



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Nemo condicit rem suam: over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio

Wal, T.B.D. van der

Citation

Wal, T. B. D. van der. (2019, February 12). *Nemo condicit rem suam: over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio*. Meijers-reeks. Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68751>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68751>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/68751> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Wal, T.B.D. van der

Title: Nemo condicit rem suam: over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio

Issue Date: 2019-02-12

§ 4.1 INLEIDING

Sinds de Accursische glosse speelt het debat over de samenloop tussen de *condictio* en de *rei vindicatio* zich af op het raakvlak van twee vraagstukken. Het eerste vraagstuk betreft het karakter van de *condictio*: is de *condictio* principieel op eigendomsoverdracht gericht of staat deze actie ook ter beschikking aan een eiser die slechts het *bezit* van een zaak wenst te vorderen, zoals bepaalde teksten uit de Digesten uitwijzen? Zoals wij zagen is in het *ius commune*, ook na de glosse, een tegenstelling blijven bestaan tussen enerzijds de aanvaarding van de *condictio possessionis* en anderzijds de ‘traditionele’ opvatting dat de *condictio* principieel op eigendomsoverdracht is gericht. Volgens de eerste opvatting bestaat in het algemeen, en niet alleen in het geval van diefstal, de mogelijkheid om het bezit van een zaak te condiceren, terwijl de *condictio* en de *rei vindicatio* elkaar volgens de tweede opvatting per definitie uitsluiten.

Het tweede vraagstuk heeft betrekking op het vereiste dat aan eigendomsoverdracht een *iusta causa* ten grondslag dient te liggen. De glosse baseert de opvatting dat ook een putatieve titel als *iusta causa* kan dienen op het bestaan van de *condictio indebiti*. Dit argument, wij zagen het reeds, is niet dwingend. Men kan zich immers een systeem voorstellen waarin eigendom slechts overgaat op grond van een obligatoir geldige titel, terwijl de *condictio* nog steeds een functie vervult. Tussen beide vraagstukken bestaat daarom geen dwingend verband, in die zin dat een bepaalde opvatting over de vraag of de *condictio* al dan niet per definitie op eigendomsoverdracht is gericht, leidt tot een antwoord op de vraag hoe het titelvereiste moet worden ingevuld. Dit neemt niet weg dat de *condictio* en het titelvereiste, ook na de glosse, verbonden zijn gebleven, en dat tussen beide leerstukken een argumentatieve verhouding is blijven bestaan, zoals in dit en het volgende hoofdstuk zal blijken. Dit betekent dat het debat omtrent het *iusta causa*-vereiste ook in een onderzoek naar de *condictio* van belang is.

In dit hoofdstuk wordt ten eerste het debat besproken dat over het *iusta causa*-vereiste in het Duitse en het Zwitserse recht werd gevoerd en de rol die de *condictio* hierin gespeeld heeft (§ 4.2). Vervolgens komt de ontwikkeling van de *condictio possessionis* in beide rechtssystemen aan bod (§ 4.3).

§ 4.2 HET *IUSTA CAUSA*-VEREISTE

§ 4.2.1 De invloed van de glosse 'Iusta causa'

Het argument van Accursius dat het bestaan van de *condictio indebiti* het bewijs vormt voor de stelling dat eigendom ook op grond van een putatieve titel overgaat,¹ heeft een lang 'Nachleben' gehad.² Zo schrijft de Franse jurist Hugo Donellus (1527–1591), in navolging van Accursius:

'Accursius geeft door het voorbeeld van de onverschuldigde betaling dus terecht de beste uitleg aan de definitie van Paulus over de voorafgaande *causa*, in die zin dat hij zegt dat als er een *causa* zal zijn voorafgegaan, dit een echte of een putatieve zal zijn. Het is duidelijk dat degene die in dwaling betaalt, [eigendom] overdraagt wanneer hij meent dat hij debiteur is van degene die ontvangt, en hij zo een reden tot betaling veronderstelt. Een valse crediteur, dat is degene die voorwendt crediteur te zijn, pleegt diefstal wanneer hij de onverschuldigde betaling in ontvangst heeft genomen, en verwerft niet de eigendom van de munten. D. 47,2,43 pr.'³

Donellus geeft in deze passage aan dat eigendom op grond van een onverschuldigde betaling overgaat, maar dat kennis van het onverschuldigde karakter van de betaling bij de accipiënt aan diens eigendomsverkrijging in de weg staat.⁴ Hoewel de bezwaren die tégen het argument van de glosse konden worden ingebracht⁵ hebben geleid tot verdediging van de leer dat een *iusta causa* obligatoir geldig diende te zijn,⁶ heeft het betoog van de glosse zijn invloed behouden. Ook auteurs die invloedrijk zijn geweest bij de totstandkoming van de moderne codificaties, zoals Robert-Joseph Pothier (1699–1772),⁷ en Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), gebruiken dit argument ter ondersteuning van een subjectieve invulling van het titelvereiste.⁸

Zo geeft Savigny op de vraag of dwaling omtrent de beweegredenen tot eigendomsoverdracht van invloed is op de vraag of eigendom overgaat, een ontkennend antwoord. De redenen hiervoor zijn volgens Savigny gelegen

1 Zie de glosse 'Iusta Causa,' *supra*, p. 100, n. 13.

2 Zie Zwolve, *GEPR*, p. 249.

3 Donellus, *Commentaria de Iure Civili*, liber IV, caput XVI, art. IX: 'Bene igitur Accursius superiorem definitionem Pauli de praecedente caussa exemplo indebiti soluti sic accepit, si caussa aliqua praecesserit, vera, inquit, vel putativa. Plane qui per errorem solvit, ita transfert, si et qui accipit, sibi deberi, et hoc modo caussam subesse, existimat. Alioqui falsus creditor, hoc est qui se simulat creditorem, si acceperit indebitum, furtum facit, nec nummi fiunt ejus. D. 47,2,43 pr.'

4 Zie voor het klassieke Romeinse recht D. 47,2,43 pr., *supra*, p. 52, n. 252.

5 *Supra*, p. 101.

6 In die zin Cujas en Voet; zie Zwolve, *GEPR*, p. 251–52.

7 Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, nr. 230, *infra*, p. 181, n. 66.

8 Zie Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*, p. 100; Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, p. 34.

in de vrije wil en in de systematiek van het recht, waarbij hij op de Romeins-rechtelijke *condictiones* doelt:

‘Dieser wichtige Satz soll nunmehr gegen jede Einwendung gesichert werden. [...] Er ist ferner unzweifelhaft als die nothwendige Voraussetzung einiger der wichtigsten Institute des Römischen Rechts, die ohne ihn ganz unmöglich seyn würden. [...] Eben so aber auch die Ausnahmen des Satzes, von welchen sogleich ausführlich die Rede seyn wird, nämlich die ädilicischen Klagen, und die Conditionen; denn diese wären völlig überflüssig, ja in ihrer fest begränzten Ausnahmenatur undenkbar, wenn nicht unser Satz als bekannte und unzweifelhafte Regel vorausgesetzt werden dürfte.’⁹

Heinrich Dernburg (1829–1907) varieert op dit argument wanneer hij stelt dat de Romeinen ‘mit praktischem Takt und logischem Scharfsinn’ de vraag naar eigendomsoverdracht gescheiden hebben van de vraag of de accipiënt recht had om hetgeen hij verkregen had, te behouden. In dit geval werd immers uitsluitend de *condictio* ter beschikking gesteld:

‘Nur durch eine persönliche Klage, die *condictio*, ist ihm derjenige, welchem er tradirt hat, insoweit er ohne die wirkliche Absicht des Gebers bereichert wurde, zur herausgabe des ungerechten Gewinnes verpflichtet.’¹⁰

Dernburg vat de *condictio* bovendien, net zoals Savigny, op als een actie die per definitie op eigendomsoverdracht is gericht:

‘Es wird dem Geber in den Quellen zur Rückforderung der Zahlung einer nicht existirenden Schuld nur eine *condictio indebiti* eingeräumt; eine Klagart, welche gerade, wie bereits angedeutet wurde, zur Voraussetzung hat, daß ein Eigenthumsübergang auf den Beklagten stattfand.’¹¹

Dernburg stelt vast dat dit principe weliswaar nergens uitdrukkelijk in de Romeinse bronnen is vastgesteld, maar dat het kan worden afgeleid uit het feit dat in dergelijke gevallen uitsluitend de *condictio*, en niet de *rei vindicatio* aan de tradent ter beschikking wordt gesteld. De beschikbaarheid van de *condictio* vooronderstelde dat eigendom op de accipiënt was overgegaan, zo stelt Dernburg onder verwijzing naar Ulpianus’ regel, dat niemand, behalve in geval van diefstal, zijn eigen zaak kan condiceren.¹² Hieruit leidt hij af dat

9 Savigny, *System* III, p. 356–57. In deze zin ook Savigny, *Obligationenrecht* II, p. 261: ‘Wenn das Eigenthum auf eine, an sich gültige Weise freiwillig übertragen wird (durch Mancipation, Tradition u.s.w.), der vorige Eigenthümer aber zu dieser Uebertragung bestimmt wird durch mangelhafte Beweggründe, insbesondere durch Irrthum, so ist die Uebertragung an sich gültig und wirksam, sie kann aber hinterher angefochten und entkräftet werden durch eine Reihe sorgfältig ausgebildeter Conditionen (*condictio indebiti, sine causa, ob causam datorum, ex injusta causa*).’

10 Dernburg, *AcP* 40, p. 2.

11 Dernburg, *AcP* 40, p. 18.

12 D. 7,9,12, *supra*, p. 25, n. 106.

de wil van de tradent om eigendom over te dragen deze overdracht bewerkstelligt, ondanks de ongeldigheid van de obligatoire *causa* op grond waarvan de levering plaats had gevonden. De ‘traditionele’ opvatting waarin de *condictio*, behalve in het geval van diefstal, gericht is op eigendomsoverdracht, vormde dus ook in Duitsland het fundament van de leer dat eigendom op grond van een *causa putativa* kon overgaan.¹³

Nu eigendom overgaat, onafhankelijk van het antwoord op de vraag of er een in verbintenisrechtelijke zin geldige titel is die tot eigendomsoverdracht verplicht, rijst de vraag hoe men kan differentiëren tussen gevallen waarin partijen niet wensen dat de eigendom overgaat, zoals in het geval van bruikleen, en die gevallen, zoals bij koop, waar partijen dit wel wensen. Hiertoe verheft Savigny de levering van een puur feitelijke uitvoeringshandeling tot een rechtshandeling, een zakelijke overeenkomst (‘dinglicher Vertrag’), waarbij het aankomt op de wilsovereenstemming tussen partijen om door middel van de levering eigendom te doen overgaan, en de obligatoire overeenkomst slechts een middel is om deze wil aan te tonen.¹⁴ Deze leer werd in het BGB opgenomen.¹⁵

§ 4.2.2 Het titelvereiste in het Zwitserse recht

Het Zwitserse recht wijkt af van de gemeenrechtelijke leer. Waar het Zwitserse recht immers bij de invoering van het Obligationenrecht in 1883 in eerste instantie nog de Duitse ontwerpen voor het nieuwe BGB volgde en een abstract stelsel van eigendomsoverdracht huldigde,¹⁶ aanvaardde het Zwitserse Bundesgericht in 1929 de causale leer. Het feit dat de solvent in geval van onverschuldigde betaling gewoonlijk de *rei vindicatio* tot zijn beschikking zal hebben gehad, zou kunnen betekenen dat de *condictio* niet langer de belangrijke functie vervulde die aan deze actie in een abstract stelsel toekwam. Dat zou althans het geval zijn, als de *condictio* zou zijn opgevat als een op eigendomsoverdracht gerichte vordering. Nu de vraag of de *condictio* inderdaad op eigendomsoverdracht is gericht, in het bijzonder op de voorgrond treedt in een causaal stelsel van eigendomsoverdracht, is het van belang om het Zwitserse recht te onderzoeken.

Het Schweizerisches Obligationenrecht werd in 1881 door de Bundesversammlung aangenomen en op 1 januari 1883 ingevoerd.¹⁷ Op 1 januari 1912 werd een herziene en vernummerde versie van het Obligationenrecht als vijfde boek toegevoegd aan het Zivilgesetzbuch, de uniforme codifica-

13 Zie Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*, p. 326 sq.; *TvR* 38, p. 90 sq.

14 Savigny, *System* III, p. 312: ‘So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen werden [...].’ Zie ook Savigny, *Obligationenrecht* II, p. 257, met de beroemde noot m: ‘Die Tradition selbst ist daher ein wahrer Vertrag, nur nicht ein obligatorischer, sondern ein dinglicher [...].’

15 Mugdan, II, p. 4.

16 Zie over de invloed van het Duitse op het Zwitserse recht: Peter, *Fs. Bader*, p. 321 sq.

17 Dölemeyer, in: Coing, *EP* III.2, p. 1967. Zie over de geschiedenis van het OR en ZGB ook: Lokin & Zwälve, *Codificatiegeschiedenis*, p. 395–405.

tie van het gehele privaatrecht die op die dag in werking trad.¹⁸ Noch de wetstekst, noch de voorbereidende documenten bij het wetboek geven echter inzicht in de vraag welke eisen aan de titel voor eigendomsoverdracht werden gesteld.

Uit de door de Bundesrath opgestelde 'Botschaft,' waarmee het ontwerp aan de Bundesversammlung werd voorgelegd, blijkt bijvoorbeeld niet of de wetgever het titelprobleem heeft overwogen.¹⁹ In de overwegingen over het 'Mobiliar-Sachenrecht' wordt vooral aandacht besteed aan de keuze om bezitsverschaffing, in tegenstelling tot eerdere ontwerpen, als vereiste voor eigendomsoverdracht te stellen – hierin werd het Duitse Traditionsprinzip gevolgd, en niet het Franse Konsensprinzip – en aan de beschermingsbepalingen voor de bezitter te goeder trouw – in deze zin werd het Franse recht juist wel gevolgd. Ook een bespreking van het verrijgingsrecht ontbreekt.²⁰

Het Obligationenrecht bevatte met betrekking tot de eigendomsoverdracht van roerende zaken slechts de bepaling dat bezitsverschaffing was vereist:²¹

'Soll in Folge eines Vertrages Eigenthum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzübergabe erforderlich.'²²

Hoewel het wetboek het titelvereiste dus onbesproken liet, nam het Bundesgericht in een arrest uit 1903 de abstracte leer aan.²³ In dit arrest, waarin het ging om een koopovereenkomst die was gesloten in strijd met het wettelijke verbod tot inkoop van eigen aandelen,²⁴ werpt het Bundesgericht de vraag op of de ongeldigheid van de obligatoire titel ook de ongeldigheid van de overdracht meebrengt. Het Bundesgericht stelt dat de eigendom

18 Zie Dölemeyer, in: Coing, *EP* III.2, p. 1986. Artikelen uit het Obligationenrecht van 1883 zijn met 'aOR' aangeduid, ter onderscheiding van artikelen uit het wetboek van 1912 ('OR').

19 'Botschaft des Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurfe, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht (Vom 27.11.1879),' *Schweizerisches Bundesblatt* 32-I (1880), p. 149–232.

20 'Botschaft des Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurfe, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht (Vom 27.11.1879),' *Schweizerisches Bundesblatt* 32-I (1880), p. 199–208. Ook het 'Bericht der ständerätlichen Kommission,' *Schweizerisches Bundesblatt* 32-III (1880), p. 149–79 en het 'Bericht der nationalrätlichen Kommission,' *Schweizerisches Bundesblatt* 33-I (1881), p. 153–93, bieden geen uitkomst.

21 De eigendomsoverdracht van onroerende zaken werd nog aan de kantons overgelaten; zie art. 10 aOR: 'Das kantonale Recht bestimmt die Form des Schenkungen sowie der Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen.'

22 Art. 199 aOR.

23 Bundesgericht 3 juli 1903 (*Konkursmasse der Schweizerischen Phonoskope- und Automatenwerke, A.G./Genossenschaft Panoptikum*), BGE 34 II 812, gepubliceerd in: *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung* 2 (1903), nr. 260, p. 321–22; *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins und Monatsblatt für bernische Rechtsprechung* 39 (1903), nr. 24, p. 734.

24 Art. 628 en 670 aOR.

overgaat 'ohne Rücksicht auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit des obligatorischen Veräußerungsgeschäftes.' Onder verwijzing naar de 'für das gemeine Recht weitaus überwiegenden Lehre', naar de werken van Dernburg en Windscheid, en naar het inmiddels in werking getreden BGB, oordeelt het Bundesgericht dat 'ein Irrtum über die Gültigkeit des Veräußerungsgeschäftes' niet aan overdracht in de weg staat, zolang partijen maar de wil hebben om eigendom over te dragen. Nu de eiser niet kan revindiceren, dient hij gebruik te maken van de *condictio*. Hoewel het Bundesgericht de *condictiones* niet noemt, zodat niet duidelijk is of de abstracte leer direct op het bestaan van de *condictiones* is gebaseerd, maken de verwijzingen naar de literatuur der Pandektisten duidelijk dat dit wel indirect het geval was.

Ook wat betreft de *condictiones* volgde het Obligationenrecht de Duitse rechtsontwikkeling. De *condictio* werd, net zoals in het Duitse recht, opgenomen als een algemene aanspraak tot ongedaanmaking van een ongerechtvaardigde verrijking,²⁵ die vervolgens was uitgewerkt in artikelen die een codificatie vormden van de Romeinsrechtelijke *condictiones sine causa*,²⁶ *indebiti*,²⁷ en *ob turpem causam*.²⁸

Dat deze verrijgingsrechtelijke bepalingen sterk waren beïnvloed door de geschriften van de Pandektisten, blijkt uit de toelichting die Paul Friedrich von Wyss (1844–1888), één van de bewerkers van het ontwerp uit 1877, bezorgde op het nieuwe wetboek.²⁹ Von Wyss schrijft in zijn *Motive* bij het wetboek: 'Nun herrscht seit Witte's und Windscheid's, in dieser Materie massgebenden, Ausführungen wo[h]l kein ernstlicher Zweifel mehr darüber, dass schon den römischen Condiktionen sine causa wirklich der gemeinsame Verpflichtungsgrund der ungerechtfertigten Bereicherungen unterliegt und kein anderer. [...] Windscheids klassische Ausführungen über das Fundament der römischen Bereicherungsklagen [...] haben für dieses Verfahren den Weg gezeichnet.'³⁰

Na aanvaarding van de abstracte leer door het Bundesgericht in 1903 ging het debat over het titelvereiste in de literatuur onverminderd door, ook na invoering van het Zivilgesetzbuch in 1912. Het ZGB stelde immers, evenals het oude OR, met betrekking tot de eigendomsoverdracht van roerende

25 Art. 70 aOR: 'Wer ohne rechtmässigen Grund aus dem Vermögen eines Andern bereichert wurde, ist zur Rückerstattung verpflichtet.' Vanaf 1912 luidde art. 62, lid 1 OR in bijna dezelfde bewoordingen: 'Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten.'

26 Art. 71 aOR; art. 62, lid 2 OR.

27 Art. 72 aOR; art. 63 OR, waarvan het eerste lid luidt: 'Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat.'

28 Art. 75 aOR; art. 66 OR.

29 De bepalingen over het verrijgingsrecht uit het ontwerp van 1877 vertoonden overigens een grote overeenkomst met de bepalingen die in 1883 werden gecodificeerd; zie Dölemeyer, in: Coing, *EP* III.2, p. 1978.

30 Von Wyss, *Motive*, p. 9–10, onder verwijzing naar Windscheid, II, § 421–29.

zaken slechts de eis dat het bezit moest zijn verschaft,³¹ maar liet het titelvereiste onbesproken. Voor de eigendomsoverdracht van *onroerende* zaken stelde het wetboek de eis van een obligatoir geldige titel.³² De lacune van de invulling van het titelvereiste voor roerende zaken gaf zowel aanleiding tot de stelling dat het causale stelsel *per analogiam* ook gold voor roerende zaken,³³ als tot de stelling dat het causale stelsel *a contrario* niet gold voor roerende zaken, zodat voor roerende zaken nog de abstracte leer zou gelden.³⁴ Het feit dat Eugen Huber (1849–1923), de ontwerper van het ZGB, in zijn opmerkingen voor de Nationalrat niet op deze vraag is ingegaan, duidt er inderdaad op dat hem, wat betreft roerende zaken, nog steeds een abstract stelsel voor ogen stond.³⁵

Gezien deze onduidelijkheid kon in de Zwitserse literatuur van het begin van de twintigste eeuw zowel de causale als de abstracte opvatting op aanhang rekenen. In dit debat was ook een rol weggelegd voor de *condictio*. Niet alleen de voorstanders van het abstracte stelsel, maar ook die van een causaal stelsel, gingen hierbij uit van de wederzijdse exclusiviteit van de *rei vindictio* en de *condictio*. Het eerste wekt geen verbazing: het betreft een versie van het aloude argument van de glosse ‘*Iusta causa*,’ dat in Zwitserland door Andreas von Tuhr naar voren is gebracht.³⁶ Opvallend is echter dat ook Otto Eger, één van de auteurs die de causale leer verdedigen, dit principe onderschrijft. Eger gaat in het *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* in op het traditionele argument voor het abstracte stelsel – het bestaan der *condictiones*. Dit is een argument dat Eger, wanneer hij schrijft over de overdracht van roerende zaken, beschouwt als ‘ein nicht zu unterschätzendes Bedenken gegen die objektiv-kausale Gestaltung der Eigentumsübertragung an Fahrnis.’³⁷

31 Art. 714, lid 1 ZGB.

32 Art. 974, lid 2 ZGB.

33 De causale opvatting werd verdedigd door Strohal, *LZ* 3, k. 614; Wieland, *Sachenrecht*, Art. 714 ZGB, nr. 3; Eger, *ZSR* 33, p. 338.

34 De abstracte leer werd verdedigd door Hafner, *Obligationenrecht*, Art. 199 aOR, nr. 4e; Leemann, *Sachenrecht*, Art. 714, nr. 18 en Von Tuhr, *ZSR* 40, p. 68. Zie voor een overzicht van de argumenten voor beide opvattingen: Weiss & Wolfer, *Sammlung* III, p. 200.

35 Nationalrat, *Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung* XVI (1906), Art. 700–19, ‘Das Fahrniseigentum,’ p. 565. Ook andere documenten ter voorbereiding van het ZGB geven helaas geen uitsluitsel over de intentie van de wetgever; zie Huber, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. Band II*, Bern: (1902¹) 1914², p. 118–20 (opgenomen in Reber & Hurni, *Materialien* II, p. 594–95). Ook de *Protokolle der Verhandlungen der grossen Expertenkommission 1901–1903* (Reber & Hurni, *Materialien* III, p. 918), en de ‘Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch (Vom 28.5.1904),’ *Schweizerisches Bundesblatt* 56–IV (1904), p. 68, bieden geen inzicht in een discussie omtrent het titelvereiste.

36 Von Tuhr, *ZSR* 40, p. 69, stelt: ‘Wäre die Tradition abhängig von ihrem Rechtsgrunde, so hätte der Empfänger kein Eigentum erworben und wäre nicht bereichert. Es gäbe daher keine cond. indebiti für Mobilien, wie es zweifellos für Grundstücke seit dem ZGB keine cond. indebiti gibt.’ De *condictio indebiti* van art. 63 OR zou in dat geval ‘ganz ohne Anwendungsgebiet’ zijn geweest.

37 Eger, *ZSR* 33, p. 348.

Dit bezwaar kan volgens Eger echter worden weggenomen, nu ook in een causaal stelsel de verrijkingsvordering zijn functie behoudt, bijvoorbeeld in het geval de vermogensverschuiving op origineire wijze is opgetreden.³⁸ Wanneer levering plaatsvindt zonder geldige titel, dan kan de vermogensverschuiving zich dus op een later moment voordoen, bijvoorbeeld door vermenging of door doorlevering aan een derde-verkrijger te goeder trouw.³⁹ Eger geeft dan ook toe dat handhaving van de 'traditionele' opvatting over de *condictio* bij aanvaarding van het causale stelsel van eigendomsoverdracht, leidt tot een kleiner toepassingsgebied van de *condictio*.⁴⁰

Het betoog van Eger is van invloed geweest op de beslissing waarin het Bundesgericht in 1929 de causale leer aanvaardt. Het Bundesgericht, dat overigens regelmatig naar argumenten uit de literatuur verwijst, neemt zowel het betoog van Von Tuhr voor het abstracte stelsel als het betoog van Eger voor het causale stelsel in overweging. Het Bundesgericht is niet overtuigd door het argument van Von Tuhr dat de *condictio indebiti*⁴¹ geen toepassingsgebied meer zou hebben in een causaal stelsel:

'Schlüssig ist auch nicht der Hinweis darauf, dass der in Art. 63 OR vorgesehene *condictio indebiti* das Anwendungsgebiet entzogen wäre, sobald im dort geregelten Fall angenommen würde, der Empfänger erlange durch die Zahlung nicht das Eigentum an den Zahlungsmitteln (wie Von Tuhr [ZSR 40, p. 68 sq.] meint).'⁴²

Von Tuhr had met dit tegenargument rekening gehouden. De *condictio indebiti* zou volgens hem slechts van toepassing zijn wanneer de accipiënt door de *betaling* was verrijkt. Von Tuhr erkent dat de accipiënt zich in veel gevallen toch zal hebben verrijkt, bijvoorbeeld door de onverschuldigd betaalde zaak te verbruiken, of door deze op origineire wijze in eigendom te verkrijgen, maar nu de eigendom in een causaal stelsel niet door de *betaling* overgaat, zou de *condictio indebiti* in zo'n stelsel wel degelijk overbodig zijn. Nu de wetgever van het Obligationenrecht en het Zivilgesetzbuch in 1912 zich bewust moest zijn geweest van de samenhang tussen de eigendomsoverdracht en de *condictiones*, zou men volgens Von Tuhr aan de codificatie van de *condictio indebiti* in art. 63 OR wel degelijk consequenties kunnen verbinden voor het titelvereiste.⁴³ Het Bundesgericht verwerpt ook dit betoog; de gecodifi-

38 Dit doet zich bijvoorbeeld voor in het geval waarin zonder reden op andermans grond is gebouwd: hier is sprake van een vermogensverschuiving door natrekking; zie art. 671, lid 1 ZGB. Zie dit argument op p. 101, n. 21.

39 Op grond van art. 714, lid 2 ZGB wordt de derde-verkrijger in dit geval tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder beschermd.

40 Eger, ZSR 33, p. 350: het causale stelsel geldt '[...] selbst wenn die Konditionen bei objektiv-kausaler Tradition ein beschränkteres Anwendungsgebiet erhalten sollten als das ihnen ursprünglich zugedachte.'

41 Zie art. 63 OR, *supra*, n. 27.

42 Bundesgericht 29 november 1929 (*Grimm/Konkursmasse Näf*), BGE 55 II 302, op p. 308.

43 Von Tuhr, ZSR 40, p. 69–71.

ceerde *condictio* van art. 63 OR zou eveneens van toepassing zijn wanneer de accipiënt niet door de betaling, maar bijvoorbeeld later door vermenging is verrijkt.⁴⁴ Bovendien zou het argument dat de wetgever zich van de samenhang met de *condictiones* bewust moest zijn geweest, niet opgaan, nu de *condictiones* uit het oude Obligationenrecht waren overgenomen.⁴⁵ Het bestaan van de *condictio indebiti* is volgens het Bundesgericht dus geen belemmering voor het aannemen van een causaal stelsel van eigendomsoverdracht voor roerende zaken. Dit stelsel wordt aanvaard zonder afbreuk te doen aan het beginsel dat de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht.

§ 4.2.3 *Condictio* en *rei vindicatio* in het Zwitserse recht

Waar de solvent in een abstract stelsel slechts de beschikking zal hebben over de *condictio*, is de solvent in een causaal stelsel, zoals het Zwitserse, eigenaar gebleven in het geval hij een onverschuldigde betaling heeft verricht.⁴⁶ Het abstracte stelsel vergroot dus het toepassingsbereik van de *condictio* ten koste van de *rei vindicatio*. De omgekeerde stelling dat het causale stelsel het toepassingsbereik van de *rei vindicatio* ten koste van de *condictio* vergroot, is slechts juist wanneer men de *condictio* en de *rei vindicatio* als wederzijds uitsluitende vorderingen beschouwt. Een causaal stelsel is dus, zoals gezegd, ideaal om de functie van de *condictio* te testen. De vraag rijst dan ook hoe de samenloop tussen beide vorderingen in de Zwitserse literatuur en jurisprudentie is opgevat. Uit het handboek van Von Tuhr, in de bewerking van Peter uit 1979, blijkt de aanvaarding van het causale stelsel inderdaad te hebben geleid tot afwijzing van de *condictio* in de, nu talrijke, gevallen waarin de *rei vindicatio* mogelijk is. In geval van onverschuldigde betaling zal de tradent kunnen revindiceren, en niet condiceren:

‘Solange die grundlos übertragene Sache sich noch im Besitz des Empfängers befindet und deshalb *in natura* zurückgegeben werden kann, bildet sie den Gegenstand einer Vindikation, nicht einer Kondiktion, weil der Empfänger gar nicht Eigentümer geworden ist. Nur wenn die Sache vom Empfänger weiterveräußert, zerstört, verbraucht oder beschädigt wurde, tritt an die Stelle des Eigentumsanspruchs (oder neben ihn) ein auf Wertersatz (Geldersatz) gerichteter Bereicherungsanspruch.’⁴⁷

44 BGE 55 II 308; het Bundesgericht verwijst naar Eger, ZSR 33, p. 351.

45 Dit is waar: uit niets blijkt dat de wetgever van het ZGB en de revisie van het OR aandacht heeft geschonken aan de kwestie van de titel van eigendomsoverdracht van roerende zaken, laat staan aan de rol van de *condictiones* in dit verband, *supra*, n. 31.

46 Zie ook Zimmermann, *Obligations*, p. 867.

47 Von Tuhr/Peter, I, p. 502. Deze passage kwam nog niet voor in Von Tuhr/Siegwart, I, p. 420, uit 1942.

Pas wanneer de *rei vindicatio* is weggevallen, is er ruimte voor een *condictio*:

‘Ebenso ist durch das Bestehen einer Vindikation ein Bereicherungsanspruch begrifflich ausgeschlossen. Ist die von A an B grundlos übergebene Sache im Eigentum des A verblieben, so ist B nicht um den Wert der Sache, die nicht in sein Vermögen übergegangen ist, bereichert. Wenn A die Sache zurückverlangt, so ist der Eigentumsanspruch erhoben, nicht eine Bereicherungsklage. Das ist insbesondere der Fall, wenn ein *sine causa* veräußertes Grundstück zurückverlangt wird. Erst wenn B die grundlos erhaltene Sache verbraucht oder wirksam weiterveräußert hat, tritt an Stelle der Vindikation ein Bereicherungsanspruch.’⁴⁸

De *condictio* en de *rei vindicatio* zijn dus, in overeenstemming met de gemeenrechtelijke leer, te beschouwen als twee vorderingen die elkaar uitsluiten.⁴⁹ De meeste auteurs delen deze opvatting.⁵⁰ Er blijkt echter onenigheid te bestaan over de *reden* van deze wederzijdse exclusiviteit. Men kan deze verhouding immers op verschillende wijzen verklaren. Volgens een eerste verklaring is een eiser aan wie de *rei vindicatio* ter beschikking staat niet verarmd, en is de gedaagde, die nog passief gelegitimeerd is tot de *rei vindicatio*, niet verrijkt, zodat aan de voorwaarden voor toepassing van de verrijkingsovereenkomst niet is voldaan. Pas op het moment dat de *rei vindicatio* is weggevallen, en de eiser ‘entreichert’ is, is de verrijkingsovereenkomst van toepassing.⁵¹ Volgens een andere verklaring ontstaat de verrijkingsovereenkomst wel direct op het moment van de onverschuldigde betaling, ook wanneer daarnaast de *rei vindicatio* nog aan de eiser ter beschikking staat, maar is de verrijkingsovereenkomst krachteloos zolang deze *rei vindicatio* nog kan worden ingesteld. In dit geval heeft de *condictio* een subsidiair karakter: men kan de verrijkingsovereenkomst slechts instellen wanneer men alle andere opties die het recht biedt, heeft uitgeput. In beide gevallen is samenloop tussen de *rei vindicatio* en *condictio* uitgesloten, zij het dat hier in het eerste geval een materiële reden aan ten grondslag ligt – de opvatting over hetgeen de *condictio* beoogt – en in het tweede geval een processuele regel – het idee dat de *condictio*, als ‘letztes Aushilfsmittel,’⁵² slechts subsidiair van toepassing is. Men

48 Von Tuhr/Peter, I, p. 521. Deze passage is niet gewijzigd ten opzichte van Von Tuhr/Sieglwart, I, p. 433. In gelijke zin Hafner, *Obligationenrecht*, Art. 70, n. 3.: ‘Die Bereicherungsklagen sind nicht statthaft, wo die Vertragsklage oder die Eigentumsklage möglich ist [...]’

49 De geciteerde zin is mogelijk zelfs iets te stellig, omdat die geen ruimte laat voor toepassing van de *condictio possessionis*.

50 Zie Oser & Schönenberger, *Obligationenrecht*, Vorbemerkungen zu Art. 62–67, nr. 2, p. 426; Becker, *Obligationenrecht* I, Art. 62, Anm. II,1; Schwenzer, *Obligationenrecht*, nr. 59.03; Schulin, in: *BSK. OR I*, Art. 62, nr. 37.

51 Schneider & Fick, *Obligationenrecht*, p. 175; Keller & Schaufelberger, *Bereicherung*, p. 6: ‘Ein Bereicherungsanspruch dagegen kommt diesfalls deswegen nicht in Betracht, weil der unselbständige Besitzer [...] überhaupt nicht bereichert ist, solange er an der Sache nicht das Eigentum erlangt und damit zum selbständigen Besitzer wird [...]’ Zie ook Köbl, *EBV*, p. 201, n. 8.

52 Schmitt, *Subsidiarität*, p. 119.

merke evenwel op dat de term subsidiariteit soms ook wordt gebruikt ter aanduiding van de eerste situatie,⁵³ maar dat het preciezer is om alleen in het kader van de laatste verklaring van de subsidiariteit van rechtsvorderingen te spreken.⁵⁴ Van subsidiariteit van vorderingen is dus sprake als aan de toepassingsvoorwaarden van beide vorderingen is voldaan, maar deze vorderingen in een verplichte volgorde moeten worden ingesteld.⁵⁵ Deze situatie doet zich niet voor wanneer het wegvallen van een vordering voorwaarde is voor het *ontstaan* van een andere vordering.⁵⁶

Op welke wijze karakteriseert de rechtspraak de verhouding tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*? In een beslissing uit 1893 gaat het Bundesgericht in op de verhouding tussen beide acties.⁵⁷

Carolina Laad, de eiseres, stelde dat zij van haar tante, Rosa Ulrich-Baldus, een 'Kapitalbrief,' een obligatie, gecedeerd had gekregen tegen een prijs van 10.000 Zwitserse Franken, die zij had voldaan. De 'Kapitalbrief' was echter in handen van mevrouw Ulrich gebleven. Ondanks het feit dat de voor overdracht vereiste levering niet had plaatsgevonden,⁵⁸ werd mevrouw Laad als rechthebbende van de obligatie aangezien. Toen mevrouw Ulrich de obligatie immers trachtte te verpanden aan de Sparkasse verwittigde de 'Pfandschätzer' haar dat de obligatie niet meer aan haar maar aan mevrouw Laad toebehoorde, waarop alsnog

-
- 53 Zie Guhl/Merz/Koller, *Obligationenrecht*, p. 204: 'Die ungerechtfertigte Bereicherung ist insofern *subsidiärer* Entstehungsgrund für die Obligation, als schon durch die Umschreibung der Voraussetzungen dafür gesorgt ist, dass ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht entstehen kann, solange eine Forderung aus Eigentum, aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung begründbar ist.' Zie ook Oser & Schönenberger, *Obligationenrecht*, Vorbemerkungen zu Art. 62–67, nr. 2, p. 426: 'Die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung – im Anschluß an das Römische Recht spricht man von einem Kondiktionsanspruch, einer *condictio* – hat regelmäßig gegenüber den übrigen einen subsidiären Charakter. Sie wird angehoben, wenn die Voraussetzungen zur Vertrags- oder Deliktsklagen fehlen. Bestehen letztere, oder ist eine andere Klage (*wie aus dinglichem Recht* [cursivering toegevoegd]) möglich, so liegt neben der Klage auf [...] Herstellung eines dem dinglichen Recht etc. entsprechenden Zustandes nicht noch ein Bereicherungsanspruch vor, denn das Vorhandensein eines Anspruches auf Herausgabe einer Sache [...] läßt keinen Raum für die Bereicherung in der Person des Verpflichteten.'
- 54 In de eerstbedoelde verhouding spreekt Schmitt, *Subsidiarität*, p. 119, in eerste instantie weliswaar van 'absolute Subsidiarität,' maar op p. 121 stelt hij over deze leer dat er geen sprake is van echte subsidiariteit. De reden daarvoor is: 'der Bereicherungsanspruch tritt nicht hinter anderen Normen zurück, sondern er wird vielmehr in dem Sinne als "ausgeschlossen" betrachtet, daß die *tatbestandlichen* Voraussetzungen beim Bestehen anderer Ansprüche nicht gegeben sind.'
- 55 Nietlispach, *Gewinnherausgabe*, p. 378: 'Der Begriff "Subsidiarität" besagt m.a.W., dass für die Geltendmachung verschiedener *bestehender* Ansprüche eine bestimmte Reihenfolge vorgeschrieben wird.'
- 56 Keller & Schaufelberger, *Bereicherung*, p. 5. Zie over de subsidiariteit van de verrijkingsvordering in het Zwitsers recht: Schmitt, *Subsidiarität*, p. 118–26; Drakidis, *RTD civ.* 59, p. 610–11.
- 57 Bundesgericht 17 maart 1893 (*Laad/Erben Ulrich*), BGE 19, nr. 49, p. 300–305.
- 58 Art. 199 aOR, *supra*, n. 22.

de toestemming van mevrouw Laad werd verkregen. Nadat mevrouw Ulrich was komen te overlijden, nadat ook haar zoon, Josef Ulrich, was overleden, en vervolgens ook diens vader was overleden, sprak mevrouw Laad de erfgenamen van de vader, die de obligatie in bezit hadden, aan tot terugbetaling van de koopprijs van 10.000 Franken, onder andere op grond van ongerechtvaardigde verrijking.⁵⁹ Het kantongerecht Schwyz wijst erop dat mevrouw Laad, nu de obligatie nog voorhanden was, 'herausgabe in natura' had moeten eisen, en overweegt: 'Erst wenn die Vindikation überhaupt unmöglich wäre, könnte, falls nicht ein Scheingeschäft vorliege, auf Restitution des Kaufpreises geklagt werden.' Hieruit blijkt dat het kantongerecht de *rei vindicatio* en de verrijkingsvordering (de *condictio*) als wederzijds exclusief beschouwt. Het kantongerecht overweegt vervolgens dat mevrouw Ulrich handelingsonbekwaam was geweest, en dat de cessie ongeldig was geweest. Ook onder het abstracte stelsel dat toen nog werd aanvaard, zou er geen eigendom zijn overgegaan. Een verrijkingsactie tot restitutie van de koopprijs zou daarom in principe geoorloofd zijn, ook al zou deze gelimiteerd worden tot de 20 Franken die nog van de erfenis van mevrouw Ulrich resteerden.⁶⁰ Nu er echter geen bewijs van betaling was, en een eerdere cessie aan de notaris Borell, de vader van mevrouw Laad, in rechte ook al als 'Scheingeschäft' was aangemerkt, gaat het kantongerecht ervan uit dat mevrouw Ulrich haar erfgenamen door middel van een 'Schenkung auf Ableben'⁶¹ had willen benadelen, nu het voor hen resterende erfdeel geringer in omvang zou zijn. Het Bundesgericht gaat in op de stelling van het kantongerecht dat de obligatie, als deze nog voorhanden zou zijn, met de *rei vindicatio* opgeëist had moeten worden. Dit is onjuist, nu mevrouw Laad zich op het standpunt had gesteld dat de cessie niet rechtsgeldig was. Het Bundesgericht overweegt: 'Die Klage ist nicht eine Vindikations- oder Vertragsklage, sondern eine Bereicherungsklage, und als solche gewiß vollkommen statthaft; sie ist auch nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen.' Het Bundesgericht wijst deze verrijkingsvordering af omdat uit de door het kantongerecht vastgestelde feiten volgt dat er geen betaling heeft plaatsgevonden.

Zowel het Kantongericht Schwyz als het Bundesgericht maakt een onderscheid tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* ('Bereicherungsklage'), in die zin dat van een verrijkingsvordering pas sprake kan zijn als de *rei vindicatio* is uitgesloten. Hoewel er bij het kantongerecht enige onduidelijkheid bestaat over de vraag of de eiser eigenaar pretendeert te zijn van de obligatie – dit beweert zij niet, en daarom stelt het Bundesgericht dat beoordeeld moet worden of de verrijkingsvordering van toepassing is – is het duidelijk dat beide gerechten van oordeel zijn dat als de eiser eigenaar is van de zaak die zich onder de gedaagde bevindt, de *rei vindicatio*, en niet de *condictio*, moet worden ingesteld. In de literatuur wordt deze uitspraak aangehaald als voorbeeld van de subsidiariteit van de verrijkingsvordering ten opzichte

59 Art. 70 aOR, *supra*, n. 25.

60 Op grond van art. 73 aOR, *cf.* nu art. 64 OR.

61 Een 'Schenkung auf den Todesfall' zoals het Bundesgericht het uitdrukt; het gaat om de *donatio mortis causa*, *supra*, p. 91, n. 453.

van de *rei vindicatio*.⁶² Hierbij blijft echter in het midden in welke zin het subsidiariteitsbeginsel dient te worden opgevat; ontstaat de *condictio* pas na het wegvallen van de *rei vindicatio*, of is aan de voorwaarden voor toepassing van de *condictio* wel voldaan, maar treedt deze actie terug zolang de *rei vindicatio* nog ter beschikking staat? Gezien de aansluiting die gezocht wordt bij het gemeenrechtelijke beginsel dat *rei vindicatio* en *condictio* elkaar uitsluiten,⁶³ ligt de eerste optie voor de hand.

Ook in een uitspraak uit 1984 neemt het Bundesgericht het beginsel van de subsidiariteit tot uitgangspunt:⁶⁴

In deze zaak stellen S. en H. een claim te hebben op de nalatenschap van mevrouw E., en stellen zij een 'Herabsetzungsklage' in, een actie die ertoe strekt een donatie ('Zuwendung') van 12 miljoen Frank die mevrouw E. had verricht aan N., te verlagen. Het Zivilgericht en het Appellationsgericht kenden aan S. en H. een aanspraak op de nalatenschap van N. toe, maar de vertegenwoordiger van deze nalatenschap komt hiertegen bij het Bundesgericht in beroep. Het Bundesgericht overweegt dat deze 'Herabsetzungsklage' een verbintenisrechtelijke aanspraak is tot 'Wiederherstellung der Pflichtteile' en kan worden gecontrasteerd met de zakelijke 'Erbschaftsklage,' een actie die een 'der Eigentumsklage nachgebildete Vindikation' is. Het Bundesgericht overweegt vervolgens: 'Freilich wurde früher bezüglich des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung gelehrt, es sei das Empfangene, soweit in natura noch vorhanden, zurückzugeben.' In het kader van deze 'vroegere' opvatting verwijst het Bundesgericht naar het handboek van Oser.⁶⁵ Tegenwoordig zou evenwel een andere opvatting gelden. 'Mit Recht weisen indessen u.a. Guhl/Merz/Kummer [...] und Von Tuhr/Peter [...] darauf hin, dass wenn die Sache beim Bereicherten noch vorhanden ist, die Vindikations- und nicht die Bereicherungsklage Platz greife.' De 'Herabsetzungsklage' is dan ook 'keine (dingliche) Aussonderungsklage.'⁶⁶

62 Ook volgens Eger, *ZSR* 33, p. 351, onderschrijft het Bundesgericht in deze uitspraak de 'im gemeinen Recht herrschende Grundsatz [...] dass rei vindicatio und condictio nicht gleichzeitig zustehen können.' Eger schrijft daarom: '[Das Bundesgericht] hält an der Subsidiarität der Bereicherungsklage wie gegenüber der Vertragsklage, so auch gegenüber der Eigentumsklage fest.' Ook Aebli, *Bereicherung*, p. 12, n. 21, verwijst naar deze uitspraak. Ook in BGE 45 II 533, 541 (aangehaald door Schmitt, *Subsidiarität*, p. 121, n. 12), stelt het Bundesgericht: 'Dazu kommt, dass die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung nur subsidiärer Natur sind [...].'

63 Zoals door Eger, *ZSR* 33, p. 351.

64 Bundesgericht 7 juni 1984 (*Unverteilter Nachlass des N./S. und Erben der H.*), BGE 110 II 228, 234.

65 Oser & Schönenberger, *Obligationenrecht*, Art. 64, n. 2, p. 440: 'Grundsätzlich ist das Empfangene selbst zu restituieren. [...] Ist eine Herausgabe des Erlangten *in natura* infolge von dessen Beschaffenheit ausgeschlossen (z.B. bei Gebrauchsüberlassung oder Diensten), so tritt der Geldwert an die Stelle.'

66 BGE 110 II 228, 234. Zie de passages bij Guhl/Merz/Koller, *supra*, n. 53 (in de 8^e druk; het Bundesgericht verwijst naar de 7^e druk), en Von Tuhr/Peter, *supra*, n. 47.

Uit deze uitspraak blijkt de werking van een regel van subsidiariteit in een causaal stelsel. Wanneer de eiser nog kan revindiceren, moet hij ook revindiceren en is de verrijkingsvordering niet van toepassing. In eerste instantie lijkt deze uitspraak niet te verschillen van de eerder besproken uitspraak van bijna een eeuw eerder. Toch dienen hierbij twee kanttekeningen te worden geplaatst. De eerste heeft betrekking op de ontwikkeling die door het Bundesgericht wordt weergegeven. Het Bundesgericht stelt dat de 'vroegere' opvatting van Oser (naar wiens handboek in de bewerking van Schönnenberger uit 1929 het Bundesgericht verwijst), inhield dat als de zaak bij de ontvanger nog *in natura* aanwezig is, met de verrijkingsvordering teruggave van deze zaak kan worden geëist, maar dat tegenwoordig de opvatting ingang heeft gevonden dat deze verrijkingsvordering wordt achtergesteld bij de *rei vindicatio*, wanneer deze nog mogelijk is. Oorspronkelijk zou samenloop dus mogelijk zijn geweest, zo wekt het Bundesgericht de indruk, terwijl later de strikte leer werd aanvaard waarbij beide acties in een verplichte volgorde moesten worden ingesteld. Het kan evenwel worden betwijfeld of deze ontwikkeling zo heeft plaatsgevonden. Hoewel de wederzijds uitsluitende verhouding waarin de *rei vindicatio* en de *condictio* staan inderdaad bij Guhl en Von Tuhr⁶⁷ het duidelijkst wordt verwoord, stelt ook Oser dat de *condictio* slechts van toepassing is als aan de voorwaarden voor toepassing van de *rei vindicatio* niet is voldaan.⁶⁸ Van een echte 'ontwikkeling' waarbij de *rei vindicatio* en de *condictio* eerst concurreren, en later in een exclusieve verhouding staan, is dus geen sprake.

Ten tweede is het opvallend dat het Bundesgericht spreekt van de *verrijkte* persoon bij wie de zaak nog voorhanden is en die met de *rei vindicatio* kan worden aangesproken. Op grond van de geciteerde passage in het handboek van Von Tuhr⁶⁹ leek de reden voor de wederzijds exclusieve verhouding van de *rei vindicatio* en de *condictio* nu juist gelegen te zijn in het feit dat als de tradent nog eigenaar was, zich bij de accipiënt geen verrijking kon hebben voorgedaan, en dat pas na het wegvallen van de *rei vindicatio* aan de voorwaarden voor een verrijkingsactie was voldaan. Maar hier stelt het Bundesgericht dat in de situatie waarin de zaak 'beim Bereicherten noch vorhanden' is de *rei vindicatio*, maar geen verrijkingsactie kan worden ingesteld. Het Bundesgericht legt het verrijkingsbegrip dus ruim uit, maar wijst de verrijkingsvordering af zolang de *rei vindicatio* nog beschikbaar is. Hier heb-

67 De geciteerde passage van Von Tuhr in de bewerking van Peter uit 1979 kwam inderdaad niet voor in de bewerking van Siegwart uit 1942, maar hieruit volgt nog niet dat er een striktere leer is aangenomen, *supra*, n. 47.

68 Zie de *supra*, n. 53, geciteerde passage over de 'subsidiariteit' van de verrijkingsvordering. Oser & Schönnenberger, *Obligationenrecht*, Vorbemerkungen zu Art. 62–67, nr. 3, p. 427, stellen: 'Wo also eine dingliche Klage möglich ist aus demselben Tatbestand wie die Bereicherungsklage (z.B. das Rechtsgeschäft ist nichtig wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, weshalb dem Hingebenden die Eigentumsklage zusteht [...]), da ist jene regelmäßig vorzuziehen.' Reeds Oser, *Obligationenrecht*, p. 250 (de eerste druk uit 1915), laat de zakelijke actie voorgaan boven de verrijkingsvordering.

69 *Supra*, n. 48.

ben wij dus van doen met de situatie dat aan de voorwaarden voor toepassing van beide vorderingen is voldaan – wat betreft de *rei vindicatio* berust de eigendom bij de tradent, wat betreft de *condictio* heeft zich bij de accipient een verrijking voorgedaan – maar deze vorderingen in een verplichte volgorde ingesteld moeten worden en dus in een echte subsidiaire verhouding staan.⁷⁰ Impliciet zet het Bundesgericht zo een stap in de richting naar samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*.⁷¹ Het subsidiariteitsbeginsel staat er weliswaar aan in de weg dat een eiser de keuze heeft tussen beide vorderingen, maar door de ruime uitleg van het verrijkingbegrip rijst wel de vraag wat rechtens is in de situatie waarin beide acties aan verschillende eisers toekomen. Ter verklaring van deze uitbreiding van het verrijkingbegrip keren wij terug naar het Duitse recht.

§ 4.3 BRUNS EN DE CONDICTIO POSSESSIONIS

§ 4.3.1 Inleiding

Ondanks het feit dat in het *ius commune* de mogelijkheid om ook het bezit van een zaak te condiceren algemeen werd erkend,⁷² is de aanvaarding van de *condictio possessionis* in het Duitse recht niet vanzelf gegaan. Hierbij zijn de twee Berlijnse hoogleraren Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) en Karl Georg Bruns (1816–1880) van betekenis geweest. Beiden oefenden invloed uit op de totstandkoming van het Bürgerliches Gesetzbuch, maar verschilden van mening over de reikwijdte van de *condictio possessionis*. Zowel Savigny als Bruns zijn invloedrijk geweest bij de ontwikkeling van de bezitsleer in de Duitse negentiende-eeuwse rechtsgeleerdheid. Savigny was de grondlegger van de Historische School⁷³ en publiceerde reeds in 1803 *Das Recht des Besizes*, en Bruns schreef als hoogleraar in Tübingen in

70 Reeds Schmitt, *Subsidiarität*, p. 122, stelt in 1969, ruim voor deze uitspraak, dat niet steeds duidelijk is in welke zin het Bundesgericht het subsidiariteitsbeginsel opvat, en of het Bundesgericht de verrijkingvordering aan een eiser ontzegt ‘weil es dann an einer Bereicherung fehle (also der Tatbestand des Bereicherungsanspruch nicht vorliege),’ of omdat ‘der Bereicherungsanspruch ausgeschlossen ist, weil er nur ein letztes Aushilfsmittel darstellt und auf Grund dieser besonderen Funktion mit anderen Ansprüchen nicht konkurrieren kann.’ De hier besproken uitspraak uit 1984 lijkt evenwel het punt te markeren waarop het Bundesgericht overstapt van de eerste naar de tweede opvatting van het subsidiariteitsbeginsel.

71 Bij nauwkeurige lezing van het citaat van Oser & Schönenberger, *supra*, n. 68, blijkt deze subsidiaire visie reeds in dit handboek te worden verdedigd; hier is immers sprake van eenzelfde ‘Tatbestand’ die tot beschikbaarheid van zowel de ‘Bereicherungsklage’ als de ‘Eigentumsklage’ heeft geleid, maar waarbij de eerste actie ‘regelmäßig’ is uitgesloten, als de tweede nog mogelijk is.

72 Zie § 3.2.4, *supra*, p. 109.

73 De Historische School beschouwt het recht als een op organische wijze gegroeid historisch verschijnsel. De juristen die tot deze school behoorden en het geldende Romeinse recht op systematische wijze bestudeerden, worden pandektisten genoemd; zie Lokin & Zwolve, *Codificatiegeschiedenis*, p. 303–307, 316–318; Brandsma, *AA* 58, p. 417–20.

1848 *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, een uitgebreide rechtsvergelijkende studie over het bezit, waarin, naast het Romeinse recht en het recht van de glossatoren, onder andere ook het canonieke recht aan bod kwam. Als hoogleraar in Berlijn⁷⁴ kwam Bruns in 1874 op het onderwerp terug en zette hij, in *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, de toepassing van de *condictio possessionis* nader uiteen. Uiteindelijk werd op 1 januari 1900 niet de leer van Savigny, maar die van Bruns in het BGB neergelegd.

§ 4.3.2 Reikwijdte van de *condictio possessionis*

Bij de bestudering van de Romeinsrechtelijke bronnen bestond tussen Savigny en Bruns verschil van mening over de vraag of de *condictio* ook ter beschikking stond aan een eiser die niet de eigendom van een zaak wenste te verkrijgen (met de *condictio rei*), maar slechts het bezit daarvan (met de *condictio possessionis*).⁷⁵ Savigny stelt dat de *condictio* als 'Ersatz' dient voor de *rei vindicatio*: in zijn bespreking van het *mutuum* brengt hij dit het duidelijkst tot uitdrukking wanneer hij stelt dat de *rei vindicatio* en de *condictio* tot elkaar staan in een 'ausschließende, alternative Verhältniß'.⁷⁶ De *condictio* is beschikbaar, steeds wanneer het vermogen van de één ten koste van dat van de ander is vermeerderd:

'Alle diese Fälle also haben mit einander gemein die Erweiterung eines Vermögens durch Verminderung eines andern Vermögens, die entweder stets ohne Grund war, oder ihren ursprünglichen Grund verloren hat.'⁷⁷

Ook Bruns stelt dat de *condictio* is gericht op de ongedaanmaking van een 'vermogensverschuiving.' Het verschil met de leer van Savigny is evenwel gelegen in een ruimere uitleg van het begrip 'vermogen' omdat hij ook het bezit als een vermogensbestanddeel opvat en de bezitter als met dit bezit 'verrijkt' aanmerkt. Omdat ook een 'bezitsoverdracht' derhalve een 'vermogensverschuiving' is, betekende de aanvaarding van de *condictio possessionis* geen verwerping van het principe dat de *condictio* is gericht op het bewerkstelligen van een vermogensverschuiving, maar slechts een andere

74 Bruns werd in 1861 benoemd. Degenkolb, *AcP* 64, p. 438, Bruns' biograaf, schrijft over deze benoeming: 'Das letzte und höchste Ziel war damit erreicht, das Wandern hatte seinen Abschluß gefunden.'

75 Bruns contrasteert beide termen in *Das Recht des Besitzes*, p. 31.

76 Savigny, *System V*, p. 515: 'Überall also erscheint die *condictio* als der Ersatz, der anstatt der verlorenen *Vindication* eintritt, und dasselbe ausschließende, alternative Verhältniß zwischen diesen beiden Klagen findet sich auch in anderen Rechtsverhältnissen, außer dem Darlehen, wieder.' Savigny volgt hierin de aan het begin van de negentiende eeuw heersende leer; zie Glück, XIII.1, p. 183, die, onder verwijzing naar D. 7,9,12, stelt: 'Die *condictio sine causa concurrere* nicht mit der *Reivindication*, *quia nemo rem suam, nisi furi, condicere possit*.' Zie ook Schmitt, *Subsidiarität*, p. 51.

77 Savigny, *System V*, p. 525.

toepassing ervan. Zoals Bruns schrijft, gaat het slechts om 'eine Anwendung dieses Principis auf den Besitz, falls dieser als Vermögensobject aus einem Vermögen ohne Grund in ein anderes gekommen ist.'⁷⁸ Argument voor deze uitbreiding van het begrip 'vermogen' is dat het bezit van een zaak, ook al is het geen recht op de zaak, wel een vermogenswaarde vertegenwoordigt. Het bezit is 'eine Stellung von Wert'⁷⁹ en moet daarom zelfstandig gecondiceerd kunnen worden. Dit zogeheten 'Brunsschen Prinzip'⁸⁰ heeft tot erkenning van de *condictio possessionis* geleid. Dat betekent overigens niet dat het principe dat samenloop tussen *rei vindicatio* en *condictio* in principe onmogelijk was, direct werd prijsgegeven; de *condictio possessionis* werd eerder als uitzondering op dit principe beschouwd:

'Wesentlich ist stets die Bereicherung und der Mangel der causa. Eine Bereicherung ist nicht schon das einfache faktische Haben, sondern nur der Uebergang in das Vermögen, also wenn man entweder das Eigenthum der Sachen bekommen oder sie konsumirt hat. So lange der Verlierende vindizieren kann, ist er rechtlich nicht ärmer und der Andere nicht reicher. So lange Vindikation, so lange keine Kondiktion. Nur um den Besitz als solchen kann man auch ohne Eigenthum und Konsumtion bereichert sein, und darum ist denn insofern wenigstens eine *condictio possessionis* möglich.'⁸¹

De vraag rijst in welke gevallen de *condictio possessionis* beschikbaar is. Bruns stelt dat men de reikwijdte van deze actie op drie wijzen kan opvatten.⁸² De *condictio possessionis* zou ten eerste een beperkte reikwijdte kunnen hebben wanneer men deze actie uitsluitend toekent in geval van diefstal (*furtum possessionis*) of wanneer de gedaagde het bezit had verkregen op grond van een rechtshandeling die uitsluitend zag op verkrijging van dit bezit.⁸³ Een ruimere toepassing krijgt de *condictio possessionis* wanneer deze niet alleen beschikbaar wordt gesteld in deze specifieke gevallen, maar in elk geval waarin een eiser slechts het bezit had gehad, ook wanneer de tradent het bezit verloor op grond van een rechtshandeling die op eigendomsoverdracht was gericht, maar waarbij de eigendom niet overging vanwege zijn beschikkingsonbevoegdheid. Een beperking bij deze optie was echter nog gelegen in de voorwaarde dat de eiser géén eigenaar was. Het bezit wordt weliswaar gezien

78 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 187.

79 Windscheid/Kipp, I, § 161. Hoe groot die waarde is, is voorwerp van debat; zie Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 189–99.

80 Deze term vindt men bij Klinkhammer, *Besitz*, p. 15: 'Tragende Säule des Brunsschen Prinzips ist der selbständige Vermögenswert des bloßen Besitzes.'

81 Bruns in de *Holtzendorff Encyclopädie*, 4^e druk; citaat ontleend aan Bolze, *AcP* 78, p. 434; Schmitt, *Subsidiarität*, p. 58.

82 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 199.

83 Bruns geeft geen voorbeeld van zo'n rechtshandeling, maar via zijn verwijzing naar Voigt, *Ueber die conditiones ob causam*, p. 331, blijkt dat hierbij gedacht kan worden aan de twee bekende gevallen waarin in het Romeinse recht het bezit van andermans zaak kon worden gecondiceerd: de *condictio possessionis* van D. 12,6,15,1, *supra*, p. 88, n. 436, en van D. 39,6,13 *pr.*, *supra*, p. 91, n. 453.

als een goed dat gecondiceerd kan worden, maar aan een eiser kunnen niet zowel de *rei vindicatio* als de *condictio* ter beschikking staan.⁸⁴

Volgens een derde optie verviel ook deze laatste beperking en staat de *condictio possessionis* ter beschikking van degene die het bezit heeft verloren, ongeacht de vraag of hij ook kan revindiceren: 'Der weiteste Umfang wäre, daß jeder, der Besitz gehabt und verloren hat, die Conditionen anstellen kann, ohne Rücksicht, ob er daneben auch Eigenthum hat, und ob der Verlust nur den Besitz als solchen betraf, oder das Eigenthum mit.'⁸⁵ In dit laatste geval heeft de eiser de keuze zijn actie op het verloren bezit of op zijn eigendomsrecht te baseren.⁸⁶ Bruns kiest op bewijsrechtelijke gronden voor de derde, ruimste, omvang van het toepassingsbereik van de *condictio possessionis*: 'Ich halte diese letztere Ansicht unbedingt für die richtige.'⁸⁷ Van iemand die het bezit had verloren zou immers niet verlangd kunnen worden dat hij zou stellen en bewijzen eigenaar te zijn, omdat hij wellicht twijfelt aan het slagen van het eigendomsbewijs. Maar omgekeerd zou de gedaagde, die met de *condictio possessionis* wordt aangesproken niet het verweer moeten kunnen voeren dat de eiser had moeten revindiceren en niet op grond van de *condictio possessionis* zou kunnen procederen. Dat zou immers leiden tot de situatie waarin de gedaagde stelt dat de eiser nóg meer recht op de zaak heeft dan deze zelf beweert te hebben.⁸⁸ Toch zou men dit verweermiddel moeten toelaten, als men stelt dat een eiser pas aan de *condictio possessionis* zou mogen toekomen, als de mogelijkheid tot revindiceren is vervallen. Nu is dit een vrij theoretisch bezwaar van Bruns, want geen enkele gedaagde zou dit verweer, waarbij hij dus toegeeft tot afgifte van de zaak te zijn verplicht, tegen de *condictio possessionis* willen opwerpen, tenzij men aanneemt dat het verweer van de verkeerd gekozen actie, gezien het *ne bis in idem*-beginsel, ook een toekomstige *rei vindicatio* zou verhinderen. Het betoog van Bruns toont echter aan dat het idee dat de *condictio possessionis* subsidiair zou zijn aan de *rei vindicatio*, in de praktijk niet is te handhaven.⁸⁹

84 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 199, n. 4, verwijst hierbij naar de opvatting van Brinz in de eerste druk van diens *Lehrbuch der Pandekten* uit 1857; zie Brinz, *Pandekten* I, p. 398. Op die plek stelt Brinz inderdaad dat in de gevallen waarin de *condictio possessionis* wordt erkend, zich géén samenloop met de *rei vindicatio* voordoet: 'Diese Fälle sind nun aber keineswegs von der Art, daß Jeder, der etwa rei vindicationem hätte, auch possessionem condicieren könnte; sondern scheinen sämtlich vorauszusetzen, daß Condicent ehemals nichts anderes hatte, als possessio [...].'

85 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 200.

86 Een keuze die hij wellicht zal hebben laten afhangen van bewijsrechtelijke overwegingen en het verschil in hoogte van de te verwachten vergoeding.

87 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 200.

88 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 200: 'denn dann müßte ja der Verklagte beweisen, daß der Kläger Eigenthümer sei, also noch mehr Recht habe, als er selber behauptete.'

89 Brinz is echter, ook in de 'zweite, veränderte Auflage' van zijn *Lehrbuch* niet overtuigd geraakt van het betoog van Bruns (en van Windscheid) dat de *condictio possessionis* een ruim toepassingsbereik kent. Brinz, *Pandekten* II.2, p. 508–10, n. 23, beargumenteert dat er, behalve over de *condictio furtiva*, geen teksten zijn waarbij het bezit kan worden gecondiceerd, terwijl er ook nog kan worden gerevindiceerd.

De vraag rijst hoe Savigny en Bruns op grond van dezelfde bronnen tot verschillende conclusies zijn gekomen over de reikwijdte van de *condictio possessionis*. Waar Savigny de *condictio* voor het bezit immers slechts toestaat in het geval van diefstal,⁹⁰ komt Bruns tot een ruime erkenning van de *condictio possessionis*. Het antwoord is dat Savigny zich baseert op de bekende tekst uit de Instituten over de *condictio furtiva*,⁹¹ terwijl Bruns het bestaan van de *condictio possessionis* doet steunen op de *condictio incerti*, waarbij het *petitum* niet per definitie is dat de gedaagde eigendom moet overdragen.⁹²

De ruimere aanvaarding door Bruns van de *condictio possessionis* roept de vraag op in welke mate 'petitoire Einreden' zijn toegestaan. Hierbij doelt Bruns op het goederenrechtelijke verweer waarbij de gedaagde stelt dat hij zelf eigenaar is van de zaak waar de eiser het bezit van vordert (dit noemt hij de *exceptio dominii*). Kan de *condictio possessionis*, met andere woorden, ook tegen een eigenaar worden ingesteld? Bruns benoemt niet welk geval hem voor ogen staat, maar wellicht dacht hij aan degene die zonder opdracht op andermans grond had gebouwd en de eigenaar van de grond, die door natrekking eigenaar was geworden van hetgeen op zijn grond was gebouwd, tevergeefs (gezien het ontbreken van een *negotium contractum*) aanspreekt uit onverschuldigde betaling.⁹³ De vraag rijst of de eigenaar van de grond de *condictio indebiti* kon afweren met een beroep op zijn eigendomsrecht.⁹⁴ De *condictio possessionis* wordt door Bruns steeds besproken aan de hand van de bezitsinterdicten, maar het verbod op petitoire verweermiddelen bij de bezitsinterdicten, zo stelt hij, is niet zonder meer doorslaggevend voor de *condictio possessionis*.⁹⁵ Toch vloeit uit de grondslag en het object van deze actie voort dat petitoire verweermiddelen ook bij de *condictio possessionis* zijn uitgesloten. Pas wanneer de rechter oordeelt dat de gedaagde in zijn eigendomsbewijs is geslaagd, staat volgens Bruns vast dat hij recht heeft op het bezit; maar daarmee is het bezit tot op dat moment nog steeds ongegrond geweest. De verplichting tot teruggave bestaat op grond van de *condictio possessionis* dus wel maar kan echter bij 'voller Liquidität des Eigenthums' van de gedaagde door middel van een *exceptio doli* krachteloos worden gemaakt; het is immers doleus om datgene op te vorderen, wat men direct weer moet afgeven (*dolo facit, qui petit, quod redditurus est*), zo erkent zelfs Bruns. Uiteindelijk is Bruns niet gevolgd in zijn afwijzing van goederenrechtelijke verweermiddelen tegen de *condictio possessionis*: een eiser die met deze actie procedeert, verliest daarom het proces tegen de eigenaar.⁹⁶ Windscheid gaat verder en stelt dat wanneer een eigenaar het bezit heeft verkregen, dit bezit nooit *sine causa* kan zijn verkregen:

90 Savigny, *System V*, p. 515, n. h, die ter ondersteuning van deze opvatting stelt dat de *datio* waar de gedaagde in de *condictio* toe is verplicht, niet mogelijk is in het geval waarin de eiser reeds eigenaar is.

91 G. 4,4, *supra*, p. 24, n. 101.

92 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 200.

93 D. 12,6,33 (Julianus, *libro trigensimo nono Digestorum*). De *condictio* wordt afgewezen vanwege het ontbreken van een *negotium contractum*, zie *infra*, p. 173, n. 27.

94 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 205, stelt dat D. 12,6,33, hier geen bewijs voor levert.

95 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 203.

96 Klinkhammer, *Besitz*, p. 17–18.

aan de voorwaarden voor toepassing van de *condictio possessionis* – ongegronde verrijking met het bezit van een zaak – is daarmee niet eens voldaan zodat aan een verweermiddel geen behoefte bestaat.⁹⁷

§ 4.3.3 De *condictio possessionis* in de jurisprudentie en het BGB

Bruns' principe dat het bezit een zelfstandige, te condiceren, vermogenswaarde vertegenwoordigt, heeft het gewonnen van Savigny's opvatting van de *condictio*. Uit de rechtspraak blijkt de toenemende invloed van Brunns. In veel uitspraken wordt de *condictio* aanvankelijk nog, in overeenstemming met Savigny, als 'Ersatz' van de *rei vindicatio* behandeld. Het beginsel dat de *condictio*, afgezien van het geval van diefstal, niet tegelijkertijd met de *rei vindicatio* aan een eigenaar ter beschikking kan staan, staat bijvoorbeeld overeind in een uitspraak van het Oberappellationsgericht Wiesbaden van 2 juli 1836:

'Die condictio, welche die Gesetze für diese Fälle geben [namelijk in het geval er op grond van een nietige verbintenis is gepresteerd], schließt nothwendig die vindicatio aus; denn ihre Statthaftigkeit zeigt unzweifelhaft, daß bei dem Uebergenden kein Eigenthum geblieben, und dasselbe auf den Empfänger übergegangen sey, da, den Fall des Diebstahls ausgenommen, niemand seine eigene Sache condiciren kann.'⁹⁸

In een uitspraak van het Oberappellationsgericht van Darmstadt uit 1853 is de *condictio sine causa* aan de orde.⁹⁹

De eiser in deze procedure had, tot zekerheid van een geldlening die hij had verstrekt, een pandrecht op twintig landgoederen verworven, maar hij had aan de pandgever toestemming gegeven om twee van die landgoederen te vervreemden. Bij de uitoefening van zijn overgebleven pandrechten ging hij echter over tot openbare veiling van alle twintig landgoederen. De koper van deze landgoederen kreeg er slechts achttien geleverd, en weigerde daarom gedeeltelijk betaling. Ten processe stelde de executerende pandhouder zich de vroegere verkoop van de twee landgoederen niet te herinneren, zodat de koop nietig zou zijn vanwege gebrek aan overeenstemming over het object van de koop en de prijs. De koper zou dan op grond van de *condictio sine causa* ofwel op grond van de 'Nichtigheidskläge' aansprakelijk zijn tot teruggave van de landgoederen. Het Oberappellationsgericht wijst deze eis af, nu slechts de dwalende persoon, dat wil zeggen de koper, die dacht twintig landgoederen te kopen, zich op de nietigheid

97 Windscheid/Kipp, I, § 161, p. 831, n. 12.

98 Oberappellationsgericht Wiesbaden, 2 juli 1836, *Seuffert's Archiv* 2 (1849), nr. 58. Het Oberappellationsgericht verwijst hierbij naar de teksten die ook in het *ius commune* centraal staan: D. 7,9,12 en I. 4,6,14–15. D. 7,9,12 wordt ook aangehaald in de uitspraak van het Oberappellationsgericht München für das Königreich Bayern van 9 januari 1846, *Seuffert's Archiv* 2 (1849), nr. 57.

99 Oberappellationsgericht Darmstadt, 29 april 1853, *Seuffert's Archiv* 6 (1853), nr. 320.

van het contract zou kunnen beroepen, en niet de andere partij, de verkoper, aan wiens schuld het ontstaan van de dwaling bij de koper was te wijten. Wanneer de dwaling haar grond vindt in de onduidelijkheid van de bewoordingen van het contract, moet de uitleg in het nadeel van de verkoper plaatsvinden, zo luidt het oordeel. De eis van de verkoper om de landgoederen met de *condictio sine causa* terug te krijgen, wordt afgewezen, omdat de *condictio* slechts van toepassing is wanneer de accipiënt door consumptie van de verkregen zaak is verrijkt en de *rei vindicatio* niet meer van toepassing is. Dit laatste is nog wel het geval: 'Hie[r]nach ist eine condictio sine causa nicht statthaft, indem es Voraussetzung ihrer Zulässigkeit ist, daß die vermöge eines nichtigen Geschäftes hingegebene Sache bereits consumirt und der Empfänger hierdurch bereichert worden, so daß die Sache in Natur mit einer Vindication, als deren Ersatz die condictio gegeben ist, nicht wieder erlangt werden kann.'¹⁰⁰

Waar het Oberappellationsgericht van Darmstadt nog de 'traditionele' leer van Savigny volgt, blijkt in een uitspraak van het gezaghebbende Oberappellationsgericht te Rostock van 14 april 1864 de leer van Bruns te zijn doorgedrongen.

Het ging in deze zaak om de verkoop van een te Wismar gelegen 'Gasthof,' onder de voorwaarde, zo zou de koper J. later stellen, dat hem het burgerrecht van Wismar zou worden verleend. In plaats van de koopprijs van 900 Thaler direct te betalen, was overeengekomen dat de koper aan de verkoper een 'Capitalforderung' op een in Rostock gelegen landgoed zou cederen. De koper had aan de Stadtsecretär H. van Rostock het verzoek gericht om de vier waardepapieren die deze voor hem in bewaring hield aan de Kaufmann K. te Wismar toe te zenden met de opdracht ze slechts aan de koper persoonlijk af te geven. De stadssecretaris voerde deze opdracht uit. De verkoper wenste inmiddels betaling en wendde zich tot de koopman K. met het verzoek tot aflevering van de waardepapieren, zich hierbij beroepende op het feit dat hij deze waardepapieren gecedeerd had kregen. Na dit aanvankelijk geweigerd te hebben, ging K. uiteindelijk toch over tot afgifte van de waardepapieren nadat de verkoper had aangeboden de ontvangstbevestiging te ondertekenen met de toevoeging 'voor J' (de naam van de koper). Uiteindelijk weigerden de magistraten van Wismar aan de koper het burgerrecht te verlenen zodat deze niks meer had aan het door hem gekochte 'Gasthof' en de voorwaarde waaronder hij de koop had willen sluiten niet in vervulling was gegaan. Hij achtte zich dan ook niet langer aan de koop gebonden en vorderde teruggave van de verkoper van de vier 'Stadtbuchschriften' op grond van diens onrechtmatig verkregen bezit, nu de waardepapieren tegen zijn wil aan de verkoper waren afgegeven. De verkoper verweerde zich met de stelling dat de koop onvoorwaardelijk zou zijn gesloten, maar werd toch in drie instanties veroordeeld. In de eerste twee instanties was deze veroordeling op de bezitsinterdicten gebaseerd.

100 Seuffert's Archiv 6 (1853), nr. 320, p. 455.

Het Oberappellationsgericht te Rostock, waar duidelijk een exemplaar van Bruns' werk aanwezig was, kent de vordering op grond van de *condictio possessionis* toe.¹⁰¹ Het Oberappellationsgericht overweegt:

'Neben den possessorischen Interdicten können aber, wie Bruns [*Das Recht des Besitzes*, § 5] neuerdings wieder in Erinnerung gebracht hat, auch solche Klagen, die allgemein zum Schutze gegen unbilligen Rechtsverlust dienen, zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzrechtes und somit des Besitzes selbst gebraucht werden, indem der Besitz schlechthin, folglich auch der an sich unrechtmäßige, als ein Vermögensobject, welches Gegenstand einer *condictio* sein kann, aufgefaßt wird, so daß auch für den Besitz der Satz zur Geltung kommt, es könne dasjenige zurückgefordert werden, was aus einem Vermögen in das andere ohne rechtfertigenden Grund übergegangen sei.'¹⁰²

Zo blijkt dat de leer over de toepassing van de *condictio possessionis*, die in het *ius commune* reeds tot ontwikkeling was gebracht, door de interventie van Bruns in de Duitse negentiende eeuw 'opnieuw in herinnering' werd gebracht. In een uitspraak van 9 april 1880 beschouwt het Oberste Landsgericht für Bayern de *condictio* echter opnieuw, conform de leer van Savigny, als een actie die slechts van toepassing kan zijn wanneer de *rei vindicatio* niet van toepassing is.¹⁰³

Het ging in deze zaak om een kunsthandelaar St., die drie schilderijen onder eigendomsvoorbehoud had verkocht aan W., die deze schilderijen had verpand aan B. Nadat B. de schilderijen had geëxecuteerd stelde St. een verrijkingsvordering in tegen B. Deze actie werd afgewezen. De kunsthandelaar was door het maken van het eigendomsvoorbehoud immers eigenaar gebleven; dit eigendomsrecht was door de executoriale verkoop niet verloren gegaan; nu er geen regel van derdenbescherming was waarop de koper een beroep kon doen, kon St. de schilderijen van de derde met de *rei vindicatio* opeisen. Omdat de mogelijkheid van de eiser om de schilderijen van de bezitter op dat moment terug te vorderen niet kan worden ontzegd, staat aan hem geen *condictio* wegens ongegronde verrijking ter beschikking omdat, zo overweegt het Oberste Landsgericht, 'diese *condictio* als subsidiärer Rechtsbehelf nicht stattfindet, wenn der Kläger die Aufhebung des factischen Unrechts mit der Vindication noch bewirken kann.' Tegen de pandhouder die ten onrechte tot verkoop was overgegaan kon daarom slechts de *condictio furtiva* worden ingesteld, nu diefstal altijd is aanvaard als uitzondering op het principe dat de *condictio* eigendomsoverdracht beoogde.

101 De stelling van de verkoper dat de koper het bezit van de waardepapieren niet pas bij de afgifte door de koopman, maar reeds bij de ondertekening van de 'Punctuation' van 29 januari 1862 had verloren – waarmee waarschijnlijk wordt bedoeld op de opdracht aan de stadssecretaris om de waardepapieren aan de koopman af te geven – werd afgewezen. Het is de vraag of, ook al zou dit juist zijn, het bezit van de verkoper hierdoor minder ongerechtvaardigd zou zijn. Het OAG oordeelt dat de koper zijn bezit pas had verloren doordat zijn vertegenwoordiger, de koopman, de papieren aan de gedaagde heeft afgegeven.

102 Oberappellationsgericht Rostock, 14 april 1864, *Seuffert's Archiv* 19 (1866), nr. 152.

103 Oberste Landsgericht für Bayern, 9 april 1880, *Seuffert's Archiv* 35 (1880), nr. 294.

Andere Pandektisten, zoals Windscheid en Dernburg, zijn Bruns gevolgd in zijn opvatting dat de *condictio possessionis* algemene toepassing kent.¹⁰⁴ Uiteindelijk is deze opvatting ook terechtgekomen in Savigny's *Das Recht des Besitzes*: in een lange toevoeging aan Savigny's bespreking van de bezitsinterdicten zet bewerker Rudorff de nieuwe leer uiteen.¹⁰⁵ De uitleg die Bruns aan het 'huidige Romeinse recht' heeft gegeven, en niet die van Savigny, is uiteindelijk bepalend geweest bij de totstandkoming van het BGB. Sinds 1 januari 1900 bepaalt § 812 I BGB immers:

'Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. [...]'

Waar de wetstekst een zekere ambiguïteit vertoont door te bepalen dat met deze actie 'iets' ('etwas') kan worden gevorderd dat de gedaagde heeft ontvangen, blijkt uit de Motive dat de ontwerpers hiermee ook het oog hebben gehad op het *bezit* van een zaak.¹⁰⁶ Door de aanvaarding van de ruime *condictio possessionis*, was de behoefte aan de *condictio furtiva*, de *condictio* die in de eerste twee hoofdstukken centraal stond en als problematisch geval veelvuldig was bediscussieerd, komen te vervallen. Zoals Dernburg opmerkt:

'Der Satz aber verlor seine Bedeutung, seit man gegen denjenigen, welcher den Besitz einer fremden Sache ohne Rechtsgrund an sich gebracht hatte, eine *condictio possessionis* gewährte, welche auch dem Eigentümer jener Sache nach Verlust des Besitzes zustand.'¹⁰⁷

Ondanks het feit dat het BGB deze verrijkingsactie in een algemeen artikel heeft neergelegd, zijn nog steeds, net zoals in het Zwitserse OR,¹⁰⁸ enkele specifieke *condictiones* te herkennen.¹⁰⁹ Dat betekent overigens niet dat § 812 geheel in de traditie van de *condictio* kan worden geplaatst. Deze paragraaf vormt immers de basis van zowel de 'Leistungskondiktion,' waarbij een rechtsmiddel wordt gegeven tegen degene aan wie zonder rechtsgrond

104 Windscheid/Kipp, I, § 161, p. 829, n. 3; Dernburg/Sokolowski, II, § 393, p. 835, n. 12. Zie Klinkhammer, *Besitz*, p. 16, n. 54, voor verdere literatuurverwijzingen. Bolze, *AcP* 79, p. 210, is kritisch ten aanzien van de leer van Bruns.

105 Savigny/Rudorff, *Das Recht des Besitzes*, nr. 161, p. 707–13. Deze bewerking is uit 1865, zodat slechts Bruns' *Das Recht des Besitzes* uit 1848 wordt besproken maar nog niet *Die Besitzklagen*, dat pas in 1874 zou verschijnen. Oorspronkelijk had Savigny de *condictio possessionis* niet besproken in *Das Recht des Besitzes*, zij het dat hij in zijn Pandektenvorlesungen uit 1818–1819 wél had erkend dat het mogelijk was om het bezit van een zaak te condiceren; zie Schäfer, *Bereicherungsrecht*, p. 117.

106 Mugdan, II, p. 464: 'Ausdrücklich erkennt der Entw. auch den Besitz und die Inhabung als Kondiktionsgegenstand an.'

107 Dernburg/Sokolowski, II, § 393, p. 835.

108 *Supra*, n. 26 sq.

109 In het BGB zijn de *condictiones ob causam finitam, causa data causa non secuta* (§ 812 I BGB), *obligationis* (812 II BGB), en *ob turpem causam* (§ 817 I BGB) te herkennen; zie ook Zimmermann, *Obligations*, p. 888.

een vermogensvoordeel door een prestatie ten goede is gekomen, als van de 'Nichtleistungskonditionen,' zoals de door Wilburg en Von Caemmerer op grond van de woorden 'in sonstiger Weise' tot ontwikkeling gebrachte 'Eingriffskondiktion.' Waar de 'Leistungskondiktion,' gezien het feit dat er een vermogensverschuiving moet zijn, nog als erfgenaam van de klassieke *condictio* is te beschouwen, is dat bij de 'Nichtleistungskondiktion,' zoals de 'Eingriffskondiktion,' niet het geval.¹¹⁰

§ 4.3.4 De *condictio possessionis* in het Zwitserse recht

Ook in het Zwitserse recht is de onderlinge verhouding tussen de *condictio* en de *rei vindicatio* onderwerp van discussie geweest. Gezien de aanvaarding van het causale stelsel van eigendomsoverdracht, zal de solvent die onverschuldigd heeft betaald in beginsel kunnen revindiceren. Zolang de mogelijkheid tot revindiceren nog bestaat, wordt de solvent niet als verarmd aangemerkt, en de accipiënt niet als verrijkt. In dit systeem is voor de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking slechts een plaats weggelegd wanneer, bijvoorbeeld als gevolg van een vermenging, eigendom was overgegaan.¹¹¹

De vraag of zich in Zwitserland toch samenloop kan voordoen, is dus afhankelijk van het antwoord op de vraag of de *condictio possessionis* is aanvaard. Hoewel het Bundesgericht zich nooit over deze vraag heeft uitgelaten, was het feit dat de *condictio possessionis* in Duitsland inmiddels was erkend, voor vele auteurs gedurende de gehele twintigste eeuw, reden om het bestaansrecht van deze *condictio* ook voor het Zwitserse recht te verdedigen.¹¹² Zij onderbouwen hun opvatting vooral met verwijzingen naar het Duitse recht, elkaars werk, en de stelling dat het bestaan van de *condictio possessionis* boven elke twijfel is verheven.¹¹³ Volgens Oser is de reden dat het bezit zelfstandig gecondiceerd kan worden, gelegen in het feit dat door de verkrijging van het bezit de voorwaarden voor het verkrijgen van eigendom verlicht zijn,¹¹⁴ terwijl een andere auteur, net zoals Bruns, spreekt van de zelfstandige economische waarde die het bezit vertegenwoordigt.¹¹⁵

110 Zimmermann, *Obligations*, p. 887 sq.; Zimmermann & Du Plessis, *RLR 2*, p. 27.

111 In deze in Wittmann, *Bereicherung*, p. 144; Drakidis, *RTD civ.* 59, p. 611.

112 Aebli, *Bereicherung*, p. 14; Bussy, *Enrichissement*, nr. 63–67; Carry, *Enrichissement*, p. 63–67; Oser & Schönenberger, *Obligationenrecht*, Art. 62, nr. 5, p. 430; Becker, *Obligationenrecht I*, Art. 62, Anm. II,1; Wittmann, *Bereicherung*, p. 32, 144; Von Tuhr/Peter, I, p. 476; Schulin, in: *BSK. OR I*, Art. 62, nr. 37.

113 Aebli, *Bereicherung*, p. 15: 'Für das OR ist es unzweifelhaft, daß der bloße Besitz condiciert werden kann.' Carry, *Enrichissement*, p. 63: 'L'existence d'une *condictio possessionis* ne peut faire, aujourd'hui, l'objet d'aucun doute; ce fut cependant une question longtemps débattue dans la doctrine allemande.' Op p. 38 plaatst Carry de *condictio possessionis* tegenover de gebruikelijke *condictio dominii*, die van toepassing is wanneer de gedaagde de eigendom van een zaak heeft verkregen.

114 Oser & Schönenberger, *Obligationenrecht*, Art. 62, nr. 5, p. 430.

115 Aebli, *Bereicherung*, p. 14.

Voor het Zwitserse recht doet zich, veel meer dan in het Duitse recht, de vraag voor of de tradent die een onverschuldigde betaling heeft verricht en, vanwege het causale stelsel, nog kan revindiceren, zich óók op de *condictio possessionis* kan baseren. Leidt aanvaarding van de *condictio possessionis* met andere woorden tot samenloop met de *rei vindicatio*? Dit zou men verwachten, maar toch is dit slechts in beperkte mate het geval. De meeste Zwitserse auteurs die de *condictio possessionis* aanvaarden, houden immers vast aan het reeds genoemde subsidiariteitsbeginsel,¹¹⁶ op grond waarvan de *condictio* slechts kan worden ingezet wanneer de eiser geen andere vordering tot zijn beschikking heeft.¹¹⁷ Concurrentie tussen *rei vindicatio* en *condictio*, in die zin dat de eiser de *keuze* zou hebben tussen beide vorderingen, is op grond van dit beginsel uitgesloten. Een vorm van passieve samenloop zou zich volgens deze leer wel kunnen voordoen, wanneer, zoals in de bekende tekst van Paulus,¹¹⁸ een zaak, die niet aan de tradent toebehoorde, onverschuldigd is geleverd. In dit geval staat de *rei vindicatio* nog ter beschikking van de eigenaar, en kan de tradent slechts de *condictio* vanwege het bezit instellen. Zo heeft Hermann Schulin duidelijk deze casus van Paulus voor ogen wanneer hij in het *Basler Kommentar* schrijft:

‘Der Bereicherungsanspruch und der Eigentumsherausgabeanspruch aus Art. 641 Abs 2 ZGB schliessen sich aus, denn als Eigentümer kann man nicht um das Eigentumsrecht entreichert sein. [...] Ist der Besitz allein grundlos zugewendet worden, so kann er aus Bereicherungsrecht (*condictio possessionis*) zurückgefordert werden. [...] Das ist z.B. der Fall, wenn jemand eine Sache, die ihm nicht gehört, aufgrund eines Mietvertrags, der sich hinterher als ungültig herausstellt, einem anderen übergeben hat.’¹¹⁹

Men merke op dat een enigszins vreemde situatie ontstaat wanneer men zowel de *condictio possessionis* wil erkennen als aan het subsidiariteitsbeginsel wil vasthouden. De consequentie is immers dat de gedaagde, die vanwege een onverschuldigde betaling het bezit van een zaak heeft verworven en niet op grond van een regel van derdenbescherming alsnog de eigendom heeft verkregen, in het ene geval, wanneer het een eigenaar is die de betaling

116 *Supra*, bij n. 52.

117 Von Tuhr/Peter, I, p. 521.

118 D. 12,6,15,1, *supra*, p. 88, n. 436.

119 Schulin, in: *BSK. OR I*, Art. 62, nr. 37. Schulin verwijst naar Von Tuhr/Peter, I, p. 476, die in gelijke zin stelt: ‘Auch der *Besitz* kann Gegenstand einer grundlosen Zuwendung und daher einer Rückforderung sein (*condictio possessionis*). Dabei geht es nicht um den – im gemeinen Recht häufigen – Fall, daß A zugleich mit dem Besitz einer Sache das Eigentum grundlos dem B überträgt; denn wegen der kausalen Natur der Eigentumsübertragung kann diese Rechtsfolge heute kaum mehr eintreten. Hat aber A dem B nicht das Eigentum, sondern nur den Besitz einer (ihm selbst nicht gehörenden) Sache ohne Rechtsgrund verschafft, so kann er auch nur Rückgabe des Besitzes verlangen; die Rückgabe des Besitzes kann ihm aber nicht deswegen verweigert werden, weil er nicht Eigentümer war. Daher ist bei Rückforderung einer grundlos zugewendeten Sache der Beweis des Eigentums nicht erforderlich.’

heeft verricht, niet met de verrijkingsoverdracht kan worden aangesproken, omdat aan de eiser nog een *rei vindicatio* ter beschikking staat, maar hij in het andere geval, wanneer bijvoorbeeld een huurder de onverschuldigde betaling heeft verricht, geacht wordt 'ein ökonomisch wertvolles Gut'¹²⁰ te hebben verkregen waardoor hij met de *condictio possessionis* aansprakelijk is, zelfs wanneer hij door de eigenaar van de gehuurde zaak met de *rei vindicatio* kan worden aangesproken. De vraag rijst dan ook wat het belang is van de *condictio possessionis* in het Zwitserse recht. De *condictio possessionis* zou ten eerste van belang kunnen zijn in het zojuist genoemde geval waarin de niet-eigenaar, bijvoorbeeld de huurder, een zaak onverschuldigd heeft geleverd.¹²¹ De eigenaar kan deze zaak nog revindiceren, maar wanneer de verkrijging van het bezit onder het verrijkingsoverdracht van art. 62 OR wordt geschaard, heeft de huurder, die immers contractueel gebonden is jegens de eigenaar, daarnaast de mogelijkheid om de *condictio* in te stellen tegen de accipiënt.

Wanneer men evenwel een stap verder zou gaan en het subsidiariteitsbeginsel zou laten varen, dan zou de eiser in voorkomende gevallen de keuze hebben om, naast de *rei vindicatio*, de *condictio* in te stellen. Dit doet de vraag rijzen of daar voor de eiser een voordeel aan zou zijn verbonden. Is er bijvoorbeeld, zoals in het Duitse recht, een verschil gelegen in de regelingen voor de afdracht van vruchten? Wanneer iemand te goeder trouw andermans zaak gebruikt heeft, dan rust op hem geen verplichting om daarvoor aan de eigenaar een vergoeding te betalen. De bezitter te goeder trouw is immers niet verplicht om een gebruiksvergoeding aan de eigenaar te betalen,¹²² heeft een retentierecht als de noodzakelijke en nuttige uitgaven die hij met betrekking tot de zaak gedaan heeft, niet aan hem zijn vergoed,¹²³ en is gerechtigd de vruchten te behouden die hij te goeder trouw heeft getrokken. De eiser zou er dus baat bij kunnen hebben om, naast de *rei vindicatio*, met betrekking tot de vruchten de verrijkingsoverdracht te kunnen instellen,¹²⁴ ook al wordt in de literatuur aangenomen dat te goeder trouw verkregen vruchten niet leiden tot een *ongerechtvaardigde* verrijking.¹²⁵

Een laatste voordeel dat in de literatuur wordt genoemd voor beschikbaarheid van de *condictio*, naast de *rei vindicatio*, is het bewijsrechtelijk voordeel dat aan de *condictio*, ten opzichte van de *rei vindicatio*, zou zijn verbonden.¹²⁶

120 Wenner, *Bereicherung*, p. 155.

121 Bussy, *Enrichissement*, nr. 66.

122 Art. 938 I ZGB: 'Wer eine Sache in gutem Glauben besitzt, wird dadurch, dass er sie seinem vermuteten Rechte gemäss gebraucht und nutzt, dem Berechtigten nicht ersatzpflichtig.' Zie Lindenmann, 938 ZGB, p. 143; Ernst, in: BSK. ZGB II, Art. 938.

123 Art. 939 I ZGB.

124 Eger, ZSR 33, p. 353.

125 Lindenmann, 938 ZGB, p. 104.

126 Von Tuhr/Peter, I, p. 476, onder verwijzing naar de dissertatie van Bussy, *Enrichissement*, nr. 66. Het betreft een passage die grotendeels ongewijzigd is gebleven sinds de eerste druk uit 1924: zie Von Tuhr, I, p. 371-72; zie ook Von Tuhr/Siegmund, I, p. 403, waarnaar de Nederlandse Parlementaire Geschiedenis verwijst, *infra*, p. 252, n. 402.

De eiser is immers niet verplicht om het eigendomsbewijs te leveren. Of de bewijslast in de *rei vindicatio* zwaarder is dan het bewijs dat in het kader van de *condictio* moet worden geleverd, kan echter worden betwijfeld. In de literatuur is dit vermeende bewijsrechtelijke voordeel slechts in beperkte mate naar voren gebracht:

‘Die Kondiktion wird freilich für den Eigentümer nur in den wenigsten Fällen von praktischer Bedeutung sein. Ausgeschlossen ist dies jedoch nicht, weil sie nur den Nachweis der Nichtigkeit des Mietvertrages erfordert, nicht auch den Eigentumsnachweis.’¹²⁷

Een deel van de auteurs houdt vast aan de subsidiariteitsleer.¹²⁸ Andere auteurs trekken uit het ruime verrijkingsbegrip dat aan de *condictio possessionis* ten grondslag ligt, de conclusie dat ook de eigenaar de keuze zou moeten hebben om de verrijkingsvordering in te stellen.¹²⁹ Dit is echter niet de heersende leer.

De conclusie luidt dat de vraag of de *condictio* in Zwitserland aan een eiser wordt toebedeeld *niet* afhangt van de vraag of zich een vermogensverschuiving ten gunste van de gedaagde heeft voorgedaan, maar van de vraag of aan *deze eiser* nog een andere vordering tegen de gedaagde kan instellen: is dit het geval, dan geldt hij niet als ‘entreichert’ en zal hij eerst deze andere vordering, in ons geval de *rei vindicatio*, dienen in te stellen. Samenloop tussen *rei vindicatio* en *condictio* zou zich volgens de subsidiariteitsleer wel kunnen voordoen, maar uitsluitend in het geval aan de actieve zijde van beide vorderingen verschillende partijen staan.

§ 4.4 SAMENLOOP EN DE ‘EIGENTÜMER-BESITZER-VERHÄLTNIS’

In het huidige Duitse recht is samenloop mogelijk tussen de *rei vindicatio* (Vindikation; Eigentumsherausgabeanspruch) van § 985 BGB en de *condictio* (Kondiktion; Bereicherungsklage) van § 812 BGB:

‘Im Zweipersonenverhältnis ist es denkbar, daß mit der Vindikation (§ 985) eine ebenfalls auf Herausgabe der Sache gerichtete Leistungskondiktion – eine *condictio possessionis* – konkurriert.’¹³⁰

127 Koller, *Obligationenrecht*, p. 553.

128 *Supra*, n. 50.

129 Zie Wenner, *Bereicherung*, p. 157; Nietlispach, *Gewinnherausgabe*, p. 383: ‘Kondiktion und Vindikation stehen (nach hier vertretener Auffassung) somit zueinander in Konkurrenz.’ Zie een overzicht van deze opvattingen bij Gauch & Schlupe, *Obligationenrecht* I, nr. 1499, n. 9.

130 Staudinger/Lorenz, §§ 812–822, Vorbem. zu §§ 812 ff, nr. 39. Zie ook Schmitt, *Subsidiarität*, p. 94–95: ‘Der Tatbestand des § 812 verlangt, daß jemand *etwas* auf Kosten eines anderen ohne rechtlichen Grund *erlangt* hat. Dieses Erlangen wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Kondiktionsschuldner noch aus sonstigen Gründen in Anspruch genommen werden kann. Er hat den Besitz einer Sache auch dann erlangt, wenn dem Besitzvorgänger zugleich ein Anspruch aus § 985 BGB zusteht.’

Het is opmerkelijk dat de samenloop van beide vorderingen juist in de Duitse rechtsleer veel aandacht heeft gekregen. Het Duitse recht kent immers een abstract stelsel van eigendomsoverdracht waarin de eigendomsoverdracht onafhankelijk is van de geldigheid van de leveringstitel (het ‘Trennungsprinzip’). Het feit dat de tradent dwaalde bij het doen van de betaling, verhindert de eigendomsoverdracht niet. De tradent beschikt slechts over de *condictio* die op de verrijking van de accipiënt is gebaseerd en niet meer over de *rei vindicatio*. Samenloop tussen beide vorderingen doet zich dus niet zo vaak voor als men bijvoorbeeld in Zwitserland zou verwachten.

Ondanks het feit dat de traditionele opvatting over de verhouding tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* – wederzijdse uitsluiting – ook in Duitsland aan de basis heeft gestaan van het abstracte stelsel van eigendomsoverdracht, doet zich de opvallende situatie voor dat juist in Duitsland, vrijwel het enige Europese land dat dit abstracte stelsel huldigt, de samenloop tussen *rei vindicatio* en de *condictio* het meest nadrukkelijk is aanvaard.

Deze samenloop tussen Vindikation en Kondiktion kan zich voordoen in gevallen van ‘Doppelnichtigkeit.’ Daarmee wordt de situatie aangeduid waarin niet alleen de obligatoire titel ongeldig is, maar deze ongeldigheid doorwerkt in de ongeldigheid van de zakelijke overeenkomst. Ondanks Savigny’s ‘Trennungsprinzip,’ gaat er in dat geval geen eigendom over. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer de vervreemder niet, of slechts beperkt, handelingsbekwaam is.¹³¹ Samenloop tussen de *condictio possessionis* en de *rei vindicatio*, kan zich dus, ook in Duitsland, wel degelijk voordoen.

De vraag rijst vervolgens wat in dit geval het praktische belang is van de aanvaarding van de *condictio possessionis*, naast de *rei vindicatio*. De aanvaarding van Bruns’ leer – en de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio possessionis* die hieruit voortvloeit – heeft geleid tot een uitgebreide literatuur over wat in de literatuur met de ‘Eigentümer-Besitzer-Verhältnis’ wordt aangeduid.¹³² Hierbij wordt een vergelijking gemaakt tussen het geval waarin slechts het verbintenisscheppende feit nietig is (‘ein nur kausalnichtiger Rechtsgeschäft’), en dat waarin ook de zakelijke overeenkomst ongeldig is (‘ein doppelnichtiger Rechtsgeschäft’); in het eerste geval is de accipiënt eigenaar geworden en kan de solvent zich alleen op de *condictio* beroepen, terwijl hij in het tweede geval eigenaar is gebleven is en hij in principe op grond van zowel de *condictio* als de *rei vindicatio* zou kunnen procederen. De beschikbaarheid van de *rei vindicatio* zou, zo lijkt het, tot een hogere mate van bescherming moeten leiden.¹³³ Maar er blijkt, om een enkel voorbeeld te geven, tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* een verschil te bestaan in de

131 Zie Larenz/Canaris, *Schuldrecht* II.2, § 74, p. 339.

132 Zie de handboeken van Reuter & Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung* II, p. 483–539; Larenz/Canaris, *Schuldrecht* II.2, § 74 I; Staudinger/Lorenz, §§ 812–822, Vorbem. zu §§ 812 ff, nr. 39–44. Zie ook Köbl, *EBV*, p. 200 sq.; Waltjen, *AcP* 175, p. 109 sq.; Mühl, *AcP* 176, p. 396; Schlechtriem, *Restitution* I, p. 256.

133 Dit is het ‘Paradefall’ van de ‘Kollisionsentscheidung’ tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*; zie Waltjen, *AcP* 175, p. 113.

maatstaf voor aansprakelijkheid tot afdracht van zogeheten 'Nutzungen,' waarmee het voordeel wordt aangeduid dat de gedaagde heeft gehad door gebruik te maken van de zaak en daar de vruchten van te kunnen trekken.¹³⁴ Er bestaat een discrepantie tussen de mate van aansprakelijkheid van de gedaagde in de *rei vindicatio* en de *condictio*. Terwijl de gedaagde, wanneer hij met de *rei vindicatio* wordt aangesproken, slechts verplicht is deze 'Nutzungen' af te dragen vanaf het moment dat de rechtsstrijd een aanvang heeft genomen,¹³⁵ staat hij er, wanneer hij wordt aangesproken met de *condictio*, slechter voor, want op die grond is hij tot volledige afdracht van deze 'Nutzungen' verplicht.¹³⁶ De vraag rijst of er een dwingende volgorde geldt op grond waarvan de eiser beide acties dient in te stellen? Is de *condictio* subsidiair ten opzichte van de *rei vindicatio*, zodat de eiser slechts beperkt recht heeft op 'Nutzungen' wanneer hij nog met de *rei vindicatio* kan procederen? In dat geval zou de eiser in geval van 'Doppelnichtigkeit,' wat betreft de 'Nutzungen,' opvallend genoeg in een *slechtere* positie komen te verkeren, dan wanneer hij alleen de *condictio* tot zijn beschikking had gehad. In de literatuur wordt aangenomen dat de eiser in dit geval, ondanks het feit dat de *rei vindicatio* in beginsel voorrang krijgt, toch een beroep zal kunnen doen op de bepaling over de afdracht van 'Nutzungen' in de *condictio*, mits de gedaagde de zaak van de eigenaar zelf op grond van een nietige overeenkomst heeft verkregen.¹³⁷

§ 4.5 SLOT

Aan het begin van dit hoofdstuk werd de vraag opgeworpen welk van beide opvattingen in het Duitse en Zwitserse recht de overhand had gekregen: de opvatting dat de *condictio* een op eigendomsoverdracht gerichte vordering is, of die dat de *condictio possessionis* mogelijk is. Wij zien dat dit laatste het geval is geweest. Hierdoor is de mogelijkheid geopend dat zich samenloop met de *rei vindicatio* voordoet. Dat betekent echter niet dat de 'traditionele,' in Duitsland door Savigny verdedigde, leer waarbij de *condictio* per definitie op eigendomsoverdracht is gericht, zonder betekenis is geweest. Dit beginsel wordt weliswaar, door de interventie van Bruns, niet langer gehanteerd, maar het leeft voort in de aanvaarding van het Abstraktionsprinzip, waar het de systematische basis van vormt. Omgekeerd heeft het Zwitserse recht zich van dit abstracte stelsel van eigendomsoverdracht afgekeerd, en heeft het, door jurisprudentieel ingrijpen, een causaal stelsel van eigendomsoverdracht aanvaard. Hierbij werd echter in eerste instantie nog steeds uitgegaan van de traditionele opvatting; maar vrij snel werd, onder invloed van de ontwikkeling in Duitsland, de *condictio possessionis* ook in Zwitserland erkend.

134 § 100 BGB.

135 § 987 BGB.

136 § 818 I BGB.

137 Zie Larenz/Canaris, *Schuldrecht* II.2, § 74, p. 340.

Zwitserland heeft zich dus verwijderd van het argument dat, via Savigny, op de glosse teruggaat, en de wederzijdse exclusiviteit van de *rei vindicatio* en de *condictio* vooronderstelt. Toch moet worden aangetekend dat in het Zwitserse recht de verrijkingsvordering alsnog subsidiair is verklaard aan de *rei vindicatio*. Daardoor bestaat er in de praktijk, door de aanvaarding van dit beginsel van subsidiariteit, paradoxaal genoeg een situatie die dichter tegen deze wederzijdse exclusiviteit van *rei vindicatio* en *condictio* aanligt dan tegenwoordig in het Duitse recht het geval is.