

Schuldoverneming

De Duitse achtergrond van de artikelen 6:155 tot en met 6:158 BW

1. Inleiding

In de artikelen 6:155 tot en met 6:158 BW heeft de wetgever de schuldoverneming geregeld. Blijkens de toelichting op artikel 6:155 BW heeft een schuldoverneming ten gevolge dat een schuld van de debiteur overgaat op de overnemer onder instandhouding van de verbintenis waaruit de schuld voortvloeit. De schuldoverneming kan daarom worden beschouwd als een opvolging onder bijzondere titel in de passieve zijde van de verbintenis.¹ Een dergelijke opvolging onder bijzondere titel in de schuld wordt tegenwoordig als vanzelfsprekend opgevat.

In het BW van 1838 (hierna: OBW) ontbrak een regeling inzake de schuldoverneming. De reden daarvoor was dat ten tijde van de totstandkoming van het OBW een overdracht van een schuld niet mogelijk werd geacht. De verbintenis was in de opvatting van de juristen uit het *ius commune* een persoonlijke band. Een vervanging van de debiteur kon volgens hen daarom alleen tot stand worden gebracht door een schuldvernieuwing. Deze zienswijze van de juristen uit het *ius commune* is ook door de opstellers van het OBW tot uitgangspunt genomen.

In het maatschappelijk verkeer kwamen echter ten tijde van de gelding van het OBW geregeld afspraken voor waarin partijen beoogden dat een bestaande schuld zou overgaan op een opvolger zonder dat de verbintenis daardoor teniet ging. Gewezen kan worden op de toedeling van een schuld aan een van de erfgenamen in het kader van de verdeling van de nalatenschap of aan de overdracht van een schuld in het kader van de overname van een handelszaak of de inbreng van een handelszaak in een vennootschap.² Ook kan de overdracht van een schuld worden gebruikt als een wijze van betaling. In plaats van een schuld te voldoen door betaling aan zijn crediteur, spreekt de debiteur af dat hij een schuld die de crediteur zelf weer aan een derde heeft, zal overnemen. Een veel voorkomende vorm van schuldoverneming was in dit verband de hypotheekoverneming.³ Deze vindt plaats als de koper van een onroerend goed waarop een hypotheek rust, in mindering op de koopprijs de verplichting tot aflossing van de hypothecaire schuld van de verkoper overneemt. Het voordeel hiervan is dat de koper niet opnieuw een hypotheek, met alle kosten van dien, hoeft te vestigen. Als laatste voorbeeld kan worden gewezen op

¹ TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 571.

² Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 28 mei 1907, W. 8632; HR 12 juni 1953, NJ 1953, 635; HR 26 november 1982, NJ 1983, 124 (Struik/NMB).

³ Zie bijvoorbeeld HR 17 februari 1843, W. 410 en HR 29 januari 1920, NJ 1920, p. 225.

VERHOEVEN

overeenkomsten tot schuldoverneming die voorkomen in (vennootschapsrechtelijke) familieverhoudingen, teneinde te voorkomen dat de debiteur door de schulden in financiële problemen komt.⁴

In de hierboven gegeven voorbeelden is het veelal de bedoeling van debiteur en overnemer dat slechts de verplichting tot betaling van de bestaande schuld overgaat. Zij wensen niet dat de overnemer op grond van een nieuwe verbintenis in een rechtsbetrekking tot de crediteur komt te staan.⁵ Ook de crediteur die met de overdracht van een schuld instemt, wenst niet dat de bestaande verbintenis tenietgaat, waardoor eventueel verleende zekerheden en andere accessoire rechten komen te vervallen.

Langzamerhand vond binnen de Nederlandse rechtswetenschap de gedachte ingang dat het overeenkomstig de gebruiken in de praktijk mogelijk moet zijn om een bestaande schuld onder instandhouding van de verbintenis aan een derde over te dragen. Meijers sloot zich bij deze opvatting aan. Wel achtte Meijers het op zijn plaats om in het NBW een regeling betreffende de schuldoverneming op te nemen, teneinde te bepalen ‘(...) op welke wijze met welke rechtsgevolgen een schuldoverneming plaatsvindt; (...)’.⁶

Bij het ontwerp van de regeling in het NBW heeft Meijers zich voornamelijk laten leiden door de regeling inzake de schuldoverneming die sedert 1900 in de §§ 414 tot en met 418 BGB was opgenomen. Een bespreking van de Duitse regeling is derhalve voor het Nederlandse recht relevant.

2. De achtergrond van de Duitse regeling

Evenals in het *ius commune* was het ook in het Duitse rechtswetenschap uit de eerste helft van de negentiende eeuw onomstreden dat een schuld niet kon worden overgedragen aan een opvolger zonder dat de verbintenis teniet ging.

Delbrück, rechter op het Noord-Duitse eiland Rügen, achtte dit uitgangspunt onjuist. Als praktijkjurist constateerde hij dat partijen geregeld beogen om een bestaande schuld over te dragen zonder dat het de bedoeling is dat daarmee een nieuwe verbintenis in het leven wordt geroepen. Indien de praktijk behoefte heeft aan deze mogelijkheid, aldus Delbrück, dan is het niet aan de wetenschap om te bepalen dat dit in strijd zou zijn met het geldende rechtssysteem. Integendeel, het is volgens hem juist de taak van de rechtswetenschap om overeenkomsten gericht op de overdracht van een schuld van een juridische basis te voorzien.⁷

⁴ Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 14 oktober 1879, W. 4501; HR 11 juni 1976, NJ 1976, 488 (nt. GJS) (Maquinaria Textil del Norte de Espana/Maduro & Curiel's Bank N.V.).

⁵ TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 572.

⁶ TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 571.

⁷ B. Delbrück, *Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte*, Berlin 1853, p. 7.

SCHULDOVERNEMING

Naar de mening van Delbrück is de handelwijze in de praktijk om een bestaande schuld onder instandhouding van de verbintenis over te dragen zeer wel in overeenstemming te brengen met de uitgangspunten van het geldende verbintenissenrecht. Anders dan in het Romeinse recht zou in het Duitse verbintenissenrecht niet zozeer de nadruk liggen op de verbintenis als een hoogstpersoonlijke betrekking, maar veel meer op de vordering en de schuld die zij in het leven roept. Vordering en schuld worden in het Duitse recht beschouwd als vermogensbestanddelen, als ‘zaken’. Evenals andere zaken kan ook de schuld als vermogensbestanddeel worden overgedragen, zonder dat dit leidt tot een wijziging van de schuld.⁸ De schuldoverneming leidt daarmee tot een opvolging onder bijzondere titel in de schuld.

Het verschijnen van Delbrücks studie leidde binnen de Duitse rechtswetenschap tot een fundamenteel debat over de vraag of het stelsel van het verbintenissenrecht het inderdaad toelaat om een schuld over te dragen.⁹ Het resultaat van dit debat was dat binnen een betrekkelijk korte periode algemeen werd aanvaard dat een schuldoverneming volgens het geldende recht mogelijk is. Daarbij werd echter niet voortgebouwd op de opvatting van Delbrück, die stelde dat de schuldoverneming kan worden gezien als de overdracht van een vermogensbestanddeel, maar het was daarentegen de zienswijze die Windscheid in reactie op de studie van Delbrück ontvouwde, die in de Duitse rechtswetenschap werd gevolgd.

Windscheid besprak in 1853 in de *Kritische Übersicht* de theorie van Delbrück.¹⁰ Hij achtte de zienswijze dat de schuld een vermogensbestanddeel is en om die reden voorwerp kan zijn van een overdracht, onjuist. Maar Windscheid verwerpt niet het uitgangspunt van Delbrück dat de negatieve zijde van de verbintenis vatbaar is voor een opvolging onder bijzondere titel. De verbintenis is erop gericht, aldus Windscheid, dat er door de debiteur een bepaalde prestatie wordt verricht. De crediteur heeft recht op deze prestatie. Hierdoor roept de verbintenis een band in het leven tussen de twee betrokken partijen. Aan de actieve zijde kan deze band door de crediteur worden overgedragen aan een ander zonder dat daardoor de band teniet gaat:

‘Gebrauchen wir das Bild, von dem die Bezeichnung ‘obligatio’ hergenommen ist. Dem Gläubiger ist der Wille des Schuldners gebunden; das Band, mit dem ihm derselbe gebunden

⁸ Delbrück, *Die Übernahme fremder Schulden*, p. 10 e.v.

⁹ Zie over het belang van Delbrücks studie ten aanzien van het ontstaan van de discussie over de mogelijkheid van schuldoverneming onder meer O. Bähr, *Verträge zu Gunsten Dritter*, in: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht* 1863, p. 171; H. Gürgens, ‘Die Singularsuccession in die Schuld’, in: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht* 1866, p. 221; W. von Blume, ‘Zur Lehre von der Schuldübernahme’, in: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht* 1898, p. 392.

¹⁰ B. Windscheid, *Die Singularsuccession in Obligationen*, in: *Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1853, p. 27-46.

ist, gibt er einem andern in die Hand; dieser hat es nun; ist das Band nicht mehr dasselbe, weil ein anderes es in der Hand hält?’¹¹

Maar waarom zou een dergelijke overdracht aan de passieve zijde niet eveneens mogelijk zijn. Dat zou alleen zo zijn als de vervanging van de debiteur ‘(...) in die juristische Bestimmtheit der Obligation tiefer eingreift, als der Eintritt eines neuen Gläubigers’.¹² Volgens Windscheid is dat niet het geval. In de meeste gevallen kan de prestatie evengoed worden verricht door een ander dan de debiteur.

Windscheid onderkende dat de economische waarde van een vordering afhankelijk is van de persoon van de debiteur en diens kredietwaardigheid. Immers, ‘Es fordert der Eine in derselben Weise, wie der Andere, aber es zahlt nicht der Eine in derselben Weise, wie der Andere.’¹³ Een vervanging van de debiteur kan daarom niet plaatsvinden buiten de crediteur om. Het is echter niet nodig dat de crediteur als partij meewerkt aan de overeenkomst die is gericht op de vervanging van de debiteur. De overeenkomst tot schuldoverneming kan worden gesloten tussen de debiteur en de overnemer, waarna de overeenkomst haar volledige werking krijgt door het verlenen van de toestemming door de crediteur.

Deze zienswijze van Windscheid op de schuldoverneming als de vervanging van de debiteur in de verbintenis wordt aan het einde van de negentiende eeuw binnen de Duitse rechtswetenschap algemeen aanvaard. Zij wordt beschouwd als een toepassing van het beginsel van opvolging onder bijzondere titel op de schuld.¹⁴

Wel is er nog discussie over het karakter van de medewerking die de crediteur moet verlenen. Zo wordt onder meer door Blume betoogd dat de noodzakelijke medewerking van de crediteur er in de praktijk toe leidt dat deze partij wordt bij de overeenkomst tot schuldoverneming.¹⁵ Feitelijk is het volgens hem zo dat de overnemer, die aan de crediteur goedkeuring vraagt voor een schuldoverneming, aan de crediteur een aanbod doet om met de overnemer een schuldoverneming aan te gaan. De goedkeuring die de crediteur vervolgens verleent is niets meer dan een aanvaarding van dit aanbod. De schuldoverneming is derhalve niet het gevolg van een overeenkomst tussen de debiteur en de overnemer, maar van een overeenkomst tussen de overnemer en de crediteur.

De meeste auteurs zijn echter van mening dat deze zienswijze geen recht doet aan de gang van zaken in de praktijk. Het zwaartepunt van de schuldoverneming ligt bij de overeenkomst tussen de debiteur en de overnemer. De medewerking van de crediteur beperkt zich over het algemeen tot het geven van zijn goedkeuring. Hij is niet op de hoogte

¹¹ Windscheid, *Kritische Übersicht*, p. 40.

¹² Windscheid, *Kritische Übersicht*, p. 43.

¹³ Windscheid, *Die Actio des römischen Zivilrechts*, Düsseldorf 1856, p. 204.

¹⁴ Gürgens, *Singularsuccession*; Regelsberger, *Die Schuldübernahme und die §§ 414-418 des BGB*, in: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht* 1898; B. Windscheid - Th. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, zweiter Band, Frankfurt a.M. 1900, p. 367 e.v.

¹⁵ Von Blume, *Zur Lehre von der Schuldübernahme*, p. 390-428.

SCHULDOVERNEMING

van de volledige inhoud van de overeenkomst tussen debiteur en overnemer, zodat niet kan worden verondersteld dat de crediteur tot deze overeenkomst toetreedt.¹⁶ Volgens Regelsberger moet de medewerking van de crediteur worden vergeleken met de goedkeuring die een eigenaar van een zaak verleent aan de verkoop van de hem toebehorende zaak door een derde. Zoals de beschikkingshandeling door deze derde alsnog volledige werking kan krijgen door de goedkeuring achteraf door de eigenaar, zo krijgt ook de beschikking door de debiteur en de overnemer over de vordering van de crediteur werking door de achteraf te verlenen toestemming. Regelsberger noemt zijn theorie, waarin de toestemming wordt beschouwd als een goedkeuring van een beschikking, de beschikkingstheorie.¹⁷

De zienswijze van Regelsberger kan aan het einde van de negentiende eeuw als algemeen aanvaard worden beschouwd en zij wordt blijkens de *Motive* ook overgenomen door de wetgever. Omtrent de wijze waarop een schuldoverneming tot stand wordt gebracht, bepaalt § 415 BGB eerste lid:

Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab.

Daarnaast is in § 414 BGB nog de mogelijkheid opgenomen om een schuldoverneming tot stand te brengen door een overeenkomst tussen de debiteur en de crediteur. Deze paragraaf bepaalt:

Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, dass der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt.

In de *Motive* is expliciet gesteld dat beide vormen van schuldoverneming leiden tot een opvolging onder bijzondere titel in de schuld.¹⁸

Hoewel door het vooropstellen in § 414 BGB van de schuldoverneming door middel van een overeenkomst tussen debiteur en crediteur wellicht een andere indruk wordt gewekt, komt in de praktijk een overneming op de wijze van § 415 BGB het meeste voor. Dit was reeds zo ten tijde van de invoering van het BGB en het geldt ook nog steeds voor het huidige Duitse recht.¹⁹

¹⁶ Gürgens, *Singularsuccession*, p. 262 ; Regelsberger, *Die Schuldübernahme*, p. 473.

¹⁷ Regelsberger, *Die Schuldübernahme*, p. 473: '(...) ich möchte sie der Verfügungstheorie nennen (...)'.
¹⁸ Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band*, Berlin 1899, p. 78.

¹⁹ Mugdan, *Motive*, p. 79; K.W. Nörr, R. Scheyhing, *Handbuch des Schuldrechts, Band 2 Sukzessionen*, Tübingen 1983, p. 28.

VERHOEVEN

De wetgever kon er echter niet mee volstaan om te bepalen op welke wijze een schuldoverneming tot stand kan worden gebracht. Door de schuldoverneming wordt weliswaar de overnemer de nieuwe schuldenaar van de schuldeiser, maar de schuld spruit voort uit de rechtsverhouding waarin de oorspronkelijke schuldenaar tot de schuldeiser stond en na de overneming blijft staan. De vraag is in hoeverre gebeurtenissen in deze rechtsverhouding de schuld nog kunnen beïnvloeden. De overnemer op zijn beurt heeft de schuldoverneming gesloten met de debiteur. Meestal maakt de overeenkomst tot schuldoverneming deel uit van een meer omvattende rechtsverhouding tussen overnemer en debiteur. Gebeurtenissen in de verhouding met de debiteur zouden mee kunnen brengen dat de overnemer zich niet langer gehouden voelt om de schuld te voldoen.

De wetgever moest derhalve ook vaststellen welke invloed van de verschillende rechtsverhoudingen kan uitgaan op de verhouding tussen overnemer en schuldeiser. In § 417 BGB wordt voor beide wijzen van schuldoverneming bepaald welke verweermiddelen de overnemer kan ontlenen aan de rechtsverhouding waarin de crediteur tot de debiteur staat en welke hij kan ontlenen aan de rechtsverhouding waarin hij zelf tot de debiteur staat. § 418 BGB geeft aan wat de gevolgen zijn van de schuldoverneming voor de ten behoeve van de crediteur gestelde zekerheidsrechten.

Alvorens hieronder de uitleg van de §§ 414-418 in de literatuur en rechtspraak zal worden besproken, zal allereerst een aantal algemene uitgangspunten van de regeling nader worden toegelicht.

3. Het goederenrechtelijke karakter van de overeenkomst

Hierboven is reeds uiteengezet dat de Duitse wetgever zich in het BGB heeft aangesloten bij de in de wetenschap aanvaarde opvatting dat de schuldoverneming kan worden beschouwd als een opvolging onder bijzondere titel in de passieve zijde van de verbintenis.

Een schuldoverneming op grond van de §§ 414 en 415 BGB heeft derhalve als gevolg dat de schuld onder instandhouding van de oorspronkelijke verbintenis overgaat op de opvolgend debiteur. De overneming leidt dus niet tot een nieuwe schuld, maar zij heeft ten gevolge dat de vordering zich niet langer richt tot de oorspronkelijke debiteur, maar tot de overnemer. De oorspronkelijke debiteur wordt hierdoor bevrijd. In de Duitse literatuur wordt de schuldoverneming ook wel voorgesteld als een wijziging van de richting van de verbintenis.²⁰

²⁰ Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 369; L. Enneccerus - H. Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen 1950, p. 320; R. Weber, *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band II, 2. Teil*, Berlin 1978, p. 3 (verder geciteerd als BGB-RGRK-Weber); W. Zeiss, *Bürgerliches Gesetzbuch (Kolhammer-Kommentar), Band 2/1*

SCHULDOVERNEMING

Deze zienswijze impliceert dat de overeenkomst tot schuldoverneming niet de verplichting legt op de overnemer om de schuld op zich te nemen, maar dat zij is gericht op de onmiddellijke overgang van de schuld op de debiteur. Dit is reeds terug te vinden in de in de *Motive*, waarin op dit punt wordt bepaald:²¹

‘Der in §§ 314, 315²² geregelte Vertrag ist auf unmittelbaren Übergang der Schuld vom alten Schuldner auf den neuen gerichtet, nicht auf Begründung einer persönlichen Verpflichtung zur Schuldübernahme.’

Deze zienswijze is ook in de moderne Duitse literatuur nog steeds de heersende.²³

Omdat de overeenkomst niet een verplichting voor de debiteur in het leven roept om de schuld over te nemen, maar direct is gericht op de overgang van de schuld, wordt zij wel als een goederenrechtelijke overeenkomst aangeduid. In de *Motive* wordt reeds ten aanzien van het karakter van de overeenkomst opgemerkt dat zij een ‘sog. dinglicher Vertrag’ is.²⁴ Ook het Reichsgericht kwalificeerde in zijn uitspraak van 10 maart 1906 de overeenkomst uit hoofde van § 415 BGB als een ‘dinglichen Vertrag’.²⁵ In de literatuur is deze kwalificatie eveneens terug te vinden.²⁶

In de moderne Duitse literatuur wordt wel betoogd dat de overeenkomst naast een goederenrechtelijk karakter ook een obligatoir karakter heeft. Dit zou voortvloeien uit de omstandigheid dat de overnemer niet alleen opvolgt in de schuld, maar zich tevens verbindt jegens de crediteur.²⁷ De opvatting dat de overeenkomst tot schuldoverneming zowel een beschikkingshandeling als een obligatoire handeling is, wordt aangeduid met de term ‘Doppelgeschäftstheorie’.²⁸

Dat de overeenkomst tot schuldoverneming tevens een obligatoir karakter zou hebben, omdat de overnemer zich jegens de crediteur verbindt, wordt door Nörr ontkend.²⁹ Volgens Nörr is de verplichting van de overnemer om de verschuldigde prestatie te voldoen een gevolg van de opvolging in de schuld.

Schuldrecht I/1, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1986, p. 1683 e.v.; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 285. Rechtspraak: RG 70, 415.

²¹ Mugdan, *Motive*, p. 79.

²² Dit zijn in het definitieve ontwerp de §§ 414 en 415 BGB.

²³ H. Kaduk, *Staudingers Kommentar zum BGB, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse*, 12e druk, Berlijn 1992, p. 953; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 286; BGB-RGRK-Weber, p. 3; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1683.

²⁴ Mugdan, *Motive*, p. 79.

²⁵ RGZ 63, 43, 46.

²⁶ BGB-RGRK-Weber, p. 3.

²⁷ BGB-RGRK-Weber, p. 10; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 937; idem, p. 969 en 979; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1688.

²⁸ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 977.

²⁹ Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 286.

Dit standpunt lijkt mij juist. De overgang van de schuld onder bijzondere titel heeft rechtstreeks ten gevolge dat de debiteur wordt bevrijd en dat de overnemer in het vervolg is verbonden om de verschuldigde prestatie te verrichten. De schuldoverneming laat de verbintenis intact en roept voor de overnemer niet een nieuwe verplichting in het leven. Vandaar dat de overeenkomst in dit opzicht niet als een obligatoire rechtshandeling kan worden aangemerkt.

Dezelfde benadering als in het Duitse recht heeft vooropgestaan bij het ontwerp van de regeling in het Nederlandse recht. Meijers stelt in zijn toelichting dat de schuldoverneming de rechtshandeling is ‘(...) waarbij onder bijzondere titel de schuldenaar wordt vervangen door een andere schuldenaar, met handhaving van de identiteit van de verbintenis.’³⁰ Expliciet wordt gesteld dat zij geen obligatoire rechtshandeling is.³¹

In ons recht kan de schuldoverneming echter niet als een goederenrechtelijke overeenkomst worden getypeerd. De goederenrechtelijke overeenkomst kan worden omschreven als de overeenkomst die de overdracht van een goed dan wel de vestiging van een beperkt recht daarop bewerkstelligt.³² Een schuld is in de terminologie van de artikelen 3:1 BW jo. 3:2 en 3:6 BW geen goed, zodat de overeenkomst die is gericht op de overdracht van de schuld niet als goederenrechtelijk kan worden gekwalificeerd.

4. *Vormvereisten*

Voor de overeenkomst tot schuldoverneming gelden naar Duits recht geen bijzondere vormvoorschriften. Het bereiken van wilsovereenstemming is voldoende, zodat de overeenkomst zowel schriftelijk als mondeling en ook stilzwijgend tot stand kan komen.³³ Wel zal voor het aannemen van een overeenkomst tot schuldoverneming duidelijk moeten blijken dat de wil van de crediteur mede is gericht op het ontslag van de debiteur.³⁴

Deze vormvrijheid kan in de praktijk aanleiding geven tot problemen. Begripsmatig kan de bevrijdende schuldoverneming namelijk eenvoudig worden onderscheiden van andere overeenkomsten die de betaling van de schuld van een ander tot voorwerp hebben. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op de borgtocht, waarbij een derde zich subsidiair verbindt jegens de crediteur om de schuld te voldoen. Ook worden in de praktijk

³⁰ TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 571.

³¹ TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 574.

³² Voor de omschrijving van de zakelijke en goederenrechtelijke overeenkomst, zie J.L. den Dulk, *Enkele beschouwingen over de aard en de betekenis van de zakelijke overeenkomst*, Acad. Prft. Groningen 1979.

³³ Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 372; BGB-RGRK-Weber, p. 7; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1689. RGZ 51, 120 en 122

³⁴ RG HRR 1930, nr. 1205.

SCHULDOVERNEMING

overeenkomsten gesloten, waarbij een derde zich hoofdelijk naast de debiteur verbindt voor de betaling van de schuld.³⁵ Tenslotte kan een derde zich ook uitsluitend jegens de debiteur verbinden om diens schuld te voldoen, zonder dat het de bedoeling is dat daardoor een aanspraak van de crediteur op de derde ontstaat. Deze overeenkomst wordt wel met de term betalingsovereenkomst aangeduid.

In de praktijk is het in veel gevallen moeilijk vast te stellen welke van deze overeenkomsten partijen bij het aangaan ervan op het oog hadden. Blijkt bij de uitvoering van de overeenkomst dat hierover geen eenstemmigheid bestaat, dan zal via de uitleg van de overeenkomst en op grond van de verklaringen die partijen over en weer hebben afgelegd, de bedoeling van partijen moeten worden achterhaald. Uit de literatuur en rechtspraak blijkt dat er geen algemene regel is te formuleren aan de hand waarvan deze vraag kan worden beantwoord.³⁶

5. De aard van de over te nemen schuld

In het BGB is de mogelijkheid om schulden over te nemen niet afhankelijk gesteld van de inhoud van de prestatie die moet worden verricht.

Het is de algemene opvatting dat in beginsel iedere schuld het voorwerp van een overneming kan zijn en dat de regeling zeker niet is beperkt tot de overneming van geldschulden.³⁷ Zo wordt bijvoorbeeld de overneming van de verplichting tot persoonlijke dienstverlening mogelijk geacht.³⁸ Een overneming wordt in het algemeen niet mogelijk geacht, als de schuld zozeer is verbonden aan de persoon van de schuldenaar dat nakoming objectief gezien niet door een andere debiteur kan geschieden, omdat daardoor de prestatie een wezenlijk andere inhoud krijgt.³⁹

Ten aanzien van de cessie van de vordering is in § 399 BGB op dit punt de mogelijkheid uitgesloten om vorderingen over te dragen die door de wijziging van de crediteur een andere inhoud krijgen.⁴⁰ Hierbij kan gedacht worden aan een voorkeursrecht van een crediteur of aan het recht op persoonlijke dienstverlening. Een gelijksoortig verbod ontbreekt ten aanzien van de schuldoverneming. Het opnemen van een

³⁵ In navolging van het Duitse recht wordt in ons recht voor deze overeenkomst wel de term cumulatieve schuldoverneming gebruikt, tegenover de term privatieve schuldoverneming voor de overeenkomst waarbij de overnemer zich in plaats van de debiteur verbindt.

³⁶ Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 323; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 287; BGB-RGRK-Weber, p. 11.

³⁷ BGB-RGRK-Weber, p. 6.

³⁸ BGB-RGRK-Weber, p. 6. BGHZ 28, 99, 103.

³⁹ Mugdan, *Motive*, p. 80; Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 382; BGB-RGRK-Weber, p. 6.

⁴⁰ § 399 BGB: Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann (...).

uitzondering wordt ten aanzien van de overneming van schulden over het algemeen minder noodzakelijk geacht, omdat voor de overneming van een schuld de medewerking van de schuldeiser nodig is. Deze kan zijn medewerking weigeren, indien hij van oordeel is dat de overnemer niet in staat is om dezelfde prestatie te leveren.⁴¹ Daarmee wordt het aan de crediteur overgelaten om te bepalen of de verbintenis wijzigt door de overdracht van de schuld.

Deze opvatting is naar mijn mening niet juist. De schuldoverneming werd vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw mogelijk geacht, omdat de gedachte ingang vond dat de verbintenis niet alleen wordt bepaald door partijen, maar eveneens door de prestatie die moet worden verricht. In de gevallen dat de prestatie niet verandert door een wijziging van de debiteur, kan worden aanvaard dat de identiteit van de verbintenis gehandhaafd blijft. Dit geldt echter slechts voor verbintenissen die zijn gericht op een geven. Als de debiteur verplicht is om een naar soort of een individueel bepaalde zaak te geven, dan kan deze prestatie evengoed door een ander worden verricht. Is de verbintenis daarentegen gericht op een doen of op een nalaten, dan verandert de prestatie van karakter als deze door een ander wordt verricht. Wijziging van de debiteur impliceert in deze gevallen een schuldvernieuwing. Een schuldoverneming is ten aanzien van deze verbintenissen dan ook niet mogelijk. Dit staat niet ter vrije beoordeling van de crediteur.

6. Totstandkoming van de schuldoverneming op grond van § 414 BGB

Krachtens § 414 BGB kan de schuld van de oorspronkelijke debiteur worden overgenomen door een daartoe strekkende overeenkomst tussen de crediteur en de overnemer.⁴² De oorspronkelijke schuldenaar, die door deze overeenkomst wordt bevrijd, is hierbij niet betrokken. Hij is geen partij bij de rechtshandeling en evenmin is de geldigheid van de overneming van zijn goedkeuring afhankelijk.⁴³ Zelfs kan de debiteur tegen zijn zin bevrijd worden van zijn schuld.⁴⁴

Volgens sommige auteurs zou de schuldenaar, die door een overeenkomst op grond van § 414 BGB wordt bevrijd, de mogelijkheid hebben om de schuldoverneming ongedaan te maken.⁴⁵ Deze bevoegdheid zou kunnen worden ontleend aan een analoge toepassing van § 333 BGB.⁴⁶ In deze paragraaf wordt aan een derde de mogelijkheid geboden om een

⁴¹ BGB-RGRK-Weber, p. 6.

⁴² § 414 BGB: Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, dass der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt.

⁴³ Mugdan, *Motive*, p. 79; BGB-RGRK-Weber, p. 15; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1689; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 321; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 952.

⁴⁴ BGB-RGRK-Weber, p. 15; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1689.

⁴⁵ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 953.

⁴⁶ § 333 BGB: Weist der Dritte das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht als nicht erworben.

SCHULDOVERNEMING

recht, dat door een overeenkomst tussen twee andere partijen aan hem is toegekend, af te wijzen.

De toekenning van deze bevoegdheid lijkt mij niet juist. Bij de bevrijdende schuldoverneming in de zin van § 414 BGB is geen sprake van toekenning van een recht aan de oorspronkelijke schuldenaar, maar wordt de schuldenaar van een verplichting bevrijd. Daarom moet geen aansluiting worden gezocht bij § 333 BGB, maar bij § 267 BGB, welke de betaling door een derde regelt.⁴⁷ Nu in deze paragraaf uitdrukkelijk de mogelijkheid wordt geboden dat de verplichting van een schuldenaar zonder zijn medewerking door een derde kan worden voldaan, is er geen reden om de schuldenaar die door een schuldoverneming wordt bevrijd, de bevoegdheid toe te kennen om deze bevrijding ongedaan te maken.⁴⁸

In de Nederlandse regeling is niet de mogelijkheid opgenomen om door een overeenkomst tussen de crediteur en de overnemer een schuldoverneming tot stand te brengen. De reden daarvan is dat Meijers een schuldoverneming zonder medeweten van de debiteur in strijd achtte met de uitgangspunten van ons verbintenissenrecht, omdat bijvoorbeeld artikel 6:160 BW voor de kwijtschelding ook de medewerking van de debiteur vereist. Daar staat echter tegenover dat in artikel 6:30 BW eveneens voor ons recht is erkend dat een schuld zonder medewerking van de debiteur door een derde kan worden betaald. Ook een schuldvernieuwing waarbij de debiteur wordt vervangen kan zonder medewerking van de debiteur plaatsvinden.⁴⁹ Omdat de schuldoverneming een grote gelijkenis vertoont met de betaling door een derde en de schuldvernieuwing, mag worden aangenomen dat ook een schuldoverneming in ons recht kan plaatsvinden op de wijze zoals geregeld in § 414 BGB.

7. Totstandkoming van de schuldoverneming op grond van § 415 BGB

7.1 De overeenkomst tot schuldoverneming

§ 415 BGB biedt de mogelijkheid om een schuldoverneming tot stand te brengen door een overeenkomst tussen de overnemer en de oorspronkelijke debiteur.⁵⁰ Voor deze mogelijkheid is gekozen, omdat zij aansluit bij de normale gang van zaken in de praktijk.

⁴⁷ § 267 BGB: (1) Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich.

⁴⁸ BGB-RGRK-Weber, p. 15; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1689.

⁴⁹ Dit is de zogenaamde *expromissio*, die onder het oude recht in art. 1452 OBW expliciet werd toegestaan. Ditzelfde wordt aangenomen voor het huidige recht. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 571.

⁵⁰ § 415 BGB: (1) Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab. Die Genehmigung kann erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat. Bis zur Genehmigung können die Parteien den Vertrag ändern oder aufheben.

VERHOEVEN

In de meeste gevallen wordt een overeenkomst tot schuldoverneming namelijk gesloten tussen debiteur en overnemer als onderdeel van een meer omvattende rechtsverhouding. Zo handelt de overnemer van een handelszaak die toezegt ook de passiva voor zijn rekening te nemen, rechtstreeks met de debiteur. Ook de koper van een onroerende zaak die in mindering op de koopprijs een hypothecaire verplichting op zich neemt, handelt slechts met de schuldenaar en niet met de schuldeiser.

Omdat door de schuldoverneming in de positie van de crediteur wordt ingegrepen, dient zij vanzelfsprekend niet buiten hem om te kunnen plaatsvinden. Om die reden bepaalt § 415 BGB dat de overeenkomst pas haar werking krijgt als de crediteur zijn toestemming aan de overneming heeft verleend, nadat hij hiervan door partijen op de hoogte is gesteld. De crediteur wordt door het verlenen van zijn toestemming echter geen partij bij de overeenkomst. Deze overeenkomst blijft een tweezijdige rechtshandeling tussen debiteur en overnemer.⁵¹

Voor dezelfde oplossing heeft ook de Nederlandse wetgever gekozen. Op grond van artikel 6:155 BW komt een schuldoverneming tot stand door een overeenkomst tussen debiteur en overnemer, waaraan de crediteur zijn toestemming verleent:

Een schuld gaat van een schuldenaar over op een derde, indien deze haar van de schuldenaar overneemt. De schuldoverneming heeft pas werking jegens de schuldeiser, indien deze zijn toestemming geeft nadat partijen hem van de overneming kennis hebben gegeven.

7.2 De kennisgeving

§ 415 BGB bepaalt dat de crediteur pas zijn toestemming kan verlenen, nadat hij door een van de partijen van de overneming in kennis is gesteld. Deze bepaling bestempelt de kennisgeving derhalve tot een constitutief vereiste voor de geldigheid van de toestemming. Het Reichsgericht karakteriseerde de kennisgeving dan ook als een '(...) gesetzliche Voraussetzung für die Zulässigkeit der Genehmigung des Gläubigers.'⁵²

Het gevolg van deze bepaling is dat een toestemming die zonder voorafgaande kennisgeving is verleend, geen rechtsgevolgen heeft.⁵³ Raakt de crediteur derhalve toevallig op de hoogte van de overeenkomst tot schuldoverneming, dan is het voor hem niet mogelijk om door het verlenen van zijn toestemming de overeenkomst ook ten opzichte van hem haar werking te verlenen.⁵⁴

⁵¹ BGB-RGRK-Weber, p. 18; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 288; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 964; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1688.

⁵² RGZ 134, 185, 187.

⁵³ RG HRR 1933, nr. 1415.

⁵⁴ RG HRR 1928, nr. 825.

SCHULDOVERNEMING

De bepaling is opgenomen in het belang van de debiteur en de overnemer. Op deze wijze wordt voorkomen dat de crediteur, die zelf geen partij is bij de overeenkomst, zou kunnen ingrijpen in de rechtsverhouding van partijen op een tijdstip dat partijen dat zelf nog niet wenselijk vinden. Het kan zijn dat zij bijvoorbeeld nog de mogelijkheid willen openhouden om de overeenkomst ongedaan te maken of te wijzigen.⁵⁵ Nu de crediteur de kennisgeving moet afwachten, kunnen partijen het zelf in de hand houden of en vanaf welk moment de rechtsgevolgen van de overeenkomst in werking treden.

Omdat de voorwaarde van de kennisgeving is gesteld in het belang van debiteur en overnemer, wordt soms in de rechtspraak een toestemming zonder voorafgaande kennisgeving toch geldig geacht, indien blijkt dat de belangen van debiteur en overnemer hierdoor niet worden geschaad.

In de zaak die leidde tot de uitspraak van het Oberlandesgericht te Danzig d.d. 29 februari 1928 had de crediteur via een derde vernomen dat een schuld aan hem was overgenomen.⁵⁶ Nog voordat de crediteur door een van de partijen van de overneming in kennis was gesteld, sprak de crediteur de overnemer tot betaling aan. In antwoord hierop werd de crediteur door de opvolgend debiteur van de overneming in kennis gesteld. Het Oberlandesgericht zag vervolgens geen reden om aan de toestemming van de crediteur haar werking te onthouden, hoewel de kennisgeving niet aan de toestemming vooraf was gegaan. Volgens het Hof was uit de houding van debiteur en overnemer niet gebleken dat zij hun belangen geschaad achtten door de zonder voorafgaande kennisgeving verleende toestemming.

Kaduk acht het uitgangspunt van de wetgever, dat de crediteur zijn toestemming pas kan geven nadat hem van de schuldoverneming mededeling is gedaan, onjuist.⁵⁷ Omdat door de schuldoverneming wordt ingegrepen in de positie van de crediteur, moet deze volgens Kaduk ook de bevoegdheid hebben om onafhankelijk van een kennisgeving definitief aan de schuldoverneming haar werking te verlenen of deze aan haar te onthouden.

De zienswijze van Kaduk lijkt mij niet juist. De toestemming van de schuldeiser is de voorwaarde om de overeenkomst tot schuldoverneming in de verhouding tot de schuldeiser zijn werking te laten verkrijgen. Zolang de schuldeiser zijn toestemming niet heeft verleend, wordt er in zijn rechtspositie geen wijziging gebracht. De schuldeiser, die toevalligerwijze voorafgaand aan de kennisgeving op de hoogte raakt van de schuldoverneming, heeft dan ook geen belang om terstond in de rechtsverhouding van debiteur en overnemer in te grijpen.

Daarentegen zou hij wel inbreuk maken op de belangen van de debiteur en overnemer, als hij de schuldoverneming werking verleent op een moment dat dit voor partijen nog niet wenselijk is of als het nog niet zeker is of zij de schuldoverneming ook in de verhouding

⁵⁵ Mugdan, *Motive*, p. 79; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 291; BGB-RGRK-Weber, p. 21; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1689. HRR 1928, nr. 2268.

⁵⁶ HRR 1928, nr. 2268.

⁵⁷ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 969.

tot de crediteur werking willen verlenen. Terecht heeft de wetgever aan de belangen van debiteur en overnemer de voorkeur gegeven.

De kennisgeving kan gedaan worden door zowel de oorspronkelijke debiteur als door de overnemer.⁵⁸ Om haar werking te hebben moet zij de crediteur hebben bereikt. Voor de geldigheid van de kennisgeving is het echter niet noodzakelijk dat zij rechtstreeks aan de schuldeiser wordt gericht, maar is het voldoende dat hij uiteindelijk van de kennisgeving op de hoogte raakt.⁵⁹

Zo was in de zaak die leidde tot de uitspraak van het Reichsgericht d.d. 13 februari 1932 de kennisgeving gericht aan een persoon van wie de debiteuren veronderstelden dat hij door cessie schuldeiser geworden was.⁶⁰ In werkelijkheid was deze persoon op het moment van de kennisgeving nog geen schuldeiser, maar verwierf hij de vordering pas op een later tijdstip. Na de overdracht van de vordering gaf de cessionaris alsnog zijn toestemming aan de schuldoverneming op basis van de eerder aan hem gerichte kennisgeving. Het Reichsgericht besliste dat de gedane kennisgeving voldoende grondslag bood voor een geldige toestemming door de cessionaris.

Wel moet worden aangenomen dat in dit geval de cessionaris pas geldig zijn toestemming kan verlenen, nadat hij door voltooiing van de cessie crediteur is geworden. Een voor dat tijdstip gedane toestemming heeft, daar zij uitgaat van een niet-schuldeiser, geen rechtsgevolgen.

Het omgekeerde kan zich natuurlijk ook voordoen. Het kan voorkomen dat de schuldeiser in kennis wordt gesteld van de overneming, maar dat de schuldeiser zijn vordering inmiddels aan een derde heeft overgedragen. De crediteur zendt de kennisgeving vervolgens door naar de cessionaris. In een dergelijk geval behoort in de lijn van de hierboven aangehaalde uitspraak de middellijke ontvangst van de kennisgeving niet aan haar geldigheid in de weg te staan, zodat de cessionaris na de ontvangst van de kennisgeving rechtsgeldig zijn toestemming kan verlenen.

De door het Reichsgericht gekozen oplossing lijkt mij juist. Het vereiste van de kennisgeving is immers gegeven in het belang van debiteur en overnemer. Door het stellen van deze eis kunnen zij zelf in de hand houden vanaf welk moment de rechtsgevolgen van de schuldoverneming in werking treden. Weliswaar moet de kennisgeving, om haar werking te hebben, de partij tot wie zij is gericht hebben bereikt, maar het is niet in het belang van debiteur en overnemer om de werking te onthouden aan een kennisgeving die weliswaar aan een verkeerde persoon is gericht, maar die de crediteur uiteindelijk wel bereikt.

⁵⁸ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 968; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 321; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1689; BGB-RGRK-Weber, p. 22; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 292. RG HRR 1931, nr. 495; RG HRR 1933, nr. 1415.

⁵⁹ BGB-RGRK-Weber, p. 22; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 292.

⁶⁰ RG HRR 1932, nr. 1294.

SCHULDOVERNEMING

Over het algemeen wordt aangenomen dat de kennisgeving geen rechtshandeling is.⁶¹ Deze opvatting is ook terug te vinden in de rechtspraak. In zijn uitspraak van 21 november 1931 oordeelde het Reichsgericht omtrent het rechtskarakter van de kennisgeving:

‘(...) die Mitteilung an den Gläubiger ist kein rechtsgeschäftlicher Bestandteil der Schuldübernahme, sondern lediglich eine gesetzliche Voraussetzung fuer die Zulässigkeit der Genehmigung des Gläubigers.’⁶²

Wel wordt over het algemeen gesteld dat de kennisgeving is aan te merken als een wilsverklaring waarop de wettelijke bepalingen omtrent handelingsbekwaamheid, vertegenwoordiging en vernietiging van rechtshandelingen van toepassing zijn.⁶³ Ook volgens het Reichsgericht is de kennisgeving een ‘(...) formlose Willenserklärung i.S. der §§ 130-132 BGB’.⁶⁴

Omdat de kennisgeving een wilsverklaring is waarop de algemene bepalingen betreffende de wilsverklaringen van toepassing zijn, worden aan de kennisgeving geen vormvereisten gesteld. Dat brengt met zich mee dat zij niet uitdrukkelijk hoeft te geschieden, maar dat zij ook stilzwijgend kan plaatsvinden.⁶⁵

In de zaak die leidde tot de uitspraak van het Reichsgericht van 2 mei 1929 sprak de schuldeiser de overnemer in rechte aan, nog voordat de schuldeiser van de schuldoverneming op de hoogte was gesteld.⁶⁶ De overnemer erkende vervolgens in de procedure de door de eiser gestelde schuldoverneming. Het Reichsgericht zag in deze erkenning een kennisgeving van de overeenkomst door de overnemer aan de crediteur.

⁶¹ Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 321; BGB-RGRK-Weber, p. 22; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 970. In andere zin Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1689, die spreekt over een ‘rechtsgeschäftliche Handlung’.

⁶² RGZ 134, 185, 187. In dezelfde zin BGB-RGRK-Weber, p. 22.

⁶³ Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 321; BGB-RGRK-Weber, p. 22; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 970. In het Duitse recht wordt tegenwoordig een onderscheid gemaakt tussen de rechtshandeling (Rechtsgeschäft) en de wilsverklaring (Willenserklärung). In de moderne opvatting is de wilsverklaring slechts een onderdeel van de rechtshandeling. Voor de totstandkoming van de rechtshandeling zijn naast de wilsverklaring ook andere bestanddelen noodzakelijk, zoals bijvoorbeeld een tweede wilsverklaring (bij overeenkomsten) of vormvereisten. Slechts in enkele gevallen bestaat de rechtshandeling uit alleen een wilsverklaring. Zie Staudinger-Dilcher, Einl. zu § 104-185 Rzz. 2, 3, 4 en 12; Sörgel-Hefermahl, Vor § 116 Rzz. 1 en 2. Deze zienswijze wijkt af van die van de wetgever die, in navolging van onder meer Savigny (*System*, p. 5 en 6) de begrippen rechtshandeling en wilsverklaring veeleer als synoniem opvatte. *Motive I*, S. 126: ‘Die Ausdrücke Willenserklärung und Rechtsgeschäft sind der Regel nach als gleichbedeutend gebraucht.’

⁶⁴ RG HRR 1931, nr. 495. Zie ook RGZ 136, 91, 96, waar wordt gesproken van een ‘Willenserklärung’ en RG HRR 1933, nr. 1415, waar de term ‘empfangsbedürftige Willensäußerung’ wordt gebruikt.

⁶⁵ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 969; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 291.

⁶⁶ RGZ 125, 100, 104.

Wel moet uit de kennisgeving duidelijk blijken dat de overeenkomst tussen debiteur en overnemer is gericht op een bevrijdende schuldoverneming.⁶⁷ Zo overwoog het Reichsgericht dat de schuldeiser uit de kennisgeving moet kunnen afleiden dat de debiteur door het verlenen van toestemming van zijn aansprakelijkheid zal zijn bevrijd.⁶⁸ In het betalen van de rente of een gedeeltelijke aflossing van de schuld kan daarom op zich nog geen kennisgeving worden gezien.⁶⁹

De wet schrijft geen termijn voor waarbinnen de kennisgeving moet plaatsvinden. Nörr gaat er vanuit dat zelfs nog jaren na het sluiten van de overeenkomst tot schuldoverneming een geldige mededeling aan de crediteur kan worden gedaan.⁷⁰ Deze opvatting is ook terug te vinden in de rechtspraak. Gewezen kan worden op een uitspraak van het Reichsgericht van 21 november 1931.⁷¹

Op 15 februari 1918 had de Mittelstandsbank een stuk grond, waarop ten laste van de bank een hypotheek was gevestigd, verkocht aan S (eiser). S neemt in mindering op de koopprijs de hypotheecaire schuld over. Op 4 januari 1923 lost hij de schuld af aan de schuldeiser, Frau H.

Vervolgens ging de Mittelstandsbank, de oorspronkelijke debiteur, failliet. In het faillissement werd ontdekt dat de genoemde schuld nimmer formeel was overgedragen aan S. Op grond van het Aufwertungsgesetz was echter nog een herwaardering van de schuld mogelijk op initiatief van de crediteur.⁷² De boedel van de bank was er dus bij gebaat dat de schuld alsnog officieel op S zou overgaan. Zij kon dan immers niet voor de verhoging van de schuld worden aangesproken. Vandaar dat er op 8 december 1927 mededeling werd gedaan aan Frau H dat de schuld op 15 februari 1918 door S was overgenomen. De crediteur stemde met de overneming in en sprak S prompt aan tot een herwaardering van de schuld op grond van het Aufwertungsgesetz.

In navolging van de lagere rechter oordeelde het Reichsgericht dat de kennisgeving, ondanks het verstrijken van de lange periode, rechtsgeldig was gedaan en dat de op de kennisgeving volgende toestemming een overgang van de schuld bewerkstelligde.⁷³ Het gevolg was dat S aansprakelijk was voor de betaling van het bedrag van de herwaardering.

⁶⁷ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 969; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 291.

⁶⁸ RG HRR 1928, nr. 1880.

⁶⁹ BGB-RGRK-Weber, p. 23; RG HRR 1928, nr. 1880.

⁷⁰ Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 291.

⁷¹ RGZ 134, 185.

⁷² Het Aufwertungsgesetz van 16 juli 1925 gaf een regeling voor de herwaardering van oude markschulden. Op grond van deze wet werden onder meer uitstaande en ook reeds afgeloste hypotheekschulden gerevaloriseerd tot 25% van de nominale goudwaarde.

⁷³ Zie ook RGZ 56, 200, waarin het Reichsgericht overweegt dat het de bedoeling is van partijen dat de oorspronkelijke debiteur uit zijn gebondenheid wordt bevrijd. Vandaar dat de kennisgeving, die een voorwaarde is om bevrijding van de debiteur tot stand te brengen, ook nog na lange tijd kan worden gedaan.

SCHULDOVERNEMING

§ 415 BGB bepaalt dat partijen de bevoegdheid hebben om de overeenkomst nog te wijzigen of op te heffen, zolang de crediteur zijn toestemming niet heeft verleend.⁷⁴ Doen zij dit, dan sorteert een naar aanleiding van de eerste overeenkomst gegeven toestemming geen effect.

Het Nederlandse recht wijkt op het punt van de kennisgeving niet veel af van de Duitse regeling. Ook op grond van artikel 6:155 BW kan de crediteur zijn toestemming slechts verlenen, nadat hij door partijen van de overneming in kennis is gesteld. Anders dan in het Duitse recht moet de kennisgeving van beide partijen uitgaan.⁷⁵

De kennisgeving is in ons recht wel een rechtshandeling, zodat de bepalingen van titel 3.2 BW op haar van toepassing zijn. Tot praktische verschillen met de Duitse regeling leidt dit niet.

Hoewel een expliciete bepaling op dat punt ontbreekt, moet ook voor ons recht worden aangenomen dat partijen tot aan het verlenen van de toestemming nog de mogelijkheid hebben om de overeenkomst op te heffen of te wijzigen. De wetgever achtte dit ook zonder uitdrukkelijke bepaling vanzelfsprekend.⁷⁶ Het zou volgens de wetgever onder meer kunnen worden afgeleid uit het bepaalde in artikel 6:219 BW omtrent de mogelijkheid tot herroeping van een aanbod.⁷⁷

7.3 De toestemming

De toestemming van de schuldeiser wordt in de *Motive* gekarakteriseerd als een eenzijdige rechtshandeling.⁷⁸ Ook in de literatuur wordt de toestemming beschouwd als een rechtshandeling, waardoor de overeenkomst die is gesloten tussen de debiteur en de overnemer de door hen beoogde rechtsgevolgen verkrijgt.⁷⁹ In de Duitse rechtspraak wordt de toestemming evenals de kennisgeving niet als een rechtshandeling, maar als een wilsverklaring aangeduid.⁸⁰

⁷⁴ § 415 Abs. 1 BGB: Bis zur Genehmigung können die Parteien den Vertrag ändern oder aufheben.

⁷⁵ MvA, Parl. Gesch. Boek 6, p. 578.

⁷⁶ MvA, Parl. Gesch. Boek 6, p. 578.

⁷⁷ In deze zin ook B. van Marwijk Kooy, *Overgang van vorderingen en schulden. Monografieën Nieuw BW B-44*, Deventer 1985, p. 36; M.P. van Achterberg, *Overgang van vorderingen en schulden, Monografieën Nieuw BW B-44*, Deventer 1999, p. 61.

⁷⁸ Mugdan, *Motive*, p. 79.

⁷⁹ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 972; BGB-RGRK-Weber, p. 23; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1690.

⁸⁰ RG HRR 1931, nr. 495: 'Willenserklärung'; RG HRR 1928, nr. 1878: 'empfangsbedürftige Willenserklärung'.

Omdat de toestemming een wilsverklaring is, zijn de §§ 182, 183 en 184 BGB van toepassing.⁸¹ Deze paragrafen geven een aantal algemene regels omtrent de voorwaarden waaronder een rechtshandeling, die geen rechtsgevolgen heeft omdat zij door een niet-bevoegde is verricht, door het verlenen van toestemming door de wel bevoegde persoon alsnog geldigheid kan verkrijgen.

Op grond van § 182 Abs. 1 BGB kan de crediteur zijn toestemming naar eigen keuze aan de oorspronkelijke debiteur of aan de overnemer richten.⁸² Aan de geldigheid van de toestemming worden uit hoofde van § 182 Abs. 2 BGB⁸³ geen vormvereisten gesteld, ook niet als eventueel voor de rechtshandeling waaraan de toestemming wordt gegeven, wel vormvoorschriften gelden.⁸⁴

Dat brengt mee dat de toestemming stilzwijgend kan worden verleend en onder omstandigheden uit gedragingen van de crediteur kan worden afgeleid.⁸⁵ Wel zal voor het concluderen tot de aanwezigheid van toestemming duidelijk moeten zijn dat de wil van de crediteur daadwerkelijk is gericht op het ontslag van de oorspronkelijke debiteur uit zijn aansprakelijkheid.⁸⁶ In het enkele stilzwijgen van de crediteur mag derhalve geen toestemming worden gezien,⁸⁷ ook niet als de crediteur bij het sluiten van de overeenkomst aanwezig was.⁸⁸

Het in ontvangst nemen van rente- of aflossingstermijnen wordt niet zonder meer gezien als een verleende toestemming aan het ontslag van de oorspronkelijke debiteur.⁸⁹ Dit lijkt mij juist. In het Duitse recht kan een derde bevrijdende betalingen doen aan de crediteur. Dit brengt mee dat de crediteur betalingen kan aanvaarden zonder dat dit tot gevolg heeft dat hij zijn rechten uit de vordering jegens de debiteur prijsgeeft. Dit is in beginsel niet anders als hem inmiddels is verzocht om toestemming te verlenen aan de overneming van de schuld.

Als de crediteur daarentegen zelf de overnemer tot betaling aanspreekt, als hij een schuld aan de overnemer verrekent of als hij op andere wijze betaling van de vordering

⁸¹ Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1690; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 293; BGB-RGRK-Weber, p. 19; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 972. RGZ 134, 187; RG HRR 1931, nr. 495.

⁸² § 182 Abs. 1: Hängt die Wirksamkeit eines Vertrags oder eines einseitigen Rechtsgeschäfts, das einem anderen gegenüber vorzunehmen ist, von der Zustimmung eines Dritten ab, so kann die Erteilung sowie der Verweigerung der Zustimmung sowohl dem einen als dem anderen Teile gegenüber erklärt werden.

⁸³ § 182 Abs. 2: Die Zustimmung bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form.

⁸⁴ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 972; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1690; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 293; BGB-RGRK-Weber, p. 23; RG HRR 1928, nr. 1284.

⁸⁵ RG HRR 1928, nr. 1284; RGZ 107, 216.

⁸⁶ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 973; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1690; RG HRR 1928, nr. 1284, idem, nr. 1879, idem, nr. 2267; RGZ 136, 91, 95.

⁸⁷ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 972; BGB-RGRK-Weber, p. 23; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 321. RG HRR 1928, nr. 2267.

⁸⁸ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 973.

⁸⁹ Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1690; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 973; BGB-RGRK-Weber, p. 23. RG HRR 1928, nr. 1879.

SCHULDOVERNEMING

door de overnemer afdwingt, dan zal in deze gedraging een toestemming aan de overneming moeten worden gezien.⁹⁰ Ook de rechtspraak heeft deze consequentie aanvaard. Zo oordeelde het Reichsgericht in zijn uitspraak van 4 december 1930 dat '(...) die Genehmigung (...) auch stillschweigend, bes. durch Anstellung der Klage erklärt werden (...)’ kan.⁹¹

Dit standpunt lijkt mij juist. De schuldeiser is bevoegd om betalingen van een derde in ontvangst te nemen, maar hij ontleent aan de overeenkomst met zijn debiteur geen recht om een derde tot betaling aan te spreken. Als de schuldeiser, nadat hem is gevraagd zijn medewerking te verlenen aan een bevrijdende schuldoverneming, zelfstandig de overnemer aanspreekt, dan mogen partijen er vanuit gaan dat hij de overnemer als gevolg van de overgang van de schuld als zijn wederpartij is gaan beschouwen. Het aanspreken van de overnemer impliceert derhalve dat de crediteur aan de schuldoverneming zijn toestemming heeft gegeven.

In de rechtspraak en literatuur is erkend dat conform § 183 BGB⁹² de toestemming ook voorafgaand aan de overeenkomst tot schuldoverneming kan worden gegeven.⁹³ In dat geval is de overneming vanaf het moment van het sluiten van de overeenkomst werkzaam.⁹⁴

De mogelijkheid om toestemming te verlenen is in beginsel niet aan een bepaalde termijn gebonden.⁹⁵ Dit brengt met zich dat nog geruime tijd na de kennisgeving van de schuldoverneming, op een moment dat partijen daarop wellicht niet meer bedacht zijn, de crediteur de schuld door het alsnog verlenen van zijn toestemming kan doen overgaan op de overnemer.

Een dergelijk geval deed zich voor in het geschil dat leidde tot de uitspraak van het Reichsgericht van 17 februari 1911.⁹⁶

Op 4 februari 1905 had M een stuk grond verkocht aan T. Terzake van de betaling van de koopprijs bleef T een bedrag van 5400 Mark schuldig tegen een rente van 4%. Op 11 december 1905 verkocht T de grond door aan B, onder de afspraak dat B de schuld van 5400 Mark aan M zou overnemen. M werd van de overneming in kennis gesteld en vanaf de

⁹⁰ Mugdan, *Motive*, p. 80; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 972; BGB-RGRK-Weber, p. 23; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1690; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 296.

⁹¹ RG HRR 1931, nr. 495. In dezelfde zin reeds RG HRR 1928, nr. 825. In andere zin werd nog geoordeeld in RGZ 19, 253 en RGZ 107, 215.

⁹² § 183 BGB: Die vorherige Zustimmung (Einwilligung) ist bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich, soweit nicht aus dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse sich ein anderes ergibt. Der Widerruf kann sowohl dem einen als dem anderen Teile gegenüber erklärt werden.

⁹³ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 973; BGB-RGRK-Weber, p. 20; RGZ 60, 415; RG HRR 1933, nr. 1415.

⁹⁴ RG HRR 1933, nr. 1415.

⁹⁵ Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1690; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 293; BGB-RGRK-Weber, p. 23.

⁹⁶ RGZ 75, 338.

VERHOEVEN

overneming betaalde B de rente aan M. Op 28 juli 1906 verkocht B de grond aan G, die in mindering op de koopprijs de schuld van 5400 Mark aan M van B overnam. Ook G verkocht de grond door aan een zekere Gr en in januari 1908 werd het perceel wegens schulden van Gr executoriaal verkocht.

Op 3 februari 1908 verleende M vervolgens toestemming aan de schuldooverneming, die op 11 december 1905 tussen T en B was overeengekomen. Daarna sprak M B aan tot betaling van de schuld.

In hoger beroep had het Oberlandesgericht geoordeeld dat de schuldooverneming tussen T en B slechts was aangegaan voor de periode dat B eigenaar zou zijn van de grond waarop de hypotheek was gevestigd. Vandaar dat het Oberlandesgericht oordeelde dat de toestemming die was gegeven na de vervreemding van de grond door B geen effect meer kon hebben voor de overgang van de schuld en dat B om die reden niet tot betaling was gehouden.

Terecht merkte het Reichsgericht op dat dit standpunt erop neer komt dat de crediteur slechts zijn toestemming zou kunnen verlenen zolang de overnemer eigenaar is van het perceel. Verleent hij zijn toestemming na de vervreemding van de grond door de overnemer aan een derde, dan kan aan de schuldooverneming geen effect meer worden gegeven en zou de oorspronkelijke debiteur gebonden blijven om de schuld te voldoen. Het is volgens het Reichsgericht de vraag of de wil van de debiteur daarop is gericht. In veel gevallen zal de debiteur er juist vanuit gaan dat hij door de overeenkomst tot schuldooverneming definitief zal zijn bevrijd. Vandaar dat volgens het Reichsgericht niet zonder meer kan worden aangenomen dat partijen zouden hebben afgesproken dat de mogelijkheid van de crediteur om zijn toestemming te verlenen in tijd beperkt is.⁹⁷

Een tweede argument van het Oberlandesgericht was dat het pas zo laat geven van de toestemming door de crediteur in strijd is met de goede trouw, zodat op die grond de overnemer niet gehouden zou zijn om de schuld te voldoen. Het Reichsgericht oordeelde echter dat de mogelijkheid om toestemming te verlenen niet aan een termijn is gebonden, zodat louter in het late tijdstip van de toestemming geen onrechtmatigheid mag worden gezien. Het Gericht besliste dan ook dat ten gevolge van de toestemming de schuld op B was overgegaan, zodat deze jegens M gehouden was om haar af te lossen.

De opvatting van het Reichsgericht lijkt een ernstige inbreuk te maken op de belangen van de overnemer. Bedacht moet echter worden, en ook het Reichsgericht overwoog dat in de hier aangehaalde uitspraak, dat partijen de mogelijkheid hebben om de schuldeiser een termijn te stellen om zijn toestemming te verlenen. Op grond van § 415 Abs. 2 BGB wordt de toestemming geacht te zijn geweigerd als de crediteur binnen de gestelde termijn zijn toestemming niet verleent. Op deze wijze kan de overnemer voorkomen dat hij na verloop van tijd verrast wordt met een alsnog gegeven toestemming.

⁹⁷ Al eerder had het Reichsgericht (RGZ 56, 200) in een soortgelijke zaak beslist dat de opvatting van het Oberlandesgericht de overnemer een zeer eenvoudig middel zou geven om bevrijding van de debiteur uit de verbintenis te voorkomen.

SCHULDOVERNEMING

De bevoegdheid om aan de crediteur een termijn te stellen waarbinnen de toestemming kan worden verleend, komt zowel aan de debiteur als aan de overnemer toe. Mocht het zich voordoen dat beide partijen een verschillende termijn stellen, dan wordt over het algemeen aangenomen dat de kortste termijn doorslaggevend is. De motivering die hiervoor wordt gegeven is dat beide termijnen rechtsgeldig zijn, zodat na afloop van de kortste termijn het beoogde rechtsgevolg intreedt.⁹⁸

Naar mijn mening behoort in het geval dat de debiteur en de overnemer ieder een afzonderlijke termijn stellen, slechts die termijn te gelden die als eerste aan de crediteur is medegedeeld. Het stellen van een termijn heeft namelijk terstond rechtsgevolg; aan de crediteur wordt immers de bevoegdheid verleend om tot aan de afloop van de termijn zijn toestemming te verlenen. Als de ene partij bij de overeenkomst tot schuldoverneming gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om een termijn te stellen, dan kan in de rechtsgevolgen die hierdoor in het leven zijn geroepen niet eenzijdig door de andere partij een wijziging worden aangebracht door het stellen van een kortere termijn.

Voorts is in de rechtspraak erkend dat de crediteur de mogelijkheid heeft om aan de toestemming voorwaarden te verbinden.⁹⁹ Zo kan de crediteur bijvoorbeeld als voorwaarde stellen dat hij slechts instemt met de overneming als door derde gestelde zekerheden in stand blijven.¹⁰⁰ De mogelijkheid om voorwaarden aan de toestemming te verbinden, wordt in de literatuur niet bestreden.¹⁰¹

Het kan zich voordoen dat een schuld meer keren achter elkaar wordt overgenomen nog voordat de schuldeiser aan de voorafgaande overneming of overnemingen zijn toestemming heeft verleend. De vraag is dan of de crediteur aan alle overnemingen zijn toestemming moet verlenen of dat hij ermee kan volstaan om zijn toestemming aan de laatste overneming te verlenen, teneinde te bereiken dat de schuld op de laatste overnemer overgaat.

In de zaak die leidde tot de uitspraak van het Reichsgericht d.d. 21 juni 1928 oordeelde het Reichsgericht in laatstbedoelde zin.¹⁰²

J had een schuld aan K, tot zekerheid waarvan een hypotheek was gevestigd op een perceel van J. Dit perceel werd achtereenvolgens doorverkocht aan Ha, F en Ho gezamenlijk, vervolgens aan Fi en dan aan Fr, telkens onder instandhouding van de hypotheek en

⁹⁸ In deze zin Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 971; BGB-RGRK-Weber, p. 24; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 322. In andere zin Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 293, die zonder motivering stelt dat de langste termijn doorslaggevend is.

⁹⁹ RGZ 131, 154.

¹⁰⁰ § 418 BGB bepaalt onder meer dat een door een derde gestelde zekerheid teniet gaat, indien de derde niet met de overneming instemt. Zie hieronder, § 8.2.

¹⁰¹ Uitdrukkelijke instemming betuigt Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 974.

¹⁰² RGZ 121, 315 (=HRR 1928, nr. 1878).

VERHOEVEN

overneming van de schuld aan K. Uiteindelijk verleende K zijn toestemming aan de schuldoverneming aan Fr en sprak hem aan tot betaling.

Fr ontkende in de procedure dat hij door het verlenen van de toestemming door K diens persoonlijk schuldenaar was geworden. Hij voerde daartoe aan dat aan de voorafgaande overnemingen geen toestemming was verleend, zodat de voorafgaande eigenaren van de grond geen debiteuren waren geworden van K. Derhalve had hij, Fr, de overeenkomst tot schuldoverneming niet met een debiteur gesloten, hetgeen wel een voorwaarde is voor een geldige overneming op grond van § 415 BGB.

Het Reichsgericht aanvaardde dit verweer van Fr echter niet. Het overwoog dat in het geval van opeenvolgende schuldovernemingen de crediteur ermee kan volstaan om zijn toestemming te verlenen aan de overnemer, op wie de schuld uiteindelijk moet overgaan.

Ter motivering van zijn standpunt voerde het Reichsgericht aan dat iedere tussenliggende overnemer op grond van § 415 Abs. 3 BGB, indien niet anders is afgesproken, jegens zijn voorganger de verplichting heeft om hem te vrijwaren voor aanspraken door de crediteur.¹⁰³ Hoewel de tussenliggende overnemers door het ontbreken van toestemming zelf geen debiteur zijn geworden, is door de vrijwaringsverplichting de oorspronkelijke schuld wel voorwerp van de overeenkomst tussen de laatste overnemer en diens voorganger. Ook de laatste overneming is gericht op voldoening van de oorspronkelijke vordering van de crediteur. Vandaar dat volgens het Reichsgericht de toestemming aan de laatste overnemer voldoende is om de schuld op hem te doen overgaan. Een tegengestelde opvatting zou weliswaar

‘ (...) der Buchstaben des Gesetzes angepasst [sein], musste aber seinem Sinne gegenüber als eine unbefriedigende Lösung erscheinen, und zwar um so mehr, als so eine Benachteiligung des Gläubigers herbeigeführt würde, dem es nicht gelang, die Zwischenglieder zu ermitteln und sie zur Mitteilung der Schuldübernahme zu veranlassen.’

Wel voegt het Reichsgericht eraan toe dat de toestemming aan de laatste overnemer alleen dan voldoende is als er een aaneengesloten rij van overnemingen aan vooraf gegaan is. Anders zou er geen verbinding meer zijn met de oorspronkelijke schuld. Dat brengt onder meer mee dat de redenering slechts opgaat zolang kan worden aangenomen dat alle overnemers op grond van § 415 Abs. 3 BGB gehouden zijn om hun voorganger te vrijwaren. Mocht ten aanzien van een van de overnemers deze vrijwaringsplicht niet gelden, omdat deze een daartoe strekkend beding heeft gemaakt, dan is er niet voldaan aan de redenering van het Reichsgericht dat er een aaneengesloten rij van overnemingen is, waardoor de oorspronkelijke schuld voorwerp is van de laatste overeenkomst tot schuldoverneming.

Deze opvatting van het Reichsgericht is eveneens in andere uitspraken terug te vinden.¹⁰⁴ Ook in de literatuur is zij algemeen aanvaard.¹⁰⁵

SCHULDOVERNEMING

§ 184 BGB¹⁰⁶ brengt mee dat het verlenen van de toestemming terugwerkende kracht heeft tot het sluiten van de overeenkomst tot schuldoverneming.¹⁰⁷ Dat betekent dat het tijdstip van het aangaan van de overeenkomst bepalend is voor de overgang van de schuld. Ook het Reichsgericht heeft dit in een aantal uitspraken bepaald. In het bijzonder heeft het bepaald dat de toestemming niet slechts terugwerkt tot het moment van de kennisgeving, omdat deze niet kan worden beschouwd als een rechtshandeling in de zin van § 184 BGB.¹⁰⁸ Is er sprake van een keten van schuldovernemingen, waarvan alleen de laatste de toestemming van de crediteur krijgt, dan zal in het geval men de opvatting van het Reichsgericht volgt dat deze toestemming een overgang van de schuld met zich brengt, moeten worden aangenomen dat de toestemming slechts terugwerkt tot aan het tijdstip van de overeenkomst die de laatste overnemer heeft gesloten, omdat uiteindelijk voor deze overeenkomst toestemming wordt gevraagd.

Lehmann¹⁰⁹ en Kaduk¹¹⁰ verbinden aan de terugwerkende kracht van de toestemming de consequentie dat de schuld overgaat op de overnemer in de hoedanigheid waarin zij zich bevindt op het moment van het sluiten van de overeenkomst tot schuldoverneming. Rechtsfeiten ten aanzien van de schuld die zich tussen het aangaan van de overeenkomst en het verlenen van de toestemming tussen de crediteur en de debiteur ten aanzien van de schuld hebben voorgedaan, zoals het aanzeggen van rentetermijnen of het doen van een betaling, zouden door de terugwerkende kracht van de toestemming niet doorwerken in de verhouding van de crediteur met de overnemer. Nörr ontkent deze consequentie en gaat er vanuit dat de handelingen van de crediteur of de debiteur die invloed hebben op de schuld, hun werking ook na de toestemming behouden.¹¹¹

Op zich is het juist dat het verlenen van terugwerkende kracht aan de toestemming tot aan het moment waarop de overeenkomst tot schuldoverneming is aangegaan, meebrengt dat dit gevolgen kan hebben voor de omvang waarin de schuld overgaat. Het toekennen van terugwerkende kracht aan een rechtshandeling brengt immers mee dat de rechtsgevolgen van deze handeling op een eerder tijdstip intreden dan het moment waarop de handeling is verricht. Voor de schuldoverneming betekent dit dat de debiteur op het

¹⁰³ Zie hieronder, § 7.4.

¹⁰⁴ RGZ 121, 315, 316; RG HRR 1928, nr. 2087; RG HRR 1931, nr. 401.

¹⁰⁵ Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 321; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1691; BGB-RGRK-Weber, p. 19.

¹⁰⁶ § 184 BGB: (1) Die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) wirkt auf den Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

¹⁰⁷ Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, p. 373; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 321; BGB-RGRK-Weber, p. 19; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 974; Zeiss, p. 1690.

¹⁰⁸ RGZ 120, 151, 153; RGZ 134, 185, 187.

¹⁰⁹ Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 321.

¹¹⁰ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 999.

¹¹¹ Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 294.

moment van de overeenkomst geacht wordt uit de verbintenis te zijn bevrijd, zodat handelingen die na het sluiten van de overeenkomst met de debiteur zijn aangegaan, achteraf blijken te zijn verricht met iemand die geen partij meer was bij de verbintenis.

Het gevolg daarvan is dat handelingen die voor hun geldigheid met de debiteur zelf moeten worden verricht, achteraf hun werking verliezen en daardoor ook geen gevolgen meer hebben op de omvang of de hoedanigheid van de schuld. Dit is op zichzelf een juiste consequentie. Op deze wijze wordt voorkomen dat de oorspronkelijke debiteur, voordat de crediteur toestemming geeft, ten nadele van de overnemer nog afstand zou kunnen doen van bepaalde verweermiddelen of dat hij nog nevenrechten kan aanvaarden, waaraan de overnemer vervolgens gebonden zou zijn. Ook wordt voorkomen dat de overnemer, nadat door de toestemming de schuld op hem is overgegaan, wordt verrast met rechtsmaatregelen, die pas zijn getroffen na het aangaan van de schuldoverneming, zoals een ingebrekestelling, een aangezegde rente of zelfs een geëntameerde procedure.

Het toekennen van terugwerkende kracht aan de toestemming betekent echter niet zonder meer dat alle wijzigingen die zich hebben voorgedaan na de overeenkomst tot schuldoverneming hun geldigheid verliezen. De verbintenis en daarmee dus de schuld, kunnen een blijvende invloed ondergaan van rechtsfeiten die zich in het tijdvak gelegen tussen de overeenkomst en de toestemming hebben voorgedaan. Dit geldt voor die rechtsfeiten, waarvan het niet van belang is of ze zich in de verhouding met de oorspronkelijke debiteur of in die met de overnemer hebben voorgedaan.

Kaduk en Lehmann stellen bijvoorbeeld dat de overnemer geen beroep kan doen op betalingen van de debiteur die zijn verricht in het tijdvak tussen het aangaan van de overeenkomst en het verlenen van de toestemming. Daarmee veronachtzamen zij echter dat betalingen rechtsgeldig door een derde kunnen worden verricht. Ook al kan de oorspronkelijke debiteur achteraf op het tijdstip van de betaling niet meer als debiteur aangemerkt worden, de overnemer kan zich wel beroepen op de geldigheid van de betaling, zodat ook voor hem de schuld voor het bedrag van de betaling teniet is gegaan.

Ook een door de debiteur ingeroepen vernietiging van de overeenkomst waaruit de verbintenis is voortgevloeid en welke tot gevolg heeft dat de overgenomen schuld vervalt, zal na de toestemming haar werking blijven behouden. Immers, de debiteur blijft na de overgang van de schuld zelf contractspartij bij de overeenkomst waaruit de verbintenis voortkomt. Na de overgang van de schuld heeft hij dus nog steeds de bevoegdheid om een beroep te doen op de vernietiging van de overeenkomst. Dat betekent dat ook de vernietiging die in het tijdvak tussen het sluiten van de schuldoverneming en het verlenen van de toestemming haar werking blijft houden.

Van ieder rechtsfeit dat voor het verlenen van de toestemming de schuld heeft beïnvloed, zal daarom afzonderlijk moeten worden vastgesteld of het na de toestemming zijn werking behoudt ten aanzien van de overnemend debiteur.

SCHULDOVERNEMING

Voor het Nederlandse recht geldt dat de toestemming kan worden gekwalificeerd als een rechtshandeling in de zin van titel 3.2 BW. Dit impliceert dat de bepalingen omtrent wilsonbreken op de toestemming van toepassing zijn.

Een groot verschil tussen de Duitse en de Nederlandse regeling is dat in het Nederlandse recht aan de toestemming terugwerkende kracht is onthouden.¹¹² De reden hiervoor was dat de wetgever wilde voorkomen dat de door de crediteur genomen rechtsmaatregelen door het verlenen van de toestemming van hun effect zouden worden beroofd. Voor de crediteur zou dit een reden kunnen zijn om zijn toestemming aan de schuldoverneming te onthouden, hoewel hij op zich tegen de overdracht van de schuld geen bezwaren heeft.

In ons recht gaat de schuld daarom pas over op het moment dat de toestemming wordt verleend. De wetgever vond het voor partijen echter minder gewenst dat zij hiermee in hun onderlinge verhouding het tijdstip van de overgang van de schuld niet meer zelf in de hand hadden. Vandaar dat is bepaald dat in de onderlinge verhouding de schuld terstond op het moment van het sluiten van de overeenkomst overgaat. In de visie van de wetgever worden de gevolgen van de schuldoverneming op deze wijze gerelativeerd.¹¹³

Deze voorstelling van zaken is echter minder gelukkig. Van een daadwerkelijke overgang van de schuld is ook in de verhouding tussen debiteur en overnemer eerst sprake als de overnemer door de crediteur kan worden aangesproken. Dit is pas vanaf het moment van de toestemming.¹¹⁴

7.4 De weigering

De weigering van de crediteur om zijn toestemming aan de schuldoverneming te verlenen wordt beschouwd als een rechtshandeling. Op haar zijn de §§ 130 tot en met 132 BGB van toepassing.¹¹⁵ Dat betekent dat de weigering, evenals de toestemming, vormloos en ook stilzwijgend kan geschieden. Uit § 415 Abs. 3 BGB volgt dat het laten verstrijken van een door partijen gestelde termijn eveneens als een weigering moet worden aangemerkt.

Evenals de toestemming kan een weigering pas plaatsvinden als de schuldeiser van de overneming in kennis is gesteld.¹¹⁶ Blijkens zijn uitspraak van 4 oktober 1928 is dit ook de opvatting van het Reichsgericht.¹¹⁷

¹¹² MvA, Parl. Gesch. Boek 6, p. 577 en 578.

¹¹³ MvA, Parl. Gesch. Boek 6, p. 578.

¹¹⁴ In dezelfde zin Van Marwijk Kooy, *Mon. Nieuw BW B-44*, p. 34; Van Achterberg, *Mon. Nieuw BW B-44*, p. 60.

¹¹⁵ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 983. RGZ 139, 127: 'Die Fassung des Gesetzes (...) spricht aber eher für als gegen die Ansicht, dass der Gesetzgeber grundsätzlich die Erklärung der Genehmigungsverweigerung für ein wirksames Rechtsgeschäft hält.' Zie ook RG HRR 1932, nr. 713. BGB-RGRK-Weber, p. 24 en Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1691 spreken beiden van een Willenserklärung.

¹¹⁶ Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 291; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1691.

¹¹⁷ RG HRR 1928, nr. 2269.

VERHOEVEN

In de zaak die aanleiding gaf tot deze uitspraak had M in 1922 een stuk grond verkocht aan L, die het perceel nog hetzelfde jaar had doorverkocht aan de gedaagde in de procedure. Zowel L als gedaagde hadden in mindering op de koopprijs een schuld van M aan de eiser in de procedure overgenomen. Voor deze schuld was een hypotheek op het betreffende perceel gevestigd.

Voor de overnemingen was geen toestemming gevraagd aan de schuldeiser, maar toen deze door een mededeling van het kadaster van de overneming op de hoogte werd gesteld, liet hij de laatste overnemer weten met de overneming in te stemmen als de overnemer bereid was om een hogere rente te betalen. Omdat de overnemer dit laatste weigerde, eiste de crediteur de schuld bij brief van 17 oktober 1922 op van de oorspronkelijke debiteur M. Als eigenaar van de verhypothekeerde grond werd ook de tweede overnemer hiervan op de hoogte gesteld. Deze betaalde vervolgens begin 1923 de schuld.

In 1925 sprak de schuldeiser de oorspronkelijke debiteur aan tot een verhoging van de schuld op grond van het Aufwertungsgesetz. Zowel de oorspronkelijke debiteur als L deelden daarop beide schuldovernemingen alsnog mee aan de crediteur. Deze gaf vervolgens zijn (onvoorwaardelijke) toestemming en sprak de tweede overnemer aan als debiteur.

In hoger beroep overwoog de rechter dat aan de toestemming geen werking kon worden toegekend, omdat bij brief van 17 oktober 1922 de toestemming reeds was geweigerd. De schuld was daardoor niet op de tweede overnemer overgegaan.

Het Reichsgericht overwoog echter dat de schuldoverneming op het tijdstip van het schrijven van de brief van 17 oktober 1922 nog niet was medegedeeld, zodat de crediteur ook nog niet voor de beslissing was gesteld of hij daadwerkelijk instemde met de schuldoverneming. Onder deze omstandigheden kon de brief van 22 oktober 1922 niet als een definitieve weigering worden beschouwd. Dat betekende dat de schuldeiser bevoegd was om na de ontvangst van de kennisgevingen door M en L in november 1925 zijn toestemming te verlenen. Hierdoor was de tweede overnemer alsnog debiteur geworden.

Vanaf het moment dat de kennisgeving aan de crediteur is gedaan, heeft deze de mogelijkheid om het door partijen gewenste gevolg te doen intreden. Heeft de crediteur eenmaal, uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend, zijn toestemming geweigerd, dan neemt de gebondenheid jegens de crediteur definitief een einde. Na een weigering kan de crediteur niet alsnog de schuldoverneming bewerkstelligen door het verlenen van zijn toestemming.¹¹⁸

Wel kan het eventueel zo zijn dat alsnog overeenkomstig het bepaalde in § 414 BGB een schuldoverneming tussen crediteur en overnemer totstandkomt.¹¹⁹ Dat zal zich voordoen als de toestemming van de crediteur tevens kan worden gezien als een aanbod om een schuldoverneming aan te gaan. Als de overnemer hierop ingaat, kan hierin een aanvaarding van het aanbod worden gezien, zodat een overeenkomst tussen crediteur en overnemer totstandkomt.

¹¹⁸ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 981; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1691; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 294; BGB-RGRK-Weber, p. 24. RGZ 139, 118; RG HRR 1930, nr. 1723; RG HRR 1932, nr. 713; BGHZ 13, 179, 187.

¹¹⁹ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 981; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 322; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1691; BGB-RGRK-Weber, p. 24.

SCHULDOVERNEMING

De toestemming zal in dat geval echter wel alle elementen moeten bevatten om tevens als een zelfstandig aanbod tot het aangaan van een schuldoverneming te kunnen worden beschouwd. De toestemming mag niet zonder meer worden beschouwd als een aanbod om een zelfstandige overeenkomst tot schuldoverneming aan te gaan.¹²⁰

Hetgeen hier is gesteld omtrent de weigering in het Duitse recht, geldt eveneens voor het Nederlandse recht.

Zolang de crediteur zijn toestemming nog niet heeft verleend en ook wanneer de toestemming is geweigerd, is in het Duitse recht de overnemer op grond van § 415 Abs. 3 BGB jegens de debiteur gebonden om de verschuldigde prestatie te verrichten:

Solange nicht der Gläubiger die Genehmigung erteilt hat, ist im Zweifel der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert.

De bepaling is blijkens haar redactie van aanvullend recht. Zij brengt mee dat de overeenkomst, indien partijen niet anders afspreken, niet alleen is gericht op de overgang van de schuld onder bijzondere titel, maar dat zij tegelijkertijd de subsidiaire verplichting voor de overnemer jegens de debiteur in het leven roept om de prestatie voor de oorspronkelijke debiteur te verrichten. Daarmee is de overeenkomst tot schuldoverneming in het Duitse recht op grond van deze wettelijke bepaling tevens een obligatoire overeenkomst.¹²¹

Een soortgelijke bepaling als § 415 Abs. 3 BGB ontbreekt in ons recht. Waar het gaat om het tijdvak tussen het aangaan van de overeenkomst en het moment van de toestemming, is dit vanzelfsprekend. In de visie van de Nederlandse wetgever zou de schuld in de verhouding tussen debiteur en overnemer terstond bij het sluiten van de overeenkomst op de laatste overgaan, zodat de overnemer vanaf dat moment logischerwijs ook verplicht is om de schuld te voldoen. Hierboven is uiteengezet dat er nog geen sprake is van overgang van de schuld zolang de crediteur zijn toestemming niet heeft verleend. Er wordt echter zoveel mogelijk recht gedaan aan de bedoeling van de wetgever als de overnemer in het tijdvak tussen het sluiten van de overeenkomst en het verkrijgen van de toestemming verplicht is om de debiteur te vrijwaren tegen aanspraken van de crediteur.

Is de toestemming eenmaal definitief geweigerd, dan mag naar mijn mening niet worden aangenomen dat de overeenkomst wordt omgezet in een betalingsovereenkomst. De overeenkomst is erop gericht dat de overnemer uiteindelijk de plaats inneemt van de debiteur en dat laatstgenoemde van zijn verplichting jegens de debiteur wordt bevrijd.

¹²⁰ Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 295.

¹²¹ Zoals in § 2 uiteen is gezet, wordt in de Duitse rechtswetenschap de overeenkomst tot schuldoverneming primair als een goederenrechtelijke overeenkomst beschouwd.

VERHOEVEN

Heeft de crediteur zijn toestemming geweigerd, dan staat het vast dat de bedoeling van debiteur en overnemer niet kan worden bereikt. Wordt in dit geval aangenomen dat de overnemer toch gehouden is de schuld te betalen, dan wordt aan de overeenkomst een inhoud gegeven die partijen bij het aangaan van de overeenkomst niet voor ogen stond.

8. *De rechtsverhouding tussen de overnemer en de crediteur na de schuldoverneming*

8.1 Verweermiddelen gegrond op de verbintenis tussen de crediteur en de debiteur

In § 417 BGB is bepaald dat de overnemer verweermiddelen kan ontleen aan de rechtsverhouding van de oorspronkelijke debiteur met de crediteur. § 417 Abs. 1 BGB luidt:

Der Übernehmer kann dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben. Eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung kann er nicht aufrechnen.

Op grond van deze bepaling kan de overnemer in beginsel alle verweermiddelen inroepen die ook aan de oorspronkelijke debiteur ten dienste zouden hebben gestaan als de schuld niet was overgegaan.¹²² De positie van de crediteur verbetert derhalve niet ten gevolge van de schuldoverneming.¹²³

Ook zonder deze uitdrukkelijke wetsbepaling geldt dit uitgangspunt, daar het voortvloeit uit het beginsel dat de overneming wordt beschouwd als een opvolging onder bijzondere titel in de passieve zijde van de verbintenis. Hierdoor blijft de verbintenis zelf in stand en ondergaat zij tengevolge van de overneming geen wijziging, zodat ook de verweermiddelen die aan de schuld zijn verbonden overgaan op de overnemer. Om die reden heeft de Nederlandse wetgever op dit punt geen afzonderlijke bepaling opgenomen.¹²⁴

De overnemer heeft een ruime bevoegdheid om verweermiddelen in te roepen.¹²⁵

Allereerst kan de overnemer zich beroepen op verweermiddelen die direct verbonden zijn aan de verbintenis. Gedacht kan worden aan een afspraak tot uitstel van betaling, een afspraak tot aflossing van de schuld in termijnen, een verjaring of aan een door de debiteur gedane deelbetaling of verrekening

¹²² RG HRR 1930, nr. 1213.

¹²³ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1004; BGB-RGRK-Weber, p. 31.

¹²⁴ TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 576.

¹²⁵ Zie voor een bespreking van deze verweermiddelen Mugdan, *Motive*, p. 80; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 310 e.v.; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1003 e.v.; BGB-RGRK-Weber, p. 31 e.v.; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1694 e.v.

SCHULDOVERNEMING

De verbintenis waaruit de overgenomen schuld voortvloeit is echter veelal onderdeel van een meer omvattende rechtsbetrekking tussen debiteur en crediteur. Zo staat de debiteur, die de verplichting tot betaling van de koopprijs aan de overnemer heeft overgedragen, op grond van de koopovereenkomst in een rechtsverhouding tot de crediteur. Ook op verweermiddelen die hun grondslag vinden in deze onderliggende rechtsverhouding kan de overnemer zich beroepen. Zo kan de overnemer zich volgens de meeste auteurs beroepen op de *exceptio non adimpleti contractus* als de crediteur zijnerzijds een verplichting jegens de oorspronkelijke debiteur nog niet is nagekomen en waaraan de oorspronkelijke debiteur de bevoegdheid zou hebben ontleend om de overgedragen verplichting op te schorten.¹²⁶

Ook kan de overnemer zich beroepen op de nietigheid van de onderliggende rechtshandeling op grond van bijvoorbeeld het ontbreken van een geldige wil of wegens strijd met de wet. De nietigheid heeft immers ten gevolge dat ook de overgenomen verbintenis niet blijkt te bestaan, zodat de verplichting van de overnemer vervalt. Hetzelfde geldt voor een door de debiteur ingeroepen vernietiging van de overeenkomst op grond van bijvoorbeeld een wilsgebrek.

Hoewel § 417 BGB dit niet bepaalt, wordt zij in het algemeen zo gelezen dat verweermiddelen alleen kunnen worden ingeroepen als zij hun grondslag vinden in de rechtsverhouding tussen de debiteur en crediteur, zoals die bestaat op het moment van de overgang van de schuld. Verweermiddelen die later zijn ontstaan, kunnen niet door de overnemer worden ingeroepen.¹²⁷

Bij een schuldoverneming op grond van § 414 BGB, die wordt gesloten tussen de crediteur en de overnemer, valt het tijdstip van de overgang samen met het aangaan van de overeenkomst. Ook in het geval van een schuldoverneming die op grond van § 415 BGB wordt aangegaan tussen de debiteur en de overnemer en die haar werking pas krijgt door de toestemming van de crediteur, wordt over het algemeen aangenomen dat het tijdstip van het aangaan van de overeenkomst beslissend is voor het antwoord op de vraag of verweermiddelen kunnen worden ingeroepen, daar de toestemming terugwerkende kracht heeft.¹²⁸

Voor een beroep op een verweermiddel is het voldoende dat deze zijn grondslag vindt in de rechtsverhouding tussen crediteur en debiteur op het moment van het sluiten van de overeenkomst. Het is niet noodzakelijk dat het verweermiddel op het moment van de schuldoverneming al daadwerkelijk door de oorspronkelijke debiteur kon worden ingeroepen. Verweermiddelen die pas zijn ontstaan door een rechtsfeit dat zich na de

¹²⁶ Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1694; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 310; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1004.

¹²⁷ Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1694; BGB-RGRK-Weber, p. 32; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 310; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1004.

¹²⁸ BGB-RGRK-Weber, p. 32; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1694; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1007; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 327; RG 134, 187.

schuldoverneming heeft voorgedaan, maar die uiteindelijk hun grondslag vinden in de verhouding waarin de crediteur voor de overneming tot de oorspronkelijke debiteur stond, kunnen eveneens door de overnemer worden ingeroepen.¹²⁹

Zo geeft Enneccerus het voorbeeld van de overnemer die de verplichting tot betaling van een koopprijs heeft overgenomen, terwijl de verkoper de verkochte zaak nog niet aan de koper heeft geleverd. Indien de zaak na de schuldoverneming aan de koper wordt geleverd en zij blijkt niet aan de overeenkomst te beantwoorden, dan ontleent de overnemer hieraan het recht om ook de verplichting tot betaling van de koopprijs op te schorten. Het verweer is weliswaar ontstaan na de schuldoverneming, maar het vindt zijn grondslag in de koopovereenkomst, die ten tijde van de overeenkomst reeds bestond.¹³⁰

Uit deze uitleg die in de Duitse literatuur aan § 417 BGB wordt gegeven, blijkt dat feitelijk wordt erkend dat het tijdstip van het aangaan van de schuldoverneming niet beslissend is voor de omvang waarin de schuld overgaat en dat de terugwerkende kracht van de toestemming niet zonder meer meebrengt dat iedere wijziging in de schuld die zich na het aangaan van de overeenkomst, maar voor het verlenen van de toestemming heeft voorgedaan, ongedaan wordt gemaakt.¹³¹

Een verweermiddel dat daarentegen zijn grondslag heeft in een na de overeenkomst tot schuldoverneming gemaakte afspraak tussen de debiteur en de crediteur, kan op grond van de terugwerkende kracht van de toestemming niet door de overnemer worden ingeroepen. Stel dat een holding met een dochteronderneming afsprekt dat zij de schulden terzake van levering van voorraden aan de dochter door leverancier A overneemt. A wordt van de schuldoverneming in kennis gesteld. Tussen de leverancier en dochter was destijds afgesproken dat over alle openstaande vorderingen een rente moet worden betaald van 12%. Nog voordat A zijn toestemming verleent weet de dochter met A af te spreken dat de rente over de op de dochter openstaande vorderingen wegens verlagingen van de rentevoet op de kapitaalmarkt wordt verlaagd naar 9%. Vervolgens geeft A toestemming aan de schuldoverneming. Omdat in dit geval de renteverlaging haar grondslag vindt in een afspraak die na de schuldoverneming is afgesproken, kan de holding door de terugwerkende kracht van de toestemming hierop geen beroep doen.

Uit het beginsel dat de overnemer een beroep kan doen op alle verweermiddelen die ook aan de debiteur ter beschikking stonden of zouden hebben gestaan, blijkt dat in de overneming geen erkenning mag worden gezien van het bestaan van de schuld en dat er

¹²⁹ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1007; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 327; BGB-RGRK-Weber, p. 33; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1699; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 310.

¹³⁰ Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 327.

¹³¹ Zie hierboven, § 7.3.

SCHULDOVERNEMING

evenmin een afstand van aan de debiteur toekomende verweermiddelen in mag worden gezien.¹³²

De overnemer is geen partij bij de rechtshandeling waaruit de overgenomen schuld voortvloeit. Ook door de overneming wordt hij hierbij geen partij.

De overnemer kan daarom de vordering tot nakoming niet afweren op een wijze waardoor hij zou ingrijpen in de onderliggende rechtsverhouding tussen de schuldeiser en de debiteur. Hij kan bijvoorbeeld niet de vernietiging inroepen van de overeenkomst op grond van dwaling of bedrog, ook al zou die mogelijkheid wel voor de debiteur openstaan. Evenmin staat het hem vrij om een verrekening in te roepen met een tegenvordering die de debiteur nog op de crediteur heeft.

Een andere vraag is of de overnemer er jegens de debiteur aanspraak op kan maken dat laatstgenoemde de vernietiging inroept. De vraag is in de Duitse literatuur niet veel besproken en lijkt ook in de rechtspraak niet tot problemen te leiden.

Kaduk is van oordeel dat de overnemer in de meeste gevallen inderdaad van de oorspronkelijke debiteur zal kunnen verlangen dat deze van zijn bevoegdheid tot vernietiging gebruik maakt.¹³³ Hij acht het in strijd met het beginsel van de goede trouw dat de debiteur de aanspraken van de crediteur jegens de overnemer in stand laat, terwijl die aanspraken alleen nog maar bestaan, omdat de vernietiging van de overeenkomst niet is ingeroepen.

Dit standpunt is naar mijn mening niet juist. Aan de overnemer is terecht niet de bevoegdheid gegeven om in te grijpen in de rechtsverhouding die er tussen de debiteur en crediteur ook na de overneming blijft bestaan. In het verlengde daarvan ligt dat de overnemer ook niet zonder meer van de debiteur kan verlangen dat hij gebruik maakt van een hem toekomend recht op vernietiging. Zou de overnemer deze aanspraak wel hebben, dan betekent dit dat hij indirect toch in de rechtsverhouding kan ingrijpen. Het dient daarom ter vrije beoordeling van de debiteur te staan of hij in de gegeven omstandigheden gebruik wenst te maken van een hem toekomend recht op vernietiging. Hij hoeft zich daarbij niet door de belangen van de overnemer te laten leiden, omdat deze niet door het afzien van de vernietiging wordt benadeeld. De overnemer heeft bij het aangaan van de overeenkomst tot schuldoverneming de schuld aanvaard zoals deze op het moment van het bestaan van de overeenkomst bestond. Aan de rechtsverhouding tot de debiteur ontleent hij geen belang tot ongedaanmaking van zijn verplichting om de schuld te voldoen.

Daar de overnemer geen beroep kan doen op de vernietiging van de overeenkomst tussen de debiteur en de crediteur en daar hij de debiteur ook niet kan aanspreken om de

¹³² Mugdan, *Motive*, p. 80; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 328; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1004; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 311; BGB-RGRK-Weber, p. 53.

¹³³ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1005.

vernietiging in te roepen, heeft de overnemer ook niet analoog aan § 770 BGB¹³⁴ de bevoegdheid de prestatie op te schorten zolang de debiteur niet op een vernietigingsgrond een beroep heeft gedaan.¹³⁵

Wel staat het de overnemer volgens Kaduk en Weber vrij om van de hem toekomende verweermiddelen af te zien.¹³⁶

8.2 Nevenrechten

Omdat bij een schuldoverneming de verbintenis in stand blijft, betekent dat vanzelfsprekend dat ook alle accessoire nevenrechten en voorrechten die de crediteur op grond van de rechtsverhouding met de debiteur jegens deze kon inroepen, na de overgang van de schuld jegens de overnemer geldend kan handhaven.¹³⁷ Op grond van dit uitgangspunt blijven bijvoorbeeld rente- en boetebedingen in stand.

Dit werd kennelijk zo vanzelfsprekend geacht, dat in het BGB dit beginsel niet meer uitdrukkelijk is vastgelegd, maar dat is volstaan met het vastleggen van een aantal uitzonderingen. Deze zijn neergelegd in § 418 BGB. Het eerste lid van deze paragraaf bepaalt:

Infolge der Schuldübernahme erlöschen die für die Forderung bestellte Bürgschaften und Pfandrechte. Besteht für die Forderung eine Hypothek oder eine Schiffshypothek, so tritt das gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek oder die Schiffshypothek verzichtet. Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Bürge oder derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt.

Op grond van deze bepaling gaan gestelde borgtochten en pandrechten door de overneming teniet en geldt ten aanzien van hypotheek dat de schuldeiser wordt geacht overeenkomstig de §§ 1175 en 1168 BGB afstand te hebben gedaan.¹³⁸ De bepaling is van regelend recht. Stemt de borg of de eigenaar van de goederen waarop een zekerheidsrecht is gevestigd met de overneming in, dan blijven de gestelde zekerheden in stand.

¹³⁴ § 770 BGB: (1) Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.

¹³⁵ In dezelfde zin Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 311; BGB-RGRK-Weber, p. 33; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1695. Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1005, erkent dat § 770 BGB, welke voor de borgtocht is geschreven, inderdaad niet analoog van toepassing is, maar hij vindt dat aan een soortgelijke bepaling wel behoefte bestaat.

¹³⁶ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1007; BGB-RGRK-Weber, p. 33.

¹³⁷ Mugdan, *Motive*, p. 81; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1010-1012; BGB-RGRK-Weber, p. 37.

¹³⁸ § 1168 BGB: (1) Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigentümer. § 1175 BGB: (1) (...) Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek an einem der Grundstücke, so erlischt die Hypothek an diesem.

SCHULDOVERNEMING

Ten aanzien van de gevestigde pand- en hypotheekrechten geldt dat deze veelal zijn gesteld door de debiteur zelf op goederen die hem toebehoren. In literatuur en rechtspraak wordt aangenomen dat in dat geval de debiteur stilzwijgend instemt met de instandhouding van de gestelde zekerheden. Hetzelfde geldt voor het geval de zekerheden op goederen van de overnemer zijn gevestigd.¹³⁹

Vooraf de debiteur zal dit moeten beseffen. Indien het zijn bedoeling is dat hij na de voltooiing van de schuldoverneming niet meer voor de betaling van de schuld kan worden uitgewonnen, dan zal hij uitdrukkelijk met de crediteur moeten afspreken dat de door hem gestelde zekerheden tenietgaan.

Derden die zekerheid hebben gesteld worden zonder hun uitdrukkelijke instemming met de schuldoverneming op het moment van de overgang van de schuld uit hun verplichtingen jegens de crediteur bevrijd. Aan deze bepaling ligt de gedachte ten grondslag dat degene die zich borg heeft gesteld of die de zekerheid heeft verleend, dit niet heeft gedaan voor de schuld als zodanig, maar met het oog op de persoon van de debiteur. Zekerheidsstelling door een derde vindt in het merendeel van de gevallen zijn grondslag in een verhouding waarin de derde tot de debiteur staat. De derde verleent de zekerheid ten behoeve van de debiteur en hij doet dit in het vertrouwen dat de debiteur zelf zijn verplichtingen zal nakomen.

Indien het buiten de derde om mogelijk zou zijn om een gestelde zekerheid ten behoeve van de overnemer te laten voortbestaan, dan zou op een niet gerechtvaardigde wijze in de positie van de zekerheidssteller worden ingegrepen.¹⁴⁰

Mede omdat de derde in een rechtsverhouding tot de debiteur staat en niet tot de crediteur, mag er ook niet van worden uitgegaan dat de crediteur bij het verlenen van zijn toestemming tevens de belangen van de zekerheidssteller zou vertegenwoordigen.

Kaduk en Weber gaan er vanuit dat zonder de uitzonderingsbepaling van § 418 BGB uit het beginsel dat de schuldoverneming een opvolging onder bijzondere titel is, zou zijn voortgevloeid dat door derden gestelde zekerheidsrechten wel in stand waren gebleven. Als accessoire rechten zouden zij zonder meer met de schuld zijn overgegaan.¹⁴¹

Deze opvatting lijkt mij niet juist. Bedacht moet worden dat de zekerheidsstelling zijn grondslag vindt in een zelfstandige rechtshandeling tussen de derde en de crediteur. Deze rechtshandeling vindt veelal haar grondslag in een rechtsverhouding van de derde met de debiteur. De derde stelt de zekerheid en verbindt zichzelf of zijn zaken met het oog op de voldoening van de schuld door deze bepaalde debiteur. Vandaar dat mag worden

¹³⁹ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1016; BGB-RGRK-Weber, p. 38; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 312; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 328. RG HRR 1935, nr. 1298.

¹⁴⁰ Mugdan, *Motive*, p. 81; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1011; BGB-RGRK-Weber, p. 37; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 328.

¹⁴¹ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1011; BGB-RGRK-Weber, p. 37.

aangenomen dat de gebondenheid van de derde een einde neemt zodra de debiteur niet langer voor de voldoening van de verbintenis aansprakelijk is.¹⁴² Uit het accessoire karakter van de zekerheidsstelling, die meebrengt dat het zekerheidsrecht teniet gaat zodra de hoofdverbintenis ophoudt te bestaan, mag niet worden afgeleid dat het accessoire recht niet teniet zou kunnen gaan zolang de hoofdverbintenis nog bestaat.

Om ervoor te zorgen dat de door de derde gestelde zekerheden in stand blijven, zal deze zijn toestemming (Einwilligung) op grond van § 183 BGB¹⁴³ voorafgaand aan de overgang van de schuld moeten geven. Een goedkeuring achteraf heeft geen werking, omdat de gestelde zekerheden door het ontbreken van de voorafgaande toestemming reeds teniet zijn gegaan. Wenst de derde in dat geval de gestelde zekerheden toch gestand te doen, dan zullen zij opnieuw moeten worden gevestigd.¹⁴⁴

De toestemming zelf is een wilsverklaring in de zin van de tweede titel van boek drie BGB en kan dus in beginsel ook vormvrij geschieden. Volgens de heersende opvatting in de literatuur zal in het geval van een borgtocht voldaan moeten worden aan het schriftelijke vormvereiste van § 766 BGB¹⁴⁵, omdat de derde voor een andere debiteur moet gaan instaan.¹⁴⁶ Kennelijk menen ook de Duitse auteurs dat de inhoud van de borgtocht door de wijziging van de debiteur verandert. In de rechtspraak wordt echter in andere zin geoordeeld. Omdat het niet gaat om een nieuwe borgtocht is volgens het Reichsgericht een mondelinge instemming voldoende.¹⁴⁷

Een tweede uitzondering op het beginsel dat de voorrechten ongewijzigd blijven gelden, ligt besloten in § 418 Abs. 2 BGB:

Ein mit der Forderung für den Fall des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann nicht im Konkurs über das Vermögen des Übernehmers geltend gemacht werden.

Zijn er aan de overgenomen schuld voorrechten verbonden die op het vermogen van de overnemer kunnen worden verhaald, dan kunnen deze in het geval van een faillissement van de overnemer niet worden ingeroepen. Deze bepaling is geschreven ter bescherming

¹⁴² In dezelfde zin lijkt Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1696, zich uit te spreken, waar hij stelt: 'Die Sicherheiten bleiben grundsätzlich nicht bestehen.' In dezelfde zin ook Mugdan, *Motive*, p. 81: 'In einer solchen Veränderung des Schuldners ist daher eine die Bürgschaft erledigende Thatsache zu finden.'

¹⁴³ § 183 BGB definieert de 'Einwilligung' als een 'vorherige Zustimmung'.

¹⁴⁴ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1015; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1697; BGB-RGRK-Weber, p. 38; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 312. RG HRR 1933, nr. 1742.

¹⁴⁵ § 766 BGB: Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt.

¹⁴⁶ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1015; BGB-RGRK-Weber, p. 38; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1697.

¹⁴⁷ RGZ 70, 411, 415.

SCHULDOVERNEMING

van de belangen van de overige schuldeisers van de overnemer. De Duitse wetgever achtte het niet geoorloofd dat de overnemer kon ingrijpen in de wettelijke rangorde van de crediteuren in geval van een faillissement. Deze rangorde wordt van openbare orde geacht en hierin behoort niet door een vrijwillig aangegane handeling van de overnemer te kunnen worden ingegrepen ten nadele van reeds bestaande schuldeisers. Deze zienswijze wordt in de literatuur en in de rechtspraak gedeeld.¹⁴⁸

Hoewel de invalshoek van artikel 6:157 BW, waarin de Nederlandse wetgever de problematiek van de nevenrechten en zekerheidsrechten heeft geregeld, in een aantal opzichten haaks staat op die van § 418 BGB, verschilt de uitwerking van beide bepalingen weinig.

In artikel 6:157 lid 1 BW is uitdrukkelijk bepaald dat nevenrechten in stand blijven:

De bij de vordering behorende nevenrechten worden na het tijdstip van de overgang tegen de nieuwe in plaats van tegen de oude schuldenaar uitgeoefend.

Ten aanzien van de zekerheidsrechten maakt de Nederlandse regeling een onderscheid tussen de rechten die zijn gevestigd op goederen van de debiteur of de overnemer aan de ene kant en die op goederen van derden aan de andere kant. Een zekerheidsrecht op goederen van een der partijen blijft op grond van artikel 6:157 lid 2 eerste zin BW in stand. Rechten op goederen van derden en rechten uit borgtocht gaan teniet, indien de derden niet tevoren in handhaving ervan hebben toegestemd. In dit opzicht verschilt de Nederlandse regeling niet van § 418 BGB, zoals die in de praktijk wordt toegepast.¹⁴⁹

Het bepaalde in § 418 Abs. 2 BGB was aanvankelijk door Meijers in zijn ontwerp overgenomen.¹⁵⁰ In de MvA werd hiertegen aangevoerd dat het voor iedere debiteur in beginsel mogelijk is om de rangorde van zijn crediteuren te beïnvloeden door het vestigen van een pand of hypotheek dan wel door het aangaan van een overeenkomst waaruit een bevoorrechte vordering voortspuit.¹⁵¹ Vandaar dat deze bepaling is geschrapt en in de tweede zin van artikel 6:157 lid 3 BW het tegenovergestelde is opgenomen:

Voorrechten op het vermogen van de schuldenaar gelden na de overgang als voorrechten op het vermogen van de nieuwe schuldenaar.

¹⁴⁸ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1016; BGHZ 34, 298.

¹⁴⁹ Art. 6:157 lid 2: Tot zekerheid van de overgegangene schuld strekkende rechten van pand en hypotheek op een aan een der partijen behorend goed blijven bestaan; die op een niet aan partijen toebehorend goed en rechten uit borgtocht gaan door de overgang teniet, tenzij de pand- of hypotheekgever of borg tevoren in handhaving heeft toegestemd.

¹⁵⁰ TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 580, 581.

¹⁵¹ MvA, Parl. Gesch. Boek 6, p. 582.

In de eerste zin artikel 6:157 lid 3 BW is een bepaling opgenomen die in het Duitse recht ontbreekt:

Voorrechten op bepaalde goederen waarop de schuldeiser niet tevens een verhaalsrecht jegens derden heeft, gaan door de overgang teniet, tenzij de schuldoverneming plaatsvindt ter uitvoering van de overdracht van een onderneming waartoe ook het goed waarop het voorrecht rust, behoort.

Dat voorrechten die niet kunnen worden uitgeoefend jegens een derde, na de schuldoverneming teniet gaan, had niet uitdrukkelijk te hoeven worden bepaald. Het is een gevolg van de omstandigheid dat de schuld niet langer behoort tot hetzelfde vermogen als waartoe ook het goed behoort waarop het voorrecht kan worden uitgeoefend. Het tweede deel van de zin is opgenomen om tegemoet te komen aan de belangen van de bevoorrechte crediteuren van een onderneming, zoals de fiscus, de bedrijfsvereniging en de werknemers. In de MvA werd gesteld dat deze crediteuren veilig aan de overgang van een onderneming, die zeer wel in hun belang kan zijn, moeten kunnen meewerken zonder dat ze het gevaar lopen hun bevoorrechte positie kwijt te raken.¹⁵² Ook deze bepaling is echter overbodig. Indien ook de eigendom van het bepaalde goed waarop een voorrecht rust, overgaat op degene die de schuld overneemt waarvoor het voorrecht geldt, dan is het vanzelfsprekend dat het voorrecht ook tegen de overnemer kan worden ingeroepen. Zo is de Vereniging van Eigenaren (VvE) op grond van artikel 3:286 BW bevoorrecht op het appartementsrecht terzake van schulden van de appartementseigenaar aan de VvE. Indien de eigenaar zijn appartement verkoopt en bij de verkoop afsprekt dat de koper de openstaande schulden overneemt, dan zal de VvE haar voorrecht ook tegen de nieuwe eigenaar kunnen inroepen.¹⁵³

Uit het bepaalde in artikel 157 lid 3 BW zou a contrario kunnen worden afgeleid dat een voorrecht op een bepaald goed niet tegen de overnemer die ook het goed verwerft, kan worden ingeroepen als de verwerving niet plaats vindt in het kader van de overdracht van een algemeenheid van goederen. Nu uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat dit de bedoeling van de wetgever is geweest, mag deze gevolgtrekking niet aan de bepaling worden verbonden.

8.3 Verweermiddelen uit hoofde van de overeenkomst tot schuldoverneming

Hoewel de wettelijke regeling op dit punt zwijgt, is het in de Duitse literatuur en rechtspraak een aanvaard beginsel dat de overgang van de schuld afhankelijk is van de geldigheid van de overeenkomst tot schuldoverneming. Dat betekent dat aan betrokkenen de verweermiddelen toekomen die zijn gegrond op de ongeldigheid van de overeenkomst

¹⁵² MvA, Parl. Gesch. Boek 6, p. 582.

¹⁵³ In dezelfde zin Meijers, TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 581.

SCHULDVERNEMING

tot schuldoverneming zelf. Dit geldt zowel in het geval dat de overneming tot stand is gekomen op de wijze van § 414 BGB als op de wijze van § 415 BGB.¹⁵⁴

Zo gaat de schuld niet over als de overeenkomst tot schuldoverneming nietig is op grond van bijvoorbeeld een schijnverklaring¹⁵⁵, een in scherts afgelegde verklaring¹⁵⁶, wegens strijd met een wettelijke bepaling¹⁵⁷ of wegens strijd met de goede zeden¹⁵⁸.¹⁵⁹ In dat geval is de overnemer derhalve niet gehouden om de verplichting te voldoen.

Hetzelfde geldt als wegens het ontbreken van wilsovereenstemming geen overeenkomst tot stand is gekomen.¹⁶⁰ Door het Reichsgericht is dit onder meer beslist in zijn uitspraak van 14 januari 1928.¹⁶¹

De eiser in deze procedure had met S afgesproken dat eiser in de jaren 1922 tot 1926 zaai- en pootgoed zou leveren aan S, in ruil waarvoor eiser het jaar daarop telkens het dubbele aantal van het geleverde zou terugkrijgen. In 1924 verkocht S zijn bedrijf aan de gedaagde in de procedure, met het beding dat gedaagde alle aan de uitoefening van het bedrijf verbonden verplichtingen op zich zou nemen. Daaronder viel ook de verplichting tot levering van zaai- en pootgoed aan eiser.

Als gedaagde door eiser wordt aangesproken, beroept gedaagde zich erop dat hij nimmer heeft begrepen dat hij de dubbele hoeveelheid van het door eiser geleverde zaai- en pootgoed zou moeten teruggeven. In de branche was het gebruikelijk dat slechts de geleverde hoeveelheid zaai- en pootgoed moest worden teruggegeven en gedaagde was er vanuit gegaan dat hij een verplichting van deze inhoud had overgenomen. Hij stelt zich dan ook op het standpunt dat wegens het ontbreken van wilsovereenstemming geen geldige schuldoverneming tot stand is gekomen, zodat hij ook niet jegens eiser gehouden was om de verplichtingen van S na te komen. Het Reichsgericht overwoog hieromtrent:

‘Die Beklagte beruft sich also darauf, dass der Übernahmevertrag wegen Fehlens übereinstimmende Willenserklärungen der Beteiligten überhaupt nicht zustande gekommen sei oder dass sie doch zum mindesten die Verbindlichkeit des Verkäufers nur mit dem von ihr zugrunde gelegte Inhalt übernommen habe. Beide Einwendungen sind grundsätzlich zulässig (...).’

¹⁵⁴ Mugdan, *Motive*, p. 80; BGB-RGRK-Weber, p. 34; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1000; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1695; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 327.

¹⁵⁵ § 117 BGB: (1) Wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig.

¹⁵⁶ § 118 BGB: Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht erkannt werden, ist nichtig.

¹⁵⁷ § 134 BGB: Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

¹⁵⁸ § 138 BGB: (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

¹⁵⁹ BGB-RGRK-Weber, p. 34.

¹⁶⁰ BGB-RGRK-Weber, p. 34; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1695; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 304.

¹⁶¹ RGZ 119, 418, 420.

In casu werd het beroep op het ontbreken van wilsovereenstemming echter afgewezen, omdat het volgens het Reichsgericht aan gedaagde was geweest om zich omtrent de inhoud van de overgenomen verplichting te vergewissen.

Ook een met succes ingeroepen vernietiging van de overeenkomst tussen debiteur en overnemer op grond van de wilsgebreken dwaling (§ 119 BGB) dan wel bedrog of bedreiging (§ 123 BGB) heeft tengevolge dat de overnemer niet langer jegens de schuldeiser is gebonden, daar de vernietiging de overeenkomst op grond van § 142 BGB¹⁶² met terugwerkende kracht ongedaan maakt.¹⁶³

Of het beroep op een wilsgebrek inderdaad tot vernietiging zal leiden, moet worden beoordeeld op grond van de algemene regels die voor het betreffende leerstuk gelden.

Als de ongeldigheid van de overeenkomst door een van de partijen met succes is ingeroepen, dan kan in dat geval op de ongeldigheid van de overeenkomst niet alleen door de overnemer, maar ook door de crediteur een beroep worden gedaan. Laatstgenoemde kan zich dus wenden tot de oorspronkelijke debiteur om van hem betaling te verkrijgen.

Voor het antwoord op de vraag of en zo ja, door en tegen wie een vernietiging kan worden ingeroepen, moet een onderscheid worden gemaakt tussen de schuldoverneming die tot stand is gekomen op grond van een overeenkomst tussen crediteur en overnemer op grond van § 414 BGB aan de ene kant en die op grond van een overeenkomst tussen debiteur en overnemer op grond van § 415 BGB aan de andere kant.

In geval de schuldoverneming door de overnemer is gesloten met de crediteur zal de overnemer het beroep op de vernietiging op grond van § 143 Abs. 2 BGB¹⁶⁴ moeten richten tot de crediteur. Het kan zich voordoen dat de overnemer zich daarbij beroept op bedrog van de kant van de debiteur. In dat geval is § 123 Abs. 2 BGB van toepassing:

Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen musste.

De oorspronkelijke debiteur is derde in de zin van deze bepaling, zodat de overeenkomst alleen vernietigd kan worden als de schuldeiser de misleiding kende of behoorde te kennen. In geval van goede trouw van de crediteur kan de opvolger dus niet de

¹⁶² § 142 BGB: Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.

¹⁶³ RG HRR 1928, nr. 710; RGZ 119, 418, 421.

¹⁶⁴ § 143 Abs. 2 BGB: Anfechtungsgegner ist bei einem Verträge der andere Teil, im Falle des § 123 Abs. 2 Satz 2 derjenige, welcher aus dem Vertrag unmittelbar ein Recht erworben hat.

SCHULDOVERNEMING

vernietiging van de overeenkomst inroepen op grond van misleiding of bedreiging door de debiteur en zal hij dus gehouden zijn om de verplichting na te komen.¹⁶⁵

Ook kan er sprake zijn van een wilsgebrek aan de zijde van de crediteur. Hij kan gedwaald hebben omtrent de kredietwaardigheid van de overnemer of op dit punt zelfs door de debiteur zijn misleid. De crediteur zal in dat geval zijn beroep op vernietiging moeten richten tot de overnemer. Ook dan geldt dat de debiteur derde is bij de overeenkomst, zodat een eventuele misleiding van zijn kant alleen jegens de overnemer kan worden ingeroepen als deze daarvan op de hoogte was of behoorde te zijn.

Is de overeenkomst tot schuldoverneming in de zin van § 415 BGB gesloten tussen de debiteur en de overnemer, dan zal de overnemer die zich op een wilsgebrek wil beroepen een dergelijk beroep moeten richten tot de debiteur.

Wenst de overnemer in geval van een schuldoverneming op grond van § 415 BGB een beroep te doen op dwaling, bedreiging of bedrog welke door de debiteur is veroorzaakt, dan is de debiteur geen derde maar contractspartij. Ten opzichte van de debiteur kan dan vanzelfsprekend een beroep op de vernietiging worden gedaan.

Deze vernietiging kan eveneens tegenover de crediteur worden ingeroepen. Omdat het wilsgebrek niet is veroorzaakt door een derde, kan de schuldeiser geen beroep doen op de bescherming van § 123 Abs. 2 eerste zin BGB. Derhalve zal ook de crediteur te goeder trouw het inroepen van de vernietiging moeten dulden.¹⁶⁶

Heeft in geval van een schuldoverneming op grond van § 415 BGB de crediteur de dwaling bij de overnemer veroorzaakt, dan is de crediteur wel derde bij de overeenkomst. Dat betekent dat de debiteur te goeder trouw, jegens wie een beroep op vernietiging wordt gedaan, beschermd wordt door § 123 Abs 2 BGB.

Ook in het Nederlandse recht geldt dat partijen bij de schuldoverneming een beroep kunnen doen op de nietigheid of de vernietiging van de overeenkomst. Daar de vernietiging terugwerkende kracht heeft, geldt ook in ons recht dat zowel in geval van nietigheid als in geval van vernietiging de schuld nimmer is overgegaan.¹⁶⁷

¹⁶⁵ BGB-RGRK-Weber, p. 34; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1000; Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1695; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 305.

¹⁶⁶ Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1695; BGB-RGRK-Weber, p. 34 e.v. In andere zin oordeelt Kaduk, die er vanuit gaat dat de debiteur ten aanzien van de kennisgeving die in de verhouding met de crediteur wordt vernietigd, heeft te gelden als een derde. In de opvatting van Kaduk kan de crediteur te goeder trouw dan ook de bescherming van § 123 Abs. 2 BGB inroepen.

¹⁶⁷ Van Marwijk Kooy, *Mon. Nieuw BW B-44*, p. 39; Van Achterberg, *Mon. Nieuw BW B-44*, p. 67.

8.4 Verweermiddelen die zijn gegrond op de onderliggende rechtsverhouding

Zoals hierboven reeds enkele keren is aangegeven, zal de overeenkomst tot schuldoverneming in veel gevallen haar grondslag vinden in een rechtsverhouding, waarin debiteur en overnemer tot elkaar staan. De schuld kan worden overgenomen als onderdeel van de overdracht van een handelszaak of als onderdeel van de verkoop van een voor de schuld verhypothekerde zaak. Ook kan de overneming zijn bedoeld als een betaling door de overnemer aan de debiteur.

Deze onderliggende rechtsverhouding kan na het sluiten van de overeenkomst tot schuldoverneming nietig blijken te zijn of worden vernietigd. In dat geval blijkt dat aan de overeenkomst geen geldige rechtsverhouding ten grondslag ligt. Voor de overnemer zou dit een reden kunnen zijn om niet langer verbonden te willen zijn de overgenomen schuld te voldoen.

De Duitse wetgever heeft echter uitdrukkelijk bepaald dat de overnemer aan de onderliggende rechtsverhouding met de debiteur geen verweermiddelen jegens de crediteur kan ontleen. § 417 Abs. 2 BGB, welke zowel van toepassing is op de schuldoverneming op grond van § 414 BGB als die op grond van § 415 BGB, luidt:

Aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner kann der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber Einwendungen nicht herleiten.

Daarmee is de schuldoverneming door de Duitse wetgever geconstrueerd als een abstracte rechtshandeling.¹⁶⁸ Dat betekent dat de overnemer in het geval van het ontbreken van een onderliggende rechtsverhouding toch gehouden is jegens de crediteur de verschuldigde prestatie te verrichten. Omdat de overnemer tegenover de debiteur niet langer gehouden is de schuld te voldoen, heeft hij jegens deze een vordering tot schadevergoeding. Deze vordering wordt in de literatuur over het algemeen gebaseerd op de ongerechtvaardigde verrijking.¹⁶⁹

Wil de overnemer bewerkstelligen dat hij toch een beroep kan doen op verweermiddelen die zijn gegrond op de onderliggende rechtsverhouding, dan kan hij dit als een voorwaarde in de overeenkomst tot schuldoverneming opnemen. Deze voorwaarde moet dan vanzelfsprekend ook aan de crediteur worden medegedeeld.

¹⁶⁸ Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 326; Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1002; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 307; BGB-RGRK-Weber, p. 35.

¹⁶⁹ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1003; W. Mincke, De schuld als object en relatie in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1990, p. 47.

SCHULDOVERNEMING

In de rechtspraak is echter aanvaard dat onder omstandigheden in geval van een schuldoverneming tussen overnemer en debiteur § 139 BGB¹⁷⁰ meebrengt dat de ongeldigheid van de onderliggende rechtsverhouding ook de ongeldigheid van de overeenkomst tot schuldoverneming tengevolge kan hebben. In dat geval kan de overnemer op de ongeldigheid van deze overeenkomst wel een beroep doen.

Gewezen kan worden op de uitspraak van het Bundesgerichtshof van 8 december 1959, waarin het Hof overwoog:¹⁷¹

‘ (...) dass ausnahmsweise das Grundgeschäft und die Schuldübernahmevereinbarung auch ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden können, so dass nach § 139 BGB dann die Nichtigkeit des Grundgeschäfts auch die Schuldübernahme ergreift.’

Weliswaar stelt het Hof dat toepassing van § 139 BGB een uitzondering is, maar daar in de praktijk in veel gevallen de overeenkomst tot schuldoverneming onlosmakelijk is verbonden met de rechtsverhouding waarin de overnemer tot de debiteur staat, zal de uitzondering in de praktijk de regel vormen. Door § 139 BGB op de schuldoverneming van toepassing te verklaren ontnemt het Hof aan de crediteur een groot deel van de bescherming die § 417 Abs. 2 hem beoogt te bieden.

Bij de rechtspraak van het Bundesgerichtshof omtrent de toepassing van § 139 BGB op de schuldoverneming sluiten Mertens, Weber en Nörr zich aan.¹⁷² In andere zin oordelen Kaduk en Larenz die van oordeel zijn dat de wetgever in § 417 Abs. 2 BGB bewust een uitzondering heeft gemaakt op het beginsel van § 139 BGB, zodat de bescherming van deze bepaling niet van toepassing is.¹⁷³

Het lijkt mij meer in overeenstemming met de tekst van § 417 Abs. 2 BGB als het Hof als uitgangspunt had genomen dat jegens de schuldeiser in beginsel geen beroep kan worden gedaan op gebreken in de onderliggende rechtsverhouding. Wil men de overnemer toch bescherming bieden zolang dit niet ten koste gaat van de crediteur, dan zou men de overnemer de bevoegdheid kunnen geven zich te beroepen op de ongeldigheid van de onderliggende rechtsverhouding, als de schuldeiser tijdens het geven van zijn toestemming

¹⁷⁰ § 139 BGB: Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

¹⁷¹ BGHZ 31, 321. In dezelfde zin RGZ 58, 386; HRR 1933, nr. 1415; BGHZ 31, 323.

¹⁷² Zeiss, *Schuldrecht*, p. 1695; BGB-RGRK-Weber, p. 35, 36; Nörr, *Handbuch des Schuldrechts*, p. 307.

¹⁷³ Staudinger-Kaduk, *Kommentar*, p. 1002.

hiervan op de hoogte was of had kunnen zijn. Daarmee had de oplossing gelegen in de lijn van § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB.¹⁷⁴

Ook in het Nederlandse recht geldt dat de overnemer aan gebreken in de onderliggende rechtsverhouding geen verweermiddelen kan ontfangen jegens de crediteur. De wetgever achtte dit in het belang van de schuldeiser, omdat zijn positie te onzeker zou worden indien dergelijke verweermiddelen wel tegen hem kunnen worden ingeroepen.¹⁷⁵ Het kan immers zijn dat de crediteur in het vertrouwen op de geldigheid van de schuldoverneming heeft afgezien van het treffen van maatregelen jegens de debiteur waardoor zijn rechten worden gewaarborgd. Indien de schuld dan weer teruggaat naar de debiteur, kan de crediteur in een nadeligere positie terecht komen.

Soms kan het in belang van de crediteur zijn dat hij, nadat is gebleken dat de onderlinge rechtsverhouding tussen debiteur en overnemer is vernietigd, opnieuw de debiteur kan aanspreken. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen indien de schuldoverneming heeft plaatsgevonden in het kader van de overname van een handelszaak en dat naast de schulden ook de activa op de overnemer waren overgegaan. Indien wegens de ongeldigheid van de onderliggende rechtsverhouding de activa weer teruggaan naar de debiteur, dan kan het voor de crediteur gunstiger zijn als ook hij vervolgens weer de debiteur kan aanspreken. Vandaar dat de wetgever in artikel 6:158 BW aan de crediteur de bevoegdheid heeft gegeven om de schuld weer te doen overgaan op de oorspronkelijke debiteur:

Indien de rechtsverhouding tussen de vorige en de nieuwe schuldenaar op grond waarvan de schuld is overgenomen, nietig, vernietigd of ontbonden is, kan de schuldeiser de schuld weer op de vorige schuldenaar doen overgaan door daartoe strekkende kennisgevingen aan de beide betrokken partijen; elk van hen kan de schuldeiser daartoe een redelijke termijn stellen.

9. Conclusie

Met een verrassend gemak is door de Pandektisten in de tweede helft van de 19e eeuw de eeuwenlang aanvaarde gedachte dat een verbintenis onlosmakelijk zou zijn verbonden aan de persoon van de debiteur, losgelaten. Daarentegen is aanvaard dat een debiteur onder bijzondere titel in de schuld kan worden opgevolgd.

De wijze waarop een schuldoverneming tot stand kan worden gebracht heeft vooral aan het einde van de negentiende eeuw nog tot discussie geleid, maar uiteindelijk heeft de

¹⁷⁴ § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB: Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste.

¹⁷⁵ TM, PG p. 576. Zie ook Van Marwijk Kooy, *Mon. Nieuw BW B-44*, p. 38; Van Achterberg, *Mon. Nieuw BW B-44*, p. 66.

SCHULDVERNEMING

wetenschap zich aangesloten bij de gewoonte in de praktijk dat een schuldoverneming tot stand wordt gebracht door een overeenkomst tussen debiteur en overnemer, waaraan de crediteur slechts zijn toestemming verleent. Voor deze benadering is ook gekozen in het BGB.

Meijers heeft zich bij het ontwerp van de schuldoverneming in het NBW laten leiden door de regeling uit het BGB. In het bijzonder heeft Meijers het uitgangspunt gevolgd dat de schuldoverneming toepassing is van het beginsel van opvolging onder bijzondere titel. Hoewel de bepalingen uit het BGB niet allemaal letterlijk zijn overgenomen, vertonen beide regelingen in hun toepassing weinig verschil.

De schuldoverneming in ons recht is daarmee een rechtsfiguur die haar oorsprong niet vindt in het Romeinse recht, maar in de Duitse rechtswetenschap van de tweede helft van de negentiende eeuw. De Duitse literatuur en jurisprudentie die de afgelopen honderd jaar met betrekking tot de uitleg en toepassing van de Duitse regeling zijn ontstaan, kunnen de Nederlandse jurist in de toekomst dan ook de weg wijzen bij de toepassing van de artikelen 6:155 tot en met 6:158 BW.

Jack Verhoeven

Groningen