

1. Inleiding

Per 1 januari 2018 zijn de paragrafen in het Duitse Burgerlijk Wetboek - het BGB - over aanneming van werk gewijzigd. Verder is een aparte titel voor bouwcontracten ingevoerd, naast enkele paragrafen over contracten met architecten en constructeurs. Deze wijzigingen zijn voor in Duitsland opererende Nederlandse bedrijven - dat zijn overigens dus niet uitsluitend bouwbedrijven - alsmede architecten en constructeurs relevant, indien op hun overeenkomst Duits recht van toepassing is. Dat laatste kan het geval zijn als dat recht expliciet in de overeenkomst van toepassing wordt verklaard, maar ook reeds als met een Duitse opdrachtgever wordt gecontracteerd, of werkzaamheden in Duitsland worden verricht.

Par. 631-651 van het BGB behandelen de aannemingsovereenkomst in de breedste zin. Het BGB kende tot 1 januari 2018 geen aparte bepalingen over bouwcontracten. Mede om die reden werd, maar wordt ook met de nieuwe wetgeving, in Duitsland, net als in Nederland, in de bouw met grote regelmaat gebruik gemaakt van algemene voorwaarden. In Nederland is de bekendste set algemene voorwaarden voor bouwcontracten de UAV, waarvan de laatste versie dateert uit 2012. In Duitsland maakt men gebruik van de zogenaamde 'Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen', die in delen A, B, en C is opgedeeld (VOB). De VOB/A bevat bepalingen over de aanbesteding en gunning van bouwopdrachten en de VOB/C gaat over technische voorschriften. De VOB/B (laatste versie is uit 2016) omvat bepalingen die specifiek voor de realisatie van bouwwerken bedoeld zijn, en gelijkenis vertonen met de UAV-2012.

Omdat de VOB een set algemene voorwaarden is, moeten deze net als de UAV-2012 op een overeenkomst van toepassing worden verklaard.¹ De VOB/B heeft zelfs een zodanige status, dat zij, mits volledig van toepassing verklaard, geacht wordt te voldoen aan de - relatief strenge - Duitse regelgeving voor de inhoud van algemene voorwaarden; vgl. par.310 lid 1 BGB.

Dit is echter slechts heel zelden het geval. De VOB/B is eigenlijk slechts onaangepast van toepassing te verklaren op kleine, gewone bouwwerken. Grotere en complexere bouwprojecten, waarbij de opdrachtnemer niet alleen realiseert maar ook ontwerpt, grote contracten waarbij een partij als hoofdaannemer optreedt, en speciale bouwprojecten, zijn eigenlijk helemaal niet bedoeld voor de VOB/B. Indien en voor zover de VOB/B daarop van toepassing wordt verklaard, zal dit in zeer gewijzigde en aangevulde vorm zijn, en vaak tot projectspecifieke (maat)contracten leiden. Zonder VOB/B geldt uiteraard de wettelijke regeling.

Niettemin heeft de Duitse wetgever de tijd rijp geacht om - specifiek voor bouwcontracten - een wettelijk regime te creëren, te meer daar veel 'regels' voor bouwcontracten uit jurisprudentie moeten worden afgeleid c.q. in jurisprudentie zijn vastgelegd.

Het per 1 januari 2018 ingevoerde regime is deels vergelijkbaar met, deels anders dan de VOB/B.

Dit laatste maakt overigens, dat de nieuwe wettelijke regeling gevolgen heeft voor de VOB/B en voor daarnaast in Duitsland veel gebruikte bepalingen in (standaard)contracten, die als algemene voorwaarden kwalificeren. De Duitse jurisprudentie bevat heel veel uitspraken over contractbepalingen die al dan niet de inhoudelijke toets van par. 307 BGB e.v. inzake de eisen en inhoud van algemene voorwaarden, kunnen doorstaan. Een van de toetsnormen is, of de betreffende bepaling in overeenstemming is met de grondgedachte van het wetsartikel waarvan

¹ NB: het van toepassing verklaren van algemene voorwaarden is onder Duits recht anders dan onder Nederlands recht, aangezien in Duitsland - bijvoorbeeld - niet de 'first shot rule', maar de 'knock out rule' geldt.

zij afwijkt. Die jurisprudentie werd - en de verwachting is dat dit zal zo blijven - in de praktijk als richtsnoer gebruikt, maar bepalingen die tot 1 januari 2018 toelaatbaar waren, zijn dat mogelijk niet meer; overigens gelden de nieuwe regels voor overeenkomsten die na 1 januari 2018 zijn gesloten. Uitonderhandelde bepalingen vallen overigens buiten die toets, omdat zij geen algemene voorwaarden zijn.

Veel Duitse bouwrechtadvocaten zijn dan ook nu druk bezig om standaardbepalingen aan die inhoudelijke toets te onderwerpen. Van een aantal VOB/B bepalingen - par. 1 lid 3 en par. 2 leden 5 en 6 VOB/B inzake wijzigingen - wordt in de Duitse juridische literatuur eigenlijk aangenomen dat zij die inhoudelijke toets niet kunnen doorstaan. De Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) heeft echter eind januari 2018 aangekondigd dat er vooralsnog geen aanpassingen aan de VOB/B worden doorgevoerd.

Maar wat is er nu per 1 januari 2018 anders geworden? Een overzicht.²

2. De nieuwe algemene bepalingen

Betalingen

Par. 632a BGB oud, handelend over termijnbetalingen (Abschlagszahlung), bepaalde dat een aannemer termijnen in rekening mag brengen die corresponderen met de - kort gezegd - verrijking c.q. waardetoeename aan de zijde van de opdrachtgever. Par. 632a BGB nieuw bepaalt dat termijnen mogen worden ingediend naar rato van de waarde van het verrichte werk; dit is ook in lijn met par. 16 VOB/B, en met het bepaalde in par. 40 UAV-2012. Het is aan de opdrachtnemer om op een voor de opdrachtgever controleerbare wijze aan te tonen dat hij terecht aanspraak maakt op betaling van de door hem verrichte prestatie, anders wordt een termijn niet opeisbaar. Een opvallend verschil met het Nederlandse recht is de - ongewijzigde - par. 641 lid 3 BGB, die bepaalt dat een opdrachtgever gerechtigd is om in het geval van gebreken bedragen op de termijnbetalingen in te houden, echter tot maximaal het dubbele van de kosten om het gebrek te verhelpen.

Oplevering

Par. 640 BGB handelt over de oplevering (Abnahme). Het oude par. 640 lid 1 BGB bepaalde, dat de opdrachtgever gehouden was het werk te aanvaarden als dit overeenkomstig de overeenkomst was gerealiseerd, en slechts sprake was van kleine gebreken. Van "fictieve aanvaarding" was sprake als de opdrachtgever het werk niet binnen een door de aannemer gestelde termijn afnam, ook al was de opdrachtgever daartoe verplicht. Dit laatste betekende concreet dat uitsluitend als er sprake was van kleine gebreken een fictieve aanvaarding in beeld kwam, anders niet.

Omdat in de praktijk nogal wat discussie kon ontstaan over of nu opgeleverd was of niet, heeft de wetgever met het nieuwe par. 640 lid 2 BGB bepaald, dat een opdrachtgever zich uit dient te spreken. Kortom, de opdrachtgever kan de oplevering reeds tegenhouden door één enkel gebrek te benoemen, zelfs als dit later als onterecht terzijde wordt geschoven. In de Duitse

² Zie ook: Prof. Dr. R. Leinemann, 'Das neue Bauvertragsrecht und seine praktische Folgen', *NJW* 43/2017, S. 3113 ff; Prof. Dr. W. Langen, 'Änderung des Werkvertragsrechts und Einführung eines Bauvertragsrechts', *NZBau* 2015, 658; A.J. Roquette LL.M. en Dr. D. Schweiger, 'The new German construction law', *Construction Law International* vol. 12, iss. 4, December 2017; F. Meier, 'Baurecht 2018', Mei 2017 (<www.paratus-legal.de>) en F. Meier, 'Übersicht der Reform BGB 2018', December 2017 (<www.paratus-legal.de>).

juridische literatuur is daarom ook al de wens uitgesproken dat zo snel mogelijk in de jurisprudentie duidelijk wordt gemaakt dat het toch moet gaan om ten minste één wezenlijk gebrek, teneinde misbruik te voorkomen. Anders zou het namelijk zo kunnen zijn dat het opvoeren van gebreken voor een opdrachtgever voordeliger is dan het opstellen van een zorgvuldig proces-verbaal van oplevering.

Opzegging

Een andere belangrijke wijziging heeft betrekking op de beëindiging van de aannemingsovereenkomst. Het van par. 649 naar par. 648 BGB omgenummerde algemene opzeggingsrecht van de opdrachtgever, dat zeer vergelijkbaar is met artikel 7:764 BW en par. 14 UAV-2012, ook wat betreft de dan te volgen afrekeningsystematiek, blijft bestaan.

In par. 648a BGB wordt nu het beëindigen op basis van een zwaarwegende reden geïntroduceerd (Kündigung aus wichtigem Grund). Van een zwaarwegende reden is sprake als van de partij die beëindigt in redelijkheid niet verlangd kan worden de overeenkomst tot het moment van het gereed komen van het werk gestand te doen, onder afweging van alle omstandigheden van het geval en de wederzijdse belangen. Wordt een aannemingsovereenkomst vanwege tekortschieten in een contractsverplichting op basis van deze paragraaf beëindigd, kan dat overigens pas nadat geen gehoor is gegeven aan een voorafgaande ingebrekestelling. Het is ook mogelijk om de overeenkomst gedeeltelijk te beëindigen, waarin par. 8 VOB/B al voorzag. Het moet dan wel gaan om een bepaalbaar en af te grenzen deel van het te realiseren werk.

Belangrijk is voorts dat in par. 648a BGB wordt bepaald dat de ene contractspartij van de ander kan verlangen mee te werken aan een opname van de toestand van het werk. Weigert één van de contractspartijen medewerking of komt de wederpartij niet opdagen na termijnstelling door de andere partij, dan draagt die partij de bewijslast voor de toestand van het werk op het moment van beëindiging. Tenzij de reden voor afwezigheid niet voor rekening en risico van die partij komt en dit voorafgaand aan de opname medegedeeld is.

Als sprake is van een beëindiging vanwege een zwaarwegende grond is de aannemer slechts gerechtigd tot een vergoeding naar de stand van het werk. Wat opvalt is dat er in de wet geen onderscheid wordt gemaakt wie opzegt. Het kan er immers toe leiden dat een opdrachtgever ervoor kiest om zich - minst genomen - niet coöperatief op te stellen om zijn aannemer ertoe te bewegen op te zeggen op basis van een zwaarwegende reden, omdat die afrekeningsystematiek voor de opdrachtgever gunstiger kan zijn. Want de aannemer is slechts gerechtigd tot vervangende schadevergoeding voor het deel dat hij niet hoeft uit te voeren in plaats van betaling van het niet uitgevoerde deel, wat bij beëindiging zonder grond door de opdrachtgever wel het geval zou zijn.

Relevantie kooprecht

Ongewijzigd, maar wel omgenummerd is het oude par. 651 BGB dat nu par. 650 BGB wordt. Deze paragraaf bepaalt - kort gezegd - dat de paragrafen over koopovereenkomsten van toepassing zijn op contracten die zien op de levering van roerende zaken die de leverancier nog tot stand moet brengen met door hem te leveren materialen. Zolang het om niet vervangbare zaken gaat, gelden bepaalde paragrafen van de titel aanneming van werk wel c.q. ook.

3. De nieuwe bepalingen over bouwcontracten

De nieuwe par. 650a t/m 650h BGB zien specifiek op bouwcontractenrecht. In par. 650a BGB wordt een definitie van een bouwcontract weergegeven, waarin nu ook grote

onderhoudswerkzaamheden zijn opgenomen. Die definitie stemt in grote mate overeen met de definitie uit artikel 7:750 BW.

Wijzigingen door opdrachtgever

Par. 650b BGB introduceert het wettelijke recht van de opdrachtgever om eenzijdig de overeenkomst te wijzigen (Anordnungsrecht). Par. 650b BGB noemt twee gevallen waarin de opdrachtgever een wijziging kan doorvoeren, te weten 1) een wijziging van het overeengekomen resultaat of 2) een wijziging die noodzakelijk is om het overeengekomen resultaat te bereiken. Met name voor de grotere bouwwerken waarop de VOB/B niet van toepassing verklaard wordt, bestond de behoefte aan deze wettelijke regeling.

Het hierboven omschreven wijzigingsrecht is in de kern vergelijkbaar met par. 36 UAV-2012 en art. 7:755 BW, al kennen die bepalingen het in par. 650b BGB gemaakte onderscheid niet.

Par. 650b BGB bepaalt, dat partijen binnen 30 dagen nadat de aannemer kennis heeft genomen van het verzoek van de opdrachtgever om een wijziging door te voeren, moeten proberen overeenstemming te bereiken over de wijziging zelf en de daarmee samenhangende prijsverhoging- of verlaging. Lukt dat niet, dan kan de opdrachtgever schriftelijk verlangen dat de wijziging wordt uitgevoerd. Tenzij dat in redelijkheid van de aannemer niet verlangd kan worden, hetgeen de aannemer moet aantonen; dat laatste is overigens weer wel vergelijkbaar met de VOB/B. De aannemer heeft via het nieuwe par. 650c lid 3 BGB dan wel aanspraak op een deel van zijn meerprijs, die hij desnoods door middel van de in de eveneens nieuwe par. 650d BGB geïntroduceerde procedure kan afdwingen; zie ook hierna.

Par. 1 en 2 VOB/B kenden al een recht van de opdrachtgever om wijzigingen door te voeren. Maar de wettelijke regeling is wezenlijk anders dan de VOB/B: onder de VOB/B is de opdrachtgever - binnen bepaalde grenzen - gerechtigd om eenzijdig wijzigingen op te dragen zonder eerst een prijsopgave van de aannemer te vragen en een periode van 30 dagen in acht te nemen.

Waar toe verplicht par. 650b BGB de opdrachtgever nu? Indien de opdrachtgever een ander resultaat wenst - zie hiervoor onder 1) - is de aannemer slechts verplicht tot het opstellen van een begroting als hij in redelijkheid geacht kan worden de wijziging door te voeren. De aannemer kan zich bedienen van argumenten die op zijn eigen bedrijfsvoering betrekking hebben; daarbij valt te denken aan het ontbreken van interne capaciteit om de wijziging door te voeren, dan wel het niet kunnen vinden van een geschikte onderaannemer om deze werkzaamheden uit te voeren. Voor dergelijke op zijn eigen bedrijfsvoering betrekking hebbende argumenten draagt de aannemer de bewijslast; voor andere door de aannemer gebezigde argumenten draagt de opdrachtgever - a contrario - de bewijslast dat zij invalide zijn c.q. niet bestaan.

Par. 650b BGB voorziet ook in de situatie waarin het ontwerp van de opdrachtgever afkomstig is. In een dergelijk geval is de aannemer slechts gehouden een begroting voor te leggen wanneer de opdrachtgever ook een ten gevolge van de voorgenomen wijziging aangepast ontwerp ter beschikking heeft gesteld.

Wijzigingen die noodzakelijk zijn om het overeengekomen resultaat te behalen - zie hiervoor onder 2) - kunnen door een aannemer niet op basis van de redelijkheid worden geweigerd.

Als partijen overeenstemming hebben bereikt over de voorgestelde wijziging, bepaalt de nieuwe par. 650c BGB op welke wijze wordt afgerekend (Vergütungsanpassung). Ook daarin is een opvallend verschil tussen de benaderingswijze van de wet en de VOB/B te vinden.

Het wettelijk uitgangspunt is, dat de aannemer bij een wijziging aanspraak heeft op de daadwerkelijk noodzakelijke kosten te vermeerderen met algemene kosten, winst en risico; dit lijkt enigszins op par. 36 UAV-2012. Als de aannemer ook verantwoordelijk is voor het ontwerp kan hij daarbij overigens geen aanspraak maken op extra kosten. Het doel van de wetgever was om aannemers de werkelijke kosten te laten begroten; dat doel en de toelichting van de wetgever op de gekozen benaderingswijze is echter onder Duitse bouwrechtadvocaten met de nodige scepsis ontvangen, en daar is wel wat voor te zeggen.

Als hij die na gunning van de opdracht aan de opdrachtgever ter beschikking heeft gesteld, laat de wet aan de aannemer de mogelijkheid om *toch* terug te grijpen op zijn inschrijfbegroting; zie par. 650c lid 3 BGB. En dat is het nu juist het uitgangspunt van de VOB/B, waarin de inschrijfbegroting te allen tijde leidend is, ook bij wijzigingen.

Meent de opdrachtgever tegen de inschrijfbegroting nog iets in het geweer te kunnen brengen, dan rust op hem de bewijslast; de prijzen uit zijn inschrijfbegroting worden namelijk vermoed de daadwerkelijk noodzakelijke kosten te zijn; vgl. de vooraf overeengekomen verrekenprijzen (par. 38-39 UAV-2012).

Over de thans geïntroduceerde, strakke termijn van 30 dagen is in de Duitse juridische literatuur en onder Duitse bouwrechtadvocaten het nodige te doen. Velen voorzien daarmee problemen, vooral aan opdrachtgeverskant, zeker gelet op het bepaalde in het hierna te bespreken par. 650c lid 2 BGB. Opdrachtgevers kunnen zich vertragingen mogelijk niet permitteren vanwege met hun afnemers en/of investeerders overeengekomen afspraken, die vaak gekoppeld zijn aan hoge boetes.

Daarnaast zijn opdrachtgevers - net als in Nederland - zeer vaak opdrachtgever van ontwerpende partijen (architect, constructeur etc.). par. 650b lid 1 BGB verplicht de opdrachtgever in dergelijke gevallen die partijen een aangepast ontwerp op te laten stellen, welk ontwerp de opdrachtgever vervolgens aan de aannemer moet doorgeleiden. Zeker in complexe bouwprojecten zal het zeer uitdagend zijn om ook het ontwerp binnen die termijn te herzien. Opdrachtgevers zullen dan bij het indienen van hun wijzigingsverzoek goed beslagen ten ijs moeten komen, en hun ontwerphuiswerk voor zover mogelijk al gedaan moeten hebben om niet in tijdnood te komen. Het alternatief is om na ommekomst van de termijn van 30 dagen de wijziging op te dragen op basis van het voorstel van de aannemer (alsdan nog te verhogen met zijn ontwerpkosten!), teneinde ook de in par. 650c lid 3 BGB opgenomen aanspraak en mogelijke procedure ex par. 650d BGB te vermijden; zie hierna.

Voor de ontwerpende partijen brengt deze wijziging ook een risico met zich, omdat opdrachtgevers hen doorgaans als de verantwoordelijken voor de vertraging zullen willen bestempelen en aanspreken; aanspraken op grond van termijnoverschrijdingen zijn in beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen van ontwerpende partijen in Duitsland lang niet altijd gedekt.

Par. 650c lid 3 BGB introduceert een naar Nederlands recht onbekend recht van de aannemer (vorläufige Pauschalierung) in het geval partijen geen prijsovereenstemming bereiken. Als termijnbetalingen zijn overeengekomen of sprake is van een contract waarop dat had gekund, dan is de aannemer gerechtigd om 80% van de prijs van de wijzigingen via de termijnbetalingen als voorschot betaald te krijgen nadat hij de wijziging heeft uitgevoerd; het volledige bedrag is voor de aannemer pas opeisbaar na oplevering. Indien de opdrachtgever vindt dat de op die manier bepaalde prijs te hoog is, kan hij via een kort geding ex par. 650d BGB prijsaanpassing vorderen als partijen geen overeenstemming bereiken. Andersom kan de aannemer de opdrachtgever aanspreken als hij weigert om ten minste conform deze regeling te betalen.

Op het uitgangspunt dat de aannemer aanspraak kan maken op de daadwerkelijk noodzakelijke kosten, is kritiek geuit. Deze kritiek ziet met name op de beprijzing van minderwerk. Bij minderwerk is het lastig om de daadwerkelijke noodzakelijke kosten te bepalen en wordt met fictieve prijzen gerekend. Vaak is het in die situatie ook zo dat de aannemer kosten van zijn onderaannemer, die evenmin het werk meer behoeft uit te voeren, zou kunnen opvoeren zodat je eigenlijk analoog naar een gedeeltelijke beëindiging van de overeenkomst zou kunnen afrekenen; zie par. 648a BGB nieuw. Deze situatie is ook al vaker onder het Nederlandse recht besproken. Tot slot staat in de wetsgeschiedenis niets over wat nu passende opslagen zijn. In de Duitse literatuur wordt daarom aanbevolen om de in de inschrijfbegroting opgenomen opslagen als passend te beschouwen, als die niet al te sterk van marktconforme, gebruikelijke percentages afwijken.

Teneinde zowel de opdrachtgever als de aannemer snel duidelijkheid te verschaffen is in par. 650d BGB voor de wijziging en aanpassing van de aanneemsom de mogelijkheid om een 'einstweilige Verfügung' te starten geïntroduceerd. Een dergelijke procedure is het meest vergelijkbaar met een beperkt soort kort geding, bedoeld voor gevallen waarin een onomkeerbare inbreuk of beperking van recht dreigt te ontstaan. Het starten van een einstweilige Verfügung - zie par. 935 ZPO - is aan strikte voorwaarden verbonden, en vereist de aanwezigheid van een 'Verfügungsgrund' - spoedeisend belang - en een 'Verfügungsanspruch'. Onder de regels van het oude BGB was het nagenoeg onmogelijk om aan die voorwaarden te voldoen, om welke reden de wetgever nu in par. 650d BGB de 'Verfügungsgrund' in de in die paragraaf bedoelde gevallen aanwezig heeft verondersteld.

Gelijktijdig worden de rechtbanken in Duitsland voorzien van 'Baukammers' en de gerechtshoven van 'Bausenate'. In Nederland zou dit ook navolging kunnen vinden, hoewel de Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA) eigenlijk al in die behoefte voorziet, ware het niet dat veel opdrachtgevers - helaas - de bevoegdheid van de RvA uitsluiten. Overigens is er al sinds 2000 tussen de RvA en zijn Duitse evenknie het Schiedsgericht für privates Baurecht een samenwerkingsverband. Dat verband maakt het mogelijk voor Duitse partijen om in een Nederlandse arbitrage bij de RvA een Duitse arbiter te laten benoemen, en voor Nederlandse partijen in een Duitse arbitrage voor het Schiedsgericht om een Nederlandse arbiter te laten benoemen; dat dit systeem goed functioneert heb ik zelf in een arbitrage bij de RvA mogen meemaken.

Het systeem van par. 35, 36 UAV-2012 en art. 7:755 BW zit op onderdelen anders in elkaar dan het nieuwe Duitse systeem. Par. 35, 36 UAV-2012 en art. 7:755 BW verplichten de aannemer op het eerste gezicht een actievare rol, zowel wat betreft de vraag of een wens van de opdrachtgever een wijziging is, als wat betreft de financiële gevolgen van die wijziging. Uiteraard moet ook overeenstemming worden bereikt over de prijs van het meer- en/of minderwerk. Maar, par. 35, 36 UAV-2012 noch art. 7:755 BW kennen een termijn, en al helemaal niet een termijn van 30 dagen zoals die nu is geïntroduceerd; het is ook de vraag of dat wel wenselijk is, gelet op de kanttekeningen die kunnen worden geplaatst bij een dergelijke - onder omstandigheden (te) - strakke termijn.

Daarnaast kennen par. 35, 36 UAV-2012 noch art. 7:755 BW expliciet de weigeringsgronden die par. 650b lid 1 BGB aan de aannemer geeft in het geval van een wijziging van het overeengekomen resultaat. Sterker nog, par. 36 lid 3 UAV-2012 bepaalt, dat een aannemer aan bestekwijzigingen gevolg moet geven tot in principe 10% van de aanneemsom. Dit wil echter mijns inziens niet zeggen dat die weigeringsgronden irrelevant zijn. Overigens valt op dat de weigeringsgronden feitelijk wel genoemd worden in par. 14 lid 6 sub (c) UAV-GC 2005; daar staat immers, dat een opdrachtnemer een wijziging ex par. 14 UAV-GC 2005 niet verplicht is uit

te voeren indien de uitvoering van de wijziging tot gevolg zou hebben dat de opdrachtnemer zou worden verplicht tot werkzaamheden die zijn technische kennis en/of capaciteit te boven gaan.

Ex par. 35 lid 3 UAV-2012 wordt meerwerk verrekend als het is uitgevoerd, en minderwerk ex lid 4 bij de eindafrekening. Hoewel die bepalingen de ruimte laten om daarvan in het bestek af te wijken, zou een regeling die een opdrachtgever verplicht om in elk geval een voorschot te betalen misschien niet eens zo gek zijn. Immers, de door opdrachtgevers vaak doorgevoerde wijziging is dat (ook) meerwerk pas bij de eindafrekening wordt verrekend; één van de - terecht - klachten van aannemers is, dat zij dan dus moeten voorfinancieren.

Opname en oplevering van het werk

Par. 650g BGB bepaalt dat de aannemer het recht heeft om de toestand van het werk te laten vaststellen als de opdrachtgever onder opgave van gebreken het werk weigert (Zustandsfeststellung); vgl. art. 7:758 BW en par. 9 UAV-2012. Feitelijk leidt dit tot het in Nederland bekende proces-verbaal van oplevering. Als de opdrachtgever niet meewerkt aan de vastlegging van de toestand van het werk nadat de aannemer hem een termijn heeft gesteld, dan mag de aannemer zelf de toestand vastleggen, tenzij de opdrachtgever afwezig is vanwege een omstandigheid die niet voor zijn rekening en risico komt en die hij de aannemer zo snel als mogelijk heeft medegedeeld. In zoverre is par. 650g BGB heel vergelijkbaar met par. 640 BGB, die voor alle overeenkomsten van aanneming van werk geldt. Wel is van belang te onderkennen dat de door de aannemer alleen vastgelegde toestand van het werk een zogenaamd weerlegbaar vermoeden is.

Als het werk aan de opdrachtgever wordt aangeboden en in het proces-verbaal van oplevering een zichtbaar gebrek niet wordt vermeld, dan wordt vermoed dat deze na vastlegging van de toestand is ontstaan en voor rekening en risico van de opdrachtgever komt. Echter, dit vermoeden geldt niet indien sprake is van een gebrek dat naar zijn aard niet door de opdrachtgever veroorzaakt kan zijn. Vooral deze laatste uitzondering is een bijzondere regeling ten opzichte van het Nederlandse recht.

Een belangrijke voorwaarde voor het vaststellen van de toestand op grond van par. 650g BGB is dat de opdrachtgever oplevering met vermelding van gebreken heeft geweigerd. In zoverre hangt par. 650g BGB nauw met par. 640 lid 2 BGB samen. Echter, de situatie is denkbaar dat partijen het niet eens zijn over een ernstig gebrek c.q. een gebrek dat de oplevering in de weg staat, maar de opdrachtgever toch tot ingebruikname van het werk overgaat. Hoewel het vanuit het perspectief van in elk geval de aannemer toch van groot belang is dat de toestand ook dan wordt vastgelegd, kan hij een vastlegging van de toestand op grond van par. 650g BGB dan niet eisen zonder vooraf de formaliteiten van par. 640 lid 2 BGB na te leven (te weten het stellen van een termijn). Daarover bestaat in de Duitse juridische literatuur veel kritiek. Deze situatie is bijvoorbeeld in par. 10 lid 3 UAV-2012 wel degelijk geregeld.

Bij oplevering dient de aannemer ook een controleerbare eindafrekening ter beschikking te stellen ('prüffähige Schlussrechnung'); vgl. par. 40 UAV-2012. Zonder een dergelijke eindafrekening wordt de aanneemsom niet opeisbaar. De opdrachtgever moet binnen 30 dagen na ontvangst van de eindafrekening aangeven of hij de juistheid van de eindafrekening kan controleren of niet. Doet hij dat niet binnen die termijn, dan is de eindafrekening opeisbaar, maar kan de opdrachtgever nog wel inhoudelijk bezwaar maken. Een controleerbare eindafrekening wordt gevormd door een overzichtelijke opstelling van alle verrichte prestaties die dus voor de opdrachtgever verifieerbaar is.

Tot slot bepaalt par. 650h BGB dat een aannemingsovereenkomst uitsluitend schriftelijk kan worden beëindigd, dus niet per e-mail, tot genoegen van de Duitse bouwrechtadvocaten. De

ratio achter het schriftelijkheidsvereiste is in de eerste plaats de duidelijkheid die het creëert; het is in Duitsland bovendien eigenlijk standaard dat (belangrijke) brieven van twee handtekeningen worden voorzien. In de tweede plaats voorkomt het - bijvoorbeeld - het angstige moment van een 'intrek-verzoek' van een abusievelijke en/of inhoudelijk onjuiste e-mail, die anders wellicht als een beëindiging zou kunnen worden beschouwd. De Nederlandse regelingen zijn veel soepeler. Art. 7:764 BW bepaalt dat vormvrij, en zelfs stilzwijgend beëindigd kan worden. Par. 14 UAV-2012 kent evenmin een vormvereiste.

Wat is er niet geregeld?

Hoewel de nieuwe wettelijke regelingen voor aanneming van werk en voor bouwcontracten uitgebreid en gemoderniseerd zijn, is een aantal veel voorkomende onderwerpen niet geregeld. In de Duitse juridische literatuur is daar wel kritiek op geuit. Zo zijn geen bepalingen opgenomen die kwesties als bouwtijdverlenging, en afwikkeling van vertragingen en verstoringen regelen. De Nederlandse wettelijke regels voor aannemingsovereenkomsten voorzien daarin eigenlijk ook niet; par. 8 UAV-2012 daarentegen handelt wel expliciet over bouwtijdverlenging. Andere onderwerpen die in de VOB/B wel geregeld zijn, zoals betalingstermijnen van facturen en de eindafrekening, en het stellen van zekerheden (bankgaranties), zijn evenmin geïntroduceerd. Ook die zijn in de Nederlandse wetsbepalingen niet terug te vinden; par. 40 en 43a UAV-2012 gaan daar wel over.

4. Bouwcontracten met consumenten

Met de introductie van par. 650i t/m 650n BGB worden, net zoals in de Nederlandse titel aanneming van werk het geval is, specifieke bepalingen opgenomen voor bouwcontracten met consumenten. De belangrijkste punten daaruit zijn dat de aannemer verplicht is de particuliere opdrachtgever een bestek ter beschikking te stellen dat onderdeel van de aannemingsovereenkomst wordt, dat de particuliere opdrachtgever relatief gemakkelijk van de overeenkomst afkan, en gerechtigd is op een borg van 5% van de aanneemsom. Van par. 640 lid 2 BGB uit de algemene bepalingen, en van de meeste consumentenbepalingen kan niet ten nadele van de particuliere opdrachtgever-consument worden afgeweken. Dit is heel vergelijkbaar met het Nederlandse recht, aangezien ook dat recht voortvloeit uit Europese richtlijnen voor consumentenbescherming.

5. Overeenkomsten met architecten en constructeurs

Een laatste toevoeging betreffen de par. 650p t/m 650t BGB die betrekking hebben op overeenkomsten met architecten of constructeurs. Onder nieuw Duits recht is een overeenkomst met een architect of een constructeur geen aannemingsovereenkomst meer, maar een eigen contractvorm. Naar Nederlands recht kwalificeren overeenkomsten met architecten en constructeurs als een overeenkomst van opdracht, welk type een eigen regime kent (art. 7:400 BW ev.), en waarop in de praktijk ook algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard, meestal DNR 2011.

Belangrijk om te weten is dat in Duitsland de zogenaamde 'Honorarordnung für Architekten und Ingenieure' (HOAI) bestaat. De HOAI bevat dwingendrechtelijke wettelijke bepalingen over het vaststellen van de honorering van architecten en ingenieurs. De totale vergoeding wordt berekend aan de hand van het onderwerp waarop de werkzaamheden betrekking hebben en het moeilijkheidsniveau. Het recht op vergoeding ontstaat onder de HOAI trapsgewijs, per zogenaamde 'Leistungsphase' die door een ingenieur of architect is afgerond; de HOAI kent er 9. Het is van belang in ogenschouw te nemen dat de HOAI geen bepalingen bevat over hoe de werkzaamheden van de architect of de ingenieur moeten worden uitgevoerd; die regelingen moeten uit de overeenkomst zelf en uit het BGB worden afgeleid.

Op deze 'eigen contractvorm' zijn wel andere bepalingen uit het BGB van toepassing, zoals enkele algemene regels van aanneming van werk, en een aantal specifieke bepalingen voor bouwcontracten. Voor wat betreft deze laatste bepalingen gaat het bijvoorbeeld om het recht van de opdrachtgever om wijzigingen door te voeren.

De opdrachtgever heeft op basis van par. 650r BGB een bijzonder recht om het contract beëindigen nadat hem het ontwerp is voorgelegd. Uiteraard moet de opdrachtgever wel betalen voor de tot dat moment verrichte werkzaamheden. Als de opdrachtgever niet binnen een door de architect of constructeur gestelde termijn instemt met de door hem opgestelde ontwerpbescheiden, mag de architect of constructeur de overeenkomst beëindigen.

Op grond van par. 650s BGB kan de architect of ingenieur een deeloplevering afdwingen op het moment dat de laatste prestatie van de uitvoerend aannemer ook is opgeleverd. De bedoeling is om de in het Duitse recht sterk uiteenlopende verjaringstermijnen voor aannemers, architecten en ingenieurs op die manier te stroomlijnen. Tot slot is in par. 650t BGB bepaald dat de opdrachtgever in het kader van hoofdelijke aansprakelijkheid voor een gebrek eerst de aannemer moet aanspreken tot herstel alvorens hij zich tot de architect of constructeur kan wenden.

6. Conclusie

De conclusie is dat met deze nieuwe wetgeving een regeling is geïntroduceerd waaraan het Duitse recht behoefte had. Veel van de gangbare praktijk is gecodificeerd, waarbij er niettemin ten opzichte van veel gebruikte algemene voorwaarden zoals de VOB/B afwijkende bepalingen worden geïntroduceerd. De verwachting is ook dat - mede vanwege de in par. 650d BGB geïntroduceerde kort geding procedures - in de jurisprudentie zal worden uitgemaakt hoe deze nieuwe wetgeving in de praktijk zal uitpakken.