 (2) Damages claims of the assignee:
- 45 (a) For damages claims that arise up to the time of assignment, the same applies as for pure interest claims. It depends on the agreement between the parties; there is no presumption in favour of either alternative.
- 46 (b) There are no future damages claims of the assignee that could be transferred; whether damage is incurred after the assignment must be determined solely from the position of the assignee. To that extent, I disagree with the position that Mülbert argues in Nos. 79 - 81.

3. Determination of the Assignee (Nos. 82 – 83)

- 47 Except for the view that another investor can also use the simplified method of damage determination that applies for banks, I concur with Prof. Mülbert.

4. Calculation of Damage (No. 84)

- 48 I concur, albeit with the qualification that, as I have already explained, the amount of damage to the assignee is limited to the damage that the assignor would have incurred over the same period.

5. Assignee's Knowledge of Default (No. 85)

- 49 Prof. Mülbert's view is correct; of course, the limitation on the amount of damage pointed out in the preceding paragraph still applies.

6. Burden of Proof (No. 86)

- 50 The party who asserts claims to interest or damages, whether on the basis of their own rights or those of others, must prove that all prerequisites for the claim are satisfied. I assume that Mülbert's description is ultimately intended to say the same thing.



Statement of duty and truth

Statement of Duty

- 51 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

- 52 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.

Handwritten signature of

Freiburg, 31 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 3rd of August 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

**REPLY OPINION OF GERO
FISCHER TO THE EXPERT
OPINION OF PETER MÜLBERT AS
TO MATTERS OF GERMAN LAW**

No 7942 of 2008
IN THE HIGH COURT OF JUSTICE

CHANCERY DIVISION

COMPANIES COURT

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

AND IN THE MATTER OF THE
INSOLVENCY ACT 1986

ANTHONY VICTOR LOMAS &
OTHERS

- AND -

BURLINGTON LOAN
MANAGEMENT LIMITED &
OTHERS

ENGLISH TRANSLATION OF THE
REPLY OPINION OF GERO
FISCHER TO THE EXPERT
OPINION OF PETER MÜLBERT AS
TO MATTERS OF GERMAN LAW
