

Waarom wordt de vinder eigenaar?

Gij zult uws broeders os of klein vee niet zien afgedreven, en u van die verbergen; gij zult ze uw broeder ganselijk weder toesturen. En indien uw broeder niet nabij u is, of gij hem niet kent, zo zult gij ze binnen in uw huis vergaderen, dat zij bij u zijn, totdat uw broeder die zoekt, en gij ze hem wedergeeft. Alzo zult gij ook doen aan zijn ezel, en alzo zult gij doen aan zijn kleding, ja, alzo zult gij doen aan al het verlorene uws broeders, dat van hem verloren zal zijn, en dat gij zult hebben gevonden; gij zult u niet mogen verbergen. (Deuteronomium 22.1.30 1-3)

1 Eigendomsverkrijging door een vinder als buitengewone verkrijgende verjaring?

De vondst van een horloge in een bos wordt al naar gelang de feiten op drie verschillende wijzen opgelost. Als de vinder het horloge bij zich neemt om het bij zich te houden is hij bezitter te kwader trouw. Artikel 3:105 BW verheft degene tot eigenaar die het horloge bezit als de revindicatie van de eigenaar verjaart. Degene die het horloge twintig jaar en een dag na de vondst bezit wordt eigenaar. Als de vinder denkt en redelijkerwijze kon denken dat de eigenaar afstand gedaan had van het horloge, is de vinder bezitter te goeder trouw. Hij verkrijgt de eigendom van het horloge dan na een onafgebroken bezit van drie jaar en een dag (art. 3:99 BW). Als de vinder ten slotte aangifte van de vondst doet, verkrijgt hij de eigendom van het horloge een jaar na de aangifte, als de eigenaar zich gedurende dat jaar niet heeft gemeld en het horloge op dat tijdstip nog in de macht van de vinder is. (art. 5:6 BW)¹ Zowel de bezitter te kwader trouw als de bezitter te goeder trouw zijn verjaringsbezitter. De vinder kan geen verjaringsbezitter zijn: hij laat zich op redelijke grond in met andermans belangen, de eerlijke vinder is zaakwaarnemer, hij houdt de zaak voor de eigenaar.² Omdat voor verkrijging door verjaring steeds bezit is vereist, is het

¹ Als de vinder ervoor kiest de zaak aan de gemeente af te staan, loopt hij het risico geen eigenaar te worden. Zaken die minder dan 450 € waard zijn, vallen krachtens art. 5:12 b, het Besluit gevonden voorwerpen 22 augustus 1991 Staatsblad, 434 en artikel 5:6 lid 2 BW buiten het bereik van artikel 5:6 lid 1 BW. De gemeente heeft krachtens 5:6 lid 2 BW de bevoegdheid de niet-kostbare zaak drie maanden na de inbewaringgeving voor eigen rekening te verkopen. De uitzondering voor niet-kostbare zaken blijft hier verder buiten beschouwing. Aan andere uitzonderingen op het gebruikelijke regime (zoals bijvoorbeeld de vondst van een schat, een vondst op Schiphol, op het strand of in een trein), wordt evenmin aandacht besteed. Vgl. over de uitzonderingen H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, 4^e druk, Deventer 2007, nr 266 en 271, zie ook W.H.M. Reehuis, A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, 12e druk, Deventer 2006, nr 501.

² Vgl. art. 6:198 BW, zie ook TM bij art. 3.5.4. (art. 3:110 BW) *Parlementaire Geschiedenis* boek 3, p. 430: 'Zo kan een vinder het gevondene in bezit nemen of voor zichzelf of als zaakwaarnemer voor de eigenaar.' Zie verder nog TM bij art. 5.2.3. (art. 5:5 BW) *Parlementaire Geschiedenis*, boek 5, p. 77.

onmogelijk aan te nemen dat de eerlijke vinder verjaart. De wetgever was daarom genoodzaakt een speciale regeling te geven voor eigendomsverkrijging door de eerlijke vinder. Uit die (gedetailleerde) regeling lijkt te volgen dat de wetgever eigendomsverkrijging door de vinder beschouwt als een bijzondere toepassing van verkrijgende verjaring. Hij verheft de vinder immers tot eigenaar als hij de gevonden zaak een jaar na aangifte van de vondst nog in zijn macht heeft. Artikel 5:6 BW verheft de macht die de vinder over de zaak uitoefende en die een jaar heeft geduurd tot recht. De indruk dat eigendomsverkrijging door een vinder een bijzondere toepassing van het leerstuk van de verkrijgende verjaring is, wordt versterkt door het Ontwerp Meijers waarin de verjaringstermijn van drie jaar ook voor eigendomsverkrijging door de vinder gold.

De termijn die in sommige buitenlandse wetboeken langer, in andere korter is, is in overeenstemming met de algemene voor roerende zaken geldende verjaringstermijn van artikel 3.4.3.1. (het latere 3:99 BW, JEJ).³

Van Es noemt eigendomsverkrijging door een vinder in zijn monografie *Verkrijging door verjaring* een verkrijging die kan worden gezien als een bijzondere vorm van verkrijgende verjaring.⁴

2 Kritiek

Dient eigendomsverkrijging door een vinder te worden beschouwd als een bijzondere toepassing van verkrijgende verjaring? Daartegen spreken enkele verschillen tussen eigendomsverkrijging op grond van verkrijgende verjaring en eigendomsverkrijging door de vinder. Het meest in het oog springende verschil betreft het tijdsverloop dat voor beide wijzen van eigendomsverkrijging vereist is. Voor eigendomsverkrijging op grond van verkrijgende verjaring door een bezitter te goeder trouw geldt een termijn van drie jaar. In het Ontwerp Meijers gold dezelfde termijn voor de vinder. In het uiteindelijke wetboek is de termijn teruggebracht tot één jaar. In de parlementaire geschiedenis staat daarover de volgende opmerking:

Voor de bepaling van die tijd behoort er rekening mee te worden gehouden dat op grond van de huidige praktijk mag worden aangenomen, dat de eigenaar van een zaak, die deze verliest, in de regel na korte tijd de pogingen om haar terug te krijgen opgeeft, zodat een situatie ontstaat die met prijsgeve van bezit en eigendom van de zaak op zijn minst sterke gelijkenis vertoont.⁵

³ TM bij art. 5.2.4. (art. 5:6 BW) Parlementaire Geschiedenis boek 5, p. 84.

⁴ P.C. van Es, *Verkrijging door verjaring*, Nijmegen 2011, p. 76.

⁵ MvT Inv art. 5.2.3. (art. 5:6 BW) Parlementaire Geschiedenis boek 3,5,6, Inv, p. 1008.

WAAROM WORDT DE VINDER EIGENAAR?

Wat met deze passage wordt bedoeld, is onduidelijk. De wetgever lijkt eigendomsverkrijging door een vinder niet als een bijzondere toepassing van verkrijgende verjaring te zien. Het antwoord op de vraag of de eigenaar nog pogingen doet om zijn zaak op te sporen is bij verkrijgende verjaring immers niet van doorslaggevend belang: de termijn voor eigendomsverkrijging door verjaring zou dan eveneens één en niet drie jaar moeten zijn.⁶ Een tweede verschil bestaat in de regels die gelden voor de berekening van het voor beide wijzen van eigendomsverkrijging vereiste tijdsverloop. Een verjaringstermijn begint volgens artikel 3:102 BW te lopen de dag nadat het bezit is verkregen.⁷ De termijn die voor eigendomsverkrijging door de vinder geldt, begint volgens artikel 5:6 BW niet te lopen op het ogenblik dat de vinder de macht over de zaak verkrijgt, maar op het ogenblik dat de vinder aangifte doet van de vondst. Een derde verschil is gelegen in de voor verkrijgende verjaring langs de weg van artikel 3:99 BW vereiste goede trouw. Die goede trouw bestaat eruit dat de verjaringsbezitter denkt en mag denken dat hij rechthebbende is.⁸ Deze eis geldt voor een vinder uiteraard niet, nu hij weet dat hij andermans zaak heeft gevonden. Wanneer eigendomsverkrijging door een vinder een bijzondere toepassing van artikel 3:99 BW is, ligt het voor de hand aan te nemen dat de goede trouw eruit bestaat dat hij niet weet aan wie de door hem gevonden zaak toebehoort. Het Nederlandse recht stelt deze eis niet. Artikel 5:6 BW legt op de vinder de verplichting zijn vondst aan te geven, tenzij hij de vondst meldt aan degene die hij tot ontvangst bevoegd beschouwt. Twee voorbeelden. A vindt tijdens een wandeling in een bos een horloge. Hij doet aangifte van de vondst, en bewaart het horloge. A is in dit geval zaakwaarnemer: hij laat zich op redelijke grond in met de belangen van de eigenaar, die hij niet kent. Dit ligt anders als A tijdens een wandeling in een bos met B B's horloge vindt en aangifte doet van de vondst bij de gemeente. A is in zo'n geval geen zaakwaarnemer maar door inbezitneming bezitter te kwader trouw van het horloge. Ook in zo'n geval wordt de vinder langs de weg van artikel 5:6 BW eigenaar als B zich niet binnen jaar na de aangifte heeft gemeld. Voor eigendomsverkrijging door een vinder is dus geen enkele vorm van goede trouw vereist.⁹ Eigendomsverkrijging door een vinder die weet van wie de door hem gevonden zaak is, zou dan een bijzondere toepassing zijn van artikel 3:105 BW waar de wetgever verkrijgende verjaring heeft geregeld die geen goede trouw vereist. Daartegen gelden de bezwaren die hierboven zijn genoemd. Voor eigendomsverkrijging langs de weg van artikel 3:105 BW is een veel langer tijdsverloop

⁶ E.M. Meijers merkt over de tienjarige termijn, die voor *bona fide* bezitters van onroerende zaken geldt, in zijn Toelichting, Parlementaire Geschiedenis boek 3, p. 409 het volgende op: 'De termijn is van 20 jaren op 10 jaren teruggebracht, omdat in het moderne verkeer voor rechthebbenden 10 jaar ruim voldoende is om voor de handhaving van hun rechten op te komen.'

⁷ Dit geldt ook voor de bevrijdende verjaring van goederenrechtelijke rechtsvorderingen ex art. 3:314 lid 2 BW. Deze bepaling was noodzakelijk omdat aan de bevrijdende verjaring van goederenrechtelijke rechtsvorderingen in artikel 3:105 BW verkrijgende verjaring is gekoppeld.

⁸ Vgl. art. 3:118 BW.

⁹ Zie over het Duitse recht dat de eis wel stelt hieronder nr 7. Uitgebreider naar Nederlands recht hieronder nr 8.

vereist (twintig in plaats van een jaar). Bovendien begint de twintigjarige termijn van artikel 3:105 BW te lopen met bezitsverkrijging, en niet met aangifte van de vondst zoals art. 5:6 BW bepaalt.

Een vierde verschil bestaat uit de bescherming die het wetboek de vinder en de verjaringsbezitter gunt. De verjaringsbezitter heeft langs de weg van artikel 3:125 BW de beschikking over dezelfde goederenrechtelijke rechtsvorderingen die de rechthebbende heeft. De verjaringsbezitter die lopende de verjaring wordt bestolen, kan de zaak onder de dief revindiceren.¹⁰ De vinder die niet weet van wie de door hem gevonden zaak is en aangifte doet van de vondst, beschikt niet over de rechtsvorderingen van artikel 3:125 BW: hij is geen bezitter, maar als zaakwaarnemer houder. Dit geldt niet voor de vinder 'te kwader trouw', de vinder die wel weet van wie de door hem gevonden zaak is. De vinder die weet wie eigenaar is van de gevonden zaak is, ook als hij aangifte doet van de vondst, bezitter te kwader trouw. De vinder die niet weet van wie de gevonden zaak is en aangifte doet, ik spreek korthedshalve van de eerlijke vinder, die bestolen wordt in het jaar na de aangifte, staat enkel een onrechtmatige daadsactie tegen de dief ter beschikking.¹¹ Deze verschillen maken het onaantrekkelijk eigendomsverkrijging door een vinder te beschouwen als een bijzondere toepassing van verkrijgende verjaring. In de hierboven geciteerde passage wordt eigendomsverkrijging door een vinder in verband gebracht met eigendomsverkrijging door toe-eigening.¹² Daarvan kan ook geen sprake zijn. Degene die een zaak verliest, geeft het bezit niet prijs met het oogmerk om zich van de eigendom te ontdoen. De vinder kan uit het gegeven dat de eigenaar de zaak na aangifte niet heeft opgeëist, niet afleiden dat de eigenaar de zaak heeft prijsgegeven. Hij kan de eigendom niet verkrijgen door de zaak in bezit te nemen. Zelfs als het niet-opeisen geldt als een prijsgeve, is eigendomsverkrijging door een vinder niet als eigendomsverkrijging door toe-eigening te beschouwen, omdat eigendomsverkrijging door een vinder er niet afhankelijk is of hij de zaak in bezit neemt, of niet. Hij verkrijgt de eigendom *ipso iure* als degene die de zaak verloren heeft zich een jaar na de aangifte niet heeft gemeld. Zo wordt

¹⁰ W.H.M. Reehuis, A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, 12e druk, Deventer 2006, nr 401 p. 347 'Zij (de bezitsactie van art. 3:125 BW) is de revindicatie van de bezitter (...)'.

¹¹ Kan de eerlijke vinder de revindicatie instellen namens de eigenaar uit hoofde van de zaakwaarneming? Dit kan wellicht verdedigd worden op grond van de artikelen 6:199 BW en een ruime uitleg van art. 6:201 BW. Art. 6:199 BW verplicht de zaakwaarnemer de nodige zorg te betrachten. Het laatste artikel geeft de zaakwaarnemer de bevoegdheid rechtshandelingen te verrichten namens de belanghebbende. Wellicht dat dit artikel ruim uitgelegd kan worden zodat de zaakwaarnemer de onder hem gestolen zaak als eigenaar kan opeisen van de dief? Bij zo'n ruime uitleg zou de eerlijke vinder geen behoefte hebben aan de bezitsactie van art. 3:125 BW. Vgl. in deze zin voor de retentor, art. 3:295. Nu de vinder die kosten heeft gemaakt aan de gevonden zaak krachtens art. 5:10 BW een retentierecht heeft, kan de vinder die kosten heeft gemaakt de revindicatie instellen. Geldt het ook voor de vinder die geen kosten heeft gemaakt? Daarvoor spreekt dat de vinder die zaakwaarnemer is niet weet wie de eigenaar is, zodat hij de eigenaar niet kan alarmeren.

¹² In gelijke zin W.C.L. van der Grinten, 'De zakelijke rechten in het Nieuwe B.W.' in: *WPNR* 5240 (1973), p. 513 e.v., p. 514: 'een zekere analogie met de toe-eigening van een res nullius'.

WAAROM WORDT DE VINDER EIGENAAR?

voorkomen dat de zaak een jaar na aangifte van de vondst een *res nullius* wordt zodat degene die haar bij de vinder wegneemt er door toe-eigening eigenaar van wordt.

3 Verschweigung

Naar Romeins recht werd de vinder nooit eigenaar van de door hem gevonden zaak. De eerlijke vinder was zaakwaarnemer voor de eigenaar. Wanneer de eerlijke vinder de bevoegdheden van een zaakwaarnemer te boven ging door de zaak bijvoorbeeld te gebruiken of verkopen, maakte hij zich schuldig aan diefstal. De eerlijke vinder diende de zaak steeds als zaakwaarnemer voor de eigenaar onder zich te houden. Als de eigenaar zich bij de vinder meldde, was het volgens Ulpianus onbehoorlijk om vindersonderzoek te vragen.¹³ De oneerlijke vinder was bezitter te kwader trouw en daarmee verkrijgende verjaring onwaardig.¹⁴ De regeling van het Romeinse recht is weinig praktisch. Zij brengt een gevonden zaak buiten het handelsverkeer als de eigenaar haar niet opspoort. Het Middeleeuwse recht geeft dan ook andere regelingen. Delbrück geeft in een uitvoerig artikel in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und Deutschen Privatrechts* een opsomming van tal van deze verschillende regelingen.¹⁵ De kern van de verschillende regelingen bestaat erin dat de vinder aangifte van zijn vondst doet bij een lokale autoriteit zoals de gemeente of de kerk. De gemeente of de kerk doen dan gedurende een bepaalde tijd moeite de eigenaar te alarmeren bijvoorbeeld door de zaak tijdens een kerkdienst te tonen. Na een bepaalde tijd verliest de eigenaar die zich niet meldt zijn eigendomsrecht. De eigendom komt (deels) toe aan de kerk, een 'milde Stiftung', de gemeente, de armenkas of aan de vinder zelf.¹⁶

¹³ Zie D. 47,2,43,8 en 9. Vgl. bijvoorbeeld H. Dernburg, *Pandekten, Bd I Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, 5^e druk, Berlijn 1896, p. 490.

¹⁴ CJ 7.39.8.1.

¹⁵ B. Delbrück 'Vom Finden verlorener Sachen' in: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und Deutschen Privatrechts* Band 3 1859, p. 1-57.

¹⁶ Enkele voorbeelden, J. S. Stryk, *Usus moderni pandectarum Continuatio Quarta*, 4^e druk Magdeburg 1773, ad 41.1. XVII (p. 97) legt uit dat *iure Saxonico* de eigenaar die zich binnen zes weken na de bekendmaking van de vondst meldt twee derde van de (waarde van de) zaak krijgt en de vinder een derde. Als de eigenaar zich niet tijdig meldt, is tweederde voor de fiscus en een derde voor de vinder. Zie over het Saksische recht ook C.G. Haubold, *Lehrbuch des Königlich-Sächsischen Privatrechts*, 2^e druk bewerkt door K.F. Günther, Leipzig 1829, p. 160. Het leenrecht in Görlitz kende een soortgelijke regel, zie K.A.D. Unterholzner, *Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten I*, Leipzig 1828, p. 83. Volgens het Bremens stadsrecht verkrijgt de gemeente na een jaar de eigendom. Zij moet vervolgens de vinder schadeloos stellen. Voor een overzicht van de regeling in het hertogdom Braunschweig, A. Steinacker, *Particulares Privatrecht des Herzogthums Braunschweig*, Wolfenbüttel 1843, p. 396-399. Vgl. over soortgelijke gemeentelijke verordeningen onder het oude recht, J.H. Beekhuis, F.H.J. Mijnsen, P. de Haan, *Zakenrecht*, 12^e druk, Zwolle 1985, nr 547.

Delbrück wijst erop dat gedurende de 18^e en de 19^e eeuw steeds meer *communis opinio* wordt dat de vinder de eigendom verkrijgt.¹⁷ Onduidelijk is waar eigendomsverkrijging door de vinder op is gebaseerd. Steinacker merkt over de herkomst van de regelingen het volgende op:

Die Erwerbung durch Finden ist bekanntlich nach röm. Recht sehr beschränkt (...) und die darüber geltenden Grundsätze sind mehr dem gemeinen deutsche Rechte entnommen.¹⁸

Mittermaier noemt deze lokale, van het Romeinse recht afwijkende, regelingen een 'Überbleibsel des deutschen Rechts.'¹⁹ Hij brengt de Saksische regeling omtrent gevonden zaken in verband met de figuur van de 'Verjährung von Jahr und Tag'.²⁰ Piekenbrock betreurt deze terminologie, het is zijns inziens duidelijker te spreken van *Verschweigung*:

Lässt sich der Rechtsverlust nach 'Jahr und Tag' damit auf den allgemeinen Gedanken zurückführen, dass jeder, der einen ihm ungünstigen und als unrechtmässig erkannten oder jedenfalls erkennbaren Rechtszustand anfechten kann und dies gleichwohl nicht fristgerecht tut, sein (Anfechtungs-) Recht verliert. Dies kommt in dem altertümlich anmutenden Begriff der Verschweigung viel besser zum Ausdruck als im heute gängigen Begriff der Verjährung.²¹

Wanneer een vinder aangifte doet kan de eigenaar weten waar hij zijn zaak kan opeisen. Door dit gedurende een bepaalde tijd niet te doen is zijn rechtsverlies gerechtvaardigd: hij verliest zijn recht door *Verschweigung* (verzwijging).²² Het is vervolgens aan de wetgever om te bepalen wie de eigendom van de zaak verkrijgt. Dat kan bijvoorbeeld de vinder zijn, de gemeente, de kerk of de armenkas. Vanuit modern perspectief is *Verschweigung* te beschouwen als het verlies van recht door rechtsverwerking.²³ Als gevolg van *Verschweigung* verliest de eigenaar van de verloren zaak zijn eigendomsrecht en wordt de zaak een *res nullius*. Om het aldus ontstane gat op te vullen, geven verschillende wetten de nieuwe eigendomsverhoudingen. De eigendomsverkrijging van een verloren zaak is zo beschouwd een goederenrechtelijke ordeningsregel. De herverdeling van de eigendom is gerechtvaardigd omdat de eigenaar van de verloren zaak zijn recht verwerkt heeft.

¹⁷ Hugo de Groot (*De iure belli ac pacis*, 1625 herdruk Leiden 1939, II 10 paragraaf 11) spreekt zich bijvoorbeeld uit tegen de verplichting de zaak aan de armen af te staan.

¹⁸ A. Steinacker, *Particulares Privatrecht des Herzogthums Braunschweig*, Wolfenbüttel 1843, p. 396 noot 2.

¹⁹ C.J.A. Mittermaier, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, I 6^e druk Regensburg 1842, p. 432.

²⁰ C.J.A. Mittermaier, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, I 6^e druk Regensburg 1842, p. 437.

²¹ A. Piekenbrock, *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung*, Tübingen 2006, p. 121. Vgl. in gelijke zin W. Immerwahr, *Die Verschweigung im deutschen Recht*, Breslau 1895, p. 2-3.

²² H.C. Merckbach, *Anmerkungen über den Sachenspiegel*, Jena 1764, p. 154 spreekt van *Verschweigung* als poena neglegentiae.

²³ Daarover hieronder uitgebreid nr 9 en 10.

4 Leerstellige verwarring

Met de toenemende receptie van het Romeinse recht worden in de literatuur steeds meer pogingen gedaan eigendomsverkrijging door een vinder in het stelsel van het Romeinse recht te passen.²⁴ Als men deze aan het Romeinse recht vreemde regeling in Romeinsrechtelijke termen wil uitdrukken, ligt leerstellige verwarring op de loer. Eigendomsverkrijging door een vinder is dan bevrijdende verjaring gecombineerd met verkrijgende verjaring of toe-eigening. Het eigendomsverlies van de eigenaar van de gevonden zaak is dan een gevolg van bevrijdende verjaring. Daarvan is in werkelijkheid evenwel geen sprake. De bevrijdende verjaring geeft de debiteur een verweermiddel tegen een rechtsvordering, zij laat het onderliggende recht onverlet. De bezitter kan de revindicatie van de eigenaar na dertig jaar afweren met een aan bevrijdende verjaring ontleende exceptie.²⁵ De oneerlijke vinder die de gevonden zaak in bezit neemt en de vondst aangeeft, is evenwel al een jaar na aangifte veilig. Voor wat betreft de eerlijke vinder kan in het geheel geen sprake zijn van verjaring van de revindicatie nu de eerlijke vinder geen bezitter is, maar houder voor de eigenaar. De bevrijdende verjaring van de revindicatie kan pas gaan lopen als de houder zichzelf tot bezitter van de zaak maakt. Bovendien is de gebruikelijke termijn voor bevrijdende verjaring dertig jaar, waar voor het eigendomsverlies van de eigenaar van een verloren zaak een veel kortere termijn geldt. Als men eigendomsverkrijging door de vinder in het Romeinsrechtelijke stelsel wil inpassen, heeft men de keuze tussen verkrijgende verjaring en toe-eigening. Ook dan ligt leerstellige verwarring op de loer. Van beide kan geen sprake zijn. Omdat de eerlijke vinder houder voor de eigenaar is, ontbreekt het voor beide wijzen van eigendomsverkrijging vereiste bezit. De termijn die voor verkrijging door de eerlijke vinder geldt is vergeleken met het Justiniaanse verjaringsrecht bovendien kort.²⁶ Voor de oneerlijke vinder ontbreekt de voor eigendomsverkrijging op grond van verkrijgende verjaring vereiste goede trouw. Evemin kan gezegd worden dat de oneerlijke vinder eigenaar wordt door een aan niemand toebehorende zaak in bezit te nemen. Op het ogenblik dat de oneerlijke vinder de zaak in bezit neemt heeft de zaak immers nog wel degelijk een eigenaar.

Er zijn zoveel verschillen met de gebruikelijke werking van toe-eigening, verkrijgende en bevrijdende verjaring dat het de vraag is of het zinvol is eigendomsverkrijging door een vinder in Romeinsrechtelijke termen te omschrijven. Het is bepaald niet zinvol eigendomsverkrijging door een vinder te omschrijven in de terminologie van de

²⁴ B. Delbrück, *Vom Finden verlorener Sachen*, spreekt van 'die wichtige Aufgabe, die Natur dieser Art des Eigentumsverwerbes juristisch zu bestimmen.' p. 36.

²⁵ Zie CJ 7,39,8,1a.

²⁶ Het Justiniaanse verjaringsrecht eiste een bezit van drie jaar. In het voor-Justiniaanse recht gold voor roerende zaken een termijn van een jaar.

Romeinsrechtelijke figuren van bevrijdende en verkrijgende verjaring, als men daaraan de conclusie verbindt dat regels die gelden voor verkrijgende en bevrijdende verjaring ook gelden voor eigendomsverkrijging door de vinder. De vinder zou dan bijvoorbeeld net als de verjaringsbezitter de feitelijke heerschappij gedurende een bepaalde tijd moeten voeren om uiteindelijk eigenaar te worden. Geen van de hierboven genoemde regelingen stelt deze eis omdat eigendomsverkrijging niet een bijzondere toepassing is van verkrijgende verjaring. Eigendomsverkrijging door een vinder is noodzakelijk om te voorkomen dat de gevonden zaak een *res nullius* blijft als de eigenaar haar niet heeft opgeëist binnen een bepaalde tijd nadat de vondst is aangegeven. Met de toenemende receptie van het Romeinse recht blijkt leerstellige verwarring haast onontkoombaar. Er worden in de gemeenrechtelijke literatuur drie verschillende wegen bewandeld om eigendomsverkrijging door een vinder in te passen in het Romeinsrechtelijke stelsel. Van deze wegen is die waarin eigendomsverkrijging door de vinder verkrijgende verjaring is de invloedrijkste. Zij ligt niet alleen ten grondslag aan artikel 5:6 BW, maar heeft ook haar invloed laten gelden op de wetboeken van Oostenrijk en Duitsland. Voorafgaand aan de regelingen in het Oostenrijkse en Duitse wetboek schets ik de drie wijzen waarop in het gemene recht eigendomsverkrijging door de vinder in het Romeinse recht werd ingepast.

5 Eigendomsverkrijging door de vinder als schatvinding, verkrijgende verjaring of inbezitneming?

Voet merkt op dat de vinder naar Romeins recht geen eigenaar van de gevonden zaak werd: hij moest de zaak teruggeven aan de eigenaar. De vinder dient volgens Voet om aan de verdenking van diefstal te ontkomen de gevonden zaak af te staan aan een bewaker ten algemene nutte, of de vondst bekend te maken door middel van een geschrift of een openlijke bekendmaking. Voet merkt op dat sommige schrijvers van de Romeinsrechtelijke regels afwijken als de eigenaar zich niet meldt. Groenewegen en Van Leeuwen verdedigen bijvoorbeeld dat de eigendom van de gevonden zaak in dergelijke gevallen toekomt aan de fiscus of de armen. Voet schrijft:

dat het misschien juister is dat je gevonden zaken gelijk stelt aan een schat, omdat de eigenaar van gevonden zaken net zo min als de eigenaar van een schat op zal komen dagen²⁷

Sell stelt dat het onjuist is de regels van schatvinding toe te passen op een mogelijke eigendomsverkrijging door de vinder. Hij wijst er op dat de vinder verplicht is aangifte van zijn vondst te doen op straffe van diefstal. Deze regel geldt niet bij schatvinding,

²⁷ J. Voet, *Commentarii ad Pandectas*, Genève 1769, II ad 41,1, no 9 (p. 602): 'nisi forte rectius haec tunc thesauro assimilaveris; cum non magis eorum quam thesauri dominus appareat (...).'

WAAROM WORDT DE VINDER EIGENAAR?

zodat de regels van schatvinding niet naar analogie op vinder kunnen worden toegepast.²⁸ Lauterbach schrijft over de vinder die kond heeft gedaan van zijn vondst:

Hij kan de zaak te goeder trouw onder zich houden, maar niet omdat het een schat is, maar in werkelijkheid omdat de zaak voor gederelinqueerd wordt gehouden.²⁹

Omdat de zaak gehouden wordt voor een *res derelicta* is de vinder *usucapiens pro derelicto* geworden. De vinder is verjaringsbezitter geworden. Delbrück wijst er op dat de vinder niet kan verjaren nu hij niet te goeder trouw is: de vinder weet dat hij niet met een gederelinqueerde zaak te maken heeft. Hij wijst er verder op dat als men aanneemt dat de eigenaar afstand doet van zijn zaak als hij haar niet binnen een bepaalde periode opeist, de gevonden zaak een *res nullius* wordt en de vinder geen behoefte heeft aan verkrijgende verjaring. Hij kan dan eigenaar worden door de zaak in bezit te nemen.³⁰ Sell is evenmin geporteerd voor de zienswijze waarin de vinder verjaringsbezitter *pro derelicto* wordt. Hij wijst er op dat iedere steun voor de 'Verwandlung' van de zaak van een verloren in een gederelinqueerde zaak ontbreekt.³¹ Hij bepleit daarom een terugkeer naar de ware beginselen van het Romeinse recht die eigendomsverkrijging door de vinder niet toestonden.³² Sell staat, volgens Delbrück, alleen in zijn opvatting. Delbrück wijst er op dat:

mit noch grossere Bestimmtheit und Uebereinstimmung {wird} gelehrt, dass, wenn das Aufgebot stattgefunden hat und der Eigenthümer sich nicht meldet, sein Recht untergeht.³³

Waarop is het eigendomsverlies gebaseerd? Delbrück verwijst naar Haase die het eigendomsverlies ziet als een rechtsgevolg van het tijdsverloop na de openbare oproep zich te melden. Door een bepaalde tijd te laten verstrijken nadat een belanghebbende was uitgenodigd om op te komen voor zijn rechten, verloor die belanghebbende zijn rechten. Een dergelijke 'Edictalladung' was het Romeinse recht niet onbekend, maar de rechtsgevolgen zijn verder uitgewerkt in rechterlijke uitspraken en specifieke wetten.³⁴

²⁸ W. Sell, *Versuche im Gebiete des Civilrechts*, Giessen 1833, p. 162-163.

²⁹ W.A. en U.T. Lauterbach, *Collegium pandectarum*, 3^e druk, Tübingen 1724, nr XXXII ad D. 41.1. (p. 144): (...) b.f. retinere potest, non quidem ut thesaurum, verum seu rem pro derelicto habitam. In gelijke zin A.J.F. Thibaut, *System des Pandektenrechts*, 9e druk Jena 1846, p. 225: 'wenn der Eigenthümer nicht erscheint: auch gibt die Occupation dem Finder ein Verjährungs-Titel gegen den Eigenthümer.'

³⁰ B. Delbrück, *Vom Finden verlorener Sachen*, p. 37-38. De vinder die weet van wie door hem gevonden zaak is en aangifte doet, wordt evenmin eigenaar door inbezitneming: toen hij de zaak in bezit nam, was de zaak nog geen *res nullius*.

³¹ W. Sell, *Versuche im Gebiete des Civilrechts*, Giessen 1833, p. 187-188..

³² W. Sell, *Versuche im Gebiete des Civilrechts*, Giessen 1833, p. 182.

³³ B. Delbrück, *Vom Finden verlorener Sachen*, p. 37.

³⁴ C.A. Haase, *Ueber Edictalladungen und Edictalprozess ausserhalb des Concurses mit Hinsicht auf particulares, vorzüglich Sächsisches und Preussisches Recht*, Leipzig 1817, p. 2 noot 3. Haase verwijst

Een van de gevallen waarin het Pruisische recht verlies van recht aanneemt, is het geval waarin de eigenaar van een verloren zaak zich niet meldt nadat de vinder hem daartoe heeft uitgenodigd door de vondst op de voorgeschreven wijze aan te geven.³⁵ Met het eigendomsverlies is de vinder evenwel nog geen eigenaar. Hoe moet zijn eigendomsverkrijging worden verklaard? Delbrück baseert eigendomsverkrijging door de vinder op toe-eigening. Dat de vinder de door hem gevonden zaak toen hij haar aantrof niet in bezit wilde nemen, maar als zaakwaarnemer voor de eigenaar onder zich hield, doet niet ter zake. De vinder heeft volgens Delbrück niet alleen de op zaakwaarneming gerichte wil, maar ook de voor inbezitneming vereiste wil om de zaak voor zichzelf te houden, juist met het oog op de mogelijkheid dat zich de eigenaar niet meldt. De op houderschap respectievelijk inbezitneming gerichte intenties van de vinder sluiten elkaar uit: als de eigenaar zich tijdig meldt, blijkt dat de wil van de vinder steeds op zaakwaarneming was gericht. Als de eigenaar zich niet op tijd meldt, blijkt dat de wil van de vinder steeds op inbezitneming was gericht: de vinder is, nu de zaak intussen een *res nullius* geworden is, eigenaar geworden door toe-eigening.³⁶ Ook de zienswijze van Delbrück is weinig overtuigend: het is kunstmatig aan te nemen dat de wil van de vinder ervan afhankelijk is of de eigenaar zich binnen een bepaalde periode meldt of niet. Delbrück is genoodzaakt tot deze kunstmatige benadering omdat hij eigendomsverkrijging door de vinder in het Romeinse goederenrechtelijke stelsel wil inpassen. Juist omdat het Romeinse recht de regel niet kent, loopt deze weg dood. Hoe hardnekkig de leerstellige verwarring omtrent eigendomsverkrijging door de vinder is, blijkt wanneer we de aandacht richten op enkele moderne(re) codificaties. Illustratief is de regeling die in het Oostenrijkse wetboek van 1811 is gekozen. Het Oostenrijkse wetboek steunt in veel opzichten op het Romeinse recht.³⁷ De Oostenrijkse wetgever wilde evenwel in afwijking van het Romeinse recht de vinder de mogelijkheid geven eigenaar te worden. Hij heeft dat gedaan op een wijze die

onder andere naar de volgende Digestenteksten: Op grond van D. 48,17,1,2, dienden provinciegouverneurs de personen die in een register als op te sporen waren vermeld door middel van dagvaardingen (*edictis*) op te roepen. Vanaf dat ogenblik begon een termijn van een jaar te lopen. Meldde de verdachte zich niet, dan verviel zijn vermogen aan de Staat, D. 48,17,2. Vgl. ook D. 42,1,51: iemand die drie dagvaardingen heeft genegeerd is *contumax* (iemand die verstek laat gaan). Het ALR schrijft bijvoorbeeld voor dat de aangifte van de vondst van een zaak die meer dan 200 Thaler waard is moet geschieden door förmliche Edictal-citation, ALR I 9 par 32. Vgl. verder C.G. Haubold, *Lehrbuch des Königlich-Sächsischen Privatrechts*, 2^e druk bewerkt door K.F. Günther, Leipzig 1829, p. 160.

³⁵ C.A. Haase, *Ueber Edictalladungen und Edictalprozess ausserhalb des Concurses mit Hinsicht auf particulares, vorzüglich Sächsisches und Preussisches Recht*, Leipzig 1817, p. 155-156.

³⁶ B. Delbrück, *Vom Finden verlorener Sachen*, p. 46-47.

³⁷ P. Stein, *Roman law in European history*, Cambridge 2005, p. 113 schrijft dat de intellectuele voorman van het Oostenrijkse wetboek Franz Aloys von Zeiller het presenteerde als een praktisch compromis tussen het Romeinse recht dat onveranderlijke beginselen van de rede uitdrukt en de noden van de staat. In deze formulering herkent men de twee voornaamste bronnen van het wetboek, natuurrecht en Romeins recht. Von Zeiller was, net als zijn voorganger Martini, hoogleraar in zowel het natuurrecht als het Romeinse recht, vgl. C.J.H. Jansen, 'Enige voorlopige opmerkingen over een bijna vergeten invloed op ons BW: het natuurrecht', in: *GROM* 1989, p. 45-61.

getuigt van dezelfde leerstellige verwarring die hierboven is gesignaleerd.

6 Oostenrijks recht

Eigendomsverkrijging door een vinder is in het *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* van 1811 geregeld in paragraaf 392. De tekst van deze paragraaf luidt als volgt:

Wird die gefundene Sache innerhalb der Jahresfrist von Niemanden mit Recht angesprochen, so erhält der Finder das Recht, die Sache oder den daraus gelösten Werth zu benutzen. Erst nach der Verjährungszeit erlangt der Finder, gleich einem redlichen Besitzer, das Eigenthumsrecht.

De tekst wijkt op enkele punten af van een voorloper van het ABGB. Als gevolg van de eerste en de derde Poolse deling waren Oost- en West-Galicië in 1772 respectievelijk 1795 aan Oostenrijk toegevallen. Het ontwerp Martini, een voorloper van het ABGB, werd twee jaar na de verwerving van West-Galicië met enkele kleine wijzigingen per 1 januari 1798 ingevoerd als *Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien*. In de Oostenrijkse literatuur wordt van een 'Erprobung' (voorproef) gesproken voor het voor Oostenrijk bestemde ABGB.³⁸ De bepaling van het ABGB wijkt af van de bepaling die het Galicische wetboek kende. Paragraaf 121 II van het Galicische wetboek luidt als volgt:

Wird die gefundene Sache innerhalb der Jahresfrist von Niemandem mit Recht angesprochen, so wird der Finder in den Rechtmässigen Besitz gesetzt und erlangt gleich einem anderen redlichen Besitzer in der gesetzmässigen Zeit das Eigenthumsrecht.

Deze bepaling is een merkwaardige vermenging van de hierboven besproken regelingen en Romeins recht. Waar de vinder naar wat ik hier voor het gemak noem Duits recht na een bepaalde periode de eigendom verkrijgt, wordt de vinder als gevolg van paragraaf 121 verjaringsbezitter. Onduidelijk is hoe de vinder het bezit verkrijgt: in beginsel kan de houder het bezit van de door hem gehouden zaak niet verkrijgen zonder het recht van de eigenaar tegen te spreken of de zaak in bezit te nemen. Unger spreekt van *missio in possessionem* door de wet.³⁹ In het uiteindelijke voor de Duitse erflanden bestemde wetboek zijn de bepalingen omtrent eigendomsverkrijging door de vinder enigszins gewijzigd. Net als in het Galicische wetboek verandert een jaar na de aangifte de goederenrechtelijke positie van de vinder. De vinder wordt niet zoals in het Galicische wetboek verjaringsbezitter, maar krijgt het recht de zaak te gebruiken en de vruchten te trekken. De vinder wordt geen bezitter en kan dus niet verjaren. De laatste zin van

³⁸ B. Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen 2004, p. 266.

³⁹ J. Unger, *System des österreichischen privatrechts*, 5^e druk, Band 2, Leipzig 1892, p. 282.

paragraaf 392 ABGB stelt de vinder evenwel gelijk aan een verjaringsbezitter, zodat hij na nog eens drie jaar de eigendom verkrijgt.

Helfert neemt daarom aan dat eigendomsverkrijging door de vinder een toepassing is van verkrijgende verjaring.⁴⁰ Bergmayr komt tot een soortgelijke uitkomst. Hij legt paragraaf 392 ABGB uit in de geest van haar voorganger in het Galicische wetboek. Paragraaf 392 staat het volgens Bergmayr de vinder een jaar na de aangifte toe zichzelf tot bezitter te verheffen, in strijd met het verbod van wat wel bezitsinterversie wordt genoemd (zie paragraaf 319 ABGB). Zo is verkrijgende verjaring mogelijk.⁴¹ Stubenrauch is van mening dat er geen sprake kan zijn van verkrijgende verjaring nu het daartoe vereiste *bona fide* bezit ontbreekt. Hij neemt aan dat het gaat om een wijze van eigendomsverkrijging 'eigener Art' die als een 'Analogon' van verkrijgende verjaring te beschouwen is.⁴² Gerner stelt dat paragraaf 392 ABGB eigendomsverkrijging door inbezitneming door de vinder uitstelt.⁴³ Wij zagen hiervoor dat hetzelfde standpunt is verdedigd door Delbrück. Stubenrauch keert zich tegen deze opvatting nu een gevonden zaak geen *res nullius* is. Het is volgens Stubenrauch ook niet mogelijk aan te nemen dat de eigenaar zijn recht verliest als hij nalaat de zaak na de aangifte van de vondst op te eisen zodat de zaak een *res nullius* zou worden. Het eigendomsrecht gaat blijkens paragraaf 1459 ABGB niet teniet door bevrijdende verjaring. Zelfs als de zaak wel eigenaarloos wordt, is eigendomsverkrijging door inbezitneming onmogelijk, nu de eerlijke vinder de zaak niet in bezit neemt.⁴⁴

De Oostenrijkse pandektist Unger lost de leerstellige verwarring op. Hij legt uit dat geen sprake is van verkrijgende verjaring en ook niet van een naar analogie van de verkrijgende verjaring te beoordelen wijze van eigendomsverkrijging. De vinder verkrijgt de eigendom volgens Unger als reactie op het eigendomsverlies door *Verschweigung*. Als men de verschillende Duitse regelingen in Romeinsrechtelijke termen wil omschrijven gaat het onherroepelijk mis: *Verschweigung* is dan een combinatie van bevrijdende én verkrijgende

⁴⁰ W.A. Helfert, 'Über die Erwerbung gefundener Sachen durch Verjährung' in: *Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit* I (1827), p. 299-316.

⁴¹ I.F.S. Bergmayr, *Das bürgerliche Recht der k. k. oesterreichischen Armee und der Militär-Gränz-Provinzen Band 2, Von dem Sachenrechte*, Wenen 1829, p. 120.

⁴² M. Stubenrauch, *Commentar zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuche*, 6^e druk, Wenen 1892, p. 489. Zeiller uit zich in soortgelijke zin. Hij schrijft: 'Erst wenn der Eigentümer (oder der Inhaber in dessen Nahmen) seit dem Funde durch die ganze Verjährungszeit sich nicht gemeldet hat, so verliert er sein Recht und es geht auf dem Finder über; *obschon ordentlicher Weise eine Sache nur von einem redlichen Besitzer ersessen (...) werden kann.*' F.A. von Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, Band II, 1, Wenen-Triest 1812, p. 175. (cursivering toegevoegd)

⁴³ C.F.W. Gerner, *System des deutschen Privatrechts*, Jena 1858, p. 220: 'suspendirt'.

⁴⁴ M. Stubenrauch, *Commentar zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuche*, 6^e druk Wenen 1892, p. 489. In gelijke zin A. Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I, 2. Hälfte, Das Sachenrecht*, Wenen 1923, par. 215 (p. 222-228), p. 224.

WAAROM WORDT DE VINDER EIGENAAR?

verjaring.⁴⁵ *Verschweigung* brengt echter anders dan bevrijdende verjaring het einde van de eigendom, waar bevrijdende verjaring enkel de revindicatie verlamt door middel van een *exceptio*. Van de andere kant is geen sprake van eigendomsverkrijging door verkrijgende verjaring in die zin dat de regels die gelden voor verkrijging door verjaring van overeenkomstige toepassing zijn. Door *Verschweigung* verliest hij zijn recht en op datzelfde ogenblik wordt de vinder eigenaar. Hierin is volgens Unger een toepassing van de 'deutschrechtlichen Grundsätze der Verschweigung' te zien.⁴⁶ Iro geeft de volgende omschrijving van *Verschweigung*:

Darunter versteht man den vom Gesetz vorgesehenen Erwerb eines Rechts infolge dessen Nichtausübung seitens des Berechtigten.⁴⁷

De modernere Oostenrijkse literatuur is kritisch ten aanzien van de tekst en de werking van paragraaf 392 ABGB. Koziol en Welser wijzen er bijvoorbeeld op dat het verwarrend is dat de wetgever spreekt van een 'Verjährungsfrist', nu in werkelijkheid geen sprake is van bevrijdende noch van verkrijgende verjaring, maar het gaat om een gevolg van *Verschweigung*.⁴⁸ Gschnitzer wijst op een merkwaardigheid ten aanzien van de werking van paragraaf 392 ABGB.⁴⁹ Er vindt welbeschouwd twee keer *Verschweigung* plaats. Na een jaar verkrijgt de vinder een gebruiksrecht, weer drie jaar later verkrijgt de vinder naast het gebruiksrecht de eigendom. In 2003 heeft de Oostenrijkse wetgever de bepalingen over eigendomsverkrijging door de vinder gestroomlijnd. Voortaan vindt slechts éénmaal *Verschweigung* plaats en wel een jaar na de vondst. Sinds 1 februari 2003⁵⁰ luidt paragraaf 395 ABGB als volgt:

Wird die Sache innerhalb eines Jahres von keinem Verlusträger angesprochen, so erwirbt der Finder das Eigentum an der in seiner Gewahrsame befindlichen Sache mit Ablauf der Frist, an der abgegebenen Sache mit ihrer Ausfolgung an ihn. Die Frist beginnt im Fall des § 391 Z 2 mit dem Zeitpunkt des Findens, sonst mit der Erstattung der Anzeige (§ 390).

De vinder verkrijgt de eigendom van de zaak die zich in zijn macht bevindt op het ogenblik dat de eigenaar een jaar na de aangifte niets van zich heeft laten horen. Door expliciet te stellen dat de termijn van een jaar begint te lopen na de aangifte en niet na de

⁴⁵ In deze zin bijvoorbeeld L. von Kirchstetter, *Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, Leipzig Wenen 1872, p. 197: 'Es wird also auch nach österr. Rechte hier nach wie bei der Verschweigung des deutschen rechts der erlöschenden Verjährung die Wirkung der erwerbenden beigelegt.'

⁴⁶ J. Unger, *System des österreichischen privatrechts*, 5^e druk Band 2, Leipzig 1892, p. 283.

⁴⁷ G. Iro, *Bürgerliches Recht, Band IV Sachenrecht*, Wenen-New York 2008, p. 105.

⁴⁸ H. Koziol, R. Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band III, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht*, Wenen 1979, p. 55.

⁴⁹ F. Gschnitzer, *Österreichisches Sachenrecht*, 2^e druk, Wenen 1985, p. 86.

⁵⁰ U. Flossmann, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, 6^e druk, Wenen 2008, p. 175.

vondst wordt duidelijk dat het niet om verkrijgende verjaring gaat. Het Oostenrijkse recht stelt om dezelfde reden niet de eis dat de vinder als hij aangifte doet te goeder trouw is: dat wil zeggen niet weet wie de eigenaar is. Paragraaf 390 ABGB stelt wel de eis dat de vinder bij zijn aangifte alle informatie geeft die nuttig kan zijn om de eigenaar (of een andere 'Verlustträger') van de zaak op te sporen. Als A weet wiens horloge hij gevonden heeft, zal hij dit de politie moeten melden. De politie zal vervolgens de eigenaar alarmeren: als deze gedurende een jaar niets van zich laat horen verliest hij zijn recht aan A. Veel van de leerstellige verwarring over de grondslag van eigendomsverkrijging door de vinder is daarmee verdreven. Het is merkwaardig dat de vinder na een jaar alleen eigenaar wordt als hij de zaak in zijn macht heeft of, wanneer hij haar heeft afgegeven, pas als zij aan hem wordt afgegeven. Zo wekt de wetgever de indruk dat eigendomsverkrijging door de vinder alleen mogelijk is als de vinder de feitelijke heerschappij over de gevonden zaak (opnieuw) voert. De Oostenrijkse wetgever zet hiermee de deur op een kier naar de hierboven geschetste leerstellige verwarring. Eigendomsverkrijging door de vinder die de zaak een jaar na aangifte van de vondst in zijn macht heeft, kan dan beschouwd worden als verkrijgende verjaring. De macht die de vinder gedurende een jaar over de zaak uitoefende, wordt tot recht gepromoveerd. Eigendomsverkrijging door de vinder aan wie de zaak langer dan een jaar na aangifte van de vondst wordt afgegeven, is dan toe-eigening. De vinder verkrijgt de eigendom doordat hem door de bewaarnemer het bezit van de intussen eigenaarloze zaak wordt verschaft. Omdat de vinder bij overhandiging de voor eigendomsverkrijging door inbezitneming vereiste 'Aneignungswille' heeft, wordt hij eigenaar.

7 Duits recht

De Oostenrijkse wetgever had er goed aan gedaan eigendomsverkrijging door de vinder los te koppelen van het antwoord op de vraag of de vinder de zaak (weer) onder zich heeft. Daartoe had hij inspiratie kunnen vinden in de Duitse literatuur over eigendomsverkrijging door de vinder. De meerderheid van de Duitse schrijvers stelt dat eigendomsverkrijging door de vinder los staat van het antwoord op de vraag of hij de heerschappij over de zaak (nog) uitoefent. Paragraaf 973 van het BGB luidt als volgt:

(1) Mit dem Ablauf von sechs Monaten nach der Anzeige des Fundes bei der zuständigen Behörde erwirbt der Finder das Eigentum an der Sache, es sei denn, dass vorher ein Empfangsberechtigter dem Finder bekannt geworden ist oder sein Recht bei der zuständigen Behörde angemeldet hat. Mit dem Erwerb des Eigentums erlöschen die sonstigen Rechte an der Sache.

(2) Ist die Sache nicht mehr als zehn Euro wert, so beginnt die sechsmonatige Frist mit dem Fund. Der Finder erwirbt das Eigentum nicht, wenn er den Fund auf Nachfrage verheimlicht. Die

WAAROM WORDT DE VINDER EIGENAAR?

Anmeldung eines Rechts bei der zuständigen Behörde steht dem Erwerb des Eigentums nicht entgegen.

De Duitse literatuur is verdeeld over het antwoord op de vraag of de vinder de macht over de door hem gevonden zaak nog moet uitoefenen zes maanden na de vondst. Een minderheid vindt van wel. Een motivering voor dit standpunt ontbreekt meestal.⁵¹ De bewerker van *Staudingers Kommentar*, Karl Heinz Gursky, geeft wel een verklaring:

Denn Ausgangspunkt und Anlass dieser Regelung ist die tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit des Finders, die gerade in eine entsprechende Rechtsposition umgewandelt werden soll, um die Sache dem Rechtsleben und dem Wirtschaftsprozess wieder zuzuführen.⁵²

Voor Gursky is eigendomsverkrijging door de vinder erop gericht de feitelijke heerschappij die de vinder over de zaak voert juridisch te bestendigen zodat de zaak weer deel uitmaakt van het rechtsleven en de economie. Uit het citaat blijkt impliciet dat Gursky eigendomsverkrijging door de vinder beschouwt als een bijzondere toepassing van de aan het Romeinse recht ontleende figuur van de verkrijgende verjaring.⁵³ Paragraaf 973 BGB verheft net als paragraaf 937 BGB (verkrijgende verjaring, Ersitzung) een feitelijke toestand die enige tijd heeft bestaan tot recht. Voor de verjaringsbezitter is gedurende tien jaar bezit (Eigenbesitz) vereist, voor de vinder zes maanden houderschap (Fremdbesitz).⁵⁴

Tegen deze opvatting is allereerst in te brengen dat zij niet in overeenstemming is met de woorden van de wet. Paragraaf 973 BGB eist niet dat de vinder de zaak zes maanden na de aangifte nog onder zich heeft. Een dergelijke eis stelt de wetgever voor de verkrijgende verjaring in paragraaf 937 BGB wel. Zo wordt duidelijk dat paragraaf 973 BGB geen bijzondere toepassing van de verkrijgende verjaring is. Eigendomsverkrijging langs de weg van paragraaf 973 BGB is volgens de heersende leer⁵⁵ een reactie op eigendomsverlies door *Verschweigung*.⁵⁶ Bovendien is het de vraag of de opvatting van

⁵¹ Vgl. bijvoorbeeld J. Neuner, 'Der Prioritätsgrundsatz im Privatrecht' in: *Archiv für die civilistische Praxis* 2003, p. 46-78, p. 67. P. Bassenge (bew.) par. 973 Rn 1 (p. 1514) in: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 69^e druk, München 2010.

⁵² K.H. Gursky (bew.), par 973 Rn 1 (p. 741) in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlijn 2011.

⁵³ J.H.A. Lokin en W.J. Zwolve merken over het BGB op dat men het kan beschouwen als 'de afsluiting van de receptie van het Romeinse recht', *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, 3^e druk, Deventer 2001, p. 255.

⁵⁴ Het BGB heeft het Romeinsrechtelijke onderscheid in bezit en houderschap niet overgenomen. Naar Duits recht zijn zowel degene die de feitelijke heerschappij voor een ander uitoefent, als degene voor wie hij de feitelijke heerschappij uitoefent bezitter. De eerste is Fremdbesitzer, de tweede Eigenbesitzer, zie de paragrafen 868 BGB en 872 BGB.

⁵⁵ Gursky-Staudinger, par 973 Rn 1 (p. 741): 'aA jedoch die hM'.

⁵⁶ H.J. Wieling, *Sachenrecht*, 2^e druk, Berlijn-Heidelberg-New York, p. 513-514, M. Wolff, L. Raiser, *Sachenrecht*, 10^e druk, Tübingen 1957, par. 82, p. 312. F. Quack (bew.) *Münchener Kommentar zum*

onder andere Gursky doelmatig is gezien vanuit het doel dat de wetgever met eigendomsverkrijging door de vinder nastreeft. De wetgever wil door de vinder eigenaar te maken de zaak weer in het rechtsverkeer brengen.⁵⁷ Is het dan zinvol eigendomsverkrijging door de vinder afhankelijk te maken van het antwoord op de vraag of hij de zaak nog in zijn macht heeft? Naar mijn mening niet. Een voorbeeld:

A verliest zijn horloge tijdens een wandeling in het bos. B vindt het horloge en doet aangifte van zijn vondst. Na drie maanden steelt C het horloge van B.

Door eigendomsverkrijging door B afhankelijk te maken van het antwoord op de vraag of hij de zaak nog onder zich heeft, blijft in het voorbeeld A eigenaar van het horloge. B verkrijgt de eigendom niet. Doordat B geen eigenaar wordt, kan A het horloge gedurende dertig jaar onder C en -afgezien van derdenbescherming of verkrijgende verjaring- zijn rechtsopvolgers revindiceren. Als B eigenaar wordt, geldt hetzelfde voor B: hij kan het horloge gedurende dertig van C en zijn rechtsopvolgers opeisen.⁵⁸ Het maakt zo bezien niet veel uit of A of B nu eigenaar is van het horloge. Eigendomsverkrijging door de vinder is er echter op gebaseerd dat de eigenaar die een zaak verliest en haar niet binnen een betrekkelijk korte tijd terug kan vinden, zijn zoektocht meestal zal staken. A zal zijn zoektocht eerder staken dan B waarmee het voor de hand ligt aan te nemen dat B en niet A eigenaar is van het horloge.⁵⁹ De heersende leer stelt dat het onjuist is eigendomsverkrijging door de vinder er van afhankelijk te maken of de vinder de heerschappij over de zaak nog voert. Dat is strijdig met de 'Verschweigungsgedanke' die aan paragraaf 973 BGB ten grondslag ligt.⁶⁰

Toch is er ook naar Duits recht te wijzen op een parallel tussen eigendomsverkrijging door de vinder en eigendomsverkrijging door de verjaringsbezitter. Paragraaf 973 BGB sluit eigendomsverkrijging door de vinder uit wanneer hij weet wie tot ontvangst van de zaak gerechtigd is of er gedurende de zes maanden na zijn vondst achter komt wie 'Empfangsberechtigter' is. Weet de vinder dat de door hem gevonden ketting aan B toebehoort, dan wordt hij geen eigenaar, ook niet als hij aangifte doet van de vondst. Komt de vinder er drie maanden na aangifte van de vondst achter dat de door hem gevonden

Bürgerlichen Gesetzbuch Bd 6, Sachenrecht, 4^e druk, München 2004, paragraaf 973, Rn 4 (p. 1040). H. Eichler, *Institutionen des Sachenrechts*, Band II, Ester Hälfte, *Eigentum und Besitz*, Berlijn 1957, p. 59 noot 28. H. Dernburg, *Das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preussens*, Halle 1904, par. 116 nr 5, p. 359.

⁵⁷ Vgl. in deze zin voor het Nederlandse recht Parlementaire Geschiedenis Inv. boek 5, p. 1008.

⁵⁸ Er is een klein verschil: als B eigenaar wordt begint de verjaringstermijn te lopen met B's eigendomsverkrijging en niet met C's bezitsverkrijging, dat is dus drie maanden na de diefstal door C.

⁵⁹ Bovendien worden de belangen van A er naar Duits recht nog door gediend dat hij ex paragraaf 977 BGB een aanspraak uit ongerechtvaardigde verrijking heeft tegen de vinder die langs de weg van paragraaf 973 BGB eigenaar werd.

⁶⁰ H.J. Wieling, *Sachenrecht*, 2^e druk, Berlijn-Heidelberg-New York, p. 514.

WAAROM WORDT DE VINDER EIGENAAR?

zaak toebehoort aan X, of in pand is gegeven aan Y, dan is eigendomsverkrijging door de vinder eveneens uitgesloten. Gursky spreekt van 'Schlechtgläubigkeit'.⁶¹ Men krijgt zo gemakkelijk de indruk dat eigendomsverkrijging door de vinder een bijzondere toepassing van verkrijgende verjaring is. De vinder moet net als de verjaringsbezitter te goeder trouw zijn en blijven. Naar Duits recht geldt immers dat later opkomende kwade trouw eigendomsverkrijging op grond van verkrijgende verjaring uitsluit.⁶² Iets soortgelijks geldt voor eigendomsverkrijging door de vinder. Dat is gezien de rechtvaardiging van eigendomsverkrijging door de vinder slecht te begrijpen: eigendomsverkrijging door de vinder is een reactie op het eigendomsverlies door *Verschweigung* van de eigenaar van de verloren zaak. Eigendomsverkrijging door de vinder is in lijn hiermee uitgesloten als de eigenaar van de verloren zaak zich binnen zes maanden na de aangifte van de vondst vervoegt bij de instantie waar de vondst is aangemeld ('bei der zuständigen Behörde angemeldet'). Er is dan geen reden de eigenaar van de verloren zaak zijn eigendom te ontnemen. Hij heeft zijn recht niet 'verschwiegen'. Wanneer vinder A er na drie maanden achterkomt dat de door hem gevonden zaak aan B toebehoort, verandert dit er niets aan dat eigenaar B stilzit als hij zich niet tijdig meldt. Zijn eigendomsverlies is dan gerechtvaardigd door zijn stilzitten. Door A in een dergelijk geval uit te sluiten van eigendomsverkrijging wekt de wetgever de indruk dat het bij eigendomsverkrijging door de vinder gaat om het belonen van (een atypische verschijningsvorm van) goede trouw. Die goede trouw bestaat er in dat de vinder niet weet aan wie de zaak toebehoort die hij gevonden heeft. Dergelijke kennis doet er naar mijn mening bij eigendomsverkrijging door de vinder niet toe. Door te eisen dat de vinder aangifte van de vondst doet, krijgt de eigenaar voldoende gelegenheid om eigendomsverlies te voorkomen door aangifte en of navraag te doen bij die politiebureaus waar hij vermoedt dat de aangifte van de vondst gedaan kan zijn. Doet hij dat niet, dan raakt hij zijn recht kwijt aan een vinder die aangifte deed, ook als de vinder er (toevallig) achter is gekomen wie de eigenaar van de zaak is.⁶³ Dat is wellicht vanuit moreel oogpunt niet kies, maar wel gerechtvaardigd omdat de rechtvaardiging van eigendomsverkrijging door de vinder niet ligt in de goede trouw van

⁶¹ Gursky-Staudinger, par. 973 Rn 3 (p. 742). In gelijke zin het in 1794 ingevoerde *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*. Het ALR verplicht (I 9 par. 19) de vinder die de eigenaar kent de zaak aan de eigenaar af te geven.

⁶² Paragraaf 937 BGB (2) eist dat de verjaringsbezitter gedurende de gehele verjaringstermijn te goeder trouw is. De Duitse wetgever wijkt daarmee af van het Romeinse recht waar gold dat later opkomende kwade trouw niet nadelig was, *mala fides superveniens non nocet*, vgl. M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, p. 423.

⁶³ In de Duitse literatuur bestaat onenigheid over de vereiste kennis van de vinder. Quack stelt in het *Münchener Kommentar* dat eigendomsverkrijging eveneens uitgesloten is wanneer de vinder door een van hem redelijkerwijs te verwachten onderzoek had kunnen weten van wie de gevonden zaak is. Quack-MüKo, par. 973 Rn 3. Op de vinder wordt als het ware een objectieve onderzoeksplicht gelegd. Dat lijkt mij strijdig met de strekking van paragraaf 973 BGB dat het omgekeerde doet: als de eigenaar nalaat zijn zaak op te sporen door navraag te doen bij de politiebureaus waar de vondst mogelijk aangegeven is, verliest hij zijn recht. Gursky wijst er op dat het onjuist is een onderzoeksplicht op de vinder te leggen, Gursky-Staudinger, par. 973 Rn 3 (p. 742). Hierover naar Nederlands recht, hieronder nr 8.

de vinder, maar in de nalatigheid van de eigenaar van de verloren zaak.⁶⁴ Hij verliest zijn recht als gevolg van *Verschweigung*. Het toepassen van de aan de verkrijgende verjaring ontleende regel *mala fides superveniens nocet* is een gevolg van de beïnvloeding van eigendomsverrijking door de vinder door eigendomsverrijking op grond van verkrijgende verjaring.

8 Nederlands recht: *Verschweigung* of verkrijgende verjaring?

Keren wij na deze uitgebreide bespiegelingen over het Oostenrijkse en Duitse recht terug naar de Nederlandse regeling. Zij vertoont trekken van de Verschweigungsregeling en trekken van een bijzondere toepassing van verkrijgende verjaring. Hoe dient de regeling van de artikelen 5:5 en 5:6 BW geïnterpreteerd te worden? Het feit dat artikel 5:6 BW eist dat de vinder de macht over de zaak nog voert als een jaar na de aangifte is verstreken wijst in de richting van een species van verkrijgende verjaring. De verjaringstermijn begint evenwel niet te lopen met de machtsverrijking, maar op het ogenblik van de aangifte. Merkwaardig is eveneens, als vinderschap een species van verkrijgende verjaring is, dat de eerlijke vinder als zaakwaarnemer slechts door ruime uitleg van art. 6:199 io 6:201 BW de revindicatie tegen de dief kan richten, terwijl de oneerlijke vinder deze bevoegdheid direct ontleent aan artikel 3:125 BW. Doorslaggevend is naar mijn mening het gegeven dat de wetgever niet de eis stelt dat de vinder te goeder trouw is op het tijdstip dat hij aangifte doet van de vondst. Als A tijdens een wandeling met B B's horloge vindt en aangifte doet van de vondst, verkrijgt A een jaar na de aangifte de eigendom van het horloge. Artikel 5:5 lid 1 sub a BW verplicht de vinder immers aangifte van de vondst te doen *tenzij* de vinder mededeling doet aan degene die hij tot ontvangst bevoegd kon beschouwen. Als A ervoor kiest de vondst van het horloge aan B te verzwijgen, maar wel aan te geven bij de gemeente, profiteert A dus ondanks zijn 'kwade trouw' van artikel 5:6 lid 1 BW. Na een jaar is hij eigenaar.

⁶⁴ Ik zou er daarom voor willen pleiten de 'goede trouw' en 'later opkomende kwade trouw', in afwijking van de tekst van paragraaf 973 BGB, buiten beschouwing te laten. Wijken de belangen van de eigenaar van een verloren zaak zo niet te snel voor die van de vinder die (op een later tijdstip) ontdekt aan wie de zaak toebehoort? Ik vind van niet, te meer daar het BGB degene die de eigendom langs de weg van paragraaf 973 BGB aan een vinder heeft verloren een actie uit ongerechtvaardigde verrijking geeft tegen de vinder, zie paragraaf 977 BGB. De wetgever beschouwt eigendomsverrijking door een vinder klaarblijkelijk steeds als ongerechtvaardigd, maar noodzakelijk als goederenrechtelijke ordeningsregel. Het is zo gezien merkwaardig de vinder die weet aan wie de door hem gevonden zaak behoort of er na de vondst te hebben aangegeven achter komt van wie de zaak is eigendomsverrijking langs de weg van paragraaf 973 BGB te ontzeggen: het feit dat hij niet (langer) 'te goeder trouw' is, zou aan de rechtvaardiging van eigendomsverrijking in de weg kunnen staan, maar is daarop niet van invloed nu eigendomsverrijking door de vinder de wetgever per definitie leidt tot een actie uit ongerechtvaardigde verrijking.

WAAROM WORDT DE VINDER EIGENAAR?

Het feit dat ook de vinder te kwader trouw eigenaar kan worden is gemakkelijk verklaard wanneer eigendomsverkrijging door de vinder beschouwd wordt als een goederenrechtelijke ordeningsregel die een reactie op en gevolg is van eigendomsverlies door *Verschweigung*. Wanneer eigendomsverkrijging door de vinder als een bijzondere toepassing van verkrijgende verjaring wordt beschouwd, is slecht te verklaren waarom geen goede trouw vereist is. F.H.J. Mijnsen en H.J. Snijders worstelen (daarom) met de vinder die weet van wie de zaak is maar slechts bij de gemeente aangifte doet. Mijnsen legt artikel 5:5 lid 1 sub a uit in Duitse zin: de vinder die weet van wie de gevonden zaak is, dient naar zijn mening mededeling te doen aan degene die hij tot ontvangst bevoegd acht. Alleen als hij niet weet wie bevoegd is tot ontvangst, kan hij zich ervan afmaken door de vondst enkel bij de gemeente aan te geven.⁶⁵ Deze uitleg stemt niet overeen met de tekst van artikel 5:5 lid 1 sub a BW.⁶⁶ H.J. Snijders stelt dat de vinder 'te kwader trouw' die slechts aangifte doet bij de gemeente geen beroep toekomt op artikel 5:5 BW wegens misbruik van recht (art. 3:13 BW).⁶⁷ De inbreuk op de regeling van artikel 5:5 lid 1 sub a io 5:6 BW die Snijders langs de weg van artikel 3:13 BW toelaatbaar acht, miskent de aard van artikel 5:6 BW: het gaat niet om het belonen van 'goede trouw' van de vinder, maar om een goederenrechtelijke ordeningsregel.

Iets soortgelijks doet zich voor wanneer de vinder er nadat hij de vondst aangaf achter komt (of had kunnen komen) van wie de zaak is. Omdat de eerlijke vinder zaakwaarnemer is, 'zal hij datgene moeten doen wat redelijkerwijze van hem gevergd kan worden om de eigenaar of de verliezer te ontdekken. Het plaatsen van een advertentie kan slechts bij uitzondering van hem worden verlangd, b.v. wanneer de waarde van het gevondene zeer groot is en de aangifte bij de politie weinig resultaat belooft omdat uit het gevondene blijkt, dat de eigenaar in een andere gemeente woont.'⁶⁸ Deze passage uit de Toelichting Meijers ondersteunt de gedachte dat eigendomsverkrijging door een vinder een bijzonder rechtsgevolg is van de te goeder trouw verrichte zaakwaarneming. Zo bezien zou de vinder eerlijk moeten zijn als hij aangifte doet en eerlijk moeten blijven in het jaar na de aangifte. Op de eerlijke vinder rust in bijzondere gevallen zelfs een onderzoeksplicht.⁶⁹ De Toelichting Meijers moge een Duitse lezing van de bepalingen over eigendomsverkrijging door de vinder ondersteunen, zij is niet in de wettekst terecht gekomen. Daaruit blijkt dat

⁶⁵ Asser/Mijnsen, Van Velten & Bartels, *Algemeen Goederenrecht* 5* 2008, nr 63.

⁶⁶ Mijnsens uitleg is evenmin in overeenstemming met de TM bij art. 5.2.3. (art. 5:5 BW) Parlementaire Geschiedenis boek 5, p. 77. De vinder hoeft geen aangifte te doen als hij de eigenaar of de verliezer terstond van de vondst in kennis heeft gesteld.

⁶⁷ H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, 4^e druk, Deventer 2007, nr 265. Snijders verwijst naar J.B. Huizink die in de beantwoording van een rechtsvraag ('Beantwoording van rechtsvraag 246 (burgerlijk recht) De verdwenen hertog van Alcantara' in: *Ars Aequi* 1996, p. 72-77, p. 73-74) schrijft dat er voor de door inzender J.W. Both voorgestelde 'Duitse' afhandeling van een vondst wel iets te zeggen is, maar dat artikel 5:5 BW 'niet in deze zin lijkt te kunnen worden verstaan.'

⁶⁸ TM bij art. 5.2.3. (art. 5:5 BW), Parlementaire Geschiedenis Boek 5, p. 77.

⁶⁹ Vgl. hierover naar Duits recht hierboven onder nr 7 noot 63.

eigendomsverkrijging door een vinder niet beschouwen is als een bijzondere toepassing van verkrijgende verjaring, maar als een goederenrechtelijke ordeningsregel.

Het is zo gezien niet onmogelijk dat eigendomsverkrijging door een vinder ongerechtvaardigde verrijking oplevert. Meijers gaat er vanuit dat dit niet zo is.⁷⁰ Deze opvatting ondersteunt de 'Duitse lezing' van artikel 5:5 lid 1 sub a BW van Mijssen en H.J. Sniijders omdat zo voorkomen wordt dat de vinder 'te kwader trouw' de eigendom verkrijgt zonder dat hij de eigenaar op grond van art. 6:212 schadeloos hoeft te stellen.⁷¹ Naar mijn mening is een ongerechtvaardigde verrijkingssactie geenszins uitgesloten na eigendomsverkrijging door een vinder. Beslissend is volgens Meijers de strekking van de wijze van eigendomsverkrijging.⁷² Meijers neemt aan dat eigendomsverkrijging door een vinder een definitief karakter heeft. Hij lijkt daarmee eigendomsverkrijging door de vinder te verwarren met eigendomsverkrijging door de verjaringsbezitter.⁷³ Verkrijgende verjaring heeft niet alleen een ordenende functie, zij vervult eveneens een proceseconomische functie: zij verkleint het aantal processen.⁷⁴ Eigendomsverkrijging door de vinder mist een proceseconomische functie. Artikel 5:6 BW is een goederenrechtelijke ordeningsregel die een gevonden zaak weer terug doet keren in het rechtsleven. Artikel 5:6 BW eist daarom geen 'goede trouw' noch een lang tijdsverloop. Artikel 5:6 BW is te vergelijken met de artikelen 5:14 (natrekking), 5:15 (vermenging) en 5:16 BW (zaaksvorming). Natrekking, zaaksvorming en vermenging kunnen ongerechtvaardigde verrijking opleveren.⁷⁵ Hetzelfde geldt naar mijn mening voor eigendomsverkrijging langs de weg van artikel 5:6 BW.⁷⁶

⁷⁰ TM bij art. 6.4.3.1. (art. 6:212 BW) Parlementaire Geschiedenis boek 6, p. 830. Vgl. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht, De verbintenis uit de wet*, Asser 6-IV*, nr 467.

⁷¹ Ik wil erop wijzen dat de vergelijking met het Duitse recht op dit punt mank gaat nu het Duitse recht de eigenaar per definitie een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking geeft, zie hierboven onder nr 7 noot 63. Dit neemt verder niet weg dat de vinder die wist van wie de zaak was, maar slechts bij de gemeente aangifte deed onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van de eigenaar. De voormalige eigenaar zou de vinder op grond van art. 6:162 BW kunnen aanspreken, de rechter zou de vinder er ex art. 6:103 BW toe kunnen veroordelen de zaak in eigendom over te dragen aan de vorige eigenaar.

⁷² TM bij art. 6.4.3.1. (art. 6:212 BW), Parlementaire Geschiedenis boek 6, p. 829-830.

⁷³ Dat Meijers de beide wijzen van eigendomsverkrijging met elkaar vereenzelvigde, blijkt er bijvoorbeeld uit dat in het Ontwerp Meijers voor de verjaringsbezitter te goeder trouw en de vinder een termijn van drie jaar gold, zie hierboven onder nr 1 noot 3.

⁷⁴ D. 41,10,5 *Usucapio rerum constituta est ut aliquis litium finis esset*, in gelijke zin de wetgever, MvA II bij art. 3:105 BW PG boek 3 p. 417.

⁷⁵ Het Ontwerp Meijers kende in artikel 5.2.14 een artikel dat dit bepaalde. Het wordt in de literatuur ook zonder deze bepaling geleerd, zie bijvoorbeeld Vgl. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht, De verbintenis uit de wet*, Asser 6-IV*, nr 470.

⁷⁶ Zo'n geval lijkt met name denkbaar wanneer de vinder wist van wie de zaak was toen hij aangifte deed van de vondst of daar binnen een jaar na de vondst achter is gekomen.

WAAROM WORDT DE VINDER EIGENAAR?

De wetgever zou er verstandig aan doen de eigendomsverkrijging door de vinder te beschouwen als een gevolg van *Verschweigung*. Hij zou daarom de laatste zin van artikel 5:6 BW dienen te schrappen en eigendomsverkrijging door de vinder dienen te abstraheren van het antwoord op de vraag of de vinder de macht nog uitoefent. Door deze eis aan de eigendomsverkrijging door de vinder te stellen wekt de wetgever de onjuiste indruk dat het gaat om een 'Analogon' van verkrijgende verjaring. Die indruk is onjuist nu de rechtvaardiging van eigendomsverkrijging door de vinder erin is gelegen dat de eigenaar zich gedurende een jaar niet heeft gemeld. De eigenaar had gelegenheid zich te melden nu de vinder de vondst bekend heeft gemaakt. Als de eigenaar zich niet meldt, verliest hij zijn recht aan de vinder. In Nederlandsrechtelijke termen uitgedrukt raakt de eigenaar zijn recht kwijt als gevolg van rechtsverwerking met sterke werking. De vergelijking met het leerstuk rechtsverwerking roept de vraag op of een bepaling als artikel 5:6 BW wel noodzakelijk is. Kunnen dezelfde resultaten worden bereikt met gebruikmaking van het leerstuk rechtsverwerking? Die vraag is gemakkelijk te beantwoorden. Een vergelijking tussen het in artikel 5:6 BW gecodificeerde uitvloeisel van het leerstuk *Verschweigung* en het leerstuk rechtsverwerking leert dat een bepaling als artikel 5:6 BW onontbeerlijk is. Daarvoor zijn verschillende redenen.

9 *Verschweigung* en rechtsverwerking

Ten eerste dient de vraag beantwoord te worden of het leerstuk rechtsverwerking het goederenrecht bestrijkt. Toepassing van het leerstuk rechtsverwerking in het goederenrecht wordt wel problematisch genoemd nu rechtsverwerking een uitvloeisel is van de redelijkheid en billijkheid en niet onomstotelijk vaststaat welke rol de redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht speelt. De redelijkheid en billijkheid beheerst krachtens artikel 6:2 BW de verhoudingen tussen schuldeiser en schuldenaar. Beheerst zij ook de verhoudingen in het goederenrecht zoals de verhoudingen tussen de eigenaar die zijn zaak kwijt is geraakt en de vinder? In oudere literatuur wordt wel aangenomen dat de rol die de redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht speelt een uiterst beperkte is, nu zij de rechtszekerheid verkleint waaraan in het goederenrecht doorgaans meer waarde toekomt dan in het verbintenissenrecht.⁷⁷ Dat neemt uiteraard niet weg dat de redelijkheid en billijkheid een rol speelt wanneer partijen die tot elkaar in een goederenrechtelijke verhouding staan, ook tot elkaar staan in een verbintenisrechtelijke verhouding. Als A een erfdiensbaarheid vestigt ten behoeve van zijn buurman B, zijn de verhoudingen tussen A en B zowel goederenrechtelijk als verbintenisrechtelijk. A vestigt de erfdiensbaarheid immers op grond van een daartoe met B gesloten overeenkomst zodat de verhoudingen

⁷⁷ J.E. Fesevur geeft een overzicht van de verschuivende opvattingen over de invloed van de redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht, zie zijn 'Redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse goederenrecht' in: J.M. Milo, S.E. Bartels (red.) *Open nomen in het goederenrecht*, Utrecht 2000, p. 21-60, p. 22-23.

tussen A en B door de redelijkheid en billijkheid worden beheerst.⁷⁸ Zelfs bij een dusdanig beperkt toepassingsbereik van de redelijkheid en billijkheid beheerst zij in ieder geval de verhoudingen tussen de eigenaar van een verloren zaak en de eerlijke vinder: de eerlijke vinder is immers zaakwaarnemer voor de eigenaar. Nu in de modernere literatuur aangenomen wordt dat de redelijkheid en billijkheid alle vermogensrechtelijke verhoudingen beheerst, valt ook de verhouding tussen een oneerlijke vinder en de eigenaar onder haar bereik.⁷⁹

Toepassing van het leerstuk rechtsverwerking op de verhoudingen tussen de vinder en de eigenaar leert dat artikel 5:6 BW onontbeerlijk is. Het leerstuk rechtsverwerking schiet in vergelijking met artikel 5:6 BW tekort omdat vaste jurisprudentie leert dat het enkele tijdsverloop onvoldoende is om rechtsverwerking aan te nemen.⁸⁰ De eigenaar van een verloren zaak valt niet veel meer te verwijten dan dat hij de zaak niet heeft opgeëist binnen een jaar na de aangifte van de vondst. Het is uiterst onwaarschijnlijk dat een rechter de rechtsvordering van A zou afwijzen als hij haar instelt nadat sinds de aangifte van de vondst door B meer dan een jaar is verstreken.⁸¹ Zelfs als we er voor het gemak van uitgaan dat de eigenaar zijn recht heeft verwerkt, is het resultaat daarvan onwenselijk. Rechtsverwerking leidt niet tot het verlies van een recht, maar slechts tot het verlies van een rechtsvordering in de verhouding ten opzichte van wie de rechthebbende zijn recht heeft verwerkt. A heeft zijn rechtsvordering jegens vinder B wellicht verwerkt, hij heeft zijn rechtsvordering niet verwerkt ten opzichte van C die de gevonden zaak na drie jaar steelt van B.⁸² Rechtsverwerking heeft anders gezegd zwakke en relatieve werking. De

⁷⁸ J.E. Fesevur, zie vorige noot, p. 51 e.v. Het is niet onomstreden dat ook de opvolgers van partijen die een erfdiensbaarheid vestigden tot elkaar staan in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste verhouding. Daarover J.E. Fesevur, p. 55 e.v. en hieronder nr 10.

⁷⁹ Vgl. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht, Algemeen overeenkomstenrecht*, Asser 6-III*, nr 398. Zie verder G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid, Monografieën Nieuw BW A5*, Deventer 1994, p. 19-20. P. van Schilfgaarde, J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer 2009, p. 37. Zelfs als de redelijkheid en billijkheid een bepaalde rechtsverhouding niet beheerst, zou langs de weg van artikel 3:13 BW (misbruik van recht) veelal hetzelfde resultaat bereikt kunnen worden dat met behulp van de uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende rechtsverwerking bereikt wordt. Vgl. MvT Inv. Boek 3 bij art. 3:13, *Parlementaire Geschiedenis Boek 3 (Inv. 3,5, en 6)*, p. 104. De wetgever verwijst in artikel 3:13 lid 2 expliciet naar de redelijkheid.

⁸⁰ Zie met verwijzingen R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking, Monografieën Nieuw BW*, 2^e druk, Deventer 2007, p. 30.

⁸¹ Dat de rechter de tot een oneerlijke vinder gerichte revindicatie zou afwijzen als meer dan een jaar na de aangifte is verstreken, is zelfs onvoorstelbaar. De vinder heeft er dan immers zelf toe bijgedragen dat de eigenaar niet heeft kunnen revindiceren. Het zou zo bezien aanbeveling verdienen de vinder te verplichten alle informatie die hij over de rechthebbende(n) van de zaak heeft aan de gemeente te verstrekken. De gemeente kan er dan zorg voor dragen dat de rechthebbende op de hoogte raakt van de vondst, vgl. in deze zin paragraaf 390 ABGB, hierboven nr 6.

⁸² Nog een voorbeeld: B steelt A's fiets. Een week na de diefstal komt A bij toeval B tegen. A zegt B bij die gelegenheid dat hij de fiets nooit en te nimmer van B zal opeisen. Als C de fiets vervolgens van B steelt, kan A de revindicatie met succes tegen C richten.

WAAROM WORDT DE VINDER EIGENAAR?

eigenaar verliest de mogelijkheid zijn recht geldend te maken tegen een bepaald persoon. Dat neemt niet weg dat zijn rechtsvordering met succes kan instellen, bijvoorbeeld als B op zijn beurt bestolen wordt door C.

10 Intermezzo: rechtsverwerking met absolute werking in de jurisprudentie?

Is het ondenkbaar dat een goederenrechtelijk gerechtigde zijn rechtsvordering niet alleen verliest in verhouding met een partij, maar ten opzichte van iedereen? Uit een uitspraak van de Hoge Raad uit 2005 lijkt te volgen dat een goederenrechtelijk gerechtigde zijn rechtsvordering wel degelijk ten opzichte van een ieder, dus in absolute zin, kan verliezen als gevolg van rechtsverwerking.⁸³ Het ging in deze zaak om een in 1850 gevestigde erfdiensbaarheid. Partijen stellen in 1850 de lengte en de breedte van de gemene gang tussen hun beide panden op 'achttien Nederlandsche ellen respectievelijk twee ellen en zeventig duimen'. Verder spreken zij af dat de eigenaar van pand 1 het recht heeft desgewenst deuren of lichtramen te doen plaatsen in de op de gang uitkomende muur. Pand 1 komt uiteindelijk in handen van WE Vastgoed (voortaan: WE) die de gang in 1980 tot aan de erfgrans volbouwt. In de nieuwe muur komen etalages (lichtramen). Vervolgens bouwt ook de buurman, Henselmans, de gang tot aan de erfgrans vol zodat de etalages van WE niet langer zichtbaar zijn. WE stelt dat het handelen van Henselmans in strijd is met de haar toekomende erfdiensbaarheid 'van gebruik en raam'. Rechtsverwerking speelt op twee wijzen een rol in deze casus. Het hof neemt ten eerste aan dat Henselmans zijn recht heeft verwerkt om op een later tijdstip afbraak van het door WE gebouwde te vorderen uit kracht van de hem toekomende erfdiensbaarheid. Dat recht heeft Henselmans verwerkt door in 1980 op geen enkele wijze te protesteren tegen het door WE gerealiseerde bouwsel in de gang. Hier lijkt sprake van rechtsverwerking gebaseerd op het bij WE opgewekte vertrouwen dat Henselmans de *actio confessoria* niet tegen WE zou instellen om uitoefening van het servituut weer mogelijk te maken. Verder dan dat ging het vertrouwen van WE niet. WE kon er blijkens de uitspraak van het hof niet op vertrouwen dat Henselmans daarmee ook de nieuwe etalage zou respecteren als beschermd door 'het recht van raam' zodat Henselmans de hem toekomende helft van de gang niet zou volbouwen. Daarnaast merkt de Hoge Raad op:

Kennelijk en niet onbegrijpelijk was het hof van oordeel dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als WE Vastgoed eerst, door uitbouw van haar pand tot aan de perceelgrens, het [verweerder] onmogelijk zou maken de ten behoeve van zijn pand gevestigde erfdiensbaarheid uit te oefenen, om vervolgens van laatstgenoemde te verlangen dat deze de ten behoeve van haar eigen pand gevestigde,

⁸³ HR 2 december 2005, *NJ* 2007, nr 5.

spiegelbeeldige, erfdiensbaaerheid zou blijven respecteren. (r.o. 3.6.)⁸⁴

Het hof lijkt hier aan te nemen dat WE de haar toekomende erfdiensbaaerheid als gevolg van rechtsverwerking verliest doordat zij zelf uitoefening van de spiegelbeeldige erfdiensbaaerheid door de uitbouw onmogelijk heeft gemaakt. WE verwerkt zo gezien haar *actio confessoria* tegen een toekomstige toestand die strijdig is met de haar toekomende erfdiensbaaerheid. Rechtsverwerking bij voorbaat gebaseerd op een eerder ingenomen houding.⁸⁵ De rol die rechtsverwerking in deze uitspraak speelt, is een onduidelijke. Uit andere passages van de uitspraak blijkt dat het hof stelt dat de beide erfdiensbaaerheden in 1980 teniet zijn gegaan. Het tenietgaan van de erfdiensbaaerheden lijkt te moeten worden gebaseerd op een (objectieve) uitleg van de akte. Wat daar van zij: uit de uitspraak blijkt dat het niet ondenkbaar is dat een goederenrechtelijk gerechtigde zijn rechtsvordering in absolute zin verliest door rechtsverwerking. WE verliest de *actio confessoria* niet alleen (bij voorbaat) ten opzichte van Henselmans maar ook (bij voorbaat) ten opzichte van mogelijke opvolgers van Henselmans in de eigendom van het buurpand.

Zelfs als we op grond van de uitspraak van de Hoge Raad aannemen dat rechtsverwerking absolute werking kan hebben, is het resultaat onbevredigend. WE is dan weliswaar gerechtigde tot de erfdiensbaaerheid, maar kan uitoefening ervan door het instellen van de *actio confessoria* nooit meer mogelijk maken. Een zelfde onbevredigende uitkomst volgt wanneer in de casus van de aangegeven vondst rechtsverwerking 'met absolute werking' wordt aangenomen. De eigenaar verliest dan zijn revindicatie niet alleen ten opzichte van de vinder, maar ten opzichte van een ieder. Daarmee is de vinder nog geen eigenaar. Feit en recht lopen dan blijvend uit elkaar. Pas als een derde langs de weg van artikel 3:86, 3:99 of art. 3:105 BW de eigendom van de gevonden zaak verkrijgt, komen feit en recht weer in een hand. De wetgever vindt het uiteenlopen van feit en recht onwenselijk. Hij

⁸⁴ De Hoge Raad gaat er kennelijk van uit dat de redelijkheid en billijkheid de verhouding beheerst die bestaat tussen de opvolgers van partijen die een erfdiensbaaerheid vestigden. Die opvolgers (WE en Henselmans) staan niet in een verbintenisrechtelijke verhouding tot elkaar, toch geldt de redelijkheid en billijkheid. W.J.M. Davids heeft juist met het oog op dit soort gevallen de rol van de redelijkheid en billijkheid verdedigd door aan te nemen dat tussen eigenaars van heersend en dienend erf in uitzonderlijke omstandigheden een rechtsverhouding bestaat die mede beheerst wordt door de redelijkheid en billijkheid, zie zijn *Mandeligheid en erfdiensbaaerheden, Monografieën Nieuw BW, B27*, Deventer 1984, nr 15. Davids lijkt zich aan te sluiten bij de formulering die de Hoge Raad koos in zijn arrest Reulings-Sangen (HR 7 mei 1993, NJ 1993 nr 404). Over dat arrest bijvoorbeeld W. Gunther, 'De invloed van de redelijkheid en billijkheid op erfdiensbaaerheden' in: *Ars Aequi* 1998, p. 742-749. De Hoge Raad lijkt in zijn uitspraak de redelijkheid en billijkheid toe te passen zonder te bekijken of Henselmans en WE in een bijzondere rechtsverhouding tot elkaar staan. Het arrest ondersteunt zo gezien de onder andere door Hartkamp en Sieburgh bepleite ruime toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Zij noemen de uitspraak dan ook ter ondersteuning van de ruime werking, (*Verbintenisrecht, Algemeen overeenkomstenrecht*, nr 398) op p. 337.

⁸⁵ Vgl. over rechtsverwerking bij voorbaat W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud*, Deventer 1993, p. 110.

WAAROM WORDT DE VINDER EIGENAAR?

heeft daarom in 1992 bepaald dat de eigenaar die zijn revindicatie als gevolg van bevrijdende verjaring in absolute zin verliest ook de eigendom kwijtraakt aan de bezitter (art. 3:105 BW). Tot deze 'heilzame regel'⁸⁶ is besloten omdat onder het oude recht de eigenaar alleen zijn revindicatie verloor, maar niet zijn recht zodat bezit en eigendom blijvend uit elkaar dreigden te lopen.⁸⁷

Voor wat betreft de casus van de aangegeven vondst heeft de wetgever een soortgelijke bepaling gegeven in artikel 5:6 BW. Rechtsverwerking kan de rol van artikel 5:6 BW niet vervullen, omdat niet alleen de absolute ondergang van de rechtsvorderingen van de eigenaar vereist is, maar daarnaast het verlies en de verkrijging van de eigendom geregeld moeten worden. Dat vergt in ons goederenrechtelijke stelsel een wettelijke regeling. Potjewijd merkt hierover het volgende op:

De rechtsverwerking kan gezien het gesloten karakter van het goederenrecht, op zichzelf geen eigendomsovergang bewerkstelligen. Zij heeft bovendien meer in het algemeen niet tot gevolg dat het recht van de vervreemder teniet zou zijn gegaan. De rechtsverwerking heeft alleen tot gevolg dat de vervreemder zijn eigendomsrecht jegens de verkrijger niet meer geldend kan maken.⁸⁸

Dit alles maakt een bepaling als artikel 5:6 BW onontbeerlijk. Zij dient te worden begrepen als een gevolg van het aan het Duitse recht ontleende leerstuk *Verschweigung*. Tegen deze achtergrond doet de wetgever er goed aan eigendomsverkrijging door de vinder los te koppelen van het antwoord op de vraag of de vinder nog macht uitoefent over de gevonden zaak als er een jaar verstreken is na aangifte van de vondst en de eigenaar zich niet heeft gemeld. Door dit wel te doen, wekt de wetgever de onjuiste indruk als zou eigendomsverkrijging door de vinder een bijzondere toepassing zijn van verkrijgende verjaring. Bovendien roept de wetgever door het stellen van deze eis allerlei vragen op. Een voorbeeld:

A verliest zijn horloge in het bos. B vindt het en doet aangifte van de vondst. Tien maanden later steelt C het horloge van B. Drie maanden later komt B er achter dat C het horloge heeft gestolen. Hij ageert uit onrechtmatige daad (6:162 BW) tegen C, de rechter veroordeelt C ertoe het horloge terug te geven aan B (art. 6:103 BW).

⁸⁶ MvA bij art. 3.4.3.8 (art. 3:105), PG boek 3, p. 417-418.

⁸⁷ E.M. Meijers noemt deze toestand een 'anomalie' zie Toelichting Meijers bij art. 3.4.3.8. (art. 3:105) Parlementaire Geschiedenis boek 3, p. 416. Dezelfde Meijers spreekt in zijn *Algemene leer van het burgerlijk recht, Deel I De algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden 1948 op p. 86 van een 'onvolkomen geval, een rechtsfiguur als een eigendom bij welke de eigenaar door verjaring zijn acties verloren heeft'.

⁸⁸ G.H. Potjewijd, 'Over de grondslag van de convalescentie bij eigendomsoverdracht van roerende zaken' in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1996, p. 23-40, p. 39. Hij wijst er op dat rechtsverwerking de grondslag is van het in artikel 3:58 neergelegde leerstuk van de convalescentie.

Wie is in dit voorbeeld eigenaar van het horloge? Wellicht dat door middel van analoge toepassing van artikel 3:103 BW betoogd kan worden dat B de eigendom van het horloge verkrijgt als een jaar is verstreken na aangifte van de vondst. Artikel 3:103 BW zorgt ervoor dat onvrijwillig bezitsverlies een lopende verjaring niet onderbreekt als de verjaringsbezitter erin slaagt de zaak binnen een jaar terug te krijgen of haar onder de bezitter opeist. Het nadeel daarvan bestaat erin dat zo (wederom) de onjuiste indruk wordt gewekt als zou de vinder verjaren. Dergelijk dogmatisch geknutsel is onnodig wanneer artikel 5:6 BW wordt gezien voor wat het is: geen bijzondere toepassing van de aan het Romeinse recht ontleende verkrijgende verjaring, maar een noodzakelijk gevolg van het aan het Duitse recht ontleende leerstuk *Verschweigung*.

11 Overige toepassingen?

Het belang van het leerstuk *Verschweigung* hoeft niet tot dit geval beperkt te blijven. Er zijn verschillende andere toepassingen denkbaar. Op het terrein van de aangegeven vondst valt te denken aan het volgende. Artikel 5:10 BW geeft de vinder⁸⁹ aan wie de vinder de zaak heeft afgestaan een retentierecht ter zake van de kosten die hij gemaakt heeft ter bewaring en onderhoud van de zaak en de kosten tot opsporing van de eigenaar. Als de eigenaar zich tijdig meldt maar de aan hem opgegeven kosten niet binnen een maand betaalt, wordt hij blijkens artikel 5:10 BW geacht zijn recht op de zaak te hebben prijsgegeven. Het ligt voor de hand hier niet aan te nemen dat de eigenaar zijn recht prijsgeeft, maar dat hij het verliest door *Verschweigung*.⁹⁰ Artikel 5:10 BW zou zo bezien voorkomen dat de zaak een *res nullius* blijft en de eigendom toedelen aan de vinder.

Het is ten eerste kunstmatig hier aan te nemen dat de eigenaar zijn eigendomsrecht prijsgeeft nu hij het bezit van de zaak niet prijsgeeft met het oogmerk zich van de eigendom te ontdoen (art. 5:18 BW). De eigenaar blijft in het bezit van de zaak doordat de eerlijke vinder de zaak voor hem houdt. In dat houderschap komt volgens artikel 3:111 BW alleen dan verandering wanneer de houder het recht van de eigenaar tegenspreekt of ten gevolge van een handeling van hem voor wie men houdt. Het is uiteraard mogelijk in het gegeven dat de eigenaar de kosten gedurende een maand niet betaalt een handeling van de eigenaar te zien die bezitsverkrijging door de vinder mogelijk maakt. De eigenaar verschafft het bezit dan *brevi manu* (art. 3:115b BW) aan de vinder. In deze gang van zaken kan gemakkelijk een schenking of een koop tegen de kosten worden herkend zodat

⁸⁹ Of de gemeente aan wie de vinder de zaak heeft afgestaan.

⁹⁰ Vgl. in deze zin W.C.L. van der Grinten, 'De zakelijke rechten in het Nieuwe B.W.' in: *WPNR* 5240 (1973), p. 513 e.v., p. 514. Vgl. in gelijke zin paragraaf 974 BGB: Eigentumserwerb nach Verschweigung.

WAAROM WORDT DE VINDER EIGENAAR?

aan alle vereisten voor eigendomsoverdracht is voldaan (art. 3:84 BW). Dit is evenwel niet de oplossing die de wetgever kiest: hij stelt dat de eigenaar de zaak prijsgeeft door de kosten gedurende een maand niet te betalen. Onwenselijk daarvan is dat daarmee niet vaststaat dat de vinder eigenaar van de zaak wordt. Om de eigendom van de intussen eigenaarloze gevonden zaak te verkrijgen eist artikel 5:4 BW inbezitneming. Inbezitneming geschiedt blijkens artikel 3:113 BW door zich over de zaak de feitelijke macht te verschaffen, waarbij enkele op zichzelf staande machtsuitoefeningen onvoldoende zijn. Nemen de vinder onder wie zich de zaak bevindt deze een maand nadat zij de eigenaar de kosten hebben opgegeven in bezit? Strikt genomen niet, zodat de zaak eigenaarloos blijft.⁹¹ Dat betekent dat degene die de zaak in bezit neemt eigenaar wordt en evenmin diefstal pleegt. Dit dogmatisch geknutsel is overbodig als aangenomen wordt dat de vinder en de gemeente onder wie zich de gevonden zaak bevinden de eigendom na een maand verkrijgen als reactie op *Verschweigung*.

Een soortgelijke rol zou het leerstuk kunnen vervullen voor het aan het in artikel 5:10 BW geregelde verwante geval van artikel 3:122 BW. Daar heeft de wetgever ervoor gekozen de eigenaar die de door de bezitter aan de zaak gemaakte kosten niet wil betalen het recht te geven de zaak aan de bezitter te schenken tegen kwijting van de kosten. De bezitter is blijkens de wettekst gehouden aan deze overdracht mee te werken. Ook deze bepaling lokt de vraag uit hoe de wetgever de eigendomsverkrijging door de bezitter precies ziet. Moet de verkrijger, die al bezitter is, het bezit eerst verschaffen aan de eigenaar die het vervolgens aan de verkrijger verschaft? Is hier een variant van levering *sine manu* mogelijk? Kan de eigenaar leveren langs de weg van artikel 3:95 BW? En wat als de verkrijger weigert medewerking te verlenen aan zijn eigendomsverkrijging? Komt dan uiteindelijk een vonnis in de plaats van zijn medewerking? Of is zijn medewerking niet vereist? Al deze vragen verdwijnen als aangenomen wordt dat de eigenaar die de kosten niet wil vergoeden zijn recht door *Verschweigung* verliest, waarop de wet de eigendom toekent aan de bezitter.

J.E. Jansen⁹²

Nijmegen

⁹¹ De vinder die aangifte deed terwijl hij wist van wie de gevonden zaak was die is weliswaar al bezitter, hij is evenmin eigenaar geworden omdat de zaak geen *res nullius* was toen hij haar occupeerde. Vgl. hierboven noot 30.

⁹² Jelle Jansen is universitair hoofddocent bij de vaksectie Rechtsgeschiedenis van de Radboud Universiteit te Nijmegen.

