



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De klachtplicht bij koop

Een pleidooi voor inperking van het toepassingsbereik in het licht van het pacta sunt servanda-beginsel

Tamboer, S.

Publication date

2021

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Tamboer, S. (2021). *De klachtplicht bij koop: Een pleidooi voor inperking van het toepassingsbereik in het licht van het pacta sunt servanda-beginsel*. [Universiteit van Amsterdam].

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

HOOFDSTUK 3

Toepassing(sbereik) van de klachtplicht in het Duitse recht

3.1 Inleiding

De onderzoeks- en klachtplichtregeling aan de zijde van de koper is in het Duitse recht te vinden in het *Handelsgesetzbuch* (hierna: HGB), onder § 377 HGB. De ontstaansgeschiedenis en de ratio van deze regeling zijn hiervoor besproken in H. 2. Gebleken is dat de regeling haar oorsprong vindt in het handelsrecht en heden ten dage uitsluitend van toepassing is indien zowel de verkoper als de koper in een professionele hoedanigheid handelen. De onderzoeks- en klachtplicht is bovendien alleen van toepassing bij de verkoop van roerende zaken. De Duitse regeling ligt, via haar invloed op het Weens Koopverdrag,¹⁹⁵ samen met dit internationale verdrag ten grondslag aan de klachtplichtregeling in het Nederlandse recht.¹⁹⁶

In dit hoofdstuk komt de toepassing van de onderzoeks- en klachtplichtregeling van de koper in het Duitse recht aan de orde. Allereerst wordt aandacht besteed aan de structuur van het Duitse (handels)kooprecht en de plaats van de klachtplichtregeling daarin (par. 2). Vervolgens worden de toepassingsvereisten zoals de onderzoeksplicht en de vereisten voor de klacht besproken in par. 3. De verzendtheorie komt in par. 4 aan de orde. Par. 5 en 6 behandelen de toepassing in geval van wetenschap aan de zijde van de verkoper. De gevolgen van een verzaking van de klachtverplichting (par. 7)

¹⁹⁵ Weens Koopverdrag: Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, gesloten te Wenen op 11 april 1980, Trb. 1981, 184 (Nederlandse vertaling: Trb. 1986, 61).

¹⁹⁶ E. Rabel, 'Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes', *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* 1935/9, p. 341-343; S. Kiene, 'German Country Analysis: Part II', in: L.A. DiMatteo (ed.), *International Sales Law. A Global Challenge*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 377; Zie verder E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting vierde gedeelte (Boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 850; TM, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 146 onder noot 2 en p. 157; S.A. Kruisinga, 'The Impact of Uniform Law on National Law: Limits and Possibilities – CISG and Its Incidence in Dutch Law', *Electronic Journal of Comparative Law*, vol 13.2 (May 2009). Zie ook de verwijzingen in de Parlementaire Geschiedenis van art. 7:23 lid 1 BW, bijvoorbeeld onder TC, *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 148.

en processuele aspecten (par. 8) volgen. De verjaring wordt in par. 9 behandeld. Het hoofdstuk sluit met een conclusie (par. 10).

3.2 De structuur van het Duitse (handels)kooprecht en de plaats van de klachtplicht daarin

Het gewone Duitse kooprecht is opgenomen in het *Bürgerliches Gesetzbuch* (hierna: BGB) van 1896, § 433-514 BGB.¹⁹⁷ Op 1 januari 2002 trad een grote herziening van het BGB in werking, mede door de noodzaak om binnen de implementatietermijn een aantal Europese richtlijnen in het Duitse recht op te nemen.¹⁹⁸ De meest ingrijpende herzieningen waren gelegen op het gebied van het kooprecht.¹⁹⁹ Door deze herzieningen bevat het Duitse kooprecht nu een driedeling voor wat betreft de verschillende koopovereenkomsten, te weten 1) de *Verbrauchsgüterkauf* (consumentenkoop), te vinden in § 474-479 BGB, 2) de *Handelskauf* (handelskoop), te vinden in § 373 e.v. HGB en

¹⁹⁷ Naast deze regeling in het bijzonder deel van het verbintenissenrecht zijn op de koopovereenkomst ook vele regels uit het *Allgemeiner Teil* van het BGB en het algemeen deel van het verbintenissenrecht van toepassing. W.L. Valk, 'Duits vermogensrecht', in: H.J. Snijders e.a., *Toegang tot buitenlands vermogensrecht*, Arnhem: Gouda Quint, 1996, p. 480.

¹⁹⁸ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBI. I S. 3138, in werking getreden op 1.1.2002, zie: M. Schaeffer, *Der Handelskauf nach der Schuldrechtsreform*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2007, p. 30. Zie ook: J.M. Smits, 'De herziening van het Duitse verbintenissenrecht: een overzicht en een vergelijking', *NTBR 2002/8*, p. 368 en E.H. Hondius, 'De herziening van het Duitse verbintenissenrecht', *NJB 2002*, p. 1348. Zie voor de bespreking van het nieuwe Duitse kooprecht H.P. Westermann, 'Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs', *Juristen Zeitung 10/2001*, p. 530-543 en H.P. Westermann, 'Das neue Kaufrecht', *Neue Juristische Wochenschrift 2002*, Heft 4, p. 241-253.

¹⁹⁹ S. Grundmann, 'Germany and the *Schuldrechtsmodernisierung 2002*', *ERCL 1/2005*, p. 129-132, zie noot 3 voor een greep uit de literatuur over deze herziening. Zie ook p. 144. Ook de *Convention on the International Sales of Goods (CISG)* heeft als inspiratiebron gediend bij de hervorming van het Duitse verbintenissenrecht, zie U. Magnus, 'Germany', in: F. Ferrari (Ed), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Munich: Sellier 2008, p. 143. Het Duitse kooprecht is nu gebaseerd op en sterk in lijn met de regelingen van de CISG, zie S. Grundmann, 'Germany and the *Schuldrechtsmodernisierung 2002*', *ERCL 1/2005*, p. 147. De CISG heeft tevens als model gediend voor het ontwerp van de Richtlijn Consumentenkoop. S. Grundmann, 'Consumer Law, Commercial Law, Private Law: How can the Sales Directive and the Sales Convention be so similar?', *European Business Law Review 2003/14*, p. 239 en 247. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de Conventie zowel direct als indirect (via de Richtlijn) grote invloed heeft gehad op de totstandkoming van het huidige Duitse verbintenissenrecht.

3) *sonstige Käufe* (overige koopovereenkomsten), te vinden in § 433 e.v. BGB. Zowel de consumentenkoop als de handelskoop hebben betrekking op de koop van *roerende zaken*.²⁰⁰ De Richtlijn Consumentenkoop²⁰¹ heeft op het gebied van de herziening van het kooprecht grote invloed gehad, niet alleen met betrekking tot de regels speciaal voor de consumentenkoop, maar ook met betrekking tot het algemene verbintenissenrecht. Zo is het regime uit de Richtlijn met betrekking tot de ontbinding van overeenkomsten en het zogenaamde getrapte stelsel van remedies in het Duitse recht nu ook van toepassing op de niet-consumentenkoopovereenkomsten.²⁰²

Voor de handelskoop²⁰³ wordt het BGB aangevuld met de bepalingen § 373 tot en met 382 *Handelsgesetzbuch* (HGB). Het HGB bevat recht dat uitsluitend van toepassing is op handelingen van kooplieden in de zin van § 1 Abs. 1 HGB en wordt ook wel aangeduid als *Sonderprivatrecht der Kaufleute*.²⁰⁴ Van een *Kaufmann* in de zin van § 1 Abs. 1 HGB is sprake indien iemand een bedrijf uitoefent.²⁰⁵ Het is in dit wetboek waar de regeling van de onderzoeks- en klachtplicht gevonden wordt, en wel in § 377 HGB:²⁰⁶

²⁰⁰ M. Schaeffer, *Der Handelskauf nach der Schuldrechtsreform*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2007, p. 33; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, § 1, Rn. 61 e.v.; C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29, Rn. 2; A.O. Mock, *Der Ausschluss von Käuferrechten gemäß § 377 HGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010, p. 27.

²⁰¹ Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, PB L 171 van 7.7.1999.

²⁰² S. Grundmann, 'Germany and the *Schuldrechtsmodernisierung 2002*', *ERCL* 1/2005, p. 146.

²⁰³ Bij de handelskoop gaat het om koopovereenkomsten waarbij een van de partijen als *Kaufmann* optreedt en heeft betrekking op *roerende zaken*, zie § 373 e.v. HGB en D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, § 1, Rn. 61 e.v.; C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29, Rn. 2; A.O. Mock, *Der Ausschluss von Käuferrechten gemäß § 377 HGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010, p. 27.

²⁰⁴ M. Dreyer, *Handelsrecht*, Altenberge: Niederle Media 2020, p. 7.

²⁰⁵ § 1 Abs. 1 HGB: *Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt*.

²⁰⁶ § 377 HGB is ontleend aan Art. 347 van het *Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches* (ADHGB) van 1861, waarin alleen in het geval van een *Versendungskauf* een verplichting tot het onverwijld (laten) onderzoeken en een klachtverplichting aan de zijde van de koper was opgenomen. Zie hieromtrent H.2 par. 2.2.

§ 377 – Untersuchungs- und Rügepflicht

- (6) *Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.*
- (7) *Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.*
- (8) *Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.*
- (9) *Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.*
- (10) *Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.*

De regels uit het HGB hebben als *lex specialis* voorrang boven de regels van het BGB voor zover het gaat om kooplieden handelend in de uitoefening van hun bedrijf. Voor de zogenaamde *Handelsgeschäfte* – rechtshandelingen die de uitoefening van het bedrijf betreffen, zie § 343 HGB²⁰⁷ – gelden bijzondere regels, opgenomen in het vierde boek van het HGB onder § 343 tot en met 475h HGB. Voor de toepasselijkheid van deze regels volstaat in de regel dat slechts aan één kant van de overeenkomst een *Kaufmann* betrokken is. Men spreekt dan van een *einseitiges Handelsgeschäft* (§ 345 HGB). Dat brengt mee dat bij een koopovereenkomst tussen een particulier en een *Kaufmann* de regels van het HGB met betrekking tot de handelskoop (§ 373 e.v. HGB) van toepassing zijn, onverschillig of de koper of de verkoper een *Kaufmann* is. Wanneer de verkoper als *Kaufmann* optreedt tegenover een koper die als consument in de zin van § 13 BGB²⁰⁸ optreedt, doet zich met betrekking tot een en hetzelfde koopcontact tegelijkertijd zowel een geval van

²⁰⁷ § 343 HGB: *Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.*

²⁰⁸ § 13 BGB: *Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.*

een handelskoop als van een consumentenkoop voor. Dat betekent dat ten aanzien van een en dezelfde overeenkomst zowel de regels van het HGB als die van het BGB van toepassing zijn.²⁰⁹

Sommige bepalingen in het HGB zijn echter slechts van toepassing indien beide partijen in de uitoefening van hun bedrijf handelen; men spreekt dan van de zogenaamde *beidseitiges Handelsgeschäft*. Dit geldt ook voor de toepasselijkheid van de klachtplicht ex § 377 HGB, welk artikel opent met de zinsnede: “*Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft...*”. § 377 HGB stelt dus voorop dat, wil het artikel van toepassing zijn, er aan beide kanten van de koopovereenkomst sprake moet zijn van een *Handelsgeschäft*, dus zowel de koper als de verkoper moeten handelen in bedrijfsmatige hoedanigheid.²¹⁰

In het geval dat één van beide partijen zich bewust voordoet als *Kaufmann*, maar dat in werkelijkheid niet is (de zogenaamde *Scheinkaufmann*), onderscheide men twee situaties met betrekking tot de toepasselijkheid van de klachtplicht van § 377 HGB. Treedt de koper op als *Scheinkaufmann*, dan brengt het gewekte vertrouwen mee dat zijn professionele verkoper zich wel op de klachtplichtbepaling mag beroepen. Treedt daarentegen de verkoper op als *Scheinkaufmann*, dan vindt de bepaling van § 377 HGB geen toepassing.²¹¹ De schijnhoedanigheid van *Kaufmann* werkt slechts in het voordeel en niet in het nadeel van degene die op deze schijn vertrouwt.

Het *Bundesgerichtshof* (hierna: BGH) oordeelde in een zaak betreffende een combinatie van een handelskoop en een leasecontract bovendien het

²⁰⁹ M. Schaeffer, *Der Handelskauf nach der Schuldrechtsreform*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2007, p. 65 en 91. Schaeffer wijst erop, dat dit gevolgen kan hebben, aangezien de beschermingsdoelen van het handelsrecht aan de ene kant (voornamelijk bescherming van de belangen van de verkoper en het handelsverkeer in het algemeen) en van het consumentenkooprecht aan de andere kant (voornamelijk de bescherming van de positie van de consumentkoper) niet met elkaar overeenstemmen. Ik laat deze discussie hier voor wat het is, aangezien de klachtplicht ingevolge § 377 HGB de eis van *beidseitiges Handelsgeschäft* stelt (zie hierna) en daarmee voor het onderwerp van dit boek deze problematiek zich in ieder geval niet voordoet.

²¹⁰ Het enige andere wetsartikel in het HGB dat naast § 377 HGB de eis van *beidseitiges Handelsgeschäft* stelt, is § 379 HGB, dat handelt over de *einstweilige Aufbewahrung/Notverkauf*.

²¹¹ C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 45; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 17.

volgende. Een professionele koper kan niet aan de klachtplichtbepaling ontsnappen door een derde die geen *Kaufmann* is in de overeenkomst te betrekken.²¹² Het ging in deze zaak om het volgende. Een professionele koper koopt van een handelaar hardware voor computers. De koper heeft vervolgens met betrekking tot deze hardware een lease-overeenkomst gesloten met een partij die geen *Kaufmann* is. De verkoper levert de verkochte hardware op aanwijzen van de koper direct aan deze derde. In deze uitspraak bepaalt het BGH dat de bepaling van § 377 HGB ook in dit geval onverkort voor de koper geldt, ook nu deze koper aan de lessee de bevoegdheid heeft gegeven om een beroep te doen op eventuele aanspraken op grond van het contract tussen de verkoper en de koper. Tussen de lessor (de koper van de hardware) en de lessee (de niet in de uitoefening van een bedrijf handelende derde) geldt de bepaling van § 377 HGB echter niet, aangezien de lessee geen *Kaufmann* is.

Het Duitse kooprecht kent buiten deze klachtplichtbepaling in het HGB geen andere klachtplichtbepaling. Dat betekent dat de consumentkoper in het Duitse recht ten opzichte van zijn verkoper geen klachtverplichting heeft. Evenmin geldt de klachtplichtbepaling in een koopovereenkomst tussen twee particulieren of tussen een particuliere verkoper en een professionele koper.²¹³

3.3 De toepassingsvereisten van de klachtplicht ex § 377 HGB

Uit bovenstaande paragraaf volgt dat Duitsland heeft gekozen voor een duidelijke scheiding tussen handelsrecht en algemeen contractenrecht. De klachtplicht is daarmee een gespecialiseerde bepaling die slechts geldt in het commerciële handelsverkeer.

Een beperking van het toepassingsgebied van de klachtplicht zou gevonden kunnen worden in de soort gebreken waar een koper dient over te klagen. Volgens de bewoordingen van § 377 HGB dient de koper te klagen over ‘*Mängel*’, dat vertaald kan worden als ‘gebreken’. Oorspronkelijk werd

²¹² BGH Urteil vom 24-01-1990, BGHZ 110, 130 / NJW 1990, 1290 (Rügeobliegenheit bei Handelskauf und Leasingvertrag).

²¹³ Zie over deze koopovereenkomsten en de redenen voor het niet toepassen van de onderzoeks- en klachtplicht hiervoor H. 2, par. 2.7.

met de bewoording ‘*Mangel*’ slechts bedoeld op feitelijke gebreken.²¹⁴ Sinds de herziening van het huidige BGB zijn feitelijke en rechtsgebreken in het BGB met elkaar gelijkgesteld.²¹⁵ Of deze gelijkstelling ook is gaan gelden voor het HGB en daarmee tevens voor de bepaling van de onderzoeks- en klachtplicht, is omstreden.

Een aantal auteurs pleit voor de uitbreiding van het gebrekenbegrip van § 377 HGB met rechtsgebreken.²¹⁶ Als argument voor de toepasselijkheid van de klachtplicht op rechtsgebreken wordt wel aangevoerd dat deze gebreken in het BGB ook onder § 438 BGB (dat handelt over de verjaring) zijn gebracht. De *ratio legis* van § 438 BGB en § 377 HGB komt zodanig overeen, dat volgens deze auteurs niet anders geconcludeerd kan worden dan dat de wetgever met de herziening van het BGB in 2002 tevens bedoeld heeft het gebrekenbegrip van § 377 in het HGB te verruimen.

Desalniettemin gaan de meeste auteurs ervan uit dat de bepaling van § 377 HGB alleen ziet op feitelijke gebreken.²¹⁷ Dit stoelt vooral op de ontstaansgeschiedenis van het voorschrift en de stand van het recht vóór de herziening van het verbintenissenrecht: over de toepasselijkheid van de klachtplicht op alleen feitelijke gebreken bestond toen geen enkele twijfel.²¹⁸ Mocht de wetgever de bedoeling hebben gehad bij de herziening van het BGB de uitbreiding van het gebrekenbegrip ook van toepassing te laten zijn op het

²¹⁴ C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 52; Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, 1897, S. 228, opgenomen in: Schubert/Schmiedel/Krampe, *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, Bd II/2B: Denkschriften, Beratungen, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1988, p. 1135f.

²¹⁵ C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 52. T. Lettl, ‘Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers nach § 377 HGB’, *Jura* Heft 10/2006, p. 722; A.O. Mock, *Der Ausschluss von Käuferrechten gemäß § 377 HGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010, p. 36. Zie § 433 Abs. 1 BGB: (...) *Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen*.

²¹⁶ K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 12; C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 52.

²¹⁷ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 42; B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 47; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Vahlen 2020, Rn. 42; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019/2019, Rn. 5; R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 20-25.

²¹⁸ R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 21.

HGB, dan zou hij zich hier volgens de heersende leer expliciet over hebben moeten uitlaten.²¹⁹ Bovendien leent de onderzoekverplichting van § 377 HGB zich niet goed voor rechtsgebreken.²²⁰

3.3.1 Aanvang, duur en vereisten onderzoek(stermijn)

Volgens het eerste lid van § 377 HGB dient de koper de zaken onverwijld na aflevering te onderzoeken, voor zover dat bij een goede gang van zaken haalbaar is. Komt hierbij een gebrek aan het licht, dan dient de koper hiervan vervolgens de verkoper onverwijld op de hoogte te stellen.²²¹ Het gaat hier om twee opeenvolgende termijnen; aansluitend op de onderzoekstermijn volgt de klachttermijn. De aanvang van de klachttermijn kan derhalve pas worden vastgesteld door eerst de aanvang en de duur van de onderzoekstermijn te bepalen. Deze onderzoekstermijn begint te lopen op het moment van de aflevering.

In sommige gevallen kan de onderzoekstermijn tot nul worden gereduceerd – hetgeen betekent dat de klachttermijn direct aanvangt na aflevering – namelijk wanneer sprake is van gebreken die duidelijk zijn zonder onderzoek (zogenaamde *offene Mängel*, zoals zichtbaar beschadigde zaken, verkeerde kleuren of een verkeerde hoeveelheid) of gebreken die de koper zonder onderzoek bekend zijn (onverschillig hoe de koper daarvan op de hoogte is geraakt). Over deze gebreken dient de koper onverwijld bij de verkoper te klagen,²²² zie hierover de volgende paragraaf.

²¹⁹ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 42. Achilles wijst in dit verband nog op de CISG, waarbij expliciet in art. 43 CISG is opgenomen dat de koper ook ten aanzien van rechtsgebreken een onderzoeks- en klachtverplichting heeft (in Rn. 43). Zie uitgebreid over dit vraagstuk A.O. Mock, *Der Ausschluss von Käuferrechten gemäß § 377 HGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010, p. 36-42. Hij komt tot de conclusie dat rechtsgebreken niet onder de onderzoeks- en klachtplicht vallen.

²²⁰ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 5.

²²¹ “*Unverzüglich*”: onverwijldde kennisgeving betekent “zonder toerekenbare vertraging” (zie § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB).

²²² W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 115; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 8; T. Lettl, ‘Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers nach § 377 HGB’, *Jura* Heft 10/2006, p. 722.

3.3.1.1 Aanvang onderzoekstermijn

De aflevering door de verkoper bepaalt het beginpunt van de onderzoekstermijn uit het eerste lid van § 377 HGB. Deze aflevering duidt op de fysieke aflevering van de zaak²²³ en behelst een *feitelijk* proces.²²⁴ Het begrip ‘aflevering’ (*Ablieferung*) wordt in de heersende leer gedefinieerd als de handeling waardoor de koper daadwerkelijk in de gelegenheid raakt om de zaak te onderzoeken.²²⁵ Alle handelingen van de verkoper die een onderzoek door de koper mogelijk maken, vallen derhalve onder dit begrip aflevering.²²⁶ Vooral bij de verkoop van zeer complexe goederen, zoals bijvoorbeeld technisch hoogstaande machines, kan over het moment van aflevering getwist worden. Het BGH neigt ernaar om het afleveringsmoment bij dit soort koopcontracten in het voordeel van de koper uit te leggen.²²⁷ Het begrip ‘*Ablieferung*’ (aflevering) dient onderscheiden te worden van de begrippen ‘*Lieferung*’ (levering) en ‘*Übergabe*’ (overgave/overhandiging). De *Lieferung* omvat alle handelingen die nodig zijn om de aflevering te bewerkstelligen²²⁸, de *Übergabe* heeft betrekking op de bezitsverschaffing die noodzakelijk is om het eigendom te doen overgaan.²²⁹ Dit brengt bijvoorbeeld mee dat de koper ook in het geval hij onder eigendomsvoorbehoud heeft gekocht, reeds bij de aflevering moet onderzoeken en indien nodig moet klagen, ook al is er nog geen sprake van *Übergabe* geweest.

Afgifte van de verkochte zaken aan een door de koper ingeschakelde vervoerder geldt als aflevering aan de koper: het is daarom aan de koper om

²²³ Aan de koper of aan de vervoerder (van de koper).

²²⁴ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 25.

²²⁵ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 31; T. Lettl, ‘Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers nach § 377 HGB’, *Jura* Heft 10/2006, p. 722; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 25; BGHZ 60, 5, 6; BGHZ 93, 338, 346.

²²⁶ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 25.

²²⁷ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 31.

²²⁸ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 26.

²²⁹ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 26.

het onderzoek naar de conformiteit van de zaken op het moment van afgifte aan de vervoerder te organiseren.²³⁰ Het spreekt voor zich dat afgifte van de verkochte zaken aan een door de verkoper ingeschakelde vervoerder niet de aflevering (en daarmee het beginpunt van de onderzoekstermijn) bewerkstelligt.²³¹

Indien de verkoper op grond van het koopcontract de verkochte zaken direct aan de afnemer van de koper levert, wordt dit beschouwd als aflevering aan de koper.²³²

In geval van deel- of opvolgende leveringen geldt er voor elk afzonderlijk deel of levering een afzonderlijk afleveringsmoment²³³ en daarmee dus ook een afzonderlijk moment waarop alle onderzoeks- en klachtverplichtingen ontstaan.²³⁴

Volgens § 377 Abs. 1 HGB dient het onderzoek ‘*unverzüglich*’ (onverwijld, zonder vertraging) na de aflevering van de zaken een aanvang te nemen, voor zover dat bij een regelmatige gang van zaken mogelijk is (zie § 377 Abs. 1 HGB: *soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist*). ‘*Unverzüglich*’ in de zin van dit artikel betekent ‘*ohne schuldhaftes Zögern*’ (zonder verwijtbare vertraging), zie § 121 Abs. 1 BGB.²³⁵ Wat onder “voor zover dat bij een regelmatige gang van zaken mogelijk is” wordt verstaan, is niet in zijn algemeenheid te zeggen. Van belang daarbij zijn bijvoorbeeld de omstandigheden van het onderhavige geval, waarbij eventuele handelsgebruiken een en ander kunnen concretiseren.²³⁶

²³⁰ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 33.

²³¹ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 37.

²³² D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 38.

²³³ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 39.

²³⁴ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 118.

²³⁵ ‘*Unverzüglich*’ heeft niet dezelfde betekenis als ‘*sofort*’, waarbij niet het geringste tijdsverloop toegestaan is, zie W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 89. Aan het vereiste van onverwijldheid kunnen zware eisen worden gesteld, omdat alleen zo het doel van de klachtplicht bereikt kan worden, aldus C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 67.

²³⁶ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 49, 51 en 91.

3.3.1.2 Duur onderzoekstermijn

De duur van de onderzoekstermijn is niet geregeld in de wet en is niet eenduidig vast te stellen. Een eerste beschouwing van de verkochte zaken en een grofweg uitgevoerd onderzoek moet over het algemeen binnen enkele dagen plaatsvinden. Voor meer complex onderzoek geldt een richtlijn van ongeveer een week.²³⁷ Eventueel van toepassing zijnde handelsgebruiken dienen hierbij in ogenschouw te worden genomen. Deze richtlijn van een week kan worden verkort in het geval van bederfelijke waar, eenvoudig uit te voeren onderzoek, bij zaken die onderhevig zijn aan grote prijsschommelingen, etc.²³⁸ Verlenging van de termijn kan plaatsvinden in geval van tijdrovende onderzoeken – wanneer bijvoorbeeld (externe) deskundigen moeten worden geraadpleegd –, of bijvoorbeeld wanneer de verkoper rekening dient te houden met aan hem bekende bijzonderheden in het bedrijf van de koper, zoals een staking.²³⁹ In een zaak die handelde over de bouw en koop van onderdelen voor een spanwals overweegt het BGH dat de vereisten aan het onderzoek door de koper vastgesteld dienen te worden door middel van een belangenafweging. Het belang dat de verkoper heeft bij een onmiddellijk onderzoek kan met name bijzonder groot zijn, indien de verkochte zaken volgens hun bestemming verder worden verwerkt tot waardevolle zaken waarbij hoge gevolgschade verwacht kan worden en alleen de koper de omvang van de dreigende schade kan overzien.²⁴⁰

Zolang een gebrek niet vaststaat, hoeft er niet geklaagd te worden.²⁴¹ Wanneer de koper tijdens het onderzoek een gegrond vermoeden heeft van de aanwezigheid van een gebrek, dient hij het onderzoek voort te zetten. Komt een gebrek dientengevolge pas vast te staan na verloop van de (gangbare) onderzoekstermijn van een week, dan geldt dit gebrek als een

²³⁷ B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 30.

²³⁸ B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 30.

²³⁹ B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 30.

²⁴⁰ BGH Urteil vom 24-02-2016, VIII ZR 38/15, NJW 2016, 2645, Rn. 21b (Spanwals).

²⁴¹ K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 36; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 88; B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 37.

verborgen gebrek²⁴² en kan de koper dus niet het verzaken van (de onderzoeksverplichting en daarmee) zijn klachtverplichting tegengeworpen worden. Indien de koper het vermoeden heeft van een (zeer) *ernstig* gebrek, kan op hem onder omstandigheden een nevenverplichting op basis van het koopcontract rusten, op grond waarvan hij zijn verkoper onverwijld dient in te lichten over dit vermoeden. Het niet nakomen van deze verplichting maakt de koper schadeplichtig; met de klachtplicht heeft dit echter niets van doen.²⁴³

3.3.1.3 Vereisten aan onderzoek

De aard en de omvang van de onderzoeksverplichting hangt in eerste instantie af van wat partijen onderling zijn overeengekomen.²⁴⁴ In geval van afwezigheid van een afspraak daaromtrent, dient gekeken te worden naar eventuele handelsgebruiken in een bepaalde branche, die voor het onderzoek maatgevend zijn.²⁴⁵ Mochten er ook geen toepasselijke handelsgebruiken voor handen zijn, dan geldt het vereiste genoemd in § 377 Abs. 1 HGB dat het onderzoek moet worden uitgevoerd “(...) *soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist* (...)”.

Het onderzoek dat de koper moet uitvoeren, dient nauwkeurig te geschieden. Dit kan ook van de koper gevergd worden aangezien hij handelt in zijn professionele hoedanigheid. Dat brengt mee dat daar ook onderzoek onder kan vallen dat tijdrovend is of technisch ingewikkeld, omdat van een bepaalde vakkennis mag worden uitgegaan. De koper is in ieder geval verplicht het onderzoek uit te voeren met de zorgvuldigheid die van een vakman mag worden verwacht.²⁴⁶ Het BGH spreekt van ‘*ein ordentlicher Kaufmann*’ die in het concrete geval, met inachtneming van de bescherming van de belangen van de verkoper, passende maatregelen moet nemen.²⁴⁷

²⁴² B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 37.

²⁴³ B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 37; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 105.

²⁴⁴ R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 38.

²⁴⁵ R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 38.

²⁴⁶ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 50.

²⁴⁷ BGH Urteil vom 24-02-2016, VIII ZR 38/15, NJW 2016, 2645, Rn. 20a (Spanwals).

Maatgevend daarbij is wat er naar verkeersopvattingen in een bepaalde branche van de koper verwacht wordt.²⁴⁸ De door de verkoper eventueel gegeven garantie, dat de verkochte zaken een bepaalde eigenschap wel of juist niet bezitten, doet aan de intensiteit en de omvang van het te verrichten onderzoek niets af.²⁴⁹ Indien de koper niet zelf over toereikende vakkennis beschikt, is hij gehouden om daarvoor een gespecialiseerde derde in te schakelen.²⁵⁰

Om aan zijn onderzoeksplicht te voldoen dient de koper in ieder geval te controleren of de verpakking van de verkochte zaken beschadigd is, of er sprake is van duidelijk zichtbare schade die bijvoorbeeld door het transport van de zaken veroorzaakt kan zijn, en of de overeengekomen hoeveelheid is geleverd.²⁵¹ Mocht deze eerste inspectie leiden tot een vermoeden van verdere schade of gebreken, dan dient een nauwkeuriger onderzoek hiernaar in gang te worden gezet.²⁵²

Welke vereisten er verder aan het onderzoek gesteld kunnen worden, kan volgens het BGH niet eenduidig worden vastgesteld.²⁵³ In een geval dat handelde over de verkoop van een machine bestemd voor de massaproductie van kralen rees de vraag of de koper verplicht was geweest om de machine onverwijld na levering in gebruik te nemen, aangezien de later gebleken gebreken dan meteen duidelijk waren geworden.²⁵⁴ In casu had de koper de machine pas 3 maanden na levering voor het eerst gebruikt en konden de gebreken aan de machine pas ontdekt worden bij daadwerkelijke aanvang van de serieproductie. Het BGH overwoog dat het uitgangspunt is dat § 377 HGB geschreven is ter bescherming van de belangen van de verkoper. Daar staat

²⁴⁸ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 8a.

²⁴⁹ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 50.

²⁵⁰ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 50.

²⁵¹ B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 33.

²⁵² R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 41.

²⁵³ Zie bijvoorbeeld BGH Urteil vom 24-02-2016, VIII ZR 38/15, NJW 2016, 2645, Rn. 20a (Spanwals).

²⁵⁴ BGH Urteil vom 16-03-1977, NJW 1977, 1150 (Mängelrüge erst nach Beginn der Serienproduktion) (al dan niet verborgen gebrek bij kralenmachine). Zie tevens BGH Urteil vom 6-12-2017, ECLI:DE:BGH:2017:061217UVIIIZR246.16.0, besproken in *IHR* 3/2018, p. 116-123.

wel tegenover dat de verwachtingen omtrent het uit te voeren onderzoek niet te hooggespannen mogen zijn.²⁵⁵ Van belang zijn bijvoorbeeld de kosten en de tijd nodig voor het onderzoek, de beschikbare eigen technische kennis om dat onderzoek uit te kunnen voeren of de inschakeling van derden daarvoor. Ook geeft het BGH aan dat kopers van machines goede redenen kunnen hebben om de aangeschafte machine niet onverwijld na aflevering in gebruik te nemen, bijvoorbeeld omdat ze vooruitlopend op in het productieproces door te voeren vernieuwingen alvast nieuwe apparatuur inkopen. Dat de koper in dit geval pas drie maanden na aflevering begonnen was met de serieproductie maakt volgens het BGH dat deze gebreken vallen onder de regeling van de verborgen gebreken, en daarmee dat deze koper zijn onderzoeks- en klachtverplichting niet had verzaakt.

De plaats waar het onderzoek dient te geschieden, is niet geregeld in de Duitse wet. Over het algemeen is het aan de koper om te bepalen waar hij het onderzoek laat plaatsvinden.²⁵⁶ Dit zal meestal de plaats zijn waar de zaken worden afgeleverd aan de koper of aan de door de koper ingeschakelde vervoerder, aangezien op dat moment de onderzoekstermijn een aanvang neemt.²⁵⁷

3.3.2 Aanvang, duur en vereisten klacht(termijn)

3.3.2.1 Aanvang klachttermijn

Alvorens de duur van de klachttermijn kan worden bepaald en daarmee kan worden beslist of de koper al dan niet tijdig heeft geklaagd, dient het aanvangsmoment van de klachttermijn te worden vastgesteld. Met betrekking tot de aanvang van de klachttermijn kunnen drie situaties worden onderscheiden.

Ten eerste kan er sprake zijn van gebreken die al op het moment van de aflevering voor de koper duidelijk moeten zijn zonder dat hiervoor een onderzoek nodig is of van gebreken die de koper reeds bij aflevering uit

²⁵⁵ Zo ook BGH Urteil vom 24-02-2016, VIII ZR 38/15, NJW 2016, 2645, Rn. 22 (Spanwals).

²⁵⁶ R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 70.

²⁵⁷ K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 24; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 82.

andere bron bekend zijn (onverschillig hoe de koper daarvan op de hoogte is geraakt). Over deze gebreken dient de koper onverwijld bij de verkoper te klagen.²⁵⁸ De duur van de onderzoekstermijn is hiermee gereduceerd tot nul, zodat de klachttermijn direct na aflevering een aanvang neemt. De koper dient zelfs als hij nog in afwachting is van de resultaten van een onderzoek naar eventuele overige gebreken, direct over deze gebreken te klagen.²⁵⁹

Ten tweede kan er sprake zijn van gebreken die tijdens het onderzoek na aflevering aan het licht komen of hadden moeten komen. Dan begint de klachttermijn te lopen vanaf het moment dat het gebrek bij een degelijk onderzoek aan het licht kwam of zou zijn gekomen, zie § 377 Abs.1 HGB.²⁶⁰

Ten derde kan er sprake zijn van zogenaamde verborgen gebreken. Hieronder worden gebreken verstaan die niet aan het licht kunnen zijn gekomen tijdens een degelijk uitgevoerd onderzoek direct na de aflevering.²⁶¹ Daarvoor geldt dat de koper onverwijld na ontdekking ervan dient te klagen bij de verkoper, zie § 377 Abs. 2 en 3 HGB. De koper is evenwel niet gehouden tot voortdurend onderzoek.²⁶² Ook kunnen gebreken op een later moment bij de koper bekend worden doordat een afnemer van de koper, zijn klachten aan de koper kenbaar maakt. Een tussenleverancier mag echter in geen geval afwachten totdat zijn afnemer de verkochte zaken onderzoekt en indien nodig daarover klaagt.²⁶³

Bij de verborgen gebreken rijst de vraag wanneer nu het moment moet worden aangenomen waarop de koper op de hoogte is van een gebrek en aansluitend daarop zijn verkoper dient in te lichten. Is dat al op het moment

²⁵⁸ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch* 2, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 115; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 8; T. Lettl, 'Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers nach § 377 HGB', *Jura* Heft 10/2006, p. 722.

²⁵⁹ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 16.

²⁶⁰ T. Lettl, 'Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers nach § 377 HGB', *Jura* Heft 10/2006, p. 722.

²⁶¹ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch* 2, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 119.

²⁶² Zie de bewoordingen van § 377 Abs. 3 HGB: "Zeigt sich...". T. Lettl, 'Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers nach § 377 HGB', *Jura* Heft 10/2006, p. 722; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 9.

²⁶³ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 12; T. Lettl, 'Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers nach § 377 HGB', *Jura* Heft 10/2006, p. 722.

dat de koper een vermoeden van non-conformiteit heeft? Over het algemeen wordt van de koper niet verwacht dat hij meteen bij enig vermoeden van een gebrek onverwijld bij zijn verkoper klaagt.²⁶⁴ Het vermoeden zou immers voorbarig kunnen zijn.²⁶⁵ Dat is pas het geval als het vermoeden bij een zorgvuldig handelende *Kaufmann* een toereikende twijfel over de conformiteit van de verkochte zaken had moeten bewerkstelligen. Of dit het geval is, kan ook van de kennis van zaken van de koper of zijn personeel afhangen.²⁶⁶

Over elk gebrek dient afzonderlijk geklaagd te worden.²⁶⁷ Bij deel- of opvolgende leveringen dient elke keer als er zich een gebrek openbaart, geklaagd te worden.²⁶⁸ Mocht er na reparatie of vervanging opnieuw een gebrek opkomen, dan dient over dit gebrek opnieuw geklaagd te worden.²⁶⁹ Een voorbeeld biedt een arrest over de verkoop van een apparaat dat bestemd was om horizontaal mee te boren. In die zaak overwoog het BGH dat gebreken die na reparatie zijn ontstaan, weer onder het regime van § 377 HGB vallen.²⁷⁰

²⁶⁴ B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 37; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 120; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 9; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 39.

²⁶⁵ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 120.

²⁶⁶ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 120.

²⁶⁷ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 12; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 142.

²⁶⁸ BGH Urteil vom 16-09-1987, BGHZ 101, 337, 345, NJW 1988, 52 (Deliktischer Anspruch des Käufers einer mangelhaften Sache trotz Rügeversäumnis) / (Weinflaschenkorken); W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 12; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 118.

²⁶⁹ R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 51.

²⁷⁰ BGH Urteil vom 12-12-1997, NJW-RR 1998, 680 (Keine Wandelung bei erfolgreicher Nachbesserung und Anzeige fehlgeschlagener Nachbesserung) (Horizontaalboor).

3.3.2.2 Duur klachttermijn

Nadat een gebrek zich heeft geopenbaard²⁷¹ dient de koper de verkoper onverwijld op de hoogte stellen van dat gebrek, zie § 377 Abs. 1 en 3 HGB. § 377 HGB spreekt hier, net zoals bij de onderzoektermijn, over *unverzüglich*. Uit het feit dat dit “*ohne schuldhaftes Zögern*” (zie § 121 BGB) betekent, kan worden afgeleid dat iedere verwijtbare nalatigheid met betrekking tot nakoming van zijn klachtverplichting, de koper treft.²⁷² Bovendien ontbreekt hier, in tegenstelling tot de onderzoekstermijn, de toevoeging “*(...) soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist*”, wat meebrengt dat de termijn die de koper ter beschikking staat voor het daadwerkelijke klagen nog strikter is dan de termijn die hij heeft om te onderzoeken.²⁷³ Dit verschil kan volgens Brüggeman gerechtvaardigd worden omdat koopmannen geacht worden voldoende tijd en middelen tot hun beschikking te hebben om hun klachtverplichting na te komen.²⁷⁴

Over het algemeen wordt een korte termijn van één of twee dagen aangenomen,²⁷⁵ maar bij bederfelijke waar of daarmee vergelijkbare zaken kan zelfs een kortere termijn geboden zijn.²⁷⁶ In de praktijk kan echter vaak maar moeilijk worden vastgesteld wat precies het tijdstip van ontdekking van het gebrek is geweest. Het is daarom niet uitgesloten dat een koper voor een klacht die hem al eerder bekend was, ‘sanctieloos’ de gehele onderzoekstermijn plus klachttermijn benut.²⁷⁷

²⁷¹ Onverschillig of die openbaring met of zonder onderzoek is gebeurd, of dat het om een verborgen gebrek gaat of niet.

²⁷² W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 16.

²⁷³ C. Jeloschek, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law. How far should we go in protecting the consumer?*, München: Sellier 2006, p. 47.

²⁷⁴ D. Brüggeman in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 104.

²⁷⁵ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 16.

²⁷⁶ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 115.

²⁷⁷ K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 115.

Mocht de koper reeds vóór de aflevering van de zaken op de hoogte zijn van enig gebrek, dan mag – maar moet hij niet – daarover vóór de aflevering klagen.²⁷⁸

3.3.2.3 Vereisten klacht

De klacht kan vormvrij geschieden.²⁷⁹ Volgens het BGH volstaat een telefonische klacht – ook zonder daaropvolgende schriftelijke bevestiging.²⁸⁰ Komt de telefonische verbinding echter niet tot stand, dan mag de klager, ook na verscheidene pogingen, het daar niet bij laten. In dat geval dient de klacht op een andere manier, bij voorkeur schriftelijk, te worden overgebracht. Is de verkoper ook schriftelijk niet (meer) bereikbaar, bijvoorbeeld door een verhuizing van de onderneming, dan kan de verkoper op grond van § 242 BGB (*Treu und Glauben*) de vertraging van de klacht niet aan de koper tegenwerpen.²⁸¹

De klacht moet voldoende substantieel zijn, in die zin dat het gebrek duidelijk individualiseerbaar is. Dat volgt uit het feit dat de klachtplicht tevens tot doel heeft om de verkoper te beschermen tegen het naar voren blijven brengen van klachten nadat een bepaalde periode is verstreken.²⁸² Daarom dient ook over elk individueel gebrek afzonderlijk te worden

²⁷⁸ B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 54; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 116; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 24;

²⁷⁹ Bundesgerichtshof 17 december 1997, NJW-RR 1998, 680 (*Keine Wandelung bei erfolgreicher Nachbesserung und Anzeige fehlgeschlagener Nachbesserung*) (*Horizontaalboor*); C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rdn. 67; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 127; B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 66; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 13; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 43.

²⁸⁰ BGH, Urteil vom 8.11.1979 – III Zr 115/78, NJW 1980, 782, 784.

²⁸¹ BGH, Urteil vom 8.11.1979 – III Zr 115/78, NJW 1980, 782, 784.

²⁸² C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 67; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 12. Bundesgerichtshof 17 december 1997, NJW-RR 1998, 680 (*Keine Wandelung bei erfolgreicher Nachbesserung und Anzeige fehlgeschlagener Nachbesserung*) (*Horizontaalboor*).

geklaagd.²⁸³ In de klacht dient het ontdekte gebrek zo precies beschreven zijn dat de verkoper zich daarvan een beeld kan vormen en indien nodig het gebrek kan verhelpen.²⁸⁴ Het enkel terugzenden van de verkochte zaken of een te algemene beschrijving van de gebreken voldoet niet aan dit criterium.²⁸⁵ De koper hoeft niet de oorzaak van het gebrek bloot te leggen, maar kan volstaan met een amateuristische beschrijving daarvan.²⁸⁶ In het geval van een door de verkoper gegeven garantie moet de klacht ten minste melding maken van het feit dat de afgeleverde zaken niet over de toegezegde eigenschap beschikken.²⁸⁷ Bovendien moet de verkoper aan de hand van de klacht kunnen vernemen voor welke omvang hij uit garantie wordt aangesproken.²⁸⁸

Niet vereist is dat de koper bij zijn klacht al aangeeft welke rechten hij denkt in te roepen jegens de verkoper.²⁸⁹

3.4 Verzendtheorie

Ingevolge § 377 Abs. 4 HGB geldt dat de koper aan zijn klachtverplichting voldoet indien hij op tijd zijn (voldoende gespecificeerde) klacht *verzendt* aan de verkoper. De verkoper draagt derhalve het risico van vertraging van de

²⁸³ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 12.

²⁸⁴ T. Lettl, 'Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers nach § 377 HGB', *Jura* Heft 10/2006, p. 722.

²⁸⁵ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 12; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 142.

²⁸⁶ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 12. BGH WM 86, 416.

²⁸⁷ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 143, zie ook Rn. 159.

²⁸⁸ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 143.

²⁸⁹ BGH Urteil vom 14.05.1996, X ZR 75/94, NJW 1996, 2228 (Anforderungen an die handelsrechtliche Mängelanzeige). Zie ook W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 131; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 42.

verzending van de klacht²⁹⁰, voor zover de koper de klacht tijdig en in goede orde (juiste adressering, voldoende gefrankeerd) heeft verzonden.²⁹¹ Echter, volgens de heersende leer draagt de *koper* het risico in het geval dat de klacht in zijn geheel niet aankomt bij de verkoper, aangezien het hier gaat om een verklaring waarvoor de ontvangst ervan noodzakelijk is.²⁹² Met andere woorden: een verlenging van de klachttermijn door vertraging van de postbezorging bijvoorbeeld, wordt niet aan de koper toegerekend, maar het geheel niet aankomen van de klacht daarentegen wel. De koper dient derhalve te bewijzen dat de verkoper de klacht heeft kunnen vernemen.²⁹³ Hiervoor kan worden aangevoerd dat het doel dat door de wetgever aan de klachtplicht is toebedacht, te weten de bescherming van de belangen van de verkoper, niet kan worden bereikt indien de verkoper het risico voor aankomst van de klacht zou dragen. Bovendien kan van de koper, in zijn hoedanigheid als professionele handelaar, in principe worden verwacht dat hij zekerheid verschaft over de aankomst van zijn klacht, bijvoorbeeld door de klacht aangetekend te versturen of door (telefonisch) navraag te doen bij de verkoper.²⁹⁴ Canaris wijst er nog op dat de koper in de huidige tijd vanwege nieuwe en snelle(re) communicatiemiddelen, veel eerder op de hoogte kan zijn van de status van de verzonden klacht.²⁹⁵

In een zaak omtrent de verkoop van defecte dakelementen wordt bovenstaande door het BGH bevestigd: de bewijslast van het aankomen van de klacht rust op de koper, omdat anders het doel van de klachtplicht niet vervuld kan worden.²⁹⁶ Deze uitspraak wordt in de literatuur bekritiseerd. Achilles is van oordeel dat de verkoper zowel het vertragings- als het

²⁹⁰ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 18; T. Lettl, 'Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers nach § 377 HGB', Jura Heft 10/2006, p. 723.

²⁹¹ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 18.

²⁹² C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 69; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 18; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 142; B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 63

²⁹³ C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 69.

²⁹⁴ C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 69.

²⁹⁵ C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 69.

²⁹⁶ BGH Urteil vom 13-05-1987, BGHZ 101, 49, NJW 1987, 2235 (Beweislast des Käufers für Zugang der empfangsbedürftigen Mängelanzeige).

aankomstrisico dient te dragen.²⁹⁷ De verkoper heeft er belang bij om bij een (waarschijnlijk gegronde) klacht van de koper geïnformeerd te worden over de toestand van de verkochte zaken. Dit is volgens Achilles echter nog geen reden om de koper te belasten met het risico omtrent het aankomen van de klacht. Zulk een vereiste heeft het verreikende gevolg dat de koper zijn aanspraken – zelfs op grond van toerekenbare tekortkoming van de verkoper – verliest. Hierbij moet niet uit het oog worden verloren dat de klacht op zich veroorzaakt is door de tekortkoming van de verkoper, terwijl de koper door zijn beklag tijdig te doen wel degelijk de belangen van de verkoper in acht heeft genomen. Al met al is het niet vanzelfsprekend, dat de afzender belast wordt met het aankomstrisico, ofschoon de niet aangekomen mededeling slechts dient ter behoud van reeds verworven rechten. Achilles wijst in dit verband nog op art. 27 van het Weens Koopverdrag, waarin bepaald wordt dat de verkoper zowel het verdragings- als het aankomstrisico draagt, in geval de koper juist en op tijd geklaagd heeft.²⁹⁸ Hij is mede daarom van mening dat het BGH in bovengenoemde uitspraak²⁹⁹ onterecht heeft beslist dat de koper het risico van de aankomst van de klacht draagt alleen maar omdat § 377 HGB zich niet eenduidig uitlaat over dit aspect.

3.5 Arglistige verzwijging door de verkoper

Volgens het vijfde lid van § 377 HGB blijft het klachtverzuim van de koper zonder gevolgen, indien de verkoper het gebrek ‘arglistig’ verzwegen

²⁹⁷ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 131. Ook Hopt is deze mening toegedaan: K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 41. Brüggeman wil de verkoper slechts de bewijslast van het niet aankomen van de klacht opleggen: D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 142, 206.

²⁹⁸ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 132. Het Duitse kooprecht is sinds de herziening van het verbintenissenrecht gebaseerd op en sterk in lijn met de regelingen van de CISG, zie S. Grundmann, ‘Germany and the *Schuldrechtsmodernisierung 2002*’, *ERCL 1/2005*, p. 147. Zie ook C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 69.

²⁹⁹ BGH Urteil vom 13-05-1987, BGHZ 101, 49, NJW 1987, 2235 (Beweislast des Käufers für Zugang der empfangsbedürftigen Mängelanzeige).

heeft.³⁰⁰ Deze regeling komt overeen met de in het verjaringsvoorschrift van § 438 Abs. 3 BGB³⁰¹ uitgedrukte gedachte dat een arglistige verkoper weinig beschermingswaardig is.³⁰² Met het begrip ‘arglistige verzwijging van een gebrek’ wordt gelijkgesteld het ‘arglistig voorspiegelen van een eigenschap die niet aanwezig is’.³⁰³

Het begrip arglistige verzwijging door de verkoper veronderstelt een *Offenbarungspflicht* (openbaringsplicht) van de verkoper.³⁰⁴ Arglist ziet op het geval dat de verkoper weet dat de bekendheid van de koper met het gebrek van betekenis kan zijn voor de beslissingen van de koper, en hij desalniettemin besluit om het gebrek niet mede te delen.³⁰⁵ Deze mededelingsplicht is in wezen dezelfde als bij het leerstuk van het bedrog (*arglistigen Täuschung*, § 123 BGB). Het verschil met bedrog is echter dat voor de arglistige verzwijging van § 377 HBG niet noodzakelijk is dat de koper door de verzwijging daadwerkelijk is bewogen het koopcontract te sluiten.³⁰⁶ Bovendien speelt het leerstuk van het bedrog slechts op het moment van contractsluiting; de arglistige verzwijging in het kader van § 377

³⁰⁰ K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 51; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 173.

³⁰¹ § 438 Abs 3 BGB: *Abweichend von Absatz 1 Nr. 2 und 3 und Absatz 2 verjähren die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. (...)*. Dat betekent dus dat er geen verjaringstermijn van 2 jaar geldt, maar één van 3 jaar (zie § 195 BGB).

³⁰² W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 205.

³⁰³ K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 51; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 175; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 205; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 28.

³⁰⁴ K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 51; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 176. Zie Bundesgerichtshof 25 september 1985, NJW 1986, 316 - VIII ZR 175/84 (*Vom Verkäufer einkalkuliertes Rügeversäumnis durch Käufer*).

³⁰⁵ R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 113.

³⁰⁶ Met andere woorden: er behoeft geen causaal verband te zijn tussen het sluiten van het contract en de arglistige verzwijging van de verkoper. R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 112; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 176, 187; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 205.

HBG kan daarentegen ook een rol spelen in de tijd tussen het sluiten van de overeenkomst en de aflevering van de zaken.³⁰⁷

Inhoud en grenzen van deze mededelingsplicht van de verkoper worden door de wetgever niet gegeven. Volgens de rechtspraak van het BGH komt het hierop neer, dat in het licht van een rechtmatig handelsverkeer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid met inachtneming van de omstandigheden van het geval bekeken moet worden of er in een specifiek geval een mededelingsverplichting bestaat.³⁰⁸

Het staat niet per definitie vast dat een verkoper die op de hoogte is van eventuele gebreken aan het verkochte, daarmee altijd een mededelingsverplichting heeft die hij zou kunnen schenden.³⁰⁹ Wanneer § 377 HBG van toepassing is, is er namelijk sprake van een *beidseitiges Handelskauf*, welke kwalificatie meebrengt dat zowel verkoper als koper handelen in een professionele hoedanigheid. Van de verkoper wordt niet verwacht dat hij zijn koper voor alle mogelijke risico's bewaart.³¹⁰

De arglistige verzwijging van de verkoper is wel gegeven, wanneer vast komt te staan dat hij maatregelen heeft getroffen om ervoor te zorgen dat de gebreken verborgen zouden blijven en daarmee een gedegen onderzoek door de koper verhindert.³¹¹

De bewijslast van § 377 Abs. 5 HBG berust bij de koper, aangezien hij van zijn klachtverplichting ontheven wil worden.³¹²

³⁰⁷ Bijvoorbeeld wanneer de verkoper zaken doorverkoopt zonder ze al gezien te hebben en voor aflevering op de hoogte raakt van enig gebrek.

³⁰⁸ Bundesgerichtshof 26 april 2017 – VIII ZR 233/15, NJW 2017, 3292 (Rechtsmängel bei vereinbartem Gewährleistungsausschluss); Bundesgerichtshof 25 september 1985, NJW 1986, 316 - VIII ZR 175/84 (*Vom Verkäufer einkalkuliertes Rügeversäumnis durch Käufer*).

³⁰⁹ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 28.

³¹⁰ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 179.

³¹¹ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 181.

³¹² D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 209.

3.6 Andere gevallen van wetenschap van de verkoper

In de voorgaande paragraaf zijn de arglistige verzwijging door de verkoper en de gevolgen daarvan besproken. De bepaling van § 377 Abs. 5 HBG betreft echter slechts één van verschillende gevallen waarin de verkoper reeds voor de aflevering van de zaken op de hoogte is van eventuele gebreken. Te denken valt immers ook aan een verkoper die op de hoogte is van gebreken en deze wel mededeelt aan de koper, of aan een verkoper die gebreken verzwijgt, maar waarbij niet komt vast te staan dat hij dit arglistig heeft gedaan.

Wanneer de verkoper wel op de hoogte was van gebreken en die niet heeft medegedeeld, maar niet gezegd kan worden dat hij deze arglistig heeft verzwegen, geldt dat de verkoper een onverkort beroep kan doen op § 377 HBG.³¹³

Wanneer de verkoper de hem bekende gebreken wél heeft medegedeeld aan de koper, geldt het volgende. Zoals in de volgende paragraaf uiteen wordt gezet, zou de fictie van goedkeuring mee kunnen brengen dat de koper ook over deze gebreken zijn beklag zou moeten doen, aangezien de verkoper in de veronderstelling kan verkeren dat de koper de zaken ondanks de non-conformiteit accepteert. Volgens Brüggemann is dat echter niet nodig: de koper die naar aanleiding van de mededeling van de verkoper over de gebreken de zaken terugstuurt ofwel alleen tegen betaling van een lagere koopprijs wil behouden, hoeft daarbij niet separaat aan de vereisten van § 377 HBG te voldoen.³¹⁴ Mijns inziens hangt dit echter wel af van de tijd die de koper neemt om de zaken terug te sturen dan wel om slechts een gedeelte van de koopprijs te betalen. Slechts bij terugzending of betaling *zonder vertraging* kan de koper zijn klachtverplichting met betrekking tot het specifiek genoeg beschrijven van de gebreken achterwege laten. De versoepeling zou zich dan daarin zien dat het vereiste om de klacht specifiek genoeg te formuleren voor deze koper wordt verruimd, aangezien de verkoper hier al van op de hoogte is.

³¹³ R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 111.

³¹⁴ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 147, onder verwijzing naar een tweetal uitspraken: OLG München LZ 1913, 316 en BGH BB 1956, 1166.

3.7 Gevolgen verzaken klachtplicht

§ 377 HGB behelst de verplichting van de koper om de afgeleverde zaken onverwijld te onderzoeken en de verplichting om eventuele gebreken onverwijld aan de verkoper mede te delen. Deze verplichtingen zijn zogenaamde *'bloße Obliegenheiten'*. Niet-nakoming daarvan brengt slechts nadelige gevolgen met zich voor de rechtspositie van de koper zelf.³¹⁵ Indien een koper niet of niet tijdig genoeg aan zijn onderzoeksverplichting voldoet, kan hij zich geconfronteerd zien met een eerder tijdstip waarop de klachttermijn begint te lopen dan hij voor ogen heeft gehad.³¹⁶ Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat de klachttermijn reeds voorbij is. Het niet voldoen aan zijn klachtverplichting heeft tot gevolg dat de afgeleverde zaken als *'genehmigt'* worden beschouwd en de koper geen rechten op grond van non-conformiteit kan invoeren. De onderzoeks- en klachtverplichting van § 377 HGB zijn derhalve *Obliegenheiten* ter behoud van rechten.³¹⁷

Zoals gezegd, heeft het niet, niet juist of niet tijdig klagen van de koper tot gevolg dat de verkochte zaken *'als genehmigt'* worden beschouwd, zie § 377 Abs. 2 en 3 HGB. Dit houdt een fictieve *'goedkeuring'* met betrekking tot de betreffende gebreken van de verkochte zaken in.³¹⁸ Gebreken die nog niet ontdekt hadden kunnen worden, worden hierdoor echter niet getroffen.³¹⁹

³¹⁵ T. Lettl, 'Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers nach § 377 HGB', *Jura* Heft 10/2006, p. 721; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 2.

³¹⁶ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 15.

³¹⁷ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 2; R. Koch in: Oetker, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 33, 34.

³¹⁸ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 156; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 20 en 21. Zie ook § 184 Abs. 1 BGB: *Die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.*

³¹⁹ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 20.

Het gevolg van deze fictie van goedkeuring is dat aangenomen wordt dat de verkoper conform heeft gepresteerd.³²⁰ De koper verliest zijn remedies en dient derhalve ondanks eventuele gebreken de volledige koopprijs te voldoen. Welke rechten de koper verliest, wordt bepaald door de regels van het algemene kooprecht, in het bijzonder het BGB. Het HGB bevat hiervoor geen aparte regeling.³²¹ In een zaak met betrekking tot de verbruikleen van 300 ton Braziliaans geconcentreerd sinaasappelsap vatte het BGH de gevolgen van verzaking van de klachtverplichting als volgt samen:³²²

“Sie (§ 377 HGB, ST) regelt vielmehr allein die Obliegenheit des Kaufmanns, die Ware zu untersuchen und erkennbare Fehler anzuzeigen, und bestimmt weiter, daß die Lieferung bei verspäteter Anzeige als genehmigt gilt. Die verspätete Rüge hat also zur Folge, daß aus dem Mangel der Sache keinerlei Rechte mehr hergeleitet werden können. Deshalb hat § 377 HGB nicht nur für Gewährleistungsrechte Bedeutung, sondern für jedes andere Recht auch, das aufgrund eines Sachmangels entstehen kann. Der Empfänger eines Sachdarlehens ist daher nach Rügeverlust nicht befugt, entsprechend mangelbehaftete Ware zurückzuliefern.”

De koper verliest door niet te voldoen aan de vereisten van de klachtplicht van § 377 HGB derhalve de volgende rechten³²³:

³²⁰ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 158; D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 166; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 24; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 45.

³²¹ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 3.

³²² BGH Urteil vom 27-03-1985, NJW 1985, 2417 (Unverzügliche Rügepflicht auch bei Sachdarlehen unter Kaufleuten) (Braziliaans geconcentreerd sinaasappelsap)

³²³ Zie voor deze opsomming: W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 24. Zie ook W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 158 e.v.

- Rechten op grond van non-conformiteit van de geleverde zaken (zie § 437 BGB), namelijk het recht op nakoming (*Nacherfüllung*, § 439 BGB), het recht op ontbinding (*Rücktritt*, §§ 440, 323 en 326 Abs. 5 BGB), het recht op prijsvermindering (*Minderung*, § 441 BGB), het recht op schadevergoeding, waaronder ook gevolgschade (*Schadenersatz*, §§ 440, 280, 281, 283 en 311 a) en het recht op vergoeding van vergeefs gemaakte kosten (*Ersatz vergeblicher Aufwendungen*, §284 BGB);
- aanspraken op grond van schade door niet-nakoming van nevenverplichtingen, (bijvoorbeeld gebrekkige verpakkingen) die tot het moment van aflevering geleid hebben tot gebreken aan de verkochte zaken zelf, alsook alle daarop gebaseerde gevolgschade;
- aanspraken op grond van niet-nakoming van de verplichting van de verkoper om op gebreken te wijzen;
- aanspraken op grond van contractuele boetes;
- het recht om een rechtshandeling aan te tasten op grond van dwaling (*Irrtum*) (§ 119 BGB), voor zover het betrekking heeft op gebreken;
- in het geval van verbruikleen van gebrekkige zaken is de ontvanger bij verzaking van zijn klachtplicht niet bevoegd om ook van zijn kant gebrekkige zaken te leveren.³²⁴

De omvang van het rechtsverlies dient te worden vastgesteld aan de hand van het doel van de klachtplichtbepaling, dat ziet op het zo spoedig mogelijk stoppen van de discussie omtrent de conformiteit van de verkochte zaken.³²⁵

Het rechtsverlies van de koper dient overeen te stemmen met een goede risicoverdeling.³²⁶ Daarom kan het rechtsverlies slechts betrekking hebben op aanspraken en rechten die gebaseerd zijn op de gebreken.³²⁷ *Niet* getroffen

³²⁴ BGH Urteil vom 27-03-1985, NJW 1985, 2417 (Unverzügliche Rügepflicht auch bei Sachdarlehen unter Kaufleuten) (Braziliaans geconcentreerd sinaasappelsap).

³²⁵ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 23. Zie ook Bundesgerichtshof 16 september 1987, BGHZ 101, 337, 345, NJW 1988, 52 (*Deliktischer Anspruch des Käufers einer mangelhaften Sache trotz Rügeversäumnis*) (*Weinflaschenkorken*).

³²⁶ Bundesgerichtshof 28 april 1976, BGHZ 66, 208ff, NJW 1976, 1353 (*Positive Forderungsverletzung des Verkäufers und rügelose Annahme der gelieferten fehlerhaften Ware*) (*Batteriefall*).

³²⁷ Bundesgerichtshof 28 april 1976, BGHZ 66, 208ff, NJW 1976, 1353 (*Positive Forderungsverletzung des Verkäufers und rügelose Annahme der gelieferten*

door de regeling van § 377 HGB zijn derhalve de aanspraken van de koper op grond van onrechtmatige daad.³²⁸ Vóór uitsluiting van deze aanspraken door verzaking van de klachtplicht spreekt weliswaar, dat daarmee de discussie omtrent de non-conformiteit snel afgesloten kan worden, maar dat zou de koper in een ongerechtvaardigd slechtere positie brengen dan een derde tegen wie § 377 HGB niet kan worden ingeroepen.³²⁹ Als correctief kan § 254 BGB gebruikt worden, dat handelt over eigen schuld bij schadevergoeding.³³⁰

Volgens vaste rechtspraak van het BGH worden aanspraken op grond van onrechtmatige daad die voortvloeien uit gebrekkig geleverde zaken inderdaad niet getroffen door de regeling van § 377 HGB. In zijn uitspraak van 16 september 1987 gaat het BGH naar eigen zeggen voor het eerst expliciet in op de vraag of § 377 HGB ook van toepassing is op schadevergoedingsaanspraken wegens onrechtmatige daad.³³¹ Het ging in deze zaak om de levering van non-conforme kurken waardoor schade werd veroorzaakt aan wijnflessen die met deze kurken waren afgesloten (de wijn zag troebel en smaakte bitter). De vraag was of de fabrikant van de kurken (die in casu tevens de verkoper ervan was) op grond van een *unerlaubter*

fehlerhaften Ware) (*Batteriefall*). W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 23. Bundesgerichtshof 16 september 1987, BGHZ 101, 337, 345, NJW 1988, 52 (*Deliktischer Anspruch des Käufers einer mangelhaften Sache trotz Rügeversäumnis*) (*Weinflaschenkorken*).

³²⁸ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 158; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 26; Bundesgerichtshof 16 september 1987, BGHZ 101, 337, 345, NJW 1988, 52 (*Deliktischer Anspruch des Käufers einer mangelhaften Sache trotz Rügeversäumnis*) (*Weinflaschenkorken*).

³²⁹ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 26; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 211 e.v.

³³⁰ W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 26; W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 205.

³³¹ Zie zeer sprekend: BGH Urteil vom 16-09-1987, BGHZ 101, 337, 345, NJW 1988, 52 (*Deliktischer Anspruch des Käufers einer mangelhaften Sache trotz Rügeversäumnis*) / (*Weinflaschenkorken*). Zie zeer uitgebreid en kritisch over deze uitspraak E. Schwark, 'Auswirkungen einer Verletzung der Rügeobliegenheit des § 377 HGB auf deliktsrechtliche Ansprüche', *JZ* 8/1990, p. 374-380. Zie tevens R. Herber, 'Mangelfolgeschäden nach dem CISG und nationales Deliktsrecht', *IHR* 5/2001, 187.

Handlung (onrechtmatige daad) (§ 823 Abs. 1 BGB³³²) kon worden aangesproken voor deze schade, ondanks dat vast was komen te staan dat de koper niet aan zijn klachtverplichting van § 377 HGB jegens zijn verkoper (diezelfde fabrikant) had voldaan.

Het BHG beziet eerst de hierover geschreven literatuur en concludeert dat het overgrote deel boven gestelde vraag ontkennend beantwoordt. Vervolgens noemt het Hof echter voorbeelden uit Zwitserse en Amerikaanse rechtspraak waarin werd aangenomen dat de klachtverplichting niet bestond in geval van onrechtmatige-daadacties. Het BGH oordeelt naar aanleiding hiervan dat het verzaken van de klachtplicht van § 377 HGB niet het verlies van aanspraken op grond van onrechtmatige daad met zich brengt. Ter ondersteuning van zijn antwoord voert de cassatierechter nog aan dat de wetssystematiek (de klachtplicht staat in het *Handelsgesetzbuch*) en de woordkeuze van het artikel (dat spreekt over *Kauf* en *Handelsgeschäft*) meebrengen dat § 377 HGB uitsluitend ziet op de handelskoopovereenkomst tussen koopmannen. Ook het rechtsgevolg bij het verzaken van de klachtplicht (“...so gilt die Ware als genehmigt”) wijst volgens het Hof in deze richting. Bovendien bevat de ontstaansgeschiedenis van het voorschrift geen enkele aanwijzing dat de opstellers van de voorlopers van het wetsartikel aan andere dan contractuele aanspraken hebben gedacht. Naar vaste rechtspraak inzake de samenloop tussen contractuele schadevergoedingsclaims en die op grond van onrechtmatige daad, zo vervolgt het Hof, dient elke afzonderlijke aanspraak apart en naar zijn eigen toepasselijke regels te worden beoordeeld. Deze benadering spreekt vóór de stelling dat de voor de handelskoop opgestelde klachtplicht niet van toepassing is op de regeling van de onrechtmatige daad.

Ten slotte benadrukt het Hof dat het doel van de regeling van de klachtplicht, dat ziet op het belang dat de verkoper heeft bij een spoedige kennisname van gebreken zodat hij eventuele gevolgschade kan beperken of voorkomen, slechts de contractuele *Abwicklungsschutz* van de verkoper betreft. Bescherming voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad valt niet onder het doel van de regeling van de klachtplicht.

³³² § 823 Abs. BGB: *Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*

3.8 Ambtshalve toetsing; stelplicht en bewijslast

3.8.1 Ambtshalve toetsing

Over het antwoord op de vraag of het verzaken van de klachtverplichting van § 377 HGB ambtshalve moet worden geconstateerd door de rechter of dat de verkoper hier een beroep op moet doen, wordt getwist.³³³ Volgens een groot gedeelte van de literatuur dient de feitenrechter zelf te onderzoeken of er over het betreffende gebrek tijdig en in goede orde is geklaagd.³³⁴ In deze literatuur wordt ter ondersteuning van deze stelling verwezen naar een uitspraak van het BGH omtrent de koop van een koffieautomaat.³³⁵ Het BGH oordeelt in deze zaak dat áls er sprake is van een verzaking van de klachtplicht, dit meebrengt dat de verkochte zaken *als genehmigt* gelden. In de daaropvolgende passage oordeelt het BGH:

“Da das Gesetz die Fiktion der Genehmigung unmittelbar an die unterlassene oder verspätete Rüge knüpft, tritt diese Rechtsfolge unabhängig davon ein, ob er sich der Berechtigten darauf beruft.”

Een kanttekening is hierbij op zijn plaats. Het BGH spreekt zich hier mijns inziens slechts uit over het ‘automatische’ *gevolg* van de klachtplicht: door de fictie van *Genehmigung* kan de koper geen beroep meer doen op enige non-conformiteit.³³⁶ Deze uitspraak van het BGH zegt echter niets over de ambtshalve toetsing van de klachtplicht *zelf*, met andere woorden: deze uitspraak geeft aan dat de rechter ambtshalve het gevolg van een geslaagd beroep op de verzaking van de klachtplicht moet toepassen. Ik maak uit bovenstaand citaat echter niet op dat de feitenrechter ambtshalve dient te

³³³ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 152.

³³⁴ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 207; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 46; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 16, 21; B. Grunewald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 89; K. Schmidt, *Handelsrecht*, Köln: C. Heymanns Verlag, 2014, § 29 III, 1d. Zie BGH Urteil vom 30.01.1985, NJW 1985, 1333 - VIII ZR 238/83 (Celle).

³³⁵ BGH, Urteil vom 8.11.1979 – III Zr 115/78, NJW 1980, 782, 784.

³³⁶ Zie hieromtrent hiervóór in par. 3.7.

onderzoeken of de koper al dan niet heeft voldaan aan zijn klachtverplichting, zonder dat de verkoper zich hierop heeft beroepen.

Tegenstanders van bovenstaande menen dat § 377 HGB – evenals bijvoorbeeld de verjaring van § 438 en § 214 Abs. 1 BGB – uitsluitend een verweer voor de verkoper inhoudt, dat de verkoper ten minste impliciet zelf moet opbrengen.³³⁷ Vóór deze stelling spreekt in ieder geval dat de problematiek van § 377 HGB niet nog versterkt dient te worden.³³⁸ Bovendien stemt het beschermingsdoel van § 377 HGB met een formulering als verweer grotendeels overeen met de ter bescherming van de bewijspositie van de in goede trouw handelende verkoper vormgegeven verjaringsregeling van § 438 BGB.³³⁹ Aangezien noch de bewoordingen van § 377 HGB noch de ontstaansgeschiedenis eenduidig zijn voor wat betreft de stelplicht- en de bewijslastverdeling, spreken volgens Achilles in zijn geheel beschouwd de betere argumenten vóór de stelling dat de rechter de bepaling van § 377 HGB niet ambtshalve mag toetsen, maar – net zoals bij de verjaringsregelingen – eerst dan wanneer de verkoper zich op de niet-inachtneming van de klachtbepaling beroept.³⁴⁰

3.8.2 Stelplicht en bewijslast

Veel auteurs zijn van mening dat de bewijslast met betrekking tot de klachtplicht op de koper rust.³⁴¹ Brüggemann stelt dat voor het geldend maken van enige aanspraak op grond van non-conformiteit, de vervulling van

³³⁷ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 153, zie noot 398 voor verwijzing naar verschillende auteurs. Volgens Schmidt mag de rechter zelf onderzoek doen indien hij op grond van de processtukken voldoende aanwijzing heeft dat er sprake kan zijn van toerekenbare verzaking van de klachtverplichting van de koper, zie K. Schmidt, *Handelsrecht*, Köln: C. Heymanns Verlag, 2014, § 29 III, 1d, p. 795-796.

³³⁸ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 153.

³³⁹ C.W. Canaris, *Handelsrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 29 Rn. 44.

³⁴⁰ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch 2*, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 153.

³⁴¹ D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 148; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 55; W.H. Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2019, Rn. 16.

de klachtverplichting *naast* het bestaan van een gebrek een vereiste voor de aanspraak is.³⁴² Dit is voor belang voor de bewijslast: die ligt daarmee aan de kant van de koper. Dat heeft tot gevolg dat de koper niet alleen moet bewijzen dat hij tijdig na aflevering geklaagd heeft, maar ook, in het geval van een *Versendungskauf*,³⁴³ op welk moment de zaken aan hem zijn afgeleverd.³⁴⁴

Volgens Achilles kan niet worden beslist over een klacht met betrekking tot enige non-conformiteit, wanneer de koper niet stelt dat hij tijdig geklaagd heeft of dat hij dat door arglistige verzwijging van de verkoper (zie hierna par. 3.6) niet behoefte te doen.³⁴⁵ Ook dient de koper voldoende te stellen en zo nodig te bewijzen dat de verkoper naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (*Treu und Glauben*, § 242 BGB) zich niet met succes mag beroepen op § 377 HGB, omdat hij ofwel medeverantwoordelijk is voor het verzaken van de klachtplicht ofwel een klacht nutteloos zou zijn omdat hij de verkoper niet kon bereiken door bijvoorbeeld een zetelverplaatsing of bedrijfsbeëindiging van het bedrijf van de verkoper.³⁴⁶

3.9 Verjaring

Vóór de herziening van het verbintenissenrecht in 2002 kende het Duitse recht – te midden van zeer veel verschillende verjaringstermijnen – bij koop een verjaringstermijn van zes maanden na de aflevering van de zaak (toen opgenomen in § 477 BGB). Bij de herziening is het gehele verjaringsregime van het BGB onder handen genomen wat heeft geresulteerd in de algemene verjaringstermijn van drie jaar, opgenomen in § 195 en § 199 BGB. Belangenorganisaties afkomstig uit de industriële sector hebben zich verzet tegen deze nieuwe verjaringstermijn. Dat heeft tot resultaat gehad dat er thans

³⁴² D. Brüggemann in: Staub, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin: De Gruyter 2009, Rn. 148, 206.

³⁴³ Van een *Versendungskauf* wordt gesproken in het geval dat de verkoper voor verzending van de verkochte zaken aan de koper zorgdraagt, zie nader H. 2 par. 2.2.

³⁴⁴ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch* 2, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 152.

³⁴⁵ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch* 2, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 152; K.J. Hopt in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2020, Rn. 46.

³⁴⁶ W.A. Achilles in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch* 2, München: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Fahlen 2020, Rn. 152, met in noot 397 verwijzing naar uitspraken met betrekking tot deze onderwerpen.

in § 438 BGB een aparte verjaringsregeling is opgenomen met betrekking tot non-conformiteit bij koop. Die bevat een verjaringstermijn van twee jaar na de aflevering, zie § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB.³⁴⁷

Voor de toepassing van de klachtplichtbepaling van § 377 HGB betekent deze verlenging van de verjaringstermijn (ten opzichte van het oude recht) dat dit artikel nu ook geldt in het tijdvak van zes maanden tot twee jaar na de aflevering van de zaken.³⁴⁸

Wanneer een verborgen gebrek later dan bij de aflevering ontdekt wordt, dan heeft een juiste en tijdige klacht daarover slechts nog zin als de rechten op grond van dat gebrek op dat moment nog niet verjaard zijn. Dat betekent dat met betrekking tot verborgen gebreken die later dan 2 jaar na aflevering pas ontdekt hadden kunnen worden, de rechten van de koper op grond van § 438 BGB verjaard zijn en de koper dus met lege handen achterblijft. Grünwald is daarom ook van mening dat de regeling van § 438 BGB verkopersvriendelijk is, met name omdat de termijn die de koper heeft om zijn aanspraken geldend te maken onafhankelijk is van of hij de gebreken in die termijn überhaupt ontdekken kon.³⁴⁹

In het geval van arglistige verzwijging door de verkoper, bepaalt § 438 Abs. 3 BGB dat dan de algemene verjaringsregel van § 195 BGB geldt, waarin een verjaringstermijn is opgenomen van drie jaar.³⁵⁰

3.10 Conclusie

De onderzoeks- en klachtplicht aan de zijde van de koper is in het Duitse recht opgenomen in § 377 HGB, waar deze verplichtingen slechts gelden in een koopverhouding tussen twee partijen die handelen in hun professionele hoedanigheid en tevens slechts met betrekking tot de verkoop van roerende zaken. Onduidelijkheid bestaat nog over de vraag of in § 377 HGB beperkt is tot feitelijke gebreken, of dat de bepaling tegenwoordig tevens voor

³⁴⁷ S. Grundmann, 'Germany and the *Schuldrechtsmodernisierung* 2002', *ERCL* 1/2005, p. 144.

³⁴⁸ A.O. Mock, *Der Ausschluss von Käuferrechten gemäß § 377 HGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2010, p. 18.

³⁴⁹ B. Grünwald in: *Münchener Kommentar zum HGB*, München: Verlag Vahlen/C.H. Beck 2018, Rn. 2.

³⁵⁰ § 195 BGB: *Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.*

rechtsgebreken geldt. De heersende opvatting is dat de bepaling beperkt is tot feitelijke gebreken en wel aangezien de wetgever een eventuele uitbreiding naar rechtsgebreken niet heeft gemotiveerd en de bepaling zich gezien haar ontstaansgeschiedenis niet goed leent voor toepassing bij rechtsgebreken.

§ 377 HGB spreekt tweemaal over ‘*unverzüglich*’: de koper moet *unverzüglich* na aflevering het onderzoek starten en vervolgens, indien zich een gebrek vertoont, daarvan *unverzüglich* zijn verkoper melding maken. *Unverzüglich* in de zin van dit artikel betekent ‘*ohne schuldhaftes Zögern*’ (zonder onnodige vertraging), wat in de handelsrechtelijke setting waarin deze verplichtingen zich bevinden, vaak (zeer) korte termijnen meebrengt. Over het algemeen dient binnen enkele dagen na aflevering een eerste beschouwing van de zaken en een grofweg uitgevoerd onderzoek te hebben plaatsgevonden – uitzondering worden voornamelijk gevonden bij de verkoop van bederfelijke waar of bijvoorbeeld zaken die onderhevig zijn aan grote prijsschommelingen (verkorting van de termijn) of bij de verkoop van zaken waarbij een tijdrovend of ingewikkeld onderzoek uitgevoerd moet worden (verlenging van de termijn). De koper is in ieder geval verplicht het onderzoek uit te voeren met de zorgvuldigheid die van een vakman mag worden verwacht. Opvallend is dat de koper ook onderzoek moet instellen indien de verkoper een garantie heeft afgegeven.

De aanvang van de klachttermijn hangt af van het moment waarop de gebreken aan het licht zijn gekomen of hadden moeten komen – hierbij kan sprake zijn van gebreken die zonder onderzoek duidelijk zijn of zonder onderzoek aan de koper bekend zijn, van gebreken die opkomen gedurende het door de koper ingestelde onderzoek na aflevering en van verborgen gebreken (gebreken die niet door het onderzoek ontdekt hadden kunnen worden). Over het algemeen wordt voor de duur van de klachttermijn een aantal dagen aangehouden (*unverzüglich* klagen). In de klacht dient het gebrek zo precies beschreven te zijn dat de verkoper zich een goed beeld kan vormen en indien nodig het gebrek van verhelpen. De koper kan derhalve zijn klachtverplichting verzaken en al zijn remedies verliezen, indien hij wel op tijd maar niet specifiek genoeg klaagt (of andersom). Of de verkoper die weet dat de klacht niet specifiek genoeg is, mag afwachten tot de klachttermijn is afgelopen of de plicht heeft navraag te doen bij de koper, is niet duidelijk.

Opvallend is verder dat de koper aan zijn klachtverplichting voldoet indien hij op tijd zijn voldoende gespecificeerde klacht *verzendt*: de verkoper draagt hier het risico van eventuele vertraging van de verzending. Vreemd genoeg draagt de verkoper dit risico niet, indien de klacht in zijn geheel niet aankomt.

De verkoper mag volgens het vijfde lid van § 377 HGB geen beroep doen op dit artikel indien hij het gebrek *arglistig verzwegen* heeft: arglist ziet op het geval waarin de verkoper weet dat de bekendheid van de koper met het gebrek van betekenis kan zijn voor de beslissingen van de koper en desalniettemin besluit het gebrek niet mede te delen. Hieronder valt ook het geval dat de verkoper een eigenschap die niet aanwezig is arglistig voorspiegelt. Gevolg hiervan is dat de koper in geval van arglistige misleiding zijn aanspraken niet kan verliezen op grond van § 377 HGB.

Het gevolg van een geslaagd beroep op de verzaking van de klachtplicht door de koper brengt de fictie van *Genehmigung* mee: dit houdt een fictieve goedkeuring met betrekking tot de gebreken van de verkochte zaken in. De koper verliest hiermee niet alleen zijn rechten op grond van non-conformiteit, maar ook die op grond van dwaling. Onder het Duitse recht verliest de koper echter niet zijn aanspraken op grond van onrechtmatige daad.