

Titulus und Modus, titel en levering

vereisten voor overdracht naar Oostenrijks en Nederlands recht

Inleiding

Wie inleidend, rechtsvergelijkend college geeft over stelsels van overdracht in (West-) Europa, schetst vermoedelijk bij aanvang van het onderwijs drie mogelijke systemen:

- a) Een causaal leveringsstelsel
- b) Een abstract leveringsstelsel
- c) Een consensueel stelsel

Nederland en Oostenrijk worden in de – frequent uitgevoerde – rechtsvergelijkende studies over overdrachtstelsels vaak in één adem genoemd: beide landen kennen het onder a) genoemde causale leveringsstelsel.¹ Voor overdracht van een goed is noodzakelijk dat er een geldige titel bestaat en dat het goed is geleverd door een beschikkingsbevoegde vervreemder. Ook overigens zijn de gelijkenissen tussen het Nederlandse en het Oostenrijkse goederenrecht treffend. Wie zich beperkt tot een blik van enige afstand, neemt hoofdzakelijk overeenkomsten waar. Dat maakt het Oostenrijkse recht – als het aankomt op een meer technisch-juridische analyse - aantrekkelijk voor de Nederlandse rechtsvergelijker.

Het feit dat Oostenrijk en Nederland beide een causaal leveringsstelsel kennen, betekent niet dat er helemaal geen verschillen zijn als het gaat om de overdrachtsvoorschriften in deze landen. In deze bijdrage worden enkele belangrijke en/of opvallende overeenkomsten en verschillen tussen het Oostenrijkse en het Nederlandse recht inzake overdracht van goederen besproken.²

Net als in Nederland geldt in Oostenrijk dat de basisregels inzake overdracht gelijk zijn voor de verschillende typen goederen die er bestaan, zij het dat de leveringsvoorschriften verschillen. Niettemin kies ik ervoor om in dit opstel de nadruk te leggen op de overdracht

¹ Vgl. bijvoorbeeld U. Drobnič, *Transfer of Property*, in: *Towards a European Civil Code*, A. Hartkamp c.s. (eds.), 2011, pp. 1009, 1011, 1015.

² Deze bijdrage bouwt in belangrijke mate voort op eerdere rechtsvergelijkende publicaties van mijn hand. Zie S.E. Bartels, *De zakelijke overeenkomst in een causaal stelsel van overdracht: ook een Oostenrijks debat*, in: *Privaatrecht en Gros*, J.M. van Buren-Dee e.a. (red.), Intersentia, 1999, pp. 95-101; S.E. Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen*, diss. Utrecht, BJU, 2004, pp. 195-237 (hoofdstuk over het Oostenrijkse *Streckengeschäft*).

van roerende zaken, niet-registergoederen.³ Aan overdracht van registergoederen, vorderingsrechten en andere goederen wordt veel minder aandacht besteed. Gelet op de nauwe relatie tussen het causale stelsel en bescherming van derden-verkrijgers te goeder trouw, zal ook laatstgenoemd onderwerp (zij het kort) worden behandeld.

1. Vereisten voor overdracht naar Oostenrijks recht

1.1 Overdraagbaarheid

De vrijheid om te beschikken over de goederen die je toebehoren, neemt in Oostenrijk een belangrijk plaats in. Het uitgangspunt van het burgerlijk recht is daarom dat goederen in beginsel vrij overdraagbaar zijn (vgl. § 362 ABGB).⁴ Er bestaan niettemin wel enkele uitzonderingen op dit uitgangspunt in de vorm van zogenoemde *Veräußerungs-* en *Belastungsverbote*. Zo mogen bepaalde roerende zaken, zoals drugs en wapens, op grond van specifieke wettelijke bepalingen alleen onder strikte voorwaarden worden overgedragen. Een overeengekomen vervreemdingsverbod heeft in beginsel alleen obligatoire werking. In Koziol/Welser lezen we:

Eine entgegen dem Verbot vorgenommene dingliche Verfügung ist dem Dritten gegenüber gültig. Der Verbotsbelastete muß allerdings dem Verbotsberechtigten Schadenersatz leisten.⁵

In een beperkt aantal gevallen heeft een overeengekomen (of in een uiterste wilsbeschikking opgenomen) vervreemdingsverbod wel derdenwerking. Dat is het geval als het verbod tussen bepaalde familieleden is overeengekomen, betrekking heeft op een registergoed en is ingeschreven in het openbare register (*Grundbuch*).

In solchen Fällen ist die verbotene Verfügung unwirksam.⁶

Zie hiervoor § 364c ABGB.⁷ Met betrekking tot roerende zaken is het onmogelijk om een absoluut werkend vervreemdingsverbod overeen te komen.⁸

³ In termen van het Oostenrijkse recht: bewegliche körperliche Sachen (vgl. § 292 3n 293 ABGB).

⁴ Ik laat hier buiten beschouwing dat bestanddelen, net als in Nederland, niet voor vervreemding en bezwaring vatbaar zijn.

⁵ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I (2006) - bewerkt door A. Kletečka, p. 291.

⁶ Idem.

⁷ § 364c ABGB luidt: "Ein vertragmäßiges oder letztwilliges Veräußerungs- oder Belastungsverbot hinsichtlich einer Sache oder eines dinglichen Rechtes verpflichtet nur den ersten Eigentümer, nicht aber seine Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger. Gegen Dritte wirkt es dann, wenn es zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern, Wahl-oder Pflegekindern oder deren Ehegatten begründet und im öffentlichen Buche eingetragen wurde."

⁸ Zie Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I (2006), p. 291; W. Faber, National Report on the Transfer of

1.2 Beschikkingsbevoegdheid, geldige titel, levering

Wanneer men met een overdraagbare zaak te maken heeft, is de volgende vraag welke vereisten het ABGB stelt voor de overdracht van die zaak. Zoals gezegd, is het vertrekpunt dat voor overdracht vereist is dat de vervreemder beschikkingsbevoegd is, dat er een geldige titel bestaat en dat er een levering plaatsvindt. In Oostenrijk geldt dus, net als in Nederland, een causaal leveringsstelsel. Deze overdrachtsvereisten gelden voor roerende en onroerende zaken, voor de vestiging en overdracht van goederenrechtelijke rechten.⁹

De eis dat de vervreemder beschikkingsbevoegd met zijn, kan worden afgeleid uit § 423 ABGB. Uit die bepaling volgt dat zaken "die schon einen Eigentümer haben" door de eigenaar kunnen worden overgedragen aan een ander. Het nemo-plusbeginsel is echter ook, en dat is duidelijker, met zoveel woorden terug te vinden in § 442, derde zin, ABGB, dat luidt:

Überhaupt kann niemand einem andern mehr Recht abtreten, als er selbst hat.

Een bijzonder geval van beschikkingsbevoegdheid doet zich voor wanneer de rechthebbende een ander gemachtigd heeft de zaak te vervreemden (*Verfügungsermächtigung*). De niet-rechthebbende die vervreemdt krachtens een *Verfügungsermächtigung* doet dit in eigen naam, niet op grond van een volmacht.¹⁰

Een tweede vereiste voor overdracht is het bestaan van een geldige causa traditionis, oftewel een geldige titel. Deze eis is af te leiden uit verschillende bepalingen in het ABGB. Centraal staat § 380 ABGB:

Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigentum erlangt werden.

Uit § 424 ABGB volgt dat een titel van overdracht kan voortvloeien uit een overeenkomst, een uiterste wilsbeschikking, een rechterlijke uitspraak of een wettelijke bepaling. Als de titel voortkomt uit een overeenkomst, spreekt men ook wel van een *Verpflichtungsgeschäft* of *Grundgeschäft*. Het spreekt voor zichzelf dat niet iedere

Movables in Austria, in: Notional Reports on the Transfer of Movables in Europe, Volume I, W. Faber/B. Lurger (eds.), Sellier, 2008, p. 34.

⁹ Dit stelsel geldt niet voor alle typen goederen, maar dat kan ook gezegd worden over het Nederlandse recht. Zie nader W. Faber, t.a.p., p. 57. Een belangrijk verschil tussen het Nederlandse en het Oostenrijkse recht is dat voor de cessie van een vorderingsrecht (in beginsel) geen levering nodig is (vgl. § 1392 ABGB e.v.). Zie S.E. Bartels, t.a.p. 2004, pp. 212-213.

¹⁰ Zie over de Verfügungsermächtigung onder meer Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I (2006), pp. 372-328; F. Bydlinski, Der Inhalt des guten Glaubens beim Erwerb vom Vertrauensmann des Eigentümers, JBL 1967, pp. 356 e.v.

overeenkomst als overdrachtstitel dienst kan doen: een koop-, ruil- of schenkingsovereenkomst kan dat wel, een leen-, huur- of pachtovereenkomst niet.¹¹ Het titelbegrip zelf wordt door het ABGB ruim omschreven. Er wordt onder verstaan "jede rechtliche Möglichkeit, Eigentum zu erwerben",¹² of, in de woorden van § 316 ABGB: "einem zur Erwerbung tauglichen Rechtsgrunde". Hierbij moet bedacht worden dat het begrip titel wordt gebruikt in de context van iedere verkrijging, bijvoorbeeld ook de verkrijging van een res nullius door inbezitneming. Volgens Koziol is het gebruik van een dergelijk breed titelbegrip ongelukkig te noemen. Hij acht het alleen zinvol van een titel te spreken als er een aanspraak op overdracht mee bedoeld wordt. Spielbüchler omschrijft de rechtsgrond als volgt:

Der Rechtsgrund besteht nicht notwendig in einer Verpflichtung zur Übereignung, sondern kann sich darin erschöpfen, eine vollzogene Übereignung zu rechtfertigen (...).¹³

Dat de titel objectief geldig moet zijn, is onomstreden in de Oostenrijkse doctrine.¹⁴ Is de overeenkomst die de titel zou moeten opleveren nietig wegens strijd met de wet, heeft er nooit wilsovereenstemming bestaan, of was degene die als vertegenwoordiger optrad daartoe niet bevoegd, dan is de eigendom niet overgegaan door levering. Ook wanneer de overeenkomst wordt vernietigd, bijvoorbeeld op grond van bedrog, bedreiging of dwaling, is de eigendom niet overgegaan. Vernietiging (*Anfechtung*) heeft terugwerkende kracht. Ontbinding van de overeenkomst omdat de geleverde zaak gebrekkig is (*Wandlung*, § 932 ABGB), ontbeert daarentegen terugwerkende kracht.¹⁵ De overdracht blijft geldig en er ontstaat een obligatoire verplichting tot retro-overdracht.¹⁶

Ten slotte is voor een overdracht nodig dat er een levering plaatsvindt. Het leveringsvereiste wordt vaak aangeduid met de term *Modus*.¹⁷

Het leveringsprincipe volgt uit verschillende bepalingen in het ABGB. In de eerste plaats de al aangehaalde § 380 ABGB. Maar daarnaast kunnen worden genoemd: § 425, 451 (m.b.t. pand en hypotheek) en 1053 (m.b.t. koop en ruil) ABGB. Deze bepalingen luiden (voor zover relevant):

¹¹ Koziol/Welser, *Bürgerliches Recht I* (2006), pp. 328

¹² *Idem*, p. 310.

¹³ Rummel I 2000, § 424, Rz. 2 (Spielbüchler).

¹⁴ Zie W. Faber, t.a.p., p. 60 en de door hem genoemde literatuur.

¹⁵ Een andere ontbindingsgrond doet zich voor als de zaak is geleverd, doch de koper niet betaalt. De verkoper kan de overeenkomst dan ontbinden. Dit wordt *Rücktritt* genoemd (§ 918 ABGB). Ook hiervoor geldt dat de ontbinding geen terugwerkende kracht heeft en dat de verkoper slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak tot teruggave heeft. De kaarten komen echter geheel anders te liggen als de verkoper een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen. Zie W. Faber, t.a.p., pp. 172-173.

¹⁶ Zie, met literatuurverwijzingen, S.E. Bartels, t.a.p. 2004, p. 198 en W. Faber, t.a.p., pp. 72 e.v.

¹⁷ Waarbij er door W. Faber, t.a.p., p. 61 (noot 252), op wordt gewezen dat de in de literatuur gebruikte terminologie niet uniform is.

TITULUS UND MODUS, TITEL EN LEVERING

§ 425. De bloße Titel gibt noch kein Eigentum. Das Eigentum und alle dingliche Rechte überhaupt können, außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Übergabe und Übernahme erworben werden.

§ 451 (1). (...) Der Titel allein gibt nur ein persönlich Recht zu der Sache, aber kein dingliches Recht auf die Sache.

§ 1053. (...) Die Erwerbung erfolgt erst durch die Übergabe des Kaufgegenstandes. Bis zur Übergabe behält der Verkäufer das Eigentumsrecht.

De levering valt, volgens de heersende leer uiteen in twee componenten: een goederenrechtelijke overeenkomst (*Verfügungsgeschäft, dinglicher Vertrag, dingliche Einigung*) en 'iets feitelijks', een leveringsformaliteit.¹⁸

Voor roerende zaken bestaat de leveringsformaliteit uit *Übergabe* van de zaak aan de verkrijger (§ 425-429 ABGB) en voor onroerende zaken (en beperkte rechten daarop) uit registratie in de openbare registers (§ 431 ABGB).¹⁹ Er bestaan daarnaast natuurlijk nog andere leveringsvoorschriften voor goederen als aandelen in een vennootschap, een merkenrecht etc. Voor de overdracht van een vorderingsrecht is geen levering vereist, althans hoeft er geen leveringsformaliteit te worden verricht (§ 1392 ABGB). Een mededeling van de cessie aan de debiteur noch enig andere formaliteit is nodig om de schuldeiser 'te vervangen'. Wel geldt dat een onderscheid wordt gemaakt tussen het *Verpflichtungsgeschäft* en het *Verfügungsgeschäft*, zij het dat deze beide in een rechtshandeling besloten kunnen liggen.²⁰

Voor de vestiging en overdracht van beperkte rechten gelden dezelfde basisvereisten als voor overdracht van zaken. Het ABGB noemt de leveringsvereisten in afzonderlijke bepalingen. Voor de vestiging van het beperkte recht van *Dienstbarkeit (Servitut)* bijvoorbeeld is de vestigingshandeling te vinden in § 481 ABGB. Voor de vestiging van een *Pfandrecht* – waaronder overigens ook het hypotheekrecht valt (vgl. § 448 ABGB) – vindt men het leveringsvoorschrift in § 451 ABGB, eerste lid.²¹

Um das Pfandrecht wirklich zu erwerben, muß der mit einem Titel versehene Gläubiger die

¹⁸ Zie voor een rechtsvergelijkende bespreking van de goederenrechtelijke overeenkomst naar Oostenrijks en Nederlands recht mijn bijdrage aan 'Privaatrecht en Gros' en nader over het Oostenrijkse recht W. Faber, t.a.p., p. 81 e.v. Deze auteur noemt overigens de twee aspecten van de levering, formaliteit en goederenrechtelijke overeenkomst, apart en komt aldus tot vier overdrachtsvereisten (p. 61).

¹⁹ De inschrijving in de openbare registers wordt *Einverleibung* genoemd. Dat inschrijving constitutief is voor de overdracht wordt bevestigd door § 4 Allgemeines Grundbuchgesetz (GBG), dat bepaalt dat de "(...) Erwerbung, Übertragung, Beschränkung und Aufhebung (...) nur durch ihre Eintragungen in das Hauptbuch erwirkt" wordt.

²⁰ Zie S.E. Bartels, t.a.p. 2004, pp. 212-213.

²¹ Het specifieke geval dat in § 451 ABGB, tweede lid, wordt geregeld, laat ik hier onbesproken.

Verpfändete Sache, wenn sie beweglich ist, in Verwahrung nehmen; und, wenn sie unbeweglich ist, seine Forderung auf die zur Erwerbung des Eigentumes liegender Güter vorgeschriebene Art einverleiben lassen (...).

Het Oostenrijkse recht ken niet zoiets als een stil pandrecht op roerende zaken. Op de fiduciaire eigendomsoverdracht kom ik in par. 3.3 nog terug.

De achterliggende gedachte achter het leveringsvereiste is zonder enige twijfel te vinden in het publiciteitsbeginsel, maar geconstateerd wordt ook dat publiciteit bij veel vormen van levering van roerende zaken (de "Übergabe durch Erklärung": c.p. en brevi manu) ontbreekt of niet het moment van eigendomsovergang markeert (eigendomsvoorbehoud).²² Vergelijkbare opmerkingen zijn voor Nederland ook gemaakt, meest treffend door Nieuwenhuis in zijn prachtige oratie *Uit de ban van hier en nu* (1980).²³

Vooruitlopend op de hierna (in par. 3) nog te maken rechtvergelijkende opmerkingen, wijs ik hier vast op het volgende. Misschien geldt juist omdat de gelijkenis tussen het Nederlandse recht en het Oostenrijkse recht met betrekking tot de overdrachtsvereisten groot is, dat men extra alert moet zijn op de verschillen. Termen die ons zeer vertrouwd voorkomen betekenen soms (net) iets anders. Een duidelijk voorbeeld is dat de begrippen *Sache* en *Eigentum* niet beperkt zijn tot "voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten". Het begrip *Dienstbarkeit* (*Servitut*) kan niet zonder meer worden vertaald met de term erfdiensbaarheid, aangezien *Dienstbarkeit* ook gevestigd kan worden op een roerende zaak.²⁴ De *Grunddienstbarkeit* (§ 473 ABGB) lijkt me daarentegen wel te vergelijken wat wij in Nederland onder het recht van erfdiensbaarheid verstaan.

Daarnaast is het van belang oog te hebben op de uitzonderingen die worden gemaakt op het causale leveringsstelsel. Ik heb al genoemd dat de overdracht van een vorderingsrecht deels buiten het algemene systeem van overdracht is gehouden. Daarnaast valt te wijzen op de overdracht van een auteursrecht, waarvoor een consensueel stelsel geldt,²⁵ hetzelfde geldt – zo begrijp ik – voor de verkrijging van onroerende zaken via een executieveiling op grond van § 237 Exekutionsordnung (EO). Koziol schrijft daarover:²⁶

Wird eine Liegenschaft im Verlaufe eines Exekutionsverfahrens zwangweise Versteigert, so geht das Eigentumsrecht mit dem Zuschlag auf den Erwerber über (§ 237 Abs 1 EO, Durchbrechung des Eintragungsgrundsatzes) (...) Dies gilt auch bei Versteigerung beweglicher Sachen. Durch die EO-novelle 2000 wurden diese Grundsätze auf die freiwillige Versteigerung erstreckt, so daß jetzt auch bei diesen das Eigentum bereits mit dem Zuschlag und nicht wie bisher erst mit der Einverleibung erworben wird.

²² W. Faber, t.a.p., pp. 101-102.

²³ J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu*, oratie Tilburg, 1980.

²⁴ W. Faber, t.a.p., p. 24, maakt daarbij de kanttekening dat dit laatste "of no significant practical relevance" is.

²⁵ Vgl. W. Faber, t.a.p., pp. 57 en 62 (met verwijzing naar rechtspraak).

²⁶ Koziol/Welser, *Bürgerliches Recht I* (2006), p. 343-344

Voor teboekgestelde schepen hanteert het Oostenrijkse recht daarentegen een abstract stelsel van overdracht.²⁷ En zo zijn er nog wel meer uitzonderingen te noemen op het causale leveringsstelsel, die niet (of niet op dezelfde wijze) in het Nederlandse recht zijn terug te vinden.

Een volgend punt van aandacht, waarop ik eerder ook al heb gewezen,²⁸ is de samenhang die in een causaal stelsel bestaat tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht. Hoe vaker of eenvoudiger of langer rechtshandelingen vernietigbaar zijn, hoe meer impact een keuze voor een causaal stelsel heeft. Zo geldt zowel voor het Nederlandse als voor het Oostenrijkse recht dat de verjaringstermijn voor de vernietiging van contract wegens dwaling en bedreiging drie jaar belooft (respectievelijk art. 3:52 BW en § 1487 ABGB),²⁹ maar heb ik in het Oostenrijkse recht geen equivalent kunnen vinden van de Nederlandse regel dat deze termijn korter kan zijn als het beroep op dwaling gegrond is op feiten die een beroep op non-conformiteit zouden rechtvaardigen (vgl. art. 7:23 lid 2 BW en de uitleg hiervan in HR 29 juni 2007, NJ 2008, 606 (Pouw/Visser)). Een ander opmerkelijk verschil is dat de rechtsvordering tot vernietiging wegens bedrog naar Oostenrijks recht in beginsel pas na 30 jaar verjaart (§ 1478 ABGB),³⁰ terwijl in Nederland een periode van drie jaar na de ontdekking geldt (art. 3:52 lid 1 sub c BW).

Ten slotte is het van belang om, al rechtsvergelijkend, oog te houden voor de praktijk in een bepaald rechtstelsel. Mij viel bijvoorbeeld op dat W. Faber in zijn rapport over het Oostenrijks overdrachtssysteem over de levering c.p. schrijft:³¹

As a matter of fact, a *constitutum possessorium* is very rarely agreed upon in contemporary Austrian practice and it seems that such agreements are not included in contracts for generic goods.

Om eerlijk te zijn, zou ik bij gebrek aan kennis van empirische gegevens hierover niet durven zeggen of dit overeenstemt met of afwijkt van de Nederlandse rechtspraktijk.

1.3 Derdenbescherming

Ten gevolge van het *nemo-plus*beginsel is het in beginsel onmogelijk om van een beschikkingsonbevoegde een goed overgedragen te krijgen. Niettemin wordt de derde-

²⁷ W. Faber, t.a.p., pp. 80 en 100. Interessant is dat dit voortvloeit uit wetsbepalingen die zijn ingevoerd in 1940 (in het *Schiffsrechtgesetz*), toen Oostenrijk deel was van het 'Derde Rijk'. Dit verklaart het abstracte stelsel. Dat deze regeling nog van kracht is, is door het OGH beslist op 22 februari 2001, 6 Ob 251/00f.

²⁸ S.E. Bartels, *An Abstract or a Causal System*, in: *Rules for the Transfer of Movables; A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, W. Faber/B. Lurger (eds.), pp. 64-65.

²⁹ Ik heb niet nader onderzocht of het moment waarop deze termijn ingaat eveneens identiek is.

³⁰ Zie hierover W. Faber, t.a.p., p. 75 en noot 314 voor gevallen waarin de periode zelfs 40 jaar bedraagt.

³¹ W. Faber, t.a.p., pp. 70-71 en vergelijkbare opmerkingen zijn te vinden op pp. 17, 95-96.

verkrijger te goeder trouw, ten behoeve van het rechtsverkeer, onder omstandigheden beschermd tegen de beschikkingonbevoegdheid van de vervreemder. Dit wordt aangeduid als *Gutgläubenserwerb* of *Erwerb vom Nichtberechtigten*. Deze derdenbescherming is met name, maar niet uitsluitend, van belang in een causaal overdrachtsstelsel. Een gebrek in de titel van de overdracht A-B tast de geldigheid van deze overdracht aan en daarmee, met terugwerkende kracht, de beschikkingonbevoegdheid van B. Als B de zaak overdraagt (of heeft overgedragen) aan C, doet hij dat (of deed hij dat) als beschikkingonbevoegde vervreemder. Als gevolg van B's onbevoegdheid, wordt C geen rechthebbende. Aldus ondervindt C de gevolgen van een gebrek in een rechtshandeling waarbij hij geen partij is. Dat wordt gezien als onwenselijk, omdat het feit dat C risico loopt nadelige gevolgen kan hebben voor het rechtsverkeer. C kan er immers nauwelijks nog zeker van zijn dat zijn verkrijging (ook in de toekomst) overeind blijft.

De Oostenrijkse regeling inzake derdenbescherming bij roerende zaken is onlangs herzien in kader van de aanpassing van het *Handelsgesetzbuch* (HGB) per 1 januari 2007.³² Per die datum is § 366 HGB 'overgeplaatst' naar het ABGB, in welk kader de §§ 367 en 368 ABGB zijn aangepast. Deze bepalingen luiden thans als volgt:³³

§ 367. (1) Die Eigentumsklage gegen den rechtmäßigen und redlichen Besitzer einer beweglichen Sache ist abzuweisen, wenn er beweist, dass er die Sache gegen Entgelt in einer öffentlichen Versteigerung, von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens oder von jemandem erworben hat, dem sie der vorige Eigentümer anvertraut hatte. In diesen Fällen erwirbt der rechtmäßige und redliche Besitzer das Eigentum. Der Anspruch des vorigen Eigentümers auf Schadenersatz gegen seinen Vertrauensmann oder gegen andere Personen bleibt unberührt.

(2) Ist die Sache mit dem Recht eines Dritten belastet, so erlischt dieses Recht mit dem Erwerb des Eigentums durch den rechtmäßigen und redlichen Besitzer, es sei denn, dass dieser in Ansehung dieses Rechtes nicht redlich ist.

§ 368. (1) Der Besitzer ist redlich, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Beim Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens genügt der gute Glaube an die Befugnis des Veräußerers, über die Sache zu verfügen.

(2) Beweist der Eigentümer, dass der Besitzer aus der Natur der Sache, aus ihrem auffällig geringen Preis, aus den ihm bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormanns, aus dessen Unternehmen oder aus anderen Umständen einen begründeten Verdacht hätte schöpfen müssen, so hat der Besitzer die Sache dem Eigentümer zu überlassen.

³² Het heet thans Unternehmensgesetzbuch (UGB).

³³ De passages in mijn proefschrift uit 2004, pp. 199-202, zijn dus in zoverre verouderd dat ze deels gebaseerd zijn op vervallen en/of aangepaste wetgeving.

Heel in het kort komt deze regeling op het volgende neer.³⁴ Verkrijgers van roerende zaken en waardepapieren worden beschermd tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder als a) sprake is van een verkrijging om baat, b) aan alle andere overdrachtsvereisten (titel en levering) is voldaan, c) de situatie voldoet aan een van de drie in § 367 ABGB genoemde gevalssituaties en d) de verkrijger te goeder trouw is. Ik maak enkele toelichtende opmerkingen over deze vereisten.

Het vereiste dat de verkrijging om baat moet zijn, betekent niet dat er reeds betaald moet zijn, wil de verkrijger zich op § 367 ABGB kunnen beroepen. Het volstaat dat op de verkrijger een verplichting tot betalen rust.³⁵

Het is onomstreden dat voor een beroep op *Gutgläubenserwerb* nodig is dat er een geldige titel bestaat en dat de levering is voltooid. Er wordt alleen bescherming geboden tegen het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder. In de literatuur is vooral gediscussieerd over de vraag of ook aan het leveringsvereiste is voldaan indien sprake is van een c.p.-levering aan de verkrijger. Hier is een parallel te trekken met art. 3:90 lid 2 BW, met dit verschil dat

The – at least so far – prevailing opinion defends the view that good faith acquisition by means of a *constitutum possessorium* within the relationship B-C is possible. Lack of publicity is not considered as a convincing counter-argument (...).³⁶

Wat ingewikkelder voor de Nederlandse lezer is het hiervoor onder c) genoemde vereiste dat de casus moet vallen onder een van de drie in § 367 ABGB genoemde gevalssituaties. Het gaat om de volgende drie alternatieve situaties: verkrijging op een openbare executieveiling; verkrijging van een *Unternehmer* in de zin van § 1 UGB die handelende in de normale bedrijfsuitoefening; verkrijging van een zogenoemde *Vertrauensmann*, wat betekent dat de rechthebbende vrijwillig de feitelijke macht aan deze persoon heeft afgestaan voordat deze de zaak als onbevoegde overdroeg. Het geval dat de aankomsttitel wordt vernietigd, wordt onder deze categorie gebracht (bij wijze van analogie).

Het vereiste dat de verkrijger te goeder trouw moet zijn, ziet niet slechts op denken en mogen denken dat de vervreemder rechthebbende was, maar ook op denken en mogen denken dat de vervreemder krachtens een machtiging beschikkingsbevoegd was. Waar het gaat om de voor goede trouw geldende standaard geldt § 368 ABGB. Aardig is dat in Oostenrijk, net als in Nederland, veel rechtspraak bestaat over de combinatie: verkoop

³⁴ Ik besteed dus lang niet aan alle interessante onderdelen aandacht. Geen expliciete aandacht besteed ik bijvoorbeeld aan de bescherming bij verkrijging van gestolen zaken.

³⁵ Zie de beslissing van het OGH van 8 augustus 2002: 2Ob 144/02v, waarin, onder verwijzing naar de verschillende standpunten die in de literatuur zijn verdedigd, wordt vastgehouden aan deze lijn, die reeds heersende leer was.

³⁶ W. Faber, t.a.p., p. 149, mede onder verwijzing naar een uitspraak van het OGH: 2 Ob 1146/28 (van 8 januari 1929). Hij wijst er echter ook op dat de discussie nog steeds gaande is.

tweedehands auto, ontbreken autopapieren, goede trouw.³⁷ Goede trouw wordt overigens vermoed aanwezig te zijn.

Bijzondere regels voor verkrijging door consumenten bestaan er niet, maar aangenomen wordt dat de hoedanigheid van de verkrijger een rol kan spelen bij de invulling van het goede-trouwvereiste.

2. Enkele rechtsvergelijkende opmerkingen

2.1 *Contractuele verlening van beschikkingsbevoegdheid*

De *Verfügungsermächtigung* die in paragraaf 2 kort werd genoemd, doet sterk denken aan de figuur die voor het Nederlandse recht vaak – in navolging van Groefsema -³⁸ wordt aangeduid met de term machtiging. Anders dan in Oostenrijk (en hetzelfde geldt overigens voor Duitsland), was in Nederland tot voor kort omstreden of het mogelijk was dat een rechthebbende een ander langs contractuele weg beschikkingsbevoegd kon maken. Een groot deel van de schrijvers was van mening dat dat wel mogelijk was, maar een deel was van mening dat dit – kort gezegd – in strijd was met het (gesloten) goederenrechtelijk systeem.³⁹ Inmiddels is door de Hoge Raad in het arrest Van der Plas/Janssens beslist dat het mogelijk is dat de rechthebbende een ander (een tussenpersoon) de bevoegdheid verleent om in eigen naam over goederen te beschikken. De tussenpersoon is dan beschikkingsbevoegd in de zin van art. 3:84 lid 1 BW.⁴⁰ Deze kwestie is niet alleen van belang bij lastgeving tot vervreemding, maar ook in het kader van het geclausuleerde eigendomsvoorbehoud waarbij wordt overeengekomen dat de koper, ook al heeft hij nog niet de volledige koopprijs voldaan, bevoegd is tot vervreemding in de normale uitoefening van beroep of bedrijf. De situaties in Oostenrijk en Nederland zijn dus, zo weten we nu vrij zeker, sterk vergelijkbaar.

Dat geldt ook voor de toepassing van derdenbeschermingsbepalingen, wanneer de

³⁷ Zie voor vindplaatsen W. Faber, t.a.p., p. 155 (noot 691). Voor Nederlands recht: HR 4 april 1986, NJ 1986/810 (Apon/Bisterbosch); HR 7 oktober 2005, NJ 2006/351, LJN: AU2555 (Coppes/Van de Kolk); HR 21 oktober 2011, LJN: BR3057. Zie A.F. Salomons, WPNR 2011/6907 en eerder al dezelfde, De onderzoeksplicht van de verkrijger van een tweedehands auto, VrA 2006/3, pp. 101-124.

³⁸ L. Groefsema, Bevoegd beschikken over andermans recht, diss. Groningen, Kluwer 1993.

³⁹ Zie voor een overzicht van standpunten de Conclusie van A-G Rank-Berenschot voor HR 10 december 2010, LJN: BN6386, NJ 2010/669 (V./Poort), onder nummer 2.3, en de Conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor HR 14 januari 2011, LJN: BO3521, RvdW 2011/132 (Van der Plas/Janssens), onder nr. 11.

⁴⁰ Zie HR 14 januari 2011, LJN: BO3521, RvdW 2011/132 (Van der Plas/Janssens), r.o. 3.3.1-3.3.3. De uitspraak is onder meer besproken door J.B. Spath, Derdenbescherming, conversie en vertegenwoordiging; noot bij een gecompliceerd drieluik, NTBR 2011/79 en A.P. Wenting, Beschikking en beschikken over een Mesdag; Over vervreemding van roerende zaken via middellijke vertegenwoordiging, MvV 2012, pp. 315 e.v.

vervreemding heeft plaatsgevonden door iemand van wie de verkrijger wist of behoorde te weten dat de vervreemder niet de rechthebbende van de zaak was. Voor Nederland is reeds geruime tijd geaccepteerd dat een verkrijger te goeder trouw (in de zin van art. 3:11 jo. 3:86 BW) kan zijn zelfs als hij weet dat de vervreemder nog geen eigenaar is maar bijvoorbeeld koper onder eigendomsvoorbehoud.⁴¹ Voor het Oostenrijkse recht was dit tot voor kort een discussiepunt,⁴² maar met de herziening van § 368 ABGB is duidelijk dat de verkrijger ook kan worden beschermd als hij te goeder trouw is met betrekking tot de *Verfügungsbefugnis* van de niet-rechthebbende.⁴³

2.2 De overdrachtstitel bij ABC-contracten

Zowel in de Oostenrijkse als in de Nederlandse rechtspraak komt het geregeld voor dat roerende en onroerende zaken worden doorverkocht, waarna ze door de eerste verkoper (A) rechtstreeks worden geleverd aan de laatste koper (C) in de doorverkoopketen. Deze rechtsfiguur wordt in Oostenrijk aangeduid met de term *Streckengeschäft* en in Nederland met de term ABC-contract. De rechtstreekse levering kan worden gezien als

(...) nichts anderes als die Ersparnis einer überflüssigen Bewegung der Sache zu und von B.⁴⁴

In de Oostenrijkse literatuur is veelvuldig – vaker in elk geval dan in de Nederlandse – geschreven over de goederenrechtelijke aspecten van deze rechtsfiguur, waarbij zowel de vraag aan de orde is gekomen of de feitelijke levering (verplaatsing) van een roerende zaak A-C ook een rechtstreekse levering oplevert als de vraag wat de overdrachtstitel is indien sprake is van een rechtstreeks levering.

De heersende opvatting is dat de rechtstreekse feitelijke levering vrijwel steeds ook een rechtstreeks juridische levering oplevert, zodat B op geen enkel moment rechthebbende wordt van de door hem doorverkochte zaak (geen *Durchgangserwerb*).⁴⁵

Als het gaat om de titel wordt aangenomen dat de overdracht steunt op een zogenoemde *Titelkette*. Dat is in Nederland niet anders: wij duiden dit aan met de term 'samengestelde titel'.⁴⁶ Een erkend probleem van de samengestelde titel is dat een ketting zo sterk is als de

⁴¹ Zie, met verdere vindplaatsen, o.m. Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, Kluwer, 2007, nr. 496; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, 2006, nr.153-154.

⁴² Zie S.E. Bartels, t.a.p., 2004, p. 201.

⁴³ Zie W. Faber t.a.p., p. 154.

⁴⁴ K. Spielbüchler, Übereignung durch mittelbare Leistung, JBl. 1971, p. 589.

⁴⁵ Dit stemt in hoofdlijnen overeen met wat kan worden aangenomen voor het Nederlandse recht, maar wijkt af van de rechtsleer in Duitsland, waar een doorlevering wordt aangenomen op grond van een rechtsfiguur die wordt aangeduid met de term *Geheißerwerb*. Zie S.E. Bartels, t.a.p. 2004, pp. 19-65 en (voor het Oostenrijkse recht) pp. 204-206.

⁴⁶ Zie voor een beschrijving van het Oostenrijkse recht hoofdstuk 5 van mijn proefschrift. Ik laat in dit opstel gemakshalve buiten beschouwing dat zich tal van ABC-varianten voordoen, zowel in Oostenrijk als in Nederland, waarbij met behulp van een zogenoemd *Anhangsgeschäft* een rechtstreekse

zwakste schakel. Als zich een gebrek voordoet in de schakel A-B óf de schakel B-C is de eigendom in beginsel bij A gebleven. Bij een gebrek in de schakel A-B wordt niettemin aangenomen dat C zich kan beroepen op analogische toepassing van § 367 ABGB.⁴⁷ Voor het Nederlandse recht is een vergelijkbare benadering – analogische toepassing van derdenbeschermingsbepalingen 3:86 en 3:88 BW - ook wel bepleit.⁴⁸ De heersende opvatting⁴⁹ in Oostenrijk met betrekking tot de eigendomsovergang bij een gebrek in de schakel B-C is dat A eigenaar is gebleven en dat derdenbescherming niet beschikbaar is.⁵⁰ Ik meen dat dat voor het Nederlandse recht anders ligt, zij het dat het enig gepuzzel kost om de bescherming van A (in dit geval de derde) van een systematisch passende grondslag te voorzien.⁵¹

2.3 Zekerheidsoverdracht/stille zekerheid

Er bestaat geen twijfel over dat de zekerheidsoverdracht (*Sicherungsübereignung*) naar Oostenrijks recht toelaatbaar is; zij wordt met zoveel woorden genoemd in § 10 lid 3 van de *Konkursordnung*. Waar het Nederlands BW in art. 3:84 lid 3 BW het fiduciaverbod kent, is het in Oostenrijk toegestaan om een goed over te dragen ten titel van zekerheid. Volgens de heersende mening dienen in het Oostenrijkse recht echter de regels voor het pandrecht analoog toegepast te worden op de zekerheidsoverdracht en dat heeft vergaande gevolgen. Voor het vestigen van een (vuist)pandrecht is in Oostenrijk noodzakelijk: beschikkingsbevoegdheid van de pandgever, een geldige titel en het in de macht van de pandhouder brengen van de verpandde zaak. De pandhouder, en evenzo de eigenaar in het geval van een zekerheidsoverdracht, dient de zaak '*wirklich in Verwahrung*' te nemen krachtens § 451 ABGB. Daaruit volgt dat een vestiging van een pandrecht waarbij de verpandde zaak in de macht van de pandgever blijft niet toegestaan is. Deze regels verhinderen een Modus waarbij de verpandde zaak in de macht van de pandgever blijft. Dienovereenkomstig is volgens de heersende leer een zekerheidsoverdracht waarbij de zaak in de macht van de vervreemder blijft, hetgeen bewerkstelligt kan worden door

verbintenisrechtelijke relatie wordt gecreëerd tussen A en C. Men moet daarbij denken aan cessie, derdenbeding, schuldovertopping en (de in Nederland niet in alle opzichten bekende) Anweisung.

⁴⁷ Zie in aanvulling op de literatuur die ik genoemd heb in mijn proefschrift, W. Faber, t.a.p., pp. 112-114,

⁴⁸ Zie S.E. Bartels, t.a.p. 2004, pp. 259-263 en (nog wat stelliger) A.S. Hartkamp, De samengestelde titel en zijn manco's, WPNR 2004/6596, i.h.b. pp. 851-852.

⁴⁹ Maar er is wel een serieus te nemen tegenstroming, zie met name K. Spielbüchler, t.a.p., pp. 590 e.v.; dez., Der Dritte im Schuldverhältnis: Über den Zusammenhang von Schuld- und Sachenrecht, 1973, pp. 118 e.v. en ook in JBl. 2001, p. 42, gesteund door M. Binder in Schwimann, ABGB IV, § 1053, nr. 45. Deze auteurs nemen aan dat, achteraf gezien, aan B is geleverd als de schakel B-C gebrekkig blijkt te zijn.

⁵⁰ Alleen door verjaring zou B eigenaar kunnen worden.

⁵¹ Zie S.E. Bartels, t.a.p., pp. 94-99 en A.S. Hartkamp, Het begrip leveringstitel, WPNR 1974/5268, p. 398; A.S. Hartkamp, t.a.p. 2004, pp. 853-854.

middel van een levering c.p., niet toegestaan.⁵² Het is dan ook begrijpelijk dat Koziol opmerkt dat de zekerheidsoverdracht sterk aan praktische betekenis heeft ingeboet sinds in de Oostenrijkse rechtspraak de bepaling over vuistpand analogisch van toepassing wordt geacht op de zekerheidsoverdracht.⁵³ Het Oostenrijkse recht erkent stille zekerheid wel als het gaat om een eigendomsvoorbehoud en het lijkt erop dat de praktijk langs deze weg probeert een uitweg te vinden om roerende zaken toch te gebruiken als zekerheidsobject bij financiering.

Het verschil tussen het Oostenrijkse en het Nederlandse recht is op dit punt tamelijk groot. Het Nederlandse recht kent, zoals elke lezer van dit tijdschrift zal weten, een zogenoemd fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW), een stil pandrecht op roerende zaken (art. 3:237 BW) en een regeling voor het eigendomsvoorbehoud en huurkoop (art. 3:92 BW en 7A:1576h BW e.v.). Het fiduciaverbod wordt door de Hoge Raad beperkt uitgelegd.⁵⁴ Geconcludeerd kan worden dat het in Nederland zonder meer mogelijk is om een stil zekerheidsrecht op een roerende zaak te vestigen. Voor de rechtspraktijk lijkt me de Nederlandse situatie te prefereren, wat de terechte kritiek die er op het fiduciaverbod is geuit, onverlet laat.

Slot

De les uit dit opstel mag misschien zijn dat het Oostenrijkse recht, als het gaat om het thema overdracht en derdenbescherming, voor de Nederlandse rechtsvergelijker interessant materiaal biedt. De gelijkenissen in de basisstructuur zijn groot en de discussies die in de Oostenrijkse literatuur zijn gevoerd, zijn doorgaans goed vergelijkbaar met de in Nederland gevoerde debatten. Niettemin past ook een waarschuwing. Het ene causale leveringsstelsel is het andere niet. De verschillen lijken misschien van een afstand bezien klein, maar kunnen in de economische realiteit groot zijn, of in een voorliggende concrete casus bepalend. Ik wees in deze bijdrage onder meer op onderlinge verschillen tussen Nederlands en Oostenrijks recht waar het gaat om de vereisten voor overdracht van een auteursrecht, overdracht via een executieveiling, overdracht van een teboekgesteld schip en de verjaringstermijn van vernietigingsmogelijkheden. Maar verschillen maken de vergelijking juist spannend.

S.E. Bartels⁵⁵

Nijmegen

⁵² Zie W. Faber, t.a.p., pp. 18 en 96; Koziol/Welser, *Bürgerliches Recht I* (2006), pp. 405-406.

⁵³ Wellicht is hierin een verklaring te vinden voor de door Faber meermalen gemaakte opmerking dat c.p.-leveringen in de Oostenrijkse praktijk weinig voorkomen.

⁵⁴ HR 19 mei 1995, NJ 1996/119 (Keerweer q.q./Sogelease B.V.) en HR 18 november 2005, NJ 2006/151 (BTL Lease/Van Summeren).

⁵⁵ Steven Bartels is hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen, verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R).

