

DE (ON)OVERDRAAGBAARHEID VAN DE REVINDICATIE

Enige opmerkingen over § 931 BGB vanuit het perspectief van het Nederlandse recht

I Inleiding

1 De (on)overdraagbaarheid van de revindicatie in het Nederlandse recht

1. De vraag in hoeverre de revindicatie, dat is de rechtsvordering van de eigenaar om de zaak op te vorderen van degene die haar zonder recht onder zijn macht heeft¹, een recht is dat los van eigendom kan worden overgedragen of kan worden overgedragen teneinde de eigendom over te doen gaan, is één van de klassieke onderwerpen van het privaatrecht. Voor de nationale codificaties werd overdracht van de revindicatie op grond van C. 4.39.9 mogelijk geacht. Deze Codex-tekst luidt als volgt:

Certi et indubiati iuris est ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem et utiliter eam movere suo nomine conceditur, et eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. (...)

Het staat rechtens buiten kijf dat, naar het voorbeeld van degene die persoonlijke actie koopt en wordt toegestaan die actie als actio utilis in eigen naam in te stellen, ook hij die een zakelijke actie heeft gekocht, die actie kan instellen.

Op grond van C. 4.39.9 betoogde Voet in zijn Pandectencommentaar²:

Neque interest utrum in rem an in personam actio sit quae venditur: licet enim directae in rem actiones nulli competere possint nisi et qui habet jus in re et jure gentium vel civili dominus est per actionem venditionem dominium rerum actio petendarum non acquiratur, quia tamen utilis in rem actiones etiam non dominis competere posse plenius in tit. de reivindicat. num 21 fecit expositum, nihil vetat, quominus et in rem actiones vendantur ad id ut utilis saltem in rem actio per emptorum moveatur.

Het maakt niet uit of de actio in personam of de actio in rem het voorwerp is van de koop. Hoewel directe actiones in rem alleen kunnen toekomen aan de eigenaar van de zaak en door verkoop van de actie de eigendom van de zaak niet wordt verkregen, kunnen actiones utiles in rem echter ook aan een iemand toekomen die niet de eigenaar is van de zaak (zoals uiteen is gezet in no. 21 van de tit. over de revindic.) en staat niets eraan in de weg dat ook de actiones in rem worden verkocht, in die zin dat de koper dan een actio utilis in rem verkrijgt.

1. Art. 5:2 BW

2. *Commentarius ad pandectas*, 18.4.9.

2. Na de codificatie van ons burgerlijke recht in 1838 was het lange tijd stil op dit punt. In de literatuur kwam de (on)overdraagbaarheid van de revindicatie niet aan de orde. In 1926 werd deze stilte doorbroken door Meijers. In het *WPNR* betoogde Meijers dat overdracht van de revindicatie in beginsel mogelijk is, met name in de situatie waarin de vervreemder de eigendom van de zaak niet kan overdragen, omdat hij het bezit niet kan verschaffen, bijvoorbeeld omdat de zaak is gestolen³. In dit geval gaat de revindicatie - aldus Meijers - krachtens art. 284 K. over op de verzekeraar. Door de loutere overdracht van de revindicatie werd de verzekeraar echter nog geen eigenaar van de zaak. De eigendom verkreeg deze eerst op het moment dat hij de zaak, door deze te revindiceren, daadwerkelijk onder zijn macht had verkregen. Door het verkrijgen van de macht over de zaak was immers voldaan aan het vereiste van bezitsverschaffing.

3. Zeven weken na het verschijnen van Meijers' artikel verscheen in het *WPNR* een reactie van Eggens.⁴ Hij moest niets hebben van de zelfstandige overdraagbaarheid van de revindicatie. Dit zou maar leiden tot subjectieve rechten zonder rechtsbescherming en rechtsbescherming zonder subjectieve rechten. Overgang van de revindicatie krachtens art. 284 K. achtte hij derhalve uitgesloten. In plaats daarvan kon de bestolene aan de verzekeraar een onherroepelijke volmacht tot procesvoering geven. De eigendom en revindicatie blijven dan bij elkaar, namelijk bij de bestolene, doch de verzekeraar kan wel de revindicatie instellen, namelijk die van de bestolene.

4. Na 1926 keerde de stilte grotendeels terug. De vraag kwam wel aan de orde in rechtspraak en literatuur, waarbij de één koos voor de lijn van Meijers en de ander voor de lijn van Eggens⁵, doch echte discussie omtrent de (on)overdraagbaarheid van de revindicatie bleef achterwege. Eerst door een artikel van Van der Burg in 1976 naar aanleiding van een uitspraak van het

3. E.M. Meijers, "Overdracht van rechtsvorderingen", in: *WPNR* 2962 (1926).

4. J. Eggens, "Overdracht van rechtsvorderingen of onherroepelijke volmacht tot procesvoering", in: *WPNR* 2969 (1926).

5. *Pro* overdracht van de revindicatie: Molengraaff, *Leidraad* (1955), p. 688; Gerbrandy, in: *Vooruitzichten der rechtswetenschap*, 1964, p. 86; Van der Burg, in: *NJB* 1976, 227; Rechtbank Den Haag 12 maart 1943, *NJ* 1943, 627; Rechtbank Amsterdam 28 april 1961, *NJ* 1961, 376; Hof Den Bosch 16 maart 1976, *NJ* 1077, 225. *Contra* Dorhout Mees-Wachter (1967), nr 544, Asser-Beekhuis I (1975), p. 275; Brahn, in: *NJB* 1976, p. 731-732; Scheltema-Mijnsen (1978), p. 251; Rechtbank Rotterdam 19 december 1947, *NJ* 1948, 758; Rechtbank Leeuwarden 15 december 1960, *NJ* 1961 330; Hof Amsterdam 17 januari 1975, *NJ* 1976, 79.

Amsterdamse Hof⁶, waarin de onoverdraagbaarheid van de revindicatie werd aangenomen, kwam er weer leven in de brouwerij.⁷ Van der Burg betoogde op basis van dezelfde argumenten als Meijers dat subrogatie van de revindicatie wel mogelijk was. In reactie op Van der Burg betoogde Brahn dat dit niet het geval was⁸, hetgeen weer een stroom van reacties op Brahn deed ontstaan.⁹

5. Een paar jaar later, in 1979, hakte de Hoge Raad de knoop door. In het arrest Visser/De Zeven Provinciën uit 1979¹⁰ oordeelde de Hoge Raad in de lijn van Eggens en Brahn. Afzonderlijke overdracht van revindicatie is uitgesloten, omdat 'zij niet van het eigendomsrecht tot welks bescherming zij dient, kan worden gescheiden', aldus onze hoogste rechter. Tegelijkertijd introduceerde de Hoge Raad de mogelijkheid van levering van de zaak zonder bezitsverschaffing. Indien de vervreemder niet het bezit van de zaak kan verschaffen, kan deze worden geleverd door middel van een zakenrechtelijke overeenkomst.

6. Dit systeem is doorgetrokken naar het BW van 1992. Op grond van art. 3:304 BW is de revindicatie onlosmakelijk verbonden met de eigendom van de zaak¹¹:

'Een rechtsvordering kan niet van het recht tot welks bescherming zij dient, worden gescheiden.'

De situatie waarin de vervreemder het bezit van de zaak niet kan verschaffen, wordt beheerst door art. 3:95 BW. De zaak dient dan te worden geleverd door een daartoe bestemde akte.¹²

6. Hof Amsterdam 17 januari 1975, *NJ* 1976, 79.

7. V.A.M. van der Burg, "Kan een gesubrogeerd verzekeraar revindiceren?", in: *NJB* 1976, p. 225-229.

8. O.K. Brahn, "Eigendom en revindicatie van gestolen roerende goederen", in: *NJB* 1976, p. 729-739.

9. V.A.M. van der Burg, "Naschrift", in: *NJB* 1976, p. 740; H.J. Smit, "Eigendomsoverdracht door de bestolene", in: *NJB* 1976, p. 1463-1466; A.J.H. Pleysier, "Nog iets over de cessie van een losse revindicatie", in: *NJB* 1976, p. 1466-1467.

10. Hoge Raad 27 april 1979, *NJ* 1981, 139.

11. *Parlementaire Geschiedenis Boek III*, p. 393 en 916. Opmerking verdient dat art. 3:304 BW reeds in het Ontwerp Meijers was opgenomen (art. 3.11.9 OM). Volgens Meijers was de mogelijkheid van overdracht van een rechtsvordering in zijn Ontwerp niet meer nodig.

12. Naar aanleiding van de gestolen auto-arresten kwam aan de orde in hoeverre een roerende zaak door middel van een akte in de zin van art. 3:95 BW kan worden geleverd, indien ook het bezit van de zaak kan worden verschaft. Voor het huidige recht staat deze mogelijkheid in ieder geval niet open. Zie *Parlementaire Geschiedenis Boek III Inv.*, p. 1243; Asser-Mijnsen-De Haan, no. 374; Pitlo-Reehuis-Heisterkamp, no. 220; *Mon. Nieuw BW B-6b* (Brahn), p. 17v.

2 § 931 BGB

7. Meijers verwees bij zijn pleidooi voor de overdraagbaarheid van de revindicatie naar § 931 BGB¹³:

Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt.

Ook Van der Burg verwees bij zijn pleidooi pro overdraagbaarheid naar deze bepaling.¹⁴ Brahn betoogde echter dat § 931 BGB niet ziet op de overdracht van de revindicatie.¹⁵ Deze verschillende visies op § 931 BGB intrigeren. De vraag die in dit opstel verder centraal staat, is dan ook: bepaalt § 931 BGB inderdaad dat de revindicatie kan worden overgedragen? Voor het antwoord op deze vraag dienen wij terug te gaan naar de totstandkomingsgeschiedenis van § 931 BGB en de uitleg die sedertdien aan deze bepaling is gegeven.

II *De plaats van § 931 in het systeem van levering van roerende zaken van het BGB.*

1 *Der Besitz*

8. Het BGB kent een voor ons begrip korte doch roerige totstandkomingsgeschiedenis.¹⁶ Het eerste ontwerp was geschoeid op de gemeenrechtelijke leest, zoals die door de Pandektisten was ontwikkeld. Ter zake van de levering van roerende zaak die door een derde voor de vervreemder werd gehouden, was in dit ontwerp de volgende bepaling opgenomen¹⁷:

‘§ 804: Die in der Inhabung eines Anderen befindliche Sache kann von dem Besitzer einem Dritten dadurch übergeben werden, daß der bisherige Besitzer den Inhaber anweist, die tatsächliche Gewalt fortan für den Dritten auszuüben, und dieser gegenüber dem bisherigen

13. Meijers, in: *WPNR* 2962 (1926), p. 515

14. Van der Burg, in: *NJB* 1976, p. 228.

15. Brahn, in: *NJB* 1976, p. 734-735.

16. De eerste wetgevingscommissie ging in 1874 aan de slag en presenteerde in 1887 haar bevindingen. Na hevige kritiek werd in 1891 de tweede commissie ingesteld. De tweede commissie kwam in 1895 met haar ontwerp. Dit ontwerp haalde het wel en werd in 1896 aangenomen. De inwerkingtreding van het BGB werd bepaald op 1 januari 1900. Zie hierover: J.H.A. Lokin en W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Groningen 1992, p. 226 v.

17. B. Mugdan, *Die gesammte Materialien zum Bürgerlichem Gesetzbuch*, deel III: Sachenrecht, Berlin 1899, p. IV (hierna aangehaald als Mugdan III etc.)

Besitzer oder dem Inhaber den Besitzwillen erklärt. Der Besitz wird von dem Dritten nicht erworben, wenn der Inhaber unverzüglich nach dem Empfange der Anweisung gegenüber den bisherigen Besitzer oder dem Dritten der Anweisung widerspricht.'

Op grond van deze bepaling wordt een zaak die door een derde voor de vervreemder wordt gehouden (een *Inhaber*) geleverd door bezitsverschaffing, welke bezitsverschaffing tot stand komt door een opdracht van de vervreemder de zaak voortaan voor de verkrijger te houden, die verklaart de zaak voortaan voor zich zelf te willen houden. Hierbij was het van de wil van de houder afhankelijk of het bezit op de verkrijger overging of niet.¹⁸ § 804 Eerste Ontwerp sloot nauw aan bij het systeem van bezit, *Besitz*, en houderschap, *Inhabung*, zoals dat door de eerste commissie was voorgesteld in § 797¹⁹:

'§ 797: Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Wille des Inhaber, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille).'

Geheel conform de gemeenrechtelijke traditie bestond bezit uit de twee klassieke elementen: *corpus*, 'Inhabung' en *animus*, de 'Besitzwille'²⁰.

9. Dit voorstel van de eerste commissie viel niet in goede aarde. Onder invloed van Ihering werd deze bepaling als ouderwets en te wetenschappelijk bestempeld, een oordeel dat overigens ook een groot aantal andere voorstellen ten deel viel.²¹ De kritiek resulteerde uiteindelijk in het instellen van de tweede wetgevingscommissie. Deze tweede commissie formuleerde als uitgangspunt voor de verkrijging van bezit²²:

'§ 777: Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.'

Dit voorstel heeft geleid tot het huidige § 854 BGB. In deze bepaling is de *animus*, de 'Besitzwille', achterwege gelaten. *Besitz* is 'macht' over een zaak, waarbij het voor het bezit niet uitmaakt of de macht over de zaak voor zichzelf

18. Een grotendeels vergelijkbare visie werd lange tijd ook in Nederland aangehangen. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 24 januari 1923, W. 11119 (Seepers/Schlette).

19. Mugdan III, p. IV

20. Vgl. Dernburg, *Pandekten II (Sachenrecht)*, Berlijn 1900, p. 10v en Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, band 1, Frankfurt am Main 1891, p. 418v.

21. Zie voor dit onderwerp vooral Ihering, *Der Besitzwille*, Jena 1889, bijvoorbeeld p. 23.

22. Mugdan III, p. IV.

dan wel voor een ander wordt uitgeoefend. Kortom: zowel bezit als houderschap is in Duitsland Besitz.

2 *Mittelbarer Besitz*

10. Voor zover het BGB een breekpunt vormt met de pandektistiek, dan geldt dit met name voor de kwalificatie van houderschap als Besitz, hetgeen vooral consequenties heeft op het punt van de bezitsbescherming. Degene die bij ons als houder wordt aangeduid, ontbeert de bezitsbescherming. Degene die zich in Duitsland in een vergelijkbare positie bevindt, bijvoorbeeld omdat hij huurder of bewaarnemer is, kan wel aanspraak maken op bezitsbescherming. Hij is immers *Besitzer*. De Duitse wetgever van 1900 heeft echter niet gebroken met de mogelijkheid van middellijke macht over een zaak, *mittelbarer Besitz*. Ook middellijke macht is op grond van § 868 BGB Besitz:

‘Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermögen dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer.’

Op grond van deze bepaling is de degene die een zaak voor een ander onder zijn macht heeft (wij zouden zeggen: houdt) bezitter, naast degene voor wie hij de zaak onder zijn macht heeft. Eén zaak kan zodoende meer bezitters hebben. Degene die de zaak voor de ander onder zijn macht heeft wordt de *Besitzmittler*²³ genoemd, zijn zakenrechtelijke wederpartij *mittelbarer Besitzer*.

11. De *mittelbarer Besitzer* en de *Besitzmittler* worden op grond van § 868 met elkaar verbonden door de rechtsverhouding. De *Besitzmittler* heeft de zaak onder zijn macht als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer of krachtens een daarmee vergelijkbare rechtsverhouding op grond waarvan hij de zaak te zijner tijd aan de *mittelbarer Besitzer* moet teruggeven. Deze rechtsverhouding wordt aangeduid als de *Besitzmittlungsverhältnis*. Deze *Besitzmittlungsverhältnis* ziet op de *obligatoire* (‘schuldrechtliche’) rechtsbetrekking, krachtens welke de *Besitzmittler* de zaak die hij onder zijn macht heeft te zijner tijd aan de *mittelbarer Besitzer* moet teruggeven. Met andere woorden: de zakenrechtelijke verhouding tussen de *Besitzmittler* en de *mittelbarer Besitzer*

23. Op grond van deze bepaling kan de *Besitzmittler* zowel *mittelbarer* als *unmittelbarer Besitzer* zijn. Vgl. ons middellijk houderschap.

vindt haar grondslag in een obligatoire rechtsverhouding, waaruit een verbintenis die strekt tot afgifte van de zaak voortvloeit.²⁴

12. Door de introductie van de mogelijkheid van meerdere bezitters van een zaak, de mittelbarer Besitzer en de Besitzmittler, onstond de noodzaak te differentiëren tussen verschillende typen 'Besitz'. Hiervoor zocht de tweede commissie en uiteindelijk ook de wetgever aansluiting bij de leer van de *animus possidendi*, zo blijkt uit § 872 BGB:

Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer.

Op grond deze bepaling wordt in Duitse recht een onderscheid gemaakt tussen degene die macht over een zaak voor zich zelf uitoefent, de *Eigenbesitzer* en degene die macht over een zaak uitoefent voor een ander. Deze wordt aangeduid als de *Fremdbesitzer*. Het dogmatische verschil tussen de Eigenbesitzer en de Fremdbesitzer wordt verklaard aan de hand van de *animus possidendi*.²⁵ Degene die macht over een zaak voor zichzelf uitoefent, heeft de *Eigenbesitzwille*, degene die macht over een zaak voor een ander uitoefent heeft de *Fremdbesitzwille*. Dit systeem laat zich voorbeeldig illustreren aan de hand van een tweetal rechtsoverwegingen van Duitslands hoogste rechter. In 1932 overwoog het Reichsgericht over Fremdbesitz²⁶:

'Die Voraussetzung, von welcher § 868 den mittelbaren Besitz abhängig macht, liegt gerade darin, daß der unmittelbare Besitzer die Sache als Nießbraucher, Mieter usw. besitzt; durch die Wortfassung wird ein subjektives Erfordernis ausgestellt, und es hängt mithin lediglich von der Willensentschließung des unmittelbaren Besitzers ab, ob und wie lange er diesem Erfordernis genügen will.'

In 1981 overwoog het Bundesgerichtshof over Eigenbesitz²⁷:

'Eigenbesitzer ist, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt mit dem Willen, sie wie eine ihm gehörige Sache zu beherrschen.'

24. Indien een contractuele relatie ontbreekt, vindt de zakenrechtelijke verhouding tussen de Besitzmittler en de mittelbarer Besitzer haar grondslag in de rechtsverhouding die voortvloeit uit onrechtmatige daad (§ 823 BGB) of ongerechtvaardigde verrijking (tevens onverschuldigde betaling) (§ 812 BGB). Vgl. Staudinger-Bund, § 868, rdn. 20; Westermann § 19, 6; Wolff-Raiser § 8 I 2; Baur-Stürner § 7 B III 1 dd; Soergel-Mühl, § 868, RdNr. 10.

25. Zie hierover Staudinger-Bund, § 868 RdNr. 21; Baur-Stürner, § 7 B III 1 b aa; Palandt-Bassenge, § 868 RdNr. 7; Soergel-Mühl § 868 RdNr. 6.

26. RGZ 135, 75, 78. Zie voorts: BGHZ, 9, 73, 78, BGH NJW 1955, 499.

27. BGH NJW 1981, 1518.

3 § 870 en 931 BGB

13. Het elimineren van het begrip houderschap, Inhabung, maakte het noodzakelijk ook § 804 van het eerste ontwerp te herzien, in welke bepaling de levering door bezitsverschaffing van een roerende zaak die zich onder een derde bevindt, was geregeld. Bovendien stuitte ook het in § 804 vervatte instemmingsrecht van de derde op bezwaren van de tweede commissie. Uiteindelijk werd deze bepaling vervangen door een tweetal nieuwe bepalingen, § 870 en § 931 BGB. § 870 BGB bepaalt ter zake van *bezitsverschaffing* van een zaak die zich onder een derde bevindt:

Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird.

§ 931 BGB bepaalt ter zake van de *levering* van een zaak die zich onder een derde bevindt:

Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt.

Volgens beide bepalingen wordt de *Anspruch auf Herausgabe der Sache* aan de verkrijger gecedeerd. Deze cessie komt op grond van § 398 BGB tot stand door een overeenkomst tussen vervreemder en verkrijger. De derde staat daar volledig buiten.

4 De uitleg van *Anspruch auf Herausgabe* in § 931 BGB

14. Vanaf het begin was duidelijk dat met *Anspruch auf Herausgabe* in § 870 BGB werd bedoeld op het obligatoire recht op afgifte dat op grond van de Besitzmittlungsverhältnis aan de mittelbarer Besitzer toekomt.²⁸ Dit in tegenstelling tot § 931 BGB. De vraag die rees, was of *Anspruch auf Herausgabe* in deze bepaling zag op de revindicatie, of op het obligatoire recht op afgifte. Anders geformuleerd: was § 931 BGB de codificatie van de gemeenrechtelijke uitleg van C. 4.39.²⁹ of diende voor de uitleg van deze bepalingen aansluiting te worden

28. Staudinger-Wiegand, § 868, RdNr. 13; Wolff-Raiser § 67 II 1, Baur-Stürner, § 51 VI; Palandt-Bassenge § 931 RdNr. 1.

29. Zie hierover: Dernburg, *Pandekten II (Sachenrecht)*, p. 134-135; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band II, p. 253-254.

gezocht bij § 870 BGB? De wetgever had het antwoord op deze vraag in het midden gelaten. In haar toelichting merkt de tweede commissie op over deze bepaling³⁰:

‘Es handele sich lediglich darum, für den hier fraglichen Fall der Eigentumsübertragung einen rechtsakt zu bestimmen, der geeignet sei, die regelmäßig erfordert körperliche Übergabe nach der Richtung zu ersetzen, daß er den auf unmittelbaren Eintritt der dinglichen Rechtswirkung gerichteten Parteiwillen außer Frage stelle. Als ein solcher Rechtsakt biete sich die Abtretung des dem Veräußerer gegen den dritten Besitzer zustehenden Anspruches auf Herausgabe der Sache an den Erwerber.’

In haar toelichting had de tweede commissie een verwijzing naar § 870 BGB achterwege gelaten. Hieruit werd door bijvoorbeeld Oertmann afgeleid dat in § 931 BGB werd gedoeld op de revindicatie en niet op het obligatoire recht op afgifte³¹. Immers: nergens wordt in § 931 BGB vereist dat de vervreemder middelbarer Bezitter is van de zaak en zodoende ook niet dat de vervreemder in een Besitzmittlungsverhältnis staat tot de derde. Dit betekent dat § 931 BGB ook ziet op de situatie waarin de vervreemder geen bezitter is van de zaak, bijvoorbeeld omdat de derde Eigenbezitter - een dief - is. De enige Anspruch auf Herausgabe die de vervreemder in een dergelijke situatie heeft, is de revindicatie.

15. Oertmann werd hierin gesteund door de rechtspraak. Reeds in 1902 had het Reichsgericht overwogen dat met Anspruch auf Herausgabe in § 931 BGB in de eerste plaats werd gedoeld op de revindicatie³²:

‘Da durch die in § 931 a.a.D. vorgesehene Abtretung des Anspruches auf Herausgabe der Sache (d.h. unter allen Umständen des dinglichen Anspruches des Eigentümers im Sinne des § 985 BGB und, wenn dieser mittelbarer Besitzer der Sache ist, auch seines persönlichen Anspruches) die körperliche Übergabe der Sache und somit die Übertragung des Besitzes an derselben ersetzt und die Übertragung des Eigentums unmittelbar bewirkt werden soll(...)’

Hoe dan ook wordt op grond van § 931 BGB de revindicatie gecedeerd. Mocht de vervreemder tevens een obligatoir recht op afgifte hebben, dan wordt dit recht tevens gecedeerd.

30. Mugdan III, p. 629.

31. P. Oertmann, "Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche", in: *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 61 (1912), p. 44-59.

32. Beslissing van 28 oktober 1902; RGZ 52, 385, 394.

16. Op deze uitleg van § 931 BGB is vanaf het begin echter ook kritiek geleverd. Reeds voor de invoering van het BGB, in 1898, betoogde Strohal dat Anspruch auf Herausgabe niets anders kan betekenen dan het obligatoire recht op afgifte dat uit de Besitzmittlungsverhältnis voortvloeit.³³ Voor de overdracht van een roerende zaak is naast een zakenrechtelijke overeenkomst (*Einigung*) vereist dat het bezit van de zaak wordt verschaft. Heeft de vervreemder de onmiddellijke macht over de zaak, dan geschiedt de bezitsverschaffing in beginsel door Übergabe van de zaak (§ 929 BGB). Heeft de vervreemder de middellijke macht over de zaak, dan bepaalt § 931 BGB dat het mittelbarer Besitz verschaft dient te worden. § 931 BGB sluit zodoende aan bij § 870 BGB, hetgeen betekent dat de bezitsverschaffing tot stand komt door het obligatoire recht op afgifte aan de verkrijger te cederen. Anders geformuleerd: door Einigung en de cessie van het obligatoire recht op afgifte wordt de verkrijger eigenaar van de zaak. Als eigenaar komt aan deze verkrijger vervolgens ook de revindicatie toe, hetgeen *het gevolg* is van de overdracht en niet de oorzaak.³⁴

17. Deze uitleg van § 931 BGB won met het ouder worden van het BGB steeds meer terrein op de *Vindikationslehre*. Uiteindelijk ging ook het Bundesgerichtshof, de ambtelijke opvolger van het Reichsgericht, in zijn uitspraak van 21 april 1959 om.³⁵ In de eerste plaats overwoog het Hof dat de overgang van revindicatie niets anders dan een gevolg kan zijn van de eigendomsoverdracht:

‘daß der Veräußerer den Eigentumsanspruch verliere weil er das Eigentum verliere, und der Erwerber ihn gewinne, weil er Eigentümer werde, daß die Übertragung des Eigentumsanspruchs also nicht Voraussetzung, sondern Folge des Eigentumswechsel sei.’

Vervolgens werd ten aanzien van de levering van een roerende zaak die zich onder een derde bevindt, overwogen:

‘Das Gesetz stellt grundsätzlich für den Eigentumsübergang neben der Einigung die Besitzübertragung als selbständige Erfordernis auf. Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so ersetzt, worauf das RG hinweist, nach § 931 BGB die Abtretung der Herausgabeanspruch die körperliche Übergabe und somit die Übertragung des Besitzes. Die Besitzübertragung für den Fall, daß zwischen dem Veräußerer und dem Dritten ein Besitzmittlungsverhältnis besteht,

33. E. Strohal, "Der Sachbesitz nach dem BGB", in: *Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 38 (1898), p. 1-138.

34. Strohal, "Der Sachbesitz nach dem BGB", p. 94

35. Uitspraak van 21 april 1959, *NJW* 1959, 1536, 1538.

wird nach § 870 BGB geregelt. Danach kann der mittelbare Besitzer den Besitz dadurch übertragen, daß er dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe abtritt. Nach dem Sinn des § 931 BGB kann somit im Falle eines Besitzmittlungsverhältnis die Abtretung des Herausgabeanspruches zum Zwecke der Eigentumsübertragung nichts anderes bedeuten als die nach § 870 BGB für die Besitzübertragung erforderliche Abtretung der Herausgabeanspruch. Bei dem letztgenannten Herausgabeanspruch aber handelt es idR um den schuldrechtlichen Herausgabeanspruch auf Grund des Besitzmittlungsverhältnisses, vermöge dessen der Dritte dem mittelbarer Besitzer zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Die Abtretung dieses schuldrechtlichen Anspruches muß daher zur Eigentumsübertragung genügen.'

Uit deze rechtsoverweging blijkt overduidelijk dat de cessie van de Herausgabeanspruch geplaast moet worden binnen het vereiste van bezitsverschaffing, hetgeen betekent dat deze bepaling ziet op de cessie van het obligatoire recht op afgifte, zoals dat ook in § 870 BGB is geregeld.³⁶

III Conclusie

18. De eerste en belangrijkste conclusie, die uit deze kleine rechtsvergelijkende exercitie kan worden getrokken, is dat de revindicatie zowel naar Duits als naar Nederlands recht heden ten dage wordt beschouwd als een recht dat niet voor zelfstandige overdracht vatbaar is. De revindicatie is onlosmakelijk verbonden met de eigendom van de zaak. Door de eigendom van de zaak over te dragen verkrijgt de verkrijger de revindicatie, omdat hij eigenaar is geworden. De revindicatie kan niet worden overgedragen teneinde de eigendom over te dragen, laat staan dat de revindicatie zonder de eigendom kan worden overgedragen.

19. De tweede conclusie die zich opdringt, betreft de uitleg van § 931 BGB, zoals die in de Nederlandse literatuur naar voren is gekomen. Meijers' weergave van de uitleg van § 931 BGB was voor de tijd, waarin hij zijn artikel schreef, 1926, juist. Overdracht van de revindicatie werd destijds in Duitsland mogelijk geacht, hoewel daarop ook kritiek werd geleverd. Dit relativeert in ieder geval de stelligheid waarmee Eggens het tegendeel betoogde. Voorts blijkt dat Van der Burg uitging van - in Duitsland - verouderde opvattingen omtrent de uitleg van § 931 BGB en Brahn wel de moderne opvatting weergaf.

A.J. VAN DER LELY

GRONINGEN

36. Vgl. Staudinger-Wiegand, § 931 RdNr. 14; Baur, § 51 VI 2; Westermann § 41 II 4 b; Palandt-Bassenge, § 931 Anm. 1, 3a; Soergel-Mühl, § 931, Rz 4.