



















Abstractheid heeft in het NBW een eigen betekenis. Blijkbaar is zij niet alleen een juridisch technisch middel, een rechtseffect, dat, indien zich de noodzaak daartoe voordoet, door verdere middelen dient te worden geneutraliseerd;<sup>19</sup> de abstractheid betekent veeleer definitieve toerekening: de schuldovertreder is aansprakelijk, in ieder geval kan hij zich zelf niet meer bevrijden van de aansprakelijkheid voor de door hem overgenomen schuld. Hem rest, voor wat hem zelf betreft, nog slechts de mogelijkheid zich tot de oude schuldenaar te wenden, jegens wie hij zich door middel van een nietige overeenkomst tot overname van de schuld heeft verplicht. Dit moge als resultaat acceptabel zijn, toch blijft de vraag of deze oplossing de schuldovertrening voor de schuldovertreder niet onnodig gevaarlijk maakt. Men ziet hem overgeleverd aan de willekeur van de schuldeiser.

De regeling met betrekking tot de keuzemogelijkheid van de schuldeiser uit art. 6.2.3.13 (6:158) lijkt ook op een andere grond bedenkelijk. De bepaling zegt dat de schuldeiser de schuld weer laat overgaan. Dat wil zeggen, dat na de oude schuldenaar nu de schuldeiser over de schuld beschikt. De schuldeiser "heeft" de schuld echter niet: hij "heeft" de vordering, dus hoogstens het tegenovergestelde van de schuld. Het valt niet goed voor te stellen dat de schuldeiser nu enerzijds door middel van cessie over de actieve zijde der verbintenis en anderzijds in het geval van art. 6.2.3.13 (6:158) over de passieve zijde der verbintenis kan beschikken. Dit behoeft nadere toelichting.

Eén punt dient daarbij in herinnering te worden gebracht: het NBW heeft voor de regeling der schuldovertrening de constructie van § 415 BGB gekozen, de overeenkomst tussen de oude schuldenaar en de schuldovertreder, niet die van § 414 BGB, een overeenkomst tussen schuldeiser en schuldovertreder, daar het niet wel mogelijk leek, dat de schuldeiser in strijd met art. 6.2.4.14a (6:160) NBW eenzijdig afstand zou kunnen doen van een schuld. Wanneer nu de schuldeiser als resultaat van de gekozen constructie over een object beschikt dat hij niet heeft, lijkt dit niet minder bedenkelijk!

Inderdaad ligt het punt waarop het probleem begint dieper. De regeling in het NBW maakt slechts zichtbaar, wat al in de in Duitsland heersende leer over de schuldovertrening als een beschikking door de schuldenaar ligt besloten. Het valt op dat ook deze leer in kritische situaties toch aansluiting zoekt bij de obligatoire leer teneinde tot acceptabele resultaten te geraken. Dit was reeds in de hierboven besproken casus het geval, waarin het ging om de vraag, hoe de schuldovertreder zijn rechten kan handhaven ten aanzien van de schuldeiser wanneer de rechts-

19 Met dien verstande dat de abstractheid geen verweermiddelen uitsluit; vgl. § 813 BGB.

betrekking tussen hem en de oude schuldenaar nietig is. Naar de beschikkingsleer wordt de schuldovertreder niet door de rechtsorde bijgestaan; naar de leer, die een obligatoire overeenkomst tussen schuldeiser en schuldovertreder aanneemt, is de oplossing eenvoudig: de schuldovertreder zou de overneming met een beroep op § 812, Abs. 2 BGB ongedaan kunnen maken.

In één bijzonder geval wordt dit nog duidelijker. De oude schuldenaar heeft de schuldovertreder arglistig bedrogen; de schuldeiser wist daarvan niets. Naar de beschikkingsleer baat zijn onwetendheid de schuldeiser niet. Door het inroepen van de nietigheid jegens de contractspartij die bedrog heeft gepleegd, de oude schuldenaar, verliest de schuldeiser de schuldovertreder weer als schuldenaar. Deze consequentie heeft het Bundesgerichtshof getrokken.<sup>20</sup> Naar de obligatoire leer zou het gewenste, gedifferentieerde rechtsgevolg zijn ingetreden: in de overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldovertreder is de oude schuldenaar een derde. Het bedrog door de oude schuldenaar maakt de overneming involge § 123, Abs. 2, Satz BGB ten opzichte van de schuldeiser aantastbaar, wanneer deze het bedrog kende of had kunnen kennen.<sup>21</sup> De tekst van het voorschrift lijkt zelfs op dit geval te zijn toegesneden - indien men de obligatoire leer volgt. Naar art. 3.2.10, lid 5 (3:44) NBW zou hetzelfde moeten gelden.

## 6 Kritiek op de beschikkingsleer

Het lijkt, gezien deze bevindingen, toch op zijn plaats de beschikkingsleer - en daarmee ook de grondslag van de regeling van de schuldovertreder in het NBW - nog eens aan een kritisch onderzoek te onderwerpen. Een belemmering bij een dergelijk onderzoek is, dat het zich niet op algemeen erkende grondslagen van het privaatrecht kan baseren. De discussie over de schuldovertreder toont duidelijk aan dat het het privaatrecht moeilijk valt, zijn uitgangspunten duidelijk te maken.

De "Motive" spreken erover dat bij de schuldovertreder de identiteit van de schuld gehandhaafd blijft en dat de schuldovertreder een abstracte beschikking is.<sup>22</sup> Wat zijn echter de criteria van de identiteit van de schuld? Deze vraag zal pas later weer worden opgevat. Of daaraan wel een argument ten gunste van de beschikking kan worden ontleend, veronderstelt premissen die eerst zichtbaar moeten worden gemaakt.

20 BGHZ 31, 321

21 Verg. bij dit voorbeeld Brox, *Allgemeines Schuldrecht*, Rdn. 414 en *Juristenzeitung* 1960, blz. 369 e.v.

22 Mugdan, t.a.p. blz. 78 e.v.; vgl. Nörr, t.a.p. (n.4) blz.285.

De abstractheid dwingt geenszins tot de veronderstelling dat een abstracte schuldoverneming ook een beschikking zou moeten zijn. Wij kennen weliswaar in het Duitse recht de basisregel dat beschikkingen abstract zijn, maar niet alleen beschikkingen zijn abstract. De regel over de abstractheid van beschikkingen kan niet worden omgekeerd: niet alles wat abstract is, is ook een beschikking. Wij kennen ook abstracte obligatoire rechtsfeiten, te weten de erkenning en de verklaring van schuld (§§ 781-782 BGB).

Om te kunnen vaststellen of de schuldoverneming een beschikking is, zou eerst eens een nauwkeurig criterium moeten gevonden wat een beschikking is. In de Duitse literatuur wordt betoogd dat de schuldoverneming een beschikking is omdat zich bij haar de richting van de vordering wijzigt aangezien het vermogen dat uitwinbaar is wordt verwisseld.<sup>23</sup> Deze motivering is niet sterk: de afstand, waardoor zich de richting en de inhoud van de vordering eveneens wijzigen, zien wij toch ook niet als een beschikking over de vordering?

**a Het niet-goederenrechtelijke karakter van de schuld.**

De vraag of de schuldoverneming het karakter van een beschikking of een obligatoir rechtsfeit heeft, kan alles wel beschouwd slechts worden beantwoord met de vraag naar de structuur van de verbintenis. En hierbij moet boven alles één vraag worden beantwoord: in hoeverre kan men de verbintenis als object verstaan en waar is zij slechts als rechtsbetrekking te begrijpen? Daarachter verschuilt zich het volgende argument: men kan slechts over objecten beschikken, want slechts objecten kan men overdragen. In rechtsbetrekkingen kan men de subjecten vervangen: één rechtssubject kan door een ander worden vervangen. Men kan dan zeggen, dat het subject de rechtsbetrekking overneemt. De rechtsbetrekking zelf echter wordt niet overgedragen en is niet overdraagbaar. De opvatting als zou de schuldoverneming een beschikking inhouden, kan slechts staande gehouden worden wanneer men kan aantonen dat een schuld als object van de rechtsorde wordt erkend.

Wanneer men nu de voorschriften over de schuldoverneming in het NBW beziet, kan licht de indruk worden gewekt, dat met de schuld een object overgaat. Art. 6.2.3.10 (6:155) zegt dat een schuld "overgaat": "*Een schuld gaat van de schuldenaar over op een derde*". Volgens art. 6.2.3.11 en 12 (6:156 en 157) "*vindt de overgang plaats*", resp. bestaat er zoiets als "*het tijdstip van de overgang*". In art. 6.2.3.13 (6:158) kan "*de schuldeiser de schuld weer op de vorige schuldenaar doen*

<sup>23</sup> Nörr, t.a.p. blz. 285 e.v; vgl. Larenz, *Schuldrecht I*, § 35 I a

*overgaan*". Deze formuleringen lijken in de schuld een object te zien dat voor beschikkingen vatbaar is. Het valt echter op dat zowel de wettekst als de literatuur het zorgvuldig vermijden om van een overdracht van de schuld te spreken.

De formuleringen van het BGB zijn daarentegen veel voorzichtiger gekozen; de indruk wordt gewekt alsof men zich bewust niet heeft willen vastleggen. Het BGB gebruikt het begrip "Schuldübernahme", maar beschrijft het in § 414 zo dat "der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt". Dit klinkt precies zo als juist de vervanging van partijen in een rechtsbetrekking werd beschreven. Het BGB vermijdt ook overigens iedere bewuste keuze: het spreekt altijd slechts van de veroorzakende rechtshandeling, de schuldoverneming, doch vermijdt iedere beschrijving van de gebeurtenis zelf. Daartegen spreekt het zich er bij de cessie zeer open over uit dat een vordering wordt overgedragen (§ 398 BGB). Het BGB lijkt bij de verbintenis dus een object te zien aan de actieve zijde daarvan, bij de vordering, maar vermijdt dat echter aan de passieve zijde, bij de schuld. Het object "schuld" is door de rechtswetenschap, met de beschikkingsleer, geschapen.

Wie de argumentatie aan de hand van de letterlijke tekst der §§ 414 e.v. BGB te dun vindt, zij gewezen op de behandeling van schulden in de overige delen van het BGB. Het BGB is verbazend consequent. Men zou reeds op § 419, op de overneming van een vermogen, kunnen wijzen en zich de vraag stellen, waarom daarin de aansprakelijkheid van de overnemer afzonderlijk moet worden voorgeschreven, wanneer óók de schuld een object is, dat met het vermogen zou moeten zijn overgenomen. Nog duidelijker is de situatie bij de verkrijging ter zake des doods. Het zou toch voor de hand hebben gelegen met het vermogen van de erflater óók diens schulden op de erven te laten overgaan. Naar § 1922 BGB gaan echter slechts de activa over; in de positie van schuldenaar komen de erven eerst op andere wijze, te weten door de afzonderlijke bepaling dat de erfgenaam aansprakelijk is voor de verplichtingen uit de nalatenschap (§ 1967, Abs.1 BGB), waartoe volgens § 1967, Abs.2 BGB voor alles de "vom Erblasser herrührenden Schulden" behoren.

Zeer onthullend voor onze vraag is de regeling van hetgeen in Nederland "pluraliteit" wordt genoemd. De Duitse rechtsgeleerdeid kent een dergelijke algemeen begrip niet. Zij kent de gerechtigdheid van meerdere personen als eigenaren en als schuldeisers en zij kent de aansprakelijkheid van meerdere personen als schuldenaar. Als algemene regeling van de verhouding tussen meerdere gerechtigden onderling, kent zij de regels over de "Gemeinschaft" in de §§ 741 e.v. BGB. Een daarmee corresponderende regeling ontbreekt voor de debiteuren, voor de schulden. Dit is geen lacune: er bestaat geen gemeenschap voor zover het schulden betreft, aangezien het BGB de schuld niet als object van een dergelijke gemeenschap kent. Daarom bevat het BGB in de §§ 705 e.v. ook geen

regels voor gezamenhandse schulden; er bestaat een gezamenhandse gerechtigdheid, niet een dergelijke aansprakelijkheid. In de gebonden gemeenschap van het burgerlijk recht zijn de gemeenschapsgenoten aansprakelijk naar de algemene regels die in §§ 420 e.v. BGB te vinden zijn. In tegenstelling tot de eigendom en de vordering, bestaat het rechtsobject "schuld" niet.

Deze opsomming is niet volledig. Het BGB lijkt echter, wat de behandeling van schulden betreft, consequent te zijn. Het zou een breuk met zijn grondslag betekenen, wanneer het bij de schuldoverneming plotseling zou uitgaan van de schuld als rechtsobject, waarover men kan beschikken. Er bestaat een ogenschijnlijk voor de hand liggend beeld dat echter misleidend is: schuldoverneming is *niet* het spiegelbeeld van de cessie!<sup>24</sup> Wie wil, kan hier van een asymmetrie spreken. De verbintenis is aan de actieve en de passieve zijde niet identiek uitgewerkt.

Overeenkomstige overwegingen kunnen ook ten aanzien van het NBW worden gemaakt. Het NBW is in vele opzichten vergeleken met het BGB een systematische stap vooruit. Het heeft in zijn derde boek algemene bepalingen voor het Vermogensrecht.<sup>25</sup> In dit boek zijn ook in de vierde titel de verkrijging en het verlies van vermogensrechten geregeld. De in het BGB over de §§ 398,873,925,929 enz. verspreide verkrijgingsbepalingen (met de in § 413 merkwaardig verborgen algemene regeling), zijn hier juister samengevat.<sup>26</sup> De overneming van een vermogen als overdracht van een rechtsobject, zou hier hebben gepast: in deze afdeling zijn de beschikkingen geregeld. Het NBW regelt de schuldoverneming echter pas in het algemeen deel van het Verbintenissenrecht (boek 6). Men kan deze verdeling van de stof overigens zo verklaren, dat in het derde boek de verbintenis als object van het rechtsverkeer wordt gezien en geregeld en in het zesde boek als betrekking tussen schuldeiser en schuldenaar. Het wekt dan echter bevreemding, wanneer in de tweede titel van het zesde boek plotseling de beschikking over schulden opduikt. De regeling staat daar echter precies op de juiste plaats, wanneer men de schuldoverneming niet ziet als een beschikking tussen de oude schuldenaar en de schuldovernemer, maar als een obligatoir rechtsfeit.

24 Aldus Nörr, t.a.p. (n.4) blz.286.

25 Hierin wordt ook - leerstellig scherp onder het opschrift "Gemeenschap van een algemeenheid van goederen" - de gemeenschap en de gebonden gemeenschap behandeld, anders dan de niet zeer zinvolle rubricering in het BGB onder de bijzondere verbintenissen.

26 Een dergelijke systematiek hebben Wieacker (*Zum system des Deutschen Vermögensrecht* (Leipzig 1941) blz. 26 e.v.; 37) en Larenz, t.a.p. (n. 23) § 33 I, voor het Duitse recht verlangd.

**b Alternatieve verklaringen van de schuldoverneming.**

Schoordijk heeft de schuldoverneming in het NBW met heldere argumenten bekritiseerd.<sup>27</sup> Aan de regeling, inhoudende dat de schuldoverneming pas jegens de schuldeiser werkt wanneer hij van het contract van schuldoverneming in kennis is gesteld, knoopt hij de constatering dat een schuldoverneming die niet jegens de schuldeiser werkt geen schuldoverneming is, maar slechts een draagplicht scheidt van de schuldovernemer ten opzichte van de oude schuldenaar.<sup>28</sup> Men kan dit argument doortrekken en dan tot het resultaat komen dat niet de oude schuldenaar en de schuldovernemer door middel van hun overeenkomst de schuldoverneming bewerkstelligen, maar dat het de medewerking van de schuldeiser zelf is, zijn toestemming en bij voorafgaande toestemming zelfs pas de mededeling door de partijen, die het gewenste resultaat creëert. De betrokkenheid van de schuldeiser bij de schuldoverneming komt bij deze analyse duidelijker naar voren dan de letterlijke tekst van de regeling doet vermoeden. Iets dat men als "overgang" van de schuld zou kunnen bestempelen, vindt pas plaats bij de bekendmaking daarvan aan de schuldeiser en zijn toestemming.

Schoordijk gaat nog verder: hij stelt tegenover de in art. 6.2.3.10 (6:155) NBW neergelegde overdracht van de schuld door de oude schuldenaar op de schuldovernemer een andere constructie. Schuldenaar A komt met B overeen dat deze een schuld van A jegens C overneemt. In deze overeenkomst wordt bedongen dat C zelf de vordering zelf tegen B geldend kan maken. Een dergelijke constructie wordt in art. 6.5.3.5 (6:253) NBW aangeduid als een beding ten gunste van een derde. De derde verkrijgt het recht door acceptatie.<sup>29</sup> Tegen een dergelijke constructie zou men naar het NBW naar voren kunnen brengen, dat art. 6.2.3.10 (6:155) voor een geldige schuldenaarsvervangingsconstructie vooronderstelt, dat de overneming aan de schuldeiser *door de partijen* wordt medegedeeld. Men zou dan het NBW de gedachte toeschrijven dat de mededeling door beide partijen een voorwaarde zijn moet voor iedere schuldenaarsvervangingsconstructie, ook wanneer zij als derdenbeding tot stand komt. Dan mag men echter ook veronderstellen dat iedere partij, die de schuldeiser in kennis stelt van de schuldenaarsvervangingsconstructie, de andere partij vertegenwoordigt.<sup>30</sup>

27 Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek* (Deventer 1979) blz. 343 e.v.

28 Schoordijk, t.a.p. blz. 344.

29 Schoordijk, t.a.p. blz. 345.

30 Schoordijk, *l.c.*

Reeds de "Motive" bij het BGB hebben het derdenbeding in overweging genomen.<sup>31</sup> De "Motive" hebben daartegen bezwaren. De bevrijding van de oude schuldenaar zou niet de inhoud van een dergelijke overeenkomst kunnen uitmaken. Dit zou een ontoelaatbaar beding ten laste van een derde zijn. Dientengevolge zou slechts medeschuldovername door middel van een derdenbeding mogelijk zijn. Men zou over dit bezwaar van de "Motive" kunnen heenstappen door aan te nemen dat de inhoud van de overeenkomst niet bestaat uit de vervanging van een schuldenaar, maar een optie ten gunste van de schuldeiser behelst, die hij door zijn acceptatie uitoefent. Deze verklaring stemt overeen met de regeling in art. 6.2.3.13 (6:158) NBW, die de schuldeiser weer een keuzemogelijkheid biedt, wanneer de overeenkomst tussen de oude schuldenaar en de schuldovertreder nietig is.

Men zou nog kunnen denken aan een oplossing langs de weg van het vertegenwoordigingsrecht. Waarom zou de schuldeiser de schuldenaar niet ook al bij het sluiten van de overeenkomst kunnen vertegenwoordigen, met dien verstande dat zonder volmacht de werking afhangt van de bekrachtiging door de schuldenaar (art. 3.3.8 (3:69) NBW). Dan is er ook ruimte voor de gedachte dat de schuldenaar of de schuldovertreder de schuldeiser bij het sluiten van de overeenkomst vertegenwoordigt; de toestemming voor de schuldovertreder wordt dan gezien als de bekrachtiging van het handelen ten behoeve van een ander zonder volmacht. Bij de schuldovertreder is het altijd duidelijk dat daarbij drie partijen zijn betrokken; men kan derhalve tenminste uitgaan van een concludent handelen ten behoeve van degene wiens toestemming is vereist.<sup>32</sup>

Voor degenen die het NBW moeten toepassen ontstaan geen problemen door deze verschillende mogelijkheden om de schuldovertreder te construeren. Zij kunnen aan hun beslissing een overdracht van de schuld naar art. 6.2.3.10 (6:155) ten grondslag leggen, of een derdenbeding, of een van de vertegenwoordigingsconstructies. Daar partijen in het rechtsverkeer zich niet in het juridisch vakjargon plegen uit te drukken, zal men in de regel kunnen onderzoeken naar welke interpretatie het beoogde resultaat kan worden bereikt. Zelfs wanneer partijen hun deelname aan het overnemingsproces uitdrukkelijk juridisch kwalificeren, bindt dit de rechter niet. Hij vult de rechtsgronden eigener beweging aan; hij is per slot van

31 Mugdan, t.a.p. (n. 8) blz. 79.

32 Inderdaad zijn ook in Duitsland de constructies van het derdenbeding en de vertegenwoordiging zonder volmacht ter verklaring gehanteerd: zie Werner, in *Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch II (Recht der Schuldverhältnisse* (9e druk; 1930)) § 415, Anm. II 3 b en c.

rekening ook niet gebonden aan de bewering van partijen dat er sprake is van koop, terwijl er op grond van de feiten sprake is van huur.<sup>33</sup>

De opvatting dat de schuldoverneming een obligatoir rechtsfeit is, heeft tot slot nóg een voordeel. Het abstracte karakter van de schuldoverneming, dat de schuldovernemer de mogelijkheid dient te ontnemen om zich te beroepen op de gebreken die gelegen zijn in de overeenkomst die aan de schuldoverneming ten grondslag ligt,<sup>34</sup> is een rechtsgevolg dat - naar zojuist is aangetoond volgens Duitse opvattingen - beschikkingen niet hebben.<sup>35</sup> Het verrijktingsrecht heeft juist ten doel dergelijke gebreken op te heffen. Het is veeleer de abstracte belofte van schuld, een obligatoir rechtsfeit, die verweermiddelen uitsluit. Schoordijk spreekt dan ook bij zijn interpretatie van de schuldoverneming van een stipulatie tussen de oude schuldenaar als stipulator en de schuldovernemer als promittens.<sup>36</sup> Een dergelijke stipulatie kan men ook ten grondslag leggen aan alle andere constructies, die uitgaan van de schuldoverneming als een obligatoir gebeuren.

c De verbintenis als object en relatie.<sup>37</sup>

Om nu terug te keren tot de vraag naar het karakter van de schuld als object of rechtsbetrekking. Iemand zou volkomen kunnen instemmen met de stelling dat de schuld naar de traditionele opvattingen geen rechtsobject is, maar een rechtsbetrekking en hij zou zich er tevens in kunnen vinden dat rechtsbetrekkingen geen objecten zijn waarover men kan beschikken. Desalniettemin zou zo iemand de beschikkingsleer kunnen verwelkomen. Per slot van rekening heeft het ook eeuwen geduurd, alvorens men beschikkingen over de actieve zijde van de verbintenis erkende. Het probleem dat rijst wanneer men de cessie als beschikking erkent bestaat immers uit het feit dat de verbintenis in het Romeinse recht als een rechtsbetrekking werd begrepen. Voor een echte cessie ontbrak het dus aan een object

33 Over het gegeven dat bij deze constructies de gewenste identiteit van de vorderingen niet bewaard blijft - vgl. Toelichting Meijers bij art. 6.2.3.10 - 13 (6:155-158); Inleidende Opmerkingen (*Parlementaire Geschiedenis, Boek 6*, blz. 572); zie aanstonds nader in de tekst.

34 Toelichting Meijers, s.v. verweermiddelen, *Parlementaire Geschiedenis*, t.a.p. blz. 576.

35 Naar Duits recht zijn deze verweermiddelen niet ten gevolge van het abstracte stelsel uitgesloten, maar door de uitdrukkelijke bepaling van § 417, Abs.2 BGB.

36 Schoordijk, t.a.p. blz. 345.

37 Ik grijp in deze paragraaf terug op argumenten die ik heb ontwikkeld in een lezing, getiteld "Het object van de verbintenis", die ik in het voorjaar van 1988 in de juridische faculteit van de Rijksuniversiteit Groningen heb gehouden.



voor de beschikking. Evenals de cessie een vooruitgang in het recht was, zouden de erkenning van de schuld als rechtsobject en de erkenning van de schuldoverneming als beschikking in dogmatisch opzicht als een doorbraak kunnen worden beschouwd.

Het is al enige tijd geleden dat de onderhavige vraag in Duitsland met de nodige duidelijkheid werd gesteld:

Schuldübernahme heißt der Eintritt eines neuen Schuldners in ein bestehendes Schuldverhältnis. Sie ist das Gegenstück zur Forderungsübertragung. Nach dem strengen Begriff des Forderungsrechtes als einer bloßen Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner wäre Schuldübernahme so wenig möglich wie Forderungsabtretung... Hält man daran fest, daß das Forderungsrecht lediglich durch seine Subjekte identifiziert wird, so erscheint eine Aufrechterhaltung der Identität des Forderungsrechtes bei einem Wechsel des Schuldners ebenso undenkbar wie bei einem Wechsel des Gläubigers. Die Forderung ist, wenn ein neuer Schuldner an die Stelle des ursprünglichen tritt, nicht mehr die nämliche wie vorher; es kann nur gegenüber dem neuen Schuldner eine Forderung mit dem gleichen Inhalt, wie sie gegenüber dem alten Schuldner bestand, begründet werden. Diese logische Forderung aus dem Begriffe des Forderungsrechtes hat das römische Recht bei der Frage der Übertragbarkeit der passiven Seite des Schuldverhältnisses in gleicher Weise gezogen wie in der Frage der Übertragbarkeit seiner aktiven Seite.<sup>38</sup>

Staat het ons vrij - nadat wij met de erkenning van de cessie klaarblijkelijk een object voor het vorderingsrecht aannemen - een dergelijk object ook bij de schuld te veronderstellen?

De vraag of de behandeling van de schuld als object van beschikkingen als een vooruitgang is te beschouwen, kan slechts worden beantwoord binnen het verband van een meer algemene standpuntbepaling ten aanzien van de structuur van de verbintenis. Zo'n standpuntbepaling is evenwel tegelijkertijd noodzakelijk: iedere uitlating over de schuld raakt deze grondslag van ons vermogensrecht en moet aan deze grondslag worden getoetst.

De vraag of aan subjectieve rechten objecten of rechtsbetrekkingen ten grondslag liggen, wordt al lang aan de orde gesteld; niet in verband met dit thema, maar in feite wel. Het Romeinse recht heeft ons op dit punt een hybride beeld nagelaten: het onderscheidde het *ius in re* van het *ius in personam*. Bij het ene, het *ius in re*, kunnen wij het object onderkennen; daarop duidt alleen reeds de ablativus: het recht bestaat op een zaak. Het *ius in personam* echter duidt veeleer op een rechtsbetrekking, de betrekking tot een bepaalde persoon: hier wordt *in* met de accusativus gebruikt. Natuurlijk scheidt ook het *ius in re* rechtsbetrekkingen, te weten die van de eigenaar tot de bezitter of degene die hem in zijn genot stoort, maar het heeft bovendien een object, dat aan de gerechtigde wordt toegekend.

38 Werner, t.a.p. (n. 32), Einl. 1 voor § 414.

Men zou het probleem ook anders kunnen stellen: wij kennen zakelijke rechten en verbintenissen als vermogensrechten. Tegelijkertijd geven beide soorten rechten de gerechtigde een macht, de macht van de eigenaar tegenover de bezitter zonder recht, degene die hem in zijn bezit stoort, de macht van de schuldeiser tegenover de schuldenaar. Het is niet deze macht die het vermogen vergroot: zij dient slechts tot zekerheid van het vermogen. De macht die de gerechtigde jegens de schuldenaar kan uitoefenen, schept zeker een betrekking tussen hen. Zij is echter geen afzonderlijk op geld waardeerbaar object; zij vormt - bij het zakelijke recht is dit evident - een aanhangsel van het object van het recht.

Wanneer men de Duitse juridische literatuur van de vorige eeuw op het hier geschetste probleem naziet, vindt men een veelvoud aan uitlatingen die impliciet een standpunt hebben ingenomen ten aanzien van de vraag naar het objectieve of relationele karakter van rechten. In het jaar 1801 stelde Thibaut zich in een onderzoek de vraag naar de juiste indeling van de rechten en koos voor een indeling in relatieve en absolute rechten.<sup>39</sup> Men komt tot een dergelijke indeling wanneer men aan rechten een relationeel karakter ten grondslag legt. Savigny stelde zich op het tegenovergestelde standpunt; voor hem waren "zakelijk" en "persoonlijk" de basiscategorieën. Geheel consequent, zag hij zich genoodzaakt aan de verbintenis, het persoonlijke recht, een object mee te geven. Hij zag aan het andere eind van de bevoegdheid tot machtsuitoefening van de schuldeiser een prestatie van de schuldenaar en noemde dit het object van de verbintenis.<sup>40</sup>

De wetenschap heeft Savigny in dezen terecht niet gevolgd: de schuldeiser heeft geen macht over de handeling van de schuldenaar, zoals hij wel een macht heeft over het object waarvan hij de eigenaar is. Uiteindelijk ziet men bij de cessie van de vordering, waarbij het object van het recht moet worden overgedragen, dat de handeling van de schuldenaar niet dat object is. De voorstelling, als zou bij de cessie een handeling van de schuldenaar worden overgedragen, is niet juist.

Men zou nog verdere ontwikkelingsstadia van het probleem de revue kunnen laten passeren: Brinz' theorie van de verbintenis als "Schuld" en "Haftung", die als het object van de verbintenis de persoon van de schuldenaar ziet, die in zekere zin "gegijzeld" is.<sup>41</sup> Het zakelijke recht als recht tot de zaak en de verbintenis als recht op een vermogenswaarde bij Sohm.<sup>42</sup> De meerderheid stelde zich, naast deze

39 Thibaut, "Über dingliches und persönliches Recht", in: *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* II (Jena 1801), blz. 25, 36.

40 Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* I (Berlijn 1840) § 53.

41 Brinz, "Der Begriff obligatio", in: *Zeitschrift für das Privat- und Oeffentliche Recht (Grünhuts Zeitschrift)* I, blz. 11 e.v.

42 Sohm, *Die Lehre vom subpignus* (Rostock 1864) blz. 10.

constructiepogingen, op het standpunt dat slechts de zakelijke rechten een object hebben in de zaak waarop het recht bestaat. Obligatoire rechten daarentegen zouden uitsluitend bestaan uit een relatie van persoon tot persoon.<sup>43</sup> De imperatievenleer van Thon<sup>44</sup> stelt het relationele aspect weer geheel op de voorgrond. Zij kreeg vooral invloed doordat Windscheid haar in zijn Pandektenleerboek opnam: het subjectieve recht als "Willensmacht" die aan het individu door de rechtsorde wordt verleend, het bevel van de rechtsorde, dat in het subjectieve recht tot bevel van het individuele rechtssubject wordt.<sup>45</sup> Hier treedt het opgeven van een object zeer duidelijk naar voren: de imperatief volstaat voor het subjectieve recht met een relatie.

Jhering verzette zich weer tegen de uiteenzetting bij Windscheid; hij miste bij deze macht het objectieve substraat. Dit object zou eerst inhoud en richting aan de macht geven, zonder object zou de enkele wil inhoudsloos zijn. Hij zelf zag het subjectieve recht als juridisch beschermd belang.<sup>46</sup> Dit belang overtuigt niet bijzonder als object. Het lijkt te abstract; het vormt bij de obligatoire rechten niet de evenknie van de zaak, die het object van het eigendomsrecht is. Het belang is een begrip dat boven de beide rechten staat.

Het probleem is onopgelost en derhalve kan hier een verdenking rijzen: de voorstelling als zou het bij de schuldoverneming om een beschikking gaan, bestaat dankzij de onopgehelderde structuur van obligatoire rechten. Slechts omdat bij cessie van een vordering niet valt uit te maken wat eigenlijk door de cedent op de cessionaris wordt overgedragen, kan de voorstelling binnensluipen dat de schuldoverneming een analoog gebeuren is. Wij kunnen echter de schuldoverneming niet alleen daarom als een beschikkingshandeling erkennen, omdat wij ook bij de cessie het object van de beschikking niet kunnen benoemen.

Onlangs heeft Dörner het probleem in een monografie nagetrokken. De titel van het werk - *Dynamische Relativität* - doet eigenlijk allereerst vermoeden, dat de vordering ook als relatie "gedinamiseerd", dus overgedragen kan worden. Dat zou een oplossing zijn die zich over logische bezwaren heenzet. Dörner schaart zich echter toch niet achter deze oplossing. Hij ziet bij de overdracht van obligatoire posities een gebeurtenis die een dubbele natuur heeft: de opvolging in rechten en

43 Zie Dernburg, *Pandekten II* (Berlijn 1903) § 1 I.

44 Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht* (Weimar 1878).

45 Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (7e druk) § 37, Anm. 3.

46 Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung III*, 1 (1e dr. 1865) §§ 60 e.v.

plichten en bovendien een overdracht van een vermogenswaarde.<sup>47</sup> Bij de overdracht van een vermogenswaarde komt toch weer een object om de hoek kijken.

Deze overdracht van een vermogenswaarde kent bij de schuldovername eigenaardigheden. De schuldenaar, die over de schuld beschikt, verliest niets; hij verkrijgt iets, te weten het vermogensvoordeel van een schuld bevrijd te zijn. De overnemer, de verkrijger van de schuld, verkrijgt evenmin iets; hij doet de vervreemder iets toekomen. Als beschikking over een object "schuld" valt dit slechts te begrijpen, indien dit object naar zijn aard negatief is, zoiets als "juridische antimaterie". Deze gevolgtrekking wordt dan ook door Dörner gemaakt: bij de schuldovername wordt een "passiev", "negatieve" waarde overgedragen.<sup>48</sup> Met deze verklaring van de schuldovername komt men tot een consequente constructie. De schuldenaar beschikt niet meer over een recht van de schuldeiser, maar nu over een eigen "recht". De schuldovername wordt werkelijk tot een overdrachtshandeling, direct tussen de oude schuldenaar en de overnemer. Er wordt echter geen vermogen overgedragen, maar veeleer "on-vermogen". Men kan deze verklaring aanvaarden, voor zover zij slechts zichtbaar maakt op welke premissen de beschikkingsleer is gebouwd. Als afleiding uit de geldende dogmatiek is zij op zijn minst twijfelachtig.

De zin voor symmetrie alleen zou ons er niet toe moeten verleiden, schulden als negatieve objecten te erkennen. Daartegen pleit de overige behandeling van schulden, zowel in het BGB als ook in het NBW. De symmetrie tussen cessie en schuldovername wordt in ieder geval doorbroken door de bij de schuldovername onvermijdelijke medewerking van de schuldeiser, die niet correspondeert met de cessie. Ook economisch lijkt een dergelijk negatief object niet erg zinvol. Bij de totstandkoming van de verbintenis zouden op deze wijze twee objecten ontstaan, een positief bij de schuldeiser en een negatief bij de schuldenaar. Een vordering van 20 zou in werkelijkheid een absolute omvang van 40 hebben. Dat lijkt niet bepaald zinvol.

Wanneer men bij de verbintenis naar een object zoekt, is het gepaster dat object alléén bij de vordering te zoeken: dáár heeft de verbintenis een vermogenswaarde. "Negatief" is de schuld alleen in de met de verbintenis verbonden macht, in het relationele deel der verbintenis. De schuldenaar is onderworpen aan de macht van de schuldeiser zijn vordering te realiseren. Dit is wat van oudsher wordt

47 Dörner, *Dynamische Relativität. Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten* (München 1985) blz. 114 e.v.

48 Dörner, t.a.p. blz. 184; hij kan zich gesteund weten door het onderzoek van Delbrück, *Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht* (Berlijn 1853).

verstaan onder de verminderde vrijheid van de schuldenaar,<sup>49</sup> die echter niet als object doch slechts als relatie begrepen kan worden. Dat rechtvaardigt de verschillende behandeling van schulden en vorderingen in het recht. Alleen al leerstellige voorzichtigheid zou dienen voor te schrijven dat men zich aan een dogmatisch minder gewrongen constructie houdt dan die welke een negatief vermogensobject vooronderstelt.

Men zou nog bij wijze van tegenwerping kunnen wijzen op de verklaarde bedoeling van de wetgever, dat de schuldovername een opvolging onder bijzondere titel dient te zijn. Dit wordt in de "Motive" bij het BGB uitdrukkelijk opgemerkt.<sup>50</sup> Ook het NBW staat op dit standpunt, wanneer in de parlementaire stukken wordt benadrukt dat in tegenstelling tot de novatie de schuldovername de obligatoire rechtsbetrekking in haar identiteit intact laat.<sup>51</sup> Onopgehelderd blijft, wat eigenlijk de criteria voor een dergelijke identiteit zijn. Het antwoord hierop heeft weer iets te maken met de onderscheiding tussen object en relatie.

Men kan slechts bij objecten van identiteit spreken. Rechtsbetrekkingen hebben een andere status. Rechtsbetrekkingen kunnen gelijkelijk gevormd zijn, maar dat is het uiterste aan "identiteit" dat bij hen kan worden vastgesteld. Rechtsbetrekkingen zijn vooral geïndividualiseerd door de subjecten, tussen welke zij bestaan. Deze individualiteit verliezen zij logischerwijze bij de schuldovername. Een identiteit die het kan stellen zonder individualiteit zou wel iets uiterst merkwaardigs zijn. Dat inhoud en modaliteiten van de prestatie bij de schuldovername bewaard blijven, legt de rechtsbetrekking inhoudelijk vast, maar scheidt geen object. Een daarboven uitstijgende eigenschap "identiteit", kan bij schulden niet worden vastgesteld. Het is dan ook niet zinvol, bij een schuld over "identiteit" te spreken. Naar deze vooronderstelling zou een "overgenomen" schuld niet kunnen worden onderscheiden van een inhoudelijk gelijksoortige schuld waarbij slechts de schuldenaar is verwisseld.

Het betoog, dat bij schuldovername nevenrechten en verweren aan de schuld kleven die derhalve door de schuldovername kunnen worden geldend gemaakt, is illustratief, maar niet dwingend. Het valt niet in te zien, waarom niet eenvoudigweg aan een bepaling van de wetgever dit effect zou kunnen zijn verbonden, dat bovendien door partijen kan worden terzijde gesteld. In feite wordt het lot van de nevenrechten zowel in art. 6.2.3.12 (6:157) NBW, als ook in de §§ 416 tot 418 BGB

49 Vgl. Grotius, *De jure belli ac pacis* II, xi, § 4.

50 Mugdan, t.a.p. blz. 78.

51 Toelichting Meijers op art. 6.2.3.10-13, Inleidende opmerkingen; *Parlementaire Geschiedenis*, t.a.p. blz. 571.

DE SCHULD ALS OBJECT EN RELATIE - ART. 6.2.3.10 NBW

onderscheidelijk naar de aard van het nevenrecht geregeld, in ieder geval niet in de zin van een eenvoudige accessoiriteit. Er bestaat geen dwingende reden aan de identiteit van de schuld bij de schuldoverneming vast te houden.

De letterlijke tekst van de art. 6.2.3.10 (6:155) e.v. NBW, waarachter een dogmatische voorstelling van zaken verborgen gaat die hier in twijfel wordt getrokken, vormt geen belemmering voor een "gelouterde" interpretatie. Men kan de zegswijze "overgang van de schuld" als juridisch jargon beschouwen, wanneer men zich maar bewust blijft van het feit dat onder de begrippen overgang en overneming niet de overdracht van een object kan worden verstaan.

WOLFGANG MINCKE

GÖTTINGEN