

'Oostenrijkse bossen en wijngaarden'
ofwel enige opmerkingen over bezit, de overdracht
van registergoederen, derdenbescherming en de *Actio Publiciana*

Inleiding. Tweehonderd jaar 'Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch'.

In 1790 gaf Leopold II, aartshertog van Oostenrijk en keizer van het Heilige Roomse Rijk, aan Karl Anton von Martini, voorzitter van de commissie die een burgerlijk wetboek voor de Oostenrijkse erflanden moest maken, de volgende instructie:

Die Gesetzgebung so zu stimmen, wie sie dem Rechte der Natur, Vernunft und Menschheit am nächsten komme, (...). Von dieser Seite das Recht so zu erschöpfen, dass in Subsidium zu keinem anderen Gesetze, noch auch zum römischen oder canonischen Rechte (!) die Zuflucht genommen, sondern nur bei dem Landesfürsten die nachträglichen Erklärung gesucht werden dürfe.¹

Deze instructie liet niets aan duidelijkheid te wensen over. Het wetboek moest gebaseerd worden op het natuurrecht en moest zodanig uitputtend worden behandeld dat als hulpmiddel tot geen andere wet, noch de Romeinse, noch de canonieke, toevlucht genomen behoefde te worden. Slechts bij de landsheer mocht achteraf om uitleg worden gevraagd.

Een eerder ontwerp voor een burgerlijk wetboek was in 1766 in opdracht van keizerin Maria Theresia tot stand gebracht, maar was afgekeurd omdat het zonder een gedegen kennis van het Romeinse recht onbegrijpelijk zou zijn. Dit ontwerp uit 1766 was naar de zin van Maria Theresia en haar minister te Romeinsrechtelijk van aard. De nieuwe poging van Martini in 1790 leidde tot een ontwerp dat bij wijze van proef in 1797 werd ingevoerd. Het was uiteindelijk Franz Aloys von Zeiller die een aantal jaren later op grond van de ervaringen met het ontwerp van Martini het definitieve wetboek maakte. Op 1 juni 1811 werd het *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie* gepubliceerd en op 1 januari 1812, nu dus tweehonderd jaar geleden, trad het in werking. Dit wetboek, het ABGB, is

het enige nog geldende Westeuropese burgerlijke wetboek dat het natuurrecht uitdrukkelijk tot de

¹ H. Von Harrassowsky, *Der Codex Thesarianus und seine Umarbeitungen*, 1-5, Wenen, 1883-1886, IV, p. 7. Citaat overgenomen uit J.H.A. Lokin / W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatie-geschiedenis*, pp. 235 en 476.

rechtsbronnen telt.²

De hieronder weergegeven rechtszaak die in 1985 in hoogste instantie voor het Oostenrijkse 'Oberste Gerichtshof' werd gevoerd laat evenwel zien dat niettegenstaande de ideeën van Maria Theresia en Leopold II de invloed van het Romeinse recht in het ABGB toch duidelijk aanwezig is.³

1 Casus. Rechtsvragen.

Het is alweer meer dan dertig jaar geleden dat de Oostenrijkse wijn voor grote opschudding zorgde. Er werd vastgesteld dat de witte wijn van Oostenrijkse makelij was aangelengd met koelvloeistof. De koelvloeistof die de Oostenrijker gewoonlijk in zijn Mercedes goot om de motor te koelen, moest er nu voor zorgen dat de witte wijn nog zoeter van smaak werd. De wijn drinker, niet bestand tegen dit gif, werd ziek. Er ontstond een regelrecht schandaal. De Oostenrijkse wijnbouw raakte in een diepe crisis en de wereldwijde export stokte. De wijnboeren kwamen diep in de schulden en sommigen van hen werden gedwongen hun wijngaarden te verkopen.

Vermoedelijk was het hieronder weergegeven proces mede het gevolg van de wijncrisis. De aanleiding tot dit proces was namelijk de verkoop van een aantal wijngaarden. Maria O. verkocht haar wijngaarden aan Helmut K. Onbedoeld werd bij de verkoop van de wijngaarden een drietal bospercelen 'meeverkocht' en geleverd. Over deze bospercelen ging uiteindelijk het geschil. De feiten die aanleiding hebben gegeven tot de zaak komen hieronder uitgebreid aan de orde. Het proces werd gevoerd tussen partij Y die op grond van een geldige titel de feitelijke macht van de bospercelen had gekregen, en partij X die zonder geldige titel als derdeverkrijger in het register als eigenaar van de bospercelen te boek stond. Y nu eiste van X dat X meewerkte aan het corrigeren van het register zodat deze percelen op naam van Y kwamen te staan. X had intussen ten behoeve van zijn schuldeisers een recht van hypotheek op de bospercelen gevestigd. Behalve correctie van het register eiste Y de doorhaling van het recht van hypotheek.

De vraag waar het naar Oostenrijks recht op neer kwam was wie een sterker 'recht' had, Y of X. Bij de beantwoording van deze vraag komen onderwerpen als de overdracht van registergoederen, het bezit, de bescherming van het bezit, het registerstelsel en de derdenbescherming aan de orde.

² Lokin/Zwalve, t.a.p. noot 1, p. 235.

³ J. von Koschimbahr-Lyskowski, Zur Stellung des römischen Rechtes im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche für das Kaisertum Österreich, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (1.Juni 1911), Wenen 1911, pp. 209-295

Hierboven is al gezegd dat uit de uitspraak van het Oostenrijkse Hof blijkt dat het Romeinse recht van grote invloed is geweest op het Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Zo kon X met succes zijn bezit handhaven tegenover Y met de op het Romeinse recht gebaseerde 'publizianische Klage'. Terzijde laat deze zaak zien dat het Romeinse recht niet alleen zijn sporen in het Oostenrijkse goederenrecht heeft nagelaten, maar ook in het verbintenissenrecht. Zo kent het ABGB net als het Romeinse recht het condictiënstelsel.

Ten slotte wordt de Oostenrijkse rechtsvraag naar Nederlands recht beantwoord. Bij het oplossen van de casus naar Nederlands recht komen de hierboven genoemde onderwerpen aan bod. De casus roept onder andere de vraag op wat het rechtsgevolg is als een iemand met succes een beroep doet op de artikelen 3:24, 3:25 of 3:26 BW. Deze bepalingen beschermen degene die te goeder trouw afgaat op mededelingen in het register. Noch de wettekst, noch de Parlementaire Geschiedenis geeft een duidelijk antwoord op de vraag naar het rechtsgevolg van genoemde artikelen.

2 De feiten.⁴

Maria O. was eigenaar van een aantal wijngaarden bij Kranach. Kranach ligt ten zuiden van Graz in de deelstaat Stiermarken, vlak bij de grens met Slovenië. De wijngaarden van Maria O. stonden in het 'Grundbuch'⁵, het register, geboekt met het nummer AA. Voorts was Maria O. eigenaar van een aantal akkers, weilanden en zes bospercelen die in het register met het nummer BB werden aangeduid.

Op 8 maart 1976 verkocht Maria O. haar wijngaarden aan Helmut K. In de schriftelijke koopovereenkomst stond dat zij haar wijngaarden (nummer AA) verkocht aan Helmut. Maar niet alleen de wijngaarden verkocht zij volgens dit contract aan Helmut, ook drie van de zes bospercelen, die onder nummer BB geboekt waren, stonden als voorwerp van koop in de koopovereenkomst vermeld. Deze percelen waren per abuis in het contract opgenomen. Noch Maria, noch Helmut had de bedoeling deze percelen respectievelijk te verkopen en te kopen. Het koopcontract werd op 14 mei 1976 in het register overgeschreven. De drie verkochte bospercelen werden - eveneens per vergissing - uitgeschreven uit kadasternummer BB en bijgeschreven bij de wijngaarden onder nummer

⁴ Hoogste Gerechtshof Wenen, 13 november 1985. *Juristische Blätter*, 1986, pp. 585 ev.; *Österreichische Notariats-Zeitung* 6/1987, pp. 151 ev. met een kritische noot van H. Hofmeister. Zie voor een vertaling van het arrest: *Werkboek Rechtsgeschiedenis 2*, samengesteld door F.Brandsma, Groningen 2005, pp. 50 ev.

⁵ Het 'Grundbuch' vermeldt wie een zakelijk recht heeft op de in Oostenrijk aanwezige onroerende zaken. 'Das Grundbuch ist ein von den Gerichten geführtes öffentliches Register, in das Grundstücke und die an ihnen bestehenden dinglichen Rechte eingetragen werden.' J.A. Zevenbergen, *Het Oostenrijkse stelsel van grondboekhouding: enkele lessen*, in: *Naar een meer positief stelsel van grondboekhouding?*, Praeadvies 2003, uitgebracht door de Vereniging voor burgerlijk recht, Deventer 2003, 49-64, p.v 54.

AA. Dit nummer AA kwam op naam van koper Helmut in het 'Grundbuch' te staan. Helmut nam alleen de wijngaarden in gebruik, niet de bospercelen. Hij was zich er niet van bewust dat deze bospercelen op zijn naam in het register stonden. Maria evenmin; zij bleef de percelen zelf gebruiken.

Op 27 december 1978 verkocht Helmut de wijngaarden (nummer AA) aan X, die later als gedaagde zou optreden in het geding dat volgde. Als bestanddeel van nummer AA stonden niet alleen de wijngaarden, maar dus ook de drie bospercelen in de koopovereenkomst met X vermeld. Het was X echter alleen om de wijngaarden te doen. Dat de drie bospercelen voorwerp zouden zijn van het contract werd tussen Helmut en X nooit besproken. Helmut had X dan ook alleen maar de wijngaarden getoond, niet de bospercelen. X had niet in de gaten dat hij met nummer AA ook de drie bospercelen kocht. X had zich niet bekommerd over de oppervlaktes, noch over de grenzen van de percelen die hij kocht en veronderstelde dat hij alle in de koopakte met nummer AA vermelde percelen had gekocht. Niemand had X verteld dat de drie bospercelen ooit bij vergissing 'in bürgerliche Eigentum' aan Helmut waren overgedragen en dus per abuis op naam van Helmut in het register waren komen te staan. X nam de percelen dan ook niet in gebruik.

Op 12 november 1979 werd deze overeenkomst in het register ingeschreven. De wijngaarden én de drie bospercelen stonden vanaf genoemde datum dus op naam van X in het register. Maria maakte nog steeds zelf gebruik van de bospercelen. Met de andere bospercelen, akkers en weilanden die tot nummer BB behoorden en waarvan Maria eigenaar was, vormden de drie bospercelen een economische eenheid.

Het wordt ingewikkeld, want op 22 augustus 1980 vond er nog een verkoop plaats. Toen verkocht Maria de akkers, weilanden en de bospercelen vallend onder nummer BB aan Y. Beide partijen gingen ervan uit dat de drie bospercelen die inmiddels op naam van X in het register stonden, nog onder nummer BB waren begrepen en eigendom van Maria waren. Maria had de bedoeling mede deze drie bospercelen aan Y te verkopen en Y had de bedoeling ze van Maria te kopen. Maria stelde Y dan ook in het feitelijke bezit van alle zes bospercelen. Y nam ze in gebruik.

Pas in 1982 kwam Y erachter dat drie van de zes bospercelen die hij van Maria had gekocht volgens het 'Grundbuch' echter onder de stukken grond met nummer AA vielen en volgens het 'Grundbuch' in eigendom aan X toebehoorden. Tevens bleek dat X inmiddels een recht van hypotheek op de drie bospercelen had gevestigd.

Y nu eiste van X dat X de drie percelen op naam van Y liet stellen en eiste in de tweede plaats dat X het recht van hypotheek doorhaalde.

Y stelde dat de drie bospercelen per abuis in het koopcontract tussen Maria en Helmut

terecht waren gekomen. Maria had nooit de bedoeling gehad deze percelen aan Helmut te verkopen. Ook Helmut had de drie bospercelen nooit willen kopen. De drie percelen waren ten onrechte en per ongeluk van nummer BB afgeschreven en bijgeschreven bij nummer AA. Dit nu betekende volgens Y dat Helmut ten onrechte als eigenaar van de drie bospercelen te boek had gestaan. De geschiedenis had zich volgens Y herhaald toen Helmut een koopovereenkomst met betrekking tot AA sloot met X. Het ging X om de wijngaarden. Ook in dat contract waren de drie bospercelen per abuis opgenomen. X nu stond derhalve ten onrechte als eigenaar van de drie bospercelen in het register vermeld.

Volgens Y was Maria nog steeds eigenaar toen zij de bospercelen aan hem (Y) verkocht. Zoals gezegd eiste Y van X dat X zou meewerken aan de correctie van het register en dat X de drie percelen op naam van Y liet stellen. Tevens moest X het recht van hypotheek doorhalen.

Gedaagde X bestreed de stelling van eiser Y. X was van mening dat er in het geheel geen sprake van een vergissing was geweest en betoogde voorts dat hij tenminste te goeder trouw op het 'Grundbuch', het register, was afgegaan en had mogen afgaan en dat hij als rechtsopvolger van Helmut dus niet alleen eigenaar van de wijngaarden, maar ook eigenaar van de drie bospercelen was geworden.

3 De rechter in eerste aanleg en in hoger beroep.⁶

De rechter in eerste aanleg wees de eis van Y af. De rechter in hoger beroep bevestigde dit in eerste instantie gewezen vonnis. De rechter in eerste aanleg en de rechter in hoger beroep namen aan dat X te goeder trouw was afgegaan op het register, waarin zijn verkoper Helmut als eigenaar te boek stond. Nog voordat Maria de koopovereenkomst met Y had gesloten was X 'gutgläubig Eigentümer' van de drie bospercelen geworden. De eis van Y werd dus zowel in eerste aanleg als in hoger beroep afgewezen. X was eigenaar omdat hij op de juistheid van het 'Grundbuch' had mogen vertrouwen.

De rechter in hoger beroep (tweede aanleg) overwoog voorts het volgende:

De omstandigheid, dat Helmut K. vanwege het ontbreken van een titel - het was immers noch de bedoeling van koper Helmut, noch van verkoper Maria dat de drie percelen door Helmut werden gekocht - nooit eigenaar van de drie percelen was geworden en Helmut 'aus publizianischer Sicht' voor Y zou moeten wijken, kon niets veranderen aan het feit dat de omstreden bospercelen desalniettemin voorwerp van de koopovereenkomst van 27 december 1978 tussen Helmut en X

⁶ *Österreichische Notariats-Zeitung* 6/1987, p. 152.

waren geworden, zodat X op grond van het 'Eintragungsprinzip' van §440 ABGB het 'sterkere recht' voor zich op kon eisen. Arglist aan de kant van Helmut of X werd niet gesteld of bewezen.

Deze overweging behoeft enige uitleg.

4 Eigendomsoverdracht van onroerende zaken naar Oostenrijks recht.⁷ Positief registerstelsel.

Voor eigendomsoverdracht van zowel roerende als onroerende zaken is volgens Oostenrijks recht behalve levering en de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder, een geldige titel, een zogeheten 'Verpflichtungsgeschäft' vereist. Het burgerlijk wetboek van Oostenrijk gaat derhalve net als ons BW uit van een causaal stelsel. Is bijvoorbeeld de koopovereenkomst om wat voor reden dan ook niet geldig, dan is ondanks de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder en de levering de eigendom niet overgegaan.

De eigendomverkrijging wordt door de 'Übereignung', overdracht van de zaak voltooid. Volgens de huidige leer is naar Oostenrijks recht de 'Übereignung' een 'Rechtsgeschäft', dat wil zeggen een rechtshandeling, niet slechts een feitelijke handeling. Dat de overdracht of levering van een zaak als een rechtshandeling wordt beschouwd, betekent dat de degene die overdraagt op het ogenblik van de overdracht een rechtshandeling, een handeling met beoogd rechtsgevolg, verricht. Het beoogde rechtsgevolg is de overdracht van het eigendomsrecht.⁸ Omdat de 'Übereignung' de overgang van een recht bewerkstelligt, is zij tevens 'Verfügungsgeschäft'. De wijze van overdracht is voor roerende zaken bezitsverschaffing, *traditio*. Voor onroerende zaken is de wijze van overdracht de inschrijving in het 'Grundbuch'. Paragraaf 4 Grundbuchgesetz (GBG) bepaalt dat de verkrijging, overdracht, beperking en opheffing van zogeheten 'bücherliche Rechte', rechten die voor inschrijving vatbaar zijn, alleen door inschrijving in het register kan worden bewerkstelligd. En volgens §431 ABGB moet voor de overdracht van onroerende zaken de titel in de daartoe bestemde registers worden ingeschreven.⁹ Feitelijke inbezitstelling is niet voldoende. Vindt er alleen feitelijke inbezitstelling plaats, maar wordt de titel niet ingeschreven, dan gaat de eigendom niet over. De voorgaande regel staat bekend onder de naam van het 'Eintragungsprinzip'.

Heeft de eigenaar/verkoper aan de koper alleen de feitelijke macht verschaft en is de titel geldig, dan is de koper een zogeheten 'rechtmäßige Naturalbesitzer'. Zijn feitelijke bezit is 'rechtmäßig' omdat er een geldige titel aan zijn bezit ten grondslag ligt. Hij is alleen geen

⁷ H. Koziol-R. Welser, *Grundriß des bürgerlichen Rechts*, band II, Wenen 1988, pp. 68 ev. en 100 ev.

⁸ J.H.A. Lokin, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen 2008, Z.42.

⁹ Hierover: Klang, t.a.p. noot 21, II, pp. 354 ev.

eigenaar geworden omdat er niet aan de vereiste inschrijving is voldaan. De 'rechtmäßige Naturalbesitzer' is verjaringsbezitter. Hij kan na verloop van tijd eigenaar worden. Zijn bezit wordt beschermd door de *actio Publiciana*.¹⁰ Hierover volgt straks meer.

Vindt er andersom geen feitelijke inbezitstelling van de onroerende zaak plaats, maar komt de al dan niet geldige koopovereenkomst in het register terecht zodat de zaak op naam van de koper staat, dan wordt de koper 'Tabularbesitzer' of 'Buchbesitzer' genoemd. Ten opzichte van de koper is de verkoper eigenaar gebleven, maar ten opzichte van derden is degene die in het register te boek staat eigenaar. Zoals we straks zullen zien verjaart 'Buchbesitz' niet.

Oostenrijk kent in tegenstelling tot Nederland een positief registerstelsel. Het positieve registerstelsel heeft als uitgangspunt dat derden worden beschermd omdat zij op de juistheid van het register mogen vertrouwen. Het zij hier alvast opgemerkt dat de nuanceringen op het Nederlandse negatieve stelsel en die op het Oostenrijkse positieve stelsel vaak tot 'vergelijkbare uitkomsten' tussen beide stelsels leiden.¹¹

Het uitgangspunt dat derden die op het register afgaan beschermd worden wordt de 'Vertrauensgrundsatz' genoemd. Oostenrijk kent een aantal van deze zogeheten 'Prinzipien des Grundbuchrechtes'. Het 'Eintragungsprinzip' is hierboven al ter sprake gekomen. De 'Vertrauensgrundsatz' ofwel het materiële 'Publizitätsprinzip' heeft alleen dan effect wanneer het register van de werkelijke rechtstoestand afwijkt en de verkrijger van een voor inschrijving vatbaar recht op het register vertrouwt.¹² Het uitgangspunt luidt als volgt: wat ingeschreven is, geldt. Deze zogeheten positieve kant van de 'Publizitätsgrundsatz' beschermt het vertrouwen van degene die te goeder trouw op het register afgaat in die zin dat de (oorspronkelijke) inschrijvingen in het register juist zijn. Op deze wijze wordt verhinderd dat derden door (oorspronkelijk) foute inschrijvingen nadeel lijden. Een voorbeeld. A heeft aan B zijn huis verkocht. B heeft A hiertoe met arglist bewogen. Het huis wordt op naam van B in het register ingeschreven. B wordt derhalve eigenaar. A ontdekt het bedrog en vernietigt de overeenkomst met A. De vernietiging heeft terugwerkende kracht en A is achteraf gezien altijd eigenaar gebleven. Indien de beschikkingsonbevoegde B het huis inmiddels heeft verkocht aan C, die te goeder trouw is, en het huis op naam van C in het register is ingeschreven, dan wordt C beschermd tegenover A. Dit nu betekent dat C eigenaar is geworden. A rest slechts een vordering tot schadevergoeding tegen B. De inschrijving op naam van C moet wel hebben plaatsgehad voordat de vordering tot vernietiging door A is ingesteld of voordat de verbetering in het 'Grundbuch' als gevolg van een succesvolle vordering tot vernietiging is ingeschreven.

¹⁰ Apathy, t.a.p. noot 21, pp. 51 ev.

¹¹ Zevenbergen, t.a.p. noot 5, p. 62.

¹² Koziol-Welser, t.a.p. noot 7, p. 103.

De negatieve kant van de 'Publizitätsgrundsatz' beschermt het vertrouwen van degene die vertrouwt op de volledigheid van het register: wat niet is ingeschreven, geldt niet. De derde mag gaan nadeel van ondervinden als er zich na de oorspronkelijke inschrijving omstandigheden hebben voorgedaan als gevolg waarvan het register nadien onjuistheden bevat. Een voorbeeld. A is door verjaring eigenaar geworden van een stuk grond dat aan B toebehoorde. De eigendomsverkrijging door A wordt niet in het register ingeschreven. B verkoopt vervolgens de grond aan C, die niet van de verjaring op de hoogte kon zijn. C verkrijgt een onaantastbaar eigendomsrecht zodra de grond op naam van C wordt ingeschreven.

De voorwaarde voor de derdenbescherming is wel - en dat is voor onze casus van belang - dat de derde zich op een geldige titel moet kunnen beroepen.

Passen we het voorgaande toe op de casus, dan kan het volgende worden gezegd over de vraag of X als derde mocht afgaan op de juistheid van de informatie in het register, te weten op het gegeven dat Helmut eigenaar was. Volgens de zojuist genoemde uitspraak was er bij die eerste verkoop tussen Maria en Helmut wat de drie bospercelen aanging geen sprake van een geldige titel omdat Maria nooit de bedoeling had de drie bospercelen aan Helmut te verkopen en Helmut nooit de bedoeling had ze van Maria te kopen. Er was geen wilsovereenstemming met betrekking tot deze bospercelen. De percelen stonden per vergissing in de koopovereenkomst. Deze overeenkomst werd in het register ingeschreven en de bospercelen kwamen per abuis op naam van Helmut te staan. Helmut was geen eigenaar van de drie percelen geworden omdat de titel ontbrak. Er was geen wilsovereenstemming, maar 'dissens'. Van 'dissens' is sprake wanneer de wilsverklaringen naar objectieve maatstaf niet met elkaar overeenstemmen. In geval van *dissensus* komt er geen overeenkomst tot stand.¹³

Toen Helmut de wijngaarden en de drie percelen verkocht aan X, was hij met betrekking tot de bospercelen derhalve beschikkingsonbevoegd. Helmut en X hadden evenmin de bedoeling de drie bospercelen tot voorwerp van de koopovereenkomst te maken. Zij hadden de bedoeling de wijngaarden te verkopen en te kopen. Ook deze titel tussen Helmut en X leek nietig vanwege *dissensus*.

Of de titel tussen Helmut en X nietig of geldig was, was van belang voor X. X zou alleen dan worden beschermd indien de titel geldig was. We hebben zojuist immers gezegd dat derden die een beroep doen op het feit dat zij te goeder trouw op het register af hadden mogen gaan een geldige titel moeten kunnen tonen.

¹³ Kosiol-Welser, t.a.p. noot 21, I, *Schuldrecht*, Wenen 1983, pp. 87 ev.; A. Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 1, 1e deel, Allgemeiner Teil, Wenen 1951. Vgl. Hofmeister in zijn noot onder de uitspraak van het OGH, in: *Österreichische Notariats-Zeitung* 6/1987, pp. 154 ev.

Volgens de lagere rechters lag aan de inschrijving op naam van X geen nietige titel ten grondslag, maar een titel die op grond van dwaling vatbaar was voor vernietiging. In hun opvatting was de titel in beginsel dus geldig. De lagere rechters kwamen tot deze conclusie omdat X dacht dat hij alle in de koopovereenkomst met Helmut voorkomende percelen had gekocht. X had zich niet bekommerd over de oppervlaktes, noch over de grenzen van de percelen die hij kocht. Niemand had X verteld dat de drie bospercelen ooit bij vergissing 'in bücherliche Eigentum' aan Helmut waren overgedragen en dus per abuis op naam van Helmut waren komen te staan.

Een actie op grond van 'Irrtum', dwaling, met als gevolg dat de titel vernietigd werd, zou volgens de lagere rechters echter niet gauw door partijen worden ingesteld; niet door Helmut, maar zeker niet door X omdat hij geen nadeel had ondervonden, maar juist voordeel. Hij had immers drie bospercelen erbij 'gekregen'. Het lag derhalve niet voor de hand dat de overeenkomst werd vernietigd.

Dat er hier sprake zou zijn van dwaling is overigens lastig voor te stellen. Dan had X daadwerkelijk moeten hebben gedacht ook de bospercelen te hebben gekocht en dat nu is moeilijk in te denken. X wilde alleen de wijngaarden kopen. Helmut had hem derhalve alleen de wijngaarden getoond; daarbij had X nooit het feitelijke gebruik van de bospercelen gekregen.

We zullen straks dan ook zien dat de hoogste rechter, het 'Oberste Gerichtshof'(OGH) in tegenstelling tot de twee lagere rechters terecht overwoog dat X zich niet op een geldige titel kon beroepen omdat zij meenden dat er tussen Helmut en X sprake was van 'dissens'. Voorwerp van koop was, aldus het OGH, namelijk niet alleen datgene wat alleen maar ter sprake kwam, maar het werkelijk door partijen gewilde object. En over X kon worden gezegd dat hij over het werkelijke voorwerp van de koopovereenkomst met Helmut niet had nagedacht, dat wil zeggen dat hij zich over de omvang van het object van de koop niet bekommerde zodat in ieder geval ook bij hem ervan moest worden uitgegaan dat hij alleen dat wilde kopen wat Helmut hem te koop aanbood. Helmut had hem alleen de wijngaarden getoond. Met betrekking tot de drie bospercelen, die daarboven uitgingen, was er volgens het OGH, in ieder geval sprake van 'dissens'. In geval van 'dissens' komt er, zoals gezegd, geen overeenkomst tot stand. Over het vonnis van het OGH komen we straks te spreken.

Maria, de oorspronkelijke verkoper, die ook nog altijd in het ongewisse was van de fout in het register en er vanuit ging dat zij eigenaar was van de drie percelen, verkocht de zes bospercelen, zoals gezegd, aan Y, inclusief de drie percelen die eerder per abuis op naam van Helmut en later op naam van X waren komen te staan. Maria had Y in het feitelijke bezit van de drie omstreden percelen gesteld. Maria had dus, in tegenstelling tot de

overeenkomst met Helmut, nu wel de bedoeling deze drie percelen te verkopen; Y had de bedoeling ze te kopen. Er was een geldige titel. Nú was het probleem echter dat de percelen niet op naam van Y konden worden ingeschreven omdat de percelen op naam van X in het register stonden.

We keren terug naar het vonnis van de lagere rechters. X stond als eigenaar in het register ingeschreven; volgens deze rechters was de titel op grond waarvan X 'Buchbesitzer' was geworden, zoals gezegd, vooralsnog geldig omdat deze titel nog niet vernietigd was. Voor deze rechter gaf het 'Eintragungsprinzip' van §440 ABGB de doorslag ten gunste van X. X kon het 'sterkere recht' voor zich opeisen. §440 ABGB bepaalt het volgende:

Hat der Eigentümer eben dieselbe unbewegliche Sache zwei verschiedenen Personen überlassen; so fällt sie derjenigen zu, welche früher die Einverleibung angesucht hat.¹⁴

Als de eigenaar bijvoorbeeld aan twee verschillende personen dezelfde onroerende zaak heeft verkocht, dan valt de zaak volgens deze paragraaf toe aan degene die het eerst de inschrijving heeft verzocht. Het gaat in genoemd voorbeeld van §440 ABGB om de dubbele verkoop waarbij de eerste en de tweede koper van dezelfde voorman hebben gekocht. Geldt in geval van roerende zaken in zo'n geval de regel dat diegene eigenaar wordt aan wie het eerst het bezit is verschaft, in geval van onroerende zaken wordt dus diegene eigenaar die het eerst om inschrijving heeft verzocht. Met wie de verkoper het eerst de koopovereenkomst heeft gesloten doet niet ter zake omdat voor de eigendomsverkrijging het alleen op het 'Verfügungsgeschäft' aankomt. Wie het eerst om inschrijving heeft verzocht, wordt eigenaar, ook al is hij dus niet de eerste koper en heeft hij niet de feitelijke macht, maar is de feitelijke macht bij een ander.

Nu X eerder om inschrijving had verzocht dan Y, had X een 'beter recht' dan Y.

Wanneer we §440 letterlijk toepassen op de casus, dan valt meteen op dat het in onze casus anders dan in §440 niet gaat om een dubbele verkoop waarbij de voorman dezelfde is. De twee verschillende kopers, X en Y, hebben niet van dezelfde voorman gekocht. Y kocht van Maria, X van Helmut, die op zijn beurt van Maria had gekocht. X was ten opzichte van Maria een derde-verkrijger. Het zij opgemerkt dat de rechter hier moeilijk de twee kopers in de persoon van Helmut en Y op het oog kon hebben gehad. Helmut en Y hadden weliswaar eenzelfde voorman, te weten Maria, en Helmut had ten opzichte van X eerder de inschrijving verzocht, maar Helmut kon nooit door de inschrijving eigenaar zijn geworden omdat de koopovereenkomst tussen Helmut en Maria niet geldig was.

Hoe dit ook zij, de rechter heeft §440 waarschijnlijk niet letterlijk toegepast, maar naar analogie geredeneerd en het beginsel gebruikt dat uit §440 kan worden opgemaakt: als aan twee verschillende kopers is verkocht, dan heeft degene die het eerst om inschrijving heeft

¹⁴ Klang, t.a.p. noot 21, II, 382; Koziol-Welser, t.a.p. noot 7, pp. 100 en 105.

verzocht een 'sterker recht'. Nu X ten opzichte van Y de eerste was die om inschrijving had verzocht, had hij volgens de rechter een 'sterker recht' dan Y. De eis van Y werd afgewezen. Wie de feitelijke macht had deed er, zoals gezegd, niet toe.

Wat nu wordt precies bedoeld met dit 'sterkere recht'? Met het sterkere recht kan moeilijk iets anders zijn bedoeld dan eigendom. X zou derhalve eigenaar geworden zijn op het moment dat inschrijving op zijn naam plaatsvond. X was, aldus de rechter, nog voordat Maria de koopovereenkomst met Y had gesloten 'gutgläubig Eigentümer' van de drie bospercelen geworden. Deze opvatting dat X eigenaar was geworden betekent dat Maria beschikkingsonbevoegd was toen zij de bospercelen aan Y verkocht en de feitelijke macht aan Y verschafte. X zou als eigenaar de feitelijke macht, het bezit, van Y kunnen opeisen.

We zijn er nog niet, want de rechter in hoger beroep maakte ook een opmerking over Publiciaans bezit. Hij merkte, zoals gezegd, op dat de omstandigheid, dat Helmut K. vanwege het ontbreken van een titel nooit eigenaar van de drie percelen was geworden en Helmut 'aus publizianischer Sicht' voor Y zou moeten wijken, niets kon veranderen aan het feit dat de drie percelen voorwerp van de koopovereenkomst tussen Helmut en X waren geworden, zodat X op grond van het 'Eintragungsprinzip' van §440 ABGB het 'sterkere recht' voor zich op kon eisen. Wat bedoelde de rechter met de overweging dat "Helmut 'aus publizianischer Sicht' voor Y zou moeten wijken"?

5 Publiciaans bezit; verjaringsbezit.

De rechter in hoger beroep(tweede aanleg) doelt op het zogeheten Publiciaans bezit dat Y zou hebben verkregen. Als gevolg van dit Publiciaans bezit had Helmut voor Y moeten wijken. Deze overweging is lastig te duiden. De rechter doelt waarschijnlijk op het hypothetische geval waarin de percelen niet door Helmut aan X waren doorverkocht en de percelen niet op naam van X waren overgeschreven, maar op naam van Helmut te boek waren blijven staan. Als Maria in dat geval de percelen aan Y had verkocht, dan had Helmut moeten wijken voor het Publiciaanse bezit van Y.

Publiciaans bezit is verjaringsbezit en stamt uit het Romeinse recht. Publiciaans bezitter is onder andere hij die op grond van een geldige titel te goeder trouw het bezit had verkregen van een beschikkingsonbevoegde, en vanwege de beschikkingsonbevoegdheid van de voorman geen eigenaar was geworden. Hij kon na verloop van tijd eigenaar worden door verkrijgende verjaring.¹⁵ In dit geval heette hij de Publiciaans bezitter *non a domino*, omdat hij het bezit van een niet-eigenaar had verkregen. Hij werd in zijn bezit beschermd door de zogeheten *actio Publiciana*. Met deze actie kon hij met succes zijn bezit

¹⁵ Lokin, t.a.p. noot 8, Z. 48 ev.; M. Kaser - F.B.J. Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle 1971, pp. 121 ev. en p. 135.

tegenover iedereen handhaven, behalve tegenover de eigenaar. Naast de Publiciaans bezitter *non a domino* kende het Romeinse recht de Publiciaans bezitter *a domino*. Deze bezitter had de zaak geleverd gekregen van de beschikkingsbevoegde eigenaar, maar hij was geen eigenaar geworden omdat er niet aan de vormvereisten van de levering was voldaan.¹⁶ De Publiciaans bezitter *a domino* genoot tegenover iedereen bescherming, dus ook tegenover de eigenaar.

Het Oostenrijkse recht kent eveneens het Publiciaans bezit en de daarbij behorende *actio Publiciana*. Wil de bezitter door verjaring eigenaar worden, dan moet hij krachtens het ABGB aan de volgende voorwaarden voldoen. (§1478 ABGB) De zaak moet vatbaar zijn voor verjaring. Zowel roerende als onroerende zaken kunnen door verjaring worden verkregen. Verder moet het gaan om een zogeheten '*qualifizierter*' of '*rechtlicher Besitz*'. Bezit is eerst '*qualifiziert*' en '*rechtlich*' als het '*rechtmäßig*', '*redlich*' en '*echt*' is (§1466 ABGB).¹⁷ '*Rechtmäßig*' wil zeggen dat de bezitter tot het bezit gerechtigd is. Het bezit moet berusten op een geldige titel. (§316 ABGB) Het bezit is '*redlich*' als de bezitter op waarachtige gronden de zaak die hij bezit, voor de zijne houdt (§326 ABGB); wanneer hij mag geloven dat hem de uitoefening van het recht is toegestaan. Kortom als hij te goeder trouw is. '*Unredlich*' is het bezit als de bezitter weet of kan vermoeden dat de zaak iemand anders toebehoort. Het bezit is '*echt*' als het niet op listige wijze of door geweld verkregen is. (§345 ABGB) De laatste voorwaarde om door verjaring eigenaar te worden is dat de bezitter een volgens de wet gestelde termijn moet hebben bezeten. De termijn bedraagt voor roerende zaken drie jaren en voor onroerende zaken dertig jaren. Deze laatste verjaringstermijn die geldt voor onroerende zaken is gelijk aan de termijn die wordt gesteld aan de zogeheten 'oneigenlijke verjaring'. Oneigenlijke verjaring is een verjaring die kan worden ingeroepen door de bezitter van een *roerende* zaak die niet op grond van een geldige titel bezit (§1468 ev. ABGB). De verjaringstermijn is in dat geval langer, namelijk dertig jaren. Voldoende is dat hij '*redlich*' en '*echt*' bezit. Het komt er dus op neer dat de feitelijke bezitter van een roerende zaak die denkt en mag denken dat hem de uitoefening van het recht is toegestaan en het bezit niet op arglistige wijze heeft verkregen na dertig jaren door verkrijgende verjaring de eigendom verkrijgt. Deze verjaring komt overeen met de Romeinse *praescriptio longissimi temporis* ofwel de dertigjarige verjaring.¹⁸ Dat ingeval van onroerende zaken de verjaringstermijn hoe dan ook dertig jaren is, betekent voor de bezitter van onroerende zaken dat hij alleen een beroep kan doen op de oneigenlijke verjaring. Het voordeel van deze verjaring is evenwel dat de bezitter van de onroerende zaak geen geldige titel hoeft te tonen. Net als in het Romeinse recht

¹⁶ Onroerend goed moest in het klassieke Romeinse recht worden geleverd door middel van *mancipatio*. Hierbij was onder andere vereist dat partijen naar het Forum Romanum gingen en daar onder aanwezigheid van vijf getuigen allerlei formaliteiten verrichtten. Werd niet aan de formaliteiten voldaan en werd er alleen feitelijk geleverd, dan vond er geen eigendomsoverdracht plaats. Een geldige titel was bij de *mancipatio* niet vereist. De *mancipatio* was abstract.

¹⁷ Koziol-Welser, t.a.p. noot 7, pp. 21 ev. en 79 ev.

¹⁸ Lokin, t.a.p. noot 8, Z.55. Kaser-Wubbe, t.a.p. noot 15, p. 38.

verjaart in Oostenrijk kwade trouw nooit.

We keren terug naar de casus en de overweging van de rechter in hoger beroep (tweede aanleg). Deze rechter overwoog dat in het hypothetische geval waarin Helmut de drie percelen niet had doorverkocht aan X, Helmut 'aus publizianischer Sicht' voor Y zou moeten wijken.

De rechter volgde waarschijnlijk deze redenering. Helmut had de drie bospercelen volgens het koopcontract gekocht van de eigenaar Maria, terwijl beide partijen niet de bedoeling hadden de drie percelen te verkopen en te kopen. De percelen waren per ongeluk in het koopcontract opgenomen. De percelen werden niet door Maria aan Helmut in gebruik gegeven. De titel nu was ongeldig. Helmut was derhalve geen eigenaar van de bospercelen geworden. Een geldige titel is volgens Oostenrijks recht immers een constitutief vereiste voor de eigendomsverkrijging. De percelen werden echter wel op naam van Helmut in het register ingeschreven. Hij was 'Buch- of Tabularbesitzer' geworden. Ondanks de inschrijving in het register was hij geen eigenaar. De titel was niet geldig. Het zij opgemerkt dat 'Buchbesitz' niet vatbaar is voor verjaring. Maria was eigenaar gebleven.

Y had daarentegen feitelijk geleverd gekregen door de beschikkingsbevoegde Maria op grond van een geldige titel, maar aan de geldige eigendomsverkrijging door Y stond 'alleen' in de weg dat inschrijving in het register niet mogelijk was omdat de percelen op naam van Helmut stonden. Y was Publiciaans bezitter. In Romeinsrechtelijke termen was Y Publiciaans bezitter *a domino*. Y had immers van de eigenaar op grond van een geldige titel het bezit verschaft gekregen. Het enige dat aan de eigendomsverkrijging in de weg stond was het vormvereiste, te weten de inschrijving in het register.

Nu is het, zoals gezegd, in beginsel zo dat de Publiciaans bezitter *a domino* een zeer sterke positie heeft. Hij kan zijn bezit met de *actio Publiciana* handhaven tegenover iedereen, zelfs tegenover de eigenaar. Helmut had derhalve voor het Publiciaans bezit van Y moeten wijken, maar deze omstandigheid kon, aldus de rechter in hoger beroep, niets veranderen aan het feit dat de drie percelen in het daaropvolgende koopcontract tussen Helmut en X terecht waren gekomen. De percelen waren op naam van derdeverkrijger X in het register ingeschreven. X, aan wiens 'Buchbesitz' volgens de rechter in hoger beroep een geldige titel ten grondslag lag, kon op grond van het 'Eintragungsprinzip' van §440 ABGB het 'sterkere recht' voor zich op eisen. Dat X eerder stond ingeschreven dan Y gaf de doorslag.

6 Het 'Oberste Gerichtshof'.

Het 'Oberste Gerichtshof' (OGH), de hoogste rechter in civiele zaken, verwierp de uitspraak van de twee lagere rechters en stelde Y in het gelijk. Y's eis tot verbetering van het register werd toegewezen. Het grote verschil met de lagere rechters is dat het OGH aannam dat de titel tussen Helmut en derdeverkrijger X ongeldig was. De ongeldigheid

van deze titel is hierboven al ter sprake gekomen. Het Hof overwoog als volgt.

In deze casus stond vast, aldus het OGH, dat Maria met betrekking tot de omstreden drie bospercelen nooit met Helmut en Helmut op zijn beurt nooit met X een koopovereenkomst had willen sluiten. Zowel Helmut als X ontbeerde derhalve een geldige titel voor de eigendomsverkrijging. Voorwerp van koop was, aldus het OGH, namelijk niet datgene dat alleen 'rein sprachlich' in het contract 'bezeichnet wird', dat wil zeggen naar de letter van het contract kon worden opgemaakt, maar het werkelijk door partijen gewilde object. Beide verkopers, zowel Maria als Helmut, wilden over de omstreden bospercelen geen koopovereenkomst sluiten. Verder stond volgens het OHG vast dat Helmut de percelen ook niet wilde kopen. En over koper X kon nog worden gezegd dat hij zich over het werkelijke voorwerp van de koopovereenkomst met Helmut, dat wil zeggen over de omvang van het object van de koop niet bekommerde, zodat in ieder geval ook bij hem ervan moet worden uitgegaan dat hij alleen dat wilde kopen wat Helmut hem te koop aanbood, te weten de wijngaarden. Met betrekking tot de drie bospercelen, die daarboven uitgingen, was er in ieder geval sprake van 'dissens'.

Ondanks de inschrijving van deze percelen in het register op naam van X, verwierf X geen eigendom. Er lag vanwege 'dissens' geen geldige titel ten grondslag aan de inschrijving op naam van X. Op de goede trouw van X kwam het volgens het OGH in dit geval niet aan. Omdat goede trouw alleen dan aanwezig is wanneer de koper de zaak van de verkoper daadwerkelijk koopt en te goeder trouw ervan uit kan gaan dat de verkoper het in het register ingeschreven eigendomsrecht van de zaak toekomt. Nu X niet daadwerkelijk van Helmut had gekocht, kon hij zich niet beroepen op het feit dat hij te goeder trouw was afgestaan op het register waarin Helmut als eigenaar stond vermeld.

Het OGH had al meerdere malen uitgesproken dat inschrijving van het eigendomsrecht zonder titel geen eigendomsrecht verschaft.¹⁹ Een putatieve titel was niet voldoende. De overweging van de lagere rechters dat er vanwege dwaling sprake was van een vernietigbare titel en dat de koopovereenkomst geldig was totdat de overeenkomst daadwerkelijk was vernietigd, werd door het OGH niet overgenomen. Een beroep op de 'Vertrauensgrundsatz' door X ging niet op omdat er aan het bezit van X geen geldige titel ten grondslag lag.

Verder stond volgens het OHG vast dat Y evenmin eigenaar van de omstreden percelen was geworden. Weliswaar was er sprake van een geldige koopovereenkomst tussen Maria en Y en had Y het feitelijke bezit verschaft gekregen, maar hij had geen eigendomsrecht verkregen omdat de percelen niet op naam van Y in het register waren ingeschreven. Een geldige wijze van verkrijging ontbrak. Y was 'Naturalbesitzer' met een geldige titel; X was 'Buchbesitzer' zonder titel. Maria was eigenaar gebleven.

¹⁹ Bv. SZ 23/346 (Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen) en EvBL 1966/397Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Österreichische Juristen-Zeitung).

De vraag was of Y het recht had als niet-eigenaar van X, eveneens niet-eigenaar, verbetering van de inschrijving in het register te eisen?

Het Hof vond de oplossing in §372 ABGB, in de *actio Publiciana*. §372 ABGB luidt als volgt:

Wenn der Kläger mit dem Beweise des erworbenen Eigentumes einer ihm vorenthaltenen Sache zwar nicht ausreicht, aber den gültigen Titel, und die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist, dargetan hat; so wird er doch in Rücksicht eines jeden Besitzers, der keinen, oder nur einen schwächeren Titel seines Besitzes anzugeben vermag, für den wahren Eigentümer gehalten.

Wanneer de eiser in het bewijs van de verworven eigendom van een zaak, die hem wordt onthouden weliswaar niet slaagt, maar de geldige titel, en de werkelijke wijze, waarop hij aan het bezit is gekomen, heeft aangetoond, dan wordt hij toch met betrekking tot iedere bezitter, die geen, of slechts een zwakkere titel van zijn bezit kan tonen, voor de werkelijke eigenaar gehouden.

De bezitter die een geldige titel kan tonen wordt dus beschermd ten opzichte van iedere bezitter die geen titel of slechts een zwakkere titel kan tonen. Het gaat er om wie van beide bezitters een geldige titel, dan wel een betere titel heeft.

Aan de kant van Y was, aldus het OGH, geen sprake van een '*rechtlich vermutetes*' eigendom, maar men *wist* dat Y nog geen eigenaar was. De zin en het doel van deze zogeheten Publiciaanse actie was volgens de rechter:

vooral ook de bescherming van 'eigendom in wording', dus in het bijzonder de bescherming van de zogeheten verjaringsbezitter. Dat wil zeggen de bescherming van diegene, die een geldige en deugdelijke rechtsgrond tot verkrijging kan tonen ('*rechtmäßig*') en aan wie een op echte ('*echte*') en redelijke ('*redliche*') wijze verkregen daadwerkelijk bezit is toegestaan.

Het bezit van Y nu was rechtmatig omdat hij, zoals gezegd, een geldige titel kon tonen. Zijn bezit was '*redlich*' omdat hij de zaak die hij bezat op redelijke gronden voor de zijne mocht houden en omdat hij ervan uit mocht gaan dat hem de uitoefening van het '*recht*' was toegestaan. Y was te goeder trouw. Het bezit van Y was '*echt*' omdat hij het bezit niet door arglist of geweld had verkregen.

We zullen hieronder zien dat gequalificeerd bezit net als het eigendomsrecht volgens het ABGB als een zakelijk recht wordt beschouwd. De verjaringsbezitter heeft een '*Recht zum Besitz*'. Volgens het OGH kon de '*Naturalbesitzer*' de Publiciaanse actie in het bijzonder ook tegen de blote '*Buchbesitzer*' instellen. X was in dezen de blote '*Buchbesitzer*' omdat hij alleen maar als eigenaar te boek stond. Hij had geen feitelijke macht, noch kon hij een geldige titel tonen. Y, de '*Naturalbesitzer*', kon dus met succes de Publicaanse actie ex §372 ABGB tegen X instellen. De eis tot verbetering van het register werd toegewezen.

Op het ogenblik dat de correctie²⁰ in register plaatsvond werd Y eigenaar van de drie bospercelen.

7 Bezit volgens het ABGB. Paragraaf 372 ABGB: die 'publizianische Klage'²¹

Paragraaf 372 ABGB, waarin de *actio Publiciana* wordt behandeld, staat in deel twee, eerste afdeling, tweede hoofdstuk van het ABGB. Deel twee behelst het goederenrecht; de eerste afdeling gaat over de zakelijke rechten en het tweede hoofdstuk daarvan gaat over het eigendomsrecht. Op het eerste gezicht is het opvallend dat de Publiciaanse actie, die toch een bezitsactie is - zij wordt immers door de bezitter ingesteld -, wordt behandeld bij het eigendomsrecht. Toch is dat niet zo merkwaardig omdat er, evenals in het Romeinse recht, wordt gefingeerd dat de verjaringsbezitter de verjaring had voltooid. Er werd, met andere woorden, gefingeerd dat hij eigenaar was. In het Romeinse recht functioneerde de *actio Publiciana* dan ook op dezelfde wijze als de revindicatie, die de eigenaar ten dienste stond.²² De *actio Publiciana* is volgens Oostenrijks recht een zakelijke actie die de verjaringsbezitter kan instellen.

Het zij hier overigens opgemerkt dat naar Oostenrijks recht bezit evenals het recht van eigendom als een zakelijk recht wordt beschouwd. 'Das ABGB behandelt den Besitz als Sachenrecht'.²³ De paragrafen over het bezit vinden we, zoals gezegd, in het ABGB dan ook terug in de eerste afdeling die gaat over de 'dingliche', zakelijke rechten. In ons BW staat het bezit samen met het houderschap als aparte titel geregeld in boek 3 dat als titel heeft 'Vermogensrecht in het algemeen'. De strijd over de vraag of bezit een recht is of een feit, 'is er een van zeer ouden datum' en gaat terug tot de glossatoren, aldus Van Oven in

²⁰ De drie bospercelen moesten worden afgeschreven van het nummer AA dat Maria aan Helmut en Helmut vervolgens aan X had verkocht en deze drie percelen moesten weer worden bijgeschreven bij de bospercelen met nummer BB die Maria aan Y had verkocht.

²¹ P. Apathy, *Die Publizianische Klage, das relative dingliche recht des rechtmässigen Besitzers*, Wenen 1981; Koziol-Welser, t.a.p. noot 7, pp. 37 ev.; H.Klang in, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, II, Wenen 1950, pp. 234 ev.; F. Bydlinski, in *idem*, IV-2, Wenen 1978, pp. 118 ev. en 573 ev.; *idem*, 1. Band, §§1-1174 ABGB, ed. P. Rummel, Wenen 2000, pp. 589 ev.; A. Randa, *Der Besitz mit Einfluß der Besitzklagen nach Österreichem Rechte*, Leipzig 1879, pp. 76 ev.; A. Ehrenzweig; *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, I/2, Wenen 1957, pp. 298 ev.; P. Apathy, G. Klingenberg, H. Stiegler, *Einführung in das römische Recht*, Wenen-Keulen-Weimar 1998, pp. 94 ev.; J.C. van Oven, *De bezitsbescherming en hare functies*, Amstrdam 1905; F.C. von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, p. 103; E. Gans, *Ueber die Grundlage des Besitzes*, 1839; P. Apathy, *Die actio Publiciana beim Doppelkauf vom Nichteigentümer*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Band XCIX, pp. 158-187.

²² Zie J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring. Een leerstellige rechtsvergelijkende studie op historische grondslag*, Den Haag 2011, 34. D. 6, 2, 7, 8 In *Publiciana actione omnia eadem erunt quae et in rei vindicatione diximus*. In het geval van de *actio publiciana* zal alles van toepassing zijn, wat wij ook bij de *rei vindicatio* hebben gezegd.

²³ Koziol-Welser, t.a.p. noot 7, p.24.

zijn proefschrift over 'de Bezitsbescherming en hare functies'.²⁴ De strijd ontbrandde eerst met volle kracht na het verschijnen van het boek van Savigny²⁵, *Das Recht des Besitzes*, in 1803. Savigny was van mening dat bezit in beginsel een feit was, dat ontstond en teniet ging geheel buiten het recht om. De gevolgen die er aan het bezit waren verbonden, te weten verjaring en bezitsbescherming, maakten het bezit weliswaar niet tot een recht, maar deden het behandelen, aldus Savigny, alsof er een recht was.²⁶ Het bezit was volgens Savigny 'Factum und Recht zugeich, nämlich seinem Wesen nach Factum, in seinen Folgen einem Rechte gleich.' Dit standpunt wordt naar Nederlands recht ook wel verdedigd: 'De rechtsfiguur bezit is dus een hybride: zij is een feit en een recht', aldus Snijders/Rank-Berenschot.²⁷ Reehuis-Heisterkamp zien bezit niet als een vermogensrecht, omdat het anders als zodanig geregeld zou kunnen worden. Maar het is volgens genoemde schrijvers evenmin louter een feitelijk fenomeen omdat het voor het recht dan niet van betekenis was. 'Het is een eigensoortige figuur, een feitelijke toestand die een eigen juridische benaming heeft gekregen omdat er meerdere rechtsgevolgen aan worden vastgeknoopt'.²⁸

Het ABGB onderscheidt 'Sachbesitz', 'Rechtsbesitz' en 'Buchbesitz'.²⁹ Van 'Sachbesitz' is volgens §309 ABGB sprake als iemand een lichamelijke zaak 'mit dem Wille innehat, die als die seinige zu behalten'. Heeft hij de zaak alleen feitelijk in zijn macht dan is hij 'Inhaber'; wij zouden zeggen 'houder'. De 'Sachbesitzer' ofwel bezitter moet behalve de lichamelijke zaak in zijn (feitelijke) macht hebben, oftewel 'innehaben', ook de wil hebben het bezit als het zijne te houden. In deze definitie vinden we de twee eisen terug die het Romeinse recht stelde aan het bezit, te weten *corpus* en *animus*. Niet alleen lichamelijke zaken kunnen naar Oostenrijks recht het voorwerp van bezit zijn, ook bestaat er volgens §311 ABGB het bezit van onlichamelijke zaken, dat wil zeggen bezit van rechten. De bezitter van een recht wordt 'Rechtsbesitzer' genoemd. Omdat men een recht niet feitelijk kan hebben ofwel kan 'innehaben' treedt in de plaats van het *corpus*, de uitoefening van het recht. De 'Rechtsbesitzer' oefent het recht uit met de wil het recht in eigen naam uit te oefenen. 'Rechtsbesitz' komt alleen voor bij rechten die voortdurend kunnen worden uitgeoefend, zoals huur, pacht, erfdienstbaarheden of pandrecht. Is de huurder in het Nederlandse recht slechts houder ('Inhaber'), in het Oostenrijkse recht is de huurder 'Rechtsbesitzer'.

'Rechtsbesitz' en 'Sachbesitz' sluiten elkaar niet uit. De eigenaar die zijn huis heeft verhuurd blijft zelf 'Sachbesitzer'; zijn huurder is 'Rechtsbesitzer'. Evenals de

²⁴ Van Oven, t.a.p. noot 21, p. 47.

²⁵ Van Oven, t.a.p. noot 21, p. 47.

²⁶ Van Oven, t.a.p. noot 21, p. 48; Savigny, t.a.p. noot 21, pp. 43-44.

²⁷ H.J. Snijders/ E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer 2007, p. 112.

²⁸ Pitlo, *Het Nederlands burgerlijk recht*, deel 3, *Goederenrecht*, W.H.M. Reehuis/A.H.T. Heisterkamp, Deventer, 2006, p. 320.

²⁹ Koziol-Welser, t.a.p. noot 7, pp. 18 ev.; J. Schey/ H. Klang, *Kommentar* (1950), t.a.p. noot 21, pp. 55 ev. Randa, t.a.p. noot 21, pp. 1 ev., 28 ev. en 62 ev.; Ehrenzweig, t.a.p. noot 21, pp. 51 ev.

'Sachbesitzer' kan ook de 'Rechtsbesitzer' gebruik maken van de bezitsbeschermingsacties. Zo kan de huurder gebruik maken van de *actio publiciana*.

In de derde plaats is er het 'Buchbesitz'³⁰ (§321 ABGB) dat we hierboven al zijn tegengekomen. Eigendom van onroerende zaken kan alleen door inschrijving in het register worden verkregen. Degene op wiens naam een onroerende zaak staat ingeschreven is 'Buchbesitzer'. De 'Buchbesitzer' geniet geen bezitsbescherming en zijn bezit kan, zoals gezegd, niet verjaren.³¹

Voor het zijn van bezitter is het niet nodig dat de bezitter gerechtigd is de zaak te bezitten, nog minder dat hij eigenaar is.³² Dat het ABGB het bezit, zoals gezegd, als een zakelijk recht behandelt, is volgens Koziol-Welser, dan ook bedenkelijk. Het bezit moet namelijk niet als een subjectief recht worden beschouwd.³³ De eigenaar heeft het absolute recht op een zaak; de bezitter heeft de feitelijke macht zonder dat dit iets zegt over de vraag wie de zaak rechtens toebehoort. Daarbij komt dat de zienswijze het bezit als een zakelijk recht te beschouwen niet geheel consequent is doorgevoerd. Voor het verwerven van eigendom is in tegenstelling tot het verwerven van bezit immers meer nodig dan alleen maar *corpus* en *animus*, te weten beschikkingsbevoegdheid van de voorganger, een geldige titel en een juiste *modus*, leveringswijze. Bezit daarentegen kan ook zonder titel worden verkregen. *Corpus* en *animus* zijn voldoende.

De qualificatie van het bezit als recht zou hoogstens kunnen gelden voor het zogeheten 'Besitzrecht' of het 'Recht zum Besitz'. 'Besitzrecht' moet niet worden verward met het hierboven genoemde 'Rechtsbesitz', dat de huurder of pachter toekomt. Men spreekt van 'Besitzrecht' of 'rechtlicher Besitz', als het bezit 'rechtmäßig', 'redlich' en 'echt' is (§1466 ABGB). Deze qualificaties zijn hierboven al besproken. Wil er sprake zijn van een 'Besitzrecht', dan moet het bezit onder meer berusten op een geldige titel. Men spreekt in dezen ook wel over verjaringsbezit of gequalificeerd bezit. Het 'rechtliche Besitz' of verjaringsbezit lijkt op een subjectief recht zodat dit bezit in menig opzicht als een absoluut recht behandeld kan worden.

De bezitter van een zaak wordt vermoed een geldige titel te hebben waarop zijn bezit berust (§344 ABGB). De bezitter wordt derhalve vermoed het 'Recht zum Besitz' te hebben. Dit noemt men ook wel de bewijsrechtelijke functie van het bezit. In een procedure over de eigendom drukt de bewijslast niet op de bezitter.

³⁰ Zie ook Kommentar, II, Klang, t.a.p. noot 21, pp. 89 ev.

³¹ De 'Buchbesitzer' kan geen beroep op normale bezitsbescherming doen omdat hij niet daadwerkelijk gestoord kan worden in zijn bezit. Hij heeft immers niet de feitelijke macht. Niemand zal immers eigenmachtig in het register kunnen 'knoeien'. Alleen de zogeheten 'Naturalbesitzer', die wel de feitelijke macht heeft kan deze bezitsbescherming inroepen. Koziol-Welser, t.a.p. noot 21, p. 20.

³² Koziol-Welser, t.a.p. noot 7, p. 18.

³³ Koziol-Welser, t.a.p. noot 7, p. 18.

Bezit, zowel '*Sach-* als '*Rechtsbesitz*' worden beschermd.³⁴ De wet beschermt deze bezitters tegen een onbevoegde stoornis in het bezit (§339 ABGB) in de eerste plaats met de possessoire bezitsacties. Deze acties beschermen het gevestigde bezit. De bescherming is te vergelijken met de Romeinse interdicten. Werd een bezitter gestoord in zijn bezit, dan kon hij een interdictenprocedure bij de praetor beginnen. De praetor kon een verbod tot verdere stoornis uitvaardigen, dan wel herstel in de oude toestand bevelen als de eiser geheel en al uit zijn bezit was gezet. Het was een soort kort geding. Het gevestigde bezit werd met de interdicten beschermd. Het ABGB kent, zoals gezegd, ook een dergelijke bezitsbescherming en is eveneens gericht op het herstel van de oude toestand, op herstel van het rustige bezit, de sanctionering van de inbreuk op dit bezit en een eventueel verbod van toekomstige stoornis. Titel en goede trouw ('*redlichkeit*') worden bij de possessoire bezitsacties niet onderzocht. De procedure wordt snel afgewikkeld. Zo kan er geen schadevergoeding worden gevorderd en is er geen ingewikkelde bewijsvoering. Deze bezitsbescherming wordt dus ook geboden aan de bezitter zonder titel en de 'onredelijke' bezitter. De 'onredelijke' bezitter is de bezitter die op grond van de omstandigheden het vermoeden moet hebben dat de zaak die hij in bezit heeft aan een ander toebehoort. De rechter wijst in geval van deze possessoire beschermingsacties overigens geen vonnis, maar neemt een '*Endbeschluss*'. Dit besluit heeft een voorlopig karakter omdat de verliezer vervolgens een proces over het '*Recht zum Besitz*' kan beginnen. In dat daarop volgende proces heeft de bezitter de gunstige positie van gedaagde en kan achterover leunen totdat de eiser een beter recht bewijst.

Anders dan de zojuist genoemde bezitsbeschermingsacties, die aanknopen bij het feit van het gevestigde bezit, het '*Sachbesitz*', knoopt de *actio Publiciana* aan bij het '*Recht zum Besitz*'. De *actio Publiciana* was in het Romeinse recht door de praetor speciaal ter bescherming van het verjaringsbezit in het leven geroepen. Degene die bezig was met de verjaring, maar de vereiste termijn nog niet had voltooid, kon gebruik maken van de *actio Publiciana*. De *actio Publiciana* staat in §372 ABGB en is hierboven bij de uitspraak van het OGH al even ter sprake is gekomen.

In het opschrift boven §372 ABGB heet de *actio Publiciana* de '*Klage aus dem rechtlich vermuteten Eigentum*'. We herhalen voor het gemak de tekst van §372 ABGB:

Wenn der Kläger mit dem Beweise des erworbenen Eigentumes einer ihm vorenthaltenen Sache zwar nicht ausreicht, aber den gültigen Titel, und die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist, dargetan hat; so wird er doch in Rücksicht eines jeden Besitzers, der keinen, oder nur einen schwächeren Titel seines Besitzes anzugeben vermag, für den wahren Eigentümer gehalten.

³⁴ Koziol-Welser, t.a.p. noot 7, pp. 31 ev.. Zie ook Kommentar, II, Klang, t.a.p. noot 21, pp. 104 ev.

Wanneer de eiser in het bewijs van de verworven eigendom van een zaak, die hem wordt onthouden weliswaar niet slaagt, maar de geldige titel, en de werkelijke wijze, waarop hij aan het bezit is gekomen, heeft aangetoond, dan wordt hij toch met betrekking tot iedere bezitter, die geen, of slechts een zwakkere titel van zijn bezit kan tonen, voor de werkelijke eigenaar gehouden.

§372 ABGB beschermt dus de eiser 'die in het bewijs van de verworven eigendom van een zaak, die hem wordt onthouden weliswaar niet slaagt, maar de geldige titel, en de werkelijke wijze, waarop hij aan het bezit is gekomen, heeft aangetoond'. Wie wordt er nu precies door §372 beschermd? Gelet op de woorden van §372 is dat de eigenaar, die de feitelijke macht wordt onthouden. De paragraaf spreekt immers over 'verworven eigendom van een zaak die hem - dit is dus de eigenaar - wordt onthouden'. §372 ABGB lijkt de actie dus slechts aan de eigenaar te geven die niet in het bezit van de zaak is en die zijn eigendom niet kan bewijzen. Volgens Nippel (1831) is het een surrogaat voor de revindicatie, die zich alleen van de *actio publiciana* onderscheidt in die zin dat de eigenaar hier door het vaststellen van bepaalde 'Vermuthungsgründe' van het lastige bewijs van het eigendomsrecht is bevrijd.³⁵

Op het eerste gezicht biedt §372 alleen de ware eigenaar een bewijsvoordeel. De eigenaar die de feitelijke macht van de zaak niet heeft en die deze feitelijke macht wil opeisen kan gebruik maken van de revindicatie, de actie van de eigenaar-niet bezitter tegen de bezitter-niet eigenaar. Wil de eigenaar met succes de revindicatie instellen, dan zal hij zijn eigendomsrecht moeten kunnen bewijzen. Hij zal daartoe moeten bewijzen op welke wijze hij zijn eigendom heeft verkregen. Meestal zal hij de eigendom door levering hebben verkregen van een beschikkingsbevoegde op grond van een geldige titel. Vervolgens zal hij moeten bewijzen hoe zijn voorganger aan de eigendom is gekomen. Hij moet, met andere woorden, bewijzen dat zijn voorganger eveneens van een beschikkingsbevoegde op grond van een geldige titel de eigendom heeft verworven, enz. enz. Net zolang totdat hij op een oorspronkelijke wijze van eigendomsverkrijging stuit.³⁶ Omdat het bewijs van eigendom een onmogelijke opgave is, noemden de Romeinen het bewijs van eigendom ook wel het 'duivelsbewijs', *probatio diabolica*.

§372, de *actio Publiciana*, biedt de eigenaar nu het voordeel dat hij alleen de titel op grond waarvan hij bezit moet kunnen tonen en verder moet aantonen dat zijn bezit 'echt' is. Dat wil zeggen dat hij het bezit niet op arglistige wijze heeft gekregen. De 'redlichkeit' van het bezit, de goede trouw, wordt vermoed krachtens §328. Hij moet te goeder trouw

³⁵ F. X. Nippel, *Erläuterungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, III, 1831, p. 245. Zie Apathy, t.a.p. noot 21, p. 30.

³⁶ Lokin, t.a.p. noot 8, Z.47.

zijn geweest op het ogenblik dat hij het bezit kreeg. Later opkomende kwade trouw schaadt niet.³⁷

Dat de actie bedoeld was voor de eigenaar die zijn eigendomsrecht niet kon bewijzen, was aanvankelijk ook het uitgangspunt van het ABGB. Ondanks dit uitgangspunt als eigendomsactie plaatste Zeiller, de voorzitter van de commissie die het ABGB ontwierp, de Publiciaanse actie in 1811 al in zeer nauwe samenhang met de bescherming van het bezit.³⁸ Later verkondigden Woycikowski en Stubenrauch de mening dat de verjaringsbezitter in het Oostenrijkse recht, net als in het Romeinse recht de *actio Publiciana* kon invoeren.³⁹ Zo schreef Stubenrauch dat de actie uit §372 ook ten dienste stond aan degene die 'rechtmäßig', 'redlich' en 'echt' een zaak bezat, dat wil zeggen degene die volgens §1466 bezig was met de verjaring. Deze opvatting zette zich ten slotte door in de Oostenrijkse literatuur en rechtspraak.⁴⁰

Naar Oostenrijks recht wordt verjaringsbezit ofwel '*Besitzrecht*' of '*rechtlicher Besitz*', zoals gezegd, als recht gequalificeerd, als recht behandeld en dus ook als recht beschermd. Men spreekt immers ook wel over '*Recht zum Besitz*'.

De meningen zijn het erover eens dat de actio Publiciana een petitoire actie is, en niet een possessoire actie.⁴¹ De redenen die men geeft waarom de actie petitoir is lopen echter uiteen. Zo menen Koziol-Welser dat de actie petitoir is omdat de actie de bescherming van een recht, te weten het 'Recht zum Besitz' tot doel heeft.⁴² De actie is gericht op teruggave van de zaak zoals de revindicatie, of op afweer van stoornis, zoals de actio negatoria⁴³, maar is niet gericht op de vaststelling van eigendom.⁴⁴ Klang geeft in zijn commentaar op §372 de volgende reden waarom het een petitoire actie is. Als de eiser de actie met succes heeft ingesteld, dan is hij volgens Klang tegenover de gedaagde, de juridisch zwakkere bezitter, eigenaar geworden, niet slechts Publiciaans bezitter.⁴⁵ De gedaagde kan dan ook

³⁷ Koziol-Welser, t.a.p. noot 21, p. 34.

³⁸ F. von Zeiller, *Commentar über das allgemeinen bürgerliche Gesetzbuch*, 1811-1813, II/1, pp. 146 en 149. Zie Apathy, t.a.p. noot 21, p. 30.

³⁹ M. von Stubenrauch, *Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, I, Wien/Manz, 1854, p. 743; idem, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, I, Wenen, 1902/03, p. 468; A. Woycikowski, *Actionis Publicianae secundum principia juris romani expositio, ejusque cum rei vindicatione ex iudice praesunto dominio actoris secundum jus civile Austriacum collatio*, Wenen 1837, Zie Apathy, t.a.p. noot 21, p. 32.

⁴⁰ Zie voor een literatuuroverzicht: Apathy, t.a.p. noot 21, p. 32.

⁴¹ Apathy, t.a.p. noot 21, p. 33.

⁴² Koziol-Welser, t.a.p. noot 7, p. 35.

⁴³ De eigenaar ageerde met deze actie tot ontkenning tegen iemand die bijvoorbeeld beweerde een recht van vruchtgebruik of een recht van *immisio* (binnendringen van rook, water enz.) te hebben. De actie had een tweeledig doel: de rechter te doen constateren dat het door gedaagde gepretendeerde recht niet bestond en de oude toestand te doen herstellen. Kaser-Wubbe, t.a.p. noot 15, p. 134.

⁴⁴ Koziol-Welser, t.a.p. noot 7, p. 35.

⁴⁵ Klang, II, t.a.p. noot 21, p. 235. Vgl. Ehrenzweig, t.a.p. noot 21, 299; Randa, t.a.p. noot 21, p. 103.

niet later een eigendomsactie of revindicatie instellen. Degene die de *actio Publiciana* met succes heeft ingesteld, kan de revindicatie tegenhouden met een beroep op het vonnis van de rechter. In tegenstelling tot hetgeen Koziol-Welser menen, lijkt de actie volgens Klang dus wel gericht te zijn op de vaststelling van eigendom. Maar het betreft hier een relatieve bescherming, want tegenover derden kan de eiser zich volgens Klang niet op de rechterlijke uitspraak beroepen. De eiser is eigenaar tegenover de gedaagde, niet echter tegenover derden. Het opschrift boven §372, de 'Klage aus dem rechtlich vermuteten Eigentum', is daarom niet passend volgens Klang. Het gaat namelijk niet om de bescherming van vermoedelijke eigendom of eigendom in wording, maar om de bescherming van een relatief sterker zakelijk recht.⁴⁶

Volgens Kosiol-Welser heeft de *actio Publiciana* een zwakkere werking dan de revindicatie.⁴⁷ 'De verjaringsbezitter wint alleen van die personen die geen of een zwakkere titel hebben dan hijzelf heeft. Anderzijds heeft de eiser met de *actio Publiciana* niet alleen succes wanneer zijn eigendom wordt vermoed, maar ook als hij geen eigenaar is en hij de revindicatie ontbeert, terwijl de gedaagde een zwakkere titel heeft. Omdat de actie ook ten dienste staat aan degene die niet eigenaar is, komt het aan op het relatief betere recht op bezit. Beschermd wordt derhalve het relatief betere recht op bezit.'⁴⁸

Dat het betere recht op bezit moet worden beschermd geldt ook voor de 'Rechtsbesitzer', bijvoorbeeld de huurder. De *actio Publiciana* kan, zoals gezegd, niet alleen door de 'Sachbesitzer', maar ook door de 'Rechtsbesitzer' worden ingeroepen. Voorwaarde is wel dat de 'Rechtsbesitzer' de zaak feitelijk onder zich heeft.

De rangorde van het bezit wordt bepaald in §373 ABGB. De koper met een geldige titel aan wie de zaak was overhandigd wint het bijvoorbeeld ook dan van de dief als de koper om wat voor reden dan ook geen eigenaar geworden is. Bij gelijk sterke titels heeft degene die bezit voorrang (*beatus possidens*).⁴⁹

In onze casus ging het om het verjaringsbezit van een 'Naturalbesitzer'(Y), die door de verkoper en eigenaar (Maria) in het bezit van een onroerende zaak was gesteld, maar wiens geldige titel niet in het register kon worden ingeschreven. De zaak was eerder per abuis op naam van een ander, de 'Buchbesitzer' (X) komen te staan. De vraag was wie een sterker bezit had: Y of X.

⁴⁶ Klang, II, t.a.p. noot 21, p. 234.

⁴⁷ Net als de relatieve bescherming van het Romeinse interdictenbezit *utrubi*.

⁴⁸ Koziol-Welser, t.a.p. noot 7, p. 36.

⁴⁹ Koziol-Welser, t.a.p. noot 7, p. 35.

8 Wie heeft een sterker bezit: de 'Buchbesitzer' of de 'Naturalbesitzer'?

De 'Naturalbesitzer' kan de *actio Publiciana* instellen tegen de 'Buchbesitzer', maar omgekeerd kan de 'Buchbesitzer' de actie niet instellen tegen de 'Naturalbesitzer'. Aanvankelijk kon de 'Buchbesitzer' de actie wel tegen de 'Naturalbesitzer' instellen, in welk geval de bewijslast van de 'rechtmäßigkeit' en 'redlichkeit' op de schouders van de 'Buchbesitzer' rustte. Maar sinds de wettelijke regel dat de 'Buchbesitzer' geen beroep op verjaring kan doen en de zogeheten 'Tabularersatzung' niet meer mogelijk is kan de 'Tabular- of Buchbesitzer' geen gebruik meer maken van de *actio Publiciana*.⁵⁰

Heeft de verkoper op grond van een geldige titel slechts het 'Naturalbesitz' verschaft, dan is de koper geen eigenaar geworden. Maar hij heeft volgens Apathy wel een sterker bezit dan de 'Naturalbesitzer' die geen titel kan tonen en wiens bezit 'unredlich' is.⁵¹ De 'Naturalbesitzer' met titel kan met de *actio Publiciana* ageren tegen de 'Naturalbesitzer' die zonder titel bezit.

Tegen de verkoper zou de actie van de 'Naturalbesitzer', de feitelijke bezitter die niet stond ingeschreven, volgens Koziol-Welser en Bydlinski geen succes hebben omdat de zaak niet op naam van de eiser was ingeschreven en de verkoper nog eigenaar was.⁵² Deze opvatting nu is opmerkelijk. Apathy en het OGH - in een andere zaak dan de onze -, oordeelden dan ook anders.⁵³ Degene die buiten het register om het feitelijke bezit heeft verkregen van de eigenaar, heeft volgens Apathy ook tegenover de eigenaar een sterker bezit. Verliest hij het bezit aan de eigenaar, dan kan hij tegen deze eigenaar met succes de *actio Publiciana* instellen. Hij kan zijn bezit tegen de eigenaar handhaven. De eigenaar op zijn beurt staat machteloos tegen de Publiciaans bezitter. Laatstgenoemde eist met de actie tegen de eigenaar niet de eigendom, maar het verloren bezit dat hij buiten het register om heeft gekregen. Levering van de eigendom kan hij alleen op grond van de koopovereenkomst afdwingen.

De opvatting dat de 'Naturalbesitzer' met een titel tegen de eigenaar wordt beschermd komt overeen met hetgeen we hierboven gezegd hebben over het Romeinse Publiciaans bezit a domino. Men sprak in dit verband ook wel over de 'praetorische eigendom' van de verjaringsbezitter. De praetor beschermde de Publiciaans bezitter a domino niet alleen tegenover derden, maar ook tegenover de eigenaar. In onze casus zou Y dan ook tegenover Maria worden beschermd. De eigenaar, Maria, had meegewerkt aan de feitelijke

⁵⁰ Klang, II, t.a.p. noot 21, p. 235; Ehrenzweig, t.a.p. noot 21, p. 300.

⁵¹ Apathy, t.a.p. noot 21, p. 53.

⁵² Koziol-Welser, t.a.p. noot 7, p. 36. Bydlinski, t.a.p. noot 21, p. 118. De eiser is evenmin succesvol als hij de zaak van een derde heeft verworven en de gedaagde bewijst dat hij zelf eigenaar is. Het blote bewijs dat de eiser geen eigenaar is beschermt de gedaagde echter niet.

⁵³ OGH in SZ 58/23, Apathy, t.a.p. noot 21, p. 53.

bezitsverschaffing en de titel was geldig. Dat Y geen eigenaar maar verjaringsbezitter was geworden lag aan het feit dat de percelen niet op zijn naam in het register konden worden ingeschreven. 'Slechts' aan de formaliteiten was niet voldaan. Maria was weliswaar nog eigenaar, maar Y was verjaringsbezitter a domino.

De *actio Publiciana* beschermt de 'Naturalbesitzer' niet in het geval waarin de nog te boek staande eigenaar/verkoper de zaak nogmaals aan iemand anders verkoopt en de tweede koper wél wordt ingeschreven.⁵⁴ De tweede koper wordt eigenaar. Het geval van de dubbele verkoop aan twee verschillende kopers door eenzelfde voorman, staat geregeld in §440 ABGB en is hierboven behandeld.

In Oostenrijk heeft men de bescherming van het bezit die de 'Naturalbesitzer' kan inroepen tegen de eigenaar omdat hij een sterker bezit heeft, niet alleen als een relatieve bescherming, maar ook wel als een absolute bescherming willen beschouwen. De bezitter die het bezit buiten het register om had verkregen werd verheven tot 'außerbücherlichen Eigentümer'.⁵⁵ Was aan de eiser, een 'Naturalbesitzer' een onroerende zaak verkocht en in bezit gegeven, maar was er niets ingeschreven in het register, dan had zijn actie tegen derden succes.⁵⁶ De rechtspraak is echter niet meegegaan in deze absolute bescherming. Zo heeft de rechtspraak de schuldeisers van de verkoper de uitwinning van de verkochte onroerende zaak niet ontzegd. De huidige leer heeft zich wederom aan de rechtspraak aangepast en is weer terugkomen van de absolute bescherming van de 'außerbücherliche Naturalbesitzer'. Het gevolg was, aldus Apathy, dat het 'Eintragungsprinzip' weer hoog in het juridische vaandel kwam te staan.⁵⁷ Op grond van dit principe ontzegden de lagere rechters in onze casus de feitelijke 'Naturalbezitter' tegenover de derde ('Buchbesitzer' X) de eis. Houdt men aan dit beginsel vast, dan behoort de zaak die in natura is geleverd door de verkoper(aan Y), maar niet is ingeschreven, volgens Apathy, alleen in de verhouding tussen koper(Y) en verkoper(Maria) toe aan de koper(Y). Ten opzichte van anderen is de verkoper(Maria) nog steeds gerechtigd. De koper(Y) wordt eerst ten opzichte van derden absoluut gerechtigd nadat de zaak op zijn naam is ingeschreven. Tot dat ogenblik is de verkoper(Maria) tegenover derden nog steeds gerechtigd tot de zaak. De rechten die de 'Naturalbesitzer', die buiten het register om het bezit heeft verkregen, aan §372 kan ontlenen worden door dit principe op deze wijze gerelativeerd, dat hij tegenover een derde niet met succes de actie kan instellen. Deze derden kunnen zich er op beroepen dat de verkoper nog eigenaar is. Hierdoor worden eveneens de schuldeisers van verkoper beschermd in die zin dat de schuldenaar (de verkoper) alleen maar door wijzigingen in het register een beschikkingshandeling met betrekking tot de onroerende zaak kan verrichten

⁵⁴ Koziol-Welser, t.a.p. noot 21, p. 100.

⁵⁵ Klang, II, t.a.p. noot 21, pp. 361 ev.

⁵⁶ Koziol-Welser, t.a.p. noot 21, p. 100; Apathy, t.a.p. noot 21, p. 53; Bydlinski, in: Klang IV/2, pp. 572 ev.; Klang, in: Klang, II, t.a.p. noot 21, p. 235.

⁵⁷ Apathy, t.a.p. noot 21, p. 54.

om te verhinderen dat de zaak tot voldoening van schulden wordt uitgewonnen. Derden ondervinden zodoende geen nadeel van een louter feitelijke inbezitstelling.

Met onze uitspraak over de wijngaarden en bospercelen lijkt het OGH echter nu weer enigszins teruggekomen te zijn op het 'Eintragungsprinzip'. Prevaleerde dit principe volgens de rechter in eerste instantie en de rechter in hoger beroep, en kon Y zijn bezit niet tegen derden handhaven, het OGH besliste anders. De 'Naturalbesitzer'(Y), de feitelijke bezitter die niet stond ingeschreven maar wiens feitelijke bezit steunde op een geldige titel, kon de actie wel met succes instellen tegen de 'Buchbesitzer'(X), die ten opzichte van Y als een derde moest worden beschouwd. Y kon met deze actie medewerking van X tot inschrijving verlangen. Na de inschrijving werd Y eigenaar. Hierbij moet natuurlijk wel in aanmerking worden genomen dat het OGH in tegenstelling tot de lagere rechters de titel op grond waarvan X bezat nietig achtte.

Herbert Hofmeister uitte kritiek op de uitspraak van het OGH in zijn noot in de *Österreichische Notariats-Zeitung*.⁵⁸

9 De afwijkende mening van Hofmeister

Hofmeister was het niet eens met de uitspraak van het OGH. Er zou volgens hem toch een reden moeten zijn geweest waarom Maria en Helmut, hoewel ze drie bospercelen niet wilden verkopen en kopen, toch meewerkten aan het wijzigen van de gegevens in het register, met alle gevolgen van dien. Het moest volgens Hofmeister in ieder geval Maria en Y tijdens de onderhandelingen in 1980 zijn opgevallen dat een aantal jaren daarvoor drie percelen van AA naar BB waren overgeschreven en inmiddels op naam van X waren komen te staan. De feiten zeggen hier niet veel over, behalve dat het partijen niet was opgevallen. En dat er aan de kant van X geen sprake was van arglist.

In tegenstelling tot het OGH concludeerde Hofmeister in navolging van de lagere rechter dat er tussen Helmut en X geen sprake was van *dissensus*, maar dat er sprake was van dwaling. Hierboven hebben we al gezegd dat het moeilijk is voor te stellen dat er hier sprake zou zijn van dwaling.

Het Hof was volgens Hofmeister uit praktische overwegingen uitgeweken naar 'dissens', in welk geval de overeenkomst niet tot stand was gekomen en er geen geldige titel aan het 'Buchbezit' van X ten grondslag lag en X geen beroep kon doen op bescherming van dit bezit. Een geldige titel zou voor X waarschijnlijk hebben betekend dat het Hof in navolging van de lagere rechters Y de actie had moeten ontzeggen op grond van de hierboven genoemde 'Vertrauensgrundsatz' en het genoemde 'Eintragungsprinzip'.

Waarom het Hof zo graag wilde 'geloven' dat aan het bezit van X nu juist geen geldige titel ten grondslag lag, was volgens Hofmeister dat het Hof waarschijnlijk van meet af aan uit praktische overweging de bedoeling had Y de *actio Publiciana* toe te staan tegen X. Er

⁵⁸ *Österreichische Notariats-Zeitung* 6/1987, pp. 151 ev.

moest immers 'slechts' een foutieve inschrijving worden rechtgezet.

Hiertegen kan misschien worden gezegd dat Hofmeister van meet af aan 'Buchbesitzer' X wilde beschermen en daarom aannam dat er sprake was van dwaling zodat de titel tussen Helmut en X vooralsnog geldig was. Hij stelde namelijk het 'Buchbesitz' hoe dan ook voorop, want zelfs in het geval er sprake was van 'dissensus' tussen Helmut en X en de titel dus nietig was, zou Y volgens hem de *actio Publiciana* tegen X moeten zijn ontzegd. En over de *actio Publiciana* zei Hofmeister nog het volgende. Hij was het eens met Apathy die tegen de mening van Klang en Ehrenzweig vaststelde dat de actie door de 'Naturalbesitzer' tegen de 'Buchbesitzer' nimmer kon worden toegewezen. De reden hiervan was volgens Hofmeister niet het 'Eintragungsprinzip' dat Apathy en de rechters in eerste aanleg ertoe bewogen de actie van de 'Naturalbesitzer' tegen de 'Buchbesitzer' af te wijzen. (lees: de actie van Y tegen X), maar de reden lag in 'der vom Buchbesitz als solchem ausgehenden Vermutungswirkung des Eintrags.' En daarom kon de feitelijke bezitter met een geldige titel (Y) niet alleen niet optreden tegen degene die terecht in het register was ingeschreven - bijvoorbeeld niet tegen de tweede koper in geval van dubbele verkoop⁵⁹ -, maar ook niet tegen degene die ten onrechte in het register was ingeschreven omdat de titel ontbrak (X). Want het genoemde vermoeden werkte ook ten gunste van laatstgenoemde 'Buchbesitzer', die geen titel had.

Hofmeister wees de *actio Publiciana* van Y tegen X dus af, hetgeen betekende dat 'Buchbesitzer' X werd beschermd. Hofmeister zei verder niets over het rechtsgevolg van deze bescherming, maar we kunnen er hoogstwaarschijnlijk vanuit gaan dat hij met de bescherming bedoelde dat X eigenaar was geworden vanaf het moment van inschrijving. Het voorgaande wilde echter niet zeggen dat Y volgens hem met lege handen tegenover X kwam te staan. Een praktische oplossing zou naar zijn mening liggen in de zogeheten 'Buchbesitzkondiktion', een actie uit ongerechtvaardigde verrijking, tegen X. Hofmeister vond de oplossing dus in het verbintenissenrecht.

10 Condictiënstelsel van het ABGB.

Een 'condictio' is een verrijkingsactie waarmee de benadeelde de verrijking, een zaak of

⁵⁹ Bedoeld is het geval van de hierboven besproken §440 ABGB. Had dezelfde voorman aan twee verschillende kopers dezelfde onroerende zaak verkocht en aan de eerste koper de feitelijke macht verschaft, maar was de tweede koper ingeschreven in het register, dan kon de eerste koper, de 'Naturalbesitzer', zijn bezit niet handhaven tegen de tweede koper omdat deze een sterker recht had: hij was eigenaar. Diegene werd eigenaar die als eerste om inschrijving had verzocht en dat was dus de tweede koper.

een geldbedrag, van de verrijkte kan opvorderen.⁶⁰ Kennen wij tegenwoordig naar Nederlands recht in artikel 6:212 BW één algemene actie uit ongerechtvaardigde verrijking, het ABGB is wat betreft de verrijkingsacties op Romeinsrechtelijke leest geschoeid. Het Romeinse recht kende geen algemene actie uit ongerechtvaardigde verrijking, maar verschillende condicties of 'acties'. Welke condictie moest worden ingesteld hing af van de verrijkingsgrond. Zo kon iemand die onverschuldigd had betaald, het onverschuldigd betaalde terugvorderen met de *condictio indebiti*. Had iemand op grond van een onzedelijke rechtshandeling iets betaald, dan kon hij dat bedrag terugvorderen met de *condictio ob turpem causam*, de condictie wegens onzedelijke oorzaak. In het ABGB vinden we de zojuist genoemde Romeinse condicties terug. Met de zogeheten 'Buchbesitzkondiktion', die overigens niet uit het Romeinse recht stamt omdat de Romeinen niet een registerstelsel kenden, kan de bezittende koper die bezit op grond van een geldige titel ageren tegen de 'Tabularbesitzer', die geen geldige titel kan tonen. Met deze condictie kan de bezittende koper eisen dat de onroerende zaak op zijn naam in het register wordt ingeschreven. Deze 'Buchbesitzkondiktion' is gebaseerd op de actie uit onverschuldigde betaling die in de paragrafen 1431-1437 ABGB te vinden is. Iemand die op grond van een vergissing, dus zonder rechtsgrond een zaak verworven heeft, waarop hij ten opzichte van de partij die heeft gepresteerd geen recht heeft, moet deze zaak teruggeven. Ook de inschrijving in het register kan naar Oostenrijks recht voorwerp van een terugvorderingsactie zijn waarmee een ongerechtvaardigde verrijking ongedaan wordt gemaakt.⁶¹ Reële executie is mogelijk. Het resultaat na de 'teruggave' zou in onze casus zijn dat de drie omstreden bospercelen door X op naam van Y werden gezet. Het is echter de vraag of deze actie wel succes zou hebben omdat X niet door toedoen van Y de bospercelen ten onrechte heeft gekregen. X en Y hadden niets met elkaar uit te staan. Y was ten opzichte van X niet de presterende partij. Niet Y, maar Helmut had, per ongeluk, zonder dat hij er weet van had de drie bospercelen op naam van X doen inschrijven in het register. De 'Buchbesitzkondiktion' op grond van onverschuldigde betaling door Y ten opzichte van X lijkt dus niet voor de hand te liggen.

Een andere mogelijkheid die Hofmeister noemde was §1041. Het ABGB biedt met §1041 de eigenaar de mogelijkheid een actie in te stellen tegen degene die zonder rechtsgrond de zaak van de eigenaar gebruikt. Het betreft wederom een verrijkingsactie. §1041 bepaalt het volgende:

wanneer een zaak zonder rechtsgrond tot het nut van een ander gebruikt is, dan kan de eigenaar de zaak in natura of, wanneer de zaak niet meer bestaat, de waarde van de zaak eisen, dat wil zeggen de

⁶⁰ Lokin, t.a.p. noot 8, V.62 ev.; Kaser-Wubbe, t.a.p. noot 15, pp. 232 ev.

⁶¹ W. Wilburg in: Klang, t.a.p. noot 21, VI, Wenen 1951, p. 473.

waarde die de zaak tot het ogenblik van het in gebruik nemen heeft gehad.⁶²

De ander die zonder rechtsgrond de zaak heeft gebruikt is ongerechtvaardigd verrijkt. Wilde Y met deze conditie succes hebben, dan moest hij aantonen dat X ten koste van Y was verrijkt omdat X ten onrechte in het register stond vermeld. Waarin bestond de verrijking van X? De verrijking bestond erin dat X als eigenaar te boek stond, terwijl hij geen recht op de eigendom had. X vestigde ten behoeve van zijn schuldeisers een hypotheek op de bospercelen. Deze schuldeisers mochten erop vertouwen dat hetgeen in het register stond ook juist was. Er zou dus kunnen worden gezegd dat X met het vestigen van een hypotheek zonder rechtsgrond gebruik gemaakt had van een zaak die niet hem, maar een ander toebehoorde. Was dat Y? Y was geen eigenaar, maar verjaringsbezitter. Hooguit zou kunnen worden gezegd dat hij eigenaar in wording was. Kon Y als verjaringsbezitter nu ook de actie op grond van §1041 instellen? Waarschijnlijk wel. Analoog aan de *actio Publiciana* zou men kunnen zeggen dat er gefingeerd werd dat de verjaringsbezitter Y reeds eigenaar was. Een andere vraag is wat Y met deze actie zou kunnen vorderen. De wetsbepaling zegt dat hij de zaak in natura kan eisen. Wat is in ons geval de zaak in natura? De zaak in natura waren de bospercelen. Deze percelen had Y echter altijd feitelijk in bezit en gebruik gehad. X had nooit een voet op die percelen gezet. Waar X wel gebruik van maakte was de situatie van het zijn van 'Buchbesitzer'. Hij stond ten onrechte als eigenaar te boek en daarvan heeft hij voordeel gehad. In ons geval is de 'zaak in natura' dus de inschrijving in het register. Het teruggeven van de zaak in natura zou er dus zorg voor dragen dat de drie bospercelen op naam van Y kwamen te staan. X zou zijn medewerking aan de overschrijving op naam van Y moeten verlenen. Vanaf het tijdstip van de overschrijving was Y eigenaar. Over het gevestigde recht van hypotheek komen we hieronder te spreken.

Ten slotte zou Y zijn contractspartij Maria kunnen hebben aanspreken. Y had Maria kunnen aanspreken op grond van wanprestatie. Maria had tegenover Y niet aan haar verplichtingen uit de koopovereenkomst voldaan. Naar Oostenrijks recht is de verkoper op grond van de koopovereenkomst verplicht de eigendom te leveren.⁶³

11 Het recht van hypotheek

X had, zoals gezegd, inmiddels een recht van hypotheek op de drie bospercelen gevestigd. Y nu eiste van X niet alleen dat X de drie percelen op naam van Y liet stellen, maar eiste eveneens dat X het recht van hypotheek doorhaalde.

⁶² Zie hierover: Koziol-Welser, t.a.p. noot 21, pp. 314 ev.

⁶³ *System dss österreichischen allgemeinen Privatrechts*, bewerkt door A. Ehrenzweig en A. Ehrenzweig, Das recht zur Schuldverhältnisse, 1e deel, Allgemeine Lehren, bewerkt door H. Mayrhofer, Wenen 1986, p. 431.

De eis tot doorhaling van de hypotheek werd door het OGH echter afgewezen. X kon nog geen nalatigheid ten opzichte van zijn schuldeisers worden verweten die hem al aansprakelijk zouden maken. De hypotheekhouder had te goeder trouw een recht van hypotheek verworven. Y moest op de koop toenemen dat de percelen ook dienden tot zekerheid voor een schuld, die weliswaar persoonlijk slechts voor rekening van X kwam, maar waarvoor nu gedeeltelijk ook een in eigendom aan Y toekomende zaak kon worden uitgewonnen. Als Y op grond van deze derdenhypotheek met succes zou worden aangesproken, beschikte hij over een vordering tot schadevergoeding tegen X. Maar zover was het nog niet.

De percelen kwamen op naam van Y, maar Y zat intussen wel met een recht van hypotheek op deze percelen. De vraag dringt zich op met welke actie Y met succes een vordering tot schadevergoeding tegen X zou kunnen instellen als de bospercelen zouden worden uitgewonnen. Volgens de redenering van Hofmeister zou Y hoogstwaarschijnlijk met de actie op grond van §1041 ABGB tegen X kunnen ageren. X had de percelen zonder rechtsgrond gebruikt.

Hierboven hebben we gezegd dat Y zijn contractspartij Maria zou kunnen aanspreken op grond van wanprestatie. Uit hoofde van de koopovereenkomst met Maria had Y immers recht op levering van de eigendom van de drie bospercelen. Aan de levering van de eigendom had Maria niet voldaan. In tegenstelling tot het Nederlandse recht is de verkoper naar Oostenrijks recht echter niet aansprakelijk voor het feit dat de verkochte zaak bezwaard blijkt te zijn met een zakelijk recht omdat een dergelijke last door raadpleging van het register voor iedereen kenbaar is.⁶⁴ De verkoper is wel aansprakelijk als hij het zakelijk recht arglistig heeft verzwegen of het niet bestaan van dit recht heeft gegarandeerd.

Samenvatting en conclusie naar Oostenrijks recht

Volgens de uitspraak van het OGH kon 'Naturalbesitzer' Y, die van de eigenaar Maria op grond van een geldige titel de feitelijke macht verschaft had gekregen, zijn bezit handhaven tegenover 'Buchbesitzer' X. Met de *actio Publiciana* kon Y van X eisen dat X meewerkte aan de correctie van het register. Na de correctie werd Y eigenaar. Tegenover de schuldeiser van X ten behoeve van wie X een recht van hypotheek gevestigd had, kon Y zijn bezit niet handhaven. De hypotheekhouder die te goeder trouw op het register was afgegaan werd dus beschermd. Als X zijn schuld niet betaalde kon de hypotheekhouder de bospercelen onder Y uitwinnen.

In onze casus was de oplossing van het OGH het meest praktisch. Er moest een fout

⁶⁴ *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t.a.p. noot 63, p. 431.

worden rechtgezet. Noch de tweede hand, Helmut, noch de derde-verkrijger X had de bedoeling de bospercelen te kopen en eigenaar van de bospercelen te worden. De werkelijke bedoeling was dat Y, die de feitelijke macht van de eigenaar Maria had gekregen, eigenaar van de bospercelen werd. Per abuis waren de percelen toch op naam van Helmut en later op naam van X in het register ingeschreven en konden ze niet op naam van Y worden ingeschreven. De fout werd rechtgezet met behulp van de *actio Publiciana*, die aan Y tegen X werd toegewezen.

Omdat X op grond van een nietige titel bezat, concludeerde het OGH dat X, de derdeverkrijger en 'Buchbesitzer', niet werd beschermd en wees het de eis van 'Naturalbesitzer' Y toe. In de opvatting van het OGH was Maria beschikkingsbevoegd geweest toen zij de bospercelen aan Y verkocht en het bezit verschafte. Het OGH week af van het oordeel van de lagere rechter. Volgens deze lagere rechter was er tussen Helmut en X sprake geweest van dwaling en dus van een venietigbare titel. Zolang de titel niet was vernietigd berustte het bezit van X dus op een geldige titel. De lagere rechter beschermde het 'Buchbesitz' van X. X kon volgens de lagere rechter door analoge toepassing van §440 ABGB het 'sterkere recht' voor zich opeisen, hetgeen in dezen betekende dat X op het moment van inschrijving eigenaar was geworden en de feitelijke macht van Y kon opeisen. X werd eerder ingeschreven dan Y. In deze opvatting was Maria dus geen eigenaar meer toen zij Y de percelen verkocht en Y het feitelijke bezit van de percelen verschafte. Y had van een beschikkingsonbevoegde gekocht en het bezit gekregen.

Naar de mening van Hofmeister en Apathy zou de 'Buchbesitzer' op grond van het 'Eintragungsprinzip' tegenover de 'Naturalbesitzer' altijd sterker moeten staan, ook al bezat de 'Buchbesitzer' op grond van een nietige titel. Volgens Hofmeister had de actie Y hoe dan ook moeten worden ontzegd. Y had zijn toevlucht moeten nemen tot het verbintenissenrecht. Y had X, aldus Hofmeister, op grond van een van de verrijkingsacties moeten aanspreken om correctie van het register te bewerkstelligen. De verbintenissenrechtelijke oplossing zou voor Y ook gevonden kunnen worden in een actie uit wanprestatie tegen Maria. Maria had Y op grond van de koopovereenkomst de eigendom moeten leveren.

De vraag is echter of de derde-verkrijger tevens 'Buchbesitzer' die zonder geldige titel bezit tegenover de 'Naturalbesitzer' die wel op grond van een geldige titel bezit, moet worden beschermd zoals Hofmeister en Apathy menen. In navolging van het OGH zou ik menen dat X in een dergelijke geval niet zou moeten worden beschermd, maar Y de *actio Publiciana* zou moeten worden toegestaan, de inschrijving van X in het register ten spijt. Feitelijk bezit met titel is sterker dan louter 'Buchbesitz' zonder titel. We lezen het in §372 ABGB:

degene die een geldige titel, en de werkelijke wijze, waarop hij aan het bezit is gekomen, heeft

aangetoond, wordt met betrekking tot iedere bezitter, die geen, of slechts een zwakkere titel van zijn bezit kan tonen, voor de werkelijke eigenaar gehouden.

Nu Y van de eigenaar op grond van een geldige titel het bezit verschaft had gekregen werd hij tegenover X die geen titel kon tonen voor de werkelijke eigenaar gehouden. Zijn positie was te vergelijken met de Romeinse Publiciaans bezitter *a domino*, die tegenover iedereen bescherming genoot. Ook vandaag de dag zou deze bezitter in Oostenrijk bescherming tegenover een ieder dienen te genieten.

Inleiding Nederlands recht

Hoe zou de Oostenrijkse casus naar Nederlands recht moeten worden opgelost? We gaan ervan uit dat de titel tussen Maria en Helmut nietig is en dat de titel tussen Maria en Y geldig is. Wat betreft de titel tussen Helmut en X zullen we zowel het geval bespreken waarin sprake is van *dissensus*, als het geval waarin de overeenkomst onder invloed van dwaling tot stand is gekomen en er dus sprake is van een vernietigbare titel.

1 Eigendomsoverdracht en levering van onroerende zaken.⁶⁵

Naar Nederlands recht moet voor de eigendomsoverdracht van onroerende zaken aan de volgende drie vereisten zijn voldaan: de vervreemder moet beschikkingsbevoegdheid zijn, de titel dient geldig te zijn en de zaak moet geleverd worden. De wijze van levering van onroerende zaken is geregeld in artikel 3:89 BW. Artikel 3:89 BW eist een tussen partijen opgemaakte notariële akte die in de openbare registers moet worden ingeschreven. Met deze inschrijving is de levering voltooid. Het tijdstip van de inschrijving is tevens het tijdstip waarop de eigendom overgaat.

De leveringsakte moet nauwkeurig de titel van levering vermelden. Tevens moet in de akte het te leveren goed voldoende zijn bepaald. De akte moet de aard van de onroerende zaak, de plaatselijke aanduiding en kadastrale aanduiding bevatten.

Voor het antwoord op de vraag *wat is geleverd*, is de in de akte neergelegde feitelijke omschrijving van doorslaggevende betekenis. Het gaat om 'de partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de in de akte uit te leggen omschrijving van de over te dragen

⁶⁵ Reehuis, t.a.p. noot 28, pp. 163 ev.; Reehuis, *Levering*, Monografieën Nieuw BW, B 6b, Deventer 2004.

onroerende zaak.⁶⁶ De omschrijving in de akte is beslissend voor de vraag welk stuk grond is geleverd en wat de omvang van dit stuk grond is. Wat partijen buiten de akte voor ogen stond, is voor deze vraag dus niet van belang. Alleen de partijbedoeling die in de akte is geuit speelt een rol voor de vraag wat door middel van de akte is geleverd. Tegenbewijs is niet mogelijk.

Voor de vraag naar *de inhoud van de titel*, die vereist is voor overdracht, bijvoorbeeld een koopovereenkomst, kan de in de akte opgenomen beschrijving van doorslaggevende betekenis zijn, maar dat is zij niet automatisch. De inhoud van de titel, te weten dat wat partijen met de koopovereenkomst bedoelden te kopen en te verkopen zal meestal wel overeenkomen met de in de leveringsakte opgenomen weerslag van de titel. Maar voor de uitleg van de titel, de overeenkomst, kunnen behalve de inhoud van de leveringsakte andere omstandigheden een rol spelen om te bepalen wat partijen over en weer aan hun verklaringen en gedragingen mochten toekennen en wat zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.⁶⁷ Dit is het zogeheten Haviltex-criterium. Er kan bijvoorbeeld een verschil zijn tussen de omschrijving in de leveringsakte en een eerder opgemaakte (voorlopige) koopakte. De omschrijving in de akte neemt men echter als uitgangspunt. De leveringsakte bevat de meest recente verklaringen van partijen. Maar tegenbewijs is in dezen wél mogelijk, waarbij de (voorlopige) koopakte een begin van bewijs kan zijn.

Reehuis/Heisterkamp geven het volgende duidelijke voorbeeld.⁶⁸ A is eigenaar van twee weilanden die aan de Veldweg te Eelde naast elkaar liggen. A verkoopt het westelijke deel aan B. In de leveringsakte verklaren A en B een weiland aan de Veldweg te Eelde te hebben verkocht en te leveren respectievelijk te hebben gekocht en in eigendom te aanvaarden. Het weiland wordt echter met het verkeerde kadastrale nummer aangeduid, namelijk met het nummer van het oostelijke deel. Voor de vraag welk perceel is geleverd, is de inhoud van de akte doorslaggevend. Geleverd is dus het oostelijke deel. Tegenbewijs dat partijen beoogden het westelijke deel te leveren is niet mogelijk. Daarentegen kunnen partijen wel tegenbewijs leveren dat de koop niet het oostelijk deel betrof, maar het westelijke. Slagen zij in dat bewijs, dan staat vast dat de geldige titel aan de levering van het oostelijke weiland ontbrak. De eigendom van dit weiland is niet overgegaan, terwijl het dus wel geleverd is. Ik neem aan dat Reehuis/Heisterkamp bedoelen dat de leveringsakte op naam van B is ingeschreven in het register. A moet alsnog het juiste (westelijke) weiland aan B leveren.

Als B, die in het register als eigenaar van het oostelijke weiland staat vermeld, maar die geen eigenaar is, overging tot vervreemding van dit weiland aan een derde (C), dan zou C, mits te goeder trouw, tegen de beschikkingsonbevoegdheid van B beschermd kunnen worden door artikel 3:26 BW.⁶⁹ Dit artikel beschermt tegen onjuist ingeschreven feiten en

⁶⁶ HR 8-12-2000, NJ 2000, p. 350.

⁶⁷ Haviltex-criterium. HR 13-3-1981, NJ 1981, p. 635.

⁶⁸ Reehuis, t.a.p. noot 28, p. 170.

⁶⁹ Van Straaten, t.a.p. noot 76, p. 130. Het moet dan wel gaan om een verkeerd geleverd perceel dat in eigendom aan A toebehoorde. In ons voorbeeld is dat het geval; het oostelijke deel was eigendom van A;

zal ook een rol spelen in onze casus bij de mogelijke bescherming van de derdeverkrijger X.

De tekst in de leveringsakte speelt, zoals gezegd, vaak een allesbepalende rol. In het arrest Eelder Woningbouw/Van Kammen (NJ 2001, 350) heeft de Hoge Raad overwogen dat voor de levering en de uitleg daarvan objectieve maatstaven gelden, terwijl toch reeds geruime tijd door de Hoge Raad bij de uitleg van de contractuele partijbedoeling de Haviltex-formule wordt gehanteerd, die toch zeker enkele subjectieve elementen in zich heeft.⁷⁰

De reden dat de tekst in de leveringsakte evenwel vaak een allesbepalende rol speelt is de derdenwerking van hetgeen in de registers is ingeschreven. De transportakte is de basis voor de inschrijving. Derden moeten op de inschrijving kunnen vertrouwen en daarbij past geen uitleg naar subjectieve maatstaven, gebaseerd op een uit de leveringsakte niet af te leiden partijbedoeling.⁷¹ De derdenbescherming staat derhalve voorop.⁷² Zijn er geen derden in het spel, dan zou het volgens het Handboek Registergoederenrecht wenselijk zijn bij het beantwoorden van de vraag wat is overgedragen niet alleen de tekst van de leveringsakte in ogenschouw te nemen, maar ook te kijken naar de onderliggende koopovereenkomst en deze volgens het Haviltex-criterium uit te leggen.⁷³

Het komt nog al eens voor dat er meer of minder geleverd wordt dan wat is afgesproken. Is het geleverde perceel kleiner dan de oppervlakte in de koopovereenkomst, dan is het meerdere niet in eigendom op de koper overgegaan. Het meerdere is immers niet geleverd en levering is een constitutief vereiste voor de eigendomsoverdracht. De koper moet alsnog volgens de afspraak het meerdere leveren.⁷⁴

Is het geleverde perceel groter volgens de leveringsakte dan de oppervlakte in de koopovereenkomst, dan is het meerdere niet in eigendom op de koper overgegaan, omdat voor de overdracht van dat meerdere de titel ontbrak.⁷⁵

zou A een verkeerd perceel hebben geleverd dat aan een ander toebehoorde, dan zal C niet worden beschermd. Vgl. Rank/Beerenschot, t.a.p. noot 76, p. 91.

⁷⁰ Noot W. M. Kleijn (WMK) onder arrest HR 8-12-2000, NJ 2000, p. 350.

⁷¹ Noot WMK onder arrest HR 8-12-2000, NJ 2000, p. 350.

⁷² Zie HR 22-4-1994, NJ 1995, p. 560. *Handboek registergoederenrecht*, o.t.v. W.D. Kolkman en L.C.A. Verstappen, Zutphen 2010, p. 262.

⁷³ *Handboek registergoederenrecht*, t.a.p. noot 72, p. 263.

⁷⁴ HR 8-12-2000, NJ 2000, p. 350.

⁷⁵ HR 22-4-1994, NJ 1995, p. 560.

Laatstgenoemde situatie lijkt op de Oostenrijkse casus. Ook daar stond in de akte meer dan partijen in werkelijkheid voor ogen hadden. Weliswaar ging het niet om één geleverd perceel waarvan de oppervlakte groter bleek, maar waren er in plaats van alleen de wijngaarden (met nummer AA), drie bospercelen extra meegeleverd. Een gedeelte van een ander kadastraal perceel (met nummer BB) werd derhalve meegeleverd en daarbij werden de bospercelen ook nog eens uitgeschreven uit nummer BB en bijgeschreven bij nummer AA. De koopovereenkomst tussen Maria en Helmut hield alleen de koop van wijngaarden in. Desondanks kwamen de bospercelen per abuis zowel in de schriftelijke koopovereenkomst als in de akte van levering terecht. Behalve de wijngaarden werden dus drie bospercelen conform de schriftelijke koopovereenkomst op naam van de koper in het register ingeschreven. Dat het niet de bedoeling van beide partijen was ook de bospercelen te kopen en te verkopen bleek duidelijk uit de omstandigheden. Zo bleef Maria de bospercelen zelf gebruiken en liet Helmut zich er niet zien. Hetzelfde kan worden gezegd over de opvolger van Helmut, partij X. Ook X had niet de bedoeling de drie bospercelen te kopen en ook X liet zich er niet zien, maar ze werden wel op zijn naam in het register ingeschreven.

Deze casus is een goed voorbeeld van een geval waarin er niet alleen gelet moet worden op de tekst van de leveringsakte maar waarin ook het Haviltex-criterium in acht zou moeten worden genomen. Dat wil zeggen dat er voor de uitleg van de titel, de overeenkomst, behalve naar de inhoud van de leveringsakte moet worden gekeken naar andere omstandigheden die een rol kunnen spelen om te bepalen wat partijen over en weer aan hun verklaringen en gedragingen mochten toekennen en wat zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Omdat de titel met betrekking de bospercelen ontbrak, gingen deze drie bospercelen niet van Maria in eigendom over op Helmut. Ondanks de ongeldige titel werden de bospercelen toch op naam van Helmut in het register ingeschreven en dus geleverd. Helmut stond als eigenaar van nummer AA (wijngaarden en drie bospercelen) te boek. Dat er een ongeldige titel aan de levering met betrekking tot de bospercelen tussen Maria en Helmut ten grondslag lag bleek nergens uit het register.

Helmut, die beschikkingsonbevoegd was, verkocht en leverde tegelijk met de wijngaarden de drie bospercelen aan X op wiens naam ze onder nummer AA vervolgens in het register stonden. Ook aan deze levering lag met betrekking tot de bospercelen een ongeldige titel ten grondslag. Helmut en X hadden immers niet de bedoeling de bospercelen te verkopen en te kopen. X verkreeg niet alleen van een beschikkingsonbevoegde, maar verkreeg ook op grond van een ongeldige titel.

Maria, die veronderstelde nog steeds eigenaar te zijn, verkocht de drie bospercelen tegelijk met de akkers, weilanden en andere bospercelen (met nummer BB) aan Y. Y

kreeg de feitelijke macht van deze akkers, weilanden en bospercelen, dus ook van de drie bospercelen. De drie bospercelen konden echter niet op zijn (Y's) naam worden ingeschreven omdat ze inmiddels onder nummer AA op naam van X in het register stonden.

Kan Y van X eisen dat X meewerkt aan de correctie van het register, zodat de bospercelen op zijn (Y's) naam komen te staan? Of wordt de derdeverkrijger X naar Nederlands recht beschermd?

2 Negatief registerstelsel. Bescherming van derden te goeder trouw.⁷⁶

In Nederland geldt een negatief registerstelsel. In een dergelijk stelsel staan niet de belangen van derden voorop. Het negatieve registerstelsel wil zeggen

dat wat uit de registers blijkt omtrent de rechtstoestand van een registergoed niet met de werkelijkheid hoeft overeen te stemmen en ook niet tegenover derden, die onkundig zijn van de werkelijke rechtstoestand, als werkelijkheid geldt.⁷⁷

De derde lijkt in dit stelsel minder te worden beschermd dan in het positieve registerstelsel, doch de wet kent een aantal beschermingsbepalingen zodat de derde een vergaande bescherming geniet. De derdenbescherming is met name van belang in het geval de derdeverkrijger een rechtshandeling heeft verricht met iemand die volgens het register beschikkingsbevoegd is, maar die dat in werkelijkheid niet is. Derden te goeder trouw kunnen een beroep doen op de derdenbeschermende bepalingen van artikel 3:36 BW, artikel 3:88 BW en de artikelen 3:24-26 BW. Artikel 3:36 BW beschermt tegen opgewekte schijn van beschikkingsbevoegdheid. De schijn van beschikkingsbevoegdheid zal meestal zijn gewekt door de inschrijving in het register. De derde moet aantonen dat hij daadwerkelijk daar op af is gegaan en dat hij in de gegeven omstandigheden dat redelijkerwijze mocht doen. Dit bewijs zal zelden geleverd kunnen worden.⁷⁸ In tegenstelling tot 3:36 kennen de artikelen 3:88 BW en 3:24-26 BW de derde rechtstreeks

⁷⁶ Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, pp. 35 ev.; Snijders/Rank-Berenschot, t.a.p. noot 27, pp. 79 ev.; A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraak*, Deventer 2005, pp. 50 ev.; Asser-Mijnssen, F.H.J.Mijnssen, P de Haan, C.C. van Dam, H.D. Ploeger, *Mr C Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Goederenrecht, algemeen goederenrecht, Deventer 2006, pp. 327 ev.; A.A. van Velten, Bescherming bij overdracht van onroerende zaken, Een beknopte civielrechtelijke inventarisatie, in: *Praeadviezen 2003*, t.a.p. noot 5, 11-m 48; J.C van Straaten, *Kadaster, openbare registers en derdenbescherming*, Deventer 1992, p. 177; G.T. de Jong, *Registers, risico en goede trouw*, Arnhem 1988, pp. 89 ev.; B.W.M. Nieskens-Ipshording/A.E.M. van der Putt-Lauwers, *Derdenbescherming*, Monografieën Nieuw BW, A 22, Deventer 2002.

⁷⁷ Hartkamp, t.a.p. noot 76, p. 50.

⁷⁸ Reehuis/Heisterkamp, p. 52.

een niet aan de omstandigheden van het geval gebonden bescherming toe.⁷⁹ Deze artikelen bieden de derde dan ook de meeste bescherming. Artikel 3:88 BW, dat eveneens bescherming biedt in geval van beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, stelt op zijn beurt weer een zwaardere eis aan de goede trouw dan de artikelen 3:24-26 BW. De derde wordt niet beschermd als hij de onbevoegdheid van de vervreemder kende of had behoren te kennen. (artikel 3:11 BW) Er wordt bij artikel 3:88 BW aan de derde een zwaardere eis aan de onderzoeksplicht gesteld. Door deze zwaardere eis doet de derde er goed aan, indien mogelijk, zich primair te beroepen op één van de artikelen uit 3:24-26 BW en subsidiair een beroep te doen op artikel 3:88 BW.

De wet kent met de artikelen 3:24-26 BW drie specifieke bepalingen die de derdeverkrijger kan invoeren. Krachtens de artikelen 3:24 en 3:25 BW worden derdeverkrijgers te goeder trouw beschermd tegen de onvolledigheid van het register en krachtens artikel 3:26 BW tegen de inschrijving van onjuiste feiten. Deze drie artikelen zijn te vinden in Boek 3, Titel 1, Afdeling 2 van het BW; 3.1.2. heeft als titel 'Inschrijvingen betreffende registergoederen'.

Artikel 3:24 beschermt tegen de onvolledigheid van het register.⁸⁰ Tegenover de derde verkrijger onder bijzondere titel kan volgens artikel 3:24 BW in beginsel geen beroep worden gedaan op een feit dat wel had kunnen worden ingeschreven, maar waarvan de inschrijving achterwege is gebleven.⁸¹ Een voorbeeld.⁸² A levert op 1 maart een registergoed aan B onder een ontbindende voorwaarde. Deze ontbindende voorwaarde is niet in de transportakte opgenomen en niet in de registers ingeschreven, terwijl dat wel had gekund. B verkoopt en levert dit registergoed op 1 mei aan C. Op 1 juli treedt de ontbindende voorwaarde in werking. A stelt dat hij door het in werking treden van de voorwaarde de eigendom heeft herkregen. C kende de voorwaarde niet. De derde(C) wordt ex artikel 3:24 BW beschermd, mits hij te goeder trouw is, dat wil in dit geval zeggen dat hij het feit niet kende. Hij kent het feit bijvoorbeeld als hem het feit is medegedeeld. Hij is niet verplicht buiten de registers om in andere bronnen onderzoek te doen. Zelfs wordt niet de eis gesteld dat hij de registers daadwerkelijk heeft geraadpleegd. De bescherming wordt de derde dus ook geboden als hij het feit had kunnen kennen. Voor een beroep op artikel 3:24 BW wordt niet de eis gesteld dat de derde moet hebben verkregen op grond van een geldige titel.⁸³

⁷⁹ Nieskens-Ipshording/Van der Putt-Lauwers, t.a.p. noot 76, p. 40.

⁸⁰ Artikel 3:24 BW: Indien op het tijdstip waarop een rechtshandeling tot verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzondere titel in de registers wordt ingeschreven, een eveneens voor inschrijving in de registers vatbaar feit niet met betrekking tot dat registergoed ingeschreven was, kan dit feit aan de verkrijger niet worden tegengeworpen, tenzij hij het kende.

⁸¹ Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, p. 47

⁸² Overgenomen uit Nieskens-Ipshording/Van der Putt-Lauwers, t.a.p. noot 76, p. 39.

⁸³ *Burgerlijk Wetboek, Tekst en Commentaar*, Deventer 2009, artikel 3:24 BW.

Artikel 26 biedt bescherming 'indien de onjuistheid van het gepubliceerde feit wordt ingeroepen door iemand die redelijkerwijze voor overeenstemming van de registers met de werkelijkheid had kunnen zorg dragen.'⁸⁴ De derde mag niet de dupe worden van in het register vermelde onjuiste feiten die de belanghebbende had kunnen rectificeren.⁸⁵ Dit artikel heeft betrekking op feiten 'die zich ten tijde van hun inschrijving in het geheel niet hebben voorgedaan of die zich niet hebben voorgedaan zoals in de registers staat vermeld.'⁸⁶ De inschrijving van een onjuist feit doet de inschrijving waardeloos zijn. Een voorbeeld is de inschrijving van een nietige rechtshandeling. Hierboven zijn we het geval tegengekomen waarin er in strijd met de bedoeling van partijen een ander deel van een weiland geleverd was. Een ander voorbeeld vinden we bij Nieskens-Ipshording/Van der Putt-Lauwers.⁸⁷ A draagt zijn woonhuis over aan B. Het betreft een schijnhandeling. De transportakte vermeldt koop als titel. B verkoopt en levert aan C. A wenst te revindiceren. C had geen reden te veronderstellen dat de koop niet reëel was. C kan zich tegenover A beroepen op artikel 3:26 BW. We zullen straks zien dat dit artikel ook een rol zou kunnen spelen in de Oostenrijkse casus. Ook daar was sprake van een nietige titel.

Kan artikel 3:26 BW niet worden ingeroepen, dan zal artikel 3:24 BW soms nog uitkomst kunnen bieden. De waardeloosheid van de inschrijving als gevolg van een schijnhandeling of een nietige rechtshandeling is conform artikel 3:17 BW een voor inschrijving vatbaar feit. Als dit feit niet was ingeschreven terwijl dat wel had gekund, dan wordt de derde beschermd tegen dit niet ingeschreven feit. De voorwaarde voor bescherming is echter wel dat er een verklaring is afgegeven door de direct betrokkenen dat de inschrijving waardeloos is - dit zijn in ons voorbeeld van de schijnhandeling A en B - of dat de rechter de waardeloosheid in een vonnis heeft bepaald indien een van de betrokkenen weigerde een verklaring af te geven.⁸⁸ De bescherming van artikel 3:24 BW lijkt op die van artikel 3:26 BW met dit verschil dat de bescherming van artikel 3:26 BW alleen kan worden ingeroepen tegenover degene die redelijkerwijze voor overeenstemming van de registers met de werkelijkheid had kunnen zorg dragen. Het gaat bij artikel 3:26 BW om een relatieve bescherming. 'Van een redelijkerwijze zorg kunnen dragen' is slechts sprake als de werkelijk rechthebbende zelf de onjuiste inschrijving teweeg heeft gebracht terwijl hij de onjuistheid kende of behoorde te kennen. Of als de rechthebbende de inschrijving weliswaar niet zelf heeft teweeggebracht, maar hij, nadat hij op de hoogte kwam van de

⁸⁴ Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, p. 188. Artikel 3:26 BW luidt als volgt:

Indien op het tijdstip waarop een rechtshandeling ter verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzondere titel wordt ingeschreven, met betrekking tot dat registergoed een onjuist feit in de registers ingeschreven was, kan de onjuistheid van dit feit door hem die redelijkerwijze voor overeenstemming van de registers met de werkelijkheid had kunnen zorgdragen, aan de verkrijger niet worden tegengeworpen, tenzij deze de onjuistheid kende of door raadpleging van de registers de mogelijkheid daarvan had kunnen kennen.

⁸⁵ Van Straaten, t.a.p. noot 76, p. 202.

⁸⁶ Van Straaten, t.a.p. noot 76, p. 203.

⁸⁷ Nieskens-Ipshording/Van der Putt-Lauwers, t.a.p. noot 76, p. 46.

⁸⁸ Van Straaten, t.a.p. noot 76, pp. 187 en 109.

onjuiste inschrijving, heeft nagelaten de inschrijving te doen doorhalen of rectificeren.⁸⁹ In ons voorbeeld van de schijnhandeling wordt C als hij een beroep doet op artikel 3:26 BW alleen tegenover A beschermd. A had er voor kunnen zorgen dat er in het register kwam te staan dat de titel tussen A en B nietig was.

Bij artikel 3:25 BW gaat het in tegenstelling tot artikel 3:26 BW om bescherming van feiten die door de ambtenaar met kracht van authenticiteit in een authentieke akte zijn vastgesteld, maar die onjuist zijn.⁹⁰ De eis die in de artikelen 3:25 en 3:26 BW aan de goede trouw worden gesteld is dat de verkrijger wordt beschermd tenzij hij de onjuistheid kende of door raadpleging had kunnen kennen. Ook hier is het geen vereiste dat de verkrijger de registers daadwerkelijk heeft ingezien.⁹¹

Er kan sprake zijn van samenloop tussen de specifieke bepalingen van 3.1.2 en de artikelen 3:88 en 3:36 BW. Omdat, zoals gezegd, aan laatstgenoemde twee bepalingen zwaardere eisen worden gesteld zal de derde - indien mogelijk - liever een beroep doen op de bepalingen van de afdeling 3.1.2.⁹²

Wat zijn de rechtsgevolgen van een succesvol beroep op de genoemde beschermingsbepalingen? Een succesvol beroep op artikel 3:88 BW betekent voor de derde-verkrijger dat hij eigenaar is. Artikel 3:88 BW bepaalt dat 'ondanks de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder de overdracht, mits aan de door het artikel gestelde voorwaarden is voldaan, toch geldig is'. Het artikel staat dan ook in afdeling 3.4. over 'Verkrijging en verlies van goederen'.

Wat nu precies het rechtsgevolg is als de derde met succes een beroep doet op de artikelen 3:24-26 BW uit titel 3.1.2 is op het eerste gezicht onduidelijk. Noch de wettekst zelf, noch de parlementaire geschiedenis geeft een antwoord op de vraag wat het nu precies voor de derde-verkrijger te goeder trouw oplevert als zijn beroep op een van de genoemde artikelen slaagt.⁹³ Er wordt niet meer gezegd dan dat de derde de onjuistheid of

⁸⁹ *Burgerlijk Wetboek, Tekst en Commentaar*, t.a.p. noot 83, artikel 3:26 BW.

⁹⁰ Artikel 25 biedt bescherming tegen onjuistheden van door de notaris met kracht van authenticiteit vastgestelde feiten. Reehuis/Heisterkamp geven het volgende voorbeeld. A verkoopt een stuk grond aan B. De notaris verklaart in de akte van levering dat beide partijen hem bekend zijn. De akte wordt ingeschreven. B verkoopt en levert vervolgens aan C. Achteraf blijkt niet A te hebben gecompareerd, maar X die zich door middel van een vals paspoort zich voor hem uitgaf. Toch staat A in de met van kracht van authenticiteit vastgestelde akte als vervreemder te boek. A kan de fout niet tegenwerpen aan C. Het belang van A wordt achtergesteld bij dat van C. Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, pp. 171 en 187.

⁹¹ Nieskens-Ipshording/Van der Putt-Lauwers, t.a.p. noot 76, p. 39.

⁹² Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, p. 53.

⁹³ *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, door W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, Deventer 1990, pp. 1094 ev.

onvolledigheid 'niet kan worden tegengeworpen'. Sommige schrijvers concluderen dat degene die zich met succes op deze beschermingsartikelen beroept de eigendom verkrijgt. Van Straaten lijkt tenminste op eigendomsverkrijging te doelen wanneer hij zegt dat 'bescherming van derden impliceert dat de rechten van de werkelijk rechthebbende daarvoor worden opgeofferd'.⁹⁴ Volgens Nieskens-Ipshording/Van der Putt-Lauwers is het resultaat van de bescherming dat de derde in alle gevallen krijgt wat hij meende te krijgen.⁹⁵ Veelal zal dit de eigendom zijn. Genoemde schrijvers noemen echter nog wel een subtiel onderscheid tussen het rechtsgevolg van artikel 3:88 BW en de artikelen 3:24-26 BW. Omdat in artikel 3:88 BW letterlijk wordt gezegd dat de overdracht 'geldig' is, biedt dit artikel volgens hen volledige bescherming. In geval van bescherming op grond van de artikelen 3:24-26 BW tegen de onvolledigheid dan wel onjuistheid luidt de formulering dat deze de beschermde 'niet kan worden tegengeworpen'.

'In wezen betreft het hier', aldus Nieskens-Ipshording/Van der Putt-Lauwers, 'steeds gebrekkige verklaringen die de gevolgen van een rechtshandeling geheel of gedeeltelijk zouden vitiëren'. 'Uit de formulering van de wetbepaling volgt, dat deze vitiëring wordt verijdeld, met andere woorden: de beschermde verkrijgt volledig wat hij beoogde te verkrijgen'.⁹⁶

Mijns inziens is er geen verschil. Immers ook in geval van de 'volledige bescherming' van artikel 3:88 BW verkrijgt de derde volledig wat hij beoogde te verkrijgen. Even later constateren genoemde schrijvers zelf ook dat in het BW de bescherming steeds volledig gegeven wordt. In het hierboven gegeven voorbeeld van de schijnhandeling concluderen ze dat 'C zich ter bescherming kan beroepen op de artikelen 3:26, 3:88 en mogelijk 3:36.(...)' 'In alle drie de gevallen wordt C op dezelfde manier beschermd, hij wordt *eigenaar*. (...)'⁹⁷ Nieskens-Ipshording/Van der Putt-Lauwers concluderen zowel in geval van een succesvol beroep op 3:88 BW als op 3:26 BW expliciet tot eigendomsverkrijging door de derde C. Ook van Velten is van mening dat genoemde bepalingen tot eigendomsverkrijging leiden:

Uitgangspunt is in vrijwel alle beschermingsbepalingen het te beschermen vertrouwen van de verkrijgende partij, waarbij meestal de schijn van een rechtsgeldige overdracht is gewekt door degene die zijn rechten verliest. Anders gezegd: het vertrouwen van een (pseudo-) verkrijger wordt door de wet beschermd wanneer het verkeersbelang dit vereist. Ook geldt als beginsel dat de

⁹⁴ Van Straaten, t.a.p. noot 76, p. 177.

⁹⁵ Nieskens-Ipshording/Van der Putt-Lauwers, t.a.p. noot 76, p. 10.

⁹⁶ Nieskens-Ipshording/Van der Putt-Lauwers, t.a.p. noot 76, p. 11.

⁹⁷ Nieskens-Ipshording/Van der Putt-Lauwers, t.a.p. noot 76, p. 46. Cursivering FAJV. 'Tekst en Commentaar' zegt bij de bespreking van de artikelen 3:24-26 BW niet dat de derde eigenaar wordt, maar dat de eigendomsverkrijging op grond van de bescherming van deze artikelen kan worden afgeleid uit de behandeling van artikel 5:2, de revindicatie. Daar wordt namelijk opgemerkt dat de revindicatie niet slaagt als de eigenaar de eigendom verloren heeft, bijvoorbeeld als de gedaagde een beroep kon doen op de artikelen 3:88 BW of 3:24-26 BW. Tekst en Commentaar, t.a.p. noot 83.

verkrijger van rechtswege wordt beschermd in zijn positief contractsbelang, d.w.z. hij houdt in principe wat hij meende rechtsgeldig gekregen te hebben. Anders gezegd: de verkrijger wordt door de wet automatisch van pseudo-eigenaar bevorderd tot eigenaar.⁹⁸

Van Velten concludeert dus tot een eigendomverkrijging van rechtswege krachtens de wet. De termen pseudo-verkrijger en pseudo-eigenaar roepen vraagtekens op. Je bent verkrijger dan wel eigenaar of je bent het niet. Hij bedoelt vermoedelijk dat de derde, hoewel deze derde volgens de regels van het spel geen eigenaar is geworden, toch, doordat hij erop mocht vertrouwen dat hij eigenaar zou worden, bij zijn verkrijging eigenaar is geworden. Ipshording/Van der Putt-Lauwers vinden het eveneens zonder meer aantrekkelijk aan te nemen dat de derdeverkrijger direct bij zijn verkrijging beschermd wordt.⁹⁹ Een argument ontleen Ipshording/Van der Putt-Lauwers in dezen aan het verwante artikel 3:88 BW. De tekst van dit artikel 'Ondanks onbevoegdheid van de vervreemder is een overdracht ... geldig.' wijst volgens genoemde schrijvers in die richting. Ook het rechtsverkeer zou ermee gebaat zijn. Asser-Mijnssen-De Haan en Hartkamp zien de bescherming in alle gevallen als een bevoegdheid waar de derde een beroep op moet doen. Volgens hen werkt de bescherming niet van rechtswege.¹⁰⁰

Ik vraag mij af of de wetgever met de bescherming krachtens de artikelen 3:24-26 BW eigendomsovergang heeft bedoeld. Ik zou menen dat de wetgever in geval van artikel 3:88 BW inderdaad een eigendomsverkrijging van rechtswege op het moment van inschrijving op het oog heeft gehad. Dit rechtsgevolg valt duidelijk af te leiden uit de bewoordingen van het artikel. Er wordt een mislukte levering geheeld die was mislukt vanwege de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. Aan de overige vereisten - levering en een geldige titel - moet zijn voldaan wil een derde op grond van artikel 3:88 BW eigenaar worden. De wetgever heeft de bescherming in de artikelen 3:24-26 BW in andere woorden gevat. Gezegd wordt dat onjuiste feiten of onvolledigheid de beschermde 'niet kan worden tegengeworpen'. De wetgever zegt hier niet met zo veel woorden dat de overdracht geldig is en de derde dus eigenaar is. Nergens blijkt dat degene die een beroep doet op de artikelen 3:24-26 BW aan de vereisten van een geldige titel en levering moet voldoen.¹⁰¹

In tegenstelling tot artikel 3:88 BW lijkt er geen levering te worden geheeld. Dat de wetgever andere bewoordingen heeft gebruikt moet toch een reden hebben. Daarbij staat artikel 3:88 BW in de titel 'Over verkrijging en verlies van goederen' en zijn de artikelen 3:24-26 BW te vinden in de titel die handelt over de 'Inschrijvingen betreffende registergoederen'.

Men zou zich, zoals gezegd, kunnen afvragen of het rechtsgevolg van de bescherming

⁹⁸ Van Velten, Praeadvies, t.a.p. noot 5, pp. 30-31.

⁹⁹ Nieskens-Ipshording/Van der Putt-Lauwers, t.a.p. noot 76, p. 14.

¹⁰⁰ Asser-Mijnssen-De Haan, t.a.p. noot 76, 332; Hartkamp, t.a.p. noot 76, p. 46.

¹⁰¹ De wettekst en de Parlementaire geschiedenis zeggen hier niets over. Voor zover ik in de literatuur heb kunnen nagaan zegt alleen Tekst en Commentaar, t.a.p. noot 83, bij het commentaar op artikel 3:24 BW dat er geen geldige titel wordt geëist

door de artikelen 3:24-26 BW wel eigendomsverkrijging is. De werking van artikel 3:26 BW levert in ieder geval een argument op dat de bescherming ex artikel 3:26 BW niet tot eigendomsverkrijging leidt. Artikel 26 biedt, zoals gezegd, bescherming 'indien de onjuistheid van het gepubliceerde feit wordt ingeroepen door iemand die redelijkerwijze voor overeenstemming van de registers met de werkelijkheid had kunnen zorg dragen'.¹⁰² Degene die 'redelijkerwijze had kunnen zorg dragen' is meestal de rechthebbende; in het hierboven door Nieskens-Ipshording/Van der Putt-Lauwers gegeven voorbeeld van de schijnhandeling was dat A. Hij had er voor kunnen zorgen dat er in het register kwam te staan dat de titel tussen A en B nietig was.

Volgens genoemde schrijvers, Van Straaten, Nieskens-Ipshording/Van der Putt-Lauwers en Van Velten heeft de bescherming tot gevolg dat de derde eigenaar wordt. Dit zou betekenen dat C zijn recht tegenover iedereen zou moeten kunnen handhaven. Doch volgens de parlementaire geschiedenis biedt dit artikel echter slechts een relatieve bescherming. Het is hierboven al opgemerkt. De derde wordt alleen beschermd jegens degene die redelijkerwijze voor correctie had kunnen zorg dragen. C zou in het voorbeeld dus alleen beschermd worden tegenover A; een relatieve bescherming derhalve. Het verkrijgen van een eigendomsrecht zoals de schrijvers concluderen, strookt niet met de relatieve bescherming, of het moet al zo zijn dat C wel tegenover A eigenaar is, maar niet tegenover derden. Er zou dan sprake zijn relatieve eigendom. En dat nu lijkt mij niet de bedoeling te zijn. Gezien de relatieve *bescherming* die de wetgever de derde krachtens artikel 3:26 BW biedt, moet er denk ik van worden uitgegaan dat de derde die op grond van dit artikel wordt beschermd in ieder geval *geen* eigenaar wordt. En dat de bescherming dus geen eigendomsverkrijging tot gevolg heeft. Een eigenaar kan zijn recht, zoals gezegd, immers tegenover iedereen handhaven. Dat de bescherming van artikel 3:26 BW niet leidt tot eigendomsverkrijging, zou een argument kunnen zijn aan te nemen dat de bescherming op grond van de andere twee artikelen uit de afdeling 3.2.1. (3:24 en 3:25) evenmin tot eigendomsverkrijging leiden.

Hoewel duidelijk is dat deze twee artikelen (24 en 25) geen relatieve bescherming bieden, is in de wettekst en de parlementaire geschiedenis geen enkel aanknopingspunt te vinden dat bij een succesvol beroep op bescherming de eigendom zou zijn verkregen. Het zij nogmaals opgemerkt dat het feit dat artikel 3:88 BW daarentegen wel uitdrukkelijk bepaalt dat bij een succesvol beroep op dit artikel de overdracht geldig is en dat de derde dientengevolge eigenaar is geworden, een argument oplevert om aan te nemen dat, nu de artikelen van afdeling 3.1.2 dit rechtsgevolg niet bepalen, een beroep op deze artikelen

¹⁰² Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, p. 188. Artikel 3:26 BW luidt als volgt:

Indien op het tijdstip waarop een rechtshandeling ter verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzondere titel wordt ingeschreven, met betrekking tot dat registergoed een onjuist feit in de registers ingeschreven was, kan de onjuistheid van dit feit door hem die redelijkerwijze voor overeenstemming van de registers met de werkelijkheid had kunnen zorgdragen, aan de verkrijger niet worden tegengeworpen, tenzij deze de onjuistheid kende of door raadpleging van de registers de mogelijkheid daarvan had kunnen kennen.

geen eigendomsverkrijging tot gevolg heeft.

Kortom, hoewel het voor de hand lijkt te liggen en het misschien ook het meest logisch is aan te nemen dat de derde bij bescherming van de artikelen 3:24-26 BW eigenaar wordt, van rechtswege dan wel nadat hij er een beroep op heeft gedaan, kunnen bij deze conclusie vraagtekens worden gezet. Maar deze vraagtekens leiden tot een volgend probleem. Want als we aannemen dat een succesvol beroep op bescherming ex 3:24-26 BW niet leidt tot eigendomsverkrijging, waar leidt de bescherming van deze artikelen dan wel toe? Slechts tot een exceptie in het concrete geval? Of kan de derde misschien als 'Publiciaans' bezitter worden beschouwd? Wellicht zou er kunnen worden gezegd dat de derde die krachtens de artikelen 3:24 en 25 BW beschermd wordt, bezit heeft gekregen dat vatbaar is voor verjaring en wel een bezit dat hij tegenover iedereen kan handhaven. Degene die de (relatieve) bescherming van artikel 3:26 geniet zou dan eveneens bezitter zijn met dien verstande dat zijn bezit slechts wordt beschermd tegen de rechthebbende.

De derde zou zijn bezit wellicht kunnen handhaven met de straks te bespreken bezitsactie ex artikel 3:125 BW, die te vergelijken is met de Romeins-Oostenrijkse *actio Publiciana*. Om definitief eigenaar te worden zou de derde echter uiteindelijk toch medewerking moeten krijgen van de eigenaar, dat wil zeggen dat laatstgenoemde meewerkt aan de inschrijving.

Dit rechtsgevolg van de artikelen 24-26 BW levert ook weer tal van vragen op. Zoals de vraag wat rechtens is als de derde C de zaak verkoopt en levert aan D. Verwerft D dan eveneens slechts een beschermd recht? Gesteld dat de eigenaar 'de zaak' verkoopt en levert aan een ander, zal die ander dan een eigendomsrecht verkrijgen dat hij tegen noch tegen C, noch tegen D zal kunnen handhaven? Dat wil zeggen dat hij een inhoudsloos eigendomsrecht in handen krijgt? Duidelijk is het rechtsgevolg van de artikelen 3:24 -26 BW in ieder geval allerminst.

3 De derdenbeschermingsbepalingen toegepast de casus.

Na deze uitweiding keren we terug naar de casus. We hebben hierboven de vraag gesteld of de derde verkrijger X met succes een beroep kon doen op derdenbescherming. We bespreken de artikelen 3:24, 3:26 en 3:88 BW. X stond in het register als eigenaar te boek terwijl zijn voorganger Helmut beschikkingsonbevoegd was; evenmin was er sprake van een geldige titel. Helmut stond eveneens in het register als eigenaar te boek, maar in werkelijkheid was Helmut geen eigenaar geworden omdat de koopovereenkomst tussen hem en zijn verkoper (Maria) nietig was. Omdat Helmut vanwege de nietige titel in werkelijkheid geen eigenaar was, stond er in het register een onjuist feit. Artikel 3:26 lijkt voor ons geval te zijn geschreven. Dit artikel biedt bescherming tegen de onjuistheid van

gegevens in het register. Maar dit artikel biedt, zoals gezegd, een relatieve bescherming. X zou de bescherming van dit artikel eventueel alleen kunnen invoeren tegen Maria, ervan uitgaande dat Maria 'redelijkerwijze voor overeenstemming van de registers met de werkelijkheid had kunnen zorg dragen'. Maar hoe dit ook zij, X kon op grond van artikel 3:26 BW geen bescherming invoeren tegen de eiser in het geding, Y, die medewerking van X tot overschrijving op zijn (Y's) naam eiste. Een beroep op artikel 3:24 BW zou evenmin kans van slagen hebben. Artikel 3:24 BW beschermt tegen onvolledigheid van het register. De nietige titel tussen Maria en Helmut had tot gevolg dat de inschrijving op naam van Helmut waardeloos was. De waardeloosheid van de inschrijving is in beginsel een voor inschrijving vatbaar feit. Als een voor inschrijving vatbaar feit niet wordt ingeschreven, terwijl dat wel had gekund, dan kan dit niet ingeschreven feit niet aan de derde worden tegengeworpen. Voorwaarde voor de vatbaarheid van de inschrijving is wel dat er een verklaring van de direct betrokkenen is afgegeven waarin zij verklaren dat de inschrijving waardeloos is. Nu noch Maria noch Helmut een dergelijke verklaring had afgegeven waarin zij verklaarden dat de inschrijving waardeloos was vanwege de nietige titel, was de waardeloosheid van inschrijving nog niet een voor inschrijving vatbaar feit en kon het aan X worden tegengeworpen.

Rest de bespreking van de mogelijkheid van een beroep door X op artikel 3:88 BW dat eveneens bescherming biedt aan derdeverkrijgers te goeder trouw die van een beschikkingsonbevoegde hebben verkregen.¹⁰³ Artikel 3:88 lid 1 BW luidt als volgt:

Ondanks de onbevoegdheid van de vervreemder is de overdracht van een registergoed (...) geldig, indien de verkrijger te goeder trouw is en de onbevoegdheid voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht, die niet het gevolg was van onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder.

Een voorbeeld. A verkoopt en levert een huis aan B. De titel is nietig. B verkoopt en levert het huis aan C. B is beschikkingsonbevoegd. Nu C heeft verkregen van de beschikkingsonbevoegde B, kan C een beroep doen op artikel 88. Immers de onbevoegdheid van B vloeit voort uit de ongeldigheid van de vroegere overdracht tussen A en B, maar deze ongeldigheid was niet het gevolg van onbevoegdheid van A, maar van de ongeldigheid van de titel tussen A en B. Deze titel was nietig. C was hiervan niet op de hoogte en kan, mits te goeder trouw een beroep doen op artikel 88 als A het huis onder C opvoert. Behalve dat C te goeder trouw moet zijn, moet C op grond van een geldige titel van B hebben gekregen en moet er een correct uitgevoerde levering tussen B en C hebben plaatsgevonden.

Passen we het voorgaande toe op de casus, dan kan er worden gezegd dat X geen succesvol beroep kon doen op artikel 3:88 BW. Waarschijnlijk was hij niet te goeder trouw. Nu hij nooit de bedoeling had de bospercelen te kopen, kon hij moeilijk te goede trouw menen dat ze achteraf toch wel bij de koop waren inbegrepen. Er was voor hem een

¹⁰³ Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, pp. 52 ev., 125, 189 ev. en 154 ev.

grote reden tot twijfel dat er met de bospercelen iets niet in de haak was. Maar ook al zou hij wel te goeder trouw zijn geweest, zoals de Oostenrijkse rechter aannam, dan zou een beroep op artikel 3:88 BW nog niet slagen. Hij had immers van Helmut geleverd gekregen op grond van een ongeldige titel. Er was ook tussen hem (X) en Helmut sprake van *dissensus*. Artikel 3:88 BW eist dat aan de andere vereisten van overdracht wel is voldaan. De derde moet op grond van een geldige titel hebben verkregen.

Als we echter zouden uitgaan van de goede trouw van X én van een vernietigbare titel tussen Helmut en X, zoals de lagere rechters in Oostenrijk deden, en als de titel nog niet was vernietigd, dan zou een beroep van X op artikel 3:88 wel slagen en was X eigenaar geworden. X zou als eigenaar het bezit van Y kunnen opeisen; Y restte een vordering uit wanprestatie tegenover Maria omdat zij hem niet de eigendom kon leveren, hetgeen zij op grond van de koopovereenkomst met Y verplicht was.

Het meest voor de hand ligt echter toch dat er tussen Helmut en X sprake was van *dissensus*. De conclusie zou, zoals gezegd, dan luiden dat X geen beroep op artikel 3:88 kon doen. Dat X noch op artikel 3:88 BW, noch op de beschermingsbepalingen van 3.1.2. een beroep kon doen, betekende dat Maria nog steeds eigenaar was en dus beschikkingsbevoegd toen zij de zes bospercelen verkocht en feitelijk leverde aan Y.

Y had wel de feitelijke macht, het bezit, van de zes percelen, maar Y was nog geen eigenaar van de drie percelen omdat Maria ze niet op zijn naam kon inschrijven nu ze op naam van X in het register stonden. Y zou een persoonlijke actie uit wanprestatie tegen Maria kunnen instellen en levering kunnen vorderen. Op grond van artikel 7:9 BW is de verkoper immers verplicht de verkochte zaak in eigendom over te dragen.¹⁰⁴ De vordering uit wanprestatie zou zich voor Y in schadevergoeding kunnen oplossen, maar Maria zou ook kunnen proberen alsnog te leveren. Daartoe zou zij er echter eerst voor moeten zorgen dat de drie bospercelen weer op haar naam kwamen te staan. Zij zou een beroep kunnen doen op artikel 3:27 BW, de zogeheten rechtsuitwijzing. Volgens dit artikel kan iemand die beweert enig recht op een registergoed te hebben, degene die als rechthebbende op dat goed staat ingeschreven in het register bij name dagvaarden om te horen verklaren dat hem het recht waarop hij aanspraak maakt toekomt.¹⁰⁵ De verklaring wordt ingeschreven in het register als het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan. Ten opzichte van partijen heeft het vonnis op dezelfde manier gezag van gewijsde als ieder ander vonnis. Ten opzichte van derden wordt de verklaring vermoed juist te zijn. Tegenbewijs is dus mogelijk. Het nadeel van deze oplossing voor Y was dat hij afhankelijk was van Maria. Daarbij zou X tegenover Maria waarschijnlijk met succes een beroep kunnen doen op de relatieve bescherming van het hierboven besproken artikel 3:26 BW.

Het zou gemakkelijker zijn als Y rechtstreeks naar X zou kunnen gaan en een

¹⁰⁴ Mr C. Assers' *s handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Bijzondere Overeenkomsten, deel , koop en ruil, bewerkt door J. Hijma, Deventer 2001, pp. 248 ev.

¹⁰⁵ Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, p. 54.

mogelijkheid zou hebben X ertoe te dwingen de drie bospercelen op zijn naam in het register te stellen. Y zou zelf niet om een rechtsuitwijzing hebben kunnen verzoeken. Hij kon moeilijk beweren een recht op de bospercelen te hebben nu hij (nog) geen recht op de percelen had.

Gemakkelijker ware het dat Y zoals in Oostenrijk de mogelijkheid had zich tegenover X op zijn 'bezit' te beroepen. Een dergelijk beroep zou mogelijk zijn wanneer we het feitelijke bezit van Y ook naar Nederlands recht als verjaringsbezit zouden kunnen beschouwen.

4 Verkrijgende verjaring en Publiciaans bezit.¹⁰⁶

Y had het bezit verschaft gekregen van de beschikkingsbevoegde Maria op grond van een geldige titel. Het enige dat ontbrak was het vormvereiste van de levering. In Oostenrijk werd Y door het OGH als Publiciaans bezitter, als verjaringsbezitter beschouwd.

Kan Y naar Nederlands recht als verjaringsbezitter worden aangemerkt? De verkrijgende verjaring is geregeld in artikel 3:99 BW. Artikel 3:99 lid 1 luidt als volgt:

Rechten op roerende zaken die niet-registergoederen zijn, en rechten aan toonder of order worden door een bezitter te goeder trouw verkregen. Door een onafgebroken bezit van drie jaren, andere goederen door een onafgebroken bezit van tien jaren.

Aan de verjaring van registergoederen worden twee eisen gesteld: bezit gedurende tien jaren en goede trouw.

Y had de feitelijke macht, terwijl X in het register ingeschreven stond. Naar Oostenrijks recht was Y 'Sachbesitzer' en X 'Buchbesitzer'. Het BW kent niet de kwalificatie die het ABGB kent, te weten die van het 'Buchbesitz'.

Hoe moet de positie van X en Y naar Nederlands recht worden gekwalificeerd? Wie is in dit geval bezitter X of Y? Reehuis/Heisterkamp leren dat op het ogenblik van de feitelijke bezitsverschaffing, bijvoorbeeld op het ogenblik dat de sleutels worden overhandigd, doorgaans geen bezit wordt overgedragen. Bezitsverschaffing is (blijkbaar) iets anders dan bezitsoverdracht.¹⁰⁷ Voor bezitsoverdracht is behalve de feitelijke bezitsverschaffing de leveringshandeling vereist: bij registergoederen valt de overdracht van het bezit, aldus Reehuis/Heisterkamp, door de eigenaar noodzakelijkerwijze samen met het voltooien van de leveringshandeling oftewel met inschrijving van de akte in de openbare registers.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, pp. 291 ev.; Jansen, t.a.p. noot 22, pp. 253 ev.; A.C. van Schaick, *Rechtsgevolgen van bezit en houderschap*, Monografieën Nieuw BW, A 14, Deventer 2003; E.B. Rank-Berenschot, *Bezit*, Monografieën Nieuw BW, Deventer 2001.

¹⁰⁷ Zie over deze begrippen: J.H.A. Lokin, *Bezitsverschaffing en bezitsoverdracht*, in: *CJHB (Brunner-bundel)* Deventer: Kluwer 1994, pp. 245-257.

¹⁰⁸ Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, pp. 325 en 329.

En volgens de Parlementaire Geschiedenis gaat het bezit pas over op de koper 'als de eigenaar de macht heeft verschaft en voor de levering alle handelingen, waarvoor zijn medewerking noodzakelijk is, heeft verricht – wanneer hij dus alle pretenties als rechthebbende op het goed heeft prijsgegeven.'¹⁰⁹ Dit nu betekent dat als het bezit door de eigenaar op grond van een geldige titel is 'overgedragen' dus altijd tevens de eigendom is overgegaan. En dat bezit van onroerende zaken niet zou kunnen worden overgedragen zonder dat de eigendom wordt overgedragen. Dit strookt echter niet met de tekst van artikel 3:114 BW volgens welke bepaling

een bezitter zijn bezit overdraagt door de verkrijger in staat te stellen die macht uit te oefenen, die hijzelf over het goed kon uitoefenen.

Bezitsoverdracht is dus het in staat stellen de feitelijke macht uit te oefenen. Kortom, het verschaffen van bezit. Niets meer en niets minder. Bezitsverschaffing is ook mogelijk zonder dat tegelijkertijd eigendom wordt overgedragen.¹¹⁰ Dit neemt niet weg dat bezitsverschaffing meestal wel samenvalt met de inschrijving, de leveringshandeling. Maar het bezit kan ook eerder of later worden verschaft. Na de inschrijving gaat de eigendom over. Er is op het juridische strijdtoneel wel beweerd dat artikel 3:114 BW niet van toepassing kan zijn op onroerende zaken.¹¹¹ Bezitsverschaffing of bezitsoverdracht zou - het is hierboven al gezegd - alleen mogelijk zijn als tegelijkertijd de eigendom wordt overgedragen. De koper die al wel de feitelijke macht had, maar die nog niet via de inschrijving van de akte geleverd had gekregen zou houder zijn. Het bezit zou eerst over na de levering van de eigendom, dus na inschrijving, overgaan.¹¹² Met deze opvatting probeerde men overigens te voorkomen dat degene die willens en wetens een bezoek aan de notaris omzeilde een beroep kon doen op verkrijgende verjaring. Hij is in deze opvatting immers geen bezitter en bezit is vereist wil men een beroep kunnen doen op de verkrijgende verjaring die aan de bevrijdende verjaring gekoppeld is. In deze opvatting zou Y nadat hij de feitelijke macht had gekregen slechts houder voor Maria zijn geworden.

Dat bezitsverschaffing van onroerende zaken kan plaats vinden zonder de inschrijving van de akte dus buiten de notaris om, bijvoorbeeld door het overhandigen van sleutels is overtuigend door Jansen aangetoond.¹¹³ Deze opvatting is in overeenstemming met het

¹⁰⁹ Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, p. 342. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, pp. 444-445.

¹¹⁰ Jansen, t.a.p. noot 22, p. 266.

¹¹¹ Zie voor deze discussie Jansen, t.a.p. noot 22, pp. 263 ev.

¹¹² Zie J. Eggen, *Het recht van bezit kan niet als zoodanig overdragen worden*, II, in: WPNR 3096, 1929, pp. 241-245. Zie hierover Jansen, t.a.p. noot 22, pp. 262 ev.

¹¹³ Jansen, t.a.p. noot 22, p. 265. Zie hierover ook HR 9-9-2011, *Rechtspraak van de Week* 2011, 1065.

feitelijke karakter van het bezit.¹¹⁴

Maria, die ondanks de tenaamstelling op naam van Helmut en later op naam van X het feitelijke bezit en de eigendom altijd had behouden, had Y in staat gesteld de feitelijke macht over de zes bospercelen uit te oefenen; zij had Y het bezit verschaft. De inschrijving van drie percelen op naam van Y bleef achterwege. Volgens de Parlementaire geschiedenis zou Maria echter niet het bezit aan Y hebben overgedragen omdat zij de leveringshandeling niet had voltooid en de eigendom dus niet had overgedragen. Betekent het voorgaande dat Y geen bezitter was geworden? Nee. Deze casus laat goed zien dat de bedoeling van de wetgever niet logisch is. Hoe kan iemand tegelijkertijd wel het bezit verschaffen en dit bezit niet overdragen? Y voldeed aan de eisen die artikel 3:107 BW stelt aan het zijn van bezitter: hij hield het goed voor zichzelf en maakte daadwerkelijk gebruik van de bospercelen. Hij gedroeg zich als gerechtigde. Y had de feitelijke macht met de wil die feitelijke macht voor zichzelf uit te oefenen. Zowel Maria als Y had de bedoeling dat Y de feitelijke macht voor zichzelf ging uitoefenen. Y was geen houder voor Maria. Y hield voor zichzelf en niet voor Maria. De feitelijke macht die Y voor zichzelf hield kan dus moeilijk anders dan als bezit worden gekwalificeerd. Ik zie geen andere kwalificatie voor de feitelijke macht van Y.

Y heeft het bezit verschaft gekregen van een beschikkingsbevoegde Maria op grond van een geldige titel, maar hij was nog geen eigenaar omdat er nog niet aan het leveringsvereiste van inschrijving was voldaan. Y was dus bezitter en kon door verjaring eigenaar worden, maar was hij te goeder trouw? We hebben gezegd dat goede trouw ook een van de eisen is voor de verkrijgende verjaring van een registergoed. De regel is dat er bij een mislukte overdracht op grond van een leveringsgebrek alleen dan sprake kan zijn van bezit te goeder trouw indien de verkrijger redelijkerwijze mocht veronderstellen dat de levering wel was geslaagd.¹¹⁵ Van een registergoed zal hij zich als rechthebbende mogen beschouwen als bij de levering is voldaan aan het door artikel 3:98 BW gestelde vereiste van levering, dat wil zeggen een notariële akte en inschrijving daarvan in het register. Bezit te goeder trouw is volgens Reehuis/Heisterkamp dan ook moeilijk voorstelbaar zolang niet aan het vereiste van inschrijving is voldaan.¹¹⁶ Y zou derhalve niet te goeder trouw zijn. Toch kon Y volgens mij geacht worden te goeder trouw te zijn. Hij had het bezit verschaft gekregen door de eigenaar op grond van een geldige titel. Y mocht redelijkerwijze veronderstellen dat de levering wel was geslaagd. De drie bospercelen vormden met de andere drie bospercelen, akkers en weilanden die hij van

¹¹⁴ Jansen, t.a.p. noot22, p. 266.

¹¹⁵ Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, p. 303.

¹¹⁶ Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, p. 303.

Maria had gekocht en die onder nummer BB in het register stonden een economische eenheid. Y had geen reden tot twijfel dat de drie percelen niet meer onder nummer BB vielen en niet op zijn naam waren ingeschreven. Dat de drie omstreden percelen in werkelijkheid per abuis eerder, dat wil zeggen bij de overdracht van de wijngaarden door Maria aan Helmut, van nummer BB waren afgeschreven en aan nummer AA (de wijngaarden) waren toegevoegd en dus niet op zijn (Y's) naam konden worden ingeschreven, leidden er niet toe dat hij te kwader trouw was.

De conclusie zou dus moeten luiden dat Y verjaringsbezitter was en kon worden vergeleken met de Romeins(Oostenrijkse) Publiciaans bezitter *a domino*.

We hebben nog niet de rechtspositie van X geduid. De bospercelen waren op naam van X ingeschreven door de beschikkingsonbevoegde Helmut op grond van een ongeldige titel. X was geen eigenaar geworden, maar de bospercelen werden wel geleverd.¹¹⁷ In de huidige terminologie is - als ik het goed begrijp - het bezit aan X 'overgedragen' omdat men er tegenwoordig dus vanuit gaat dat de overdracht van het bezit door de eigenaar noodzakelijkerwijze samenvalt met het voltooien van de leveringshandeling, dat wil zeggen de inschrijving.¹¹⁸ Maar was X bezitter? We hebben gezien dat volgens het ABGB twee personen tegelijk bezitter van een en dezelfde zaak kunnen zijn, terwijl slechts één van de twee personen de feitelijke macht heeft. Zo was X 'Buchbesitzer' en Y 'Sachbesitzer' van de drie bospercelen. Ons BW kent, zoals gezegd, niet de Oostenrijkse kwalificatie 'Buchbesitzer'.

Uit de woorden van Van Straaten zou men echter kunnen opmaken dat degene die in het register staat ingeschreven, terwijl hij geen feitelijke macht oefent wel bezitter is en dus ook voor verjaring in aanmerking kan komen. Van Straaten zegt namelijk het volgende nadat hij heeft opgemerkt dat degene die zich op verjaring beroept bezitter moet zijn en dat bezit volgens artikel 3:107 BW is het 'houden van het goed voor zichzelf':

Niet noodzakelijk is het uitoefenen van bezitsdaden. Voldoende is het hebben van bezit. Dit betekent bijvoorbeeld, dat degene die als hypotheekhouder in de registers te boek staat, terwijl die hypotheek nimmer geldig gevestigd was, door het enkele feit van de ingeschreven vestiging als bezitter van het hypotheekrecht kan worden aangemerkt. Hetzelfde geldt voor andere beperkte rechten en ook voor het eigendomsrecht.¹¹⁹

Hoewel X geen bezitsdaden verrichtte, maar 'slechts' als eigenaar te boek stond, lijkt het feit dat hij stond ingeschreven dus voldoende te zijn om hem als bezitter te kunnen beschouwen. X zou in dat geval verjaringsbezitter zijn en zou zelfs als hij te kwader trouw

¹¹⁷ Vergelijk de positie van B in het hierboven genoemde weiland in Eelde.

¹¹⁸ Reehuis, t.a.p. noot 28, pp. 325 en 329.

¹¹⁹ Van Straaten, t.a.p. noot 76, pp. 169 en 220. Hij verwijst naar de *Parlementaire Geschiedenis van de Kadasterwet*, W.M. Reehuis, E.E. Slob, Deventer 1990, p. 162.

was, eigenaar kunnen worden door verjaring (artikelen 3:105 jo 306 BW). Het lijkt dus mogelijk dat de 'Registerbezitter' of hoe hij ook genoemd mag worden, hoe dan ook, of hij nu te goeder, dan wel te kwader trouw is, door verjaring eigenaar kan worden, zonder dat hij de feitelijke macht heeft.

Maar hiertegen kan worden ingebracht dat het bovenstaande naar Nederlands recht alleen dan kon opgaan als niet een ander de feitelijke macht oefende. Volgens het Nederlandse recht kan in tegenstelling tot het Oostenrijkse recht niet de ene persoon 'Registerbezitter' zijn terwijl de ander de feitelijke macht heeft. Als iemand anders zoals Y in onze casus het feitelijke bezit heeft, en dus bezitter is, kan X niet ook als bezitter worden aangemerkt.¹²⁰ Voor de positie van X lijkt naar Nederlands recht in dit geval geen afzonderlijke kwalificatie te bestaan.

We hebben hierboven gezegd dat Y als verjaringsbezitter *a domino* kan worden beschouwd. Welke actie staat Y naar Nederlands ten dienste die hij rechtstreeks tegen X zou kunnen instellen om zijn bezit te beschermen en te bewerkstelligen dat zijn naam alsnog in het register wordt ingeschreven?

5 Acties ter bescherming van het bezit. Artikel 3:125 BW.¹²¹

Artikel 3:125 BW beschermt het bezit. De actie ter bescherming van het bezit wordt in de rechtspraktijk zelden gebruikt, terwijl het in vele gevallen gemakkelijker zou zijn de bezitsactie in te stellen.¹²² Ook in ons geval zou Y tegen X wellicht kunnen ageren met de actie ex artikel 3:125 BW. Dit artikel luidt als volgt:

Lid 1 - Hij die het bezit van een goed heeft verkregen, kan op grond van een daarna ingetreden bezitsverlies of bezitsstoornis tegen derden dezelfde rechtsovereenkomsten instellen tot terugvordering van het goed en tot opheffing van de stoornis, die de rechthebbende op het goed toekomen

Lid 2 - De vordering wordt afgewezen, indien de gedaagde een beter recht dan de eiser heeft tot het houden van het goed of de storende handelingen, tenzij de gedaagde met geweld of op heimelijke wijze aan de eiser het bezit heeft ontnomen of diens bezit heeft gestoord.

¹²⁰ Lokin, t.a.p. noot 8, Z.27; Asser-Mijnssen-De Haan, t.a.p. noot 76, pp. 102 en 117.

¹²¹ Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, pp. 346 ev.; Snijders/Rank-Berenschot, t.a.p. noot 27, p. 108; W.J.Zwalve, Enige opmerkingen over 3.5.17. van het Ontwerp Burgerlijk Wetboek, in: WPRN 5429 (1978), pp. 216-219; F.B. Coninck Liefsting, *De algemeene beginselen van het bezitrecht en de Nederlandsche bezitsactiën*, Leiden 1869.

¹²² F.A.J. van der Ven, *Rooms-Overijssels recht, Rechtsgeleerde adviezen of de invloed van het Romeinse recht in Overijssel in de 17^e en 18^e eeuw*, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen, Magazijn voor leerstellige rechtsvergelijking op historische grondslag*, XX, Groningen 2003, 49-97, p. 83.

Deze actie dient net als de 'Publizianische Klage' uit §372 ABGB tot bescherming van het bezit. Het is de 'revindicatie' van de bezitter. Zowel §372 ABGB als artikel 3:125 BW bevatten elementen van de Romeinsrechtelijke *actio Publiciana*, die onder meer de verjaringsbezitter ten dienste stond. 'De inhoud van het eerste lid van artikel 3:125 BW en de aanhef van het tweede lid gelijken op de *actio Publiciana*: deze gaf immers aan de Publiciaanse bezitter dezelfde rechtsvorderingen als aan de eigenaar.'¹²³

Schending van bezit kan op twee manieren plaatsvinden¹²⁴ De bezitter kan in het feitelijke genot van de zaak zijn gestoord door onrechtmatig gedrag van derden. In de tweede plaats kan de bezitter in zijn goederenrechtelijke positie, of zo men wil, in zijn *recht*, zijn aangetast.¹²⁵ In Oostenrijk noemt men dit recht het 'Recht zum Besitz', het 'recht' dat bijvoorbeeld de verjaringsbezitter toekomt. De bezitsactie ex artikel 3:125 BW staat de Nederlandse verjaringsbezitter ten dienste die in zijn 'recht', of beter gezegd in zijn verjaringsbezit hersteld wil worden, zodat hij de verkrijgende verjaring kan voltooien.¹²⁶

De actie strekt tot handhaving van het gestoorde bezit. Meestal zal de bezitter gestoord worden in zijn feitelijke bezit en eist hij herstel in de oude toestand. Bij bezitsverlies zal herstel in de oude toestand betekenen dat de rechter de gedaagde veroordeelt de eiser het bezit terug te geven. Is er geen sprake van bezitsverlies, dan kan de gedaagde veroordeeld worden zich van verdere stoornis te onthouden. In ons geval was er geen sprake van een feitelijke stoornis in het bezit van Y. Men zou kunnen zeggen dat de stoornis aan het adres van Y in dezen was het feit dat X ten onrechte stond ingeschreven als eigenaar. Dat wil zeggen dat het feit dat X pretendeerde eigenaar te zijn omdat de drie percelen op zijn naam in het register stonden, een stoornis ten opzichte van Y inhield. Y gebruikte de actie tot ontkenning van een gepretendeerd recht.¹²⁷ Een 'bezitsstoornis' ex artikel 3:125 lid 1 BW kan namelijk eveneens zijn 'een gedraging die tevens inhoudt een betwisting van het bezit, in verband met een beweerd recht van de stoorder op het goed'.¹²⁸ De stoornis uitte zich onder meer in het feit dat X een recht van hypotheek vestigde.

¹²³ "De zinsnede 'tenzij gedaagde met of op heimelijke wijze aan de eiser het bezit heeft ontnomen' uit het tweede lid past echter niet bij de *actio Publiciana*. Zij is veeleer in strijd met de ratio dit instituut. De repliek die in het tweede lid aan de eiser wordt gegeven hoort thuis bij het interdictenbezit." Zwalve, t.a.p. noot 121, p. 218. Artikel 125 is een combinatie geworden van de *actio Publiciana* en de bezitsinterdicten.

¹²⁴ Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, p. 346.

¹²⁵ Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, p. 346; Asser/Mijnssen/De Haan, t.a.p. noot 76, p. 160; Van Schaick, t.a.p. noot 106, p. 54.

¹²⁶ Voor het bewijs van het bezit is het artikel van belang als een ander beweert rechthebbende te zijn. Het gaat om de erkenning van de hoedanigheid als bezitter. Reehuis/Heisterkamp, t.a.p. noot 28, p. 346.

¹²⁷ Hartkamp, t.a.p. noot 76, p. 137. Analoog aan een gepretendeerd beperkt recht.

¹²⁸ Van Schaick, t.a.p. noot 106, p. 55. Hij verwijst naar Asser/Schoten, Mr Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, tweede deel, Zakenrecht, Zwolle 1945, p. 79; Asser/Beekhuis, Mr Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, deel 3, Zakenrecht, deel I, Algemeen deel, bewerkt door J.H. Beekhuis, F.H.J. Mijnssen, P. de Haan, Zwolle 1985, nr 263; Asser/Mijnssen/De Haan, t.a.p. noot 76, p. 160.

Het tweede lid van artikel 125 bepaalt dat de vordering van Y wordt afgewezen indien X 'een beter recht dan Y heeft tot het houden van het goed'. Bedoeld wordt hier dat als X kon aantonen dat hij eigenaar was, de vordering van Y werd afgewezen. Nu X niet kon aantonen dat hij eigenaar was, kon deze bewering niet in de weg staan aan een toewijzing van de actie aan Y. Degene met het 'betere recht' hoeft overigens niet per se de rechthebbende te zijn; het kan ook een bezitter zijn. Men zou de woorden van artikel 125 'een beter recht tot het houden van het goed' ook kunnen opvatten als 'een beter recht tot het bezit van het goed'. Maar nu X, zoals gezegd, zelfs geen bezitter was, kon hij zich evenmin op zijn betere 'recht tot het bezit' beroepen. Zou hij, zoals in Oostenrijk wel als bezitter worden aangemerkt, dan was het bezit van Y sterker. Y had het bezit verschaft gekregen van een eigenaar krachtens een geldige titel, terwijl X zonder titel via een beschikkingsonbevoegde voorganger in het register te boek stond.

Wat aan een beroep door Y op artikel 125 in de weg zou kunnen staan is het feit dat het in de casus niet lijkt te gaan om een 'daarna ingetreden stoornis'. De stoornis was niet ingetreden nadat Marie Y het bezit had verschaft. X stond immers al in het register ingeschreven toen Y het bezit verschaft kreeg. Dat het moet gaan om een 'daarna ingetreden stoornis' ligt voor de hand. Een stoornis die optreedt voordat het bezit verkregen is, is dan ook moeilijk voor te stellen. Men moet eerst het bezit hebben, wil er sprake kunnen zijn van stoornis in dat bezit. In ons geval zou men kunnen zeggen dat meteen op het moment dat Y het bezit verschaft kreeg, de stoornis voor Y intrad. Vermoedelijk heeft Y overigens toen hij erachter kwam dat X als eigenaar te boek stond, X verzocht mee te werken aan de correctie van het register. X zal dat hebben geweigerd. Deze weigering zou ook als een stoornis in het bezit van Y kunnen worden beschouwd.

De conclusie is dat Y waarschijnlijk op grond van artikel 3:125 BW met succes zou kunnen eisen dat X meewerkte aan de inschrijving op naam van Y. Na inschrijving werd Y eigenaar.

Een persoonlijke actie tegen X, waaraan Hofmeister in Oostenrijk de voorkeur gaf, zou naar Nederlands recht voor Y ook tot de mogelijkheden behoren. We moeten denken aan een actie tegen X uit onrechtmatige daad of misschien aan een actie op grond uit ongerechtvaardigde verrijking. De vraag is echter of het enkele feit dat X in het register te boek stond als eigenaar onrechtmatig was, dan wel een verrijking voor X opleverde. Artikel 3:125 BW heeft onze voorkeur, al was het maar omdat Y met deze zakelijke actie een betere positie zou hebben in een eventueel faillissement van X.

Y kon er, zoals gezegd, ook voor kiezen zijn contractspartij Maria op grond van wanprestatie aan te spreken, nu zij niet aan haar verplichting uit de koopovereenkomst had voldaan de eigendom te leveren. Maar wilde hij de bospercelen in natura, dan maakte hij hierop de meeste kans als hij tegen X ageerde met de bezitsactie.

6 De bescherming van de hypotheekhouder

Ten slotte moeten we nog de vraag beantwoorden of Y met succes kon eisen dat het recht van hypotheek werd doorgehaald. X had immers inmiddels een recht van hypotheek op de drie bospercelen gevestigd, terwijl hij daartoe beschikkingsonbevoegd was omdat hij geen eigenaar was. We hebben gezien dat in Oostenrijk deze eis werd afgewezen. Het recht van hypotheek bleef op de percelen rusten. Hoe is de positie van de hypotheekhouder naar Nederlands recht? De hypotheekhouder kan zich beroepen op de artikelen uit de afdeling 3.2.1, dat wil zeggen op de onjuistheid of de onvolledigheid van het register. X stond ten onrechte als eigenaar in het register ingeschreven. Ook hier is het onduidelijk wat het rechtsgevolg van een succesvol beroep op deze bescherming voor de hypotheekhouder oplevert. Is het recht van hypotheek vanwege de bescherming rechtsgeldig gevestigd of kan hij alleen een beroep op bescherming in het specifieke geval doen, maar heeft deze bescherming verder geen goederenrechterlijke gevolgen voor de hypotheekhouder?

Wil hij er zeker van zijn dat hij een geldig gevestigd recht van hypotheek op de bospercelen heeft verkregen, dan doet hij er beter aan zich te beroepen op artikel 3:88 BW. Conform artikel 3:98 BW zijn de bepalingen omtrent de overdracht van een goed ook van toepassing op de vestiging van een beperkt recht op een zodanig goed. De hypotheekhouder wordt in deze casus door artikel 3:88 BW beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van X. De hypotheek was gevestigd door een beschikkingsonbevoegde(X), terwijl deze beschikkingsonbevoegdheid voortvloeide uit de ongeldigheid van een eerdere overdracht (Maria-Helmut), die niet het gevolg was van onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder(Maria). De ongeldigheid van de overdracht tussen Maria en Helmut was het gevolg van de ongeldige titel. De hypotheekhouder was te goeder trouw. Hij wist niet beter dan dat X eigenaar was en kon ook niet beter weten nu de drie bospercelen op naam van X in het register stonden. De titel op grond waarvan en de wijze waarop de hypotheekhouder het recht had gevestigd waren geldig. Kortom, de eis tot doorhaling van de hypotheek zou ook naar Nederlands recht afgewezen zijn. Het recht van hypotheek bleef op de bospercelen rusten. Indien het register zou worden gerectificeerd en de zaak op naam van Y in het register kwam, kwam Y evenals in Oostenrijk 'te zitten' met een recht van hypotheek op de drie bospercelen.

Zou Y, zoals de Oostenrijkse rechter overwoog, een actie tot schadevergoeding tegen X kunnen instellen indien de percelen door de schuldeisers van de hypotheekhouder werden uitgewonnen? Een actie op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) behoorde wellicht tot de mogelijkheden. Of X onrechtmatig handelde door het vestigen van een recht van hypotheek hangt af van het feit of X op het ogenblik dat hij het recht vestigde

wist of behoorde te weten dat hij met betrekking tot de drie bospercelen beschikkingsonbevoegd was. De schade van Y zou bestaan uit het bedrag van de vordering die de schuldeisers op X hadden en waarvoor de bospercelen die Y feitelijk bezat, werden uitgewonnen.

Misschien stond X eveneens een actie uit ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW) ten dienste indien zijn bospercelen door de schuldeisers van X werden uitgewonnen. Wilde Y met deze actie succes hebben, dan moest hij aantonen dat X ten koste van Y was verrijkt. Waarin bestond de verrijking van X? Omdat X ten onrechte in het register als eigenaar van de bospercelen te boek stond, kon hij ten behoeve van zijn schuldeisers een recht van hypotheek op de percelen vestigen. Gesteld dat X de vordering van zijn schuldeisers ter voldoening waarvan de hypotheek tot zekerheid diende niet betaalde en de hypotheekhouder overging tot uitwinning van de bospercelen die in eigendom aan Y toebehoorden, dan was X verrijkt met het bedrag ter hoogte van die vordering. Deze verrijking van X betekende tegelijkertijd een verarming aan de kant van Y. Zijn(Y's) bospercelen werden uitgewonnen ten behoeve van de schuldeisers van X tot de hoogte van de vordering die de schuldeisers op X hadden. De verplichting tot het vergoeden van de schade ontstond op het moment zodra het vermogen van X ten koste van dat van Y was verrijkt.¹²⁹ Dit nu betekende dat Y de actie uit ongerechtvaardigde verrijking pas kon instellen als de bospercelen door de hypotheekhouder ook daadwerkelijk werden uitgewonnen.

Hierboven hebben we gezegd dat Y er ook voor zou kunnen kiezen om in plaats van X, zijn contractspartij, verkoper Maria, op grond van wanprestatie aan te spreken. Maria was verplicht de eigendom te leveren, maar was daarin tekort geschoten. De levering was achterwege gebleven omdat inschrijving op naam van Y in het register niet mogelijk was. De actie op grond van wanprestatie kon zich op twee manieren 'oplossen'. De actie loste zich ofwel op in het betalen van schadevergoeding ofwel in het alsnog leveren van de bospercelen. Schadevergoeding zou betekenen dat Maria de waarde van de bospercelen aan Y zou moeten uitkeren. De actie uit wanprestatie zou dit voordeel hebben dat hij de waarde van de onbezwaarde percelen zou krijgen. Maria was immers verplicht geweest Y conform artikel 7:15 BW de onbezwaarde eigendom te leveren.¹³⁰

Zou Y van Maria levering in natura eisen, dan moest Maria eerst met een actie ex artikel 3:27 BW zien te bewerkstelligen dat X verklaarde dat Maria rechthebbende was. Waarschijnlijk zou X tegenover Maria met succes een beroep kunnen doen op de derdenbescherming ex artikel 3:26 BW. Dit artikel voorziet, zoals gezegd, immers in een

¹²⁹ Tekst en Commentaar, t.a.p. noot 83, artikel 3:212 BW.

¹³⁰ Asser/Hijma, t.a.p. noot 104, pp. 258 ev.

relatieve bescherming, hetgeen betekende dat X zich tegenover Y niet, maar zich tegenover Maria wel op artikel 3:26 BW zou kunnen beroepen. Maar gesteld dat Maria alsnog wél aan Y zou kunnen leveren, ook dan zou de hypotheekhouder beschermd worden en zou het hypotheekrecht op de percelen blijven rusten. Zouden de percelen door Maria aan Y worden geleverd, dan kreeg Y de bospercelen dus geleverd met daarop een recht van hypotheek. Dit nu zou betekenen dat Maria wederom wanprestatie pleegde omdat zij verplicht was Y de onbezwaarde eigendom te leveren. Y kon Maria wederom aanspreken tot het vergoeden van de schade die bestond uit het bedrag waarvoor de percelen konden worden uitgewonnen. Y hoefde niet te wachten tot de hypotheekhouder daadwerkelijk tot uitwinning overging. De koper kan op grond van artikel 7:9 BW al actie ondernemen, ook al wordt hij nog niet daadwerkelijk uitgewonnen.¹³¹

Samenvatting en conclusie naar Nederlands recht.

Naar Nederlands recht kan derdeverkrijger X, mits te goeder trouw, proberen een beroep te doen op twee "soorten" bescherming. Hij kan pogen een beroep te doen op artikel 3:88 BW of op de beschermingsbepalingen uit de afdeling 3.1.2, te weten de artikelen 3:24 of 26 BW. Een succesvol beroep op 3:88 BW heeft als rechtsgevolg dat de derde eigenaar wordt. Dat hij de eigendom verkrijgt staat met zoveel woorden in artikel 3:88 BW. Wat het rechtsgevolg is van een succesvol beroep op de artikelen 3:24 en 3:26 BW is daarentegen onduidelijk. Noch de wettekst, noch de Parlementaire Geschiedenis geeft een antwoord. We hebben gezien dat een aantal schrijvers concludeert dat de derde de eigendom verkrijgt. Bij deze conclusie kunnen echter vraagtekens worden gezet. Misschien komt de derdenbescherming van de artikelen 3:24-26 BW hierop neer dat de derde slechts een exceptie in het concrete geval wordt geboden, maar dat hij geen eigendom heeft verworven. Wellicht kan hij als verjaringsbezitter worden aangemerkt. X kan tegenover Y geen beroep doen op artikel 3:88 BW omdat hij niet bezit op grond van een geldige titel. Aan zijn goede trouw kan trouwens ook worden getwijfeld. Hij kan evenmin een beroep doen op artikel 3:26 BW omdat dit artikel slechts relatieve bescherming biedt, te weten tegenover eigenaar Maria, maar niet tegenover Y. Ook een beroep op artikel 3:24 BW baat hem niet.

Y heeft het bezit, maar niet de eigendom verworven omdat de bospercelen niet op zijn naam konden worden ingeschreven. Y rest een persoonlijke vordering uit wanprestatie tegen Maria en kan levering van haar eisen. Deze actie zou zich kunnen oplossen in schadevergoeding. Om alsnog toch nog aan de levering van de bospercelen te kunnen voldoen zou Maria met een beroep op artikel 3:27 BW een verklaring van X kunnen proberen te krijgen waarin X verklaart dat Maria rechthebbende is, zodat Maria conform de koopovereenkomst met Y alsnog de eigendom aan Y kan leveren. Nog afgezien van het

¹³¹ Lokin, t.a.p. noot 8, V.50.

feit dat X tegenover Maria waarschijnlijk met succes een beroep kan doen op artikel 3:26 BW, leidt deze weg er echter toe dat Y afhankelijk is van Maria. Het ware handiger dat Y, net als in Oostenrijk, rechtstreeks tegenover X kan ageren. Hiertoe zou de oplossing gevonden kunnen worden in de bezitsactie van artikel 3:125 BW, die met de Romeins-Oostenrijkse *actio Publiciana* kan worden vergeleken. Y, die de feitelijke macht heeft, kan als bezitter worden aangemerkt, ook al staat hij niet in het register ingeschreven. We hebben gezien dat bezitsverschaffing van onroerende zaken kan plaats vinden zonder de inschrijving van de akte. Gezegd zou kunnen worden dat Y als verjaringsbezitter een 'Recht zum Besitz' heeft. Hij heeft van een beschikkingsbevoegde op grond van een geldige titel het feitelijke bezit verschaft gekregen en is te vergelijken met de Publiciaans bezitter *a domino*. Hij is te goeder trouw omdat hij redelijkerwijze mocht veronderstellen dat de levering wel was geslaagd.

In tegenstelling tot het Oostenrijkse recht gaat het naar Nederlands recht niet om de vraag wie een sterker bezit heeft omdat X volgens het Nederlandse recht geen bezitter is. De positie van X is lastig te duiden. Het BW kent niet het 'Buchbesitz'.

Desalniettemin zou Y in navolging van het Oostenrijkse recht als verjaringsbezitter ex artikel 3:125 BW zijn bezit tegenover X moeten kunnen handhaven. De stoornis van X bestaat in het feit dat X ten onrechte als eigenaar in het register staat ingeschreven. X pretendeert ten onrechte rechthebbende te zijn. Met de bezitsactie zou Y met succes alsnog correctie kunnen vorderen. Na inschrijving zou hij alsnog eigenaar worden.

Het recht van hypotheek dat X intussen had gevestigd is rechtsgeldig. De hypotheekhouder kan zich beroepen op artikel 3:88 BW. Na eventuele correctie van het register krijgt Y dus de bospercelen in eigendom waar een recht van hypotheek op rust. Zou de hypotheekhouder gebruik maken van zijn recht, dan kan Y misschien vervolgens met succes een actie uit onrechtmatige daad, dan wel uit ongerechtvaardigde verrijking tegen X instellen.

In plaats van een actie tegen X, kan Y er ook voor kiezen om zijn contractspartij Maria aan te spreken uit wanprestatie. Een actie uit wanprestatie lost zich op in schadevergoeding ter hoogte van de waarde van de onbezwaarde bospercelen. Wil hij de bospercelen in natura in eigendom verwerven, dan is hij aangewezen op de actie ex artikel 3:125 BW tegen X.

Kortom, deze casus zou naar Nederlands recht op een zelfde wijze kunnen worden opgelost als naar Oostenrijks recht. Het zou in ieder geval wenselijk zijn. Om een correctie in het register te bewerkstelligen ligt een beroep op de bezitsactie ex artikel 3:125 BW misschien niet voor de hand, maar artikel 3:125 BW biedt meer mogelijkheden dan men in de praktijk doorgaans van het artikel verwacht. Het biedt Y de mogelijkheid om rechtstreeks tegen X te ageren. En omdat het een zakelijke actie is, zou Y in ieder

geval in een eventueel faillissement van X met de bezitsactie een sterkere positie innemen dan wanneer hij met een persoonlijke vordering uit ongerechtvaardigde verrijking of uit onrechtmatige daad tegen X zou ageren.

F.A.J. van der Ven¹³²

Groningen

¹³² Foskea van der Ven is universitair docent bij de sectie Rechtsgeschiedenis van de Rijksuniversiteit Groningen.