

ECLI:NL:GHSGR:2008:BD0394

Instantie	Gerechtshof 's-Gravenhage
Datum uitspraak	03-01-2008
Datum publicatie	23-04-2008
Zaaknummer	06/369
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Testamenteir executeur, beloning, opdracht.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Uitspraak: 3 januari 2008

Rolnummer: 06/369

Rolnr. rechtbank: 56855/HA ZA 04-2765 (DO)

HET GERECHTSHOF TE 'S-GRAVENHAGE, eerste civiele kamer, heeft het volgende arrest gewezen in de zaak van:

1. [APPELLANT 1],
wonende te Sliedrecht,
2. [V.O.F. SERVICE EN ADVIESBUREAU],
gevestigd te Schiedam,
3. [SERVICE- EN ADVIESBUREAU B.V.],
gevestigd te Schiedam,
appellanten,
hierna te noemen: ieder voor zich [appellant 1], [de vof] en [de BV] en tezamen [appellanten],
procureur: mr. R.Th.R.F. Carli,

tegen

1. [ERFGENAAM 1],
wonende te Vianen,
2. [ERFGENAAM 2],
wonende te Vianen,
3. [ERFGENAAM 3],
wonende te Dordrecht,
4. [ERFGENAAM 4],
wonende te Dordrecht,
geïntimeerden,

hierna te noemen: ieder voor zich [erfgenaam 1], [erfgenaam 2], [erfgenaam 3] en [erfgenaam 4] en tezamen [de erven],

procureur: mr. R.Th.R.F. Carli.

Het geding in hoger beroep

Bij exploit van 13 maart 2006 zijn [appellanten] in hoger beroep gekomen van het vonnis van 18 januari 2006, door de rechtbank te Dordrecht gewezen tussen partijen. Bij memorie van grieven (met producties) hebben [appellanten] elf grieven tegen het vonnis aangevoerd, welke door [de erven] bij memorie van antwoord (met producties) zijn bestreden. Vervolgens hebben partijen de zaak voor het hof schriftelijk doen bepleiten; daarbij hebben zij elk een of meer producties in het geding gebracht waarop de wederpartij heeft kunnen reageren. Ten slotte hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

1.1 [de erven] zijn erfgenamen van [erflater], overleden op 22 oktober 2003 (verder: de erflater). De erflater heeft op 10 juli 2003 een overeenkomst met [appellant 1] gesloten, onder meer inhoudende:

(...)

[De erflater] vraagt [appellant 1] om als zaakwaarnemer zijn lopende zaken te regelen, alsmede verzoekt hij [appellant 1] om als executeur testamentair op te treden als [de erflater] zou komen te overlijden.

(...)

De kosten voor deze werkzaamheden zijn overeengekomen van 3% van het totale vermogen per 1 januari 2003, exclusief btw, en zullen door [de erflater] bij vooruitbetaling op factuur betaald worden.

(....)

[Service en Adviesbureau] heeft terzake op 9 juli 2003 een factuur aan (kennelijk) het bedrijf van de erflater toegezonden ter hoogte van € 55.557,53 (inclusief btw). De erflater heeft deze factuur voldaan.

1.2 Bij testament van 11 juli 2003 heeft de erflater [appellant 1] benoemd tot executeur en tot bewindvoerder gedurende tien jaar over een legaat van € 75.000,- aan zijn partner [verder: de partner], die daarbij naast [de erven] tot vijfde erfgenaam is benoemd. [appellant 1] heeft de benoemingen aanvaard. Bij aanvullend testament van 12 september 2003 heeft de erflater [appellant 1] benoemd tot bewindvoerder gedurende vijf jaar over de testamentaire verkrijgingen van [erfgenaam 3] en [erfgenaam 4]. Ook deze benoeming heeft [appellant 1] aanvaard.

1.3 Na overlijden van de erflater heeft [appellant 1] als executeur testamentair op factuur van [Service en Adviesbureau] uit de boedel nogmaals € 55.557,53 (inclusief btw) aan zichzelf of zijn administratiekantoor betaald.

1.4 Tot de nalatenschap behoorde onder meer Rabo-rekening 3530.23.809. [appellant 1] heeft deze rekening per 23 april 2004 op naam van [de partner] doen stellen. Hij heeft op 3 augustus 2004 een bedrag van € 8.994,11 van die rekening naar een rekening van hemzelf overgeboekt.

1.4 Op 28 januari 2004 heeft [erfgenaam 1] bij de politie Zuid-Holland-Zuid/Sliedrecht aangifte gedaan van verduistering en valsheid in geschrifte. Op 28 oktober 2004 heeft [erfgenaam 2] aanvullende aangifte gedaan tegen [appellant 1] wegens valsheid in geschrifte, diefstal, verduistering en gekwalificeerde verduistering.

1.4 Nadat [appellant 1] bij beschikking van de familiekamer van dit hof d.d. 8 september 2004 uit zijn functies als executeur en bewindvoerder als omschreven in rechtsoverweging 1.2 was geschorst, is hij bij beschikking van de familiekamer van dit hof d.d. 12 januari 2005 uit die functies ontslagen. Het hof heeft daarbij onder meer overwogen:

(...)

Zo is ter zitting gebleken dat er door de erven aangiften zijn gedaan tegen [appellant 1] (...). Naar aanleiding van de aangifte betreffende de overeenkomst tussen [appellant 1] en de erflater van 11 september 2003, heeft (een opsporingsambtenaar) een brief laten uitgaan naar de advocaat van de erven, waarin staat dat het onderzochte document een falsificatie betreft.

Voorts heeft [appellant 1] ter zitting erkend dat hij een bedrag van in totaal € 54.000,- van een van de rekeningen uit de nalatenschap heeft overgeboekt naar de rekening van [de eenmanszaak van zijn zoon]. Dit zou per abuis gebeurd zijn bij het overboeken via telebankieren en volgens [appellant 1] is de fout inmiddels hersteld. Voor zover de erven weten, is het bedrag nog niet teruggestort. Hetzelfde geldt voor een bedrag van € 20.000 waarvan [appellant 1] ter zitting heeft verklaard dat deze – eveneens per abuis tijdens het telebankieren – op zijn eigen rekening terecht is gekomen. Deze fouten klemmen te meer nu [appellant 1] het niet nodig achtte om de erven direct na het ontdekken van de fout op de hoogte te brengen. Daarnaast is onweersproken ter zitting komen vast te staan dat er een bedrag van € 100.000,- van de rekening van de erflater op de rekening van [appellant 1] is gestort in verband met de koop van het appartement uit de boedel door [erfgenaam 4]. Dit bedrag heeft een jaar lang op de rekening van [appellant 1] gestaan. [appellant 1] erkent dat dit veel te lang heeft geduurd en dat hij in dit opzicht nalatig is geweest. Hij schaamt zich ervoor, doch stelt dat hij niet te kwader trouw heeft gehandeld. Ook hier heeft [appellant 1] het niet nodig geacht de erven eigener beweging op de hoogte te stellen van de foutieve overboeking, hetgeen illustratief is voor de verhouding tussen [appellant 1] en de erven.

(...)

Deze beschikking is onherroepelijk geworden.

1.5 [de erven] hebben met verlof van de voorzieningenrechter van de rechtbank te Dordrecht d.d. 20 juli 2004 ten laste van [appellanten] conservatoir derdenbeslag laten leggen onder de ABN AMRO Bank N.V. te Amsterdam, de Coöperatieve Rabobank Sliedrecht-Graafstroom B.A., de ING Bank te Amsterdam en de Postbank N.V. te Amsterdam. Voorts hebben zij conservatoir beslag tot afgifte ter gerechtelijke bewaargeving van een personenauto laten leggen.

1.6 [appellant 1] is bij vonnis van de rechtbank te Dordrecht van 17 oktober 2006 veroordeeld tot een gevangenisstraf van twaalf maanden, waarvan vier maanden voorwaardelijk, wegens verduistering, gepleegd door een executeur van een nalatenschap, ten opzichte van enig goed dat hij als zodanig onder zich heeft, meermalen gepleegd, alsmede wegens (kort samengevat) meermalen opzettelijk gebruik maken van valse en vervalste geschriften. De gekwalificeerde verduistering had blijkens de bewezenverklaring betrekking op verschillende geldbedragen, toebehorende aan [de erven]. [appellant 1] heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld.

2. [de erven] hebben bij de rechtbank gevorderd (na wijziging van eis) dat deze [appellanten] zal veroordelen tot betaling aan hen van € 123.241,39 met rente en kosten. De rechtbank heeft de vordering grotendeels toegewezen.

3. Met hun eerste grief klagen [appellanten] over de overweging van de rechtbank dat zowel [appellant 1] in persoon als [de vof] en [de BV] contractpartij waren en als zodanig konden worden aangesproken. Zij stellen dat de opdracht aan [appellant 1] als privé persoon is verstrekt.

4. Zowel de overeenkomst(en) als de factuur als een besprekingsverslag zijn opgesteld op papier van [Service en Adviesbureau]; deze stukken zijn ook aan de erflater in deze vorm verstrekt. Voorts heeft [appellant 1] blijkens de facturen BTW in rekening gebracht. Ingevolge artikel 1 van de Wet op de omzetbelasting 1968, voor zover van belang, wordt BTW geheven "ter zake van leveringen van (...)

diensten, welke in Nederland door ondernemers in het kader van hun onderneming worden verricht.” Daarom houdt het hof het ervoor dat [appellant 1] de opgedragen werkzaamheden in elk geval mede in het kader van zijn onderneming, te weten voornoemd administratiekantoor, heeft verricht, nu niet is gesteld of gebleken dat hij dat in het kader van een andere onderneming heeft gedaan. [appellanten] hebben gesteld dat [appellant 1] zijn onderneming dreef in het kader van [de vof] en dat [de BV] slechts diende voor beheer van het eigen vermogen. Zij hebben ten bewijze daarvan een kopie van de inschrijving van [de BV] in het handelsregister overgelegd. [de erven] hebben deze stelling noch dit uittreksel betwist, zodat het hof van de juistheid hiervan uitgaat. Dit leidt ertoe dat de grief slechts slaagt voor zover deze betrekking heeft op [de BV]. De vordering tegen [de BV] zal worden afgewezen. Voor het overige faalt de grief. De rechtbank heeft terecht overwogen dat zowel [appellant 1] in persoon als [de vof] door [de erven] kan worden aangesproken.

5. De tweede grief valt de eindbeslissing van de rechtbank aan. Ter onderbouwing daarvan brengen [appellanten] naar voren dat het vonnis van de rechtbank als een verrassingsbeslissing moet worden gekwalificeerd, nu zij op grond van uitlatingen van de rechter-commissaris ter comparitie (waarvan geen inhoudelijk proces-verbaal is opgemaakt) een tussenvonnis met enkele eindoordelen en een bewijsopdracht hadden verwacht, en dat, nu niet duidelijk is dat de vonnis wijzende rechter overleg heeft gevoerd met voormelde rechter-commissaris of kennis heeft genomen van zijn aantekeningen, het vonnis moet worden geacht te zijn genomen op basis van onvolledige gegevens. Zij bieden aan de betreffende rechter-commissaris als getuige te doen horen.

6. Deze grief kan op zichzelf niet tot vernietiging van het vonnis leiden, nu het hoger beroep er naar zijn aard toe strekt [appellanten] in de gelegenheid te stellen van hun verrassing te bekomen en het geschil in de omvang die zij wensen aan het oordeel van het hof te onderwerpen, en hun de mogelijkheid geeft al die feiten en omstandigheden naar voren te brengen en deze zo nodig te onderbouwen, waarvan zij menen dat ze voor de beslissing van de zaak van belang zijn. Het hof passeert daarom dit bewijsaanbod.

7. De derde tot en met zesde grief hebben betrekking op de verstrekte opdracht om als executeur en bewindvoerder op te treden. De derde grief betreft de overweging van de rechtbank dat de overeenkomst die aan de tweede, in rechtsoverweging 1.3 omschreven betaling ten grondslag zou liggen, vals is, niet is komen vast te staan. [appellanten] bieden aan het totstandgekomen zijn van een rechtsgeldige overeenkomst alsnog door het horen van bepaalde getuigen te bewijzen. De vierde grief ziet op het oordeel van de rechtbank dat [appellant 1] voor zijn werkzaamheden slechts een vergoeding van € 27.778,77 toekomt. [appellanten] brengen naar voren dat de eerste nota in de procedure buiten beschouwing dient te blijven omdat deze door de erflater bij leven is voldaan en derhalve niet ten laste van de nalatenschap is gekomen. Bovendien is volgens hen [appellant 1] ook als zaakwaarnemer opgetreden en heeft hij voorts een gedocumenteerde urenverantwoording in het geding gebracht, waaraan zij refereren. Zij stellen dat er sprake is van een sluitende staat van inkomsten en uitgaven, zodat [appellant 1] zijn werkzaamheden als executeur correct heeft uitgevoerd. Volgens hen mogen onder de te declareren uren mede die worden gerekend welke [appellant 1] heeft besteed aan zijn verdediging tegen de beschuldiging door [de erven] van verduistering. Met de vijfde grief verzetten [appellanten] zich tegen de overweging van de rechtbank dat [appellant 1] ondeugdelijk zou hebben gepresteerd. Zij stellen dat op geen enkele wijze is gebleken dat [appellant 1] gelden uit de nalatenschap heeft verduisterd dan wel anderszins ten nadele van de nalatenschap heeft gehandeld. De zesde grief valt de overweging van de rechtbank aan, dat in aanmerking is genomen dat [de erven] genoodzaakt zijn een andere executeur aan te stellen, hetgeen de nodige kosten met zich mee zal brengen. [appellanten] wijzen erop dat [appellant 1] zijn feitelijke werkzaamheden als executeur bij zijn ontslag reeds had beëindigd en betwisten de noodzaak tot aanstellen van een nieuwe executeur. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

8. Voorop staat dat [appellant 1] en de erflater een overeenkomst van opdracht hebben gesloten, waarbij [appellant 1] op zich heeft genomen als testamentair executeur en als zaakwaarnemer op te treden. De taak van [appellant 1] als executeur bestond uit het afwikkelen van de erfenis en het gedurende tien, onderscheidenlijk vijf jaren optreden als bewindvoerder over aan [de partner] en aan [erfgenaam 3] en [erfgenaam 4] toevallende delen van de nalatenschap. [appellant 1] zou deze taken verrichten voor een

vaste prijs. Over de hoogte daarvan verschillen partijen van mening. [appellanten] stellen dat [appellant 1] op grond daarvan een bedrag van tweemaal € 55.557,53 toekomt (naast een vergoeding voor administratieve werkzaamheden voor het bedrijf van de erflater van € 115,- per uur vanaf 11 september 2003). [de erven] staan op het standpunt dat daarvoor een bedrag van € 55.557,53 is overeengekomen.

9. Ervan uitgaande dat de (betwiste) stellingen van [appellanten] juist zijn, overweegt het hof als volgt. Bij het sluiten van de overeenkomst(en) is ervan uitgegaan dat [appellant 1] voor het overeengekomen bedrag de opdracht volledig zou vervullen. Op 12 januari 2005, het moment waarop de overeenkomst(en) door het ontslag door het hof van [appellant 1] als executeur en bewindvoerder is/zijn geëindigd, was dat nog niet het geval. [appellant 1] heeft deze taken immers slechts tot het moment waarop hij in deze functies door het hof is geschorst (8 september 2004) kunnen vervullen. Op dat moment was nog geen jaar verstreken van de voor de bewindvoering testamentair vastgelegde termijnen. Voorts geldt dat de taak van een executeur eindigt wanneer hij zijn werkzaamheden als zodanig heeft voltooid. Dat is pas het geval als er geen onverdeelde goederen meer te beheren zijn. Niet is gesteld of gebleken dat op 12 januari 2005, laat staan op 8 september 2004 de nalatenschap was verdeeld. Dit leidt ertoe dat [appellant 1] slechts recht heeft op een naar redelijkheid te bepalen deel van het loon; bij de vaststelling daarvan wordt onder meer rekening gehouden met de reeds verrichte werkzaamheden, het voordeel dat de opdrachtgever (de erflater en na zijn overlijden als zijn rechtsopvolgers de erfgenamen) daarvan heeft en de grond waarop de overeenkomst is geëindigd. Anders dan [appellanten] kennelijk menen, kan de beloning niet alleen worden bepaald aan de hand van het aantal bestede uren.

10. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat een beloning van € 27.778,76 zeker is te beschouwen als een redelijk deel. Daarbij neemt het hof in de eerste plaats in aanmerking dat [appellanten] zelf hebben gesteld dat tweederde deel van de op 10 juli 2003 overeengekomen beloning strekte ter compensatie van het feit dat [appellant 1] in 1971 de schuld voor door de erflater gemaakte fouten op zich heeft genomen, en dat daarom in plaats van de gebruikelijke 1% van het vermogen aan [appellant 1] 3% zou toekomen. Nu deze "bonus" in het kader van de onderhavige opdracht is overeengekomen, gaat het hof ervan uit dat deze slechts voor uitkering in aanmerking kon komen als [appellant 1] de opdracht volledig had vervuld, hetgeen, zoals hierboven is overwogen, allerm minst het geval is. Daarbij komt dat de reden voor de beëindiging van de overeenkomst in overwegende mate aan [appellant 1] te wijten is. Hij stelt dat hij door de erflater is gewaarschuwd voor eventuele moeilijkheden van de zijde van [de erven]. Niettemin is hij zodanig eigenmachtig opgetreden en is hij dermate onzorgvuldig geweest (zoals uit de in rechtsoverweging 1.4 aangehaalde beschikking blijkt), dat zijn gedragingen aanleiding hebben gegeven tot aangiftes door twee van [de erven] bij de politie en een ontslag uit zijn functie door het hof. Doordat [appellant 1] uit zijn functies als bewindvoerder is ontslagen, heeft hij ook niet voldaan aan de opdracht van de erflater om na diens dood gedurende lange tijd een zorgvuldig beheer van een substantieel deel van de nalatenschap te bewerkstelligen. De wijze van taakvervulling heeft er bovendien toe geleid dat [de erven] niet zonder meer behoeften te vertrouwen op de door [appellant 1] als executeur wel verrichte werkzaamheden, omdat de betrouwbaarheid daarvan niet boven twijfel was verheven. De opdrachtgever heeft derhalve, voor zover het de werkzaamheden van [appellant 1] als bewindvoerder en testamentair executeur betreft, naar het oordeel van het hof van die werkzaamheden eerder nadeel dan voordeel gehad. In het licht van het hierboven overwogene acht het hof het door de rechtbank aan [appellant 1] gelaten bedrag als vergoeding voor de werkzaamheden als zaakwaarnemer in de periode van 10 juli 2003 tot 11 september 2003 redelijk. Daaraan doet niet af dat de eerste nota nog door de erflater is betaald, aangezien het totaal van de overeengekomen beloning betrekking had op het totaal van de overeengekomen werkzaamheden.

11. Nu het hof bij zijn beoordeling is uitgegaan van de juistheid van de stellingen van [appellanten], passeert het hun bewijsaanbod terzake. Het bovenstaande leidt tot de slotsom dat de derde tot en met de zesde grief falen.

12. De zevende grief betreft de overweging van de rechtbank dat een bedrag van € 1.132,22 zonder grond ten laste van de nalatenschap is gebracht. [appellanten] brengen naar voren dat het een doorbetaling van rente aan [de partner] betreft en dat deze bij de verdeling met haar kan worden verrekend. De achtste

grief heeft betrekking op de overweging van de rechtbank die leidt tot het opleggen van de verplichting tot terugbetaling van een bedrag van € 2.000,- dat [appellant 1] eveneens aan [de partner] heeft uitbetaald. [appellanten] voeren aan dat het hier een voorschot betreft dat eveneens bij de verdeling met haar kan worden verrekend. Voor beide posten bieden zij getuigenbewijs door het doen horen van [de partner] aan. De grieven zullen gezamenlijk worden behandeld.

13. In eerste aanleg hebben [appellant 1] ter zake van de post van € 1.132,22 geen daarop toegesneden verweer gevoerd. Thans voeren zij aan dat het zou gaan om een doorbetaling van rente aan [de partner]. Zij maken evenwel niet duidelijk waarom [de partner] rente zou toekomen en zij hebben evenmin aangeboden dat te bewijzen; het aanbod om [de partner] te doen horen betreft immers uitsluitend de ontvangst van dat bedrag. Bij gebreke van een grondslag is voor het hof niet komen vast te staan dat [appellant 1] dit bedrag terecht aan de betreffende bankrekening van de nalatenschap heeft onttrokken. De zevende grief faalt. Daarentegen slaagt de achtste grief. Het hof ziet niet in waarom uit een omvangrijke nalatenschap als de onderhavige niet aan één van de erfgenamen met het oog op het voeren van de huishouding een beperkt voorschot zou mogen worden verstrekt. In het licht van de laatste door partijen overgelegde gegevens betreffende het successierecht is evenmin aannemelijk geworden dat dit voorschot bij de verdeling van de nalatenschap niet kan worden verrekend; overbedeling van [de partner] valt dus niet te verwachten. Dit deel van de vordering zal worden afgewezen.

14. De negende grief gaat in op de door de rechtbank toegekende vergoeding van renteschade ad € 6.090,-. [appellanten] betwisten in de eerste plaats het door [de erven] gehanteerde en door de rechtbank aanvaarde rentepercentage van 3,5%; zij stellen dat het gelet op de feitelijk ontvangen rente over de tot de nalatenschap behorende spaarrekening 2,39% dient te zijn. Zij stellen voorts dat het aan het door [de erven] gelegde beslag te wijten is dat de bedragen zo lang op andere rekeningen dan die van de nalatenschap hebben gestaan en dat zij over de beslagperiode geen rente verschuldigd zijn.

15. Gelet op het feit dat een bedrag van € 174.000,- zonder goede reden zich buiten de nalatenschap bevond en op de omstandigheid dat [appellant 1] geheel eigenmachtig optrad als testamentair executeur, zonder overleg te plegen met [de erven], hadden deze goede reden om beslag te leggen. Het renteverlies gedurende deze periode is dan ook aan [appellanten] toe te rekenen. Met betrekking tot het rentepercentage van 3,5% constateert het hof dat [appellanten] niet hebben gesteld dat dat in de betreffende periode onredelijk hoog was. Het was mede de taak van [appellant 1] als testamentair executeur (zeker nu hij mede handelde in de uitoefening van zijn onderneming), om zorg te dragen voor een behoorlijk rendement van de tot de nalatenschap behorende gelden. Dat op een bestaande spaarrekening een lager percentage is behaald, doet daaraan niet af. De grief faalt.

16. Met hun tiende grief vallen [appellanten] de overweging van de rechtbank aan die ertoe leidt dat een bedrag van € 8.994,11 moet worden terugbetaald. Zij brengen naar voren dat dit bedrag nooit tot de nalatenschap heeft behoord en dat het naar de rekening van [de partner] is teruggeboekt. Zij bieden aan terzake [de partner] te doen horen.

17. Deze grief faalt. [appellanten] hebben niet betwist dat het saldo van Rabo-rekening 3530.23.809 op het moment van overlijden van de erflater behoorde tot de nalatenschap. Dat is niet anders geworden doordat [appellant 1] deze rekening op naam van [de partner] heeft laten stellen. [appellanten] hebben niet gesteld dat het saldo van die rekening op het moment van wijziging van de tenaamstelling nihil was; zij hebben ook geen andere herkomst van het overgeschreven bedrag aangegeven. Bij gebreke van enige verdere onderbouwing van hun stelling dat het betreffende bedrag nooit tot de nalatenschap heeft behoord, passeert het hof het bewijsaanbod van [appellanten] op dit punt, en houdt het hof het ervoor dat het bedrag tot de nalatenschap behoorde. Het hof gaat ervan uit dat het bedrag vervolgens is terugbetaald aan [de partner]; verder bewijs daarvan door het doen horen van [de partner] acht het hof niet nodig. [appellant 1] had het bedrag evenwel dienen terug te betalen naar een tot de nalatenschap behorende bankrekening en niet naar een rekening van één van de erfgenamen. Het hof is van oordeel dat deze betaling niet als voorschot kan worden beschouwd, nu zij blijkens het bankafschrift dat door [appellanten] is overgelegd, door [appellant 1] als herstelboeking is aangemerkt en [appellanten] niet hebben gesteld

dat [de partner] om dit voorschot heeft verzocht. Het oordeel van de rechtbank dat dit deel van de vordering dient te worden toegewezen, is derhalve juist.

18. De elfde grief klaagt over de proceskostenveroordeling. [appellanten] voeren aan dat [de erven] hun vordering tijdens de procedure van ruim € 300.000,- hebben verminderd tot ruim € 120.000,- en dat zij daarom in de proceskosten hadden moeten worden veroordeeld, subsidiair dat deze naar rato van hetgeen is toegewezen, uitgaande van de oorspronkelijke vordering, hadden moeten worden verdeeld.

19. [appellant 1] heeft kort voor de dagvaarding in de eerste aanleg van de onderhavige procedure een bedrag, ongeveer ter grootte van het verschil tussen de oorspronkelijke en de gewijzigde vordering, teruggestort ten gunste van de nalatenschap. Niet is gesteld of gebleken dat hij [de erven] daarvan vóór de dagvaarding op de hoogte heeft gesteld. [de erven] hebben, toen zij met de terugbetaling bekend zijn geworden, hun vordering verminderd. Van de nalatigheid van [appellant 1] om [de erven] op de hoogte te stellen mogen [appellanten] geen voordeel trekken. Voor de resterende vordering zijn [appellanten] grotendeels in het ongelijk gesteld. Ingevolge artikel 237, eerste lid, Rv dienden zij derhalve in de proceskosten te worden veroordeeld. De grief faalt.

20. Het bovenstaande leidt ertoe dat het hof de vordering tegen [de BV] zal afwijzen en het door de rechtbank toegewezen bedrag met € 2.000,- zal verminderen. Omwille van de leesbaarheid zal het hof het dictum van het vonnis opnieuw formuleren. Bij deze uitkomst past een veroordeling van [appellant 1] en [de vof] in de kosten van het hoger beroep. Gelet op de ondergeschikte rol die de vraag naar de aansprakelijkheid van [de BV] jegens [de erven] in het geheel van de rechtsstrijd tussen partijen heeft gespeeld, zal het hof de proceskosten van [de BV] op nihil bepalen.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis waarvan beroep en, opnieuw rechtdoende:
- wijst de vordering van [de erven] tegen [de BV] af;
- veroordeelt [appellant 1] en [de vof] tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [de erven] te betalen een bedrag van € 99.552,63, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 27 oktober 2004 tot aan de dag der algehele voldoening;
- veroordeelt [appellant 1] en [de vof] in de kosten van het geding aan de zijde van [de erven], voor de eerste aanleg tot op 18 januari 2006 vastgesteld op € 5.789,07 aan verschotten en op € 7.105,- aan salaris voor de procureur, en voor het hoger beroep tot deze uitspraak vastgesteld op € 296,- aan griffierecht en op € 5.264 aan salaris voor de procureur;
- veroordeelt [de erven] in de kosten van het geding aan de zijde van [de BV], voor de eerste aanleg tot op 18 januari 2006 en voor het hoger beroep tot deze uitspraak vastgesteld op nihil;
- verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.V. van den Berg, A. Dupain en A.H. de Wild en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 3 januari 2008 in aanwezigheid van de griffier.