

Good Faith in German Law

Prof. Dr. Dennis Solomon

I. Good faith in general

1. The principle of good faith within the German legal system

§ 242. Leistung nach Treu und Glauben.

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

§ 242. Performance in good faith.

The debtor has the duty to render performance according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.

I. Good faith in general

1. The principle of good faith within the German legal system

Book 2: Law of Obligations

Division 1: Subject matter of obligations

Title 1: Duty of performance

§ 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.

§ 241a. Unsolicited performance.

§ 242. Performance in good faith.

The debtor has the duty to render performance according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.

I. Good faith in general

1. The principle of good faith within the German legal system

1	Allgemeiner Teil	General Part	§§ 1-240
2	Recht der Schuldverhältnisse <i>or: Schuldrecht</i>	Law of Obligations – General Part – Special Part	§§ 241-432 §§ 433-853
3	Sachenrecht	Law of Property	§§ 854-1296
4	Familienrecht	Family Law	§§ 1297-1921
5	Erbrecht	Law of Succession	§§ 1922-2385

I. Good faith in general

2. § 242 BGB as a „*Generalklausel*“ and its development by the courts by way of sub-categories („*Fallgruppen*“)

§ 242. Leistung nach Treu und Glauben.

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

§ 242. Performance in good faith.

The debtor has the duty to render performance according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.

I. Good faith in general

2. § 242 BGB as a „Generalklausel“ and its development by the courts by way of sub-categories („Fallgruppen“)

Jauernig/Mansel, 15th ed. 2014, § 242 para. 3:

"Treue verweist auf Rechtstugenden der Verlässlichkeit [...], des Worthaltens und der Loyalität; Glauben meint das Vertrauen auf die Treue des anderen Teils [...]. „Treu und Glauben“ bedeutet damit den Grundsatz des anständigen und rücksichtsvollen Verhaltens, das Gebot der billigen Rücksichtnahme auf die berechtigten Belange des anderen Teils [...]; er umfasst das Prinzip des Vertrauensschutzes [...]."

“*Treue* [fidelity] refers to the legal virtues of reliability [...], of keeping one’s word and of loyalty; *Glauben* [faith] means the reliance in the fidelity of the other party [...]. «*Treu und Glauben*» thus signifies the principle of decent and respectful behavior, the duty to take fair regard of the legitimate interests of the other party [...]; it encompasses the principle of protection of reliance [...].”

I. Good faith in general

2. § 242 BGB as a „Generalklausel“ and its development by the courts by way of sub-categories („Fallgruppen“)

Today:

- *Venire contra factum proprium*
- “*Verwirkung*”
- “*Erwirkung*”

Next week:

- “*Positive Vertragsverletzung*”
- “*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*”
- “*Störung der Geschäftsgrundlage*”

II. *Venire contra factum proprium*

1. General principles

Elements:

(1) Contradictory behavior

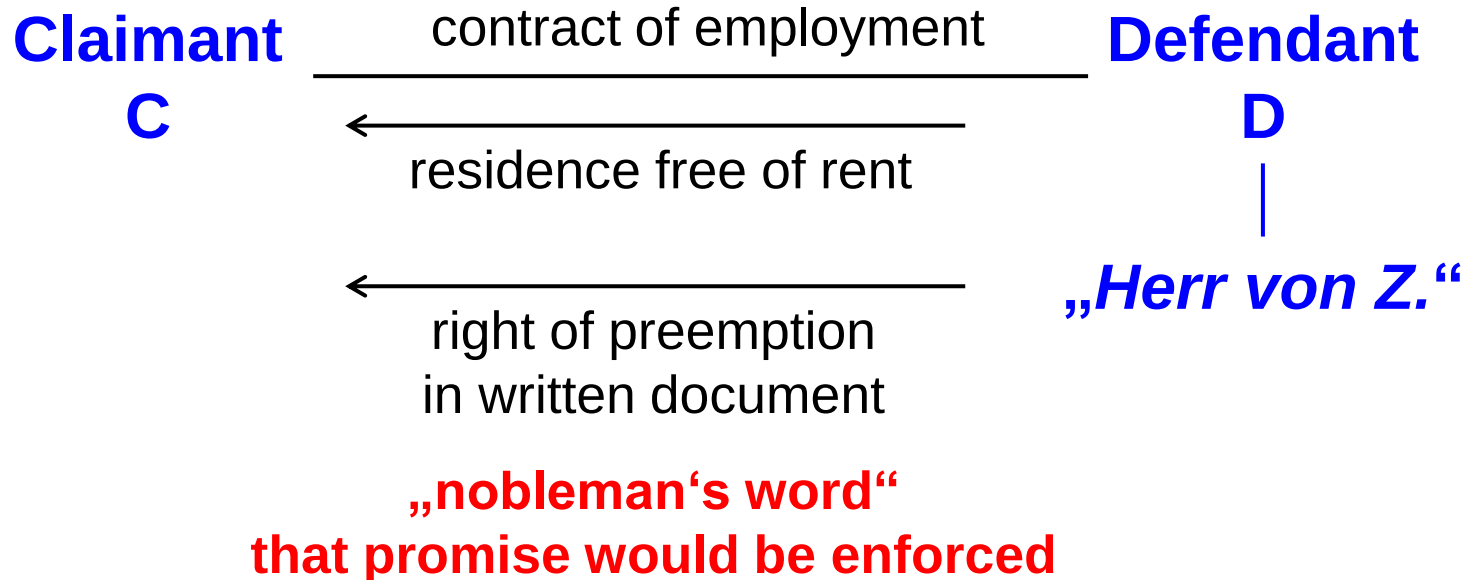
(2) Further circumstances that make the contradictory behavior inequitable:

- (a) Legitimate reliance of the other party on the earlier behavior
- (b) Irresolvable contradiction („*unauflöslicher Widerspruch*“) between the current and the previous behavior

II. *Venire contra factum proprium*

2. Application: The „nobleman’s word“

RG (21.05.1927), RGZ 117, 121



II. *Venire contra factum proprium*

2. Application: The „nobleman’s word“

§§ 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.

§ 311b. Contracts on plots of land and entire estates.

(1) A contract by which one party agrees to transfer or acquire ownership of a plot of land must be recorded by a notary. A contract not entered into in this form becomes valid with all its contents if the conveyance and the registration in the Land Register are effected.

II. *Venire contra factum proprium*

2. Application: The „nobleman’s word“

RG:

„Es liegt im Wesen einer gesetzlichen Formvorschrift begründet, daß, wenn die Form nicht gewahrt ist, die Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens nicht verpflichtet.“

It is the essence of a legal provision requiring form that if the form is not observed, a declaration of an intention to conclude a legal transaction is not binding. It does not bind, even if the intention is manifested by especially emphatic words in solemn form.

II. *Venire contra factum proprium*

2. Application: The „nobleman’s word“

RG:

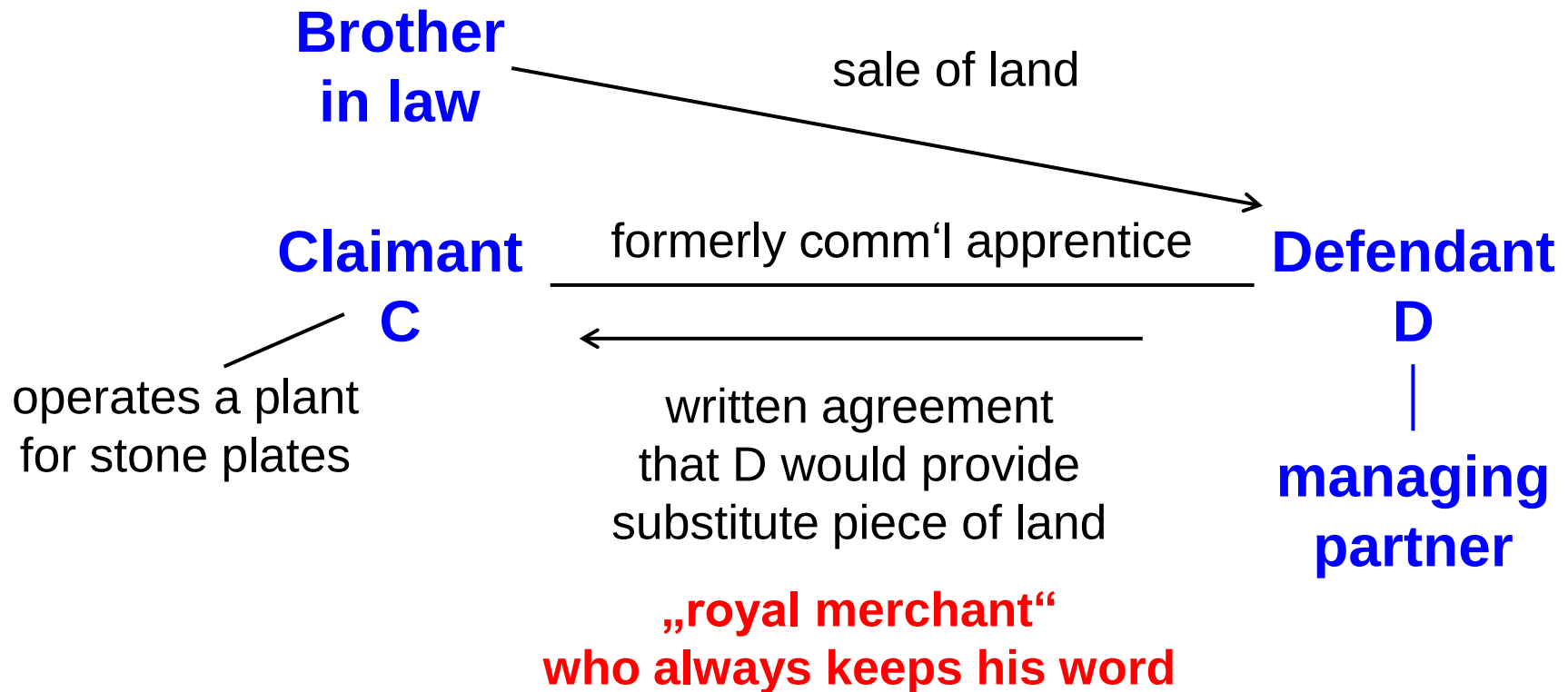
„Wenn aber beide Teile die Notwendigkeit der Formwahrung kannten, so beruht es auf dem Einverständnis auch des Klägers, daß mit der Beurkundung der getroffenen Abreden zugewartet worden ist, und er muß die Folgen dieses Zuwartens tragen, ohne sie auf den Gegner abwälzen zu können.“

If it is correct that both parties knew of the need to observe the formalities, it is also due to the consent of the claimant that the formal recording of their agreement was postponed, and he must bear the consequences of this postponement without being able to shift the burden on the other party.

II. *Venire contra factum proprium*

2. Application: The „nobleman’s word“

BGH (27.10.1967), BGHZ 48, 396



II. *Venire contra factum proprium*

2. Application: The „nobleman’s word“

BGH:

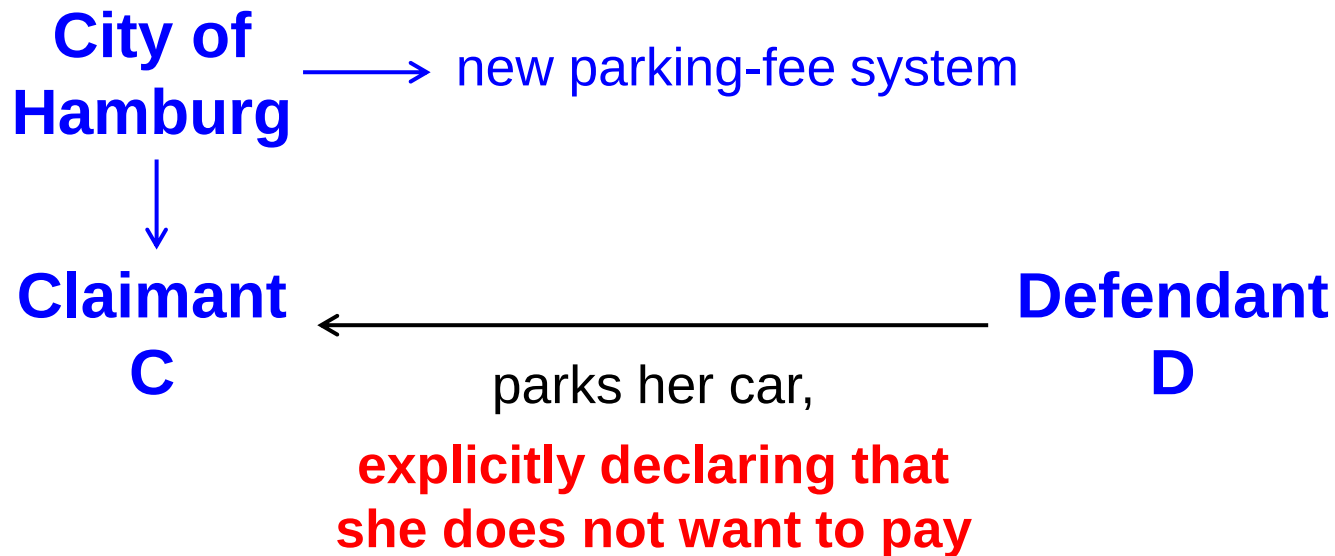
“Thus the defendant has announced in such an emphatic manner his intention to perform the contract, which was invalid in form, by pledging his status and reputation and by referring to his business practice that he cannot resile free from contract without offending against good faith.

Subsequent reliance on the formal invalidity of the contract constitutes an inadmissible exercise of his right, irrespective of the fact that the claimant was not in error as to the formal requirements.”

II. *Venire contra factum proprium*

3. Application: The „Hamburger Parkplatzfall“

BGH (14.97.1956), BGHZ 21, 319



II. *Venire contra factum proprium*

3. Application: The „*Hamburger Parkplatzfall*“

(1) Contractual claims

(a) Doctrine of typical social conduct („*Lehre vom sozialtypischen Verhalten*“)

Günter Haupt: „Über faktische Vertragsverhältnisse“
[On factual contracts], 1941

Karl Larenz: „Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten“ [obligations arising from typical social conduct], 1956

(b) Principle of *venire contra factum proprium*

→ „*protestatio facto contraria*“

II. *Venire contra factum proprium*

3. Application: The „*Hamburger Parkplatzfall*“

(2) Torts

§ 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. *Venire contra factum proprium*

3. Application: The „*Hamburger Parkplatzfall*“

(3) Unjust enrichment

§ 812. Herausgabeanspruch.

(1) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.

§ 812. Claim for restitution.

(1) A person who obtains something as a result of the performance of another person or in another manner at his expense and without legal basis is under a duty to make restitution to him. This duty also exists if the legal basis later lapses or if the objective pursued by a performance according to the contents of the legal transaction is not achieved.

1. Verjährung and Verwirkung

§ 194. Gegenstand der Verjährung.

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

§ 195. Regelmäßige Verjährungsfrist.

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.

§ 214. Wirkung der Verjährung.

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

§ 194. Subject-matter of limitation.

(1) The right to demand that another person does or refrains from an act (claim) is subject to limitation.

§ 195. Standard limitation period.

The standard limitation period is three years.

§ 214. Effect of limitation.

(1) After limitation occurs, the debtor is entitled to refuse performance.

2. Elements of *Verwirkung*

- (1) Right is not exercised for an extended period of time**
(„*Zeitmoment*“)
- (2) Conduct of creditor objectively appears to indicate that creditor will not exercise his rights**
(„*Umstandsmoment seitens des Berechtigten*“)
- (3) Actual reliance of debtor that creditor will not exercise his rights**
(„*Umstandsmoment seitens des Verpflichteten*“)

3. Consequences of *Verwirkung*

There is a **controversy** whether the effect of *Verwirkung* is that

- (1) creditor **loses** his right or
- (2) creditor continues to hold the right but is **estopped (precluded) vom exercising it.**

4. Application: „Sitting on one's rights“ – the tenant case

Tenant has to pay his landlord a monthly rent of EUR 1,000. Since he regards the rent as too high, he pays only EUR 900. The landlord does not protest.

2.5 years later, however, he demands payment of the remaining EUR 100 per month for the past three years.

(The prescription period for this kind of claims has not yet expired.)

1. The principle

„*Erwirkung*“ generally considered to constitute the **opposite** of „*Verwirkung*“:

It designates not the **loss** of a right, but the **creation** of a right due to a lapse of time.

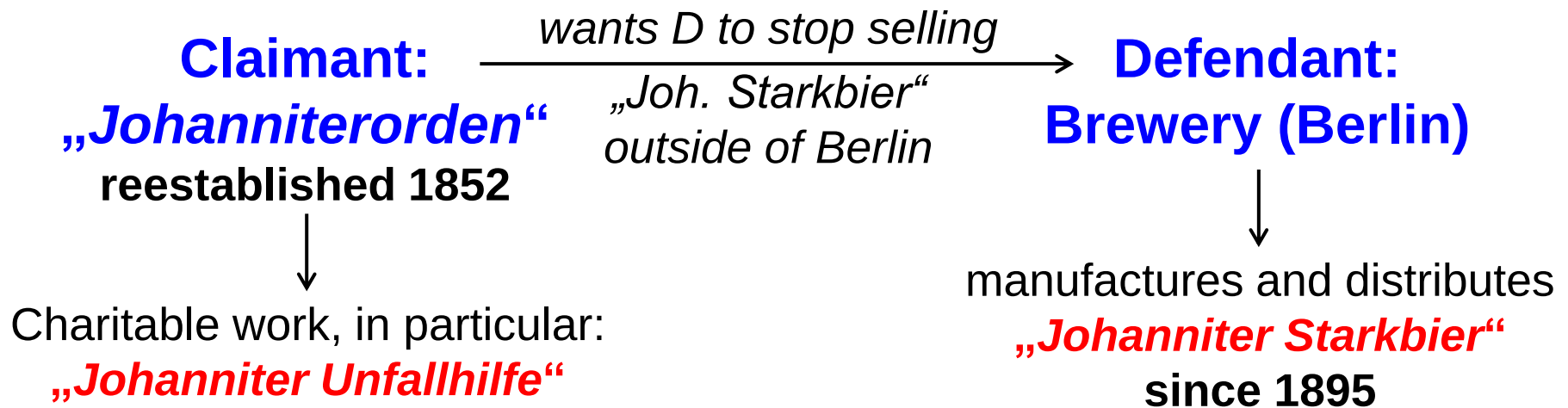
Accepted **only in a very limited number of cases** in Germany; in particular:

- trademark legislation
→ see Case: „*Johanniter Starkbier*“
- labor law: Christmas bonus
→ „*betriebliche Übung*“ (business practice)

IV. Erwirkung

2. Application: „Johanniter Starkbier“

BGH (24.10.1990), NJW-RR 1991, 934



2. Application: „*Johanniter Starkbier*“

§ 12. Namensrecht.

Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.

§ 12. Right to a name.

If the right of a person to use a name is disputed by another person, or if the interest of the person entitled to the name is injured by the unauthorised use of the same name by another person, the person entitled may require the other to remove the infringement. If further infringements are to be feared, the person entitled may seek a prohibitory injunction.

Thank you for your attention!

