

**W.H. van Boom, F. Nieper, Recente ontwikkelingen in het Duitse vermogensrecht,
Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 1999, p. 105-112**

Hoewel men in Duitsland — kijkend naar de weinig actieve wetgever¹ — soms het gevoel kan hebben dat er weinig vooruitgang in het privaatrecht te bespeuren is, zorgt de rechtspraak niettemin voor voortdurende beweging. Het grote aantal rechterlijke uitspraken zorgt er altijd voor dat voldoende materiaal bestaat om tal van kronieken te vullen.² Hierna zal daarom met name aan de hand van een aantal belangrijke uitspraken een overzicht worden gegeven van de voornaamste ontwikkelingen in het Duitse vermogensrecht.³ De verslagperiode betreft 1996 tot heden en sluit wat chronologie betreft dus aan bij de bijdrage van Mincke in NTBR 1996/7, p. 181 e.v.

I. WETGEVING

Nauwelijks noemenswaard is de wijziging van de AGBG (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 1976), waarmee EG-richtlijn 93/13/EEG inzake de bezwarende verkoopbedingen werd geïmplementeerd (overigens wel achttien maanden te laat).⁴ Voor ons land is dit niettemin een saillant detail, aangezien in ons land — dat met Afdeling 6.5.3 van het BW een op de Duitse AGBG-leest geschoeide algemene voorwaardenregeling kent — implementatiemaatregelen niet noodzakelijk werden gevonden.⁵ Het nieuwe § 24a AGBG bepaalt bijvoorbeeld dat algemene voorwaarden in consumententransacties behoudens tegenbewijs worden vermoed te zijn opgenomen op initiatief van de ondernemer.

Van groter belang zijn een aantal andere wetswijzigingen, die al langere tijd op de politieke agenda stonden en die in de laatste regeertermijn van Kohl zijn voltooid. Het betreft wijzigingen in het Handelsgesetzbuch (HGB). Met deze wijzigingen is de scheiding tussen handelsrecht en burgerlijk recht niet alleen gehandhaafd, maar zelfs versterkt. De ‘Handelsrechtsreformgesetz’⁶ vereenvoudigde het begrip ‘Kaufmann’. In het Duitse stelsel is dat begrip bepalend voor de toepasselijkheid van bepaalde handelsrechtelijke voorschriften. Bovendien werd het recht inzake de handelsrechtelijke ‘Firma’ ‘gedereguleerd’.⁷

De ‘Transportrechtsreformgesetz’⁸ bracht verbetering in het Duitse transportrecht, dat voordien

¹ Het gebrek aan voortgang bij de ‘Schuldrechtsreform’ is hiervan een in het oog springend voorbeeld.

² En dat gebeurt dan ook; zie bijvoorbeeld: Assies, *Wirtschaftsrechtliche Beratung (WiB)* 1996, p. 564 e.v.; dezelfde, *Deutsches Steuerrecht (DStR)* 1997, p. 1976 e.v.; Broß, *Wertpapiermitteilungen (WM)* 1997, Sonderbeilage 2/1997; Ganter, *WM* 1996, p. 1705 e.v.; Gursky, *Juristenzeitung (JZ)* 1997, p. 1094 e.v. en *JZ* 1997, p. 1154 e.v.; Höfler en Franke, *WiB* 1997, p. 971 e.v.; Hoppmann, *Transportrecht (TRANSPR)* 1997, p. 132 e.v.; Koch, *Wohnungswirtschaft und Mietrecht (WuM)* 1997, p. 148 e.v.; Kreft, *WM Beilage* 1997/5, p. 3 e.v.; Lützenkirchen, *WuM* 1998, p. 127 e.v.; Pape, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1996, p. 887 e.v.; dezelfde, *NJW* 1997, p. 980 e.v.; Scholz, *WM* 1996, p. 1425 e.v.; Siol, *WM* 1996, p. 2217 e.v.; Tiedtke, *JZ* 1997, p. 869 e.v. en *JZ* 1997, p. 931 e.v.; dezelfde, *WiB* 1996, p. 1039 e.v.; dezelfde, *WiB* 1996, p. 982 e.v.; Treier, *Deutsche Wohnungswirtschaft (DWW)* 1996, p. 261 e.v.; dezelfde, *DWW* 1997, p. 279 e.v.; dezelfde, *WM Beilage* 1997/6, p. 2 e.v.; v. Dücker, *Betriebsberater (BB)* 1996, p. 3 e.v.; Wenzel, *WM Beilage* 1996/5, p. 1 e.v.

³ Met betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht zij verwezen naar Nieper en Van Boom, *A&V* 1998, p. 29 e.v.

⁴ ‘Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung’ van 19 juli 1996, *BGBI. I*, p. 1013. Zie voor een overzicht van wijzigingen in de AGBG Heinrichs, *NJW* 1995, p. 153 e.v.

⁵ Zie daarover bijv. M.H. Wissink, in: *Europees contractenrecht, BWKJ* 1995, p. 155 e.v.

⁶ ‘Gesetz zur Neuordnung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften’ van 22 juni 1998, *BGBI. I*, p. 1474.

⁷ Zie het uitvoerige overzicht van Karsten Schmidt, *NJW* 1998, p. 2161 e.v.

⁸ ‘Gesetz zur Neuordnung des Fracht-, Speditions- und Lagerrechts’ van 25 juni 1998, *BGBI. I*, p. 1588. Zie nader Herber, *Die Neuordnung des deutschen Transportrechts*, *NJW* 1998, p. 3297 e.v.

erg verbrokkeld geregeld was.⁹ Aanleiding voor deze wijzigingen was de liberalisering van de Europese vervoermarkt (m.n. vrijheid van cabotage in het wegtransport) per 1 juli 1998. Door deze liberalisering kwam aan de marktregulering in de ‘Güterkraftverkehrsgesetz’ alle grond te ontvallen, zodat de gelegenheid te baat werd genomen om alle transportmodaliteiten in het HGB bijeen te brengen. Deze codificatie is voor Duitse begrippen een grote stap voorwaarts. Thans zijn in de vierde tot en met zesde Afdeling van het vierde Boek van het HGB vernieuwde regelingen opgenomen voor vervoer (over weg, spoor en binnenwateren), expeditie en bewaarneming, terwijl de regeling van het zeetransport in het vijfde boek ongewijzigd bleef.¹⁰ Opmerkelijk aan de hercodificatie van het vervoerrecht is dat een commissie van deskundigen, onder leiding van Herber, slechts een paar jaar nodig had (1992-1998) om deze wetgeving te verwezenlijken.¹¹ Daarbij is de rechtspraak, zo benadrukt althans Herber, zoveel mogelijk ontzien; alleen de meest noodzakelijke wijzigingen werden doorgevoerd.¹² Dat neemt overigens niet weg dat de overgang van de oude naar de nieuwe regeling in het HGB zowel qua structuur als inhoud aanzienlijk is.

II. RECHTSPRAAK

De Duitse civiele rechtspraak die in de verslagperiode werd gepubliceerd beslaat vele banden, zelfs als men slechts de uitspraken van het BGH zou tellen. We beperken ons dus tot algemeen relevante uitspraken.

Totstandkoming van rechtshandelingen

1. Tot de essentialia van een geldig contract behoren uiteraard de contractspartijen zélf. Toch achtte het BGH het mogelijk dat de identiteit van een van de contractspartijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst nog onbepaald is.¹³ Een concern gaf aan een makelaar opdracht tot (vertegenwoordiging bij) aankoop van een hotel; de identiteit van de koper werd vooralsnog in het midden gelaten. Toen de makelaar een bepaald pand aanbood, werd door het concern een commanditaire vennootschap in het leven geroepen die als koper optrad. De makelaar sprak deze c.v. aan tot betaling van provisie. Het BGH besliste dat de vertegenwoordigde ten tijde van de opdracht nog niet hoeft te bestaan; men kan het aan de vertegenwoordiger overlaten om naderhand de vertegenwoordigde aan te wijzen.¹⁴ Wordt deze ‘meester’ door de vertegenwoordiger naderhand aangewezen, dan komt het contract op dat moment daadwerkelijk tot stand. Van terugwerkende kracht, zoals die zich voordoet ingeval van bekrachtiging van onbevoegde vertegenwoordigingshandelingen¹⁵, is hier geen sprake, zo overweegt het BGH. Daarom is het voor binding van de c.v. aan het contract geen beletsel dat zij ten tijde van de opdracht nog niet bestond. Het is onduidelijk welke theoretische inkadering van de binding ‘ex nunc’ het BGH voor ogen stond.¹⁶ Mogelijk is de gedachte geweest dat terugwerkende kracht hier niet mogelijk

⁹ Herber, t.a.p., p. 3297 e.v.

¹⁰ Zie uitgebreid Haak, TVR 1998/4, p. 75 e.v.

¹¹ Zie nader Haak, t.a.p.

¹² Herber, t.a.p., p. 3299.

¹³ BGH 18 september 1997, NJW 1998, p. 62 e.v., BB 1998, p. 185 e.v., DB 1997, p. 2428 e.v., MDR 1997, p. 1104 e.v., Versicherungsrecht (VersR) 1997, p. 1532 e.v., WM 1997, p. 2253 e.v., Zeitschrift für Insolvenzrecht (ZfIR) 1997, p. 647 e.v.

¹⁴ Zie aldus reeds BGH NJW 1989, p. 164, 166.

¹⁵ § 177 en 184 BGB; vgl. art. 3: 69 lid 1 BW.

¹⁶ Vgl. over de terugwerkende kracht van bekrachtiging in dergelijke gevallen naar Nederlands recht art. 2: 93/203 BW (handelen namens BV/NV in oprichting) en overigens art. 3:67/69 BW. Ook naar Nederlands recht lijkt onduidelijk te

is omdat binding aan een contract bestaan en bepaaldheid van de contractspartijen vooronderstelt.¹⁷ Hoe dat ook zij, wat betreft de periode gelegen tussen de vertegenwoordigingshandeling en de ‘aanvaarding’ van het contract door de vennootschap, bestaat dus geen binding van de vennootschap aan het contract. Wordt het contract niet (of te laat) ‘aanvaard’, dan biedt § 177 jo. 179 BGB overigens wel een met art. 3: 70 BW vergelijkbare grond voor aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger.

2. Soms eist het BGB dat een contract op schrift is gesteld, met ondertekening en al. Maar een op papier gesteld contract is vaak te omvangrijk voor één enkel velletje. Onlangs heeft het BGH zich moeten verdiepen in de vraag of ook dan aan het gestelde vormvereiste is voldaan wanneer een akte bestaat uit meer vellen die niet met elkaar verbonden zijn.¹⁸ Dat speelt met name wanneer slechts de laatste pagina ondertekend is. De vellen behoeven volgens het BGH niet fysiek aan elkaar te zijn gehecht, wanneer de samenhang blijkt uit doorlopende paginering, doorlopende nummering in de tekst, grafische kenmerken, inhoudelijke samenhang van de tekst of uit identieke kenmerken. De uitspraak wijkt in zekere zin af van eerdere rechtspraak van het BGH, waarin voor bij elkaar behorende akten wél het vereiste van fysieke aaneenhechting werd gesteld.¹⁹ De minder strikte eisen die het BGH thans aan meerbladige onderhandse akten stelt, wijkt op goede gronden af van de vereiste verbinding door ‘koord en zegel’ bij notariële akten (§ 44 Beurkundungsgesetz). Weliswaar kan een fysieke verbinding ook bij onderhandse akten zinvol zijn, maar aangezien deze akten ook door juridische leken kunnen worden opgesteld, zou het rechtsverkeer – alsook bijvoorbeeld het faxverkeer – onnodig worden belemmerd wanneer de rechtsgeldigheid van een akte zou afhangen van de fysieke verbinding. Het BGH acht een fysieke verbinding evenmin onontbeerlijk voor de bewijs- en ‘waarschuwings’functie van akten. De schiftelijkheidseis werpt op zich al voldoende barrière op tegen overhaast contracteren, terwijl de bewijsfunctie volgens het BGH voldoende wordt gewaarborgd doordat partijen in veel gevallen gelijkluidende akten uitwisselen en alle bladzijden paraferen. Bovendien is fysieke aaneenhechting geen waterdicht bewijs van volledigheid en oorspronkelijkheid van de akte: verbindingen tussen vellen papier kunnen immers naderhand zijn aangebracht of gewijzigd.

3. ‘Schweigen ist keine Erklärung’, zo wordt Duitse rechtenstudenten geleerd. Duitse juristen zouden het puntje van hun potlood dus afbreken als ze ‘konkludentes Angebot’ moesten vertalen met ‘stilzwijgend aanbod’. Toch speelt steeds uiteraard ook in Duitsland de vraag of uit stilzwijgen rechtsgevolgen kunnen voortvloeien.

a. Wie zwijgt stemt toe. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer partijen in vergaande onderhandelingen verwickeld zijn geraakt, zij het praktisch eens zijn geworden en dus op totstandkoming van een contract rekenen. Als in die situatie een aanbod wordt gedaan, dan mag de wederpartij niet zwijgen. Doet hij dat wel, dan mag – aldus vaste rechtspraak – in een dergelijk zwijgen een stilzwijgende aanvaarding van het aanbod worden gezien.²⁰ Dat is echter niet het geval, zo besliste het BGH in 1995, wanneer de onderhandelingen nog niet tot volledige

zijn of bekrachtiging ex art. 3: 69 BW verder kan terugwerken dan tot het moment van oprichting van de rechtspersoon. Zie Asser-Maeijer III, nr. 76-77.

¹⁷ Zie Karten Schmidt, JuS 1987, p. 431.

¹⁸ BGH 24 september 1997, NJW 1998, 58, DWW 1997, p. 426, JZ 1998, p. 520 (Schulze), DSr 1997, p. 1980 (Goette), BB 1998, p. 288 (Nettesheim), MDR 1998, p. 31 (Sternel), WM 1997, p. 2361, WuM 1997, p. 667, ZIP 1997, p. 2085, ZMR 1998, p. 12, GE 1997, p. 1518, NZM 1998, p. 25, ZfIR 1997, p. 721, JABl 1998, p. 353 (Herbert).

¹⁹ BGHZ 40, 263, NJW 1964, p. 395.

²⁰ BGH BB 1955, p. 1068; BGHZ 96, p. 920.

overeenstemming hebben geleid.²¹ ‘Treu und Glauben’ nopen in dat geval niet tot een onverwijld verwerping van het aanbod, wanneer daarin bedingen voorkomen waarover nog geen overeenstemming werd bereikt.

Een ander geval van ‘stilzwijgend toestemmen’ betrof het volgende. Een crediteur wenste dat zijn schuldenaar voor een borg zou zorgen. De bank van de schuldenaar bleek hiertoe bereid en zij zond een verklaring van borgtocht aan de verkoper. Deze reageerde niet en zond de verklaring evenmin retour. Op grond hiervan concludeerde het BGH dat de borgtocht totstand was gekomen door aanvaarding van de crediteur tegenover de bank.²² Niets opmerkelijks, zouden wij geneigd zijn te denken: stilzwijgende aanvaarding, zoals we dat kennen uit art. 3: 37 lid 1 i.f.BW. Maar in Duitsland ligt de zaak gecompliceerder. § 130 BGB, dat vergelijkbaar is met art. 3: 37 lid 3 BW, eist dat een verklaring degene tot wie zij gericht is, bereikt. In Duitsland is men zeer terughoudend als het gaat om het afleiden van verklaringen uit stilzwijgen. Vandaar dat men liever niet spreekt in termen van ‘stilzwijgend verklaren’. In § 151 BGB is evenwel een mildere regel opgenomen voor de aanvaarding van een aanbod: de aanvaarding behoeft niet tegenover de aanbieder te geschieden wanneer de aanbieder daarmee instemt of wanneer zulks naar verkeersopvatting niet nodig wordt geacht. Let wel: § 151 BGB tomt niet aan het vereiste van een *wilsverklaring* bij de aanvaarding, maar aan het vereiste dat de verklaring de wederpartij moet bereiken om werking te krijgen. Dus ook al moet de instemming met de borgtocht volgen uit een naar buiten blijkende, eenduidige verklaring,²³ kan dit uit het *behouden* van de akte van borgstelling naar verkeersopvatting voldoende blijken. Daarin ligt de eenduidige verklaring besloten. Het BGH neemt een flinke omweg om thuis te komen: liever dan te erkennen dat sprake is van een *stilzwijgende* aanvaarding wordt dus de route van § 151 BGB bewandeld. Maar ook die behelst een element van ‘stilzwijgendheid’; immers het niet-reageren van de crediteur kan moeilijk anders worden geduid dan als stilzwijgende verklaring tegenover de borg.

b. In een ander geval bleef stilzwijgen zonder gevolg. Een verkoper die de geleverde zaken in containers had afgeleverd, klaagde zich bij de koper erover dat deze minder containers had getourneerd dan er afgeleverd waren. De verkoper vermeldde steeds in de facturen de aantallen uitgeleverde en ingenomen containers, terwijl de koper nimmer de in de facturen vermelde aantallen betwistte. Niettemin oordeelt het BGH dat de ontvanger van een factuur niet verplicht is om eigener beweging dergelijke gegevens in facturen te controleren en eventueel tegen te spreken. Het betreft namelijk informatie die buiten de eigenlijke strekking van een factuur is gelegen. Daarom mocht uit het niet-protesteren niet worden afgeleid dat de koper wat dit betreft rechten prijs gaf.²⁴

Grenzen aan persoonlijke en goederenrechtelijke zekerheid

Het verschaffen van zekerheid voor verleende kredieten is voor sommigen dagelijkse kost. Aan de orde van de dag zijn ook de probleemgevallen die ontstaan wanneer iemand lichtvaardig of op irrationele gronden tot bijvoorbeeld borgstelling overgaat. Een van de meest kenmerkende ontwikkelingslijnen in de Duitse jurisprudentie in dit verband is de bescherming van zwakkeren

²¹ BGH 2 november 1995, NJW 1996, p. 919, WM 1996, p. 181, WiB 1996, p. 441 (Bosch).

²² BGH 6 mei 1997, NJW 1997, p. 2233, BB 1997, p. 1435, DB 1997, p. 1969, KTS 1997, p. 632, MDR 1997, p. 720, WM 1997, p. 1242, ZIP 1997, p. 1151.

²³ BGHZ 74, p. 352, 356 und BGHZ 111, p. 97, 101.

²⁴ BGH 5 februari 1997, NJW 1997, p. 1578, TranspR 1998, p. 83, BB 1997, p. 808, DB 1997, p. 1559, MDR 1997, p. 463, WM 1997, p. 1483. Vgl. reeds BGH MDR 1959, p. 913, BB 1959, p. 826.

in het kredietverkeer. Die bescherming betreft overigens niet alleen persoonlijke zekerheden, maar ook over de kredietnemer zelf. Met name de ‘zwaksten der zwaksten’, de particulieren die niet beroeps- of bedrijfsmatig handelen, krijgen de nodige aandacht.

4. In 1998 moest het BGH oordelen over de toepasselijkheid van de ‘Verbraucherkreditgesetz’ (vergelijkbaar met de WCK) op een borgtocht.²⁵ Een bouwonderneming had bepaalde machines geleast, en de directeur had zich persoonlijk borg gesteld voor nakoming door de bouwonderneming. Het BGH laat in het midden hoe geoordeeld had moeten worden wanneer de directeur een persoonlijke lening zou hebben afgesloten ten behoeve van de bouwonderneming; in elk geval is de ‘Verbraucherkreditgesetz’ volgens het BGH niet van toepassing op persoonlijke borgstelling. Allereerst werpt het BGH een blik op richtlijn 87/102/EEG inzake het consumentenkrediet.²⁶ In art. 1 lid 2 onder c. definieert de richtlijn kredietovereenkomst als het contract waarbij een kredietgever aan een natuurlijk persoon, handelend voor doeleinden buiten zijn bedrijf of beroep, krediet verleent in de vorm van betalingsuitstel, lening of soortgelijke financieringsregeling. De borg ontvangt echter niets van de kredietgever; de verplichtingen van de borg zijn integendeel veeleer te beschouwen als een hulpmiddel bij de financiering van het afgesloten leasecontract. Ook in de uitgebreide considerans bij de richtlijn wordt niet gerept van borgtocht of soortgelijke contracten. Voorts is heersende leer in Duitsland dat de richtlijn niet van toepassing is op borgtocht.²⁷

Vervolgens knoopt het BGH aan bij een prejudiciële beslissing van het Europese Hof in een andere zaak.²⁸ Die beslissing betrof de vraag of de Colportagerichtlijn mede ziet op borgtochten aangaande voor schulden van een bedrijfsmatig handelende hoofdschuldenaar. Het Hof oordeelde in die zaak dat de Colportagerichtlijn niet op dergelijke borgtochten ziet. Het BGH ziet ervan af om ook in de onderhavige zaak een prejudiciële beslissing uit te lokken, maar trekt integendeel zelf de door het Europese Hof uitgestippelde lijn door: de richtlijn inzake consumentenkrediet ziet niet op particuliere borgtochten die zijn aangaande in verband met een bedrijfsmatige schuld.

De uitspraak van het BGH contrasteert sterk met een uitspraak uit 1996, waarin het BGH het begrip ‘kredietovereenkomst’ in de ‘Verbraucherkreditgesetz’ juist extensief interpreteerde. In die beslissing betrof het niet een borgtocht, maar de zogenaamde ‘Schuldbeitritt’. Deze rechtsfiguur, die zich nog het beste laat vergelijken met de overeenkomst waarbij men zich sterk maakt voor de schulden van een ander (art. 1352 BW (oud)), leidt er toe dat de ‘toetredende’ debiteur mede de volledige schuldenlast op zich neemt. Daarom is, zo was het BGH althans van mening, de ‘toetredende’ particuliere debiteur net zo beschermenswaardig als de particuliere kredietnemer.²⁹

In de onderhavige beslissing wijst het BGH als gezegd de toepassing van de ‘Verbraucherkreditgesetz’ op borgtocht evenwel af. Weliswaar lijkt borgtocht in economisch opzicht sterk op ‘Schuldbeitritt’, maar de juridische positie van een borg is anders – en minder belastend – dan

²⁵ BGH 21 april 1998, NJW 1998, p. 1939, BB 1997, p. 1435, DB 1997, p. 1969, KTS 1997, p. 632, MDR 1997, p. 720, WM 1997, p. 1242, ZIP 1997, p. 1151.

²⁶ Richtlijn 87/102/EEG van de Raad van de EG van 22 december 1986 betreffende harmonisatie inzake het consumentenkrediet, Pb.EG 1987, L 42, gewijzigd bij richtlijn 90/88/EEG, Pb.EG 1988, L 61.

²⁷ Vgl. Bülow, NJW 1996, p. 2889, 2891; Graf v. Westphalen, DB 1998, p. 295, 297.

²⁸ HvJ EG 17 maart 1998, DB 1998, p. 671 (Seidel), NJW 1998, p. 1295, WM 1998, p. 649, ZIP 1998, p. 554, EuZW 1998, p. 252 (Micklitz), DStR 1998, p. 618 (Graf von Westphalen), IstR 1998, p. 320, RiW 1998, p. 397, VuR 1998, p. 207, MDR 1998, p. 665.

²⁹ BGH 5 juni 1996, BGHZ 133, p. 71, NJW 1996, p. 2156, BB 1996, p. 1522, DB 1996, p. 2069, DZWir 1996, p. 456, MDR 1996, p. 890, WM 1996, p. 1258, ZIP 1996, p. 1209; BGH 12 november 1996, BGHZ 124, p. 94, NJW 1997, p. 654, DNotZ 1998, p. 29 (Graf von Westphalen), WiB 1997, p. 484, BB 1997, p. 278, DB 1997, p. 571, JABl 1997, p. 530, JZ 1997, p. 469 (Bülow), MDR 1997, p. 227, WM 1997, p. 158, ZIP 1997, p. 197, MittBayNot 1997, p. 96

die van de ‘toegetreden’, zelfstandig en hoofdelijk aansprakelijke mededebiteur.³⁰ De verbintenis van de borg is immers ‘slechts’ subsidiair en accessoir aan de hoofdschuld. Bovendien wordt de borg al in het BGB beschermd, namelijk door het vereiste van geschrift (§ 766 BGB).

5. In de hiervoor besproken zaak zou voor de hand hebben gelegen prejudiciële vragen te stellen. In een ander geval heeft het BGH dergelijke vragen wel gesteld. Het betrof de vraag of een particuliere borgtocht, die een zoon tegenover een bank aanging ten behoeve van zijn vader, onderworpen is aan de ‘Haustürwiderrufsgesetz’ (vergelijkbaar met de Colportagewet). De akte van borgtocht was opgemaakt in het ouderlijk huis; een bankemployée was voor de gelegenheid ‘bij de mensen thuis gekomen’. De borg was echter niet gewezen op het uit de de ‘Haustürwiderrufsgesetz’ voortvloeiende ontbindingsrecht.

Aangezien de ‘Haustürwiderrufsgesetz’ de Duitse implementatie is van de colportagerichtlijn,³¹ stelde het BGH aan het Europese Hof de vraag of borgtocht onder het werkingsbereik van de colportagerichtlijn valt. Het Hof overwoog vervolgens kort gezegd dat de colportagerichtlijn niet van toepassing is op (particuliere) borgtochten die worden aangegaan voor schulden die verband houden met de beroeps- of bedrijfsmatige bezigheden van de hoofdschuldenaar.³² Terug naar het BGH: hoe deze prejudiciële beslissing vervolgens toe te passen in het concrete geval, waarin de zoon zich niet alleen borg had gesteld voor zijn bedrijfsmatig handelende vader, maar ook voor zijn moeder (die zichzelf tot hoofdelijk medeschuldenaar van haar echtgenoot had verklaard)? Het BGH gaat aan de slag en legt de beslissing van het Luxemburgse Hof vervolgens aldus uit dat als het ware een dubbele colportagetoets moet worden aangelegd: de particuliere borgtocht is alleen dan aan de Colportagerichtlijn onderworpen indien ook de totstandkoming van de hoofdschuld daaraan is onderworpen.³³ Verdergaande consumentenbescherming wijst het BGH af.

Een klinkende overwinning voor de bank? Nee, de zaak wordt terugverwezen naar de appelrechter. Deze moet nader onderzoek verrichten naar de beweerdelijke ‘Sittenwidrigkeit’ (§ 138 Abs. 1 BGB) van de borgtocht. Dat onderzoek moet sinds 1994 worden verricht; in dat jaar besliste het Bundesverfassungsgericht namelijk dat een borgtocht wegens ‘Sittenwidrigkeit’ rechtskracht mist wanneer deze wordt aangegaan door een ‘bezwaarde verwant’, i.e. een structureel afhankelijk familielid zonder eigen bestaansmiddelen dat met de borgtocht een onredelijk bezwarende financiële verplichting aangaat.³⁴ Deze ‘landmark decision’ van het Bundesverfassungsgericht heeft tot veel vervolgrechtspraak van het BGH aanleiding gegeven. We noemen er hier een aantal.

6. Een borgtocht is niet reeds ‘sittenwidrig’ en dus nietig om de enkele reden dat zij in financieel opzicht de borg ‘overvraagt’. Maar in een dergelijk geval kan wél sprake zijn van nietigheid wanneer de schuldeiser geen rechtens te respecteren belang heeft bij zijn vorderingsrecht op het borgstellende familielid. Dat belang bestaat bijvoorbeeld wel wanneer de borgstellende echtgenote eigen vermogen heeft. Maar ook het gevaar van vervreemding van

³⁰ Zie over ‘Schuldbeitritt’ en de verschillen met borgtocht bijv. Reinicke en Tiedtke, Gesamtschuld und Schuldsicherung durch Bürgschaft, Hypothek, Grundschuld, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, 2e druk Neuwied 1988, p. 103-105.

³¹ Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van de EG van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, Pb.EG 1985, L 372.

³² HvJ EG 17 maart 1998, NJW 1998, p. 1295, WM 1998, p. 649, ZIP 1998, p. 554, EuZW 1998, p. 252 (Micklitz), DStR 1998, p. 618 (Graf von Westphalen), IStR 1998, p. 320, RiW 1998, p. 397, VuR 1998, p. 207, MDR 1998, p. 665, DB 1998, p. 671 (Seidel).

³³ BGH 14 mei 1998 NJW 1998, p. 2356.

³⁴ BVerfG 5 augustus 1994, NJW 1994, p. 2749, BB 1994, p. 2296, FamRZ 1995, p. 23, WM 1994, p. 1837, ZIP 1994, p. 1516. Zie uitgebreid over deze materie Tjittes, Bezwaarde verwanten, oratie VU 1996, p. 24 e.v.

vermogensbestanddelen aan deze echtgenote schept voldoende belang bij voortbestaan van de borgtocht. Dit belang komt echter aan de borgstelling te ontvallen, zo besliste althans het BGH, zodra het huwelijk tussen hoofdschuldenaar en borg door echtscheiding eindigt.³⁵

7. In een ander geval woonde de borg ten tijde van borgstelling samen met de hoofdschuldenaar en was zij verloofd met hem.³⁶ Bovendien was ze op dat moment bij hem in loondienst en ontving ze een maandloon van DM 3500, terwijl de omvang van de borgtocht een kleine miljoen DM bedroeg. Na faillietverklaring van de echtgenoot werd de borg tot betaling van ongeveer 300.000 DM aangesproken. Het BGH besliste dat deze borg evenzeer bescherming verdiende als een borg die ten tijde van borgstelling gehuwd is met de hoofdschuldenaar, omdat tussen de levenspartners een vergelijkbare affectieve relatie bestond. Het enkele feit dat de omvang van de borgstelling de financiële draagkracht van de borg te boven gaat, brengt als gezegd evenwel geen nietigheid met zich.³⁷ Maar bestaat er een evidente wanverhouding tussen de omvang van de borgstelling en de draagkracht van de borg, en vormen diens bestaansmiddelen slechts druppels op de gloeiende aansprakelijkheidsplaat, dan laat zich raden dat de borg zich bij gebrek aan financieel inzicht en juridische kennis klaarblijkelijk heeft laten leiden door emotionele motieven. De bank wordt alsdan vermoed misbruik te hebben gemaakt van deze omstandigheden.³⁸ Voor dergelijke gevallen heeft het BGH een vuistregel ontwikkeld: de genoemde evidente wanverhouding is in beginsel gegeven wanneer de inkomsten van de borg – gerekend boven (wat wij zouden noemen:) de beslagvrije voet – vermoedelijk niet volstaan om binnen vijf jaar een kwart van de geldschuld te voldoen.³⁹ Dat deed zich in het onderhavige geval voor, en dus was sprake van nietigheid.

8. Kapitaalverschaffing voor het opstarten van een nieuwe onderneming is bijzonder riskant. Vandaar dat kredietverlenende banken vaak additionele zekerheid zoeken bij de levenspartners van startende ondernemers. Zo ook een bank die een bijzondere, door de Duitse Staat gesteunde lening had verstrekt waarvoor de echtgenote van de ondernemer zich hoofdelijk had medeverbonden. Door verschillende auteurs was de mening verkondigd dat de jurisprudentiële bescherming⁴⁰ van familieleden tegen overmatige borg- en zekerheidstelling niet van toepassing is wanneer het dergelijke bijzondere geldleningen betreft. Het Oberlandesgericht Celle paste deze beschermingsregels echter gewoon toe op deze geldlening.⁴¹ Het BGH stemde hiermee in.⁴² Ratio van de bescherming van echtelieden is immers de wens om hen te behoeden voor levenslange aansprakelijkheid voor schulden waarvan zij de vruchten niet hebben geplukt. De behoefte aan deze bescherming⁴³, die in het vermogensrecht met behulp van instrumenten als het verbod van ‘Sittenwidrigkeit’ en het gebiedende duo ‘Treu und Glauben’ wordt nagestreefd, doet zich nog sterker gevoelen – zo besliste het BGH – bij het aangaan van een geldlening voor het opstarten van een onderneming. In dat geval zijn immers de risico's buitengewoon groot. Dat de geldlening is gebaseerd op een bijzondere

³⁵ BGH 5 januari 1995, BGHZ 128, p. 230, NJW 1995, p. 592, DNotZ 1995, p. 399, WiB 1995, p. 439 (Wiehe), BB 1995, p. 378, DB 1995, p. 572, FamRZ 1995, p. 469, MDR 1995, p. 1025, WM 1995, p. 237, ZIP 1995, p. 203.

³⁶ BGH 18 september 1997, MDR 1997, p. 1103, NJW 1997, p. 3372, FuR 1998, p. 57, KTS 1998, p. 119, NJW 1997, p. 3372, BB 1997, p. 2345, DB 1997, p. 2375, FamRZ 1998, p. 85, MDR 1997, p. 1103, WM 1997, p. 2117, ZIP 1997, p. 1957.

³⁷ BGH NJW 1996, p. 2089.

³⁸ Vgl. BGHZ 128, p. 255, 267, NJW 1995, p. 1019.

³⁹ BGHZ 132, p. 328, NJW 1996, p. 2088.

⁴⁰ BVerfG NJW 1994, p. 36; BGH NJW 1996, p. 2088; BGH NJW 1996, p. 513.

⁴¹ BB 1995, p. 219.

⁴² BGH 5 november 1996, NJW 1997, p. 257, BGHZ 134, p. 42, BB 1997, p. 65, DB 1997, p. 157, KTS 1997, p. 124, MDR 1997, p. 251, WM 96, p. 2325.

⁴³ Zie over de grondwettelijke bescherming in dit verband BVerfGE 89, p. 114, NJW 1994, p. 36; BVerfG NJW 1994, p. 2749; BGH NJW 1993, p. 322.

steunmaatregel van de Bondsrepubliek, doet daar niet aan af. Voor de echtgenote is geldschuld immers geldschuld, ook als de betreffende geldlening aan haar man werd verstrekt ter verwezenlijking van bijzondere economische doeleinden.

9. Niet alleen onbemiddelde levenspartners en echtelieden, maar ook financieel afhankelijke kinderen worden ingezet als persoonlijke zekerheid. In een uitspraak uit 1997 speelde een zoon van een ondernemer de hoofdrol.⁴⁴ Deze ondernemer kreeg van een bank een krediet van ongeveer anderhalf miljoen DM. De zoon stelde zich borg; hij was destijds 25 jaar oud, studeerde civiele techniek en kreeg van papa een maandelijks toelage van 850 DM. Andere inkomsten of vermogen had hij niet. Toen de vader faillieerde, sprak de bank de zoon uit borgtocht aan.

De rechtspraak van het BGH is voor dit soort gevallen klip en klaar: de vader handelt in strijd met de jegens zijn zoon betamende zorgvuldigheid door de belangen van zijn onvermogen en onervaren kind op te offeren aan zijn bedrijfsbelangen.⁴⁵ De bank die op de hoogte is of had moeten zijn van deze onbetamelijke, handelt tegenover de borg zondermeer 'sittenwidrig'.⁴⁶ Daaraan heeft het BGH thans het vermoeden van wetenschap van de bank toegevoegd: als de bank de financiële afhankelijkheid van het kind of de beperkte financiële mogelijkheden van het kind (in verhouding tot de som van de borgtocht) kent of door navraag had kunnen ontdekken, dan wordt de bank vermoed wetenschap te hebben van de onoorbare motieven van de ouder(s).⁴⁷

10. Tjittes en Beuving bonden onlangs in het NJB de strijd aan tegen overmaat aan zekerheid.⁴⁸ In hun betoog refereren zij aan Duitse rechtspraak inzake het recht op 'Freigabe' van in zekerheid gegeven goederen. In dit verband is met name de recente uitspraak van de 'Große Senat', de rechtseenheidkamer van het BGH, opzienbarend.⁴⁹ Het betreft overdracht van (huidige en toekomstige) handelsvorderingen en inventaris tot meerdere zekerheid van terugbetaling van een omvangrijk krediet. In de kredietovereenkomst was de verplichting van de bank opgenomen om op verzoek van de cliënt zekerheden vrij te geven wanneer de zekerheden de omvang van de kredietvordering van de bank met meer dan .. % te boven zouden gaan. Het percentage was door partijen evenwel niet ingevuld. De vraag die aan de orde werd gesteld, was of de zekerheidsoverdracht in een dergelijk geval wel rechtsgeldig is. De 'Große Senat' beslist dat de cliënt die in zekerheid overdraagt, ook dan een recht op vrijgave heeft wanneer het contract daarover niets bepaalt. Laat het contract beslissingen hieromtrent over aan de bank, dan is het contract in zoverre ongeldig. Het recht op vrijgave kan namelijk niet afhankelijk worden gemaakt van de welwillendheid van de bank. Een eventueel andersluidend contractsbeding in algemene voorwaarden is strijdig met § 9 AGBG (vergelijkbaar met art. 6: 233 sub a. BW), en dus ongeldig.⁵⁰

⁴⁴ BGH NJW 1997, p. 250, MDR 1997, p. 296, VersR 1997, p. 358, WM 1997, p. 72.

⁴⁵ Het betreft hier overtreding van de specifieke zorgvuldigheidsnorm (§ 1618a BGB jo. § 138 BGB) die ouders jegens hun kinderen in acht moeten nemen.

⁴⁶ BGHZ 125, p. 206, NJW 1994, p. 1278; BGH NJW 1994, p. 1341.

⁴⁷ BGH NJW 1997, p. 250, MDR 1997, p. 296, VersR 1997, p. 358, WM 1997, p. 72.

⁴⁸ NJB 1998, p. 1547 e.v.

⁴⁹ BGH Großer Senat 27 november 1997 NJW 1998, p. 671, MDR 1998, p. 550 (Imping), JZ 1998, p. 456 (Roth), DZWir 1998, p. 198 (Berger), ZBB 1998, p. 166, DStR 1998, p. 256, BB 1998, p. 438, DB 1998, p. 358 (Grönwoldt), WM 1998, p. 227, ZIP 1998, p. 235, JA 1998, p. 737. De uitspraak van de 'Große Senat' betreft twee verschillende rechtszaken: BGH NJW 1997, p. 1570 e.v. en BGH WM 1997, p. 1197 e.v.

⁵⁰ Nietigheid van een eventueel hiermee strijdig beding leidt niet tot algehele nietigheid van de zekerheidsoverdracht, omdat — zo luidt de redenering — zekerheidsoverdracht zonder specifieke afspraken over de plicht tot vrijgave ook bestaanbaar is. Immers, dan geldt de vrijgaveplicht van rechtswege.

De ‘Große Senat’ motiveert deze beslissing als volgt. Door de zekerheidscessie en zekerheidsoverdracht ontstaat een zogenaamde ‘Treuhandverhältnis’. Deze fiduciaire rechtsverhouding ontstaat ook zonder uitdrukkelijke afspraak en ongeacht of het een eenmalig bedongen zekerheidsoverdracht betreft of juist bancaire standaardprocedure.⁵¹ Uit de aard van de fiduciaire rechtsverhouding volgt naar maatstaven van ‘Treu und Glauben’ (§ 157 BGB) dat de zekerheidseigenaar verplicht is de aan hem in zekerheid gegeven goederen reeds voor beëindiging van het contract vrij te geven indien en voor zover zij niet meer nodig zijn voor het nagestreefde zekerheidsdoel. De cliënt van de bank heeft er groot belang bij om zo spoedig mogelijk de beschikking te herkrijgen over de zekerheidsobjecten die niet nodig zijn voor zekerheidsverschaffing. De beslissing om vrij te geven is daarom niet aan de zekerheidseigenaar; wel heeft hij enige zeggenschap over de kwestie welke van meerdere zekerheidsobjecten hij moet vrijgeven. Deze laatste zeggenschap wordt mede gegrond op § 262 BGB (het keuzerecht van de debiteur bij een alternatieve verbintenis) en § 1230 BGB (het recht van de pandhouder om bij executie uit meerdere verpande zaken te kiezen).

Wanneer ontstaat nu het recht op vrijgave? Het BGH stelt de grens voor zekerheden op 110%, hetgeen wil zeggen dat de totale economische waarde van de in zekerheid gegeven goederen de nominale schuldenlast met ongeveer 10% mag overstijgen. Daarboven ontstaat een recht op ‘vrijgave’. Veelal zal de grens ook op 150% mogen worden gesteld. Het BGH achtte in ieder geval een dekking van 100% te laag, omdat bij executie van zekerheden altijd additionele kosten worden gemaakt, en omdat – voor wat betreft vorderingen – altijd een ‘marge’ moet worden ingebouwd voor het risico van insolventie van de debiteur. De grens van 110 à 150% is overigens niet geheel uit de lucht gegrepen. Het BGH knoopt aan bij § 237 BGB, dat namelijk bepaalt dat wanneer iemand verplicht is om zekerheid te stellen, deze zekerheid alleen met behulp van roerende zaken kan worden gesteld tot ten hoogste 2/3 van de geschatte waarde van deze zaken. Deze analogie met verplichte zekerheidsstelling is voor ons recht interessant omdat art. 6: 51 lid 2 BW een soortgelijke ruime dekkingsgrens stelt: ‘De aangeboden zekerheid moet zodanig zijn, dat de vordering en, zo daartoe gronden zijn, de daarop vallende rente en kosten behoorlijk gedekt zijn en dat de schuldeiser daarop zonder moeite verhaal kan nemen’. Men hoede zich evenwel voor de conclusie dat ook in ons land pand- en hypotheekhouders in voorkomende gevallen verplicht zijn tot vrijgave. Dat is op zijn minst een koene gedachtesprong, niet zozeer omdat art. 6: 51 lid 2 BW niet rechtstreeks van toepassing is op contractuele verplichtingen tot zekerheidsstelling, maar vooral ook omdat het een doorkruising van de partijwil zou opleveren. De kredietnemer stemt er blijkbaar mee in dat de kredietverstrekker riante zekerheid verkrijgt. Het is niet uitgesloten dat dergelijke rechtshandelingen onder omstandigheden worden getroffen door de (ver)nietig(baar)-heidssanctie van art. 3: 44, 45 (danwel art. 42 e.v. Fw.) of 6: 228 BW, maar het zou bepaald opzienbarend zijn wanneer de in zekerheidskwesties anders zo terughoudende Hoge Raad thans - in navolging van het BGH - een ‘150%-regel’ zou formuleren.⁵²

Ongehuwd samenwonen, buiten het vermogensrecht?

Ontwikkelingen in het Duitse personen- en familierecht blijven hier onbesproken, alhoewel op dit terrein de nodige hervormingen zijn doorgevoerd.⁵³ Het algemene vermogensrecht krijgt in

⁵¹ BGHZ 133, p. 25, 30 e.v.

⁵² Toegegeven, er zijn even opzienbarende precedënten in de 50%-regel en 100%-regel bij verkeersongevallen.

⁵³ Verwezen zij naar de voornaamste wetgevingsproducten: de ‘Erbrechtsgleichstellungsgesetz’ van 16 december 1997, BGBl I, p. 2968, i.w.tr. 1 april 1998; de ‘Gesetz zur Abschaffung der gesetzlichen Amtspflegschaft und Neuordnung des Rechts der Beistandschaft’ van 4 december 1997, BGBl. I, p. 2846, i.w.tr. 1 juli 1998; de ‘Gesetz zur Vereinheitlichung

bepaalde gevallen wel een ‘familierechtelijk tintje’, met name in gevallen van ongehuwd samenwonen. De rechtsbetrekking tussen ongehuwd samenwonenden wordt namelijk beheerst door de regels van het ‘gewone’ vermogensrecht – alhoewel het soms ook wel precies andersom lijkt te zijn.

11. In 1996 moest het BGH beslissen over het volgende. Twee geliefden, die gedurende lange tijd buiten echt samenwoonden, hadden ten behoeve van elkaar levensverzekeringen afgesloten. Toen de liefde eenmaal was bekoeld, de vrouw de gemeenschappelijke woning had verlaten en tenslotte een ander huwde, herriep zij de begunstiging van de verzekering op haar lijf. De man echter bleef trouw de premies van zijn eigen polis voldoen, totdat hij het leven liet. Zijn erfgenamen maken thans aanspraak op de uitkering. De vrouw meent uiteraard dat zij als begunstigde tot de verzekeringsom gerechtigd is.

Het BGH gaat na of de erfgenamen met recht het recht van de ex-geliefde op de verzekeringsuitkering betwisten. Daartoe stelt het BGH eerst conform bestendige rechtspraak vast dat uit ongehuwd samenwonen geen juridische gemeenschap ontstaat. De persoonlijke relatie tussen samenwonenden is zo bepalend, dat deze ook de vermogensrechtelijke handelingen van partijen beïnvloedt. De persoonlijke en financiële bijdragen die in dergelijke gevallen over en weer aan de huishouding worden gedaan, komen daarom behoudens bijzondere afspraak niet voor verrekening en vergoeding in aanmerking.⁵⁴

Wel kan er in gevallen als deze sprake van zijn dat de samenwoners een maatschapscontract met elkaar hebben gesloten. Een maatschapsactie van een gewezen geliefde kan bijvoorbeeld slagen (al dan niet per analogiam) wanneer dankzij gemeenschappelijke inspanningen een woonhuis kon worden aangekocht, dat vervolgens door de partners als gemeenschappelijk vermogen werd beschouwd.⁵⁵ Dat deed zich hier evenwel niet voor.

Evenmin was er hier sprake van ‘Wegfall der Geschäftsgrundlage’ (vergelijk de rechtsfiguur van onvoorziene omstandigheden; art. 6: 258 BW). De rechtsfiguur van de ‘Wegfall’ is namelijk alleen van toepassing op contracten, en daarvan is bij concubinaat niet van rechtswege sprake. Het ging hier integendeel veeleer om een feitelijke gang van zaken, niet om een speciale juridische rechtsverhouding. Gevolg van dit alles was dat de begunstiging doorgang vond en de ex-concubine de polis mocht innen.

12. Een ander conflict van ex-geliefden betrof een door de vrouw in 1978 gebouwd huis. De man trok in 1980 bij haar in, en zij leefden aldaar ‘als man en vrouw’. In 1989 verkocht de man uiteindelijk zijn eigen woning en investeerde hij het geld in de woning van de vrouw. In 1995 kwam een einde aan de relatie; de man vertrok uit de woning en hij eiste het betaalde bedrag terug. De argumentatie van het BGH is nagenoeg dezelfde: uit ongehuwd samenwonen ontstaat geen juridische gemeenschap, tenzij bijvoorbeeld sprake is van een maatschap. De maatschapsactie kan hier mogelijk wel soelaas bieden, ook al is slechts de gemeenschappelijke woning het object van de maatschap. Daarvoor is wel nodig dat komt vast te staan dat de betalingen van de man, die geen mede-eigenaar van de woning was, een wezenlijke bijdrage doet. Het enkele feit dat hij een betaling aan de vrouw verricht, geeft hem nog geen maatschapsactie; aangetoond moet worden dat de financiële bijdrage een ander doel had dan

des Unterhalts minderjähriger Kinder’ van 6 april 1998, BGBI. I, p. 666, gedeeltelijke i.w.tr. 1 juli 1998; de ‘Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts’ van 16 december 1997, BGBI. I, p. 2942, i.w.tr. 1 juli 1998. Zie over e.e.a. Rauscher, Die erbrechtliche Stellung nicht in einer Ehe geborener Kinder nach Erbrechtsgleichstellungsgesetz und Kindschaftsrechtsreformgesetz, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 1998, p. 41. Zie ook nog de ‘Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts’ van 4 mei 1998, BGBI I, p. 833, i.w.tr. 1 juli 1998; met invoering van deze wet is de ‘Ehegesetz’ van 1938 komen te vervallen en zijn instituten als nietigheid van de huwelijksluiting afgeschaft.

⁵⁴ Vgl. ook BGHZ 77, p. 55, p. 58; NJW 1980, p. 1520.

⁵⁵ BGH NJW 1992, p. 906.

bestrijding van de gewone huishoudkosten.

F. Nieper, Mitarbeiter am Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung,
Universität Osnabrück

W.H. van Boom, universitair docent Afdeling burgerlijk recht, Rijksuniversiteit Leiden