

Het blijversrecht en art. 4:4 lid 2 BW: 'Der Bauer hat nur ein Kind'

mr. dr. J.W.A. Rheinfeld¹

1. Het blijversrecht

In Overijssel en Oostelijk Gelderland, met name in Twente en de Achterhoek is, bij de vererving van agrarische (familie)bedrijven, tot op de dag van vandaag sprake toepassing van een bijzonder, van de civielrechtelijke regels van het reguliere erfrecht afwijkend gewoonterecht. Het eerstgeboorterecht voor de oudste zoon, die de boerderij moest verkrijgen, blijft daar tot op heden onder de naam 'blijversrecht' het erfrecht beheersen. Over dit recht is, voor zover bekend, voor het eerst geschreven in 1877.² M.A. Cohen, notaris te Hellendoorn, promoveerde in 1958 op het onderwerp. In zijn proefschrift 'Het blijversrecht: Een notarieel juridische studie over het Oost-Nederlandse recht betreffende de vererving en de overgang bij leven van landbouwbedrijven'³ heeft hij het blijversrecht, mede aan de hand van een groot aantal notariële akten, onderzocht. Het proefschrift geldt, ook ruim 60 jaar na dato, nog steeds als het standaardwerk op dit gebied.

Het blijversrecht wordt door de Hoge Raad in een arrest uit 1974 als volgt gedefinieerd:

*'(...) dat in casu sprake is van een toepassing van het in Overijssel en Oostelijk Gelderland van oudsher, en nog bij voortduring bestaande, zogenaamde „blijversrecht" krachtens hetwelk een der kinderen van een landbouwer het landbouwbedrijf van zijn ouders in zijn geheel verkrijgt onder zodanige voorwaarden dat enerzijds de verkrijger niet op te hoge lasten komt te zitten en anderzijds de ouders verzekerd zijn van een goede verzorging door het kind dat de boerderij overneemt; dat de toepassing van het blijversrecht veelal met zich brengt dat de andere kinderen uit het vermogen van de ouders aanzienlijk minder ontvangen dan bij toepassing van de wettelijke bepalingen op het punt van het erfrecht.'*⁴

De bedrijfsopvolger die het volledige landbouwbedrijf van zijn ouders onder de hiervoor vermelde gunstige financiële voorwaarden verkreeg heette ook wel 'blijver'. In ruil voor de overbedeling moest de blijver voor zijn (groot)ouders zorgen, tot aan hun dood. Er was en is immers geen pensioen voor de agrariër, het bedrijf was de bron van bestaan van de familie. De ouders kregen derhalve (levenslang) kost en inwoning.

Binnen de systematiek van het blijversrecht werden, naast de ouders, ook de andere, niet-opvolgende kinderen niet vergeten. De blijver moest aan zijn (in het verleden vaak ongetrouwde) broers en zussen een 'hoeskommen' verschaffen tot ze een jaar of dertig waren. Soms moest hij zelfs een bruidskoe, (linnen)uitzet of een (klein) bedrag in contanten aan ze meegeven als ze gingen trouwen.

De Twentse hoogleraar, prof. Anne van der Meiden verwoordt het in 1957, in de streektaal, als volgt: *'De gerechtigheid (het bedrijf) gung van oalder op kinder. 'n Oaldst'n mos de stee arv'n, de breurs en zusters kreeg'n earr'n oetzet met ne koo, ne paa hoonder en mangs nen vark'n at 't ter an zat, mer nooit geald.'*⁵

¹ Vennoot bij FBN Juristen te Amsterdam, vennoot bij het Instituut voor Agrarisch Recht te Wageningen en universitair docent agrarisch recht aan de Radboud Universiteit.

² J.P. Moltzer 1887 'Erfrecht en landbouwbedrijf', in: Sociaal Weekblad 1887/30-33.

³ M.A. Cohen, Het blijversrecht: Een notarieel juridische studie over het Oost-Nederlandse recht betreffende de vererving en de overgang bij leven van landbouwbedrijven, diss. 1958, Deventer: Kluwer 1970.

⁴ HR 13-3-1974 (ECLI:NL:HR:1974:AX4537).

⁵ A. van der Meiden 'De Oale Boerschop', Enschede: Hengeler Kraante 1957.

In de loop der jaren heeft het blijversrecht zich in zoverre ontwikkeld dat de nadruk steeds meer is komen te liggen op uitbetaling van de niet-opvolgende broers en zussen in geld.⁶ De bruidskoe is dus gaandeweg vervangen door het spaarvarken. Ook het 'thoeskommen' is geleidelijk meer en meer op de achtergrond geraakt.

Men zou, het voorgaande systeem overziend, kunnen spreken van een 'afwijkend rechtsbesef' van de plattelandsbevolking van Overijssel en Gelderland. Het gewoonterecht lijkt binnen de agrarische familiebedrijven het reguliere (ab intestaat en testamentaire) erfrecht opzij te zetten.

Vaak werd de bedrijfsopvolging binnen de agrarische familie al bij leven geregeld. De overige, onderbedeelde kinderen deden dan via een zogeheten 'morele verklaring' (zie onderdeel 2 hierna) afstand van hun rechten uit hoofde van de legitieme portie. De vraag is of een dergelijke handelwijze op gespannen voet stond en staat met het verbod op het aangaan van overeenkomsten over nog niet opgevallen nalatenschappen, zoals destijds opgenomen in art. 1370 lid 2 oud BW en thans in art. 4:4 lid 2 BW.⁷ Daarnaast betekende de toepassing van het blijversrecht vrijwel altijd een schending van de legitieme portie van de andere kinderen, die immers genoeg moesten nemen met geld en overige zaken van geringer waarde dan hun legitimaire aanspraak.

Het blijversrecht is ontstaan uit het zogeheten hofstelsel, een vorm van beheer van het grondbezit.⁸ Hierbij werd het grondbezit in twee stukken verdeeld: één gedeelte (het domein) bleef in eigen beheer van de eigenaar (de hofman/hofgoedbezitter) of diens vertegenwoordiger, terwijl het overige land in hoeven werd uitgegeven aan de (hof)horigen,⁹ die hierop een eigen bedrijf exploiteerden. De horigen genoten bescherming van de heer. In ruil voor deze bescherming waren zij verplicht tot het leveren van producten in natura aan de hof.¹⁰ Tevens waren zij verplicht om herendiensten te verrichten, hand- en spandiensten bestaande uit bijvoorbeeld het kappen van bos, hulp bij het bier brouwen of het verrichten van onderhoud aan de graanmolen.¹¹

In Duitsland geldt een met het blijversrecht vergelijkbaar systeem van vererving. Onder de naam 'Anerbenrecht'¹² is er aldaar sprake van een van de gewone regelingen afwijkende erfrechtelijke regeling voor de agrarische erfopvolging, waarbij de agrarische eigendommen ongedeeld overgaan op een of meer erfgenamen tegen een lage waarde. Doel van de regeling is splitsing van de boerderij door overgang te voorkomen en de opvolger niet met hoge schulden te belasten.¹³ Of, zoals de Duitsers het zelf treffend verwoorden: 'Der Bauer hat nur ein Kind'.¹⁴

⁶ Zie J.T.T.M. Hölscher, 'Blijversrecht en art. 1370 lid 2 BW', ALM 1989, p. 6.

⁷ Zie nader J.T.T.M. Hölscher, 'Blijversrecht en art. 1370 lid 2 BW', ALM 1989, p. 3-9.

⁸ Zie over het hofstelsel nader R.F.A. Rorink, *Verbonden door de echte. Rechten en plichten van de horige boeren onder de Twentse landsheerlijke hoven tot 1811*, Twente Akademie Reeks 5, Almelo 1996, p. 193 e.v.

⁹ De horigen behoorden tot de stand der onvrijen. Zie over de drie klassen (edelen, vrijen en onvrijen) op de middeleeuwen uitgebreid W.H.J. Massink, *Horige rechten in Twenthe*, diss. 1927, hoofdstuk 1, alsmede J.S.L.A.W.B. Roes, *Het naaste bloed erfde het goed*, diss. 2006, Deventer: Kluwer 2007, p. 254 e.v.

¹⁰ De hoven worden door P.G. Aalbers, 'Horigheid in Oost-Nederland' in: *Gens Nostra 1990/45*, p. 48 treffend omschreven als 'kleine economische centra'. Deze verplichtingen vielen uiteen in vaste en variabele lasten, aldus P.G. Aalbers, 'Horigheid in Oost-Nederland' in: *Gens Nostra 1990/45*, p. 50.

¹¹ L.J. Sparnaaij, *Landbouwpacht*, diss. 1903, p. 26 noemt de verplichtingen, die het feodale tijdperk kende 'veelsoortig en soms van zeer zonderlingen aard'.

¹² Zie H. Gamperl, *Die Flurbereinigung im westlichen Europa*, Bayerischer Landwirtschaftsverlag 1955, p. 33.

¹³ Zie tevens W. Burgerhart, *Waarde en erfrecht*, diss. 2007, Deventer: Kluwer 2008, p. 19-20.

¹⁴ *Der Grosse Brockhaus* XVIe druk 1952, Band I p. 274. Zie tevens M.A. Cohen, *Het blijversrecht: Een notarieel juridische studie over het Oost-Nederlandse recht betreffende de vererving en de overgang bij leven van landbouwbedrijven*, diss. 1958, Deventer: Kluwer 1970, p. 24.

In tegenstelling tot de gewoonterechtelijke status van het blijversrecht heeft het Anerbenrecht een solide wettelijke basis gekregen: via de Höfeordnung van 24 april 1947 werd het Anerbenrecht rechtstreeks in het Duitse wetsstelsel verwerkt. De geografische werking van de Höfeordnung is beperkt tot de deelstaten Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Hamburg en Schleswig-Holstein. Met name de eerste twee genoemde deelstaten bevinden zich, door hun ligging aan de grensgebieden van Overijssel en Gelderland, binnen de werkingssfeer van het blijversrecht. Dit is verklaarbaar, aangezien de bewoners van deze gebieden, zowel van Nederlandse als van Duitse zijde, oorspronkelijk van Saksische komaf zijn, waardoor een Saksische wijze van vererving, aan Nederlandse zijde als blijversrecht en aan Duitse zijde als Anerbenrecht aangeduid, in beide gebieden de agro-familiale sfeer bepaalt.

2. De morele verklaring

De praktische uitwerking van het blijversrecht vindt – hoe kan het ook anders – plaats op het notariskantoor. De notaris is immers de spin in het web op erfrechtelijk gebied en diens notariskantoor is het epicentrum van de agrarische bedrijfsopvolging. Aldaar wordt, als sluitstuk van de testamentaire inkleding van het blijversrecht, door de niet-opvolgende kinderen een zogeheten ‘morele verklaring’ getekend. In deze verklaring verklaarden zij dat zij kennis hadden genomen van de regelingen die ouders hadden getroffen (en eventueel nog zouden gaan treffen), om te bereiken dat het ouderlijk landbouwbedrijf kon worden voortgezet door zijn of haar broer. Tevens verklaarden ze daarbij de getroffen regeling niet te zullen aantasten (lees: geen beroep te zullen doen op hun legitieme portie).¹⁵ In ruil voor het tekenen van de morele verklaring, die in de agrarische wandelgangen ook wel als ‘aftekenverklaring’ werd en wordt aangeduid, ontvingen de broers en zussen een bedrag in geld, waarvan de omvang afhankelijk was van diverse factoren, zoals de grootte van de boerderij en de omvang van het eventuele overige vermogen bij de bedrijfsopvolger. Vrijwel altijd zal het ontvangen bedrag (fors) beneden de omvang van de legitieme portie van het betreffende kind liggen.

Het ‘aftekenen’ en daarmee afzien van (verdere) legitimaire aanspraken is in de loop der jaren een begrip geworden binnen agrarische familiebedrijven die met het blijversrecht te maken hebben. Het is stevig verankerd in het agrarische rechtsbewustzijn. ‘Aftekenen’ is dikwijls, mede door de aanwezige familiale druk, tot een automatisme geworden.

Met dank aan mr. O.S. Geurts, notaris te Markelo, geef ik onderstaand enkele voorbeelden van een dergelijke morele verklaring weer:

‘(...) Nemen/neemt in aanmerking:

Hij/Zij is/zijn ermee bekend dat zijn/haar/hun ouders + en + op heden testamenten hebben gemaakt waarbij zij hun +, geboren te + op +, wonende te +, in verband met de continuïteit en een toekomstige rendabele voortzetting van het familiebedrijf, tot hun enige erfgenaam hebben benoemd onder de verplichting aan hem/haar/hen in de vorm van legaten en/of schenkingen een bedrag uit te keren van + (@,--);

Verklaart/Verklaren:

- a. Met de inhoud van voormelde testamenten volledig akkoord te gaan en na het overlijden van elk van zijn/haar/hun ouders in deze testamenten te zullen berusten en daarbij afstand te zullen doen van zijn/haar/hun rechten op een wettelijk erfdeel;*

¹⁵ Aldus J.T.T.M. Hölscher, 'Blijversrecht en art. 1370 lid 2 BW', ALM 1989, p. 5.

b. *Ermee bekend te zijn, dat de onderhavige verklaring hem/haar/hen in moreel opzicht bindt, doch niet in juridisch opzicht.* ‘

Ook een iets uitgebreidere variant wordt dikwijls aangetroffen, bijvoorbeeld luidend als volgt

(...) Nemen in aanmerking:

Zij zijn overeengekomen dat de ondergetekende + in de toekomst het landbouwbedrijf van de ouders zal overnemen.

Verklaren:

In verband met de op heden verleden testamenten van de ouders en de op heden door zoon/dochter + ondertekende "morele" verklaring dienen de ouders en zoon/dochter + in de akte houdende de toedeling casu quo de levering van de bestanddelen behorend tot het landbouwbedrijf bepalingen van de navolgende strekking op te nemen:

- 1. Zoon/Dochter + dient zich te verplichten om zijn/haar ouders casu quo de langstlevende van beiden ingeval van ziekte of ouderdom verzorging en verpleging te verschaffen zolang zij Keuze +
 - *in de boerderij staande en gelegen aan de + te + of*
 - *het woonhuis staande en gelegen aan de + te + wonen, een en ander voorzover dat redelijkerwijs van hem/haar verlangd kan worden, zulks ter beoordeling van de huisarts van de ouders;**
- 2. Er dient een meerwaardeclausule te worden opgenomen met de strekking dat voor het geval zoon/dochter + voor een nader te bepalen datum wenst over te gaan tot vervreemding van de aan hem/haar toe te delen casu quo over te dragen cultuurgronden zonder enig bedrijfseconomisch belang hij/zij verplicht is de meeropbrengst boven zijn/haar verkrijgingsprijs te vergoeden aan zijn/haar ouders of de langstlevende van hen en bij hun beider ontstentenis voor + gedeelte aan zoon/dochter + .’*

In de laatste, uitgebreidere variant ontwaren wij in lid 1 het zogeheten ‘kostcontract’: de verplichting voor de blijver om aan zijn ouders huisvesting, verpleging en onderhoud te verschaffen. Dit is een, als tegenprestatie voor het op financieel gunstige voorwaarden kunnen overnemen van de onderneming door de bedrijfsopvolger, belangrijk onderdeel van het blijversrecht. Uiteraard kan een dergelijk kostcontract naar eigen inzicht worden ingevuld, beperkt en uitgebreid. De mogelijke werking van de fictie van art. 10 SW dient bij dit alles echter wel in het oog te worden gehouden.¹⁶

Ten aanzien van de notariële omgang met de morele verklaringen dient gewezen te worden op een brief van de Kamer van Toezicht over de Notarissen en Kandidaat-Notarissen te Almelo van 19 mei 1978.¹⁷ Als reactie op de door diverse notarissen gehanteerde praktijk van ‘aftekenverklaringen’ bracht de President van de Rechtbank Almelo, in zijn hoedanigheid van voorzitter van de Kamer van Toezicht, op die datum een circulaire met aanwijzingen uit. Deze richtlijn, gericht aan alle notarissen van de ring Almelo, schreef min of meer voor (in de brief wordt het als ‘aanbeveling’ aangeduid) dat de morele verklaringen voortaan de bepaling de bepaling moest bevatten dat een op deze manier afzien van erfrechtelijke aanspraken geen enkele juridische betekenis heeft. De verklaring kon enkel

¹⁶ Zie nader M.A. Cohen, Het blijversrecht: Een notarieel juridische studie over het Oost-Nederlandse recht betreffende de vererving en de overgang bij leven van landbouwbedrijven, diss. 1958, Deventer: Kluwer 1970, p. 136-137.

¹⁷ Kenmerk: KvT 78-05-19 CIRC, waarover uitgebreid J.T.T.M. Hölscher, 'Blijversrecht en art. 1370 lid 2 BW', ALM 1989, p. 2-3.

als een afstanddoening op grond van een morele plicht worden gezien. De verklaring diende, om de notariële Belehrung goed vorm te kunnen geven, tevens te bevatten dat men bekend is met het feit dat dit alles juridisch waardeloos is. Op deze wijze trachtte de Kamer van Toezicht, via de notarissen in de ring Almelo, te waarborgen dat de geringe juridische waarde van de morele verklaring voor de niet-opvolgers volledig duidelijk zou zijn.

3. De morele verklaring en het (oud) BW

Als belangrijkste argument voor het hiervoor besproken standpunt van de Kamer van Toezicht geldt het bepaalde in art. 1370 lid 2 Oud BW: *'Men kan echter geene afstand doen van eene erfenis die nog niet opengevallen is, noch over zoodanig eene nalatenschap enig beding aangaan, zelfs niet met toestemming van dengenen over wiens nalatenschap gehandeld wordt (...).'*

Thans worden woorden van gelijke strekking aangetroffen in art. 4:4 lid 2 BW: *'Overeenkomsten strekkende tot beschikking over nog niet opengevallen nalatenschappen in hun geheel of over een evenredig deel daarvan, zijn nietig.'* De wetgever heeft het in 2003 nog wat duidelijker opgeschreven dan in de voordien geldende wetsbepaling het geval was.

De vraag die op grond van het voorgaande kan worden gesteld is de volgende: kan het blijversrecht als gewoonterecht een wettelijke bepaling van dwingend recht zoals art. 1370 lid 2 Oud BW respectievelijk art. 4:4 lid 2 BW opzijzetten? Anders gezegd: moet het recht van de wijker via een morele verklaring wijken voor het recht van de blijver? De Kamer van Toezicht beantwoordt deze vraag bevestigend.

Ook de rechtspraak lijkt dit standpunt te ondersteunen. Zo besliste de Hoge Raad in haar arrest van 11 januari 1974 (Van Duin/Maria Leek)¹⁸ dat de stelling onjuist is dat het verbod van art. 1370 (oud) om over een nog niet opengevallen nalatenschap enig beding aan te gaan uitsluitend zou betreffen nalatenschappen van derden en niet zou gelden voor overeenkomsten betreffende de nalatenschap van een van de contracterende partijen zelf.

Wanneer echter letterlijk 'over de grens' gekeken wordt, blijkt dat in Duitsland het Anerbenrecht, als Duitse equivalent van het blijversrecht, een expliciete wettelijke basis heeft gekregen. Hierin zou de Nederlandse rechter wellicht een rechtvaardiging kunnen lezen om, ondanks het bepaalde in art. 1370 lid 2 Oud BW respectievelijk art. 4:4 lid 2 BW, de rechten van de blijver te laten prevaleren boven de rechten van de wijker. Er zou gezegd kunnen worden dat de Nederlandse wetgever, in vergelijking tot de Duitse, nalatig is geweest in de wettelijke verankering van het blijversrecht.¹⁹ Of dit echter voldoende is om een dwingendrechtelijke regel opzij te kunnen zetten, is de vraag.

Wanneer de Duitse regelgeving nader wordt beschouwd, komt § 2346-2352 van het Bürgerliches Gesetzbuch (B.G.B.) in beeld. In deze bepalingen is het zogeheten 'Erbverzicht', door middel van het sluiten van een 'Erbverzichtsvertrag' met de erflater, geregeld. Dit behelst een contractuele afspraak met erflater inzake het afzien van het erfdeel, nog vóór het openvallen van de nalatenschap van erflater. Indien de Nederlandse wetgeving ook dergelijke bepalingen zou bevatten (quod non), zou de ongemakkelijke en enigszins gekunstelde omgang met de morele verklaring en het 'aftekenen' tot het verleden behoren en zou het blijversrecht via een overeenkomst inzake het afzien van het

¹⁸ ECLI:NL:HR:1974:AC1781.

¹⁹ In dezelfde zin J.T.T.M. Hölscher, 'Blijversrecht en art. 1370 lid 2 BW', ALM 1989, p. 4.

erfdeel een solide wettelijke erfrechtelijke basis kennen. Voor een dergelijke ingreep is echter een verregaande systeemwijziging binnen het erfrecht noodzakelijk.²⁰

De conclusie van het vorenstaande is mijns inziens dat de morele verklaring, mede in het licht van het huidige art. 4:4 lid 2 BW bezien, (grotendeels) niet rechtsgeldig is. Een rechtsvergelijking met de Duitse grensgebieden zou echter wellicht enige twijfel kunnen zaaien. Toch is het systeem van het blijversrecht anno 2020 in de regio's waar het speelt nog steeds springlevend en wordt er nog dikwijls 'afgetekend'. Daar is, zolang het aftekenen gepaard gaat met de juiste notariële Belehrung, niets mis mee. In het uiterste geval kan het niet-opvolgende kind, ook na het aftekenen, alsnog een beroep doen op zijn of haar legitieme portie. Er ontstaat dan voor dit kind enkel een moreel probleem. Juridisch gezien zijn er geen bezwaren tegen deze handelwijze.

Een belangrijke verklaring voor de nog steeds aanwezige aftekenpraktijk, ruim 40 jaar na de circulaire van de Kamer van Toezicht is mijns inziens het gegeven dat er in de agrarische praktijk naast de juridische werkelijkheid ook een belangrijke familiale werkelijkheid is, met een eigen dynamiek en gewoontes. Deze 'parallele werkelijkheid' lijkt een natuurlijke rem op het (aanvullende) beroep op de legitieme portie te zetten. De grondgedachte achter het blijversrecht is daarmee, ook ruim 60 jaar na het proefschrift van Cohen, nog volop intact.

4. Tot slot: het blijversrecht blijft van belang

Het moge inmiddels ook de niet-agrarisch geschoolde erfrechtjurist duidelijk zijn: het blijversrecht is, ook naar de huidige normen bezien, geen curiositeit of folklore, maar (lokale) realiteit. Vragen met betrekking tot de verhouding van het blijversrecht tot het bepaalde in (thans) art. 4:4 lid 2 BW zijn daarmee nog volledig actueel. Hetzelfde geldt voor voldoende kennis bij en goede voorlichting door het notariaat op dit bijzondere agrarisch-erfrechtelijke terrein. Agrarische Belehrung van zowel blijver als de overige (wijkende) kinderen door de (agro-)notaris is en blijft dus van groot belang. De tuchtrechter kijkt immers, ook op het terrein van (het informeren over) het blijversrecht, mee.

Overigens: hoewel het blijversrecht zelf, in tegenstelling tot bij onze Oosterburen, niet wettelijk geregeld is en dus (slechts) de status van gewoonterecht heeft, is in de huidige civiele en fiscale regelgeving toch enige concrete uitwerking van (gedachten en principes uit) het blijversrecht aan te treffen. Ik noem bijvoorbeeld de overdracht van de agrarische onderneming tegen een redelijke prijs (lonende exploitatiewaarde) ex art. 4:38 BW²¹ en de regels omtrent het non-inferieure legaat in termijnen, benodigd om de voortzetting van het beroep op bedrijf van erflater niet in ernstige mate te bemoeilijken.²² Daarmee is, hoewel het blijversrecht zelf immer gewoonterecht zal blijven, de wetgever zelf in de loop der jaren doordrongen geraakt van het belang van een soepele opvolging van agrarische familiebedrijven, nu en in de toekomst. En dat is, naast het voortbestaan van het blijversrecht, een hele geruststelling voor de agrarische familiebedrijven.

²⁰ Vgl. de kwestie inzake de invoering van contractueel erfrecht, waarover F.W.J.M. Schols, Erfrechtelijke ingrepen met het oog op het informele samenleven en het samengestelde gezin, in: WPNR (2018) 7220.

²¹ Waarover uitgebreid W. Burgerhart, Waarde en erfrecht, diss. 2007, Deventer: Kluwer 2008, p. 162 e.v.

²² Zie W. Burgerhart, Waarde en erfrecht, diss. 2007, Deventer: Kluwer 2008, p.203 e.v.