



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De kat van de burens en de grenzen aan de exclusiviteit van het eigendomsrecht

Es, P.C. van

Citation

Es, P. C. van. (2012). De kat van de burens en de grenzen aan de exclusiviteit van het eigendomsrecht. *Nederlands Tijdschrift Voor Burgerlijk Recht*, 2012(8), 303-309. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/138321>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/138321>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De kat van de buren en de grenzen aan de exclusiviteit van het eigendomsrecht

P.C. van Es, datum 21-08-2012

Datum

21-08-2012

Auteur

P.C. van Es^[1]

Vakgebied(en)

Civil recht algemeen (V)

Naar aanleiding van een Oostenrijkse uitspraak van het *Oberste Gerichtshof* over katten die zich regelmatig op het buurerf bevinden, wordt in deze bijdrage uiteengezet dat de hinderbepaling van art. 5:37 BW – evenals het met dit artikel vergelijkbare § 364 Abs 2 ABGB – moet worden gezien als een uitzondering op de regel dat men tegen iedere inbreuk op het eigendomsrecht kan optreden. Ten aanzien van de voorvraag in welke gevallen al dan niet getoetst moet worden aan de hindercriteria, geldt dat deze toetsing op haar plaats is indien sprake is van een inbreuk (in de ruime zin van *Einwirkung*) die gezien kan worden als een noodzakelijk uitvloeisel van de uitoefening van reguliere eigenaarsbevoegdheden. In het licht van het bovenstaande wordt ook enige aandacht besteed aan de zogeheten verwijderingsleer, zoals deze door de Hoge Raad is vormgegeven in onder meer HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478 (*Trechsel/Laméris*).

1. Inleiding

Een conflict in een Tirols dorp over twee katten die regelmatig het terrein van hun eigenaar verlaten en zich begeven op het terrein van de buurman om daar hun behoefte te doen, heeft op 9 november 2011 geleid tot een uitspraak van het Oostenrijkse *Oberste Gerichtshof* (OGH).^[2] Een verbodsvordering betreffende het door de katten betreden van andermans terrein werd door het OGH afgewezen, nadat deze vordering in twee eerdere instanties wel was toegewezen. Wellicht gaat het hart van de gemiddelde Nederlandse civilist niet onmiddellijk sneller kloppen bij het kennisnemen van deze uitspraak, maar toch is er alle reden hier aandacht aan te besteden. In het bijzonder is het interessant om de weg waarlangs de Oostenrijkse rechter tot zijn uitspraak komt te leggen naast de weg die een Nederlandse rechter zou bewandelen of zou moeten bewandelen. Het Oostenrijkse recht kent in § 364 Abs 2 ABGB een bepaling die vergelijkbaar is met onze hinderbepaling van art. 5:37 BW:

“Der Eigenthümer eines Grundstückes kann dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen. Unmittelbare Zuleitung ist ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig.”

In cassatie stond niet zozeer de toetsing aan dit artikel centraal, maar de voorvraag of men in dit geval überhaupt toekomt aan toetsing aan dit artikel. Het Oostenrijkse recht beschouwt de hinderbepaling van § 364 Abs 2 ABGB als een uitzondering op de algemene regel dat men op grond van § 354 en 523 ABGB kan optreden tegen iedere inbreuk op het exclusieve eigendomsrecht. De eiser stelt dan ook dat hij ‘im Hinblick auf sein absolutes Eigentumsrecht’ gerechtigd is ‘die in der Verschmutzung seines Grundstücks durch die Katzen der Bekl gelegenen Eingriffe in sein Eigentumsrecht ohne die Schranken des § 364 Abs 2 ABGB abzuwehren’.

Hieronder wordt in § 2 eerst in zijn algemeenheid ingegaan op de Oostenrijkse ‘Eigentumsfreiheitsklage’ (*actio negatoria*), alsmede op het bestaan van deze vordering in het Nederlandse recht. Vervolgens wordt in § 3 en § 4 (zowel naar Oostenrijks als naar Nederlands recht) de verhouding tussen de *actio negatoria* en de hinderbepaling aan een nadere beschouwing onderworpen, waarna in § 5 naar de concrete inhoud van hindercriteria wordt gekeken, toegespitst op het onderhavige geval van loslopende katten. Ten slotte gaat in § 6 de aandacht uit naar een merkwaardige in de Nederlandse jurisprudentie bestaande tussencategorie waarin het slagen van een goederenrechtelijke gebods- of verbodsvordering weliswaar niet afhangt van toetsing aan de hindercriteria, maar wel is onderworpen aan de toetsing aan een zorgvuldigheidsnorm. Ter illustratie wordt bij de behandeling van bovenvermelde onderwerpen ook zo nu en dan een blik geworpen op het Duitse recht.

2. De goederenrechtelijke verbods- en gebodsvordering (*actio negatoria*)

Het OGH begint zijn overwegingen met een beschouwing over de exclusiviteit van het eigendomsrecht en de procesrechtelijke mogelijkheid om deze exclusiviteit te handhaven.

“Das Eigentum, auf das sich der Kl mit diesem Begehren stützt, ist die ‘Befugnis, mit der Substanz und den Nutzen einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeden anderen davon auszuschließen’ (§ 354 ABGB). Wird in diese Befugnis des Eigentümers eingegriffen, kann er sich dagegen mit der Eigentumsfreiheitsklage (*actio negatoria*, §§ 354, 523 ABGB) zur Wehr setzen. Die Eigentumsfreiheitsklage ist die Klage des besitzenden Eigentümers, gerichtet auf die Abwehr von Störungen. Aus dem absoluten Charakter des Eigentumsrechts und einem aus § 523 ABGB gezogenen Größenschluss ergibt sich, dass die Klage gegenüber jedem zusteht, der unbefugt eingreift, mag er nun (irgend-)ein Recht hiezu behaupten oder nicht.”

De tekst van § 523 ABGB (naar welke bepaling in het bovenstaande citaat verwezen wordt) luidt als volgt:

“In Ansehung der Servituten findet ein doppeltes Klagerecht Statt. Man kann gegen den Eigenthümer das Recht der Servitut behaupten; oder, der Eigenthümer kann sich über die Anmaßung einer Servitut beschweren. Im ersten Falle muß der Kläger die Erwerbung der Servitut oder wenigstens den Besitz derselben als eines dinglichen Rechtes, im zweyten Falle muß er die Anmaßung der Servitut in seiner Sache beweisen.”

De Romeinsrechtelijke wortels die aan deze bepaling ten grondslag liggen, vallen onmiddellijk op. De eerste in de bepaling vermelde vordering is de *actio confessoria* (gericht op het opeisen van een erfdienstbaarheid) en de tweede de *actio negatoria* (gericht op het ontkennen van het bestaan van een erfdienstbaarheid). Uit de bepaling volgt dat het Oostenrijkse recht nog steeds dezelfde omweg bewandelt die in het Romeinse recht werd bewandeld om de exclusiviteit van het eigendomsrecht te handhaven. De afweervordering volgt niet rechtstreeks uit het exclusieve eigendomsrecht, maar er is een tussenstap nodig, inhoudende de stelling dat de wederpartij geen recht van erfdienstbaarheid heeft om te doen wat zij doet.^[3] Een wezenlijke beperking van de mogelijkheid om de exclusiviteit van het eigendomsrecht te handhaven betekent deze omweg echter niet. Van groot belang in dit verband is de laatste zinsnede uit de hierboven geciteerde overweging van het OGH waar men leest dat op grond van § 523 ABGB tegen eenieder kan worden opgetreden ‘der unbefugt eingreift, mag er nun (irgend-)ein Recht hiezu behaupten oder nicht’.

Het Duitse recht wijdt in § 1004 BGB ook een met § 523 ABGB vergelijkbare bepaling aan de goederenrechtelijke verbods- en gebodsvordering. Deze is echter geheel van haar Romeinsrechtelijke gewaad ontdaan, nu een verwijzing naar de ontkenning van het bestaan van een erfdienstbaarheid ontbreekt:

“Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.”

Het Nederlandse BW gaat ten aanzien van de vordering tot handhaving van de exclusiviteit van de eigendom nog een stap verder in de ontmanteling van de Romeinsrechtelijke fundamenteën, door er geen bepaling aan te wijden. Dit wil echter geenszins zeggen dat deze vordering naar Nederlands recht niet bestaat. Meijers was niet zo gecharmeerd van het denken in Romeinsrechtelijke *actiones*:

“Men spreekt van de reivindicatie, de *actio negatoria* en de *confessoria*, alsof wij nog altijd den Romeinschen praetor om recht moeten vragen en niet onzen Nederlandschen rechter. Het gebruik van deze namen is niet alleen uit een oogpunt van zuiverheid van taal af te keuren, het geeft ook aanleiding tot een geheel onjuiste opvatting van ons tegenwoordig recht. Wat al ongerechtigheden zijn onder het aanroepen dezer tooverwoorden bedreven.”^[4]

Geheel in lijn met de bovenstaande opmerking van Meijers dat wij geen van etiketten voorzien stelsel van rechtsvorderingen kennen, is zijn toelichting bij art. 5:1.4 (art. 5:2 BW) over de revindicatie:

“Hoewel de toekenning der in dit artikel genoemde rechtsvordering reeds besloten ligt in de bepalingen, die in het derde Boek omtrent rechtsvorderingen in het algemeen worden gegeven – in het bijzonder artikel 3.11.1 – zo is het desniettemin gewenst hier de rechtsvordering nader te regelen, die sinds het Romeinse recht de eigenaar toekomt en revindicatie wordt genoemd.”^[5]

Het door Meijers in het bovenstaande citaat genoemde art. 3.11.1 (art. 3:296 lid 1 BW^[6]) vormt – in verbinding met art. 5:1 BW – niet alleen de basis voor de revindicatie, maar ook voor de andere goederenrechtelijke verbods- en gebodsvordering die buiten het bereik vallen van de revindicatie. De regel zoals die is verwoord in § 1004 BGB en § 523 ABGB is dan ook een regel van geldend Nederlands recht.^[7]

3. De hinderbepaling van § 364 Abs 2 ABGB en art. 5:37 BW als uitzondering op verbiedbaarheid van een inbreuk op het eigendomsrecht

In de vorige paragraaf is duidelijk geworden dat het Nederlandse recht – evenals het Oostenrijkse recht – de uit het exclusieve eigendomsrecht voortvloeiende vordering kent ‘des besitzenden Eigentümers, gerichtet auf die Abwehr von Störungen’.^[9] Blijkens de hieronder te citeren overweging uit de aan de orde zijnde uitspraak van het OGH, beschouwt het Oostenrijkse recht de hinderbepaling van § 364 Abs 2 ABGB als een uitzondering op de algemene toepasselijkheid van deze *Eigentumsfreiheitsklage* (*actio negatoria*):

“Die Abwehr unzulässiger Immissionen als nachbarrechtlicher Anspruch nach § 364 Abs 2 ABGB ist ein besonderer Anwendungsfall der Eigentumsfreiheitsklage. In diesem Fall erfasst der Abwehranspruch des Eigentümers nicht die im Gesetz demonstrativ aufgezählten Einwirkungen, wenn sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß nicht überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstücks nicht wesentlich beeinträchtigen.”^[9]

In een bijdrage in het *WPNR* van enige jaren geleden^[10] heb ik – mede aan de hand van het Duitse recht – gepoogd aan te tonen dat ook de Nederlandse hinderbepaling van art. 5:37 BW beoogt bepaalde inbreuken op het eigendomsrecht die in beginsel verbiedbaar zijn, toch toelaatbaar te achten. Het artikel luidt als volgt:

“De eigenaar van een erf mag niet in een mate of op een wijze die volgens art. 162 van Boek 6 onrechtmatig is, aan eigenaars van andere erven hinder toebrengen zoals door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, door het onthouden van licht of lucht of door het ontnemen van steun.”

Bij eerste lezing rijst de gedachte dat het artikel slechts de naast het bepaalde in art. 6:162 BW zinledige regel bevat dat de eigenaar van het ene erf niet onrechtmatig jegens de eigenaar van het andere erf mag handelen.^[11] Naar mijn mening brengt de bepaling echter ook een andere regel tot uitdrukking, te weten dat een eigenaar wél die hinder aan de eigenaar van een ander erf mag toebrengen (zoals door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen) die *niet* onrechtmatig is volgens art. 6:162 BW, dat wil zeggen die *niet* in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Die regel is relevant omdat zonder die regel ook de lichtste vorm van hinder als zijnde een vorm van ‘gebruik’ van het naburige erf in de zin van art. 5:1 lid 2 BW, verboden zou kunnen worden. Om deze laatste stap te kunnen zetten, is enige toelichting op het begrip ‘gebruik’ in art. 5:1 lid 2 BW (waartoe de eigenaar *met uitsluiting van ieder ander* bevoegd is) noodzakelijk. Het is in dat verband van belang vast te stellen dat het Nederlandse recht op het gebied van het exclusieve gebruiksrecht van de eigenaar, zeer nauw samenhangt met het Duitse recht.

Meijers wijdde in art. 5.1.3 van zijn ontwerp een aparte bepaling aan de exclusiviteit van het eigendomsrecht:

“De eigenaar behoeft niet te dulden dat een ander zich op enige wijze van de zaak bedient, tenzij deze daartoe krachtens de wet, een hem toekomend recht of een algemene rechtvaardigingsgrond bevoegd is.”

In de toelichting op deze bepaling gaat Meijers in op het wat merkwaardige begrip ‘zich bedienen van de zaak’ en legt daarbij een directe link naar het Duitse (en Zwitserse) recht:

“De gedragingen van derden, die de eigenaar op grond van de exclusiviteit van zijn recht niet behoeft te dulden, worden in de wetboeken van Duitsland en Zwitserland als ‘Einwirkung’ omschreven. Bij gebreke van een meer tekenend woord gebruikt het ontwerp de uitdrukking ‘zich bedienen van de zaak’. Deze uitdrukking bedoelt te omvatten zowel handelingen die de zaak niet intact laten – b.v. beschadigen of vervormen – als handelingen die slechts kunnen worden beschouwd als een gebruik maken van de zaak.”^[12]

In de loop van het wetgevingsproces is de bepaling van art. 5.1.3 Ontwerp Meijers geschoven in de bepaling die thans in art. 5:1 lid 2 BW is opgenomen en is het begrip ‘zich bedienen van de zaak’ vervangen door het ‘op enige wijze gebruik maken van de zaak’. Blijkens de memorie van antwoord betrof het hier geen inhoudelijke, maar slechts een redactionele wijziging.^[13] Dit betekent dat wij bij de behandeling van de vraag welke handelingen als strijdig met de exclusiviteit van het eigendomsrecht moeten worden beschouwd, met een schuin oog mogen kijken naar het Duitse begrip *Einwirkung*. Zoals uit de hierna te citeren § 906 BGB blijkt, valt ook de toevoer van rook, stank en geluid en dergelijke onder het begrip *Einwirkung*. Dezelfde bepaling houdt echter een met § 364 Abs 2 ABGB vergelijkbare regel in dat deze *Einwirkung* niet onder alle omstandigheden verboden kan worden:

“Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchten, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt. (...)”

Wanneer men op grond van de wetsgeschiedenis bereid is mee te gaan met de zeer ruime uitleg van het begrip ‘gebruik’ in art. 5:1 lid 2 BW, dan is het duidelijk dat er behoefte is aan een nadere afbakening van de bevoegdheden van naburige eigenaars. Een dergelijke afbakening biedt art. 5:37 BW, gebaseerd op hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het artikel regelt dat de ene eigenaar zich niet onbeperkt (dat wil zeggen: slechts beperkt door het leerstuk van misbruik van recht) op zijn gebruiksbevoegdheid kan beroepen en de andere niet op zijn afweerbevoegdheid.^[14]

4. De voorvraag; toetsing aan de hindercriteria of niet?

Wanneer men er op grond van het bovenstaande van uitgaat dat ook het Nederlandse recht een *Eigentumsfreiheitsklage* kent alsmede een bepaling (art. 5:37 BW) die hierop in zekere zin een uitzondering maakt, is het interessant te bezien hoe naar Nederlands recht moet worden omgegaan met de in de Oostenrijkse zaak aan de orde komende 'voorvraag' of een bepaalde inbreukmakende handeling rechtstreeks onder de goederenrechtelijke gebods- of verbodsvordering valt of dat er getoetst moet worden aan de hindercriteria. In het ene geval vormt de regelmatige aanwezigheid van andermans katten zonder meer (behoudens een geslaagd beroep op misbruik van bevoegdheid^[15]) een verbiedbare inbreuk op het eigendomsrecht en in het andere geval is de verbiedbaarheid afhankelijk van 'de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor veroorzaakte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waaronder de plaatselijke omstandigheden'.^[16]

Alvorens op deze vraag naar Nederlands recht in te gaan, is het nuttig eerst enige aandacht te besteden aan het Oostenrijkse recht op dit punt zoals dit tot uitdrukking komt in het arrest van het OGH. De centrale stelling van de eiser is dat katten 'Größere Tiere' zijn die daarom niet 'der Beschränkung des § 364 Abs 2 ABGB [unterlägen]'. Wat betreft de reikwijdte van de 'Beschränkung' van § 364 Abs 2 ABGB is allereerst de volgende overweging van het OGH van belang:

"Aus der im Gesetz beispielhaft erfolgten Aufzählung wird allgemein abgeleitet, dass grob körperliche Immissionen, also das Eindringen fester Körper größeren Umfangs, keinesfalls zu dulden sind."

Ten aanzien van zich op andermans terrein begevende dieren geldt volgens het OGH dat sommige dieren beschouwd kunnen worden als 'fester Körper größeren Umfangs' als bedoeld in het bovenstaande citaat (zodat hun binnendringen zonder meer verboden kan worden), terwijl het binnendringen van andere dieren getoetst moet worden aan het bepaalde in § 364 Abs 2 ABGB. Het overweegt te dien aanzien:

"Über die Frage, bei welchen Tiergattungen das Eindringen auf ein fremdes Grundstück noch einen Anwendungsfall des § 364 Abs 2 ABGB darstellt, herrscht jedoch Uneinigkeit."

Uit het arrest blijkt dat het OGH in eerdere uitspraken heeft beslist dat het bepaalde in § 364 Abs 2 ABGB niet van toepassing is op andermans terrein betredende 'größeren Tiere' waartoe in ieder geval schapen, geiten en kippen moeten worden gerekend. De reden hiervoor is, in de woorden van het OGH,

"dass es dem Eigentümer in einem solchen Fall möglich ist, die von seinem Grundstück ausgehende Beeinträchtigung eines anderen mit zumutbaren Maßnahmen zu verhindern"

In het licht van de hierboven weergegeven ratio van het 'größeren Tiere-criterium', benadrukt het OGH in de onderhavige uitspraak dat men bij invulling daarvan niet alleen moet letten op 'Körpergröße' van het dier maar ook op zijn aard ('Beschaffenheit'). Dit laatste punt is in deze procedure over katten doorslaggevend. Het is praktisch gezien onmogelijk om te voorkomen dat een kat die vrije uitloop buiten het huis heeft, zo nu en dan de perceelsgrenzen overschrijdt. Interessant in dat verband is ook dat het OGH wijst op een bepaling uit de *Tierhaltungs-Verordnung* die het aanlijnen van katten (ook voor kortere tijd) verbiedt. Al met al oordeelt het OGH dat § 364 Abs 2 ABGB van toepassing is en dat:

"Das Eindringen von Katzen auf das benachbarte Grundstück berechtigt dessen Eigentümer daher nur unter den Voraussetzungen der Ortsunüblichkeit und Wesentlichkeit des Eingriffs zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs."

Na de behandeling van het Oostenrijkse recht is het tijd terug te keren naar het Nederlandse recht. Welk 'gebruik' van andermans erf is pas verbiedbaar nadat is vastgesteld dat sprake is van onrechtmatige hinder en welk 'gebruik' is zonder meer (behoudens misbruik van bevoegdheid) verbiedbaar? Vaststaat dat de opsomming in art. 5:37 BW ('het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen') niet limitatief is. Het artikel bezigt voorafgaand aan de opsomming het woord 'zoals' en ook in de rechtspraak ziet men een veelheid aan andere gevallen die terecht onder het regime van de hinderbepaling worden gebracht. Te denken valt aan 'overwaaiende onkruidzaden' en aan bijen die in het voorjaar hun zogeheten 'reinigingsvlucht' houden.^[17] Het niet-limitatieve karakter van de opsomming in art. 5:37 BW noopt tot de vraag naar de afbakening. Het is – ter bepaling van de gedachten – in dat verband goed een voorbeeld te kiezen aan de andere zijde van het spectrum. Een over het terrein van het buurerf hangend balkon of een gedeeltelijk over de erf grens gebouwd gebouw vormt een inbreuk op het eigendomsrecht op het naburige erf. Een dergelijke inbreuk rechtvaardigt een vordering tot verwijdering, zonder dat getoetst hoeft te worden of door de aanwezigheid van het balkon of het gebouw onrechtmatige hinder wordt veroorzaakt. De inbreuk bestaat in deze gevallen uit de aanwezigheid van andermans eigendom op het buurerf. Bij de hiervoor genoemde hindergevallen (geluid, rook, stank, overwaaiende onkruidzaden en overvliegende bijen) was hiervan geen sprake. Geluid, rook of stank zijn – in de hier bedoelde buurenrechtelijke context – geen voorwerp van eigendom en overwaaiende onkruidzaden, alsmede overvliegende bijen zijn *res nullius*.^[18] Men zou de grens daarom daar

kunnen stellen waar het ‘gebruik’ van andermans erf (de *Einwirkung*) gepaard gaat met de aanwezigheid van andermans eigendom op het buurerf. In dat geval zou de aanwezigheid van andermans kat op het buurerf verbiedbaar zijn zonder nadere toetsing aan de hindercriteria.^[19] Dit is ook de benadering van Van Riet die in het *NJB* de enige mij bekende Nederlandse rechtbankuitspraak over grensoverschrijdende katten bespreekt.^[20]

“Ten onrechte heeft de rechtbank het beroep op het exclusieve recht van eigendom ex artikel 5:1 lid 2 BW niet (expliciet) gehonoreerd en heeft de rechtbank niet geoordeeld dat op die grond sprake was van een onrechtmatige daad (inbreuk op een recht). Iemand hoeft namelijk niet te dulden dat hij in het exclusieve recht en genot van zijn eigendom (tuin) wordt gestoord, doordat een ander een situatie creëert of gedooft waarbij zijn kat in andermans tuin komt.”^[21]

Hoewel deze benadering mij op zich aanspreekt, zie ik toch een belangrijk verschil tussen de aanwezigheid van bijvoorbeeld een balkon boven andermans erf en de aanwezigheid van andermans kat in de tuin. Dit verschil is dat men de aanwezigheid van een overhangend balkon onmogelijk als een noodzakelijk uitvloeisel kan zien van de normale uitoefening van de eigenaarsbevoegdheden. Kenmerkend voor de gevallen van *Einwirkung* die getoetst moeten worden aan de hindercriteria is mijns inziens dat het juist wel gaat om vormen van ‘gebruik’ van andermans erf die een noodzakelijk uitvloeisel zijn van de uitoefening van reguliere eigendomsbevoegdheden. Zo is het bij regulier gebruik van de eigendom van een perceel grond onontkoombaar dat dit gepaard gaat met een zekere mate van geluid, rook of stank die het buurerf bereikt. De hindercriteria vormen hier het hulpmiddel bij de zoektocht naar het evenwicht tussen de gebruiksbevoegdheden van de ene eigenaar en de afweerbevoegdheid van de andere eigenaar. Ook ten aanzien van het houden van katten (met vrije uitloop) geldt dat het praktisch onmogelijk is dit te doen zonder in enige mate ‘gebruik’ te maken van het buurerf waar de katten zich met regelmaat zullen bevinden. Als *Einwirkung* kan men de aanwezigheid van de kat van de burens in die zin gelijkstellen met de toevoer van rook, stank of geluid naar het buurerf. Deze gelijkstelling gaat echter alleen op wanneer de mogelijkheid om katten te houden die buiten kunnen lopen – evenals bijvoorbeeld de mogelijkheid om een open haard te stoken – naar de Nederlandse verkeersopvattingen beschouwd wordt als een reguliere eigendomsbevoegdheid. Ervan uitgaande dat dat het geval is, moet ook naar Nederlands recht de toelaatbaarheid van de periodieke aanwezigheid van de kat van de burens in de eigen tuin, getoetst worden aan de hindercriteria.

5. De hindercriteria naar Oostenrijks en Nederlands recht

Na de uitvoerige beschouwingen van het OGH over de vraag of de verbiedbaarheid van de periodieke aanwezigheid van de twee katten op het buurerf getoetst moet worden aan § 364 Abs 2 ABGB, besteedt het OGH aanzienlijk minder woorden aan de daadwerkelijke toetsing aan deze bepaling. Op grond van de ten processe vaststaande feiten oordeelt het allereerst dat het gedrag van de twee katten van de gedaagde binnen de grenzen valt van hetgeen ter plaatse gebruikelijk is (*‘Ortsüblichkeit’*). Relevant in dit verband is dat de percelen van eiser en gedaagde in een klein dorpje liggen (op een afstand van minder dan 500 meter van meerdere boerderijen) en dat in een cirkel van een kilometer van de percelen zo’n 10 tot 15 katten worden gehouden die vrij mogen rondlopen.

De *Ortsüblichkeit* van de *Immission* heeft tot gevolg dat de grenzen van het toelaatbare niet snel bereikt zijn:

“Die Ortsüblichkeit einer Immission nach dieser Gesetzesstelle findet erst dort ihre Grenzen, wo die ortsübliche Benützung der Nachbarliegenschaft derart beeinträchtigt wird, dass es nicht nur zu einer Belästigung, sondern zu Schäden an der Substanz des Grundstücks oder an der Person des Nachbarn kommt. Das kann bei den nach den Feststellungen mit dem Eindringen der Katzen auf das Grundstück des Kl verbundenen Verunreinigungen – mögen diese auch für ihn unangenehm sein – nicht angenommen werden, weswegen ihm der nachbarrechtliche Abwehranspruch des § 364 Abs 2 ABGB versagt bleiben muss.”

Het Nederlandse recht kent – zoals hiervoor al is weergegeven – een iets subtieler instrumentarium om de geoorlooftheid van hinder toebrengende handelingen of gedragingen te toetsen. Bepalend is ‘de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor veroorzaakte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waaronder de plaatselijke omstandigheden’.^[22]

In de enige Nederlandse uitspraak die mij bekend is over ‘overstekende’ katten achtte Rechtbank Maastricht een verbod op zijn plaats. De rechtbank oordeelde ‘dat het enkel zo nu en dan betreden in de zin van oversteken van andermans tuin door een kat (...) naar haar aard niet onrechtmatig te noemen [is]’. Vervolgens overwoog zij:

“(…) dit wordt echter anders indien het gaat om vier katten, die elke dag vrij mogen rondlopen en dus iedere dag in de tuin van eiser terecht kunnen komen en ook regelmatig terecht zijn gekomen, daarbij uitwerpselen deponerend en aldus eiser met iets opzadelen enkel omdat gedaagde zo veel katten wil houden, daarbij van mening zijnde dat deze beesten vrij moeten kunnen rondlopen.”^[23]

De ernst en de duur van de hinder (samenhangend met het aantal katten en de frequentie van hun verschijning in de tuin van de eiser) is hier doorslaggevend zonder dat de eis wordt gesteld van schade aan het perceel of de zich daarop

bevindende personen, zoals het Oostenrijkse recht dat wel doet. Overigens is het van belang vast te stellen dat kattenuitwerpselen niet geheel ongevaarlijk zijn. Deze uitwerpselen zijn namelijk een bron van toxoplasmoseparasieten, die de vooral voor zwangere vrouwen gevaarlijke ziekte toxoplasmose veroorzaken. Meer in zijn algemeenheid lijkt het mij, bij de concrete invulling van de hindercriteria in het geval van katten die de perceelsgrens overschrijden, ook van belang dat katten schade kunnen aanbrengen aan de beplanting en dat zij broedende vogels verstoren.

6. Een Nederlandse tussencategorie; omgewaaide bomen, verschoven tuinafval en gezonken schepen

Hierboven in § 4 kwam bij de bespreking van het toepassingsgebied van § 364 Abs 2 ABGB aan de orde dat volgens het OGH 'grob körperliche Immissionen, also das Eindringen fester Körper größeren Umfangs, keinesfalls zu dulden sind'. Refererend aan de Nederlandse jurisprudentie zou men bij het 'Eindringen fester Körper größeren Umfangs' kunnen denken aan een op het naburige erf terechtgekomen omgevallen boom^[24] of aan naar het buurerf verschoven tuinafval (aarde en takken).^[25] In de arresten waarin de Hoge Raad over deze zaken oordeelde, toetste hij enerzijds terecht niet aan de hindercriteria, maar oordeelde hij anderzijds (mijns inziens ten onrechte) niet dat deze inbreuken 'keinesfalls zu dulden sind'.

In het arrest over het verschoven tuinafval overwoog de Hoge Raad – onder verwijzing naar zijn eerdere arrest over de omgevallen boom – als volgt:

"Terecht, immers in overeenstemming met HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478, is het hof ervan uitgegaan dat de in het maatschappelijk verkeer jegens eens anders goederen in acht te nemen zorgvuldigheid meebrengt dat degene wiens zaak op eens anders perceel terecht komt (hetgeen inbreuk maakt op diens eigendom), ook al valt hem daarvan op zichzelf geen verwijt te maken, terstond nadat hij van de situatie op de hoogte is gekomen jegens die ander gehouden is die zaak van dat perceel te verwijderen en door dat na te laten onrechtmatig jegens die ander handelt."^[26]

Het merkwaardige aan deze overweging is dat de Hoge Raad enerzijds vaststelt dat de aanwezigheid van andersman tuinafval een inbreuk op eigendomsrecht vormt, maar dat hij anderzijds de verwijderingsplicht baseert op de schending van een in het maatschappelijk verkeer geldende zorgvuldigheidsnorm en niet rechtstreeks op de schending van de exclusiviteit van het eigendomsrecht. Uit HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 720 (*Staat/August de Meijer BV*) kan men vervolgens opmaken dat het niet verwijderen van een zich op andermans perceel bevindende zaak niet altijd onzorgvuldig wordt geacht:

"Het onderdeel doet daartoe een beroep op HR 7 mei 1982, *NJ* 1983/478 en HR 4 november 1988, *NJ* 1989/854, waarin is beslist dat 'degene wiens zaak op eens anders perceel terecht komt (hetgeen inbreuk maakt op diens eigendom), ook al valt hem daarvan op zichzelf geen verwijt te maken, terstond nadat hij van de situatie op de hoogte is gekomen jegens die ander gehouden is die zaak van dat perceel te verwijderen en door dat na te laten onrechtmatig jegens die ander handelt'. Het betrof hier respectievelijk een omgewaaide boom en uit een hoger gelegen tuin afkomstig 'tuinmateriaal'. De voor dergelijke gevallen geformuleerde regel is niet zonder meer van toepassing in de situatie dat een voorwerp is terechtgekomen op de bodem van een vaarwater, zonder dat de eigenaar van dat voorwerp daarvan een verwijt valt te maken. In dat geval zal voor diens aansprakelijkheid voor de kosten van opruiming in beginsel vereist zijn dat de beheerder van het water stelt, en zonodig bewijst, dat de gevaren verbonden aan het niet verwijderen van dat voorwerp zo groot zijn dat zij hem redelijkerwijs tot verwijdering noopten."^[27]

De aanwezigheid van een gezonken schip op de bodem van de Westerschelde (hetgeen kan worden beschouwd als het 'Eindringen fester Körper größeren Umfangs') moet hier door de bodemeigenaar (de Staat der Nederlanden) geduld worden. Het ware mijns inziens juister geweest de goederenrechtelijke verwijderingsvordering (gebaseerd op een inbreuk op een recht) hier toewijsbaar te achten, met inachtneming van de beperking van art. 3:13 BW, betreffende 'misbruik van bevoegdheid'.

Hartkamp & Sieburgh onderschrijven de bovenstaande jurisprudentie van de Hoge Raad en achten het terecht dat de verwijderingsplicht op een zorgvuldigheidsnorm is gebaseerd en niet op een inbreuk op een recht. Genoemde schrijvers ontkennen dat er in de bedoelde gevallen überhaupt sprake is van een inbreuk op een recht, met als argument dat nalaten nooit een inbreuk op een recht kan zijn.^[28] De Hoge Raad heeft zich in de ogen van de auteurs ongelukkig uitgedrukt en zij achten het wenselijk de formulering 'situatie die een inbreuk op eens anders eigendom insluit' te vervangen door 'situatie die een ander hindert in de uitoefening van zijn eigendom'.^[29] Na lezing van het bovenstaande moge het duidelijk zijn dat ik deze suggestie niet onderschrijf. Toetsing aan de hindercriteria is hier niet op haar plaats omdat er bij het onderhavige 'Eindringen fester Körper größeren Umfangs' geen sprake is van een 'gebruik' van andermans erf dat als noodzakelijk uitvloeisel moet worden beschouwd van de uitoefening van reguliere eigendomsbevoegdheden.^[30] Daar komt bij dat ik niet kan inzien waarom nalaten geen inbreuk op een eigendomsrecht kan zijn. Wanneer iemand een bepaalde op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand *in stand houdt*, maakt hij inbreuk op het eigendomsrecht doordat hij *nalaat* de toestand ongedaan te maken.^[31]

Hartkamp beroept zich in zijn bespreking van mijn proefschrift (onder verwijzing naar de noot van Brunner onder HR 4

november 1988, NJ 1989/854) ook op het Duitse recht ter staving van zijn stelling dat in de gevallen als hierboven beschreven, niet een verwijderingsplicht kan worden aangenomen die zonder meer voortvloeit uit het eigendomsrecht.^[32] Inderdaad is het zo dat volgens vaste Duitse rechtspraak niet iedere *Beeinträchtigung* (bijv. die als gevolg van een door een storm op het buurerf terechtgekomen boom) leidt tot een verwijderingsplicht op grond van § 1004 BGB.^[33] De eigenaar van de boom geldt niet zonder meer als tot *Beseitigung* verplichte *Störer* in de zin van dit artikel. Daar staat tegenover dat deze leer van het *Bundesgerichtshof* geenszins onomstreden is. Gursky vindt er in het gezaghebbende *Staudingers Kommentar* geen doekjes om:

“Die ganze Kategorie der negatorischen Zustandshaftung wird nach alldem gründlich mißverstanden, wenn der BGH die negatorische Verantwortlichkeit des Eigentümers der störenden Sache davon abhängig macht, daß der störende Zustand entweder ‘gefahrträchtig’ ist oder aber vom jetzigen Eigentümer durch ein pflichtwidriges Tun oder Unterlassen herbeigeführt worden ist (BGH NJW-RR 2001, 232).”^[34]

7. Conclusie

In deze bijdrage kwam naar aanleiding van een Oostenrijks arrest over hinder door katten de fundamentele voorvraag aan de orde in welke gevallen toetsing aan de hindercriteria van art. 5:37 BW aan de orde is. Het belang van deze voorvraag wordt duidelijk wanneer men de hinderregeling van art. 5:37 BW, evenals de Oostenrijkse (§ 364 Abs 2 ABGB) en de Duitse (§ 906 BGB) hinderregeling, ziet als uitzondering op de algemene regel dat men met een goederenrechtelijke verbods- of gebodsvordering (art. 5:1 lid 2 jo. art. 3:296 BW) zonder meer – behoudens misbruik van bevoegdheid – kan optreden tegen schendingen van de exclusiviteit van het eigendomsrecht. Het criterium moet mijns inziens daarin gevonden worden dat die vormen van ‘gebruik’ van andermans erf (*Einwirkungen*) onderworpen zijn aan toetsing aan art. 5:37 BW, die gezien kunnen worden als een noodzakelijk uitvloeisel van de uitoefening van reguliere eigenaarsbevoegdheden. Het doen verspreiden van bijvoorbeeld rook over het buurerf voldoet zonder meer aan dit criterium en het hebben van een over het buurerf uitstekend balkon overduidelijk niet. Ten aanzien van andermans katten die de perceelsgrens overschrijden kan men twifelen. In het onderhavige arrest besliste het Oostenrijkse *Oberste Gerichtshof* dat de periodieke aanwezigheid van katten op eens anders erf niet zonder meer verbiedbaar is, maar dat toetsing dient plaats te vinden aan het bepaalde in § 364 Abs 2 ABGB. Het achtte het hierbij van belang dat het houden van vrij rondlopende katten ter plaatse niet ongebruikelijk was en dat een kat met uitloop naar buiten onmogelijk (zonder schending van het aanlijnverbod uit de *Tierhaltungs-Verordnung*) op het eigen terrein kan worden gehouden. Ook naar Nederlands recht lijkt mij toetsing aan art. 5:37 BW goed verdedigbaar. Dit betekent geenszins dat de aanwezigheid van katten op het buurerf niet alsnog verboden kan worden, afhankelijk van de ernst en de duur van de hinder.

Voetnoten

[1]

Mr. P.C. van Es is universitair hoofddocent aan de Universiteit Leiden.

[2]

OGH 9 november 2011, nr. 5Ob138/11x, *Juristische Blätter* 2012, p. 299-301. De redactie van het *NTBR* wees mij op deze uitspraak, met het verzoek er een artikel aan te wijden.

[3]

Zie over de actio negatoria in het Romeinse recht en de latere ontwikkeling van deze rechtsvordering, P.C. van Es, *De actio negatoria* (diss. Leiden 2005), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 1-170.

[4]

E.M. Meijers, ‘Zakelijke rechtsvorderingen en rechtsvorderingen uit onrechtmatige daad’, *WPNR* (1912) 2240, p. 570.

[5]

C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 5, Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 71. Meijers achtte een nadere regeling in het bijzonder noodzakelijk om de regels ten aanzien van de passieve legitimatie tot de revindicatie te stellen.

[6]

Art. 3:296 lid 1 BW: ‘Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.’

[7]

Zie hierover ook mijn proefschrift, *De actio negatoria* (diss. Leiden 2005), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 189-191 en A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht* (diss. Groningen 2006), Deventer: Kluwer 2006, p. 69-70.

[8]

Zie de hierboven in § 2 geciteerde overweging van het OGH.

[9]

Verkorte verwijzingen in het citaat zijn weggelaten.

[10]

P.C. van Es, 'De betekenis van de hinderbepaling van art. 5:37 BW', *WPNR* (2009) 6810.

[11]

Vgl. in die zin G.E. van Maanen, 'Kraaiende hanen, Hoge Raad 29 oktober 1993, *NJ* 1994, 107', *NTBR* 1994, 4, p. 88 en J. Spier, 'HR 26 november 1993, *RvdW* 1993/238 (*Zaadnoordijk/Staat*)', *NTBR* 1994, 4, p. 161.

[12]

Toelichting Meijers bij 5.1.3, C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 5: Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 65.

[13]

C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 5: Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 69.

[14]

Ten aanzien van de positie van de huurder en de beperkt gerechtigde merk ik slechts op dat de omvang van hun (gebruiks)recht uiteindelijk is afgeleid van de omvang van het eigendomsrecht. Zie daarover, wat betreft de huurder, P.C. van Es, 'De betekenis van de hinderbepaling van art. 5:37 BW', *WPNR* (2009) 6810, p. 712.

[15]

Zie art. 3:13 BW.

[16]

Zie bijv. HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 476 (Overwaaiende onkruidzaden).

[17]

Zie HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 476 en HR 28 april 1995, *NJ* 1995, 513.

[18]

Art. 5.2.17 lid 3 Ontwerp Meijers kende nog de volgende bepaling: 'De eigendom van een bijenzwerm, die op vreemde bodem komt, wordt (...), eerst verloren, wanneer de eigenaar de zwerm niet binnen acht dagen nadat zij is uitgevlogen, als zijn eigendom heeft opgevorderd.' Deze bepaling is geschrapt en thans vallen bijen onder regime van andere dan tamme dieren van art. 5:19 lid 2 BW. Zie C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 5: Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, p. 118.

[19]

Per 1 januari 2013 wordt art. 3:2a BW van kracht. Volgens dit artikel zijn dieren geen zaken, maar zijn de bepalingen met betrekking tot zaken (dus ook de eigendomsbepaling van art. 5:1 lid 1 BW) op dieren wel van toepassing.

[20]

Er zijn wel andere uitspraken waarin de stankoverlast door op het eigen terrein gehouden katten centraal staat. Zie Rb. 's-Hertogenbosch 4 januari 2012, *LJN* BV0449; Hof 's-Hertogenbosch 25 januari 2011, *LJN* BP1956; Rb. Leeuwarden 12 mei 2010, *LJN* BM5481 en Rb. Utrecht 19 oktober 2006, *LJN* AZ0400.

[21]

Q.J. van Riet, 'Hinder van katten (bespreking van ongepubliceerd vonnis van Rb. Maastricht van 22 augustus 1996)', *NJB* 1996, 42, p. 1776-1778. Zie over de uitspraak ook: G.E. van Maanen, *NTBR* 1997, p. 45.

[22]

Zie bijv. HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 476 (Overwaaiende onkruidzaden).

[23]

Rb. Maastricht 22 augustus 1996 (niet gepubliceerd), te kennen uit: Q.J. van Riet, 'Hinder van katten', *NJB* 1996, p. 1777.

[24]

HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478 (*Trechsel/Laméris*).

[25]

HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 854 (*Schols-Pelzers/Heijen*).

[26]

HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 854, r.o. 3.2 (*Schols-Pelzers/Heijen*).

[27]

HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 720, r.o. 3.5 (*Staat/August de Meijer B.V.*).

[28]

Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/48, p. 49 en in gelijke zin, Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/31a, p. 47-48.

[29]

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV *2011/48, p. 49.

[30]

Zie daarover nader § 4 hierboven.

[31]

Zie ook kritisch over het standpunt van Hartkamp dat een nalaten geen inbreuk op een recht kan zijn, A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht* (diss. Groningen 2006), Deventer: Kluwer 2006, p. 50.

[32]

A.S. Hartkamp in *WPNR* (2006) 6671, p. 468.

[33]

Zie bijv. BGH 23 april 1993, *NJW* 1993, 1855-1856.

[34]

K. Gursky, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 985-1011 (Eigentum 3)*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2006, § 1004, nr. 107.