

## 8 Duits recht

### 8.1 INLEIDING

Het Duitse rechtsstelsel vertoont op punten grote gelijkens met ons rechtsstelsel. Evenals in ons wettelijk systeem kent het Duitse recht een strikt onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten, bestaat een gesloten stelsel van zakelijke rechten, waaronder begrepen servituten, en een figuur die grote gelijkens vertoont met de kwalitatieve verplichting te weten de zogenaamde beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Anderzijds kent Duitsland een abstract stelsel van overdracht, zijn de zakelijke rechten anders van inhoud dan bij ons en komen zij ook op andere wijze tot stand.

Om te kunnen beoordelen of er in het Duitse recht alternatieven voor dan wel equivalenten van onze kwalitatieve verplichting te vinden zijn, is het nodig eerst het Duitse wettelijk systeem in kaart te brengen. In het bijzonder is relevant te bezien welke criteria in Duitsland gelden wil aan een recht zaaksgevolg worden verleend en binnen welke rechten het vaststellen van de inhoud van zakelijke grenzen aan partijen zelf wordt overgelaten. Uitgegaan zal worden bij deze onderscheiding van het goederenrecht, waarbij op daarvoor relevante plaatsen nader op het verbintenissenrecht zal worden ingegaan. Interessant is reeds te melden dat ook in Duitsland sprake is van vervagende grenzen tussen het zaken- en het verbintenissenrecht. Zo kent het Duitse recht bijvoorbeeld het zogeheten 'Anwartschaftsrecht', het recht dat toekomt aan de koper-onder-eigendomsvoorbehoud, welk recht weer zelfstandig overdraagbaar is.<sup>1</sup>

'Wenn von "quasi-dinglichen" Rechten die Rede ist, so wird an Rechtsinstitute angeknüpft, die wie die Vormerkung, zwischen schuld- und sachenrechtlichen Berechtigung stehen, bei denen sich die schuldrechtliche Forderung auf einen Rechtswechsel in einem beginnenden Recht an der Sache niederschlägt.'<sup>2</sup>

### 8.2 HET WETTELIJK SYSTEEM

Het goederenrecht is in Duitsland geregeld in het derde boek (Sachenrecht). Niet alle materiele voorschriften die betrekking hebben op het goederenrecht zijn in het

---

1 Zie hierover uitgebreid het zeer lezenswaardige artikel van Wolfgang Wiegand, Funktion und systematische Stellung des Sachenrechts im BGB, in: 100 Jahre BGB, 100 Jahre Staudinger, Staudinger Symposium, p. 107 ff.

2 Westermann-Sachenrecht, p. 6.

derde boek opgenomen; er zijn vele bepalingen te vinden in de andere Boeken, zoals in het algemene deel<sup>3</sup> en het familierecht.<sup>4</sup> Daarnaast zijn er bijzondere wetten waarin specifieke goederenrechtelijke regels zijn opgenomen als de Erbbaurechtverordnung en het Wohnungseigentumsgesetz.

De afzonderlijke deelstaten (de 'Länder') komt slechts afzonderlijke wetgevende bevoegdheid op goederenrechtelijk terrein toe, voor zover dit uitdrukkelijk in het BGB is toegestaan,<sup>5</sup> waarbij nog moet worden aangetekend dat het BGB de toegekende bevoegdheden op bepaalde terreinen weer kan beperken of zelfs geheel opzij kan zetten.<sup>6</sup>

In het Sachenrecht heeft de wetgever ervoor gekozen de onderwerpen die roerende en onroerende zaken gemeen hebben ook gezamenlijk te behandelen. Hierbij kan worden gedacht aan bepalingen betreffende bezit, de inhoud van de eigendom, de vormen van eigendom en de bescherming van de eigendom. Gescheiden van elkaar worden behandeld de afzonderlijke rechtsfiguren alsook de vestiging, overdracht en beëindiging van de eigendom en de beperkte zakelijke rechten. Hoewel in beginsel de regels van het verbintenissenrecht niet op het goederenrecht toepasbaar zijn<sup>7</sup> zijn binnen het goederenrecht obligatoire rechtsverhoudingen te onderkennen.<sup>8</sup> Daarnaast zijn op het Sachenrecht de algemene principes van het recht inzake rechtshandelingen van toepassing,<sup>9</sup> met dien verstande dat het goederenrecht daarnaast zijn eigen specifieke regels kent.

Ook het Duitse systeem gaat uit van een gesloten stelsel van zakelijke rechten (Typenzwang). Erkend worden:

1. De eigendom.
2. Het Erbbaurecht.<sup>10</sup>
3. De Dienstbaarkeiten (onder te verdelen in het Nießbrauch en de Grunddienstbaarkeiten, waaronder begrepen de beschränkte persönliche Dienstbaarkeiten).
4. Het Dauerwohnrecht.<sup>11</sup>
5. De Reallast.
6. De dingliche Vor- und Wiederkaufsrechte.
7. De Pfandrechte.<sup>12</sup>

3 Denk hierbij aan begripsbepalingen als zaak, vrucht, bestanddeel etc.

4 Zoals bijvoorbeeld het vermoeden van eigendom in §1362 BGB.

5 Voorbeelden hiervan zijn te vinden in bijvoorbeeld de artikelen 106-133 EGBGB.

6 Zie voor een voorbeeld Baur/Stürner, Sachenrecht, Rn.13.

7 BGHZ 49, 263, 264 ff.

8 Denk aan de Herausgabeanspruch (restitutieaanspraak) van §§985 ff BGB.

9 Onder meer de leer met betrekking tot overeenstemming tussen wil en verklaring.

10 Opgenomen in de Erbbaurechtverordnung.

11 Volles Nutzungsrecht an einem Grundstückszeil, opgenomen in de WEG, eigenlijk te beschouwen als een speciale vorm van mede-eigendom.

12 Ook bestaan er tussenvormen van de beide als der Besitz (§2 BGB), das Aneignungsrecht (§58 BGB) en die Vormerkung (§883 BGB).

Het meest omvattende recht dat iemand op andermans goed kan hebben is het Erbbaurecht. Voor het overige is het recht er op ingericht de gebruiksrechten inhoudelijk of in de tijd te beperken, dit om voortdurende scheiding tussen eigendom en gebruik tegen te gaan.<sup>13</sup>

De toegestane inhoud van de zakelijke rechten is eveneens in de wet vastgelegd (Typenfixierung). Het is in beginsel partijen niet toegestaan verdere zakelijke rechten te ontwikkelen. De partijautonomie die ook voor het Duitse verbintenissenrecht kenmerkend is, ontbreekt geheel in het goederenrecht. Vorenstaande neemt niet weg dat in de praktijk figuren zijn ontwikkeld buiten het gesloten systeem om. Te denken valt aan de Sicherungsübereignung<sup>14</sup> en de eerder genoemde Anwartschaftsrechte. Ook heeft de wetgever zelf op plaatsen aan obligatoire rechtsverhoudingen bepaalde zakelijke trekken toegekend.

Te denken valt aan de huurder die evenals in Nederland een hoge mate van bescherming geniet,<sup>15</sup> of aan een gebruiksafpraak tussen de deelgenoten in een gemeenschap, welke afspraak ook werking heeft jegens de verkrijger van een aandeel in het betreffende goed.<sup>16</sup>

### 8.2.1 De te vergelijken rechten

Wat in het kader van de vergelijking het meest voor de hand ligt is te kijken naar de Duitse equivalenten van de erfdiensbaarheid en de kwalitatieve verplichting, er voorschans vanuit gaande dat het ook in het Duitse recht mogelijk is om contractueel door middel van enige vorm van een pactum de contrahendo een kettingbeding te construeren.<sup>17</sup> Het vruchtgebruik (Nießbrauch), in Duitsland ook een species van de Dienstbarkeiten, zal ik hier grotendeels buiten beschouwing laten, nu deze figuur inhoudelijk vrijwel overeenkomt met ons vruchtgebruik en dus de gerechtigde inhoudelijk alle genot en gebruik van de zaak toestaat. In het kader van ons onderzoek naar de kwalitatieve verplichting zoeken we echter naar een specifieke figuur die een beperking in de gebruiksmogelijkheden aanbrengt.<sup>18</sup> Daarnaast is het recht vanwege de grote inbreuk dat het op de eigendom maakt onoverdraagbaar en niet vererfbaar.

Ook het Dauerwohnrecht dat een specifieke verschijningsvorm van de beschränkte persönliche Dienstbarkeiten is, blijft buiten beschouwing, nu dit recht slechts kan

13 Zie voor een fraai schematisch overzicht van de zakelijke rechten Baur/Stürmer, Sachenrecht, p. 27.

14 Schwab-Prütting, Sachenrecht, §34.

15 §986 BGB.

16 §746 BGB.

17 De 'bloß schuldrechtlichen Rechte, die nur durch sog Gestattungsverträge die Benützung des Grundstücks schuldrechtlich erlauben. Diese Rechte wirken unmittelbar nur zwischen den Vertragsschließenden rein schuldrechtlich'. Zie Staudinger-Wiegand, zu. §1090, 3.

18 Wat wel van toepassing is, is §1061 BGB, waarin wordt bepaald dat het vruchtgebruik eindigt bij de dood van de vruchtgebruiker.

zien op het recht een woning of woningdeel met uitsluiting van de eigenaar te bewonen (zie §1093 BGB).<sup>19</sup>

Met het (grotendeels) buiten beschouwing laten van het vruchtgebruik en het Dauerwohnrecht, resteren van de Dienstbarkeiten de Grunddienstbarkeiten en de beschränkte persönliche Dienstbarkeiten. Beide figuren vinden we terug in het derde boek, beide worden dus volledig erkend als zakelijke rechten, toegestaan binnen het gesloten systeem.<sup>20</sup> Aangezien de beschränkte persönliche Dienstbarkeiten weer een species van de Grunddienstbarkeiten uitmaken, kan voor de beschränkte persönliche Dienstbarkeit in het wetboek met zeer weinig artikelen worden volstaan (§§1090-1094 BGB). Het ligt dan ook voor de hand eerst uitgebreid naar de Dienstbarkeiten in het algemeen te kijken, om vervolgens te bezien in hoeverre de beschränkte persönliche Dienstbarkeit daar van afwijkt.

### 8.3 DE DIENSTBARKEITEN

Onder het hoofdbegrip 'Dienstbarkeit' heeft de Duitse wetgever een aantal gebruiksrechten samengebracht, die gemeenschappelijk hebben, dat de met de Dienstbarkeit belaste zaak aan iemand anders dienstbaar is. Inhoudelijk echter zijn de figuren heel verschillend.

In hoofdzaak zijn er twee categorieën Dienstbarkeiten te onderscheiden:

1. Het Nießbrauch.
2. De Grunddienstbarkeit/ beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

Ad 1. Het Nießbrauch (vruchtgebruik) geeft de gerechtigde een volledig gebruiksrecht, dit met uitsluiting van de eigenaar, met dien verstande dat het recht bij de vestiging inhoudelijk beperkt kan worden.<sup>21</sup> Zoals gezegd is het deze grote druk op de eigendom die maakt dat het recht in beginsel onoverdraagbaar en niet vererfbaar is, dit laatste omdat het recht uiterlijk eindigt met de dood van de vruchtgebruiker.<sup>22</sup> Aan deze laatste beperking is te ontkomen doordat het wettelijk is toegestaan het recht te vestigen ten gunste van een rechtspersoon of een rechtsfähige Personengesellschaft. Is dit het geval dan kan, tenzij die bevoegdheid uitdrukkelijk is uitgesloten, met de overgang van de rechtspersoon of de gedreven onderneming het vruchtgebruik mee overgaan.<sup>23</sup> Het vruchtgebruik kan, evenals onder Nederlands recht, gevestigd worden op zaken en vermogensrechten.

19 Uitgebreid hierover Adamczyk, Dienstbarkeiten in der notariellen Praxis, Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer, Mai 1998, nr. 5, p. 111.

20 Zie voor de wijze van behandeling van de figuur in faillissement Schubert en Czub, Die Grunddienstbarkeit in der Zwangversteigerung, ZIP 1982, s. 266 ff.

21 §1030 BGB.

22 §1059 BGB.

23 §1059 a BGB alsook Baur /Stürner §32, Rn. 19.

Ad 2. De Grunddienstbarkeit (en als variant daarop de beschränkte persönliche Dienstbarkeit) geven geen alomvattend gebruiksrecht maar slechts een beperkt gebruiksrecht, waarbij de eigenaar in 'einzelnen Beziehungen zugunsten des Dienstbarheitsberechtigten beschränkt wird.'<sup>24</sup> Voorwerp van de Dienstbarkeiten kunnen slechts zijn onroerende zaken (Grundstücke). Het verschil tussen de beide categorieën zit hem in de persoon van de gerechtigde, zijnde bij de Grunddienstbarkeit de danmalige eigenaar van een andere onroerende zaak, terwijl bij de beschränkte persönliche Dienstbarkeit de gerechtigde een individueel bepaalde persoon is.

### 8.3.1 De Grunddienstbarkeit

De Grunddienstbarkeit (erfdienstbaarheid) behoeft twee erven, waarvan er een optreedt als heersend, en een als dienend erf. Naburigheid van de beide erven is geen vereiste, maar gezien de aard van de rechten ligt het voor de hand dat ze weldegelijk in elkaars nabijheid liggen.

#### 8.3.1.1 *Het ontstaan*

De Dienstbarkeit ontstaat als alle zakelijke rechten ex §873 BGB door Einigung en Eintragung, wat zoveel wil zeggen als de inschrijving van de zakelijke overeenkomst in het Grundbuch (de openbare registers). In beginsel hanteert Duitsland strikt het Trennungsprinzip; obligatoire handelingen ten aanzien van een goed zijn te onderscheiden van beschikkingshandelingen ten aanzien van dat goed. Van een andere orde is het Abstraktionsprinzip: het beginsel dat de overdracht van het goed onafhankelijk is van de onderliggende obligatoire verplichting.<sup>25</sup> Wij noemen dit ook wel het abstracte stelsel, in tegenstelling tot ons causale stelsel waarin het te bereiken goederenrechtelijke gevolg (mede) afhankelijk is van de obligatoire grondslag.

In het Duitse systeem vindt bijvoorbeeld levering plaats door middel van de obligatoire Kauf (het Verpflichtungsgeschäft). Aan de koop moet gevolg worden gegeven door overdracht, welke overdracht plaats vindt door Einigung (een goederenrechtelijke overeenkomst van overdracht ofwel Erfüllungsgeschäft) en Eintragung van de Einigung in de openbare registers. Hoewel dit systeem verdacht veel lijkt op het onze, is het cruciale verschil dat in het Duitse recht de Einigung de overeenkomst is die tot overdracht strekt en voor zijn werking losstaat van de obligatoire overeenkomst ofwel het schuldrechtlichen Vertrag. Toch is het stelsel minder rigide dan het in eerste instantie lijkt. Zo is een beschikking waar geen rechtsgrond aan ten grondslag ligt (causallose Verfügung) weliswaar niet ongeldig,

24 Zie voor de precieze inhoudelijke omschrijving §1018 BGB.

25 Baur/Stürner, Sachenrecht, §5, Rn. 40 ff.

zoals bij ons,<sup>26</sup> maar kan hij via de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking worden aangepakt. Ook kent Duitsland een vrij ruime derdenbescherming (via de leer van de 'gutgläubigen Erwerb') en is het in steeds sterker mate mogelijk de geldigheid van de beschikkingshandeling te koppelen aan de geldigheid van de onderliggende overeenkomst.<sup>27</sup>

Wat telt voor de inschrijving in het Grundbuch is de zakelijke overeenkomst inhoudende de uitdrukkelijke wil de verandering in de rechtstoestand tot stand te brengen, iets wat in ons systeem dikwijls niet als afzonderlijk te beoordelen element wordt beschouwd maar veeleer wordt gezien als een in de obligatoire overeenkomst geïncorporeerd element.<sup>28</sup> In het Duitse systeem daarentegen wordt de Einigung, hoewel vormvrij, als uitgangspunt genomen. De beginselen van het verbintenissenrecht zijn op de zakelijke Einigung alle onverkort van toepassing, nu de Einigung, hoewel een zakelijke, toch als een overeenkomst moet worden gezien.<sup>29</sup> Wil echter de Einigung in het Grundbuch worden ingeschreven, dan dient de Eintragungsbewilligung, de toestemming van degene wiens recht de inschrijving betreft, bewijsbaar te zijn.

De Einigung wordt onherroepelijk:<sup>30</sup>

- Als de gewenste verklaringen in een notariële akte zijn opgenomen.
- Als de verklaringen door de ambtenaar van het Grundbuch zijn afgegeven.
- Als de gerechtigde wiens recht 'getroffen wordt' een formele 'Eintragungsbewilligung' conform §19 GBO afgeeft.<sup>31,32</sup>

Bij de Eintragung wordt de Dienstbaarheid aangetekend op het blad van het dienend erf.

Aantekening op het blad van het heersend erf is eveneens mogelijk (§9 GBO) maar niet noodzakelijk, en zonder betekenis voor §892 BGB, dat bepaalt dat een derde mag afgaan op wat in de openbare registers is ingeschreven (het positieve stelsel). Of nu de erfdienstbaarheid wel of niet bij het heersend erf is aangetekend, hij wordt

26 Artikel 3:84 jo. 89 BW.

27 Zo kan worden gedacht aan de leer van de Fehleridentität (§138 Abs. 2 BGB), het zien van de obligatoire en de zakelijke handeling als eenheid (§139 BGB) en de mogelijkheid de geldigheid van de overeenkomst als opschortende voorwaarde aan de zakelijke beschikking te verbinden. Zie over dit alles uitgebreider Schwab-Prütting, Sachenrecht, nr. 22 ff.

28 Soms ook als aparte goederenrechtelijke overeenkomst beschouwd.

29 Hierover uitgebreid Schwab-Prütting, Sachenrecht, nr. 140.

30 §29 GBO en §873 BGB.

31 §29 Abs. 1 GBO (Grundbuchordnung): Eine Eintragung soll nur vorgenommen werden wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstige zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden.

32 Zie over de inschrijvingsvereisten uitgebreid Demharter, Check'sche Kurz Kommentare, band 8, Grundbuchordnung von Johann Demharter, s. 568 ff.

als gevolg van het bepaalde in §96 BGB als afhankelijk van het heersend erf aangemerkt, en gaat als zodanig met het heersend erf mee over.<sup>33</sup> De inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit moet uitdrukkelijk zijn omschreven op het moment dat de beschränkte persönliche Dienstbarkeit wordt gevestigd. Hoewel de beschränkte persönliche Dienstbarkeit als species van de Dienstbarkeiten haar plaats in het goederenrecht heeft, zijn toch de regels van het verbintenissenrecht in specifieke verhoudingen van toepassing.<sup>34</sup>

### 8.3.1.2 *De inhoud van de Dienstbarkeit*

Verplichtingen tot een doen kunnen geen inhoud van de Dienstbarkeit zijn, zij het dat een nevenverplichting om te doen toegestaan is voor zover het een verplichting tot onderhoud van een op het dienend erf aangebracht bouwwerk betreft,<sup>35</sup> of de verplichting krachtens de wet wordt opgelegd.<sup>36</sup> De wetgever heeft ervan afgezien speciale verschijningsvormen van de Grunddienstbarkeit vast te leggen – zoals dat in het Nederlandse recht lange tijd wel het geval was –, en zich ertoe beperkt de toegestane inhoud in zijn algemeenheid te omschrijven, en te bepalen dat het gebruik zich tot bepaalde, enkele, gebruiksmogelijkheden moet beperken, het heersend erf als zodanig tot voordeel moet strekken,<sup>37</sup> en zo voorzichtig mogelijk moet worden uitgeoefend.<sup>38</sup> Wel is uitdrukkelijk aangegeven dat de dienstbaarheid moet passen binnen bepaalde hieronder te bespreken kaders, dit om op de persoon drukende, op horigheid gelijkende lasten tegen te gaan. Ook in het Nederlandse recht zagen we deze angst (bij het introduceren van de kwalitatieve verplichting, zie Hoofdstuk 2), maar waar de Nederlandse wetgever het gevaar voornamelijk zag in de verplichtingen om te doen, heeft de Duitse wetgever andere criteria aangelegd; volgens §1018 BGB dient de inhoud van een Grunddienstbarkeit te passen in een van de drie navolgende Grundtypen, met dien verstande dat binnen een beschränkte persönliche Dienstbarkeit ook een combinatie mogelijk is. Het betreft hier:<sup>39</sup>

- Benutzungsdienstbarkeiten, op basis waarvan de gerechtigde het belaste erf voor bepaalde, specifieke doeleinden mag gebruiken, iets waartoe hij zonder de dienstbaarheid niet gerechtigd zou zijn. Hierbij kan worden gedacht aan rechten van overpad (Wegrechte), rechten om leidingen op het dienend erf te hebben (Leidungsrechte) of het recht een garage te gebruiken (Garagebenutzungsrechte).

33 §96 BGB: Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, gelten als Bestandteile des Grundstücks.

34 Zie §8.2.

35 §1021 BGB.

36 §1022 BGB.

37 §1019 BGB en bij ons voor de erfdienstbaarheid artikel 5:70 lid 1 BW.

38 §1020 BGB.

39 §1018 BGB s. 1-3, Adamczyk, t.a.p., p. 112, Staudinger/Wiegand, §1090, Rn. 8.

- Unterlassungsdienstbaarkeiten, inhoudende het niet verrichten van *bepaalde (feitelijke)* handelingen, wat ook negatief beschreven kan worden, namelijk door vermelding van de wel toegestane handelingen. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld een verbod een benzinepomp te hebben.<sup>40</sup>
- Ausschlussdienstbaarkeiten, inhoudende het uitsluiten van het uitoefenen van een recht dat uit de eigendom van het dienend erf voortvloeit. Aan de eigenaar van het heersend erf komen op grond van de artikelen 903 tot en met 1004 BGB bepaalde bevoegdheden toe, waarvan de uitoefening hem op grond van §1018 s. 3 BGB kan worden verboden.

Voorbeeld is een verbod voor de eigenaar van het heersend erf om te ageren als er meer rook of roet over zijn erf geblazen wordt dan hij gehouden is op grond van §906 BGB gehouden te dulden. In tegenstelling tot bij onze erfdienstbaarheid kunnen dus ook rechtshandelingen onder het bereik van de Dienstbaarheid worden gebracht.

Zeer veel wordt gediscussieerd over de inhoudelijke grenzen van genoemde Grundtypen. Waar de eerder genoemde zakelijke rechten alle inhoudelijk duidelijk begrensd zijn, heeft de wetgever hier zeer veel aan de autonomie van partijen overgelaten wat in de praktijk tot veel discussie heeft geleid.<sup>41</sup> Duidelijk is in ieder geval dat:<sup>42</sup>

- Een beding dat al inhoud van een wetsbepaling is, niet tot inhoud van een Dienstbaarheid gemaakt kan worden.<sup>43</sup>
- De inhoud van de Dienstbaarheid niet met name er een tot een doen mag zijn. Afnaveverplichtingen van bijvoorbeeld bier- of warmte leveranciers zijn dus niet toegestaan.<sup>44</sup> Wel toegestaan is het een verplichting tot een doen als nevenverplichting aan een dienstbaarheid te binden.<sup>45</sup> De grenzen hiervan zijn onderwerp van discussie.<sup>46</sup>
- Voor slechts eenmalige gebruikshandelingen geen dienstbaarheid in het leven kan worden geroepen.
- Het slechts mag betreffen gebruik in 'einzelne Beziehungen', dus niet gebruik in zijn geheel.<sup>47</sup>

40 De servitus de non faciendo.

41 Adamczyk, t.a.p., p. 105. Ook Staudinger/Wiegand §1090, 1.

42 Staudinger/Wiegand §1090, 9 ff.

43 Odersky, Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit als Mittel zur Sicherung öffentlicher Zwecke, s. 219.

44 Zie Münch-Komm/Joost Rn.7 alsook BGHZ 29, 244, 246 (NJW 1959, 670).

45 §§1020-1023.

46 Zie ook Schwab-Prütting, Sachenrecht, Rn. 887 die als voorbeeld aanhaalt de uitspraak BayObLG, NJW-RR 1990, 600.

47 Hiervoor is immers het vruchtgebruik geëigend. Een uitzondering wordt hier echter gemaakt voor Dienstbaarkeiten die worden gevestigd ten aanzien van perceelsgedeelten (Teilfläche). Zie voor de 'techniek' hiervan o.m. BGH NJW 1981, 1781; BayObLG Rpfleger 1983, 143, 144.



- Bij een *Unterlassungsdienstbarkeit* de beperking tot een daadwerkelijke verandering in of een beperking van het gebruik moet leiden, en niet mag ingrijpen in de vrijheid of beschikkingsmacht van de eigenaar.
- De behoefte van de gerechtigde centraal staat.
- Voldaan moet worden aan de *Bestimmtheitsgrundsatz*.

In de praktijk worden de *Dienstbarkeiten* veelvuldig gebruikt voor concurrentiebeperkingen en voor zogeheten 'Wohnungsbesetzungsrechte', bepalingen die in proberen te grijpen in de vrijheid van de woningeigenaar deze te verhuren aan bepaalde (groepen van) personen. Over de problematiek die in het bijzonder uit de concurrentiebeperkende bepalingen voortvloeit, namelijk de vraag in hoeverre deze in strijd komen met het verbod in te grijpen in de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar bestaat de nodige discussie, maar duidelijk is dat in beginsel een dergelijk recht is toegestaan. Wel is altijd de vraag of de *Dienstbarkeit* nu het heersend erf als zodanig ten goede komt, dan wel of er feitelijk een *Dienstbarkeit* ten gunste van een (rechts-)persoon is gevestigd.

Indien bijvoorbeeld op het heersend erf een accountantskantoor is gevestigd, kan ten laste van het dienend erf een *Dienstbarkeit* worden gevestigd met de inhoud dat het daar niet is toegestaan een accountantskantoor te hebben. Anders ligt het wanneer ten tijde van de vestiging op het heersend erf een warenhuis is gevestigd.<sup>48</sup>

Gezien de beperkingen die de wetgever heeft opgelegd en de grote belangen die partijen kunnen hebben (denk bijvoorbeeld aan afnameverplichtingen voor olie of bier) is een techniek die in Duitsland gebruikt wordt om concurrentiebeperkende afspraken te maken de volgende: het is mogelijk een *Unterlassungsdienstbarkeit* op te leggen voor zover deze tot een *daadwerkelijke* (tatsächliche) verandering in of beperking van het gebruik leidt. Ingrijpen in de vrijheid of beschikkingsmacht van de eigenaar mag niet. Een verbod om goederen af te nemen van een ander dan de gerechtigde is in strijd met dit principe en dus niet toegestaan, om nog maar te zwijgen van het beginsel dat de *Dienstbarkeit* het heersend erf 'als zodanig' ten goede moet komen (de zogenaamde 'preadio utilis' of nutseis).<sup>49</sup> Om toch het gewenste resultaat te bereiken gaan leveranciers van bijvoorbeeld olie of bier ertoe over de eigenaar van het perceel te verbieden te handelen in olie of bier. Een beschränkte persönliche *Dienstbarkeit* met een dergelijke inhoud is uitdrukkelijk toegestaan.<sup>50</sup> Opvolgers in de eigendom zijn aan dit verbod (de *Unterlassungsdienstbarkeit*) gebonden. Door een separate overeenkomst met de (eigenaar van) het dienend erf en de gerechtigde tot de *Dienstbarkeit* wordt een uitzondering op het verbod geformuleerd voor waar het olie of bier van de gerechtigde betreft. Deze

48 OLG München NJW 1957, 1765.

49 Gecodificeerd in §1019 BGB. Het in het leven roepen van een recht voor een bepaalde (rechts)persoon kan slechts door de beschränkte persönliche *Dienstbarkeit*.

50 BGH NJW 1998, 2268.

overeenkomst zal vanwege de relatieve werking vanzelfsprekend met iedere opvolgende eigenaar van het dienend erf moeten worden aangegaan (kettingbeding).

Probleem met een dergelijke constructie is, dat de inhoud van de Dienstbaarheid in overeenstemming moet zijn met de Duitse wetgeving op het gebied van de mededingingsbeperking, met name §16 GWB dat afspraken met als inhoud afnameverplichtingen verbiedt, en art. 81 van het EG-Verdrag als de Dienstbaarheid het handelsverkeer tussen de lidstaten frustreert.<sup>51</sup>

### 8.3.1.3 *Wijziging van de inhoud*

Natuurlijk is het mogelijk de inhoud van de Dienstbaarheid gedurende zijn bestaan te wijzigen, waarbij onder 'wijziging' moet worden verstaan iedere wijziging van de 'zakelijke' inhoud van het recht die niet inhoudt vestiging, overdracht, bezwaring of opheffing ervan.

Omdat ook Duitsland de numerus fixus kent als het gaat om beperkte zakelijke rechten, en de inhoud van de betreffende rechten grotendeels vastligt, zijn globaal slechts toegestaan die wijzigingen die ofwel de wet uitdrukkelijk toestaat, ofwel die niet in tegenspraak zijn met de door de wet voorgeschreven inhoud van het recht.

Volgens het BGH wordt het antwoord op de vraag of de inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit wijzigt met de omstandigheden, bepaald door de inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit en het te bereiken doel. Zo zal een beschränkte persönliche Dienstbarkeit van weg, oorspronkelijk afgestemd op paard en wagen, met het verstrijken van de tijd kunnen worden beschouwd als ook bedoeld voor motorvoertuigen,<sup>52</sup> nu dit het oorspronkelijke doel van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit het meest recht zal doen. Vorenstaand beginsel wordt echter begrensd door het principe dat de beschränkte persönliche Dienstbarkeit niet gewijzigd of verzwaaard mag worden door 'het heersend erf', dit alles tenzij het afwijkend gebruik ten tijde van de vestiging 'te voorzien' was.

De Duitse wet beschouwt de wijziging van de inhoud van een beperkt recht als een gedeeltelijk beschikken over het betreffende recht, en vereist dan ook voor wijziging.<sup>53</sup>

- Een Einigung tussen de gerechtigde tot het recht en de eigenaar van de grond.
- Eintragung van de wijziging in het Grundbuch.

51 Zie voor de discussie aangaande concurrentieverboden o.a. Keller/Padberg, p. 159, Göz, Die beschränkte persönliche Verbotsdienstbarkeit, p. 24 ff., Joost, Sachenrechtliche Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Dienstbarkeiten, p. 308 ff.

52 Geheel identiek dus aan het Nederlandse systeem op dit gebied.

53 §877 BGB, zie ook Baur/Stürner, Sachenrecht, Rn. 42.

- De toestemming van derden indien deze gerechtigd zijn tot een recht dat gevestigd is op het te wijzigen recht, doch slechts indien de inhoudelijke wijziging voor de derde tot een juridisch ongunstiger positie zou leiden.
- De toestemming van hen die gerechtigd zijn tot een in rang gelijk of jonger recht, wanneer door de wijziging een recht wordt uitgebreid.

Bij de Dienstbaarheid geldt dat deze in beginsel voor eeuwig wordt aangegaan, en dat wijziging in de feitelijk uitoefening of in de behoefte van het heersend erf daar geen verandering in brengt. Is de mogelijkheid tot uitoefening (blijvend!<sup>54</sup>) geheel vervallen dan kan de eigenaar van het heersend erf Löschung van de Grunddienstbarkeit verzoeken

Zou de eigenaar van het heersend erf van mening zijn dat er een wijziging in de uitoefening plaats zou moeten vinden, die de facto leidt tot verzwaring van de last op het dienend erf, dan geldt dat de eigenaar van het dienend erf deze verzwaarde uitoefening moet toestaan indien dit de enige wijze is waarop de Dienstbaarheid ten volle kan worden benut.

In ieder geval is de eigenaar van het heersend erf verplicht de Dienstbaarheid uit te oefenen op de voor het dienend erf minst bezwarende wijze.

Bij iedere wijziging moeten de in de openbare registers ingeschreven beperkingen voor de Dienstbaarheid in acht worden genomen. Is bijvoorbeeld bij een recht van overpad opgemerkt dat dit een recht van overpad met paarden betreft, dan blijft dit voor het zaaksgevolg van de Dienstbaarheid maatgevend en heeft een niet ingeschreven afwijking slechts obligatoire werking.

#### 8.3.1.4 *De mogelijke begunstigde(n)*

De Grunddienstbaarheid is aan beide zijden kwalitatief en heeft zoals gezegd een heersend en een dienend erf. Het is echter mogelijk de Dienstbaarheid ten gunste te laten strekken van (de eigenaren van) meerdere heersende erven, en wel zodanig dat de gezamenlijke eigenaren ook gezamenlijk gerechtigd zijn (§428 BGB). Ook is het mogelijk indien heersend en dienend erf in één hand zijn een Grunddienstbaarheid te vestigen, waarbij kan worden gedacht aan de grondeigenaar die vooruitlopend op het vervreemden van een gedeelte van zijn perceel een Dienstbaarheid vestigt met als inhoud een verbod ten gunste van het bij hem in eigendom resterende perceel, boven een bepaalde hoogte te bouwen.<sup>55</sup> Wordt op het heersend erf een beperkt recht gevestigd, of wordt het heersend erf 'aan iemand anders overgelaten'<sup>56</sup> dan strekt de bevoegdheid van de gerechtigde zich ook uit tot de

54 BGH DnotZ 1956, 40.

55 Zoals ik eerder betoogde in §6.3.4 is een dergelijke mogelijkheid onder Nederlands recht ten onrechte niet toegestaan. Overigens geldt een soortgelijke mogelijkheid ex §1196 BGB ook voor de Grundschild.

56 Hierbij moet worden gedacht aan verhuur of verpachting van het heersend erf.

Dienstbaarheid. Zou bijvoorbeeld op het heersend erf een vruchtgebruik worden gevestigd, dan komt ook aan de vruchtgebruiker een bedongen recht van overpad toe.

#### 8.3.1.5 *De tegenprestatie*

Het is mogelijk een tegenprestatie te bedingen, eenmalig of periodiek terugkerend. Betreft het een eenmalige tegenprestatie dan is het niet nodig deze in het Grundbuch in te schrijven omdat derden er immers geen belang bij hebben. Is de tegenprestatie zodanig geformuleerd dat hij als Reallast of Dienstbaarheid geformuleerd kan worden, dan is vanzelfsprekend inschrijving mogelijk als last op het heersend erf ten gunste van het dienend erf. Om de afhankelijkheid met de Dienstbaarheid zichtbaar te maken is het mogelijk de tegenprestatie in te schrijven onder de ontbindende voorwaarde van het tenietgaan van de Dienstbaarheid.<sup>57</sup>

Kan de tegenprestatie niet tot inhoud van een zakelijk recht gemaakt worden,<sup>58</sup> dan is de vraag of de verplichting als aan de Dienstbaarheid dienstige nevenverplichting in de openbare registers kan worden ingeschreven. Het antwoord lijkt bevestigend te zijn.<sup>59</sup>

#### 8.3.1.6 *Tenietgaan van de Dienstbaarheid*

De Dienstbaarheid gaat teniet op de wijze waarop beperkte rechten in het algemeen teniet gaan, te weten:

- Door opheffing ex §875 BGB.
- Wanneer een met het recht strijdige toestand meer dan 30 jaar heeft voortgeduurd (Verjährung ex §1028 BGB).
- Door het vervullen/intreden van een in de Dienstbaarheid opgenomen ontbindende voorwaarde of tijdsbepaling.
- Door het blijvend wegvallen van het voordeel voor het heersend erf;

alsook door de dood van de gerechtigde.

De opheffing die in §875 BGB wordt genoemd, betreft het afstand doen door de gerechtigde van zijn recht. Ook hiervoor is de (eenzijdige!) wilsuiting tot afstand en de openbaarmaking daarvan in de openbare registers noodzakelijk. Zijn er derden wier recht getroffen wordt door het opheffen van het recht, denk bijvoorbeeld aan pandrechten op vorderingen, dan moet de betreffende derde met de opheffing instemmen. Bijzonder is het, dat indien bijvoorbeeld door de gerechtigde

57 Een methode die met name gebruikt wordt in het geval van wederzijdse dienstbaarheden, waarbij partijen over en weer rechten en verplichtingen hebben. Zie Hub, Die Inhalt von Dienstbarkeiten, s. 31 ff.

58 Bijvoorbeeld omdat het een niet toegelaten verplichting tot een doen zou inhouden.

59 Hub, t.a.p., p. 33 die hiervoor verwijst naar het bepaalde in §1021 Abs. 1, s. 2 BGB.

afstand wordt gedaan van een Dienstbaarheid, ook de gerechtigden tot een beperkt zakelijk recht op het *heersend* erf (bijvoorbeeld een hypotheekhouder), tot de afstand hun toestemming moeten geven. Achterliggende gedachte is, dat de waarde van het heersend erf door het wegvallen van het recht in negatieve zin beïnvloed kan worden.

### 8.3.2 De beschränkte persönliche Dienstbarkeit

Met de beschrijving van de wijzen van ontstaan, wijziging en tenietgaan en de inhoud van de Grunddienstbarkeit hebben we voor het grootste deel de wettelijke bepalingen betreffende de beschränkte persönliche Dienstbarkeit behandeld. Deze laatste figuur is immers een species van de Grunddienstbarkeit en kent slechts een viertal specifieke bepalingen te weten de §§1090-1094 BGB.

#### 8.3.2.1 *Ontstaan en inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit*

De beschränkte persönliche Dienstbarkeit ontstaat op de wijze waarop een Dienstbaarheid in het algemeen ontstaat.

Hoofdinhoud van de figuur is de zakelijke belasting van een onroerende zaak (of daarop gelijke rechten)<sup>60</sup> ten gunste van een bepaalde persoon, inhoudende dat de gerechtigde het gebruik van de zaak binnen bepaalde, specifieke aangegeven, grenzen wordt toegestaan. Het betreft een subjectief, aan een persoon gebonden, recht dat niet overerfelijk en, enkele specifieke uitzonderingen daargelaten, niet overdraagbaar is.<sup>61</sup> Inhoudelijk wordt de figuur geheel ingevuld door de bepalingen van §1018 en verder.<sup>62</sup> Zo bezien is het een mengeling van de Nießbrauch en de Grunddienstbarkeit. Met het vruchtgebruik heeft de figuur gemeen dat zij ten gunste van een bepaalde persoon kan worden gevestigd en daarom niet overdraagbaar en niet vererfbaar is, terwijl zij qua inhoud vergelijkbaar is met de erfdienstbaarheid.

Omdat de beschränkte persönliche Dienstbarkeit ten gunste van een persoon zal strekken is vanzelfsprekend geen sprake van een met §1019 BGB overeenstemmend vereiste van 'praedio utilis'.<sup>63</sup> Er bestaat overigens geen vereiste dat de beschränkte persönliche Dienstbarkeit ten voordele van de gerechtigde moet strekken; ieder eigen of vreemd te beschermen belang volstaat waarbij het belang niet eens op geld waardeerbaar behoeft te zijn. Slechts indien er twijfel bestaat over

60 Zoals het Erbbaurecht, die Wohnungseigentum en bijvoorbeeld Bergwerkseigentum; Adamczyk, Dienstbarkeiten in der notariellen Praxis, p. 106.

61 Zie voor de uitzonderingen §1090 Abs. 2 en 3.

62 §1090 Abs. 2: Die Vorschriften der §§ 1020 bis 1024, 1026 bis 1029, 1061 finden entsprechende Anwendung.

63 §1091 Abs. 2 BGB verklaart §1019 BGB niet van overeenkomstige toepassing.

de inhoud van de beschränkte persönliche Dienstbarkeit zal het belang van de gerechtigde als uitgangspunt worden genomen.<sup>64</sup>

Verder gelden inhoudelijk grotendeels dezelfde mogelijkheden en beperkingen als bij de Grunddienstbarkeit, zij het dat het wegvallen van het praedio utilis vereiste enkele extra mogelijkheden biedt. Zo kan bijvoorbeeld ten behoeve van een nutsbedrijf een leidingrecht worden gevestigd.

Evenals bij de Grunddienstbarkeit is het mogelijk aan de inhoud een nevenverplichting tot een doen te verbinden, voor zover deze ziet op het onderhoud van aangebrachte bouwwerken. Hier zien we een verschil met de Nederlandse situatie waar nevenverplichtingen tot een doen bij de kwalitatieve verplichting niet zijn toegestaan. Omdat in het Duitse systeem de beschränkte persönliche Dienstbarkeit wordt beschouwd als een species van de Dienstbarkeit wordt er geen uitzondering gemaakt als het de toelaatbaarheid van verplichtingen tot een doen betreft.

Zo kan aan een leidingrecht – de verplichting om te dulden dat er waterleidingen over iemands land lopen – de nevenverplichting worden verbonden om de leidingen te onderhouden of zelfs op eigen kosten te vernieuwen.<sup>65</sup>

### 8.3.2.2 *De begunstigde(n)*

De beschränkte persönliche Dienstbarkeit kan evenals de Grunddienstbarkeit worden gevestigd ten behoeve van een of meerdere natuurlijke en/of rechtspersonen (Gesamtgläubigerschaft overeenkomstig §428 BGB),<sup>66,67</sup> maar ook ten gunste van de eigenaar zelf (Eigentümergebrauch) zonder dat vermenging optreedt. Bij laatstgenoemde variant wordt echter wel een bijzondere behoefte aan de zijde van de gerechtigde verlangd, bijvoorbeeld een voorgenomen vervreemding.<sup>68</sup>

### 8.3.2.3 *Onoverdraagbaarheid, overlaten uitoefening*

Hoewel de beschränkte persönliche Dienstbarkeit onder voorwaarde of tijdsbepaling gevestigd kan worden is een van de belangrijkste, slechts voor de beschränkte persönliche Dienstbarkeit geldende bepalingen, §1092 BGB; de beschränkte persönliche Dienstbarkeit (de actieve zijde natuurlijk) is – dwingendrechtelijk – niet overdraagbaar en niet overerfbaar.<sup>69</sup> Achtergrond van deze bepaling is de

64 §1091 BGB.

65 Baur/Stürner, Sachenrecht, §35, Rn. 11.

66 Zie Adameczyk, t.a.p., p. 109.

67 Zie Staudinger/Wiegand §1090,2 ff. Waarin uitgebreid uiteen wordt gezet welke (rechts)personen als gerechtigde tot een beschränkte persönliche Dienstbarkeit kunnen optreden.

68 o.a. Münch.Komm/Joost, Rn. 24.

69 Ook is het niet mogelijk de persoon van de gerechtigde via een verandering van de inhoud ex §877 BGB te wijzigen aldus KG, JFG 20, 6(7). Dat de onoverdraagbaarheid ook bij partijovereenkomst niet overdraagbaar kan worden gemaakt is uitdrukkelijk bepaald in BayObLGZ 1980, 176, 177.

zuivere gebondenheid aan een persoon die aan de figuur eigen zou (moeten) zijn. Overdraagbaarheid en overerfbaarheid stroken niet met deze gedachte. Toch is natuurlijk een behoefte van de praktijk de verplichting voor langere tijd aan de grond te kunnen binden, reden dat diverse constructies zijn ontwikkeld om de scherpe kantjes van genoemde bepaling af te halen.

Zo is het gebruikelijk op grond van §328 BGB te bedingen dat ten behoeve van de erfgenamen van de gerechtigde respectievelijk zijn bedrijfsopvolger(s) een beschränkte persönliche Dienstbarkeit gevestigd zal worden, welk beding door middel van Vormerkung verzekerd wordt.<sup>70</sup> Ook is het mogelijk ex §158 BGB de beschränkte persönliche Dienstbarkeit te vestigen onder de ontbindende/opschortende voorwaarde van vestiging van een soortgelijk recht ten behoeve van erfgenamen/bedrijfsopvolgers, eveneens met verzekering door Vormerkung.

Omdat de eis van onoverdraagbaarheid in de praktijk voornamelijk problemen oplevert bij dienstbaarheden ten gunste van bedrijven, heeft de wetgever in §1092 leden 2 en 3<sup>71</sup> voor rechtspersonen een uitzondering op de onoverdraagbaarheid geformuleerd.

In lid 2 worden van overeenkomstige toepassing verklaard de bepalingen §1059a-d op grond waarvan het in bepaalde ondernemingsrechtelijke verhoudingen geoorloofd is de dienstbaarheid over te dragen. In lid 3 wordt speciaal voor leidingrechten een tweede uitzondering op het hoofdprincipe geformuleerd. Voor beide uitzonderingen geldt dat hun toepasselijkheid in de dienstbaarheid zelf kan worden uitgesloten.<sup>72</sup>

(2) Steht eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit oder der Anspruch auf Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit einer juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft zu, so gelten die Vorschriften der §§1059 a bis 1059d entsprechend.

(3) Steht einer juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu, die dazu berechtigt, ein Grundstück für Anlagen zur Fortleitung von Elektrizität, Gas, Fernwärme, Wasser, Abwasser, Öl oder Rohstoffen einschließlich aller dazugehörigen Anlagen, die der Fortleitung unmittelbar dienen, für Telekommunikationsanlagen, für Anlagen zum Transport von Produkten zwischen Betriebsstätten eines oder mehrerer privater oder öffentlicher Unternehmen oder für Straßenbahn- oder Eisenbahnanlagen zu benutzen, so ist die Dienstbarkeit übertragbar. Die Übertragbarkeit umfasst nicht das Recht, die Dienstbarkeit nach ihren

70 Zie over deze techniek Soergel-Stürner §1092 waarbij wordt opgemerkt dat voor een dergelijke constructie de kring van begunstigen wel vast moet staan, alsook Adamczyk, t.a.p., p. 110.

71 BGBl. I 1996, 990.

72 Zie over de onoverdraagbaarheid uitgebreid Bassenge, Die Übertragbarkeit von beschränkte persönliche Dienstbarkeiten nach der Neureglung durch Gesetz vom 17. Juli 1996, p. 2777. Ook Keller/Padberg, p. 162.

Befugnissen zu teilen. Steht ein Anspruch auf Einräumung einer solchen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit einer der in Satz 1 genannten Personen zu, so ist der Anspruch übertragbar. Die Vorschriften der §§1059 b bis 1059 d gelten entsprechend.

Op basis van deze bepalingen is het mogelijk toch de beschränkte persoonlijke Dienstbarkeit over te laten gaan, met name indien het recht aan een rechtspersoon-onderneming toekomt en deze fuseert.

Alhoewel het in beginsel niet mogelijk is de beschränkte persoonlijke Dienstbarkeit over te dragen of te laten vererven, is het wel mogelijk de uitoefening ervan aan anderen over te laten, bijvoorbeeld aan een pachter of huurder.<sup>73</sup> De algemene bevoegdheid de uitoefening aan iemand anders over te kunnen laten behoort, indien verleend, tot de inhoud van het recht en wordt ook in het Grundbuch ingeschreven.<sup>74</sup> Is het overlaten van de Dienstbarkeit door de grondeigenaar uitdrukkelijk toegestaan, dan is deze gehouden de uitoefening door een ander dan de gerechtigde te dulden. Het verlenen van genoemde toestemming is formeel vormvrij en kan zelfs stilzwijgend geschieden, maar procedureel moet onder omstandigheden de weg van §29 GBO in acht worden genomen. Wil de toestemming jegens opvolgende eigenaren ingeroepen kunnen worden, dan dient zij, als zijnde een wijziging van de oorspronkelijke inhoud van het recht door Einigung en Eintragung haar weg naar het Grundbuch te vinden. Het slechts feitelijk overlaten van het uitoefenen aan een ander is echter een louter obligatoire handeling, alleen werkend tussen de gerechtigde en degene aan wie de uitoefening wordt overgelaten, zonder enig zaaksgevolg.<sup>75</sup>

#### 8.3.2.4 *Tenietgaan*

Ook de wijze van beëindiging van de beschränkte persoonlijke Dienstbarkeit is gelijk aan de wijze waarop een Dienstbarkeit in het algemeen eindigt. Behalve op die wijzen, eindigt de beschränkte persoonlijke Dienstbarkeit ook bij de dood van de gerechtigde of indien de gerechtigde-rechtspersoon ophoudt te bestaan.

### 8.3.3 **De Reallast**<sup>76</sup>

Een derde verschijningsvorm van de Dienstbarkeiten is de Reallast, een goederenrechtelijke figuur waarvan in ons huidige rechtstelsel een equivalent ontbreekt.<sup>77</sup>

73 In overeenstemming met het bepaalde in §1059 BGB voor het vruchtgebruik, zij het dat deze bevoegdheid tot overlaten van de uitoefening niet vanzelfsprekend is maar uitdrukkelijk in het recht moet worden opgenomen ex §1092, Abs. 1, s. 2.

74 §874 BGB.

75 Keller/Padberg, t.a.p., p. 162.

76 Schwab/Prütting, Sachenrecht, Rn. 943 ff.

77 Onder het oude recht werd er vanuit gegaan dat de verplichting tot betaling van de erfpachtcanon een soort Reallast was, zie Parl. Gesch. Boek 5, p. 300 e.v.



De Reallast is een beperkt zakelijk recht dat de gerechtigde het recht verschaft steeds terugkerende opbrengsten uit een onroerende zaak (of daarop gelijkende rechten)<sup>78</sup> te verkrijgen.<sup>79</sup> Voortgekomen uit de vroegere agrarische sfeer, en toen bijvoorbeeld recht gevend op melk, graan of vlees kunnen tegenwoordig de opbrengsten ook bestaan uit betalingen en diensten. De prestaties moeten terugkerend zijn, maar in de terugkeer behoeft geen regelmaat te zijn. Wel moeten de prestaties in de omvang (niet cijfermatig) bepaald zijn, dit in verband met de mogelijkheid de Reallast bij voorgenomen executie op geld te waarderen.

Kenmerkend voor de Reallast is dat het verbonden goed zelf, en niet de eigenaar ervan, aansprakelijk is voor de nakoming van de verplichting. Deze laatste heeft overigens wel een persoonlijke verplichting op basis waarvan hij naast het goed aansprakelijk is, zij het slechts gedurende de periode dat hij eigenaar is van het belaste grondstuk. De aansprakelijkheid gedurende voormelde periode ziet echter wel op zijn gehele vermogen, maar kan worden beperkt of uitgesloten. Wordt niet aan de verplichting voldaan, dan staan de gerechtigde meerdere mogelijkheden ten dienste zoals:

- Het executeren van het verbonden goed op gelijke wijze als bij een hypotheek. Op deze wijze kunnen met de opbrengst van de verkoop de niet verkregen opbrengsten elders worden verkregen.
- Het in rechte betrekken van de danmalige eigenaar op basis van wanprestatie.

Gerechtigd tot een Reallast kunnen zowel bepaalde natuurlijke personen als rechtspersonen zijn,<sup>80</sup> als ook de danmalige eigenaar van een heersend erf.<sup>81</sup> Inhoudelijk is de Reallast niet beperkt tot de typen waartoe de beschränkte persönliche Dienstbarkeit beperkt is, en de goederen die verschaft moeten worden kunnen al die goederen zijn die op geld waardeerbaar zijn als voedsel, water, energie, olie, het in goede staat houden van het heersend erf etcetera.

### 8.3.3.1 *Ontstaan en tenietgaan*

De Reallast wordt gevestigd, en gaat teniet op de wijze waarop ook de Dienstbarkeit wordt gevestigd of teniet gaat. Zij kan worden gevestigd als:

- niet vererfbaar en onoverdraagbaar recht (evenals in beginsel de beschränkte persönliche Dienstbarkeit);

78 Denk aan het Erbbaurecht ex. §9 Abs. 1 ErbbVO, Wohnungseigentum/Wohnungserbbaurecht ex §30 WEG, Grundstücksteilfläche of 'auf Landesrecht beruhende grundstücksgleiche Rechte'.

79 §1105 BGB.

80 §1111 BGB.

81 §1110 BGB. De 'subjectief-dingliche' Reallast die wordt gezien als een bestanddeel van het perceel. Er is dan sprake van de Eigentümerreallast.

- wel overdraagbaar en vererfbaar,<sup>82</sup>
- slechts overdraagbaar met de eigendom van het heersend erf.<sup>83</sup>

Goed beschouwd in dat laatste geval sprake van een Grunddienstbarkeit met een bepaalde inhoud, namelijk een die voor een groot deel een doen tot inhoud zal hebben!

Deze flexibiliteit in de verschijningsvorm van de Reallast maakt het een buitengewoon flexibele en interessante figuur.

#### 8.4 VERGELIJKING MET HET NEDERLANDSE SYSTEEM

De hierboven besproken figuren vertonen hier en daar grote parallellen met de Nederlandse equivalenten ervan. Met name het vruchtgebruik en de erfdienstbaarheid zijn vrijwel identiek aan de Nederlandse varianten. De beschränkte persoonlijke Dienstbarkeit enerzijds en de kwalitatieve verplichting anderzijds verschillen echter behoorlijk. Alhoewel zij in die zin gelijk zijn dat beiden aan de passieve zijde grondgebonden zijn en aan de actieve zijde ten gunste van een persoon strekken, zijn de verschillen toch groot. Zo kunnen bij de beschränkte persoonlijke Dienstbarkeit nevenverplichtingen tot een doen tot inhoud van de beschränkte persoonlijke Dienstbarkeit worden gemaakt, is de actieve zijde niet overdraagbaar, kan de uitoefening van de beschränkte persoonlijke Dienstbarkeit aan een ander worden overgelaten en is natuurlijk de beschränkte persoonlijke Dienstbarkeit gewoon een zakelijk recht. Geen discussie over de wijze van totstandkoming, tenietgaan, wijziging van de inhoud, de positie van gebruikers, de positie in faillissement of anderszins. Daarentegen bestaat niet de mogelijkheid te bepalen dat de binding aan de figuur zich tot bepaalde groepen zal beperken en moet de verplichting passen in een van de drie grondvormen. De grote mate van vrijheid die ik zie in de kwalitatieve verplichting zie ik niet in de beschränkte persoonlijke Dienstbarkeit. Opgemerkt moet wel worden dat partijen in het Nederlandse recht ook als het gaat om de invulling van de zakelijke rechten een redelijke mate van vrijheid hebben. In het Duitse recht lijkt deze vrijheid meer beperkt.

De Reallast is een figuur van geheel andere inhoud. Niet alleen geeft de Reallast een recht op een bepaalde prestatie, ook staat het goed zelf in voor de nakoming van de verplichting. De verplichting waarop de Reallast ziet is een positieve verplichting met zakelijke werking. Een dergelijke figuur was onder het oude BW ook bij ons bekend als grondrente, maar deze is in het huidige wetboek niet terug-

---

82 Zie §873 BGB.

83 §1110 BGB.

gekeerd.<sup>84</sup> Verplichtingen tot een doen kennen wij slechts in obligatoire zin, tenzij het betreft de specifiek omschreven nevenverplichtingen om te doen die aan een erfdienstbaarheid verbonden kunnen worden.

Alhoewel de figuur in onbruik is geraakt biedt hij mijns inziens veel mogelijkheden, omdat de 'wiederkehrende Leistungen' zich niet behoeven te beperken tot het verschaffen van stoffelijk voordeel, maar ook prestaties verschuldigd kunnen worden. Schiet de debiteur tekort in de nakoming van de verplichting, dan is hij niet alleen zelf aansprakelijk, maar ook het belaste perceel. De crediteur heeft op deze wijze een positie verworven die veel sterker is dan de crediteur die onder het Nederlandse recht als concurrent schuldeiser verhaal moet gaan halen.

Het introduceren van een figuur als de Reallast in het Nederlandse stelsel zou leiden tot de introductie van een figuur die het midden houdt tussen een zekerheidsrecht, een erfdienstbaarheid en een kwalitatieve verplichting. Duidelijk zou wel zijn dat de figuur een zakelijk recht is, maar voor het overige zou de vraag zijn in hoeverre bijvoorbeeld de regels van het verbintenissenrecht erop van toepassing zouden zijn.

---

84 Zie titel 8 Boek 2 Oud BW. Ingevolge art. 150 Overgangswet blijven de onder het oude recht gevestigde grondrenten onder het nieuwe recht voortbestaan. Zie over de redenen om de grondrente uit het ontwerp van boek 5 BW te schrappen Parl. Gesch. Boek 5, p. 367 e.v.

