

UNIVERSITY OF CAPE TOWN
SCHOOL FOR ADVANCED LEGAL STUDIES

THE MODERN GERMAN LAW OF OBLIGATIONS AND THE LEGAL CONCEPT OF BREACH OF CONTRACT

-A COMPARATIVE SURVEY-

NINA NANDELSTAEDT
28 BELLAIR, WINDSOR COURT
VREDEHOEK, 8001 CAPE TOWN
EMAIL: NINANANDELSTAEDT@HOTMAIL.COM

STUDENT NO: NNDNIN001

SUPERVISOR: PROFESSOR DANIEL VISSER

10 JANUARY 2002

Research dissertation presented for approval of Senate in fulfilment of part of the requirements for the degree of Master of Laws in approved courses and a minor dissertation. The other part of requirement for this degree was the completion of a programme of courses.

The copyright of this thesis vests in the author. No quotation from it or information derived from it is to be published without full acknowledgement of the source. The thesis is to be used for private study or non-commercial research purposes only.

Published by the University of Cape Town (UCT) in terms of the non-exclusive license granted to UCT by the author.

Table of Contents

A. Introduction	1
B. The previous German law of obligations	3
I. <i>The explicit forms of breach of contract under the previous system</i>	3
1. Impossibility	3
2. Delay	4
II. <i>Forms of breach not explicitly provided for in the Code</i>	5
1. Positive breach of contract (<i>pVV</i>)	5
2. Pre- contractual liability (<i>cic</i>)	6
III. <i>Disadvantages and difficulties arising from the previous concept</i>	6
C. Reform of the Law of obligations	8
I. <i>European Directive</i>	8
II. <i>Content of the reform</i>	8
1. “Breach of duty” as a general notion	8
2. Further evaluation of the notion of “breach of duty” (<i>Pflichtverletzung</i>)	9
3. Interpretation with the help of other legal instruments (<i>pVV, cic</i>)	9
4. Delictual duty of care (<i>Verkehrssicherungspflichten</i>)	10
5. Conclusion	10
D. Interpretation of the notion of “breach of duty” with the help of other legal systems (particularly English and South African law)	11
I. <i>Common law in general as far as “breach of contract” is concerned</i>	11
II. <i>Impossibility</i>	11
1. Non-performance due to impossibility in the English common law	12
a. The traditional view and the development of the doctrine of impossibility	12

b.	The present law of impossibility	12
2.	South African concept of impossibility	14
3.	Impossibility under modern German law	15
4.	Conclusion in regard to the law of impossibility	16
a.	Evaluation of the German approach	16
b.	Comparative analysis	17
(1).	With South African law	17
(2).	With the English common law	18
(3).	With International law (CISG)	20
(4).	General conclusion relating to impossibility	21
III.	<i>Delay (mora debitoris)</i>	22
1.	English common law	23
2.	South African law of mora debitoris	23
3.	Modern German law	26
4.	Comparative Conclusion	26
5.	Evaluation of the new German concept of delay	27
IV.	<i>Positive malperformance</i>	29
1.	English common law	29
2.	South African law	30
3.	Modern German law	30
4.	Conclusion	31
V.	<i>Arguments for and against the new general approach</i>	32
VI.	<i>Elements to limit liability (Fault)</i>	34
1.	under the English common law system	35
2.	Modern German law	36
3.	South African law	37
4.	Conclusion	38
VII.	<i>Termination of the contract</i>	40
1.	in general	40

a.	English common law	41
b.	South African law	43
c.	Modern German law	44
(1).	Broader scope	44
(2).	Unified system	45
d.	Comparison	46
2.	Specific requirements for terminating the contract in terms of delayed performance	47
a.	English common law	47
b.	South African law	48
(1).	“Time of the essence”	48
(2).	“Time not of the essence”	50
c.	Modern German law	51
d.	Comparative approach and evaluation of the different concepts	52
<i>VIII.</i>	<i>Damages</i>	53
1.	English common law	54
2.	South African law	55
3.	Modern German law	56
4.	Comparative Aspects	59
E.	Final Conclusion	60
F.	Bibliography	65
G.	Table of Cases	72
H.	Attachment	74

A. Introduction

For decades, the (former) German law of obligations has been subject to severe, but justified criticism. In the following section, it will be shown that the German law, when compared to other legal systems, was unnecessarily complicated and often lead to arbitrary results in the field of the law of obligations. “The German attempt to categorise the various types of contractual breaches and to draw sharp distinctions between impossibility, delay and positive malperformance was therefore not greatly esteemed elsewhere.”¹ Accordingly, the ongoing German reform aims at a modernisation of the law by making it more accessible, comparable to, and compatible with, international developments. The great, unanswered question in the German legal world at the moment is whether or not the German legislature is going to reach this desirable aim with the current reform.

The central notion and basis for all compensatory claims of actions, irrespective of the nature of the contract being breached, is par. 280 BGB² of the reformed regime, which presupposes a “breach of duty”. In order to reduce the topic to manageable proportions, this study will be restricted to an evaluation of what this notion of “breach of duty” entails. A further question is, whether common law or international law, with their well-established notion of “breach of contract”, can offer any guidelines for German courts and practitioners to deal with this all-embracing and rather unfamiliar notion. The answer depends mainly on the extent to which the new German approach and the common law/ international approach are compatible.

Another question is the South African legal position in this regard. As an example of a mixed legal system, the South African law of obligations may show similarities to both the common and the civil law concept. What follows are the differences that exist between the different legal systems and the question will be put whether or not they should be maintained. This approach is taken mainly because the reform aims at a unification of the German law of obligations, in order to create a legal system which “remains in touch with developments elsewhere.”³

This essay will, firstly, give a brief overview of the difficulties German law experienced, which, together with the duty to implement a European Directive⁴, lead

¹ Zweigert/ Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, at 510

² *Bürgerliches Gesetzbuch*, German Civil Code. Unless indicated otherwise, all references are to the reformed BGB.

³ Zweigert/ Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, at 512

⁴ Directive 99/44/EC, dated 25 May 1999

to the reformatory process. Secondly, the different legal concepts like impossibility, delay and positive malperformance which fall under the notion of breach of contract or under the new German model of “breach of duty” will be evaluated. This essay is subdivided into two parts, namely:

- the elements which constitute a breach of contract; and
- the consequences, which arise, if there is a breach (thus the question of available remedies).⁵

In terms of the consequences, the various law systems offer numerous remedies, such as specific performance, actions in damages or termination of the contract. Because of space constraints, the focus will be laid upon damages and termination solely.

⁵ Reynolds, Discharge by Breach as a Remedy, at 183

B. The previous German law of obligations

Both the previous and the modern German law of obligations are regulated in par. 241ff⁶, thereby encompassing rules, which are relevant for all kinds of contracts. These rules apply to contracts of sale, lease, hire, donation etc. and therefore have a central position in the BGB. In German private law, one speaks of irregularities in the contractual performance (*Leistungsstoerungen*) when for some reason the contract was not performed in accordance with its terms.⁷

According to the previous rules, irregularities were considered to occur when performance was impossible (*Unmoeglichkeit*, regulated in par. 275ff and par. 323ff), when performance did not take place within the prescribed time (*Verzug*, par. 284ff, par. 326) or when the performance was on time but in some way defective (*Maengelgewaehrleistung*, par. 459ff for contracts of sales). In order to distinguish between the various irregularities, the most important question was whether or not the goods had been delivered. If they had been delivered, the BGB gave rise to remedies for breach of warranty. If not, the rules of non-performance according to par. 320ff would be applied. Thus, the breach and its legal character must be further determined before the various legal consequences could be evoked.⁸

In the chapter which follows it will be examined how the BGB regulated the law of obligations before the reform came into place. The examination will attempt to demonstrate the complexity and inaccessibility of the previous system.

I. The explicit forms of breach of contract under the previous system

1. Impossibility

Impossibility will be examined as the first possible form of breach of contract in German law.

In the old system impossibility had a dominant position in the law of obligations, as it was regulated in great detail in par. 306/par. 307, par. 275 and par. 323. There was no general notion of impossibility but various groups of cases had to be distinguished, because they lead to different legal consequences. German law recognised four different forms of impossibility: objective and subjective impossibility

⁶ “ff” is used as an abbreviation for “following”.

⁷ Robbers, *An Introduction to German Law*, at 226

⁸ Marcantonio, *Unifying the Law of Impossibility* 1984 *Hastings Int. & Comp. LR* 41 at 45

(*objektive/subjektive Unmoeglichkeit*) and initial and subsequent impossibility (*anfaengliche/nachtraegliche Unmoeglichkeit*).⁹

If the performance owed was objectively, initially impossible, the contract was void *ex tunc* according to par. 306 BGB. In the case of subjective, initial impossibility (*anfaengliches Unvermoegen*) which was not regulated in the BGB but developed by courts and legal writers, the debtor was strictly liable to correct the resulting loss by paying compensation to the innocent party.¹⁰ The legal consequences of subsequent impossibility (*nachtraegliche Unmoeglichkeit*) were determined by considering whose fault it was that performance became impossible. In these cases, it was irrelevant whether the inability to perform was subjective or objective. If the subsequent impossibility was not due to the fault of the debtor, then he was released from his obligation to perform in accordance with par. 275.

Additionally and even more complex were cases, where distinct rules were applied for obligations on *both* parties, par. 323ff. In cases of such mutual or *synallagmatic* contracts, the BGB considered it necessary to regulate not only the obligations which had become impossible, but also the “fate” of the counter performance.¹¹

2. Delay

The debtor was not only obliged to perform, but to perform “in good time”. According to the previous rules, “good time” meant the time limits defined in the contract itself or by other means. If the debtor did not do so, he was in *mora*. Yet, par.

⁹ The situation is described as one of objective impossibility (*objektive Unmoeglichkeit*) if it has been impossible for anyone to perform. Subjective impossibility (*subjektive Unmoeglichkeit*) means that especially the debtor is unable to perform although performance is generally possible. This often occurs in situations, where the debtor has the obligation to deliver unascertained goods which have been defined generically. Initial impossibility (*anfaengliche Unmoeglichkeit*) covers situations in which performance was already impossible at the time when the obligation arose whereas in case of subsequent impossibility, performance becomes impossible only after the conclusion of the contract.

¹⁰ The reason for this strict liability (which was an exception from the general rule that impossibility was based on fault) was that if the debtor made a promise as to his subjective capacity, he must bear the consequences if he later failed to do so (*Garantieverantwortung*).

¹¹ Three situations could possibly arise according to the previous system:

- (1) If the impossible obligation was *neither the fault of the creditor nor of the debtor* (par. 323), the debtor lost his claim to counter performance. However, if the debtor had received some substitute in place of the performance, he then remained bound to perform (par. 323, 2)
- (2) If the subsequent impossibility was *due to the fault of the creditor*, the debtor was discharged from his obligations but was still entitled to demand performance from the creditor. (par. 324, 2)
- (3) If the impossibility was the *fault of the debtor*, the creditor had several courses of action. He could withdraw from the contract under par. 325 or claim damages or he could also claim substitutes.

286I presupposed that (1) the performance was due and (2) that the creditor had given the debtor a letter of demand (*Mahnung*) in respect of the performance. Paragraph 286I gave the creditor a right to claim damages which had arisen out of delay. In mutual contracts, the creditor could furthermore terminate the contract or claim damages for non-performance according to par. 326 if he had sent a letter to the debtor in which he informed him that he would not accept the performance after a certain, additional period of time (*Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung*).

II. Forms of breach not explicitly provided for in the Code

Although the law of obligations was stipulated in such great detail, the legislature failed to consider one important area. There were types of breaches, which were not taken into account by the doctrines mentioned above and to which some sort of liability must nevertheless attach.¹² These non-stipulated forms of breaches were positive breach of contract (*positive Vertrags-/Forderungsverletzung*, hereinafter referred to as *pVV*) and pre-contractual liability (*Culpa in Contrahendo*, hereinafter referred to as *cic*).¹³ For the purpose of this essay, it is important to state that *pVV* and *cic* were the only German legal institutes which had already carried the notion of “breach of duty” before the reform came into place and which might therefore be considered to be the “predecessors” of the new notion of “breach of duty” introduced into the modern German BGB.

1. Positive breach of contract (*pVV*)

The “breach of duty” as far as *pVV* was concerned mainly involved a violation of secondary contractual duties, such as the duty to perform the contract with care, to keep safe, to maintain confidentiality, to provide information or to report dangers. If the debtor culpably breached these obligations and thereby caused harm to the creditor, he was liable to pay compensation.¹⁴ A second field of application for “positive breach of contract” was open to the buyer of goods which were defective.¹⁵ It was not at all clear that this should be so because special rules existed for positive malperformance, depending on the actual contract (*Maängelgewährleistung*). Thus,

¹² Robbers, *An Introduction to German Law*, at 229.

¹³ The basis for the introduction of *pVV* into the BGB was par. 242. Paragraph 242 obliges the parties to perform the contract in good faith and with regard to ordinary business practice. (*Treu und Glauben*)

¹⁴ Erman-Battes, par. 276 no. 87ff.

¹⁵ Erman-Battes, par. 276 no 101ff.

for these cases, the courts reasoned that the buyer could sue for damages only if two requirements were fulfilled. Firstly, the claim must be brought within the short time limit laid down by par. 477 (six months from delivery) and secondly, damages were awarded only for consequential harm due to the defect not for the defective goods themselves. (*Mangelfolgeschaden*).¹⁶

2. Pre- contractual liability (*cic*)

Culpa in contrahendo was the second legal institute which had already entailed the requirement of “breach of duty” in previous times. It applied mainly to situations where damages had occurred before a contract was concluded and the injured party therefore had no contractual basis for his/her claim. The basis for the imposition of a duty was the relationship of trust established by the debtor through his willingness to initiate contractual negotiations.¹⁷

III. Disadvantages and difficulties arising from the previous concept¹⁸

On encountering the different types of breach of contract under German law, especially readers from foreign countries may have the impression of a very complex and detailed system. This impression is correct. For those from a German legal background, too, it was not easily understandable why the BGB stipulated its law of obligations in such detail. The German law of obligations was often considered to be “unnecessarily complicated in its requirements as to fault and giving notices, and also because of the three different types of breaches; delay, impossibility and positive breach of contract, each with their own rules,”¹⁹ which must be distinguished before legal consequences could be determined. The previous law forced judges as well as others dealing with private law to draw sometimes “unnatural distinctions”.²⁰ For example, par. 306 was considered to be a regrettable provision because of, firstly, the legal consequence that the contract was void and, secondly the fact that the liability of the debtor was limited to the negative interest which was considered as inappropriate

¹⁶ RG 117, 315; BGH DB 71, 520; BGH 66, 315

¹⁷ Erman-Battes par. 276 no. 110ff; “*Gedanke eines besonderen Vertrauensverhältnisses*”, Erman-Battes, par. 276 no. 137

¹⁸ The problems and difficulties under the previous system are best summarised by “*The Official Motives for the Modernisation of the German Law of Obligations*” delivered by the German Parliament, Bundesdrucksache 14/ 6040, p. 83 following

¹⁹ Marsh, *Comparative Contract law England, France, Germany*, at 343

²⁰ Zweigert/ Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, at 512

in many cases.²¹ Courts therefore tended to avoid the consequences of par. 306. Thus, as a matter of positive law, initial impossibility (*anfaengliche Unmoeglichkeit*) under par. 306 must be distinguished from initial inability (*anfaengliches Unvermoegen*) which often lead to rather unpredictable results. The fact that the latter was not regulated at all also contributed to this result. Generally, the different types of impossibility were difficult to distinguish, partly because the BGB lacked further sufficient definitions of key concepts.

As stressed above, despite these distinctions, the legal system of breach of contract was so incomplete that courts and legal writers,²² shortly after the creation of the BGB, had to develop and supplement the law of obligations by creating the institutions of *pVV* and *cic* as residual categories for the types of breaches not being covered by the BGB.²³ This seems surprising especially when one considers the detailed and complex rules provided by the previous BGB. Accordingly, judge-made claims and claims explicitly mentioned in the BGB coexisted. This was not a problem in all circumstances but it lead to difficulties when they could not be properly distinguished from one another.²⁴ As *pVV* was not regulated in the BGB at all, it was doubted first whether this legal instrument should really be acknowledged and, second, if the first question can be answered in the affirmative, whether the requirements for *pVV* must be modified according to the expressly stipulated rules of positive malperformance. The distinctions made in the BGB were also considered to be inappropriate to the subject matter. Of course, no one disagreed that special rules were needed in cases of delay since different problems arose compared to for example the field of impossibility. But is it therefore necessary to create a legally independent type of breach of contract called delay, impossibility or positive malperformance?²⁵

²¹ Bundestagsdrucksache 14/ 6040, p. 84

²² The institute of *pVV* was mainly developed by Staub, *Die positive Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, p. 29 ff

²³ Bundestagsdrucksache 14/ 6040, p. 84

²⁴ Bundestagsdrucksache 14/ 6040, p. 84

²⁵ Compare Zweigert/Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, at 512

C. Reform of the Law of obligations²⁶

I. European Directive

The ongoing attempts to reform the law of obligations are, among other grounds, based on Germany's duty to implement, before 31 December 2001, the European "Directive on the Sales of Consumer Goods and Associated Guarantees"²⁷. The Directive is considered to be a very important piece of consumer legislation adopted by the European Community. It is exclusively applicable to contracts of consumer goods and concerns the relationship between seller and consumer in terms of their rights and duties and it deals mainly with whether the delivered goods conform to the contract. If defective goods are delivered, the remedies of replacement, repair, recession and price reduction are available to the consumer.

The implementation of the Directive necessitated certain changes to the BGB, most of them concerning the delivery of defective goods according to par. 459ff BGB. But the German legislature has taken the opportunity to attempt an overall reform of the law of obligations that will surely influence the entire structure and basic principles of the BGB. Reasons for this reform are the difficulties experienced with the old law of obligations as described above as well as the belief of the drafters that the Directive must not be implemented by simply creating a special act for consumer contracts because this might effectively lead to a loss of systematic rules.

II. Content of the reform

As already mentioned the reform aims at an overall change of the law of obligations. For reasons of space, the reform cannot be examined and described fully. I will, however, concentrate on the issues which are of particular importance in respect of breach of contract.

1. "Breach of duty" as general notion

According to the draft, the central paragraph for compensatory claims in the law of obligations is going to be par. 280. To satisfy its requirements, the creditor must prove

²⁶ Note the various sources available on the Internet, such as the Homepage of the German Ministry of Justice at <http://www.bmj.de>, or <http://www.schuldrechtmodernisierung.com> and <http://www.lrz-muenchen.de>. Unfortunately, due to ongoing changes of the Homepage of the Ministry of Justice (*BMJ*), neither the draft (which was previously published here) nor the final version of the Act can be downloaded under this address at the moment. (10 January 2002)

²⁷ Directive 99/44/EC, dated 25 May 1999

a “breach of a duty arising from a (contractual) relationship”.²⁸ On reading this provision, one gains the impression that a distinction is no longer drawn between the different forms of breaches. Thus, contrasted to previous rules, it does not matter whether the debtor has violated a principal or secondary obligation or whether he has not performed at all, too late or at the wrong place or whether he performed a duty which is in fact totally different from that stipulated in the contract.

2. Further evaluation of the notion of “breach of duty” (*Pflichtverletzung*)

After the implementation of the draft of a reformed law of obligations, it needs to be determined exactly what is meant by the generalised notion of “*Pflichtverletzung*”. This is still uncertain, since, as demonstrated above, German law has until now not recognised a general notion of “breach of duty”.

According to the *Official Motives*²⁹, the draft stipulates that a duty arising from a (contractual) relationship is always violated in an instance of non-performance, delayed performance or positive malperformance and also in case of an infringement of secondary obligations to take care³⁰ In the following sections, therefore, an evaluation will be made in respect of the notion of “*Pflichtverletzung*” and to which extent the draft implements the aim of an all-embracing notion of “*Pflichtverletzung*”.

3. Interpretation with the help of other legal instruments (*pVV*, *cic*)

The only legal instruments in German private law, which actually include a notion of “breach of duty”, are *pVV* and *cic*. As stated previously, these two legal doctrines deal mainly with secondary and pre-contractual obligations (chiefly duty of care and information duties). Since, according to the *Official Motives*, the notion of breach of duty also entails cases of non-performance, it becomes apparent that this notion is not congruent with the content of a breach of duty in terms of *pVV* and *cic*, but that the

²⁸ More precisely, he must prove “*eine Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhaeltnis*”.

“*Schuldverhaeltnis*” can not be adequately translated by contract. The German law of obligations (*Allgemeines Schuldrecht*) is not limited to contractual relations alone but also embraces fields which would fall under the common law rules of tort or property. See Marcantonio, *Unifying the Law of Impossibility* (1984) *Hastings Int. & Comp. LR* 41 at 43

²⁹ The *Official Motives* are published in the *Bundestagsdrucksache* that is the equivalent to the South African *Government Gazette* where Acts have to be published before they come into legal force. Contrastd to the *Government Gazette*, the *Bundestagsdrucksache* does not merely contain Acts but also entails background information, rendered by the German Parliament. In the ongoing, the *Official Motives* of *Bundestagsdrucksache* 14/6040 will be referred to which deal with the draft of the German Parliament also published in *Bundestagsdrucksache* 14/6040

³⁰ *Bundestagsdrucksache* 14/6040, 199ff., 311, 316

modern par. 280 apparently has a much wider scope. This finding does not imply that the two legal doctrines did not influence the notion of *Pflichtverletzung* at all. According to the *Official Motives*, the draft is indeed based on the further development and generalisation of *pVV*.³¹

4. Delictual duty of care (*Verkehrssicherungspflichten*)

Schapp asks whether one can make use of the *Verkehrssicherungspflichten* (delictual duties of care) in order to shape the term “breach of duties”.³² In German tort law, *Verkehrssicherungspflichten* arise in different situations and have been created in order to make the wrongdoer responsible for certain omissions. In these cases, an omission is sufficient if the defendant owed a legal duty of care, for instance in the field of products liability.³³ In order to draw a line from the delictual duty of care to the contractual “violation of duty” in question, one has to take into account that the contractual duties arise from the contract itself whereas the *Verkehrssicherungspflichten* in delict constitute only a delictual liability.³⁴ Thus, it seems to be doubtful whether one can draw any conclusions from these duties which are restricted to tort law in their application.

5. Conclusion

The notion of “breach of duty” is much broader in its scope than what has been previously encompassed by this notion in the field of *pVV* and *cic*. It embraces also cases of impossibility, delay and positive malperformance, irrespective of whether the breach concerns a primary or secondary duty. Because of the fact that such an all-embracing notion was until this point unfamiliar in German law, one must state that the old German private law is not of assistance in working out the further content of par. 280I. It might therefore be helpful to take other countries into consideration which, in contrast to German law, already deal with this notion in order to give the German notion of “breach of duty” a clearer shape.

³¹ Bundesdrucksache 14/6040, p. 92

³² Schapp, *Empfiehl sich die Pflichtverletzung als Generaltatbestand des Leistungsstörungsrechts?* JZ 2001, 583 (584)

³³ The most important rule for products liability is considered to be par. 823 I. As many manufacturers and producers can only be held liable for omissions, the *Verkehrssicherungspflichten* are used as a tool to create liability in many occasions.

D. Interpretation of the notion of *Pflichtverletzung* with the help of other legal systems (particularly English and South African law)

As the English common law makes use of the “breach of contract” notion, it is appropriate to consider English law. This is in order to examine whether, and to which extent, the common law notion can be of assistance in the development of the new German notion of “breach of duty” in par. 280. Furthermore, it might be helpful to examine how South African law, as an example of a mixed legal system approaches the legal field of “breach of contract”, as it, too, can possibly assist in the further examination of the modern German notion of “breach of duty”.

I. English common law in general as far as “breach of contract” is concerned

Under English common law, a distinction between impossibility, delay and malperformance is generally not made. Breach of contract is mainly defined as “any failure of the debtor to perform a contractual obligation within the time stipulated”³⁵. If the debtor additionally does not have a lawful excuse for not performing, or badly performing, a contractual obligation, he will have to be held liable for breach of contract.³⁶ Therefore, “breach of contract” carries a broad meaning so as to encompass “every case in which a contracting party’s performance actually differs from that which was originally promised”.³⁷ Nevertheless, as in all legal systems, different factual situations arise in which the debtor’s obligation to perform is delayed or in which he/she is completely unable to perform.

II. Impossibility

What follows, it will be examined how English law approaches the legal field of impossibility. This approach will be compared with the modernised German law. As stated previously, South African law will also be taken into consideration.

³⁴ Schapp, *Empfiehl sich die Pflichtverletzung als Generaltatbestand des Leistungsstörungsrechts?* JZ 2001, 583 (584)

³⁵ Treitel, *Law of Contracts*, at 772

³⁶ *Oxford English Private Law*, no. 8.402

1. Non-performance due to impossibility in the English Common law

a. The traditional view and the development of the doctrine of impossibility

Originally, the fact that a contract involved an impossible performance did not lead to any kind of legal consequences. In *Paradine v Jane*,³⁸ Roll J stated that “ when a party by his own contract created a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract.” In the following decades, a doctrine known as the “ doctrine of impossibility” was developed. According to this doctrine, the important features are:

- whether there was an unexpected event, which rendered performance impossible and;
- whether or not the events causing impossibility were within the control of the non-performing party.

The first court case that took impossibility into consideration was *Taylor v Caldwell*³⁹. In this case, the plaintiff and defendant had entered into a contract in terms of which the defendant agreed to the letting of a music hall for the purpose of several concerts. After the agreement, but before the concerts were given, the hall was destroyed by fire. As there were no express terms in the contract providing for the eventuality of fire, the court considered it an implied term that the parties should be excused where performance became impossible as a result of the perishing of the object without default of the contractor. Thus, it was found that the parties had contracted on the basis of the continued existence of the Music Hall at the time when the concert was to be given. Accordingly, the defendant was relieved on the ground of impossibility.

b. The present law of impossibility

Nowadays, although the existence of impossibility is generally acknowledged, it seems as to be applied in fewer cases, than in German law.⁴⁰ The common law approach embraces only cases, in which the events causing impossibility were not within the control of the non-performing party. In other words, the non-performing

³⁷ English legal analysts and writers speak of “breach of contract” as a “*uniform system*”, Marcantonio, *Unifying the Law of Impossibility* (1984) *Hastings Int. & Comp. LR* 41 at 44

³⁸ *Boyle/ Percy, Contracts: Cases and Commentaries* citing (1647), *Aleyn* 26, 82 E.R. 897; 82 E.R. 519 (K.B.)

³⁹ (1863) 3 B. & S. 826

⁴⁰ “*Judicial tendency to impose strict limits on the scope of the doctrine*”, *Oxford English Private Law*, no. 8.434

party must not have been in any way involved in the circumstances causing the impossibility,⁴¹ which is made clear by the requirement of *force majeure* and acts of God. Where events causing impossibility were within the control of the non-performing party, the impossibility doctrine will not be applied and he or she will remain liable⁴². Thus, the impossible performance must not be “self-induced,”⁴³ which constitutes a restrictive way of interpreting the notion of impossibility. This finding is further supported by the fact that the common law notion of impossibility does not cover cases in which performance was already impossible at the time of contracting. These cases of “initial impossibility” are dealt with under the notion of “mistake”.

It is questionable under English law, whether cases can be subject to impossibility when the debtor alleges that supervening events have made his performance that much more burdensome that he should no longer be bound to render it.⁴⁴ While some judicial statements can be found that these cases could be considered to establish a ground of discharge⁴⁵, no actual decision supports this view.⁴⁶ There are, however, cases which rather prove the opposite.⁴⁷ The reason generally agreed upon for this reluctance is the obvious danger of this rule, namely that it can be invoked too easily by a party for whom a contract has simply become a bad bargain.⁴⁸ Thus, impracticability does not seem to serve as a ground of excuse in English law.⁴⁹

⁴¹ Marcantonio, *Unifying the Law of Impossibility* (1984) *Hastings Int. & Comp. LR* 41 at 50

⁴² Lord Radcliffe in *Davis Contractors Ltd v Fareham UDC* (1956) AC 696 at 729 (H.L.)

⁴³ *The Eugenia* (1964) 2 QB 226 (C.A.) on the question whether the closure of the Suez Canal can frustrate the contract between a shipowner and a charterer, which was actually denied because “*the closure did not change the circumstances radically*” (Lord Denning at 237 ff); *Bank Line Ltd v. Arthur Capel & Co* (1919) AC 435 at 441 (H.L.)

⁴⁴ Treitel, *Law of Contracts*, at 824

⁴⁵ *Horlock v Beal* (1916) AC 486 at 492 (H.L.); *The Furness Bridge* (1977) 2 *Lloyd's Rep* 367 at 377 (Q.B.)

⁴⁶ Oxford English law, no. 8.446; courts emphasise that “*it is not hardship or inconvenience or material loss itself, which calls the principle of frustration into play. There must be as well such a change in the significance of the obligation that the thing undertaken, would, if performed, be a different thing from that contracted for*”, Lord Radcliffe in *Davis Contractors Ltd v Fareham U.D.C.* (1956) A.C. 696 at 729 (H.L.)

⁴⁷ In contrary, in *The Eugenia* (1964) 2 QB 226 (C.A.), the closing of the Suez Canal was not considered to frustrate the contract because an alternative, though more expensive, route was available around the Cape of Good Hope.

⁴⁸ Treitel, *Contracts*, at 824

⁴⁹ Lord Finlay L.C. points out that “*prevention [...] must refer to physical or legal prevention and not to an economic unprofitableness*”, *Tennants (Lancashire) Ltd v CS Wilson & Co Ltd.* (1917) AC 495 at 511 (H.L.); *British Movietonews Ltd v London & District Cinemas* (1952) AC 166 at 185 (H.L.)

2. South African concept of impossibility

South African textbooks⁵⁰ and courts⁵¹ emphasise that the South African law of impossibility is of a civil-law character. Ramsden proved that the origins of the modern South African law of impossibility derive from Roman law⁵², although according to him, “before 1919, English law was often applied in the South African law.”⁵³ According to civil-law principles, in the South African law, a distinction is made between initial and supervening impossibility, depending on whether the impossibility existed at the time when the contract was entered into.⁵⁴ The basic rule for the South African law of impossibility is that “if performance of an obligation promised under a contract becomes wholly impossible after the contract has been entered into through no fault of any party to it, the person promising to perform that obligation is excused.”⁵⁵ Thus, impossibility releases the debtor only in cases when his or her performance has become impossible without any fault on the part of the debtor.⁵⁶ It is therefore not sufficient for the debtor to prove that he cannot possibly perform his contract owing to circumstances over which he has no control,⁵⁷. Sometimes, courts emphasised that the impossibility of performance was not self-created, but caused by a *casus fortuitus*.⁵⁸ Furthermore, the general impossibility rule only applies if the impossible event arises from unforeseen circumstances not in contemplation of the parties when entering into the contract,⁵⁹ or as Boshoff J stated in *Bischofsberger v Van Eyk*,⁶⁰ “if the causes were in the contemplation of the parties, they are generally speaking bound by the contract. If, on the contrary, they were such

⁵⁰ Ramsden, *Supervening Impossibility of performance in the South African Law of Contract*, at 23

⁵¹ *Peters, Flamman & Co v Kokstad Municipality* 1919 AD 427

⁵² Ramsden, *Some Historical Aspects of Supervening Impossibility of Performance of Contract*, 1975 THRHR 153

⁵³ Ramsden, *Supervening Impossibility of performance in the South African Law of Contract*, at 23; *Peters, Flamman & Co v Kokstad Municipality* 1919 AD 427 where Solomon ACJ states that “unfortunately, the rules of Civil Law appear to have been ignored in several cases on this subject which have become before our Courts, which have been guided entirely by the decisions of the English courts.”

⁵⁴ “[B]y the Civil Law, a contract is void if, at the time of its inception, its performance is impossible”, *Peters, Flamman & Co v Kokstad Municipality*, 1919 AD 427 at 434

⁵⁵ Ramsden, *Supervening Impossibility of performance in the South African law of contract*, at 47; note that according to Cloete J in *Tweedie & another v Park Travel Agency (Pty) Ltd t/a Park Tours* 1998 (4) SA 802 (W) at 805E-F, in case of *mora* of the defendant, “the result is that any supervening impossibility would not release the respondent from his duty to perform.”

⁵⁶ Joubert, *General Principles of the Law of Contract*, at 208

⁵⁷ Wessels, *The law of Contract in South Africa*, Volume 2, at 840

⁵⁸ *Bob’s Shoe Centre v Heneways Freight Services (Pty) Ltd* 1995 (2) SA 421 (A) at 433A-B

⁵⁹ Solomon J in *Peters, Flamman and Co v Kokstad Municipality* 1919 AD 427 at 430

⁶⁰ 1981 (2) SA 607 (W)

as no human foresight could have foreseen, the obligations under the contract are extinguished.”⁶¹

Debates arise from the question whether or not the debtor should be excused in case of so-called commercial impossibility.⁶² Commercial impossibility encompasses cases of undue hardship in performance or where the original motive for contracting cannot be achieved.⁶³ According to Ramsden, these cases must be “pretty exceptional, mere difficulty will not suffice, since courts have no right to adjust the bargains simply because they are too burdensome.”

3. Impossibility under modern German law

In accordance with the reform, impossibility will lose its dominant position within the law of obligations.⁶⁴ The provision dealing with impossibility is par. 275I, which states that:

*“The claim of performance is excluded, as far as and as long as performance is impossible for the debtor himself or anyone else.”*⁶⁵

The wording of par. 275I thereby clearly implies that the distinction between objective and subjective impossibility on the one hand and initial and subsequent impossibility on the other hand is no longer made. Thus, all cases of impossibility lead to the same legal consequence: the debtor is to be excused according to par. 275I, irrespective of fault.⁶⁶ Whether the creditor is entitled to claim damages depends on the general rules, thus on the question whether the debtor has acted culpably as far as the impossible performance is concerned (par. 275III, par. 280I, par. 283). The fact that the draft foresees the removal of par. 306 BGB needs to be specifically noted. Accordingly, a contract which is based on an objectively impossible performance can be valid, in contrast to the current par. 306 which stipulates that the contract based on

⁶¹ The relation of these requirements towards the fault element does not seem to be clear because negligence also embraces the criterion of foresight. Thus, Ramsden states that both requirements can be subject to “considerable overlapping”, Ramsden, Supervening impossibility of Performance in the South African Law of Contract, at 52

⁶² Ramsden, “Commercial” Impossibility of Performance, 1989 (196) SALJ 553

⁶³ Ramsden, Supervening impossibility of Performance in the South African Law of Contract, at 74

⁶⁴ Bundestagsdrucksache 14/6040, p. 84; Huber, Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000 2137 (2139)

⁶⁵ Paragraph 275I states: “Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit und solange dieser fuer den Schuldner oder fuer jederman unmöglich ist”.

⁶⁶ After the wording of the previous par. 275I, fault of the debtor was required. This was seen as a “regrettable provision” because the debtor could not be compelled to an impossible performance, even if he had acted culpably, see Canaris in Schulze/ Schulte-Noelte (ed.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, p. 52

an objectively and initially impossible performance is void.⁶⁷ The reason for this is the agreement in the legal community that it is often entirely fortuitous, when the event that triggers impossibility actually occurs.⁶⁸ The same argument is used for the abolishment of the liability irrespective of fault (guarantee) in case of initially subjective impossibility. Therefore, by erasing all differences among the categories of impossibility, the legislature attempts to avoid arbitrary and unreasonable results. Furthermore, an additional ground of excuse will be implemented in par. 275II⁶⁹:

“The debtor can refuse performance as far as the performance,[...] requires an expenditure, seriously disproportionate to the performance interests of the creditor [...]”

This provision should not be confused with the “frustration of purpose” doctrine in common law.⁷⁰ According to the *Official Motives*,⁷¹ par. 275II covers only cases of factual and practical impossibility, in which performance cannot reasonably be expected by the creditor. (A famous example is a ring that has fallen into a lake and has sunk to the bottom; getting the ring back is not physically impossible but can not be expected because of the disproportionate effort.⁷²) According to the Motives, the now explicit rule in par. 275II does not actually widen the scope of impossibility, as these cases have always been dealt with under the previous notion of impossibility.⁷³

4. Conclusion in regard to the law of impossibility

a. Evaluation of the German approach

Paragraph 275 has been subject to criticism and, as a result, it has been changed several times during the course of the reform.⁷⁴ In its final form, two instances are

⁶⁷To avoid this rigid consequence, courts tended to apply this provision restrictively. In some cases, the BGH even decided not to apply this provision at all, BGH NJW 1999, 635

⁶⁸Grunewald, Vorschlaege fuer eine Neuregelung der anfaenglichen Unmoeglichkeit und des anfaenglichen Unvermoegens, JZ 2001, 433 (434)

⁶⁹“*Der Schuldner kann eine Leistung verweigern, soweit und solange diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhaeltnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhaeltniss zu dem Leistungsinteresse des Glaebigers steht...*”

⁷⁰For a comparative overview of the English doctrine of frustration and the German previous law including the “*Wegfall der Geschaeftsgrundlage*”, see Zweigert/Koetz, The effect of supervening events, An Introduction of Comparative law, at 516ff.

⁷¹Bundestagsdrucksache 14/6040, p. 130

⁷²BGH WM 1983, 841 (843)

⁷³Bundestagsdrucksache 14/6040, p. 130, criticised by Stoll, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstoerungen, JZ 2001, 589 (591)

⁷⁴Canaris concerning the former draft delivered by the Commission; Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der Unmoeglichkeit in Schulze/ Schulte- Noelke (ed.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, p. 43 following; in favour of the maintenance of previous par.

separated which were formerly lumped together.⁷⁵ Paragraph 275I deals now with truly impossible performance and determines that the legal consequence will be the exclusion of the claim. In contrast, par. 275II encompasses only a right of the debtor to refuse performance (*Leistungsverweigerungsrecht*).

From its wording, par. 275II appears to have a wide ambit, and this opens it up to the danger of being misused in case of a bad bargain. Furthermore, the relation to another similar provision, par. 313 (radical change in circumstances, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*), remains unclear. The *Official Motives* offer certain guidelines in respect of the ambit of par. 275II⁷⁶ but the provision is considered to be unfortunate because the intended content cannot be extracted clearly from the provision itself.⁷⁷

To conclude: the main idea as far as the modernisation of the law of impossibility is concerned, is to eradicate all the special rules which formerly existed in relation to objective, initial impossibility (par. 306/307) and subjective, initial impossibility (judge-made construction of guarantee). This is a convincing approach, as it is indeed not logical to make liability dependant on the (accidental) moment when the performance becomes impossible.⁷⁸ Furthermore, additional arguments had to be used to explain why in a case of initial, subjective impossibility, the debtor should be held liable without fault, whereas in the case of other breaches present at the time of the conclusion of the contract (for example secondary information duties), the debtor is liable only if he acted culpably.⁷⁹

b. Comparative analysis

(1). With South African law

South African courts themselves have occasionally considered the question whether the South African law of impossibility is closer to the Civil or to the Common law

275 subject to some modifications see Brueggemeier/ Reich, *Europäisierung des BGB durch die grosse Schuldrechtsreform*, BB 2001 213 (216)

⁷⁵ Draft of the "Law of Obligation Commission", harshly criticised by Canaris in Schulte/Schulze-Noelke (ed.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, p. 44ff.

⁷⁶ Bundestagsdrucksache 14/ 6040, p. 130

⁷⁷ Stoll, *Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ 2001, 589 (591); Teichmann, *Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, BB 2001 1485 (1487); Canaris in Schulte/Schulze-Noelke (ed.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, p. 44 following; "lottery", Huber. *Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, ZIP 2000, 2137 (2148); both commenting on the former draft of the "Law of Obligation Commission" (*Schuldrechtskommission*)

⁷⁸ Grunewald, *Neuregelung der anfaenglichen Unmöglichkeit und des subjektiven Unvermögens*, JZ 2001, 433 (434/435)

(especially English law). Solomon J in *Peters, Flamman and Co v Kokstad Municipality* reasoned that “English law looks at the subject from a different point of view from ours.”⁸⁰ In a later judgment, Stratford J in *Hershman v Shapiro & Co* further evaluated the exact content of Solomon’s statement and came to the conclusion that “ (...) the difference really is that in our law, you look to the rule in the civil law (...), and then to the contract, (...), whereas in English law, you start with the contract and remain with the contract throughout, looking entirely and solely at it to see what the effects of any supervening conditions could be in law.”⁸¹ Thus, it seems as if the courts consider themselves as being closer to the Civil Law approach.⁸² This indeed is true. As Solomon J in *Peters, Flamman and Co* points out, English courts have judged upon the ground that “there was an implied term in the contract which entitled the party to be absolved.” This does not seem to be followed to the same degree by South African courts.⁸³ But contrasted to the new German model, it must be stated that the German law of obligations is moving away from drawing distinctions among the various types of impossibility and the question whether fault as a requirement must be established to relieve the innocent party from liability. This trend does not seem to be particularly recognised by the South African courts and must therefore lead to the conclusion that South African law of impossibility is not congruent with the modern German law.

(2). With the common law

The new German approach shows similarities to the common law approach in so far as the German legislature has limited the previous “primary position” of impossibility within the law of obligations in acknowledgement of the fact that “modern transactions of trade deal more and more with generic goods. With this in mind, it seems obvious that it is seldom impossible for the seller to deliver the goods to the buyer”. Accordingly, it is rather delay and malperformance which constitute the

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ *Peters, Flamman & Co v Kokstad Municipality* (1919) AD 427 at 437

⁸¹ *Hershman v Shapiro & Co* 1926 TPD 367 at 372/372, followed by *Bischofsberger v Van Eyk*, 1981 (2) TPD 607 (W)

⁸² One reason for this belief might be that South African courts do not consider the rule laid down in *Paradine v Jane Aley* 26, 82 E.R. 897; 82 E.R. 519 (K.B.) as being part of their law. Thus, the starting point of South African and English law seems to be different.

⁸³ For the *Coronation cases*, Ramsden stresses that “our law would not invent a legal fiction to fulfil the purposes which the *Coronation cases* achieved”, Ramsden, “Commercial” Impossibility of Performance, 1989 (106) SALJ 553 at 554

typical “breach of contract” cases. This development has been taken into account by the reform proposal for the modernisation of the law of obligations.⁸⁴

But impossibility in English law is not the same as impossibility in the German model. Cases which would be dealt with as “(initial) impossibility” in German law do not fall under the category of impossibility in English law, but are rather dealt with under the notion of “mistake”. Furthermore, cases in which one party is responsible for the circumstances causing impossibility are included in the German notion of impossibility, not in the English one. Accordingly, the German legal instrument of impossibility has a wider ambit than its English counterpart. However, the opposite is true in cases in which the performance has not become impossible, but merely impracticable. English law is at least prepared to discuss these cases under the wider impossibility notion (often considered as frustration). Two examples might illustrate this. The English construction of “frustration of purpose” occurs where the effect of a supervening event is to make one party’s performance useless to the other.⁸⁵ For example, where rooms were hired for the purpose of enabling guests to watch the coronation procession, which however, did not take place at that day because of the illness of the King.⁸⁶ These cases are not covered by the German notion of impossibility (neither par. 275I nor par. 275II).⁸⁷ The “impracticability doctrine” in common law is also not applicable in German law. This doctrine encompasses cases, in which “ a severe shortage of raw materials or of supplies due to war or unforeseen shutdown of major sources.”⁸⁸ These cases again would fall under the German notion of economic impossibility or would simply be treated as one of those cases in which the burden of performance has substantially increased. Here again, the German legal construction of “radical change in circumstances” (“*Wegfall der Geschaeftsgrundlage*”)⁸⁹ might be applicable.⁹⁰

⁸⁴ This argumentation is criticised by Huber who attempts to prove that impossibility was not the main concern of the German law of obligation, Huber, *Die Unmoeglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, ZIP 2000, 2137 (2140)

⁸⁵ Oxford English Law, no.8.449

⁸⁶ *Krell v Henry* (1903) 2 KB 740 (C.A.)

⁸⁷ But they may fall under the notion of “*Wegfall der Geschaeftsgrundlage*” (radical changes in circumstances), now regulated in par. 313; MünchKomm- Emmerich, par. 275 no. 19

⁸⁸ Treitel, *Law of Contracts*, at 819

⁸⁹ In contrast to impossibility, *Wegfall der Geschaeftsgrundlage* carries the advantage that the court may modify the contract in the light of supervening events, this is infeasible under the English concept of impossibility, Treitel, *Contracts*, at 808

⁹⁰ Note that “economic impossibility” was developed after the First World War as a tool to deal with bad economic circumstances and inflation. RG 94, 47; 100, 131; 101, 81; 102, 273; 107, 157

Marcantonio stated, that “although both systems differ in scope, the results are roughly the same. While German law applies its doctrine of impossibility in a greater number of cases, application of the impossibility doctrine does not necessarily relieve a party from liability. The common law is more restrictive but relieves parties in all cases.”⁹¹ It is important to note that Marcantonio attempted a comparative survey of the *old* German approach and common law. This survey is weakened by the fact that Marcantonio mixed together two different questions which arose under the previous German law, namely:

1. what happens with the performance which has become impossible, and
2. if the debtor is released from this performance, can the creditor then claim damages or terminate the contract instead?

After the reform, all cases in which performance has become impossible are encompassed by par. 275. Thus, the debtor is always relieved, irrespective of fault (question no.1). This question must be distinguished from the question whether the debtor receives monetary compensation. This depends on the general rule of par. 280 and accordingly requires fault of the debtor, which is presumed (question no.2).⁹²

(3). With International law (CISG)

In the following section, it is going to be evaluated how the CISG as an International Charta deals with impossibility.

The CISG will be brought into play at several stages of this essay whenever it seems suitable to make a comparison with the international law. The CISG was mainly chosen because of the fact that according to the *Official Motives*, the German modern law of obligations is to a large degree modelled after the CISG.⁹³ If this really is the case, then it might be possible to draw conclusions and parallels from the way how CISG approaches different problems in the legal field of “breach of contract” and to make use of the ten years of experience which the CISG is ahead of the German new model.

⁹¹ Marcantonio, *Unifying the Law of Impossibility* (1984) *Hastings Int.& Comp. LR* 41 at 51

⁹² The question of fault as a liability limiting device is discussed under one of the following sections.

⁹³ Germany ratified the UN Convention on 1 January 1991.

The CISG⁹⁴ deals with impossibility under art. 79. The rule reads as following:

“ A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected either to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.”

From the wording, it is clear that the provision resembles both the common law approach as well as the new German approach by encompassing all kinds of impossibility⁹⁵ As does the German law, the CISG impossibility notion also recognises cases of initial impossibility, thus including within its scope cases of the common law “mistake.”⁹⁶ Art. 79 I CISG is often criticised as being “undesirably elastic”⁹⁷ because it encompasses various doctrines such as impossibility, impracticability and force majeure.

But in contrast to the German approach, art. 79 CISG additionally encompasses the “control aspect”, which is part also of the common law, although is it not expressly stated there. Similar to German law, art. 79 apparently does not provide relief for economic impossibility, that is to say for cases of rising prices or other changes on economic grounds.⁹⁸ Especially the change in terminology from “circumstances” in the former ULIS to “impediments” in the present art. 79 I is seen by many as a decision against the excusing effect of a change of circumstances.⁹⁹ However, the CISG provision of impossibility, as the CISG on the whole, is often seen as a “compromise between civil and common law”.¹⁰⁰

(4). General conclusion relating to impossibility

To conclude, the new German approach, by no longer differentiating between the various kinds of impossibility, shows greater similarities to the common law and the

⁹⁴ United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG) Apr.11, 1980, UN Doc.A/CONF.97/18, Annex 1, reprinted in 19 I.L.M.668

⁹⁵ “*Failure must be understood in a comprehensive sense*”, Schlechtriem, Commentary on the CISG, art. 79 no 10

⁹⁶ Marcantonio, Unifying the Law of Impossibility (1984) Hastings Int.& Comp. LR 41

⁹⁷ Nicholas, The Vienna Convention on International Sales Law, 1989 LQR 201 at 235

⁹⁸ Although there is considered to be a gap in the Convention in regard to the question of economic impossibility, Schlechtriem, Commentary on the CISG, par. 79 no. 39

⁹⁹ Jones/ Schlechtriem, Encyclopedia for Comparative Law, Breach of Contract, at 136, fn. 1099

¹⁰⁰ Marcantonio, Unifying the Law of Impossibility (1984) Hastings Int.& Comp. LR 41 at 52

CISG than it did before.¹⁰¹ The draft now resembles the CISG insofar as both consider initial impossibility to be part of the general impossibility rules, whereas the old approach considered a contract, which was based on an initial objectively impossible performance to be void. In contrast, common law does not recognise initial impossibility at all under the notion of impossibility. But it is important to note that in modern German law, the debtor is excused in every case of impossibility without limits, especially without any attention being paid to the “control criterion” of the common law and the CISG. Nevertheless, as soon as the creditor claims damages under German law, the element of fault is required according to par. 280, which serves as a similar “liability-limiting” criterion and which brings the German approach closer to the common law and the CISG law standards.¹⁰² As Schlechtriem states, the rule of thumb, as far as the “control criterion” is concerned, is “whether there was no point in taking measures to prevent the event”¹⁰³ or “whether the debtor ought to have reasonably foreseen the impediment as to some degree likely to occur.”¹⁰⁴ Similar criteria can also be found under South African law, where fault is required as the major limiting device. Thus, although the scope of impossibility might be almost alike in the countries examined, South African law after the German reform is the only legal system requiring fault as a criterion to relieve the debtor from liability on the grounds of impossibility.

III. Delay (*mora debitoris*)

Delayed performance is an issue which is traditionally dealt with under breach of contract. In German law, delay will be also encompassed by the unified concept of “breach of duty”. In the following section, it will therefore be examined whether and how the concepts of each legal system differ from one another, in order to finally establish whether the modern notion of “breach of duty” can be shaped by making use of other legal systems’ experiences.

¹⁰¹ Schlechtriem, *Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland*, ZEuP 1993, 217 (246)

¹⁰² “Fault” is going to be the subject of one of the following sections. Therefore, it is not going to be further evaluated at this stage.

¹⁰³ Schlechtriem, *Commentary on the CISG*, art. 79 no. 20

1. English common law

The common law is not so much concerned with delay,¹⁰⁵ as it hardly provides any specific rules for delayed performance. Delay is considered to be just another form of breach of contract like other breaches; it gives rise to a claim for damages to the extent that it results in loss to the aggrieved party.¹⁰⁶ Accordingly, a time fixed for performance is a contractual term which is in no way distinct from any other contractual term; a “breakdown of non-performance into separate legal components is alien to English law.”¹⁰⁷ Accordingly, by not performing within the time stipulated in the contract, the debtor simply breaches the contract. A letter of demand is not required. When there is no time expressly fixed in the contract, according to sec. 29 (3) of the Sales of Goods Act 1979, performance is due without demand, within a reasonable time. Accordingly, the Sales of Goods Act 1979 contains certain special provisions as to the time of performance, and it also deals separately with damages for total failure to perform (such as non- delivery) and defective performance (delivery of defective goods).¹⁰⁸ But these provisions are, in contrast to the current German legal position, not grounded in any difference in legal principle. They merely mirror the fact “that different kinds of breach lead to different practical results and that their consequences in monetary terms must therefore prima facie be differently evaluated.”¹⁰⁹ By reading the provisions, it is clear that these specific rules reflect the differences between the legal consequences and remedies, rather than being concerned with the question of which type of breach of contract could actually be established. Hence, English law is not so much concerned with categorising the breaches into different types, but focuses in the main on the legal consequences of the respective breach.

2. South African law of *mora debitoris*

In South African law, *mora debitoris* is defined as culpable delay on the part of the debtor in performing an obligation which is enforceable and due.¹¹⁰ Confusion existed especially with regard to the different requirements for *mora* on the one hand and to

¹⁰⁴ Schlechtriem, Commentary on the CISG, art. 79 no. 23

¹⁰⁵ Many English law books do not even dedicate particular chapters to the legal field of delay.

¹⁰⁶ Treitel, Remedies for Breach of Contract, at 130

¹⁰⁷ Lawson, Fault and Contract- a few comparisons, 1975 Tulane Law Review, 295 at 297

¹⁰⁸ United Kingdom Sales of Goods Act, 1979, ss. 50, 51 (non- performance), s. 53 (defective performance)

¹⁰⁹ Treitel, International Encyclopedia of Comparative Law, Remedies for Breach of Contract, at 131

the legal remedy of rescission on account of mora on the other hand.¹¹¹ Nevertheless, here I examine the South African case law only as far as the requirements for delay are concerned as the special requirements for termination are developed in one of the later sections of this essay.

There are different kinds of mora which have to be distinguished, although they have, unfortunately, not been distinguished properly in all cases. These are *mora ex re*¹¹² (arising when a time of performance has been agreed on in the contract) and *mora ex persona*¹¹³ (arising when a time has not been fixed in the contract but where the creditor has sent a letter of demand or to the debtor).¹¹⁴ In accordance with this distinction, only the second case requires a demand to put the debtor in mora. A demand is defined as a notification in which a reasonable time of performance is fixed to lead to *mora ex persona* if performance does not take place within the time stipulated. Thus, mora does not already arise when performance is not made forthwith or within a reasonable time - it arises only when the additional fact of a demand for performance is present.¹¹⁵ On the other hand, there is no doubt that when "no time was stipulated but it is clear that immediate performance was contemplated and that immediacy was essential [...], then no demand is necessary."¹¹⁶

When there has been no time agreement in the contract itself, South African law relies on a letter of demand or, as the South African courts state, on an *interpellatio*.¹¹⁷ Nevertheless, a ground of confusion stems from the fact that recovery of damages arising from delay was allowed by courts even without an *interpellatio* necessary for actually placing the debtor in delay. For example, in *Broderick Properties (Pty) Ltd. v*

¹¹⁰ *Legogote Development Co. (Pty) Ltd. v Delta Trust & Finance Co.* 1970 (1) S.A. 584 (T)

¹¹¹ De Vos, *Aspekte van Mora Debitoris*, 1978 THRHR 252 at 252, citing *Microudicos v Swart*, 1949 (3) S.A. 715 (A) at 730 in 1970 SALJ 304 at 313 as "the most complete and remarkable confusion in the reasoning": "If a purchaser under a contract in which such a specific date has been agreed upon, he may be automatically in mora if time is of the essence of the contract. If not, he may be placed in mora after the expiry of a reasonable notice given by the seller."

¹¹² Christie, *The Law of Contract in South Africa*, at 578

¹¹³ Christie, *The Law of Contract in South Africa*, at 584; "...the respondent should have taken steps to place the appellant in mora by demanding that transfer should be passed" *Breytenbach v Van Wijk*, 1923 AD 541 at 549

¹¹⁴ Christie states another category, namely *mora ex lege*, thus delay arising by operation of law, Christie, *The Law of Contract in South Africa*, at .578

¹¹⁵ *Legogote Development Co (Pty) Ltd v Delta Trust and Finance Co* (1970) 1 SA 584 (T) at 590
De Vos, *Mora debitoris and Rescission*, 1970 (87) SALJ 304 at 311

¹¹⁶ *Louw v Trust- Administrateurs Bpk* 1971 (1) SA 896 (W) at 903

¹¹⁷ "A mere failure to perform or mere non-performance in the absence of a fixed time for performance, can never be a breach", Trengrove J in *Alfred Mc Alpine & Son Pty Ltd v Transvaal Provincial Administration* 1977 (4) SA 310 (T) at 348

Rood,¹¹⁸ the court relied on the “time of the essence” notion, instead of the *interpellatio*.¹¹⁹ Roberts AJ held that notwithstanding “the absence of a specific date for performance, there had been such unreasonable delay as to constitute a breach of an essential term of the contract.”¹²⁰ This proposition of “unreasonable delay” was borrowed from the English law. Following *Broderick*, when no time of performance is fixed, the breach is nevertheless considered to be essential after a “reasonable time for performance” has elapsed. This finding of the court was criticised as being “out of step with the general trend of authority”¹²¹ because it does not recognise a letter of demand to be the requirement for delay in the absence of a specific date of performance stipulated in the contract. There are different ways of interpreting this line of cases.¹²² The most convincing for me is that South African courts have borrowed the “time of the essence” notion from the English law and got confused afterwards as to how to fit this notion under the Roman Dutch system of requiring an *interpellatio*.¹²³

However, the courts in *Nel v Cloete*,¹²⁴ *Greenfield Manufacturers (Temba) (Pty) Ltd v Royton Electrical Engineering (Pty) Ltd*¹²⁵ and *Alfred McApine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration*¹²⁶ brought clarity about the notion “time of the essence”. In accordance with these judgments, the notion only relates to the right to rescind (as one of the possible legal consequences following a delayed performance), not to the requirements of delay itself. Trengrove J in *Alfred McApine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration*¹²⁷ criticised the judgment made in *Broderick* and said “that the general principle is that, in the case of a contract in which no time for performance has been fixed, the debtor must be placed in mora by *interpellatio* before damages can be claimed (...)” Facing the confusion around the notion of “time [being] of the essence”, Wessels JA in *Greenfield Manufacturers (Pty) Ltd v Royton Electrical Engineering (Pty) Ltd* suggested that the expression “time [being] of the

¹¹⁸ *Broderick Properties (Pty) Ltd. v Rood*, 1962 (4) SA 447 (TPD)

¹¹⁹ “[T]he principle to be applied was, whether in the absence of a specific date for performance, there has been such unreasonable delay to constitute a breach of an essential term of the contract”; Roberts J in *Broderick Properties (Pty) Ltd. v Rood*, 1962 (4) SA 447 (TPD) at 452

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Trengrove J in *Alfred Mc Apine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration* 1977 (4) SA 310 (T) at 347

¹²² Christie, *The Law of Contract in South Africa*, at 583

¹²³ The same problem arises again under the “termination” section

¹²⁴ 1904 TS 483

¹²⁵ 1976 (2) SA 565 (A)

¹²⁶ 1977 (4) SA 310 (T) at 347

essence” should be avoided in the future.” He considered this notion to be “a form of shorthand for something that has never been precisely defined.” Accordingly, proposals have been made to introduce the more appropriate terminology of “cancellation warning”.¹²⁸

To conclude, South African law, as Cockrell puts it, has pretty much adhered to Roman- Dutch writers as far as the requirements for delay are concerned.¹²⁹ Later, it will be seen that for the part of remedies, available to the aggrieved party (especially termination), South African law has relied on English law authorities to a larger extent.

3. Modern German law

On a cursory reading of the new provisions dealing with delay, one might be surprised by the fact that delayed performance does not seem to be wholly covered by the new, German general notion of “breach of duty”, but that it is regulated in the additional par. 280ff. Paragraph 286I determines when the debtor’s performance will be held delayed. According to this provision, delay is considered as non-performance after the performance has become due. Additionally, as in the previous par. 286I, a notice of default by the creditor is required in order to satisfy the requirements of delay. Thus, in contrast to cases of impossibility, even after the modernisation, *delay is not identical to the notion of “breach of duty” but requires an additional element: a letter of demand.* The letter of demand is required only in cases in which a certain time has not been expressly stipulated in the contract itself. On the other hand, this requirement does not apply where it would be pointless to insist on it. These cases are regulated in par. 286II no. 1-4. If, for instance, a certain time is stipulated in the contract, the notice of default is unnecessary. In a case of delayed performance, the debtor breaches his contractual duties and can therefore claim damages in accordance with the general provision for damages: par. 280.

4. Comparative Conclusion

In contrast to German and South African law, a letter of demand is usually unnecessary to constitute a breach in English common law. This is the case in both

¹²⁷ 1977 (4) SA 310(T) at 347

¹²⁸ McLennan, Mora debitoris and abandonment of contract, 2000 (117) SALJ 69 at 71

possible situations: if the contract does not include an agreement on time, performance is due after a reasonable time without any kind of notice. If the contract does contain a regulation of time, a letter of demand is not necessary either. The German model, even after the reform, provides certain specific rules dealing with delay. The reason therefore being that delay itself does not automatically constitute a breach of contract but that an additional notice is required. Delayed performance automatically constitutes a breach of contract only if one of the exceptional requirements stated in par. 286II no. 1-4 is fulfilled. The main category is contained in par. 286II no. 1, namely when a certain time of performance has been expressly stipulated in the contract. In this case, a letter of demand is dispensed with. In all other cases in which a certain time has not been agreed upon, a further letter of demand is required to turn the delay into a technical breach.¹³⁰ After what has been described above, this approach stands in contrast to the common law. This is criticised in Germany, as the German approach still leads to unnecessary differentiation, whereas the common law approach is considered more stringent.¹³¹

5. Evaluation of the new German concept of delay (*mora debitoris*)¹³²

The new German approach introduces certain problematic aspects which must be considered at this stage. For reasons of space this discussion will be narrowed down to the question whether the additional requirement of a letter of demand should indeed be maintained. The first argument in favour of the requirement of a notice of delay is a traditional one. It simply concerns the fact that this requirement has been developed in the course of decades and centuries.¹³³ The letter of demand thereby serves two aims. It aims at determining a time in which the debtor has to perform and additionally, at a “warning” of the debtor. Furthermore, the requirement of a letter of demand helps to avoid the conflicts that arise when the debtor claims that he actually did not know about his duty to perform.¹³⁴ According to Wahl, the requirement of a

¹²⁹ Cockrell, Breach of Contract, in Zimmermann, Reinhard/ Visser, Daniel (ed.), Southern Cross, Civil Law and Common Law in South Africa, Chapter 9, p. 303 at 306

¹³⁰ Jones/ Schlechtriem, Intern. Encyclopedia of Comparative Law, Breach of Contract, at 119

¹³¹ Ibid.

¹³² For delay according to the old system as well as under the draft of the “Law of Obligations Commission” (*Schuldrechtskommission*) see Wahl, Schuldnerverzug: Buergerliches Gesetzbuch, Rechtssystematik und Schuldrechtsreform

¹³³ Palandt- Heinrichs, Buergerliches Gesetzbuch, par. 294 no. 16

¹³⁴ Wahl, Schuldnerverzug: Buergerliches Gesetzbuch, Rechtssystematik und Schuldrechtsreform, p. 266

letter of demand is also more practical in a fault-based legal system such as the German one, than a “reasonable time” stipulation in the BGB would be.¹³⁵ There is another argument militating against the English “reasonable time” notion stated in South African text books. Christie attempts to prove the “injustice” inherent in these cases.¹³⁶ The “unspecified reasonable time notion”¹³⁷ can, first, lead to general misunderstandings between debtor and creditor. Secondly, is it considered “unnecessarily hard”, to inflict any of the consequences of mora on the debtor without any warning, just by the court’s subsequent agreement on what the creditor found reasonable.

On the other hand, as already mentioned, the necessity of a letter of demand leads to the consequence that delay does not easily fit under the notion of “violation of duty”. Therefore, one possibility may be to give up this additional requirement.¹³⁸ This means that the debtor would be immediately liable when the performance has become due. Instead, the legislature could for example stipulate a certain limitation period. This approach would come closer to the common law approach with its “reasonable time” notion. Furthermore, another advantage would be the comparability with international rules, like the CISG.¹³⁹ The CISG law of delay is practically non-existent, it does not contain any kind of specific rules for a breach of contract caused by delayed performance.¹⁴⁰

Another argument that militates against the requirement of a letter of demand is that, practically speaking, many contracts do include an agreement on the time when the debtor is to perform. In cases all over the world, people conclude contracts in which they either expressly stipulate the time of performance or where it can be at least inferred from the content that the time of performance is a constituent element of the contract (so-called *Fixgeschaeft*). In these cases, a letter of demand is dispensed with,

¹³⁵ Wahl, Schuldnerverzug: Buergerliches Gesetzbuch, Rechtssystematik und Schuldrechtsreform, p. 283

¹³⁶ Christie, The Law of Contract in South Africa, at 583

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ In favour of the erasure of the requirement of a notice of default, see Anders, Der zentrale Haftungsgrund der Pflichtverletzung im Leistungsstoerungsrecht, ZIP 2001 184 (188)

¹³⁹ Anders, Der zentrale Haftungsgrund der Pflichtverletzung im Leistungsstoerungsrecht, ZIP 2001 184 (188)

¹⁴⁰ Art. 49 (2) and 64 (2) distinguish between late performance and other breaches for the purpose of determining when the right to avoid the contract is forfeited, but not for the purpose of determining when it actually arises.

anyway.¹⁴¹ This fact shows the insignificance of a notice in many if not most of the cases.

An interesting contradiction of the new model of delay is stated by Wahl¹⁴²: the starting point of the reformation process was the agreement among courts and legal writers that non-performance by the debtor already constitutes a breach of contract. According to him, this should have led to the consequence of recognising delay without the requirement of an extra letter of demand.

To conclude, it must seriously be doubted whether this still-existing deviation from international rules and from the common law is really worth it, especially in respect of the original aim of the draft: the modernisation of the law of obligations and the creation of a law which is comparable to other legal systems and international law.

IV. Positive malperformance

Positive malperformance will be dealt with rather briefly. The reason for this is that according to the German concept, the question of which elements constitute a defective performance does not form part of the general law of obligations but rather is stipulated within the specific rules for the respective contracts (par. 433ff for contracts of sale). Therefore, the reform, as far as positive malperformance is concerned, aims only at the unification of the legal *remedies* for positive malperformance by upholding the distinction between the general law of obligations (*Allgemeines Schuldrecht*) and the rules dealing with the specific obligations of the respective contract (*Besonderes Schuldrecht*).

1. English Common law

The stringent rule that all breaches are dealt with in the same way exists here and therefore the criteria of what constitutes a defective performance will not be evaluated any further.¹⁴³

¹⁴¹ This problem will be further evaluated under "termination of the contract" when I will come to the notion of *time [being] of the essence* and the German *Fixgeschaef*t.

¹⁴² Wahl, Schuldnerverzug: Buergerliches Gesetzbuch, Rechtssystematik und Schuldrechtsreform, p. 275

2. South African law

In South African law, defective performance relates to timeous performance not in accordance with the terms of the agreement. Positive malperformance occurs “where the debtor renders a defective performance, irrespective of whether the duty breached is a positive or negative one, or whether it is the principal obligation or a subsidiary duty.”¹⁴⁴

Neither courts nor textbooks seem to be greatly involved in the examination of which criteria must be fulfilled for positive malperformance, but rather they focus on the questions of (1) which remedies are to be accorded to the creditor when defective performance occurs and (2) whether fault is a constituent element for liability.¹⁴⁵ This might be an indicator that South African law does have a unified system of breach of contract, which renders a further evaluation of specific breaches unnecessary. But this finding is objected by the judgment in *Sweet v Ragerhura*.¹⁴⁶ In this case, the court distinguished between defective performance and delay (sometimes portrayed as negative performance) mainly in respect of the question whether “a notice of rescission is of any consequence when given in respect of defective performance”. Kumleben J emphasised that “these two breaches are different in character and that different rules exist relating to the right to cancel.” Thus, it seems as if South African law draws certain distinctions between the different kinds of breaches.

3. Modern German law

According to the previous system, positive malperformance was not part of the general law of obligations but was either subject to the specific rules for contracts or regulated by the non-stipulated *pVV*. And still, even after the implementation of the reform, distinct rules for the respective contracts exist, namely par. 433ff for contracts of sale, which regulate when performance is deemed to be defective. This was considered necessary, as par. 280 now regulates the term of “a violation of duty”. Thus, as far as contracts of sale are concerned, the question of which duties of the

¹⁴³ Rules relating to implied terms about quality and fitness of goods fall outside the scope of this essay. Note sec. 13-15 of the Sales of Goods Act 1979

¹⁴⁴ Farlam and Hathaway, *Contract*, at 490

¹⁴⁵ In South African law, the discussion focuses on the question whether or not the debtor must have acted culpably. This question is going to be evaluated in the chapter dealing with “fault”.

¹⁴⁶ *Sweet v Ragerhura* 1978 (1) SA 131 (D)

seller should be encompassed by this notion arises.¹⁴⁷ Formerly, the duty to deliver faultless goods did not form part of the seller's obligations, but solely triggered the creditor's entitlement to secondary damage claims. Contrasted to the previous regime, the reformed model foresees in par. 433I 2 that the seller *must* deliver faultless goods which – under the reformed regime – therefore constitutes one of the seller's primary obligations. This modification is supposed to avoid the difficulties that occurred under the previous system, namely the demarcation of the law of obligations.¹⁴⁸ Furthermore, as the *Official Motives* state, the rules relating to the contracts of sale and the law of obligations were considered to be badly adjusted.¹⁴⁹

Now, according to par. 280I, positive malperformance theoretically leads to the same legal consequences because it must now be considered to constitute a “breach of duty”.¹⁵⁰ This is true irrespective of whether the defective performance concerns a primary or a secondary obligation, thus abolishing the previous distinction between positive malperformance (for primary obligations) and *pVV* (mainly for secondary obligations).

4. Conclusion

The German draft replaces the different kinds of breaches of contract by the general notion of “breach of duty” which almost includes all kinds of breaches and abolishes the distinction between primary and secondary obligations. The reform for the first time positively spells out *pVV* but it goes even further by encompassing cases which, under the “old law”, would fall under the non-performance rules of impossibility or under delay, each with their own additional requirements. Thus, the BGB, after the reform, opts for a more generalised principle. The remedies are not so much dependent on the actual type of breach but, in theory all kinds of breaches lead to the same legal consequences.

¹⁴⁷ Paragraph 434 states the requirements for defects in quality whereas par. 435 deals with defects in title.

¹⁴⁸ As stated previously, difficulties arose through the parallel existence of claims based on the par. 459ff or on *pVV*, especially concerning the scope of each rule as well as concerning the different limitation periods.

¹⁴⁹ Bundestagsdrucksache 14/6040, p. 208, for a further discussion see Jorden/Lehmann, *Verbrauchsgüterkauf und Schuldrechtsmodernisierung*, JZ 2001, 952

¹⁵⁰ “*Der Regierungsentwurf verankert in par. 433 I 2 die Erfuellungstheorie, wonach die Sachmangelfreiheit zur Leistungspflicht des Verkäufers gehoert. Dies ist notwendig, um das Gewährleistungsrecht am allgemeinen Leistungsrecht andocken zu lassen.*” Lorenz, *Schadensersatz wegen Pflichtverletzung- ein Beispiel fuer die Ueberhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform*, JZ 2001, 742 (742)

Nevertheless, there are still a couple of differences to the common law and the CISG concepts of which one has been examined already under the topic of delay.

A second difference concerns the terminology: against the background that the CISG was taken as a basis for the German reform, it is striking that, under the CISG, the breach of contract is named “non-performance”, whereas it is termed “breach of duty” (*Pflichtverletzung*) under modernised German law. According to the *Official Motives*, the difference between “non-performance” and “breach of duty” is solely one of terminology and not a content-based one.¹⁵¹ The reason for this difference is that under the BGB “non-performance” has traditionally only encompassed cases of permanent or temporary impossibility. Therefore, it seems quite convincing to say that from the wording itself, delay, malperformance and the violation of secondary duties do not fit under the notion of “non-performance” because the debtor in these cases does perform although badly or not in time.

Furthermore, the *Official Motives* reason that the new notion is intended to carry a meaning distinct from the former notion of “non-performance”. This will be emphasised by making use of the notion of *Pflichtverletzung* but it must be said that it is doubtful, whether this argument holds water. It is mainly based on the fact that “non-performance” cannot be employed because it was “occupied” by a different, narrower meaning. Yet, this is the same with the notion of *Pflichtverletzung*. As already stated, this term originates from *pVV* and *cic*. These two claims of action were restricted mainly to secondary and pre-contractual violations. As the modern notion of *Pflichtverletzung* includes cases of both primary *and* secondary duty violations, it does entail a far broader meaning than the former term. Thus, the terminology chosen by the German legislature does not assist in avoiding the problem described above.

V. Arguments for and against the new general approach

Huber¹⁵² criticises the general notion of breach of contract and states that it is not sufficient as central ground for liability because it does not deal with cases in which the debtor acts without fault. For him, “breach of duties” cannot regulate these cases because when someone acts without fault, one cannot even establish a breach of duty. It seems that Huber thereby interprets the notion subjectively which means that

¹⁵¹ Bundestagsdrucksache 14/6040 p. 92

¹⁵² Huber, Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, 2273 (2276)

“breach of duties” also entails a subjective element.¹⁵³ This argument must be rejected because the reform treats “breach of duties” objectively as a duty arising from the contract. As an additional element, fault is required according to par. 280I 2. Thus, if the debtor does not fulfil his obligation under the contract, he breaches his duties. If this breach occurred culpably, he is liable for damages under par. 280.¹⁵⁴

The greatest disadvantage for some authors, including Schapp, seems to be the lack of transparency. This could have been easily prevented by enumerating the different possible types of breaches including *pVV* and *cic*.¹⁵⁵

Another argument against the general notion of “breach of duty” is that the concepts are so fundamentally different, that they should not be dealt with under one general notion.¹⁵⁶ This criticism overlooks the fact that impossibility, delay and malperformance share one common feature: in all three cases, the debtor does not perform in accordance with that which he originally promised. This is the ankle for a combined modernised law of obligations.¹⁵⁷

Furthermore, under a more general discussion, Huber argues that the modern law of obligations will lead to chaos and uncertainty because neither the Federal Supreme Court, nor lawyers and clients can actually foresee whether the existing jurisprudence will be still valid and applicable after the reform. The reform will therefore lead to an increase in litigation and accordingly to increased costs for the judicial system and the individual client.¹⁵⁸ In my opinion, this reasoning is not convincing as it can be brought into play against any kind of reform. Following this argumentation, one could prevent society from introducing any kind of major modernisation in law. Thus, such criticism does not help finding a solution for the current ongoing reform. Of course, one has to bear in mind these arguments. But they are too general to establish any kind of basis or starting point for evaluating the pros and cons of the ongoing reform. Another argument which can be put against the reform is that, as stated above, it does not comply with international standards regulating breach of contract. But this

¹⁵³ This is not as unusual as it might seem from the outset as the former contract law of the DDR also entailed a subjective element.

¹⁵⁴ He can only escape liability under the circumstances of par. 275 BGB

¹⁵⁵ Schapp, *Empfiehl sich die Pflichtverletzung als Generaltatbestand des Leistungsstoerungsrechts?*, JZ 2001, 583 (586)

¹⁵⁶ Bundestagsdrucksache, s. 134

¹⁵⁷ Anders, *Der zentrale Haftungsgrund der Pflichtverletzung im Leistungsstoerungsrecht*, ZIP 2001, 184 (185)

¹⁵⁸ Huber, *Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstoerung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, ZIP 2000 2273 (2275)

criticism is very harsh and only partly true. The UN Sales of Goods (CISG), the UNIDROIT principles as well as the Dutch Burgerlijk Wetboek¹⁵⁹ support the development of a general notion of “breach of duty/ breach of contract”. Furthermore, it must be noted that the reform is based on the CISG concept of “breach of contract”. Although the German model does not correspond to international regulations in every detail (for example as far as delayed performance is concerned), these differences are based on long and exhaustive discussion and assessment.¹⁶⁰

To conclude, the general concept of breach of contract seems convincing. It is based on the decision to deal alike with all kinds of breaches and to separate and systematise only on the second level of remedies.

Apart from the arguments relating to the comparability of modern German law to common or international law, the notion of breach of duties for German implies the possibility to encompass even unknown types of breaches in the future.¹⁶¹ This creates a high standard of flexibility and a system in which the crucial point is not to squeeze different factual situations into various possible breaches in law. Thus, the reform measures designed to create a general notion of breach of contract should be generally welcomed.¹⁶²

VI. Elements to limit liability (Fault)

In the following section, different ways of restricting the liability of the breaching party will be examined. One tool is to establish rules relieving the debtor from performance in case of supervening events (impossibility). This possibility was examined in the first part of this essay. Another could be the integration of the element of fault. But it will soon be seen that, especially within the English common law and the CISG, this additional requirement to prevent the breaching party from unlimited liability is not made use of.

¹⁵⁹ The Dutch Civil Code is the latest Civil Code in Europe.

¹⁶⁰ Anders, Der zentrale Haftungsgrund der Pflichtverletzung im Leistungsrecht des Entwurfs fuer ein Schuldrechtmodernisierungsgesetz, ZIP 2001 183 (188)

¹⁶¹ Schapp, Empfiehlt sich die Pflichtverletzung als Generaltatbestand des Leistungsstoerungsrechts? JZ 2001, 583 (585)

¹⁶² Also Teichmann, Strukturveraenderungen im Recht der Leistungsstoerungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtmodernisierungsgesetzes, BB 2001, 1485 (1492); Magnus, Der Tatbestand der Pflichtverletzung in Schulze/ Schulte-Noelke (ed.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, p. 73

1. The English common law system

Under English common law, fault as an element of breach of contract is generally not required.¹⁶³ Thus, the debtor is in breach of contract irrespective of culpa. Lord Edmund-Davies in *Raineri v. Miles*¹⁶⁴ stated that “it is axiomatic that, in relation to claims for breach of contracts, it is in general immaterial, why the defendant failed to fulfil his obligation and that it is certainly no defence to plead that he has done his best.” Or, as Judge Sellers in *Nicolene Ltd. v. Simmonds*¹⁶⁵ held, “[I]t does not matter whether the failure to fulfil the contract by the seller is because he is indifferent or wilfully negligent or just unfortunate. It does not matter what the reason is. What matters is the fact of performance. Has he performed or not?” Hence, what one can infer from these statements is that liability for breach of contract is strict under English law. The reason is that according to the common law belief, it is up to the contractual partners to determine in their contract not only their rights and duties but also the limits beyond which liability shall not occur.¹⁶⁶ According to common law principles, contracts are treated as containing a guarantee. The seller who promises to deliver goods must, in absence of any contrary provision in the contract, ensure that the promised performance is duly rendered.¹⁶⁷ In *Paradine v. Jane*,¹⁶⁸ the court stated that “when a party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, notwithstanding any accident by inevitable necessity”. But of course, the liability is not utterly unrestricted. The promisor who allegedly failed to perform, may rely on five grounds of exculpation.¹⁶⁹ Accepted categories in which the debtor is relieved from liability are construction of the contract, doctrine of frustration, the existence of an implied term, the presence of an exclusion clause and the application of a statutory rule or provision. Furthermore, to limit his liability, the promisor may for example “be able to convince the court that his promise was not absolute but conditional, in other words that he did not warrant the possibility that constituted the breach.”¹⁷⁰ Thus, the English courts seem to take into consideration the

¹⁶³ Although “*fault is not a term of art in the common law*”, Lawson, Fault and Contract- a few comparisons, 1975 Tulane Law Review 295 at 297

¹⁶⁴ *Raineri v. Miles* (1981) AC 1050 at 1086. (H.L.)

¹⁶⁵ *Nicolene Ltd. v. Simmonds* (1952) 2 Lloyd’s Rep., 419 at 425 (Q.B.)

¹⁶⁶ Jones/ Schlechtriem, Encyclopedia of Comparative Law, Breach of Contract, at 8

¹⁶⁷ Zweigert/ Koetz, Introduction to Comparative Law, at 502

¹⁶⁸ (1647) Aleyn 26

¹⁶⁹ Carter, Breach of Contract, no. 239

¹⁷⁰ Lawson, Fault and Contract- a few comparisons, 1975 Tulane Law Review 295 at 297

content of the contract and from this point, they evaluate whether or not the contractual partners really intended the specific promise to be an absolute one.¹⁷¹

As far as the liability for damages is concerned, facing the fact that English law does not presuppose fault of the debtor as a limiting device in this field either, certain tools have been created in order to keep the liability for damages in proper bounds. English law, among other criteria, relies on remoteness which implies that the damage must either arise naturally, i.e. according to the usual course of things or such as may reasonably be supposed to have been in contemplation of both parties at the time when the contract was concluded (so-called contemplation rule). Another “exceedingly influential device”¹⁷² is the principle of foreseeability.¹⁷³

2. Modern German law

Contrasted to the English approach, German law has traditionally required fault as an element of liability for breach of contract (*Verschuldensprinzip*). To be more precise, one must distinguish between two questions: whether fault is required to establish a breach of contract and whether fault is needed as a requirement on the level of remedies (damages and termination of the contract).

Whereas the former has to be answered in the affirmative only for the case of delay—here, fault is presumed pursuant to par. 286IV—, fault is a constituent element of the remedial system as far as damages are concerned. This can be inferred from par. 280I 1 as the central provision for damage claims. Par. 280I 1 presupposes not only a breach of duty but additionally foresees that

(T)he creditor cannot claim damages if the debtor is not at fault.

Par. 280I 1 is interpreted as containing a presumption of fault. Accordingly, the onus of proof relies on the debtor to prove that he did not act culpably. As under the previous system, the fault element is regulated in par. 276 BGB. In contrast to its predecessor, par. 280I provides more detailed stipulations, when the fault principle does not come into place.¹⁷⁴ But, according to the *Official Motives*, the changes only

¹⁷¹ Stratford J in *Hershman v Shapiro & Co* in 1926 TPD 367 at 372-273

¹⁷² Treitel, *Encyclopedia of Comparative Law, Remedies for Breach of Contract*, at 60

¹⁷³ See above all the leading case of *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Ex. 341

¹⁷⁴ Compare “...sofern nicht ein anderes bestimmt ist” (old version) with “...wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Uebnahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, oder der Natur der Schuld zu entnehmen ist.” (reformed version)

aim at a clearer stipulation of the exceptions not at any kind of basic changes concerning the fault element in general.¹⁷⁵

It is important to state that, in contrast to previous provisions, the requirement of fault does not depend on the actual breach anymore but that it represents a general requirement for claiming damages according to the reformed model. This is generally considered to be a great advantage because it abolishes the previous difficulties. The general fault requirement thereby also includes claims for damages in case of positive malperformance after par. 440, 280 or par. 638, 280. In these cases, fault was not required under the old rules.¹⁷⁶

To conclude, the reform tends to establish a general requirement of fault for all damage claims. This is achieved by placing the fault criterion directly in the central paragraph for damages, par. 280. On the other hand, fault is not required to terminate the contract any more.

3. South African law

In South African law, the question whether or not fault is a prerequisite for either breach of contract or for the remedies is unclear. In case of delayed performance, according to Joubert, fault is required for *mora debitoris*, although, as he puts it, “the courts, however, have some hesitation in accepting this.”¹⁷⁷ Steyn also believes that fault is a prerequisite for delay.¹⁷⁸ As far as positive malperformance is concerned, Cockrell specifies some South African authors who have stressed that fault should be considered as a requirement for positive malperformance in South African law.¹⁷⁹ In Joubert, “The Law of South African law”, it is stressed that fault has apparently never been mentioned specifically as a requirement for positive malperformance and that this fact accordingly seems to presuppose a guarantee liability.¹⁸⁰ Furthermore, De Wet & Van Wyk suggest that if a contract does not expressly or tacitly require reasonable care, fault should not be considered as an element of positive

¹⁷⁵ Bundestagsdrucksache 14/6040, p. 131

¹⁷⁶ According to the previous system, damages for defective performance were only granted under the prerequisites of par. 463. A further evaluation is going to take place below under the section of “damages”.

¹⁷⁷ Joubert, *General Principles of the Law of Contract*, at 205

¹⁷⁸ Steyn, *Mora Debitoris volgens die hedendaagse Romeins-Hollandse reg*, p. 43-5; De Vos, *Mora Debitoris and Rescission*, 1970 (87) SALJ 304 at 307-308

¹⁷⁹ Cockrell, *Breach of Contract*, in Zimmermann, Reinhard/ Visser, Daniel (ed.), *Southern Cross, Civil Law and Common Law in South Africa*, Chapter 9, at 312

¹⁸⁰ Van Rensburg/ Lotz/ Van Rhiyn, *Contract volume 5*, at par. 235 in Joubert (ed.), *The Law of South Africa*

malperformance.¹⁸¹ Stoop describes in length the development of Roman law and its influence on the South African law of contract. According to him, it seems as if, up to the middle of the 1960s, fault was still required for breach of contract.¹⁸² However, in modern textbooks, the fault prerequisite is either not even mentioned any more,¹⁸³ or it is stated that “whether fault is a requirement for all forms of breach of contract has not been settled.”¹⁸⁴ Thus, the current status of law does not seem to presuppose fault as a requirement for breach of contract. This is further confirmed by Van Heerden JA in *Administrator of Natal v Edouard* who points out that “fault is not a requirement for a claim of damages.”¹⁸⁵ This view is subject to criticism because “fault provides a certain borderline for liability. Abolishing this requirement would therefore mean a giant leap back to the period predating the civil strife that marked the end of the Roman Republic.”¹⁸⁶

As far as rescission of the contract is concerned, the same situation seems to prevail as described above. Harker, for example, states that for the right to rescind the contract “fault is not a prerequisite anymore than it is of the right to recover damages.”¹⁸⁷ According to him, “the right to rescind depends just on the seriousness of the breach. Thus, the mere fact that the delay was wilful does not in itself provide a right to rescind.”¹⁸⁸

To conclude, although uncertainty exists in this field, it seems as if fault is generally not required for breach of contract or its remedies.

4. Conclusion

At first sight, the two general starting points of common and civil law, as far as the requirement of fault is concerned, seem to be very different and one is tempted to

¹⁸¹ De Wet & Van Wyk, *Kontraktereg*, at 177

¹⁸² Stoop, *The relevance of fault in Breach of Contract*, 1998 (61) THRHR 1 at 11 citing O’Hagan J in *Grobbelaar v Bosch* 1964 (3) SA 687 (E) at 691 D-E with the following statement: “*In any agreement where a person seeks to escape liability for a failure to implement a promise for the delivery of a specific thing, it is for him to prove that there was no fault on his part.*”

¹⁸³ Joubert, *General Principles of the Law of Contract*, at 207; Lee and Honore, *The South African Law of Obligations*, at 60; Kerr, *The Principles of the Law of Contract*, at 445

¹⁸⁴ “*No clear authority exists in the case law, where the question has not received much attention.*”, Van der Merwe/ Van Huyssteen, *Contract- general principles*, at 253; Hawthorne/ Lotz, *Contract Law Casebook*, at 196

¹⁸⁵ 1990 (3) SA 591 (A) at 597 E-F, criticised by Stoop, *The relevance of fault in breach of contract*, 1998 (61) THRHR 1 at 10

¹⁸⁶ Stoop, *The relevance of fault in Breach of Contract*, 1998 (61) THRHR 1 at 11

¹⁸⁷ Harker, *The nature and scope of rescission as a remedy for breach of contract in American and South African law*, 1980 *Acta Juridica*, 61 at 78

¹⁸⁸ *Ibid.*

believe that, accordingly, the scope of legal responsibility for breaches of contract must be distinct, too. In fact, the German “fault principle” when contrasted to the common law “principle of guarantee” has often been pointed out as being “one of the great conceptual differences between these two systems”.¹⁸⁹ But these undisputed differences might not lead to radically different solutions concerning the scope of liability for breaches of contract in general. The reasons for this striking thesis are the following.

The first reason is that the German BGB often reverses the onus of proof. Although fault is a requirement for delay and a prerequisite for the claim of damages, the plaintiff does not have to prove fault. Rather, it is presumed until the defendant has proved otherwise. This fact is still valid after the reform, as confirmed by the rules of par. 286IV (delay) and par. 280 (damages), which are considered to reverse the onus of proof. As a second reason, the German fault principle is limited in its significance by the so-called “objective standard of care”. As in the previous par. 276, par. 276 of the reformed model as the central fault rule entails that the debtor is subjected to the standard of care which generally prevails in his trade or profession instead of judging him by reference to his own capabilities.¹⁹⁰ Furthermore, in many incidents, German law imposes strict liability on one of the parties. One example, stated for the previous system, was par. 279, which regulated a strict liability for things of a kind rather than for a particular thing. Although the draft foresees the erasure of par. 279, this does not consequently result in the departure from strict liability as a whole. According to the *Official Motives* the content of par. 279 has been now included in par. 276.¹⁹¹ Thus, strict liability in these cases remains but has been generalised by including the previous par. 279 with par. 276.

The arguments stated above might virtually lead to the practical consequence that in the end, the scope of liability in both law systems can be considered to be almost the same.¹⁹² This finding can be illustrated by coming back again to the legal construction of impossibility. Therefore, in accordance with what has been evaluated above for the English common law, the debtor can not be excused from strict liability unless the impossibility was “beyond his control”. This control-element “serves the same

¹⁸⁹ Huber, Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000 2273 (2279)

¹⁹⁰ Schlechtriem/ Jones, Encyclopedia for Comparative Law, Breach of Contract, at 146

¹⁹¹ Bundestagsdrucksache 14/6040, p. 132

¹⁹² Bundestagsdrucksache 14/6040, p. 131

function as the German fault concept.”¹⁹³ This is best illustrated by Marcantonio, by stating the example that a seller is prevented from delivering the goods to the buyer due to his own fault. Following the German law, this would constitute an example of impossibility which would result in damages for the creditor. In contrary, the English law would not apply the “doctrine of impossibility” because of “self-induced impossibility”. Thus, damages would be due in both legal systems.

The same argument is valid for the CISG which does also not rely on any prerequisite of fault. Here again, in comparison with the German fault- based liability, art. 79 of the CISG with the possibility to escape from objective liability is considered to rarely lead to different results.¹⁹⁴ Thus, I conclude that the German and the English systems follow different lines as far as the fault element is concerned. Nevertheless, “it is not surprising that far fewer differences in the contours of contract result from the actual practice of strict liability and fault systems than these doctrines would suggest.”¹⁹⁵

As one can infer from above, South African law rather fits into the English system that generally does not presuppose fault as a requirement for breach of contract. As Ramsden¹⁹⁶ states, South African and English law both acknowledge the rule that where a person has bound himself absolutely, he cannot escape liability. But, contrasted to the English law, in South African law, a presumption as in English law does not arise that the party has bound himself absolutely, if he did not take steps to the contrary. Furthermore, rather unlike the English “guarantee concept” and similar to the previous German law, South African law does not always tend to discuss the question of fault for all breaches irrespective of their nature. And even on a more individual basis, different opinions exist whether or not fault should be considered as a prerequisite.

VII. Termination of the contract

1. in general

In all legal systems various requirements exist when dealing with termination of a contract.¹⁹⁷ The reason for this is that, as a consequence of termination, one party may be motivated only by the wish to escape from a bad bargain or may receive a

¹⁹³ Marcantonio, *Unifying the Law of Impossibility* (1984) *Hastings Int. & Comp. LR* 41 at 55

¹⁹⁴ Magnus, *Der Tatbestand der Pflichtverletzung* in Schulze/ Schulte- Noelke (ed.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, p. 75

¹⁹⁵ Treitel, *International Encyclopedia of Comparative Law, Remedies for Breach of Contract*, at 85

¹⁹⁶ Ramsden, *Supervening Impossibility of Performance, in the South African law of Contract*, at 28

substantial benefit for which he does not have to pay.¹⁹⁸ Thus, the fact that the contract can be terminated can mean a higher burden for the other party than having the obligation to pay compensation. One idea of achieving a reasonable scope of liability might be to create a requirement of a formal notice, another, more content-based possibility, to require a certain degree of seriousness of the respective breach.¹⁹⁹ What will be seen in the following section is that German law, compared to the other systems under examination, differs as to the requirements for terminating the contract. This, at first, seems strange, considering again that one of the aims of the German reform is to diminish the differences between the German law and that of other countries.

Various terms for termination exist (among others rescission and cancellation) and therefore, before entering any detailed discussion, it must be stressed that I will use the terms of termination, rescission and cancellation as synonyms for the non-retrospective discharge of the contractual parties taking effect from the time of the creditor's election.

a. English common law

In the English common law, termination is possible if the breach constitutes "an essential" one.

There are two different ways, in which a term can be construed as essential; (1) the breach of a condition of a contract, or (2) serious breaches of a so-called "intermediate term". A condition can be established either by an express term in the contract, or by the evaluation that the term is of fundamental importance, such that every breach of it goes to the "root of the contract".²⁰⁰ In case of an implied term, the question whether or not the breached term is essential depends mainly on the question of whether the breached term is merely a "warranty" or whether it amounts to a "condition". Every express and implied contractual term is considered as a "warranty", which only entitles the innocent party to claim damages. In contrast, in case of a breach of "condition", the creditor also has the option to withdraw from the

¹⁹⁷ See especially Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, at 210 ff

¹⁹⁸ Harker, *The nature and scope of rescission as a remedy for Breach of Contract in American and South African law*, 1980 *Acta Juridica*, 61 at 65; Lord Devlin, *The treatment of breach of contract*, 1966 *CamLJ*, 192 at 201

¹⁹⁹ Harker, *The nature and scope of rescission as a remedy for Breach of Contract in American and South African law*, 1980 *Acta Juridica*, 61 at 71

contract.²⁰¹ Fletscher Moulton J. defined conditions “as obligations going directly to the substance of the contract”.²⁰² Bowen L.J. states, “[L]ook at the contract and make up your mind whether the intention of the parties would best be carried out by treating the provisions as a warranty or as a condition.”²⁰³ It is obvious that these definitions do not really assist in finding a workable distinction between these two legal concepts. Thus, it is not surprising that courts have experienced many difficulties with categorising the various cases in warranties and conditions and that this distinction has experienced a lot of criticism.²⁰⁴ As Lord Devlin²⁰⁵ puts it, “great masters of the law have failed to find any clear test or distinguishing mark between a condition and a warranty.” However, as Lord Wilberforce mentioned in *Wickman Machine Tool Sales Ltd v L. Schuler A.G.*,²⁰⁶ this distinction “is too deeply embedded in English law to be uprooted by anything less than a complete revision.”

In the next section it will be seen that one exception to the general requirement of a breach “going to the essence” exists.²⁰⁷ This exception comes into play if the breach is one of delayed performance. In this case, the creditor can make “time of the essence” by sending a notice to the debtor, requiring performance within a stipulated time.

Besides the fact that a condition gives rise to a right to terminate a contract, a second possibility has been discussed in the famous *Hongkong Fir* case.²⁰⁸

In this case, no condition could be established.²⁰⁹ The court evaluated the possibility of establishing a right of termination by mainly considering the content and the

²⁰⁰ Smith, *Concurrent liability in contract and unjust enrichment: the fundamental breach requirement*, 1999 LQR 245 at 247

²⁰¹ Compare sec. 11 (2) and (3) of the Sales of Goods Act 1979

²⁰² *Wallis, Son and Wells v Pratt and Haynes* (1910) 2 K.B. 1003 (C.A.) at 1012

²⁰³ *Bentsen v Taylor, Sons and Co* (1893) 2 Q.B. 274 (C.A.) at 281

²⁰⁴ Diplock L.J. for example states that “*the traditional classification of terms into warranties and conditions has been outmoded and ought to be scrapped in favour of a new approach altogether based on the event*”, *Hongkong Fir Shipping Co. Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* (1962) 2 Q.B. 26 at 72 (C.A.); Fletcher Moulton L.J. reasoned that “*the choice of terms is not a happy one..., for the word of condition is one which is used in many other connections and has considerable variety of meaning*”, *Wallis, Son and Wells v Pratt and Haynes* (1910) 2 K.B. 1003 at 1012 (C.A.); Lord Wilberforce holds that “*the use as a promissory term of condition is artificial*”, *Wickman Tools v Schuler A.G.* 1974 A.C. 235 at 262 (H.L.)

²⁰⁵ Lord Devlin, *The Treatment of Breach of Contract*, 1966 C.L.J. 192 at 196

²⁰⁶ (1974) A.C. 235 at 262 (H.L.)

²⁰⁷ “*there are cases in which Anglo-American law does accord special treatment to delay, probably for historical reasons*”, Treitel, *International Encyclopedia of Comparative Law, Remedies for Breach of Contract*, at 335

²⁰⁸ *Hongkong Fir Shipping Co. Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* (1962) 2 Q.B. 26 (C.A.)

²⁰⁹ The court in this case decided that the “seaworthiness” of the ship could not amount to be considered as a condition. Sellers L.J. at 60; Upjohn L.J. at 62; Diplock L.J. at 70-71

possible consequences arising from the breach.²¹⁰ Upjohn L.J. ventured the view that “although the term was not a condition, the remedies depend entirely on the nature of the breach and its foreseeable consequences.”²¹¹ Diplock L.J. stated that “there are many complex contractual undertakings, in which the legal consequences depend on the nature of the event and do not automatically follow from a prior classification of condition and warranty.”²¹² This approach is known as the “*Hongkong Fir Doctrine*”.²¹³ In the *Hongkong* case, the court finally concluded that the event which had resulted from the breach was not sufficiently serious in character because it did not deprive the charterers of the whole benefit. Therefore, the claim was dismissed.²¹⁴

b. South African law

In South African law, as in English law, the creditor is entitled to rescind²¹⁵ the contract either if

- the contract provides for this right (forfeiture clause, *lex commissoria*); or
- the breach goes “to the root of the contract”.²¹⁶

Thus, as in English law, it is the criterion of seriousness that dictates whether or not the respective person is entitled to terminate the contract. But, even in case of a nonmaterial breach, the creditor can make terms of the essence by sending a notice of

²¹⁰ Rynolds, Discharge of Contract by breach, 1976 LQR 17 at 17

²¹¹ (1962) 2 Q.B. 26 at 64 (C.A.)

²¹² (1962) 2 Q.B. 26 at 69-70 (C.A.), Diplock L.J. states further that “*unworthiness*” had become one of the most complex of contractual undertakings. ...It can be broken by the presence of trivial defects easily and rapidly remediable as well as by defects which must inevitably result in a total loss of the vessel.”

²¹³ Carter, Breach of Contract, par. 616

²¹⁴ After the judgment in *Hongkong*, it was questionable whether the analysis given in this judgement was also applicable to contracts for the sale of goods. The difficulty, which arose was that in the Sales of Goods Act 1893 (U.K.), the legislation restricted termination for breach of a contractual term to cases involving breach of condition. Although the conclusion from the *Hongkong* case was not entirely settled in the *Hansa Nord* case (*Cehave N.V. v Bremer Handelsgesellschaft GmbH* (1976) Q.B. 44 (C.A.)), the court in *Bungee Corp. New York v Tradax Export S.A. Panama* (1981) 1 W.L.R. decided that the effect of *Kawasaki* was the source of a third category of contractual terms, relevant to contracts for the sale of goods “*notwithstanding that legislature makes no reference to such term.*”

²¹⁵ As stressed above, the word rescission is used as a synonym for termination/cancellation, see Kerr, Some Problems concerning the beginning and ending of contracts, 1989 (106) SALJ 97 at 102 or Kerr, Cancellation, Termination, Rescission and the effect thereof, 1980 (97) SALJ 375 or Kerr, Some problems concerning the beginning and ending of contracts, 1989 (106) SALJ 97, although Christie points out that “*it is better to describe the remedy as cancellation than as rescission and to reserve the word rescission for cases, where typically because of misrepresentation inducing the contract, it is desired to set it aside ab initio*”; Christie, The Law of Contract in South Africa, at 625.

²¹⁶ For lease contracts see *Spies v Lombaard* 1950 (3) SA 469 (A) and *The Treasure Chest v Tambuti Enterprises (Pty) Ltd* 1975 (2) SA 738 (A), “*inconvenience of substantial and material matter*”; for contracts of sales see *De Vries v Wholesale Cars* 1986 (2) SA 22 (O), “[*the*] breach must be so serious that a purchaser would not have bought it, had he been aware of the defect.”

rescission to the debtor, requiring performance within a stipulated time. Thus, modern South African law follows suit with English law, which allows for this possibility.²¹⁷ Yet, this possibility is not available for all kinds of breaches. Only in so far as the breach is one of delayed performance, the creditor has the right to make the period of time essential by sending a notice to the debtor. The situation is however different with the debtor performing defectively. In case of defective performance, a right to cancel the contract has always been recognised without any preceding notice of rescission. If, however, the defective performance is not that serious, the rights of the innocent party are then limited to other remedies, excluding termination.²¹⁸ In case of defective performance, unlike cases of delay, a notice of rescission cannot replace the materiality criterion, it has no relevance at all when dealing with defective performance. Thus, “different rules concerning the possibility to terminate the contract apply to each type of breach,”²¹⁹ which makes a distinction inevitable. This distinction drawn by English and South African law, seems startling from the outset and even the attempted justification is not too convincing. The court in *Aucamp v Morton*²²⁰ tried to argue that “defective performance is one which evinces an intention on the part of the defaulter no longer to be bound by the terms of the contract for the future.”²²¹ In contrast, the mere failure to carry out such an obligation on time is not viewed in the same light.²²² Another way of argumentation might be that a right of rescission by means of a notice may only be available if the debtor completely failed to render performance, which is not the case with positive malperformance.

c. German law

(1). Broader scope

Since the reform, the right to terminate the contract has a broader scope when compared to the old regime. Although the new rules resemble the previous ones in so far as a mutual contract has to be established, it is important to state that par. 323ff are not restricted any more to synallagmatic primary obligations.²²³ Thus even a violation

²¹⁷ Joubert, *General Principles of the Law of Contract*, at 239

²¹⁸ *Sweet v Ragerguhara* 1978 (1) SA 131 (D) at 138

²¹⁹ *Sweet v Ragerguhara* 1978 (1) SA 131 (D) at 138

²²⁰ *Aucamp v Morton* 1949 (3) SA 611 (A)

²²¹ Watermeyer CJ in *Aucamp v Morton* 1949 (3) SA 611 (A) at 619

²²² Kumleben J in *Sweet v Ragerguhara* 1978 (1) SA 131 (D) at 138

²²³ Teichmann, *Strukturveraenderungen im Recht der Leistungsstoerungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtmodernisierungsgesetzes*, BB 2001 1485 (1489)

of secondary obligations can lead to the right to terminate the contract. Furthermore, the right to terminate a contract is not any longer dependant on fault.

(2). Unified system

The main aim of the reform is to create a unified system of termination.²²⁴ At first sight, it seems as if the legislature has only partly achieved this aim: three paragraphs regulate the right to terminate the contract. Paragraph 323 regulates termination in times of delay and malperformance, par. 324 deals with “other rights” (mainly secondary obligations). Paragraph 326 encompasses a relief from the counter-performance in case of impossibility. The reason why the legislature did not create one unified rule dealing with termination is that special requirements are still needed for each breach. According to par. 323, the creditor has to set a reasonable additional period of time in which the debtor has the right to perform (*Nachfrist*).²²⁵ As par. 323 is also applicable when the breach is one of positive malperformance, the so-called *Wandlung* is no longer part of the specific rules concerning the individual contracts (for example par. 459ff; par. 631ff) but part of the general law of obligations. In this sense, one can speak of the reformed model as a unified system.

Paragraph 324 sets the additional requirements in case of a violation of secondary duties, namely that this violation must be essential and secondly, that the adherence to the contract must not be reasonable for the creditor any more. Thus, the German approach, like the English law as far as the violation of secondary duties is concerned, implements the content-based criterion of “essential breach”.

Paragraph 326 dealing with impossible performances was considered to be necessary by the legislature, because according to the *Official Motives*, in case of a breach due to impossibility, an additional notice would not serve any sense. Termination of the contract should therefore be possible without any further notice.²²⁶ Thus par. 326

²²⁴ Note the various ways of termination under the previous system: in case of subsequent, objective and subjective impossibility, the creditor could terminate the contract immediately (par. 325) whereas in case of delay, an additional notice was required (par. 326). *PVV* allowed for termination when the continuation could not be reasonable expected from the debtor.

²²⁵ In contrast to the previous provision of par. 323, the creditor does not have to declare that, after the additional period of time, he will not accept performance (*Ablehnungsandrohung*). The reason why the legislature refrained from this prerequisite was that, in many occasions, it could be satisfied only by persons with legal advice. According to the *Official Motives*, this was considered to be unsatisfactory. Bundestagsdrucksache 14/6040, p. 184

²²⁶ Bundestagsdrucksache 14/6040, p. 183

resigns from the “notice requirement” and represents an exception to the general requirement in this regard.

The system created by the reform has been criticised for having failed to achieve the general aim of simplification. Facing this criticism, the *Official Motives* stress that the law has been indeed unified and that special rules have been limited to cases of impossibility and the violation of secondary duties, which were deemed necessary.²²⁷

d. Comparison

If one bears in mind the original idea of the reform to create a unified law of obligations, striking differences between the countries exist also as far as the remedy of termination is concerned. With its reluctance to give up existing distinctions within breach of contract and as far as its remedies are concerned, German law stands somewhat apart from English and South African law. It is obvious that in respect of the termination of the contract, South African law follows the English law approach by relying on the seriousness of the breach. It is thus a criterion which is content-based, contrasted to the German approach, founded on formal requirements (more precisely on the requirement of an additional notice). The CISG on the other hand “adopts a mixture of common law and German principles.”²²⁸ It resembles common law in so far as it primarily relies on the content-based “fundamental breach”. Nevertheless, even in case of a non-fundamental breach, the innocent party can render it fundamental by sending a notice to the debtor requiring performance. Contrasted to the common and South African law, this possibility is not only limited to cases of delayed performance but it is available where the breach consists of non-delivery, non-payment or failure to take delivery.²²⁹ This is similar to the German *Nachfrist*, especially with the new regime, according to which the notice does not have to contain the clause that performance after the end of the additional period will be refused (*Ablehnungsandrohung*).

To conclude, German law, when compared to the English system, has not fully achieved the original aim of creating a unified system of breach of contract. Yet, especially by abolishing the requirement of the *Ablehnungsandrohung*, the German approach approximates to the CISG.

²²⁷ Bundestagsdrucksache 14/6040, p. 183

²²⁸ Treitel, *International Encyclopedia of Comparative Law, Remedies for Breach of Contract*, p. 338

²²⁹ Art. 49 (1) (b), 64 (1) (b), for the notice see 47 (1), 63 (1)

Nevertheless, because of the different starting points, the question arises, whether in future, German law, compared to the other systems under examination, will have a broader scope as far as the question of the right of termination is concerned. As alluded to above, the German system formerly presupposed a violation of a primary duty, whereas the other systems presuppose an “essential breach”. Despite these differences in their approaches, it formerly led to the same practical results. This was so because in most of the cases, an essential breach would be also one, which concerned a primary duty of the seller.

As a result of abolishing this prerequisite, the entitlement to termination is nowadays available even for the violation of secondary duties under the modernised German law. Yet, in this case, the seller is only allowed to terminate the contract according to par. 324 if he can establish an essential breach. Thus, German law does not have *per se* a broader scope compared to the other legal systems.

In the following section, it will be evaluated whether the general findings so far elaborated can be upheld when one considers the right to terminate a contract because of delayed performance.

2. Specific requirements for terminating the contract in terms of delayed performance

What follows, the focus will be on the question of whether or not the requirements under each system differ, and if they do, whether it will consequently lead to different results in terms of the liability for breach of contract.

a. English Common law

Because English common law does not provide special rules for delay, the case of terminating the contract because of delayed performance is dealt with under the general distinction of warranties and conditions. The English law rule can therefore be considered as a stringent one. The obligee may terminate the contract, if time was of the essence. Whether the parties intended time to be of the essence must be decided on the basis of the particular circumstances. As a general rule, time is not *per se* of the essence in the contract.²³⁰ However, there are two fields in law, in which time is

²³⁰ Compare sec. 10 (1) of the Sales of Goods Act 1979 according to which “stipulations as to time of payment are not of the essence.” Sec. 10(2) states that “whether any other stipulation as to time is or is not of the essence of the contract depends on the terms of the contract”.

usually considered to be essential, namely in the case of commercial contracts. The reason for this is that “certainty is of primary importance in all commercial transactions”²³¹ or as Lord Roskill states in *Bunge Corporation New York v Tradax Export Panama*, “commercial parties should be entitled to know their rights at once and should not, when possible, be required to wait upon events before those rights can be determined.”²³² Thus, English law has “a clear disposition to treat most terms as conditions in decisions of commercial context.”²³³

Despite the general rule, “time stipulations have nevertheless attracted a distinct body of law.”²³⁴ In contrast to other breaches where a breach always has to be essential, in case of delay, the creditor can make time of the essence by serving a notice to the debtor, even if time originally was not of the essence. However, it must be emphasised that the notice is considered to be an additional requirement and accordingly does not replace the requirement of the debtor being in mora. This is clearly stressed by Fry J in *Green v Sevin*, “that which is not of the essence of the original contract is not to be made so by the volition of one of the parties, unless the other has done something which gives a right to the other to make it so.”²³⁵

b. South African law

(1). “Time of the essence”

South African textbooks state that the innocent party has the right to rescind the contract if it contains a forfeiture clause or where time is “of the essence”.²³⁶ Thus, South African law takes into consideration that the remedy of cancellation follows as of a right from a serious breach.²³⁷ The seriousness of the breach depends on the nature of the contract and the surrounding circumstances. Thus, when the parties regard the time as being of such importance that the aggrieved party should have the right to rescind on the debtor’s default,²³⁸ the “time of the essence” criterion is fulfilled. In commercial life, contracts often provide for the delivery of goods which are subject to price fluctuations. Hence, the interest of the creditor requires that

²³¹ *The Laconia* (1977) A.C. 850 (H.L.)

²³² (1981) 1 WLR 711 at 725

²³³ Grubb/ Furmston (ed.), Butterworths Common Law Series, The Law of Contract, at 1143

²³⁴ Grubb/ Furmston (ed.), Butterworths Common Law Series, The Law of Contract, at 1143

²³⁵ (1879) 13 ChD 589 at 599

²³⁶ Christie, The Law of Contract in South Africa, at 588

²³⁷ Christie, The Law of Contract in South Africa, at 589

²³⁸ Harker, The nature and scope of rescission as a remedy for Breach of Contract in American and South African law, 1980 Acta Juridica, 61 at 74

delivery be made on a particular day.²³⁹ Furthermore, it has been frequently decided that time is of the essence in mercantile transactions,²⁴⁰ thus “in markets in which prompt delivery or payment is necessary to keep the wheels of commerce turning.”²⁴¹ Despite its clearness from first sight, the borrowed principle from English law of “time being of the essence” has led to much confusion, mainly because unclarity existed how this notion could fit into the Roman Dutch requirements of delay. To be more precise, as stated previously, it was unclear whether the notion of “time of the essence” was a requirement for the *establishment* of delay or for the legal *consequence* of termination and furthermore, whether or not this notion should have an influence on the formal requirement of a notice of rescission in any way. A line of cases²⁴² have followed and approved the court’s finding in *Federal Tobacco Works v Barron and Co.*²⁴³ In this case, Federal Tobacco ordered bags of tobacco from Barron & Co. The order was marked “urgent”. When six months later, the tobacco was delivered, Federal Tobacco refused acceptance and payment. Innes CJ considered the most important question to be whether “the period of six months in which the goods were not tendered was unreasonable.”²⁴⁴ The court thereby considered the “reasonable time” notion to be a term determinable by the court as a “fixed time” provided for in the contract which makes a notice of rescission unnecessary. Thus, notwithstanding the fact that no time for performance was fixed in the ordinary sense and neither an *interpellatio* nor a notice of rescission could be established, the court allowed the termination of the contract. However, the courts in *Nel v Cloete*²⁴⁵ and *Greenfield Manufacturers (Temba) (Pty) Ltd v Royton Electrical Engineering (Pty) Ltd*²⁴⁶ pointed out that the expression “time of the essence” related to the aggrieved party’s right to rescind the contract which may be expressly stated in the contract or implied

²³⁹ Joubert, *General Principles of the Law of Contract*, at 237

²⁴⁰ *Durr v Buxton White Line Co* 1909 TS 876 at 879; *Goldstein and Wolff v Maison Blanc (Pty) Ltd* 1948 (4) SA 446 (CPD) at 452

²⁴¹ Christie, *Law of Contract*, at 589

²⁴² “The delay was an unreasonable delay and justified cancellation”; Lewis J in *Hayter’s Radio Exchange v Hidge* 1949 (1) 19 (E) at 21; “when no time was fixed in the contract, it is well-established that a contract must be completed within a reasonable period and that if one party fails to complete the contract, the defendant justifiably cancels the contract”, Tredgold J in *Smart & Co v Rhodesian Machine Tools* 1950 (1) SA 735 (SR) at 736

²⁴³ 1904 TS 483

²⁴⁴ Innes CJ in 1904 TS 483 at 485

²⁴⁵ 1972 (2) SA 150 (A)

²⁴⁶ 1976 (2) SA 565 (A)

those circumstances where the parties regard the time of fundamental importance (so-called tacit term).²⁴⁷

(2). “Time not of the essence”

The other possible situation is that the contract does not stipulate time to be of the essence. In this case, South African courts accepted that a creditor may make “time of the essence” by sending a “notice of rescission”²⁴⁸ to the debtor, reserving the right to cancel the contract if performance were not made within the time stipulated.²⁴⁹ The reason for this additional possibility to acquire a right of rescission is that “the law allows the creditor to resolve the intolerable position brought by the breach of contract, usually *mora debitoris*,²⁵⁰ by giving the other party a reasonable time “to make up his mind and complete the bargain.”²⁵¹ South African law recognises two different forms of notice.²⁵² The first possibility is that the notice does not include a decision of the creditor to cancel the contract. In the second place, the notice conveys the decision of the creditor to cancel the contract after the additional period of time.²⁵³ The notice of rescission does not prevent from the requirement of *mora* because the notice is considered to be just an additional requirement that is needed to acquire the right to rescind the contract.²⁵⁴ This fact was expressed in *Breytenbach v Van Wyk*,²⁵⁵ where the court dismissed the right to terminate the contract because in the absence of a date for transfer being fixed by the contract, “the creditor has not placed the

²⁴⁷ Wessels J in 1976 (2) SA 565 (A) at 569

²⁴⁸ See the discussion in *Ponisammy and another v Versailles Estates (Pty) Ltd* 1973 (1) SA 372 (A) and Kerr, Notice of Intention to cancel the contract, conditional notices of cancellation, and notice of cancellation simpliciter, 1973 (90) SALJ 109, furthermore Kerr, Notice of Intention to cancel, election and estoppel, 1978 (95) SALJ 166

²⁴⁹ Also Jansen, J.A. in *Microusticos and another v Swart* 1949 (3) 715 (A) at 730. For the requirements of a notice of rescission see *Nel v Cloete* 1972 (2) SA 150 (A): the notice must be clear and unambiguous; and, according to *Shrosbee NO v Simon* 1999 (2) SA 488 (E) at 492H, “it requires an express, extra-judicial announcement made to the purchaser.”

²⁵⁰ It seems therefore, as if the creditor’s possibility to make terms of the essence by notice is just open in case of delay. No judgments could be found in which the court decided a case of positive malperformance, where the creditor made terms essential by rendering a notice.

²⁵¹ Joubert, General Principles of the Law of Contract, at 239

²⁵² *Nel v Cloete* 1972 (2) SA 150 (A); *Mahabeer v Sharma NO and another* 1982 (4) SA 242 (N) at 248B, 249 B-C; *Kragga Kamma Estates CC and another v Flanagan* 1995 (2) SA 367 (A) at 375. This form of notice is often referred to as “notice of intention to cancel”, in which case a further communication must take place, Kerr, Law of Contract, at 550, Kerr, Notice of Intention to cancel, election and estoppel, 1978 (95) SALJ 166

²⁵³ In this case, the decision to cancel the contract is binding, Kerr, Law of Contract, at 550

²⁵⁴ “If the demand for payment did not have this effect (to put the other person in mora), an essential prerequisite to the plaintiff’s right thereafter to cancel would be missing”, *Kragga Kamma Estates CC and another v Flanagan* 1995 (2) SA 367 (A) at 374D-E, summarised by Sher, Delayed Performance, Repudiation and Cancellation (1995) 3 Juta’s Business Law 125

appellant in mora and was therefore not entitled to sue for cancellation of the contract.” One problem arising out of this case has been a perceived irreconcilability with the judgment found in *Federal Tobacco*,²⁵⁶ although the court in *Breytenbach* included two judges who had previously decided *Federal Tobacco*.²⁵⁷ But when one carefully considers the facts within these cases, one realises that the judgments dealt with different situations. As Kerr states,²⁵⁸ *Breytenbach* cannot be considered to be a case in which promptness of performance was of major importance. Instead, it was clear to the party obliged to perform in *Federal Tobaccos* (also because of the fact that the order was marked urgent) that there was a certain terminal point which could and ought to have remembered.

c. Modern German law

Similar to the previous system, the requirement for termination imposed by German law in par. 323 is that the obligee must give the obligor a notice requiring him to perform within a stated time (*Nachfrist*)²⁵⁹. This notice has always been required in case of delayed performance under the previous par. 326 but it is new in the field of positive malperformance, because in these cases, the so-called *Wandlung*²⁶⁰ was possible without any further notice according to par. 462, 480.²⁶¹ As the *Official Motives* state, the factual justification for the possibility to terminate the contract is that the debtor has not performed according to what he is obliged to perform under the contract, irrespective of the reasons.²⁶² As in the previous system, the so-called *Nachfrist* serves to protect the debtor by giving him a further period of time to perform.²⁶³ But the reformed model contains important changes. Paragraph 323 does not require the formal prerequisites of delay according to par. 286 I. A notice of demand is therefore not required to terminate the contract. This might be very surprising, bearing in mind the discussion in the field of delay as to whether or not the

²⁵⁵ 1923 AD 541

²⁵⁶ Stated among others by the court in *Alfred Mc Alpine & Son Pty Ltd v Transval Provincial Administration* 1977 (4) SA 310 (T) at 348

²⁵⁷ Innes CJ and Salomon JA

²⁵⁸ Mora debitoris: the rule in *Broderick Properties v Rood*, 1978 SALJ 143 (TPD) at 151

²⁵⁹ The judiciary was very strict on this requirement, the draft might be more flexible as it just requires that the creditor sets an additional time without the necessity of sanctions.

²⁶⁰ The so-called “*Wandlung*” was a specific procedure in case of termination because of malperformance. It was previously regulated in specific rules under each contract and thus, was not part of the general law of obligations.

²⁶¹ Huber, Gutachten und Vorschlaege zur Ueberarbeitung des Schuldrechts, Volume I, p. 664

²⁶² Bundestagsdrucksache 14/ 6040, p. 184

formal notice as a requirement for delay should be maintained at all.²⁶⁴ Furthermore, the modern German law requires no longer the statement of the creditor that after an additional period of time, he will not accept the performance (so-called *Ablehnungsandrohung*).²⁶⁵

Considering the above, it is clear that according to par. 323, the right of termination does not depend on the seriousness of the breach. In contrast to the common law, the innocent party in case of delay (and malperformance) does not have to establish any “severe breach which goes to the root of the contract”. Instead, it is presumed that after the additional period of time stated in the notice, the creditor acquires the right to terminate the contract.

d. Comparative approach and evaluation of the different concepts

South African and English law both rely on the seriousness of the breach as the major and most important prerequisite. English law therefore distinguishes between conditions and warranties. South African courts have sometimes adopted this distinction²⁶⁶ but tried to avoid it in most cases facing the danger of confusion and difficulties inherent in this distinction.

In contrast, the reformed German model follows a different path. Whereas Huber proposed a modernised system relying mainly on the “seriousness of the breach”,²⁶⁷ the modern German model differs by not relying on this notion borrowed from common law but on a special formal requirement, namely the *Nachfristsetzung*.

Despite the two different approaches, it may be doubted whether they really lead to different results as far as termination because of delayed performance is concerned. It might be mainly that the starting point in each system is different. The general rule in South African and English law to terminate a contract in case of an essential or serious breach is comparable to the German institution of a *Fixgeschaef*, which is

²⁶³ Treitel, *Encyclopedia of Comparative Law- Remedies for Breach of Contract*, at 115

²⁶⁴ The argument is that under the previous system, both notice of default and the additional notice in case of termination could fall together anyway. Thus, one can easily resign from this criterion in the case of termination. Additionally, the right to terminate the contract should be created irrespective of fault. This did not fit into the system of delay where fault is presumed. *Bundestagsdrucksache 14/6040*, p. 184

²⁶⁵ The practical consequence which is likely to arise in future is that, at the time, when the creditor sets an additional period of time, he will not have to make a decision any more whether he wants to claim damages, terminate the contract or claim specific performance. This can be considered as a great advantage for the creditor but also as a disadvantage for the debtor. *Bundestagsdrucksache 14/6040*, p. 185

²⁶⁶ *Small v Smith* (1954) 3 SA 434 (SWA) at 437

now regulated in par. 323II no. 2 and in which case the formal requirement of a notice is dispensed with.²⁶⁸ In South African and in English law, in case of time being less essential, the creditor can make it essential by sending a notice to the debtor, requiring performance within an additional period of time. This notice can be compared with the *Nachfrist* in German law which states the general starting point for the German law of termination. Thus, it is indeed true that mainly the starting points in each system are different.²⁶⁹ Of course, there may be differences in the particular cases as to the scope of the category of “time being of the essence” and the German *Fixgeschäft*. As Treitel²⁷⁰ states, “although this matter is difficult to generalise, it does seem that the German courts are more reluctant to hold a transaction as a *Fixgeschäft* than the Anglo- American courts to hold that time is of the essence.” Although almost the same results are achieved, the German approach is nevertheless criticised. Magnus²⁷¹ states that, in his opinion, the international solution is favourable. And indeed, it seems more convincing to rely, as the CISG does, on the (political) reason for terminating the contract, thus the seriousness of the breach rather than on any formal requirements, which can be dispensed anyway in many situations.

VIII. Damages

In the following section, the circumstances under which the plaintiff is entitled to claim damages will be examined further. According to the reformed German model, this is regulated in par. 280ff. Although specific rules for claiming damages still exist, all of them deal with the recovery of the so-called *expectation damages*, thus the

²⁶⁷ Huber, Gutachten zur Ueberarbeitung des Schuldrechts, Volume 1, p.705

²⁶⁸ Paragraph 323II states the exceptions of the requirement of a notice as being:

Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn

1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgueltig verweigert,
2. der Schuldner die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt und der Glaebiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat oder
3. besondere Umstaende vorliegen, die unter Abwaegung der beidseitigen Interessen den sofortigen Ruecktritt rechtfertigen.

²⁶⁹ Another difference might be the fact that under the modern German system, delay is not a prerequisite for termination any more, whereas in South African law and in English law, it is expressly stated that the notice for termination does not replace the requirement of delay. But this is just a difference at first sight because according to the German judiciary, the notice of demand and the additional notice for termination could fall together anyway under the previous system RGZ 50, 255 (262); 93, 180; 106, 89

²⁷⁰ Treitel, International Encyclopedia of Comparative Law, Remedies for Breach of Contract, at 120-121

²⁷¹ Magnus in Schulze/ Schulte- Noelke (ed.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, p. 78

recovery of losses which the creditor suffered because the performance was in some way defective, delayed or did not take place at all. Or, in other words, the performance rendered deviated to some extent from what the creditor could reasonably expect according to the contract. As under the previous system, modern German law distinguishes between ordinary damage claims and claims for damages instead of performance (*Schadenersatz anstatt der Leistung*). As far as the latter is concerned, an additional element of a notice demanding performance is required. The reason for this additional requirement is that the claim for damages instead of performance is considered to result in a heavy burden for the debtor who might have made expenditures in order to provide the object of sale and who is now confronted with damage claims without being allowed to render his performance.²⁷²

1. English Common law

It does not seem to be well settled under English law, when damages are based on the expectation of the buyer as opposed to the reliance or restitution interest and to what extent they can be combined.²⁷³ As a general rule, the plaintiff has the choice which loss he or she wants to claim, provided that he or she can prove the actual loss and adheres to the restriction that losses must not be remote. This includes aspects of foreseeability and reasonable contemplation of the parties. An important principle as far as the English law of damages is concerned, is that damages are compensatory.²⁷⁴ Thus, the starting principle is to put the victim in the same position as if the contract had been properly performed (expectation interest).²⁷⁵ Recovery of the expectation interest as opposed by the reliance interest seems to be therefore the greatest concern in English contract law or as Atiyah stresses, “the expectation damage rule is generally superior to the reliance damage rule.”²⁷⁶

Irrespective of the highly disputed question which interest should be best protected by

²⁷² Bundestagsdrucksache 14/6040, p. 137

²⁷³ Treitel, *International Encyclopedia of Comparative Law, Remedies for Breach of Contract*, at 73

²⁷⁴ Lord Wilberforce in *Johnson v Agnew* (1980) AC 367 at 400 (H.L.); *The Heron II* (1969) 1 AC 350 at 414 (H.L.), *Ruxley Electronics v Forsyth* (1995) 3 All ER 268 at 270 (H.L.)

²⁷⁵ *C&P Haulage (a firm) v Middleton* (1983) 3 All ER 94 at 98 (C.A.) per Ackner J; *Surrey Count Council v Bredero Homes Ltd* (1993) 3 All ER 705 at 714 (C.A.) per Steyn LJ

²⁷⁶ Atiyah, *An Introduction to the law of Contract*, at 471

contract,²⁷⁷ no special requirements are needed if the creditor wishes to rely on the breach in order to claim damages for expectation interests. As a logical consequence flowing from the absence of any rules in this regard, it is argued that courts have a great discretion to choose between the various methods of assessment,²⁷⁸ or as Treitel puts it “the rules of law governing the recovery of damages for breach of contract are flexible.”²⁷⁹

2. South African law

In South African law, “the object of the award is to compensate the creditor for the loss he has suffered”²⁸⁰ or more precisely, as Fuller and Perdue stress “the promisee is awarded to his or her expectation interest.”²⁸¹ Innes CJ furthermore points out the nature of damages in *Victoria Falls and Transvaal Co Ltd v Consolidated Langlaagte Mines Ltd*²⁸² when he states that “the sufferer should be placed in a position he would have occupied had the contract been properly performed.” In many incidents, courts and legal textbooks have made use of the word *positive interesse* in opposition to *negative interesse*.²⁸³ Nienaber J, for example, found that in times of cancellation of the contract, there was nothing in principle to preclude a claim on the basis of *negative interesse*.²⁸⁴ Similarly, in the *Svorinic* case, the court recognised that a party may claim either *positive* or *negative interesse*.²⁸⁵ In contrast thereto, the court in *Hamer v Wal*²⁸⁶ came to the conclusion that “a plaintiff is not entitled to elect whether he wants to claim *positive* or *negative interesse*.” In the more recent judgment in

²⁷⁷ For a further discussion of the two approaches see Pettit, *Private Advantage and Public Power: re-examining the expectation and reliance interest in contract damages*, (1987) 38 *Hastings LJ* 417; Fuller/Perdue, *The reliance interest in contract damages*, (1936/37) 46 *Yale LJ* 52 who introduced the term “*expectation damage*” as opposed to “*reliance interest*” and “*restitution interest*”; criticised and commented on by Friedmann, *The Performance Interest in Contract Damages*, (1995) 111 *LQR* 628

²⁷⁸ Treitel, *Law of Contract*, at 877

²⁷⁹ Treitel, *Encyclopedia of Comparative Law, Remedies for Breach of Contract*, at 99

²⁸⁰ *ISEP Structural Engineering and Plating (Pty) Ltd v Inland Exploration Co (Pty) Ltd* 1981 (4) SA 1 (A); Christie, *General Principles of the Law of Contract*, at 247

²⁸¹ Fuller/ Perdue, *Reliance interest in contract damages*, (1936) 46 *Yale LJ* 52 at 54

²⁸² 1915 AD 1 22. The same statement can be found among other judgments in *Holmdene Brickworks (Pty) Ltd v Roberts Construction Co Ltd* 1977 (3) SA670 (A) at 687C per Corbett J; *Katzenellenbogen Ltd v Mullin* 1977 4 SA 855 (A) at 875C; *Rens v Coltman* 1996 1 SA 452 (A) at 458E

²⁸³ Visser/Potgieter, *Law of Damages*, at 71ff

²⁸⁴ *Probert v Baker* 1983 (3) SA 229 (D), the judgment delivered by Farlam J is found to be “of considerable assistance in clarifying thinking on the question of contractual damages”, Lewis, *General Principles of contract*, 1998 *Annual Survey of South African law* 172 at 204

²⁸⁵ 1985 (2) SA 573 (W)

²⁸⁶ 1993 (1) SA 235 (T) at 241G, commented on by Harker, *Damages for Breach of Contract: negative or positive interest*, 1994 (111) *SALJ* 5

Mainline Carriers (Pty) Ltd v Jaad Investments CC,²⁸⁷ Farlam J reassured that the creditor is indeed entitled to make an election between both of them, subject to the rule that the expectation interest would set the limit for recovery.²⁸⁸ Additionally, after considering various cases, he could find no support that a plaintiff is entitled to claim reliance interest only on cancellation or that he is restricted to claiming expectation interest on breach of contract.²⁸⁹

While *positive interesse* seems to be the most common type of damage for breaches of contract, no judgment could be found in which the court relied on any kind of additional formal requirements. As the previously stated judgments demonstrate, the current discussion seems to be more concerned with the question whether or not a plaintiff has the right to sue for negative damages (in case of cancellation of the contract) as with the question if the law should impose specific requirements for claiming *positive interesse*. South African law as English law rather restricts liability to losses that the debtor did actually foresee (which was “in the contemplation of the parties”²⁹⁰) and that are in line with basic causation requirements. Although the assessment and calculation of damages naturally differ according to the individual breach of contract²⁹¹, no additional rules in law exist or are presently discussed in respect of any specific (formal) requirements to claim *positive interesse*.

3. Modern German Law

As far as damages are concerned, the modern German model roughly follows the structure that has been already described under the topic of termination in the previous chapter. Like par. 323I for termination, par. 280I states the general rule for the claim of damages, whereas the following paragraphs foresee certain exceptions therefrom. In theory, all breaches must lead to the same legal consequences. But as with the right to terminate the contract, this aim has not been fully achieved in the

²⁸⁷ 1998 (2) SA 468 (CPD)

²⁸⁸ 1998 (2) SA 468 (CPD) at 486. There is considerable discussion on the question whether negative *interesse* can be claimed in case of cancellation of the contract. This discussion falls outside the scope of this essay, for further details see *Probert v Baker* 1983 (3) SA 229 (D); *Hamer v Wall* (1) SA 235 (T); *Tweedy and another v Park Travel Agency (PTY) Ltd t/a Park Tours* 1998 (4) SA 802 (W) at 809; Harker, Damages for Breach of Contract: negative or positive *interesse*, (1994) 111 SALJ 5; Luebbe, The assessment of loss upon cancellation for Breach of Contract, (1984) 101 SALJ 616, McLennan, Positive and negative Damages for Breach of Contract: the confusion of labels 1999 (116) SALJ 521

²⁸⁹ 1998 (2) SA 468 (CPD) at 468

²⁹⁰ Innes CJ in *Dennill v Atkins 1905 TS 282* at 288/289 stresses that “the party in default is only liable for the damages which may fairly be considered to have been within the contemplation of the parties.”

field of damages either. Paragraph 280 is followed by various rules dealing with specific damages. Firstly, par. 280II regulates damages caused by delayed performance. An extra rule in addition to par. 280 was considered to be necessary because of the additional requirement of delay stipulated in par. 286I.²⁹² Secondly, par. 280I deals only with the so-called “*kleinen Schadensersatz*”, that means it concerns damages which arise in addition to performance. Paragraph 280ff answer the question under which circumstances damages instead of performance (*grosser Schadensersatz*) are recoverable. In case of delayed performance or malperformance, the creditor can claim damages instead of performance if he sets a reasonable limit of time for performance according to par. 281I 1. Paragraph 281I 2 and 3 and par. 281II-IV regulate exceptions from the general requirement to set a reasonable time limit. Paragraph 282 regulates when damages can be claimed in case of a violation of “other duties”. Finally, par. 283 deals with damages occurring through impossibility. Similar to termination, the creditor is relieved from any additional requirements and can directly claim damages according to par. 280I.²⁹³

The rules dealing with the recovery of damages are subject to criticism.²⁹⁴ The criticism is concerned with both the structure and the content of the rules. Concerning the structure, the relationship between par. 280I on the one hand and the special rules of par. 280ff on the other is considered to be unclear. Schapp points out that “it remains an open question whether or not the additional requirements stated in par. 280ff represent a completion of the notion of “breach of duty” itself or if these requirements just concern the legal consequences arising therefrom.”²⁹⁵ In terms of the content, as an exception, par. 281II foresees that “specific circumstances must be established which (...) are able to justify the immediate possibility to claim damages.” The broadness and vagueness of this term becomes evident from the wording of this provision. As par. 280ff are central and important norms, their wide and indefinite character is therefore criticised.

²⁹¹ See the detailed examination delivered by Joubert, General Principles of the Law of Contracts, at 255 ff

²⁹² Paragraph 280II states: *Schadensersatz wegen Verzoegerung der Leistung kann der Glaebiger nur unter den zusaetzlichen Voraussetzungen des par. 286 verlangen.*

²⁹³ Note that in case of initial impossibility, the creditor can only claim damages according to par. 311aII. The reason for this special rule is that a performance which becomes initially impossible cannot be considered to constitute a “breach of duty” according to par. 280I.

²⁹⁴ Stoll speaks of par. 281 as “*a regrettable rule*”, Stoll, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstoerungen, JZ 2001, 589 (594)

²⁹⁵ Schapp, Empfiehlt sich die Pflichtverletzung als Generaltatbestand des Leistungsstoerungsrechts?, JZ 2001, 583 (586)

Furthermore, what has been discussed previously as far as termination is concerned, the rules dealing with damages are not considered to be well co-ordinated with the rules dealing with delay.²⁹⁶ For instance, in case of delayed performance, the requirement of a demand is dispensed if a specific time was stipulated in the contract according to par. 286II no. 1. Yet, pursuant to par. 281, the creditor's entitlement to claim damages requires without exception the setting of a reasonable time limit. Thus, although the demand as a prerequisite for delayed performance and the setting of a reasonable time limit for the claim of damages are comparable, both are regulated differently. For this deviation, no convincing arguments exist.²⁹⁷

The most significant changes of the new rules as far as damages are concerned, are supposed to be found in the field of positive malperformance.²⁹⁸ Here, positive damages were previously only granted if the seller had deliberately concealed defects in the goods (*arglistiges Verschweigen eines Fehlers*), if the object of the sale lacked any qualities which it was warranted as having (*zugesicherte Eigenschaft*) or in case of violations of secondary duties, as far as *cic* and *pVV* were applicable. In other cases, the buyer was restricted to diminish the value of the goods (*Minderung*) or undo the contract (*Wandlung*). In contrary, according to the draft rules, the seller can be held liable for positive damages if he performs badly according to par. 437, 280, 281. From the point of view of the seller, the draft could result in serious practical changes, namely in a far broader scope of his liability because he can be held liable for all negligent acts.²⁹⁹ Despite this fact, the *Official Motives* argue that "malperformance constitutes a "breach of duty" and that it therefore falls under the general rules of the par. 280ff." As a second argument, it has always been difficult to draw a distinction between the general law of obligations and the specific rules dealing with malperformance, regulated in previous par. 459ff (*Maengelgewaehrleistung*). Nevertheless and despite these convincing arguments, it remains unclear which standard of care the seller must comply with to be relieved

²⁹⁶ For further discussion see Ernst, Die Schuldrechtsreform 2001/2002, ZRP 2001, 1 (6 following); Schapp, Empfiehlt sich die Pflichtverletzung als Generaltatbestand des Leistungsstoerungsrechts? JZ 2001, 583 (586ff); Stoll, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstoerungen, JZ 2001, 589 (593ff.)

²⁹⁷ Instead, Ernst proposes to regulate the recovery of positive damages and termination under one heading and deal with both necessary declarations of the creditor alike. Ibid, at 1 (10)

²⁹⁸ Out of space constraints, these changes can only be stated in an overview.

²⁹⁹ "*Verschaerfung der Verkaeuferspfllichten*", Stoll, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstoerungen, JZ 583 (596) with a short analysis of possible economic consequences; Schapp, Empfiehlt sich die Pflichtverletzung als Generaltatbestand des Leistungsstoerungsrechts?, JZ 2001, 589 (598)

from the fault criterion of par. 280 and thus from liability.³⁰⁰ Additionally, it can be doubted if the fault criterion really assists in sufficiently limiting the scope of liability of the seller.³⁰¹ In par. 439I, an additional remedy for the buyer is introduced. In case of defective performance, the seller has the right to demand that the defect be corrected or to demand that goods without defects shall be delivered³⁰² (*Nacherfuellungsanspruch*).³⁰³ This remedy is not only available to the buyer but it also constitutes a right to the seller to perform within an additional period of time. If he arrives to perform within this time, the buyer cannot claim damages. Insofar, par. 439I can be considered as a restriction of the seller's liability to damages. This claim might work as a tool to limit the liability of the seller for damages,³⁰⁴ but as it is a totally new approach in the law of contracts of sale, no experience exists in this regard and it must therefore be further evaluated in the future.

4. Comparative Aspects

All legal systems acknowledge the fact that the positive interest of the creditor is a recoverable interest in contract law. English as well as South African law seem to consider the expectation interest to be the prior interest without imposing any further requirements on the creditor.³⁰⁵ The German approach, with its requirement of the creditor setting an additional period of time, is not entirely new, as the previous par. 326 also required this prerequisite for delayed performance.³⁰⁶ As this requirement is now applicable for all types of breaches according to par. 281 (*Schadensersatz statt der Leistung*), the modern system can be considered to have extended the original concept of par. 326 for delayed performance.

³⁰⁰ Altmeppen claims that the draft lacks precision, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung- Ein Beispiel fuer die Ueberhastung der Schuldrechtsreform, DB 2001, 1131 (1131)

³⁰¹ Stoll, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstoerungen, JZ 2001, 589 (597)

³⁰² This remedy is available is available in case of unascertained goods as objects of sale which are identifiable by generic description

³⁰³ This shall above all enforce the principle of *pacta sunt servanda* because all the other remedies (termination, damages and price reduction) are available only after the time limit has elapsed without that the performance has taken place, Lorenz, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung- ein Beispiel fuer die Ueberhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 742 (743)

³⁰⁴ In favour of this argument Lorenz, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung- ein Beispiel fuer die Ueberhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 742 (743)

³⁰⁵ This might well have to do with the fact that in common law jurisdictions, "relief of this kind is always available, damages being therefore the primary remedy for damages." Treitel, International Encyclopedia of Comparative Law, Remedies of Breach of Contract, at 24

³⁰⁶ In accordance with the previous system, the notice must imply that after the additional period of time, performance would be refused (*Ablehnungsandrohung*).

South Africa, as far as the law of damages is concerned, follows the English approach.³⁰⁷ This corresponds to the conclusion drawn previously about the law of termination. Both systems have perfectly general rules for remedies arising from breaches of contract, namely that the creditor is entitled to damages arising from the breach without requiring additional (formal) prerequisites. Thus, although both systems recognise a formal notice in so far as the termination of contract is concerned, none of the two seems to take into consideration a similar notice for claiming damages. To conclude, English and South African law do not follow the German path but rather rely solely on content-based premises to limit the liability for damages like remoteness³⁰⁸ and mitigation of damages. As no strict rules in England or South Africa exist, the courts' discretion seems to be higher compared to the German formal solution.³⁰⁹ The advantage of the German model with its prerequisite of a formal notice is that it is relatively easy to prove at trial. But the question, whether the German modernised system offers a suitable scope of liability for damages, is one of the most difficult ones to answer, namely because significant changes have taken place in the area of law of sale, which must be further experienced and discussed.

E. Final Conclusion

The German draft with its general rules concerning the law of obligations, and specifically, the legal institute of breach of contract, shows more similarities to the common law and CISG approach than the previous system. Although specific rules still exist as far as the breach, or the remedies arising therefrom, are concerned, German law seems to have made an important step towards a unified law of obligations. This finding is in accordance with that of Schlechtriem, who attempted a comparative survey of the former draft of the Reform Commission, common law and the CISG.³¹⁰ Of course, the different scope of modern German law and the CISG makes a comparative survey rather difficult. The CISG is narrowly conceived to apply solely to contracts of sale, whereas the German law of obligations encompasses rules

³⁰⁷ Erasmus states that "*the superimposition upon the Roman Dutch law of judicial and procedural framework of unmistakably English character has had a profound influence on the law of damages.*" Erasmus, *Aspects of the History of the South African Law of Damages*, 1975 THRHR 268

³⁰⁸ *Holdene Brickworks (Pty) Ltd v Roberts Construction Co Ltd* 1977 (3) SA 670 (A), stating the limiting principles of *causation* and *remoteness* which come close to the criteria stressed in the English case of *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Ex. 341

³⁰⁹ Treitel, *International Encyclopedia of Comparative Law, Remedies for Breach of Contract*, at 86

³¹⁰ Schlechtriem, *Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland*, ZEuP 1993, 217

valid for all kinds of contracts as well as for statutory obligations. Furthermore, the CISG deals with trade contracts,³¹¹ whereas the German law applies to contracts between private persons and consumers. Thus, the field in which the CISG is employed, is much narrower than the sphere of application of the German law of obligations. Hence, CISG rules cannot be adapted without considering these important issues, and this distinguishes these rules from the German reformed law of obligations.³¹²

The differences between German law, common and CISG law occur because of Germany's tendency to impose certain formal requirements on the creditor. A dominant feature of German law is "the existence of a procedure for setting time limits".³¹³ As the present examination has demonstrated, this statement is valid also for the modern German law. German legislature defends this "conservative approach" by arguing for the debtor's interests. Formal notices serve the aim of informing the debtor about his duty to perform and moreover, of giving him an additional time within which he is entitled to perform. In contrast, English law in general does not require any formal notices. This difference might originate from the English principle which "accords with the spirit of commercial men, who practice morality rather than that of renunciation, whereas the continental laws are more social."³¹⁴ Whether Germany with its formal requirements offers satisfying solutions may be doubted if one takes into consideration that "in the modern world, exchange transactions are very largely standardised and they must be quickly and painlessly executed."³¹⁵

However, the still-existing differences between the German model and the CISG and common law have been broadly discussed. Therefore, one cannot contend that the German legislature did not consider them. The previous sections in this essay have illuminated that the different systems often produce similar results, although "the paths leading thereto are more than often strikingly different."³¹⁶ Thus, according to the evaluation above, it seems as though the differences are more important on a

³¹¹ According to Art. 1 (3) of the CISG, the civil or commercial character of the contract is not to be taken into consideration in determining the application of the Convention. Nevertheless, the sphere of application is de facto limited to commercial purchases by the exclusion of goods brought for personal use (Art. 2 (a)). This means that the Convention is conditional upon the goods being acquired for business purposes. See Schlechtriem, *Commentary on the CISG*, Art. 2 no. 5.

³¹² Schlechtriem, *Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland*, ZEuP 1993, 217 (220)

³¹³ Reynolds, *Discharge by breach as a remedy*, in Finn (ed.), *Essays on Contracts*, at 187

³¹⁴ Lawson, *Fault and Contract- a few comparisons*, 1975 *Tulane Law Review* 295 at 305

³¹⁵ Zweigert/ Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, at 513

³¹⁶ Marcantonio, *Unifying the Law of Impossibility* (1984) *Hastings Int. & Comp. LR* 41 at 43

theoretical level than on a level of providing a different scope for liability.³¹⁷ Nevertheless, the still existing differences must be carefully reconsidered if Germany wants to achieve its aim of “having the opportunity to influence the European unification of the law of obligations.”³¹⁸

How does the South African system fit into this context? Cockrell proposes that one should consider the South African concept of breach of contract as a “fissured concept”,³¹⁹ or as a system which “has become fractured into a number of pigeon-holes into which the promisor’s conduct must be slotted before it can attract the consequences of breach of contract.”³²⁰

Different to the common law approach and more similar to the previous German law, the South African law often distinguishes between time and content of performance, thereby dividing it into positive and negative malperformance.³²¹ Whereas positive malperformance refers to the content of an obligation, negative performance relates to the time of the performance.³²²

Although there has not been much writing about the constituent elements of positive malperformance, one gains the impression that the discussion in South Africa focuses on the question which criteria must be fulfilled to establish the individual breach of contract, rather than to deal with breach of contract on a general basis, as the English law does. This assessment is further endorsed by judicial statements which emphasise that “the two forms of cases are different in character and that different rules relating to the right to cancel apply.”³²³ This South African distinction is therefore sometimes found to be unhelpful.³²⁴

As stated previously, the situation as far as the remedial level is concerned, is however different. The evaluation of judgments and textbooks as to when, and under which circumstances, the creditor can claim damages or terminate the contract approximates to the unified English concept. This might be the reason why South

³¹⁷ Magnus, *Der Begriff der Pflichtverletzung*, 67 (79)

³¹⁸ Schlechtriem, *Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland*, ZEuP 1993, 217 (246)

³¹⁹ Cockrell, *Breach of Contract*, in Zimmermann, Reinhard/ Visser, Daniel (ed.), *Southern Cross, Civil Law and Common Law in South Africa*, Chapter 9, p. 303 at 303

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ *Sweet v Ragereghara* 1978 (1) SA 131 (D) at 138

³²² *Broderick Properties Ltd v Rood* 1962 4 SA 447 (T), Roberts AJ relying on Steyn, *Mora Debitoris* volgens die hedendaagse Romeins-Hollandse reg

³²³ Kumleben J in *Sweet v Ragereghara* 1978 (1) SA 131(D) at 138E

³²⁴ *Broderick Properties Ltd v Rood* 1962 (4) SA 447 (T) at 450

African law is considered to have “a strange dichotomy: whereas the existence of liability is determined in accordance with the substantive law which is Roman-Dutch in origin, the quantification of liability is largely governed by rules and concepts derived from English law.”³²⁵ Whether this situation can really be considered to be satisfactory can be doubted, taking into consideration the extent to which German law has experienced difficulties with squeezing the various cases into the different categories of breaches. In South African law, this problem has also been considered by Cockrell, who points out that “one risk attends such a process of fissure: specific breaches which have developed independently will almost inevitably come into conflict where they are forced to cross one another.”³²⁶ This conflict was one of the reasons, which lead to the German reform and which has been discussed throughout this essay. Thus, it might well be that South African law will experience the same problems in future as German law, which might then also lead to certain changes, aiming at a harmonisation of its domestic law with internationally accepted and universally applied standards.

To conclude and coming back to the question posed in the introduction whether English Common law or South African law can offer any guidelines for German courts and practitioners to deal with the all-embracing notion of “breach of duty”, one must first state that English common law can surely be of assistance in further developing this notion. As demonstrated throughout this essay and in accordance with what has been said in the final conclusion so far, although still differences exist, modern German law approximates to English common law with its unified system of “breach of contract”. The situation is however different as far as the South African law is concerned. Here, important differences exist, which must lead to the conclusion that this legal system does not seem to offer helpful guidelines for the German legal world.

Note: The German draft was ratified in Parliament on 11 October 2001 in the version of *Bundestagsdrucksache* 14/6040 and 14/7052 and passed the Federal Council (*Bundesrat*) on 9 November 2001. The Act was published in the *Bundesgesetzblatt*

³²⁵ Erasmus, Aspects of the History of the South African law of damages 1975 THRHR 268 at 280

BGBI. Part I no. 61/ 2001 from 29 November 2001³²⁷ and came into legal force on 1 January 2002.

Extracts from the Act ratified in Parliament on 11 October 2001 are attached to this essay for the purpose of a better understanding of the present subject. The final version was found to be published on the Internet under <http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/index.htm>, date of download: 22 December 2001.

³²⁶ This effect is further confirmed by judgments “where the choice of the correct pigeon-hole was a matter of some difficulty”, Cockrell, Breach of Contract, in Zimmermann, Reinhard/ Visser, Daniel (ed.), Southern Cross, Civil Law and Common Law in South Africa, chapter 9, at 319

³²⁷ The *Bundesgesetzblatt* offers a reading version on the Internet under <http://217.160.60.235/BGBL/bgb11f/b101061f.pdf>

F. Bibliography

- Altmeppen, Holger, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung- Ein Beispiel fuer die Ueberhastung der Schuldrechtsreform, *Der Betrieb* 2001, 1131
- Anders, Holm, Der zentrale Haftungsgrund der Pflichtverletzung im Leistungsstoerungsrecht, *Zeitschrift fuer Wirtschaftsrecht* 2001, 184
- Atiyah, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, 5th edition, Oxford: Clarendon Press, 1995
- Boyle, Christine/ Percy, David R., *Contracts: Cases and Commentaries*, 3rd edition, Toronto: Carswell, 1985
- Brueggemeier, Gert/ Reich, Norbert, Europaeisierung des BGB durch die grosse Schuldrechtsreform, *Betriebsberater* 2001, 213
- Canaris, Claus-Wilhelm, Zur Bedeutung der Kategorie der Unmoeglichkeit in Schulze/ Schulte- Noelke (ed.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, p. 43
- Carter, J.W., *Breach of contract*, 2nd edition, London: Sweet & Maxwell, 1991
- Christie, R.H., *The Law of Contract in South Africa*, 4th edition, Durban: Butterworths, 2001
- Cockrell, Alfred, *Breach of Contract in Zimmermann, Reinhard/ Visser, Daniel (ed.), Southern Cross, Civil Law and Common Law in South Africa*, Cape Town: Juta, 1996
- Devlin, Lord, The treatment of breach of contract, 1966 *Cambridge Law Journal* 192
- De Wet, J.C. & Van Wyk, A.H., *Die Suid- Afrikaanse kontraktereg & handelsreg*, volume 1, Durban: Butterworths, 1992

De Vos, Wouter, Aspekte van Mora Debitoris, 1978 (41) Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 252

De Vos, Wouter, Mora Debitoris and Rescission, 1970 (87) South African Law Journal 304

Erasmus, HJ, Aspects of the History of the South African Law of Damages, (1975) 38

Tydskrif vir Hedendaagse Romeins- Hollandse Reg 268

Erman, Handkommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, 7th edition, Muenster, 1981

Ernst, Wolfgang, Die Schuldrechtsreform 2001/2002, Zeitschrift fuer Recht und Praxis 2001, 1

Farlam and Hathaway, Contract- Cases, Materials and Commentary, 3rd edition, Cape Town: Juta, 1988

Friedmann, D, The Performance Interest in Contract Damages, (1995) 111 Law Quarterly Review 628

Fuller L./ Perdue W, The reliance interest in contract damages, (1936/37) 46 Yale Law Journal 52

Grubb, Andrew/ Furmston, Michael (ed.), Butterworths Common Law Series, The Law of Contract, London, Dublin, Edinburgh: Butterworths, 1999

Grunewald, Barbara, Vorschlaege fuer eine Neuregelung der anfaenglichen Unmoeglichkeit und des anfaenglichen Unvermoegens, Juristenzeitung 2001, 433

Harker, J R, The nature and scope of rescission as a remedy for breach of contract in American and South African law, 1980 Acta Juridica, 61

Harker, J R, Damages for breach of contract: negative or positive interesse, 1994 (111) South African Law Journal 5

Hawthorne, Luanda/ Lotz, Jan, Contract Law Casebook, 2nd edition, Kenwyn: Juta, 1999

Huber, Ulrich, Leistungsstoerungen. Empfiehlt sich die Einfuehrung eines Leistungsstoerungsrechts nach dem Vorbild des einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Aenderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im praktischen Schuldrecht wuerden sich dabei ergeben? In Bundesminister der Justiz, (ed.), Gutachten und Vorschlaege zur Ueberarbeitung des Schuldrechts, Volume 1, Koeln, 1981

Huber, Ulrich, Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstoerung, Zeitschrift fuer Wirtschaftsrecht 2000, 2273

Huber, Ulrich, Die Unmoeglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Zeitschrift fuer Wirtschaftsrecht 2000, 2137

Jones, Gareth H./ Schlechtriem, Peter, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VII, Contracts in general, Chapter 15: Breach of Contract, Muenster: Mohr Siebeck, 1999

Jorden, Simone/Lehmann, Michael, Verbrauchsgueterkauf und Schuldrechtsmodernisierung, Juristenzeitung 2001, 952

Joubert, D.J., General Principles of the Law of Contract, Cape Town: Juta, 1987

Kerr, A.J., The principles of the law of contract, 5th edition, Durban: Butterworths, 1998

Kerr, A.J., Notice of Intention to cancel the contract, conditional notices of cancellation, and notice of cancellation simpliciter, 1973 (90) South African Law Journal 109

Kerr, A.J., Mora debitoris: the rule in Broderick Properties v Rood, 1978 South African Law (95) Journal 143

Kerr, A.J., Cancellation, Termination, Rescission and the effect thereof, 1980 (97) South African Law Journal 375

Kerr, A.J., Some problems concerning the beginning and the ending of contracts, 1989 (106) South African Law Journal 97

Lawson, F.H., Fault and Contract- A few Comparisons, 1975 *Tulane Law Review* 295

Lee, R.W./Honore, Tony, *The South African Law of Obligations*, Durban: Butterworths, 1978

Lewis, Carole, General Principles of contract, 1998 *Annual Survey of South African law*, 172

Lorenz, Stephan, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung- ein Beispiel fuer die Ueberhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, *Juristenzeitung* 2001, 742

Luebbe, Gerhard, The assessment of loss upon cancellation for breach of contract, 1984 (101) *South African Law Journal* 616

Magnus, Ulrich, *Der Tatbestand der Pflichtverletzung in Schulze/ Schulte-Noelke (ed.), Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Muenster: Mohr Siebeck, 2001

Marcantonio, J Barrigan, Unifying the Law of Impossibility 1984-85 (8) *Hastings International & Comparative Law Review* 41

Markesinis, B.S., *The German Law of Obligations, Volume 1, The Law of Contracts and Restitutio*, Oxford: Oxford University Press, 1997

Marsh, P.D.V., *Comparative Contract law: England, France, Germany*, Aldershot: Gower, 1994

McLennan, JS, Positive and negative Damages for Breach of Contract: the confusion of labels, 1999 (116) *South African Law Journal* 521

McLennan, JS, Mora debitoris and abandonment of contract, 2000 (117) *South African Law Journal* 69

Muenchner Kommentar, Buergerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 2nd edition, Muenchen: Beck, 1985

Nicholas, Barry, *The Vienna Convention on International Sales Law*, 1989 (105) *Law Quarterly Review* 201

Oxford English Private Law, Volume II, Oxford: Oxford University Press, 2000

Palandt, Otto, Buergerliches Gesetzbuch, Muenchen: Beck, 1995

Pettit, M, Private Advantage and Public Power: re-examining the expectation and reliance interest in contract damages, 1987 (38) Hastings Law Journal 417

Ramsden, WA, Some Historical Aspects of Supervening Impossibility of Performance of Contract, 1975 (38) Tydskrif vir Hedendaagse Romeins- Hollandse Reg 153

Ramsden, WA, "Commercial" Impossibility of Performance, 1989 (196) South African Law Journal 553

Ramsden,WA, Supervening impossibility of Performance in the South African law of contract, Cape Town: Juta, 1985

Reynolds, F.M.B., Discharge by Breach as a Remedy, in Finn, P.D. (ed.), Essays on Contracts, Sydney, N.S.W.: Law Book Co., 1987

Reynolds, F.M.B., Discharge of Contract by Breach, 1976 (92) Law Quarterly Review 17

Robbers, Gerhard, An Introduction to German Law, Baden-Baden: Nomos, 1998

Schapp, Jan, Empfiehlt sich die Pflichtverletzung als Generaltatbestand des Leistungsstoerungsrechts?, Juristenzeitung 2001, 583

Schlechtriem, Peter, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2nd edition, Oxford, New York : Oxford University Press, 1998.

Schlechtriem, Peter, Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, Zeitschrift fuer die Europaische Praxis 1993, 217

Sher, Howard, Delayed Performance, Repudiation and Cancellation (1995) 3 Juta's Business Law 125

Smith, Stephen A., Concurrent liability in contract and unjust enrichment: the fundamental breach requirement, 1999 (115) Law Quarterly Review 245

Staub, Die positive Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen in: Festschrift fuer den 16. Deutschen Juristentag, Berlin, 1902

Steyn, Izak van Zijl, Mora Debitoris volgens die hedendaagse Romeins- Hollandse reg, Kaapstad : Nasionale Pers, 1929

Stoll, Hans, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstoerungen, Juristenzeitung 2001, 589

Stoop, BC, The relevance of fault in breach of contract, 1998 (61) Tydskrif vir Hedendaagse Romeins- Hollandse Reg 1

Teichmann, Arndt, Strukturveraenderungen im Recht der Leistungsstoerungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtmodernisierungsgesetzes, Betriebsberater 2001, 1485

Treitel, Guenter Heinz, Law of Contracts, 10th edition, London: Sweet & Maxwell, 1999

Treitel, Guenter Heinz, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VII Contracts in general, Chapter 1: Remedies for Breach of Contract, Muenster: Mohr Siebeck, 1976

Van der Merve, Schalk/ Van Huysteen, L F/ Reinecke, M F B/ Lubbe, G F/ Lotz, J G, Contract- General Principles, 1st edition, Cape Town: Juta, 1993

Van Rensburg, ADJ/ Lotz JG/ Van Rheyn, Tar, Contract, volume 5 in Joubert, WA (ed.), The Law of South Africa, par. 124 following, 1st reissue, Durban: Butterworths, 1993-

Von Mehren, Arthur, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VII Contracts in general, Chapter 1: A general view of Contract, Muenster: Mohr Siebeck, 1982

Visser, PJ/ Potgieter, JM, Law of Damages, Cape Town: Juta, 1993

Wahl, A., Schuldnerverzug: Buergerliches Gesetzbuch, Rechtssystematik und Schuldrechtsreform, Berlin, 1998

Wessels, J.W., The Law of Contract in South Africa, 2nd edition, Durban: Butterworths, 1951

Zimmermann, Reinhard, The Law of Obligations- Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1st edition, Cape Town: Juta, 1990

Zimmermann, Reinhard, Schuldrechtmodernisierung?, Juristenzeitung 2001, 171

Zweigert Konrad/Koetz Hein, An Introduction to Comparative Law, 3rd edition, Oxford: Clarendon Press, 1998

G. Table of Cases

English law

Bank Line Ltd v. Arthur Capel & Co (1919) A.C. 435 (H.L.)
 Bentsen v Taylor, Sons and Co (1893) 2 Q.B. 274 (C.A.)
 British Movietonenevents Ltd v London & District Cinemas (1952)
 A.C. 166 (H.L.)
 Bunge Corporation New York v Tradax Export Panama (1981) 1 W.L.R. 711
 C&P Haulage (a firm) v Middleton (1983) 3 All ER 94 (C.A.)
 Cehave N.V. v Bremer Handelsgesellschaft GmbH (1976) Q.B. 44 (C.A.)
 Davis Contractors Ltd v Fareham UDC (1956) A.C. 696 (H.L.)
 Hadley v Baxendale (1854) 9 Ex. 341
 Hongkong Fir Shipping Co. Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. (1962) 2 Q.B. 26 (C.A.)
 Horlock v Beal (1916) 1 A.C. 486 (H.L.)
 Johnson and another v Agnew (1980) A.C. 367 (H.L.)
 Krell v Henry (1903) 2 K.B. 740 (C.A.)
 Nicolene Ltd. v. Simmonds (1952) 2 Lloyd's Rep., 419 (Q.B.)
 Paradine v Jane S.C. Ayleyn. 26, 82 E.R. 897; 82 E.R. 519 (K.B.)
 Raineri v. Miles (1981) A.C. 1050 (H.L.)
 Ruxley Electronics v Forsyth (1995) 3 All ER 268 (H.L.)
 Surrey County Council and another v Bredero Homes Ltd (1993) 3 All ER 705 (C.A.)
 Taylor v Caldwell (1863) 3 B.& S. 826
 Tennants (Lancashire) Ltd v CS Wilson & Co Ltd. (1917) A.C. 495 (H.L.)
 The Eugenia (1964) 2 Q.B. 226 (C.A.)
 The Furness Bridge (1977) 2 Lloyd's Rep 367 (Q.B.)
 The Heron II (1969) 1 A.C. 350 (H.L.)
 The Laconia (1977) A.C. 850 (H.L.)
 Wallis, Son and Wells v Pratt and Haynes (1910) 2 K.B. 1003 (C.A.)
 Wickman Machine Tool Sales Ltd v L. Schuler A.G (1974) A.C. 235 (H.L.)

South African law

Administrator of Natal v Edouard 1990 (3) SA 581 (A)
 Alfred Mc Alpine & Son Pty Ltd v Transval Provincial Administration 1977 (4) SA 310 (T)
 Aucamp v Morton 1949 (3) SA 611 (A)
 Bischofsberger v Van Eyk, 1981 (2) SA 607 (W)
 Bob's Shoe Centre v Heneways Freight Services (PTY) Ltd 1995 (2) SA 421 (A)
 Breitenbach v Van Wijk, 1923 AD 541 (A)
 Broderick Properties (Pty) Ltd. v Rood, 1962 (4) SA 447 (T)
 De Vries v Wholesale Cars 1986 (2) SA 22 (O)
 Dennill v Atkins 1905 (1) TS 282
 Durr v Buxton White Line Co 1909 TS (2) 876
 Federal Tobacco Works v Barron and Co 1904 TS (1) 483
 Goldstein and Wolff v Maison Blanc (Pty) Ltd 1948 (4) SA 446 (C)
 Greenfield Manufacturers (Temba) (Pty) Ltd v Royton Electrical Engineering (Pty) Ltd 1976
 (2) SA 565 (A)
 Grobbelaar v Bosch 1964 (3) SA 687 (E)

Hamer v Wal 1993 (1) SA 235 (T)
 Hayter's Radio Exchange v Hidge 1949 (1) SA 19 (E)
 Hersman v Shapiro & Co 1926 TPD 367
 Holmdene Brickworks (Pty) Ltd v Roberts Construction Co Ltd 1977 (3) SA 670 (A)
 ISEP Structural Engineering and Plating (Pty) Ltd v Inland Exploration Co (Pty) Ltd 1981 (4) SA 1 (A)
 Katzenellenbogen Ltd v Mullin 1977 (4) SA 855 (A)
 Kragga Kamma Estates CC and another v Flanagan 1995 (2) SA 367 (A)
 Legogote Development Co. (Pty) Ltd. v Delta Trust & Finance Co. 1970 (1) S.A. 584 (T)
 Louw v Trust- Administrateurs Bpk 1971 (1) SA 896 (W)
 Mahabeer v Sharma NO and another 1982 (4) SA 242 (N)
 Mainline Carriers (Pty) Ltd v Jaad Investments CC 1998 (2) SA 468 (C)
 Microutdicos v Swart, 1949 (3) S.A. 715 (A)
 Nel v Cloete 1972 (2) SA 150 (A)
 Peters, Flamman & Co v Kokstad Municipality 1919 AD 427
 Ponisammy and another v Versailles Estates (Pty) Ltd 1973 (1) SA 372 (A)
 Probert v Baker 1983 (3) SA 229 (D)
 Rens v Coltman 1996 1 SA 452 (A)
 Shrosbee NO v Simon 1999 (2) SA 488 (E)
 Small v Smith 1954 (3) SA 434 (SWA)
 Smart & Co v Rhodesian Machine Tools 1950 (1) SA 735 (SR)
 Spies v Lombaard 1950 (3) SA 469 (A)
 Svorinic and others v Briggs 1985 (2) SA 573 (W)
 Sweet v Rageruhara 1978 (1) SA 131 (D)
 The Treasure Chest v Tambuti Enterprises (Pty) Ltd 1975 (2) SA 738 (A)
 Tweedie & another v Park Travel Agency (Pty) Ltd t/a Park Tours 1998 (4) SA 802 (W)
 Victoria Falls and Transvaal Power Co Ltd v Consolidated Langlaagte Mines Ltd 1915 AD 1

German law

RGZ 50, 2
 RGZ 93, 180
 RGZ 94, 47
 RGZ 100, 131
 RGZ 101, 81
 RGZ 102, 273;
 RGZ 106, 89
 RGZ 107, 157
 RGZ 117, 315;
 BGH 66, 315
 BGH DB 71, 520;
 BGH WM 1983, 841
 BGH NJW 1999, 635

ATTACHMENT

Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts
in der vom deutschen Bundestag am 11.10.2001 beschlossenen Fassung
(konsolidierte Fassung der Synopse aus BT-Drucks. 14/7052, nur Gesetzestext, ohne Gewähr)

Artikel 1
Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

(1) Das Bürgerliche Gesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 400-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. In § 121 Abs. 2 wird das Wort „dreißig“ durch das Wort „zehn“ ersetzt.

2. § 124 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 2 Satz 2 wird die Angabe „des § 203 Abs. 2 und der §§ 206, 207“ durch die Angabe „der §§ 206, 210 und 211“ ersetzt.

b) In Absatz 3 wird das Wort „dreißig“ durch das Wort „zehn“ ersetzt.

3. Im ersten Buch wird der fünfte Abschnitt wie folgt gefasst:

„Abschnitt 5
Verjährung

Titel 1
Gegenstand und Dauer der Verjährung

§ 194
Gegenstand der Verjährung

(1) Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung.

(2) Ansprüche aus einem familienrechtlichen Verhältnis unterliegen der Verjährung nicht, soweit sie auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet sind.

§ 195
Regelmäßige Verjährungsfrist

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.

§ 196
Verjährungsfrist bei
Rechten an einem Grundstück

Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück sowie auf Begründung, Übertragung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder auf Änderung des Inhalts eines solchen Rechts sowie Ansprüche auf die Gegenleistung verjähren in zehn Jahren.

§ 197
Dreißigjährige Verjährungsfrist

(1) In 30 Jahren verjähren, soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

1. Herausgabeansprüche aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten,

2. familien- und erbrechtliche Ansprüche,

3. rechtskräftig festgestellte Ansprüche,

4. Ansprüche aus vollstreckbaren Vergleichen oder vollstreckbaren Urkunden und

5. Ansprüche, die durch die im Insolvenzverfahren erfolgte Feststellung vollstreckbar geworden sind.

(2) Soweit Ansprüche nach Absatz 1 Nr. 2 regelmäßig wiederkehrende Leistungen oder Unterhaltsleistungen und Ansprüche nach Absatz 1 Nr.

3 bis 5 künftig fällig werdende regelmäßig wiederkehrende Leistungen zum Inhalt haben, tritt an die Stelle der Verjährungsfrist von 30 Jahren die regelmäßige Verjährungsfrist.

§ 198
Verjährung bei Rechtsnachfolge

Gelangt eine Sache, hinsichtlich derer ein dinglicher Anspruch besteht, durch Rechtsnachfolge in den Besitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Verjährungszeit dem Rechtsnachfolger zugute.

§ 199
Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist und Höchstfristen

(1) Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluß des Jahres, in dem

1. der Anspruch entstanden ist, und

2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

- (2) Schadensersatzansprüche, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen, verjähren ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an.

- (3) Sonstige Schadensersatzansprüche verjähren

1. ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an, und

2. ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an. Maßgeblich ist die früher endende Frist.

- (4) Andere Ansprüche als Schadensersatzansprüche verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an.

- (5) Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so tritt an die Stelle der Entstehung die Zuwiderhandlung.

§ 200
Beginn anderer Verjährungsfristen

Die Verjährungsfrist von Ansprüchen, die nicht der regelmäßigen Verjährungsfrist unterliegen, beginnt mit der Entstehung des Anspruchs, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist. § 199 Abs. 5 findet entsprechende Anwendung.

§ 201
Beginn der Verjährungsfrist von festgestellten Ansprüchen

Die Verjährung von Ansprüchen der in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 bezeichneten Art beginnt mit der Rechtskraft der Entscheidung, der Errichtung des vollstreckbaren Titels oder der Feststellung im Insolvenzverfahren, nicht jedoch vor der Entstehung des Anspruchs. § 199 Abs. 5 findet entsprechende Anwendung.

§ 202
Unzulässigkeit von
Vereinbarungen über die Verjährung

(1) Die Verjährung kann bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden.

(2) Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden.

Titel 2
Hemmung, Ablaufhemmung und Neubeginn der Verjährung

§ 203
Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen

Schweben zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, so ist die Verjährung gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Die Verjährung tritt frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein.

§ 204
Hemmung der Verjährung durch Rechtsverfolgung

(1) Die Verjährung wird gehemmt durch

1. die Erhebung der Klage auf Leistung oder auf Feststellung des Anspruchs, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlass des Vollstreckungsurteils,
2. die Zustellung des Antrags im vereinfachten Verfahren über den Unterhalt Minderjähriger,
3. die Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren,
4. die Veranlassung der Bekanntgabe des Güteantrags, der bei einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle oder, wenn die Parteien den Einigungsversuch einvernehmlich unternehmen, bei einer sonstigen Gütestelle, die Streitbeilegungen betreibt, eingereicht ist; wird die Bekanntgabe demnächst nach der Einreichung des Antrags veranlasst, so tritt die Hemmung der Verjährung bereits mit der Einreichung ein,
5. die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozess,
6. die Zustellung der Streitverkündung,
7. die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens,
8. den Beginn eines vereinbarten Begutachtungsverfahrens oder die Beauftragung des Gutachters in dem Verfahren nach § 641a,
9. die Zustellung des Antrags auf Erlass eines Arrestes, einer einstweiligen Verfügung oder einer einstweiligen Anordnung, oder, wenn der Antrag nicht zugestellt wird, dessen Einreichung, wenn der Arrestbefehl, die einstweilige Verfügung oder die einstweilige Anordnung innerhalb eines Monats seit Verkündung oder Zustellung an den Gläubiger dem Schuldner zugestellt wird,
10. die Anmeldung des Anspruchs im Insolvenzverfahren oder im Schiffahrtsrechtlichen Verteilungsverfahren,
11. den Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens,
12. die Einreichung des Antrags bei einer Behörde, wenn die Zulässigkeit der Klage von der Vorentscheidung dieser Behörde abhängt und innerhalb von drei Monaten nach Erledigung des Gesuchs die Klage erhoben wird; dies gilt entsprechend für bei einem Gericht oder bei einer in Nummer 4 bezeichneten Gütestelle zu stellende Anträge, deren Zulässigkeit von der Vorentscheidung einer Behörde abhängt,
13. die Einreichung des Antrags bei dem höheren Gericht, wenn dieses das zuständige Gericht zu bestimmen hat und innerhalb von drei Monaten nach Erledigung des Gesuchs die Klage erhoben oder der Antrag, für den die Gerichtsstandsbestimmung zu erfolgen hat, gestellt wird, und
14. die Veranlassung der Bekanntgabe des erstmaligen Antrags auf Gewährung von Prozesskostenhilfe; wird die Bekanntgabe demnächst

nach der Einreichung des Antrags veranlasst, so tritt die Hemmung der Verjährung bereits mit der Einreichung ein.

(2) Die Hemmung nach Absatz 1 endet sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens. Gerät das Verfahren dadurch in Stillstand, dass die Parteien es nicht betreiben, so tritt an die Stelle der Beendigung des Verfahrens die letzte Verfahrenshandlung der Parteien, des Gerichts oder der sonst mit dem Verfahren befassten Stelle. Die Hemmung beginnt erneut, wenn eine der Parteien das Verfahren weiter betreibt.

(3) Auf die Frist nach Absatz 1 Nr. 9, 12 und 13 finden die §§ 206, 210 und 211 entsprechende Anwendung.

§ 205
Hemmung der Verjährung
bei Leistungsverweigerungsrecht

Die Verjährung ist gehemmt, solange der Schuldner auf Grund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist.

§ 206
Hemmung der Verjährung
bei höherer Gewalt

Die Verjährung ist gehemmt, solange der Gläubiger innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung gehindert ist.

§ 207
Hemmung der Verjährung
aus familiären und ähnlichen Gründen

(1) Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, solange die Ehe besteht. Das Gleiche gilt für Ansprüche zwischen

1. Lebenspartnern, solange die Lebenspartnerschaft besteht,
2. Eltern und Kindern und dem Ehegatten eines Elternteils und dessen Kindern während der Minderjährigkeit der Kinder,
3. dem Vormund und dem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses,
4. dem Betreuten und dem Betreuer während der Dauer des Betreuungsverhältnisses, und
5. dem Pfingling und dem Pfleger während der Dauer der Pflegschaft.

Die Verjährung von Ansprüchen des Kindes gegen den Beistand ist während der Dauer der Beistandschaft gehemmt.

(2) § 208 bleibt unberührt.

§ 208
Hemmung der Verjährung bei Ansprüchen
wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung

Die Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung ist bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Gläubigers gehemmt. Lebt der Gläubiger von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bei Beginn der Verjährung mit dem Schuldner in häuslicher Gemeinschaft, so ist die Verjährung auch bis zur Beendigung der häuslichen Gemeinschaft gehemmt.

§ 209
Wirkung der Hemmung

Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet.

§ 210
Ablaufhemmung
bei nicht voll Geschäftsfähigen

(1) Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so tritt eine für oder gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in dem die Person unbeschränkt geschäftsfähig oder der Mangel der Vertretung behoben wird. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozessfähig ist.

§ 211
Ablaufhemmung in Nachlassfällen

Die Verjährung eines Anspruchs, der zu einem Nachlass gehört oder sich gegen einen Nachlass richtet, tritt nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in dem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder das Insolvenzverfahren über den Nachlass eröffnet wird oder von dem an der Anspruch von einem oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate.

§ 212
Neubeginn der Verjährung

(1) Die Verjährung beginnt erneut, wenn

1. der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Anspruch durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkennt, oder

2. eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird.

(2) Der erneute Beginn der Verjährung infolge einer Vollstreckungshandlung gilt als nicht eingetreten, wenn die Vollstreckungshandlung auf Antrag des Gläubigers oder wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen aufgehoben wird.

(3) Der erneute Beginn der Verjährung durch den Antrag auf Vornahme einer Vollstreckungshandlung gilt als nicht eingetreten, wenn dem Antrag nicht stattgegeben oder der Antrag vor der Vollstreckungshandlung zurückgenommen oder die erwirkte Vollstreckungshandlung nach Absatz 2 aufgehoben wird.

§ 213
Hemmung, Ablaufhemmung und erneuter Beginn der Verjährung bei anderen Ansprüchen

Die Hemmung, die Ablaufhemmung und der erneute Beginn der Verjährung gelten auch für Ansprüche, die aus demselben Grund wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind.

Titel 3
Rechtsfolgen der Verjährung

§ 214
Wirkung der Verjährung

(1) Nach Eintritt der Verjährung ist der Schuldner berechtigt, die Leistung zu verweigern.

(2) Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, auch wenn in Unkenntnis der Verjährung geleistet worden ist. Das gleiche gilt von einem vertragsmäßigen Anerkenntnis sowie einer Sicherheitsleistung des Schuldners.

§ 215
Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht nach Eintritt der Verjährung

Die Verjährung schließt die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht aus, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte.

§ 216
Wirkung der Verjährung bei gesicherten Ansprüchen

(1) Die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek, eine Schiffshypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Gläubiger nicht, seine Befriedigung aus dem belasteten Gegenstand zu suchen.

(2) Ist zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht verschafft worden, so kann die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden. Ist das Eigentum vorbehalten, so kann der Rücktritt vom Vertrag auch erfolgen, wenn der gesicherte Anspruch verjährt ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung auf die Verjährung von Ansprüchen auf Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen.

§ 217
Verjährung von Nebenleistungen

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.

§ 218
Unwirksamkeit des Rücktritts

(1) Der Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung ist unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft. Dies gilt auch, wenn der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3, § 439 Abs. 3 oder § 635 Abs. 3 nicht zu leisten braucht und der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt wäre. § 216 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.

(2) § 214 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

4. § 241 wird wie folgt geändert:

a) Der bisherige Wortlaut der Vorschrift wird Absatz 1.

b) Folgender Absatz 2 wird angefügt:

“(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.”

4a. § 244 Abs. 1 wird wie folgt gefasst:

(1) Ist eine in einer anderen Währung als Euro ausgedrückte Geldschuld im Inland zu zahlen, so kann die Zahlung in Euro erfolgen, es sei denn, dass Zahlung in der anderen Währung ausdrücklich vereinbart ist.

5. Nach § 246 wird folgender § 247 eingefügt:

**“§ 247
Basiszinssatz**

(1) Der Basiszinssatz beträgt 3,62 Prozent. Er verändert sich zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres um die Prozentpunkte, um welche die Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Basiszinssatzes gestiegen oder gefallen ist. Bezugsgröße ist der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres.

(2) Die Deutsche Bundesbank gibt den geltenden Basiszinssatz unverzüglich nach den in Absatz 1 Satz 2 genannten Zeitpunkten im Bundesanzeiger bekannt.”

6. Die §§ 275 und 276 werden wie folgt gefasst:

**“§ 275
Ausschluss der Leistungspflicht**

(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

(2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.

(3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.

(4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326.

**§ 276
Verantwortlichkeit des Schuldners**

(1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.

(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

(3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.”

7. In § 278 Satz 2 wird die Angabe “§ 276 Abs. 2” durch die Angabe “§ 276 Abs. 3” ersetzt.

8. § 279 wird aufgehoben.

9. Die §§ 280 bis 288 werden wie folgt gefasst:

**“§ 280
Schadensersatz wegen Pflichtverletzung**

(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

(2) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen.

(3) Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen.

**§ 281
Schadensersatz statt der Leistung
wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung**

(1) Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen.

(3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung.

(4) Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat.

(5) Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Schuldner zur Rückforderung des Geleisteten nach den §§ 346 bis 348 berechtigt.

**§ 282
Schadensersatz statt der Leistung
wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2**

Verletzt der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.

**§ 283
Schadensersatz statt der Leistung
bei Ausschluss der Leistungspflicht**

Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. § 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 finden entsprechende Anwendung.

**§ 284
Ersatz vergeblicher Aufwendungen**

Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden.

**§ 285
Herausgabe des Ersatzes**

(1) Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, auf Grund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

(2) Kann der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangen, so mindert sich dieser, wenn er von dem in Absatz 1 bestimmten Recht Gebrauch macht, um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.

§ 286
Verzug des Schuldners

(1) Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich.

(2) Der Mahnung bedarf es nicht, wenn

1. für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist,
2. 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. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,
4. aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist.

(3) Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet; dies gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung besonders hingewiesen worden ist. Wenn der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher ist, kommt der Schuldner, der nicht Verbraucher ist, spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung in Verzug.

(4) Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.

§ 287
Verantwortlichkeit während des Verzugs

Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er haftet wegen der Leistung auch für Zufall, es sei denn, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde.

§ 288
Verzugszinsen

(1) Eine Geldschuld ist während des Verzugs zu verzinsen. Der Verzugszinssatz beträgt für das Jahr fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

(2) Bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, beträgt der Zinssatz für Entgeltforderungen acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

(3) Der Gläubiger kann aus einem anderen Rechtsgrund höhere Zinsen verlangen.

(4) Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen."

10. In § 291 Satz 2 wird die Angabe "§ 288 Abs. 1" durch die Angabe "§ 288 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, Abs. 3" ersetzt.

11. § 296 wird wie folgt gefasst:

"§ 296
Entbehrlichkeit des Angebots

Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das gleiche gilt, wenn der Handlung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt."

12. Dem zweiten Abschnitt des zweiten Buches wird folgender Abschnitt vorangestellt:

"Abschnitt 2
Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

§ 305
Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragspartei- en im einzelnen ausgehandelt sind.

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist und

2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

(3) Die Vertragsparteien können für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 2 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren.

§ 305a
Einbeziehung in besonderen Fällen

Auch ohne Einhaltung der in § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 bezeichneten Erfordernisse werden einbezogen, wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist,

1. die mit Genehmigung der zuständigen Verkehrsbehörde oder auf Grund von internationalen Übereinkommen erlassenen Tarife und Ausführungsbestimmungen der Eisenbahnen und die nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr in den Beförderungsvertrag,

2. die im Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post veröffentlichten und in den Geschäftsstellen des Verwenders bereitgehaltenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen

a) in Beförderungsverträge, die außerhalb von Geschäftsräumen durch den Einwurf von Postsendungen in Briefkästen abgeschlossen werden,

b) in Verträge über Telekommunikations-, Informations- und andere Dienstleistungen, die unmittelbar durch Einsatz von Fernkommunikationsmitteln und während der Erbringung einer Telekommunikationsdienstleistung in einem Mal erbracht werden, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der anderen Vertragspartei nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten vor dem Vertragsschluss zugänglich gemacht werden können.

§ 305b
Vorrang der Individualabrede

Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

§ 305c

Überraschende und mehrdeutige Klauseln

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.

(2) Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.

§ 306

Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit

(1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.

(2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.

(3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.

§ 306a

Umgehungsverbot

Die Vorschriften dieses Abschnitts finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

§ 307

Inhaltskontrolle

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder

2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

§ 308

Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam

1. (Annahme- und Leistungsfrist)

eine Bestimmung, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung vorbehält; ausgenommen hiervon ist der Vorbehalt, erst nach Ablauf der Widerrufs- oder Rückgabefrist nach § 355 Abs. 1 und 2 und § 356 zu leisten;

2. (Nachfrist)

eine Bestimmung, durch die sich der Verwender für die von ihm zu bewirkende Leistung abweichend von Rechtsvorschriften eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Nachfrist vorbehält;

3. (Rücktrittsvorbehalt)

die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen; dies gilt nicht für Dauerschuldverhältnisse;

4. (Änderungsvorbehalt)

die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist;

5. (Fingierte Erklärungen)

eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass

a) dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und

b) der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen;

dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist;

6. (Fiktion des Zugangs)

eine Bestimmung, die vorsieht, dass eine Erklärung des Verwenders von besonderer Bedeutung dem anderen Vertragsteil als zugegangen gilt;

7. (Abwicklung von Verträgen)

eine Bestimmung, nach der der Verwender für den Fall, dass eine Vertragspartei vom Vertrag zurücktritt oder den Vertrag kündigt,

a) eine unangemessen hohe Vergütung für die Nutzung oder den Gebrauch einer Sache oder eines Rechts oder für erbrachte Leistungen oder

b) einen unangemessen hohen Ersatz von Aufwendungen verlangen kann;

8. (Nichtverfügbarkeit der Leistung)

die nach Nummer 3 zulässige Vereinbarung eines Vorbehalts des Verwenders, sich von der Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags bei Nichtverfügbarkeit der Leistung zu lösen, wenn sich der Verwender nicht verpflichtet,

a) den Vertragspartner unverzüglich über die Nichtverfügbarkeit zu informieren und

b) Gegenleistungen des Vertragspartners unverzüglich zu erstatten.

§ 309

Klauselverbote

ohne Wertungsmöglichkeit

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam

1. (Kurzfristige Preiserhöhungen)

eine Bestimmung, welche die Erhöhung des Entgelts für Waren oder Leistungen vorsieht, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss geliefert oder erbracht werden sollen; dies gilt nicht bei Waren oder Leistungen, die im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen geliefert oder erbracht werden;

2. (Leistungsverweigerungsrechte)

eine Bestimmung, durch die

a) das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Vertragspartner des Verwenders nach § 320 zusteht, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, oder

b) ein dem Vertragspartner des Verwenders zustehendes Zurückbehaltungsrecht, soweit es auf demselben Vertragsverhältnis beruht, ausgeschlossen oder eingeschränkt, insbesondere von der Anerkennung von Mängeln durch den Verwender abhängig gemacht wird;

3. (Aufrechnungsverbot)

eine Bestimmung, durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen;

4. (Mahnung, Fristsetzung)

eine Bestimmung, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Frist für die Leistung oder Nacherfüllung zu setzen;

5. (Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen)

die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn

a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt, oder

b) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale;

6. (Vertragsstrafe)

eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird;

7. (Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden)

a) (Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit)

ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;

b) (grobes Verschulden)

ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;

die Buchstaben a und b gelten nicht für Haftungsbeschränkungen in den nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr, soweit sie nicht zum Nachteil des Fahrgastes von der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970 abweichen; Buchstabe b gilt nicht für Haftungsbeschränkungen für staatlich genehmigte Lotteriel- oder Ausspielverträge;

8. (Sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung)

a) (Ausschluss des Rechts, sich vom Vertrag zu lösen)

eine Bestimmung, die bei einer vom Verwender zu vertretenden, nicht in einem Mangel der Kaufsache oder des Werks bestehenden Pflichtverletzung das Recht des anderen Vertragsteils, sich vom Vertrag zu lösen, ausschließt oder einschränkt; dies gilt nicht für die in der Nummer 7 bezeichneten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften unter den dort genannten Voraussetzungen;

b) (Mängel)

eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen

aa) (Ausschluss und Verweisung auf Dritte)

die Ansprüche gegen den Verwender wegen eines Mangels insgesamt oder bezüglich einzelner Teile ausgeschlossen, auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte beschränkt oder von der vorherigen gerichtlichen Inanspruchnahme Dritter abhängig gemacht werden;

bb) (Beschränkung auf Nacherfüllung)

die Ansprüche gegen den Verwender insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auf ein Recht auf Nacherfüllung beschränkt werden, sofern dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern oder, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Mängelhaftung ist, nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten;

cc) (Aufwendungen bei Nacherfüllung)

die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen;

dd) (Vorenthalten der Nacherfüllung)

der Verwender die Nacherfüllung von der vorherigen Zahlung des vollständigen Entgelts oder eines unter Berücksichtigung des Mangels unverhältnismäßig hohen Teils des Entgelts abhängig macht;

ee) (Ausschlussfrist für Mängelanzeige)

der Verwender dem anderen Vertragsteil für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel eine Ausschlussfrist setzt, die kürzer ist als die nach dem Doppelbuchstaben ff zulässige Frist;

ff) (Erleichterung der Verjährung)

die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen des § 438 Abs. 1 Nr. 2 und des § 634a Abs. 1 Nr. 2 erleichtert oder in den sonstigen Fällen eine weniger als ein Jahr betragende Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn erreicht wird; dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist;

9. (Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen)

bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat,

a) eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags,

b) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr, oder

c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer;

dies gilt nicht für Verträge über die Lieferung als zusammengehörig verkaufter Sachen, für Versicherungsverträge sowie für Verträge zwischen den Inhabern urheberrechtlicher Rechte und Ansprüchen und Verwertungsgesellschaften im Sinne des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten;

10. (Wechsel des Vertragspartners)

eine Bestimmung, wonach bei Kauf-, Dienst- oder Werkverträgen ein Dritter anstelle des Verwenders in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten eintritt oder eintreten kann, es sei denn, in der Bestimmung wird

a) der Dritte namentlich bezeichnet, oder

b) dem anderen Vertragsteil das Recht eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen;

11. (Haftung des Abschlussvertreters)

eine Bestimmung, durch die der Verwender einem Vertreter, der den Vertrag für den anderen Vertragsteil abschließt,

a) ohne hierauf gerichtete ausdrückliche und gesonderte Erklärung eine eigene Haftung oder Einstandspflicht, oder

b) im Fall vollmachtloser Vertretung eine über § 179 hinausgehende Haftung auferlegt;

12. (Beweislast)

eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, insbesondere indem er

a) diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen, oder

b) den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt; Buchstabe b gilt nicht für Empfangsbekanntnisse, die gesondert unterschrieben oder mit einer gesonderten qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind;

13. (Form von Anzeigen und Erklärungen)

eine Bestimmung, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangs-erfordernisse gebunden werden.

§ 310 Anwendungsbereich

(1) § 305 Abs. 2 und 3 und die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. § 307 Abs. 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch

- (3) Das Widerrufs- oder Rückgaberecht besteht unbeschadet anderer Vorschriften nicht bei Versicherungsverträgen oder wenn
1. im Fall von Absatz 1 Nr. 1 die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Abschluss des Vertrags beruht, auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind oder
 2. die Leistung bei Abschluss der Verhandlungen sofort erbracht und bezahlt wird und das Entgelt 40 Euro nicht übersteigt oder
 3. die Willenserklärung des Verbrauchers von einem Notar beurkundet worden ist.

§ 312a

Verhältnis zu anderen Vorschriften

Unterfällt ein Haustürgeschäft zugleich den Regelungen über Verbraucherdarlehensverträge oder Finanzierungshilfen (§§ 491 bis 504) oder über Teilzeitwohnrechtverträge (§§ 481 bis 487), oder erfüllt ein Haustürgeschäft zugleich die Voraussetzungen eines Geschäfts nach § 11 oder § 15h des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen, nach § 23 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften oder nach § 4 des Gesetzes zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht, so finden nur die Vorschriften über diese Geschäfte Anwendung.

§ 312b

Fernabsatzverträge

- (1) Fernabsatzverträge sind Verträge über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.
- (2) Fernkommunikationsmittel sind Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrags zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden können, insbesondere Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails sowie Rundfunk, Tele- und Mediendienste.
- (3) Die Vorschriften über Fernabsatzverträge finden keine Anwendung auf Verträge
1. über Fernunterricht (§ 1 Fernunterrichtsschutzgesetz),
 2. über die Teilzeitznutzung von Wohngebäuden (§ 481),
 3. über Finanzgeschäfte, insbesondere Bankgeschäfte, Finanz- und Wertpapierdienstleistungen und Versicherungen sowie deren Vermittlung, ausgenommen Darlehensvermittlungsverträge,
 4. über die Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, die Begründung, Veräußerung und Aufhebung von dinglichen Rechten an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie über die Errichtung von Bauwerken,
 5. über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs, die am Wohnsitz, am Aufenthaltsort oder am Arbeitsplatz eines Verbrauchers von Unternehmern im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten geliefert werden,
 6. über die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Unterbringung, Beförderung, Lieferung von Speisen und Getränken sowie Freizeitgestaltung, wenn sich der Unternehmer bei Vertragsschluss verpflichtet, die Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen,
 7. die geschlossen werden
 - a) unter Verwendung von Warenautomaten oder automatisierten Geschäftsräumen oder
 - b) mit Betreibern von Telekommunikationsmitteln auf Grund der Benutzung von öffentlichen Fernsprechern, soweit sie deren Benutzung zum Gegenstand haben.

§ 312c

Unterrichtung des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen

- (1) Der Unternehmer hat den Verbraucher rechtzeitig vor Abschluss eines Fernabsatzvertrags in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechender Weise klar und verständlich zu informieren über

1. die Einzelheiten des Vertrags, für die dies in der Rechtsverordnung nach Artikel 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmt ist, und
2. den geschäftlichen Zweck des Vertrags.

Bei Telefongesprächen muss der Unternehmer seine Identität und den geschäftlichen Zweck des Vertrags bereits zu Beginn des Gesprächs ausdrücklich offenlegen.

- (2) Der Unternehmer hat dem Verbraucher die in der Rechtsverordnung nach Artikel 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Informationen in dem dort bestimmten Umfang und der dort bestimmten Art und Weise alsbald, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrags, bei Waren spätestens bei Lieferung an den Verbraucher, in Textform mitzuteilen.

(3) Absatz 2 gilt nicht für Dienstleistungen, die unmittelbar durch Einsatz von Fernkommunikationsmitteln erbracht werden, sofern diese Leistungen in einem Mal erfolgen und über den Betreiber der Fernkommunikationsmittel abgerechnet werden. Der Verbraucher muss sich in diesem Fall aber über die Anschrift der Niederlassung des Unternehmers informieren können, bei der er Beanstandungen vorbringen kann.

(4) Weitergehende Einschränkungen bei der Verwendung von Fernkommunikationsmitteln und weitergehende Informationspflichten auf Grund anderer Vorschriften bleiben unberührt.

§ 312d

Widerrufs- und Rückgaberecht bei Fernabsatzverträgen

- (1) Dem Verbraucher steht bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 zu. Anstelle des Widerrufsrechts kann dem Verbraucher bei Verträgen über die Lieferung von Waren ein Rückgaberecht nach § 356 eingeräumt werden.
- (2) Die Widerrufsfrist beginnt abweichend von § 355 Abs. 2 Satz 1 nicht vor Erfüllung der Informationspflichten gemäß § 312c Abs. 2, bei der Lieferung von Waren nicht vor dem Tag ihres Eingangs beim Empfänger, bei der wiederkehrenden Lieferung gleichartiger Waren nicht vor dem Tag des Eingangs der ersten Teillieferung und bei Dienstleistungen nicht vor dem Tag des Vertragsschlusses; § 355 Abs. 2 Satz 2 findet keine Anwendung.
- (3) Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst hat.
- (4) Das Widerrufsrecht besteht, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht bei Fernabsatzverträgen
1. zur Lieferung von Waren, die nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind oder die auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind oder schnell verderben können oder deren Verfalldatum überschritten würde,
 2. zur Lieferung von Audio- oder Videoaufzeichnungen oder von Software, sofern die gelieferten Datenträger vom Verbraucher entsiegelt worden sind,
 3. zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten,
 4. zur Erbringung von Wett- und Lotteriedienstleistungen oder
 5. die in der Form von Versteigerungen (§ 156) geschlossen werden.

§ 312e

Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr

- (1) Bedient sich ein Unternehmer zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrags über die Lieferung von Waren oder über die Er-

insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 308 und 309 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.

(2) Die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Verträge der Elektrizitäts-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser aus dem Versorgungsnetz, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser abweichen. Satz 1 gilt entsprechend für Verträge über die Entsorgung von Abwasser.

(3) Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit folgenden Maßgaben Anwendung:

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden;

2. § 305c Abs. 2 und die §§ 306 und 307 bis 309 dieses Gesetzes sowie Artikel 29a des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche finden auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte;

3. bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 sind auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen.

(4) Dieser Abschnitt findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen. Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen; § 305 Abs. 2 und 3 ist nicht anzuwenden. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen stehen Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 Abs. 3 gleich."

13. Im zweiten Buch wird der bisherige zweite Abschnitt der dritte Abschnitt; die §§ 305 bis 314 und die Gliederungsüberschrift des ersten Titels werden durch folgende Vorschriften und Gliederungsüberschriften ersetzt:

"Titel 1 Begründung, Inhalt und Beendigung

Untertitel 1 Begründung

§ 311

Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse

(1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,
2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder
3. ähnliche geschäftliche Kontakte.

(3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.

§ 311a

Leistungshindernis bei Vertragsschluss

(1) Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt.

(2) Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 bestimmten Umfang verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. § 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 finden entsprechende Anwendung.

§ 311b

Verträge über Grundstücke, das Vermögen und den Nachlass

(1) Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung. Ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

(2) Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, ist nichtig.

(3) Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, bedarf der notariellen Beurkundung.

(4) Ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten ist nichtig. Das gleiche gilt von einem Vertrag über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten.

(5) Absatz 4 gilt nicht für einen Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird. Ein solcher Vertrag bedarf der notariellen Beurkundung.

§ 311c

Erstreckung auf Zubehör

Verpflichtet sich jemand zur Veräußerung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich diese Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache.

Untertitel 2

Besondere Vertriebsformen

§ 312

Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften

(1) Bei einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat und zu dessen Abschluss der Verbraucher

1. durch mündliche Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung,

2. anlässlich einer vom Unternehmer oder von einem Dritten zumindest auch im Interesse des Unternehmers durchgeführten Freizeitveranstaltung oder

3. im Anschluss an ein überraschendes Ansprechen in Verkehrsmitteln oder im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrsflächen bestimmt worden ist (Haustürgeschäft), steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu. Dem Verbraucher kann anstelle des Widerrufsrechts ein Rückgaberecht nach § 356 eingeräumt werden, wenn zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer im Zusammenhang mit diesem oder einem späteren Geschäft auch eine ständige Verbindung aufrechterhalten werden soll.

(2) Die erforderliche Belehrung über das Widerrufs- oder Rückgaberecht muss auf die Rechtsfolgen des § 357 Abs. 1 und 3 hinweisen.

bringung von Dienstleistungen eines Tele- oder Mediendienstes (Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr), hat er dem Kunden

1. angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung zu stellen, mit deren Hilfe der Kunde Eingabefehler vor Abgabe seiner Bestellung erkennen und berichtigen kann,
2. die in der Rechtsverordnung nach Artikel 241 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Informationen rechtzeitig vor Abgabe von dessen Bestellung klar und verständlich mitzuteilen,
3. den Zugang von dessen Bestellung unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen und
4. die Möglichkeit zu verschaffen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern.

Bestellung und Empfangsbestätigung im Sinne von Satz 1 Nr. 3 gelten als zugegangen, wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie unter gewöhnlichen Umständen abrufen können.

(2) Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 findet keine Anwendung, wenn der Vertrag ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen wird. Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 und Satz 2 finden keine Anwendung, wenn zwischen Vertragsparteien, die nicht Verbraucher sind, etwas anderes vereinbart wird.

(3) Weitergehende Informationspflichten auf Grund anderer Vorschriften bleiben unberührt. Steht dem Kunden ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu, beginnt die Widerrufsfrist abweichend von § 355 Abs. 2 Satz 1 nicht vor Erfüllung der in Absatz 1 Satz 1 geregelten Pflichten.

§ 312f Abweichende Vereinbarungen

Von den Vorschriften dieses Untertitels darf, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht zum Nachteil des Verbrauchers oder Kunden abgewichen werden. Die Vorschriften dieses Untertitels finden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

Untertitel 3 Anpassung und Beendigung von Verträgen

§ 313 Störung der Geschäftsgrundlage

(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.

§ 314 Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund

(1) Dauerschuldverhältnisse kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

(2) Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem

Vertrag, ist die Kündigung erst nach erfolgreichem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. § 323 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

(3) Der Berechtigte kann nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.

(4) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.

Untertitel 4 Einseitige Leistungsbestimmungsrechte

14. § 321 wird wie folgt gefasst:

"§ 321 Unsicherheitseinrede

(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.

(2) Der Vorleistungspflichtige kann eine angemessene Frist bestimmen, in welcher der andere Teil Zug um Zug gegen die Leistung nach seiner Wahl die Gegenleistung zu bewirken oder Sicherheit zu leisten hat. Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Vorleistungspflichtige vom Vertrag zurücktreten. § 323 findet entsprechende Anwendung."

15. Die §§ 323 bis 326 werden wie folgt gefasst:

"§ 323 Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung

(1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.

(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn

1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,
2. der Schuldner die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt und der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat oder
3. besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.

(3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung.

(4) Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.

(5) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

(6) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.

§ 324

Rücktritt wegen Verletzung Pflicht nach § 241 Abs. 2

Verletzt der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, so kann der Gläubiger zurücktreten, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist.

§ 325

Schadensersatz und Rücktritt

Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen.

§ 326

Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht

(1) Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung; bei einer Teilleistung findet § 441 Abs. 3 entsprechende Anwendung. Satz 1 gilt nicht, wenn der Schuldner im Fall der nicht vertragsgemäßen Leistung die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht.

(2) Ist der Gläubiger für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich oder tritt dieser vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit ein, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

(3) Verlangt der Gläubiger nach § 285 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet. Diese mindert sich jedoch nach Maßgabe des § 441 Abs. 3 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Wert der geschuldeten Leistung zurückbleibt.

(4) Soweit die nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den §§ 346 bis 348 zurückgefordert werden.

(5) Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger zurücktreten; auf den Rücktritt findet § 323 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die Fristsetzung entbehrlich ist."

16. § 327 wird aufgehoben.

17. Die Überschrift des fünften Titels des bisherigen zweiten Abschnitts des zweiten Buches wird wie folgt gefasst:

"Titel 5 Rücktritt, Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen"

18. Dem § 346 wird folgende Gliederungseinheit vorangestellt:

"Untertitel 1 Rücktritt"

19. Die §§ 346 und 347 werden wie folgt gefasst:

"§ 346 Wirkungen des Rücktritts"

(1) Hat sich eine Vertragspartei vertraglich den Rücktritt vorbehalten oder steht ihr ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu, so sind im Fall des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben.

(2) Statt der Rückgewähr hat der Schuldner Wertersatz zu leisten, soweit

1. die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist,

2. er den empfangenen Gegenstand verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet hat,

3. der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist; jedoch bleibt die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung außer Betracht. Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, ist sie bei der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen.

(3) Die Pflicht zum Wertersatz entfällt,

1. wenn sich der zum Rücktritt berechtigende Mangel erst während der Verarbeitung oder Umgestaltung des Gegenstandes gezeigt hat,

2. soweit der Gläubiger die Verschlechterung oder den Untergang zu vertreten hat oder der Schaden bei ihm gleichfalls eingetreten wäre,

3. wenn im Fall eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Eine verbleibende Bereicherung ist herauszugeben.

(4) Der Gläubiger kann wegen Verletzung einer Pflicht aus Absatz 1 nach Maßgabe der §§ 280 bis 283 Schadensersatz verlangen.

§ 347

Nutzungen und Verwendungen nach Rücktritt

(1) Zieht der Schuldner Nutzungen entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht, obwohl ihm das möglich gewesen wäre, so ist er dem Gläubiger zum Wertersatz verpflichtet. Im Fall eines gesetzlichen Rücktrittsrechts hat der Berechtigte hinsichtlich der Nutzungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

(2) Gibt der Schuldner den Gegenstand zurück, leistet er Wertersatz oder ist seine Wertersatzpflicht gemäß § 346 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 ausgeschlossen, so sind ihm notwendige Verwendungen zu ersetzen. Andere Aufwendungen sind zu ersetzen, soweit der Gläubiger durch diese bereichert wird."

20. Die §§ 350 bis 354 werden aufgehoben.

21. § 355 wird § 350 und wie folgt gefasst:

"§ 350 Erlöschen des Rücktrittsrechts nach Fristsetzung"

Ist für die Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechts eine Frist nicht vereinbart, so kann dem Berechtigten von dem anderen Teil für die Ausübung eine angemessene Frist bestimmt werden. Das Rücktrittsrecht erlischt, wenn nicht der Rücktritt vor dem Ablauf der Frist erklärt wird."

22. § 356 wird § 351.

23. § 357 wird § 352 und wird wie folgt gefasst:

"§ 352 Aufrechnung nach Nichterfüllung"

Der Rücktritt wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit wird unwirksam, wenn der Schuldner sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach dem Rücktritt die Aufrechnung erklärt."

24. § 358 wird aufgehoben.

25. Die §§ 359 und 360 werden die §§ 353 und 354.

26. Nach dem neuen § 354 wird folgender Untertitel eingefügt:

**“Untertitel 2
Widerrufs- und Rückgaberecht
bei Verbraucherverträgen**

**§ 355
Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen**

(1) Wird einem Verbraucher durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Vorschrift eingeräumt, so ist er an seine auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden, wenn er sie fristgerecht widerrufen hat. Der Widerruf muss keine Begründung enthalten und ist in Textform oder durch Rücksendung der Sache innerhalb von zwei Wochen gegenüber dem Unternehmer zu erklären; zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung.

(2) Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem dem Verbraucher eine deutlich gestaltete Belehrung über sein Widerrufsrecht, die ihm entsprechend den Erfordernissen des eingesetzten Kommunikationsmittels seine Rechte deutlich macht, in Textform mitgeteilt worden ist, die auch Namen und Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, und einen Hinweis auf den Fristbeginn und die Regelung des Absatzes 1 Satz 2 enthält. Sie ist vom Verbraucher bei anderen als notariell beurkundeten Verträgen gesondert zu unterschreiben oder mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen. Ist der Vertrag schriftlich abzuschließen, so beginnt die Frist nicht zu laufen, bevor dem Verbraucher auch eine Vertragsurkunde, der schriftliche Antrag des Verbrauchers oder eine Abschrift der Vertragsurkunde oder des Antrags zur Verfügung gestellt werden. Ist der Fristbeginn streitig, so trifft die Beweislast den Unternehmer.

(3) Das Widerrufsrecht erlischt spätestens sechs Monate nach Vertragsabschluss. Bei der Lieferung von Waren beginnt die Frist nicht vor dem Tag ihres Eingangs beim Empfänger.

**§ 356
Rückgaberecht
bei Verbraucherverträgen**

(1) Das Widerrufsrecht nach § 355 kann, soweit dies ausdrücklich durch Gesetz zugelassen ist, beim Vertragsschluss auf Grund eines Verkaufsprospekts im Vertrag durch ein uneingeschränktes Rückgaberecht ersetzt werden. Voraussetzung ist, dass

1. im Verkaufsprospekt eine deutlich gestaltete Belehrung über das Rückgaberecht enthalten ist,
2. der Verbraucher den Verkaufsprospekt in Abwesenheit des Unternehmers eingehend zur Kenntnis nehmen konnte und
3. dem Verbraucher das Rückgaberecht in Textform eingeräumt wird.

(2) Das Rückgaberecht kann innerhalb der Widerrufsfrist, die jedoch nicht vor Erhalt der Sache beginnt, und nur durch Rücksendung der Sache oder, wenn die Sache nicht als Paket versandt werden kann, durch Rücknahmeverlangen ausgeübt werden. § 355 Abs. 1 Satz 2 findet entsprechende Anwendung.

**§ 357
Rechtsfolgen des
Widerrufs und der Rückgabe**

(1) Auf das Widerrufs- und das Rückgaberecht finden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, die Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt entsprechende Anwendung. Die in § 286 Abs. 3 bestimmte Frist beginnt mit der Widerrufs- oder Rückgabebekanntgabe des Verbrauchers.

(2) Der Verbraucher ist bei Ausübung des Widerrufsrechts zur Rücksendung verpflichtet, wenn die Sache durch Paket versandt werden kann.

Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt bei Widerruf und Rückgabe der Unternehmer. Wenn ein Widerrufsrecht besteht, dürfen dem Verbraucher bei einer Bestellung bis zu einem Betrag von 40 Euro die regelmäßigen Kosten der Rücksendung vertraglich auferlegt werden, es sei denn, dass die gelieferte Ware nicht der bestellten entspricht.

(3) Der Verbraucher hat abweichend von § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung zu leisten, wenn er spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit hingewiesen worden ist, sie zu vermeiden. Dies gilt nicht, wenn die Verschlechterung ausschließlich auf die Prüfung der Sache zurückzuführen ist. § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 findet keine Anwendung, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt worden ist oder hiervon anderweitig Kenntnis erlangt hat.

(4) Weitergehende Ansprüche bestehen nicht.

**§ 358
Verbundene Verträge**

(1) Hat der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung durch einen Unternehmer gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen, so ist er auch an seine auf den Abschluss eines mit diesem Vertrag verbundenen Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden.

(2) Hat der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen, so ist er auch an seine auf den Abschluss eines mit diesem Verbraucherdarlehensvertrag verbundenen Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden. Kann der Verbraucher die auf den Abschluss des verbundenen Vertrags gerichtete Willenserklärung nach Maßgabe dieses Untertitels widerrufen, gilt allein Absatz 1 und sein Widerrufsrecht aus § 495 Abs. 1 ist ausgeschlossen. Erklärt der Verbraucher im Fall des Satzes 2 dennoch den Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrags, gilt dies als Widerruf des verbundenen Vertrags gegenüber dem Unternehmer gemäß Absatz 1.

(3) Ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung und ein Verbraucherdarlehensvertrag sind verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Eine wirtschaftliche Einheit ist insbesondere anzunehmen, wenn der Unternehmer selbst die Gegenleistung des Verbrauchers finanziert, oder im Fall der Finanzierung durch einen Dritten, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers bedient.

(4) § 357 gilt für den verbundenen Vertrag entsprechend. Im Falle des Absatzes 1 sind jedoch Ansprüche auf Zahlung von Zinsen und Kosten aus der Rückabwicklung des Verbraucherdarlehensvertrags gegen den Verbraucher ausgeschlossen. Der Darlehensgeber tritt im Verhältnis zum Verbraucher hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs oder der Rückgabe in die Rechte und Pflichten des Unternehmers aus dem verbundenen Vertrag ein, wenn das Darlehen dem Unternehmer bei Wirksamwerden des Widerrufs oder der Rückgabe bereits zugeflossen ist.

(5) Die erforderliche Belehrung über das Widerrufs- oder Rückgaberecht muss auf die Rechtsfolgen nach Absatz 1 und Absatz 2 Satz 1 und 2 hinweisen.

**§ 359
Einwendungen bei verbundenen Verträgen**

Der Verbraucher kann die Rückzahlung des Darlehens verweigern, soweit Einwendungen aus dem verbundenen Vertrag ihn gegenüber dem Unternehmer, mit dem er den verbundenen Vertrag

geschlossen hat, zur Verweigerung seiner Leistung berechtigen würden. Dies gilt nicht, wenn das finanzierte Entgelt 200 Euro nicht überschreitet, sowie bei Einwendungen, die auf einer zwischen diesem Unternehmer und dem Verbraucher nach Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags vereinbarten Vertragsänderung beruhen. Kann der Verbraucher Nacherfüllung verlangen, so kann er die Rückzahlung des Darlehens erst verweigern, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist."

27. Die §§ 361 bis 361b werden aufgehoben.

28. § 390 Satz 2 wird aufgehoben.

29. In § 425 Abs. 2 werden die Wörter "Unterbrechung und Hemmung" durch die Wörter "Neubeginn, Hemmung und Ablaufhemmung" ersetzt.

30. Im zweiten Buch werden der bisherige dritte und der vierte bis sechste Abschnitt die Abschnitte 4 bis 7.

31. Im zweiten Buch wird der bisherige siebente Abschnitt der Abschnitt 8 und dessen erster Titel wird durch folgende Titel ersetzt:

**"Titel 1
Kauf, Tausch**

**Untertitel 1
Allgemeine Vorschriften**

§ 433

Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag

(1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

**§ 434
Sachmangel**

(1) Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln,

1. wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst

2. wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2 gehören auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers (§ 4 Abs. 1 und 2 des Produkthaftungsgesetzes) oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, es sei denn, dass der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder dass sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

(2) Ein Sachmangel ist auch dann gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist. Ein Sachmangel liegt bei einer zur Montage bestimmten Sache ferner vor, wenn die Montageanleitung mangelhaft ist, es sei denn, die Sache ist fehlerfrei montiert worden.

(3) Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert.

**§ 435
Rechtsmangel**

Die Sache ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen

den Käufer geltend machen können. Einem Rechtsmangel steht es gleich, wenn im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, das nicht besteht.

§ 436

Öffentliche Lasten von Grundstücken

(1) Soweit nicht anders vereinbart, ist der Verkäufer eines Grundstücks verpflichtet, Erschließungsbeiträge und sonstige Anliegerbeiträge für die Maßnahmen zu tragen, die bis zum Tage des Vertragsschlusses bautechnisch begonnen sind, unabhängig vom Zeitpunkt des Entstehens der Beitragsschuld.

(2) Der Verkäufer eines Grundstücks haftet nicht für die Freiheit des Grundstücks von anderen öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind.

§ 437

Rechte des Käufers bei Mängeln

Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

1. nach § 439 Nacherfüllung verlangen,

2. nach den §§ 440, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 441 den Kaufpreis mindern und

3. nach den §§ 440, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

§ 438

Verjährung der Mängelansprüche

(1) Die in § 437 Nr. 1 und 3 bezeichneten Ansprüche verjähren

1. in 30 Jahren, wenn der Mangel

a) in einem dinglichen Recht eines Dritten, auf Grund dessen Herausgabe der Kaufsache verlangt werden kann, oder

b) in einem sonstigen Recht, das im Grundbuch eingetragen ist,

besteht,

2. in fünf Jahren

a) bei einem Bauwerk und

b) bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat, und

3. im Übrigen in zwei Jahren.

(2) Die Verjährung beginnt bei Grundstücken mit der Übergabe, im Übrigen mit der Ablieferung der Sache.

(3) Abweichend von Absatz 1 Nr. 2 und 3 und Absatz 2 verjähren die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Im Fall des Absatzes 1 Nr. 2 tritt die Verjährung jedoch nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist ein.

(4) Für das in § 437 bezeichnete Rücktrittsrecht gilt § 218. Der Käufer kann trotz einer Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde. Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten.

(5) Auf das in § 437 bezeichnete Minderungsrecht finden § 218 und Absatz 4 Satz 2 entsprechende Anwendung.

§ 439

Nacherfüllung

(1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

(2) Der Verkäufer hat die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

(3) Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt.

(4) Liefert der Verkäufer zum Zweck der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.

§ 440 Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz

Außer in den Fällen des § 281 Abs. 2 und des § 323 Abs. 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Eine Nachbesserung gilt nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.

§ 441 Minderung

(1) Statt zurückzutreten, kann der Käufer den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer mindern. Der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 Satz 2 findet keine Anwendung.

(2) Sind auf der Seite des Käufers oder auf der Seite des Verkäufers mehrere beteiligt, so kann die Minderung nur von allen oder gegen alle erklärt werden.

(3) Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die Minderung ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.

(4) Hat der Käufer mehr als den geminderten Kaufpreis gezahlt, so ist der Mehrbetrag vom Verkäufer zu erstatten. § 346 Abs. 1 und § 347 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

§ 442 Kenntnis des Käufers

(1) Die Rechte des Käufers wegen eines Mangels sind ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer Rechte wegen dieses Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.

(2) Ein im Grundbuch eingetragenes Recht hat der Verkäufer zu beseitigen, auch wenn es der Käufer kennt.

§ 443 Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie

(1) Übernimmt der Verkäufer oder ein Dritter eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache oder dafür, dass die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit behält (Haltbarkeitsgarantie), so stehen dem Käufer im Garantiefall unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche die Rechte aus der Garantie zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen gegenüber demjenigen zu, der die Garantie eingeräumt hat.

(2) Soweit eine Haltbarkeitsgarantie übernommen worden ist, wird vermutet, dass ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie begründet.

§ 444 Haftungsausschluss

Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, kann sich der Verkäufer nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.

§ 445 Haftungsbegrenzung bei öffentlichen Versteigerungen

Wird eine Sache auf Grund eines Pfandrechts in einer öffentlichen Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft, so stehen dem Käufer Rechte wegen eines Mangels nur zu, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.

§ 446 Gefahr- und Lastenübergang

Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist.

§ 447 Gefahrübergang beim Versendungskauf

(1) Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

(2) Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich.

§ 448 Kosten der Übergabe und vergleichbare Kosten

(1) Der Verkäufer trägt die Kosten der Übergabe der Sache, der Käufer die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort.

(2) Der Käufer eines Grundstücks trägt die Kosten der Beurkundung des Kaufvertrags und der Auflassung, der Eintragung ins Grundbuch und der zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen.

§ 449 Eigentumsvorbehalt

(1) Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, dass das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird (Eigentumsvorbehalt).

(2) Auf Grund des Eigentumsvorbehalts kann der Verkäufer die Sache nur herausverlangen, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist.

(3) Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts ist nichtig, soweit der Eigentumsübergang davon abhängig gemacht wird, dass der

Käufer Forderungen eines Dritten, insbesondere eines mit dem Verkäufer verbundenen Unternehmens, erfüllt.

§ 450

Ausgeschlossene Käufer bei bestimmten Verkäufen

(1) Bei einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung dürfen der mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs Beauftragte und die von ihm zugezogenen Gehilfen einschließlich des Protokollführers den zu verkaufenden Gegenstand weder für sich persönlich oder durch einen anderen noch als Vertreter eines anderen kaufen.

(2) Absatz 1 gilt auch bei einem Verkauf außerhalb der Zwangsvollstreckung, wenn der Auftrag zu dem Verkauf auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift erteilt worden ist, die den Auftraggeber ermächtigt, den Gegenstand für Rechnung eines anderen verkaufen zu lassen, insbesondere in den Fällen des Pfandverkaufs und des in den §§ 383 und 385 zugelassenen Verkaufs, sowie bei einem Verkauf aus einer Insolvenzmasse.

§ 451

Kauf durch ausgeschlossenen Käufer

(1) Die Wirksamkeit eines dem § 450 zuwider erfolgten Kaufs und der Übertragung des gekauften Gegenstandes hängt von der Zustimmung der bei dem Verkauf als Schuldner, Eigentümer oder Gläubiger Beteiligten ab. Fordert der Käufer einen Beteiligten zur Erklärung über die Genehmigung auf, so findet § 177 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

(2) Wird infolge der Verweigerung der Genehmigung ein neuer Verkauf vorgenommen, so hat der frühere Käufer für die Kosten des neuen Verkaufs sowie für einen Mindererlös aufzukommen.

§ 452

Schiffskauf

Die Vorschriften dieses Untertitels über den Kauf von Grundstücken finden auf den Kauf von eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken entsprechende Anwendung.

§ 453

Rechtskauf

(1) Die Vorschriften über den Kauf von Sachen finden auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung.

(2) Der Verkäufer trägt die Kosten der Begründung und Übertragung des Rechts.

(3) Ist ein Recht verkauft, das zum Besitz einer Sache berechtigt, so ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu übergeben.

Untertitel 2

Besondere Arten des Kaufs

Kapitel 1

Kauf auf Probe

§ 454

Zustandekommen des Kaufvertrags

(1) Bei einem Kauf auf Probe oder auf Besichtigung steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.

(2) Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten.

§ 455

Billigungsfrist

Die Billigung eines auf Probe oder auf Besichtigung gekauften Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung

einer solchen nur bis zum Ablauf einer dem Käufer von dem Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklärt werden. War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung.

Kapitel 2

Wiederkauf

§ 456

Zustandekommen des Wiederkaufs

(1) Hat sich der Verkäufer in dem Kaufvertrag das Recht des Wiederkaufs vorbehalten, so kommt der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, dass er das Wiederkaufsrecht ausübe, zustande. Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form.

(2) Der Preis, zu welchem verkauft worden ist, gilt im Zweifel auch für den Wiederkauf.

§ 457

Haftung des Wiederverkäufers

(1) Der Wiederverkäufer ist verpflichtet, dem Wiederkäufer den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben.

(2) Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts eine Verschlechterung, den Untergang oder eine aus einem anderen Grund eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des gekauften Gegenstandes verschuldet oder den Gegenstand wesentlich verändert, so ist er für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich. Ist der Gegenstand ohne Verschulden des Wiederverkäufers verschlechtert oder ist er nur unwesentlich verändert, so kann der Wiederkäufer Minderung des Kaufpreises nicht verlangen.

§ 458

Beseitigung von Rechten Dritter

Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts über den gekauften Gegenstand verfügt, so ist er verpflichtet, die dadurch begründeten Rechte Dritter zu beseitigen. Einer Verfügung des Wiederverkäufers steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Insolvenzverwalter erfolgt.

§ 459

Ersatz von Verwendungen

Der Wiederverkäufer kann für Verwendungen, die er auf den gekauften Gegenstand vor dem Wiederkauf gemacht hat, insoweit Ersatz verlangen, als der Wert des Gegenstandes durch die Verwendungen erhöht ist. Eine Einrichtung, mit der er die herauszugebende Sache versehen hat, kann er wegnehmen.

§ 460

Wiederkauf zum Schätzwert

Ist als Wiederkaufpreis der Schätzwert vereinbart, den der gekaufte Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufs hat, so ist der Wiederverkäufer für eine Verschlechterung, den Untergang oder die aus einem anderen Grund eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des Gegenstandes nicht verantwortlich, der Wiederkäufer zum Ersatz von Verwendungen nicht verpflichtet.

§ 461

Mehrere Wiederkaufsberechtigte

Steht das Wiederkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Wiederkaufsrecht im Ganzen auszuüben.