



nr. 9 - september 2005 (/docs/articles/2005/september[1])

## BR 2005/170

### Het einde van de wettelijke mandeligheid

mevr. mr. O.H. Laan

#### 1. Inleiding

Tijdens de parlementaire behandeling van titel 5.5 BW heeft de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (hierna: VNG) de volgende vraag gesteld:

(...) Wanneer van twee of meer aan elkaar gebouwde panden er een of meer worden afgebroken, wie moet dan de binnenmuren die door de afbraak buitenmuren worden zodanig bewerken, dat zij inderdaad als buitenmuren geschikt zijn (men denke bij voorbeeld aan een waterdichte afwerking en aan voorzieningen op esthetisch gebied)?

Is dit de eigenaar van het overgebleven pand, de eigenaar van het tenietgegangene pand of zijn het beide eigenaren? De desbetreffende binnenmuren waren tot het moment van de afbraak immers gemeenschappelijk eigendom van eigenaren.

Mandeligheid is een goederenrechtelijke status van onroerende zaken welke wordt geregeld in titel 5.5 BW.\* [2] Op grond van het bepaalde in art. 5:62 BW ontstaat mandeligheid ten aanzien van scheidsmuren, hekken en heggen van rechtswege. Deze vorm van mandeligheid wordt daarom ook wel 'wettelijke mandeligheid' genoemd. Wettelijke mandeligheid moet worden onderscheiden van contractuele mandeligheid. Laatstgenoemde vorm van mandeligheid ontstaat volgens het bepaalde in art. 5:60 BW door een tussen de eigenaren van twee of meer erven opgemaakte notariële akte en inschrijving daarvan in de openbare registers. In dit artikel zal verder niet worden ingegaan op de contractuele mandeligheid.

De wet regelt niets over het einde van de wettelijke mandeligheid en de gevolgen daarvan voor de eigenaren van de mandelige zaak. Uit de Parlementaire Geschiedenis Boek 5 kan worden afgeleid, dat de wettelijke mandeligheid eindigt wanneer een gemeenschappelijke scheidsmuur\* [3] , een hek of een heg, niet langer aan de vereisten van art. 5:62 BW voldoet. In welke concrete gevallen daarvan sprake is wordt in de Parlementaire Geschiedenis niet duidelijk gemaakt. Evenmin kan een eenduidig antwoord worden gevonden in de schaarse literatuur en jurisprudentie die over dit onderwerp zijn verschenen. Mede hierdoor is de vraag van de VNG niet eenvoudig te beantwoorden en lijkt het antwoord van de regeringscommissaris iets te gemakkelijk zijn geweest.

Deze vraag is vervolgens tijdens het mondeling overleg aan de orde gekomen.\* [4] In reactie op deze vraag antwoordde de regeringscommissaris onder meer dat hij niet verwachtte dat op dit punt moeilijkheden zouden ontstaan.\* [5] Navraag bij de (verzekeringrechtelijke) praktijk leerde dat echter vaak moeilijkheden ontstaan door het eindigen van de wettelijke mandeligheid. Eventuele problemen over vergoeding van schade worden meestal opgelost in onderling overleg tussen de desbetreffende opstalverzekeraars zonder dat zij precies weten hoe juridisch de vork in de steel zit. Verder bleek dat met name vanwege de vergoeding van bereidingskosten\* [6] in de (verzekeringrechtelijke) praktijk behoefte bestaat aan juridische duidelijkheid op dit punt.

Met dit artikel beoog ik meer duidelijkheid te verschaffen over de rechtsgevolgen van het einde van de wettelijke mandeligheid van niet-vrijstaande scheidsmuren als bedoeld in art. 5:62, lid 2, BW. Hierbij wordt met name aandacht besteed aan de rechtsgevolgen voor de eigendomsverhouding, het recht op schadevergoeding van de eigenaar van het overgebleven gebouw en het recht tot herbouw van de eigenaar van het tenietgegangene gebouw.

Alvorens hierop in te gaan, besteed ik in het hiernavolgende eerst aandacht aan mandeligheid in het algemeen, vervolgens aan wettelijke mandeligheid, wettelijk mandelige muren en ten slotte aan de rechtsgevolgen van het einde van wettelijke mandeligheid met betrekking tot de eigendomsverhouding, herbouw en schadevergoeding.

#### 2. Mandeligheid in het algemeen

Mandeligheid is een bijzondere vorm van gemeenschappelijke eigendom van een onroerende zaak die tot gemeenschappelijk nut strekt van twee of meer erven.

Onder het oude BW ontbraken een algemene regeling van mandeligheid en van gemeenschap. Mandeligheid kwam alleen voor in het burendrecht als omschreven in titel IV van Boek 3 BW (oud). In de artt. 681 e.v. BW (oud) gaf de wet een regeling voor gemeenschappelijke muren, hekken, heggen, gemene regenputten houten afscheidingen, sloten, grachten, sekreten, riolen, goten en gemeenschappelijke nood- en buurwegen.\* [7] Zij werden vermoed mandelig te zijn totdat een teken\* [8] of titel anders bewees.\* [9] Onder het oude recht heerste hierdoor onzekerheid over de vraag wanneer een scheidsmuur mandelig is. Deze rechtsonzekerheid heeft de wetgever met het bepaalde in art. 5:62 BW willen wegnemen.

Mandeligheid is een vorm van mede-eigendom en daarmee een vorm van gemeenschap. Dit heeft tot

gevolg dat de bepalingen van de gemeenschap als bedoeld in titel 3.7 BW van toepassing zijn op de mandelige zaak. Niettemin bevat titel 5.5 BW ter aanvulling en ten dele in afwijking daarvan bijzondere bepalingen. Titel 5.5 BW is grotendeels van dwingend recht. In art. 5:65 BW is een aantal bepalingen opgenomen waarvan wel afwijking mogelijk is.

Onder verwijzing naar het bepaalde in art. 3:166, lid 1, BW is van een gemeenschap in het algemeen sprake wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk. De aandelen van de deelgenoten in de gemeenschappelijke zaak zijn in beginsel gelijk, tenzij uit hun rechtsbetrekking een andere verdeling voortvloeit. Volgens het bepaalde in lid 3 van dit artikel wordt de onderlinge rechtsbetrekking tussen de deelgenoten beheerst door de normen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:2 BW.

Het bijzondere van mandeligheid ten opzichte van andere vormen van mede-eigendom is dat de eigendom van de mandelige zaak is verbonden aan de eigendom van de erven waarvoor het tot gemeenschappelijk nut wordt bestemd. Op grond van het bepaalde in art. 5:63 BW kan het recht op de mandelige zaak niet worden gescheiden van de eigendom der erven.\* [10] De gevolgen hiervan zijn dat een aandeel in een mandelige zaak niet los van het erf waarvoor het tot gemeenschappelijk nut dient kan worden overgedragen. Het laatste geldt in ieder geval voor een aandeel in een (wettelijk) mandelige zaak. De reden hiervoor is, dat de mandelige zaak uit zijn aard ook na een verdeling zijn gemeenschappelijk nut behoudt voor de verschillende eigenaren.

Daarnaast is mandeligheid een kwalitatief recht. Het recht tot de mandelige zaak is verbonden aan de kwaliteit van eigenaar van een der erven. Draagt de eigenaar van een erf dit erf over aan een ander, dan heeft dit tot gevolg dat die ander van rechtswege eveneens de mede-eigendom van de mandelige zaak verkrijgt.

### 3. Wettelijke mandeligheid

Voor het ontstaan (en bestaan) van wettelijke mandeligheid is de feitelijke situatie beslissend. In vergelijking met het voormalige burendrecht is het aantal zaken dat van rechtswege mandelig beperkt tot de in art. 5:62 BW genoemde scheidsmuren, hekken en heggen.

Verder zijn in geval van wettelijke mandeligheid als bedoeld in art. 5:62 BW uitsluitend de opstallen mandelig.\* [11] De ondergrond behoort evenals bij het recht van opstal toe aan de verschillende eigenaren en is per definitie niet mandelig. Te dien aanzien vindt dus doorbreking plaats van de (verticale) natrekkingsregel - solus cedit superfici - als geformuleerd in art. 5:20 BW. Bovendien is de desbetreffende scheidsmuur, het hek of de heg slechts mandelig tot de hoogte van het laagste gebouw.

### 4. De mandelige vrijstaande scheidsmuur

Volgens art. 5:62, lid 1, BW is een vrijstaande scheidsmuur, een hek of een heg gemeenschappelijke eigendom van mandelig, indien de grens van twee erven die aan verschillende eigenaren toebehoren, er in de lengterichting onderdoor loopt. De toevoeging 'en mandelig' lijkt een tautologie te zijn, maar is bedoeld als terminologische aanvulling. De wetgever heeft op deze wijze willen benadrukken dat mandeligheid een bijzondere vorm van gemeenschap is.

De muren die in dit artikel worden bedoeld zijn vrijstaande ('uitpandige') scheidsmuren inclusief de vereiste penanten.\* [12] Voor het ontstaan van mandelige eigendom en een gemeenschap is dus vereist dat deze muur vrijstaat en de grens tussen de erven in de lengterichting onder de muur doorloopt. Daarbij maakt het niet uit wie de afscheiding heeft laten maken of op wiens kosten dit is gebeurd.

Art. 5:62, lid 1, BW dient in samenhang met het bepaalde in art. 5:36 BW te worden gelezen.

Laatstgenoemd artikel geeft allereerst een wettelijk vermoeden over de loop van de erfsgrens, indien een (vrijstaande) muur dient als afscheiding tussen twee erven. Het wettelijk vermoeden kan worden weerlegd door aan te tonen dat de erfsgrens niet in het midden, maar elders onder de afscheiding loopt of langs de afscheiding in welk geval de erfsgrens zich geheel op het terrein van een der eigenaren bevindt. Daarnaast geeft het bepaalde in art. 5:36 BW nog een wettelijk vermoeden van het bestaan van mandeligheid ten aanzien van vrijstaande gemeenschappelijke scheidsmuren, hekken of heggen. Uit het bepaalde in art. 5:62, lid 1, jo. art. 5:36 BW kan immers worden afgeleid dat iedere tot afscheiding van erven dienende muur, hek of heg vermoed wordt mandelig te zijn zolang niet is aangetoond dat de erfsgrens niet onder de muur (enz.) loopt, maar erlangs.

### 5. De mandelige niet-vrijstaande scheidsmuur

Indien de scheidsmuur als bedoeld in art. 5:62, lid 2, BW onderdeel uitmaakt van een gebouw of werk, dan is deze scheidsmuur van rechtswege mandelig wanneer twee gebouwen of werken een muur gemeen hebben en deze gebouwen of werken aan verschillende eigenaren toebehoren. Het betreft een 'inpanndige' scheidsmuur c.q. een binnenmuur die feitelijk gemeen is aan twee gebouwen of werken. Voor deze vorm van mandeligheid is niet vereist dat de grens in de lengterichting onder de muur doorloopt. In feite maakt het voor het ontstaan van de mandeligheid en gemeenschap niet uit waar de grens loopt, zolang aan de vereisten van art. 5:62, lid 2, BW is voldaan. De eigenaren van de gebouwen of werken waarvan de muur onderdeel uitmaakt hebben immers per definitie nut van deze (binnen)muur.

### 6. Wettelijke mandeligheid en gemeenschap

Gemeenschappelijke eigendom ontstaat in het algemeen overeenkomstig de regels van titel 3.4 BW (verkrijging en verlies van goederen). Ten aanzien van het bestaan van de gemeenschap bij wettelijke mandeligheid is, zoals ik hiervoor heb aangegeven, sprake van een bijzondere situatie.

In de gevallen omschreven in art. 5:62 BW wordt een scheidsmuur immers van rechtswege, buiten de algemene regels om en in afwijking van het bepaalde in art. 5:20 BW mede-eigendom, en wel mandelige mede-eigendom. Anders gezegd, een scheidsmuur, een hek of een heg is mandelig en

gemeenschappelijk eigendom indien de feitelijke situatie daartoe aanleiding geeft en aan de vereisten van art. 5:62 BW is voldaan.

Hieruit kan worden geconcludeerd dat ten aanzien van een wettelijk mandelige zaak zonder gemeenschap geen wettelijke mandeligheid kan bestaan en andersom. Mandeligheid en gemeenschap zijn communicerende vaten. Deze conclusie wordt mijns inziens ondersteund door de wetgever, aangezien de MvA II\* [13] in dit verband het volgende aangeeft :

(...) Berust de rechtstoestand dat een scheidsmuur, hek of heg gemeenschappelijk eigendom en mandeligheid is, op het in art. 5:62, lid 1 of 5:62, lid 2 BW (toevoeging artikelen, OL) bepaalde en komt een der daarin beschreven omstandigheden te vervallen, dan eindigt die rechtstoestand.

In de literatuur is de vraag aan de orde geweest of nog een gemeenschap bestaat als de wettelijke mandeligheid is geëindigd. In het hiernavolgende zal ik beargumenteren dat deze situatie zich niet kan voordoen.

## 7. Het einde van de wettelijke mandeligheid en van de gemeenschap

De wet bepaalt niets over het einde van de wettelijke mandeligheid en daarmee evenmin over de rechtsgevolgen indien uit de feitelijke situatie moet worden geconstateerd dat geen sprake meer is van een wettelijk mandelige scheidsmuur, hek of heg. Bij gebreke hiervan moet de vraag naar de rechtsgevolgen worden beantwoord aan de hand van de algemene regels van het zaken- en verbintenissenrecht.

Aangenomen kan worden dat de mandeligheid eindigt wanneer de scheidsmuur, het hek of de heg niet langer voldoet aan de vereisten van art. 5:62 BW.\* [14] Het laatste is naar mijn oordeel een feitelijke kwestie en kan alleen aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval worden bepaald. Uit de formulering van art. 5:62 BW kan in ieder geval worden afgeleid dat een vrijstaande scheidsmuur ingevolge art. 5:62, lid 1, BW niet meer mandelig is indien de muur niet meer vrijstaat en/of als de erfgrans niet meer in de lengterichting onder de muur doorloopt, of indien geen sprake meer is van twee verschillende eigenaren van de twee erven doordat de erven in één hand zijn gekomen. In het laatste geval is sprake van vermenging.

In het verlengde hiervan geldt ten aanzien van het bepaalde in art. 5:62, lid 2, BW dat een niet-vrijstaande mandelige scheidsmuur niet meer mandelig is, indien deze niet meer gemeen is aan twee gebouwen of werken die aan verschillende eigenaren toebehoren. Hiervan is sprake indien - net als in de vraag van de VNG het geval is - de muur slechts aan één kant onderdeel is (of wordt) van een gebouw of werk en aan de andere kant grenst aan onbebouwde grond, bijvoorbeeld doordat door brand of sloop een van beide gebouwen of werken is tenietgegaan. Een andere mogelijkheid is dat beide gebouwen of werken waarvan de muur deel uitmaakte tenietgaan. In dat geval kan wel een vrijstaande mandelige muur als bedoeld in art. 5:62, lid 1, BW zijn ontstaan. Een andere mogelijkheid is nog, dat de scheidsmuur zelf tenietgaat.\* [15]

## 8. De eigendomsverhouding na het einde van de wettelijke mandeligheid

Op grond van het voorgaande kan worden geconstateerd, dat de wettelijke mandeligheid eindigt als de feiten daartoe aanleiding geven. Zoals hiervoor is aangegeven, kan de voormalig mandelige muur slechts aan één kant onderdeel zijn geworden van een gebouw of werk en aan de andere kant grenzen aan onbebouwde grond.

Wat eigendom in zijn algemeenheid betreft, is de eigenaar van een onroerende zaak - behoudens wettelijke uitzonderingen - ingevolge het bepaalde in art. 5:3 BW tevens eigenaar van al haar bestanddelen. Wat een bestanddeel is, wordt bepaald door de regels van art. 3:4 BW.

Ten aanzien van de eigendom van de grond wordt het bepaalde in art. 5:3 BW uitgewerkt in art. 5:20 BW. Volgens dit artikel is de eigenaar van de grond in beginsel tevens eigenaar van de daarop aanwezige, duurzaam met de grond verenigde gebouwen of werken (verticale natrekking), tenzij het gaat om gebouwen of werken die bestanddeel zijn van iemand anders onroerende zaak als bedoeld in art. 5:20, sub e, BW (horizontale natrekking). Van horizontale natrekking is sprake indien een op de grond aanwezig gebouw of werk (gedeeltelijk) feitelijk en constructief onderdeel uitmaakt van de belendende onroerende zaak van een ander. In dat geval prevaleert de horizontale natrekking boven de verticale natrekking en vindt eigendomsverrijking door bestanddeelvorming plaats.\* [16]

Aan bestanddeelvorming als bedoeld in art. 3:4 BW ligt het zogenaamde eenheidsbeginsel ten grondslag.\* [17] Volgens het eenheidsbeginsel dient hetgeen voor de mens functioneel gezien een eenheid vormt rechtens ook een eenheid te zijn. Dit brengt met zich, dat de afzonderlijke bestanddelen zakenrechtelijk gezien hetzelfde lot ondergaan als de hoofdzak waarvan zij onderdeel uitmaken. Mede onder verwijzing naar het bepaalde in art. 3:166, lid 1, BW kan uit het vorengaande worden geconcludeerd dat met het (feitelijk) einde van de wettelijke mandeligheid automatisch de gemeenschap is geëindigd. Volgens het bepaalde in dit artikel is gemeenschap aanwezig, wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk. A contrario geredeneerd, is dus geen sprake meer van een gemeenschap indien het desbetreffende goed toebehoort aan één persoon c.q. één eigenaar. Door (horizontale) natrekking is de (voorheen mandelige) muur immers bestanddeel geworden van het 'overgebleven pand'. Ten aanzien van de eigenaar van het overgebleven pand vindt dus eigendomsverrijking plaats en ten aanzien van de eigenaar van het tenietgegangene pand is sprake van verlies van eigendom.

Natrekking wordt niet altijd als een billijke vorm van eigendomsverrijking gezien. Men wordt immers ongevraagd en ongewild met de lusten of lasten van een ander geconfronteerd, zoals bij het einde van de wettelijke mandeligheid het geval kan zijn. Natrekking wordt rechtens echter niet primair uit billijkheidsoverwegingen gehonoreerd, maar vanuit het eenheidsbeginsel en dan met name vanuit het

vereiste van rechtszekerheid.

In de literatuur\* [18] bestaat verzet tegen de constatering dat met het einde van de wettelijke mandeligheid tevens de gemeenschap is geëindigd. Argumenten die hier tegen aangevoerd zijn onder meer dat het automatisch vervallen van de gemeenschap indien een van de in art. 5:62 BW genoemde omstandigheden komt te vervallen, in strijd zou zijn met het systeem van verkrijging en verlies van registergoederen. Volgens Berger berust het bepaalde in de Memorie van Antwoord op een vergissing.\* [19] Daarnaast zou een ingrijpen van een der mede-eigenaren van de mandelige zaak op zichzelf geen invloed mogen hebben op de eigendomsverhouding, zodat alsdan een 'gewone' gemeenschap over zou zijn die wordt beheerst door titel 3.7 BW.

Wat het eerste argument betreft is het automatisch vervallen van de gemeenschap bij het einde van de wettelijke mandeligheid naar mijn oordeel niet in strijd met het systeem van verkrijging en verlies van registergoederen. Integendeel. In dat geval is namelijk geen sprake van eigendomsverkrijging van een registergoed door overdracht, maar is ingevolge het bepaalde in art. 3:80, lid 3, BW sprake van (een originele wijze van) eigendomsverkrijging door horizontale natrekking.

Als gevolg van de horizontale natrekking ontstaat een muur die slechts aan één kant onderdeel is van een gebouw of werk en aan de andere kant grenst aan onbebouwde grond. Onder verwijzing naar het bepaalde in art. 5:62, lid 2, BW jo. art. 5:36 BW kan een dergelijke muur per definitie niet mandelig zijn. Hoewel het tweede argument uit billijkheidsoverwegingen wel kan worden verdedigd, is dit naar mijn oordeel niet relevant. Zoals ik hiervoor heb aangegeven is het eenheidsbeginsel niet ingegeven door billijkheidsoverwegingen, maar met het oog op de handhaving en bevordering van de rechtszekerheid. In antwoord op eerdergenoemde vraag van de VNG verwees de regeringscommissaris in eerste instantie naar de 'hoofdregeel' van de wetgever.\* [20] Volgens deze hoofdregeel dient de eigenaar van het overgebleven gebouw in beginsel de kosten te dragen van het geschikt maken van de muur als buitenmuur, tenzij iets anders volgt uit overeenkomst of beperkt recht. Daarnaast zou de eigenaar van het overgebleven gebouw in beginsel niet het recht hebben om gebruik te maken van het overgebleven gebouw als bescherming van de andere zijde van de oorspronkelijke gemene muur. De eigenaar die nu eenmaal zit met een huis dat bepaalde zwakke plekken vertoont, kan de gevolgen hiervan niet afwentelen op zijn buurman en dient deze zelf te dragen, aldus de wetgever. Wat het einde van de wettelijke mandeligheid en de gemeenschap betreft, verwijst de wetgever in de Memorie van Antwoord immers naar 'die' rechtstoestand waarmee zowel de mandeligheid als de gemeenschap worden bedoeld. Aldus gaat ook de wetgever uit van het eenheidsbeginsel.

Tegen deze achtergrond acht ik de mening van de regeringscommissaris\* [21], volgens welke de bescherming van de eigenaar van het overgebleven pand eveneens zou kunnen worden gebaseerd op het feit dat tussen de eigenaren van beide panden een gemeenschap bestaat in de zin van titel 3.7 BW en op het bepaalde in art. 3:168 BW met betrekking tot de door de deelgenoten in een gemeenschap in acht te nemen redelijkheid en billijkheid, onjuist en onbegrijpelijk.

Ten aanzien van rechtsgevolgen voor de eigendomsverhouding als de vrijstaande scheidsmuur als bedoeld in art. 5:62, lid 1, BW niet meer vrijstaat - en de mandeligheid dus is geëindigd - bijvoorbeeld doordat tegen deze muur wordt aangebouwd, maakt Van Schaick een onderscheid al naargelang de desbetreffende aanbouw kwalificeert als bestanddeel en de scheidsmuur als hoofdzaak als bedoeld in de artt. 3:4 en 5:3 BW.\* [22] Hetzelfde onderscheid dient naar mijn oordeel te worden gemaakt ten aanzien van de (voorheen) mandelige scheidsmuur als bedoeld in art. 5:62, lid 2, BW. Het verschil is alleen dat de scheidsmuur zelf in dat geval kwalificeert als bestanddeel of niet.

In het geval van sloop of tenietgaan van een van de gebouwen of werken welke de desbetreffende (niet vrijstaande) scheidsmuur gemeen hadden, eindigen de mandeligheid en de gemeenschap en wordt de gehele scheidsmuur door horizontale natrekking eigendom van de eigenaar van het overgebleven gebouw of werk, inclusief de daarbij behorende lusten en lasten, zoals het zodanig bewerken van de muur dat deze geschikt is om te functioneren als buitenmuur.

In zijn proefschrift over mandeligheid, sluit Gräler zich wat de gevolgen voor de desbetreffende eigenaren van de voorheen mandelige scheidsmuur betreft, aan bij de opvatting van Van Schaick.\* [23] Diens opvatting is zijns inziens eveneens de door de wetgever gekozen oplossing.\* [24] Volgens Gräler is het argument dat de muur na het einde van de wettelijke mandeligheid als zakenrechtelijk geheel (en dus als gemeenschap) zou blijven bestaan, in strijd met het beginsel van de horizontale natrekking.

Met betrekking tot de sloop of het tenietgaan van een gebouw of werk aan één zijde van een niet-vrijstaande muur als bedoeld in art. 5:62, lid 2, BW, lijkt Gräler zich echter toch af te vragen of de muur mandelig blijft of dat deze privé-eigendom wordt van degene wiens gebouw nog wordt geschraagd en ondersteund door de muur.\* [25]

Te dien aanzien onderscheidt Gräler de volgende situaties:

- a.** een aan één zijde van de muur aangebracht werk of gebouw gaat teniet. De muur wordt of blijft mandelig;
- b.** de aan beide zijden van de muur aangebrachte werken of gebouwen gaan teniet. Er ontstaat een vrijstaande muur;
- c.** de gemeenschappelijke muur gaat teniet: de mandeligheid eindigt.

Ten aanzien van situatie (a) is Gräler van mening\* [26] dat de eigenaar van het gebouw dat wordt gesloopt of tenietgaat, indien hij dat zou wensen, in ieder geval het recht dient te hebben om tot herbouw over te gaan. Bij gebreke hiervan zou het einde van de mandeligheid voor de hand liggen. Daarnaast ontstaat volgens Gräler een privé-muur in geval van sloop of tenietgaan van een werk of gebouw aan één zijde van een mandelige muur, indien zulks uit de verkeersopvattingen voortvloeit.\* [27]

Ervan uitgaande dat met het eindigen van de wettelijke mandeligheid automatisch de gemeenschap eindigt, kan situatie (a) zich naar mijn oordeel niet voordoen. De eigenaar van het overgebleven pand is door horizontale natrekking immers de (enige) eigenaar geworden van de voormalig mandelige scheidsmuur.

De situaties (b) en (c) kunnen zich naar mijn oordeel wel voordoen. Indien aan de vereisten van art. 5:62, lid 1, jo. art. 5:36 BW is voldaan, is de muur die in situatie (b) is ontstaan mandelig. Ingevolge het bepaalde in art. 5:65 BW zullen de desbetreffende eigenaren van de mandelige muur deze kosten ingevolge het bepaalde in art. 3:172 BW voor gelijke delen moeten dragen. Indien deze muur niet mandelig is, zal de desbetreffende eigenaar verantwoordelijk zijn voor het onderhoud van de muur. Wat situatie (c) betreft ben ik het met Gräler eens dat de mandeligheid ten aanzien van de (voorheen) gemeenschappelijk scheidsmuur door het feitelijk tenietgaan van de muur is geëindigd. Voor de eigenaar van het overgebleven pand resteert een gebouw of werk waarvan een zijde ontbreekt.

## 9. Herbouw na het einde van de wettelijke mandeligheid

Daarnaast impliceert de eigendomsverkrijging van het desbetreffende gedeelte van de (voorheen) mandelige muur door de eigenaar van het overgebleven pand, dat de eigenaar van het tenietgegane pand c.q. het perceel onbebouwde grond niet zonder meer het recht heeft om tot herbouw over te gaan, althans niet met gebruikmaking van de (voorheen mandelige) scheidsmuur. Het bepaalde in art. 5:67 BW (bouwen tegen en in een scheidsmuur) is niet van toepassing, omdat geen sprake meer is van een mandelige scheidsmuur.

Iets anders is, dat in deze situatie wel sprake kan zijn van overbouw als bedoeld in art. 5:54 BW. Anders dan in het geval van de mandelige vrijstaande scheidsmuur, is de vraag naar de loop van de erfgrans als bedoeld in art. 5:36 BW nu wel relevant. Een gedeelte van de muur kan immers op het erf van de eigenaar van het tenietgegane gebouw zijn gelegen. Deze eigenaar behoeft dit niet zonder meer te dulden. De eigenaar van het overgebleven gebouw maakt dan inbreuk op het recht van diens buurman tot het exclusieve gebruik van de ruimte boven diens grond.

Op grond van het bepaalde in art. 5:54 BW kan de buurman c.q. de eigenaar van het overbouwde erf in beginsel afbraak vorderen van het overstekende gedeelte. Deze vordering dient te worden toegewezen indien de eigenaar van het overgebleven pand door wegneming van het uitstekende gedeelte muur niet onevenredig zwaarder wordt benadeeld dan de buurman door handhaving daarvan.

## 10. Schadevergoeding na het einde van de wettelijke mandeligheid

Om terug te komen op de vraag van de VNG aan het begin van dit artikel, dienen ingevolge de hoofdregel van de wetgever de kosten c.q. de eventuele schade aan de (voorheen mandelige) binnenmuur vanuit zakenrechtelijk oogpunt, in beginsel voor rekening te komen van de 'verkrijgende' c.q. de 'overblijvende' eigenaar.

Door het tenietgaan c.q. de afbraak van het aangrenzende pand wordt de (voorheen mandelige) binnenmuur een buitenmuur. De binnenmuur is in de meeste gevallen in bouwkundig opzicht niet geschikt om te dienen als buitenmuur en dient daartoe geschikt te worden gemaakt. Verder kan door de afbraak c.q. tenietgaan van het pand en mandelige (binnen)muur schade zijn ontstaan aan het belendende pand. Zowel de kosten van het geschikt maken van de binnenmuur als buitenmuur als de eventuele schade aan het overgebleven pand, zijn naar mijn oordeel schade\* [28] voor de eigenaar van het overgebleven pand.

Daarnaast kan sprake zijn van hinder in de vorm van het ontnemen van steun doordat een huis in een rij schade lijdt doordat een aangrenzend huis ertussenuit wordt gehaald of tenietgaat. Als daardoor de steun van (een der) buurhuizen in het gedrang komt, kan dit een onrechtmatige daad opleveren en meer in het bijzonder onrechtmatige hinder.\* [29]

De reden hiervoor is dat met het eindigen van de wettelijke mandeligheid tevens de gemeenschap ten aanzien van de voormalig gemeenschappelijk muur eindigt en de eigenaar van het overgebleven pand door (horizontale) natrekking eigenaar wordt van de beschadigde muur. Wat het vorderen van schadevergoeding betreft, is de eigenaar van het overblijvende pand in beginsel aangewezen op het verbintenisrecht.

Wel zou deze eigenaar voor het verlenen van toestemming tot herbouw met gebruikmaking van zijn muur een vergoeding kunnen vragen aan zijn buurman met als praktisch gevolg dat de door hem geleden schade als het ware wordt verrekend. Dit is alleen zinvol als zijn buurman daadwerkelijk van plan is over te gaan tot herbouw van het tenietgegane pand.

Hij (of zij) zou onder omstandigheden schadevergoeding kunnen vorderen op grond van onrechtmatige daad, hinder en ongerechtvaardigde verrijking. Van ongerechtvaardigde verrijking kan, onder verwijzing naar Van Schaick\* [30], bijvoorbeeld sprake zijn in het geval een der eigenaren van een vrijstaande mandelige muur als bedoeld in art. 5:62, lid 1, BW tegen zijn gedeelte van de muur een carport bouwt. In dat geval wordt de 'bouwende' buurman immers verrijkt ten koste van zijn buurman waardoor deze schade lijdt in de vorm van verlies van eigendom. Verder zal de verrijking waarschijnlijk zonder redelijke grond zijn geschied.

De bewijslast van deze verbintenisrechtelijke acties rust op de benadeelde eigenaar.

Daarnaast is het zo dat zolang de wettelijke mandeligheid bestaat, de desbetreffende eigenaren van de gemeenschappelijke muur zich als deelgenoten in een gemeenschap ten opzichte van elkaar redelijk en billijk moeten gedragen. Onder bepaalde omstandigheden zal het doen beëindigen van de wettelijke mandeligheid kwalificeren als misbruik van bevoegdheid als bedoeld in art. 3:13 BW met als gevolg dat op grond van het bepaalde in art. 6:162 BW schadevergoeding kan worden gevorderd. In dit verband ben ik het eens met Gräler die een onderscheid maakt tussen afbraak en

tenietgaan\* [31] als gevolg van omstandigheden die samenhangen met calamiteiten als brand en storm. Bij afbraak heeft de desbetreffende eigenaar zijns inziens de verplichting om ervoor zorg te dragen dat diens buurman daarvan geen enkele schade zal lijden. Deze verplichting kan worden gebaseerd op het feit dat tot het einde van de wettelijke mandeligheid een gemeenschap bestaat en de onderlinge rechtsbetrekking tussen de deelgenoten wordt beheerst door de normen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:2 BW.

Overigens is bij afbraak c.q. sloop meestal een sloopvergunning nodig, waarbij de gemeente erop toeziet dat niet onverantwoord wordt gesloopt en zo nodige bijkomende voorwaarden kan stellen om te bewerkstelligen dat zo veel mogelijk rekening wordt gehouden met de belangen van de eigenaar van het belendende pand.

## 11. Conclusie

In antwoord op de vraag van de VNG aan het begin van dit artikel, is mijn conclusie dat de eigenaar de binnenmuur van het overgebleven pand voor zijn rekening en risico in beginsel zodanig moet (laten) bewerken dat deze geschikt is als buitenmuur. Dit betekent dat deze eigenaar, althans diens opstalverzekeraar, in een voorkomend geval ook de bereddingskosten voor zijn rekening zou moeten nemen.

De wettelijke mandeligheid eindigt wanneer door feitelijke oorzaken niet meer wordt voldaan aan de vereisten van art. 5:62 BW. In dat geval eindigt automatisch de gemeenschap, omdat wettelijke mandeligheid en gemeenschap communiserende vaten zijn. Voor de eigendomsverhouding ten aanzien van de niet-vrijstaande mandelige (binnen)muur als bedoeld in art. 5:62, lid 2, BW betekent dit, dat deze muur na het tenietgaan van het belendende pand een bestanddeel is geworden van het overgebleven pand als hoofdzaak. De eigenaar van dit pand is als gevolg van het eenheidsbeginsel door (horizontale) natrekking tevens eigenaar geworden van het gedeelte van de muur en dus van de schade aan deze muur.

Daarnaast is het gevolg van het zijn geëindigd van de wettelijke mandeligheid ten aanzien van de voorheen mandelige binnenmuur, dat de eigenaar van het tenietgegane pand niet zonder meer, althans niet zonder voorafgaande toestemming van zijn buurman, mag overgaan tot herbouw van het tenietgegane pand. Hij is immers geen mede-eigenaar meer van (het desbetreffende gedeelte van) de muur, zodat het bepaalde in art. 5:67 BW en de bepalingen van titel 3.7 BW niet van toepassing zijn. Totdat de wettelijke mandeligheid en de mandeligheid eindigen zijn de bepalingen van de gemeenschap van toepassing, hetgeen onder verwijzing naar het bepaalde in art. 3:166 jo. art. 6:2 BW onder andere betekent dat de eigenaren van de mandelige zaak zich jegens elkaar redelijk en billijk moeten gedragen. Na het einde van de wettelijke mandeligheid en de gemeenschap is dit anders. De benadeelde eigenaar staan echter een aantal verbintenisrechtelijke acties ten dienste om de eventueel nadelige gevolgen van het eenheidsbeginsel te verzachten of weg te nemen, zoals onrechtmatige daad, hinder of ongerechtvaardigde verrijking. Of de vordering slaagt, is afhankelijk van de vraag of de desbetreffende eigenaar in het bewijs hiervan slaagt.

\*[1] Mevr. mr. Ottilie Laan is bedrijfsjurist bij N.V. Bank Nederlandse Gemeenten. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

\*[2] Het woord mandeligheid is afgeleid van 'mande' dat in Noordoost-Nederland werd gebruikt en 'gemeenschap' betekent.

\*[3] Onder verwijzing naar art. 5:43 BW wordt onder 'muur' verstaan iedere van steen, hout of andere daartoe geschikte stof vervaardigde, ondoorzichtige afsluiting.

\*[4] MO, Parl. Gesch. Boek 5, p. 232.

\*[5] MO, Parl. Gesch. Boek 5, p. 233.

\*[6] Dit zijn kosten die een verzekerde maakt om tijdens of na een schadegebeurtenis schade te voorkomen of om reeds ontstane schade zo beperkt mogelijk te houden. Bij de meeste verzekeringsvormen komen de bereddingskosten voor vergoeding in aanmerking, in veel gevallen tot boven het verzekerd bedrag (maar wel begrensd tot een bepaald maximum).

\*[7] Zie Boek 3, artt. 681 tot en met 689, 691, 692, 698, 703 tot en met 714, 716, 718 en 719 BW (oud).

\*[8] Bedoeld worden de in art. 682 BW (oud) genoemde tekens.

\*[9] Onder een titel in art. 681 BW (oud) dient te worden verstaan: elk rechtsfeit of complex van rechtsfeiten waaruit voortvloeit dat een van de burenen enig eigenaar van de desbetreffende muur is.

\*[10] Ten aanzien van contractuele mandeligheid maakt art. 5:65, lid 2, BW hierop een uitzondering.

\*[11] K.F.M. Berger, Burenrecht, mandeligheid, erfdiensbaarheden, Deventer: Kluwer 2001, p. 112.

\*[12] W. Wijting, 'Mandeligheid in de bouw', BR 2000, p. 4. In bouwkundig opzicht is een penant elk van de gemetselde vierkante steunpilaren van het fundament van een gebouw.

\*[13] MvA II, Parl. Gesch. Boek 5, p. 232.

\*[14] Volgens Smalbraak, 'De mandeligheid in het gewijzigd ontwerp Boek 5 N.B.W.', WPNR 5272, p. 521, eindigt de wettelijke mandeligheid ook door vermenging der erven of door opheffing van de gemeenschap. Voor dit laatste biedt het bepaalde in art. 5:66, lid 3, jo. art. 5:62 BW slechts beperkte mogelijkheden.

\*[15] Overigens kan in dat geval, indien aan de vereisten van art. 5:62, lid 1, BW is voldaan, wel een vrijstaande mandelige scheidsmuur zijn ontstaan.

\*[16] Het uitgangspunt is dat de eigendom van een bestanddeel toebehoort aan de eigenaar van de zaak waarvan het desbetreffende bestanddeel onderdeel uitmaakt. Dit uitgangspunt wordt benadrukt in het arrest HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 96.

\*[17] Asser/Mijnsen/De Haan 2001 (3-I), nr. 60.

\*[18] K.F.M. Berger, t.a.p., p. 121 en Mon. Nieuw BW B27 (Davids), Deventer: Kluwer 1994, p. 8.

\*[19] K.F.M. Berger, t.a.p., p. 121.

\*[20] Parl. Gesch. Boek 5, p. 232.

\*[21] Parl. Gesch. Boek 5, p. 232.

\*[22] A.C. van Schaick, 'Mandeligheid', WPNR 6069, p. 811 e.v.

\*[23] J.G. Gräler, Mandeligheid. Een wetenschappelijke proeve op het gebied van de rechtsgeleerdheid, Deventer: Kluwer 2003, p. 251.

\*[24] J.G. Gräler, t.a.p., p. 248.

\*[25] J.G. Gräler, t.a.p., p. 255.

\*[26] J.G. Gräler, t.a.p., p. 257.

\*[27] J.G. Gräler, t.a.p., p. 260.

\*[28] In de zin van vermogensschade als bedoeld in art. 6:95 BW.

\*[29] Zie eveneens het antwoord van de heer Snijders tijdens het mondeling overleg tijdens de parlementaire behandeling van titel 5.5 BW (Parl. Gesch. Boek 5, p. 233).

\*[30] A.C. van Schaick, t.a.p., noot 22.

\*[31] J.G. Gräler, t.a.p., p. 320.

Tijdschrift Bouwrecht