

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

1. Inleiding

‘Das neue Jahrhundert bringt die größte That zur Wirkung, welche das deutsche Rechtsleben aufzuweisen hat.’ Zo verwelkomde op 1 januari 1900 het *Juristische Wochenschrift* de inwerkingtreding van het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Naar aanleiding van dit nieuwe wetboek werd de Duitse juridische wereld overspoeld door handboeken, monografieën, wetenschappelijke en op de praktijk gerichte tijdschriftbijdragen, populariserende krantenartikelen, tekstuittgaven op rijm, etc. Een in 1899 gepubliceerde bibliografie telde 4000 titels.¹ De levendigheid van de Duitse rechtswetenschap oogstte alom bewondering van de Nederlandse privaatrechtsjuristen. Zij stortten zich eendrachtig op de vruchten van Duitse bodem. De onmacht van de Nederlandse wetgever stak schril af bij de krachtadigheid van de Duitse. Met een gevoel van teleurstelling vergeleek De Pinto, de hoofdredacteur van het *Weekblad*, het succes van de Duitse wetgever met het falen van de Nederlandse.² Meer en meer knelde dat de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek van 1838 (BW) niet voldeden aan de eisen van de ‘moderne’ tijd.

Die ‘moderne’ tijd werd gekenmerkt door optimisme: de nieuwe eeuw zou er een worden van voorspoed en vooruitgang voor iedereen op de wereld. Er groeide naar vaste overtuiging van vele Europese juristen langzaam maar zeker een recht dat de mensen niet als Nederlander, Duitser, Engels- of Fransman bond maar als lid van de mensheid.³ Nieuwe wereldtalen als het volapuk (1879) en esperanto (1887) kenden in Nederland vele enthousiaste sprekers. In navolging van de taal zou de wereld eens een recht aanschouwen dat haar zou omvatten ‘als een golfstroom, die de gansche aarde rondgaat om in zichzelf weder te keeren, of als een netwerk dat de gansche wereld omspant’. Nederlanders waren door hun toenmalige kennis van vreemde talen als geen ander geschikt om de schouders te zetten onder het streven naar internationale rechtsbeoefening en rechtseenheid. Dit ideaal was bij lange na nog niet bereikt. Het was evenwel de rechtsvergelijking die de jurist in

¹ H. Mohnhaupt, ‘Die Kommentare zum BGB als Reflex der Rechtsprechung (1897-1914)’, in: U. Falk und H. Mohnhaupt (Hrsg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, Frankfurt am Main 2000, p. 495 e.v.

² ‘Codificatie in Duitschland en Nederland’, *Weekblad van het recht* (W.) 1900/7369 en 7370.

³ Zie bijvoorbeeld W.L.P.A. Molengraaff, ‘De dageraad van het wereldrecht’, in: *Molengraaff-bundel*, Zwolle 1978, p. 720.

staat stelde om de bouwstenen voor de totstandbrenging van het wereldrecht aan te leveren. Op een meer bescheiden niveau was het bovendien de rechtsvergelijking die het de Nederlandse jurist mogelijk maakte het eigen privaatrecht aan te vullen en te verbeteren aan de hand van modern buitenlands privaatrecht.

Het lag daarom in de lijn der verwachtingen dat het ‘herschappen’ Duitse recht, zoals het door De Pinto werd aangeduid, een inspiratiebron werd voor de Nederlandse privaatrechtsjuristen. Het bood oplossingen en aanknopingspunten voor de beslechting van allerlei juridische problemen waarvoor de Duitse juristen decennia eerder hadden gestaan dan hun Nederlandse collega’s en die samenhangen met de industrialisatie, de opkomst van nieuwe communicatiemiddelen en de toename van het handelsverkeer. ‘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.’ Dat was de reden, zo stelde C.W. Star Busmann in het voorwoord van de door hem bewerkte *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek* van Land, waarom hij rekening hield met het zo juist vastgestelde Duitse (en Zwitserse) Burgerlijk Wetboek.⁴

In deze bijdrage beperk ik me tot een onderwerp op het gebied van het overeenkomstenrecht dat een belangrijke rol speelt in het handelsverkeer, te weten het aanbod tot het aangaan van een overeenkomst.⁵ Het BGB kent in § 145 e.v. een tamelijk gedetailleerde regeling van het aanbod. De inhoud en de ratio van deze bepalingen hebben hun sporen in de Nederlandse literatuur en rechtspraak nagelaten. Waaruit die Duitse invloed bleek, wordt in het onderstaande aan de orde gesteld.

2. Het aanbod

Het begrip aanbod komt als zodanig in het Oud BW (OBW) niet voor. Noch in art. 1249 OBW dat een omschrijving geeft van het begrip overeenkomst noch in art. 1356 OBW dat als een van de voorwaarden voor de bestaanbaarheid van een overeenkomst noemt de toestemming van degenen die zich verbinden, wordt gerept van het aanbod. Het begrip werd (evenals aanvaarding) reeds gebruikt door 17e- en 18e-eeuwse juristen en het was dus bekend in de privaatrechtswetenschap ten tijde van de uitvaardiging van het OBW⁶, maar de Nederlandse wetgever is er niet toe overgegaan om af te wijken van de corresponderende bepalingen in de Franse Code civil waarin ze niet voorkwamen. De

⁴ C.W. Star Busmann, ‘Voorbericht bij den Tweeden Druk’, in: N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, eerste deel-eerste stuk, Haarlem 1909, p. XI.

⁵ Voor een analyse van het aanbod in het licht van de controverse tussen wil en verklaring: J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht*, Deventer 1971, p. 100 e.v.

⁶ Zie over de historische wortels van deze begrippen in het geleerde recht: H. Coing, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800*, Bd I, München 1985, § 80.

BGB EN HET AANBOD

Nederlandse rechtspraak kreeg met betrekking tot het aanbod vanaf het begin van de 20e eeuw te maken met een drietal nijpende problemen. Het eerste probleem betrof de duur van het aanbod (soms aangeduid als de gebondenheid of de binding aan het aanbod). Het tweede had betrekking op de al dan niet herroepelijkheid van een aanbod. Hoofdzakelijk werden drie standpunten verdedigd. Een aanbod is herroepelijk voordat de wederpartij het aanvaard heeft. Een aanbod is herroepelijk, maar slechts tegen betaling van schadevergoeding. Een aanbod is onherroepelijk zodra de wederpartij het ontvangen heeft. Tot slot was er het probleem van de werking van een zogeheten vrijblijvend aanbod. De Nederlandse wet zweeg – zoals gezegd – over een oplossing voor genoemde problemen. Volgens Van Goudoever stelde deze ‘sobere opstelling’ van de wetgever ten opzichte van de oplossing van de problemen bij het aanbod de wetenschapper in staat ‘met het goede, dat er in de 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.’⁷

2.1 De duur van het aanbod

Het was *communis opinio* onder de Nederlandse juristen dat een aanbod gedaan tussen aanwezigen dadelijk diende te worden aangenomen. Zodra partijen uit elkaar gaan, verliest het aanbod zijn gelding. Veelvuldig werd verwezen naar § 147 Abs. 1 BGB:

Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden.

Het was gelet op de bijna unanieme opvatting in de literatuur tamelijk voorspelbaar dat eenzelfde regel driekwart eeuw later in art. 6:221 lid 1 BW terecht zou komen. De intrede van de telefoon in het maatschappelijke verkeer was verenigbaar met dit standpunt. Bij een telefonisch gedaan aanbod werd evenals bij het mondelinge aanbod onmiddellijke aanvaarding geëist, overeenkomstig het slot van § 147 Abs. 1 BGB waarin was bepaald⁸:

Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrage.

⁷ Asser/Van Goudoever, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, tweede druk, Zwolle 1913, p. 260 resp. p. 269. Zie eveneens L.B.A.M. Janssens, *Het aanbod*, Amsterdam 1926, p. 106-107.

⁸ Janssens, p. 74; Asser/Van Goudoever, p. 269; J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 1e stuk-1e gedeelte, tweede druk, Haarlem 1927, p. 295-296. Land/De Savornin Lohman, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, tweede druk, Haarlem 1907, p. 191 wijkt enigszins af. In de hoofdtekst staat dat ook wanneer partijen op dezelfde plaats zijn degene aan wie het aanbod is gedaan een zekere tijd moet worden gelaten.

Er was meer discussie over de duur van het aanbod tussen afwezig. Volgens Janssens leek in sommige oude Nederlandse rechterlijke uitspraken er vanuit te worden gegaan dat een aanbod tussen afwezig 'ten eeuwige dage' geldig zou zijn totdat het werd aanvaard of verworpen. Dit standpunt was inmiddels verlaten.⁹ Dat een aanbod gedurende een zekere tijd zijn kracht behield, lag voor de hand. De vraag was echter: hoe lang? Naar de heersende mening in de Nederlandse literatuur kon aansluiting worden gezocht bij de rechtspraak van het Reichsgericht over § 147 Abs. 2 BGB. Deze bepaling kende een criterium met een grote mate van soepelheid: het aanbod gold zolang als de aanbieder de aanvaarding 'unter regelmäßigen Umständen', onder normale omstandigheden, verwachten mocht. Volgens de Duitse rechter waren de feiten van het geval van grote invloed op de geldigheidsduur van het aanbod. Een aanbod in het handelsverkeer is een 'verkeershandeling' en is daarom onderworpen aan 'verkeerseisen'. Bij de vaststelling van hetgeen het verkeer eiste, was een belangrijke rol weggelegd voor het gebruik in de tak van handel waarbinnen zich de transactie moest voltrekken. Het ging om de termijn die op grond van de normale loop der dingen in een bepaalde branche als redelijk mocht worden beschouwd. Het maakte daarbij verschil wie de beoogde partijen waren, bijvoorbeeld een particulier en een ondernemer of een groothandelaar en een winkelier. De hoedanigheid van partijen – om het modern te zeggen – mocht dus niet uit het oog worden verloren. In navolging van de Duitse uitlegging werd in de Nederlandse literatuur verdedigd dat de termijn die de ontvanger redelijkerwijs mocht nemen om zich over het aanbod te beraden en zijn aanvaarding te versturen op grond van de verkeersopvatting als de normale werd gezien. In de Duitse rechtspraak bestond de neiging om die termijn van beraadslaging in het handelsverkeer zo kort mogelijk te houden en de Nederlandse rechter leek zijn voorbeeld te volgen.

Was het aanbod eenmaal aanvaard, dan kwam nog niet onmiddellijk een overeenkomst tot stand. Er werden twee tijdstippen voor de totstandkoming van een overeenkomst verdedigd: dat van de verzending van de aanvaarding of dat van de ontvangst van de aanvaarding. Het tijdstip van verzending werd meestal uit het oogpunt van rechtszekerheid als het moment van de totstandkoming van de overeenkomst naar voren geschoven: degene die het aanbod aanvaard had rekende na zijn acceptatie erop dat een geldige overeenkomst was gesloten. Niet geheel toevallig was overigens het tijdstip van verzending ook het moment van de totstandkoming van de overeenkomst dat in art. 5. Schw. Obligationenrecht werd aangehouden. Suijling en anderen daarentegen stelden dat de aanvaarding ter kennis van de aanbieder moest zijn gebracht, wilde een overeenkomst totstandkomen.¹⁰ Deze opvatting stemde immers overeen met de ontvangsttheorie zoals

⁹ Zie HR 16 mei 1929, *NJ* 1929, p. 1486.

¹⁰ Suijling, p. 296; Land/De Savornin Lohman, p. 191; Asser/Van Goudoever, p. 269-270; Janssens, p. 76 e.v.

BGB EN HET AANBOD

die in de Nederlandse doctrine en rechtspraak was aanvaard en bovendien in § 130 BGB werd gehuldigd.¹¹

Meijers formuleerde een eigen theorie ten aanzien van de herroeping van het aanbod. Hij zocht aansluiting bij een door hem ontwikkeld beginsel van gevaarzetting dat als grondslag diende voor het aannemen van aansprakelijkheid indien er buiten schuld schade was geleden. Dit beginsel luidde in het algemeen: wie in eigen belang een handeling verricht waardoor het gevaar voor anderen vergroot wordt, moet indien het gevaar tot schade leidt, deze vergoeden. Voor het contractenrecht herformuleerde hij zijn beginsel als volgt: wanneer iemand aansprakelijk wordt gesteld zonder dat hij dit wil, dan is de grond van zijn aansprakelijkheid het feit dat hij een gevaar in het leven heeft geroepen anders begrepen te worden dan hij heeft gewild. Toegepast op de herroeping van het aanbod werkte dit als volgt uit. Indien het de aanbieder zou zijn toegestaan om door herroeping van het aanbod na verzending van de aanvaarding de overeenkomst te doen vervallen, schept de aanbieder een gevaar van nadeel voor de wederpartij. Na de verzending van zijn aanvaarding moet degene die aanvaard heeft, zonder gevaar voor nadeel gelijke aanbiedingen van anderen naast zich neer kunnen leggen, maatregelen voor de uitvoering van de overeenkomst kunnen treffen, e.d. De herroeping, die ontvangen is, nadat de aanvaarding van het aanbod is verzonden, dient daarom werking te worden ontzegd.¹²

De opvatting van Meijers geeft dus eenzelfde resultaat te zien als hetgeen naar het standpunt van de meerderheid van de Nederlandse juristen uit de rechtsvergelijkende beschouwingen voortvloeit. De heersende mening over de duur van het aanbod is na de schermutselingen in de eerste decennia van de vorige eeuw niet meer veranderd. In art. 6:221 lid 1 BW wordt gesproken over een redelijke tijd waarbinnen het aanbod dient te worden aanvaard. Volgens Asser/Hartkamp kan als algemene regel worden gesteld, dat het aanbod van kracht blijft gedurende de tijd die de wederpartij redelijkerwijze nodig heeft om het te overwegen en haar besluit mede te delen.¹³

2.2 De (on)herroepelijkheid van het aanbod

Eén van de meest besproken vragen in de vroeg 20e-eeuwse Nederlandse literatuur over het aanbod is of een aanbieder zijn offerte kan herroepen totdat de overeenkomst is totstandgekomen. Het is onomstreden dat in de 19e-eeuwse Nederlandse literatuur en

¹¹ Vgl. Land/De Savornin Lohman, p. 194-195; Van Berckel, 'Aanbod', *WPNR* 1922/2749, p. 342-343; Asser/Van Goudoever, p. 374.

¹² E.M. Meijers, 'De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen', *WPNR* 1921/2676, p. 156.

¹³ Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht*, 4-II, elfde druk, Deventer 2001, nr. 144; Valk 1998 (*T & C BW*), art. 6:221 BW, aant. 2.

rechtspraak van de herroepelijkheid van het aanbod werd uitgegaan, tenzij de aanbieder zijn aanbod uitdrukkelijk of impliciet onherroepelijk had gemaakt. Soms werd *de jure constituendo* de onherroepelijkheid gedurende een zekere tijd bepleit.¹⁴ Onder invloed van de regeling in § 145 BGB is in het begin van de 20e eeuw een omslag te constateren in de Nederlandse literatuur. Genoemde Duitse bepaling gaat uit van de onherroepelijkheid van het aanbod:

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

De navolging van het Duitse standpunt leidde in Nederland soms tot heftige reacties. Janssens wierp de Utrechtse hoogleraar 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.’¹⁵

Wat 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 verkeersei’, een noodzakelijk beginsel van verbintenissenrecht. De objectieve zin van het aanbod brengt immers met zich dat de aanbieder zich wil binden zolang als nodig is voor de beantwoording ervan, tenzij de aanbieder de duur van zijn gebondenheid nader bepaalt door het stellen van een termijn.¹⁶ Ook Suijling pleitte voor de onherroepelijkheid van het aanbod ‘in den eigenlijken handel’. Hij beschouwde deze als een uitvloeisel van de

¹⁴ Vgl. M.N.S. Troelstra, *Het vrijblijvend aanbod*, Amsterdam 1925, p. 68 e.v.; P.A.J. Losecaat Vermeer, [Bespr. van:] ‘Troelstra, Het vrijblijvend aanbod en Janssens, Het aanbod’, *WPNR* 1927/2991, p. 276.

¹⁵ Janssens, p. 131. Overigens was op grond van § 5 en § 7 Schw. Obligationenrecht het aanbod in Zwitserland eveneens onherroepelijk. Het is curieus dat uitgerekend Molengraaff dit verwijt wordt gemaakt. Hij had in zijn afscheidsrede de Nederlandse juristen juist tot voorzichtigheid gemaand met het overnemen van Duitse denkbepalingen. Zie W.L.P.A. Molengraaff, *Een terugblik*, Haarlem 1917, p. 15-16.

¹⁶ W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche handelsrecht*, tweede herziene druk, Haarlem 1908, p. 224; vierde herziene druk, Haarlem 1919, p. 311-312; W.L.P.A. Molengraaff, [Bespr. van:] ‘Troelstra, Het vrijblijvend aanbod’, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1926, p. 152. In gelijke bewoordingen als Molengraaff: J.J. Polderman, *Het openbaar aanbod*, Amsterdam 1913, p. 141. Zie reeds eerder: J. Goudekot, *Afspraken tot het sluiten van overeenkomsten (pacta de contrahendo)*, Amsterdam 1906, p. 129 e.v.; vgl. P. Scholten die met een beroep op Goudekot opmerkt dat de leer dat een offerte tot het aangaan van een overeenkomst altijd herroepelijk is, onjuist is (*WPNR* 1913/2245, p. 4).

BGB EN HET AANBOD

billijkheid. Anders zou de ontvanger van het aanbod de vaste grondslag missen, waarop hij zijn transactie behoort te kunnen sluiten.¹⁷ Ter onderbouwing dat ‘het verkeer’ de onherroepelijkheid van het aanbod eiste, werden de overwegingen overgenomen die de Duitse wetgever had aangevoerd om de onherroepelijkheid van het aanbod te rechtvaardigen. De ontvanger van het aanbod moest gelijke aanbiedingen van anderen naast zich neer kunnen leggen, maatregelen kunnen treffen ter uitvoering van de overeenkomst, etc.:

‘Die Gebundenheit des Antragenden ist ein Bedürfnis des Verkehrs. Wird Iemandem ein Vertragsantrag gemacht, so muß dieser darauf vertrauen können, daß mit der von seiner Seite rechtzeitig erklärten Annahme der Vertrag zu Stande kommt. Der Antragsempfänger bedarf eines sicheren Ausgangspunktes für die zu fassende Entschliebung; er muß unter Umständen sofort die für den Fall des Zustandekommens des Vertrages erforderlichen Maßnahmen treffen; er wird andere Vertragsanträge in Bezug auf den in Frage stehenden Gegenstand ablehnen und unterlassen, seinerseits Vertragsanträge hinsichtlich desselben zu stellen.’¹⁸

Het hoofdargument van de voorstanders van de onherroepelijkheid van het aanbod was dus het verkeersgebruik, eventueel aangevuld met een beroep op de juridische aard van het aanbod en de billijkheid. In de Nederlandse rechtspraak leken nauwelijks voorbeelden aan te treffen van uitspraken waarin de onherroepelijkheid van het aanbod als uitgangspunt gold. De overwegingen van de verschillende rechters gaven namelijk door gebruik van de woorden ‘bindend aanbod’ geen uitsluitel of er werkelijk van een onherroepelijk aanbod sprake was. In het merendeel van de literatuur werd het woord ‘bindend’ weliswaar in de betekenis van ‘onherroepelijk’ gebruikt, maar niet elke schrijver of rechter had zich aangesloten bij dit woordgebruik. Volgens de literatuur van die tijd stond de Rechtbank Amsterdam in haar uitspraak van 9 januari 1907 op het standpunt van de onherroepelijkheid van het aanbod. Zij overwoog namelijk dat de ‘eisch van het verkeer vordert dat eene offerte slechts bindt tot het tijdstip waarop antwoord is ingekomen of mag worden verwacht, dat de aanbieder na dit antwoord zijn vrijheid van handelen herkrijgt, en dat een nieuwe offerte, een voortduren dus van de periode van gebonden zijn, niet anders dan op goede gronden mag worden aangenomen.’¹⁹

Tegenover de onherroepelijke gebondenheid van de aanbieder staat het recht van degene die een aanbod aanvaardt. Dit recht werd gekwalificeerd als een wilsrecht, een *Gestaltungsrecht*, een aan de Duitse literatuur ontleende figuur. Sommigen zagen in de kwalificatie van het recht van degene die aanvaardt als een wilsrecht een ondersteunend

¹⁷ Suijling, p. 295; vgl. eveneens H. Hesse, [Bespr. van:] ‘Troelstra, Het vrijblijvend aanbod’, *Themis* 1927, p. 100; Asser/Van Goudoever, p. 267-268 lijkt eveneens in de richting van de onherroepelijkheid van het aanbod te gaan.

¹⁸ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Band I, Berlijn 1896, p. 165.

¹⁹ Rechtbank Amsterdam 9 januari 1907, *W.* 1907/8606, p. 3. Zie eveneens Rechtbank Rotterdam 25 juni 1906, *W.* 1907/8569, p. 2.

argument voor de onherroepelijkheid van het aanbod. Volgens Suijling is een wilsrecht een recht waaraan de titularis de bevoegdheid ontleent door een eenzijdige wilsverklaring – onafhankelijk van zijn wederpartij – te zijnen aanzien een bepaald rechtsgevolg in het leven te roepen. Door het aanbod krijgt degene die het kan aanvaarden het recht door een enkele wilsverklaring de aanbieder te binden. Hij die het aanbod doet geeft te kennen gebonden te willen worden door hem die het aanvaardt. Dit recht om het aanbod te aanvaarden kan niet door de wederpartij of derden ongedaan worden gemaakt. Suijling en anderen gingen dus uit van een absolute werking van het aanbod: het kon en mocht niet herroepen worden. De weigering van de aanbieder om de overeenkomst gestand te doen is immers irrelevant: hij is verplicht tot nakoming en schadevergoeding wegens niet levering waartoe het aanbod na de aanvaarding verplichtte.²⁰

De pleidooien voor de onherroepelijkheid van het aanbod lokten felle kritiek uit. Vaak werd aangevoerd dat ‘de behoefte van het handelsverkeer’ op dit punt niet was aangetoond. Troelstra had een enquête uitgevoerd onder een aantal kamers van koophandel en hieruit kwam niet naar voren dat de onherroepelijkheid van het aanbod een onafwijsbare verkeerseis was. In verband hiermee werd gewezen op rechtsstelsels van landen, zoals Frankrijk en Engeland, waar de herroepelijkheid van het aanbod uitgangspunt was zonder dat dit een belemmering van de handel had opgeleverd. Daarnaast werd erop gewezen dat het stelsel van onherroepelijkheid eenzijdig was: het hield alleen rekening met de belangen van degene tot wie het aanbod was gericht. Het gevolg was dat de onherroepelijkheid massaal werd uitgesloten, zodat een herroepelijk aanbod eerder verkeerseis leek. Meijers vond bovendien dat de mogelijkheid van herroeping niet een gevaar van nadeel voor de ontvanger in het leven riep: hij mocht niet op een aanbod vóór de aanvaarding even vast bouwen als op een contract. Wie voor de aanvaarding van het aanbod maatregelen treft ter uitvoering van de overeenkomst, weet dat hij deze kosten mogelijk tevergeefs maakt. Hij is geen voorzichtig zakenman.²¹ De

²⁰ G.W. Rupke, *Wilsrechten*, Amsterdam 1914, p. 81; Suijling, p. 73-76, p. 294-295; J. Eggen, ‘Iets over den samenhang van verbintenissen uit onrechtmatige daad met die uit andere oorzaak’, *WPNR* 1923/2784, p. 239. Zie Asser/Rutten, *Verbintenissenrecht*, tweede stuk-tweede gedeelte, Zwolle 1954, p. 118-119. Dat het aanbod een wilsrecht schept, wordt tegenwoordig nog steeds aanvaard. Zie J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, vijfde druk, Deventer 1997, p. 13.

²¹ Meijers, *WPNR* 1921/2676, p. 155; Troelstra, p. 60 e.v. (p. 72-73); Janssens, p. 122 e.v. (p. 129-131); instemmend eveneens Losecaat Vermeer, [Bespr. van:] ‘Troelstra en Janssens’, *WPNR* 1927/2991, p. 276; S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandsche Verbintenissenrecht*, III, Zwolle 1937, § 295. De herroepelijkheid van het aanbod naar Engels recht gaat terug op het *consideration*-vereiste. Zonder *consideration* van de ‘crediteur’ is er geen sprake van een geldig aanbod.

BGB EN HET AANBOD

voorstanders van de herroepelijkheid van het aanbod hadden het Romeinse recht en het leeuwendeel van de rechtspraak aan hun zijde.²²

De vraag die vervolgens rees, was tot hoe lang een aanbod geldig herroepen mocht worden. Het antwoord op deze vraag hing volgens velen samen met de kwestie wanneer de overeenkomst geacht wordt tot stand te komen (anders dan onder het huidige BW, zie beneden, waar deze twee zaken onafhankelijk van elkaar zijn geregeld). De standpunten ten aanzien van laatstgenoemde kwestie zijn daarom bij de visies op de duur van het aanbod terug te vinden (zie par. 2.1). Samengevat luiden ze als volgt. Wie de ontvangsttheorie huldigt, gaat er vanuit dat de herroeping geldig is als zij de wederpartij heeft bereikt voordat de aanvaarding van het aanbod bij de aanbieder is terecht gekomen. Degene die een aanbod aanvaardt mag erop rekenen dat door verzending van zijn aanvaarding de overeenkomst tot stand zal komen, en wel op het ogenblik dat naar de normale loop van zaken de aanvaarding de aanbieder heeft bereikt.²³ Wie uitgaat van de uiting- of verzendtheorie, verdedigt dat de herroeping geldig is wanneer zij de wederpartij heeft bereikt voordat deze de aanvaarding heeft verzonden. Degene die een aanbod aanvaardt, mag in de opvatting van de voorstanders van deze theorie naar de eisen van het handelsverkeer erop rekenen dat een overeenkomst is totstandgekomen op het moment van de verzending. Dit is een eis van de rechtszekerheid waarvan de onderbouwing in de *Motive* van het BGB ten aanzien van de onherroepelijkheid van het aanbod werd gegeven: degene die aanvaardt, zal niet meer met anderen in contact treden over de aanschaf van een vergelijkbare zaak; hij zal maatregelen treffen ter uitvoering van de overeenkomst, etc.²⁴ Een ondersteuning van dit standpunt werd gevonden in het Engelse recht, dat volgens Meijers wat betreft de beginselen van contractenrecht helaas in Nederland veel te weinig werd geraadpleegd. Meijers en Janssens wezen erop dat in Engeland werd aangenomen dat een overeenkomst door correspondentie totstandkomt, zodra de aangezochte zijn aanvaarding overeenkomstig de door de aanbieder aangegeven wijze heeft kenbaar gemaakt. Ontvangst van de aanvaarding is niet nodig (de *mailbox-rule*). De *ratio* van deze regeling werd – evenals op het continent – gezocht in de eisen van het handelsverkeer. Een andere oplossing gaf te veel onzekerheid voor de acceptant: hij moest erop kunnen vertrouwen dat door verzending van zijn aanvaarding een overeenkomst ontstaat.²⁵

²² Zie de Digestentitel 50, 12. Vgl. de overwegingen in bijvoorbeeld Rechtbank Maastricht 12 december 1918, *WPNR* 1919/2566; Hof Amsterdam 3 maart 1913, *W.* 1913/9582; Hof Den Bosch 17 februari 1920, *W.* 1920/10594, *NJ* 1920, p. 642; Hof Amsterdam 19 april 1920, *W.* 1920/10599, *NJ* 1920, p. 950. De laatste twee arresten worden kort besproken in *WPNR* 1922/2749, p. 392. Zie voor meer rechtspraak Troelstra, p. 56 (noot 3).

²³ Zie bijvoorbeeld nog Troelstra, p. 74 en Losecaat Vermeer, [Bespr. van:] 'Troelstra en Janssens', *WPNR* 1927/2991, p. 277.

²⁴ Zie bijvoorbeeld Janssens, p. 90-91. Zie eveneens Meijers, *WPNR* 1921/2676, p. 156.

²⁵ Meijers, *WPNR* 1921/2677, p. 166; Janssens, p. 91; Anson's, *Principles of the English law of contract*, 17th. edition (by J.C. Miles and J.L. Brierly), Oxford 1929, p. 32 e.v.; W.J. Zwolve, *C.Ae. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer 2000, p. 497.

Het werd niet uitgesloten geacht dat de aanbieder de bevoegdheid had het aanbod te herroepen, maar daaraan werd vastgekoppeld dat deze herroeping onder bepaalde omstandigheden ongeoorloofd kon zijn. De wederpartij had dan recht op vergoeding van de geleden schade doordat zij op het totstandkomen van de overeenkomst had gerekend. Het betrof hier met andere woorden een vergoeding van wat de Duitsers noemden *das negative Vertragsinteresse*, het negatief contractsbelang, een door Rudolf von Jhering geïntroduceerd leerstuk dat vanaf de jaren zeventig van de 19e eeuw in Duitsland vaste voet heeft gekregen. De grondslag van een vordering tot vergoeding van het negatief contractsbelang kon naar de toenmalige heersende opvatting in Nederland slechts art. 1401 OBW zijn. Problematisch was echter dat deze bepaling slechts kon worden toegepast indien schuld aanwezig was, terwijl de schade vaak ontstond zonder dat er sprake was van schuld aan de zijde van de verklarende aanbieder. Voor het Nederlandse recht was het daarom hoogst twijfelachtig of vergoeding van het negatief contractsbelang in het hier beschreven geval juridisch mogelijk was.²⁶

De leer van de onherroepelijkheid van het aanbod is nooit de heersende geworden in Nederland. Na de Tweede Wereldoorlog verdwijnt ze uit beeld. Van Dunné heeft opgemerkt dat het stelsel van het BW geheel de geest van Meijers ademt: uitgangspunt is dus dat het aanbod herroepelijk is, en wel zolang het niet is aanvaard.²⁷ Het is opmerkelijk dat de verwijzing naar de handelspraktijk ter ondersteuning van deze opvatting, zoals dat in de toelichting gebeurt, slechts wordt onderbouwd met behulp van de enquête die Troelstra in het begin van de 20e eeuw had gehouden. Hieruit kwam echter niet eenduidig naar voren dat de handelspraktijk een herroepelijk aanbod eiste. Art. 6:219 lid 1 BW bepaalt dus in overeenstemming met de visie van Meijers dat een aanbod kan worden herroepen, tenzij het een termijn voor de aanvaarding inhoudt of de onherroepelijkheid ervan op een andere wijze uit het aanbod volgt. Lid 2 stelt dat de herroeping slechts kan geschieden, zolang het aanbod niet is aanvaard en evenmin een mededeling, houdende de aanvaarding is verzonden. Deze regeling geldt slechts met betrekking tot de herroepelijkheid van het aanbod. Pas met de ontvangst van de aanvaarding komt de overeenkomst tot stand (art. 3:37 lid 3 BW).²⁸ Indien een aanbieder zijn aanbod onherroepelijk heeft gemaakt, heeft dit absolute werking, zo heeft de Hoge Raad in het

²⁶ P.A.J. Losecaat Vermeer, *Wil en verklaring bij overeenkomsten*, Leiden 1913, p. 208-210; Asser/Van Goudoever, p. 266; Meijers, *WPNR* 1921/2697, p. 190-191. Zie voor een vergelijkend overzicht van het moderne recht: M.W. Hesselink, 'De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht', *WPNR* 1996/6248, p. 882-883; 6249, p. 906-907.

²⁷ Van Dunné, p. 124.

²⁸ Asser/Hartkamp 4-II, nr. 152-153 acht in beginsel de vernemingstheorie de juiste: de overeenkomst komt tot stand, wanneer de aanbieder de aanvaarding verneemt.

BGB EN HET AANBOD

arrest-Lindeboom/Gemeente Amsterdam overwogen: het aanbod mag en kan niet herroepen worden.²⁹

Het is overigens de vraag of de keuze voor een herroepelijk aanbod beantwoordt aan de eisen van het verkeer. Molengraaff sprak eerder over de objectieve zin van het aanbod: degene die een aanbod doet, maakt kenbaar dat hij een overeenkomst wil, dat hij zich gebonden acht. Hij wekt bij de wederpartij het vertrouwen op dat hij hem als contractspartij wenst. In veel situaties in het recht wordt tegenwoordig het opgewekte vertrouwen beschermd. Degene die gelet op de omstandigheden van het geval een gerechtvaardigde verwachting mocht koesteren, heeft een sterkere positie dan zijn wederpartij. Het is niet goed in te zien waarom dat juist bij het aanbod anders moet zijn. Uit het karakter van het aanbod lijkt dus, zoals Molengraaff al schreef, een keuze voor een onherroepelijk aanbod voort te vloeien.³⁰ In de Duitse literatuur wordt – met een verwijzing naar de *Motive* – de keuze voor het onherroepelijke aanbod nog steeds als ‘sorgfältig und überzeugend’ betiteld. Het bevordert de duidelijkheid en snelheid in het handelsverkeer, omdat de onderhandelingsfase kort is en de scheiding tussen onderhandelingsfase en aanbod helder.³¹

2.3 Het vrijblijvende aanbod

Het vrijblijvende aanbod is een rechtsfiguur die is ontstaan in Duitsland en in het BGB een wettelijke grondslag heeft gevonden (zie het slot van § 145 BGB). Via contacten met Duitse handelaren kreeg het eveneens verspreiding in Nederland.³² Over de reikwijdte van het vrijblijvende aanbod bestond veel onduidelijkheid, zo veel zelfs dat het aan H. Hesse, raadsheer uit de Hoge Raad, toescheen dat ‘men ijdel werk doet naar den algemeenen zin van de clausule ‘vrijblijvend’ een onderzoek in te stellen, omdat zij velerlei beteekenissen kan hebben en soms in het geheel geen zin heeft.’³³ De populariteit van het vrijblijvende aanbod in Duitsland en een aantal andere landen (zoals Zwitserland) hing samen met het feit dat daar gekozen was voor de onherroepelijkheid van het aanbod. Later is het gebruik ervan gestimuleerd door de oorlogsomstandigheden. De meest algemene omschrijving van

²⁹ HR 19 december 1969, *NJ* 1970, 154 (GJS).

³⁰ Vgl. reeds Van Dunné, p. 121-122.

³¹ Vgl. MünchKomm-Kramer § 145 Rdnr. 1; H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen 1996, p. 32-35. Of zoals A.C. van Schaick, ‘De ondernemer, de consument en hun overeenkomsten’, in: *Het eigen gezicht van het handelsrecht* (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht), Deventer 2000, p. 98, p. 109 e.v. zou betogen: het onherroepelijk aanbod begunstigt de snelheid van de goederenomloop, een lange onderhandelingsfase vertraagt de goederenomloop.

³² Een van de eerste uitspraken over het beding ‘freibleibend’ is die van de Rechtbank Amsterdam 28 januari 1898, *W.* 1898/7164.

³³ H. Hesse, [Bespr. van:] ‘Janssens, Het aanbod’, *Themis* 1927, p. 469.

het vrijblijvend aanbod luidde als volgt: het is een clause, waarmee de aanbieder zich gedurende korte of lange tijd de beslissing voorbehoudt of hij de overeenkomst op de aangegeven grondslag zal afsluiten.³⁴ De veelheid van opvattingen over de betekenis van ‘vrijblijvend’ is in beginsel tot een drietal terug te brengen:

- a. het is een tot de aanvaarding herroepelijk aanbod;
- b. het is een tot onmiddellijk na de ontvangst van de aanvaarding herroepelijk aanbod;
- c. het is niet een aanbod, maar slechts een uitnodiging om in onderhandeling te treden of – wat daaraan gelijkgesteld werd – een uitnodiging aan de wederpartij om een aanbod te doen, een *invitatio ad offerendum*.³⁵

Het onder a verdedigde standpunt waarin aan de vrijblijvendheid slechts een zeer beperkte strekking werd gegeven, brengt weinig nieuws voor de Nederlandse situatie: dat is hiervoor reeds behandeld.

Meijers was één van de gezaghebbende vertolkers van standpunt b. Hij zag het vrijblijvende aanbod niet als een uitnodiging om in onderhandeling te treden maar als een echt aanbod: na ontvangst van de aanvaarding is de aanbieder in beginsel gebonden. Het aanbod was echter in zoverre minder sterk dan het ‘gewone’ aanbod dat de aanbieder aan de totstandkoming van de overeenkomst kan ontsnappen door onmiddellijk na de aanvaarding het aanbod terug te nemen. Deze constructie was wenselijk vanuit het karakter van het aanbod. Degene aan wie het aanbod werd gedaan, mocht verwachten dat het de (vrijblijvende) aanbieder ernst was, dat hij de wil had om een overeenkomst in het leven te roepen, behoudens veranderde omstandigheden. Als die omstandigheden zich niet voordeden, dan mocht hij erop rekenen dat een overeenkomst tot stand zou komen. Dit diende mede de verkeerszekerheid: de onzekerheid voor de wederpartij van de vrijblijvende aanbieder of al dan niet een overeenkomst totstandkomt moest zo beperkt mogelijk worden gehouden. Standpunt b was bovendien het meest in overeenstemming met wat in handelskringen gebruikelijk was.³⁶ Deze uitleg van het vrijblijvende aanbod werd eveneens aangehangen door een deel van de Duitse rechtspraak en literatuur uit die tijd.³⁷

Aanhangers van standpunt c zagen het vrijblijvende aanbod niet als een geldig aanbod. Dat betekende dat ‘aanvaarding’ van het vrijblijvende aanbod ook niet als een geldige aanvaarding werd beschouwd. Op het moment van de ‘aanvaarding’ of de

³⁴ Troelstra, p. 75.

³⁵ Zie P.A.J. Losecaat Vermeer, “'Vrijblijvend' in aanbod en overeenkomst”, *WPNR* 1925/2895, p. 449-450.

³⁶ Meijers, *WPNR* 1921/2676, p. 155 (noot 1); Van Berckel, *WPNR* 1922/2749, p. 393; Janssens, p. 164; Hesse, [Bespr. van:] Troelstra, *Themis* 1927, p. 102; Suijling, p. 298-299 (die in zijn eerste druk nog standpunt c had bepleit). Zie minder duidelijk Asser/Van Goudoever, p. 269. Voor enige rechtspraak die dit standpunt ondersteunt: Troelstra, p. 117-118. Zie HR 6 februari 1925, *W.* 1925/11375 (met noot Star Busmann).

³⁷ Ook thans wordt deze visie in Duitsland nog aangehangen, bijvoorbeeld door Kramer in *MünchKomm-Kramer*, § 145 RdNr. 6.

BGB EN HET AANBOD

ontvangst van de ‘aanvaarding’ van het vrijblijvende aanbod kwam er geen overeenkomst tot stand. De ‘aanvaarding’ was op te vatten als een aanbod. De overeenkomst kwam dus pas tot stand, als de vrijblijvende aanbieder het aanbod van zijn wederpartij positief had aanvaard. Daarom was het vrijblijvende aanbod niets anders dan een uitnodiging om in onderhandeling te treden. Het liet de aanbieder vrij. Als zodanig werd het ook opgevat door bijna alle rechters die over dit probleem moesten oordelen. Ook deze opvatting werd verdedigd met een beroep op het gebruik in handelskringen.³⁸ Troelstra constateerde

‘dat rechtspraak en wetenschap zich nog niet voldoende bij de opvatting van het handelsverkeer hebben aangesloten en, misschien min of meer onder Duitschen invloed, de vrijblijvende partij wel eens reeds gebonden achten, wanneer deze niet onverwijld de aanneming van haar offerte heeft afgewezen.’³⁹

Standpunt b, de visie van Meijers, is uiteindelijk in het huidige BW vastgelegd. Bevat het aanbod de mededeling dat het vrijblijvend wordt gedaan, dan kan de herroeping nog onverwijld na de aanvaarding geschieden (art. 6:219 lid 2 BW).⁴⁰ Overigens brengt de kwalificatie van een vrijblijvend aanbod als *een aanbod* mee dat aan alle vereisten voor een geldig aanbod moet zijn voldaan. Is dit niet het geval, dan dient het vrijblijvende aanbod *in casu* toch als een uitnodiging tot onderhandeling te worden beschouwd.⁴¹ Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien de wil om een overeenkomst te sluiten (de *animus obligandi*) niet uit de verklaring zelf – zoals die mocht worden begrepen – of uit de omstandigheden blijkt of indien de inhoud van de overeenkomst onvoldoende bepaalbaar is (met andere woorden een van de *essentialia negotii* ontbreekt). De Engelse rechtspraak kent inmiddels een *corpus* aan stereotype situaties waarin het onderscheid tussen aanbod (offer) en uitnodiging tot het doen van een aanbod (invitation to treat) een juridisch vaste vorm heeft gekregen en die een inspiratie kunnen opleveren voor de Nederlandse rechters. Een vrijblijvend aanbod, een aanbod ‘sans engagement’, ‘senza impegno’, ‘without obligation’ (of met vergelijkbare aanduiding) wordt in de meeste rechtsstelsels als een uitnodiging tot het doen van een aanbod beschouwd.⁴²

³⁸ Losecaat Vermeer, *WPNR* 1925/2895, p. 451 (met in noot 1 uitspraken); Losecaat Vermeer, *WPNR* 1927/2991, p. 277; Troelstra, p. 118, 126-127; Asser/Rutten, p. 122; Hof Amsterdam 14 mei 1920, *W.* 1920/10590 en Hof Arnhem 26 november 1924, *NJ* 1925, p. 423. Ook enige Duitse rechters hingen deze opvatting aan. Zie *MünchKomm-Kramer* § 145 RdNr. 6. Meijers schreef zelfs dat deze mening thans algemeen in Duitsland was aanvaard, wat door Troelstra werd betwist.

³⁹ Troelstra, p. 118.

⁴⁰ Asser/Hartkamp 4-II, nr. 150.

⁴¹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 883.

⁴² Of indien de persoon van de wederpartij ertoe doet: HR 10 april 1981, *NJ* 1981, 532 (Hofland/Hennis) (CJHB). Vgl. voor een vergelijkend overzicht: I. Schwenzer und M. Müller-Chen, *Rechtsvergleichung, Fälle und Materialien*, Tübingen 1996, p. 31 e.v. (Invitatio ad Offerendum); Kötz, p. 27-29; voor het Engelse recht G.H. Treitel, *The Law of*

3. Slotopmerkingen

De beschouwingen over de wijze waarop het aanbod wordt uitgelegd, illustreert op het gebied van het overeenkomstenrecht de invloed van het BGB en de Duitse privaatrechtelijke literatuur op het Nederlandse burgerlijk recht. Het BW van 1838 was zeer summier over dit onderwerp. Aan de hand van de bepalingen in het BGB en de Duitse opvattingen werden de problemen in Nederland aangepakt. De duur van het aanbod werd hoofdzakelijk gemodelleerd naar § 147 BGB. Het is op grond van Duitse argumenten dat het onherroepelijke aanbod in Nederland tot meerderheidsopvatting in de literatuur uit de eerste decennia van de 20e eeuw is geworden. Deze opvatting is weliswaar onder invloed van Meijers niet in art. 6:219 lid 1 BW terecht gekomen, maar is mijns inziens in het licht van de eisen van het handelsverkeer beter verdedigbaar dan de opvatting die nu in het BW staat (zie par. 2.2 van deze bijdrage). Het is via de Duitse handelspraktijk dat het vrijblijvende aanbod in Nederland ingang heeft gevonden. Het was onder verwijzing naar opvattingen in de Duitse literatuur en rechtspraak dat Meijers het vrijblijvende aanbod kwalificeerde als een aanbod en niet als een *invitatio ad offerendum*. Duitse begrippen, zoals het *Gestaltungsrecht* (het wilsrecht) en *das negative Vertragsinteresse* (het negatief contractbelang), werden als dogmatische vondsten opgenomen in het Nederlandse begrippenarsenaal.

Bij de oplossing van de problemen ten aanzien van het aanbod speelden de eisen die het maatschappelijke en handelsverkeer stelden een belangrijke rol. Onder Jheringiaanse invloed doken zij in de eerste decennia van de 20e eeuw op als hulpmiddel bij de uitleg van de wet of dienden zij als een beoordelingsmaatstaf bij de invulling van vage normen in ons recht. Volgens veel Nederlandse juristen mocht het recht niet los van de maatschappelijke omstandigheden waarin het functioneerde, worden toegepast. Molengraaff gaf deze gedachte als volgt weer: 'De rechtswetenschap (...) is een deel van de wetenschap der samenleving. (...) Vandaar dat het werkelijk leven, der menschen handel en wandel, de basis moet zijn, waarop de jurist zijn wetenschappelijkse stelsels doet rusten.' Tegelijkertijd waarschuwde Molengraaff ervoor de sociale verhoudingen als juridische te beschouwen. Het maatschappelijk verkeer kan nooit het rechtskarakter van de betrekkingen tussen partijen onthullen. Dit rechtskarakter wordt bepaald door de inhoud van de rechten en plichten die voortvloeien uit de toepasselijke rechtsregels.⁴³ Door de eisen van het handelsverkeer als grond voor zijn beslissing op te voeren, maakt de rechter deze aanvaardbaar voor de betrokken partijen. Hij houdt rekening met het

Contract, 10th. edition, Londen 1999, p. 11. De uitwerking van de stereotype situaties: p. 11 e.v.

⁴³ W.L.P.A. Molengraaff, *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap*, Haarlem 1885, p. 26-27.

BGB EN HET AANBOD

verwachtingspatroon en de normale gang van zaken in de branche of groep waartoe zij behoren, met hun maatschappelijke positie of met hetgeen naar maatschappelijke verhoudingen rechtens wordt geëist (zie bijvoorbeeld par. 2.1 van deze bijdrage over de duur van het aanbod).⁴⁴ Hiermee is niet gezegd dat de eisen die het verkeer stelde, eenduidig in de richting van een bepaalde oplossing voor een juridisch probleem waren, wel dat zij het voertuig waren waarmee de rechter de aan het begin van de 20e eeuw zo sterk ervaren kloof tussen recht en volk kon dichten.⁴⁵

De sterke oriëntatie op Duitsland verdrong de aandacht voor de Franse literatuur en rechtspraak. Dit gold ook voor andere onderwerpen. Het is bijvoorbeeld opvallend hoe zelfs in een proefschrift over een uit het Franse recht afkomstig leerstuk (rechtsmisbruik) in het concluderende hoofdstuk de invulling van de rechtsfiguur vooral aan de hand van het Duitse recht (§ 226 BGB en § 826 BGB) plaatsvond.⁴⁶ Het privaatrecht was door de codificatie misschien nationaal geworden, de privaatrechtsbeoefening was dat allerminst. Behalve op Duits recht werd eveneens en beroep gedaan op Zwitsers, Frans en Engels recht. Opnieuw valt op dat de belangstelling voor het Engelse recht niet onderdeel was voor het Franse of Zwitserse. Naar Anson's *Principles of Contract Law* werd regelmatig verwezen door Nederlandse auteurs. Toetsing aan buitenlandse oplossingen, in het bijzonder de Duitse, gebeurde niet incidenteel maar structureel, zeker daar waar wetenschappers en rechters de nodige vrijheid hadden, omdat de wet zweeg. Voorbeelden liggen voor het oprapen op het gebied van het goederenrecht en het verbintenissenrecht. Indicatief voor de Duitse invloed op de Nederlandse rechtswetenschappelijke literatuur is bijvoorbeeld het voorwoord van Bruins in zijn proefschrift:

‘Er zijn misschien weinig onderdeelen van het civiele recht, waar in den laatsten tijd zóóveel over geschreven is, waar zóóveel nieuwe gezichtspunten geopend zijn als het leerstuk der Schadevergoeding en meer speciaal de vraag naar den rechtsgrond ervan. En mag ook de toevloed van geschriften in de laatste 8 jaren wat verminderd zijn, dan is dit wel hoofdzakelijk toe te schrijven aan het definitieve totstandkomen van het nieuwe Duitse bürg. Gesetzbuch in 1896, waardoor het vraagstuk althans voorloopig weer enkel academisch belang heeft gekregen.’⁴⁷

⁴⁴ Zie over de aanknopingspunten ‘hoedanigheid van de dader’ en ‘aard van de gedraging’ bij de toerekening krachtens verkeersopvattingen in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer 2000, p. 220 e.v. De rechter moet in dit verband nagaan of de gedraging gezien de maatschappelijke verhoudingen voor rekening van de dader dient te komen.

⁴⁵ C.J.H. Jansen, ‘De wijzigingen in de functie van de rechtspraak als gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen vanuit een historisch perspectief’, in: P.M. Langbroek e.a. (red.), *Kwaliteit van rechtspraak op de weegschaal*, Deventer 1998, p. 11 e.v.

⁴⁶ V.G. Andringa Boll, *Misbruik van recht*, Utrecht 1913, p. 95 e.v. Op p. 3 merkte hij op dat nà Duitsland Frankrijk het meest belangrijke land was.

⁴⁷ Voor voorbeelden van Duitse invloed met betrekking tot schadevergoeding: G.W.J. Bruins, *Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding*, 's-Gravenhage 1906; H.R. Ribbius, *De omvang van de te vergoeden schade bij niet-nakoming van verbintenissen en bij*

Een bijkomend effect van de oriëntatie op de Duitse privaatrechtswetenschap was dat de Nederlandse juristen de schijnwerpers tevens richtten op het Romeinse recht. In het Duitse rijk lagen een systematische bewerking van het Romeinse recht met het oog op de eisen van de praktijk en een vergelijking met het geldende recht in de diverse Duitse staten (zoals het Algemeen Pruisisch Landrecht) ten grondslag aan een gemeenschappelijke Duitse rechtscultuur en privaatrechtsbeoefening die aan het einde van de 19e eeuw waren ontstaan. Een hoogtepunt in deze cultuur werd gevormd door Bernhard Windscheids *Lehrbuch des Pandektenrechts* waarnaar in de helft van de rechterlijke uitspraken in drie kamers van het Reichsgericht werd verwezen! ‘Rechtsgeschichte, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung wurden somit zu den tragenden Eckpfeilern einer einheitlichen deutschen Rechtswissenschaft.’⁴⁸ Over het Duitse recht heen werd teruggegrepen op het Romeinse recht. Dit recht bleek een onuitputtelijke schat aan argumenten te bevatten voor degene die zich geconfronteerd zag met een juridisch probleem.⁴⁹ Of zoals Land in zijn *Inleiding* schreef: ‘Voor de kennis van ons recht is de vergelijking met het Romeinse recht onmisbaar.’⁵⁰ Het is vandaag de dag niet anders. Als er één recht is dat de Nederlander, de Duitser, de Engels- of de Fransman iets te bieden heeft en dat de kiem in zich draagt om uit te groeien tot een wereld(privaat)recht waarnaar aan het begin van de 20e eeuw zo vurig werd uitgezien, dan is het wel het geleerde recht. Het aantrekkelijke van het Romeinse recht schuilt met andere woorden in het feit dat het blijvend ‘modern’ is.

C.J.H. Jansen

Nijmegen

onrechtmatige daad, Leiden 1906; met betrekking tot eigen schuld: H.A. van Nierop, *Eigen schuld van den benadeelde*, Amsterdam 1905; met betrekking tot schuldoverneming: S.G. Canes, *Schuldoverneming*, Hilversum 1903; B.P. Gomperts, *Schuldvernieuwing en schuldoverneming*, Amsterdam 1912. Voor goederenrechtelijke voorbeelden: 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 negentiende eeuw*, Deventer 1999.

⁴⁸ J.M. Rainer, ‘Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts bis zum Inkrafttreten des BGB: Ein Modellfall für den Europäischen Gerichtshof?’, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1997, p. 761.

⁴⁹ Een mooi Nederlands voorbeeld uit die tijd is M. Smit, *De grondslagen van ons verkeersrecht in theorie en praktijk*, Kampen 1906.

⁵⁰ N.K.F. Land, *Inleiding tot de Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Haarlem 1899, p. 134.