

## **Sorgeplicht of zorgplicht, wat zorgt beter?**

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de geldende zorgplichten voor IT-dienstverleners naar Nederlands en Duits recht

Masterscriptie  
Universiteit Leiden – Rechtsgeleerdheid (Civiel Recht)  
Juni 2020  
Martijn Berk (s1917463)

Scriptiebegeleider: mr. M. Neekilappillai  
Tweede lezer: prof. mr. J. Hijma

## Inhoudsopgave

<b>LIJST VAN AFKORTINGEN.....</b>	<b>4</b>
<b>1. INLEIDING.....</b>	<b>5</b>
1.1. ONDERZOEKSVRAAG.....	5
1.2. NADERE AFBAKENING .....	6
1.3. RECHTSVERGELIJKENDE METHODE.....	6
1.4. LEESWIJZER.....	8
<b>2. TERREINVERKENNING .....</b>	<b>9</b>
2.1. DE ZORGPLICHT.....	9
2.2. KWALIFICATIE SOFTWAREPROJECTEN .....	12
<b>3. DE ZORGPLICHT VOOR OPDRACHTNEMERS NAAR NEDERLANDS RECHT .....</b>	<b>14</b>
3.1. OVEREENKOMSTEN IN HET IT-RECHT .....	14
3.1.1. <i>Aanneming van werk (7:750 e.v. BW)</i> .....	14
3.1.2. <i>Overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 e.v. BW)</i> .....	15
3.1.3. <i>Koop</i> .....	15
3.2. KWALIFICATIE VAN SOFTWAREPROJECTEN .....	16
3.2.1. <i>Waterval</i> .....	16
3.2.2. <i>Agile</i> .....	17
3.3. ZORGPLICHTEN .....	17
3.3.1. <i>Algemene zorgplichten</i> .....	17
3.3.2. <i>Zorgplichten specifiek voor de aanneming van werk</i> .....	19
3.3.3. <i>Zorgplichten specifiek voor de overeenkomst van opdracht</i> .....	20
<b>4. DE ZORGPLICHT VOOR OPDRACHTNEMERS NAAR DUIJS RECHT .....</b>	<b>24</b>
4.1. OVEREENKOMSTEN IN HET IT-RECHT .....	24
4.1.1. <i>Werkvertrag (§ 631 e.v. BGB)</i> .....	24
4.1.2. <i>Kaufrecht in het Werkvertrag (Werkkauf) (§ 650 BGB)</i> .....	25
4.1.3. <i>Dienstvertrag (§ 611 BGB)</i> .....	26
4.1.4. <i>Afbakening tussen Dienstvertrag en Werkvertrag</i> .....	26
4.2. KWALIFICATIE VAN SOFTWAREPROJECTEN .....	27
4.2.1. <i>Waterval</i> .....	27
4.2.2. <i>Agile</i> .....	28
4.3. ZORGPLICHTEN .....	29
4.3.1. <i>Algemene zorgplichten</i> .....	30
4.3.2. <i>§ 241 BGB: Pflichten aus dem Schuldverhältnis</i> .....	30
4.3.3. <i>§ 276 Abs 2. BGB: Verantwortlichkeit des Schuldners</i> .....	33
4.3.4. <i>Zorgplichten specifiek voor Werkverträge</i> .....	34
4.3.5. <i>Zorgplichten specifiek voor Dienstverträge</i> .....	35
<b>5. RECHTSVERGELIJKING .....</b>	<b>37</b>
5.1. KWALIFICATIE VAN OVEREENKOMSTEN .....	37
5.2. ZORGPLICHTEN .....	37
<b>6. CONCLUSIE .....</b>	<b>41</b>
<b>BIJLAGE 1: DUITSE WETTEKSTEN .....</b>	<b>43</b>
<b>BIJLAGE 2: HET DUITSE BURGERLIJK RECHTSSYSTEEM .....</b>	<b>48</b>

<i>Het Duitse Burgerlijk Wetboek (BGB)</i> .....	48
<i>De Duitse rechtsinstanties</i> .....	48
<b>BIJLAGE 3: GRAFISCHE STRUCTUUR WETTEKSTEN (MINDMAPS)</b> .....	<b>50</b>
<b>LITERATUURLIJST</b> .....	<b>52</b>
<b>JURISPRUDENTIEOVERZICHT</b> .....	<b>57</b>

## Lijst van afkortingen

Abs.	Absatz (sectie)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BW	Burgerlijk Wetboek (1992)
CR	ComputerRecht (tijdschrift) (NL)
CuR	Computer und Recht (tijdschrift) (DE)
ITBR	IT-Rechtsberater (tijdschrift)
MMR	Multimedia und Recht (tijdschrift)
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek (1932)
SGOA	Stichting geschillenoplossing organisatie en automatisering

## 1. Inleiding

De meeste, zo niet alle, automatiseringsprojecten lopen anders dan gepland: de kosten van het project vallen hoger uit, het project wordt later opgeleverd of het resultaat voldoet niet aan de verwachtingen.<sup>1</sup> Recentelijk is in Nederland steeds meer aandacht voor de zorgplicht – in juridische zin – die een IT-dienstverlener jegens zijn opdrachtgever heeft op grond van de overeenkomst van opdracht.<sup>2</sup> Deze zorgplicht brengt onder meer met zich mee dat een leverancier een informatieverplichting heeft voordat het project start en gedurende het project een waarschuwingsplicht heeft. Een schending van deze zorgplicht leidt ertoe dat de leverancier aansprakelijk gesteld kan worden voor het niet slagen van een automatiseringsproject.

Bij de introductie van titel 7.7 van het BW waarin de overeenkomst van opdracht is geregeld, heeft de Nederlandse wetgever aansluiting gezocht bij het Duitse begrip *Auftrag*.<sup>3</sup> Dit roept de vraag op in hoeverre de Nederlandse zorgplicht verschilt van de Duitse. En – meer persoonlijk – maakt mijn Duitse achtergrond (een Duitse vader) nieuwsgierig naar het Duitse recht, een rechtsgebied dat in het Leids curriculum zeer beperkt aan de orde komt. Dat is jammer aangezien het Nederlandse recht tot stand is gekomen onder invloed van het Duitse (en Franse) recht, zoals de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek (BW) dat geïnspireerd is door het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).<sup>4</sup>

De beantwoording van deze vraag is relevant, niet alleen zodat de praktijk weet waar zij rekening mee moet houden bij het opzetten en uitvoeren van een automatiseringsproject, maar ook zodat zij het meest passende toepasselijk recht kan kiezen.

### 1.1. Onderzoeksvraag

Is de zorgplicht die de opdrachtnemer<sup>5</sup> heeft bij het uitvoeren van een softwareproject anders in het Nederlands recht dan de zorgplicht die hij heeft onder Duits recht? Om deze vraag te kunnen beantwoorden, zijn de volgende deelvragen opgesteld:

---

<sup>1</sup> Van der Putt 2016, p. 82.

<sup>2</sup> Van der Putt 2018, p. 193. Mijn eigen – indicatieve – onderzoek op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) laat zien dat het aantal gepubliceerde (!) civiele uitspraken in 2005 met de zoekterm ‘zorgplicht’, zonder nadere afbakeningen, 213 stuks bedroeg, dat aantal loopt geleidelijk op. In 2010 442 stuks, in 2015 597 stuks en in 2019 611 stuks.

<sup>3</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/9 en ook Tjong Tjin Tai 2010, p. 170 waaruit blijkt dat de wetgever zich bewust was van het verschil tussen *Auftrag* en opdracht. Een *Auftrag* (§ 662 BGB) lijkt meer op een bijzondere vorm van de overeenkomst van opdracht: lastgeving (art. 7:414 BW e.v.), zie ook Linssen 2001, p. 171.

<sup>4</sup> Sütö 2004, p. 240.

<sup>5</sup> In de algemene hoofdstukken gebruik ik de term ‘opdrachtnemer’ voor zowel de partij die opdrachtnemer is bij een overeenkomst tot opdracht, als voor een aannemer in geval van aanneming van werk. Deze term moet dus begrepen worden als de partij die de werkzaamheden voor de opdrachtgever uitvoert. Het gebruiken van beide termen in algemene hoofdstukken doet mij kunstmatig aan, zeker omdat de grens tussen beide in zowel het Duitse als Nederlandse recht niet altijd scherp te maken is.

1. Hoe ziet de zorgplicht voor opdrachtnemers van softwareprojecten in het Nederlands recht eruit?
2. Hoe ziet de zorgplicht voor opdrachtnemers van softwareprojecten in het Duits recht eruit?
3. Welke verschillen en overeenkomsten bestaan tussen beide regelingen?

## 1.2. Nadere afbakening

Dit onderzoek richt zich alleen op de zorgplicht die voor een opdrachtnemer geldt wegens het sluiten van een overeenkomst.

In de praktijk worden in de overeenkomst ook afspraken gemaakt die onder de zorgplicht geschaard kunnen worden, bijvoorbeeld de leverancier die zich verplicht tot het maken van een reservekopie voordat hij met zijn werkzaamheden begint. Aangezien een geschil over het niet nakomen van deze – contractuele – afspraak niet onder het leerstuk van de zorgplicht valt, maar onder de tekortkoming in de nakoming laat ik contractuele zorgplichten achterwege. Ook de bijzondere zorgplicht die uit wet- en regelgeving kan gelden, laat ik buiten beschouwing.<sup>6</sup> Datzelfde geldt voor het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.<sup>7</sup> Ook zorgplichten die de opdrachtgever heeft jegens de opdrachtnemer behandel ik niet.

Ten aanzien van automatiseringsprojecten ligt de nadruk op softwareprojecten waarbij in ieder geval een deel van de software wordt aangepast naar wens van de opdrachtgever. Ik maak daarbij een onderscheid tussen twee veelvoorkomende projecttypes voor softwareontwikkeling: de watervalmethodiek en de agile-methodiek.

Projecten waarbij nieuwe hardware of infrastructuur wordt geplaatst of vervangen alsmede de koop van standaardsoftware laat ik buiten beschouwing.<sup>8</sup> Datzelfde geldt voor ‘pure’ adviesprojecten. Het onderwerp van dit onderzoek sluit aan bij mijn werk als zelfstandig projectmanager van softwareprojecten. Enkele voorbeelden of situatieschetsen zijn gebaseerd op mijn ervaringen en daarom niet voorzien van een literatuurverwijzing.

## 1.3. Rechtsvergelijkende methode

Hoewel rechtsvergelijking een begrip is waar Nederlandse juristen een ruime betekenis aan toekennen is de volgende definitie een gangbare: een juridisch onderzoek waarbij twee of meer rechtssystemen op systematische wijze met elkaar worden vergeleken.<sup>9</sup> Naast de intellectuele bevrediging van een rechtsvergelijkende studie, zou deze ook een doel

---

<sup>6</sup> Voornamelijk omdat mij geen wet- en regelgeving bekend is die specifiek voor dienstverleners in de automatisering geldt. Anders is dat voor bijvoorbeeld banken. In Nederland onder andere de Wet op het financieel toezicht en Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen. In Duitsland gelden ook verschillende sectorale wetten voor de financiële sector, voor een overzicht zie: [https://www.bafin.de/DE/RechtRegelungen/Rechtsgrundlagen/Gesetze/gesetze\\_artikel.html](https://www.bafin.de/DE/RechtRegelungen/Rechtsgrundlagen/Gesetze/gesetze_artikel.html).

<sup>7</sup> Zie hiervoor Jansen 2010, p. 333 e.v.

<sup>8</sup> De praktijk leert dat met name problemen ontstaan bij softwareprojecten die uit maatwerk bestaan.

<sup>9</sup> Oderkerk 1999, p. 4.

moeten hebben dat idealerwijs een relatie heeft met de keuze van de te onderzoeken rechtsstelsels.<sup>10</sup>

Mijn motieven om het Nederlandse recht met het Duitse recht te vergelijken gaf ik eerder, maar motieven maken nog geen doel. Met de uitkomsten van dit onderzoek kan de praktijk een weloverwogen keuze maken voor het toepasselijk recht. Overeenkomsten waarbij partijen zowel in Nederland als Duitsland zijn gevestigd zullen naar verwachting steeds vaker voorkomen;<sup>11</sup> Duitsland is het land waar de meeste Nederlandse diensten naar worden geëxporteerd en Duitsland is, na de Verenigde Staten, de grootste leverancier van diensten in Nederland.<sup>12</sup> Daarnaast heeft de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO) in december 2019 het advies uitgebracht om Nederland in Duitsland verder te promoten als IT-partner en strategische samenwerkingen aan te gaan.<sup>13</sup>

Een andere vraag die bij een rechtsvergelijking beantwoord moet worden, is de vraag *hoe* de rechtsvergelijking wordt uitgevoerd. In de literatuur wordt de functionele methode, waar het te bestuderen probleem centraal staat, onderscheiden van de dogmatische methode waarbij equivalente rechtsregels worden vergeleken. Hoewel veel kritiek te vinden is over de dogmatische methode, is dit de methode die ik voor dit onderzoek gekozen heb aangezien deze mijns inziens het meest passend is. Ter illustratie een voorbeeld.<sup>14</sup> Om een rechtsvergelijking te maken van de financiële positie van de gescheiden vrouw is een studie naar de wetsartikelen die direct betrekking hebben op alimentatie onvoldoende. Ook dient het socialezekerheidsstelsel van beide rechtsstelsels bestudeerd te worden. Hier is dus de functionele methode geschikter dan de dogmatische. In mijn onderzoek gaat het om de zorgplicht die geldt tussen twee zakelijke partijen. Vanwege de positie van beide partijen<sup>15</sup> en de betrekkelijke nabijheid van de gekozen rechtsstelsels verwacht ik minder invloed van de lokale rechtscultuur en is mijn onderzoek gericht op een vergelijking van bestaande juridische constructies zonder diep in te gaan op aanpalende concepten.

---

<sup>10</sup> De Boer 1994, p. 307.

<sup>11</sup> Vestiging in een land is overigens geen voorwaarde voor een rechtskeuze van dat land, maar in de praktijk wordt een keuze gemaakt voor het recht van een land waar een van de partijen gevestigd is.

<sup>12</sup> Centraal Bureau voor de Statistiek, Internationaliseringsmonitor Duitsland 2020, te raadplegen via: <https://longreads.cbs.nl/im2020-1/trends-in-de-nederlands-duitse-handel>.

<sup>13</sup> Rijksdienst voor Ondernemend Nederland, Analyse van de kansen voor de ICT-sector in Duitsland, te raadplegen via: <https://www.nederlanddigitaal.nl/binaries/nederlanddigitaal-nl/documenten/rapporten/2019/12/16/strategische-internationaliseringsagenda-ict-duitsland/Strategische+internationaliseringsagenda+ICT+Duitsland.pdf>.

<sup>14</sup> Ten dele ontleend aan De Boer 1994, p. 309.

<sup>15</sup> Waardoor bijvoorbeeld een verschil van opvatting over de mate van consumentenbescherming minder speelt.

#### 1.4. Leeswijzer

Dit onderzoek is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 maak ik een eerste terreinverkenning, waarbij ik de contouren van de zorgplicht en de kwalificatie van overeenkomsten in het IT-recht schets. Vervolgens ga ik in hoofdstuk 3 in op de zorgplicht die geldt in Nederlands recht en in hoofdstuk 4 op de zorgplicht die in het Duitse recht geldt. Vervolgens voer ik in het vijfde hoofdstuk een rechtsvergelijking uit en eindig ik in hoofdstuk 6 met conclusies. In bijlage 1 zijn de in dit onderzoek gebruikte artikelen uit het BGB, inclusief Engelse vertaling, opgenomen. Bijlage 2 bevat een korte schets van het Duitse burgerlijk rechtssysteem. Om de samenhang tussen de verschillende wetsartikelen te schetsen is in bijlage 3 een grafische weergave (*mindmap*) van de Duitse en de Nederlandse wetsartikelen opgenomen.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Deze mindmaps zijn uitsluitend te gebruiken als startpunt om de samenhang tussen de verschillende artikelen te bestuderen. De werkelijkheid is complexer, ook mist de jurisprudentie.



## 2. Terreinverkenning

Voordat gestart wordt met een uitwerking van het Nederlands en Duits recht volgt allereerst een korte terreinverkenning, over de vraag wat een zorgplicht is (paragraaf 2.1) en hoe de twee projecttypes voor softwareontwikkeling eruitzien (paragraaf 2.2.).

### 2.1. De zorgplicht

‘De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen’ en ‘Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern’.<sup>17</sup> De teksten van deze bepalingen klinken op het eerste gezicht wellicht sympathiek in de oren, maar dat wordt anders zodra partijen verschillen over de invulling hiervan, zeker op het moment dat een van de partijen teleurgesteld is over het geleverde resultaat. Moet een leverancier van een computersysteem die verantwoordelijk is voor onderhoud en beheer een reservekopie van het systeem maken voordat hij zijn werkzaamheden uitvoert?<sup>18</sup> Is een programmeur aansprakelijk voor softwarefouten als de opdrachtgever onvolledige specificaties levert en de programmeur deze zelf achterhaalt, maar deze – naar later blijkt – niet volledig zijn?<sup>19</sup>

Tjong Tjin Tai geeft in zijn dissertatie een overzicht van de historische ontwikkeling van de juridische zorgplicht,<sup>20</sup> om uiteindelijk bij de volgende definitie uit te komen: ‘een plicht tot handelen of nalaten ten behoeve van een of meerdere concrete belangen van een persoon of object’.<sup>21</sup> Kenmerkend voor een zorgplicht zijn de daden (doen of nalaten) in relatie tot de belangen van de ander. Nauw gerelateerd aan de zorgplicht is het begrip zorgvuldigheid. Een belangrijk onderscheid is dat zorgvuldigheid niet rechtstreeks betrekking heeft op de betrokken belangen; zorgvuldigheid is gericht op de wijze waarop de daden die een belang beschermen zijn uitgevoerd.<sup>22</sup>

Ter illustratie, de waarschuwing van de IT-dienstverlener aan zijn opdrachtgever dat hij niet voortvarend te werk gaat, is een invulling van de zorgplicht. Zorgvuldig is de IT-dienstverlener die zijn programmeerwerkzaamheden zorgvuldig documenteert en de broncode laat controleren door een tweede programmeur. In beide gevallen wordt het belang van de opdrachtgever gediend en is het moeilijk om een strikt onderscheid tussen de begrippen aan te brengen. Niettemin duidt zorgvuldigheid sterker op een nevenvoorwaarde.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> Art. 7:401 BW resp. § 242 BGB.

<sup>18</sup> Nee, zie: Hof Amsterdam 28 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1635, r.o. 3.12.

<sup>19</sup> Ja, zie: OLG Köln 22.9.1995 – 19 U 65/94.

<sup>20</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 77-96.

<sup>21</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 97.

<sup>22</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 98.

<sup>23</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 99.

De zorgplicht komt vooral in beeld zodra een asymmetrie bestaat tussen de (kennis)positie van beide partijen. De volgende voorbeelden uit de Nederlandse en Duitse jurisprudentie laten dat zien. De arts in dienst van een ziekenhuis heeft meer kennis dan de patiënt over de risico's van een poliklinische operatie aan een peesschede-ontsteking en moet hem hierover inlichten.<sup>24</sup> De adviseur van de bank weet meer van de risico's van effectenleaseproducten dan de consument en moet hem 'indringend waarschuwen tegen het lichtvaardig op zich nemen van onnodige risico's, of van risico's die hij redelijkerwijs niet kan dragen'.<sup>25</sup>

Niet alleen in situaties van de kwetsbare patiënt of de onwetende belegger geldt echter een zorgplicht. Ook een groot regionaal ziekenhuis wordt beschermd als een ingehuurde zelfstandig programmeur niet voldoende inspanningen vertoont om de benodigde specificaties te achterhalen.<sup>26</sup>

Kortom, de opdrachtgever moet erop kunnen vertrouwen dat zijn belang door de opdrachtnemer goed behartigd wordt.<sup>27</sup> Dit geldt zowel in de precontractuele fase, waarbij voor de opdrachtnemer een informatieplicht geldt zodat de opdrachtgever de juiste keuze kan maken, als tijdens de uitvoering van de overeenkomst waarbij de opdrachtnemer zijn werkzaamheden uitvoert met de zorg die van hem verwacht mag worden.<sup>28</sup>

Deze behartiging van belangen gaat overigens niet zo ver dat het belang van de ander als uitgangspunt genomen moet worden. Het gaat om de *gerechtvaardigde* belangen van de ander. 'Ik verkoop mijn huis niet om U van een passende woonruimte te voorzien, maar om een zo hoog mogelijke koopprijs in handen te krijgen', aldus Nieuwenhuis.<sup>29</sup>

Zowel in het Nederlands als het Duits recht is de (algemene) zorgplicht een open norm.<sup>30</sup> De concrete invulling ervan hangt af van de omstandigheden en de invulling van het concrete geval. Om de toepassing van een open norm enigszins voorspelbaar te maken heeft de, met name Duitse, doctrine een systeem ontwikkeld waarbij een onderscheid in *Fallgruppen* wordt gemaakt.<sup>31</sup> Hierbij wordt de open norm geleidelijk ingevuld met onderling samenhangende subnormen. Toepassing hiervan zou kunnen lijken op de indeling van verplichtingen als onderdeel van de zorgplicht die Tjong Tjin Tai maakt:

- verplichting tot het vooropstellen van het belang van de opdrachtgever;
- waarborgingsrisico's (het vermijden van risico's);
- plicht tot spontaan handelen ten behoeve van de opdrachtgever;
- het opvolgen van aanwijzingen;

---

<sup>24</sup> HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737 *NJ* 2002/386 m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.5.3.

<sup>25</sup> HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935 *NJ* 2019/98 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, r.o. 3.3.4.

<sup>26</sup> OLG Köln 22 september 1995 – 19 U 65/94.

<sup>27</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 104.

<sup>28</sup> De postcontractuele zorgplichten laat ik achterwege.

<sup>29</sup> Nieuwenhuis 1986, p. 319.

<sup>30</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 122 (Nederland) en MükoBGB/Bachmann 2019, § 241, Rn. 121 (Duitsland).

<sup>31</sup> Hesselink 1999, p. 47 e.v.

- waarschuwingsplichten;
- informatieplichten;
- plichten tot het vermijden van belangentegenstellingen.<sup>32</sup>

Deze indeling past ook op de verplichtingen die in het Duits recht voortvloeien uit de contractuele zorgplicht.<sup>33</sup>

Voor zowel de opdrachtnemer als de opdrachtgever is het van belang om te begrijpen wat de reikwijdte van deze open norm is. De opdrachtnemer wil vooral vrij zijn in de wijze waarop hij zijn werk levert of zijn diensten uitvoert.<sup>34</sup> Terwijl de opdrachtgever zo zeker mogelijk wil zijn dat zijn beoogde resultaat wordt behaald.

Als daadwerkelijk een schending van de zorgplicht plaatsvindt, dan kan dit leiden tot een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis (wanprestatie).<sup>35</sup> De benadeelde kan dan de overeenkomst ontbinden, mits de opdrachtnemer in verzuim is.<sup>36</sup> Ook kan de benadeelde een vordering tot schadevergoeding instellen.<sup>37</sup> Is de benadeelde van mening dat een precontractuele mededelingsplicht is geschonden, dan kan hij de overeenkomst vernietigen op grond van dwaling<sup>38</sup> of wegens *culpa in contrahendo* schadevergoeding eisen.<sup>39</sup>

Overigens kan de primaire remedie van Nederlands en Duits recht,<sup>40</sup> de vordering tot nakoming, niet of slechts beperkt ingezet kan worden bij een schending van de zorgplicht. Dit houdt verband met de aard van de zorgplicht die zich niet vooraf precies laat specificeren. De zorgplicht heeft een afgeleid karakter, dat wil zeggen dat zij voortvloeit uit de contractuele rechtsverhouding, zonder zelf de kern daarvan te zijn.<sup>41</sup>

---

<sup>32</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/99. Deze lijst staat in het deel dat de overeenkomst van opdracht behandelt, maar zoals in nr. 93 door Tjong Tjin Tai wordt beschreven is dit artikel (7:401 BW) een nodeloze specialis van de algemene norm, en daarom is (mijns inziens) deze indeling ook toepasselijk op ander (niet-opdracht) overeenkomsten.

<sup>33</sup> MükoBGB/Bachmann 2019: in de inhoudsopgave bij § 241 Abs. 2 is deze indeling te vinden.

<sup>34</sup> Tillmanns 2007, p. 175.

<sup>35</sup> Hof 's-Hertogenbosch 17 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4535, r.o. 8.12, 8.16 en MükoBGB/Schubert 2019, § 242, rn. 79 en 171.

<sup>36</sup> Artikel 6:262 BW (ontbinding) en § 323 BGB (*Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung*).

<sup>37</sup> Artikel 6:74 lid 1 BW (wanprestatie) en § 282 BGB (*Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2*).

<sup>38</sup> Artikel 6:228 lid 1 sub b BW. In Duits recht is dwaling geregeld in § 119 BGB (*Irrtum*), maar hier spelen de informatieplichten een beperkte rol. Zie paragraaf 4.3.2.

<sup>39</sup> Op grond van § 311 Abs 2. gelden de *Rücksichtspflichten* van 241 Abs 2. BGB ook in de precontractuele fase.

<sup>40</sup> Haas 2009, p. 21.

<sup>41</sup> Jansen 2012, p. 37.

Pas na de uitvoering van de overeenkomst is vast te stellen of de vereiste zorg is gegeven en daarom biedt de zorgplicht pas achteraf een grondslag voor vernietiging, ontbinding of schadevergoeding.<sup>42</sup>

## 2.2. Kwalificatie softwareprojecten

Om een inschatting te kunnen maken van de geldende zorgplichten is het van belang om de aard van een softwareproject te bepalen. Een softwareproject kan gedefinieerd worden als 'het geheel van activiteiten dat tot doel heeft een geautomatiseerd informatiesysteem in te voeren, te vervangen of (ingrijpend) te wijzigen'.<sup>43</sup> In dit onderzoek richt ik mij op softwareprojecten die een bepaalde mate van maatwerk met zich meebrengt. Daarbij heb ik een tweedeling aangebracht in traditionele en moderne maatwerkprojecten.<sup>44</sup> Beide projectsoorten worden in de huidige praktijk veelvuldig gebruikt. Hoewel de aanpak van het project consequenties heeft voor de (technische) uitvoering daarvan, bepaalt de aanpak ook de wijze waarop de overeenkomst tussen partijen wordt vormgegeven. Dat maakt de gekozen aanpak ook juridisch relevant.<sup>45</sup>

### *Traditioneel maatwerkproject: waterval*<sup>46</sup>

Een traditioneel maatwerkproject verloopt volgens een vaste fasering. Aan het begin van het project wordt vastgesteld aan welke eisen het systeem dient te voldoen, vervolgens wordt uitgewerkt hoe deze functionaliteit wordt gerealiseerd. Hierna wordt de software achtereenvolgens gebouwd, getest en geïmplementeerd. Kenmerkend is dat de uitvoering volgens een vaste volgorde verloopt en dat de volgende fase pas start nadat de voorliggende fase is afgerond. Door deze aanpak is het van belang dat bij de start van het project de precieze werking van het systeem bekend is, want in principe laat deze methodiek geen (grotere) wijzigingen op het ontwerp toe, nadat de ontwerpfase is afgerond. Met name bij projecten waarbij de werking van het systeem vooraf goed te definiëren is, kan de watervalmethode geschikt zijn, bijvoorbeeld als een bestaand systeem opnieuw gebouwd moet worden, en de belangrijkste functies daarbij ongewijzigd blijven. Een voordeel van deze methodiek is dat alle betrokkenen vooraf inzicht hebben in wat opgeleverd wordt. Een nadeel is dat het risico bestaat dat goed werkende software wordt opgeleverd die niet aansluit bij de verwachtingen van de opdrachtgever.

---

<sup>42</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 124 (Nederland) en Bachmann 2017, p. 373 (Duitsland). Beiden wijzen erop dat bij gevaarstelling een zorgplicht wel afdwingbaar zou kunnen zijn. Datzelfde geldt (Bachmann) voor een contractuele zorgplicht.

<sup>43</sup> Rinzema & Beuving 2001, p. 296.

<sup>44</sup> In de literatuur zijn verschillende classificaties te vinden, hoewel de verschillende omschrijvingen op detailniveau verschillen, is de door mij gemaakte indeling, in hoofdlijnen, in de meeste overzichten terug te vinden. Voor Duits recht zie Bussche & Schelinski 2013. Voor Nederlands recht zie: Engelfriet & Ras 2016.

<sup>45</sup> De juridische relevantie blijkt ook uit de discussie die in Duitsland gevoerd is over de kwalificatie van softwareprojecten. Zie paragraaf 4.2.

<sup>46</sup> Zie voor een toegankelijke uitleg: <https://nl.wikipedia.org/wiki/Watervalmethode>.

*Modern maatwerkproject: agile*<sup>47</sup>

Bij een agile softwareproject staat flexibiliteit voorop met als doel dat het uiteindelijke resultaat voldoet aan hetgeen de opdrachtgever voor ogen stond. Dit wordt bereikt door in korte iteraties steeds een werkend onderdeel op te leveren, waarbij het uit te voeren werk en het resultaat pas kort voor de start van de iteratie worden vastgesteld. Hierdoor kan het project steeds bijgestuurd worden. Nadat het vooraf gedefinieerde aantal iteraties is doorlopen stopt in beginsel het project. Hoewel bij aanvang van het project een lijst van op te leveren functionaliteit wordt gemaakt, wordt in de regel bij iedere iteratie de lijst aangepast en de prioriteit van items veranderd. Het uitgangspunt is dat na het uitvoeren van het aantal afgesproken iteraties de belangrijkste functies van het systeem zijn ontwikkeld. Het deel dat niet ontwikkeld is, behoort kennelijk niet tot de kern.<sup>48</sup> Er is dus sprake van een inspanningsverbintenis van de opdrachtnemer.<sup>49</sup> Deze methodiek stelt hoge(re) eisen aan de betrokken medewerkers van de opdrachtgever; zij zijn gedurende de looptijd van het project intensief betrokken. Daarnaast is het precieze resultaat van het project niet zeker, een aspect dat voor de opdrachtgever (en juristen) soms moeilijk te bevatten is.

---

<sup>47</sup> Zie voor de (basis) principes: <http://agilemanifesto.org/iso/nl/principles.html>.

<sup>48</sup> Anders was de functionaliteit wel in een van de iteraties ontwikkeld.

<sup>49</sup> Hoewel ook afspraken gemaakt kunnen worden over onderdelen die in ieder geval opgeleverd moeten worden.

### **3. De zorgplicht voor opdrachtnemers naar Nederlands recht**

Dit hoofdstuk beoogt antwoord te geven op de vraag welke zorgplichten in het Nederlands recht gelden voor een IT-dienstverlener voor de twee gedefinieerde softwareprojecten. Om dat te doen geef ik allereerst een overzicht van de mogelijke overeenkomsten (paragraaf 3.1), waarna ik beide softwareprojecten kwalificeer (paragraaf 3.2). Vervolgens werk ik de zorgplichten uit die voor de gedefinieerde softwareprojecten gelden (paragraaf 3.3).

#### **3.1. Overeenkomsten in het IT-recht**

De verplichtingen waar contractspartijen aan moeten voldoen worden, naast de inhoud van de overeenkomst, ook bepaald door het soort overeenkomst dat gesloten wordt. Voor softwareprojecten komen onder het Nederlands recht twee soorten in aanmerking: de aanneming van werk en de overeenkomst van opdracht.

##### **3.1.1. Aanneming van werk (7:750 e.v. BW)**

In geval van aanneming van werk op grond van artikel 7:750 BW moet sprake zijn van het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard. Hierdoor komt het accent bij aanneming van werk te liggen op een resultaatsverplichting, maar het levert ook kwalificatieproblemen op.<sup>50</sup> Is het tot stand brengen van een schilderij door een kunstenaar aanneming van werk? Hoewel een schilderij een werk van stoffelijke aard is, en dit begrip breed opgevat moet worden, wordt dit niet als de essentie gezien. Dat is de geestelijke inspanning van de kunstenaar.<sup>51</sup> In sommige automatiseringsprojecten kan sprake zijn van een werk van stoffelijke aard, bijvoorbeeld bij het op maat bouwen van een serverpark.<sup>52</sup> Bij softwareprojecten is niet snel sprake van een stoffelijke aard. Het gerechtshof Amsterdam bepaalde dat software geen voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object is.<sup>53</sup>

Als sprake is van aanneming van werk, dan staat het resultaat centraal. Dat brengt met zich mee dat – vooraf – het resultaat vastgesteld moet worden. Logischerwijs is de opdrachtgever verantwoordelijk voor het formuleren van zijn wensen. In sommige situaties zal de opdrachtgever die gedetailleerd uitwerken en specificeren, soms zelfs uitmondend in een volledig ontwerp. In andere gevallen zal de aannemer een vertaling maken naar een gedetailleerd (technisch, bouwkundig) ontwerp.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Van der Ven 2013, p. 144.

<sup>51</sup> Chao-Duivis 2019, p. 446.

<sup>52</sup> Zie bijvoorbeeld Rb Zutphen 23 april 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BD5781.

<sup>53</sup> Hof Amsterdam 1 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM6320, CR 2010, 143 (*Beeldbrigade/Hulskamp*). Hoewel deze zaak ging over de toepasselijkheid van de verjaringstermijn van artikel 7:23 BW (koop) op software, lijkt mij dat de uitkomst van deze zaak gebruikt kan worden om vast te stellen dat het ontwikkelen van software niet onder het regime van aanneming van werk past.

<sup>54</sup> Asser/Van den Berg 7-VI 2017/73.

In de literatuur is de opvatting te vinden dat de aanneming van werk beter als een species van de overeenkomst van opdracht geregeld had kunnen worden.<sup>55</sup> Argumenten die hiervoor worden aangedragen zijn dat beide in de kern een opdracht tot dienstbetoon inhouden. Ook wordt terminologie uit de overeenkomst van opdracht (opdracht, opdrachtgever) in sommige artikelen van aanneming van werk gebruikt. Ten slotte zou dit beter aansluiten bij het recht van omliggende landen en de Principles of European Law on Service Contracts. Toch blijkt uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de Nederlandse wetgever een onderscheid wilde maken tussen *artes liberales* – de vrije beroepen waarbij de intellectuele prestaties vooropstaan – en een dienstbetoon waarbij de nadruk ligt op het resultaat.<sup>56</sup>

### **3.1.2. Overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 e.v. BW)**

De overeenkomst van opdracht is geregeld in Titel 7 van Boek 7 van het BW. Er is sprake van een dergelijke overeenkomst wanneer de opdrachtnemer zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt – anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst – werkzaamheden te verrichten.<sup>57</sup> De algemene bepalingen zijn geregeld in de eerste afdelingen, meer specifieke opdrachten zijn geregeld in aparte afdelingen. Vanwege de gelaagde opbouw van het BW zijn de bepalingen van Boek 3 BW (vermogensrechten) en Boek 6 BW (verbintenissenrecht) ook van toepassing op deze titel. De overeenkomst van opdracht beslaat dus een breed spectrum. Niet alleen ‘persoonlijke’ dienstverlening van een kapper, een advocaat of musicus vallen onder de opdracht, maar ook overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen, zoals research-overeenkomsten en computer-opdrachtsovereenkomsten vallen onder de overeenkomst van opdracht.<sup>58</sup>

In het licht van dit onderzoek is het relevant dat het tweede artikel in deze titel, artikel 7:401 BW, regelt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Meer daarover volgt in paragraaf 3.2.

Kenmerkend voor de opdracht is dat de opdrachtnemer tot op zekere hoogte vrij is in de wijze van invulling van zijn werkzaamheden. De opdrachtgever zal in veel gevallen niet de benodigde kennis hebben om te kunnen formuleren hoe de werkzaamheden dienen te worden uitgevoerd.<sup>59</sup> In de meeste gevallen is sprake van een inspanningsverbintenis en geen verbintenis om een bepaald resultaat te behalen.<sup>60</sup>

### **3.1.3. Koop**

Anders dan in het Duitse recht is in het Nederlandse recht vrijwel geen discussie over de toepasselijkheid van het kooprecht op softwareprojecten. Alleen bij standaardsoftware –

---

<sup>55</sup> Asser/Van den Berg 7-VI 2017/27 voor een overzicht.

<sup>56</sup> Van de Ven 2013, p. 143-150.

<sup>57</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/34.

<sup>58</sup> *Kamerstukken II 1992/83, 17779, 3, p. 3.*

<sup>59</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/83.

<sup>60</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/83.

buiten het bereik van dit onderzoek – kan de overeenkomst als koopovereenkomst worden gekwalificeerd.<sup>61</sup> Daarom werk ik het Nederlandse kooprecht niet verder uit. Voor de discussie in het Duitse recht verwijs ik naar subparagraaf 4.1.2.

### 3.2. Kwalificatie van softwareprojecten

Traditioneel hebben (Nederlandse) juristen moeite met het kwalificeren van automatiseringscontracten.<sup>62</sup> Ongeacht de reden daarvan, komt de rechter vaak niet toe aan de kwalificatievraag. Als partijen afgesproken hebben dat op een bepaalde datum software opgeleverd moet worden, en dat gebeurt niet, dan staat de tekortkoming reeds vast; de kwalificatie kan de rechter achterwege laten.<sup>63</sup>

#### 3.2.1. Waterval

Bij een watervalproject wordt vooraf door de opdrachtgever gedetailleerd gespecificeerd aan welke eisen het te ontwikkelen systeem dient te voldoen.<sup>64</sup> Ondanks dat bij een softwareproject niet wordt voldaan aan de stoffelijkheidseis, zijn er auteurs die betogen dat sommige ontwikkeltrajecten van maatwerksoftware dicht tegen de aanneming van werk ‘aanshurken’ en dat daarom het wettelijke kader daarvan analoog toegepast zou kunnen worden.<sup>65</sup> Mij overtuigt deze, summier onderbouwde, stelling niet. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt een bewuste keuze voor het stoffelijkheids criterium. Ondanks dat wordt gewezen op de afwezigheid van dit criterium in onder andere Belgische, Franse en Duitse vergelijkbare regelingen, wordt deze inperking in de uiteindelijke wettekst gehandhaafd.<sup>66</sup> Uit de literatuur blijkt dat het overgrote deel van de auteurs dit criterium toepast.<sup>67</sup> Ook de Hoge Raad volgt die lijn.<sup>68</sup> Ten slotte bepaalde de rechtbank Amsterdam dat de vernieuwing van een website geen aanneming van werk was omdat de opdracht niet strekt tot het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard.<sup>69</sup>

---

<sup>61</sup> Zie onder meer Franken 1992 en Asser/Hijma 7-I\* 2013/203a.

<sup>62</sup> De Graaf & Stuurman 2014, p. 75.

<sup>63</sup> Van der Klaauw-Koops & De Graaf 2004, p. 129.

<sup>64</sup> In beginsel ligt deze taak bij de opdrachtgever, de opdrachtnemer kan als onderdeel van de opdracht deze taak (deels) uitvoeren.

<sup>65</sup> Van der Putt & Bunt 2018, p. 193-194. Daarnaast bestaan verschillende blogs van advocaten met hetzelfde standpunt.

<sup>66</sup> *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, 3, p. 16 (voetnoot 13).

<sup>67</sup> Voor een overzicht: Asser/Van den Berg 7-VI 2017/25.

<sup>68</sup> HR 6 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4535, *NJ* 1991/415 (*lossers van visschepen*).

<sup>69</sup> Rb Amsterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ2674, r.o. 4.2.



### 3.2.2. Agile

Bij agile softwareprojecten lijkt minder ruimte voor een discussie over de kwalificatie te bestaan. Immers, bij een dergelijk project ligt in de regel de nadruk op de inspanningsverplichting van de dienstverlener. Dat in de praktijk weinig discussie bestaat over de kwalificatievraag wordt ondersteund door de beperkte (gepubliceerde) rechtspraak hierover.<sup>70</sup> Ook in de literatuur wordt weinig aandacht besteed aan de kwalificatievraag. Over het algemeen is men het erover eens dat het bij een agile project om een inspanningsverbintenis, en dus een overeenkomst van opdracht, gaat.<sup>71</sup>

### 3.3. Zorgplichten

In deze paragraaf werk ik allereerst de algemeen geldende zorgplicht uit, gevolgd door de specifieke zorgplichten die gelden voor de aanneming van werk en de overeenkomst van opdracht in Nederland.

#### 3.3.1. Algemene zorgplichten

*Zorgvuldig schuldenaar ex artikelen 6:27 BW en 6:248 lid 1 BW*

In artikel 1271 OBW werd nog gesproken over de zorg van een goed huisvader. Naar de letterlijke tekst van het artikel had de te geven zorg betrekking op de zaak die afgeleverd moest worden, maar algemeen werd aangenomen dat deze verplichting gold voor alle overeenkomsten.<sup>72</sup> In het huidige BW is de term 'goed huisvader' geschrapt en in artikel 6:27 BW vervangen door de 'zorgvuldig schuldenaar'.<sup>73</sup> De reikwijdte van dit artikel, hoewel nog steeds gesproken wordt van de zorg voor een zaak, is net als bij de goed huisvader breed; in samenhang met de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 1 BW geldt deze zorgvuldigheidsnorm als algemene regel van het contractenrecht.<sup>74</sup>

*Toerekenbare tekortkoming ex artikel 6:74 BW*

Daarnaast is volgens artikel 6:74 BW de schuldenaar aansprakelijk bij een toerekenbare niet-nakoming. Daar is onder andere sprake van in geval van 'schuld' (artikel 6:75 BW). Past een schending van de zorg binnen dit schuldbegrip? Op grond van artikel 6:2 lid 1 BW geldt alleen dat partijen zich volgens de eisen van redelijkheid en billijkheid ten opzichte van elkaar moeten gedragen, de wettekst geeft een indicatie dat zorg hierin past.

---

<sup>70</sup> Ik kon vier uitspraken achterhalen: Rb. Overijssel 16 januari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:159. Rb. Midden-Nederland 12 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5516, Rb. Noord-Holland 14 november 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10021 en Rb. Midden-Nederland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1429.

<sup>71</sup> Jeloschek & Linnemann 2013, p. 149.

<sup>72</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 88. Met verwijzingen naar literatuur die kritisch en ontkennend t.a.v. deze bredere toepassing.

<sup>73</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 102 en Nieuwenhuis 1992, p. 145.

<sup>74</sup> Tjong Tjin Tai 2004, p. 287.

Uit de literatuur volgt dat algemeen aangenomen wordt dat de vereiste zorg de tegenpool is van schuld, waardoor bij een schending van de vereiste zorg sprake is van schuld.<sup>75</sup>

#### *Precontractuele mededelingsplicht*

Zorgplichten zijn niet alleen gericht op de periode van de uitvoering van de overeenkomst, maar – juist ook – op de precontractuele fase, met name in de vorm van een informatieplicht. Het standaardarrest voor de ontwikkeling van de precontractuele informatieplichten is *Baris/Riezenkamp*.<sup>76</sup> De Hoge Raad bepaalde ‘dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane mededelingen’. Hij bepaalde echter ook dat partijen bij onderhandelingen hun gedrag mede moeten laten bepalen door de belangen van de wederpartij en introduceerde de redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase, waarin (ook) een informatieplicht tot het verstrekken van relevante informatie gelezen kan worden.<sup>77</sup> Een softwareleverancier zal dus, indien hij het vermoeden heeft dat een klant de consequenties van het aangaan van een automatiseringsproject niet overziet, de klant moeten voorlichten.<sup>78</sup> Wordt niet voldaan aan deze mededelingsplicht dan kan de andere partij een beroep doen op dwaling, waarbij – indien succesvol – de overeenkomst vernietigd wordt.<sup>79</sup>

#### *De norm*

Er is een norm nodig om te kunnen beoordelen of voldoende zorg is betracht. Uit het begin van deze paragraaf blijkt dat een opdrachtnemer moet handelen als een zorgvuldig schuldenaar. Een norm wordt gesteld ten aanzien van zijn karakter en vaardigheid. Dit is een hypothetische norm, de norm van de maatman: een fictieve persoon waaraan het handelen van de schuldenaar wordt afgemeten. Deze norm van de ‘redelijk handelende, redelijk bekwame beroepsbeoefenaar’ werd door de Hoge Raad in 1990 voor het eerst toegepast.<sup>80</sup> Het is een objectieve maatstaf. Het gaat er niet om of de schuldenaar in kwestie op een bepaalde manier had kunnen handelen, maar of een redelijk handelende beroepsbeoefenaar anders had gehandeld.<sup>81</sup> Onkunde van de schuldenaar wordt dus niet beschermd.<sup>82</sup> Ook subjectieve componenten spelen een rol; als iemand een opdracht geeft aan een duidelijke beginner of een amateur zal de norm anders zijn dan wanneer de schuldenaar zeer ervaren is.<sup>83</sup> Daarnaast is relevant dat niet getoetst moet worden met de wijsheid achteraf. Het kan voorkomen dat iemand achteraf bezien niet geheel juist

---

<sup>75</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 102 voor een overzicht.

<sup>76</sup> HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*).

<sup>77</sup> Jansen 2012, p. 92.

<sup>78</sup> Hof ‘s-Gravenhage 31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1113 (*Exact/Brandmeester’s*).

<sup>79</sup> Artikel 6:228 lid 1 sub b BW. Voor een overzicht van informatieplichten in relatie tot dwaling zie Jansen 2012, p. 150-237.

<sup>80</sup> HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, NJ 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*).

<sup>81</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 111.

<sup>82</sup> Vgl. HR 21 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AM2308, NJ 2004/82: een agrarisch makelaar wordt geacht op de hoogte te zijn van mestwetgeving.

<sup>83</sup> Kreijger 2008, p. 199.

gehandeld heeft, maar dat in het licht van de informatie en deskundigheid die hij had – of had moeten bezitten – niet van hem geveerd kon worden dat hij anders had gehandeld.<sup>84</sup>

Naast een algemene maatstaf kunnen specifieke normen worden afgesproken in de overeenkomst, bijvoorbeeld dat de automatiseringsdeskundige periodiek controleert of de back-up succesvol gemaakt is. Ook kunnen zorgverplichtingen gelden die volgen uit de aard van de overeenkomst, het onderwerp van de volgende twee subparagrafen.

### **3.3.2. Zorgplichten specifiek voor de aanneming van werk**

Hoewel ik eerder uiteen heb gezet dat een softwareproject niet als aanneming van werk gezien kan worden, werk ik de zorgplicht voor deze regeling toch uit, zodat ik deze kan vergelijken met de Duitse regeling.

#### *Waarschuwingsplicht ex artikel 7:754 BW*

Op grond van artikel 7:754 BW heeft de aannemer de plicht om de opdrachtgever te behoeden voor onjuistheden in zijn opdracht. De aannemer moet de opdrachtgever wijzen op gevaren die hij zelf niet onderkent, of wanneer de geformuleerde opdracht ongeschikt is om het beoogde doel te bereiken.<sup>85</sup> Ook in geval van gebreken of ongeschiktheid van zaken die afkomstig zijn van de opdrachtgever geldt een waarschuwingsplicht. Bijvoorbeeld de leverancier die de plicht heeft om te waarschuwen zodra hij merkt dat de IT-infrastructuur die door de opdrachtgever geleverd is niet geschikt is voor zijn werkzaamheden. Omdat de aannemer de deskundige is op dit gebied is deze plicht een afgeleide verplichting van de hoofdverplichting om de opgedragen werkzaamheden als een zorgvuldig vakman uit te voeren.<sup>86</sup> De beperking van de waarschuwingsplicht ligt in de woorden ‘voor zover hij [de aannemer] deze kende of behoorde te kennen’. Elementen die van belang zijn bij de beoordeling of aan de waarschuwingsplicht is voldaan, zijn onder andere de evidentie van de onjuistheid of fout en de mate van deskundigheid van de aannemer.<sup>87</sup> Ook in geval van voldoende deskundigheid bij de opdrachtgever ontslaat dit de aannemer niet van zijn waarschuwingsplicht, met daarbij de kanttekening dat de deskundigheid van de opdrachtgever aanleiding kan zijn voor vermindering van de schadevergoeding op grond van het leerstuk ‘eigen schuld’.<sup>88</sup>

De gevolgen van het niet voldoen aan de waarschuwingsplicht kunnen verregaand zijn; als de aannemer zijn waarschuwingsplicht heeft geschonden is hij op grond van artikel 7:760 leden 2 en 3 BW aansprakelijk voor de gevolgen van de fout.

---

<sup>84</sup> HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1532, NJ 2003/151.

<sup>85</sup> Logischerwijs brengt de aanneming van werk ook een medewerkingsplicht voor de opdrachtgever met zich mee, een plicht die ook als zorgplicht geldt. Gezien het onderwerp van dit onderzoek laat ik deze plicht verder onbesproken. Zie onder andere: Asser/Van den Berg 7-VI 2013/73.

<sup>86</sup> Asser/Van den Berg 7-VI 2013/101.

<sup>87</sup> Chao-Duivis 2019, p. 456.

<sup>88</sup> Artikel 6:101 BW, zie ook: HR 18 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2705, NJ 1998/818 (KPI/Leba).

Overigens is deze regeling, in tegenstelling tot de waarschuwing bij meerwerk, een regeling van aanvullend recht.<sup>89</sup>

#### *Waarschuwing bij meerwerk ex artikel 7:755 BW*

Voor de aannemer geldt nog een, dwingendrechtelijke, waarschuwingsregel, namelijk de plicht om de opdrachtgever te waarschuwen voor prijsverhogingen bij toevoegingen of veranderingen in de opdracht. Doet de aannemer dat niet, dan kan hij de prijsverhoging niet in rekening brengen. Bij IT-projecten is het eerder regel dan uitzondering dat gedurende het project onvoorziene omstandigheden geconstateerd worden die tot meerwerk leiden (vergelijk de 'standaard' onvoorziene omstandigheden bij een ingrijpende verbouwing van een monumentaal pand). Naast onvoorziene omstandigheden wordt ook regelmatig na het zien van de eerste testversie door de (eind)gebruikers gevraagd om aanpassingen ten opzichte van de oorspronkelijke specificaties, iets dat in veel gevallen als meerwerk te classificeren is.

Als de opdrachtgever toestemming geeft, dan moet deze (ook) zien op de prijsverhoging en niet alleen op de wijziging.<sup>90</sup> Uit de wettekst blijkt dat de waarschuwing van de aannemer achterwege kan blijven als de opdrachtgever uit zichzelf had kunnen begrijpen dat een gevraagde verandering tot een prijsverhoging leidt. Hierbij speelt het kennisaspect van de opdrachtgever een belangrijke rol.<sup>91</sup> In de literatuur wordt gewezen op het risico op onscherpe formuleringen. Een opdrachtgever zal vaak begrijpen dat een wijziging gevolgen kan hebben voor de prijs, maar niet in de omvang van de meerkosten.<sup>92</sup> Een fenomeen dat ook in IT-projecten niet onbekend is. Vaak kunnen op het oog kleine wijzigingsverzoeken grote gevolgen hebben voor het achterliggende systeem en zal de aannemer vooraf een reëel inzicht moeten geven van de te verwachten meerkosten.

### **3.3.3. Zorgplichten specifiek voor de overeenkomst van opdracht**

#### *Goed opdrachtnemer ex artikel 7:401 BW*

De opdrachtnemer dient op grond van artikel 7:401 BW bij zijn werkzaamheden de zorg van een 'goed' opdrachtnemer in acht te nemen. Deze open norm geldt voor zowel de contractuele als de precontractuele fase en wordt ingekleurd door de omstandigheden van het geval en de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid.<sup>93</sup> Gezien de overlap met de zorgvuldigheid van een goed schuldenaar (artikel 6:27 BW) en de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) zijn sommigen van mening dat dit artikel overbodig is.<sup>94</sup> Tjong Tjin Tai noemt het symbolisch van aard.<sup>95</sup>

---

<sup>89</sup> Chao-Duivis 2019, p. 455. Een onredelijk bezwarende regeling kan vernietigd worden.

<sup>90</sup> Hof Leeuwarden 24 januari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV6686.

<sup>91</sup> Chao-Duivis 2019, p. 473.

<sup>92</sup> Asser/Van den Berg 7-VI 2017/144.

<sup>93</sup> Ernes 2019, p. 241.

<sup>94</sup> Onder andere Schoordijk (*NJB* 1973, afl. 24A, p. 44).

<sup>95</sup> Tjong Tjin Tai 2010, p. 178.

Deze zorgplicht is ontstaan uit het vertrouwen dat het maatschappelijk verkeer hecht aan de professionele deskundigheid van de dienstverlener.<sup>96</sup> Aan sommige institutionele beroepsgroepen is de zorg over een bepaald algemeen of maatschappelijk belang toebedeeld, zoals de arts, de notaris of een bank. Vanwege deze bijzondere maatschappelijke positie geldt een zwaarwegende zorgplicht, die beroepsbeoefenaren dwingt tot het vervullen van alle rechtmatige belangen met betrekking tot een opdracht en niet alleen te beperken tot de aan hem opgedragen taak.<sup>97</sup>

Voor 'gewone' beroepsbeoefenaren, bijvoorbeeld een automatiseringsdeskundige, geldt in wezen dezelfde norm: de zorg van een goed opdrachtnemer.<sup>98</sup> Beiden hebben gemeen dat zij in veel gevallen een grote mate van autonomie hebben om de opdracht uit te voeren.

Wat deze zorgplicht precies inhoudt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Enkele factoren die hierbij een rol spelen zijn: de aard en de gedetailleerdheid van de opdracht, de positie van de opdrachtnemer en de opdrachtgever en de ernst van het betrokken belang.<sup>99</sup> Uit jurisprudentie blijkt dat deze zorgplicht ruim wordt gezien: een leverancier moet de voortgang van het project bewaken en de klant aanspreken als deze niet voortvarend genoeg te werk gaat.<sup>100</sup> De leverancier moet alles in het werk stellen om het project te laten slagen.<sup>101</sup>

Hoewel de wettekst rept van de opdrachtnemer die bij zijn *werkzaamheden* de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen, blijkt uit jurisprudentie dat de zorg strekt tot het goed uitvoeren van de *opdracht*, en zich dus ook uit kan strekken tot werkzaamheden waar de opdrachtgever niet om heeft verzocht.<sup>102</sup> Met name als sprake is van een adviesrelatie zal de dienstverlener alle relevante aspecten moeten bezien.<sup>103</sup> Van een adviserende component is overigens bij automatiseringsprojecten al snel sprake, ook bij projecten die als doel hebben een softwaresysteem te ontwikkelen en dus niet enkel een adviesproject zijn.<sup>104</sup>

Een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige moet onderzoek doen naar de structuur van het bedrijf, voordat hij een advies, ongeacht of dit onderzoek is opgedragen.<sup>105</sup> Ook moet een leverancier wijzen op grote risico's die vastzitten aan een keuze van de klant voor een bepaald (logistiek) besturingsconcept.<sup>106</sup>

---

<sup>96</sup> Jansen 2012, p. 506.

<sup>97</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 109 en 175.

<sup>98</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 176 en volgend uit de tekst van artikel 7:401 BW.

<sup>99</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/93.

<sup>100</sup> Rb. Utrecht 30 mei 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BM0415, r.o. 2.30 (*Kwetters/Profuse*).

<sup>101</sup> Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4428, r.o. 3.8.4 (*TsZ/Alert*).

<sup>102</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/93.

<sup>103</sup> Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 138.

<sup>104</sup> Rinzema & Beuving 2001, p. 296.s

<sup>105</sup> Hof Den Haag 8 maart 1984, CR 1984, afl. 2, r.o. 24 (*RBC/Brinkers*).

<sup>106</sup> SGOA 12 juni 1997, CR 2001 afl. 6, p. 315 (*Breikant*).

Opvallend is nog dat in dit artikel gesproken wordt over een ‘goed’ opdrachtnemer, terwijl bij de algemene zorgplicht van de maatman gesproken wordt over ‘redelijk’. Ingelse schreef hierover: ‘een redelijk bekwame advocaat is misschien goed genoeg voor mijn wederpartij maar niet voor mij’.<sup>107</sup> Toch ziet de wetgever dat de ‘goed’ opdrachtnemer in feite hetzelfde is als de ‘redelijk’ bekwame en handelende opdrachtnemer.<sup>108</sup> Ook sluit de rechtspraak nog steeds aan bij het begrip van de redelijke opdrachtnemer in plaats van de goede opdrachtnemer.<sup>109</sup>

#### *Waarschuwingsplicht ex artikel 7:402 BW*

Anders dan bij de aanneming van werk geldt bij de overeenkomst van opdracht geen expliciete waarschuwingsplicht voor de opdrachtnemer om te waarschuwen voor onjuiste aanwijzingen die gegeven zijn door de opdrachtgever. Wel is een impliciete waarschuwingsplicht af te leiden uit de bewoordingen van artikel 7:402 lid 1 BW, waarin gesproken wordt over *verantwoorde* aanwijzingen van de opdrachtgever.<sup>110</sup> Hierin past de plicht die een leverancier heeft om een klant die het project wil voortzetten, terwijl dit alleen maar geld zou kosten en geen extra voordeel meer zou hebben, hierop te wijzen en aan te sturen op beëindiging van het project.<sup>111</sup>

Een waarschuwingsplicht kan uiteindelijk uitmonden in een weigeringsplicht als de aanwijzingen van de opdrachtgever in strijd zijn met voor de branche toepasselijke regels, wettelijke verboden of wanneer sprake is van risicovolle instructies.<sup>112</sup>

#### *Informatie- en verantwoordingsplicht ex artikel 7:403 BW*

Aangezien de opdrachtnemer een grote autonomie heeft bij de uitvoering van de opdracht en de verplichting van de dienstverlener vaak een inspanningsverbintenis is, is deze op grond van artikel 7:403 lid 1 BW gehouden om de opdrachtgever op de hoogte te houden van zijn werkzaamheden.<sup>113</sup> Deze informatieplicht geldt niet alleen als de opdrachtgever hier om vraagt; de dienstverlener zal ook spontaan moeten handelen.<sup>114</sup> Door deze informatie is de opdrachtgever in staat om gedurende de uitvoering eventuele fouten in een vroeg stadium te erkennen. Daarnaast is deze plicht een prikkel om hoge kwaliteit te leveren.<sup>115</sup> Zo zal een automatiseerder tijdens een testtraject van software duidelijk

---

<sup>107</sup> Geciteerd in Kreijger 2008, p. 199.

<sup>108</sup> MvA, Kamerstukken I 1992/93, 17 779, nr. 95b, p. 1.

<sup>109</sup> Tjong Tjin Tai 2010, p. 178.

<sup>110</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/104. Sommige jurisprudentie die geldt voor de waarschuwingsplicht heeft betrekking op de aanneming van werk, maar kan analoog worden toegepast op de overeenkomst van opdracht.

<sup>111</sup> Rb. Amsterdam 18 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:228, r.o 4.18 (*CGI/Staalbankiers*).

<sup>112</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/105.

<sup>113</sup> Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 126.

<sup>114</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/108.

<sup>115</sup> Westkamp 2002, p. 48.

moeten communiceren met de klant, zodat deze in staat is om zijn testverplichtingen uit te voeren.<sup>116</sup>

Naast deze informatieplicht geldt, via het tweede lid, ook een verantwoordingsplicht die de dienstverlener heeft; hij dient achteraf informatie te geven hoe de opdracht is uitgevoerd. Het gaat daarbij niet alleen om een financiële verantwoording; de opdrachtgever heeft een uitgebreide rekenschapplicht.<sup>117</sup> De precieze omvang van deze plicht hangt af van de omvang en de mate van concreetheid van de opdracht; bij een concreet doel zijn minder informatieverplichtingen aanwezig dan bij een opdracht tot belangenbehartiging.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> Rb. Noord-Holland 11 november 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10021, r.o. 4.18 (*Betty Blocks/Vastgoedbeschermer*).

<sup>117</sup> Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991, p. 326.

<sup>118</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/109.

## 4. De zorgplicht voor opdrachtnemers naar Duits recht

Dit hoofdstuk beoogt antwoord te geven op de vraag welke zorgplichten gelden voor een Duitse IT-dienstverlener voor de twee gedefinieerde softwareprojecten, het klassieke watervalproject en het moderne agile project. Hiertoe doen geef ik allereerst een overzicht van de mogelijke overeenkomsten (paragraaf 4.1), waarna ik beide softwareprojecten kwalificeer (paragraaf 4.2). Vervolgens werk ik de zorgplichten uit die voor de gedefinieerde softwareprojecten gelden (paragraaf 4.3).

### 4.1. Overeenkomsten in het IT-recht

De verplichtingen waar contractspartijen aan moeten voldoen worden, naast de inhoud van de overeenkomst, ook bepaald door het soort overeenkomst dat gesloten wordt. Voor softwareprojecten komen naar Duits recht drie soorten in aanmerking: het *Werkvertrag*, het *Dienstvertrag* en *Kauf*.

#### 4.1.1. Werkvertrag (§ 631 e.v. BGB)

Het *Werkvertrag* is van toepassing als de aannemer zich verplicht heeft om voor de opdrachtgever (*Besteller*) een bepaald resultaat te behalen.<sup>119</sup> Het te behalen resultaat (*Erfolg*) is het belangrijkste onderscheidingscriterium van het *Werkvertrag*.<sup>120</sup> Dit eerste lid van § 631 BGB noemt kort de verplichtingen van de betrokken partijen. De opdrachtnemer verplicht zich tot het maken van het afgesproken werk (*Herstellung*) en de opdrachtgever is verplicht tot het betalen van de vergoeding, maar pas nadat het werk geleverd is.<sup>121</sup> Hoewel de meeste *Werkverträge* bij werkzaamheden in de bouw voorkomen, komt dit ook bij softwareprojecten regelmatig voor.<sup>122</sup> Overigens kan het door de aannemer te leveren werk ook van niet-stoffelijke aard zijn. Zo kan het geven van een theatervoorstelling ook met een *Werkvertrag* geregeld worden.<sup>123</sup> Ook kunnen werkzaamheden in het kader van *research and development* onder een *Werkvertrag* vallen, ook als bij sluiting van de overeenkomst het exacte resultaat nog niet bekend is.<sup>124</sup> Uit het voorgaande blijkt reeds dat de belangrijkste verplichting van de aannemer het leveren van het afgesproken resultaat is, en dat het wordt geleverd zonder gebreken aan de betreffende zaak zelf (*frei von Sachmängeln*) en zonder gebreken aan een recht van de betreffende zaak (*frei von Rechtsmängeln*).<sup>125</sup> De zaak *an sich* is zonder gebreken geleverd als deze voldoet aan de in de overeenkomst gemaakte afspraken of, als deze afspraken niet gemaakt zijn, aan de verwachtingen die de *Besteller* mag hebben op grond van de gangbare kwaliteit die

---

<sup>119</sup> § 631 Abs. 2 BGB.

<sup>120</sup> Staudinger/Peters/Jacoby 2014, § 631 BGB, Rn. 2.

<sup>121</sup> § 641 BGB werkt de betaling gedetailleerd uit.

<sup>122</sup> MüKoBGB/Busche 2020, § 631, Rn. 2 (bouw) en Rn. 142 (automatisering).

<sup>123</sup> MüKoBGB/Busche 2020, § 631, Rn. 2.

<sup>124</sup> BGH 16.7.2002 – X ZR 27/01.

<sup>125</sup> Zie § 633 BGB en MüKoBGB/Busche 2020, § 631, Rn. 60.



gewoonlijk aan een dergelijk werk gesteld wordt.<sup>126</sup> Een werk wordt zonder gebreken van recht geleverd als de geleverde zaak vrij van aanspraken door derden is, tenzij deze voortvloeien uit de gesloten overeenkomst.<sup>127</sup> Ten slotte wijs ik op de woorden *herbeizuführender Erfolg*, wat wil zeggen dat het geleverde werk ook dient bij te dragen aan het beoogde doel van de *Besteller*.<sup>128</sup>

#### 4.1.2. Kaufrecht in het Werkvertrag (Werkkauf) (§ 650 BGB)

In de titel die ziet op het *Werkvertrag* is een bepaling opgenomen (§ 650 BGB) die regelt dat in sommige gevallen ook de regels die gelden bij een koop (*Kaufrecht*) van toepassing zijn.<sup>129</sup> Daar is sprake van als de overeenkomst met name gericht is op de levering van een roerende zaak (*beweglichen Sache*).<sup>130</sup> Een van de gevolgen hiervan is dat als een geleverde zaak gebreken heeft – en dit artikel van toepassing is – de koper op grond van het kooprecht kan kiezen of hij een nieuwe zaak wil of dat het gebrek in de zaak hersteld dient te worden.<sup>131</sup> Dit is in tegenstelling tot het *Werkvertrag* waarbij de aannemer deze keuze maakt op grond van § 635 BGB. Met betrekking tot gebreken geldt in het *Werkvertragsrecht* dat de *Besteller* geen beroep kan doen op herstel van deze gebreken indien hij deze kent en het product accepteert zonder een voorbehoud te maken (§ 640 Abs. 2 BGB). Onder het *Kaufrecht* geldt een – voor de koper – gunstiger regime; alleen indien de koper weet heeft van het gebrek bij het sluiten van de koopovereenkomst kan hij geen aanspraak maken op een herstel van het gebrek. Bij het ontwikkelen of aanpassen van software zal die kennis in de regel niet bij de koper aanwezig zijn.<sup>132</sup>

---

<sup>126</sup> § 633 Abs. 2 BGB.

<sup>127</sup> § 633 Abs. 3 BGB.

<sup>128</sup> Als blijkt dat het doel niet behaald wordt dan is er sprake van een gebrek. Op grond van § 650b BGB heeft de opdrachtgever het recht om de overeenkomst te wijzigen indien dit noodzakelijk is om het (oorspronkelijk) beoogde doel te behalen. Zie Pioch 2019.

<sup>129</sup> In verschillende artikelen wordt hiervoor het, niet in de wettekst voorkomende, woord '*Werkkauf*' gebruikt. Bijvoorbeeld Schweinoch 2009, p. 641.

<sup>130</sup> Vanwege het *Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts* is in 2018 § 651 BGB hernummerd naar § 650 BGB. Hoewel enkele tekstuele wijzigingen zijn doorgevoerd is de essentie van het artikel gelijk gebleven. Daarom kunnen eerdere artikelen en jurisprudentie die betrekking hebben op § 651 BGB ook voor § 650 BGB gebruikt worden. Zie ook: MüKoBGB/Busche 2020, § 650, Rn. 3.

<sup>131</sup> § 439, Abs. 1 BGB.

<sup>132</sup> Bräutigam & Rücker 2006, p. 362.

#### 4.1.3. Dienstvertrag (§ 611 BGB)

Er is sprake van een *Dienstvertrag* als de opdrachtnemer zich verplicht heeft om voor de opdrachtgever een bepaalde prestatie uit te voeren. Anders dan bij het *Werkvertrag* staat hier niet het te bereiken resultaat centraal, maar is de opdrachtnemer gehouden om de afgesproken prestatie op zorgvuldige wijze uit te voeren (*sorgfältiges Bemühen*).<sup>133</sup> De opdrachtgever heeft in de regel wel een bepaald doel (*Zweck*) voor ogen met een *Dienstvertrag*, maar het hebben daarvan maakt de opdracht nog geen *Werkvertrag*.<sup>134</sup> De cliënt die een advocaat benadert, heeft als doel het krijgen van een schadevergoeding. De advocaat kan dat doel niet met zekerheid garanderen, maar hij kan wel afspreken volgens de voor zijn beroepsgroep geldende (zorgvuldigheids)normen te werken.

Veelvoorkomende *Dienstverträge* zijn te vinden in de advocatuur of bij een behandelovereenkomst met een arts. Bij softwareprojecten komt het *Dienstvertrag* ook voor, met name bij opdrachten die betrekking hebben op advisering (*Beratung*), bijvoorbeeld in het geval waarbij de dienstverlener een aantal automatiseringsmogelijkheden voorlegt voor de oplossing van een bepaald probleem. Onder het *Dienstvertrag* vallen ook de arbeidsovereenkomsten die gesloten worden tussen werkgever en werknemer. Dit is relevant, omdat sommige paragrafen in deze titel alleen van toepassing zijn op arbeidsovereenkomsten (*Arbeitsverträge*) en sommige alleen op de zogeheten '*freie Dienstverträge*'.<sup>135</sup> Een groot gedeelte van deze titel heeft echter betrekking op beide soorten. In het kader van dit onderzoek zijn met name de bepalingen over de verplichtingen van beide partijen (§§ 611, 612, 613 BGB) en de te nemen voorzorgsmaatregelen (§§ 618, 619 BGB) relevant.

Hoewel het resultaat niet centraal staat bij een *Dienstvertrag*, is het soms mogelijk om prijsafspraken te maken die gekoppeld zijn aan het te behalen resultaat.<sup>136</sup> Overigens is het niet zo, dat enkel het maken van een afspraak dat vergoeding plaatsvindt op basis van de inzet van dienstverlener automatisch tot een *Dienstvertrag* leidt.

#### 4.1.4. Afbakening tussen Dienstvertrag en Werkvertrag

Hoewel uit het voorgaande de indruk kan ontstaan dat een duidelijk onderscheid gemaakt kan worden tussen een *Dienstvertrag* en een *Werkvertrag* is de praktijk weerbarstiger. In de Duitse literatuur is veel gepubliceerd over het onderscheid tussen beide vormen.<sup>137</sup> Daaruit blijkt dat het onderscheid tussen een *Erfolg* en *sorgfältiges Bemühen* niet altijd scherp is te maken. Eventuele prijsafspraken gekoppeld aan een *Erfolg* bij een *Dienstvertrag* maakt die scheidslijn nog onscherper. Uit de rechtspraak blijkt dat de

---

<sup>133</sup> Wendehorst 2006, p. 248.

<sup>134</sup> Tillmanns 2007, p. 23.

<sup>135</sup> Wendehorst 2006, p. 233. Wendehorst noemt §§ 616, 617 en 618 BGB die alleen van toepassing zijn op arbeidsovereenkomsten. §§ 626 tot en met 628 BGB zijn alleen van toepassing bij *freie Dienstverträge*.

<sup>136</sup> Tillmanns 2007, p. 81 met projectvoering als voorbeeld.

<sup>137</sup> Tillmanns 2007, p. 14 voor een overzicht.

kwalificatie van een overeenkomst van geval tot geval beoordeeld moet worden en onder meer afhangt van de uitleg van de overeenkomst en de wil van partijen.<sup>138</sup>

## 4.2. Kwalificatie van softwareprojecten

In hoofdstuk 1 heb ik twee typische softwareprojecten gedefinieerd: (1) maatwerksoftware volgens een traditionele ontwikkelmethode en (2) maatwerksoftware volgens een agile ontwikkelmethode.

Om te kunnen bepalen welke zorgplichten gelden voor de opdrachtnemer van dergelijke projecten is het van belang om te bepalen welk overeenkomsttype het beste past bij elk genoemd project.

### 4.2.1. Waterval

Bij een traditioneel maatwerkproject wordt door de opdrachtnemer de software (grotendeels) uit het niets gemaakt, zodat deze aansluit bij de wensen en eisen van de opdrachtgever. Karakteristiek bij een dergelijk project is dat veelal de volledige set van eisen waar het resultaat aan moet voldoen vooraf is opgesteld. Onder Duits recht wordt dat gedaan in een zogenaamd *Pflichtenheft*, dat in de regel door de opdrachtgever wordt opgesteld. Gedetailleerder daarover in paragraaf 4.3.

Op het eerste gezicht lijkt de kwalificatie van het ontwikkelen van maatwerksoftware op grond van een set vooraf opgestelde specificaties probleemloos onder het *Werkvertrag* te vallen.<sup>139</sup> Ook (oudere) uitspraken van het Bundesgerichtshof plaatsen het ontwikkelen van maatwerksoftware in het *Werkvertrag*.<sup>140</sup> Toch is na de *Schuldrechtsreform* van 2002 in de literatuur veel discussie geweest over de vraag of ook het *Werkkaufrecht* (via § 650 BGB) van toepassing is op projecten waarbij maatwerksoftware wordt ontwikkeld.<sup>141</sup> Een uitspraak van het Bundesgerichtshof in een bouwzaak gooide extra olie op het discussievuur. Eiser in deze zaak was een fabrikant van silo-installaties. Gedaagde heeft onderdelen voor een installatie geleverd, waarvan later bleek dat de geleverde wanden te dun waren, waardoor de silo's onvoldoende bestand waren tegen doorbuigen. Eiser vorderde vervanging, maar gedaagde weigerde dat, omdat volgens hem het kooprecht van § 650 BGB van toepassing is en daar een onderzoeksplicht van de koper geregeld is. Aangezien de koper de geleverde onderdelen voor toepassing niet getoetst heeft, kan geen aanspraak worden gemaakt op herstel. De eiser was juist van mening dat sprake was van een *Werkvertrag*, waardoor deze onderzoeksplicht niet zou gelden. Het Bundesgerichtshof oordeelde dat § 650 BGB van toepassing is bij een *Werkvertrag* waarbij de kern van de

---

<sup>138</sup> Gedetailleerder: Wendehorst 2006, p. 239 e.v., Tillmanns 2007, p. 14, Mückl 2010, p. 126 en MüKoBGB/Busche 2020, § 631, Rn. 17 en 18. Ook BGH 16.7.2002 – X ZR 27/01.

<sup>139</sup> De meeste handboeken kwalificeren maatwerksoftware als *Werkvertrag*, de meest gelezen redenering is dat de opdrachtgever vooraf de specificaties opstelt en de opdrachtnemer gehouden is het gespecificeerde te realiseren (*Erfolg*). Zie MüKoBGB/Busche 2020, § 631, Rn. 142.

<sup>140</sup> BGH 04.11.1987 - VIII ZR 314/86.

<sup>141</sup> Zie Bräutigam & Rücker 2006, p. 362. Voor een overzicht van de standpunten over de toepasselijkheid van *Kaufrecht* bij een *Werkvertrag* zie Schweinoch 2010, p 6.

overeenkomst de levering van een zaak is.<sup>142</sup> Hoewel deze uitspraak een bouwzaak betrof, heeft deze tot veel discussie geleid in de literatuur over IT-recht. In een eerdere – bekritiseerde, maar nog steeds geldige – uitspraak bepaalde het Bundesgerichtshof reeds dat software een zaak in de zin van § 90 BGB is, omdat dit aan een gegevensdrager verbonden is.<sup>143</sup> Vanwege deze uitspraken zijn er auteurs die betogen dat het *Kaufrecht* van toepassing is bij het ontwikkelen van maatwerksoftware aangezien dat een zaak is die uiteindelijk geleverd moet worden, wordt voldaan aan de criteria die het Bundesgerichtshof heeft neergelegd. Toch lijken die auteurs een aspect van deze uitspraak over het hoofd te zien.<sup>144</sup> Het Bundesgerichtshof noemde obiter dictum in *Siloanlage* namelijk ook dat, indien in de overeenkomst plannings- en ontwerpwerkzaamheden domineren, het kooprecht van § 650 BGB niet geldt.<sup>145</sup>

Ik kan me weinig maatwerkprojecten voorstellen waarbij de plannings- en ontwerpwerkzaamheden geen dominante factor zijn, waardoor zij volgens het Bundesgerichtshof niet onder het kooprecht vallen. Dat veel softwareprojecten ook direct op de systemen van de opdrachtgever ontwikkeld worden en dat daarvoor in juridische zin geen sprake is van levering, is nog een extra argument voor de uitsluiting van *Werkkauf* voor maatwerksoftware.<sup>146</sup>

#### 4.2.2. Agile

Bij een agile softwareproject staat flexibiliteit voorop om te zorgen dat het resultaat dat uiteindelijk wordt opgeleverd voldoet aan hetgeen de opdrachtgever voor ogen stond. De consequentie van deze flexibiliteit is dat bij de start van het project geen *Pflichtenheft* wordt opgesteld. Mede omdat het resultaat van het project niet vast gedefinieerd is, wordt in de Duitse literatuur een agile project in de regel als *Dienstvertrag* gekwalificeerd.<sup>147</sup> De vraag is of dat terecht is. Enkele Duitse auteurs betogen dat een agile project, hoewel anders vormgegeven dan een traditioneel project, toch als een *Werkvertrag* te kwalificeren is. Zij beargumenteren dat de uitvoering en de planning van het project gescheiden kan worden. Iedere iteratie is vervolgens een klein *Werkvertrag* aangezien het werk dat in de iteratie moet worden uitgevoerd vooraf wordt vastgelegd. Voor de algehele planning van het project wordt een raamovereenkomst gesloten met daarin de afspraken over de

---

<sup>142</sup> BGH v. 23.7.2009 - VII ZR 151/08 (*Siloanlage*).

<sup>143</sup> BGH v. 15.11.2006 - XII ZR 120/04. Een plausibele uitleg van deze uitspraak geven Maume & Wilser (2010, p. 210), zij stellen dat het Bundesgerichtshof software als een zaak heeft gekwalificeerd zodat zij bij huur, aanneming van werk en koop een hulpconstructie ter beschikking heeft en zodoende tot oplossingen kan komen.

<sup>144</sup> Fuchs e.a. 2012, p. 432 wijzen hierop.

<sup>145</sup> BGH v. 23.7.2009 - VII ZR 151/08 (*Siloanlage*), Rn. 25. („*Schwerpunkt des Vertrages*“). In de uitspraak wordt het woord ‘*Planungsleistung*’ gebruikt, volgens *Van Dale* betekent *Planung* niet alleen planning, maar ook ontwerpen. Deze brede betekenis lijkt door Duitse auteurs die deze zaak in het licht van maatwerksoftware bespreken gebruikt te worden. Bijvoorbeeld Maume & Wilser hebben het over de cyclus van ontwerp, bouwen, testen, herontwerp, enzovoorts (2010, p. 212).

<sup>146</sup> Onder andere Kremer 2010, p. 285.

<sup>147</sup> Fuchs e.a. 2012, p. 429.

planning en de wijze van samenwerking tussen partijen. Deze raamovereenkomst zou dan kwalificeren als *Dienstvertrag*.<sup>148</sup> Deze oplossing komt mij als kunstmatig voor aangezien juist bij een agile project de planningsactiviteit een nog dominantere rol in de uitvoering speelt.<sup>149</sup> Een van de agile uitgangspunten is dat de planning aangepast wordt als dat nodig blijkt te zijn tijdens de realisatie ('responding to change over following a plan').<sup>150</sup> Ook de opvatting dat iedere iteratie als een apart *Werkvertrag* te zien is valt moeilijk te rijmen met de flexibele uitgangspunten waarbij het team (als enige) bevoegd is om de werkinhoud van een iteratie vast te stellen en te wijzigen.<sup>151</sup>

De conclusie die uit het voorgaande volgt, is dat een agile project niet eenvoudig te kwalificeren is.<sup>152</sup> Het is geen zuiver *Werkvertrag*,<sup>153</sup> maar ook geen zuiver *Dienstvertrag*. Een langverwachte uitspraak van het OLG Frankfurt over een de kwalificatie van een mislukt agile project heeft geen uitsluitsel gegeven. Het hof bepaalde dat de eiser zowel onder een *Werkvertrag* als onder een *Dienstvertrag* recht heeft op schadevergoeding en heeft de kwalificatievraag daarmee onbeantwoord gelaten.<sup>154</sup> Tot de rechtspraak hier duidelijkheid over geeft blijven de algemene handvatten voor kwalificatie gelden. Algemeen gesproken is bij de kwalificatie van een overeenkomst volgens het Bundesgerichtshof de wil van partijen doorslaggevend.<sup>155</sup> Bij het aangaan van een agile project is het daarom zaak dat zij vooraf bespreken en vastleggen onder welk regime de overeenkomst dient te vallen en hun feitelijke gedragingen daarop afstemmen.

### 4.3. Zorgplichten

In deze paragraaf werk ik allereerst de algemeen geldende zorgplicht uit, gevolgd door de specifieke zorgplichten die gelden voor de aanneming van werk en de overeenkomst van opdracht naar Duits recht.

---

<sup>148</sup> Bijvoorbeeld Frank 2011, p. 141 en Busche & Schelinski 2013, nr. 440 e.v.

<sup>149</sup> Fuchs e.a. 2012, p.30 wijst erop dat deze oplossing '*praxisfern*' (ver verwijderd van de praktijk) is.

<sup>150</sup> Zie het Agile Manifesto, <https://agilemanifesto.org>.

<sup>151</sup> Hengstler 2012, p. 114.

<sup>152</sup> Er bestaat geen archetype van een agile project, daarom zal altijd gekeken (moeten) worden naar eventuele aanknopingspunten in de overeenkomst.

<sup>153</sup> Ten aanzien van de discussie over de toepasselijkheid van het *Kaufrecht* bij een *Werkvertrag* (§ 650 BGB) merk ik op dat bij een agile project een dusdanige nauwe samenwerking tussen partijen bestaat waarbij de planning cruciaal is, dat de uitzondering die geldt bij dominante planningswerkzaamheden op grond van de *Siloanlagen*-uitspraak van het Bundesgerichtshof van toepassing zou moeten zijn en dus *Werkkauf* niet van toepassing kan zijn.

<sup>154</sup> OLG Frankfurt 17.8.2017 – 5 U 152/16.

<sup>155</sup> BGH 16.7.2002 – X ZR 27/01.

#### 4.3.1. Algemene zorgplichten

De algemene zorgplicht die geldt ter bescherming van de schuldenaar in een overeenkomst wordt in Duits recht voornamelijk afgeleid uit twee artikelen.<sup>156</sup> In § 241 BGB worden de plichten geregeld die voor partijen voortvloeien uit een overeenkomst. De eerste sectie regelt de verplichtingen die gelden ten aanzien van de te leveren prestatie. De tweede sectie regelt de plichten die niet direct voortvloeien uit de overeenkomst met als doel de opdrachtgever te beschermen. In § 276 Abs 2. BGB zijn de verantwoordelijkheden geregeld die voor de opdrachtnemer gelden. Hieruit valt een zorgvuldigheidsmaatstaf af te leiden die de opdrachtgever moet beschermen. Ten slotte is in § 242 BGB (*Treu und Glauben*<sup>157</sup>) ook een zorgplicht te lezen. De praktische betekenis van dit artikel bij het vaststellen van de zorgplicht is na de *Schuldrechtsreform* van 2002 afgenomen, omdat toen § 241 Abs. 2 BGB gecodificeerd is.<sup>158</sup>

Naast deze beide 'hoofdbronnen' zijn in het BGB nog enkele andere artikelen te vinden die een zorgplicht in zich hebben. De meeste van deze artikelen zijn veelal toegespitst op een specifieke situatie (geen open norm) en daarom behandel ik deze in het kader van dit onderzoek niet.<sup>159</sup>

#### 4.3.2. § 241 BGB: Pflichten aus dem Schuldverhältnis

In deze paragraaf werk ik de beide onderdelen van § 241 BGB gedetailleerder uit.

##### *Absatz 1: Leistungspflichten*

§ 241 Abs. 1 BGB heeft betrekking op de verplichtingen die de schuldenaar heeft om te presteren (*Leistung*). De *Leistungspflichten* zijn de kern van de overeenkomst. Het is de belangrijkste verplichting voor de schuldenaar die voortvloeit uit de overeenkomst.<sup>160</sup> Heeft hij voldaan aan deze verplichtingen, dan is het doel van de overeenkomst bereikt en is de opdrachtgever gehouden zijn tegenprestatie te leveren. De reikwijdte van de *Leistung* is overigens niet messcherp. Uitgekristalliseerd is in ieder geval dat hier zowel het leveren van het afgesproken werk op grond van een *Werkvertrag* als het leveren van de inspanning op grond van een *Dienstvertrag* onder valt.<sup>161</sup>

De *Leistungspflichten* bestaan uit hoofdverplichtingen (*Hauptleistungspflichten*) en bijkomende verplichtingen (*Nebenleistungspflichten*). Beide zijn gericht op het vervullen van het doel van de overeenkomst, waarbij de *Hauptleistungspflichten* de plichten zijn die als het ware ontstaan bij het sluiten van de overeenkomst, bijvoorbeeld het leveren van

---

<sup>156</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/93. Hoewel deze referentie in het deel de overeenkomst van opdracht naar Nederlands recht is geplaatst, gelden de Duitse artikelen voor zowel *Werkvertrag* als *Dienstvertrag*, zie onder meer de plaats van deze artikelen in het BGB.

<sup>157</sup> Min of meer vergelijkbaar met artikel 6:248 lid 1 BW (redelijkheid en billijkheid).

<sup>158</sup> Grigoleit 2007, p. 275 e.v. en Staudinger/Olzen 2015, Rn. 390.

<sup>159</sup> Voor een selectie: Kuhlmann 2001, p. 59

<sup>160</sup> Grigoleit 2007, p. 276.

<sup>161</sup> Staudinger/Olzen 2015, Rn. 135.

de zaak, zonder gebreken, bij een koopovereenkomst.<sup>162</sup> De *Nebenleistungspflichten* zijn erop gericht dat de prestatie van de gesloten overeenkomst behaald wordt, maar dus niet 'direct' de vereiste prestatie raken. Dit kunnen enerzijds wettelijke plichten zijn, bijvoorbeeld de afnameplicht van de koper bij een *Werkvertrag* (§ 640 BGB), maar ook buitenwettelijke plichten die erop gericht zijn hindernissen in de uitvoering te voorkomen, zoals de plicht om een wijziging van bankgegevens door te geven aan de partij die een factuur moet voldoen.<sup>163</sup>

### *Absatz 2: Rücksichtspflichten*

§ 241 Abs. 2 BGB gebiedt om de belangen van de andere partij in acht te nemen.<sup>164</sup> Het gaat daarbij ook om belangen die niet direct gekoppeld zijn aan de vereiste prestaties uit de overeenkomst. In de literatuur wordt gesproken over *Intergritätsinteressen*, waaruit blijkt dat deze plicht breder is dan uitsluitend de vermogensrechtelijke belangen van de crediteur.<sup>165</sup> Hoewel in met name de rechtspraak een zorgplicht werd erkend, vooral via de band van *Treu und Glauben* (§ 242 BGB), is deze zorgplicht pas in 2002 gecodificeerd.<sup>166</sup> Overigens zijn niet alle rechtswetenschappers overtuigd van de noodzaak van deze explicietere regeling. Zo schrijft Heinrichs dat dit artikel enkel de *Rücksichtspflicht* noemt zonder een norm op te leggen. Aangezien deze norm vervolgens uit § 242 BGB afgeleid wordt, voegt de invoering van § 241 Abs. 2 volgens Heinrichs weinig toe.<sup>167</sup>

Er bestaat geen eenduidige term voor de verplichtingen die uit deze bepaling voortvloeien. Veelgebruikte termen zijn *Schutzpflichten*, *Sorgepflichten*, *Wohlverhaltenspflichten* en *Rücksicht(nahme)plichten*. Aangezien de wettekst het woord *Rücksicht* gebruikt, geef ik de voorkeur aan het begrip *Rücksichtspflichten*.<sup>168</sup>

Deze *Rücksichtspflichten* zijn in drie categorieën te verdelen: *Informationspflichten*, *Fürsorge-* en *Obhutspflichten* en de *Truepflichten*.<sup>169</sup> Ik bespreek enkel de categorie die relevant is voor *Werk-* en *Dienstverträge*: de *Informationspflichten*.

### *Informationspflichten*

Onder de informatieplichten die een crediteur heeft, valt (ook weer) een veelheid aan begrippen waar geen eenduidige definitie van te geven is. Olzen vat het mooi samen: het gaat om de *Integritätsinteressen* van de crediteur in brede zin. Daaronder vallen dus niet

---

<sup>162</sup> Staudinger/Olzen 2015, Rn. 146.

<sup>163</sup> Staudinger/Olzen 2015, Rn. 207. Zie nummers 192-298 een casuïstische lijst van *Nebenleistungspflichten*.

<sup>164</sup> En geldt voor beide partijen: Medicus 2007, p. 840.

<sup>165</sup> Voor een overzicht: Li 2019, p. 152.

<sup>166</sup> Staudinger/Olzen 2015, Rn. 434.

<sup>167</sup> Heinrichs 2007, p. 428.

<sup>168</sup> Zie Staudinger/Olzen 2015, Rn. 154 over de gebruikte terminologie. Li 2019, p. 153 e.v. werkt verschillende begrippen uit en concludeert dat *Rücksichtnahmepflichten* het beste begrip is. Overigens ontlopen *Rücksicht* en *Rücksichtnahme* elkaar niet veel: volgens *Van Dale* heeft *Rücksicht*, naast inachtneming, ook respect in zich. *Rücksichtnahme* is enger; dat heeft alleen inachtneming in zich. Vandaar mijn keuze voor het begrip *Rücksicht*.

<sup>169</sup> Staudinger/Olzen 2015, Rn. 436.

alleen de vermogensbelangen, maar ook het verstrekken van de nodige informatie zodat de crediteur zijn wil ten aanzien van het werk of de opdracht kan bepalen.<sup>170</sup>

Deze informatieplichten bestaan enerzijds uit ophelderingsplichten (*Aufklärungspflichten*) en anderzijds uit adviesplichten (*Beratungspflichten*). Voorbeelden die regelmatig genoemd worden, zijn de plicht van een architect om informatie te geven over gebreken die bij een verbouwing reeds aanwezig zijn in het bestaande werk<sup>171</sup> of de informatieplicht van de verhuurder om melding te maken van de bij hem bekende werkzaamheden die in de directe omgeving van het gehuurde plaatsvinden.<sup>172</sup> Voor een softwareproject betekent deze informatieplicht dat de (potentiële) leverancier ook informatie geeft over mogelijke alternatieven, waaronder de mogelijkheid van gratis updates van bestaande software.<sup>173</sup> Ten tijde van de uitvoering van de overeenkomst wordt de omvang van de *Aufklärungspflichten* bepaald door § 666 BGB, dat voorschrijft dat de opdrachtnemer de opdrachtgever op zijn verzoek over alles wat relevant is dient te informeren.<sup>174</sup>

Bij de adviesplichten bevat de informatie ook een advies die de crediteur helpt bij het maken van een keuze. In de rechtspraak wordt overigens terughoudend omgegaan met het erkennen van een schending van de *Beratungspflicht*. Alleen als deze plicht onderdeel is van de overeenkomst of onder een van de bijzondere zorgplichten valt, kan een beroep op schending van deze plicht toegewezen worden.<sup>175</sup>

#### *Absatz 1 versus Absatz 2*

Uit het voorgaande is af te leiden dat de grens tussen *Leistungspflichten* en *Rücksichtspflichten* niet zeer scherp is. Zo is denkbaar dat het geven van een *Aufklärung* voortkomt uit de *Rücksichtspflicht*, maar tegelijkertijd bijdraagt aan het voldoen aan de *Leistungspflicht*. De relevantie van het maken van onderscheid ligt in de werking van de *Leistungspflicht* en de *Rücksichtspflicht*.<sup>176</sup> De laatste (Abs. 2) heeft onder andere als doel schade te vermijden. Hierdoor kan pas een beroep worden gedaan op deze plicht als het schadeveroorzakende feit zich heeft voorgedaan. Ook is de inhoud van deze plicht niet concreet gecodificeerd in de wet of in de overeenkomst. Daarom noemt Grigoleit de *Rücksichtspflicht* *Abstrakt-Relativ*.<sup>177</sup> Hiertegenover staat de *Leistungspflicht* (Abs. 1) die de kern van de overeenkomst vormt en in de regel als zodanig is uitgewerkt. Vandaar de benaming van Grigoleit: *Konkret-absolut*.<sup>178</sup>

---

<sup>170</sup> Staudinger/Olzen 2015, Rn. 438.

<sup>171</sup> Dit voorbeeld past naadloos op automatiseringsopdrachten waarbij vaak op bestaande infrastructuur en bestaande software wordt ontwikkeld.

<sup>172</sup> Staudinger/Olzen 2015, Rn. 466 en 484.

<sup>173</sup> Hoeren 2014, p. 312 en AG Düren 14.4.2004, 45 C 332/00, CR 2004, 734.

<sup>174</sup> § 666 BGB geldt ook voor een *Werk-* en *Dienstvertrag* via de schakelbepaling § 675 BGB.

<sup>175</sup> Staudinger/Olzen 2015, Rn. 485, 486. MüköBGB/Bachmann 2019, § 241, Rn. 151.

<sup>176</sup> Voor een uitwerking van de verschillen tussen Abs. 1 en Abs. 2: Medicus 2007, p. 837 e.v.

<sup>177</sup> Grigoleit 2007, p. 277. Zie de discussie in Bachmann 2017 over het praktische nut van de *Rücksichtspflichten*.

<sup>178</sup> Grigoleit 2007, p. 276.



### § 311 Abs. 2 BGB: *Culpa in contrahendo*

Op grond van het leerstuk van *culpa in contrahendo* (§311 Abs. 2) gelden de eerdergenoemde *Rücksichtspflichten* van § 242 Abs. 2 BGB ook voor de precontractuele fase.<sup>179</sup> Hieronder valt bijvoorbeeld de mededelingsplicht.<sup>180</sup> In tegenstelling tot *Täuschung* (§ 123 BGB, zie volgende alinea) is hier geen opzettelijkheid vereist.<sup>181</sup> Een succesvol beroep op *culpa in contrahendo* kan leiden tot een schadevergoeding op grond van § 280 BGB, die in de meeste gevallen bestaat uit een schadevergoeding in natura (*Naturalrestitution*), neerkomende op een ongedaanmaking van de overeenkomst.<sup>182</sup>

### § 119 BGB *Irrtum* & § 123 BGB (*Täuschung*)

Dwaling (*Irrtum*) is geregeld in § 119 BGB. Waar onder Nederlands recht een schending van de informatieplicht een beroep op dwaling mogelijk maakt, is dat onder Duits recht anders. Uit de literatuur volgt dat een schending van deze plicht nauwelijks een rol speelt.<sup>183</sup> Wel wordt in het leerstuk van bedrog (*Täuschung*) van § 123 BGB een grondslag gevonden indien informatie wordt verzwegen (*Täuschung durch verschweigen*).<sup>184</sup> Voor een succesvol beroep op *Täuschung*, wat resulteert in vernietiging, geldt het vereiste van opzettelijkheid (*Arglistigkeit*). Daarnaast moet een mededelingsplicht gelden op grond van de verkeersopvattingen, waarbij met name het doel van de overeenkomst (*Vertragszweck*) richtinggevend is.<sup>185</sup> In de praktijk blijkt dat het moeilijk is om opzettelijkheid aan te tonen bij een beroep op bedrog.<sup>186</sup>

### 4.3.3. § 276 Abs 2. BGB: *Verantwortlichkeit des Schuldners*

Een andere pijler van de Duitse zorgplichten bestaat uit de verantwoordelijkheden van de crediteur die voortvloeien uit § 276 Abs. 2 BGB. Hieruit volgt een zorgvuldigheidsmaatstaf. De omvang van deze maatstaf is de naar verkeersopvattingen benodigde zorgvuldigheid bij het uitvoeren van de *Leistung*.<sup>187</sup> Deze *Sorgfaltsmaßstab* is een objectieve maatstaf, waarbij niet de individuele zorgvuldigheid geldt, maar de zorgvuldigheid die verwacht mag worden van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot.<sup>188</sup> Zo moet hij zijn vakkennis actueel houden.<sup>189</sup> Overigens kan de omvang van deze maatstaf in de overeenkomst wel worden beperkt of uitgebreid.<sup>190</sup>

---

<sup>179</sup> De precontractuele zorgplicht van § 241 Abs. 2 BGB volgt uit § 311 Abs. 2 BGB. Zie Medicus 2007, p. 836.

<sup>180</sup> Jansen 2012, p. 58.

<sup>181</sup> MüKoBGB/Emmerich 2019, § 311, Rn 77.

<sup>182</sup> MüKoBGB/Emmerich 2019, § 311, Rn 78.

<sup>183</sup> Jansen 2012, p. 55.

<sup>184</sup> MüKoBGB/Ambrüster 2018, § 123, Rn. 32-37.

<sup>185</sup> BGH 02.03.1979 - V ZR 157/77.

<sup>186</sup> MüKoBGB/Ambrüster 2018, § 123, Rn. 36.

<sup>187</sup> Staudinger/Caspers 2019, Rn. 29.

<sup>188</sup> Westkamp 2002, p. 36.

<sup>189</sup> Odersky 1989, p. 5 e.v. voor een bespreking van normen die gelden voor verschillende beroepen.

<sup>190</sup> MüKoBGB/Grundmann 2019, § 276, Rn. 57.

#### 4.3.4. Zorgplichten specifiek voor Werkverträge

Naast de algemeen geldende zorgplichten gelden specifieke plichten voor een *Werkvertrag*. In beginsel is de opdrachtgever verantwoordelijk voor het opstellen van de specificaties waar het op te leveren resultaat aan moet voldoen.<sup>191</sup> Bij softwareontwikkeling die onder een *Werkvertrag* valt, worden de eisen van het systeem in de regel in een zogeheten *Pflichtenheft* vastgelegd. Het opstellen daarvan is geen sinecure. Zeker bij een omvangrijk informatiesysteem is het voor de opdrachtgever complex om alle functies van het systeem volledig, consistent en foutloos te beschrijven. Hoewel verschillende methodieken bestaan om organisaties te ondersteunen bij het opstellen van deze specificaties, is deze specialistische kennis niet altijd aanwezig bij de opdrachtgever. Daarom wordt in de rechtspraak en literatuur aangenomen dat, ondanks dat de verantwoordelijkheid voor het *Pflichtenheft* in beginsel bij de opdrachtgever ligt,<sup>192</sup> de opdrachtnemer vanwege zijn kennis en ervaring een onderzoeksplicht (*Prüfungspflicht*), een waarschuwingsplicht (*Hinweispflicht*) en zelfs een adviesplicht (*Beratungspflicht*) heeft ten aanzien van het *Pflichtenheft*.<sup>193</sup> De daadwerkelijke kennis en ervaring van de opdrachtnemer is niet relevant. Het is een objectief criterium.<sup>194</sup> De opdrachtnemer moet dus zorgvuldig onderzoeken of de door de opdrachtgever opgestelde specificaties juist en volledig zijn en vooral ook of deze bijdragen aan het gestelde doel. Van de opdrachtnemer kan echter niet verwacht worden dat hij het *Pflichtenheft* tot in de kleinste details controleert. De vereiste inspanning hangt ook af van de mate van gedetailleerdheid waarmee de opdracht gespecificeerd is; een ruimere opdracht vereist een grotere inspanning van de opdrachtnemer.<sup>195</sup>

Ook rust op de opdrachtnemer de plicht om materialen die door de opdrachtgever zijn geleverd om te gebruiken voor de opdracht, te onderzoeken op geschiktheid en bij twijfel daarover dit te melden (*Bedenkenanzeigepflicht*).<sup>196</sup> Een voorbeeld hiervan is het verifiëren of de ontwikkelomgeving van de opdrachtgever, waar de opdrachtnemer in moet werken, geschikt is voor het uitvoeren van de opdracht. Ook wordt van de opdrachtnemer verwacht dat hij de kwaliteit onderzoekt van het door anderen opgeleverde werk waar hij op voortbouwt. Bij twijfels moet hij deze ook melden.<sup>197</sup> Overigens strekt deze plicht niet zo

---

<sup>191</sup> Intveen 2010, p. 239.

<sup>192</sup> Tenzij hiervan is afgeweken in de overeenkomst, bijvoorbeeld als de opdrachtnemer ook de opdracht krijgt om de specificaties in kaart te brengen en het *Pflichtenheft* op te stellen. De overeenkomst voor het opstellen van een *Pflichtenheft* wordt kwalificeert als *Werkvertrag* (Intveen 2010, p.240) waardoor de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor het resultaat (*Erfolg*).

<sup>193</sup> Invulling van § 633 Abs. 2 door BGH 8.11.2007, VII ZR 183/05. Zie ook: MüKoBGB/Busche 2020, § 631, Rn. 76.

<sup>194</sup> Het gaat om noodzakelijke en gangbare kennis. Zie ook MüKoBGB/Busche 2020, § 631, Rn. 77. In het geval de opdrachtgever zelf ook over deze kennis beschikt kan deze plicht deels ingeperkt worden, maar ook in die situatie ontslaat het de opdrachtnemer niet van zijn verantwoordelijkheid. Zie ook Tijssens 2009 p. 21-28 voor een rechtsvergelijking van dit aspect tussen Nederlands en Duits recht.

<sup>195</sup> Matz 2011, p. 91.

<sup>196</sup> Via § 241 Abs. 2 BGB, zie: Pioch 2019, p. 730.

<sup>197</sup> § 631 BGB, zie MüKoBGB/Busche 2020, § 631, Rn. 81.

ver dat hij de prestaties van andere specialisten (bijvoorbeeld een architect) hoeft te toetsen. Ten slotte dient het opgeleverde werk bij te dragen aan het door de opdrachtgever gestelde doel.

Schendt de opdrachtnemer deze zorgplicht, dan is hij aansprakelijk voor de eventuele gebreken die in het uiteindelijke opgeleverde werk geconstateerd worden.<sup>198</sup> Er rust dus een verregaande zorgplicht op de opdrachtnemer, met de kanttekening dat het Bundesgerichtshof bepaalde dat de zorgplicht binnen de grenzen van het redelijke moeten passen en dat meer dan het praktisch haalbare niet van hem kan worden verwacht.<sup>199</sup> Ook is de kennis van de opdrachtgever een factor die van invloed kan zijn op de reikwijdte van de zorgplicht.<sup>200</sup>

#### 4.3.5. Zorgplichten specifiek voor Dienstverträge

Net als bij de *Werkverträge* gelden voor de *Dienstverträge* ook de algemene zorgplichten van § 241 Abs. 2 en § 276 Abs. 2 BGB.<sup>201</sup> Uit het *Habilitationsschrift* van Tillmanns blijkt dat er geen specifieke zorgplichten voor de opdrachtnemer gelden. Deze heeft veel vrijheid om invulling te geven aan de wijze waarop hij de opdracht uitvoert.<sup>202</sup> Ook is hij niet verplicht om vooraf een resultaat toe te zeggen, iets dat vanwege de aard van de dienstverlening vaak ook niet mogelijk is.<sup>203</sup> Naast de algemene zorgplichten geldt bij een *Dienstvertrag* de aanvullende maatstaf van *'mittleren Art und Güte'*, iets dat zoveel betekent als 'gemiddelde kwaliteit'.<sup>204</sup> Het vaststellen daarvan kan echter problematisch zijn. Ten aanzien van het arbeidsrecht – waar een vergelijkbare verplichting geldt – is in een wetsvoorstel van 2006 opgenomen dat bij de vaststelling van de arbeidsproductiviteit van een werknemer in geval van twijfel een minimumniveau van twee derde van vergelijkbare werknemers geldt.<sup>205</sup>

Ook speelt de *Sorgfaltsmaßstab* een rol, die op grond van § 276 Abs. 2 BGB geldt bij de uitvoering van de werkzaamheden.<sup>206</sup> In relatie hiertoe wijst Tillmanns op twee factoren die van belang zijn bij het bepalen van de vaardigheden die de opdrachtnemer heeft bij het verrichten van zijn prestatie (*Leistungsvermögens*) en de verwachtingen die de opdrachtgever daaruit mag afleiden. Dit zijn de interne en externe factoren.<sup>207</sup> De interne factoren hebben betrekking op de kwaliteit van de dienstverlener zelf, zoals zijn leeftijd, opleiding en uitstraling van de dienstverlener. De externe factoren zijn in het kader van dit

---

<sup>198</sup> Intveen 2010, p. 239.

<sup>199</sup> BGH 8.11.2007, VII ZR 183/05, Rn. 24.

<sup>200</sup> Tijssens 2009, p. 26.

<sup>201</sup> HK-BGB/Schreiber 2019, Rn. 8 en Wendehorst 2006, p. 250. Opvallend is dat in Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/93 alleen verwezen wordt naar § 242 en § 276 BGB en niet naar § 241 Abs 2. BGB.

<sup>202</sup> Tillmanns 2007, p. 118.

<sup>203</sup> Tillmanns 2007, p. 98.

<sup>204</sup> Door analoge toepassing van § 243 Abs. 1 BGB waar deze maatstaf van *'mittleren Art und Güte'* is opgenomen voor de verplichtingen van de levering van zaken. Zie Tillmanns 2007, p. 157.

<sup>205</sup> Tillmanns 2007, p. 151.

<sup>206</sup> Tillmanns 2007, p. 171.

<sup>207</sup> Tillmanns 2007, p. 162.

onderzoek relevanter. Dat zijn – volgens Tillmanns – de factoren die bepalen hoe de dienstverlener op bepaalde externe situaties moet reageren. Als bijvoorbeeld de opdrachtgever, al dan niet impliciet, vraagt om een bepaalde eigenschap van de te leveren prestatie, dan verklaart de opdrachtnemer, door de opdracht aan te nemen, dat hij voldoende bekwaam is om het gevraagde te leveren.<sup>208</sup> Kortom, hoe hoger een dienstverlener ‘scoort’ op deze factoren, hoe hoger de verwachtingen mogen zijn ten aanzien van zijn vaardigheden en de zorgvuldigheid waarmee dit gebeurt.

Bij het vaststellen van de omvang van de algemeen geldende zorgplichten bij een *Dienstvertrag* speelt de mate van gedetailleerdheid van de opdracht een rol. Hoe algemener de opdracht, zoals het gewenste doel, geformuleerd is, hoe groter de inspanningsplicht van de opdrachtnemer om de precieze omvang van de opdracht te bepalen. Ook is bij de uitvoering van de opdracht meer overleg nodig met de opdrachtgever over de betreffende werkzaamheden.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> Tillmanns 2007, p. 163.

<sup>209</sup> En vindt er continu een proces van wilsvorming plaats, zie ook Mückl 2010, p. 350-458.

## 5. Rechtsvergelijking

In de voorgaande hoofdstukken heb ik onderzocht welke zorgplichten in het Nederlands en Duits recht gelden voor IT-dienstverleners bij waterval- en agile projecten.<sup>210</sup> In dit hoofdstuk vergelijk ik de uitkomsten. Ik begin daarbij met de kwalificatie van softwareprojecten, waarna ik mij richt op de inhoud van de zorgplichten.

### 5.1. Kwalificatie van overeenkomsten

Een groot verschil is dat in het Nederlands recht het ontwikkelen van maatwerksoftware niet onder de aanneming van werk valt – of liever gezegd, niet kan vallen – terwijl in het Duits recht de ontwikkeling volgens de watervalmethode onder het *Werkvertrag* kan vallen, en in bepaalde gevallen geldt dat ook voor een agile project. De voornaamste reden hiervoor is dat in Nederlands recht een stoffelijkheidseis geldt voor de aanneming van werk. De wetgever heeft, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, uitdrukkelijk gekozen voor deze stoffelijkheidseis en de Hoge Raad volgt die lijn.

In Duits recht ligt het zwaartepunt bij het onderscheid tussen een *Werkvertrag* en een *Dienstvertrag* bij de vraag of sprake is van een vooraf gedefinieerd resultaat, en dus of sprake is van een inspannings- of resultaatsverplichting.

Daarnaast valt op dat in het Duitse rechtsgebied veel gepubliceerd is over de kwalificatieproblematiek bij softwareprojecten; alleen al over de vraag of *Werkkauf* geldt bij de ontwikkeling van software wordt een verhit debat in de literatuur gevoerd. In Nederland is dat in veel mindere mate het geval, van enige polemieken is geen sprake. Alleen over de vraag of standaardsoftware onder koop valt, is een en ander gepubliceerd.

Naast een groter territoriaal bereik van het Duitse recht komt wellicht hier ook het verschil in de (juridische) grondhouding naar voren; het Nederlandse pragmatisme versus het Duitse dogmatisme.<sup>211</sup>

In de Nederlandse literatuur is de opvatting te vinden dat de aanneming van werk een species van de overeenkomst van opdracht had moeten zijn. Ook in Duitsland is veel gepubliceerd over de grens tussen een *Werkvertrag* en *Dienstvertrag*, maar van een discussie over het onderbrengen van een *Werkvertrag* onder de regeling van *Dienstvertrag* vond ik geen spoor.

### 5.2. Zorgplichten

#### *Algemeen*

Voor beide jurisdicties geldt dat algemene regelingen bestaan waaruit zorgplichten kunnen worden afgeleid. De Duitse regeling is daarbij explicieter dan de Nederlandse.

---

<sup>210</sup> De eerder aangehaalde bronnen worden omwille van de leesbaarheid achterwege gelaten.

<sup>211</sup> Sillen 2014, p. 569.

In § 241 Abs. 2 BGB is expliciet opgenomen dat partijen bij de uitvoering van de overeenkomst rekening dienen te houden met elkaars belangen. In Nederlands recht wordt via artikel 6:27 BW de zorg van de schuldenaar voor de zaak vereist, aangevuld met de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 1 BW. Uit de parlementaire geschiedenis en met name uit het arrest Baris/Riezenkamp blijkt dat de strekking van deze algemene regeling in grote mate gelijk is aan de Duitse regeling: partijen dienen rekening te houden met elkaars belangen.

Ook is de toepasselijkheid van de precontractuele zorgplicht in het Duitse recht expliciet geregeld via § 311 Abs 2 BGB, terwijl in Nederlands recht deze plicht via jurisprudentie (HR Baris/Riezenkamp) tot uitdrukking komt.

Volgens sommigen is een brede, algemene norm voldoende om een zorgplicht te regelen en zijn verdere verbijzonderingen hiervan symbolisch of zelfs overbodig. Dit standpunt is in Duitsland bepleit voor de regeling van § 241 Abs. 2 BGB en in Nederland voor de regeling van artikel 7:401 BW.

#### *Zorgplichten: aanneming van werk versus Werkvertrag*

Opvallend in het verschil van de zorgplicht die specifiek voor de aanneming van werk geldt en het *Werkvertrag* is de omvang van de waarschuwingsplicht. Onder Nederlands recht is de aannemer verplicht om de opdrachtgever te behoeden voor onjuistheden in zijn opdracht op grond van artikel 7:754 BW. In het Duitse recht wordt de opdracht in een *Pflichtenheft* gedefinieerd, waarbij een waarschuwingsplicht voor de aannemer geldt vanwege zijn expertise, net als in Nederlands recht. Maar daarnaast geldt in Duits recht voor de aannemer een adviesplicht, waarmee de omvang van deze zorgplicht uitgebreider lijkt dan onder Nederlands recht. Hierbij de kanttekening dat de omvang van deze adviesplicht afhangt van de gedetailleerdheid van de opdracht; een gedetailleerde opdracht vereist een lagere inspanning van de aannemer.

Ten slotte geldt in Duits recht de eis dat het opgeleverde werk bijdraagt aan het doel van de *Besteller*, het *herbeizuführender Erfolg*. Deze eis bestaat niet bij de aanneming van werk. Een inperking van de zorgplicht die in het Nederlandse recht niet bestaat, is dat in Duits recht geldt dat de kennis die de opdrachtgever heeft een factor van invloed is voor de reikwijdte van de zorgplicht. Onder Nederlands recht is dit – bij aanneming van werk – alleen een factor bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding via het leerstuk ‘eigen schuld’ ex artikel 6:101 BW.

#### *Zorgplichten: overeenkomst van opdracht versus Dienstvertrag*

Waar bij de algemene zorgplicht het Duits recht explicieter is dan het Nederlands recht, is dat bij de zorgplicht die geldt bij een *Dienstvertrag* en overeenkomst van opdracht andersom; hier heeft het Nederlands recht enkele expliciete regelingen met betrekking tot de zorgplicht terwijl bij het *Dienstvertrag* het Duitse recht terugvalt op de algemene regelingen.

Onder het Nederlands recht geldt voor de overeenkomst van opdracht – naast de algemene zorgplicht – de norm van de goede opdrachtnemer ex artikel 7:401 BW, zowel voor de precontractuele fase als voor de uitvoering van de opdracht. Hoe deze open norm precies ingevuld moet worden, hangt af van de omstandigheden van het geval. Factoren die relevant zijn, zijn onder meer de aard en gedetailleerdheid van de opdracht, de positie van zowel de opdrachtnemer als de opdrachtgever, en de ernst van het betrokken belang. Uit jurisprudentie blijkt dat de zorgplicht door de rechter ruim wordt opgevat. Het arrest HR TsZ/Alert geeft wat mij betreft een bruikbare beknopte definitie: de leverancier moet alles in het werk stellen om het project te laten slagen. Ook geldt er op grond van artikel 7:402 lid 1 BW een waarschuwingsplicht voor de opdrachtnemer die wordt afgeleid uit de ‘verantwoorde aanwijzingen’. De waarschuwingsplicht die geldt voor de aanneming van werk ex artikel 7:754 BW is explicieter geformuleerd en lijkt daarmee ook verstrekkender. Ten slotte geldt een informatie- en verantwoordingsplicht ex artikel 7:403 BW. Vanwege de relatieve autonomie van de opdrachtnemer is hij gehouden de opdrachtgever spontaan op de hoogte te houden van de voortgang van de opdracht en achteraf zijn inspanning te verantwoorden.

Naar Duits recht gelden geen specifieke zorgplichten voor een *Dienstvertrag*. Wel worden de zorgplichten ingevuld door de algemene regelingen waaruit in het Duitse recht vergelijkbare plichten voortvloeien. De norm die onder het Duitse recht gehanteerd wordt is te vergelijken met de norm in het Nederlands recht: de redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot. De omvang van deze plichten hangt ook in het Duits recht af van de omstandigheden van het geval; zo speelt bijvoorbeeld de mate van gedetailleerdheid van de opdracht een rol.

Een nuanceverschil is dat de Nederlandse regeling van artikel 7:403 BW enigszins enger is dan de Duitse informatieplicht en alleen betrekking heeft op de voortgang (en het einde) van de opdracht. In de Duitse regeling van § 666 BGB wordt daarentegen gesproken over alle noodzakelijke informatie gedurende de looptijd van de opdracht.<sup>212</sup>

#### *Zorgplichten: schematische vergelijking voor de praktijk*

Naar Nederlands recht worden softwareprojecten als overeenkomst van opdracht gekwalificeerd, terwijl naar Duits recht deze projecten (meestal) als *Werkvertrag* kwalificeren. Een vergelijking van de geldende zorgplichten tussen (enkel) de overeenkomst van opdracht en het *Werkvertrag* acht ik problematisch aangezien bij een dergelijke vergelijking de algemene zorgplichten buiten beschouwing worden gelaten.

In het licht van de hoofdvraag van dit onderzoek is het mijns inziens relevanter om een schematisch overzicht in tabelvorm te maken van de geldende zorgplicht naar beide rechtsstelsels. Voor het Nederlandse recht is dat de zorgplicht die volgt uit de algemene regelingen en de overeenkomst van opdracht, voor het Duitse recht de zorgplicht die volgt

---

<sup>212</sup> Barendrecht 1999, p. 125 en Westkamp 2002, p. 36. Met de kanttekening dat onder de algemene zorgplicht van artikel 7:401 BW alsnog het vereiste van alle noodzakelijke informatie gelezen kan worden.

uit de algemene regelingen en het *Werkvertrag*. De nummers tussen haakjes verwijzen naar de paragraafnummers waarin het onderwerp gedetailleerd wordt behandeld.

	Nederlands recht	Duits recht
Algemene zorgvuldigheidsmaatstaf	- Objectieve maatstaf van een redelijk handelende beroepsbeoefenaar (3.3.1). - Zorg van een goed opdrachtnemer (3.3.3).	Objectieve maatstaf van een redelijk bekwaam en handelend vakgenoot (4.3.3).
Algemene informatieplichten	Spontane informatieplicht over de voortgang van de werkzaamheden (3.3.3).	Ophelderingsplichten, informeren over alles wat relevant is (4.3.2).
Algemene verantwoordingsplichten	Uitgebreide rekenschapsplichten (3.3.3).	Geen.
Algemene adviesplicht	Bij een adviesrelatie zullen alle relevante aspecten moeten worden gezien (3.3.3).	Beperkt, in beginsel alleen indien onderdeel van de overeenkomst of onder een bijzondere zorgplicht (4.3.2).
Inachtneming van de belangen van de opdrachtgever	Breed, de leverancier moet alles in het werk stellen om het project te laten slagen (3.3.3).	Breed, niet enkel vermogensbelangen (4.3.2). Het opgeleverde werk moet bijdragen aan het doel van de opdrachtgever (4.3.4).
Opstellen van de eisen waaraan de software dient te voldoen	In beginsel de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever. Er geldt een impliciete waarschuwingsplicht voor de opdrachtnemer (3.3.3).	In beginsel de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever. De opdrachtnemer heeft een onderzoeks-, waarschuwings- en adviesplicht (4.3.4).
Onderzoek op geschiktheid van de door de opdrachtgever geleverde infrastructuur	Alleen bij een adviesrelatie zullen alle relevante aspecten moeten worden gezien (3.3.3).	Onderzoeksplicht op geschiktheid. Meldingsplicht bij twijfels (4.3.4).
Onderzoek op de kwaliteit van het door anderen opgeleverd werk	Bij een adviesrelatie zullen alle relevante aspecten moeten worden gezien (3.3.3).	Algemene onderzoeksplicht, maar niet van opgeleverd werk van andere specialisten. Meldingsplicht bij twijfels (4.3.4).
Kennis van de opdrachtgever relevant aspect bij de omvang zorgplicht	Ja (3.3.3).	Ja (4.3.4).
Precontractuele mededelingsplicht	Ja, via de redelijkheid en billijkheid (3.3.1).	Ja, via culpa in contrahendo. Dwaling speelt zelden een rol (4.3.2).

Tabel 1: schematische vergelijking zorgplichten



## 6. Conclusie

Na het uitdiepen van het theoretisch kader en het uitwerken van de verschillen tussen beide rechtssystemen dringt zich de vraag op welke gevolgen men hier in de praktijk aan zou kunnen ontleen. Hoewel de precieze regelingen van de geldende zorgplichten tussen Nederlands en Duits recht anders van opzet zijn, is de omvang van de zorgplicht in de praktijk min of meer gelijk. In het Duits recht is de algemene zorgplicht gecodificeerd, terwijl in het Nederlands recht de omvang van de zorgplicht voornamelijk door jurisprudentie is ingevuld. Bij de overeenkomst van opdracht bepalen de wetsartikelen van het Nederlands recht de (aanvullende) zorgplicht, terwijl in het Duits recht geen aanvullende zorgplicht geldt voor het *Dienstvertrag*. Onder Duits recht is alleen de zorgplicht voor de aanneming van werk omvangrijker, met name omdat daar een adviesplicht bestaat en het op te leveren werk moet bijdragen aan het doel van de opdrachtgever.

Bij de kwalificatie van overeenkomsten is een duidelijker verschil te vinden. Onder Nederlands recht is het niet mogelijk om een softwareproject als aanneming van werk te kwalificeren vanwege het stoffelijkheids criterium. Onder Duits recht levert een dergelijke kwalificatie geen problemen op, omdat daar voornamelijk het onderscheid wordt gemaakt tussen een inspanningsverplichting en een resultaatsverplichting.

De aanpak van het Duitse recht, waarbij een onderscheid gemaakt wordt op basis van een resultaats- of inspanningsverplichting zonder stoffelijkheids criterium, lijkt mij een aantrekkelijke aanpak voor softwareprojecten.<sup>213</sup> Er zijn namelijk voldoende softwareprojecten denkbaar waarbij de aard van het project nauwer lijkt aan te sluiten bij de aanneming van werk dan bij de overeenkomst van opdracht. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het ontwikkelen van een systeem van geringe complexiteit, waarvan de specificaties vooraf gedetailleerd zijn uit te werken en waarbij slechts beperkte interactie met de opdrachtgever nodig is. Bij de softwareprojecten waarbij de inspanningsverplichting de overhand heeft, zoals bij een agile project, past de overeenkomst van opdracht beter. Met deze invulling, die vergelijkbaar is met de Duitse structuur, krijgt de opdrachtgever de bescherming – middels de geldende zorgplicht – die past bij de aard van de overeenkomst. Bij een overeenkomst van opdracht is dat een ruimere bescherming, aangezien de opdrachtgever meer vrijheid (en vertrouwen) dient te geven aan de opdrachtnemer; het resultaat staat immers niet vast.

Een voordeel voor de opdrachtgever bij de aanneming van werk en het *Werkvertrag* is dat het resultaat de kern van de verplichting van de aannemer is. Bij een overeenkomst van opdracht en *Dienstvertrag* is dat anders, want daar staat de geleverde inspanning

---

<sup>213</sup> Contractueel kan veel geregeld worden, maar mij spreekt het standaardkarakter van de Duitse regeling aan.

centraal.<sup>214</sup> Overigens kunnen partijen een project dat naar zijn aard een *Dienstvertrag* is niet kwalificeren als *Werkvertrag* (of vice versa); de rechter kijkt naar de aard van de overeenkomst. Wel kunnen partijen contractuele afspraken maken, zodat de inspanningsverplichting van een overeenkomst van opdracht of *Dienstvertrag* – op onderdelen – het karakter van een resultaatsverplichting kan krijgen.<sup>215</sup>

Zolang de Nederlandse wetgever vasthoudt aan het stoffelijkheids criterium bij de aanneming van werk kan het aantrekkelijk zijn voor – met name – de opdrachtgever van een softwareproject om te kiezen voor het Duitse recht. In veel gevallen zal het project kwalificeren als een *Werkvertrag* en geldt een resultaatsverplichting voor de aannemer, wat voor de opdrachtgever veelal gunstig is. Ten aanzien van de zorgplicht – het onderwerp waar dit onderzoek mee begon – valt een minder scherp onderscheid, en dus ook een minder scherpe voorkeur voor een rechtskeuze, te maken. Beide rechtssystemen komen, weliswaar via een lichtelijk andere route, tot dezelfde conclusie: “IT-dienstverlener, u bent uw broeders hoeder” en “IT-Dienstverpflichteten, Sie sind Hüter Ihres Bruders”.<sup>216</sup>

---

<sup>214</sup> En dat is voor de opdrachtnemer aantrekkelijk, hij staat niet garant voor het resultaat, alleen voor de te leveren inspanning. Er zijn overigens meer verschillen tussen de aanneming van werk en de overeenkomst van opdracht ten aanzien van de verplichtingen die partijen over en weer hebben, gezien de reikwijdte van dit onderzoek zijn die buiten beschouwing gelaten.

<sup>215</sup> In dit onderzoek gaat het mij met name om de (standaard) structuur, niet om de ruimte die het contractenrecht aan professionele partijen biedt om aanvullende afspraken te maken.

<sup>216</sup> Naar Hans Nieuwenhuis die veel publiceerde over de zorgplicht en daarbij de oudtestamentische vraag ‘Ben ik mijn broeders hoeder?’ uit het verhaal van Kaïn en Abel als uitgangspunt nam.

## Bijlage 1: Duitse wetteksten<sup>217</sup>

<p><b>§ 90 Begriff der Sache</b> Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.</p>	<p><b>Section 90 Concept of the thing</b> Only corporeal objects are things as defined by law.</p>
<p><b>§ 119 Anfechtbarkeit wegen Irrtums</b> (1) Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. (2) Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.</p>	<p><b>Section 119 Voidability for mistake</b> (1) A person who, when making a declaration of intent, was mistaken about its contents or had no intention whatsoever of making a declaration with this content, may avoid the declaration if it is to be assumed that he would not have made the declaration with knowledge of the factual position and with a sensible understanding of the case. (2) A mistake about such characteristics of a person or a thing as are customarily regarded as essential is also regarded as a mistake about the content of the declaration.</p>
<p><b>§ 123 Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung</b> (1) Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten. (2) Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen musste. Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste.</p>	<p><b>Section 123 Voidability on the grounds of deceit or duress</b> (1) A person who has been induced to make a declaration of intent by deceit or unlawfully by duress may avoid his declaration. (2) If a third party committed this deceit, a declaration that had to be made to another may be avoided only if the latter knew of the deceit or ought to have known it. If a person other than the person to whom the declaration was to be made acquired a right as a direct result of the declaration, the declaration made to him may be avoided if he knew or ought to have known of the deceit.</p>
<p><b>§ 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis</b> (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.</p>	<p><b>Section 241 Duties arising from an obligation</b> (1) By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance. (2) An obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take account of the rights, legal interests and other interests of the other party.</p>
<p><b>§ 242 Leistung nach Treu und Glauben</b> Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.</p>	<p><b>Section 242 Performance in good faith</b> An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.</p>
<p><b>§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners</b> (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</p>	<p><b>Section 276 Responsibility of the obligor</b> (1) The obligor is responsible for intention and negligence, if a higher or lower degree of liability is neither laid down nor to be inferred from the other subject matter of the obligation, including but not limited to the giving of a guarantee or the</p>

<sup>217</sup> De Engelse vertaling is afkomstig van het Bundesamt für Justiz en te raadplegen via: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html)

<p>Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.</p> <p>(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.</p> <p>(3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.</p>	<p>assumption of a procurement risk. The provisions of sections 827 and 828 apply with the necessary modifications.</p> <p>(2) A person acts negligently if he fails to exercise reasonable care.</p> <p>(3) The obligor may not be released in advance from liability for intention.</p>
<p><b>§ 280 Schadensersatz wegen Pflichtverletzung</b></p> <p>(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.</p> <p>(2) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen.</p> <p>(3) Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen.</p>	<p><b>Section 280 Damages for breach of duty</b></p> <p>(1) If the obligor breaches a duty arising from the obligation, the obligee may demand damages for the damage caused thereby. This does not apply if the obligor is not responsible for the breach of duty.</p> <p>(2) Damages for delay in performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirement of section 286.</p> <p>(3) Damages in lieu of performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirements of sections 281, 282 or 283.</p>
<p><b>§ 282 Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2</b></p> <p>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.</p>	<p><b>Section 282 Damages in lieu of performance for breach of a duty under section 241 (2)</b></p> <p>If the obligor breaches a duty under section 241 (2), the obligee may, if the requirements of section 280 (1) are satisfied, demand damages in lieu of performance, if he can no longer reasonably be expected to accept performance by the obligor.</p>
<p><b>§ 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse</b></p> <p>(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.</p> <p>(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.</p> <p>(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.</p>	<p><b>Section 311 Obligations created by legal transaction and obligations similar to legal transactions</b></p> <p>(1) In order to create an obligation by legal transaction and to alter the contents of an obligation, a contract between the parties is necessary, unless otherwise provided by statute.</p> <p>(2) An obligation with duties under section 241 (2) also comes into existence 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.</p> <p>(3) An obligation with duties under section 241 (2) may also come into existence in relation to persons who are not themselves intended to be parties to the contract. Such an obligation comes into existence in particular if the third party, by laying claim to being given a particularly high degree of trust, substantially influences the pre-contract negotiations or the entering into of the contract.</p>
<p><b>§ 323 Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung</b></p>	<p><b>Section 323 Revocation for nonperformance or for performance not in conformity with the contract</b></p>

<p>(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.</p> <p>(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,</li> <li>2. der Schuldner die Leistung bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist nicht bewirkt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsabschluss oder auf Grund anderer den Vertragsabschluss begleitenden Umstände für den Gläubiger wesentlich ist, oder</li> <li>3. im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.</li> </ol> <p>(3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung.</p> <p>(4) Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.</p> <p>(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.</p> <p>(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.</p>	<p>(1) If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for performance or cure.</p> <p>(2) The specification of a period of time can be dispensed with if</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. the obligor seriously and definitively refuses performance,</li> <li>2. the obligor does not render performance by a date specified in the contract or within a period specified in the contract, in spite of the fact that, according to a notice given by the obligee to the obligor prior to conclusion of the contract or based on other circumstances attending at the time of its conclusion, the performance as per the date specified or within the period specified is of essential importance to the obligee, or</li> <li>3. in the case of work not having been carried out in accordance with the contract, special circumstances exist which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate revocation.</li> </ol> <p>(3) If the nature of the breach of duty is such that setting a period of time is out of the question, a warning notice is given instead.</p> <p>(4) The obligee may revoke the contract before performance is due if it is obvious that the requirements for revocation will be met.</p> <p>(5) If the obligor has performed in part, the obligee may revoke the whole contract only if he has no interest in part performance. If the obligor has not performed in conformity with the contract, the obligee may not revoke the contract if the breach of duty is trivial.</p> <p>(6) Revocation is excluded if the obligee is solely or very predominantly responsible for the circumstance that would entitle him to revoke the contract or if the circumstance for which the obligor is not responsible occurs at a time when the obligee is in default of acceptance.</p>
<p><b>§ 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag</b></p> <p>(1) Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.</p> <p>(2) Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.</p>	<p><b>Section 611 Typical contractual duties in a service contract</b></p> <p>(1) By means of a service contract, a person who promises service is obliged to perform the services promised, and the other party is obliged to grant the agreed remuneration.</p> <p>(2) Services of any type may be the subject matter of service contracts.</p>

<p><b>§ 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag</b></p> <p>(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.</p> <p>(2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.</p>	<p><b>Section 631 Typical contractual duties in a contract to produce a work</b></p> <p>(1) By a contract to produce a work, a contractor is obliged to produce the promised work and the customer is obliged to pay the agreed remuneration.</p> <p>(2) The subject matter of a contract to produce a work may be either the production or alteration of a thing or another result to be achieved by work or by a service.</p>
<p><b>§ 635 Nacherfüllung</b></p> <p>(1) Verlangt der Besteller Nacherfüllung, so kann der Unternehmer nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen.</p> <p>(2) Der Unternehmer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.</p> <p>(3) Der Unternehmer kann die Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.</p> <p>(4) Stellt der Unternehmer ein neues Werk her, so kann er vom Besteller Rückgewähr des mangelhaften Werkes nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.</p>	<p><b>Section 635 Cure</b></p> <p>(1) If the customer demands cure, then the contractor may, at his option, remedy the defect or produce a new work.</p> <p>(2) The contractor must bear the expenditure necessary for cure, including, without limitation, transport, workmen's travel, work and materials costs.</p> <p>(3) The contractor may refuse cure, without prejudice to section 275 (2) and (3), if it is only possible at disproportionate cost.</p> <p>(4) If the contractor produces a new work, he may demand from the customer return of the defective work in accordance with sections 346 to 348.</p>
<p><b>§ 640 Abnahme</b></p> <p>(1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.</p> <p>(2) Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.</p> <p>(3) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.</p>	<p><b>Section 640 Acceptance</b></p> <p>(1) The customer is obliged to accept the work produced in conformity with the contract, except to the extent that, in view of the quality of the work, acceptance is excluded. Acceptance may not be refused by reason of trivial defects. It is equivalent to acceptance if the customer does not accept the work within a reasonable period of time specified for him by the contractor, although he is under a duty to do so.</p> <p>(2) If the customer accepts a defective work under subsection (1) sentence 1, even though he knows of the defect, he only has the rights designated in section 634 nos. 1 to 3 if he reserves his rights with regard to the defect when he accepts the work.</p>
<p><b>§ 650 Anwendung des Kaufrechts</b></p> <p>Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die</p>	<p><b>Section 650 Application of sale of goods law</b></p> <p>The provisions of sale of goods law are applicable to a contract dealing with the supply of movable things to be produced or manufactured. Section</p>

<p>Vorschriften über den Kauf Anwendung. § 442 Abs. 1 Satz 1 findet bei diesen Verträgen auch Anwendung, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen um nicht vertretbare Sachen handelt, sind auch die §§ 642, 643, 645, 648 und 649 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Abnahme der nach den §§ 446 und 447 maßgebliche Zeitpunkt tritt.</p>	<p>442(1) sentence 1 also applies to these contracts if the defect is caused by the material supplied by the customer. To the extent that the movable things to be produced or manufactured are not fungible things, sections 642, 643, 645, 649 and 650 apply, subject to the provision that the applicable point of time under sections 446 and 447 takes the place of acceptance.</p>
<p><b>§ 662 Vertragstypische Pflichten beim Auftrag</b> Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.</p>	<p><b>Section 662 Typical contractual duties in a mandate</b> By accepting a mandate, the mandatary agrees to carry out a transaction entrusted to him by the mandator for the mandator gratuitously.</p>
<p><b>§ 666 Auskunfts- und Rechenschaftspflicht</b> Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen.</p>	<p><b>Section 666 Duty of information and duty to render account</b> The mandatary is obliged to provide the mandator with the required reports, and on demand to provide information on the status of the transaction and after carrying out the mandate to render account for it.</p>
<p><b>§ 675 Entgeltliche Geschäftsbesorgung</b> (1) Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden, soweit in diesem Untertitel nichts Abweichendes bestimmt wird, die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung.</p>	<p><b>Nongratuitous management of the affairs of another</b> (1) The provisions of sections 663, 665 to 670 and 672 to 674 apply to a service contract or a contract to produce a work dealing with the management of the affairs of another to the extent that nothing else is provided in this subtitle and, if the person obliged is entitled to terminate without complying with a notice period, the provisions of section 671 (2) also apply with the necessary modifications.</p>

## **Bijlage 2: Het Duitse burgerlijk rechtssysteem**

Voor de lezer die niet, of in beperkte mate bekend is met het Duitse burgerlijk rechtssysteem is een korte schets van het Duitse Burgerlijk Wetboek (BGB) en de Duitse rechtsinstanties opgenomen.

### **Het Duitse Burgerlijk Wetboek (BGB)**

Voor de Nederlandse jurist is een kennismaking met het Duitse Burgerlijk Wetboek (het BGB) een feest van herkenning. Zeker de jurist die in het nieuwe BW is geschoold, dat met de invoering in 1992 al niet zo 'nieuw' meer is, zal de gelaagde structuur van het Nederlandse BW, ook in het BGB herkennen. Zoals Nederland in Boek 3 BW een algemeen deel heeft, waarin algemene begrippen geregeld worden die in andere vermogensrechtelijke boeken van toepassing zijn, heeft het BGB een algemeen deel dat voor het hele civiele recht geldt.<sup>218</sup> Naast de gelaagde structuur is het gebruik van open normen kenmerkend voor het Duitse vermogensrecht.<sup>219</sup> Een, volgens Hondius, beroemde norm is die van § 242 BGB, de *Leistung nach Treu und Glauben*, een norm die overeenkomt met de Nederlandse redelijkheid en billijkheid. Net als in Nederlands recht worden open normen bewust door de Duitse wetgever gebruikt om onderwerpen die nog in ontwikkeling zijn of te weerbarstig zijn om vooraf gedetailleerd te regelen.<sup>220</sup>

In 2002 is het Duitse verbintenissenrecht herzien in de *Schuldrechtsreform*. De aanleiding hiervoor was de (verplichte) omzetting van drie Europese Richtlijnen op het terrein van consumentenkoop. Om te voorkomen dat het BGB zou versplinteren is de mogelijkheid om de richtlijnen in een aparte wet om te zetten afgewezen en is, naast de omzetting van de richtlijnen, ook achterstallig onderhoud uitgevoerd, met name op het gebied van de gevolgen van de toerekenbare tekortkoming. Volgens Mehring zijn veel regels duidelijker en eenvoudiger geworden en dragen de nieuwe titels van veel artikelen bij aan een betere oriëntatie in het BGB.<sup>221</sup>

### **De Duitse rechtsinstanties<sup>222</sup>**

Hoewel het Duitse procesrecht op een aantal punten verschilt van het Nederlandse procesrecht, is de getrapte indeling van rechtsinstanties vergelijkbaar.<sup>223</sup> Voor vorderingen tot €5000,- en huur- en arbeidszaken zijn de *Amtsgerichte* bevoegd, vergelijkbaar met de Nederlandse kantonrechter. Valt een vordering buiten de bevoegdheid van het *Amtsgericht* dan is in eerste aanleg het *Landgericht* (de rechtbank) bevoegd. Een hoger

---

<sup>218</sup> Hondius 2014, p. 553.

<sup>219</sup> Hondius 2014, p. 553.

<sup>220</sup> Reurich 2003, p. 95.

<sup>221</sup> Mehring 2003, p. 111.

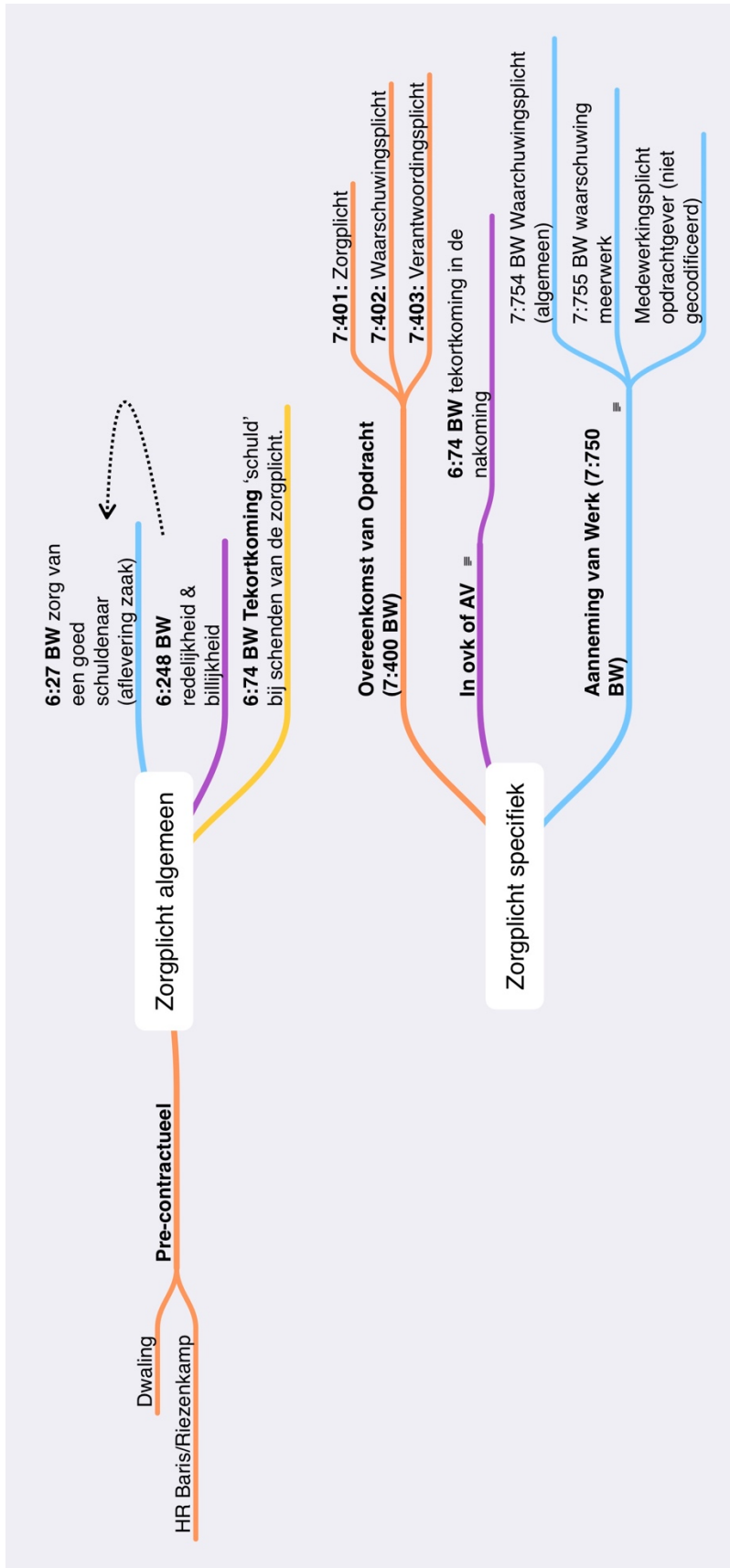
<sup>222</sup> Ontleed aan Sagel-Grande 2004, p. 227 e.v.

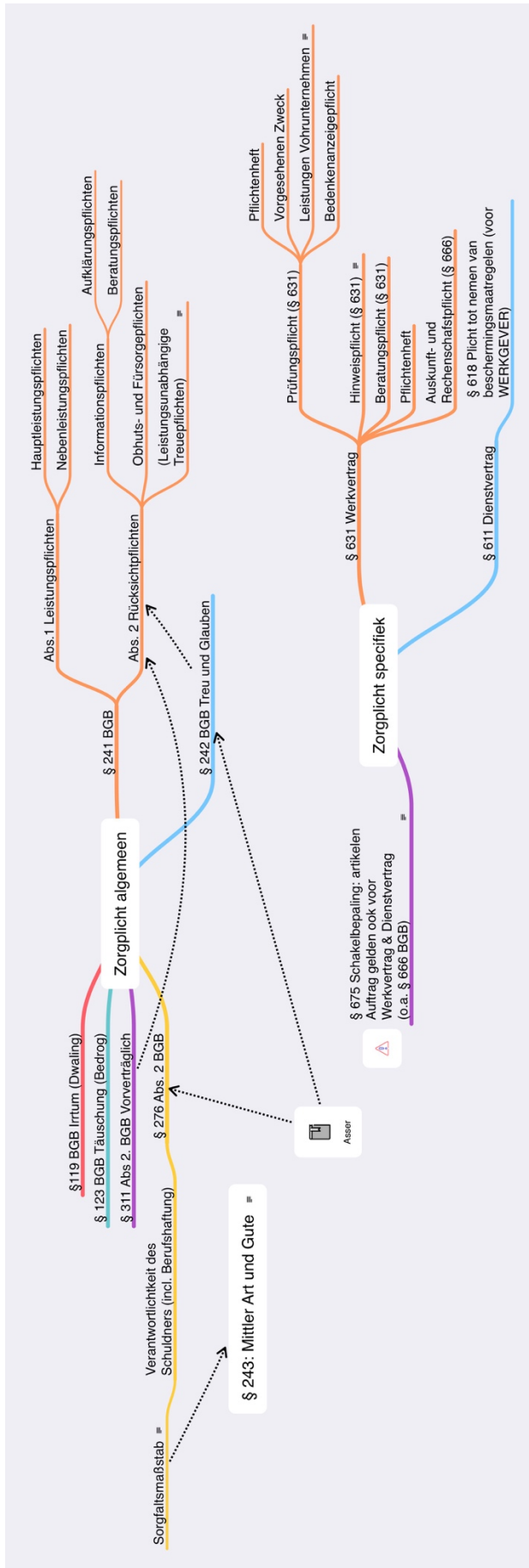
<sup>223</sup> Een gedetailleerde bespreking gaat dit onderzoek te buiten, opvallend en noemenswaardig vond ik dat de Duitse rechter een actieve rol heeft bij het bereiken van een schikking: de rechter doet in veel gevallen zelf een schikkingsvoorstel, zie BPP/Van der Linden, nr. 9.2.1.



beroep wordt door het *Oberlandesgericht* (OLG) behandeld en voor cassatie is het *Bundesgerichtshof* (BGH) in Karlsruhe bevoegd. Afwijkend van Nederland is dat er in Duitsland een Constitutioneel Hof bestaat dat vonnissen kan toetsen aan de Duitse grondwet.

### Bijlage 3: Grafische structuur wetteksten (mindmaps)





## Literatuurlijst

### **Asser/Van den Berg 7-VI 2017**

M.A.M.C. van den Berg, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VI. Aanneming van werk*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

### **Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

### **Asser/Sieburgh 6-III 2018**

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

### **Asser/Sieburgh 6-IV 2019**

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

### **Bachmann 2017**

G. Bachmann, J.E. Schirmer, 'Leistungs- und Schutzpflichten in der Zivilrechtsdogmatik', in: H.C. Grigoleit (red), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, München: C.H. Beck 2017.

### **Barendrecht & Van den Akker 1999**

J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

### **De Boer 1994**

Th.M. de Boer, 'Uitgangspunten van een rechtsvergelijkende theorie: een paradigma voor de lage landen', *AA* 1994/43, p. 303-310.

### **BPP/Van der Linden nr. VII 9.2.1/2010**

J. van der Linden, *Burgerlijk Proces en Praktijk deel VIII: De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

### **Bräutigam & Rücker 2006**

P. Bräutigam & D. Rücker, 'Softwareerstellung und § 651 BGB – Diskussion ohne Ende oder Ende der Diskussion?', *CuR* 6/2006, p. 361-368.

### **Busche & Schelinski 2013**

A. Busche & T. Schelinski, 'Vertragstypologisierung: Rechtliche Einordnung der IT-Verträge', in: A. Leopold (red.), *Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht*, München: C.H. Beck 2013.

### **Chao-Duivis 2019**

M.A.B. Chao-Duivis, 'Aanneming van werk', in: H.N. Schelhaas & A.J. Verheij, *'Bijzondere overeenkomsten'*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 445-483.

### **Engelfriet & Ras 2016**

A. Engelfriet & S. Ras, *Handboek ICT-contracten*, Amsterdam: ICT-Recht 2016.

### **Ernes 2019**

A.L.H. Ernes, 'Opdracht', in: H.N. Schelhaas & A.J. Verheij, *'Bijzondere overeenkomsten'*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 239-259.

### **Ernst 2017**

S. Ernst, 'Agile Softwareprojecte und Vertragsauslegung', *CuR* 2017/5, p. 285-291.

**Frank 2011**

C. Frank, 'Bewegliche Vertragsgestaltung für agiles Programmieren', *CuR* 2011/3, p. 138-144.

**Franken 1992**

H. Franken, 'Computerrecht', in: Het Nieuw BW in functie, Castermans, A.G. e.a. (red.), *BW Krant-Jaarboek 1992*, Arnhem 1992, blz. 119-135.

**Fuchs e.a. 2012**

A. Fuchs, C. Meierhofer, J. Morsbach, L. Pahlow, 'Agile programmierung – Neue Herausforderungen für das Softwarerecht?', *MMR* 2012, p. 427-433.

**Gerlach/Bischof 2018**

C. Gerlach & E. Bischof, '§ 17 Parametrisierung vor Standardsoftware nach Kauf einschließlich Konzeptionierung, ohne Eingriff in den Quellcode', in: *Handbuch des Softwarerechts*, Bonn: Deutscher Anwalt Verlag 2018.

**De Graaf & Stuurman 2014**

T.J. de Graaf & C. Stuurman, 'ICT-Contracten', in: S. van der Hof e.a., *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2014, p. 65-92.

**Grigoleit 2007**

H.C. Grigoleit, 'Leistungspflichten und Schutzpflichten', in: A. Heldrich e.a., *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 2007, p. 275-306.

**Haas 2009**

D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2009.

**Heinrichs 2007**

H. Heinrichs, 'Bemerkungen zur culpa in contrahendo nach der Reform', in: A. Heldrich e.a., *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 2007, p. 421-442.

**Hengstler 2012**

A. Hengstler, 'Gestaltung der Leistungs- und Vertragsbeziehung bei Scrum-Projekten', *ITBR* 2012, p. 113-116.

**Hesselink 1999**

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999.

**HK-BGB/Schreiber 2019**

K. Schreiber, '§611', in: R. Schulze (red.), *Bürgerliches Gesetzbuch Handbuch*, Baden-Baden: Nomos 2019.

**Hoeren 2014**

T. Hoeren, *IT-Recht 2014*, Münster: Verlag Universität Münster 2014.

**Hondius 2014**

E.H. Hondius, 'Het onovertroffen Duitse privaatrecht', *ArsAequi* 2014, p. 551-557.

**Intveen 2010**

M. Intveen, 'Einzelheiten zu Verträgen über die Erstellung von IT-Pflichtenheften', *ITRB* 2010, p. 238-241.

**Jansen 2010**

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

**Jeloschek & Linnemann 2013**

C. Jeloschek & J.J. Linnemann, 'Contracteren over agile softwareontwikkeling', *CR* 2013/82, p. 146-152.

**Jentzsch/Schneider 2018**

J. Jentzsch & M. Schneider, '§ 8 Beraterverträge bei IT-Projekten', in: *Handbuch des Softwarerechts*, Bonn: Deutscher Anwalt Verlag 2018.

**Van der Klaauw-Koops & De Graaf 2004**

F.A.M. van der Klaauw-Koops & T.J. de Graaf (2004), 'Automatisering, aansprakelijkheid en verzekering', in: Franken H., Kaspersen H.W.K., Wild A.H. de (red.) *Recht en computer*. Deventer: Kluwer 2004 117-149.

**Kreijger 2008**

P.J. Kreijger, 'Bestaat de redelijk handelende en bekwame maatman?', in: A.G. Castermans e.a., *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer : Kluwer 2008, p. 189-205.

**Kremer 2010**

S. Kremer, 'Gestaltung von Verträge für die agile Softwareerstellung', *ITBR* 2010, p. 283-289.

**Kuhlmann 2001**

K. Kuhlmann, Leistungspflichten und schutzpflichten: ein kritischer Vergleich des Leistungsstörungenrechts des BGB mit den Vorschlägen der Schuldrechtskommission, Berlin: Duncker & Humblot, 2001.

**Lapp 2010**

T. Lapp, 'Interaktion und Kooperation bei IT-Projekten', *ITBR* 2010, p. 69-71.

**Li 2019**

Y. Li, Rücksichtnahmepflichten und Haftung für deren Verletzung im chinesischen und deutschen Recht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Baden-Baden: Nomos 2019.

**Linssen 2001**

J.G.A. Linssen, Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking: een rechtsvergelijkende beschouwing (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridisch, 2001.

**Matz 2011**

C. Matz, *Die Konkretisierung des Werks durch den Besteller* (diss. Marburg), Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

**Maume & Wilser 2010**

P. Maume & C. Wilser, 'Viel Lärm um nichts? Zur Anwendung von § 651 BGB auf IT-Verträge', *CuR* 4/2010, p. 209-214.

**Medicus 2007**

D. Medicus, 'Zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten', in: A. Heldrich e.a., *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 2007, 835-855.

**Mehring 2003**

E.W. Mehring, 'Het (nieuwe) Duitse verbintenissenrecht', *Contracteren* 2003, nr. 4 p. 104-111.

**Mückl 2010**

P. Mückl, 'Der Vertragsbruch des Dienstleisters Deutsches Recht, Englisches Recht und Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens', München: Sellier, 2010.

**MüKoBGB/Busche 2020**

J. Busche, '§§ 631 - 704', in: M. Henssler (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6: Schuldrecht Besonderer Teil III, §§ 631-704, München: C.H. Beck 2020.

**MüKoBGB/Bachmann 2019**

G. Bachmann, '§ 241', in: W. Krüger (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I, §§ 241-310, München: C.H. Beck 2019.

**MüKoBGB/Emmerich 2019**

V. Emmerich, '§ 311, in: W. Krüger (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: Schuldrecht Allgemeiner Teil II, §§ 311-432, München: C.H. Beck 2019.

**MüKoBGB/Grundmann 2019**

S. Grundmann, '§ 276', in: W. Krüger (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I, §§ 241-310, München: C.H. Beck 2019.

**MüKoBGB/Ambrüster 2018**

C. Armbrüster, '§§ 116 - 124, §§ 134 - 138 BGB', in: M. Henssler (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240*, München: C.H. Beck 2018.

**MüKoBGB/Schubert 2019**

C. Schubert, '§ 242', in: W. Krüger (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I, §§ 241-310, München: C.H. Beck 2019.

**Nieuwenhuis 1986**

J.A. Nieuwenhuis, 'Een gevaar op de weg', *AA* 1986, p. 315-321.

**Nieuwenhuis 1992**

J.A. Nieuwenhuis, 'Personen en hun rollen', *RMThemis* afl. 4 1992, p. 145-147.

**Oderkerk 1999**

A.E. Oderkerk, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

**Odersky 1989**

W. Odersky, 'Die Berufshaftung - ein zumutbares Berufsrisiko? Zum Dialog zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft', *NJW* 1989/1, p. 1-5.

**Pioch 2019**

C. Pioch, 'Der vereinbarte Werkerfolg in §650b BGB und der funktionale Mangelbegriff des BGH', *AcP* 219 2019, p. 703-734.

**Van der Putt 2018**

P.G. van der Putt, 'De afdwingbaarheid van contracten bij falende IT-projecten', *CR* 2016 afl. 44, p. 82-93.

**Van der Putt & Bunt 2018**

P.G. van den Putt & C.A.M. van de Bunt, 'Bijzondere zorgplichten van IT-leveranciers', *CR* 2018, afl. 4, p. 193-200.

**Reurich 2003**

L. Reurich, 'Functies van redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht', *BWKJ* 2004, p. 91-100.

**Rinzema & Beuving 2001**

W.F.R. Rinzema & B.T. Beuving, 'Advies is niet altijd goed', *CR* 2001/6, p. 295-303.

**Sagel-Grande 2004**

H.I. Sagel-Grande, *Duits privaatrecht: een inleiding tot het hedendaagse recht tegen de achtergrond van rechtshistorische en rechtsculturele ontwikkelingen*, Apeldoorn: Maklu 2004.

**Schweinoch 2010**

M. Schweinoch, 'Geänderte Vertragstypen in Software-Projekten, Auswirkungen des BGH-Urteils vom 23.07.2009 auf die vertragstypologische Einordnung üblicher Leistungen', *CuR* 2010, p. 1-8.

**Schweinoch 2009**

M. Schweinoch, 'BGH Anwendbarkeit von Kaufrecht aus Software-Erstellung und -Anpassung', *CuR* 2009, p. 637-641.

**Sillen 2014**

J.J.J. Sillenn, 'Tussen dogmatiek en pragmatisme: binding aan rechtersregelingen in Nederland en Duitsland', *ArsAequi* 2014, p. 569-575.

**Staudinger/Caspers 2019**

G. Caspers, '§ 276', in: M. Löwisch (red.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255 - 304 (*Leistungsstörungenrecht 1*), Berlin: Sellier-De Gruyter 2019.

**Staudinger/Olzen 2015**

D. Olzen, '§ 241', in: D. Looschelders e.a., J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241 - 243 (*Werkvertragsrecht*), Berlin: Sellier-De Gruyter 2015.

**Staudinger/Peters/Jacoby 2014**

F. Peters & F. Jacoby, '§ 631', in: M. Martinek (red.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 631 - 651 (*Werkvertragsrecht*), Berlin: Sellier-De Gruyter 2014.

**Staudinger/Richardi/Fischinger 2015**

R. Ricardi & P. Fischinger, '§ 611', in: M. Martinek (red.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, *Vorbem zu § 611 ff; §§ 611-613 (Dienstvertragsrecht 1)*, Berlin: Sellier-De Gruyter 2015.

**Sütö 2004**

V.J.A. Sütö, *Nieuw vermogensrecht en rechtsvergelijking. Reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)*, diss. Leiden, Den Haag: BJU 2004.

**Tijssens 2009**

N.E. Tijssens, *De betekenis van de deskundigheid van de opdrachtgever voor de waarschuwingsplicht van de aannemer naar Nederlands en Duits recht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009.

**Tillmanns 2007**

K. Tillmanns, *Strukturfragen des Dienstvertrages*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007.

**Tjong Tjin Tai 2004**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Toerekenbare niet-nakoming en de zorg van een goed schuldenaar', *WPNR* 6574, p. 285-290.

**Tjong Tjin Tai 2006**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2006.

**Tjong Tjin Tai 2010**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Service Contracts in the Dutch Civil Code', in: R. Zimmermann, *Service Contracts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010, p. 167-180.

**Van der Ven 2013**

F.J.A. van der Ven, 'Eden versus Whistler', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2013, p. 103-150.

**Wendehorst 2006**

C. Wendehorst, 'Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäische Recht', *Archiv für die civilistische Praxis* 2006, vol. 206, p. 205-299.

**Westkamp 2002**

M. Westkamp, *Der Vertrag über entgeltliche und unentgeltliche Dienstleistungen im niederländische Recht* (diss. Münster), Münster: Lit Verlag 2002.



## Jurisprudentieoverzicht

### Nederland

#### *Hoge Raad*

HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*)  
HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, NJ 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*)  
HR 6 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4535, NJ 1991/415 (*lossers van visschepen*)  
HR 18 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2705, NJ 1998/818 (*KPI/Leba*)  
HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737 NJ 2002/386 m.nt. J.B.M. Vranken  
HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1532, NJ 2003/151  
HR 21 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AM2308, NJ 2004/82  
HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935 NJ 2019/98 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai

#### *Gerechtshoven*

Hof 's-Gravenhage 8 maart 1984, CR 1984, afl. 2 (*RBC/Brinkers*)  
Hof Amsterdam 1 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM6320, CR 2010, 143 (*Beeldbrigade/Hulskamp*)  
Hof Leeuwarden 24 januari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV6686  
Hof Den Haag 31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1113 (*Exact/Brandmeester's*)  
Hof Amsterdam 28 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1635  
Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4428 (*TsZ/Alert*)  
Hof 's-Hertogenbosch 17 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4535

#### *Rechtbanken*

Rb. Utrecht 30 mei 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BM0415 (*Kwettters/Profuse*)  
Rb Zutphen 23 april 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BD5781  
Rb Amsterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ2674  
Rb. Midden-Nederland 12 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5516  
Rb. Amsterdam 18 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:228 (*CGI/Staalbankiers*)  
Rb. Midden-Nederland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1429  
Rb. Noord-Holland 11 november 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10021 (*Betty Blocks/ Vastgoedbeschermer*)  
Rb. Noord-Holland 14 november 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10021  
Rb. Overijssel 16 januari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:159

#### *Overige jurisprudentie*

SGOA 12 juni 1997, CR 2001 afl. 6, p. 315 (*Breikant*)

### Duitsland

#### *Bundesgerichtshof*

BGH 02.03.1979 - V ZR 157/77  
BGH 04.11.1987 - VIII ZR 314/86  
BGH 16.7.2002 – X ZR 27/01  
BGH 15.11.2006 - XII ZR 120/04  
BGH 08.11.2007, VII ZR 183/05  
BGH 23.7.2009 - VII ZR 151/08 (*Siloanlage*)

#### *Oberlandesgerichte*

OLG Köln 22.9.1995 – 19 U 65/94  
OLG Frankfurt 17.8.2017 – 5 U 152/16

#### *Amtsgerichte*

AG Düren 14.4.2004, 45 C 332/00, CR 2004, 734