

Over de erfelijkheid van bezit, goede en kwade trouw

Kan de *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater een verkrijgende verjaring beginnen?

Jelle Jansen*

* Mr. J.E. Jansen is universitair hoofddocent Romeins recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en columnist van *Ars Aequi*.

- Zie bijvoorbeeld P. Bruhn, *Das Bernsteinzimmer in Zarskoje Selo bei Sankt Petersburg. Von der Schenkung des Bernsteinzimmers durch den König von Preußen an den Zar, über das ungeklärte Verschwinden des Bernsteinzimmers im Zweiten Weltkrieg, bis zur Vollendung der Rekonstruktion des Bernsteinzimmers im Jahre 2003* (2e druk), Berlijn: Bock & Kübler, 2004.
- Over de feodale wortels van de saisine en de regel *le mort saisit le vif* bijvoorbeeld J. Simonnet, *Histoire et théorie de la saisine héréditaire dans les transmissions des biens par décès*, Parijs: Durand 1851, p. 62 e.v., A. Breton e.a. (red.), *Leçons de droit civil. Tome 4-2: Successions, Libéralités* Parijs: Montchrestien 1982, nr. 1150, p. 426 en F. Olivier-Martin, *Histoire de la coutume de prévôté et vicomté de Paris*, Parijs: Leroux 1930, p. 399 e.v. Zie ook J. Smyth, 'Seizin in the Quebec law of successions', *McGill Journal* 1956-1957, p. 172-194, p. 172-174.
- Breton e.a. (red.) 1982, nr. 1150, p. 425-426; F. Olivier-Martin 1930, p. 403.
- Zie bijvoorbeeld F. Olivier-Martin, *La coutume de*



1 Een Duitse goederenrechtelijke cause célèbre: Das Bernsteinzimmerfall

Op 18 januari 1701 was voor de Brandenburger keurvorst Frederik de Derde 'de dag die hij wist dat zou komen' eindelijk daar. Hij kroonde zichzelf in Königsberg (het huidige Kaliningrad) tot de eerste koning in Pruisen. Frederik de Derde werd Frederik de Eerste. Om het prestige van het nieuwe koninkrijk te vergroten, ontplooidde hij allerlei bouwactiviteiten. Zo gaf hij de architect Andreas Schlüter opdracht tot het ontwerpen en maken van een barnstenen kamer die slot Charlottenburg zou moeten 'opleuken'. De kamer kwam korte tijd na Frederiks overlijden (1713) gereed en kreeg een plek in de winterresidentie van zijn familie, het Berliner Stadtschloss. Frederiks opvolger, Frederik Wilhelm, was veel minder dan zijn vader geïnteresseerd in kunst en cultuur. Hij richtte zich meer op het voeren van oorlogen, wat hem de eretitel 'De Grote' opleverde. Frederik de Grote ruilde de barnstenen kamer met de Russische tsaar Peter de Grote voor vijftig soldaten van rond de twee meter. Frederik was immers dol op 'lange Kerls'. De barnstenen kamer kreeg een plek in het Catharina-paleis in Zarskoje Selo nabij St. Petersburg (Leningrad).

Tijdens de Tweede Wereldoorlog verslepten Duitse soldaten de panelen en andere onderdelen van de barnstenen kamer naar de oude Pruisische hoofdstad Königsberg, waar

zij tot 1944 te zien waren. Onduidelijk is wat er na 1944 met de verschillende onderdelen is gebeurd. Op 13 mei 1997 wordt een van de vier zogenoemde Florentijnse marmermozaïeken van de barnstenen kamer op een veiling te koop aangeboden. De verkoper is de zoon van één van de Duitse soldaten die belast waren met het transport van de kamer naar Königsberg. De vader had zich het marmeren mozaïek als oorlogsbuit toegeëigend. De zoon had het in 1978 op zolder gevonden, dacht dat het kunstwerk tot de erfenis behoorde, en meende intussen door verkrijgende verjaring eigenaar te zijn geworden. De Duitse staat trekt zich weinig aan van het verhaal van de zoon: hij neemt het mozaïek in beslag en geeft het in het kader van een uitwisseling van oorlogskunst in 2000 aan de Russische Staat. Sinds 2003 is de deels gereconstrueerde barnstenen kamer weer in het Catharina-paleis te bewonderen.¹

Op 18 januari 1701 was voor de Brandenburger keurvorst Frederik de Derde 'de dag die hij wist dat zou komen' eindelijk daar.

Kan de *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater een verkrijgende verjaring beginnen en zo ja, op welk ogenblik verkrijgt hij het voor verkrijgende verjaring vereiste bezit? In ons wetboek beantwoordt artikel 3:116 BW beide vragen: de erfgenaam verkrijgt het bezit van

de erflater op het ogenblik van diens overlijden met alle gebreken en hoedanigheden van dat bezit. De kennis en wetenschap van de erfgenaam doen niet ter zake: hij volgt op in het *mala fide* bezit van de erflater en begint dus geen verkrijgende verjaring ex artikel 3:99 BW.

Kan de *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater een verkrijgende verjaring beginnen en zo ja, op welk ogenblik verkrijgt hij het voor verkrijgende verjaring vereiste bezit?

Bezit en goede of kwade trouw zijn in het Nederlandse recht als het ware erfelijk. In deze bijdrage staat de vraag centraal waarom dat zo is. De wetgever ontleende deze regel, zoals hieronder zal blijken, aan het Franse recht (zie hieronder, §2). Een gevolg van de keuze voor artikel 3:116 BW is dat de *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater geen verjaring kan beginnen. De regels van artikel 3:116 BW, de erfelijkheid van zowel het bezit als de goede of kwade trouw, zijn echter niet vanzelfsprekend. Naar Romeins recht was bezit bijvoorbeeld niet erfelijk, maar gold dat de erfgenaam voor wat betreft de verkrijgende verjaring (*usucapio*) opvolgde in de positie van de erflater (*successio in possessionem*). Ook naar Romeins recht kon dus de *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater geen verkrijgende verjaring beginnen (zie §3). Naar Duits recht vererven ten slotte noch goede en kwade trouw, noch het voor verkrijgende verjaring vereiste bezit. De *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater is naar Duits recht beter af: hij kan anders dan in het Romeinse en het Nederlandse recht wel een verkrijgende verjaring beginnen (zie §4). Aan het einde van deze bijdrage komt de vraag aan de orde of de wetgever het aan het Franse recht ontleende stelsel in moet ruilen voor een Duits alternatief (zie §5). Naast de geschiedenis van artikel 3:116 BW, komt ook zijn toekomst aan de orde. Wie weet hoe een regel geworden is zoals hij geworden is, weet ook of die regel moet blijven zoals hij is.

Wie weet hoe een regel geworden is zoals hij geworden is, weet ook of die regel moet blijven zoals hij is

2 Artikel 3:116 BW en het Franse recht: ‘Le mort saisit le vif’

De wortels van artikel 3:116 BW liggen als gezegd in het Franse recht, meer in het bijzonder in de stelregel ‘le mort saisit le vif’, in vrije vertaling: de dode grijpt de levende. Deze regel had oorspronkelijk slechts betrekking op de saisine, een middeleeuws inheems begrip waarover veel onduidelijk is. Het begrip saisine is gedeeltelijk afkomstig uit het feodale recht en deels afkomstig uit het privaatrecht. In het feodale recht bestond er een splitsing tussen de juridische eigendom van de grond en de economische eigendom van de grond. De leenheer was de juridische eigenaar, de leenman (of vazal) was de ‘feitelijk’ eigenaar. Hij had de saisine. Oudtijds was zij niet erfelijk. Wanneer de leenman overleed, ging de saisine automatisch naar de leenheer. De leenheer diende vervolgens de erfgenamen van de vazal met saisine te bekleden (*ensaisinement* of investituur). Om te voorkomen dat de erfgenamen tussen het overlijden en de *ensaisinement* tegenover de leenheer met lege handen stonden, zou de regel zijn gaan gelden dat de saisine van de leenman als vanzelf overging op zijn erfgenamen: *le mort saisit le vif*. De erfgenamen hoefden de leenheer geen toestemming meer te vragen om hen met de saisine te bekleden. De saisine ging vanzelf over op de erfgenamen.²

Om te voorkomen dat de erfgenamen tussen het overlijden en de *ensaisinement* tegenover de leenheer met lege handen stonden, zou de regel zijn gaan gelden dat de saisine van de leenman als vanzelf overging op zijn erfgenamen: *le mort saisit le vif*

De saisine vervulde daarnaast een privaatrechtelijke functie. In het gewoonterechtelijke privaatrecht stond de bescherming van de saisine centraal. Op grond van de regel ‘le mort saisit le vif’ konden de erfgenamen een op hun saisine gebaseerde procedure starten, wanneer zij gestoord werden in de uitoefening van de feitelijke heerschappij of verhinderd werden de feitelijke heerschappij over de erfenis te voeren.³ De erfgenamen verkregen de saisine van rechtswege zonder dat daarvoor een feitelijke handeling was vereist. De privaatrechtelijke functie van saisine is

Paris, Parijs: Sirey 1925, p. 58 e.v. Hij wijst op de verschillen tussen het veel feitelijker Romeinse bezitsbegrip en de saisine. Voor bezitsverkriging is naar Romeins recht steeds een feitelijke handeling vereist (*apprehensio*, zie ook hieronder nr. 3), dat geldt voor de saisine niet, p. 59: ‘La saisine coutumière s’acquiert plutôt par le bénéfice de la coutume; nous en retrouverons le type le plus caractéristique en étudiant la saisine héréditaire.’

- 5 Over de verwarring van de saisine en *possessio* bijvoorbeeld G. Baudry-Lacantinerie, A. Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil VII, Des Successions*, I, Parijs 1905, nr. 139.
- 6 Volgens Breton e.a. (red.) 1982, nr. 1150 en nr. 1203, is de verruiming begonnen in de geschriften van R.J. Pothier. Zie bijvoorbeeld diens *Traité divers sur les successions*, deel 1, Parijs: Letellier 1812, Hoofdstuk 3, section 2, p. 177 e.v. Zie ook Olivier-Martin 1925, p. 77-78.
- 7 Art. 724 CC is wat dit betreft dubbelzinnig. Het luidt als volgt: Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt. Is er de persoonsopvolging mee bedoeld of slechts de verkriging van het bezit? Het Belgische art. 724 wijst op het laatste: De wettige erfgenamen treden van rechtswege in bezit van de goederen, rechten en rechtsvorderingen van de overledene (...). Vgl. hierover ook S. Perrick, *Erfrecht* (11e druk), Zwolle: Tjeenk Willink 1996, nr. 310.
- 8 Zie bijvoorbeeld F. Terré & P. Simler, *Droit civil, Les biens* (8e druk) Parijs: Dalloz 2010, nr. 450: ‘L’ayant cause universel (...) continue la personne du défunt.’ F. Chabas (red.), *Leçons de droit civil. Tome II: Biens* (7e druk), Parijs: Montchrestien 1989, nr. 1489.
- 9 Zie voor artikel 3:116 BW bijvoorbeeld F.H.J. Mijnsen, P. de Haan, m.m.v. C.C. van Dam & H.D. Ploeger, *Goederenrecht, Algemeen deel* (11e druk), Deventer: Kluwer 2006, nr. 161. Zie ook

Asser-Perrick, 4* *Erfrecht en Schenking*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 347.

Vgl. over art. 597 OBW J.C. Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken* (deel 3), Utrecht: Natan 1838, p. 358-359, waar het kamerlid Nicolai als volgt wordt geciteerd: 'Nous acquérons ainsi la possession en vertu de la maxime: le mort saisit le vif. Dans ce cas la possession du défunt est transmise à ses héritiers ou ses successeurs universels; mais cette possession passe avec toutes ses qualités et avec tous ses vices, parce que les héritiers étant la continuation de la personne du défunt, la possession continue dans la personne de ceux-là comme elle commence dans la personne de celui-ci.'

Voor een voorbeeld van de oorspronkelijke beperkte reikwijdte van de regel zie Van Bijnkershoeke's *Observationes Tumultuariarum*, nr. 2115 waar de meerderheid van de rechters aanneemt dat het 'Gallorum veriverbum' slechts ziet op de verkrijging van het bezit van de overledene.

10 MvA bij artikel 3.5.10 (art. 3:116 BW) *Parlementaire Geschiedenis boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 441: 'Het [art. 3:116 BW] legt ook vast dat, hoewel de rechtsvoorganger (erflater) en zijn rechtsopvolger onder algemene titel (erfgenaam) niet dezelfde persoon zijn en dus in feite niet dezelfde wetenschap noch dezelfde wil behoeven te hebben, de aard en de hoedanigheid van het overgegangene bezit of houderschap door de overgang niet worden beïnvloed.'

11 L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel*, Deventer: Kluwer 1996, p. 49.

12 P. Neleman, 'Stille levering', in: *Quod Licet* (Kleijnbundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 265-282, p. 267: 'het is tegelijk feit en recht, en welk aspect prevaleert hangt af van het geval en het rechtsgevolg dat men in beschouwing neemt.'

13 H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (5e druk), Deventer: Kluwer 2012, nr. 132.

14 Zie HR 10 augustus 2012, LJN: BW5324, r.o. 3.4.:

vergelijkbaar met het Romeinsrechtelijke begrip bezit (*possessio*): het Romeinse recht kende procedures die gericht waren op bezitsbescherming.⁴ Het zal die gelijkenis zijn die ertoe leidde dat Franse juristen aannamen dat de erfgenaam het bezit, de *possessio*, als vanzelf verkreeg. Wij zullen hieronder (§ 3) zien dat de erfgenaam het bezit naar Romeins recht niet als vanzelf verkreeg.⁵

De regel 'le mort saisit le vif' kreeg in de loop der tijden een andere, veel ruimere betekenis.⁶ De regel zou niet slechts de verkrijging van de saisine als gewoonterechtelijke pendant van het bezit omvatten, maar tot uitdrukking brengen dat de erfgenaam de rechten en plichten van de erflater overneemt. De erfgenaam zet als gevolg van het saisinebeginsel de persoon van de erflater voort.⁷ De Code Civil kent geen equivalent van artikel 3:116 BW. De Franse literatuur neemt in lijn met de ruime betekenis van de regel 'le mort saisit le vif' aan dat de *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater niet kan verjaren omdat hij de persoon van de erflater voortzet.⁸

Artikel 3:116 BW gaat, net als het vrijwel gelijkkluidende artikel 597 OBW, zowel terug op de oorspronkelijke (beperkte) betekenis van de regel 'le mort saisit le vif' als op de ruimere betekenis die de regel in latere tijden ook in Nederland kreeg.⁹ Artikel 3:116 BW stelt het rechtskarakter van bezit voorop. De erfgenaam verkrijgt het bezit zonder dat daarvoor een feitelijk handelen vereist is. Hetzelfde gold voor de saisine: zij ging als een recht over op de erfgenaam. Ook de gedachte dat de erfgenaam de persoon van de erflater voortzet, ligt ten grondslag aan artikel 3:116 BW. Omdat de erfgenaam de persoon van de erflater voortzet, neemt hij als het ware diens goede of kwade trouw over. Hij verkrijgt niet alleen het bezit, maar verkrijgt dat bezit met alle gebreken en hoedanigheden ervan.¹⁰

In de literatuur is wel kritiek geuit op de automatische bezitsverkrijging van artikel 3:116 BW

Kritiek op artikel 3:116 BW

In de literatuur is wel kritiek geuit op de automatische bezitsverkrijging van artikel 3:116 BW. Verstappen stelt in zijn proefschrift dat het bij een semi-feitelijk begrip als bezit wonderlijk en fictief aandoet aan te nemen dat de erfgenaam erin opvolgt. De erfgenaam kan de erflater in diens rechtsbetrekkingen

opvolgen, opvolging in een feitelijke toestand is niet mogelijk.¹¹ De kritiek van Verstappen hangt samen met het gespleten karakter van bezit. Bezit is deels een feit en deels een recht. Dat gespleten karakter van bezit vindt zijn verklaring in de vele functies die bezit in het (goederen)recht vervult. In deze bijdrage zijn vooral de verjaringsfunctie en de aansprakelijkheidsfunctie van bezit relevant. Bezit is een vereiste om de eigendom van een roerende zaak te verkrijgen door verjaring (vgl. art. 3:99 en 3:105 BW, verjaringsfunctie). Verder rusten op de bezitter van verschillende goederen kwalitatieve aansprakelijkheden (vgl. bijvoorbeeld voor dieren art. 6:179 BW, voor auto's art. 185 WvW). Bij de ene functie staat het feitelijke karakter van bezit voorop, bij de andere zijn rechtskarakter.¹² Artikel 3:108 BW schept de ruimte recht te doen aan zowel het feitelijke karakter als het rechtskarakter van bezit:

Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, met inachtneming van de navolgende regels en overigens op grond van uiterlijke feiten.

Het feitelijke karakter van bezit staat in artikel 3:108 BW voorop: de verkeersopvattingen geven in de regel antwoord op de vraag of iemand bezitter is. De wetgever wijkt af van dit criterium in de op artikel 3:108 BW volgende regels. Artikel 3:116 BW is zo'n regel. De opvolger onder algemene titel verkrijgt het bezit van rechtswege. H.J. Snijders wijst vanuit de aansprakelijkheidsfunctie van bezit op een nadeel van deze regel. De naar Canada geëmigreerde zoon is als bezitter van tot de nalatenschap behorende dieren en auto's risico-aansprakelijk, voordat hij een stap in Nederland zet. Snijders stelt voor aan te nemen dat de erfgenaam in dit geval weliswaar bezitter wordt, maar dat hij niet aansprakelijk is in de kwaliteit van bezitter van tot de nalatenschap behorende goederen.¹³ Een andere mogelijkheid zou zijn het feitelijke karakter van bezit voorop te stellen bij bezitsverkrijging door de erfgenaam. De erfgenaam zou dan het bezit verkrijgen van de zaken die hij tot de nalatenschap rekent door deze zaken in bezit te nemen. Vanaf dat ogenblik zou hij aansprakelijk zijn in de kwaliteit van bezitter. Waarom heeft de wetgever er niet voor gekozen het feitelijke karakter van bezit voorop te stellen bij bezitsverkrijging door de erfgenaam?

De wetgever brengt de bezitsverkrijging door de erfgenaam, zoals wij hierboven zagen, in verband met de verjaringsfunctie van bezit. De *mala fide* erfgenaam van de *bona*

fide erflater zet een lopende verjaring voort. Zo bevordert de regel van artikel 3:116 BW het aantal gevallen waarin de verkrijgende verjaring de feitelijke toestand en de juridische toestand met elkaar in overeenstemming brengt. Artikel 3:116 BW dient zo de rechtszekerheid. Dit argument overtuigt niet, juist omdat artikel 3:116 BW de start van een verkrijgende verjaring verhindert in het omgekeerde geval. De *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater kan als gevolg van artikel 3:116 BW geen verkrijgende verjaring beginnen. Het aantal gevallen waarin een erfgenaam te goeder trouw is en de erflater dat niet was, lijkt me groter dan het aantal gevallen waarin de erfgenaam te kwader trouw is en de erflater te goeder trouw. Zo bezien lijkt de regel van artikel 3:116 BW het aantal verkrijgingen door verjaring eerder te verkleinen dan te vergroten. Nogmaals: waarom staat het rechtskarakter van bezit in artikel 3:116 BW voorop?

Het aantal gevallen waarin een erfgenaam te goeder trouw is en de erflater dat niet was, lijkt me groter dan het aantal gevallen waarin de erfgenaam te kwader trouw is en de erflater te goeder trouw

Dat houdt ongetwijfeld verband met een ander aspect van de verjaringsfunctie van bezit. Eigendomsverwerving door verjaring eist immers een ononderbroken bezit. Zonder de regel van artikel 3:116 BW zou de voor de erflater lopende verjaring met zijn dood onderbroken worden. De erfgenaam zou enkel een nieuwe verjaring kunnen beginnen als hij te goeder trouw is, als hij het bezit op een later tijdstip verkrijgt door inbezitneming. Iets soortgelijks geldt voor de verkrijging die artikel 3:105 BW koppelt aan het verstrijken van de bevrijdende verjaring van de revindicatie. Voor die verkrijging is vereist dat een ander dan de eigenaar gedurende de verjaringstermijn bezitter is.¹⁴ Zonder een regel als artikel 3:116 BW zou de verjaring van de revindicatie steeds gestuit worden als de bezitter overlijdt. Met de bezitsverwerving door de erfgenaam zou dan steeds een nieuwe verjaringstermijn beginnen te lopen. Die gevaren zijn door de regel van artikel 3:116 BW afgewend. Artikel 3:116 BW doet echter meer. Het behelst niet alleen de vanuit het perspectief van het voort-

lopen van de bevrijdende en de verkrijgende verjaring wenselijke vererving van het bezit, maar bepaalt daarnaast dat de erfgenaam eveneens de goede of kwade trouw van de erflater erft. Dat laatste is onwenselijk voor wat betreft de rol die bezit speelt bij de mogelijkheid een verkrijgende verjaring van artikel 3:99 BW te beginnen. Artikel 3:116 BW staat eraan in de weg dat de *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater een verkrijgende verjaring ex artikel 3:99 BW kan beginnen.

Voor wat betreft de mogelijkheid voor de erfgenaam een verjaring voort te zetten dient het rechtskarakter van bezit voorop te staan, voor wat betreft de mogelijkheid een verjaring te beginnen, juist zijn feitelijke karakter

3 Romeins recht: de *successio in possessionem*-regel

De wetgever bevindt zich hier in een spagaat: voor wat betreft de mogelijkheid voor de erfgenaam een verjaring voort te zetten dient het rechtskarakter van bezit voorop te staan, voor wat betreft de mogelijkheid een verjaring te beginnen, juist zijn feitelijke karakter. Het Romeinse recht vond hier geen uitweg. In het Romeinse recht stond het feitelijke karakter van bezit voorop.¹⁵ De vraag of iemand de feitelijke heerschappij (*corpus*-vereiste) voor zichzelf (*animus*-vereiste) voerde en daarmee bezitter was (geworden), was een feitelijke vraag en geen rechtsvraag.¹⁶ De aanvaarding van een erfenis was wel voldoende voor de verkrijging van rechten die tot de nalatenschap behoorden, maar niet voor de verkrijging van het bezit. Het feitelijke karakter van bezit stond in de weg aan verkrijging van het bezit zonder feitelijk handelen door de erfgenaam.¹⁷ De erfgenaam diende de zaken die hij tot de nalatenschap rekende in bezit te nemen om het bezit te verkrijgen. Met het overlijden van de erflater brak een bezitsloze tijd aan, de *vacuum tempus*. Het bezit van de erfgenaam was een nieuw bezit. Omdat het bezit van de erfgenaam een nieuw bezit was, kon hij een eventuele voor de erflater lopende verkrijgende verjaring niet voortzetten. Voor verkrijgende verjaring was een voortdurend bezit gedurende de verjaringstermijn vereist.¹⁸ Om ervoor te zorgen dat de erfgenaam

‘Voor de voltooiing van de verjaring is nodig dat de toestand dat een ander dan de rechthebbende bezitter is, gedurende de gehele verjaringstermijn heeft voortgeduurd.’

- 15 Vgl. over de Romeinse bezitsleer bijvoorbeeld F.K. von Savigny, *Das Recht des Besitzes* (7e druk), Wenen: Gerold 1865, herdruk Aalen: Scientia 1990, een beknopt overzicht geeft F. Brandsma ‘Possessio in San Francisco. Over bezit en bezitsbescherming in het Romeinse recht’ in: *De Digesten en de receptie van het Romeinse recht in het Nederlandse privaatrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 69-87, p. 69; eerder verschenen in *Ars Aequi* 2006-7/8, p. 475-484 (AA20060475). Over bezitsverwerving door de erfgenaam uitgebreid L. Duncker, ‘Geht der von dem Erblasser ausgeübte Besitz durch die Erbschaftsantretung auf den Erben über?’, in: *Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess (Linde’s Zeitschrift)*, 12 1839, p. 105-124.
- 16 D. 41,2,1,3.
- 17 D. 41,2,23.
- 18 D. 41,3,3 zie ook Ulpianus, *Fragmenta* XIX §8.
- 19 Zie bijvoorbeeld M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, München: C.H. Beck 1971, p. 453. H. Dernburg, *Pandekten, I, Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, Berlin: H.W. Müller 1896 §221, Duncker 1839, p. 113-114.
- 20 D. 41,3,31,5. Duncker 1839, p. 120.
- 21 Zie bijvoorbeeld D. 41,1,48,1.
- 22 Zie D. 41,3,11 in *fine*.
- 23 De erfgenaam moest het in een dergelijk geval doen met een actie uit zaaksbeschadiging, zie D. 9,2,43; vgl. ook Duncker 1839, p. 122.
- 24 Meijers wekt in zijn toelichting op art. 3:102 BW overigens wel de naar mijn mening onjuiste indruk dat het wetboek de Romeinsrechtelijke *successio in possessionem*-regel volgt. Hij schrijft het volgende over de *mala fide* erfgenaam van de *bona fide* erflater Toelichting Meijers bij art. 3.4.3.4. (art. 3:102 BW) *Parlementaire Geschiedenis boek 3*, Deventer: Kluwer 1981, p. 411: ‘Derhalve zet ook de opvolger, die het gebrek kent, de lopende verjaring

voort; de goede trouw heeft immers slechts bij de aanvang van het bezit te bestaan.'

25 Een Romeinsrechtelijke uitleg van art. 3:116 BW zou wél een oplossing bieden voor de kritiek van H.J. Snijders op de automatische bezitsverkrijging door de erfgenaam. De erfgenaam zou bij een Romeinsrechtelijke lezing het bezit pas verkrijgen door de zaken die hij tot de nalatenschap rekent in bezit te nemen. Hij geldt dan alleen voor wat betreft de verkrijgende verjaring als bezitter gedurende de zogenoemde *vacuum tempus* en is dus gedurende de *vacuum tempus* niet aansprakelijk in de kwaliteit van bezitter.

26 Zie uitgebreid hierover F. Dorn, "Der Tote erbt den Lebenden". Eine Deutscheschrechtliche Exegese zu Sachsenspiegel, Lehnrecht 6', in: *Zeitschrift für das Juristische Studium* 2012, p. 491-497.

27 Over de Gewere bijvoorbeeld W.E. Albrecht, *Die Gewere: Als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts dargestellt*, Königsberg: Bornträger 1828 en O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht, Bd. II. Sachenrecht*, Leipzig: Duncker & Humblot 1905, p. 187 e.v. Zie voor een vergelijking tussen het Nederlandse bezitsbegrip en de Germaanse Gewere W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht, I. Inleiding en zakenrecht* (3e druk), Den Haag: BJu 2006, p. 123 e.v.

28 Voor het onderscheid tussen *leibliche* en *ideelle* of *juristische Gewere*, zie Albrecht 1828, p. 23 e.v., Gierke 1905, p. 193 e.v.

29 Zie daarvoor bijvoorbeeld de bekendste en invloedrijkste optekening van Germaans gewonterecht, de Sachsenspiegel, Lehnrecht 6 §1: 'De vader erft op den sone de were des gudes mit sament demegude; dar umme ne bedarf de sone nicht, dat men eme des vader gut bewise.' Dorn 2012, p. 491.

30 Daarmee week de wetgevende commissie af van haar voorganger. Die had in haar ontwerp gekozen voor het Romeinsrechtelijke standpunt dat het feitelijke karakter van

een verjaring voort kon zetten, gold voor wat betreft de verkrijgende verjaring een bijzonder regime voor de erfgenaam: de *successio in possessionem*.¹⁹ De bezitsverkrijging van de erfgenaam kreeg terugwerkende kracht tot het ogenblik dat de erflater het bezit met zijn dood verloor.²⁰ Zo was voorkomen dat een lopende verjaring onderbroken werd, wanneer de verjaringsbezitter overleed, en was voorkomen dat de erfgenaam slechts een nieuwe verjaringstermijn zou kunnen beginnen. De erfgenaam kon een verkrijgende verjaring voortzetten, doordat het verjaringsbezit van de erflater op één lijn werd gesteld met de rechten die tot de nalatenschap behoorden. De erfgenaam volgde de erflater op in diens verjaringsbezit, zoals hij de erflater opvolgde in diens relatieve rechten en absolute rechten. Het gevolg van deze zienswijze was dat de *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater geen verkrijgende verjaring kon beginnen. Dat was geen gevolg van de vereenzelviging van de erflater en de erfgenaam, maar van de opvolging in het bezit-als-recht. Voor eigendomsverkrijging door verkrijgende verjaring was goede trouw vereist. Of de goede trouw aanwezig was, werd getoetst op het ogenblik van bezitsverkrijging. Later opgedane kennis en wetenschap deden niet ter zake.²¹ De *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater kon daarom niet verjaren. Hij verkreeg immers geen nieuw bezit, maar het bezit van de erflater. Nu de erfgenaam geen nieuw bezit verkreeg, was de later opkomende goede trouw zonder invloed: de goede trouw van de erfgenaam 'dekte het begin van het bezit niet'.²² Omdat de erfgenaam het bezit van de erflater verkreeg was niet opnieuw goede trouw vereist, als de erflater *bona fide* was. De kwade trouw van de erfgenaam was later opkomende kwade trouw en schaadde dus niet.

Artikel 3:116 BW en de *successio in possessionem*-regel

De regeling van artikel 3:116 BW verschilt op drie punten van de Romeinse *successio in possessionem*-regel. Ten eerste was voor de Romeinse bezitsverkrijging door de erfgenaam met terugwerkende kracht tot de dood van de erflater vereist dat de erfgenaam het bezit van de zaken uit de nalatenschap verkreeg door deze in bezit te nemen. Het Romeinse recht hield op deze manier zo veel als mogelijk vast aan het feitelijke karakter van bezit. Artikel 3:116 BW stelt deze eis niet. Ten tweede gold de bezitsverkrijging *ex tunc* in het Romeinse recht enkel voor

de verkrijgende verjaring. De erfgenaam die nog geen bezitter was geworden door de zaken uit de nalatenschap in bezit te nemen, kon bijvoorbeeld geen op bezitsinbreuk gebaseerde procedure voeren.²³ Een derde verschil tussen artikel 3:116 BW en de Romeinse regeling betreft de erfelijkheid van goede en kwade trouw. Naar Nederlands recht doet de goede of kwade trouw van de erfgenaam niet ter zake omdat hij de persoon van de erflater voortzet. Het Romeinse recht bereikte langs een iets andere weg hetzelfde resultaat. De goede of kwade trouw van de erfgenaam deden niet ter zake omdat de erfgenaam het bezit van de erflater erfde en goede of kwade trouw vereist waren op het ogenblik van bezitsverkrijging. De *successio in possessionem*-regel is niet in artikel 3:116 BW neergelegd.²⁴ Het heeft bezien vanuit het perspectief van de *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater ook weinig zin artikel 3:116 BW in lijn met de *successio in possessionem*-regel uit te leggen.²⁵

Het Duitse recht biedt de noodzakelijke ruimte door een onderscheid te maken tussen twee soorten van bezit. Dat komt overeen met de verschillende bronnen waaruit voor wat betreft de bezitsregeling in Duitsland is geput: gewonterecht en Romeins recht

Het lijkt onmogelijk te komen tot één bezitsregeling die zowel de start mogelijk maakt van een verkrijgende verjaring door de *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater, als het voortduren van de verkrijgende verjaring en de bevrijdende verjaring na overlijden van de bezitter. Om het voortduren van de bevrijdende en verkrijgende verjaring na overlijden van de bezitter te garanderen moet bezit een recht zijn, om ervoor te zorgen dat de *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater een verkrijgende verjaring kan beginnen, moet bezit een feit zijn. Het Duitse recht biedt de hiervoor noodzakelijke ruimte door een onderscheid te maken tussen twee soorten van bezit. Dat onderscheid komt overeen met de verschillende bronnen waaruit voor wat betreft de bezitsregeling in Duitsland is geput: gewonterecht en Romeins recht.

4 Duits recht: 'Der Tote erbt den Lebenden'

Voor wat betreft de bezitsverwerving door de erfgenaam staat een niet-feitelijke, aan het 'Germaanse' gewoonterecht ontleende variant van bezit centraal, het zogenoemde *Erbenbesitz*. §857 BGB, de kortste paragraaf van het Duitse wetboek, sanctioneert de overgang van het *Erbenbesitz*:

Der Besitz geht auf den Erben über.

De wetgever vond voor deze bepaling inspiratie in het Germaanse gewoonterecht.²⁶ De Germaanse variant van de Franse *saisine* waarover wij hierboven spraken, de *Gewere*, ging van rechtswege over van de erflater op de erfgenaam.²⁷ Voor §857 BGB stond de zogenaamde 'ideelle' of 'juristische' *Gewere* model. Gewoonlijk had degene die de feitelijke heerschappij over een zaak voerde de *Gewere*, en wel de *leibliche Gewere*.²⁸ Het 'Germaanse' recht kende geen op teruggave van de *Gewere* gerichte procedure, maar slechts procedures die de *Gewere* beschermden. Om degene die de *Gewere* van zijn land door geweld was kwijt geraakt te kunnen beschermen, diende hij de *Gewere* te hebben. Hij had de ideelle *Gewere* waarmee hij de zaak kon opeisen van degene die door geweld te gebruiken de *leibliche Gewere* had verkregen. Wanneer de laatste niet wist te bewijzen dat hij een beter recht had op de zaak dan de eiser, moest hij de zaak aan hem teruggeven. Een andere verschijningsvorm van ideelle *Gewere* was erfrechtelijk: de erfgenaam verkreeg als vanzelf de *Gewere* van de erflater.²⁹ Wanneer een ander dan de erfgenaam de *leibliche Gewere* had, kon de erfgenaam de zaken van die ander opeisen omdat hij de ideelle *Gewere* had. De automatische verwerving van de *Gewere* door de erfgenaam is een uitvloeisel van de Germaanse regel 'Der Tote erbt den Lebenden'. Die regel is in §857 BGB terecht gekomen.³⁰

Naast het *Erbenbesitz* dat de erfgenaam als vanzelf verkrijgt, staat het *tatsächliche, ergriffene, angetretene* of *Verkehrsbesitz*.³¹ De erfgenaam verkrijgt het *Verkehrsbesitz* als ieder ander als hij de feitelijke heerschappij over een zaak gaat voeren langs de weg van §854 BGB.³² Over de precieze verhouding tussen §857 BGB en §854 BGB bestaat, zoals over wel meer onderwerpen in de Duitse literatuur, verschil van mening. Knütel en Krämer huldigen een minderheidsstandpunt. Zij leggen de regel van §857 BGB ruim uit: de paragraaf zou de *successio in possessionem*-regel behelzen: de erfgenaam van de *mala*

fide erflater kan daarom niet verjaren. Hij verkrijgt niet alleen het bezit van de erflater, maar ook diens goede of kwade trouw. §857 BGB staat eraan in de weg dat de erfgenaam van de *mala fide* erflater op een later tijdstip een verjaring begint.³³ De heersende leer legt §857 BGB beperkter uit. Hij stelt dat het *Erbenbesitz* van §857 BGB een uitzondering is op het feitelijke bezitsbegrip waarvoor de wetgever in het BGB koos: een ruime uitleg ligt daarom niet voor de hand.³⁴ De heersende leer neemt aan dat het *Erbenbesitz* identiek is aan het bezit van de erflater: de erfgenaam erft daarom de goede of kwade trouw van de erflater op grond van §857 BGB. Dat neemt niet weg dat de erfgenaam een verkrijgende verjaring kan beginnen als hij op een later tijdstip het *Verkehrsbesitz* verkrijgt. Hij moet op dat ogenblik te goeder trouw zijn.³⁵

Het Duitse recht combineert het beste van beide werelden

5 Tot slot

Het Duitse recht combineert zo het beste van beide werelden. De gewoonterrechtelijke paragraaf 857 BGB garandeert dat er na het overlijden van de bezitter een nieuwe bezitter is. Het voorkomt zo dat zaken tot het ogenblik van de bezitsverwerving door inbezitneming door de erfgenaam (of een ander) zonder bezitter zijn. Zo'n *vacuum tempus* is – zoals wij zagen – onwenselijk bezien vanuit het perspectief van het voortduren van de verkrijgende en de bevrijdende verjaring. Doordat het Duitse recht de vereenzelviging van erflater en erfgenaam afwijst voor wat betreft de verkrijgende verjaring en ook de *successio in possessionem*-regel afwijst, kan de *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater bij de verwerving van het *Verkehrsbesitz* een verjaring beginnen. In het Nederlandse wetboek garandeert artikel 3:116 BW enerzijds dat er na het overlijden van de bezitter een nieuwe bezitter is (wenselijk), maar behelst hetzelfde artikel ook de vereenzelviging van erflater en erfgenaam (onwenselijk). Is het daarmee noodzakelijk de regel van artikel 3:116 BW althans gedeeltelijk te behouden? Dat denk ik niet. De wetgever heeft de regel dat bezit erfelijk is, niet alleen in artikel 3:116 BW neergelegd. De regel komt ook voor in de artikelen 3:112 BW en 4:182 BW. Artikel 3:112 BW stelt in algemene zin dat bezit verkregen wordt door opvolging onder algemene titel. Artikel 4:182 BW luidt voor zover relevant als volgt:

bezit in de weg stond aan bezitsverwerving door de erfgenaam zonder dat hij de feitelijke heerschappij voor zichzelf ging voeren. Bezit vererfde volgens §2052 van het eerste ontwerp niet. Over de wijziging bijvoorbeeld C.T. Ebenroth & M. Frank, 'Die Übertragung des Besitzes vom Erblasser auf den Erben', in: *Juristische Schulung* 1996, p. 794-802, p. 795-796 en de in de volgende noten genoemde literatuur.

31 J. Wilhelm, *Sachenrecht* (4e druk), Berlin-New York: De Gruyter 2010, Randnr. 483: 'tatsächlich ergriffenen Besitz', Randnr. 485: '(...) angetretenem Besitz', E. Bund (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Bd 3 Sachenrecht*, Berlin: Sellier-De Gruyter 2007, §857, Randnr. 4: 'Verkehrsbesitz'.

32 §854 BGB (1): 'Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.' Op dat ogenblik lost het *Erbenbesitz* zich als het ware op in het *Verkehrsbesitz*. M. Wolff & L. Raiser, *Sachenrecht. Ein Lehrbuch* (10e druk), Tübingen: Mohr 1957, spreken op p. 42 van een *Verdichtung*.

33 R. Knütel, 'Bosgläubige Erblasser – gutgläubiger Erbe', in: *Festschrift Hermann Lange*, Stuttgart-Berlijn-Keulen: Kohlhammer 1992, p. 903-937. G. Krämer, 'Bernsteinzimmer-Mosaik: Ersitzung durch den gutgläubigen Erben des bosgläubigen Besitzers', in: *Neue juristische Wochenschrift* 1997, p. 2580-2581.

34 C. Baldus (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd 6 Sachenrecht* (4e druk), München: Beck 2004, §943 Randnr. 10 schrijft over het *Erbenbesitz* en §857 BGB: '(...) als Ausnahme im faktisch konzipierten Besitzrecht enger Auslegung bedarf.' Zie ook Randnr. 13. Vgl. ook P. Heck, *Grundriss des Sachenrechts*, Tübingen 1930, §11: 'Wer den Besitz mit der Alltagsvorstellung tatsächlicher auffasst, wird diese Merkmale des Tatbestands beim *Erbenbesitz* vermissen, aber die Kontinuitätstheorie und die Erkenntnis des

Met het overlijden van de erflater volgen zijn erfgenamen van rechtswege op in zijn voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en houderschap.

De regelingen van de artikelen 3:112 BW en 4:182 BW doen niet meer dan nodig: zij garanderen dat er na het overlijden van de bezitter een nieuwe bezitter is, maar vereenzelvigen de erfgenaam voor wat betreft de verkrijgende verjaring niet met de erflater. De wetgever kan artikel 3:116 BW en ook het gelijksoortige artikel 3:102 BW lid 1 BW daarom met een gerust hart schrappen. Hij ruilt dan het Franse stelsel in voor het Duitse.

De geschiedenis van de artikelen 3:102 lid 1 en 3:116 BW leert dat zij geen toekomst hebben. De wetgever zou er goed aan doen ze te schrappen

Als de wetgever artikel 3:116 BW en artikel 3:102 lid 1 BW schrapt, ontstaat een stelsel dat bezit en eigendom vaker en sneller in één hand brengt. De *mala fide* erfgenaam van de *bona fide* erflater verjaart weliswaar niet, de *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater doet dat wel. In wat ik hier het Duitse stelsel noem, krijgen de opvolger onder bijzondere en algemene titel bovendien dezelfde behandeling. In het huidige stelsel is dat op grond van de artikelen 3:102 lid 1 en 3:116 BW niet zo. Het nadeel van het Duitse stelsel is dat het wat gecompliceerder is dan het huidige. Er moet een onderscheid worden gemaakt

Het schrappen van de artikelen 3:116 en 3:102 lid 1 BW

Leidt het schrappen van de artikelen 3:116 en 3:102 lid 1 BW er niet toe dat de erfgenaam van een houder bezitter te goeder trouw van de aan de erflater afgestane zaken wordt en na drie jaar door verkrijgende verjaring eigenaar? Dat lijkt mij niet. De erfgenaam volgt de erflater op in diens houderschap (zie art. 4:182 BW). Het interversieverbod van art. 3:111 BW staat eraan in de weg dat de erfgenaam bezitter te goeder trouw wordt als hij de zaken die de erflater hield redelijkerwijs tot de erfenis rekent en ze als zodanig in gebruik neemt. Hij blijft houder en verjaart dus niet. In een stelsel zonder de regel van art. 3:111 BW ligt de *successio in possessionem*-regel meer voor de hand. Dan dreigt wel het gevaar dat de erfgenaam van de houder door verjaring eigenaar wordt. Zie daarover bijv. H. Dernburg, *Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens*, Halle: Waisenhaus 1904, §106.

tussen het Erbenbesitz en het Verkehrsbesitz. Voor het maken van dat onderscheid bestaan echter goede rechtshistorische redenen. Het Erbenbesitz is van gewoonterechtelijke origine, het Verkehrsbesitz van Romeinsrechtelijke. Artikel 3:102 lid 1 en artikel 3:116 BW staan aan het Duitse stelsel in weg omdat deze artikelen erflater en erfgenaam met elkaar vereenzelvigen. De artikelen beperken zo het aantal gevallen waarin artikel 3:99 BW bezit en eigendom in één hand brengt. De artikelen dienen de rechtszekerheid niet. De geschiedenis leert dat de vereenzelviging van erflater en erfgenaam het gevolg is van een onnodige verruiming van de regel 'le mort saisit le vif'. De geschiedenis van de artikelen 3:102 lid 1 en 3:116 BW leert anders gezegd dat zij geen toekomst hebben. De wetgever zou er goed aan doen ze te schrappen (zie kader).

historischen Bezitsbegriffs gestatten die Einbeziehung des Erbenbesitzes.'

35 Bund (red.) 2007, §857, Randnr. 13 met vele verwijzingen bijvoorbeeld naar M. Wolff & L. Raiser 1957, p. 42, noot 2. Naar aanleiding van het Bernsteinzimmerfall: T. Finkenauer, 'Gutgläubiger Erbe des bosgläubigen Erblassers – Das Bernsteinzimmer-Mosaik', in: *Neue juristische Wochenschrift* 1998, p. 960-962. Zie ook J. Baur & R. Stürner (red.), *Sachenrecht* (18e druk), München: Beck 2009, §53 H II Randnr. 89. Wiegand en Wieling leggen §857 BGB nog beperkter uit. De *bona fide* erfgenaam van de *mala fide* erflater begint volgens hen te verjaren als hij bij de verkrijging van het *Erbenbesitz* te goeder trouw is. W. Wiegand (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd 4 Sachenrecht*, Berlijn: Sellier-De Gruyter 2011, §943, Randnr. 5. H.J. Wieling, *Sachenrecht* (2e druk), Berlijn-Heidelberg-New York: De Gruyter 2006, p. 427 noot 58.