

Woord vooraf

In de Nederlandse rechtenstudie bestaat niet altijd even veel aandacht voor het recht van de ons omringende landen. Toch kan raadpleging van buitenlands recht bijzonder inspirerend en nuttig zijn. 'Alles Gescheite ist schon gedacht worden, man muß nur versuchen, es noch einmal zu denken', peinst Goethe in zijn *Maximen und Reflexionen*.¹ Vele generaties juristen hebben zich al gebogen over de meest ingewikkelde juridische kwesties – en niet alleen binnen de Nederlandse landsgrenzen. Dat maakt dat rechtsgeschiedenis en rechtsvergelijking van grote waarde zijn, ook voor de beoefening van het (hedendaagse) Nederlandse recht. Aan rechtsgeschiedenis wordt regelmatig aandacht besteed in *Ars Aequi*.² Wat betreft de rechtsvergelijking ligt dat (de afgelopen tijd) anders. En als al wordt vergeleken met buitenlandse rechtsstelsels, betreft het vaak het Anglo-Amerikaanse recht.³ Voor het Duitse recht is minder aandacht, terwijl juist rechtsvergelijking met Duitsland veel inspiratie kan bieden.⁴ Met dit Bijzonder nummer hoopt de redactie van *Ars Aequi* de (vergelijkende) bestudering van het Duitse recht een hernieuwd leven in te blazen, niet alleen vanwege zijn schoonheid, of de overweldigende Duitse dogmatiek, maar vooral omdat een kijkje over de Duitse grenzen nuttig is voor de bestudering en verfijning van het Nederlandse recht.

Tussen Duitsland en Nederland bestaan niet alleen hechte politieke, economische en culturele banden. Ook het Nederlandse recht is op de verschillende deelgebieden in meer of mindere mate door het Duitse recht geïnspireerd.⁵ Sommige bepalingen lijken zelfs woordelijke vertalingen van het Duitse equivalent. Duits recht komt in vele proefschriften naar voren. Kennelijk hebben rechtsgeleerden – in ieder geval in het verleden – het Duitse recht op de voet gevolgd.

Geen wonder dat ook de Nederlandse rechter en wetgever zich door het recht van onze oosterburen hebben laten inspireren.

Zo verdedigt Van Geleijn Vitranga in 1910 het civielrechtelijke relativiteitsvereiste met een beroep op § 823 Abs. 2 BGB: 'Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.'⁶ Het relativiteitsvereiste wordt nadien door de Hoge Raad aanvaard,⁷ is niet meer weg te denken uit de Nederlandse doctrine en heeft zelfs zijn weg naar het bestuursrecht gevonden.⁸

Tussen Duitsland en Nederland bestaan niet alleen hechte politieke, economische en culturele banden. Ook het Nederlandse recht is op de verschillende deelgebieden in meer of mindere mate door het Duitse recht geïnspireerd

De systematische inbedding van de rechtshandeling door Meijers in het Nieuw Burgerlijk Wetboek van 1992 is direct gebaseerd op het product van de Duitse dogmatiek, ontwikkeld door Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). De geïnteresseerde lezer wordt verwezen naar de bijdrage van Nieuwenhuis in dit Bijzonder nummer.

Ook de zogenoemde constitutionalisering van het privaatrecht, die meebrengt dat grondrechten in toenemende mate kunnen doorwerken in privaatrechtelijke verhoudingen, heeft een Duitse oorsprong en heeft ingang gevonden in de Nederlandse rechtswetenschap en rechtspraktijk. De enkele schending van een fundamenteel recht

- 1 J.W. von Goethe, *Maximen und Reflexionen*, eerst postuum verschenen in *Goethe's nachgelassene Werke. Neunter Band*, Stuttgart und Tübingen: J.G. Cotta'schen Buchhandlung 1833, p. 21-128; zie voor de aangehaalde passage p. 21.
- 2 Zie bijvoorbeeld de recent verschenen bundel L. van den Berge e.a. (red.), *Historische wortels van het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2014, naar aanleiding van de *Rode Draad* van 2013.
- 3 Zo ging het Bijzonder nummer van *Ars Aequi* in 1998 (nr. 5, 182 p.) over Anglo-Amerikaans recht.
- 4 Zie voor een overzicht van mogelijke redenen voor de onderbedeling van het Duitse recht in de Nederlandse rechtsvergelijking de bijdragen van A.M. Hol en E.H. Hondius aan dit Bijzonder nummer. Vergelijk, vanuit Duitse hoek, H. Kozioł, 'Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik. Das deutsche Zivilrecht als Vorbild für Europa?', *Archiv für die civilistische Praxis* 2012, p. 1-62.
- 5 Men vergelijkte alleen al alle verwijzingen naar het Duitse recht bij de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek. Zie over Duitse invloeden op het Nederlandse privaatrecht ook – kort en bondig – A.S. Hartkamp, 'Deutsche Einflüsse auf das niederländische Privatrecht', *Archiv für die civilistische Praxis* 2000, p. 507-510. Zie wat betreft het strafrecht J. Rummelink, 'Theoretische stromingen in het materieel strafrecht', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkbboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 71: 'Onze founding fathers lieten zich

nl. sterk beïnvloeden door het in 1871 tot Strafgesetzbuch van Duitsland verheven wetboek van de Noordduitse bond, en ook de Duitse commentaren begonnen de Franse te verdringen: Blanche werd vervangen door Schwarze.'

- 6 J. van Geleijn Vtringa, 'Openbaarheid van den weg en burgerlijk recht', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1919, p. 23-50.
- 7 HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1688, m.nt. E.M. Meijers (*De Marchant et d'Ansembourg*), thans art. 6:163 BW. Zie hierover G.E. van Maanen, 'Relativiteit. Het geheime wapen van de rechter', *AA* 2013, p. 153-159 (AA20130153).
- 8 Art. 8:69a Awb, waarover onder meer L. van den Berge, *Recht tussen norm en belang. Relativiteit in privaatrecht en bestuursrecht*, Tilburg: Celsus Juridische uitgeverij 2012 en P.W. den Hollander, 'Het bestuursrechtelijk en het privaatrechtelijk relativiteitsvereiste als tweeeiige tweeling', *AA* 2012, p. 443-454 (AA20120443).
- 9 Vgl. T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S* 2008, p. 238-247.
- 10 Zie A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 16-31, p. 252-270 en p. 390-403. Vgl. ook J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2013, p. 258 e.v. Zie over constitutionalisering van het privaatrecht ook de bijdrage van Hondius aan dit Bijzonder nummer.
- 11 J. Rimmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 172-242 en p. 422-431.
- 12 BGH 29 maart 2001, *AA* 2004, p. 456-468 (AA20040456), m.nt. F.M.J. Verstijlen.
- 13 R.D. Vriesendorp, 'Beslag op overeengekomen kredietruimte', *WPNR* 2001, p. 719-721.
- 14 HR 29 oktober 2004, *AA* 2005, p. 846-852 (AA20050846), m.nt. A.I.M. van Mierlo.
- 15 Zie bijvoorbeeld BGH 23 september 1999, *NJW* 2000, 72 over de Erbensucher.

(*Persönlichkeitsrecht*) kan een verplichting tot schadevergoeding meebrengen.⁹ Daarbij staat minder de compensatoire gedachte van het schadevergoedingsrecht voorop, maar de rechtshandhavende functie. De Duitse oorsprong daarvan is duidelijk herkenbaar.¹⁰

Binnen het strafrecht is de Duitse invloed eveneens waarneembaar. Weliswaar heeft vooral het Franse recht bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht en Wetboek van Strafvordering als voorbeeld gediend, toch is in met name het materiële strafrecht de Duitse invloed zichtbaar. Dat geldt onder meer voor fundamentele leerstukken als schuld, causaliteit, opzet en deelnemingsvormen.¹¹

Een zeer concreet voorbeeld van de invloed van het Duitse recht biedt de discussie over beslag op kredietruimte. In 2001 oordeelt het Bundesgerichtshof (BGH) dat het mogelijk is beslag te leggen op de nog openstaande kredietruimte.¹² Dit is aanleiding voor Vriesendorp om de kwestie te behandelen naar Nederlands recht.¹³ Er volgt een uitvoerige polemiek in de literatuur, waar alle mogelijke standpunten zijn verdedigd. 'Zelden zal een bijdrage in de rubriek Privaatrecht Actueel in het Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (*WPNR*) zoveel stof hebben doen opwaaien', schrijft Van Mierlo in zijn annotatie in dit blad onder *Van den Bergh/Van der Walle*. In dat arrest beslist de Hoge Raad dat beslag op de nog onbenutte kredietruimte niet mogelijk is.¹⁴ Dit toont aan dat rechtsvergelijking er niet toe hoeft te leiden dat het buitenlandse recht zonder meer wordt overgenomen.

Het kan ook als slijpsteen dienen om het eigen recht te overdenken en te funderen. Dat is niet alleen een taak voor de Hoge Raad, maar ook voor de rechtswetenschap.

De Duitse rechtswetenschap is het toonbeeld van een gezonde drang tot systematisering van het recht, die hier te lands soms ietwat karikaturaal wordt afgeschilderd

De Duitse rechtswetenschap is het toonbeeld van een gezonde drang tot systematisering van het recht, die hier te lands soms ietwat karikaturaal wordt afgeschilderd. Gevallen die hoogst hypothetisch lijken, leiden in Duitsland tot uitspraken van het hoogste rechtscollege.¹⁵ Bovendien is de Duitse *Kommentarliteratur* een goudmijn vanwege de enorme omvang en intellectuele rijkdom. De *Staudinger*, een belangrijk commentaar op het BGB, bestaat in de huidige vorm uit 83





banden en circa 58.000 pagina's. Overigens moet de goudzoeker voor die intellectuele rijkdom wel het een en ander overhebben. De prijs van alle delen samen overstijgt de 10.000 euro.¹⁶

Natuurlijk kan men zich afvragen of het nodig is dat men zich beroepshalve bezighoudt met de vraag wat rechtens is als twee bijenzwermen zich verenigen (§ 963 BGB) en hoe het recht van de eigenaar om zijn bijenzwerm over andermans grond te achtervolgen (§ 962 BGB) concreet gestalte moet krijgen. Maar de overdenking van zulke vragen kan wel leiden tot een herbezinning op het systeem van verlies van eigendom en de bevoegdheden van een eigenaar. Bovendien kan een Nederlandse jurist, ook als hij meent met een van de meest buitenissige vragen van het recht bezig te zijn, niet zelden inspiratie opdoen bij de oosterburen, die hoogstwaarschijnlijk al over het probleem hebben nagedacht. En, tussen ons: dat is ook een leuk tijdverdrijf op een druilerige zondagmiddag. Slaat de lezer op zo'n middag dit Bijzonder nummer open, dan staat hem het volgende te wachten.

Deel I – Metajuridica

Dit nummer opent met twee bijdragen over de Duitse rechtsfilosofie en methodenleer.

Jansen (RU) belicht de aanzienlijke invloed van het BGB op het Nederlandse burgerlijk recht door Duitse begrippen en rechtsfiguren in de eerste decennia van de twintigste eeuw. Dit was geen nieuw verschijnsel. Hij beschrijft hoe het Duitse recht al vanaf de negentiende eeuw een inspiratiebron voor Nederlandse juristen vormde. Daarbij besteedt hij aandacht aan de invloed op het goederenrecht, overeenkomstenrecht en aansprakelijkheidsrecht (p. 516).

De verhouding tussen de ideeën van de grote Nederlandse staatsman Johan Rudolf Thorbecke (1798-1872) en die van Duitse filosoof Georgh Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) over het recht en de staat komt aan bod in de bijdrage van **Van den Berge** (UU). Over de invloed van Franse denkers als Guizot op Thorbeckes ideeën is reeds veel bekend. In 1938 schreef de historicus Manger dat de relatie tussen de ideeën van Hegel en die van Thorbecke nader onderzoek verdient. In deze bijdrage pakt Van den Berge deze handschoen op (p. 525).

Deel II – Privaatrecht

Dat het Nederlandse burgerlijk recht sterk is beïnvloed door het Duitse recht, kwam hierboven al aan de orde. In het tweede deel van dit Bijzonder nummer wordt een aantal deelgebieden uitgelicht. **Asser** (UL) besteedt aandacht aan de Duitse invloed op het Neder-

¹⁶ Gelukkig is de *Staudinger* tegenwoordig ook voor de minder bedeelde goudzoeker toegankelijk gemaakt, niet alleen fysiek in Nederlandse universiteitsbibliotheken, maar via digitale portals zoals *beck-online*.

lands denken over de bewijslastverdeling en de regel zoals die is neergelegd in artikel 150 Rv. Hij beschrijft hoe langzaam de Duitse doctrine de Franse processuele benadering van bewijslast heeft verdrongen, ten gunste van de objectiefrechtelijke theorie, afkomstig uit Duitsland, die thans (in een gematigde vorm) is gecodificeerd in artikel 150 Rv (p. 536).

Nieuwenhuis (UL) schrijft over de wortels van het instituut van de rechtshandeling, die wij vinden bij de Duitser Friedrich Carl von Savigny. In aansluiting daarop beschrijft hij hoe de wilsvertrouwensleer naar Nederlands recht kan leiden tot de totstandkoming van een rechtshandeling, terwijl het Duitse recht heeft gekozen voor de vergoeding van het negatieve contractsbelang. Het Nederlandse pragmatisme prevaleerde boven de concrete billijkheid (p. 545).

Hondius (UU) schetst in vogelvlucht de voortreffelijkheid van het Duitse privaatrecht als een van de meest toonaangevende stelsels van Europa en mogelijks zelfs van de wereld. De constitutionalisering van het privaatrecht, het gebruik van open normen, de introductie van een algemeen deel: alle Duitse *Eigenheiten* die Nederland en andere landen ten voorbeeld strekken. Dat geldt voor Hondius niet alleen voor het recht, maar ook voor het stelsel van *Habilitation*, dat hij in Nederland graag ingevoerd zou zien worden (p. 551).

Deel III – Publiekrecht

Rechtsvergelijking beperkt zich niet tot het privaatrecht. In het derde deel van dit nummer komt het Duitse publiekrecht aan de orde. **Geelhoed** (UL) schrijft over de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie in Duitsland en Nederland. Het Duitse strafprocesrecht gaat uit van het legaliteitsbeginsel, op grond waarvan de officier van justitie, wanneer er ten minste een voldoende ernstige verdenking is van een strafbaar feit, de *verplichting* heeft om vervolging in te stellen. Het Nederlandse strafprocesrecht kent echter het opportunitiebeginsel, op grond waarvan de officier van justitie bij het nemen van zijn vervolgingsbeslissing een grote beleidsvrijheid heeft. Het evenredigheidsbeginsel wordt

zo in het Duitse strafrecht op een hele andere wijze in de vervolgingsbeslissing verwerkt dan in het Nederlandse strafrecht (p. 560).

In de bijdrage van **Sillen** (RU) staat de binding van rechters aan rechtersregelingen in Nederland en Duitsland centraal. De afspraken die rechters maken over de invulling van hun toekomstige beslissingsruimte zijn volgens de Hoge Raad soms bindend. Deze binding wordt wel bestempeld als strijdig met de interne rechterlijke onafhankelijkheid. Anders dan in Nederland is die onafhankelijkheid in Duitsland een harde rechtsregel. Sillen schrijft over de vraag in hoeverre een rechtersregeling de Duitse rechter bindt (p. 567).

De invloed van Duits recht op de grondrechten en het denken over grondrechten in Nederland na 1945 is moeilijk te meten. In zijn bijdrage illustreert **De Lange** (EUR) aan de hand van het algemeen persoonlijkheidsrecht, het onderscheid tussen reikwijdte en beperkingsmogelijkheden van grondrechten, en ten slotte het evenredigheidsbeginsel, het belang van het kennismaken van het Duits recht voor Nederlandse juristen (p. 573).

In een aggregerende bijdrage schrijft **Hol** (UU) aan de hand van de diverse bijdragen in dit Bijzonder nummer over de inspiratie die het Duitse recht kan bieden voor Nederlandse juristen (p. 582).

De diverse bijdragen in dit Bijzonder nummer tonen aan dat een vergelijking met het Duitse recht nuttig is voor en invloed uitoefent op een groot aantal deelgebieden van het Nederlandse recht. Maar de bijdragen illustreren ook dat men het eigen recht moet koesteren en moet nagaan of een buitenlandse oplossing, indien al gewenst, ook past binnen het eigen karakter van het Nederlandse recht.

Wij danken alle auteurs voor hun bijdrage aan dit Bijzonder nummer.

De Bijzonder nummer-commissie 2014

Ruben de Graaff
Marishka Neekilappillai
Jochem Streefkerk
Johan Valk
Emil Verheul