

De invloed van het *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900) op de Nederlandse beoefening van het privaatrecht in de eerste decennia van de 20e eeuw

Corjo Jansen*

Het BGB heeft na zijn afkondiging op 1 januari 1900 een niet te onderschatten invloed uitgeoefend op het begin 20e-eeuwse Nederlandse burgerlijk recht (zaken-, overeenkomsten- en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht). Dit was geen nieuw verschijnsel. Het Duitse recht vormde al vanaf de 19e eeuw een inspiratiebron voor Nederlandse juristen.

1 Inleiding

Het *Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich* (BGB) trad in werking op 1 januari 1900. Tegelijkertijd met het BGB kregen ook de herziene Wetboeken van Handelsrecht en Burgerlijke Rechtsvordering kracht van wet. De Duitse juristen hadden zich een aantal jaren kunnen voorbereiden op dit nieuwe materiële en formele privaatrecht. De Duitse keizer Wilhelm II had al op 18 augustus 1896 na instemming van de Bundesrat en de Reichstag met het ontwerp de publicatie van de definitieve versie van het BGB verordonneerd.

De traagheid van de Nederlandse wetgever stak schril af bij de krachtadigheid van de Duitse

Een eerder ontwerp van het wetboek was nog gesneuveld, omdat het zou getuigen van 'kapitalistischer Herzlosigkeit', kapitalistische harteloosheid.¹ De bibliothecaris van

het *Reichsgericht*, de hoogste Duitse rechter in civiele en strafzaken, publiceerde in 1899 een bibliografie van op het BGB betrekking hebbende publicaties. De lijst had toen een omvang van 324 bladzijden en telde ongeveer 4000 titels. Zelfs Duitse juristen spraken van een *Überproduktion*. Onder de titels bevonden zich commentaren en monografieën, maar eveneens uitgaven als *Das 'Neue Bürgerliche' in fröhlichen Versen, 1. Buch: Allgemeiner Teil* (1898) en *Der Sang vom Bürgerliches Gesetzbuch* (1898). In 1900 verschenen 'populaire' boekjes als *Das ABC des BGB. Vademecum für junge und alte Juristen* en *Das Geheimniss des Bürgerliches Gesetzbuch in Reime gebracht*. De officiële Duitse literatuurkritiek nam dit soort werken wel degelijk serieus, omdat het Duitse volk in zo nauw mogelijk contact met zijn recht moest worden gebracht.² Zoals de hoofdredacteur van het gezaghebbende Nederlandse tijdschrift *Weekblad van het Recht*, A.A. de Pinto (1828-1907), op maandag 1 januari 1900 in zijn blad droogjes schreef over de inwerkingtreding van het BGB:

* Prof. mr. C.J.H. Jansen is hoogleraar Rechtsgeschiedenis en Burgerlijk recht en voorzitter van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 R. Leonhard, 'Die Vollen-
dung des Deutschen Bürger-
liches Gesetzbuches',
Rechtsgeleerd Magazijn
1897, p. 1.
2 H. Mohnhaupt, 'Die Kom-
mentare zum BGB als
Reflex der Rechtsprechung
(1897-1914)', in: U. Falk &
H. Mohnhaupt (red.), *Das
Bürgerliche Gesetzbuch
und seine Richter. Zur
Reaktion der Rechtspre-
chung auf die Kodifikation
des deutschen Privatrechts
(1896-1914)*, Frankfurt am
Main: Vittorio Kloster-
mann 2000, p. 495-498.
Zie voor een kort verslag
van de lotgevallen van het
BGB: J.H.A. Lokin & W.J.
Zwalve, *Hoofdstukken uit
de Europese codificatie-
geschiedenis* (3e herziene
druk), Den Haag: BJu
2006, p. 252 e.v.

'Dit is onbetwistbaar eene gewichtige gebeurtenis voor het Duitsche rijk en het Duitsche volk, waarbij de belangen van alle Duitschers in groote mate zijn betrokken, en waarop, reeds gedurende de jaren, nu verlopen sedert de vaststelling van het Wetboek, voortdurend het oog gevestigd was der Duitsche rechtsgeleerden: academische rechtsleeraars, magistraten en advocaten.'³

De traagheid van de Nederlandse wetgever stak schrill af bij de krachtadigheid van de Duitse. De Nederlandse wetboeken bleven ver achter bij de maatschappelijke en economische ontwikkelingen, maar pogingen tot herziening ervan liepen, behoudens een enkele uitzondering als de Faillissementswet van 1893/1896, op niets uit. 'Ons wetboek van 1838 bevat, in tegenstelling van wat de Motive zeggen van het Duitsche wetboek [van 1900], eerder: eine todte Masse neben einander gestellter Rechtsätze.'⁴ Steeds meer juristen staken hun teleurstelling over dit wetgevend falen niet onder stoelen of banken. W.L.P.A. Molengraaff (1857-1931), de Utrechtse hoogleraar in het handelsrecht, hekelde in 1917 de onmacht van de Nederlandse wetgever en sprak bitter over de hopeloze, onherstelbare veroudering van de Nederlandse wetboeken, in het bijzonder het Wetboek van Koophandel. Hij sprak de volgende woorden bij zijn afscheid:

'De verkeerstoestanden, welke ons Wetb. van Koophandel veronderstelt, waarvan het 't recht beschrijft, zijn verkeerstoestanden van een eeuw geleden, welke voorgoed voorbij zijn gegaan en vervangen door andere, waarvoor men het passende recht elders moet zoeken.'⁵

In 1928 merkte E.M. Meijers (1880-1954), hoogleraar in het burgerlijk recht te Leiden, sarcastisch op dat het hem geen enkele moeite kostte een honderdtal punten te noemen waarop het Burgerlijk Wetboek tekortschoot en een wettelijke regeling de rechtspraak ten goede kon komen.

'Ik persoonlijk b.v. moet tot mijn schande bekennen, dat ik mede tot heden in den waan geleefd heb, dat het tweede en het derde boek van het B.W. rijk aan onduidelijkheden en onjuistheden was en dat de wetgever deze gebreken diende te verhelpen.'⁶

Het lag in de lijn van de verwachtingen van veel Nederlandse civilisten dat het 'nieuwe' Duitse recht een inspiratiebron voor hen zou vormen. De latere Amsterdamse hoogleraar P. Scholten (1875-1946) bracht in 1904 in het 'Voorwoord' van zijn bewerking van het Asser-deel over het *Zakenrecht* het vele 'nieuws' onder de aandacht dat op dit rechtsgebied in de afgelopen tijd was verschenen – om alleen maar van de verschijning van het Duitsche

Burgerlijke Wetboek te reppen –'.⁷ Het BGB bood oplossingen voor allerlei juridische problemen waarmee de Duitse juristen als gevolg van onder meer de mechanisering van de industrie, de groei van de handel en de opkomst van de moderne techniek in hun land al veel eerder waren geconfronteerd. 'Niets verruimt het inzicht meer, dan onze op zoo menig punt verouderde wetsbepalingen te toetsen aan hetgeen door andere, op dezelfde hoogte van ontwikkeling staande, volken als recht wordt erkend.', aldus de Utrechtse hoogleraar C.W. Star Busmann (1878-1966). Daarom achtte hij als de bewerker van de bekende *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek* van de Groningse hoogleraar N.K.F. Land (1840-1903), het gewenst, 'zij het in bescheiden mate', belangstelling te onderhouden voor 'de wetgeving van onze naburen'. In zijn aantekeningen hield hij rekening 'met het Duitsche alsook met het onlangs vastgestelde Zwitsersche Burgerlijk Wetboek'.⁸

Het lag in de lijn van de verwachtingen van veel Nederlandse civilisten dat het 'nieuwe' Duitse recht een inspiratiebron voor hen zou vormen

Twee jaar eerder had een andere bewerker van de *Verklaring* van Land, W.H. de Savornin Lohman (1864-1932), raadsheer in de Hoge Raad, zich tot zijn lezerspubliek gericht met de woorden:

'Ik meende intusschen mij daarbij niet altijd te kunnen beperken tot onze Nederlandsche auteurs, maar met name gebruik te moeten maken van het met den aanvang dezer eeuw ingevoerde Duitsche burgerlijk wetboek en van een enkele zijner commentatoren, daar waar ik meende dat zulks kon bevorderlijk zijn tot klaarder inzicht in onze eigen wetgeving; (...).'⁹

De Groningse hoogleraar in het burgerlijk recht H. van Goudoever (1876-1945) verkondigde dezelfde mening. De Nederlandse wetgever zweeg over een aantal nijpende problemen ten aanzien van het aanbod tot het aangaan van een overeenkomst. Dit stilzwijgen stelde de wetenschapper volgens Van Goudoever in staat 'met het goede, dat er in vreemde wetten is, [zijn] voordeel te doen zonder dat [hij] verplicht [is], een afwijkend geval te doen beheerschen door een regel, die er niet voor past'. En iets verder schreef hij: 'Regelen daaromtrent houdt onze wet niet in; vreemde wetten echter kunnen ons, bij het bepalen van ons oordeel, voorlichten.'¹⁰

3 A.A. de Pinto, 'Codificatie in Duitschland en Nederland. I', *Weekblad van het Recht* 1900/7369, p. 1. Zie ook H.J. Hamaker, 'Het nieuwe Deutsche Burgerlijk Wetboek', *Weekblad voor Notaris-ambt en Registratie* 1896/1409 en 1897/1410-1412.

4 N.K.F. Land, *Rechten op zaken, naar het Ontwerp Tweede Boek B.W.*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1901, p. 16.

5 W.L.P.A. Molengraaff, *Een Terugblik*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1917, p. 4.

6 E.M. Meijers, 'Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek', in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen van Prof. Mr. E.M. Meijers* (1e deel), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1954, p. 93 e.v. (p. 94).

7 P. Scholten, 'Voorwoord voor den vierden druk', in: Asser/Scholten, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, (2e deel, 4e druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1904, p. V.

8 C.W. Star Busmann, 'Voorbericht bij den tweeden druk', in: N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, (1e deel, 1e stuk, 2e druk, herzien door C.W. Star Busmann), Haarlem: De Erven F. Bohn 1909, p. XI.

9 W.H. de Savornin Lohman, 'Voorwoord', in: N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, (4e deel, 2e druk, herzien door W.H. de Savornin Lohman), Haarlem: De Erven F. Bohn 1907, p. VII-VIII.

10 Asser/Van Goudoever, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht* (2e druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1913, p. 260 resp. p. 269.

In deze bijdrage bespreek ik de invloed van het BGB op de Nederlandse beoefening van het privaatrecht in de eerste decennia van de 20e eeuw. Voordat ik daaraan toekom, ga ik kort in op de beïnvloeding van het Nederlandse privaatrecht door het Duitse recht en door Duitse juristen in de laatste decennia van de 19e eeuw.

Menig privaatrechtelijk begrip of leerstuk uit Duitsland heeft weerklank of navolging gekregen in het Nederlandse recht

2 Het Duitse voorbeeld in de 19e eeuw

Een eventuele beïnvloeding van het Nederlandse burgerlijk recht door Duitse begrippen en rechtsfiguren als gevolg van de invoering van het BGB zou geen nieuw verschijnsel zijn geweest. In de 19e eeuw hebben Nederlandse juristen veel ideeën overgenomen van Duitse beoefenaren van het burgerlijk en Romeins recht. Op deze wijze heeft menig privaatrechtelijk begrip of leerstuk uit Duitsland weerklank of navolging gekregen in het Nederlandse recht. Ik beperk mijn voorbeelden tot het laatste kwart van de 19e eeuw. Een van de bekendste ontleningen aan het Duitse recht ligt op het gebied van de onrechtmatige daad. Molengraaff is de geestelijk vader van de zorgvuldigheidsnorm die de Hoge Raad in zijn beroemde arrest *Lindenbaum/Cohen*¹¹ heeft overgenomen en nu in artikel 6:162 lid 2 BW staat. Hij heeft zich bij de formulering van deze norm¹² in 1887 laten inspireren door een artikel van de Duitse jurist Rudolf von Jhering (1818-1892) uit 1885.¹³ Jhering heeft ook andere Nederlandse juristen aan het denken gezet. Een artikel van zijn hand bracht de latere Amsterdamse hoogleraar J.P. Moltzer (1850-1907) tot het schrijven van een proefschrift over de overeenkomsten behoefte van een derde (1876).¹⁴ De al genoemde Amsterdamse hoogleraar Scholten schreef zijn dissertatie over schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad (1899) ter weerlegging van Jherings standpunt dat de schuld, niet de schade verplicht tot schadeloosstelling. Een artikel van de Duitse coryfee Otto Lenel (1849-1935) uit 1881 bracht H.L. Drucker (1857-1931), toen nog net geen hoogleraar Romeins recht in Groningen, tot zijn opzienbarende bijdrage over het begrip rechtshandeling.¹⁵

Lokin heeft in navolging van J.C. van Oven (1881-1963) al twintig jaren geleden gewezen op het feit dat de Duitse beoefenaren van het Romeinse recht uit het einde van de 19e eeuw, de zogeheten pandektisten, grote invloed hebben uitgeoefend op de beoefenaren van het Nederlandse privaatrecht.¹⁶ Ook uit andere publicaties komt de gerichtheid van de Nederlandse juristen op de Duitse 19e-eeuwse literatuur en rechtspraak naar voren.¹⁷ De Duitse invloed was in de 19e eeuw zo groot dat sommige juristen vervielen in een ordinaire scheldpartij aan het adres van de oosterburen. Joan Bohl (1836-1908), advocaat, schrijver en een bekend (katholiek) politicus, meende dat de grote hoeveelheid Duitse geleerdheid de hoofdoorzaak was van het feit dat het Nederlandse universitaire rechtenonderwijs niet profijtelijk was voor de student. Van Franse of Italiaanse juristen viel meer te leren. Hij barstte vervolgens los:

'De duitsche geleerden maken over het algemeen den indruk van iemand, die te veel gegeten heeft, en het kwaad krijgt met de spijsvertering. Hunne redeneeringen zijn log en langdradig; hun stijl is dof en zwaar, als op het punt van eene beroerte te krijgen, en dewijl zij in den regel met hunne taal niet best overweg kunnen, zijn hunne al te dikke boeken afgrijselijk doorspekt met vreemde woorden en wendingen, welke staven, dat de heeren het uiterste moeten inspannen om hunne hersenen op het papier ledig te schudden.'¹⁸

De Utrechtse hoogleraar in het burgerlijk recht H.J. Hamaker (1844-1911) hield 'onze te groote voorliefde voor de rechtswetenschappelijke methode der Duitsche dogmatiek, thans culmineerende in het *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*' verantwoordelijk voor de grote kloof tussen het 'abstracte' (het in het wetboek staande burgerlijk recht) en het 'werkelijke' (het in de praktijk levende recht).¹⁹

De Duitse invloed was in de 19e eeuw zo groot dat sommige juristen vervielen in een ordinaire scheldpartij aan het adres van de oosterburen

In de volgende paragrafen laat ik aan de hand van een aantal voorbeelden, ontleend aan verschillende rechtsgebieden, zien dat de invoering van het BGB in dit opzicht geen cesuur heeft gevormd met de situatie in de 19e eeuw.

11 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 e.v.

12 'Hij die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijne medeburgers behoort te handelen, is verplicht de schade te vergoeden, die derden daardoor lijden.' Zie *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 386.

13 R. von Jhering, 'Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen', *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen Rechts und deutschen Privatrechts* 1885, p. 155 e.v.

14 R. von Jhering, 'Die Reflexwirkung rechtlicher Thatsachen auf Dritte Personen', *Jahrbücher für die Dogmatik* 1871, p. 245 e.v.

15 O. Lenel, 'Parteiabsicht und Rechtserfolg', *Jahrbücher für die Dogmatik* 1881, p. 154 e.v. en H.L. Drucker, 'Rechtshandeling en rechtsorde', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1882, p. 36 e.v. De titel was overigens identiek aan een stuk van A. Pernice, 'Rechtsgeschäft und Rechtsordnung', verschenen in *Grünhuts Zeitschrift* van 1880. Zie voor de invloed van Duitse juristen op de Nederlandse debatten ten aanzien van het begrip rechtshandeling: J.H.A. Lokin, 'Van handeling naar rechtshandeling. Een kwestie van definitie', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2000, p. 17-42. Zie ook de bijdrage van Nieuwenhuis op p. 545 van dit nummer (≡ AA20140545)

16 J.H.A. Lokin, 'De invloed van de Pandektistiek op het werk van Diephuis en Opzoomer', in: R. Pieterman e.a. (red.), *Bijdragen tot de rechtsgechiedenis van de negentiende eeuw*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 41-42. Zie J.C. van Oven, 'Romeinsch recht en Nederlandsch burgerlijk recht na 1838', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenkbok Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938, p. 327 e.v.

17 Zie J.M. Milo, *Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940: aansprakelijkheid voor zaken, artikel 2014, publiek domein en de relativiteit van de onrechtmatige daad*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 1997 en C.J.H. Jansen, *De negentiende-eeuwse wortels van het moderne zekerheidsrecht. Vreemd recht als voorbeeld voor de Nederlandse privaatrechtsbeoefening vanaf*

het einde van de 19e eeuw, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999. Ik wijs ten overvloede op de gigantische invloed die F.C. von Savigny (1779-1861) op de Nederlandse rechtsbeoefening heeft gehad. Zie P.C. Kop, 'Savigny en de wetenschap van het privaatrecht in de negentiende eeuw in Nederland', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1989, p. 117 e.v.

18 J. Bohl, [Bespr. van] 'J.A. Jolles Azn, Het Periculum bij den koop', *Themis* 1892, p. 600.

19 H.J. Hamaker, 'Een Engelsch boek over bezit', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1890, p. 386-387. Opzoomer schreef: 'De Duitse rechtsgeleerden, meer dan die van andere volken aan wijsgeerige begripsontleding gewend, maken door overdrijving de deugd licht tot een gebrek, (...)' C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek, verklaard* (3e deel, 2e druk), Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp 1876, p. 463, noot 1.

20 Zie P. Scholten, 'Is wettelijke regeling van het afbetalingscontract wenschelijk; zoo ja, welke', *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging (HNJV)* 1906-I, p. 82 e.v.; A. Tak, 'Het afbetalingscontract', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1906, p. 448 e.v. Zie uitvoerig C.J.H. Jansen, *De negentiende-eeuwse wortels van het moderne zekerheidsrecht* (oratie Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 9 e.v.

21 § 929 BGB (Einigung und Übergabe). Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache, ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.

22 § 455 BGB (Eigentumsvorbehalt). (1) Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt und daß der Verkäufer von Rücktritt von dem Verträge berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt.

23 Chr. Zevenbergen, *Het afbetalingscontract*, Arnhem: Gouda Quint 1929, nr. 37-38; Scholten, *HNJV* 1906-I, p. 93 en p. 102.

Een van de typische voorbeelden van Duitse invloed op het Nederlandse privaatrecht in het begin van de 20e eeuw is te vinden in de opkomst van de zakelijke zekerheidsrechten op roerende zaken buiten het in artikel 1198 BW (oud) geregelde vuistpandrecht om

3 Invloed van het BGB op het Nederlandse zakenrecht (goederenrecht)

Een van de typische voorbeelden van Duitse invloed op het Nederlandse privaatrecht in het begin van de 20e eeuw is te vinden in de opkomst van de zakelijke zekerheidsrechten op roerende zaken buiten het in artikel 1198 BW (oud) geregelde vuistpandrecht om. Uit deze bepaling vloeide onder meer voort dat de pandgever de zaak 'onder de magt van den schuldeiser of van een derde' moest brengen. De pandgever miste daardoor het gebruik van zijn zaak. De praktijk ervoer vanaf het einde van de 19e eeuw de wettelijke regeling van het pandrecht als te knellend. Het was economisch gezien noodzakelijk deze regeling te versoepelen. De wetgever trad echter niet op. De rechtspraktijk moest soelaas bieden. De inspiratie kwam uit Duitsland. Vanaf het einde van de 19e eeuw kwam uit dit land (en uit Oostenrijk) het afbetalingscontract overgewaaid. Deze overeenkomst had een viertal kenmerken: 1) de prijs van de zaak mocht in termijnen worden betaald; 2) de schuldenaar kreeg terstond de feitelijke heerschappij over de zaak; 3) de schuldeiser bleef eigenaar van de zaak totdat de gehele koopsom was betaald, het zogenaamde eigendomsvoorbehoud en 4) bij niet betaling van één termijn verviel de overeenkomst van rechtswege en kwamen de reeds betaalde termijnen aan de schuldeiser toe. Het afbetalingscontract was zo verweven met de Duitse rechtspraktijk dat de in Nederland gebruikte overeenkomsten in de Duitse taal luiden. Het karakteriseren van het afbetalingscontract geschiedde met behulp van Duitse rechtsfiguren. Sommigen zagen het contract als een variant op de koopovereenkomst ('Abzahlungskauf mit Eigentumsvorbehalt') en anderen betitelden het afbetalingscontract als een soort huur-overeenkomst ('Möbelleihvertrag').²⁰

Het eigendomsvoorbehoud was niet geregeld in het BW van 1838. De juridische vormgeving van deze figuur geschiedde daarom bijna geheel aan de hand van het BGB dat wel aanknopingspunten bood. De Utrechtse hoogleraar in het Romeinse recht, Chr. Zevenbergen (1897-1976), was de vertolker van het heersende standpunt onder de Nederlandse juristen. Hij zocht aansluiting bij § 929 BGB,²¹ de bepaling over de eigendomsoverdracht van roerende zaken, en het in deze paragraaf besloten liggende onderscheid tussen de obligatoire of verbintenisscheppende overeenkomst en de zakelijke overeenkomst, de wilsovereenstemming van partijen gericht op eigendomsoverdracht. In het geval van een afbetalingscontract met een eigendomsvoorbehoud was zijns inziens de zakelijke overeenkomst nog niet gesloten. De levering geschiedde *brevis manu*, nadat de koopprijs geheel was voldaan. De feitelijke heerschappij over de zaak werd verschaft meteen na het sluiten van de koopovereenkomst. De vraag of door het eigendomsvoorbehoud de koopovereenkomst of de eigendomsoverdracht van een voorwaarde afhankelijk werd gesteld, bleek het moeilijkst te beantwoorden. Op dit punt was er een zekere verdeeldheid tussen de auteurs. Scholten zocht aansluiting bij § 455 BGB²² (thans § 449 BGB). Hij was van mening dat niet de obligatoire overeenkomst, maar de overdracht van de eigendom van een voorwaarde afhankelijk was gemaakt, en wel, in navolging van het toenmalige § 455 BGB, in beginsel van een opschortende voorwaarde. Hij gaf bij wanprestatie van de koper – hij verwees opnieuw naar § 455 BGB – de verkoper een recht op ontbinding van de obligatoire overeenkomst. Naar de mening van Zevenbergen rustte evenwel op de verkoper een voorwaardelijke leveringsplicht uit een overigens onvoorwaardelijke overeenkomst. Aan het stellen van een voorwaarde bij de zakelijke overeenkomst dachten naar zijn mening partijen niet. Zij hadden immers in het geheel nog geen zakelijke overeenkomst gesloten.²³

Het eigendomsvoorbehoud was niet geregeld in het BW van 1838. De juridische vormgeving van deze figuur geschiedde daarom bijna geheel aan de hand van het BGB dat wel aanknopingspunten bood

Het huidige BW volgt Zevenbergen niet. Artikel 3:92 BW regelt tegenwoordig in het algemeen de mogelijkheid van het maken van een eigendomsvoorbehoud. Lid 1 van deze bepaling bevat in navolging van § 455 BGB het wettelijke vermoeden dat de eigendomsvoorbehoudverkoper zich verbindt tot een overdracht onder opschortende voorwaarde. Artikel 3:84 lid 4 BW bepaalt de goederenrechtelijke gevolgen van dit verbintenissenrechtelijke vermoeden: de koper wordt eigenaar onder opschortende voorwaarde, en wel van rechtswege zonder dat daartoe een nadere levering nodig is.²⁴ Artikel 3:91 BW ten slotte bepaalt dat ter uitvoering van een verbintenis tot overdracht van een zaak onder opschortende voorwaarde met machtsverschaffing kan worden volstaan.

In het begin van de 20e eeuw rees een aantal problemen ten aanzien van het aanbod. Het zojuist afgekondigde BGB vormde een ideale inspiratiebron waaruit de Nederlandse juristen voor een oplossing konden putten

Ook in discussies over andere onderwerpen van Nederlands zakenrecht in de eerste decennia van de 20e eeuw is het BGB duidelijk aanwezig. Ik wijs slechts op de uitleg van artikel 2014 lid 1 BW (oud).²⁵ Nederlandse schrijvers deden vaak een beroep op § 932 e.v. BGB²⁶ ter ondersteuning van de eis dat degene die afging op de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, te goeder trouw moest zijn. Hij miste anders bescherming.²⁷ De Duitse regeling vertoonde grote gelijkens met de opvatting van Scholten over artikel 2014 lid 1 BW, die in Nederland de heersende leer zou worden. Hooykaas betoogde zelfs dat deze leer in Nederland in het leven was geroepen door een 'noodlottige Duitse invloed sinds 1900' en dat deze 'rechtstreeks' was ontleend aan het BGB.²⁸ Salomons heeft overigens laten zien dat de opvatting van Hooykaas onjuist is en dat het BGB slechts in bescheiden mate heeft bijgedragen aan de vorming van Scholtens tot *communis opinio* uitgegroeide visie.²⁹

4 Invloed van het BGB op het Nederlandse overeenkomstenrecht

Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding (vgl. art. 6:217 BW). Beide begrippen kwamen niet voor in het BW van 1838. Noch in artikel 1249 BW (oud) dat een omschrijving gaf van het begrip overeenkomst, noch in artikel 1356 BW (oud) dat de toestemming van degenen die zich verbinden als een van de voorwaarden noemde voor de bestaanbaarheid van een contract, figureerden de aanbod en/of de aanvaarding. Dit heeft te maken met het feit dat de beide begrippen ontbreken in de Franse Code civil (Cc). Het Nederlandse wetboek is wat deze artikelen betreft inderdaad niets meer of minder dan een vertaling van de Cc. In het begin van de 20e eeuw rees een aantal problemen ten aanzien van het aanbod. Het zojuist afgekondigde BGB vormde een ideale inspiratiebron waaruit de Nederlandse juristen voor een oplossing konden putten.

Langzaam maar zeker raakte na 1900 de telefoon steeds meer inheems in Nederland. Haar opkomst stelde de Nederlandse juristen voor een brandende vraag: wanneer komt een overeenkomst tot stand tussen twee 'telefoneerders'? Zij volgden al de Duitse opvatting dat een aanbod gedaan tussen aanwezigen dadelijk diende te worden aangenomen. Zij verwezen daarvoor naar § 147 Abs. 1 BGB.³⁰ Bij een telefoongesprek eisten de Nederlandse juristen in navolging van de slotzin van § 147 Abs. 1 BGB ook een onmiddellijke aanvaarding van het mondeling gedane aanbod.³¹

Langzaam maar zeker raakte na 1900 de telefoon steeds meer inheems in Nederland. Haar opkomst stelde de Nederlandse juristen voor een brandende vraag: wanneer komt een overeenkomst tot stand tussen twee 'telefoneerders'?

Een van de meest besproken kwesties in de vroeg 20e-eeuwse Nederlandse literatuur over het aanbod was of een aanbieder zijn offerte kon herroepen totdat de overeenkomst tot stand was gekomen. De herroepelijkheid van het aanbod vormde het uitgangspunt in de Nederlandse 19e-eeuwse rechtsleer en rechtspraak, tenzij de aanbieder zijn aanbod

²⁴ Over de constructie van het eigendomsvoorbehoud is een uitvoerige discussie gevoerd. Ik geef slechts een kleine selectie uit de literatuur: S.C.J.J. Kortmann, 'Eigendom onder voorwaarde', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod licet, Kleijn-bundel*, Deventer: Kluwer 1992, p. 199-211; N.E.D. Faber, 'Levering van toekomstige goederen en overdracht onder voorwaarde', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 202-215; C.J.H. Jansen, 'De positie van de eigendomsvoorbehoudkoper', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid (Insolad Jaarboek 2001)*, Deventer: Kluwer 2001, p. 285-294; F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen', *WPNR* 2007, p. 824 e.v.

²⁵ Met betrekking tot roerende goederen (...) geldt het bezit als volkomen titel. Art. 2014 lid 1 BW (oud) is de voorloper van het huidige art. 3:86 lid 1 BW, regerende de bescherming van een verkrijger te goeder trouw tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder.

²⁶ Gewijd aan 'Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten'.

²⁷ Zie bijv. J.C. van Oven, 'Artikel 2014 en de bezitsbescherming van roerend goed', *WPNR* 1908/2017, p. 434; C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard* (verklaring voortgezet door J.A. Levy, 16e deel), Den Haag: Belinfante 1911, p. 334-338. Zie J.M. Milo, *Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940*, Antwerpen: Intersentia 1997, p. 144-145.

²⁸ E.F. Hooykaas, *Art. 2014 B.W.*, Utrecht: Drukkerij Fa. Schotanus & Jens 1949, p. 25-26 en p. 68 e.v.

²⁹ A.F. Salomons, *2014 tot 1950. De geschiedenis tot 1950 van de vertrouwensbescherming bij overdracht van roerende zaken door een beschikkingsonbevoegde* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1997, p. 240-244.

³⁰ § 147 (1). Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden.

³¹ Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrage. Zie Asser/Van Goudoever, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk*

expliciet of impliciet onherroepelijk had gemaakt. Onder invloed van de regeling in § 145 BGB is in het begin van de 20e eeuw een omslag te constateren in de Nederlandse doctrine. De genoemde Duitse bepaling gaat uit van de onherroepelijkheid van het aanbod. Zij luidt als volgt:

Wer einem anderen die Schließung eines Vertrag anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.

De navolging van dit Duitse voorbeeld leidde soms tot heftige reacties. L.B.A.M. Janssens (1898-1953), advocaat en later onder meer wethouder in Eindhoven, wierp Molengraaff voor de voeten dat de argumenten die hij aanvoerde voor de onherroepelijkheid van het aanbod: 'op niets anders steunen dan op een ondoordacht napraten van de Duitse theorieën, waardoor de rechtswetenschap buiten dat land op een dwaalspoor is gebracht, waarvan het noodig is haar zoo spoedig mogelijk te bevrijden.'³²

Evenals het woord 'aanbod' was het begrip 'rechtshandeling' vreemd aan het BW van 1838. Na uitvoerige debatten in de 19e-eeuwse Duitse literatuur heeft het begrip *Rechtsgeschäft* ('rechtshandeling') zijn intrede gedaan in het BGB

Welke waren de argumenten van de voorstanders van het onherroepelijk aanbod? Molengraaff noemde de gebondenheid aan het aanbod gedurende een daarin gestelde tijd of, bij gebreke daarvan, gedurende een redelijke tijd 'een onafwijsbare verkeerseis', een noodzakelijk beginsel van verbintenisrecht. De objectieve zin van het aanbod bracht immers met zich dat de aanbieder zich wilde binden zolang als nodig was voor de beantwoording ervan.³³ Ook Suijling pleitte voor de onherroepelijkheid van het aanbod 'in den eigenlijken handel'. Hij beschouwde deze als een uitvloeisel van de billijkheid. Anders miste de ontvanger de vaste grondslag waarop hij zijn transactie behoorde te kunnen sluiten. Het 'verkeer' eiste dat het aanbod onherroepelijk was. De ontvanger van het aanbod moest maatregelen kunnen treffen voor het tot stand brengen van het contract, hij moest gelijke

aanbiedingen van anderen kunnen vergelijken en naast zich neer kunnen leggen, etc.³⁴ De pleidooien voor de onherroepelijkheid van het aanbod lokten felle kritiek uit, onder meer van Meijers. Hij heeft ervoor gezorgd dat volgens het huidige BW het aanbod herroepelijk is, tenzij in het aanbod een termijn voor aanvaarding is opgenomen of als de onherroepelijkheid op de een of andere manier uit het aanbod volgt (zie art. 6:219 lid 1 BW).³⁵

Een aanbod is volgens de heersende visie een op zichzelf staande *rechtshandeling*, die een eigen regeling verdient.³⁶ Evenals het woord 'aanbod' was het begrip 'rechtshandeling' vreemd aan het BW van 1838. Na uitvoerige debatten in de 19e-eeuwse Duitse literatuur heeft het begrip *Rechtsgeschäft* ('rechtshandeling') zijn intrede gedaan in het BGB. Zoals Lokin uitvoerig heeft beschreven, was de introductie van dit begrip een van de belangrijkste vernieuwingen op het gebied van het vermogensrecht. Het vormt de bouwsteen van vele leerstukken, zowel naar Duits, als thans naar Nederlands recht. Het Algemeen deel van het BGB kent een afzonderlijke afdeling (*Abschnitt* 3: § 104-185), die gewijd is aan de rechtshandeling. Zij regelt belangrijke onderwerpen als de handelingsbekwaamheid, de wilsverklaring, de aanbod en aanvaarding, de voorwaarde, de vertegenwoordiging en de volmacht. Een definitie van het begrip rechtshandeling ontbreekt in het Duitse wetboek. 'Verstandig', zo meent Lokin, omdat een wetboek zich niet leent voor definities en omdat in Duitsland 'zo'n kakofonie van meningen en inzichten' omtrent de omschrijving van het *Rechtsgeschäft* bestond 'dat elke wettelijke definitie de heftigste polemiek zou hebben uitgelokt.' Het is Meijers geweest die het begrip rechtshandeling in het BW van 1992 heeft geïntroduceerd, nadat zij al vanaf het begin van de 20e eeuw een centrale plaats in het Nederlandse overeenkomstenrecht had verworven.³⁷ 'Zij [de rechtshandeling] heeft een ware triomftocht gehouden van het BGB naar het BW langs de leer- en handboeken van bijna alle Nederlandse juridische schrijvers', aldus Lokin. Artikel 3:33 BW bevat min of meer een proeve van definitie:

Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft openbaarbaar.

Meer Duits in haar samenstellende delen dan deze definitie kan een omschrijving in een Nederlandse wetsbepaling niet zijn.

Recht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1913, p. 261 en p. 269. Zie eveneens J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht* (1e stuk, 1e gedeelte, 2e druk), Haarlem: De Erven F. Bohn 1927, p. 295-296.

³² L.B.A.M. Janssens, *Het aanbod*, Amsterdam: H.J. Paris 1926, p. 131.

³³ W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche handelsrecht* (4e herziene druk), Haarlem: De Erven F. Bohn 1919, p. 311-312; W.L.P.A. Molengraaff, [Bespr. van:] 'Troelstra, Het vrijblijvend aanbod', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1926, p. 152. Zie eveneens J.J. Polderman, *Het openbaar aanbod*, Amsterdam: Kruyt 1913, p. 141.

³⁴ Suijling 1927, p. 295. Asser/Van Goudoever, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, p. 267-268 leek eveneens in de richting van een onherroepelijk aanbod te gaan.

³⁵ De passage over het aanbod in deze bijdrage gaat terug op C.J.H. Jansen, 'Invloed van het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) op de oplossing van problemen ten aanzien van het aanbod in de eerste decennia van de 20e eeuw', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2000, p. 1-16; zie C. Spierings, 'Vragen over het aanbod', *RMThemis* 2013, p. 107 e.v.

³⁶ Spierings 2013, p. 107.

³⁷ Lokin 2000, p. 17 e.v., p. 27-28, p. 36, p. 41. De geestelijke vader van het begrip 'Rechtsgeschäft' in het BGB is B. Windscheid (1817-1892). Hij was een van de meest invloedrijke Duitse pandektisten.

De oneerlijke concurrentie was een veelkoppig monster vanaf het einde van de 19e eeuw, zowel in Duitsland als in Nederland

5 Invloed van het BGB op het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht

De oneerlijke concurrentie was een veelkoppig monster vanaf het einde van de 19e eeuw, zowel in Duitsland als in Nederland. Zij was als de Griekse zeegod Proteus in staat in iedere door haar gewenste gestalte in het maatschappelijk leven op te duiken. Molengraaff stelde in zijn beroemd geworden artikel 'De "oneerlijke concurrentie" voor het Forum van den Nederlandschen rechter'³⁸ een verruiming van het onrechtmatigheidsvereiste in artikel 1401 BW 1838 voor, zodat de rechter dit euvel van de oneerlijke mededinging met wortel en tak uit kon roeien. Molengraaff suggereerde het door de Hoge Raad in 1919 in het arrest *Lindenbaum / Cohen* overgenomen criterium: 'Hij die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijn medeburgers behoort te handelen, is verplicht de schade te vergoeden, die derden daardoor lijden.'³⁹

Volgens Molengraaff voldeed dit criterium aan de onafwijsbare eisen van een gezond rechtsleven in een goed geordende rechtsstaat. De gelijkstelling van onrechtmatig met onwetmatig leidde slechts tot onhoudbare, het rechtsgevoel kwetsende, demoraliserende resultaten.⁴⁰

Het pleidooi van Molengraaff voor de bestrijding van de oneerlijke mededinging via een ruime uitleg van artikel 1401 BW (oud) ontmoette veel weerstand. De eerste van zijn tegenstanders die het zwaard omgordde, was de Groninger hoogleraar Land. Hij achtte Molengraaffs criterium een gevaar voor de rechtszekerheid.⁴¹ Bovendien ontbrak, aldus Land, eenstemmigheid van oordeel ten aanzien van wat volgens de moraal of de zorgvuldigheid was toegelaten. Dit bezwaar was in Duitsland eveneens aangevoerd tegen de 'gute Sitten' (de goede zeden) als strijdmiddel tegen de oneerlijke concurrentie in toen nog het ontwerp van § 826 BGB, de bepaling die opzettelijk handelen tegen de goede zeden als onrechtmatig kwalificeerde.⁴² De Utrechtse hoogleraar in het strafrecht D. Simons

(1860-1930) schaarde zich in 1902 in het koor van criticasters van zijn collega Molengraaff. De justitiabele was volgens Simons bij de toepassing van het door Molengraaff geformuleerde criterium overgeleverd aan het subjectieve inzicht van de rechter over wat wel of niet geoorloofd was. Instemmend citeerde Simons de kritiek van de Duitse strafrechtsjurist Fr. von Liszt (1851-1919) op § 826 BGB die naar zijn mening ook opging voor de ruime uitleg van artikel 1401 BW (oud): beide bepalingen waren een gevaar voor de rechtszekerheid en de eenheid van de rechtspraak.⁴³

Het langverwachte wetsvoorstel tot wijziging van het BW omtrent de verbintenis uit onrechtmatige daad kreeg te maken met een stroom van tegenwerpingen

Minister van Justitie E.R.H. Regout (1863-1913) diende bij Koninklijk Besluit van 11 januari 1911 het langverwachte wetsvoorstel in tot wijziging van het BW omtrent de verbintenis uit onrechtmatige daad. Regout kwam met de volgende formulering:

Onder onrechtmatige daad wordt verstaan eene door de schuld des daders veroorzaakte handeling of nalatigheid, in strijd met de openbare orde, met de goede zeden of met de zorg van een goed huisvader.

Dit wetsvoorstel kreeg te maken met een stroom van tegenwerpingen, zowel in de politiek als in de literatuur. De Nederlandse wetgever ging volgens Simons nog veel verder dan de Duitse. Zo ontbrak bijvoorbeeld het opzetvereiste (*vorsätzlich*) dat wel was opgenomen in § 826 BGB. Desondanks was het verstandig 'in de leer te gaan bij de Duitse doctrine en rechtspraak inzake § 826 BGB'. Een vluchtig onderzoek leerde dat het Reichsgericht de Duitse rechtspraak slechts met moeite binnen de 'juiste' grenzen kon houden. De Duitse rechter dreigde menigmaal in de vaak felle economische strijd van zijn tijd te worden betrokken en daardoor zijn onpartijdigheid te verliezen.⁴⁴ De toenmalige president van de Hoge Raad, A.P.Th. Eijssell (1837-1921), viel Simons bij. De rechtspraak op § 826 BGB liet volgens hem zien dat de verruiming van het begrip onrechtmatig noodlottig was voor de algemene rechtszekerheid en de deur wagenwijd openzette voor subjectieve opvattingen, gevoelsrechtspraak en een

38 Verschenen in *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 373 e.v.

39 W.L.P.A. Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie" voor het Forum van den Nederlandschen Rechter (...)', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 386. Zie HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 e.v. (*Lindenbaum / Cohen*). Zie W.H. Drucker, *Onrechtmatige daad. De regeling van het Duitse Burgerlijk Wetboek getoetst aan de praktijk en vergeleken met het Fransche en Engelsche recht, in het bijzonder in verband met de benadeelingen in den economischen strijd*, Den Haag: Belinfante 1912. Zie uitvoerig: C.J.H. Jansen, 'De bestrijding van de oneerlijke mededinging in de eerste decennia van de 20e eeuw: het Duitse recht als voorbeeld voor de Nederlandse rechtsbeoefening', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1997, p. 8-29.

40 Molengraaff 1887, p. 392.

41 N.K.F. Land, *Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1896, p. 58-77.

42 § 826 BGB (Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung). Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Land, *Beschouwingen over de verbintenis uit onrechtmatige daad*, p. 82 e.v.

43 D. Simons, 'Ons burgerrechtelijk delictsrecht', *Themis* 1902, p. 44.

44 D. Simons, 'Onrechtmatige daad', *Weekblad van het Recht* 1911/9139, p. 1-2.

stortvloed aan onrechtmatigheidsgedingen. De *lex Regout* bracht Eijssell tot de volgende verzuchting:

'Rechtszekerheid, waarom bedenkt het tegenwoordig geslacht niet beter hoe ONSCHATBAAR haar bezit is.'⁴⁵

Eijssell vreesde dat de grenzen tussen recht en moraal volledig zouden verdwijnen door omschrijvingen als 'strijd met de goede zeden' of de 'zorg van een goed huisvader'. De vraag rees echter: welke moraal is richtsnoer voor de rechter?

'Die van den Durchschnittsphiler, waar volgens de regtspraak van het Reichsgericht op § 826 BGB met de voorafgaande en volgende voorschriften Burg. G.B. volstaan wordt, of die van de Bergrede?'⁴⁶

Eijssell vermoedde de moraal van de Bergrede en daarmee was het hek van de dam voor allerlei idealisten, zoals 'geheelonthouders, de Christian Scientists, de volstreckte vegetariërs', etc. Scholten was evenmin gelukkig met de door Regout gekozen formulering. Hij pleitte evenals Simons onder meer naar het voorbeeld van § 826 BGB voor het opnemen van 'opzet' in de wet om te voorkomen dat de rechter te snel aansprakelijkheid zou aannemen.⁴⁷

Naar Duits recht ontstaat er niet alleen een plicht tot schadevergoeding, indien er sprake is van opzettelijk handelen tegen de goede zeden (§ 826 BGB). Een dergelijke plicht wordt ook aangenomen, indien iemand – opzettelijk of onvoorzichtig – wederrechtelijk inbreuk maakt op een vijftal nauwkeurig omschreven rechtsgoederen, te weten 'das Leben', 'der Körper', 'die Gesundheit', 'die Freiheit', 'das Eigentum', of op 'ein sonstiges Recht' (§ 823 Abs. 1 BGB). Volgens § 823 Abs. 2 BGB⁴⁸ rust de plicht tot schadevergoeding slechts op hem die in strijd handelt met een bijzondere wettelijke plicht die strekt tot bescherming van het belang van de gelaedeerde. Deze voorwaarde is bekend komen te staan als het relativiteitsvereiste. Een bijzondere rol met betrekking tot de introductie van dit vereiste in het Nederlandse recht is weggelegd voor de Haagse rechter J. van Geleïn Vitringa (1874-1945). Hij keek, zoals zo velen in zijn tijd, met zorg naar de in aantal toenemende pleidooien voor de verruiming van de aansprakelijkheid op grond van artikel 1401 BW 1838. Hij besloot een tegengeluid te laten horen. Hij meende dat de toewijzing van een vordering uit onrechtmatige daad in navolging van § 823 Abs. 2 slechts aan hem kon geschieden wiens belang door de geschonden wet werd beschermd.⁴⁹

'Slechts aan dien ander, wiens bescherming de wet beoogt, niet aan een ieder die door de overtreding schade geleden heeft, komt de vordering tot vergoeding toe die dit artikel geeft. Dat zal ook bij de toepassing van art. 1401 B.W. moeten gelden, wil men niet komen tot onaannemelijke resultaten.'⁵⁰

Van Maanen heeft aan de hand van archiefonderzoek laten zien dat Van Geleïn Vitringa, in 1923 benoemd tot lid van de Hoge Raad, de *auctor intellectualis* is van de eerste arresten van dit college over het relativiteitsvereiste. In 1928 moest het zich buigen over een conflict dat de graaf De Marchant et d'Ansembourg had met de Nederlandse staat over de onteigening van een deel van zijn landerijen. De Hoge Raad overwoog toen, bij de hand genomen door Van Geleïn Vitringa, dat de geschonden norm (art. 12 Onteigeningswet) slechts strekte tot bescherming tegen onrechtmatige onteigening. Het geschonden belang in deze zaak was de vermogensschade die De Marchant stelde te hebben geleden als gevolg van een onregelmatige aanwijzing ter onteigening.⁵¹ In 1937 paste de Hoge Raad de eis van de relativiteit eveneens toe bij de schending van een zorgvuldigheidsnorm.⁵² Het vereiste is uiteindelijk in artikel 6:163 BW terecht gekomen.

6 Afsluiting

De invloed van het BGB op de Nederlandse privaatrechtelijke literatuur, wetgeving en rechtspraak en op de Nederlandse civilisten is in de eerste decennia van de 20e eeuw groot geweest, nog veel groter dan ik in deze bijdrage heb kunnen laten zien. De Nederlandse wetgevende machinerie haperde. Er was dus alle reden om ter inspiratie en lering te kijken naar Duitsland (en later Zwitserland), waar wel nieuwe wetboeken waren verschenen.

De Nederlandse wetgevende machinerie haperde. Er was dus alle reden om ter inspiratie en lering te kijken naar Duitsland (en later Zwitserland), waar wel nieuwe wetboeken waren verschenen. De Nederlandse juristen dompelden zich onder in dit nieuwe recht

De Nederlandse juristen dompelden zich onder in dit nieuwe recht. Er waren er zelfs, zoals Drucker en Suijling, die 'Duits recht ademden'. Suijling had zijn *Inleiding tot het*

45 A.P.Th. Eijssell, 'Het wetsvoorstel omtrent de onrechtmatige daad en de rechtszekerheid', *Themis* 1911, p. 610-616.

46 Eijssell 1911, p. 593.

47 P. Scholten, 'Burgerlijk onrecht... Wenschelijke wetswijziging', *WPNR* 1911/2158, p. 215-216. Zie over de pogingen tot uitbreiding van art. 1401 BW 1838 vanuit rechtsvergelijkend perspectief uitvoerig: Jansen 1997, p. 12 e.v.

48 § 823 Abs. 2 (1). Die gleiche Verpflichtung trifft derjenigen, welcher gegen einen Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.

49 J. van Geleïn Vitringa, 'Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1919, p. 23 e.v.

50 Van Geleïn Vitringa 1919, p. 29.

51 HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1688. Zie uitvoerig G.E. van Maanen, 'Relativiteit. Het geheime wapen van de rechter', *AA* 2013, p. 153-157 (AA20130153); Milo 1997, p. 157 e.v.

52 HR 11 maart 1937, *NJ* 1937/899.

Burgerlijk recht ingericht naar de systematiek van het BGB (Algemeen deel, Verbintenissenrecht, Zakenrecht, Erfrecht en Familierecht). Voorts gaf hij aan zijn Algemeen deel een opbouw en inhoud die overeenkwamen met het Algemeen deel in het BGB. Hij moest daarom ingaan op begrippen (rechtshandelingen, wilsgebrek, wilsverklaring, e.d.) en leerstukken (*Anwartschaft*; rechten die in staat van wording verkeren), *Selbsteintritt* door een vertegenwoordiger, kwalitatieve rechten en verbintenissen, wilsrechten (*Gestaltungsrechte*), de zakelijke overeenkomst, etc. die pas veel later in Nederland bekendheid kregen. De keuzes van Suijling brachten het toenmalige lid van de Hoge Raad, J. Kusters (1874-1951), tot de retorische vraag of de vreemde, de moderne, Duitse stempel niet wat al te zwaar op dit Nederlandse werk over burgerlijk recht drukte.⁵³ Toch stond Suijling niet alleen. Bijna alle civilisten uit deze tijd waren uitstekende kenners van het Duitse recht (zonder overigens het Franse, Zwitserse of het Engelse recht te verwaarlozen) en de pandektisten. Zij benaderden het positieve recht vanuit een stelselmatige, historisch-vergelijkende invalshoek. Juist het besef dat de continentale landen een gemeenschappelijk verleden hadden, dwong hen als vanzelf

tot rechtsvergelijking, in het bijzonder met het 'nieuwste' burgerlijk recht, de laatste loot aan de stam van het gerecipieerde Romeinse recht. Ik citeer de woorden van de 19e-eeuwse advocaat A.F.K. Hartogh (1844-1901) aan de vooravond van de invoering van het BGB:

'En eindelijk, wij moeten niet vergeten dat wij Nederlanders verplicht zijn, vooral omdat wij een klein volk zijn, ook te letten op de wetgevingen van het buitenland en nu zou ik durven zeggen, dat het Romeinse recht althans in den tegenwoordigen tijd nog is het volapük van het recht. Met andere woorden: de rechtsgeleerden van het vasteland van Europa verstaan elkaar meestal daardoor, omdat de beginselen van de verschillende wetgevingen nog romeinisch-rechtelijk zijn.'⁵⁴

Het BGB bleek een zegen voor veel Nederlandse civilisten. Zij voelden zich als herboren onder deze stralende zon der gerechtigheid

De vergelijking met het Duitse recht bracht in de eerste decennia van de 20e eeuw nieuw leven in het wereldje van het Nederlandse burgerlijke recht. Het BGB bleek een zegen voor veel Nederlandse civilisten. Zij voelden zich als herboren onder deze stralende zon der gerechtigheid.

53 J. Kusters, [Bespr. van:] 'J.Ph. Suijling, Inleiding tot het Burgerlijk recht', *Themis* 1919, p. 487. Zie C.J.H. Jansen, 'J.Ph. Suijlingh (1869-1962)', in: C.J.H. Jansen e.a. (red.), *16 juristen en hun filosofische inspiratie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 38-40.

54 A.F.K. Hartogh, 'Interventie', *HNJV* 1899-II, p. 56.