Good Faith in German Law

Prof. Dr. Dennis Solomon

I. Introduction

Last week:

- *Venire contra factum proprium*
- "*Verwirkung*"
- "*Erwirkung*"

Today:

- "*Positive Vertrags-/Forderungsverletzung*"
- "*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*"
- "*Störung der Geschäftsgrundlage*"

II. *Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung*

1. General principles

Meaning: “positive breach of contract or obligation”

Example 1:

Homeowner O hires the painter P to paint the walls in his house. P sends his trusted assistant A to do the painting.

When bringing in the material to do the job, A accidentally knocks over one of O’s antique vases.

Liability of P?

II. *Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung*

UNIVERSITÄT PASSAU

1. General principles

§ 823. Schadensersatzpflicht.
(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

§ 823. Liability in damages
(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

II. *Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung*

UNIVERSITÄT PASSAU

1. General principles

§ 831. Haftung für den Verrichtungsgehilfen.
(1) Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person […] die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

§ 831. Vicarious liability for agents.
(1) A person who uses another person to perform a task is liable to make compensation for the damage that the other unlawfully inflicts on a third party when carrying out the task. Liability in damages does not arise if the principal exercises reasonable care in the selection of the person deployed […] or if the damage would have occurred even if this care had been exercised.

II. *Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung*

UNIVERSITÄT PASSAU

1. General principles

§ 278. Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte.
Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. […]

§ 278. Responsibility of the debtor for third parties.
The debtor is responsible for fault on the part of his legal representative, and of persons whom he uses to perform his obligation, to the same extent as for fault on his own part. […]

II. *Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung*

1. General principles

Example 2:

Client C entrusts lawyer L with the drafting of a con-tract. It turns out that the clause intended to limit C's liability is invalid. As a consequence, C suffers loss for which C seeks compensation from L.

II. *Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung*

1. General principles

Example 3:

Farmer F has mistakenly used a large amount of firewood that belonged to his neighbor N. To fulfill his liability in damages, he decides to deliver a corresponding amount of firewood to N's farm.

When F's farmhand H makes the delivery, he accidently drives the truck over the flower bed in front of N's house.

II. *Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung*

1. General principles

§ 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.

§ 280. Damages for breach of duty.
(1) If the debtor breaches a duty arising from the obligation, the creditor may claim compensation for the damage caused thereby. This does not apply if the debtor is not responsible for the breach of duty.

II. *Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung*

1. General principles

§ 241. Pflichten aus dem Schuldverhältnis
(1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.
(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

§ 241. Duties arising from an obligation.
(1) By virtue of an obligation, the creditor is entitled to claim performance from the debtor. The performance may also consist in a forbearance.
(2) An obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take into consideration the rights, legal interests and other interests of the other party.

II. *Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung*

2. Elements of *positive Forderungsverletzung*

(1) Breach of a duty arising from the obligation, § 280 I 1

(a) Breach of a collateral obligation under § 241 II

- obligations to respect and preserve the rights and interests of the other party ("*Schutzpflichten*")
- obligations of information ("*Aufklärungs- und Auskunftspflichten*")
- obligations of fidelity ("*Leistungstreuepflichten*")

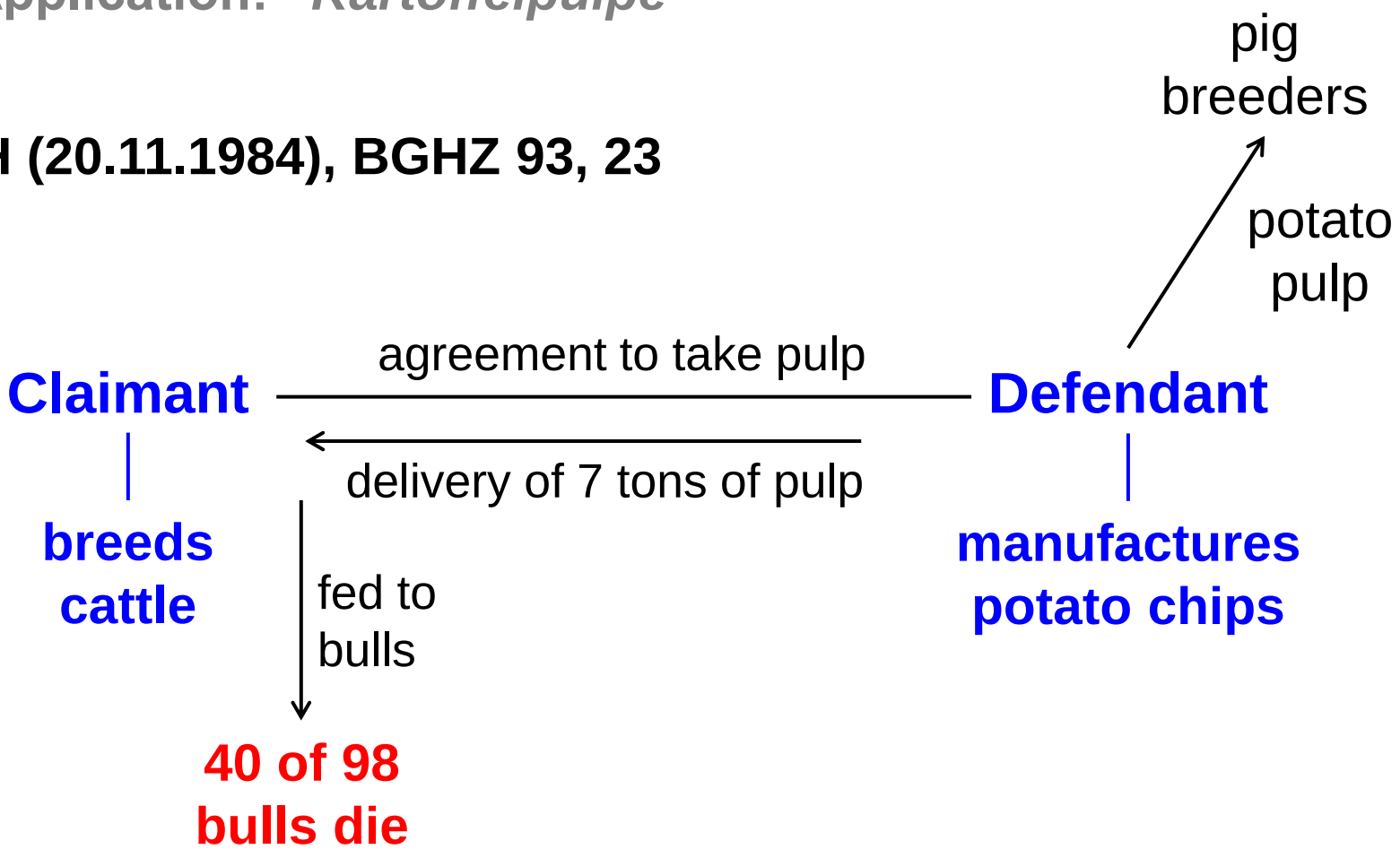
(b) Breach of a primary obligation to perform
(defective performance, "*Schlechtleistung*")

(2) Responsibility of the debtor, § 280 I 2

II. *Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung*

3. Application: "*Kartoffelpülpe*"

BGH (20.11.1984), BGHZ 93, 23



II. *Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung*

3. Application: "*Kartoffelpülpe*"

§ 516. Begriff der Schenkung.
(1) Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

§ 516. Concept of donation.
(1) A disposition by which someone enriches another person out of his assets is a donation if both parties are in agreement that the disposition is made gratuitously.

II. *Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung*

UNIVERSITÄT PASSAU

3. Application: "*Kartoffelpülpe*"

§ 524. Haftung für Sachmängel.
(1) Verschweigt der Schenker arglistig einen Fehler der verschenkten Sache, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.
(2) Hatte der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen, die er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte, wenn die geleistete Sache fehlerhaft […] ist, verlangen, dass […]

§ 524. Liability for defects in quality.
(1) If the donor fraudulently conceals a defect in the donated thing, he is obliged to compensate the donee for the resulting damage.
(2) If the donor promised to provide a thing designated only by class that he had to acquire first, the donee may, if the thing provided is defective […] demand that […]

II. *Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung*

3. Application: "*Kartoffelpülpe*"

§ 280.
(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.

§ 241.
(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

§ 280.
(1) If the debtor breaches a duty arising from the obligation, the creditor may claim compensation for the damage caused thereby. This does not apply if the debtor is not responsible for the breach of duty.

§ 241.
(2) An obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take into consideration the rights, legal interests and other interests of the other party.

II. *Positive Vertrags- oder Forderungsverletzung*

3. Application: "*Kartoffelpülpe*"

§ 521. Haftung des Schenkers.
Der Schenker hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

§ 521. Liability of the donor.
The donor is responsible only for intent and gross negligence.

III. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

1. General principles

Meaning: “contract with protective effects for third parties”

Example:

Tenant T has rented a house from Landlord L. L owns many houses, the management of which he has entrusted to M, who has always been a very diligent manager.

T has invited his parents to spend the Christmas holidays in his house. Because M has negligently forgotten to have the heating system maintained, there is a small fire in the house, in which T’s father F is seriously injured.

Claims of F against L?

III. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

1. General principles

§ 823. Schadensersatzpflicht.
(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

§ 823. Liability in damages
(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

III. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

UNIVERSITÄT PASSAU

1. General principles

§ 831. Haftung für den Verrichtungsgehilfen.
(1) Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person […] die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

§ 831. Vicarious liability for agents.
(1) A person who uses another person to perform a task is liable to make compensation for the damage that the other unlawfully inflicts on a third party when carrying out the task. Liability in damages does not arise if the principal exercises reasonable care in the selection of the person deployed […] or if the damage would have occurred even if this care had been exercised.

III. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

1. General principles

§ 280.
(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.

§ 241.
(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

§ 280.
(1) If the debtor breaches a duty arising from the obligation, the creditor may claim compensation for the damage caused thereby. This does not apply if the debtor is not responsible for the breach of duty.

§ 241.
(2) An obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take into consideration the rights, legal interests and other interests of the other party.

III. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

1. General principles

§ 278. Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte.
Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. […]

§ 278. Responsibility of the debtor for third parties.
The debtor is responsible for fault on the part of his legal representative, and of persons whom he uses to perform his obligation, to the same extent as for fault on his own part. […]

III. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

1. General principles

Main reason for the development of the "*Vertrag mit Schutz-wirkung für Dritte*":

weaknesses of German tort law, in particular:

- § 823 I BGB does not allow for recovery of purely economic loss
- § 831 BGB permits master to avoid liability by proving that he carefully selected and supervised his servant
- with § 823 I BGB, the injured party bears the burden of proof regarding the intention/negligence of the tortfeasor
- before reform: limitation period for torts was often considerably shorter

III. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

1. General principles

§ 311. Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse.
(1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft […] ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich […].
(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. […]

III. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

1. General principles

§ 311. Obligations created by legal transaction and obligations similar to legal transactions.
(1) In order to create an obligation by legal transaction […], a contract between the parties is necessary […].
(2) An obligation with duties under § 241 para. 2 also is created by
1. the commencement of contract negotiations,
2. the initiation of a contract where one party, with regard to a potential contractual relationship, gives the other party the possibility of affecting his rights, legal interests and other interests, or entrusts these to him, or
3. similar business contacts.
(3) **An obligation with duties under § 241 para. 2 may also arise in relation to persons who are not themselves intended to be parties to the contract.** […]

III. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

UNIVERSITÄT PASSAU

2. Elements of the *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

(1) Proximity to performance ("*Leistungsnähe*")

(2) Proximity to creditor ("*Gläubigernähe*")

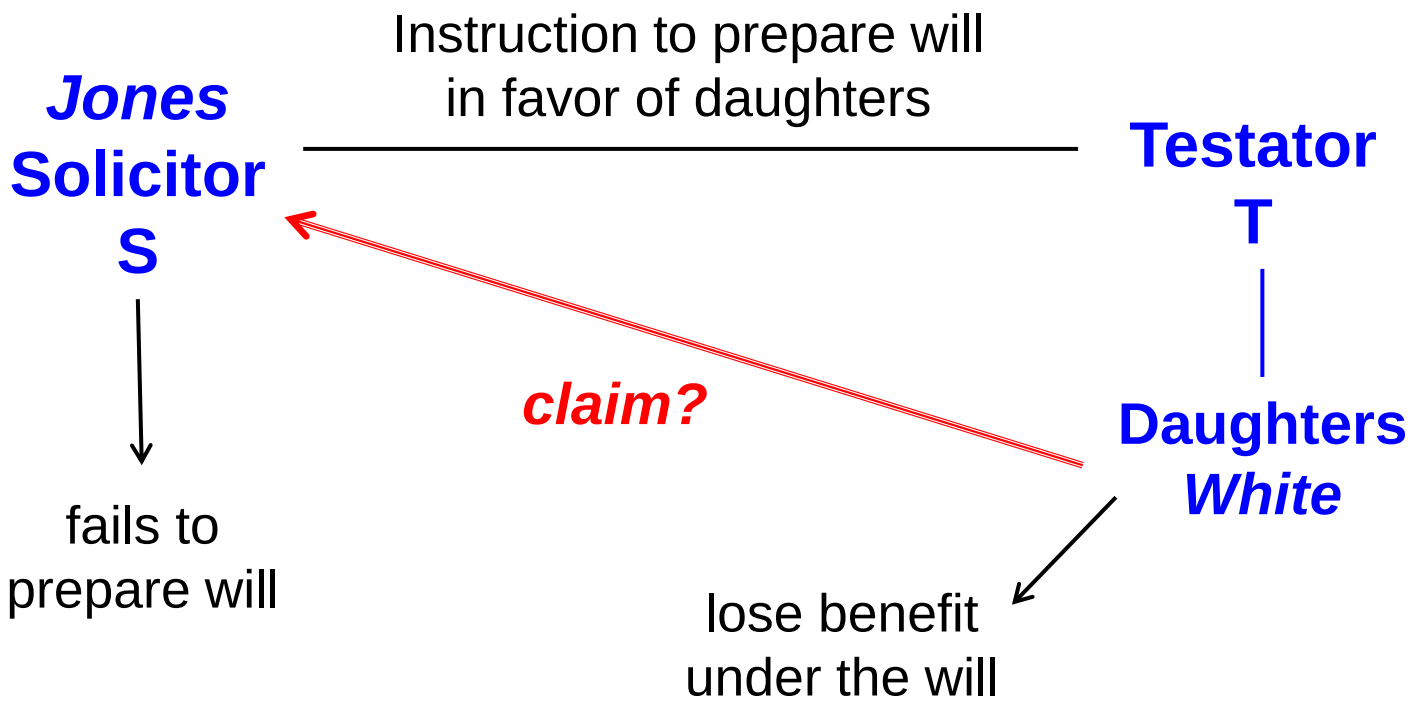
- earlier criterion: creditor is responsible for the **"weal and woe"** ("*Wohl und Wehe*") of the third party
- today: special interest of the creditor in protecting the third party

(3) Foreseeability for debtor ("*Erkennbarkeit*")

(4) Third party in need of protection ("*Schutzbedürftigkeit*")

3. Application: "The failed testament case"

***White v. Jones*, [1995] 2 AC 207**



III. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

UNIVERSITÄT PASSAU

3. Application: "The failed testament case"

(1) Proximity to performance ("*Leistungsnähe*")

(2) Proximity to creditor ("*Gläubigernähe*")

- earlier criterion: creditor is responsible for the **"weal and woe"** ("*Wohl und Wehe*") of the third party
- today: special interest of the creditor in protecting the third party

(3) Foreseeability for debtor ("*Erkennbarkeit*")

(4) Third party in need of protection ("*Schutzbedürftigkeit*")

III. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

UNIVERSITÄT PASSAU

3. Application: "The failed testament case"

BGH (19.01.1977), NJW 1977, 2073:

„Wie auch immer der dem Streitfall zugrundeliegende Sachverhalt rechtsdogmatisch einzuordnen sein mag, so muß nach der Auffassung des Senats das Ergebnis jedenfalls sein, daß der Kläger dieses Rechtsstreits unmittelbar den beklagten Rechtsanwalt auf Ersatz des ihm durch ungenügende Belehrung seines Vaters über die Verwirklichung des von ihm entworfenen § 6 entstandenen Schadens in Anspruch nehmen kann. Eine andere Entscheidung wäre mit dem Sinn und Zweck des hier zu beurteilenden Anwaltsvertrages und des dem Beklagten bekannten Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen seinem Mandanten und dem Kläger nicht zu vereinbaren."

III. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

UNIVERSITÄT PASSAU

3. Application: "The failed testament case"

BGH (19.01.1977), NJW 1977, 2073:

"In whatever legal or doctrinal category one puts the present litigated facts, the result must be that the plaintiff has a direct claim against the defendant attorney for compensation for the harm which he suffered as a result of the defendant's failure to tell his father of the need to implement the agreement in § 6 of the divorce document. Any other conclusion would be inconsistent with the meaning and purpose of the attorney's contract here and of the father–son relationship between the client and the plaintiff of which the defendant was well aware."

III. *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

UNIVERSITÄT PASSAU

4. Application: “The vegetable leaf case”

BGH (28.01.1976), BGHZ 66, 51:

A 14-year old girl accompanies her mother to a self-service store and slips on a vegetable leaf.

IV. *Störung der Geschäftsgrundlage*

1. General principles

Meaning: “impairment of the basis of the transaction”

IV. *Störung der Geschäftsgrundlage*

1. General principles

§ 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. […]
(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.

IV. *Störung der Geschäftsgrundlage*

1. General principles

§ 275. Exclusion of the duty of performance.
(1) A claim for performance is excluded to the extent that performance is impossible for the debtor or for any other person.
(2) The debtor may refuse performance to the extent that performance requires expense and effort which, taking into account the subject matter of the obligation and the requirements of good faith, is grossly disproportionate to the creditor's interest in performance. […]
(3) In addition, the debtor may refuse performance if he is to render the performance in person and, when the obstacle to the debtor's performance is weighed against the creditor's interest in performance, performance cannot be reasonably required of the debtor.
(4) The rights of the creditor are governed by §§ 280, 283 to 285, 311a and 326.

IV. *Störung der Geschäftsgrundlage*

UNIVERSITÄT PASSAU

1. General principles

§ 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 Einzelfalls, 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.

IV. *Störung der Geschäftsgrundlage*

UNIVERSITÄT PASSAU

1. General principles

§ 313. Impairment of the basis of the transaction.

(1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to be held to the contract without alteration.

(2) It is equivalent to a change of circumstances if material assumptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect.

(3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may revoke the contract. In the case of continuing obligations, the right to revoke is replaced by a right to terminate.

2. Application: Inflation cases

RG (28.11.1923), RGZ 107, 78:

In **1913**, debtor took a loan that was secured by a mortgage.

In **1920**, he wanted to discharge his obligation by paying the nominal amount together with the interest agreed upon.

Creditor refused to return the mortgage and sought an adjustment of the amount to be paid.

3. Application: "The coronation cases"

***Krell v. Henry*, [1903] 2 KB 740:**

Henry hired a room from Krell to watch the Coronation procession for Edward VII on June 26 and 27.

The rent was to be £ 75, and Henry paid £ 25 on account.

The Coronation was then postponed to August 9, because the King had fallen ill.

Still, Krell claimed payment of the remaining £ 50. In turn, Henry counterclaimed for recovery of the £ 25 already paid.

3. Application: "The coronation cases"

OLG Bremen (18.03.1952), NJW 1953, 1393:

In 1950, Claimant hired Defendant's sports hall for the purpose of staging a guest performance of the actor and singer Marika Rökk (1913-2004) with her program "Two Hours for You". Claimant made an advance payment of DM 1500.

The guest performance could not take place because Ms. Rökk had suffered an injury.

The Claimant demanded the return of the DM 1500 paid.

IV. *Störung der Geschäftsgrundlage*

4. Application: Exporting beer to Iran

BGH (08.02.1984), NJW 1984, 1746:

Defendant
Brewery (Germany)

contract for sale of beer
to Iran

Claimant
Importer (Iran)

claims for damages

1978: **compromise:**

payment: 2 x 20.000 DM
discount price for delivery of beer

1979:
total prohibition of alcohol

Thank you for your attention!