

PALLE HVASS DIGE

BEVIS I KONTRAKTSFORHOLD

EN UNDERSØGELSE OG KRITISK VURDERING
AF DE BEVISBYRDEREGLER, SOM DANSK RET ANVENDER
I KONTRAKTSFORHOLD

*non philosophia
sed vita veritas.*



EJNAR MUNKSGAARD - KØBENHAVN
1945

*Dette Arbejde, som er en Besvarelse af Københavns Universitets
Prisspørgsmaal for Aaret 1943: „Der ønskes en Undersøgelse og
kritisk Vurdering af de Bevisbyrderegler, som dansk Ret anven-
der i Kontraktsforhold“, er belønnet med Universitetets Guld-
medalje.*

*Copyright 1945
by
Ejnar Munksgaard*

Printed in Denmark
PEDERSEN & LEFEVRE KØBENHAVN V

FORORD

Dansk Proceslitteratur har kun behandlet Bevisbyrdeproblemet summarisk og har, i hvert Fald forsaavidt angaar Bevisbyrderegler for de enkelte Retsforhold, som Regel kun henvist til Fremstillingen af vedkommende Disciplin. Dér vil man imidlertid søge forgæves efter nærmere Vejledning. Kun E. Tybjerg har i sin Doktordisputats »*Om Bevisbyrden*« fra 1904 underkastet Problemet en grundigere Undersøgelse. Tybjergs Fortjeneste ligger i, at han bryder med den ældre Opfattelse, hvorefter Bevisbyrderegler skulde opstilles generelt — uden Hensyn til de enkelte Retsforholds Karakter. I Overensstemmelse hermed bygger Tybjergs Værk paa en Gennemgang af et stort Antal Domme, men alligevel fremsættes Forfatterens Betragtninger i væsentlig Grad de lege ferenda.

Siden Tybjerg skrev sin Afhandling, er der snart gaaet et halvt Aarhundrede, i Løbet af hvilket Retsplejeloven har gennemført Princippet om den fri Bevisbedømmelse, og Domstolene har truffet Tusinder af Afgørelser, der belyser Bevisbyrdeproblemet.

Formaalet med det foreliggende Arbejde er at belyse de Regler, der maa antages at være gældende dansk Ret i Dag. Hovedvægten er derfor lagt paa Afhandlingens Andet Afsnit, der bygger paa en Gennemgang af ca. 1200 udvalgte Højesterets- og Landsretsdomme, hvoraf ca. 300 er refereret mere eller mindre udførligt. Det er umuligt for Domstolene i alle Tilfælde at formulere Dommene saaledes, at der gives et ganske nøjagtigt Billede af de Omstændigheder, der har ført til Resultatet. Mange Detailler under Sagens Forberedelse og Bevisførelsen kan af praktiske Grunde ikke finde Udtryk i Dommen, ligesom Afgørelsen kan være ganske klar for Domstolen paa Grund af hele »Sagens Atmosfære«, medens en Beskrivelse af Sagens faktiske

Omstændigheder, saaledes som de har kunnet fæstnes til Papiret, giver et helt andet og maaske noget mere tvivlsomt Billede af Sagen. Ved Kritikken af Retspraksis maa man have dette for Øje.

De gennemarbejdede Domme har jeg som Regel kommenteret, men hvor en Dom aabenbart stemmer med et anført Hovedsynspunkt, har jeg ladet Dommen tale for sig selv eventuelt ved Hjælp af et Citat af Dommen fremfor et blot Referat. For at undgaa Misforstaaelser er Parterne i Referatet af Domme i Ankesager betegnet med deres Stilling i Underinstansen som Sagsøger eller Sagsøgte. I Andet Afsnit er Henvisninger til Teorien kun foretaget i begrænset Omfang, og fortrinsvis forbeholdt Noterne. De vigtigste Henvisninger til Tybjergs Værk og senere danske Forfattere vil dog findes, ligesom Henvisninger til Fremstillinger af den materielle Ret paa visse Steder har været nødvendige.

Paa Baggrund af den foretagne Undersøgelse af Domspraksis er der i Afhandlingens Første Afsnit redegjort for Bevisbyrdeproblemet og dets teoretiske Behandling i Retslitteraturen i Danmark og i de Lande, hvis Retsopfattelse har eller har haft Betydning for dansk Retsopfattelse. Af Hensyn til Fremstillingens Omfang har det dog kun været muligt at fremdrage de forskellige Forfatters Hovedsynspunkter. Særlig vigtige Udtalelser er dog citerede, hvilket undertiden ogsaa er fundet hensigtsmæssigt af Hensyn til Vanskeligheden ved at finde en ramrende Oversættelse. Til Belysning af mine egne Synspunkters Overensstemmelse med Praksis er der foretaget talrige Henvisninger til Andet Afsnit, ligesom enkelte Domme er refereret.

Udarbejdelsen af Første Afsnit er foretaget i Efteraaret 1943, hvor Bibliotekernes delvise Evakuering har medført, at enkelte af de tyske Forfatters Værker ikke har kunnet fremskaffes. Disse Forfattere er derfor gengivet efter andre Fremstillinger, navnlig Carl Olivecronas udførlige Fremstilling i »*Bevisskyldigheten och den materiella rätten*« og O. Augdahls »*Om bevisbyrden i tvistemål*«. I Litteraturfortegnelsen er de evakuerede Værker sat i Parentes.

Under Hensyntagen til den udførlige Indholdsfortegnelse er det fundet overflødigt at udarbejde Sageregister.

For værdifuld Bistand ved Gennemgangen af det store Doms-materiale skylder jeg Tak til stud. jur. Hans Jakob Petersen, og særlig for Arbejdet med Korrekturen takker jeg stud. jur. Jørgen Holten Rasmussen og Jørgen Kiørboe.

Efter Arbejdets Bedømmelse af Universitetet har jeg optaget enkelte nye Domme af bevismæssig Interesse samt enkelte Domme fra Sagførerfuldmægtig, cand. jur. Ebbe Suensons Af-handling om samme Emne, som jeg med Tak har haft til Laans.

Jeg retter en Tak til Det Finneske Legat, der har ydet Støtte til Udgivelsen af dette Arbejde.

København, Januar 1945.

Palle Hvass Dige.

INDHOLDSFORTEGNELSE

Første Afsnit

BEVISBYRDEPROBLEMET I ALMINDELIGHED

Kapitel I

Indledning (17—23)

A. Dommerens Opgave at afgøre Faktum og Jus	17— 18
B. Hvordan afgør Dommeren Faktum. Regler for Bevisbedømmelsen og Bevisbyrden	18— 22
C. Terminologi	22— 23

Kapitel II

Retskilder (24—26)

Forholdets Natur er den vigtigste Retskilde	24— 26
---	--------

Kapitel III

Formuleringen af Begrebet »Bevisbyrde« (27—31)

A. Kritik af den traditionelle negative Formulering. Dens Berettigelse, hvor ethvert Holdepunkt mangler	27— 30
B. Den sædvanlige »teoretiske« Definition og den praktiske	30— 31

Kapitel IV

Begrundelsen for Bevisbyrderegler (32—39)

A. Bevisbyrdereglernes Formaal: den materielle Rets Virkeliggørelse	32— 33
B. Olivecronas (og Ross') Opfattelse	33— 34
C. Augdahls Begrundelse, Kritik heraf	34— 36
D. Tybjergs Begrundelse, Kritik heraf	37— 38
E. Begrundelse i Præventionshensyn	38— 39

Kapitel V

Bevisbyrderegler efter fremmed — navnlig nordisk — Ret (40—53)

A. Romerretten	40— 41
B. Tyske Forfattere	41— 44
Weber 41—42, Bethmann-Hollweg 42, Fitting 42, v. Bar 43, Kohler 43—44, Rosenberg 44	
C. Finsk Teori	44— 45
Wrede 44—45	

D. Svenske Forfattere	45— 50
1. Kallenberg 45—47, 2. Olivecrona 47—50	
E. Norske Forfattere	50— 53
1. Skeie 50—51, 2. Augdahl 51—52, 3. Scheel 52—53	

Kapitel VI

Bevisbyrdeteorier i dansk Ret (54—75)

A. Ældre Forfattere	54— 57
1. Ørsted 54—55, 2. Bang og Larsen 55, 3. Nellemann 55—56, 4. Deuntzer 56—57	
B. Nyere Forfattere	57— 60
1. Tybjerg 57—58, 2. H. Munch-Petersen 58—59, 3. Hurwitz 59—60	
C. Uddybning af Tybjergs Teori	60— 68
1. Bunden Bevisbedømmelse 60—62, 2. Fri Bevisbedømmelse 62—65, 3. Tybjergs Bevisbyrdemomenter er i Virkeligheden Bevisdata 65—68	
D. Ny Konstruktion	69— 75
1. Afgørelsen træffes principielt efter en konkret Sandsynlighedsvurdering 69, 2. Den eneste Bevisbyrderegulering 69—72, 3. Kan hele Problemet reduceres til et Spørgsmaal om Bevisbedømmelse? 72—74, 4. Manglende Oplysning af Sagen som Afvisningsgrund 74—75	

Kapitel VII

Lovbestemmelser om Bevisbyrden (76—78)

A. Retsplejeloven	76
B. Andre Love	76— 78

Andet Afsnit

DANSK RETSPRAKSIS' STILLING TIL BEVISBYRDEPROBLEMET I KONTRAKTSFORHOLD

Kapitel VIII

Afgrænsning af Emnet (79—81)

A. Bevisbyrdeproblemet	79— 80
B. Kontraktsforhold	80— 81

Kapitel IX

Dokumenters Ægthed (82—88)

A. Den teoretiske Opfattelse. Offentlige og private Dokumenter	82— 83
B. Praxis' Stilling i Almindelighed	83
C. Visse Lovbestemmelser opstiller Formodning for Dokumenters Ægthed	83— 84

D. Parts Ed kan undertiden forlanges (Rpl. § 307)	84
E. Grafologisk Skøn af mindre Betydning	84— 85
F. Underskrift i Facsimile	85
G. Domme (træffer Afgørelse efter en konkret Sandsynlighedsvurdering)	85— 87
H. Domme om Forfalskning	87— 88

Kapitel X

Kontrakters Indgaaelse (89—103)

A. Spørgsmaal af mere almindelig Betydning	89— 94
1. Ledende Synspunkter	89— 90
2. Almindelige mundtlige Kontrakter	90
a. indgaaet mundtligt, b. undtagelsesvis skriftligt	
3. Almindelige skriftlige Kontrakter	90— 93
a. indgaaet skriftligt 90—91, b. undtagelsesvis mundtligt 91—93	
4. Særlige Omstændigheder kan influere paa Beviskravene	93— 94
B. Enkelte Kontrakter	94— 99
1. Løsørekøb	94— 96
2. Køb af fast Ejendom	96— 97
3. Kaution	97
4. Hasardkontrakter	97— 98
5. Funktionær- og Medhjælperkontrakter o. l.	98
6. Mandatskontrakter	98— 99
C. Kontrakters Indgaaelse ved Fuldmægtig eller andre Trediemænd	99—103
1. Sag mod den direkte optrædende	99—101
a. Tvivl, om han har optraadt som Fuldmægtig	99—100
b. Hvor han ubestridt har optraadt som Fuldmægtig, men Tvivl om Fuldmagten	100—101
2. Sag mod den paastaaede Mandant	101—103
a. Spørgsmaal om Fuldmagtens Eksistens	101—102
b. Spørgsmaal om Fuldmagtens Grænser	102—103

Kapitel XI

Kontrakters Indhold (104—146)

A. Ledende Synspunkter	104—106
B. Kontrakters Art	106—117
1. Problemstilling	106—107
2. Laan eller Gave ved Penge	107—108
3. Laan eller Gave vedrørende andre Ydelser	108—110
4. Køb paa Prøve eller endelig Handel	110
5. Kommission eller Køb	111
6. Køb eller Haandpant	111

7. Leje eller Deponering	111—112
8. Over- eller underordnet Stilling	112
9. Endossement eller Kaution	112—113
10. Livsgave eller Dødsgave	113—115
eller Dødslejegave	115—117
C. Almindelige Bemærkninger om Kontrakters Indhold iøvrigt	117—119
1. Betydningen af deklaratoriske Retsregler, Sædvaner m. m.	117—118
2. Betydningen af Parternes tidligere Forhold	118—119
3. Betydningen af Vederlagets Størrelse	119
D. Betingelser og Forudsætninger	119—128
1. a. Spørgsmaalet om der foreligger en Betingelse eller en Forudsætning 119—121, b. særlig om Forudsætninger 122—124	
2. Betingelsens eller Forudsættningens Opfyldelse 124—128, a. Forhold ved Kontraktens Indgaaelse 124—126, b. Efterfølgende Omstændigheder 126—128	
E. Vederlagets Størrelse	128—138
1. Parterne enige om, at Vederlag er aftalt, men uenige om Størrelsen	128—135
a. Ved Kontrakter, hvor Kbl. § 5 eller dens Princip gælder 128—133, b. Andre Kontrakter 133—135	
2. Den ene Part paastaar, modsat den anden, at Vederlagets Størrelse er aftalt	135—137
a. Kbl. § 5s Omraade 135—136, b. Andre Kontrakter 136—137	
3. Ingen Aftale om Vederlagets Størrelse	137—138
a. Kbl. § 5s Omraade, Bevis for Ubillighed 137—138, b. Andre Kontrakter, intet Problem 138	
F. Kvalitet og Mængde	139—141
a. Domme om, hvilken Kvalitet, der er aftalt 139—140	
b. Domme om, hvilken Mængde, der er aftalt 140—141	
G. Tid og Sted for Opfyldelsen	141—142
H. Aftaler om Optræden for andre	142—143
I. Leje	144—145
K. Medhjælper- og Funktionærkontrakter o.l.	145—146

Kapitel XII

Kontrakters Ugyldighed (147—156)

A. Ledende Synspunkter	147—148
B. Beviset for ond Tro	148—150
C. De enkelte Ugyldighedsgrunde	150—156
1. Umyndighed	150—151
2. Utilregnelighed	151—153

3. Fejltagelse	154
4. Pro forma	154
5. Tvang og Udnyttelse	155—156

Kapitel XIII

Mangler (157—166)

A. Om Beviset i Almindelighed	157—160
1. Hvor en af Parterne har Raadighed over Tingen	157—158
2. Hvor dette ikke er Tilfældet, særlig i Distancehandler	158—160
3. Særlig om Specieskøb	160
B. Værdien af de forskellige Bevismidler	160—163
1. Syn og Skøn	160—161
2. Vidnebevis	161—162
3. Undersøgelse af særlige (offentlige) Organer	162—163
C. Indiciebevis	163—164
1. Hvor direkte Bevis ikke kan tilvejebringes	163
2. HRD. 1939. 16	163—164
D. Misligholdelse af Medhjælperkontrakter	164—166

Kapitel XIV

Erstatning (167—173)

A. Ansvarsgrundlaget	167—171
1. Efterfølgende Misligholdelsesaarsager	167—170
2. Oprindelige Misligholdelsesaarsager	170—171
3. Ansvar for farlige Egenskaber	171
B. Erstatningskravets Størrelse	171—173

Kapitel XV

Kontrakters Opfyldelse (174—181)

A. Betaling	174—180
1. Ledende Synspunkter. Betydningen af Kvittering i Almindelighed	174
2. Kontant eller Kredit	174—176
3. Kvittering ikke altid afgørende Bevis	176—177
4. Bevis ved Hjælp af Kvittering for senere Ydelse	177—178
5. Beviskravene ændres efter lang Tids Forløb	178
6. Bevis kan føres gennem saavel Kreditors som Debtors ordentlig førte Regnskaber i Forbindelse med andre Omstændigheder 178—179 — Særligt Beviskrav efter Regnskabsopgørelse	178—179
7. Bevis for, hvilken Fordring, Betalingen angaar	179—180
B. Andre Opfyldelsesmaader	180—181
Novation 180, datio in solutum 180, Modregning 180—181, Eftergivelse 181.	

LITTERATURFORTEGNELSE

Anmeldelser og mindre betydningsfulde Artikler etc. er kun nævnt i selve Fremstillingen.

- Afzelius, Ivar: Rättegångsförfarandet i tvistemål, 1882.
Almén, T.: Om köp och byte av lös egendom, 2. uppl. 1924.
Augdahl, O.: Om bevisbyrden i tvistemål, 1929.
Bang & Larsen: P. G. Bang og J. E. Larsen, Systematisk Fremstilling af den danske Procesmaade, 1841—43.
(Bar, L. v.: Recht und Beweis im Civilprocesse, 1867.)
Bentzon, V.: Den danske Arveret, 1931.
Bethmann-Hollweg: Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses, 1827.
Deuntzer, J. H.: Den danske Civilproces, 1901.
*) Drachmann-Bentzon: Lov om Forsikringsaftaler, 1931.
(Fitting, H.: Die Grundlagen der Beweislast, Zeitschrift für deutschen Civilprozess, Bd. 13, 1887, p. 17 ff.)
Holm, H. H.: Bevislættelser, U. f. R. 1941 B. p. 57—64.
Holtzendorff: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, III, 1913.
Hurwitz, Stephan: Tvistemaal, 1941.
Kallenberg, E.: Några anmärkningar om bevisskyldighet och presumptioner med hänsyn till civilprocessen, T. f. R. 1899, p. 175—222.
*) — Svensk civilprocessrätt, I-II, 1927.
Kohler, J.: Zivilprocess und Konkursrecht, Holtzendorff p. 251—404.
Lassen, J.: Haandbog i Obligationsretten, Alm. Del, 1917—20.
*) — — — Spec. Del, 1923.
*) Munch-Petersen, H.: Den danske Civilproces i Hovedtræk, 1906—15.
— Den danske Retspleje, 1923.
*) — En Teori om Bevisbyrden — Modbemærkninger, Sv. J. T. 1930, 439 ff.
Nellemann, J.: Den ordinaire civile Procesmaade, 4. Udg. 1892.
**) Olivecrona, K.: En teori om bevisbördan, Juridiska fakultetens i Uppsala minnesskrift, 1929 II.
— Bevisskyldigheten och den materiella rätten, 1930.
(Rosenberg, L.: Die Beweislast, 2. Aufl. 1923.)
Ross, Alf: Virkelighed og Gyldighed i Retslæren, 1934.
Scheel, H.: Grunntrekk av læren om bevisbyrden, 1938.

Skeie, Jon: Den norske civilprocess, I-III, 2. Udg. 1939.
Tybjerg, E.: Om Bevisbyrden, 1904.
Ussing, Henry: Obligationsrettens Almindelige Del, 1942.
*) — Køb, 1939.
*) — Aftaler, 1931.
*) — Erstatningsret, 1937.
Vinding Kruse, Fr.: Ejendomsretten, Bd. III, 1 1930.
(Weber, A. D.: Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozess, 1805.)
Wrede, R. A.: Finlands gällande civilprocessrätt, II, 4. uppl. 1943.
Ørsted, A. S.: Eunomia, III, 1819.

*) betegner, at det paagældende Værk i Fremstillingen citeres ved Angivelse af dets fulde Titel.

**) betegnes: Olivecrona: En teori.

Parentes om et Værk betyder, som nævnt i Forordet, at Værket ikke har kunnet skaffes, grundet Biblioteksevakuering.

Iøvrigt foretages Henvisninger alene ved Angivelse af Forfatterens Navn.

Ved Henvisninger til Tidsskrifter o.l. anvendes de gængse Forkortelser. — Hvor der kun er anført Aars- og Sidetal, henviser disse til Ugeskrift for Retsvæsen, Afdeling A.

FØRSTE AFSNIT

BEVISBYRDEPROBLEMET I ALMINDELIGHED

Kapitel I

INDLEDNING

A. En Doms Opgave er normalt at fastslaa, hvad der er Ret mellem to stridende Parter. Som Forudsætning herfor skal Dommeren afgøre, hvordan Sagens faktiske Sammenhæng er, hvis der er Tvivl herom, og dernæst hvilken Retsstilling Parterne har indbyrdes paa Grundlag af det fastslaaede faktiske Forhold mellem dem.¹⁾

¹⁾ Jfr. den udførligere Behandling af Dommerens Opgave hos Scheel, p. 5 ff.

Denne Opfattelse af Dommen kritiseres bl. a. af Olivecrona: *Bevis-skyldigheten och den materiella rätten*, p. 142 ff. Olivecrona mener ikke, at Dommen er en Afgørelse af, hvad der i Forvejen skulde være »Ret«. Det skyldes et etisk Krav, at Retten skulde bestaa i sig selv. Dommen er slet og ret en af en dertil udset Myndighed og i en bestemt Form given Erklæring, som paa Grundlag af Reglerne om Retskraft og Executionskraft har en vis faktisk Betydning i forskellige Retninger, (p. 147). Dommerens Opgave er ikke at afgøre et »Kundskabsspørgsmaal«, men kun at handle. Olivecrona sammenligner Dommen med en Brændekløvers Hug og erkender, at Dommeren maa danne sig en Mening om visse Spørgsmaal, faktiske og retlige, inden han handler, for ikke at handle i Blinde.

Men herefter bestaar Problemet stadig: hvordan tager Dommeren Stilling til Sagens Fakta, naar de ikke er fuldt oplyste? Dette Spørgsmaal løses imidlertid af Olivecrona paa en ny og særdeles interessant Maade, jfr. ndf. V. D. 2.

Kallenberg hylder den almindelige Opfattelse af Dommen. Processens Formaal er ikke at stifte ny Ret, men anvende den bestaaende. Dommerens Opgave bliver at fastslaa, hvad der er og skal være Ret i det enkelte Tilfælde. (Svensk civilprocessrätt I. p. 18 ff. og II. p. 1139 ff.) Skeie I. p. 3, og Hugo Christensen: *Om den rettlige Subsumtion*, Juristen, 1944 p. 281—298 (p. 284).

Som Grundlag for Afgørelsen af de faktiske Forhold har Dommeren visse Bevismidler. Undertiden kan han herigennem faa saa gode Oplysninger, at der ikke er (praktisk) Tvivl om Sagens Fakta. Man siger, at der foreligger fuldt Bevis. Men i mange Sager — maaske de fleste — er der Tvivl om et eller flere Fakta. Den ene Part hævder, at det forholder sig paa een Maade, Modparten, at det forholder sig paa en anden Maade, og der savnes sikre Oplysninger. Her er Omraadet for Bevisbyrde-reglerne. Man plejer at sige, at Bevisbyrde-reglerne er de Regler, der afgør, hvem det skal gaa ud over, at et vist Faktum ikke er bevist.²⁾

B. *Hvorledes Dommeren afgør Faktum.*

Det ideelle var naturligvis, om der altid forelaa Klarhed over Spørgsmaalet: hvad er der faktisk passeret,³⁾ og Dommeren vil i det Omfang, Procesreglerne tillader ham det, altid forsøge at tilvejebringe en saadan Klarhed. Det sker som Regel ved en Række konkrete Oplysninger. Dommerens Overbevisning bygger ikke direkte paa disse Oplysninger, men paa de Slutninger, han tør drage fra dem i Kraft af Tankelovene og almindelige Erfaringssætninger. Undertiden tilvejebringes Dommerens Overbevisning paa den Maade, at der foreligger Oplysninger, hvorefter Dommeren kan slutte til et vist Faktum, men fra dette kan han igen i Kraft af almindelige Erfaringssætninger slutte til det relevante Faktum (Indiciebevis). Der er ingen skarp Sondring mellem dette Indiciebevis og almindeligt Bevis. Ved Indiciebevis beror Dommerens Overbevisning i højere Grad paa Slutninger ifølge almindelige Erfaringssætninger end ved direkte Bevis. Men i begge Tilfælde skyldes Beviset dog visse konkrete Oplysninger, hvorfra man slutter sig til Bevistemaet.

Saafermt Dommeren paa Grundlag af de konkrete Oplysninger ikke med Sikkerhed tør slutte til det relevante Faktum, bliver Spørgsmaalet, hvad han da skal antage med Hensyn

²⁾ Se f. Eks. Augdahl p. 5—6.

³⁾ Jfr. Tybjerg p. 1, hvor Bevisbyrde-reglerne kaldes en Slags Retsplejens Falliterklæring, hvilket kritiseres af Olivecrona, p. 8, og samme Forfatter: *En teori om bevisbördan*, p. 9.

hertil. I nordisk Ret er den Opfattelse overvejende blevet gjort gældende, at Dommeren her skal følge bestemte Bevisbyrde-regler, der generelt — uden Henblik paa det enkelte Tilfældes Ejendommeligheder — fastsætter, hvem Uklarheden i et Tilfælde som det foreliggende skal gaa ud over.⁴⁾ Ved Opstillingen af disse Regler anvendes enten en rent logisk Betragtningssmaade over det indbyrdes Forhold mellem Sagsøger og Sagsøgte, eller der tages praktiske Hensyn til de enkelte Tilfældes Ejendommeligheder, men dog kun saaledes, at der opstilles en Række Typetilfælde af Retsforhold, hvor man indenfor hver Type Retsforhold opstiller generelle Regler om Bevisusikkerhedens Betydning.

Danske Domme henviser sjældent til bestemte Bevisbyrde-regler, men anvender ofte Udtryk, der tyder paa, at man har ladet Uklarheden gaa ud over den ene Part efter et Skøn over samtlige denne Sags konkrete Oplysninger. Undertiden ser man ogsaa, at en Del af Dommerne mener, at et Faktum er bevist, medens andre ikke tør anse det for bevist, men dog lader Uklarheden ramme saaledes, at de naar samme Resultat som de andre. Tænker man sig, at Retten finder, at der er 80 % Sikkerhed for, at det forholder sig som hævdet af Sagsøgeren, vil maaske nogle Dommere mene, at der foreligger fuldt Bevis (eventuelt i Kraft af en Bevislættelse), medens nogle ikke tør anse Forholdet for fuldt bevist; men paa Grund af den overvejende Sandsynlighed til Fordel for Sagsøgeren giver de ham dog Medhold. Det virker da noget kunstigt at sige, at den foreliggende Uklarhed skal komme Sagsøgte til Skade i Medfør af en eller anden abstrakt Regel, i Stedet for at sige, at vel foreligger der ikke fuld Opklaring, men paa Grundlag af de tilvejebragte Oplysninger tør man alligevel *anse* Sagsøgerens Anbringende for bevist, saaledes at det lægges til Grund ved Dommen. Ved Dommen fastslaaes Sagens faktiske Sammenhæng, og det afgørende er ikke, om et Forhold er fuldt bevist, men blot om det er saa meget sandsynliggjort, at Dommeren tør lægge det til Grund ved Dommen. Naar man paalægger en Part Bevisbyrden for et vist Forhold har man ogsaa hermed fastslaaet, at et Fak-

⁴⁾ Dette er ogsaa den overvejende Opfattelse i tysk Teori, cfr. kun J. Kohler og maaske v. Bar, se ndf. V. B.

tum i Mangel af fuldt Bevis alligevel skal *anses* for bevist, nemlig det, der hævdes af den Part, der ikke har Bevisbyrden.

Den sande Opfattelse af dette tilsløres af den negative Formulering, Problemet gives gennem Bevisbyrdelæren:⁵⁾ hvem skal det gaa ud over, at der *ikke* er tilstrækkeligt Bevis. Sagens Kærne er dog, hvad skal man *anse* for bevist, naar der ikke er fuld Sikkerhed om Sagens Fakta.

Dommen fastslaar en Række Fakta, og det er i og for sig ligegyldigt, om man mener, det forholder sig paa en vis Maade, fordi der er 100 % Vished, eller fordi der er 80 % Vished, og Modparten derfor siges at have Bevisbyrden. Det synes paa Forhaand mærkeligt, at man skulde anvende helt forskellige Principper ved Fastlæggelsen af Faktum for det Tilfælde, hvor Dommeren skønner, at der vel ikke er fuldt Bevis, men dog et stærkt Bevis. Naar man hylder Princippet om den fri Bevisbedømmelse, betyder det netop, at det overlades til Dommeren i det enkelte Tilfælde at skønne over, hvad han vil *anse* for bevist, d. v. s. hvilke Fakta han vil lægge til Grund ved Dommen, ikke blot hvad han anser for fuldt bevist i den Forstand, at der ikke kan være praktisk Tvivl om Faktum. Hvor der hverken er fuldt Bevis eller dog et stærkt Bevis, skal Dommeren ogsaa fastslaa Sagens faktiske Sammenhæng. Og i Kraft af Princippet om den fri Bevisbedømmelse, synes han ogsaa her at maatte lægge Sagens konkrete Oplysninger sammen, for paa Grundlag heraf at fastslaa det Faktum, han vil lægge til Grund ved Dommen. Hvorfor han her skulde være bundet af abstrakte Regler, som kun tager Hensyn til det typiske i et Tilfælde som det foreliggende, og som ser bort fra den Overbevisning, der maaske skyldes en Række, hver for sig mindre væsentlige Oplysninger, er vanskeligt at se. Det Faktum, der skal lægges til Grund ved Dommen, maa være det, der er det sandsynligste i dette Tilfælde. Dommens Formaal er konkret Retfærdighed.

Hvor der ikke er fuldt Bevis, spiller imidlertid Hensynet til Retssikkerheden ind. Uklarhed om Faktum bør naturligvis helst ikke bevirke, at der gennemføres materielt uberettigede Krav, eller at en Part bliver frifundet for Modpartens materielt beret-

⁵⁾ Jfr. nærmere ndf. Kap. III. (Begrebets Formulering).

tigede Krav. Ved Afgørelsen af, hvad der tør anses for bevist, maa der derfor ofte kræves væsentlig større Sandsynlighed for den ene Parts Anbringende, end for den andens. Men hvor stærkt overvejende Sandsynlighed, der kræves, maa bero paa Dommerens Skøn over, hvad Hensynet til Retssikkerheden kræver. Denne Regel kan forsaavidt betegnes som en Bevisbyrde-regel, idet den afgør, at Usikkerhed om Faktum skal komme den ene Part til Skade, til Trods for at en Bedømmelse af Beviset giver til Resultat, at hans Anbringende er det sandsynligste. Men dette Hensyn til Retssikkerheden er da ogsaa det eneste generelle Princip, der binder Dommeren i hans Bedømmelse af Beviserne. Bevisbedømmelsen gaar iøvrigt kun ud paa at fastslaa, hvad der under Hensyntagen til samtlige konkrete Oplysninger er det sandsynligste og altsaa i det lange Løb vil give det største Antal rigtige Domme. At der maa blive truffet forkerte Afgørelser, kan ikke undgaas, saalænge man ikke altid med Sikkerhed kan fastslaa Sagens virkelige Sammenhæng; men Maalet maa være, at saa mange Sager som muligt faar det rette Udfald.

Der forekommer naturligvis Tilfælde, hvor konkrete Oplysninger ikke lægger een Løsning nærmere end en anden. Hensynet til Retssikkerheden kræver her, at man falder tilbage paa Reglen om Sagsøgerens^o) Bevisbyrde, begrundet i Hensynet til i videst muligt Omfang at undgaa Gennemførelse af uberettigede Krav. Betænelighederne ved, at Sagsøgte maaske undgaar Sagsøgerens materielt berettigede Krav, er ikke saa store, da man jo ikke vilkaarligt kan gøre sig til Sagsøgt.

Den Opfattelse, der her er skitseret, og som vil blive nærmere uddybet nedenfor under Gennemgangen af de herskende Bevisbyrde teorier, synes at stemme med Praxis. Ganske vist hedder det ofte i Dommene: »I Mangel af nærmere Oplys-

^o) Naar dette Udtryk her og i det følgende bruges uden Henblik paa en konkret Sag, tænkes paa den Part — altsaa eventuelt ogsaa Sagsøgte — der gør en Ret gældende i Henhold til en Kontrakt. Med Princippet om Sagsøgerens Bevisbyrde menes iøvrigt, at der fastslaaes den mindst vidtgaaende Forpligtelse, hvilket — ved Tvist om Rettighedens Eksistens overhovedet — vil sige ingen Forpligtelse, jfr. ndf. VI. D. 2.

ning ...» eller: »Da N. N. ikke har godtgjort dette, vil P. P.s Paastand være at tage til Følge« o. s. v.. Denne Udtryksmaade kan ogsaa være hensigtsmæssig, idet det derved antydes, at der ikke er fuld Sikkerhed med Hensyn til det fastslaaede Faktum, hvilket bl. a. kan være af Betydning, saafremt der senere fremskaffes bedre Oplysninger f. Eks. i Appelininstansen, ved Genoptagelse eller i en ny Sag, hvor samme Spørgsmaal maaske har præjudiciel Betydning. Ved en Gennemgang af Domspraksis ser man sjældent Henviisning til abstrakte Bevisbyrderegler; det afgøres under Hensyn til den enkelte Sags Oplysninger, hvilket Faktum, der i Tilfælde af Bevismangel skal lægges til Grund. Den ovenfor nævnte hyppige Udtryksmaade i Dommene skyldes formentlig flere Generationers Syn paa Bevisbyrdeproblemet og kan næppe tages som Udtryk for, at Dommere i Tvivlstillfælde opsøger en Bevisbyrderegel. De Regler, der bringes til Anvendelse paa de foreliggende konkrete Oplysninger, er alene Tankelovene og almindelige Erfaringssætninger, og paa Grundlag heraf træffes den Afgørelse, som maa antages at være den sandsynligste,⁷⁾ blot med det tidligere nævnte Forbehold, at der i visse Tilfælde maa kræves en større Sandsynlighed end i andre, begrundet i Hensynet til Retssikkerheden.

Det er ganske den samme Fremgangsmaade, der anvendes ved egentlig Bevisbedømmelse. Blot sker Bedømmelsen i de Tilfælde, hvor der ikke kan skabes fuldt Bevis, i mindre Grad paa Grundlag af konkrete Oplysninger og i højere Grad paa Grundlag af almindelige Erfaringssætninger om, hvad der er det sandsynligste.

Det er imidlertid klart, at de konkrete Oplysninger, selv om de ikke kan føre til noget sikkert Resultat, vil indvirke paa, hvad man tør anse for det virkelige Faktum.

C. Terminologi.

I Overensstemmelse med den antydede Opfattelse, hvorefter der ikke i Almindelighed kræves fuldt Bevis, eventuelt i Forbindelse med en speciel Bevislættelse, for at lægge et Faktum til

⁷⁾ Jfr. f. Eks. Landsdommer H. H. Holm i U.f.R. 1941 B. 57—64 (ndf. VI, D. 1. Nt. 1).

Grund som bevist, men blot kræves en konkret Sandsynlighed af en vis Styrke, vil Udtrykket »Bevis« og Afledninger heraf i det følgende blot betyde, at Afgørelse er truffet (eller kan træffes) paa Grundlag af de foreliggende konkrete Oplysninger, eventuelt i Forbindelse med almindelige Erfaringssætninger, men ikke efter nogen abstrakt Bevisbyrderegel. Undertiden vil ogsaa Udtrykket »den fornødne Sandsynlighed« o. lign. blive anvendt. — Med Udtrykket »overvejende Sandsynlighed« er ikke tænkt paa nogen særlig stærkt overvejende Sandsynlighed — saaledes som Udtrykket vist forstaas populært — men der er kun tænkt paa, at den ene Parts Paastand er mere sandsynlig end Modpartens. Er der Tale om en stærkt overvejende Sandsynlighed, vil dette blive præciseret ved Udtryk som »strengt Bevis« o. lign.

Kapitel II

RETSKILDER

Søger man gennem gældende Love, Anordninger m. v., vil man kun et enkelt Sted finde Ordet »Bevisbyrde« benyttet.¹⁾ Det kunde synes ejendommeligt, naar man kender Begrebets Betydning og ved, hvilken omfangsrig juridisk Litteratur, det har givet Anledning til. Ligeledes vil man ved en saadan Gennemgang vel finde nogle, men ikke mange Regler, der tager Stilling til det Problem, som man hentyder til ved Ordet »Bevisbyrde«. Begrebet er opstillet af den juridiske Videnskab, og dets Løsning i væsentlig Grad overladt til denne. Imidlertid hersker der i Teorien den største Uenighed om, hvorvidt der overhovedet kan opstilles Bevisbyrderegler, og saafremt dette antages, om deres Formulering og Begrundelse. De mest ansete Jurister kommer til helt forskellige Resultater, og man kunde derfor vente, at Retsanvendelsen vilde være usikker og vaklende, hvilket imidlertid ikke er Tilfældet. Det er meget sjældent, at en Dom bliver Genstand for berettiget Kritik paa Grund af dens Afgørelse vedrørende Bevisbyrden, og det til Trods for, at Dommene i Almindelighed ikke henviser til en bestemt »Bevisbyrde-regel«. Eller maaske er det netop derfor.

Den vigtigste Retskilde er Forholdets Natur. Til Belysning af, hvilke Hensyn der herefter vil være bestemmende for dansk Ret vedrørende Bevisbyrden, er de talrige Domme, der har behandlet Problemet; Videnskabens Bidrag til Emnets Klarlægelse synes mindre. Det betyder dog ikke, at de mange Behandlinger af Emnet er uden Betydning, idet de dels gennemgaar

¹⁾ Nemlig i Rpl. § 444, Stk. 3, en Bestemmelse, hvis Betydning er tvivlsom, og som har givet Anledning til kritiserede Domme, 1927, 131 og 1930, 20, jfr. Hurwitz p. 283.

Domme om Bevisbyrdespørgsmaal, dels — og navnlig — fremdrager mange Problemer og giver vejledende Enkeltregler: men noget vægtigt Bidrag til Udfindelsen af gældende Ret indeholder de ikke, dertil er Uenigheden for stor.

Tybjerg mener ikke, at man ved Opstilling af Bevisbyrde-regler faar Brug for Forholdets Natur (p. 23), men det hænger delvis sammen med den dagældende Opfattelse af Retskilderne, hvorefter Forholdets Natur ikke havde samme dominerende Indflydelse som i Dag, men kun opstilledes som den mest subsidiaire Retskilde. Tybjerg opstillede nemlig som den vigtigste Retskilde den skønsmæssige Analogiseren, og hvad han kalder den skønsmæssige Forudsætningsslutning fra gældende Retsregler (materielle som processuelle). Dette er imidlertid blot en særlig Anvendelse af Forholdets Natur, da det er klart, at man f. Eks. kan slutte fra Bevisbyrdereglen i den dagældende Sølovs Formulering af § 142, om Beskadigelse og Formindskelse af Godset til fuldstændig Tilintetgørelse af det. Derimod er det ikke rigtigt, naar Tybjerg vil udlede Bevisbyrdereglerne af de materielle Retsregler. Det er rigtigt, at Formaalet med Bevisbyrdereglerne — som af Tybjerg hævdet — er Gennemførelsen af den materielle Ret. Men det gælder kun indirekte. Direkte er Bevisbyrdereglernes Formaal i Tvivlstilfælde kun at fastslaa det faktisk passerede. Først naar dette er sket, skal de materielle Regler anvendes, paa lignende Maade som i Tilfælde, hvor der foreligger fuldt Bevis for Faktum.

De materielle Regler giver ikke Holdepunkt for, hvilket Faktum, der skal antages at foreligge i det konkrete Tilfælde, men bestemmer alene de Retsvirkninger, som indtræder paa Grundlag af et bestemt Faktum. Det er derfor næppe korrekt at ville udlede Bevisbyrderegler fra en bestemt materiel Retsregel, medmindre den til sin Anvendelse udtrykkelig eller stiltiende²⁾ kræver, at der er tilvejebragt et vist Maal af Bevis for Faktum. Men i saa Fald indeholder den materielle Regel jo en Bevisregel, der naturligvis kan anvendes direkte eller analogt.

Dette støttes i Virkeligheden ogsaa af Tybjergs Eksempler, idet han netop nævner Lovbestemmelser, der maa antages at

²⁾ Man kan dog ikke i Almindelighed slutte noget herom fra den materielle Regels Formulering, jfr. ndf. Kap. VII.

have taget Stilling til Bevisspørgsmaalet, jfr. f. Eks. p. 26 f., hvor han slutter fra Reglen om Vedersigelse i D. L. 5—1—4 til en Regel om, at der maa paahvile den tvungne en »vis Bevisbyrde«.³⁾

Tybjerg er den eneste af de nordiske Forfattere, der har helliget Retskildeproblemet en udførlig Behandling. De fleste nævner blot de faa Lovbestemmelser om Emnet, og søger derefter deres Resultater i Forholdets Natur.⁴⁾ Med Hensyn til de Lovbestemmelser, hvoraf man vil udlede Bevisbyrderegler, maa man dog være forsigtig med at tillægge Reglerne en Betydning, som ikke har været tiltænkt dem. Saaledes kan man ikke altid med Sikkerhed slutte sig til en Bevisbyrderegel fra en materiel Bestemmelses Formulering, idet denne ofte vil være tilfældig valgt.⁵⁾

³⁾ Udtrykket en »vis Bevisbyrde« er iøvrigt ukorrekt — enten har man Bevisbyrden, eller man har den ikke —, men der menes sikkert, at man fra Reglen i D. L. 5—1—4 kan slutte til det Maal af Bevis, der kræves, for at et Anbringende om Tvang kan tages i Betragtning.

⁴⁾ Skeie mener (2. Bind p. 350), at Retspraksis er Bevisbyrdereglernes Ophav og Sædvanen deres væsentligste Retskilde, jfr. Augdahl p. 18 ff.

⁵⁾ Jfr. Augdahl p. 19.

Kapitel III

FORMULERINGS- OG BEGREBET »BEVISBYRDE«

A. I de Tilfælde, hvor der efter Bevisførelsen ikke er skabt Klarhed over Sagens faktiske Sammenhæng, skal Dommeren alligevel fastlægge denne. Paa samme Maade, som hvor der foreligger fuldt Bevis, maa Afgørelsen gaa med den ene Part og imod den anden.¹⁾ Til Grund for Afgørelsen i saadanne Tilfælde har Teorien opstillet Begrebet »Bevisbyrde«, idet man — tvunget af Princippet om den bundne Bevisbedømmelse, jfr. herom ndf. VI. C. 1., — ikke har undersøgt, hvis Anbringende, der trods Uklarheden skulde lægges til Grund, men man har undersøgt, hvem Uklarheden skulde gaa ud over, saaledes at Afgørelsen gik ham imod, og man har udtrykt det saaledes, at han havde Bevisbyrden, eller, som det i nyere Tid bedre betegnes, Bevisrisikoen.

Denne negative Formulering af Definitionen kommenteres af Olivecrona p. 5: »Likväl kunde man göra gällande att uttryckssättet — åtminstone ur en viss synpunkt sett — är ganska onaturligt. Ingen kan mena att man egentligen borde vinna en process blott och bart på grund av en naken begäran och att det därför skulde vara en börda att behöva föra bevisning. Enligt varje civiliserad rättsordning måste naturligen alltid något vara fastställt i processen, för att ett yrkande skall kunna bifallas.«, og p. 6: »Vad beträffar definitionen kunde det förefalla naturligare att formulera den positivt. Man skulle då säga att bevisbördereglerne äro reglerne om vad som behöver

¹ Det er det almindelige — af alle Forfattere anerkendte — Retsplejeprincip, at Dommeren *skal* træffe en Afgørelse, der ligger bag Bevisbyrdereglerne, se f. Eks. Deuntzer p. 213, Hurwitz p. 139, Olivecrona p. 1.

vara fastställt för att ett visst yrkande skall vinna framgång.« Olivecrona giver ganske vist en Forklaring paa den negative Definition ud fra den traditionelle Opfattelse af Forholdet mellem den materielle Ret og Bevisbyrdereglerne, p. 6: »Processen skall gå ud på ett fastställande av parternas inbördes rättigheter och skyldigheter. Den som har rätten på sin sida vinner därför icke, menar man, någon fördel på motpartens bekostnad, när han segrar i processen. Konsekvensen av processen blir endast att han får de facto vad som redan förut tillhör honom i rättslig, ideell mening.« Herefter skulde man kunne betegne Nødvendigheden af at føre Bevis som en Byrde for den, der har Ret, og p. 7: »Den egendommelige definitionen med dess dubbla negation är framsprungen ur samma betraktelsesätt. Man frågar icke i första hand efter reglerna om vad som behöver vara fastställt för att ett visst yrkande skall vinna framgång. Uppmärksamheten är först och främst riktad på de materiella reglerna. Så kommer i andra hand frågan om vem som skall förlora, när det materiella rättsläget ej blir klarlagt.«

Heraf fremgaar det dog ikke, at den negative Formulering af Definitionen er mere velbegrundet. Hvis de Momenter, man plejer at anføre som bestemmende for Bevisbyrden (Formodninger, Oplysninger om det typiske, det sædvanlige eller rimelige m. m. (Sandsynlighedsteoriene)), giver Grund til at antage eet Faktum fremfor et andet, udtrykkes Spørgsmaalet i »*andra hand*« naturligere saaledes: Hvem skal *vinde* Sagen, naar Faktum ikke er fuldt oplyst?

Herved kommer man nærmere ind paa det, der er Kærnen i Problemet: Hvor stærkt Bevis (almindelig eller konkret Sandsynlighed) kræves der for den ene Parts Anbringende overfor det Bevis, (almindelig eller konkret Sandsynlighed) der er for Modpartens Anbringende i Tilfælde, hvor ingen af Parterne kan tilvejebringe fuldt Bevis.

Giver de nævnte Momenter ingen Holdepunkter, er den negative Formulering sikkert at foretrække. Er der ikke tilvejebragt den fornødne Sandsynlighed for en Parts Anbringende, kan man nemlig ikke udtrykke sig saaledes, at hans Anbringende anses for bevist. Bevisbyrdeproblemet begrænses herefter til et meget snævrere Omraade end sædvanligt antaget, idet det

kun kommer til at omfatte de Tilfælde, hvor Sagens Oplysninger ikke giver større Sikkerhed for, at Sagen forholder sig som af Sagsøgeren paastaaet end af Sagsøgte. Naar Afgørelsen af Faktum træffes paa Grundlag af saadanne Oplysninger, som giver Grund til at antage den ene Parts Paastand fremfor den andens, er man udenfor Bevisbyrdereglernes Omraade.

Uanset for hvilket Omraade, man vil anvende Bevisbyrde-regler, vil det være uden Betydning for Bevisbyrden, hvordan Beviset skal føres; det kan saaledes godt være, at den, der ikke har Bevisbyrden, er pligtig til at bidrage til Sagens Opklaring ved sin Forklaring, Fremlæggelse af Dokumenter eller paa anden Maade. Det eneste relevante er, hvem det skal gaa ud over, at Bevisførelsen ikke har skabt Klarhed. Tidspunktet, hvor Problemet har Betydning, er da klart nok det, hvor Afgørelsen skal træffes.²⁾ Ældre Forfattere, f. Eks. Kallenberg i T.f.R. 1899, hævder imidlertid, at Spørgsmaalet opstaar før Bevisførelsen, saaledes at den Part, der da har Bevisbyrden, maa søge at opfylde den. Det betyder efter den almindelige Opfattelse, at han skal tilvejebringe fuldt Bevis, for ellers er der stadig Uklarhed om Emnet, og da han jo havde Bevisbyrden, skal Uklarheden gaa ud over ham. Følger man denne Opfattelse, udelukker man sig fra at tage Hensyn til de konkrete Oplysninger, der fremkommer under Bevisførelsen, naar de ikke udgør fuldt Bevis. De Forfattere, der følger denne Opfattelse, gennemfører den da heller ikke konsekvent, idet de ved Opstillingen af Bevisbyrdereglene tager Hensyn til det under Sagen oplyste. Kallenberg er vel nok den mest konsekvente, idet han frakender Sagens konkrete Oplysninger enhver Betydning for Bevisbyrdefordelingen, men kun tillægger dem Betydning som Bevis, altsaa til Afgørelse af, om en Part har opfyldt sin Bevisbyrde. Men herved bliver Problemet i alt væsentligt reduceret til et Spørgsmaal om Bevisbedømmelse; og paa dette Punkt erkender Kallenberg, at man kan anse en Part for at have opfyldt sin Bevisbyrde, selvom der ikke foreligger fuldt Bevis, men blot en vis Sandsynlighed, eventuelt støttet paa Formodningen om det normale. Kun hvor der ikke er tilvejebragt saa

²⁾ Jfr. Augdahl p. 80 ff.

stor Sandsynlighed for et Faktum, det være sig ved direkte Bevis, Indiciebevis eller ved almindelig Formodning, at Dommeren tør lægge det til Grund, skal Bevisbyrdereglerne anvendes; men naar Sagen ikke har givet Oplysninger, der skaber den fornødne overvejende Sandsynlighed for en Parts Anbringende, synes det at være ligegyldigt, om Bevisbyrdeproblemet ses før eller efter Bevisførelsen. Det naturlige synes da at være at henhøre Problemet til det Tidspunkt, hvor der bliver Spørgsmaal om at udfinde den Regel, der skal finde Anvendelse.

B. Hurwitz opstiller i »*Twistemaal*«, p. 140, under Nr. 2 den Definition paa Bevisbyrde, der jævnlig anvendes i Teorien, hvorefter en Part har Bevisbyrden, naar »det er en Betingelse for, at han kan faa Medhold med Hensyn til det omstridte Punkt, at han ikke blot afsvækker en eventuel Formodning til Fordel for Modparten, men positivt beviser eller bestyrker Rigtigheden af sit eget Anbringende eller støtter dette paa en Lovsformodning.« (Det er dog ikke rigtigt, at den almindelige Opfattelse kræver, at vedkommende Part selv beviser o. s. v.. Sætningen skulde være holdt upersonlig, idet det for Bevisbyrden er ligegyldigt, hvordan Beviset føres.³⁾) Under Nr. 1 (smst.) angiver Hurwitz den Definition, man ofte opererer med i Praksis, hvorefter en Part siges at have Bevisbyrden, naar Bevismangel bliver til hans Skade, hvis han ikke i hvert Fald afkræfter den Formodning, der ellers støtter Modparten. Som vist af Hurwitz gennem et Par Eksempler anførte Sted, giver de to Definitioner helt forskellige Resultater ved Bestemmelsen af, hvem af Parterne, der har Bevisbyrden.

Den nævnte Definition Nr. 2 kræver altsaa, for at en Part kan siges at have Bevisbyrden, at der tilvejebringes et bestemt Maal af Bevis for hans Paastand, uden hvilket han taber Sagen.

Det er meget vanskeligt at faa denne Definition til at stemme med Grundtanken i Bevisbyrdeproblemet, hvorefter det, at en Part har Bevisbyrden, blot betyder, at Bevismangel bliver til hans Skade. Den nævnte Definition Nr. 2 indlægger yderligere i Begrebet et Spørgsmaal, der alene vedrører Bevisbedømmelsen,

³⁾ Jfr. f. Eks. Munch-Petersen II. p. 285.

nemlig hvormeget der kræves, for at et Forhold kan siges at være bevist, saaledes at Parten kan siges at have »opfyldt sin Bevisbyrde«. Dette bidrager i høj Grad til at skabe Forvirring og Uklarhed om Problemet. Som nævnt, skal Bevisbyrden bedømmes paa det Tidspunkt, hvor Sagen skal paadømmes, og hvor det viser sig, at der ikke er fornøden Klarhed om et Punkt. Man kan derfor ikke bestemme Bevisbyrden efter det Maal af Bevis, Parten skal tilvejebringe for at vinde Sagen. Den har Bevisbyrden, der taber Sagen, naar der ikke er fornødent Bevis for hans Anbringende, hvad enten der hertil kræves fuldt Bevis eller blot en Formodning, støttet paa almindelige Erfarings-sætninger. Grunden til Opstillingen af den uheldige Definition maa søges dels i den forkerte Opfattelse, at Bevisbyrden er en Parten under Processen paahvilende Pligt, som han eventuelt kan opfylde,⁴⁾ dels — og navnlig — i at denne Opfyldelse altid skulde ske gennem fuldt Bevis. Følger man den overfor skitserede Opfattelse, hvorefter Dommeren kan anse et Forhold for bevist, blot det er sandsynligt, at det forholder sig paa den paa-staaede Maade, og at denne Afgørelse ikke rækker Retssikkerheden, vil det ses, at Bevisbyrdeproblemet indskrænkes til de ret faa Tilfælde, hvor der ikke er den angivne Sandsynlighed, og at det bliver uafhængigt af Bevisbedømmelsen, idet denne forudsættes ikke at have givet noget Resultat.

Den af Hurwitz nævnte Definition Nr. 1, der gerne anvendes i det praktiske Retsliv, har truffet det rette, idet den erkender, at Bevisbyrdeproblemet ikke er et Spørgsmaal om, hvorvidt den ene eller anden Part skal føre fuldt Bevis, men alene et Spørgsmaal om, hvem det bliver til Skade, at der er Mangel paa Bevis; hvormeget Bevis, der kræves for at gøre Bevisbyrderegler overflødige, overlader denne (praktiske) Definition til Bevisbedømmelsen.

⁴⁾ Denne Indvending falder bort, saafremt man udtrykker sig saaledes, at den har Bevisbyrden, til hvis Skade det bliver, at der ikke gennem Bevisførelsen er tilvejebragt et bestemt Maal af Bevis.

Kapitel IV

BEGRUNDELSEN FOR BEVISBYRDEREGLER

A. Følger man den gængse Opfattelse, hvorefter der anlægges en skarp Sondring mellem de Tilfælde, hvor der er tilvejebragt fuldt Bevis, og de Tilfælde, hvor der ikke er et saadant Bevis, som Dommeren kan lægge til Grund ved Afgørelsen, faar Spørgsmaalet: Hvordan skal Dommeren i de sidste Tilfælde træffe Afgørelsen angaaende Faktum, vidtrækkende Betydning. Det er paa hele dette Omraade, man plejer at opstille visse Regler, efter hvilke Afgørelsen skal træffes. I Kapitel I er det hævdet, at Afgørelsen i de fleste Tilfælde bør træffes og i Praxis træffes paa Grundlag af en konkret Sandsynlighedsafvejelse, der tager Hensyn til de enkelte Sagers Mangfoldighed af Nuancer. Kun i Tilfælde, hvor man herefter ikke kan træffe en Afgørelse, der har den fornødne praktiske Garanti for sin Rigtighed, maa man falde tilbage paa den Regel, som Retssikkerheden kræver i uoplyste Processer, en Regel, der i videst muligt Omfang hindrer Gennemførelsen af uberettigede Krav uden at give Anledning til, at en Part uberettiget kan slippe for en Forpligtelse.

Hvorledes begrunder man da Opstillingen af Bevisbyrde-regler for hele det vidtstrakte Omraade fra intet Bevis op til Grænsen for fuldt Bevis?

Man maa først gøre sig klart, hvad Formaalet er med Opstillingen af Bevisbyrdereglene. Formaalet er her, som hvor der er tilvejebragt fuldt Bevis, at gennemføre den materielle Ret. Hvordan denne er beror paa, hvilke faktiske Foreteelser, der er foregaaet mellem Parterne (og eventuelt andre); naar disse faktiske Forhold ikke kan klarlægges med Sikkerhed, maa Af-

gørelsen træffes saaledes, at den saa vidt muligt kommer i Overensstemmelse med det faktisk passerede.

B. Hele denne Opfattelse af Bevisbyrdereglernes Forhold til de materielle Retsregler er i nyeste Tid gjort til Genstand for en skarp Kritik af Karl Olivecrona i hans Afhandling: *Bevis-skyldigheten och den materiella rätten*. Herefter er Bevisbyrdereglernes Formaal ikke at gennemføre den materielle Ret, idet den jo netop ikke kendes, hvor der bliver Brug for Bevisbyrderegler. Den materielle Ret bestaar ikke i sig selv, men har kun Betydning forsaavidt den bestemmer visse sociale Virkninger, naar den er fastslaaet ved en Dom.¹⁾ Den materielle Ret kan imidlertid kun fastslaas, naar der foreligger fuldt Bevis for de Betingelser, som den paagældende Regel opstiller. Som Supplement til de materielle Retsregler maa man derfor have Bevisbyrderegler for de Tilfælde, hvor der ikke er fuldt Bevis (p. 92). Olivecrona undersøger (p. 129 ff.) Problemet set fra Lovgiverens Side, (men mener iøvrigt, at Dommeren maa se det paa samme Maade (p. 131 ff.)): »Men varför skulle han, då han bestämmer sig för en viss materiell regel, därmed på något sätt binda sig själv med avseende å tillhörande bevisbörderegler? Det är omöjligt att förstå, varför detta skulle ske. Endast om man utgår ifrån att lagstiftningens uppgift är realiserandet av en i och för sig bestående högre rätt, får det någon mening att den materiella rättens förverkligande skulle vara ändamål för lagstiftaren.«

Det er imidlertid ikke korrekt, naar Olivecrona hævder, at den kritiserede Opfattelse bygger paa Naturrettens »högre rätt«. Med Gennemførelsen af den materielle Ret menes der naturligvis Opnaaelse af de sociale Virkninger, som Lovgiveren har tilstræbt ved Givelsen af en vis materiel Regel. Da den materielle Ret er begrundet i sine sociale Virkninger, ses det ikke, hvorfor Bevisbyrderegler ikke kan have til Formaal at gennemføre den materielle Ret. Herved kommer de netop til at fremme de sociale Virkninger, som er tilstræbt ved de materielle Regler. Hvis man f. Eks. mener, at Culpareglen har den gavnlige Virkning at afholde Folk fra skadegørende Handlin-

¹⁾ Samme Grundtanke hyldes af Alf Ross: *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*, nvl. Kap. IV og V.

ger, bør de processuelle Regler, der kommer til Anvendelse i Tilfælde, hvor det er tvivlsomt, om der er udvist Culpæ, indrettes saaledes at man i de fleste Tilfælde rammer culpøse Skadevoldere. Netop derved opretholdes Præventionen.

Hvordan Bevisbyrdereglerne imidlertid skulde indrettes med det Formaal at fremme visse sociale Virkninger er vanskeligt at se, hvis man ikke gaar den Omvej, at man lader dem bestemme det faktiske Handlingsforløb, som igen er bestemmende for, hvilke sociale Virkninger, Lovgiveren ønsker skal indtræde.

Den af Olivecrona hævdede Opfattelse er i Danmark blevet støttet af Alf Ross (Anmeldelsen af Olivecrona: *En teori*, U. f. R. 1930 B. 132) og i Sverige af den Hägerströmske Skole, hvorimod næsten alle andre Forfattere tager skarp Afstand fra den, jfr. en Afhandling af H. Munch-Petersen, Sv. J. T. 1930. 439 ff., med hvis Grundtanker ovenstaaende Kritik stemmer overens. Samme Standpunkt indtages af Knud Järner i U. f. R. 1930, p. 283 f. I Sverige er den almindelige Opfattelse vistnok ogsaa imod Olivecronas Teori, jfr. f. Eks. Anmeldelsen af »*En teori*» af Håkon Nial i Sv. J. T. 1930, p. 355—57, (nvl. p. 356, 2. Afsnit).

C. Følger man den i nordisk Retslitteratur almindeligt herskende Opfattelse af Bevisbyrdereglernes Formaal, vil man se, at dette Formaal søges opnaaet ved at paalægge Dommeren at anvende visse generelle Principper ved Fastlæggelsen af Bevisbyrden hos den ene eller den anden Part. Som Begrundelse for Opstillingen af saadanne generelle Regler anfører Augdahl p. 60 ff. navnlig, at Dommeren ellers hyppigst maatte ty til det rene Gætteri. Dette Argument kan tiltrædes, forsaavidt angaar de — ikke ret hyppige — Tilfælde, hvor Sagens konkrete Oplysninger ikke lægger een Afgørelse nærmere end en anden, men bortset fra disse Tilfælde, beror Afgørelsen paa de tilvejebragte Oplysninger og ikke paa Gætteri. Dernæst mener Augdahl, at Resultatet, hvor Bevisbyrderegler manglede, i alt for stor Udstrækning vilde komme til at bero paa, hvilken Dommer, der behandlede Sagen, idet »subjektiviteten vilde få helt ubegrenset spillerum rettssikkerheten vilde dog ha fått et grunnskudd«. Det er imidlertid vanskeligt at se, hvorfor Dommerens Afgørelse i Tilfælde, hvor Sagens virkelige Sammenhæng ikke kan fastslås med 99 % Sikkerhed, men maaske

kun med 75 %, skulde være særlig subjektivt præget. I begge Tilfælde vil naturligvis Dommerens personlige Indstilling være af Betydning, men Dommeren skal i begge Tilfælde søge at træffe en Afgørelse, som er holdbar overfor Kritik fra enhver anden Dommers Side, saaledes at en speciel Indstilling hos ham saa vidt muligt ikke faar nogen Indflydelse paa Dommen.

Augdahl hævder, at Rettens Maal, konkret Retfærdighed, maa søges naaet paa anden Maade end ved en konkret Sandsynlighedsvurdering. Han mener, at man kan anlægge samme Betragtning som ved den materielle Ret, hvor man jo ikke har overladt Afgørelsen til Dommerens frie Skøn, men bundet ham ved et vel udbygget System af materielle Retsregler. »Man må abstrahere fra enkelte av de momenter der i de enkelte konkrete tilfeller kan tenkes å foreligge, og opstille faste regler der blir å anvende overalt hvor man får å gjøre med enkelttilfeller hvor de samme momenter gjenfinnes. Da imidlertid de enkelttilfeller som reglene anvendes på, også frembyr andre momenter, kan det lett forekomme at den enkelte sak får en løsning der åpenbart ikke stemmer med hvad billighet tilsier. Dette blir en nødvendig konsekvens av opstillingen av faste regler. Den kan ikke elimineres, men lovgiverens mål må selvsagt være å innskrenke sådanne løsningsers antall mest mulig, hvorav atter følger at en mangfoldighet av de tenkelige momenter må tillegges rettslig relevans, således at rettssystemet blir et særdeles omfattende og vidt forgrenet system — uten dog å havne i ren kasuistikk. — Således er som nevnt formentlig også sakens stilling hvor det gjelder bevisbyrden. Målet er å finne den riktige konkrete løsning — det vil her si: det saksforhold der er materielt begrunnet. Den konkrete dommervurderings vei er utilrådelig — den fører til kaos —, og man har derfor også her å abstrahere fra enkelte av de momenter der kan tenkes å foreligge, og opstille et system av regler der blir å anvende hvor momenterne gjenfinnes.«

Hertil er for det første at bemærke, at selve Skønnet over, om en eller anden materiel Retsregel kan finde Anvendelse, beror paa Dommerens personlige Mening, et Skøn, motiveret ved et Utal af Indtryk, Paavirkninger, naturligt Anlæg o. s. v.,

Motivationsfaktorer, som Ross benævner dem.²⁾ Her skal ikke nærmere redegøres for de psykologiske Forudsætninger for en Domsafgørelse, men det staar vist de fleste moderne Jurister klart, at hvis Dommeren mener, at en Dom efter Lovens Ord ikke vilde tilfredsstille Kravet om konkret Retfærdighed, paa Grund af en eller anden speciel Omstændighed, som er oplyst i denne Sag, saa kan der træffes en Afgørelse ud fra Forholdets Natur, saaledes at Retfærdighedskravet sker Fyldest ved (for-svarlig) Fortolkning uden om Lovbestemmelsen.

Dernæst kan man ikke uden videre slutte fra den materielle Ret til Bevisbyrdereglerne. Rettens Afgørelse af, hvad der skal anses for bevist, er som bekendt ikke bundet af Lovregler, og saa meget desto mindre af Regler, der opstilles uden Lovhjemmel. Man har netop ønsket, at Dommeren ved Afgørelsen af Faktum skal tage Hensyn til alle de Enkeltheder, som kommer frem under Bevisførelsen, og der er som nævnt ingen Grund til, at der ikke skulde anvendes samme Princip, hvad enten Dommeren bygger Afgørelsen paa et fuldt Bevis eller paa en vis Sandsynlighed. Maalet, konkret Retfærdighed, synes ligefrem at udelukke, at der ses bort fra Sagens konkrete Oplysninger og kun abstraheres de typiske.

Nu plejer man at sige, at der findes visse Bevisbyrderegler i Loven, d. v. s. Regler, der bestemmer, hvilket Faktum, der skal lægges til Grund i Tvivltilfælde. Disse Regler overlader imidlertid til Dommeren at afgøre selve det relevante Spørgsmaal, om der er Tvivl om Faktum, eller om dette tør anses for tilstrækkeligt oplyst til at lægges til Grund som bevist ved Dommen. Denne Afgørelse maa Dommeren træffe udfra en konkret Bedømmelse af samtlige Oplysninger i Sagen. Paa samme Maade, som i Tilfælde hvor der ingen Lovbestemmelse gælder, afgøres Sagen principalt paa Grundlag af en konkret Sandsynlighedsvurdering, og kun hvor der ikke er den fornødne Sandsynlighed, falder man tilbage paa Lovreglen. Hvorvidt de omtalte Lovregler kan have den Betydning, at de skærper Kravet til den Sandsynlighed, der maa kræves som Grundlag for Afgørelsen, omtales ndf. i Kap. VII.

²⁾ »Virkelighed og Gyldighed i Retslæren«, p. 122.

D. Tybjergs Begrundelse for Bevisbyrderegler falder i alt væsentligt sammen med Augdahls. Han erkender, at Domspraksis synes at afgøre Tvister efter den i den enkelte Sag tilvejebragte overvejende Sandsynlighed, idet Dommeren vel anser det for naturstridigt at give en Part Medhold, naar hans Fremstilling in concreto forekommer mindst rimelig, blot fordi Modparten har Bevisbyrden og ikke kan tilvejebringe fuldt Bevis. »Trods dette kan der ikke være Tale om at opstille som *almindelig*³⁾ processuel Maxime, at Domstolene skulde dømme i Overensstemmelse med den Parts-Paastand, der forekommer dem at have mest Rimelighed for sig. En saadan almindelig Maxime vilde nemlig ikke blot i det endnu ikke demoraliserede Samfund ramme en hel Del fuldkommen Uskyldige, al den Stund der er et godt Stykke Vej fra Rimelighed til Sikkerhed og paa dette Stykke Plads for mange Muligheder, men den vilde derhos virke ganske demoraliserende. Den vilde fremkalde Løshed og Uorden og friste de Uærlige til at misbruge Procesinstituttet under Benyttelse af enhver tilfældig foreliggende eller kunstig sammenstillet Sandsynlighed.

Som det i et senere Kapitel nærmere skal omtales, ligger Bevisbyrde-Problemet i Afvejelsen af paa den ene Side Hensynet til, hvor vanskeligt det i det paagældende Forhold er at føre eller sikre sig Bevis, paa den anden Side Hensynet til den Fare for Misbrug, som en Bevislettelse i det paagældende Forhold medfører. Er det omstridte Forhold af den Beskaffenhed, at den ene Part maa kunne skaffe eller dog burde have sikret sig fuldt Bevis, vilde det kun være af det onde, om man slog af paa Kravet til fuldt Bevis, idet det vilde betyde, at man nøjedes med at dømme paa Sandsynlighed, skønt man ved at fastholde Kravet paa fuldt Bevis, kunde opnaa, normalt at komme til at dømme paa Sikkerhed. Anderledes stiller Sagen sig vel, hvor det omstridte Forhold er af den Beskaffenhed, at det er naturligt eller dog undskyldeligt, at der ikke af nogen af Parterne er skaffet fuldt Bevis; men dog gaar det heller ikke her an i al Almindelighed at stille Beviskravet paa ikkun Antageliggørelse fremfor paa fuldt Bevis; man maa her (jfr. nærmere

³⁾ fremhævet af mig. Se iøvrigt Tybjerg p. 38.

Kap. V) have et Øje paa, hvilken Fare for Misbrug Bevislættelsen medfører.«

Som nævnt ovenfor under Kritiken af Augdahl, er det anførte Argument om Usikkerhedens Betydning rigtigt, forsaavidt angaar de Tilfælde, hvor der ikke er mere Rimelighed for den ene Parts Paastand end for den andens, og der maa ogsaa tages det Hensyn til Retssikkerheden, at man ikke nøjes med en ganske ringe overvejende Sandsynlighed til Fordel for den ene Part, hvis det vil bevirke, at en Part i vidt Omfang kan gennemføre uberettigede (eventuelt unddrage sig berettigede) Krav, men at gaa saa vidt at ville afgøre Faktum efter forud fastlagte Regler i Tilfælde, hvor en Sags Oplysninger lægger een Opfattelse væsentlig nærmere end en anden, er at føre Frygten for Gennemførelse af uberettigede Krav for vidt. Denne Opfattelse vilde føre til, at mange flere Processer fik et urigtigt Udfald. Det er nemlig klart, at man ved i videst muligt Omfang at afgøre Sagen efter den rimeligste Paastand i det lange Løb faar flest materielt rigtige Afgørelser. Af Tybjergs nærmere Udvikling af sin Bevisbyrdelære fremgaar det da ogsaa, at han i Virkeligheden lægger Vægt paa de Momenter, der lægger den ene Paastand nærmere end den anden, som afgørende for Bevisbyrden, blot er det urigtigt, naar han hævder, at disse Momenter er afgørende for Bevisbyrden. De er afgørende for Bevisbedømmelsen. Og hvor disse Momenter ikke fører til noget Resultat, har Tybjerg da heller ikke anden Regel, end Reglen om Sagsøgerens overvejende Bevisbyrde, jfr. nærmere om Tybjergs Lære nedenfor VI. B. 1. og VI. C.

E. Endelig har man som Begrundelse for Opstillingen af generelle Bevisbyrderegler henvist til, at det skulde være af Betydning, at Parterne paa Forhaand kunde vide, hvem der havde Bevisbyrden for et vist Faktum.⁴⁾ Herved kunde det undgaas, at en Part forsøgte at gennemføre et Krav, naar han paa Forhaand var klar over, at han ikke kunde opfylde en ham paa hvilende Bevisbyrde. Dette Argument er i direkte Modstrid med det Formaal, der iøvrigt søges opnaaet gennem Bevisbyrdereglerne, nemlig Virkeliggørelsen af den materielle Ret. Hvis

⁴⁾ Jfr. Kallenberg: *Svensk civilprocessrätt*, II. p. 692 ff.

en Part virkelig har erhvervet en Rettighed, kan det ikke være heldigt, at han ikke vover at anlægge Sag, fordi han ved, at han antagelig ikke kan føre fuldt Bevis, saaledes som Bevisbyrdereglen kræver. — Tværtimod bør han anlægge Sagen i Tillid til, at der kan skaffes saa mange konkrete Oplysninger (Vidneforklaringer, der maaske kan tilvejebringe en vis Formodning, Usikkerhed i Modpartens Forklaring, Breve eller Handlinger, der maaske ikke skaber absolut Sikkerhed), at hans virkelige Ret alligevel fastslaas. — Og omvendt vil faste Bevisbyrderegler skabe gode Chancer for en Part, der vil forsøge at gennemføre et uberettiget Krav. Han ved f. Eks., at hvis han kan tilvejebringe en vis Formodning, faar Modparten Bevisbyrden, og at denne i dette konkrete Tilfælde ikke kan opfyldes. Han anlægger da roligt Sagen. Hvis han ikke paa Forhaand ved, hvordan Bevisbyrden fordeles, men er klar over, at man for enhver Pris vil søge den Afgørelse, der stemmer med det virkelige Forhold, vil han være mere betænkelig ved at anlægge Sagen, naar han ikke har den virkelige Ret. Konsekvensen af det kritiserede Argument vilde være, at en Mand kunde ræsonnere: »Vist har jeg Ret, men jeg tør ikke anlægge Sag, for jeg har Bevisbyrden,« og den uhæderlige kunde sige: »Vist har jeg Uret, men Modparten har Bevisbyrden, saa jeg anlægger Sag.«

Det Formaal Bevisbyrdereglerne skulde forfølge, at lære Folk at sikre sig Bevis, opnaas selv uden generelle Bevisbyrderegler, idet en Part jo altid vil være udsat for at tabe en Sag, selvom han har Ret, saafremt han ikke kan præstere det fornødne Bevis. Og naar han ikke paa Forhaand ved, hvormeget Bevis der kræves, hvilket iøvrigt ogsaa afhænger af, hvilke Beviser Modparten har, vil han altid være interesseret i at sikre sig det bedst mulige Bevis.

Men forekommer Begrundelsen for Opstillingen af generelle Bevisbyrderegler svag, saa bliver ens Overbevisning om Værdien af Opstillingen af saadanne Regler yderligere svækket ved en Gennemgang af de Regler, man i Tidens Løb har opstillet.

Kapitel V

BEVISBYRDEREGLER EFTER FREMMED — NAVNLIG NORDISK — RET

A. Romerretten indeholder kun faa Regler om Bevisbyrdefordelingen. De vigtigste er: *semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit* (D. 22.3.21.), hvortil hører Reglen: *in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere* (D. 22.3.12.); endvidere Reglen: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* (D. 22.3.2.), hvilken Regel vistnok i Virkeligheden udtrykker det samme som den førstnævnte Bestemmelse.

Hvis intet er oplyst, taber Sagsøgeren, derimod siges der intet om, hvormeget Bevis der kræves til at anse Sagsøgerens Paa-stand for bevist. Dette var overladt den fri Bevisbedømmelse.

Det er interessant at bemærke, at den indgaaende teoretiske Behandling af Emnet først paabegyndes i den juridiske Litteratur paa et senere Tidspunkt, efter at den senere Kejserlov-givning (fra 334) har indført en bunden Bevisbedømmelse. Det hænger imidlertid sammen med, at der først nu bliver virkelig Brug for Bevisbyrderegler. Under en fri Bevisbedømmelse vil der næsten altid være en overvejende Sandsynlighed til Fordel for en af Parterne, men saafremt der til et Bevis kræves mere end konkret Sandsynlighed af en vis Styrke, f. Eks. 2 udadlelige Vidners Udsagn, bliver der Trang til Regler, der kan raade Bod paa den Urimelighed, den bundne Bevisbedømmelse medfører, saaledes forstaaet, at Bevismomenter, der ikke anerkendes som Bevis, dog tillægges den Betydning, at der skal tilvejebringes Bevis for Modpartens Anførsel.¹⁾ Den bundne Bevisbedømmelse udelukker jo, at man udtrykker sig saaledes, at en Parts Anbringende — selv om det er sandsynligst — lægges til Grund

¹⁾ Jfr. Scheel p. 10.

som bevist, naar der ikke er ført det forlangte (fulde) Bevis, og man udtrykker sig derfor i Stedet saaledes, at manglende Bevis for det paagældende Faktum kommer Modparten til Skade, eller at denne har Bevisbyrden.

Det er da alene med Udgangspunktet for de første Teorier klarlagt, at Bevisbyrdereglerne Formaal skulde være at medvirke til Gennemførelsen af den materielle Ret. Og Reglerne fik overordentlig stor Betydning. Det forekom meget ofte, at der ikke var Bevis angaaende et Forhold paa Grund af de store Beviskrav.

Naar Dommeren ikke frit kunde skønne over, hvorvidt han vilde anse et Forhold for bevist eller ikke, er det forstaaeligt, at man heller ikke mente at kunne overlade ham den mindst lige saa vigtige Afgørelse af, hvem det skulde gaa ud over, at der ikke var tilvejebragt fornødent Bevis, og man opstillede derfor faste Regler.

B. De første Forfattere,²⁾ der foretog en grundigere Behandling af Problemet og søgte at opstille Regler for Bevisbyrden, tog deres Udgangspunkt i de nævnte romerretlige Kilder, idet de lagde Hovedvægten snart paa den ene, snart paa den anden af de ovenfor nævnte Regler, og snart søgte de at kombinere dem. Hele denne Litteratur, der efterhaanden fortabte sig i abstrakte Diskussioner, navnlig om Muligheden af at føre Bevis for negative Fakta, om Opstillingen af en Mængde Præsumtioner, om Hovedregler og Undtagelsesregler o. s. v., har ikke større Betydning for Forstaaelsen af Bevisbyrdeproblemet i Dag.³⁾

De tyske Teorier har vel nok udviklet sig af disse romerretlige Principper, men efter Fremkomsten af A. D. Webers: *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess* (1805), søger de tyske Teorier nye Baner, væsentligst bygget paa selvstændigt Grundlag. Weber opstiller den Regel, at den, der paa staar sig tilkendt en Rettighed eller befriet for en Forpligtelse, har Bevisbyrden for de Kendsgerninger, som er en Forudsæt-

²⁾ Tybjerg (p. 40 f.) nævner som de betydeligste Irnerius, Bulgarus og, fra et senere Tidsrum (12. Aarhundrede) Placentin og Johannes.

³⁾ Jfr. Olivecrona p. 12 og denne ellers grundige Forfatters kortfattede Behandling af de ældste Teorier.

ning for Retten eller Befrielsen. Det er imidlertid umuligt at afgøre, om en Kendsgerning er en Forudsætning for en Rettigheds Eksistens eller for en Forpligtelses Ophør. Er det f. Eks. en Forudsætning for Sagsøgerens Ret, at der ikke er betalt, eller er det en Forudsætning for Sagsøgtes Fritagelse for at betale, at der allerede er betalt? Webers Kriterium, om der er Tale om almindelige eller specielle Betingelser for Retten eller Befrielsen, giver ikke tilstrækkelig Vejledning.

I samme Retning som Weber gaar Bethmann-Hollweg: *Über die Beweislast* (1827). Han siger imidlertid, at Sagsøgeren ikke kan have Bevisbyrden for selve sin Ret, thi »Das Daseyn eines Rechtsverhältnisses ist eine ideelle, unsichtbare Thatsache«. Men Sagsøgeren har Bevisbyrden for Rettens Opstaaen; herfra kan man slutte sig til dens Eksistens, medmindre Sagsøgte beviser Rettens Ophør. Imidlertid erkender Bethmann-Hollweg, at Sagsøgeren ikke skal have Bevisbyrden for alle Betingelser for Rettens Opstaaen, og ved Afgrænsningen her mellem almindelige og specielle Betingelser kommer han ind i samme Uklarhed som Weber.⁴⁾

De her nævnte Principper gaar i forskellige Versioner igen i de fleste tyske og i mange nordiske Forfatters Behandling af Problemet helt op til vor Tid. Der anlægges en Sndring mellem 1) retsstiftende, 2) retshindrende og 3) retsophævende Fakta, og Sagsøgeren paalægges Bevisbyrden for 1), medens Sagsøgte faar Bevisbyrden for 2) og 3).

En særlig Udformning af Princippet er foretaget af Fitting: *Die Grundlagen der Beweislast* (1889). Han mener, at hver af Parterne har Bevisbyrden for de Forudsætninger, der betinger Anvendelsen af de Retssætninger, vedkommende Part paaberaaber sig til sin Fordel, og han kommer herved i Hovedsagen til samme Resultat som Bethmann-Hollweg.

Udtrykker man de lige nævnte Teoriers Grundtanke saaledes, at en Part har Bevisbyrden for de Fakta, han paaberaaber sig til sin Fordel, vil det let ses, at Princippet i Virkeligheden blot er en Omskrivning af Definitionen paa Bevisbyrden, og ikke

⁴⁾ Jfr. a. A. p. 353 ff. (Nr. 1—8).

Kritik af Weber og Bethmann-Hollweg, se Tybjerg p. 42—45, Olivecrona p. 51—57.

giver nogen som helst Vejledning til Opstilling af en Regel om, hvem der har Bevisbyrden i en foreliggende Sag. Ifølge Definitionen har en Part Bevisbyrden, hvis det bliver til hans Skade, at et Forhold ikke oplyses. Det vil sige, at den har Bevisbyrden, til hvis Fordel, det er, at Forholdet oplyses. Ved Afgørelsen af, hvem der har Bevisbyrden, kan det da ikke nytte at sige, at det har den, der paaberaaber sig et Faktum til sin Fordel («Den har Bevisbyrden, som har Bevisbyrden».)⁶⁾

L. v. Bar: *Recht und Beweis im Civilprocesse* (1867), søger en mere reelt begrundet Løsning af Bevisbyrdeproblemet. v. Bar er blevet forstaaet saaledes, at han vilde lægge Vægt paa en konkret Sandsynlighedsvurdering, og altsaa helt tilsidesætte enhver Bevisbyrderegulering, jfr. nvl. hans Udtalelser p. 28,⁶⁾ hvor det Spørgsmaal stilles, hvorfor det er nødvendigt at belemre tysk Ret med et saa indviklet og daarligt virkende Maskineri, som de almindeligt anvendte Bevisbyrderegler havde vist sig at være, naar f. Eks. engelsk og fransk Ret klarede sig godt uden saadanne Regler. Videre fremgaar det imidlertid,⁷⁾ at v. Bar blot tager Afstand fra de almindelige tyske Teorier, hvorefter hele Problemet skulde kunne løses ved et Par abstrakte Regler. Han vil selv opstille Regler, udledt af »einer einfachen Anwendung der Grundsätze der Wahrscheinlichkeit«. Herved bliver v. Bars Grundtanke den samme, som senere er udviklet i nordisk Retslitteratur, navnlig hos Augdahl og Tybjerg, og han rammes af samme Kritik, som disse.

Josef Kohler behandler Bevisbyrdeproblemet yderst kortfattet i sin Afhandling: *Zivilprozess und Konkursrecht*, (Holzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1913). Hans Teori er imidlertid interessant og i hvert Fald særpræget, specielt i Forhold til de øvrige tyske Teorier. Den kan daarligt betegnes »Bevisbyrdeteori«, da Bevisbyrdeproblemet forsvinder ved, at Kohler altid vil træffe Afgørelsen efter en konkret Sandsynlighedsbedømmelse. Kohler paaviser (p. 315) Bevisbyrdeproblemet

⁶⁾ Se iøvrigt Kritik af denne Opfattelse hos Tybjerg p. 55—56, og Olivecrona p. 104—110.

⁸⁾ Citeret hos Augdahl p. 12. — Se ogsaa Gengivelse af v. Bars Opfattelse hos Olivecrona p. 115 ff., og Tybjerg p. 45 ff.

⁷⁾ P. 28, Nt. 23 a.

Opstaaen under det formelle Bevissystem (»Gottesurteil«), og forklarer dets Overførelse til det materielle bundne Bevissystem, hvor man i Stedet for at underkaste den, der har Bevisbyrden, Modpartens Ed, uden videre underkaster ham Modpartens Paa-stand. Denne Opfattelse kan efter Kohlers Mening kun gælde, hvor intet Bevis er ført. Men under fri Bevisbedømmelse vil den kloge, erfarne Dommer altid finde den ene Paastand sandsynligere end den anden, og denne Sandsynlighed maa være afgørende. Er der undtagelsesvis ikke en saadan Sandsynlighed til Stede, skal Dommeren træffe Afgørelsen efter Billighed. — Det er sikkert rigtigt, at under den fri Bevisbedømmelse maa Afgørelsen træffes i Overensstemmelse med, hvad der er overvejende sandsynligt; men en ganske lidt overvejende Sandsynlighed kan ikke altid være tilstrækkelig, jfr. nærmere ndf. VI. D., hvor det hævdes, at Hensynet til Retssikkerheden undertiden kræver strengere Bevis.

Hvor der ikke foreligger nogen overvejende Sandsynlighed som Grundlag for Afgørelsen, kan man ikke paa Forhaand forkaste Kohlers Antagelse af, at Afgørelsen bør træffes efter Billighed, jfr. I. c. 2.

I et af de nyeste tyske Værker, Leo Rosenberg: *Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung* (1923),⁸⁾ hyldes med lidt andre Udtryk den samme Opfattelse som hævdet af Fitting m. fl.

I Danmark maa denne Opfattelse imidlertid betragtes som helt forladt allerede før Aarhundredeskiftet, jfr. ndf. VI. B.

Tysk Retslitteratur fra de senere Aar ses ikke at indeholde noget af positiv Interesse for dansk Ret paa dette Omraade.

C. Ogsaa finsk Teori hylder den Opfattelse, at der maa kunne opstilles objektive Regler for Bevisbyrdens Fordeling, Wrede, p. 100 ff., men at disse Regler ikke kan udledes af noget almindeligt Princip, eller nogen almindelig Regel, der skulde kunne anvendes i alle Tilfælde. Wrede mener, at Parternes Interesse er afgørende og gaar dermed ind for Fittings ovennævnte Teori (p. 105).⁹⁾ Wrede erkender, at det ikke altid er let i det enkelte

⁸⁾ Anmeldt af H. Munch-Petersen i U. f. R. 1923 B. p. 164 ff.

⁹⁾ Wredes Opfattelse, som gengives omtrent uændret (lidt udførligere) fra 3^uuppl. 1923, er bl. a. kritiseret af Olivecrona, p. 76.

Tilfælde at afgøre, hvorvidt et vist Faktum »hör till käromålets grund eller om det hör till de almännen förutsättningarna för rättsärendets verkan eller för dess fortbestånd«. Som typiske Eksempler paa den første Gruppe Fakta nævnes en Kontrakts Art og Vederlagets Størrelse, som Eksempler paa de sidstnævnte Fakta nævnes Inhabilitet og Uoverensstemmelse mellem Vilje og Erklæring. Teorien synes uden videre praktisk Interesse. Hvordan skal Sagen afgøres, hvis Sagsøgerens Paastand om Vederlagets Størrelse er overvejende sandsynlig? — eller hvis Sagsøgerens Paastand om god Tro overfor en Fejltagelse er højst usandsynlig? Disse Spørgsmaal giver Teorien intet Svar paa.

D. 1. Til Belysning af nyere svenske Forfatteres Stilling til Bevisbyrdeproblemet kan henvises til en Artikel af Kallenberg i T. f. R. 1899 p. 175 ff. Forinden Kallenberg redegør for sin Stilling til Bevisbyrden, foretager han (Afsnit II) en Undersøgelse af Begrebet »Præsumtion«: En Antagelse støttet paa Grunde, som giver Bevis, men ikke fuldt Bevis; altsaa en Slutning fra eet Faktum til et andet, som ikke giver juridisk Vished, men kun Sandsynlighed, (p. 181—82). Præsumtionen er ikke noget, der principielt er adskilt fra Beviset, (p. 185 f. o.). Det er et til Opnaaelse af fuld Vished utilstrækkeligt Indiciebevis. — Kallenberg forkaster Teorien om Bevisbyrdens Fordeling efter Præsumtioner og nyere Teoriers Erkendelse af Præsumtioners Indflydelse paa Bevisbyrden. Bevisbyrden ligger fast, men Præsumtioner kan bevirke, at Bevisbyrden er opfyldt.

Derefter opstiller Kallenberg sin Bevisbyrdelære, (Afsnit III). Han paaviser først, at Reglen om, at Sagsøgeren har Bevisbyrden for alle positive og negative Betingelser for sin Rets Eksistens, ikke har Støtte i den materielle Ret. Her findes der netop ikke Regler (Kombinationsnormer), der betinger en Retlighed af Betingelser, baade med Hensyn til Stiftelse, Ugyldighed og Ophør. Tværtimod findes disse Regler i særskilte Bestemmelser, saaledes at man ud fra Sagens Natur udmærket kan lægge Bevisbyrden for nogle af disse Betingelser paa Sagsøgte.

Kallenberg fastslaar herefter, at hver Part maa have Bevisbyrden for de faktiske Forudsætninger for den Retsregel, han paaberaaber sig. Han erkender, at Reglen kun er af formel

Natur og uden reelt Indhold, men han mener ikke, at der kan opstilles andre (p. 217).

Navnlig imødegaar han Opfattelsen, hvorefter der skulde kunne opstilles generelle Principper til Løsning af Tvivlen i forskellige Typer af Retsforhold. Kallenberg mener, at de Momenter, der her tillægges Betydning, vedrører Bevisbedømmelsen og er uden Betydning for Bevisbyrden.

Med Hensyn til retshindrende Omstændigheder kommer Kallenberg til det Resultat, at Sagsøgeren har Bevisbyrden for, at de ikke foreligger, men at der som Regel vil være tilstrækkeligt Bevis i den almindelige Formodning, der er for, at der ikke er udvist Tvang, Svig o. s. v.

I »*Svensk civilprocessrätt, II*« (1927) tager Kallenberg imidlertid Afstand fra sin lige nævnte Opfattelse, hvorefter Bevisbyrdereglerne udledes af de materielle Retsregler. Problemet anses for helt og holdent at være af procesretlig Natur. Udfra Processens Formaal, Virkeliggørelsen af den materielle Ret, d. v. s. i det enkelte Tilfælde at meddele Retsbeskyttelse i Henhold til den objektive Ret, vil Kallenberg nu opstille Bevisbyrderegler efter de Krav, som Hensynet til Retssikkerheden stiller. »Herefter har Sagsøgeren en vis Bevisbyrde. Hvis intet er oplyst til Støtte for hans Krav, kan man ikke give ham Medhold. Retssikkerhedssynspunktet fører endvidere til den Regel, at Sagsøgte har Bevisbyrden for retsopløsende Fakta. Yderligere Regler kan ikke begrundes i noget sikkert Princip.«

Vedrørende andre Forhold mener Kallenberg, at man ikke kan bygge paa almene Sandsynlighedsbetragtninger. Hvis der findes Lovregler, maa de selvfølgelig følges, men det er ofte tvivlsomt, om en Lovbestemmelse har taget Stilling til Bevisbyrden, (jfr. ndf. VII.). Hvis der gælder en deklaratorisk materiel Regel, ligger Bevisbyrden hos den, der hævder Afvigelse herfra, fordi der er generel Sandsynlighed for, at den ikke er fraveget (p. 747 ff.). Derimod mener Kallenberg, at en Præsumtion ikke har Betydning for Bevisbyrdens Fordeling, men kun som Led i Bevisbedømmelsen. Det gælder først og fremmest de Præsumtioner, der fører til juridisk Vished, men ogsaa de svagere, som enten støttes paa særlige Omstændigheder udover

en Gennemsnitsbetragtning, eller som alene er Udtryk for en almindelig Gennemsnitsbetragtning.

Naar Kallenberg vil lægge Bevisbyrden paa den, der hævder en Afvigelse fra en deklatorisk Regel, skyldes det, at der efter hans Opfattelse er generel Sandsynlighed for, at den deklatoriske Regel er fulgt, eller at der med andre Ord er en Formodning om, at den ikke er fraveget. Men Formodningen skulde jo alene have Betydning for Bevisbedømmelsen. — Disse Betragtninger kan ikke forenes. — Det ses ikke rettere, end at de deklatoriske Retsregler har samme Betydning som Formodningerne. Der er Formodning for, at den, der hævder den deklatoriske Regels Ikke-Fravigelse, har Ret, og derfor maa hans Anførsel lægges til Grund, indtil der er skabt en overvejende Sandsynlighed for, at Reglen er fraveget. Man slutter fra de konkrete Oplysninger i Sagen, bl. a. fra den Omstændighed, at der intet anføres til Støtte for Paastanden om Fravigelse af Reglen, gennem en almindelig Erfaringssætning (at man som Regel følger den deklatoriske Bestemmelse) til det relevante. Og paa samme Maade med Formodningen. Sagsøgte gør gældende, at der foreligger Tvang, Udnyttelse eller lignende, men kan intet videre anføre til Støtte herfor. Man slutter ogsaa her fra Sagens Oplysninger gennem en almindelig Erfaringssætning (at der normalt ikke foreligger Tvang o. s. v.) til det relevante. Hverken Formodninger eller deklatoriske Retsregler har Betydning for Bevisbyrden. I de lige nævnte Tilfælde er Afgørelsen Resultat af Bevisbedømmelsen. Der er skabt en Overbevisning hos Dommeren. Hvis imidlertid Sagsøgte har tilvejebragt Oplysninger, der f. Eks. skaber en vis Sandsynlighed for, at der foreligger Tvang, saaledes at Formodningen i modsat Retning ophæves, ja, saa mangler der fornødent Bevis, og man maa falde tilbage paa den Regel, som Retssikkerheden tilsiger, jfr. ndf. VI. D. 2.

2. En Teori, der helt har forladt de nævnte Baner, er hævdet af Karl Olivecrona, først ganske kortfattet (nærmest som en Kritik af Tybjerg) i Uppsala Universitets Aarsskrift 1929: *En teori om bevisbördan*, og senere mere indgaaende i Afhandlingen: *Bevisskyldigheten och den materiella rätten*. Olive-

crona bestrider, at Processens Opgave er at virkeliggøre den materielle Ret, idet der ikke bestaar nogen »Ret« uafhængig af Processen. Processens Opgave er at bestemme Retten, »de betryggede Positioner«, efter Hensynet til Retssikkerheden (p. 153 ff.). Hvis det er fuldt oplyst, at Betingelserne for Anvendelsen af en saakaldt materiel Retsregel er til Stede, skal Dommeren lade den Virkning indtræde, som Reglen fastslaar; men hvor dette ikke er Tilfældet, kan Dommeren ikke benytte den materielle Regel. Han maa da dømme efter en Bevisbyrderregel, han som Regel selv maa opstille, saaledes at der tilstræbes samme Formaal, »Retssikkerhed«, som Retsordenen iøvrigt forfølger. Bevisbyrderreglerne bliver herefter sideordnet den materielle Ret.¹⁰⁾ Olivecrona mener ikke, at Reglerne kan udledes af et almindeligt Princip, ligesom man ikke kan udlede de »materielle« Regler af et saadant Princip (»Retsideen«), (p. 159 f.), men Reglerne maa udformes for de enkelte Retsforhold efter de almindelige Principper for Retsskabelse, altsaa saaledes at man søger at fremme de Interesser, som ligger bagved de enkelte Retsinstituter.

Olivecronas Opfattelse af Bevisbyrderreglerne viser sig ved nærmere Undersøgelse ikke at have et saa epokegørende Indhold, som man — væsentligst paa Grund af den sindrige ydre Konstruktion — først er tilbøjelig til at antage. Den almindelige Opfattelse opstiller Bevisbyrderregler med det Formaal, saa vidt muligt at gennemføre den materielle Ret (d. v. s. i de fleste Tilfælde). Olivecrona opstiller Reglerne, saaledes at de fremmer

¹⁰⁾ Denne ejendommelige Opfattelse af Bevisbyrderreglernes Natur skyldes, saavidt det kan ses, alene, at Olivecrona tager som Udgangspunkt, at de »materielle« Regler, ligesom Procesreglerne, er Handlingsregler for Dommeren paa en saadan Maade, at Dommeren kun kan handle efter dem, naar de Betingelser, de kræver opfyldt, er fuldt beviste. Hvor dette ikke er Tilfældet, maa der anvendes andre Handlingsregler, nemlig Bevisbyrderreglerne (p. 158). — Det er imidlertid vanskeligt at bortforklare, at den herskende Retsorden med sine Retsregler, ønsker at skabe Rettigheder og Pligter for Borgerne, saaledes at disse indordner sig under dem, uden Hensyn til Processen. Processens Opgave bliver da uvægerligt den, at træde til i de Tilfælde, hvor en Borger ikke vil indordne sig under Reglerne, og tvinge ham hertil.

de Interesser, som Retsordenen anser for ønskværdige. Da den materielle Ret imidlertid netop er Retsordenens Udtryk for disse Interesser, er der ingen Realitetsforskel mellem Olivecronas Opfattelse og den gængse. Blot er Olivecronas Teori mere abstrakt end den gængse, derved at den aldrig kan tage Hensyn til Sagens Oplysninger, hvor disse ikke udgør fuldt Bevis. F. Eks. antager Olivecrona, at Bevisbyrden for kontant Betaling er hos Sagsøgte, der hævder dette, fordi denne Regel efter hans Opfattelse stemmer med de Interesser, Retsordenen her forfølger, nemlig Gennemtvingelsen af en Aftale.¹¹⁾ Han vil ikke, som f. Eks. Tybjerg, tage Hensyn til de konkrete Oplysninger, f. Eks. at Varen ifølge Aftalen skulde betales kontant, og at Sælgeren har leveret sin Ydelse. Her vil disse Oplysninger oftest skabe en saadan Sandsynlighed for, at der er betalt ved Varens Aflevering, at det vil være urimeligt at dømme Køberen, fordi han ikke kan fremlægge Kvittering (fuldt Bevis), og hvis det yderligere er oplyst, at Sælgerens Bud har streng Ordre til ikke at aflevere Varerne uden mod kontant Betaling, skal saa den ringe Sandsynlighed, der her er for, at Køberen alligevel ikke har betalt, dog lægges til Grund ved Dommen? Olivecrona vil maaske i det sidste Tilfælde hævde, at der er fuldt Bevis for, at der er betalt kontant. Dette er næppe rigtigt, men hvorfor skal man dog ikke lægge den overvejende Sandsynlighed til Grund, selvom den ikke tangerer fuldt Bevis. Det vil ikke svække Retssikkerheden, thi i de fleste Kontantkøb vil Sælgeren ikke levere uden at faa Købesummen, og hvis han alligevel gør det, vil han sikre sig Kvittering for Varen, eller i hvert Fald et Vidne (f. Eks. bede Budet erindre sig, at han ikke faar kontant Betaling). Olivecronas Regel vilde derimod svække Retssikkerheden, idet Kontantsælgere vilde faa Mulighed for i vidt Omfang at faa Betaling 2 Gange. Det er nu engang almindeligt, at der ikke gives eller kræves Kvittering i Kontantsalg, fordi man i Forretningslivet anser Varens Aflevering for tilstrækkeligt Bevis, og fordi det vilde besværliggøre det daglige

¹¹⁾ Olivecronas Konstruktion tvinger ham til, i Stedet for at tale om den ved en Aftale stiftede Ret, at tale om »avtalens exekutionskraft« (p. 170).

Forretningsliv unødigt, om Kontantkøberen skulde have Kvittering.

Naar man saaledes fjerner Bevisbyrdereglerne fra det faktisk passerede (eller det sandsynligvis passerede), kan Dommeren ikke tage Hensyn til sin velbegrundede Overbevisning.¹²⁾ Da denne Overbevisning som Regel maa antages at stemme med den, en Lægmand vil faa af Sagen, vil en Afgørelse, der ikke er i Overensstemmelse hermed, virke stødende for den almindelige Retsbevidsthed og svække Tilliden til Domstolene.

Olivecronas Teori har kun vundet spredt Anerkendelse. I Norge følges saaledes stadig den traditionelle Opfattelse af Bevisbyrdereglerne, og i Danmark er som nævnt¹³⁾ H. Munch-Petersen, støttet af Jarner, gaaet skarpt imod Teorien. Hurwitz, hvis Fremstilling i det hele tiltrædes af Erwin Munch-Petersen¹⁴⁾, gaar ikke nærmere ind paa Olivecronas Opfattelse, men hævder i det hele Tybjergs Teori. Derimod er Alf Ross gaaet ind for Olivecronas Tankegang i sin Anmeldelse af »*En teori*« i U. f. R. 1930 B. p. 132. Ross giver ikke noget selvstændigt Bidrag til Læren, men fremhæver blot Olivecronas to væsentligste Resultater, Kritikken af Tybjergs Opfattelse, hvorefter Bevisbyrdereglerne navnlig kan opstilles efter Parternes Adgang og Opfordring til Bevissikring, og Kritikken af hele Tybjergs Grundtanke, hvorefter Bevisbyrdereglernes Formaal er den materielle Rets Virkeliggørelse.

E. 1. Jon Skeie har i »*Den norske civilproces*« foretaget en Gennemgang af de forskellige Bevisbyrdeteorier. Han accepterer uden selvstændig Begrundelse de af Bethmann-Hollweg og Fitting anførte Synspunkter (p. 353 f.). Af større Betydning er Skeies Gennemgang af Bevisbyrderegler for en Række specielle Retsforhold (p. 357 ff.). De der angivne Resultater vil blive berørt ndf. ved Gennemgangen af dansk Retspraksis.

Af Interesse — bl. a. fordi dansk Ret her er parallel med norsk — er iøvrigt den kortfattede historiske Gennemgang af

¹²⁾ Nial viser ligefrem, at Olivecrona efter sin egen Formulering tvinges til at lade Bevisbyrderegler være afgørende, hvor Faktum er fuldt oplyst, jfr. Anmeldelse af »*En teori*« i Sv. J. T. 1930 p. 356.

¹³⁾ Ov. f. IV. B.

¹⁴⁾ Anmeldelse i Juristen 1942 p. 757 ff.

Bevissystemerne (II p. 331 ff.). Skeie paaviser, at der i primitive Retssystemer gælder formelt Bevissystem — som han iøvrigt mener bør betegnes som objektivt bestemt Bevis — saaledes ogsaa i Norge. Med Retssystemets Udvikling i Middelalderen trænger en friere Bevisbedømmelse igennem, jfr. Magnus Lagabøters Landslov, VII. 24: »Naar der er strid mellem saksøkerens og indstevntes vidner, skal det prov stadfæstes med ed som domsmændene mener er sandest.« Der er ikke Tale om Bevisbyrderegler paa dette Tidspunkt. Man bygger paa den konkrete Sandsynlighed. Med Chr. V.s norske Lov fik Norge ligesom Danmark legalt Bevissystem, og det var da naturligt, at Romerrettens og den kanoniske Rets Bevisbyrde teorier vandt Indpas for at bøde paa Manglerne ved det legale Bevissystem. Trangen til en fri Bevisbedømmelse gjorde sig imidlertid gældende, og Praxis tillempede den fri Bevisbedømmelse, navnlig igennem det 19. Aarhundrede, indtil den formelt gennemførtes ved Retsplejelovens Ikrafttræden 1919. Under den frie Bevisbedømmelse har Bevisbyrde teorierne imidlertid holdt sig, selvom det erkendes, at de har faaet mindre Betydning, idet et Forhold nu lettere kan anses for bevist. Alligevel kræves der principielt stadigt fuldt Bevis for at et Faktum kan lægges til Grund ved Dommen, idet man falder tilbage paa Bevisbyrde reglerne, naar et saadant ikke kan føres. Om Uholdbarheden af denne almindelige Opfattelse, henvises til Gennemgangen af dansk Teori ndf. i Kap. VI., nvl. C. og D.

2. En grundigere Behandling af Bevisbyrdeproblemet er givet af O. Augdahl i en Afhandling: »Om bevisbyrden i tvistemål«. Augdahls Begrundelse for Reglerne er den traditionelle, jfr. ovf. IV. D. Hovedsynspunktet er, at den materielle Ret skal virkeliggøres i saa mange Tilfælde som muligt. Da der ikke kan lægges Vægt paa en konkret Sandsynlighedsvurdering (p. 60—65), maa det afgørende være almene Sandsynlighedsbetragtninger. Augdahl erkender, at disse ikke altid fører til noget Resultat, f. Eks. i Spørgsmaalet, Casus ctr. Culpa. I saa Fald skal der lægges Vægt paa den Adgang og Opfordring, Parterne i det konkrete Tilfælde har haft til Bevissikring. Fører denne Regel heller ikke til noget Resultat, maa man falde tilbage paa Reglen om Sagsøgerens Bevisbyrde, begrundet i Hensynet til

Retssikkerheden. Denne Regel tillægges altsaa kun subsidiaer Betydning.

Naar Augdahl erkender, at man maa tilstræbe at træffe Afgørelsen saaledes, at der er den største statistiske Sikkerhed for et retfærdigt Resultat, ses det ikke, hvorfor der kun skal bygges paa almene Sandsynlighedsbetragtninger.¹⁵⁾ Man maa da opnaa statistisk større Sikkerhed ved at anvende en konkret Sandsynlighedsvurdering, og Augdahls Begrundelse for Nødvendigheden af Opstillingen af de generelle Regler kan som nævnt¹⁶⁾ ikke tiltrædes.

Augdahl foretager i Kap. 5 en Gennemgang af de Bevisbyrde-regler, han mener bør anvendes i Kontraktsforhold, hvilke Regler vil blive berørt nedenfor i Forbindelse med Gennemgangen af gældende dansk Ret paa dette Omraade.

3. Ganske ny er Hermann Scheels Afhandling: »*Grunntrekk av lären om bevisbyrden*«. Scheel begynder med at fastslaa, at Praxis ikke synes at anvende bestemte Grundsætninger for Bevisbyrdefordelingen (p. 8), hvilket vel maa betyde, at Afgørelsen om Sagens faktiske Forhold efter norsk Retspraksis, ligesom efter dansk, træffes efter en konkret Vurdering af den enkelte Sags Oplysninger. Ikke desto mindre slutter Scheel sig til Tyskeren Frantz Leonhard, der opstiller generelle Bevisbyrde-regler, opbygget efter strengt logiske Principper. Han mener saaledes, at man med Støtte i de materielle Regler kan paalægge Sagsøgeren Bevisbyrden for Rettighedernes Stiftelse, og Sagsøgte Bevisbyrden for retsopløsende Omstændigheder. Med Hensyn til retshindrende Omstændigheder lægger Scheel, ligesom Kallenberg, (jfr. ovf. V. D. 1.) Bevisbyrden for deres Ikke-Eksistens paa Sagsøgeren.

Scheel erkender dog, at der maa gøres Undtagelser fra den opstillede Hovedregel, men anfører, at de Hensigtsmæssighedsbetragtninger, der gerne fremhæves som bestemmende for en mere differentieret Bevisbyrdefordeling, som Regel kun er Momenter af Betydning for Bevisbedømmelsen. Saaledes vil den

¹⁵⁾ Jfr. Knud Jarners Anmeldelse U. f. R. 1929 B. p. 241 ff., der fremhæver, at Problemet om Bevisbyrden overvurderes, hvorfor han lægger Vægt paa en konkret Sandsynlighedsbedømmelse.

¹⁶⁾ ovf. IV. C.

Omstændighed, at f. Eks. Sagsøgte ikke kan fremføre noget Modbevis, ofte virke som et Bevismoment til Støtte for Sagsøgeren (p. 54). Som Moment af Betydning for Bevisbyrden nævner Scheel derimod, at en Part forsætligt eller ved retsstridigt uagtsomt Forhold hindrer, at et Bevis kan føres. Til Støtte herfor paaberaaber han sig Tvistemålslovens § 258 og § 184, 2. ledd. Heraf fremgaar det imidlertid ikke som generel Regel, at Forhindring af et Bevis bevirker, at den paagældende Part faar Bevisbyrden, tværtimod staar der, at Retten afgør efter en Prøvelse af samtlige Omstændigheder, hvilken Betydning der skal tillægges dette. Disse Udtryk forstaas naturligt saaledes, at Retten i hvert enkelt Tilfælde maa afgøre, om nævnte Moment er tilstrækkeligt Indicium til, at Modpartens Anbringende kan lægges til Grund, hvilket er et Bevisbedømmelsesspørgsmaal.

Urigtigheden af at træffe Afgørelse om Faktum paa Grundlag af disse logiske Betragtninger uden Hensyn til den enkelte Sags Oplysninger kan paavises ved et af Scheels egne Ræsonnementer, p. 65, hvor han argumenterer imod den Opfattelse, at Sagsøgte har Bevisbyrden for retshindrende Fakta. Hvis Bevisbyrden her lægges paa Sagsøgte, vil det betyde »at dommeren ved sin avgjørelse skal anvende de rettssetninger, som tillegger gyldige viljeserklæringer visse virkninger, selv om han ut fra sin livserfaring på grunnlag av hvad der i saken er oplyst og ikke oplyst er kommet til den tro, at en eller annen av disse betingelser for rettshandelens gyldighet mangler, når der dog ikke kan sies å foreligge bevis for en slik mangel,« men dette Synspunkt kan jo anføres i alle de Tilfælde, hvor man ud fra en logisk Betragtningssmaade paalægger den ene Part Bevisbyrden. Hvis Dommeren her, ud fra sin Livserfaring, paa Grundlag af, hvad der er oplyst eller ikke oplyst i Sagen, har faaet den Opfattelse, at det forholder sig som hævdet af den Part, der har Bevisbyrden, uden at der kan siges at foreligge fuldt Bevis, skal han da være nødt til at dømme efter den abstrakte Bevisbyrderregel?

Kapitel VI

BEVISBYRDETEORIER I DANSK RET

A. Ældre danske Processualister indskrænker sig i Reglen til en Gengivelse af de gængse tyske Teorier, uden at fremføre noget væsentligt nyt eller særligt for dansk Rets Vedkommende.

1. Saaledes fremsætter Ørsted i et Afsnit om kvalificeret Tilstaaelse (Eunomia III. p. 562—605) visse almindelige Betragtninger over Bevisbyrdeproblemet. Han imødegaar Reglen »affirmanti incumbit probatio«, og slutter sig nærmest til Weber og samtidige tyske Forfattere. Herefter maa Bevisbyrden for alle Omstændigheder, der betinger en Rets Erhvervelse, lægges paa den, der vil indtale Rettigheden, ligesom han maa have Bevisbyrden for Rettighedens nærmere Indhold og Art. Modparten har dog Bevisbyrden for »særdeles Aarsager . . . , som betager Overenskomsten sin Gyldighed« (p. 581). Ligeledes ligger Bevisbyrden for retsopløsende Omstændigheder hos Sagsøgte (p. 601). Særlig med Hensyn til kvalificeret Tilstaaelse hævder Ørsted¹⁾ den Opfattelse, der senere har været fast antaget i dansk Retslitteratur, men ikke i ældre Praksis,²⁾ at Tilstaaelsen ikke skal tages som en Helhed, men at Bevisbyrden for Forbeholdet maa ligge hos den tilstaaende efter almindelige Regler, dog maaske med en vis Lempelse i Beviskravet.

Ørsted synes ikke at have skænket Bevisbyrdeproblemet særlig stor Opmærksomhed, og han fremsætter ikke Anskuelser af større Interesse. Han rammes af den samme Kritik, som Weber og andre Forfattere, der søger Regler om Bevisbyrdens For-

¹⁾ P. 602 f., Kritik af Schneider: *Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise*.

²⁾ Jfr. Deuntzer p. 217, Tybjerg p. 86 ff. og Munch-Petersen II. p. 298 ff.

deling i selve de materielle Regler, jfr. navnlig ovf. V. E. 3. og V. B.

2. P. G. Bang og J. E. Larsen: *Systematisk Fremstilling af den danske Procesmaade*, opstiller i 1. Deel, p. 305 ff., følgende Regel: Enhver af Parterne bør bevise de omtvistede særegne Fakta, hvis Tilstedeværelse er en Betingelse for hans Paastands Lovlighed. — Herfra anerkendes dog visse Undtagelser. Saaledes skal en Part kun bevise, »at de Fakta ere til Stede, ved hvilke den omhandlede Rettighed ordentligviis constitueres, men han skal ikke føre noget Bevis for, at der ei tilligemed have existeret andre Omstændigheder, som i det enkelte Tilfælde kunde hindre hine Faktas sædvanlige Virkning«, (p. 306). Hvad der herefter ligger i Ordet »særegne« i Hovedreglen, synes noget uklart. Endvidere kan der anerkendes Undtagelse fra Hovedsynspunktet, hvis den ene Part alene eller dog lettest kan føre Beviset; f. Eks. maa den Køber, der paastaar ubillig Pris bevise Ubilligheden. Endelig modificeres det almindelige Princip ved Anerkendelse af Notorietet og Retsformodninger (p. 307), hvilket sidste nærmere udvikles p. 316 ff. Der sondres her mellem 1) Retsformodninger (præsuntio hominis v. judicis), Antagelse støttet paa temmelig godt Bevis, som dog ikke skaber juridisk Vished, (navnlig Betydning for Partsed), 2) Formodninger uden særligt Bevis, støttet paa det almindelige (kan medføre Modifikation i Bevisbyrden), og 3) Lovsformodninger (præsuntiones juris), Slutninger fra visse beviste Fakta til det relevante, som gælder indtil det modsatte bevises. (De udgør altsaa tilstrækkeligt Bevis). Denne Opstilling bidrager til den almindelige Forvirring om Formodningers Betydning, navnlig derved, at 3) Lovsformodninger, tillægges Betydning for Bevisbedømmelsen, idet de traditionelt opfattes som bestemmende for Bevisbyrden, paa samme Maade som almene Formodninger.

3. J. Nellesmann: *Den ordinære civile Procesmaade*, er kommet til et mere reelt Synspunkt, idet han fastholder, at der næppe kan opstilles en enkelt ledende Grundsætning (p. 347). Enten har man opstillet et formelt og derfor indholdsløst Princip, eller man har grebet et enkelt Synspunkt blandt flere betydende, eller man har dannet Regler ud fra en enkelt Klasse Retsforhold. Nellesmann opstiller derimod særlige Regler for

hver enkelt Klasse af Retsforhold, for i videst muligt Omfang at undgaa, at den, der har Retten paa sin Side, udsættes for at tabe Sagen. Mange andre Momenter end de sædvanligt fremførte spiller ind, navnlig Hensynet til det normale (p. 354). Nellesmann gennemgaar en Række Retsforhold og fastslaar, at Bevisbyrden for en Rets Ophør paahviler den, der paastaar Ophøret; Undtagelse maa f. Eks. gøres i kontant Køb, idet det her er sædvanligt, at der er betalt straks.

Nellesmann tillægger Sagsøgeren Bevisbyrden for Kontrakters Indgaaelse, Art og Indhold. Bevisbyrden for resolute Betingelser lægges dog paa den, der søger Befrielse og Bevisbyrden for særlige Ugyldighedsgrunde ligeledes.

Nellesmann er den første, der herhjemme fremfører mere reelt begrundede Synspunkter vedrørende Spørgsmaalet om Bevisbyrdens Fordeling, idet han lægger Vægt paa — ikke den enkelte Proces' særlige Oplysninger — men dog paa dens Karakter som omhandlende en bestemt Type Retsforhold. De Momenter, der herved kommer til at spille ind, er i Virkeligheden Momenter, der er egnede til at skabe en vis Overbevisning hos Dommeren, idet de gør én Opfattelse sandsynligere end en anden. Nellesmann holder da heller ikke Bevisbyrdeproblemet klart ude fra Spørgsmaalet om Bevisbedømmelsen, f. Eks. siger han p. 374, at man ved blotte Indsigelser mod Sagsøgerens Grundfaktum maaske kan nøjes med en mindre streng Bevisbyrde. Hermed menes formentlig, at han anerkender en vis større Sandsynlighed, der ikke udgør fuldt Bevis, som tilstrækkeligt Bevis for Indsigelsen.

4. J. H. Deuntzer: *Den danske Civilproces*, mener, at Udgangspunktet for Opstilling af Bevisbyrderegler er D. L. 1—14—5 om Sagsøgerens Bevisbyrde, men han erkender, at denne Regel ikke kan være udtømmende »thi det vilde i høj Grad vanskeliggøre og undertiden umuliggøre Retsforfølgning, om Sagsøgeren skulde bevise ethvert omstridt Punkt«. Deuntzer følger herved samme Opfattelse som Ørsted og den almindelige Opfattelse i tysk Litteratur, at Sagsøgeren skal bevise Klagegrunden, medens Sagsøgte skal bevise sine Indsigelser, men ikke sine eventuelle Benægtelser. Deuntzer foretager ikke nogen grundig Undersøgelse af, hvorledes man skal fordele Sagens Fakta i disse to

Hovedgrupper, ligesom han ikke undersøger den praktiske Konsekvens af Reglen ved en Gennemgang af enkelte Retsforhold.

B. *Nyere Teorier.*

1. Tybjerg: *Om Bevisbyrden*.³⁾ Denne Forfatter genoptager Nellesmanns Tankegang.⁴⁾ Han fastslaar, at Bevisbyrdereglernes Formaal er den materielle Rets Virkeliggørelse, hvorved de af sig selv kommer til at virke præventivt overfor Personer, der kunde tænkes at ville udnytte Processen til Gennemførelse af uberettigede Krav. Endvidere vil faste Regler om Bevisbyrden kunne indrettes saaledes, at de tvinger Folk til Orden og Omhu.

Det maa erkendes, at Bevisbyrderegler maa have til Formaal at gennemføre den materielle Ret — det er Formaalet med hele Processen — men hertil kræves ikke faste Regler, som Parterne paa Forhaand med Sikkerhed kan bedømme, tværtimod vil faste Regler være en Ulempe for Hovedformaalets Realisation, jfr. ovf. IV. E. Hensynet til Orden og Omhu kan ikke være afgørende, men dette Hensyn taler iøvrigt næppe heller for Opstilling af faste Regler, idet en Part altid vil sikre sig et efter Forholdene rimeligt Bevis, jfr. nærmere ovf. l. c.

Tybjerg opstiller i Kap. 5 sine Hovedsynspunkter for Bevisbyrdens Fordeling. Der tillægges Sagsøgeren en overvejende Bevisbyrde, men der anerkendes en Række Undtagelser, som naturligt Tilbehør til de materielle Regler, det vil formentlig sige, for saa vidt muligt at gennemføre den materielle Ret. Afgørende bliver en Afvejelse af den Vanskelighed, som en Part gennemgaaende vil have ved at føre Bevis for et bestemt Faktum overfor den Fare for Misbrug, som en Bevislættelse vil rumme (p. 61).⁵⁾ Tybjerg anfører herefter en Række Momenter, 1—5, der skal kunne bevirke, at Bevisbyrden lægges paa Sagsøgte. Disse Momenter er imidlertid af en saadan Art, at de gør det sandsynligt, at den ene Parts Anbringende er det, der

³⁾ Anmeldt af H. Munch-Petersen, T. f. R. 1904 p. 457 f.

⁴⁾ Den af Tybjerg udviklede Lære har maaske ogsaa hentet visse Grundtanker fra Ivar Afzelius: *Rättegångsförfarandet i tvistemål*, (navnlig p. 76 og 84).

⁵⁾ Det opstilles nemlig som normalt Krav til Opfyldelse af Bevisbyrden, at der præsteres fuldt Bevis (p. 37).

stemmer med Virkeligheden, og Momenterne maa derfor karakteriseres som visse almindelige Regler om, hvilke Omstændigheder Dommeren skal tage i Betragtning ved Bevisbedømmelsen. Som Moment Nr. 6 opstiller Tybjerg Faren for Misbrug. Saafremt et af Momenterne 1—5 nemlig taler for at paalægge den ene Part »Bevisbyrden«, skal dette dog ikke ske, hvis der herved aabnes Mulighed for Misbrug (Svækkelse af Retssikkerheden).

Ved Opstillingen af de nævnte Momenter, 1—6, har Tybjerg ønsket at aabne Mulighed for at træffe Afgørelser, der er nærmere i Kontakt med de faktiske Forhold. Dette kan ikke opnaas gennem Opstilling af abstrakte Regler, der deduceres ud fra logiske Principper. Imidlertid er denne Tankegang ikke gennemført til Bunds, idet der efter Tybjergs Mening ikke skal tages Hensyn til Dommerens Opfattelse i den konkrete Sag, men han skal være bundet af de Regler, der med Støtte i de nævnte Momenter kan opstilles for de enkelte Typer Retsforhold. Denne Svagheit i Teorien vil, da Tybjergs Lære i Almindelighed anses for den herskende danske Retsopfattelse vedrørende Bevisbyrden, blive nærmere uddybet nedenfor under C.

Tybjerg foretager i de følgende Kapitler af sin Afhandling en omhyggelig Gennemgang af de Regler, der maa antages at gælde om forskellige praktiske Spørgsmaal i de vigtigste Retsforhold, opbygget paa en Gennemgang af et meget stort Antal Domme. Denne Gennemgang har imidlertid vist sig at have mindre praktisk Betydning end den fortjener efter det store Arbejde, der ligger bag den. Tybjerg indskrænker sig nemlig i vidt Omfang til kun at anføre, hvem af Parterne, der har Bevisbyrden, uden at gaa nærmere ind paa det Problem, som han selv, p. 30—31, fremdrager som det vigtigste, nemlig *hvor meget* Bevis, der kræves angaaende et relevant Faktum. Et saa praktisk vigtigt Omraade som Kontrakters Indgaaelse gennemgaas saaledes paa een Side. De Resultater, som Tybjerg kommer til i disse specielle Afsnit, vil blive nærmere berørt i Forbindelse med Behandlingen af de tilsvarende Problemer, navnlig nedenfor i Kapitlerne VIII—XV.

2. H. Munch-Petersen har behandlet Bevisbyrdeproblemet ud fra samme Tankegang som Tybjerg, baade i *Den danske*

Civilproces i Hovedtræk, fra før Retsplejeloven, og i *Den danske Retspleje* (1923). Munch-Petersen fastslaaer, at Indførelsen af den frie Bevisbedømmelse har bevirket, at Trangen til Bevisbyrde-regler er blevet mindre, men Problemet kan ikke anses for bortfaldet. I Modsætning til Tybjerg gaar Munch-Petersen ikke principielt ud fra, at der kræves fuldt Bevis til Fyldestgørelse af Bevisbyrden. En vis Grad af Formodning er tilstrækkeligt, og den behøver endda ikke at fremskaffes selvstændigt, men kan fremgaa af hele den foreliggende Situation⁶⁾. Iøvrigt slutter Munch-Petersen sig til Tybjergs Lære, hvorefter Bevisbyrdeproblemet skal løses efter det enkelte Retsforholds almindelige Karakter, saaledes at konkrete Oplysninger alene skal have Betydning for Bevisbedømmelsen. Som tidligere nævnt, bl. a. under I. B., kan der næppe anlægges nogen Sondring mellem Formodninger, som skyldes Sagens konkrete Oplysninger, og almene Formodninger, idet de sidste ogsaa forudsætter visse Oplysninger i Sagen. Grænsen mellem de 2 Grupper Formodninger er flydende, og formentlig har de samme Betydning, nemlig at de influerer paa Dommerens Mening om Sagens virkelige Sammenhæng. Den nedenfor under C. foretagne nærmere Uddybning af Tybjergs Teori, tager iøvrigt ogsaa Henblik paa Munch-Petersens Lære. Med Hensyn til de af Munch-Petersen anførte Enkeltresultater, vil disse blive berørt i Kapitlerne VIII—XV.

3. Den nyeste danske Procesfremstilling, Stephan Hurwitz: *Tvistemaal*,⁷⁾ helliger Bevisbyrdeproblemet en relativt udførlig Behandling, uden at Hurwitz dog tager afgørende Stilling til de forskellige Teorier. For dansk Rets Vedkommende hævder han, at Tybjergs Lære i det store og hele er blevet fastlagt i nyere dansk Lovgivning og Retsvidenskab, og i den gennem Retspraksis fastslaaede Sædvaneret.

Dette kan dog ikke tiltrædes forsaavidt angaar Retspraksis, idet navnlig nyere Domme sjældent fremhæver de af Tybjerg opstillede Momenter som afgørende for Bevisbyrden, men hyp-pigt alene fastslaaer, hvordan Faktum skal antages at være, eventuelt med Indledningen »i Mangel af andet Bevis, maa det

⁶⁾ »*Den danske Civilproces*«, p. 307.

⁷⁾ Anmeldt af Erwin Munch-Petersen i »*Juristen*« 1942 p. 757 ff.

anses for godtgjort« eller ».... maa N. N.s Anbringende lægges til Grund« eller »det findes tilstrækkeligt bevist« eller lignende.

C. 1. Den foregaaende Gennemgang af en Række danske Bevisbyrdeteorier fra Begyndelsen af sidste Aarhundrede og til Dato viser, at den overvejende Opfattelse her i Landet er svinget fra en logisk-konstruktiv Bestemmelse af Bevisbyrdereglerne til en praktisk-real.

Der kan ikke være nogen Tvivl om, at denne Svingning staar i Forbindelse med den gradvise Overgang fra bunden til fri Bevisbedømmelse, der har fundet Sted samtidig. Igennem det sidste halve Aarhundrede har man da fast hyldet den Opfattelse, som navnlig er udviklet af Tybjerg i hans Disputats fra 1904, og Retsplejelovens udtrykkelige Gennemførelse af Princippet om den fri Bevisbedømmelse har ikke medført nogen Ændring heri.

Medens den teoretiske Opfattelse saaledes har ligget fast i Overensstemmelse med Tybjergs Lære, synes denne ikke at være blevet fastholdt af Praxis. Ganske vist fremgaar Tybjergs Paavirkning ret tydeligt af nogle Domme i Aarene lige efter 1904, men senere, og da navnlig efter Retsplejelovens Ikrafttræden, synes Dommene, som allerede antydet i Indledningen, og som det nærmere vil blive paavist nedenfor under Gennemgangen af Retspraksis, at give Udtryk for, at Afgørelserne træffes under Hensyn til hver enkelt Sags konkrete Oplysninger og ikke ved Benyttelse af Tybjergs generelle Principper for hver Type Retsforhold.⁸⁾ Naar Teorien stadig fastholder Tybjergs Lære, og næppe synes at have bemærket, at den ikke følges af Praxis,⁹⁾ skyldes det formentlig, at Forskellen mellem Teoriens og Praxis' Opfattelse ikke er saa dybtgaaende. I det følgende vil det blive søgt paavist, at Forskellen kun er af formel Natur og derfor lader sig udjævne.

⁸⁾ Det er saaledes karakteristisk, at de Domme, der i U. f. R. aarligt rubriceres under »Bevisbyrde«, i Tiden fra 1910 til 1920 er reduceret med ca. 90 %.

⁹⁾ Scheel er opmærksom paa Forholdet for Norges Vedkommende, p. 8: »handle efter et dommerinstinkt på grundlag av omstændighetene i den foreliggende sak«. Ogsaa Tybjerg er opmærksom paa Dommenes Tendens i den Retning, jfr. p. 37 f.

Tybjergs Lære, der maa anses for stadig at være Udtryk for den herskende teoretiske Opfattelse i dansk Ret,¹⁰⁾ maa ses paa Baggrund af de tyske og ældre danske logisk-konstruktive Teorier. Naar Dommeren er underkastet bunden Bevisbedømmelse, som her i Landet i Tiden efter Chr. V.s Danske Lov og formelt helt til Retsplejeloven, og i Tyskland gennem hele Middelalderen og indtil 1879, kan han relativt sjældent anse et Faktum for bevist, selvom han er overbevist om dets Eksistens. I mange Processer kan Faktum derfor ikke afgøres paa Grundlag af Bevisbedømmelsen, hvorfor man maa ty til Bevisbyrde-regler.¹¹⁾ Naar man ikke tør overlade til Dommeren at skønne over, hvad der kræves, for at et Forhold kan anses for bevist, er det naturligt, at man heller ikke tør overlade ham et Skøn over, hvem der skal have Bevisbyrden. Der maa derfor opstilles Regler for Dommerens Afgørelse i saa Henseende. Herved udelukkes Dommeren fra at tage Hensyn til de foreliggende konkrete Oplysninger, der er specielle for denne Sag. Reglerne opstilles ud fra Partens Stilling som Sagsøger eller Sagsøgt, eller der lægges Vægt paa Retsforholdenes Karakter i Almindelighed, hvilket fører til de bekendte Teorier, der sondrer mellem retsstiftende, retshindrende og retsopløsende Omstændigheder, eller der lægges Vægt paa Retssætningerne. Det maa sikkert ses som Forsøg i Retning af mere reelt tilfredsstillende Resultater, naar man har villet lægge Bevisbyrden paa den, der fremfører noget positivt, ikke paa den, der blot benægter noget saadant, idet Mangel paa Bevis oftest skyldes, at den, der hæver det positive, i Virkeligheden ikke har Ret. I denne Retning gaar de ældre Præsumptionsteorier.¹²⁾

Efterhaanden som Tilliden til Dommerstanden vokser,¹³⁾ bliver der Trang til at lade Dommerens Overbevisning, saaledes

¹⁰⁾ Jfr. Hurwitz p. 148.

¹¹⁾ Kohler (p. 314) paaviser, at Bevisbyrde-reglerne opstod under det formelle Bevissystem og ret let tilpassedes til det materielle, bundne Bevissystem, jfr. ovf. V. B.

¹²⁾ Se herom f. Eks. Olivecrona p. 22 f., Tybjerg p. 42 og Augdahl p. 56 ff.

¹³⁾ Det viser sig bl. a. ved, at man overlader Dommeren en noget friere Adgang til at skønne over Beviset, f. Eks. ved Indførelse af Begrebet »tildels lovfaste Vidner« og Indiciebevis.

som den er begrundet i Sagens konkrete Oplysninger, være bestemmende for Afgørelsen af Faktum. Bevisbyrden skal altsaa fordeles saaledes, at den, der efter Dommerens Overbevisning har Ret, faar Medhold i Processen. Naar der ikke foreligger fuldt Bevis, bygges der alene paa den foreliggende Sandsynlighed.¹⁴⁾ Princippet om den bundne Bevisbedømmelse udelukker, at man lægger Dommerens Overbevisning om et Faktum til Grund, som om det var bevist. Dette kan udtrykkes saaledes, at den foreliggende Sandsynlighed kommer Modparten til Skade, d. v. s. han har Bevisbyrden. Som nævnt kan man vanskeligt overlade Dommeren et frit Skøn ved Fordeling af Bevisbyrden, naar han principielt er bundet ved Bevisbedømmelsen, og der opstilles derfor faste Regler, efter hvilke Sandsynligheden bedømmes, (generelle Sandsynlighedsbetragtninger). Man erkender imidlertid, at saadanne Regler ikke kan opstilles ganske generelt. De maa opstilles for de enkelte Retsforhold for sig. Man udfinder endda undertiden en omhyggelig Begrundelse af Nødvendigheden af saadanne faste Regler, en Begrundelse, der er imødegaaet ovenfor i Kap. IV.

2. Naar Bedømmelsen af Bevisernes Vægt ikke er bundet ved Lovregler, men overladt til Dommerens frie (objektive) Skøn, eksisterer der ikke mere nogen Grænse mellem fuldt Bevis og ikke fuldt Bevis. Der er derfor ikke Brug for særlige Regler, der kræver, at Faktum skal fastlægges efter en generel Dommeroverbevisning om det sandsynlige i de Tilfælde, hvor der ikke er fuld Vished om Sagens virkelige Sammenhæng, medens der lægges Vægt paa den konkrete Overbevisning, naar denne fører til Vished (»fuldt Bevis«).

Naar Dommeren skal afgøre et omstridt faktisk Forhold, skal han tilstræbe saa vidt muligt at gennemføre den materielle Ret. Saafremt der bibringes ham en fuldstændig sikker Overbevisning, maa han dømme efter den. Man kan imidlertid vanskeligt tænke sig, at der kan skabes en saa sikker Overbevisning, at der ikke er blot en ganske ringe Mulighed for, at Sagens virkelige Sammenhæng er anderledes. Denne Mulighed maa han imidlertid se bort fra for at give Retsbeskyttelsen reel

¹⁴⁾ Jfr. Kohler, l. c.

Betydning. Er Dommerens Overbevisning ikke sikker, men han finder, at der er stærkt overvejende Sandsynlighed for, at den ene Parts Fremstilling er korrekt, vil det ligeledes ofte være nødvendigt at lægge denne Fremstilling til Grund for at give Retsbeskyttelsen reel Betydning. Endelig kan der forekomme Tilfælde, hvor der kun er en ringe overvejende Sandsynlighed for den ene Fremstillings Rigtighed, men alligevel maa den lægges til Grund. Dette skal belyses med et Par Eksempler.

Eksempel 1.

J. D. 1942, p. 47: Trikotagehandler A modtog telefonisk Ordre paa en Trøje til Gaardejer B, Strynø. A sendte Trøjen med en Fragtmænd, der lagde den i en gammel Mølle, hvor Øens Beboere plejede at hente Fragtgodset.

½ Aar efter modtog B en Regning, som han brændte. Senere talte A med Bs Kone i Telefonen. A sagsøgte B, der hævdede, at han aldrig havde bestilt eller modtaget nogen Trøje, hvorfor han paastod sig frifundet. Fragtmænden forklarede som Vidne, at han kunde huske, at han havde Pakken med, og A forklarede som Part, at han ved den senere Telefonsamtale med Bs Hustru havde genkendt den Stemme, der havde bestilt Trøjen.

B blev frifundet.

Der er stor Sandsynlighed for, at B har købt Trøjen, og naar Dommen ikke alligevel har turdet anse det for bevist, maa Grunden være den, at Hensynet til Retsbeskyttelsen af B har været det stærkeste. Det vilde muliggøre Gennemførelsen af uberettigede Krav i uvist Omfang, hvis man ikke krævede meget strengt Bevis for en Kontrakts Indgaaelse.

Eksempel 2.

1922, p. 869 (H): A hævdede at have truffet Aftale med B om fælles Indkøb af et Parti Tørv og sendte Slutseddel sammen med a/c. Levering til B. Slutsedlen blev ikke returneret, og B reklamerede over a/c. Leveringen og opnaaede Dekort — Tørveprisen faldt —. B nægtede at modtage Restpartiet, idet han bestred, at der forelaa endelig Aftale om Køb, samt hævdede, at a/c. Leveringen var en Prøvelevering, og yderligere at det var aftalt, at han enten skulde have Provision, Kr. 5,— pr. Ton,

for at anvise Købere, eller aftage Halvdelen af Partiet, som han kunde videresælge med en Fortjeneste af Kr. 10,— pr. Ton. Det oplystes, at B aldrig før havde optraadt som Agent for A. As Fremstilling af Kontraktens Indhold fandtes at have størst Sandsynlighed for sig.

B blev dømt.

I dette Tilfælde er der absolut ikke fuld Sikkerhed for, at A har Ret, men det er overvejende sandsynligt. Da det er givet, at B har indladt sig i Retsforhold med ham, er der ikke saa stor Betænkelighed ved at anerkende As Krav, selvom dette kun er sandsynliggjort. Tværtimod vilde det være skæbnsvangert for Retssikkerheden, hvis Bs usandsynlige Fremstilling skulde lægges til Grund, f. Eks. ud fra den formelle Betragtning, at det skal gaa ud over Sagsøgeren, at der ikke er fuldt Bevis.

Eksempel 3.

Det kan tænkes, at Parterne i en Købeaftale har aftalt et bestemt Leveringssted, men medens Køberen hævder, det er Nyborg, paastaar Sælgeren, det er Korsør. Hvis Køberen forlanger Opfyldelse i Nyborg, maa en ret ringe Sandsynlighed til Fordel for ham være tilstrækkelig til, at hans Anbringende lægges til Grund. Helt urimeligt vilde det være at paalægge Køberen Bevisbyrden i den Forstand, at han skulde føre fuldt Bevis og tabe Sagen, hvis han »kun« tilvejebragte overvejende Sandsynlighed for sit Anbringende. I saa Fald maatte Dommeren dømme mod sin Overbevisning, uden at Hensynet til Retssikkerheden nødvendiggør det. Det bør ikke ske. Hvis Køberen derimod gør gældende, at Kontrakten er misligholdt og vil hæve eller kræve Erstatning, selvom Sælgeren har været klar til Levering i Korsør, maa der kræves noget større Sandsynlighed for hans Anbringende. Hensynet til at beskytte Sælgeren mod disse langt videregaaende Krav, gør sig her gældende.

Den eneste Regel — det eneste Princip — der saaledes har Betydning, er Hensynet til Retssikkerheden. Man kan ikke sige, at dette Princip kun spiller ind ved Afgørelser, hvor der ikke foreligger fuldt Bevis. Princippet er derimod afgørende for, hvor meget der kræves, for at et Forhold kan anses for bevist. Om et Faktum fastslaas, fordi det er fuldt bevist, eller fordi

det er sandsynliggjort i Tilfælde, hvor Retssikkerheden ikke kræver mere end Sandsynliggørelse, kan være ligegyldigt, idet der ikke er Grund til i nogen af Tilfældene at binde Dommerens Afgørelse til generelle Principper, der ikke tager Hensyn til den enkelte Sags mangfoldige, nuancerede Omstændigheder. Det Maal af Bevis, som Hensynet til Retssikkerheden kræver, kan heller ikke angives generelt for enkelte Grupper af Fakta. Der kan saaledes ikke kræves samme sikre Bevis for, at en Kontrakt er indgaaet, hvor det blot drejer sig om et lille Husholdnings-indkøb, som i Tilfælde af Køb af en fast Ejendom. Kun saa meget kan siges, at i begge Tilfælde kræves et stort Maal af Bevis. Størrelsen heraf beror paa en Afvejelse af det Bevis, der er tilvejebragt ved Sagens konkrete Oplysninger overfor det Krav, Hensynet til Retssikkerheden stiller.

3. Det er i Virkeligheden den samme Grundtanke, der ligger bag Tybjergs Lære. Han udtrykker Bevisbyrdeproblemets Kærne saaledes, at der maa ses hen til, dels hvor vanskelig Bevisførelsen i det paagældende Forhold normalt vil være, dels hvilken Fare for Misbrug en Bevisbyrde-Lettelse i det paagældende Forhold vil medføre (p. 61, jfr. p. 38). Er der vanskelig Bevisadgang, er det sandsynligt, at Parten har Ret til Trods for, at hans Anbringende ikke er fuldt bevist, og Kravet til en Bevislettelse melder sig. Var man sikker paa, at en saadan Lettelse altid blev benyttet loyalt, burde den selvfølgelig altid indrømmes, men da man ikke kan have denne Sikkerhed, maa man se hen til, hvilken Fare for Misbrug, Bevislettelsen frembyder (p. 62).

Det vil heraf ses, at Tybjerg i Virkeligheden vil nøjes med et mindre Maal af Bevis, hvor det er undskyldeligt, at en Part ikke har sikret sig fuldt Bevis. Naar Tybjerg udtrykker det saaledes, at Parten slipper for Bevisbyrden, kan det ikke betyde, at den lægges over paa Modparten, saaledes at denne skal tilvejebringe fuldt Bevis. Det maa være tilstrækkeligt, at Modparten tilvejebringer et Bevis, som skaber den samme Sandsynlighed for hans Anbringende, som den, der taler for den anden Parts. I Virkeligheden kan man jo slet ikke efter den traditionelle Terminologi paalægge nogen af Parterne Bevisbyrden i Tilfælde, hvor man erkender, at der ikke — eller i hvert Fald sjældent —

kan føres noget fuldt Bevis. Det reelle Indhold af Tybjergs Regel er da ogsaa det, at det Anbringende, der fremføres af den Part, der indrømmes en Bevislettelse, lægges til Grund uden fuldt Bevis. Hvormeget Bevis, der kræves, beror paa Faren for Misbrug, men det er det samme som Hensynet til Retssikkerheden. At Tybjerg ikke direkte udtaler, at det relevante Faktum anses for bevist, skyldes formentlig Hensynet til det formelt herskende Princip om bunden Bevisbedømmelse. Alene Udtrykket »Bevisbyrdelettelse« viser, at der er Tale om et Bevisbedømmelsesproblem. Udtrykket anvendes iøvrigt i Flæng med Udtrykket Bevislettelse, og Tybjerg har dermed faktisk indrømmet, at det anførte Moment, Adgangen til Bevissikring, er af Betydning for Bevisbedømmelsen.¹⁵⁾

Tybjerg foretager iøvrigt en nærmere Undersøgelse af, hvilke Momenter der spiller ind ved Bedømmelse af en Parts Bevisadgang og dermed ved »Fordelingen af Bevisbyrden«, (p. 63 ff.).

1. Parternes Adgang til at føre Bevis kan være forskellig. Det er normalt lettere at bevise, at noget er sket, end at det ikke er sket. Endvidere er det lettere at bevise ond Tro hos Modparten, end det er at bevise sin egen gode Tro, idet den onde Tro maa skyldes en Underretning, der som Regel hidrører fra Omverdenen, medens god Tro blot betyder det negative, at der ikke er tilflydt Parten visse Oplysninger.
2. Adgangen til selve Bevisapparatet kan være forskellig. Den, der paastaar Umyndighed, vil f. Eks. lettest kunne tilvejebringe Daabsattest eller Umyndiggørelsesdekret.
3. Hvad der saaledes gælder om Adgangen til at føre Bevis under Sagen, gælder tilsvarende for en Parts Adgang til at sikre sig Bevis i Tide, dog kun — hvad Tybjerg ikke skarpt præciserer — saafremt Adgangen til Bevissikring har været forbundet med en Opfordring hertil.¹⁶⁾
4. Bevisbyrden maa lægges saaledes, at den nødvendigør Bevissikring i mindst muligt Omfang. F. Eks. kan man ikke

¹⁵⁾ Det samme fremgaar af Tybjergs Kap. III, »Bevisbyrdegradation«, hvor han erklærer, at Bevisbyrdeproblemet i Virkeligheden drejer sig om *hvor meget* Bevis der skal forlanges, henholdsvis af den ene og den anden Part (p. 31).

¹⁶⁾ Olivecrona, p. 122 ff., og »En teori« p. 10 ff., har paa dette

forlange, at Sagsøgeren har sikret sig Bevis for alle Betingelser for en Kontrakts Gyldighed. Sagsøgte maa have Bevisbyrden for Tvang, Svig m.m., idet han har en særlig Opfordring til at sikre sig Bevis, hvor disse Omstændigheder har foreligget.

5. Hvor i og for sig begge Parter har Adgang til at sikre sig Beviset, maa man bygge paa den nemmeste og billigste Ordning. Det sker f. Eks. ved, at man fritager en Part for Bevisbyrden, naar han blot paaberaaber sig det normale, eller som Tybjerg udtrykker det p. 70: »det, generelt taget, sædvanlige, fornuftige og hensigtsmæssige«.
6. Faren for Misbrug. I alle Processer, der ikke er fuldt oplyste, eksisterer denne Fare. Tybjerg karakteriserer her selv de forannævnte Momenter som Bevislættelsesregler, og vil herefter bedømme Faren for Misbrug efter
 - a. med hvilken Sikkerhed den, der vil kunne gøre Brug af Bevislættelsesreglen, kan regne med, at den virkelige Sammenhæng *ikke* opklares, (p. 71),
 - b. hvilken Risiko den paagældende løber for det Tilfælde, at den virkelige Sammenhæng opklares,
 - c. hvem Misbruget kan ramme:
 - 1^o) om han frivillig har indladt sig i et Retsforhold,
 - 2^o) om der kan bebrejdes ham uforsvarlig eller ufor-sigtig Adfærd (73),
 - d. om der er Tale om Retsfølger af stor og indgribende Betydning (p. 74).

Punkt kritiseret Tybjerg skarpt og bl. a. fundet Støtte hos Skeie II. p. 345. Kritikken siger, at en Part kun er opfordret til Bevis-sikring, saafremt han har Bevisbyrden, hvorfor denne Opfordring ikke kan begrunde Bevisbyrdereglerne. Imidlertid bestaar der en vis naturlig Opfordring til at sikre sig Bevis, naar der sker noget til ens Fordel. Selvom man ikke har Bevisbyrden, vil man ofte have Opfordring til at sikre sig et vist Bevis for sin Paastand. Fastholder man nemlig iøvrigt Tybjergs Tankegang, vil det ses, at han ofte indrømmer Bevislættelse for den, der har Bevisbyrden, og hvis Modparten her blot kan afsvække det førte Bevis, vil han vinde Sagen. Se iøvrigt til Støtte for Tybjerg, H. Munch-Petersen i Sv. J. T. 1930, 439 ff.

De under 1—5 nævnte Momenter er i Virkeligheden alle Sandsynlighedsbetragtninger. Naar en Part ikke har ført eller sikret sig Bevis i et Tilfælde, hvor han — hvis hans Anbringende er rigtigt — har haft Lejlighed og Opfordring til det, maa det netop betyde, at Sandsynligheden taler imod hans Anbringende.¹⁷⁾ Under Nr. 5 nævner Tybjerg da ogsaa selv direkte det sædvanlige som et afgørende Moment. Dette fremhæves ogsaa p. 81 f., men det anføres herefter (p. 82), at bortset fra disse Tilfælde vil en Paastands større eller mindre Overensstemmelse med det normale kun være af Betydning for Bevisbedømmelsen, saaledes at man eventuelt ved Hjælp af yderligere Bevisdata kan lægge den til Grund som bevist.

Det er vanskeligt at finde noget særlig karakteristisk, som kan berettigge til at udskille visse Erfaringsætninger om, hvad der er normalt, til at øve Indflydelse alene paa Bevisbyrdens Fordeling, medens andre skulde have Betydning for Bevisbedømmelsen. Antagelsen af det normale maa altid forudsætte visse faktiske Oplysninger i Sagen, — eventuelt kan manglende Oplysning f. Eks. om Betaling udgøre en positiv Oplysning — og betyde en Slutning fra disse Oplysninger til det Resultat, der gennemsnitlig vil stemme med det faktisk passerede. Denne Slutning er et typisk Tilfælde af Bevisbedømmelse. Undertiden kan den være saa sikker, at man taler om fuldt Bevis (juridisk Vished).¹⁸⁾

¹⁷⁾ Det er rigtigt, som Augdahl p. 75 f. fremhæver, at Tybjerg synes at tillægge selve *Forsømmelsen* af at sikre Beviset for stor Betydning. Naar Formaalet er at opnaa de flest mulige rigtige Afgørelser, kan der kun bygges paa, hvilke Sandsynlighedsslutninger, der kan udledes af, at Bevis ikke er sikret. Augdahl paaviser da ogsaa, at Tybjerg i Virkeligheden bygger herpaa.

Der synes overhovedet ikke at kunne lægges Vægt paa Forsømmeligheden (Skylden) som saadan, men kun — paa den anførte Maade — som begrundende en Formodning. Hvis der nemlig virkelig er Forsømmelse (Skyld) hos en Part, forudsættes det, at han kunde have sikret Beviset, men i saa Fald er hans Anbringende korrekt, og man maa give ham Medhold.

¹⁸⁾ Olivecrona anfører (p. 117), at *hvis* Sandsynligheden skal være afgørende for Bevisbyrden, kan der ikke opstilles generelle Regler. Sandsynligheden kan kun bedømmes paa Grundlag af Omstændighederne i det konkrete Tilfælde. Kohlers Teori, der bygger paa den

D. 1. Antages det herefter, at de nævnte Momenter 1—5 er af Betydning for Bevisbedømmelsen, og erkendes det, at et Faktum kan anses for bevist uden »fuldt Bevis«, alene i Kraft af en overvejende Sandsynlighed, vil det ses, at det vigtigste Problem, der opstaar, er, hvor stor Sandsynlighed der kræves, for at et Faktum kan anses for bevist. Det maa imidlertid bero paa, hvilken Sandsynlighed der er for Modpartens Paastand, og Problemet maa vel derfor hellere udtrykkes saaledes: hvor stærkt overvejende Sandsynlighed kræves der. Her bliver der Brug for Tybjergs Punkt 6, Faren for Misbrug — Hensynet til Retssikkerheden — og Dommerens Afgørelse i saa Henseende bør motiveres i de af Tybjerg (ovf. a—d) nævnte Hensyn.¹⁰⁾

2. Tilbage staar at undersøge de Tilfælde, hvor der ikke er tilvejebragt den fornødne overvejende Sandsynlighed for et Faktum. Tybjerg opstiller som Hovedregel Sætningen om Sagsøgerens Bevisbyrde, og opfatter Forholdet saaledes, at de ovenfor nævnte Momenter kan bevirke Undtagelse herfra. I Virkeligheden bygger han dog først og fremmest paa disse Momenter, og kun hvor de ikke fører til noget Resultat, falder han tilbage

konkrete Sandsynlighed, forkastes imidlertid af Olivecrona, men med paafaldende svage Argumenter (p. 118). Heller ikke Kallenberg (p. 185, samt Sv. civilprocessrätt, II. p. 743) mener, at man kan lægge Vægt paa generelle Sandsynlighedsbetragtninger, jfr. ogsaa Scheel, p. 20 f.

¹⁰⁾ I en ganske ny Artikel af H. H. Holm (U. f. R. 1941 B. 57—64) synes disse Synspunkter delvis at have været grundlæggende. H. H. Holm konstaterer saaledes, at man ved at indrømme Bevislættelser i vidt Omfang kommer til at afgøre Faktum paa Grundlag af Bevisbedømmelse i Stedet for efter Bevisbyrderegler. Holm tilføjer saaledes Sagens naturlige Sammenhæng (d. v. s. det normale) bevismæssig Betydning, for derved at skabe fuldt Bevis. Til Slut hævder Holm, at Processens Organisation medfører Bevislættelser, idet en Part blot skal bevise, at han har en bedre Ret end Modparten. Hvis Sagsøgte kun har svage Beviser, kræves heller ikke saa meget af Sagsøgeren. — Dette kan tiltrædes. Men hvorfor operere med Begreberne fuldt Bevis og — i Forhold hertil — Bevislættelser? Det praktisk vigtige er dog: Hvad er det fornødne Bevis. Lignende Synspunkter hævdes af Erwin Munch-Petersen, Juristen 1942. p. 773, og Per Augdahl, T. f. R. 1942. p. 215 ff.

paa »Hovedreglen«, jfr. p. 61: »Er begge Parter Adgang til at føre fuldt Bevis lige god, er der i Reglen ikke Grund til andet end at lade Bevisbyrden blive hos Sagsøgeren. Stiller Bevisadgangen sig forskellig for de to Parter, maa Bevisbyrden fortrinsvis lægges paa den, der har den bedste Adgang«. Dette kan — jfr. det under C. udviklede — udtrykkes saaledes: Saa fremt der ikke gennem Sagens Oplysninger i Forbindelse med almindelige Erfaringssætninger (herunder Formodninger) er skabt en overvejende Sandsynlighed for et Faktum, eller i hvert Fald ikke en under Hensyntagen til Retssikkerheden tilstrækkelig overvejende Sandsynlighed, gaar det ud over Sagsøgeren.

Da Hensynet til Retssikkerheden imidlertid normalt vil kræve et strengere Bevis for at anerkende en videregaaende Forpligtelse end for at anerkende en mindre vidtgaaende, kan Reglen maaske klarere formuleres saaledes: *Saa fremt der ikke gennem Sagens Oplysninger i Forbindelse med almindelige Erfaringssætninger (herunder Formodninger) er skabt den fornødne overvejende Sandsynlighed for den videregaaende Forpligtelse, fastslaas den mindre vidtgaaende Forpligtelse. I Mangel af fornødent Bevis for en Rettigheds Eksistens, vil det sige, at Rettigheden ikke kan anses for eksisterende.*

Dette er saaledes den eneste Bevisbyrderegel, der kan opstilles. Den afgør, hvem det gaar ud over, at et Faktum ikke er oplyst, saaledes at det kan lægges til Grund ved Dommen. I det følgende skal forsøges en Paavisning af, at Reglen er begrundet i Hensynet til Retssikkerheden, det Hensyn, der ogsaa er bestemmende for, hvilket Maal af Bevis, der kræves.

1^o Ser vi først paa en retsstiftende Kendsgerning, f. Eks. et Løfte, er det klart, at fuldstændig Mangel paa Bevis herfor maa bevirke, at Sagsøgeren taber Sagen.

2^o Ses der dernæst paa en retshindrende Omstændighed, f. Eks. Tvang, er Resultatet i Teorien stærkt omtvistet. Hvis Sagsøgte intet kan anføre til Støtte for sin Indsigelse, maa Dommeren være berettiget til at slutte, at der ikke foreligger Tvang (det normale), og der bliver ikke Brug for nogen Bevisbyrderegel. Hvis Sagsøgte imidlertid fremkommer med saadanne Oplysninger, at Formodningen for Ikke-Tvang ophæves,

saaledes at Dommeren i Virkeligheden ikke har nogen som helst Mening om dette Faktum, bør Sagsøgte frifindes. En modsat Regel vilde medføre, at en illoyal Borger i ubegrænset Omfang kunde gennemføre fremtvungne Løfter, naar blot han var sikker paa, at der ikke kunde skaffes Oplysninger, udover hvad der kræves for at afkræfte den almindelige Formodning imod Tvang. Den hævdede Regel kan ganske vist medføre, at Løftegiveren bliver fri i Tilfælde, hvor der ikke foreligger Tvang, men hvor han alligevel kan afkræfte Formodningen imod Tvang, men for det første vil det være vanskeligt at skaffe denne Formodning i Strid med Sandheden, og for det andet kan Reglen ikke faa uoverskuelige Følger, da en Person ikke vilkaarligt kan gøre sig til Sagsøgt.

3^o Ses der endelig paa retsophævende Omstændigheder, f. Eks. Betaling, kommer den forsvarede Bevisbyrde-regel i Strid med vist alle Bevisbyrde-teorier, idet selv Kallenberg, hvis Opfattelse i det store og hele stemmer med det hidtil forfægtede, hævder, at Sagsøgte har Bevisbyrden for Betaling. — Naar Sagsøgte gør gældende, at han har betalt, forudsættes der Bevis for Fordringens Stiftelse, eller ingen Indsigelse herimod. Saafremt Sagsøgte intet kan fremføre som Bevis for sin Paastand om Betaling, maa Dommeren være berettiget til, fra den Oplysning der ligger heri, at antage, at der ikke er betalt. Hensynet til Retssikkerheden kan ikke kræve større Maal af Bevis i saa Henseende. Kan Sagsøgte imidlertid fremkomme med Oplysninger, der svækker Formodningen for, at han ikke har betalt, naar han ingen Kvittering har, stiller Sagen sig anderledes. Er der f. Eks. Tale om en mundtlig Aftale om et Vennelaan, og Kreditor efter flere Maaneders Forløb forlanger Beløbet, maa man sikkert antage, at Formodningen for Ikke-Betaling er afkræftet. Det er her lige saa sandsynligt, at der er betalt. Dommeren kan ikke have nogen bestemt Mening om Spørgsmaalet. Sagsøgte bør frifindes.²⁰⁾ Ganske vist skaber det Mulighed for Unddragelse af virkelige Forpligtelser, men den modsatte Regel vilde være farligere, idet den vilde muliggøre Gennemførelsen af uberettigede Krav i ubestemt Omfang. Dette Resultat synes

²⁰⁾ Jfr. 1913 p. 27, og 1919 p. 86 (H), med Note, samt Tybjerg p. 174.

at være lige saa sikkert som det under 2^o hævdede — af flere Forfattere anerkendte Resultat — angaaende Bevisbyrden for retshindrende Omstændigheder. Thi naar Mangel paa Oplysning om Tilstedeværelsen af en Ugyldighedsgrund er tilstrækkeligt Bevis for, at Ugyldighedsgrunden ikke foreligger, synes Mangel paa Oplysning om Betaling ogsaa at maatte være tilstrækkeligt Bevis for, at der ikke er betalt. Mangel paa Oplysning om Betaling er endda et bedre Bevis end Mangel paa Oplysning om Ugyldighed, idet det vil være mere usædvanligt, at der ikke er Bevis for Betaling end for Ugyldighed. De praktisk vigtigste Spørgsmaal knytter sig imidlertid til Spørgsmaalet om, hvilket Maal af Bevis, der kan kræves for eller imod Antagelsen af Ugyldighed og Betaling, jfr. herom nærmere Kap. XII og XV.

3. *Betydningen af den opstillede Regel i Forhold til den almindelige teoretiske Opfattelse i dansk Ret er, at den forlader den Opfattelse, hvorefter der principielt kræves »fuldt Bevis« for, at et Faktum kan anses for bevist, saaledes at der maa opstilles Regler for, hvem det skal gaa ud over, at »fuldt Bevis« ikke er ført, Regler, hvis Opstilling som anført er i Strid med Princippet om den fri Bevisbedømmelse, og som iøvrigt ikke er egnet til Fremme af Processens Formaal, den virkelige Rets Gennemførelse.*

Det kunde tænkes, at den opstillede Regel paa det snævre Omraade, hvor der ikke er den krævede Sandsynlighed for den ene Parts Paastand, vilde blive gjort til Genstand for Kritik ud fra et formalistisk Synspunkt. — Hvad er nemlig den mindst vidtgaaende Forpligtelse? Hvis der er Tvist om, hvorvidt en Tings Overlevering er sket som endeligt Salg eller som Køb paa Prøve (jfr. XI. B. 4.), er det naturligvis mindre byrdefuldt for Køberen, at der statueres Køb paa Prøve, men det er samtidig mere byrdefuldt for Sælgeren, hvis han skal have Besværet med at tage Tingen tilbage. Denne Forpligtelse vil imidlertid praktisk talt altid være af ganske underordnet Betydning, og skulde det være forbundet med væsentlig Omkostning eller Ulempe for Sælgeren at tage Tingen tilbage, kan der herigenom være skabt den fornødne Sandsynlighed for, at der ikke er solgt paa Prøve.

Det kan dernæst — i det nævnte Eksempel — indvendes, at hvis Sælgeren har opnaaet en høj Pris for Tingen, vil det være lige saa byrdefuldt for ham at maatte tage den tilbage, som det vil være for Køberen at skulle betale den. Dette Argument kan kun anføres i de relativt faa Tilfælde, hvor Salgsgenstandens Pris er sat højere end dens almindelige Salgsværdi. Men heller ikke her har det nogen Vægt. Spørgsmaalet om Forpligtelsens Byrdefuldhed maa naturligvis afgøres i Relation til Parternes Forhold før Indgaaelsen af den Forpligtelse, der er Tvist om, og i Forhold hertil er det ingen forøget Byrde for Sælgeren at skulle beholde Tingen, medens det kan være en væsentlig Byrde for Køberen at skulle beholde Tingen og betale den, naar det netop er tvivlsomt, om han ikke har betinget sig først at prøve den. — Ved Tvist om et Pengebeløb er ydet som Laan eller Gave, vil det paa lignende Maade være mest byrdefuldt at statuere Gave (jfr. XI. B. 2.). Heroverfor kunde man anføre, at dette ikke gælder, hvis Giveren er meget velhavende og Modtageren fattig. Her er imidlertid atter Tale om et Bevismoment, der maaske kan føre til, at man anser det for bevist, at der foreligger en Gave.

Man føres herved i Virkeligheden meget tæt ind paa det Synspunkt, at Afgørelsen altid træffes efter en konkret Sandsynlighedsvurdering, ogsaa i de Tilfælde, hvor der efter det anførte ikke er den »fornødne Sandsynlighed«. Det kan nemlig anføres, at selve Oplysningen om Forpligtelsens Byrdefuldhed er et Bevismoment, og dette Moment vil altid foreligge for Dommeren, for at han overhovedet kan dømme i Sagen. Det bliver da eet af Sagens Bevismomenter — undertiden det eneste — og det overflødiggør den opstillede Bevisbyrderegel. — Dette skal belyses med et Eksempel: Ved Køb — navnlig af fast Ejendom — kræves en stærkt overvejende Sandsynlighed for Aftalens Indgaaelse. Dette kunde i Stedet udtrykkes saaledes: Naar der ikke er tilvejebragt et strengt Bevis for Indgaaelsen af en saa vigtig Forpligtelse, er det ikke overvejende sandsynligt, at den er indgaaet. — Det er sandsynligst, at Handelen ikke er endelig, hvilket derfor maa fastslaas. Herved er Forpligtelsens Byrdefuldhed gjort til Led i Bevisbedømmelsen, og Sagen er afgjort alene paa Grundlag af den bl. a. herigennem tilveje-

bragte Sandsynlighed for, at der ikke er truffet endelig Aftale.

Skulde dette — sidste — Bevismoment glippe, idet Dommeren ikke kan afgøre, hvilket Resultat, der vil medføre den største Byrde for en af Parterne, maa Afgørelsen træffes efter Billighed.²¹⁾ Denne Opfattelse af »Bevisbyrdeproblemet« vil føre til samme praktiske Resultater som den under 2. hævdede Opfattelse, og den kan, ligesom den sidstnævnte, godt forenes med dansk Domspraksis.

4. Det skal i denne Forbindelse nævnes, at der undertiden er afsagt Afvisningsdom i Tilfælde, hvor Sagen har været mangelfuldt oplyst.²²⁾ Herved opstaar der den Usikkerhed for Modparten, der ligger i, at der ikke er truffet nogen Realitetsafgørelse, at Sagen kan indbringes igen. Den nævnte Domsform synes imidlertid kun at være bragt i Anvendelse, hvor det har været klart for Retten, at der kunde være tilvejebragt bedre Oplysninger i Sagen, jfr. U. f. R. 1908, p. 207; her var der ikke engang en tydelig Fremstilling af, hvad Parten vilde gøre gældende som sin Opfattelse af Sagens faktiske Sammenhæng, og U. f. R. 1908, 540, angaaende en Villaservitut: Sagsøgeren havde ikke ved Fremlæggelse af Tegninger, Beskrivelse eller lignende sat Retten i Stand til at skønne over, om Huset var i Villastil.²³⁾

Det er forstaaeligt, hvis Domstolene undviger en Realitetsafgørelse, naar der intet faktisk Grundlag er at bygge paa, og dette kunde være forelagt. Hvis Appellinstansen faar forelagt de fornødne Oplysninger, vil Dommen her let blive underkendt. Alligevel taler noget for at kræve, at Domstolene træffer en Realitetsafgørelse. Modparten kan ikke være tjent med at blive ulejlignet maaske flere Gange angaaende det samme Mellemværende. Særlig hvor det skyldes Forsømmelighed fra Sagsøgerens Side, at Sagen er mangelfuldt oplyst, taler intet vægtigt Hensyn for at lade ham slippe med en Afvisningsdom. Paa den anden Side har man et Værn mod fornyet Sagsanlæg uden

²¹⁾ Jfr. Kohler, p. 316.

²²⁾ Men derimod ikke i Tilfælde, hvor der har været lige stor Sandsynlighed for begge Parter i og for sig klare Fremstilling.

²³⁾ Jfr. ogsaa 1906. 363, hvor Sagsøgeren fremlagde en anden Veksel end den i Stævningen paaberaabte.

bedre Oplysninger i Retsplejelovens Regler om Rettergangs-
bøder og Sagsomkostninger. Hensynet til Rettens Autoritet taler
ogsaa imod en Afgørelse, der »træffes i Blinde«, som det er ud-
trykt. Lader man de sidste Argumenter være afgørende, faar
Reglen om Sagsøgerens Bevisbyrde i dette Tilfælde den Be-
tydning, at den bevirker Sagens Afvisning. I saa Fald vil man
dog næppe udtrykke det saaledes, at Sagen afvises paa Grund
af Sagsøgerens Bevisbyrde, men man vil sige, at det er en
svigtende Procesforudsætning, at Sagen ikke er tilstrækkeligt
oplyst.²⁴⁾

²⁴⁾ Jfr. Hurwitz, p. 91.

Kapitel VII

LOVBESTEMMELSER OM BEVISBYRDEN — SÆRLIG I KONTRAKTSFORHOLD

A. Retsplejeloven indeholder i sine 1043 Paragraffer ikke en eneste Bestemmelse, der støtter den traditionelle Opfattelse, hvorefter Afgørelsen af Faktum skal ske efter generelle Bevisbyrderegler, naar der ikke er fuldt Bevis derfor. Ifølge § 292, Stk. 1, 2. Pkt., afgør Retten, i Henhold til det samlede Indhold af Forhandlingerne og den stedfundne Bevisførelse, hvorledes Sagens faktiske Sammenhæng *skal antages* at være, og ifølge § 281, Stk. 2, afgør Retten efter et Skøn over Forhandlingerne i det hele, om en ikke særskilt og udtrykkeligt benægtet Kendsgerning *skal anses* indrømmet eller bestridt, og hvilken Virkning Undladelse af behørigt at besvare en Opfordring medfører. Der er ved disse Bestemmelser indrømmet Retten et frit Skøn over, hvad den vil *anse* for bevist, og der findes ingen Bestemmelser, der tvinger en til at mene, at Retten skal naa til en Overbevisning, der er 100 % sikker.

Der kan dog maaske forekomme Tilfælde, hvor Retten ikke tør anse et Faktum for bevist, idet der ikke er den fornødne Sandsynlighed derfor, d. v. s. den Sandsynlighed, som maa kræves af Hensyn til Bevarelsen af Retssikkerheden. I saa Fald kan Retten altsaa ikke træffe Afgørelsen som foreskrevet i § 292 og 281, 2, men maa træffe Afgørelsen ud fra en Bevisbyrderegel, jfr. det ovenfor udviklede, navnlig Kap. VI. D. Det maa dog erkendes, at Retsplejelovens Regler ikke giver noget sikkert Holdepunkt i Diskussionen for eller imod den traditionelle Bevisbyrdelære.

B. Forskellige Steder i Lovgivningen findes der mellem de dispositive Retsregler visse Bestemmelser, der gerne fortolkes

som afgørende for Bevisbyrden. Der staar f. Eks., at en Person har en Rettighed, saafremt han kan bevise¹⁾ eller der staar, at man ifalder Ansvar, medmindre det oplyses²⁾ o. s. v. Man maa imidlertid være forsigtig med at udlægge Formuleringen af en Bestemmelse som hentydende til Bevisbyrden,³⁾ men ofte kan det dog med Sikkerhed antages, at Bestemmelsen har villet regulere Bevisspørgsmaalet.

Som Grundlag for en kortfattet teoretisk Undersøgelse af disse Reglers Betydning, tages Købelovens § 23: »Angaar Købet en bestemt Genstand, og bliver denne ikke leveret i rette Tid, har Sælgeren at svare Skadeserstatning, medmindre det oplyses, at Forsinkelsen ikke kan tilregnes ham.« Ser man bort fra Paragraffens Bestemmelse angaaende Beviset, vil det ses, at Paragraffen paalægger Sælgeren Ansvar efter Culpareglen. For at Køberen herefter skulde kunne gennemføre et Krav, maatte man i Almindelighed kræve, at der var en vis overvejende Sandsynlighed for, at Sælgeren havde handlet culpøst, saa stor Sandsynlighed, at man i videst muligt Omfang tilkendte Køberen Erstatning, hvor Sælgeren virkelig havde handlet culpøst, og i modsat Fald saa vidt muligt nægtede den. Hvor der ikke var den fornødne Sandsynlighed, maatte Køberen som Sagsøger tabe Sagen. Denne Retstilstand vilde imidlertid uvægerligt medføre, at Sælgeren undertiden slap for at betale Erstatning i Tilfælde, hvor han faktisk havde handlet culpøst. Imidlertid spiller det materielle Hensyn til Sikkerhed i Kontraktsforhold ind. Dette Hensyn tilsiger, at Sælgeren skal betale Opfyldelsesinteresse, naar han misligholder en gyldig Kontrakt, medmindre det er givet, at Misligholdelsen ikke kan tilregnes ham. Den i § 23 indeholdte »Bevisbyrderregel«, maa derfor siges at være en materiel Retsregel, som det saaledes bliver Processens Opgave at gennemføre, d. v. s. foreligger der under en Proces ikke klar Oplysning om Culpa fra Speciesælgers Side, er Formaalet ikke at paalægge Sælgeren Erstatning, saaledes at han gennemsnitlig bliver ansvarlig efter Culpareglen. Formaalet er derimod at gøre ham ansvarlig i alle Tilfælde,

¹⁾ Se f. Eks. Medhjælperloven, §§ 26, 27, 29 og 30.

²⁾ Se f. Eks. Købeloven, § 23.

³⁾ Jfr. Augdahl, p. 19.

hvor det ikke er sikkert, at han er uskyldig. Dette er den materielle Retsregel.⁴⁾ Det beror naturligvis paa Dommerens Skøn, om han vil anse Ansvarsfrihedsgrunden for bevist, men han kan her ikke nøjes med en vis Sandsynliggørelse. Der maa kræves noget i Retning af Vished.

Paa samme Maade maa man forstaa andre Lovbestemmelser, der betinger en Rettighed eller Forpligtelse af, at visse Fakta oplyses, godtgøres, bevises eller hvilket Udtryk der maatte være anvendt. I et enkelt Tilfælde har Loven ligefrem krævet »fuldt Bevis«, jfr. § 4 i Lov af 13/3 1943 om Tillæg til Lov om Brug af Huse paa Landet, hvorefter Ejeren, der ikke har sikret sig skriftlig Kontrakt, ikke kan gennemføre videregaaende Rettigheder end Lejeren indrømmer er aftalt, medmindre der føres »fuldt Bevis«.

Det Spørgsmaal, der herefter faar afgørende Betydning i det praktiske Retsliv — det konkrete Retsforhold — bliver: »Kan jeg føre det fornødne Bevis?«, hvilket igen vil sige, at man maa undersøge, hvad der i det foreliggende Tilfælde kræves til Bevis. Dette Spørgsmaal vil blive belyst nedenfor ved Gennemgang af Domspraksis for de enkelte Kontraktsforhold.

⁴⁾ Skeie (II, p. 352) anfører, at Bevisbyrdereglerne dels kan være materielle, dels processuelle, alt efter Afgørelsens Art.

ANDET AFSNIT

DANSK RETSPRAKSIS' STILLING TIL BEVISBYRDEPROBLEMET I KONTRAKTSFORHOLD

Kapitel VIII

AFGRÆNSNING AF EMNET

A. Den forudgaaende Fremstilling har haft til Opgave at belyse de almindelige Teorier om Bevisbyrdeproblemet og dets Løsning, specielt med Henblik paa dansk Ret. Som nævnt i Kap. II, maa Forholdets Natur anses for den vigtigste Retskilde, og til Støtte for det Resultat, der herefter maa fastslaas, vil navnlig Domspraksis være afgørende, idet det forekommer i et meget stort Antal Processer, at der ikke er Klarhed over Sagens faktiske Forudsætninger, det være sig paa et enkelt eller flere Punkter.

Den i nærværende Fremstilling hævdede Antagelse, ifølge hvilken der ikke kan opstilles generelle Regler til Afgørelse af Sagens Faktum i alle Tilfælde, hvor der ikke er fuldt Bevis herfor, maa ikke forstaas saaledes, at det ikke anerkendes, at det er et Problem, hvorledes Faktum skal afgøres, naar det ikke foreligger fuldt oplyst. Det hævdes blot, at Problemet maa løses ud fra tilsvarende Principper, som anvendes ved Bevisbedømmelsen, hvor denne fører til Dommerens fulde Overbevisning, nemlig ud fra en konkret Sandsynlighedsvurdering. En generel Regel (Bevisbyrderegel) bliver der højst Brug for, hvor der ikke er den fornødne Sandsynlighed.

Naar der i det følgende skal gives en Fremstilling af de »Bevisbyrderegler«, som Retspraksis anvender, er der da ogsaa medtaget Domme af Interesse for hele det Omraade, der efter den traditionelle Opfattelse beherskes af Bevisbyrderegler, ikke blot

for det snævrere Omraade, indenfor hvilket nærværende Fremstilling anerkender en saadan Regel. Som nævnt er det nemlig et stort praktisk Problem, hvordan Sagen skal afgøres, naar der ikke er fuldt Bevis, og Problemet afskaffes naturligvis ikke, blot fordi man mener, at det ikke kan løses efter udtænkte generelle Regler.

B. Det omhandlede Problem vil nedenfor blive belyst, forsaavidt angaar Kontraktsforhold. Selv med denne Begrænsning er Emnet imidlertid næsten udtømmeligt, og der vil derfor ved Bestemmelse af Kontraktsrettens Omraade blive anlagt en ret snæver Fortolkning, f. Eks. vil de Spørgsmaal vedrørende Erstatning i Kontraktsforhold, der i det væsentlige er fælles med Erstatning udenfor Kontraktsforhold, kun flygtigt blive berørt (saaledes Ansvar for farlige Egenskaber, jfr. Ussing, § 14). Ved Forsikringsaftaler følges — paa Grund af deres halvt offentligretlige Karakter — andre Principper ved Bedømmelsen af Beviset for deres Indgaaelse, Indhold o. s. v. — Disse Spørgsmaal er kun flygtigt berørt, men det maa bemærkes, at de anførte Principper for rent privatretlige Retsforhold ikke uden videre kan overføres paa Forsikringsaftaler.¹⁾ Ejendomsretskonflikter vil i det store og hele ogsaa blive holdt udenfor, saaledes Spørgsmaalet om Bevisbyrden i Vindikationssager. Det som Regel i Arveretten behandlede Spørgsmaal om Livsgave ctr. Døds gave, vil blive behandlet forsaavidt angaar den kontraktretlige Side. Bevisbyrden i Sager angaaende Indvirkningen af visse Processkridt (navnlig Skifte) paa den materielle Ret, vil kun blive flygtigt behandlet, og Bevisbyrden vedrørende Retsforhold af ren processuel Karakter (f. Eks. editio instrumentorum, Vidne-

¹⁾ Drachmann-Bentzon: *Lov om Forsikringsaftaler*, tager hyppigt Stilling til Bevisbyrdespørgsmaal. — Interessant er Dommen 1944. 406, der anerkender en Forsikringstagers Krav mod Brandforsikringsselskabet, da det ikke var tilstrækkelig bevist, at der forelaa Sabotage. Dommen tilføjer, at Brandforsikringsselskabet eventuelt har Regres overfor Krigsforsikringen »overfor hvem en friere *Bevisbedømmelse* maa forventes«. Dommen anerkender altsaa, at samme Faktum kan anses for tilstrækkelig bevist i eet Retsforhold, men ikke i et andet.

fritagelsesgrunde m. v. falder helt udenfor Afhandlingens Rammer).

Der vil herefter blive foretaget en Gennemgang af de »Bevisbyrderegler«, der gælder vedrørende egentlige kontraktlige Tvistigheder om Kontrakters Indgaaelse og Ophør, om deres Indhold og Retsvirkning, samt om Misligholdelse.

Kapitel IX

DOKUMENTERS ÆGTHED¹⁾ ²⁾

A. I de fleste Kontraktsforhold af større Betydning vil der foreligge visse skriftlige Erklæringer fra den ene eller begge Parter Side. Selvom der ikke er oprettet en af begge Parter underskrevet Kontrakt, vil der gerne være et Brev, Telegram eller lignende, der kan give Oplysning om Parternes Forhold.

Naar en Part under en Proces paaberaaber sig et saadant Dokument som Bevis, f. Eks. for at Modparten har afgivet et Tilbud, opstaar det Spørgsmaal, hvilket Bevis der kræves for at anse Dokumentet for ægte. Det er klart, at et Dokument kun kan tillægges Betydning som Bevis, hvis Dommeren anser Dokumentets Ægthed for bevist, men hertil kan ikke kræves fuld Vished, idet saadan ofte slet ikke kan tilvejebringes.

Nellemann har behandlet Problemet meget indgaaende p. 638 ff. Han mener, at i Almindelighed maa Producenten føre (fuldt) Bevis for Dokumentets Ægthed, men at der kan gøres Undtagelser med Hensyn til offentlige Dokumenter, der fremtræder som udstedt af en offentlig Myndighed, angaar noget indenfor vedkommende Embedsmyndigheds Omraade og fremtræder i sædvanlig Form. En saadan Ægthedsformodning (formel Beviskraft) tilkommer ikke private Dokumenter, medmindre særlige Omstændigheder taler for deres Ægthed, saasom deres Udseende (gulnede Blade). Kopier af offentlige Dokumenter skaber kun Formodning for Originalens Ægthed, saafremt de

¹⁾ Problemet om eventuel Formodning for Rigtigheden af et berettende Dokuments Indhold, har tabt sin Betydning efter Indførelsen af Bevisbedømmelsens Frihed, jfr. Hurwitz p. 168 f.

²⁾ Om Indsigelse mod Ægtheden af Uskriftkyndiges Vedkendelse (D.L. 5-1-7) henvises til den ret udførlige Behandling hos Ussing: *Aftaler*, (p. 57 ff.).

er bekræftede af en Myndighed, der kan prøve denne. Kopier af private Dokumenter skaber ikke Formodning for Originalens Ægthed, selvom Kopiens Rigtighed er bevist. Med Hensyn til Forfalskning gælder tilsvarende, at Producenten maa godtgøre, at der ikke er sket Forfalskning, dog at Beviset kan anses ført ved, at der ikke findes Rettelser, Tilføjelser eller lignende.

Samme Opfattelse er hævdet af Deuntzer (p. 310) og Munch-Petersen (I. p. 265 ff.). Tybjerg hævder herimod (p. 90 ff.), at der er Formodning ogsaa for private Dokumenters Ægthed. Den store Risiko for Opdagelse og den strenge Straf gør, at der uhyre sjældent vil blive paaberaabt falske Dokumenter i en Proces, og der maa derfor være en vis Sandsynlighed for Falsk, for at der kan kræves særligt Bevis for Dokumentets Ægthed. Ej heller vil Tybjerg kræve Bevis for, at et Dokument ikke er forfalsket, selvom der efter Dokumentets Udseende er en Mulighed herfor. Selvom der er foretaget en Udslettelse eller Tilføjelse, kan man ikke kræve Bevis for, at der ikke er sket Forfalskning, hvis der efter hele Forholdets Beskaffenhed ikke er Grund til at antage det. Tybjergs Opfattelse er tiltraadt af Hurwitz, (p. 168).

B. Den sidstnævnte Opfattelse synes i Realiteten at stemme med Praxis. Der synes ogsaa at være en saa stor Sandsynlighed for, at fremlagte Dokumenter, private som offentlige, er ægte, at Dommeren maa kunne gaa ud herfra, naar intet andet sandsynliggøres. Det maa imidlertid erkendes, at Sandsynligheden er størst for de offentlige Dokumenters Vedkommende, medens Ægthedsformodningen for private Dokumenter viger ved Tilvejebringelse af et mindre Bevis i modsat Retning. Herved udjævnes Forskellen i Opfattelserne mellem Nellesmann—Munch-Petersen og Tybjerg—Hurwitz. Den skyldes sikkert i Virkeligheden, at man har følt sig bundet af Begreber, som »Bevisbyrde« og »fuldt Bevis«. Jo vigtigere Dokumentet er for Sagen, des større Sandsynlighed kræver Retssikkerheden for, at dets Ægthed tør anses for bevist. Er der ikke den fornødne konkrete Sandsynlighed herfor, betyder det, at Dokumentet ikke kan tillægges Betydning som Bevis for Sagens Fakta.

C. Den nævnte Opfattelse, hvorefter et privat Dokument anses for ægte overfor en ubestyrket Nægtelse, støttes af en Række Lovbestemmelser om Formodning for Berettigelsen til visse

dispositive Dokumenter,³⁾ navnlig Omsætningsgældsbreve (Gældsbrevsloven, § 13), Veksler (Vekselloven, § 16,1), Checks (Checkloven, § 19) og Konossementer (Søloven, § 156,1). Ved Livsforsikringspolicer maa ifølge F. A. L., § 115, den, der støtter sin Ret paa en Udstedelse eller Transport »til Ihændehaveren«, dog »oplyse« sin Adkomst, hvortil dog næppe kan kræves noget større Maal af Bevis. Er Policen udstedt eller transporteret til en navngiven Person, kræves intet yderligere Bevis for hans Adkomst.

D. Saafremt Dokumentet hidrører fra Modparten, og dets Ægthed bestrides, indeholder Retsplejelovens § 307 den særlige Regel, at den, der paaberaaber sig Dokumentet, kan forlange Modpartens Benægtelsesed, hvis »tilstrækkeligt Bevis for, at Dokumentet er ægte eller uægte, ikke findes at være tilvejebragt«. Det fremgaar heraf, at der ikke absolut kræves »fuldt Bevis« for et Dokuments Ægthed, men kun »fornødent Bevis«.⁴⁾ Foreligger det ikke, kan man ikke uden videre gaa ud fra, at Dokumentet er falsk, men Modparten maa aflægge Ed derpaa. Reglen anvendes analogt ved Tvivl om, i hvilken Udstrækning en Part har bemyndiget en Trediemand til at underskrive paa sine Vegne, jfr. Munch-Petersen, II. 338—339,⁵⁾ og U. f. R. 1910. 409.

E. Det er nærliggende at spørge, om det nødvendige Bevis for en Underskrifts Ægthed ikke i mange Tilfælde vil kunne skaffes ved et grafologisk Skøn. Det er imidlertid ikke Tilfældet. Grafologien har ikke opnaaet en saadan Anerkendelse, at Domsstolene tør tillægge et saadant Skøn væsentlig Betydning, jfr. 1916. 437.

Dog kan en Grafologs Udtalelse eventuelt i Forbindelse med andre Omstændigheder udgøre fornødent Bevis. I Domsreferatet, 1917. 481 (H), (refereret ndf. under G.), fremgaar det af Landsrettens Præmisser, at Retten har lagt mest Vægt paa sin egen Bedømmelse af Skriftprøven. En vis Ændring i denne Ind-

³⁾ Jfr. Tybjerg, p. 95 f.

⁴⁾ Jfr. 1908. 172. Købers Navn paa Ordreseddel saa ud som en af Agenten skreven Adresse, og Underskrivelsen af Ordresedler var iøvrigt usædvanlig. Køberen skulde ikke aflægge Ed.

⁵⁾ Der maa dog være tænkt paa, i hvilket Omfang man har *legitimeret* Trediemand.

stilling til Værdien af et grafologisk Skøn kan maaske antages at være sket ved utr. Ø. L. D. af 6. December 1943, (A. S. Nr. 824/1943). Sagen drejede sig om, hvorvidt Sagsøgte havde skrevet et injurierende Brev til Appellanten og til en af dennes Bekendte. Foruden Brevene havde man en skriftlig Meddelelse, som Sagsøgte indrømmede tidligere at have udfærdiget. Om Undersøgelsen af de foreliggende Skriftstykker erklærede Skrifteksperthen, (der var kgl. Translatør og iøvrigt en anerkendt Fagmand): »Undersøgelsen har godtgjort er identiske foreliggende Tilfælde er saa udpræget oplagt.« Til Trods for denne Udtalelse udtalte Underretten: ».... ikke tilstrækkelig godtgjort, at Sagsøgte har gjort sig skyldig« Landsretten ansaa det for »godtgjort, at Sagsøgte har skrevet Brevet«. Det maa dog oplyses, at der var yderligere Momenter, der talte for, at Sagsøgte havde skrevet Brevet, bl. a. at hun tidligere overfor et Vidne havde fremsat grove Injurier mod Appellanten.

F. Et Spørgsmaal, der kan faa Betydning i det moderne Forretningsliv, er det, om et Dokument, der fremtræder med Underskrift ved Facsimilestempel, kan antages at hidrøre fra den angivne Udsteder, hvis der ikke tilvejebringes nogen Sandsynlighed i modsat Retning. Spørgsmaalet ses aldrig at være forelagt Domstolene i sin Renhed,^{o)} men man maa sikkert tillægge et saadant Dokument Ægthedsformodning; blot maa Kravet til det Bevis, der skal til for at afkræfte Formodningen, i hvert Fald ved private Dokumenter, sættes endnu lavere end ved Dokumenter med haandskrevne Underskrifter.

G. Der findes en Del Domme, der belyser Beviskravet for Dokumenters Ægthed, men nogen fast Linie giver disse Domme ikke Udtryk for. Afgørelserne synes truffet under Hensyntagen til, hvad der er fundet sandsynligst i det konkrete Tilfælde.

1908. 99: A. gav B. Anvisning paa sin Gage, men hævdede selv

^{o)} I Dommen: 1908. 928, fandtes en Købmands Farvestempel — beregnet til Poser — under en Ordreseddel. Dette kunde ikke side-stilles med Navns Underskrift efter D. L. 5—1—6, (nu Retsplejelovens § 307). — Denne Dom er sikkert rigtig, men det nævnte Stempel var heller ikke beregnet som Underskrift, og opbevarede derfor ikke med den Omhyggelighed, som et Facsimilestempel vil blive. Dommens Betydning er derfor begrænset.

denne. C., der havde faaet Anvisningen *tiltransporteret* af B., sagsøgte A., der gjorde gældende, at Transporten fra B. til C. var uægte. Denne Indsigelse forkastedes, da han intet anførte til Støtte for dens Rigtighed, og Sagens Oplysninger iøvrigt ikke gav Anledning til at betvivle Ægtheden af Transporten paa Anvisningen.

Dommen stemmer med det ovenfor forsvarede Synspunkt.

En særlig Betænkelighed ved at anse et Dokuments Ægthed for godtgjort, alene med Støtte i Formodningen derfor, opstaar, hvor Udstederen er død, eller hans Erklæring af andre Grunde ikke kan indhentes. I saa Fald vil Risikoen for Opdagelse og Straf for Brug af et falsk Dokument være væsentlig reduceret, og Formodningen for Dokumentets Ægthed dermed svækket. I saadanne Tilfælde synes Praksis da ogsaa at kræve yderligere Bevismomenter for at anse Dokumentet for ægte, jfr. 1917. 481 (H): Ægtheden af Arveladerens Underskrift paa et i et Dødsbo fremlagt Gavebrev blev bestridt. De to Vitterlighedsvidner udtalte i en for Skifteretten fremlagt Erklæring, at K. i deres Paa-syn havde underskrevet Brevet. Dette blev ikke fastholdt under Vidneforklaringen for Landsretten, idet de her forklarede, *at* den ene af dem havde medbragt Gavebrevet til K., *at* denne blev gjort bekendt med det og godkendte dets Indhold, og *at* det derefter blev underskrevet enten af K. selv eller af hendes Steddatter, der var til Stede. L. R.: efter de forelagte Skriftprøver maa der vel gaas ud fra, at Gavebrevet er underskrevet af Steddatteren, men da begge Vitterlighedsvidner overensstemmende har forklaret, at K. vedkendte sig Gavebrevet, findes det fyldestgørende godtgjort, at hun har skænket Appellanten det nævnte Beløb. H. R.: Forklaringerne er paa væsentlige Punkter saa ubestemte og selvmodsigende, at de ikke kan afgive Bevis for, at K. enten selv eller ved nogen, hvem hun havde bemyndiget dertil, har underskrevet Gavebrevet.

Det kan vel siges, at Dommen ikke tager afgørende Stilling til, om der kræves Bevis udover den almindelige Formodning for Dokumentets Ægthed, idet denne Formodning afkræftes gennem Vidnernes Forklaring »... enten af K. selv eller hendes Steddatter ...«. Tydeligere er derfor maaske Dommen 1908. 145: A., der sammen med B. havde været Indehaver af et Firma, be-

stred Ægtheden af B.s Underskrift (for Firmaet) paa en Veksel. Da B. nu var død, og der intet Bevis var ført for Ægtheden af hans Underskrift, blev A. frifundet.⁷⁾ Det maa indrømmes, at det antagne Resultat kan være strengt overfor en ærlig Forretningsmand, der ikke har tænkt paa Nødvendigheden af at sikre sig Bevis for Ægtheden af en Vekselaccept, og det er i og for sig i Strid med Vekslens Formaal som et let og sikkert Omsætningsmiddel, om man var nødt hertil. Alligevel maa man vist erkende Dommens Rigtighed, idet et modsat Resultat vilde aabne Mulighed for Gennemførelsen af uberettigede Krav i uvist Omfang. Selvom der er Tale om ærlige Forretningsfolk ved man dog aldrig, om Ærligheden strækker sig til Omraadet, hvor Bevis mangler. Paa Grund af Tilfældets sjældne Karakter, vil Vekslens Omsættelighed heller ikke lide under det antagne Resultat. Noget sikkert Præjudicat er den nævnte Dom dog ikke, idet det fremgaar af en Lægeerklæring i Sagen, at B. paa det relevante Tidspunkt maa have »truffet ganske sindssyge Dispositioner«. Selvom Dommen ikke bygger paa Utilregneligheden, har dette Punkt dog maaske spillet ind. — Endelig skal i denne Forbindelse nævnes Dommen, 1907. 748, hvor en Afdøds Endossement paa en Veksel ansaas for ægte, da Vekslen var udstedt til Afløsning af en tidligere, hvorpaa Underskriften ogsaa fandtes — med Tilføjelsen »indfriet ved ny Veksel«.

H. Paastaas det, at et Dokument er forfalsket, maa der føres et ret stærkt Bevis herfor. Saafremt Dokumentet ikke ved Rettelser, Udstregninger, Tilføjelser eller paa anden Maade, bærer Præg deraf, maa Dommeren naturligvis anse det for sandsynligst, at der ikke er sket nogen Forfalskning, jfr. 1908. 936 (H), hvor en Vekselendossent hævdede, at Vekselsummen (med Tal) var paaført et Et-Tal foran 75,— Kr.. Beløbet var imidlertid angivet med Bogstaver til 175 Kr., og der var ikke iøvrigt anført noget til Støtte for Indsigelsen, som forkastedes.

Giver Dokumentets Udseende Anledning til Tvivl, svinder Formodningen mod Forfalskning stærkt, og Hensynet til Retsikkerheden kræver et ret strengt Bevis for, at Forfalskning ikke foreligger, jfr. 1909. 51, hvor en Del af en Bestillingsseddel

⁷⁾ Jfr. 1907. 640: (Kvitteringens Ægthed godtgjort ved Skriftligheden og et Vidnes Erklæring).

var afklippet. Modtageren maatte bevise, at Ordren ikke var afhængig af en Betingelse, jfr. 1905. 368, der krævede Bevis for, at et Stempel ikke var paaført Kontrakten, efter at den var underskrevet.

Undertiden indrømmer en Part at have rettet i Kontrakten (eller at have udfyldt den) i Henhold til en mundtlig Aftale. I saa Fald maa der føres sædvanligt strengt Bevis for denne Aftales Indgaaelse, dog med en vis Lempelse, hvis der er Tale om Tilføjelse af mindre væsentlige, sædvanlige Bestemmelser, jfr. 1909. 340: Sælgeren kunde ikke bevise Aftale om at slette et Prædikat i Køberens Tilbud, jfr. 1918. 727 (H): Ejeren ej bevist Aftale om Tilføjelse til Lejekontrakten, selvom hans Søn førtes som Vidne. Angaaende Aftaler om Udfyldning af et Dokument, kan nævnes 1919. 481, hvor Kreditor ikke kunde bevise Aftale med Debitor om en Rentefod paa 4 % mdl., og derfor kun fik tilkendt almindelig Rente.

Bestrider Producenten, at Dokumentet er udfyldt efter at være underskrevet, maa det bevises, ligesom hvor der hævdes at være sket Rettelser m. v., og Dokumentets Udseende vil kun sjældent afgive fornødent Bevis.

Kapitel X

KONTRAKTERS INDGAAELSE

A. Spørgsmaal af mere almindelig Betydning.

1. Det vigtigste Bevisspørgsmaal i Kontraktsforhold vedrører Kontraktens Indgaaelse.¹⁾ Dette Problem behandles af de forskellige Forfattere meget kortfattet,²⁾ idet der er Enighed om, at den, der paaberaaber sig Kontrakten, har Bevisbyrden for dens Indgaaelse.³⁾ Derimod forsøger man i Reglen ikke at belyse den praktiske Virkning heraf: hvornaar er Beviset ført, hvornaar ikke? Grunden til, at alle Teorier er enige om den nævnte Regel, er sikkert, at alle de Momenter, der kan bevirke en vis Sandsynlighed til Fordel for den ene eller anden Part, ikke har større Betydning her. Hensynet til Retssikkerheden kræver, at der føres »fuldt Bevis«, for at Dommeren tør lægge en paaberaabt Kontrakt til Grund. Det er imidlertid af stor praktisk Betydning at undersøge, hvad der ligger i Kravet om juridisk Vished. Det betyder jo nemlig ikke, at der ikke maa være den allerringeste Mulighed for Fejltagelse. Som ledende Princip kan anføres, at jo større Værdier en Kontrakt angaar, jo videregaaende Forpligtelser den medfører, desto sikrere Bevis kræves for dens Indgaaelse.⁴⁾

Dette Synspunkt er ogsaa begrundet i praktiske Hensyn. I

¹⁾ Grænsen mellem Tilfælde, hvor der er Tvivl om Beviset for, hvad der faktisk er vedtaget, og Tilfælde, hvor der er Tvivl om, hvorvidt det faktisk passerede er tilstrækkeligt til at konstituere en endelig Aftale, er ikke skarp. Jfr. Domme om det sidste (Jus) f. Eks. 1904. 431 og 1916. 88.

²⁾ Jfr. f. Eks. Tybjerg, 1 Side (p. 131), Munch-Petersen, 8 Linier (II. p. 288 f.), Skeie, 10 Linier, (II. p. 357).

³⁾ Jfr. ogsaa Scheel p. 62 ff. Augdahl p. 85 ff.

⁴⁾ Augdahl antyder samme Opfattelse p. 87.

Dagliglivets Handeler vilde det føre til uforholdsmæssigt Besvær, hvis Beviskravene var saa strenge, at man f. Eks. i Almindelighed maatte sikre sig en skriftlig Kontrakt; men et stærkt Bevis maa der i hvert Fald altid kræves.

2. a. Drejer Sagen sig om en Kontrakt, der sædvanligvis indgaas mundtlig, vil Beviset som Regel føres ved Hjælp af Vidner, og ofte vil et enkelt upartisk Vidnes Forklaring være tilstrækkeligt.⁵⁾ Er Kontrakten indgaaet telefonisk, vil det som Regel være umuligt at bevise den, hvis Modparten gaar fra sit Løfte, inden man har faaet sikret sig yderligere Bevis, f. Eks. ved Aflevering af Varen, jfr. den ovf. i VI. B. 2. citerede Dom, (J. D. 1942. 47), hvorefter Kontraktens Indgaaelse ikke blev anset bevist. Til Belysning af Kravet til Bevisets Styrke ved mundtlige Kontrakter henvises til Afsnittet om de specielle Kontraktsforhold. (B.)

b. Er en Kontrakt, som sædvanligvis indgaas mundtligt, undtagelsesvis indgaaet skriftligt, maa der kræves et tilsvarende Maal af Bevis, som ved skriftlige Kontrakter iøvrigt, dog maaske med en vis Hensyntagen til, at Kontrakten eventuelt er af mindre væsentlig Betydning.

3. a. Der opstaar sjældent Tvivl om Indgaaelse af skriftlige Kontrakter, hvor der foreligger et af begge Parter underskrevet Dokument om Forholdet,⁶⁾ forudsat at Dokumentet er ægte, jfr. herom ovf. Kap. IX.

Er Kontrakten indgaaet ved Hjælp af Brev- eller Telegramveksling, kan der lettere opstaa Bevisvanskeligheder. Tilbudgiveren hævder maaske, at der ikke er fremkommet Accept. Acceptgiveren godtgør f. Eks. ved Vidneforklaring af en Kontorist, at Brevet med Accepten er lagt rettidig i Postkassen. Der er her stor Sandsynlighed for, at Accepten er kommet frem, men sikkert er det ikke, Vidnet vil have samme Interesser som Acceptgiveren og ofte være afhængig af ham, og der er en Mulighed for, at Brevet er gaaet tabt. Antager man, at der ikke foreligger fornøden Sandsynlighed, vil Acceptgiveren tabe Sa-

⁵⁾ Jfr. 1913. 735, (kontant Laan); men omvendt, hvor Vidnet ikke var upartisk: 1911. 271 (H).

⁶⁾ Om Dokumentet efter sit Indhold maaske ikke antages at indeholde en forpligtende Tilkendegivelse, er ikke et Bevisspørgsmaal, men et juridisk Spørgsmaal, jfr. p. 80, Nt. 1.

gen.⁷⁾ Man maa dog lægge Vægt paa alle konkrete Oplysninger. Har Tilbudgiveren en Sekretær eller lignende, der aabner al Post, og som erklærer, at Accepten ikke er fremkommet, bliver det antagne Resultat sikkert. Er det ikke Tilfældet, og er der maaske yderligere sket det, at Kontrakten paa Grund af Prissvingninger er blevet ufordelagtig for Tilbudgiveren, vil man maaske antage Acceptens Fremkomst tilstrækkelig sandsynliggjort.

Er det oplyst, at Accept er fremkommet, men Modtageren hævder, den er forsinket, maa han bevise dette. Han vil her ikke have Vanskelighed ved at føre et stærkt Bevis (Poststemplet, Vidner). Føres intet saadant Bevis, maa Dommeren være berettiget til at slutte, at Accepten er rettidig, jfr. Dom i U. f. R. 1914. 176: En Forpagter havde betinget sig omgaaende Accept, og Karlen hævdede at have svaret omgaaende. Forpagteren havde kastet Accepten bort, og Dommen udtaler herefter om hans Anbringende om, at Accepten var forsinket, » Der maa gaas ud fra, at dette Anbringende er urigtigt«.

b. Er der Tale om Kontrakter, der sædvanligt indgaas skriftligt, men som i det foreliggende Tilfælde er indgaaet mundtligt, gælder naturligvis den almindelige Regel, at den, der paaberaaber sig Kontrakten, maa bevise dens Indgaaelse. Men der vil her være en Formodning for, at den mundtlige Kontrakt ikke er endelig, og der maa kræves et særligt stærkt Bevis for, at man kan antage det modsatte. Denne Opfattelse har fundet meget klart Udtryk i Dommen, 1923. 797 (H): hvor det blev antaget, at et endeligt Lejemaal af en Fabriksbygning var kommet i Stand, uagtet det var Meningen, at det skulde fikseres i en skriftlig Kontrakt, og denne ikke var underskrevet.

Det hedder bl. a. i Præmisserne til Landsretsdommen, som blev stadfæstet af Højesteret: »Selvom der i *Almindelighed* maa gaas ud fra, at endelig Afslutning af et Kontraktsforhold, hvorom begge Parter er paa det Rene med, at det skal fikseres ved skriftlig Kontrakt, først foreligger, naar saadan Kontrakt er underskrevet, findes de i nærværende Tilfælde foreliggende Omstændigheder at føre til et andet Resultat.« Udlejerens Sagfører

⁷⁾ Skeie, II. p. 357, mener, at Accepten maa anses for bevist.

havde under Mødet, hvor Lejevilkåarene aftaltes, opnoteret Punkt for Punkt alle de enkelte Aftaler, der skulde indføres i Kontrakten. — Lejeren forklarede, at han ikke af egen Drift vilde have fremsat nogen Indvending mod Kontrakten, men at Indsigelsen mod Kontrakten var fremkommet ved, at hans Sagfører havde foreholdt ham, at Lejen var altfor høj.

I Dommen, 1922. 263 (H), ansaas det ikke bevist, at der var indgaaet en Forpagtningskontrakt. Sagens Fakta var følgende: Efter et 3 Timers Møde paa et Hotel, hvor Parterne enedes om en Forpagtningskontrakt, gik man til Sagfører S. angaaende Papirerne. Da A. (Forpagteren) skulde med Toget, noterede Sagføreren Hovedpunkterne ned og sendte senere Kontrakten til Underskrift. A. nægtede at skrive under. B. hævdede, at der forelaa en endelig Aftale, jfr. Vidneforklaringer af A.s Sagførers Fuldmægtig, Sagfører S., B.s Svoger, samt endnu en Person. Kun mente Vidnerne, at der ikke var truffet Aftale om et enkelt mindre væsentligt Punkt i Kontrakten. — Under Henvisning hertil, samt til at S.s Notater ikke var blevet oplæst og godkendt af Parterne, »findes det ikke tilstrækkelig bevist, at Handelen har haft det Indhold«. — A. frifundet. —

Det maa erkendes, at der er lidt mere Tvivl om Kontraktens Endelighed end i det fornævnte Tilfælde (Uenigheden om et uvæsentligt Punkt), men alligevel synes det betænkeligt ikke at statuere endelig Handel, hvad ogsaa Landsretten gjorde. Der synes at have været fuldstændig Enighed mellem Parterne om, at Kontrakten var afsluttet, og at Underskrivelsen ikke fandt Sted skyldtes alene, at A. skulde naa et Tog. Uenighed om et mindre væsentligt Punkt bør ikke betage Kontrakten dens bindende Virkning, men dette Punkt maa løses efter de Regler, der gælder om Bevis for Kontrakters Indhold.^{*)} Dommens Henvisning til, at S.s Notater ikke var oplæst, synes ikke at kunne tillægges større Betydning, naar begge Parter har siddet og overværet Nedskrivningen og maaske selv dikteret Punkterne. Dette Moment er da heller ikke tillagt afgørende Betydning i Dommen, 1922. 314 (H), hvor Hovedpunkterne i Salgsaftalen om

^{*)} Dette Synspunkt er udtrykt i H. R. D. 1944. 2, hvor en Forpagtningskontrakt ansaas gyldig, trods Uenighed om et enkelt Punkt. Denne Dom angaar dog nærmere et Fortolkningsspørgsmaal.

en fast Ejendom var oplæst, uden at Højesteret ansaa endelig og bindende Handel for godtgjort, hvad Landsretten derimod havde gjort.

Ogsaa denne Dom synes at være i Strid med Udtalelsen i Dommen 1923. 797. De to sidstnævnte Domme tyder i Virkeligheden paa, at en mundtlig Aftale overhovedet ikke er bindende, naar det er Meningen, at den skal fikseres skriftlig. Naar det imidlertid i den materielle Ret fastholdes, at et endeligt mundtligt Løfte er bindende,⁹⁾ er det forkert, at Processen korrigerer denne Regel ved praktisk taget at udelukke Muligheden af at føre tilstrækkeligt Bevis for en mundtlig Aftale. De to kritiserede Domme ligger dog begge før Dommen af 1923, og der synes ikke senere at foreligge Domme, der er ligesaa vidtgaaende i deres Beviskrav.

4. En Omstændighed, der kan bevirke, at man vil lade sig nøje med et mindre stærkt Bevis for en Parts Anbringende end ellers, er det, at Modparten ikke fremlægger en Kontrakt eller andet Bevis, som han normalt skulde kunne præstere. Herved skabes der en Formodning til Ugunst for ham, jfr. 1921. 479 (H): Der var skrevet Slutseddel paa en Ejendom. Køberen, der under Sagen hævdede, at Slutsedlen var blevet væk, gjorde gældende, at der ikke forelaa en endelig Aftale, da han manglede Oplysninger om Servituter, Leje o. a. — Efter Vidneforklaring antoges det, at der forelaa en endelig Handel. —

Et andet mere almindeligt Synspunkt er det, at der kræves et større Maal af Bevis for en Rettighed, saafremt den uden Grund ikke er gjort gældende gennem lang Tid, jfr. 1913. 939 (H): 6 Aar efter Afslutning af Mageskiftehandel søgte Mægleren Salær. Da han ikke godtgjorde, at Sagsøgte økonomiske Forhold havde begrundet en saadan Tøven, ansaas Aftale ej bevist.

Endvidere kan det faa Indflydelse paa Kravet til Bevisets Styrke, at der er indtruffet Omstændigheder, (f. Eks. Prisfald),¹⁰⁾ der gør den ene Part særlig interesseret i at hævde, at der er eller ikke er indgaaet en endelig Aftale, jfr. 1921. 713 (H): 30. September tilbød et Firma i Riga at købe 20 Tons Sukker

⁹⁾ Se f. Eks. Ussing: *Aftaler*, p. 54 ff.

¹⁰⁾ Om Tilfælde, hvor Hasardmomenter spiller ind, se særlig ndf. B. 4.

paa visse (ikke helt klare) Remboursvilkaar. 1. Oktober accepteredes telegrafisk med Præcisering af Remboursvilkaarene. 3. Oktober telegraferedes contra fra Riga. — Sukkerpriserne faldt — 11. Oktober krævede Sælgeren Remboursen stillet. — — — Anset betænkeligt at statuere endelig Handel.¹¹⁾

Hvor en Part først har hævdet, at Handelen ikke er bindende for ham, f. Eks. paa Grund af bristende Forudsætninger eller rettidig Annulation, og først senere hævder, at Aftalen ikke er endelig indgaaet, taler meget for at anse Aftalens Indgaaelse for godtgjort: modsat er dog Højesteretsdommen 1920. 539, (der gik imod Landsretsdommen).

B. *Enkelt Kontrakter.*

1. Ved Køb af Løsøre i Butikker, paa Torve og Markeder, indgaas Aftalen oftest mundtlig, og hvis den ene Part bestrider sit Løfte, er der som Regel ikke Mulighed for at bevise Aftalens Indgaaelse. Er der imidlertid yderligere sket Levering, er det et saa stærkt Indicium for en Aftale, at der heller ikke i saa Fald bliver rimelig Grund til Proces.¹²⁾ Der ses ikke at foreligge Domme af Interesse om Indgaaelse eller Ikke-Indgaaelse af saadanne Aftaler.

I Handelsforhold, hvor Kontrakten ofte drejer sig om større Partier af betydelig Værdi, indgaas den gerne skriftligt gennem Brev- eller Telegramveksling. Undertiden indgaas saadanne Aftaler dog mundtligt (telefonisk), men de bekræftes da som Regel skriftligt. Opstaar der her Tvist, idet den ene Part bestrider den mundtlige Aftale, kan man ikke anlægge samme Synspunkt som ved Køb af fast Ejendom, hvor der er Formodning imod, at den mundtlige Aftale er endelig. I Handelsaftaler er den skriftlige Bekræftelse kun at opfatte som en Sikkerhedsforanstaltning, og det vilde i høj Grad besvære Forretningslivet, hvis man stillede samme strenge Krav til Beviset for den mundtlige Aftales Endelighed, som ved fast Ejendom. Det synes Praxis heller ikke at have gjort, jfr. f. Eks. 1931. 56 (H): Der førtes telefoniske

¹¹⁾ Dommen angaar maaske i højere Grad det retlige Spørgsmaal, hvad der kræves til en endelig Aftale.

¹²⁾ Derimod kan der opstaa Tvivl om Aftalens Art, om det eventuelt er Køb, Leje, o. s. v., men herom henvises til Kap. XI. B.

Forhandlinger om Køb af et Parti Melassefoder. Sælgeren fremsendte Slutseddel og yderligere skriftlig Henvendelse, som Køberen undlod at besvare. Køb ansaas afsluttet. — Den Tvivl, der forelaa om, hvorvidt Telefonsamtalen havde ført til en endelig Aftale, blev afgjort paa Grundlag af de senere Oplysninger, der stærkt støttede Antagelsen af en Aftale, som Køberen imidlertid havde fortrudt. Man kan ikke konstruere Forholdet saaledes, at Køberen er blevet forpligtet ved Passivitet, idet Passivitet overfor fremsendte Slutsedler eller Henvendelser ikke alene kan bevirke Forpligtelsen;¹³⁾ men det kan virke som Indicium for at endelig Aftale er sluttet. Af den anførte Doms Præmisser fremgaar iøvrigt endnu et Indicium til Fordel for Sælgeren, nemlig at Priserne paa Melassefoder var faldende.

Denne Dom viser, at man end ikke vedrørende Spørgsmaalet om Kontrakters Indgaaelse kan opstille en generel Regel om Bevisbyrden (hos den der paaberaaber sig Kontrakten); thi der forelaa ikke juridisk Vished for Aftalens Indgaaelse, men kun en konkret Sandsynlighed, som fandtes tilstrækkelig som Bevis. Havde man lagt den almindelige Regel til Grund, hvorefter Mangel paa (fuldt) Bevis skal komme Sagsøgeren til Skade, kunde man ikke have statueret endelig Aftale. Dommen er dog sikkert rigtig, idet en tilsvarende Betragtningssmaade, anvendt i et stort Antal Processer, antagelig vil føre til langt flere materielt rigtige Domme end den generelle Regel om Sagsøgerens Bevisbyrde, og der er næppe Grund til at frygte nogen Fare for Gennemførelse af uberettigede Krav i videre Omfang, naar man stadig kræver et stærkt Bevis.

En Dom, der gaar endnu videre i Retning af at nedsætte Fordringen til Bevis for Kontraktsindgaaelse, er summarisk refereret i 1906. 435: Sagsøgeren, S., kunde ikke skaffe fuldt Bevis for en Aftales Indgaaelse, men Sagsøgte havde modtaget Varerne og ladet dem staa i længere Tid uden at tilkendegive S., at han ikke vilde have dem. Det ansaas godtgjort, at Sagsøgte havde købt Varerne. Præmisserne oplyser, at Varerne nu var fordærvede. — Hvis der har foreligget et fast Forretningsforhold mel-

¹³⁾ Jfr. 1914. 152 samt en norsk Højesteretsdom i Retst. 1920 S. 346 (Augdahl p. 92 f.). Se om dette Spørgsmaal iøvrigt C. Bang: *Nogle Passivitetsvirkninger i dansk Ret*, U. 1944, B. p. 101—132.

lem Parterne, kan Dommens Resultat forsvares, ud fra den Betragtning, at der burde være reklameret, men ellers synes man ikke at kunne gaa ud fra, at der er indgaaet Aftale under de foreliggende Omstændigheder.

Saafremt Kontrakten angaar Varer af stor Værdi eller usædvanligt store Partier, maa der kræves et strengere Bevis for Indgaaelsen, jfr. 1919. 278 (H), hvor Højesteret i Modsætning til Landsretten ikke ansaa to Vidners Forklaring som tilstrækkeligt Bevis for, at Sagsøgte havde indgaaet endelig Aftale om Salg af *hele* sin Havrehøst ved en Samtale paa et Hotel en Markedsdag.¹⁴⁾

Det kan hænde, at Købers og Sælgers Slutseddel har forskelligt Indhold, og drejer det sig om et væsentligt Punkt, kan Indgaaelse af Aftale ikke bevises alene gennem Slutsedlerne, jfr. 1923. 343 (H).

2. Det er allerede ovenfor paavist, at der kræves et strengt Bevis for Indgaaelsen af en Kontrakt om Køb af fast Ejendom, et Bevis, som næsten kun kan føres ved Fremlæggelse af et underskrevet Skøde eller i hvert Fald en Slutseddel. De tidligere anførte Domme har mere almindelig Betydning, men her skal yderligere fremhæves 1926. 619 (H): Selvom Parterne var blevet enige om Købesummen og Udbetalingens Størrelse paa en Gaard, og der var givet Haandslag, fandtes det ikke godtgjort, at endelig Handel var afsluttet, da Køberen havde vægret sig ved at oprette Slutseddel med det samme, hvorefter der paany forgesves var forhandlet om Udbetalingen.

I Dommen 1935. 518 (H) afvistes Sagsøgerens Paastand om Ret til at indtræde som Medejjer af en Ejendom, hvilket støttedes paa en mundtlig Aftale, der bekræftedes af en Sagfører. Dommen fremhævede 1) Løftets indgribende Betydning, 2) at der ikke var skriftlige Optegnelser og 3) at der var forløbet lang Tid, skønt der havde været Anledning til at faa Spørgsmaalet bevist tidligere, (cfr. L. R.).

Endelig skal nævnes 1923. 38 (H), der ansaa Aftale sluttet paa

¹⁴⁾ Jfr. 1919. 665. (Aftale om Salg af ekstraordinært stort Parti Halm ej bevist) og 1923. 1012 (H) (ej bevist Aftale paa Marked om Heste til Udførsel).

Grundlag af to ufuldstændige og uklare Slutsedler, men hvor de var suppleret med klart beviste mundtlige Aftaler.

3. Paa tilsvarende Maade som ved Køb af fast Ejendom og Løsøre, kræves der strengt Bevis for Indgaaelse af andre Kontrakter. Saaledes er det usædvanligt, at Aftale om Kautionsindgaas mundtligt, og der maa derfor kræves et meget stærkt Bevis for en saadan Aftales Endelighed, jfr. 1915. 853, hvor Kautionsisten ansaas forpligtet, da han havde modtaget Debtors Regninger paa sit eget Navn uden at protestere i 1 Aar, men cfr. 1930. 411 (H),¹⁵⁾ hvor en Kautionsforpligtelse ikke ansaas paataget, til Trods for to — ikke helt uinteresserede — Vidners Forklaring, om at Sagsøgte var fremkommet med Udtalelsen: »De skal ikke komme til at lide noget Tab ved N. N.; det indestaar jeg Dem for.« I denne Forbindelse kan nævnes Dommen 1922. 513 (H), hvor 2 Sagførere, der havde underskrevet en Kassekreditkontrakt, som Skyldnere, sammen med en Trediemand, blev frifundet for Kautionsistens Regreskrav, da Laanet var ydet Trediemanden, for hvem Kautionsisten alene ifølge særlig Aftale skulde kautionere, og det var uoplyst, hvorfor Sagførerne havde medunderskrevet Kontrakten. Her fandtes det virkelige Retsforhold mellem Parterne godtgjort, selvom Kassekreditkontrakten nærmest tydede paa Sagførernes Regrespligt.

4. Ved Kontrakter om Spekulation, Lotterispil og lignende, maa der, saafremt Krav støttes paa Aftalen, efter at det har vist sig, at der er Gevinst, kræves et meget strengt Bevis, for at Aftale er truffet. Der vil nemlig paa dette Omraade være en særlig Fristelse til at søge Andel i Gevinsten, selvom Sammenspillet maaske er ophørt. Hvis der ikke var Gevinst, og man var blevet sagsøgt til Betaling af Indskuddet, kunde man maaske have Held til at trænge igennem med en Paastand om, at der ikke forelaa Aftale om Sammenspil. Naar man saaledes ikke aldeles sikkert har deltaget i Risikoen, bør man heller ikke have Del i Gevinsten, jfr. 1911. 912, der ikke ansaa Aftale om Sammenspil i Lotteriet for bevist, idet der ikke var betalt før Trækningen, og det til Trods for, at Sagsøgeren i den foregaaende Trækning havde spillet sammen med Sagsøgte, og da først

¹⁵⁾ Se ogsaa H. R. T. 1922. 322.

havde betalt efter Trækningen, jfr. 1911. 50, hvor en lignende Aftale ansaas for ophørt, da en Gevinst først blev forlangt betalt efter et Aars Forløb. Særlig strengt Beviskrav er stillet i Dommen: 1940. 1060 (H). Det fandtes ikke bevist, at B., der ikke havde betalt noget til A., spillede i Lotteriet sammen med denne, til Trods for at A. havde tilbudt B. Sammenspil, at Parterne før den foregaaende Trækning sammen havde fornyet Sedlerne og opnoteret Numrene, samt at A. efter B.s og et Vidnes Forklaring havde lykønsket B. med Gevinsten. Landsrettens Dom, der stadfæstedes ved Højesteret udtaler, at det ikke kan udelukkes, at det — som paastaaet af A. — var B., der lykønskede ham. Denne Mulighed synes efter Vidnets Forklaring og de iøvrigt foreliggende Omstændigheder yderst ringe, og det er et Spørgsmaal, om det foreliggende Bevis ikke burde være anerkendt som tilstrækkeligt. Dette sidste antoges af 2 dissenterende Dommere ved Højesteret. Om andre Hasardkontrakter kan anføres 1912. 316: Spekulationsaftale med en Vekselerer anset godtgjort ved, at Kunden havde modtaget 2 Nettoprovenuer og indbetalt a/c. Beløb efter Paakrav.

5. Funktionær- og Medhjælperkontrakter og lignende indgaas undertiden saaledes, at den ansatte skriver under paa en Kontrakt hos Principalen, uden at denne selv skriver under. I saadanne Tilfælde maa man anse endelig Kontrakt for afsluttet, medmindre Principalen afkræfter den Sandsynlighed, der er herfor, jfr. 1910. 24.

I Sagen, ref. 1916. 909, havde en Husbestyrerinde i 2 Aar ikke faaet anden kontant Løn end Kr. 100,—. Hun sagsøgte nu Husbondens Dødsbo til Betaling af 2 Aars Løn ÷ Kr. 100,—, men da hun havde levet sammen med Husbonden, og der ikke var Bevis for nogen Aftale om Løn, blev Boet frifundet.

6. Opstaar der Tvist, om der foreligger en Aftale, hvorefter en Person skal optræde paa en andens Vegne i et Retsforhold, maa den, der hævder Tilstedeværelsen af en saadan Aftale, føre Bevis herfor i Overensstemmelse med det lige anførte. Det vil hyppigt være Mandataren, der gør Krav paa Vederlag i Henhold til paastaaet Aftale, og han maa altsaa føre det paakrævede strenge Bevis.

Et Spørgsmaal, der ofte forelægges Domstolene, er det, om en

Person har faaet overladt en Ejendom, Forretning eller lignende til Salg. Saadanne Aftaler indgaas hyppigt mundtligt, og man maa derfor lægge Vægt paa Momenter, som f. Eks. om Mandanten har overladt Mandataren en Ting til Salg eller givet ham Oplysninger, eventuelt Dokumenter, vedrørende Forholdet, om han har forhandlet med de interesserede, som Mandataren anviser o. s. v.

Tilstrækkeligt Bevis kan ligge i, at Mægleren har oplyst sin Profession (eller Sælgeren har kendt den), men Beviskravet er ret strengt.¹⁶⁾ I Dommen 1914. 37 ansaas det ikke godtgjort, at Sælgeren havde lovet Mægleren Salær, til Trods for at Køberen og hans Sagfører bestyrkede det, og da det iøvrigt ikke var oplyst, at Mægleren havde udført et saadant Arbejde, at der tilkom ham Salær, frifandtes Sælgeren, (cfr. L. R.-Dommen). Tilstrækkeligt Bevis ansaas ført i 1926. 596 (H), hvor Sælgeren havde givet Mægleren de fornødne Oplysninger til Salg af Ejendommen, og derefter var traadt i Forhandling med en af ham anvist Liebhaber, med hvem der oprettedes Kontrakt uden Mæglerens Medvirken, jfr. 1927. 928 (H): Mægleren, der ikke var Mægler af Profession, forklarede, at han havde spurgt Sælgeren, om han kunde tjene »en Skilling« ved at sælge hans Ejendom og Forretning, hvilket Sælgeren havde bekræftet. Mægleren skaffede en Køber og var med ved Forhandlingerne. Køberen forklarede, at han havde spurgt Mægleren, om han skulde have Provision af ham, men Mægleren havde sagt, at han fik hos Sælgeren. Mæglerens Forklaring lagt til Grund.

C. Kontraktens Indgaaelse, ved Fuldmægtig eller andre Trediemænd.

1. a. Naar man indgaar Aftale med en Person, maa man normalt gaa ud fra, at vedkommende optræder paa egne Vegne, naar han ikke siger andet, eller det fremgaar af Omstændighederne. Hævder en Part, at han ikke har optraadt paa egne Vegne, maa han derfor føre Bevis for, at han har sagt det, eller at det fremgik af Omstændighederne, jfr. 1915. 319, hvor en

¹⁶⁾ Jfr. f. Eks. 1917. 604 og V. L. T. 1929. 281, hvor Beviset ikke ansaas ført.

Fisker havde bestilt en Motor til Anbringelse i sin (mindre-aarige) Søns Baad. Da han ikke havde godtgjort at have foretaget Bestillingen i Sønnens Navn, og da Fabriken intet kendte til denne eller hans Ejendomsret til Baaden, blev Faderen dømt.¹⁷⁾ — Præmisserne tyder paa, at fornødent Bevis for, at Bestilleren optraadte for en anden, havde foreligget, blot Fabriken var blevet gjort bekendt med, at Motoren skulde leveres til denne anden.¹⁸⁾

b. Er det givet, at en Person har optraadt som Fuldmægtig, men Trediemand gør Krav gældende mod ham, idet Mandanten bestrider Fuldmagten, maa »Fuldmægtigen« godtgøre sin Fuldmagt. Dette har positiv Hjemmel i Aftalelovens § 25. »Oplyser han ikke at have saadan, eller at hans Retshandel er godkendt af den opgivne Fuldmagts giver eller af andre Grunde er bindende for denne . . .,«. Der maa her kræves samme strenge Bevis som iøvrigt for en Aftales Indgaaelse. Hvis man nøjedes med mindre, kunde det medføre, at Trediemand hverken kunde gennemføre Krav overfor Fuldmægtigen eller den opgivne Mandant, idet der i Forhold til denne sidste maa præsteres strengt Bevis for Fuldmagtsforholdet. Følgende Domme kan anføres: 1918. 370: En Hotelbestyrer dømt til at betale for Ophængning af Skilt i en Ventesal, da han ikke godtgjorde at have Ejerens Bemyndigelse til at forpligte denne og Forholdet faldt udenfor hans Stillingsfuldmagt, og 1917. 501: Sagfører, der administrerede en Ejendom for 11 Personer, solgte denne. Den ene Ejer opholdt sig i Amerika og der kunde ikke skaffes Samtykke fra ham. Da Sagføreren ikke beviste før Handelen at have gjort opmærksom paa denne Mangel ved Fuldmagten, maatte han svare Erstatning til Køberen.

Saafermt der er hengaaet lang Tid kan det være vanskeligt for Fuldmægtigen at bevise sin Fuldmagt, og Praxis har da

¹⁷⁾ Jfr. 1920. 310: Ej godtgjort, at Sagsøgte havde optraadt som Direktør for et A/S, jfr. 1917. 696: lignende Forhold.

¹⁸⁾ Jfr. Tybjerg p. 150 f., og de der anførte Domme, samt 1905. 245. (ref. ndf. under 2. a.), og 1941. 310 (H). — Jfr. Lassen, p. 170 f., særlig Nt. 4. Augdahl p. 89 ff. vil paalægge Sagsøgte Bevisbyrden; cfr. Scheel p. 84 ff.

ogsaa lempet Kravet i saadanne Tilfælde, jfr. 1926. 662 (H), hvor Mandanten udtalte, at han ikke nu — 3 Aar efter — kunde huske, om han havde givet Sagsøgte Fuldmagt til at hæve et Beløb, han havde tilgode hos Sagsøgeren, der nu søgte det tilbage. Sagsøgte frifandtes. — Sagsøgte blev af S. L. R. dømt til Tilbagebetaling, da Sagsøgeren havde betalt under den kendelige Forudsætning, at Sagsøgte havde Bemyndigelse til at hæve Beløbet, hvilket ikke mod Sagsøgerens Benægtelse var dokumenteret.

Højesteretsdommen maa dog sikkert tiltrædes, naar den efter alt foreliggende — derunder Mandantens usikre Forklaring og den lange Tid, der var forløbet — ved Sagens Paadømmelse gik ud fra, at Sagsøgte havde været bemyndiget til at hæve Beløbet. Naturligvis kunde Sagsøgte have sikret sig Bevis for sin Bemyndigelse, men at han ikke har gjort det, kan forklares ved, at Parterne formentlig har været nære Bekendte, (Sagsøgte og Sagsøgeren var Svogre).

Saafermt Mandataren har optraadt som Agent, vil han ikke kunne gøres ansvarlig for, at Mandanten ikke accepterer Ordren, (Kommissionslovens § 77), medmindre der føres Bevis for, at han særlig har paataget sig dette, og hertil maa kræves det sædvanlige Bevis for Forpligtelsers Indgaaelse, jfr. 1916. 961, hvor det ikke var godtgjort, at Agenten havde garanteret at være bemyndiget til at give den forlangte Pris.

2. a. En Konsekvens af den under 1. a. anførte Betragtning er det, at hvis Sag anlægges mod en Person, der ikke selv har forpligtet sig direkte, maa Sagsøgeren bevise, at vedkommende er blevet forpligtet gennem en Repræsentant,¹⁰⁾ jfr. 1905. 245: Sagsøgeren krævede Sagsøgte dømt til Betaling af 2 Pumper. Sagsøgte paastod, at han af en Trediemand, der havde købt Pumperne hos Sagsøgeren, havde købt disse og betalt til Trediemanden. Da Sagsøgeren hverken beviste, at Sagsøgte havde bestilt Pumperne hos ham, eller at det Sted, hvor de var leveret, var Sagsøgtes Oplagsplads eller Arbejdssted, frifandtes denne.

¹⁰⁾ Teorien hævder her iøvrigt, at Sagsøgeren har Bevisbyrden, jfr. f. Eks. Scheel p. 84, Augdahl p. 89.

Saafrømt Sagsøgte havde modtaget Pumperne direkte fra Sagsøgeren, var han altsaa formentlig blevet dømt, (jfr. ovf. under 1. a.). — 1928. 554: Sagsøgte, der var Ejer af en Gaard, lod sin Svigersøn tage Ophold paa og drive Gaarden. En Leverandør maatte godtgøre, at Gaarden blev drevet for Sagsøgtes Regning.

Ogsaa her gik man ud fra det typiske, at Bestilleren optraadte paa egne Vegne.²⁰⁾ I Dommen 1922. 611 (H) ansaas det derimod godtgjort, at Købestævnet var blevet forpligtet ved en Restaurationslejekontrakt, der var indgaaet af Stævnets Formand og Sagfører. (Det var oplyst, at Grunden til, at man ikke ønskede Lejeaftalen fastholdt, var, at man senere havde faaet ugunstige Oplysninger om Lejeren.)

b. Denne Dom fører over i de Tilfælde, hvor der vel har foreligget en Fuldmagt, (ifølge Aftale, Stilling eller andet), men hvor Fuldmagtsgiveren hævder, at Fuldmægtigen er gaaet ud over sin Legitimation (eller ved Fuldmagter uden særlig Tilværelse, Beføjelse). Det maa ogsaa her være Sagsøgerens Sag at godtgøre, at Dispositionen faldt indenfor Legitimationen (respektive Beføjelsen), men naar der givet foreligger en Fuldmagt, kan man nøjes med et mindre Maal af Bevis for dens Omfang. Et vist praktisk Indhold vil man ofte kunne lægge i Fuldmagten; og er der Tale om en Fuldmagt med særlig Tilværelse, maa man uden yderligere Bevis antage, at den har det Omfang, den selv angiver, eller som er sædvanligt ved Fuldmagter af den paagældende Art. Saaledes maa en Stillingsfuldmagts almindelige Beføjelser antages uden yderligere Bevis; og hævder Mandanten f. Eks., at der er specielle Indskrænkninger i en meddelt Generalfuldmagt, maa han godtgøre dem, jfr. 1907. 181. — Til Belysning af det anførte kan iøvrigt nævnes følgende Domme, hvor der ikke var ført Bevis for Fuldmagt: 1917. 362: En Husbestyrerinde kunde ikke købe Husholdningsvarer paa Kredit i større Maalestok, 1923. 281 (H): Kommis kunde ikke underskrive Slutseddel om Køb af Saasæd. (Heller ikke Sag-

²⁰⁾ Jfr. 1907. 905: Ej bevist, at Sagsøgtes Søn havde Fuldmagt, og 1908. 7 (H): Ej bevist, at Sagsøgte var Medlem af et Interessentskab.

søgte Passivitet overfor Sælgerens Henvendelser fandtes afgørende), 1925. 520 (H): Kartoffeldyrkerforenings Tillidsmand kunde ikke sælge Medlemmernes Avl, og 1931. 1024 (H): Køberen maatte bevise, at en *selvstændig* Forretningsdrivende, der havde medvirket som Mellemmand ved nogle Salgsforhandlinger, var bemyndiget til at afslutte Handel for Sælgeren. Dommen finder det sandsynligst, at Mellemmanden ikke havde Fuldmagt, naar der intet var oplyst om en Aftale, og hans Stilling ikke tydede paa det.

Kapitel XI

KONTRAKTERS INDHOLD

A. Ledende Synspunkter.

I det praktiske Liv opstaar der meget hyppigere Tvist om en Kontrakts Indhold end om dens Indgaaelse. Medens Parterne som Regel vil sikre sig et godt Bevis for Kontraktens Indgaaelse, eller hvis dette ikke er Tilfældet, maaske paa Forhaand vil opgive at gennemføre deres Krav, stiller det sig anderledes med Hensyn til Kontraktens Indhold.

Det er næsten umuligt paa Forhaand at træffe Bestemmelse om alle Detailler vedrørende Parternes Forpligtelser overfor hinanden, og Aftalen udfyldes da ved Hjælp af dens naturalia negotii. Her skal imidlertid kun omtales de Tilfælde, hvor der er truffet en eller anden Bestemmelse om Aftalens nærmere Indhold, men hvor der er Tvivl om, hvad der er bestemt. Er der f. Eks. Tale om en skriftlig Kontrakt, der foreligger klart indgaaet, suppleres den ofte med en Række mundtlige Aftaler om Leveringstid og -sted, om Betalingsbetingelser, om Befordringsmaade, om Reparationer o. s. v., Bestemmelser, hvis Indhold det ofte vil være umuligt at oplyse fuldstændigt under et senere Tvistemaal.

Undertiden ligger Sagen saaledes, at man maa gaa ud fra, at den ene Part har ment eet, Modparten noget andet. Hvis Uenigheden i saa Fald drejer sig om et væsentligt Punkt i Aftalen, maa man statuere, at der ikke foreligger en Aftale, medens man, hvis Uenigheden drejer sig om et mindre væsentligt Punkt, maa bygge paa Aftalens naturalia negotii.

Hævder Parterne iøvrigt at have aftalt et bestemt Vilkaar, hvis nærmere Indhold de er uenige om, maa Domstolene fastslaa Kontraktens Indhold, uden at der altid kan kræves den

samme til Vished grænsende Sandsynlighed, som kræves for at fastslaa en Kontrakts Indgaaelse. Naar det er klart, at Parterne har været enige om de væsentlige Punkter, saaledes at der overhovedet kan tales om en endelig Aftale, vilde det føre til Opløsning af Kontraktsretten, om man tilsidesatte Aftalen i sin Helhed, fordi der ikke kan føres fuldt Bevis for, hvad der er aftalt angaaende Forhold af mindre væsentlig Betydning. Man maa da i Almindelighed fastslaa den Parts Paastand, der er sandsynligst, og der kan ikke altid kræves nogen stærkt overvejende Sandsynlighed.¹⁾ Paaberaaber en Part sig en Aftale om særlig byrdefulde Forpligtelser, maa der kræves et ret strengt Bevis for, at man tør lægge denne Paastand til Grund, og jo mere byrdefuld Forpligtelsen er, desto strengere Bevis maa man kræve, saaledes at man kan komme op paa samme strenge Beviskrav som for en Kontrakts Indgaaelse,²⁾ jfr. Dommen 1907. 356, der udtrykkelig siger, at der kræves fuldt Bevis for, at en Kontrakts Indhold hjemler en Konventionalbod. En saadan Vedtagelse er ogsaa saa byrdefuld, at en Slutning fra, hvad der maaske er almindeligt i lignende Tilfælde, ikke er tilstrækkeligt Bevis for, at den er vedtaget i det konkrete Tilfælde. Man nærmer sig her til Problemet om Kontrakters Indgaaelse, selvom en Konventionalbod altid maa nøjes med at være Led i et andet Retsforhold. At der ved andre Vedtagelser kun kræves en vis Sandsynlighed, fremgaar bl. a. af Dommen 1922. 869 (H), refereret ovf. VI. C. 2.³⁾

Af det lige fremhævede Hovedsynspunkt vil det fremgaa, at det er umuligt at opstille nærmere Regler om Bevisbyrden for de enkelte Vedtagelser i Kontraktsforhold i Almindelighed eller i de enkelte Typer Kontraktsforhold, men en Gennemgang af en Række Domme kan belyse det Krav til Bevisets Styrke, man

¹⁾ Afgørende for, hvad der er sandsynligst, er ikke alene Sagens konkrete Oplysninger, men i høj Grad ogsaa Oplysninger om, hvad der er almindeligt i tilsvarende Forhold, jfr. ovf. Kap. VI. C. 3.

²⁾ Jfr. ovf. VI. D. 2. & 3.

³⁾ Den almindeligste teoretiske Opfattelse fastslaaer Sagsøgerens Bevisbyrde for Kontrakts Indhold, men tillader en Række Undtagelser, støttet paa almindelige Sandsynlighedsbetragtninger, Retfærdighedskravet e. lign., jfr. f. Eks. Tybjerg, p. 132 ff., Munch-Petersen, II. p. 289 ff., Augdahl p. 96 ff., Scheel p. 72 ff.

har opstillet i det konkrete Tilfælde, eller — som det traditionelt udtrykkes — man kan se, hvem der havde Bevisbyrden, hvilket kan have Betydning ved Bedømmelse af Chancerne for et heldigt Udfald af Tvistemaal af lignende Indhold.

B. *Kontrakters Art.*⁴⁾

1. Saafremt der paa Forhaand opstaar Tvist om en Kontrakts Art, idet den ene Part f. Eks. hævder, at den anden har lovet ham et Beløb som Gave, medens den anden hævder kun at have lovet at udlaae Beløbet, eller den ene paastaar, at han er blevet antaget som Kommis, medens den anden paastaar, at Ansættelse er sket som Bybud, maa den, der gør Krav gældende i Henhold til Kontrakten, føre strengt Bevis for sin Paastand om Indgaaelse af en Kontrakt af den paastaaede Art. Spørgsmaalet om Kontrakts Art vil som Regel være af lige saa stor Betydning som Spørgsmaalet, om der overhovedet er indgaaet en Kontrakt. Kan en Part ikke føre det nødvendige strenge Bevis, og kan Modparten heller ikke føre strengt Bevis for sin Paastand om Kontrakts Art, maa Domstolene frifinde Parterne for hinandens Krav. For saa vidt løses Problemet paa samme Maade som ved Kontrakters Indgaaelse.⁵⁾

Har den indgaaede Kontrakt imidlertid udløst visse Virkninger, idet — jfr. det førstnævnte Eksempel — Beløbet maaske er udbetalt, kan man ikke kræve samme strenge Bevis af Sagsøgeren for, at der foreligger Laan, naar han ved Tilbagebetaling af Beløbet gør Kontrakten gældende. Hensynet til Retssikkerheden kræver ikke saadant Bevis her, hvor man er udelukket fra at anse Kontrakten for ikke indgaaet. Tværtimod vilde et saadant Krav bevirke, at Modtageren i mange Tilfælde kunde unddrage sig sin virkelige Forpligtelse til Tilbagebetaling. Det beror alene paa Formuleringen, hvem der støtter Ret paa Kontrakten. Man kan lige saa godt sige, at det er Modparten, der paaberaaber sig Kontrakten, nemlig ved Kravet om at beholde

⁴⁾ Herved er tænkt paa de forskellige Kontraktstyper, saasom Køb, Leje, Kaution o. s. v.. Tvist om andre (mindre væsentlige) Punkter, saasom Kvalitet, Mængde, Betalingsmaade o. s. v., opfattes ikke som vedrørende Kontrakts Art.

⁵⁾ Saaledes ganske generelt, Tybjerg p. 136 og Skeie p. 357.

Beløbet. Og var Beløbet ikke blevet udbetalt ham, maatte han optræde som Sagsøger og føre strengt Bevis for at gennemføre sin paastaaede Ret. Men selve Udbetalingen af Beløbet taler ikke hverken for eller imod Paastanden om Gave og bør altsaa ikke ændre Bevisstillingen til Fordel for Modtageren.

Man kan derfor ikke generelt lade Bevismangel gaa ud over Sagsøgeren; men man maa finde den sandsynligvis rigtige Afgørelse ved en Bedømmelse af samtlige konkrete Oplysninger i Forbindelse med almindelige Slutninger om det sædvanlige, rimelige o. s. v. Er der en vis Sandsynlighed til Fordel for den ene Part, maa man give ham Medhold, uden at der kan kræves noget i Retning af fuldt Bevis, dog at der maa kræves et noget stærkere Bevis for, at der statueres en mere byrdefuld Forpligtelse overfor Paastanden om en mindre byrdefuld.^{o)} Denne Opfattelse synes at være i Overensstemmelse med Praksis.

2. Der findes en Række Domme til Belysning af Spørgsmaalet om et Pengebeløb er ydet som Laan eller som Gave. Er der ikke oplyst andet, end at en Person har betalt en Bekendt en Sum Penge, og det ikke er sket til Opfyldelse af en Vederlagsforpligtelse, maa man vel i Almindelighed gaa ud fra, at der alene foreligger Laan, ikke Gave. Ganske vist vil det være naturligere, at Laangiveren sikrer sig skriftligt Bevis, end Gavemodtageren, der vanskeligt kan forlange det. Imidlertid gives der ofte ikke Kvittering ved Lejlighedslaan, hvorfor denne Betragtning ikke kan tillægges generel Betydning. Derimod kan man anføre Hensynet til Retssikkerheden. Retsordenen søger i videre Omfang at beskytte en Part, der indlader sig i en gensidig bebyrdende Aftale, end den, der staar som Gavemodtager. Det kan saaledes opfattes som Udslag af den ugunstige materielle Retsstilling, der tildeles Gavemodtageren, at man kræver et strengere Bevis for at lægge hans Anbringende til Grund. Ofte vil der foreligge visse konkrete Oplysninger om Grunden til Udbetalingen, f. Eks. Parternes indbyrdes Forhold, og herigennem kan der maaske skaffes den fornødne Sandsynlighed for, at der foreligger en Gave, jfr. 1918. 692, hvor A. havde overgivet en Sparekassebog til sin Broderdatters Mand B., som havde hævet Beløbet. — *Gave, da*

^{o)} Jfr. ovf. VI. D. 3. om dette Synspunkts Forstaaelse i denne Relation.

A.s efterladte Papirer ikke viste, at det var Laan, *da* der var nært Slægtskab, *da* det ikke var bevist, at A. havde krævet eller modtaget Rente eller krævet Beløbet tilbagebetalt,⁷⁾ cfr. 1910. 732, hvor Sagsøgte hævdede, at Sagsøgeren (hans Svoger) havde foræret ham Beløbet (Kr. 1.000,—) paa Grund af hans økonomiske Stilling og Hustruens Sygdom, men ikke kunde bevise dette og blev dømt. — Hvor Beløb er udbetalt en yngre Slægtning til Studier, skaber Slægtskabsforholdets Nærhed Formodning for Gave, særlig hvor den ældre Slægtning er velhavende.⁸⁾ Er dette ikke Tilfældet, er Formodningen for Laan, jfr. 1916. 71. Hvis Modtageren har svaret Renter af Beløbet, skabes der en stærk Sandsynlighed for Laan, selvom det er muligt, at Modtageren f. Eks. kun skal forrente Beløbet, indtil Giverens Død. Dette var paastaaet i 1906. 671, men ikke bevist, hvorfor Modtageren blev dømt til Tilbagebetaling.⁹⁾

Er der forløbet urimelig lang Tid, inden Kravet om Tilbagebetaling rejses, svækkes Kravet til Bevis for, at der foreligger en Gave, jfr. 1910. 30, hvor Beløbet søgtes tilbage efter 14 Aars Forløb. Dommen udtaler, at Sagsøgeren har Bevisbyrden. I 1910. 777 støttedes Gavepaastanden, dels af det lange Tidsrum (13 Aar) og dels af, at Modtagerens Søkende havde faaet tilsvarende Beløb, der ikke var søgt tilbage. Det var derfor sikkert uden Betænkelighed, at Dommen statuerede Gave.¹⁰⁾ Paa den anden Side kan der trods lang Tids Forløb være størst Sandsynlighed for Laan, jfr. 1917. 203, hvor der var forløbet 10 Aar, men hvor Beløbet var debiteret i Sagsøgerens Regnskabsbog sammen med et andet Beløb, der var udbetalt Sagsøgte og tilbagebetalt.

3. Ved andre Ydelser end Penge, opstaar det tilsvarende Problem, om der foreligger en Gave eller et Laan, eller even-

⁷⁾ jfr. U. 1942. 242 (H).

⁸⁾ Dette udtales udtrykkeligt i en norsk Højesteretsdom i Retst. 1894. 76, (jfr. Augdahl p. 95).

⁹⁾ Jfr. 1931. 67 (H). Modtageren betalt Afdrag og omtalt Renter — (Laan), men cfr. 1941. 327 (H), hvor der var betalt Rente, men hvor Arveforskud ansaas bevist, da de andre Søkende havde faaet lige saa meget, (cfr. L. R.); se endvidere 1908. 144: Ej betalt Renter eller Afdrag; (Gave).

¹⁰⁾ Jfr. 1943. 422 om nogle Familieportrætter, der hævdedes udlånt til en Slægtning for 21 Aar siden. Laan ej antaget.

tuelt Køb, for hvilket der skal svares Vederlag. Hvis en Person overgiver en anden en Ting, uden at der er særlige Omstændigheder, der indicerer, at det er en Gave, saasom Anledningen (Fødselsdag) eller Tingens Art (Blomster, Chokolade), maa man gaa ud fra, at der skal svares Vederlag. Dette er klart, hvis Modtageren har faaet Tingen fra en Person, der handler med Ting af den paagældende Art. Ydelser mellem Forlovede maa derimod ofte anses for Gaver,¹¹ jfr. 1904. 425 (en Cykel) og ligeledes mellem Ægtefæller. — I 1912. 794 ansaas det dog godtgjort, at Manden havde ydet Arbejde og nogle Penge mod at faa udstedt 2 Obligationer i Hustruens Ejendom. Gave ej godtgjort.¹²) — Er der Tale om Ting, der normalt ikke handles med, vil en Overlevering oftere anses for en Gave, end en gensidig bebyrdende Kontrakt. Dette maa f. Eks. gælde Sparekassebøger, jfr. 1936. 698 (H), hvor Overgivelse af en Sparekassebog med Fuldmagt til at hæve den, udgjorde tilstrækkeligt Bevis for endelig Gave i en Sag, rejst af Giverens Dødsbo, cfr. 1919. 644, hvor Bogen var kommet i Modtagerens Besiddelse uden »Giverens« Vilje. Gave ej godtgjort.

Endelig skal nævnes, at saafremt en Persons Kreditorer i Afkræftelsesøjemed gør gældende, at en af ham foretagen Afhændelse er en Gave, kræves herfor ikke samme Maal af Bevis, som imellem Parterne. Dels vil der ofte — navnlig ved Afhændelse til Paarørende — være en almindelig Formodning for, at der foreligger en Gave, dels vil »Giveren« og Modtageren begge være interesserede i, at Overdragelsen ikke anses som Gave, men som Køb, og endelig kræver Hensynet til Retssikkerheden, at man nøjes med et mindre Bevis, idet ellers Reglerne om Afkræftelse vilde miste deres praktiske Værdi.¹³) Det er dog ikke, som Praktikere undertiden hævder, umuligt at føre Beviset for Gave, medmindre Besiddelsen er overgaaet for længere Tid siden,

¹¹) Jfr. Augdahl p. 95.

¹²) Jfr. 1924. 436 (H). Købt Ejendom sammen med Samleverske i hendes Navn, Hun paastod Vederlag ved Arbejde m. v.. Gave ej godtgjort, cfr. 1918. 410 (H). Ej godtgjort, at der skulde svares Vederlag for Sagsøgte Datters Ophold hos Slægtning.

¹³) Tilsvarende Betragtninger ligger antagelig bag de Domme, der ikke anser Overdragelse bevist i Forhold til »Sælgerens« Kreditorer, men kun Sikkerhedsstillelse (Møbellaan), jfr. f. Eks. 1941. 265 (H).

jfr. 1908. 56 (H). Et Fortepiano ansaas foræret A.s Forlovede Juleaften 2 Aar før hans Konkurs. Det blev ganske vist staaende hos A., men flere Bekendte forklarede som Vidner, at der ofte havde været Tale om, at Pianoet tilhørte B. (cfr. Sø- og Handelsrettens Skifteafdeling. Decision 1907. 761).

4. Undertiden opstaar der Tvist om en Aftales Indhold, foranlediget ved, at den ene Part (Sælgeren) hævder, der foreligger endelig Handel, medens Køberen hævder, at der foreligger Køb paa Prøve, saaledes at han er berettiget til, inden en vis Frist, at returnere Ydelsen. Der maa her kræves et relativt strengt Bevis fra Sælgerens (Sagsøgers) Side, idet han hævder den mest vidtgaaende Forpligtelse ifølge Aftalen.¹⁴⁾ Hvis der derfor er nogen Sandsynlighed for, at der foreligger Køb paa Prøve, og Sælgeren ikke har skaffet et ret strengt Bevis for endelig Handel, kan saadan ikke statueres. Hvis Sælgeren imidlertid kan godtgøre, at tilsvarende Handler normalt ikke indgaas paa Prøve, eller at han i sin Forretning i hvert Fald aldrig før — eller kun sjældent — har solgt paa Prøve, eller at denne Køber i hvert Fald altid før har sluttet endelig Handel straks, kan der herved være tilvejebragt det fornødne Bevis, jfr. Dommen 1906. 43: det ansaas ikke oplyst, at noget Tovværk var købt paa Prøve, idet Køberen havde besigtiget det før Modtagelsen. Formuleringen »da det ikke var godtgjort, at være købt paa Prøve«, der hænger sammen med den traditionelle Opfattelse af Bevisbyrdeproblemet, kunde tyde paa, at Køberen skulde have Bevisbyrden for Køb paa Prøve, saaledes at Tvivl skulde komme ham til Skade. I Virkeligheden har man nok anset Sælgerens Paastand tilstrækkelig godtgjort ved den Omstændighed, at Køberen havde besigtiget Tovværket før Købet. Der synes da ikke at være nogen fornuftig Forklaring paa, at han kun skulde have det paa Prøve. Dommen gaar derfor næppe imod den hævdede Opfattelse, at hvor der ikke foreligger en overvejende Sandsynlighed for en af Parternes Paastand, maa man anse Købet for indgaaet paa Prøve.¹⁵⁾

¹⁴⁾ Jfr. nærmere ovf. VI. D. 3.

¹⁵⁾ Iøvrigt kan Formuleringen forklares ved, at der ikke var fuldt Bevis efter det formelt herskende legale Bevissystem.

Er der alene Tvist om, hvorvidt Prøvetiden er forløbet, maa der

5. En Kommissionær maa i Almindelighed antages ikke selv at have købt Ting, han faar overgivet, og som ligger indenfor hans Forretningsomraade, medmindre der tilvejebringes særlige Momenter til Støtte derfor, jfr. om dette sidste 1907. 936: en Kommissionær S. betalte Ejeren Kr. 125,—, den fastsatte Købesum, for en Ko, efter forgæves Salgsforsøg. Den solgtes senere for Kr. 96,—. S. maatte bevise, at han ikke havde købt Koen. Selvom Kommissionæren normalt ikke købte Kommitteens Dyr for egen Regning, var der i dette Tilfælde skabt den tilstrækkelige Sandsynlighed derfor, ved at han havde betalt Købesummen, inden Koen var solgt til Trediemand. Derimod fandtes det i 1908. 840 mod en Parts Benægtelse ikke godtgjort, at han havde købt 5 Cykler, idet han hævdede kun at have købt 2, medens de 3 var givet ham til Videreforhandling. I Sagen var der kun Parternes modstridende Forklaringer at bygge paa, og det er derfor sikkert rigtigt, at Dommen kun fastslaa Kon-signation for de 3 Cyklers Vedkommende.¹⁰⁾

6. Den, der hævder at have solgt en anden en Ting, kan ogsaa blive mødt med den Indsigelse, at Tingen er givet i Haandpant. Dette kan naturligvis kun antages, forsaavidt der bestaar et Skyldforhold, men er dette Tilfældet, kræves der Sandsynliggørelse af Paastanden om Køb, jfr. 1908. 426 om Overlevering af et Guldur. Køb ej bevist. Det vilde ogsaa være højst betænkeligt, om man i saadanne Tilfælde ansaa Overgivelsen for tilstrækkeligt Bevis for Køb. Det er dog lige saa sandsynligt, at den er Sikkerhedsstillelse, i hvert Fald, hvis Overgivelsen finder Sted, efter at Fordringen er forfalden.

7. Er en Ting overleveret, og Modtageren hævder, at han har lejet den, Modparten, at den blot er deponeret, maa man, hvis konkrete Oplysninger ikke kan skabe den fornødne Sandsynlighed til Fordel for en af Parterne, antage Deponering som den

kræves tilvejebragt Bevis for den Paastand, der afviger fra det sædvanlige, jfr. 1907. 644, hvor Sælgeren paastod, at der var aftalt 2 Dages Prøvetid, medens Køberen havde tilbageleveret Hesten efter ca. 10 Dages Forløb. Da Prøvetidens Længde ikke var godtgjort, og de 10 Dage ikke skønnedes at være en uforholdsmæssig lang Prøvetid, frifandtes Køberen for at opfylde Handelen.

¹⁰⁾ Jfr. 1904. 34: Varer til en Skomager anset leveret dels som Prøve, dels til Videresalg.

Retshandel, der medfører de mindst vidtgaaende Forpligtelser, jfr. 1907. 442, der til Støtte for Resultatet fremhæver, at der ikke var aftalt noget Vederlag, hvilket gør Leje mindre sandsynlig.

8. I Funktionærkontrakter og lignende Aftaler opstaar undertiden Tvivl om, i hvilken Egenskab Funktionæren er antaget. I 1910. 39 hævdede Sagsøgeren saaledes, at han havde været ansat som Bestyrer, ikke som Kommis. Dommen udtaler, at Sagsøgeren har Bevisbyrden herfor, og Sagsøgte frifandtes. — Resultatet stemmer med det ovenfor hævdede Synspunkt, at der maa kræves et bedre Bevis for den videregaaende Forpligtelse (eller med Tybjerg: Sagsøgeren har haft mest Opfordring til at sikre sig Bevis for Stillingens Art).¹⁷⁾

9. Det forekommer undertiden, at en Kautionsforpligtelse indgaas paa den Maade, at Skyldneren udsteder en Veksels, der accepteres af Kautionisten. Denne Fremgangsmaade er i og for sig betænkelig, fordi Acceptantens Forpligtelse er selvstændig, og Acceptanten ikke har Regres mod Udstederen. Acceptanten maa derfor føre et ret strengt Bevis for, at hans Accept ikke var begrundet i et Skyldforhold til Udstederen, men at Meningen var, at han skulde optræde som Kautionist. Der ses ikke at foreligge Domme, der belyser, hvilket Maal af Bevis, Acceptanten skal føre i et saadant Tilfælde. Derimod findes der et Par Domme, om det Tilfælde, at en Endossent ved sin Paa-tegning paa Vekslen hævdes at have kautioneret ogsaa for sine Formænd (eller Udstederen). At en Kautionsforpligtelse skulde være indgaaet paa denne Maade, kan vist overhovedet ikke støttes paa Paa-tegningen paa Vekslen, men der maa kræves det sædvanlige strenge Bevis for Forpligtelsens Indgaaelse,¹⁸⁾ jfr. 1908. 548, der fastslog, at Sagsøgeren havde Bevisbyrden for, at Sagsøgte ved sit Endossement havde kautioneret overfor ham, der var senere Endossent. — Man kan vist roligt lægge den til Fordel for Sagsøgte værende Sandsynlighed til Grund som bevist. Der vil jo næsten aldrig kunne føres noget sikkert Bevis for, at

¹⁷⁾ Jfr. 1910. 889 angaaende Sagsøgerens Ansættelse som Kaffejomfru eller blot Elev. Det sidste antaget. — Om Ansættelse paa Prøve se ndf. under K.

¹⁸⁾ Se ovf. X. B. 3.

en Forpligtelse ikke er indgaaet. I 1931. 92 (H) var der vel noget større Sandsynlighed for, at Endossenten (en Enke E.) havde paataget sig Kaution overfor Udstederen, I., idet Vekslen var trukket paa E.s Søn i Anledning af Køb af en Forretning. Ved disse Oplysninger alene ansaas Kautionsforpligtelse dog ikke paataget. Omvendt kan en selvstændig Forpligtelse naturligvis godt statueres, selvom der er anvendt Udtrykket »kautionere«, jfr. 1915. 772 (H), hvor en Person i et Brev havde udtrykt sig saaledes: ».... forpligter jeg mig til at dække Vekslen pr. 3/1 Kr. jeg vil altsaa betale paa den Maade, at jeg accepterer for Beløbet eller kautionerer $\frac{1}{2}$, der betales«

10. Endelig skal omtales de Tilfælde, hvor der er Tvist om en Gaves Karakter, idet Giveren er død, og Arvingerne vil anfægte Gaveløftet i Henhold til Arvefrd. § 30 (Dødsgave). Det vil her ofte være tvivlsomt, om Gaven er fuldbyrdet i levende Live, eller om Opfyldelsen af Gaveløftet først skal finde Sted ved Giverens Død. Som det væsentligste Kriterium for Livsgave plejer man at fremhæve, at Giveren har berøvet sig Raadigheden over Godet, hvorimod det ikke kræves, at Modtageren har erhvervet den.¹⁰⁾ Naturligvis kræves det ogsaa normalt, at Giveren virkelig har afgivet et Løfte, der er kommet til Modtagerens Kundskab, eller som er bindende efter Reglerne om Trediemandsløfter.²⁰⁾ — Dommen 1939. 1070 kunde ikke anse en Disposition for en Livsgave, hvor et udateret Gavebrev paa en Parcel ikke var overgivet i levende Live, jfr. 1912. 331: Afdøde A. havde udbetalt Kr. 800,— til B., som havde indsat Beløbet paa en Sparekassebog under et Mærke. Bogen tilbageleveredes derefter A., som lagde den i en Kuvert med Paategning om, at Bogen laa til Opbevaring for B. Livsgave ikke anset bevist. Efter de mærkelige Omstændigheder, hvorunder denne Disposition var foregaaet, er det forstaaeligt, at man har anset det for sandsynligt, at Giveren ikke endeligt havde fuldbyrdet Gaven, og man har i hvert Fald ikke ment, at der forelaa det strengere Bevis, der sikkert maa kræves for at statuere Livsgave, men cfr. 1935. 301 (H): antaget, at en Sparekassebog var overdraget som Gave i hvert Fald ved

¹⁰⁾ Jfr. Bentzon: *Arveret* p. 226 ff., nvl. p. 233—39.

²⁰⁾ Jfr. herom Ussing: *Aftaler*, p. 176 ff., og Bentzon: *Arveret*, p. 242 ff.

dens Overgivelse til den, paa hvis Navn den lød, og der forelaa intet oplyst om, at Overdragelsen var sket betingelsesvis, eller at Giveren ansaa sin Død som nær forestaaende.²¹⁾

1928. 392: En gift Mand overdrog nogle Aar før sin Død med Forbehold om Rentenydelse for sin Livstid nogle Obligationer til Personer, hvem han ved sin Sagfører gav Meddelelse herom, idet han yderligere overgav Obligationerne til Sagføreren til Opbevaring paa de paagældendes Vegne. Dispositionerne, som var skjulte for Hustruen og Børnene, ansaas for gyldige Livsgaver. Giveren har her underkastet sig en væsentlig Raadighedsberøvelse, idet han har givet Afkald paa Ejendomsretten til Obligationerne. Løftet til Arvingerne maa anses som bindende, og Sagføreren følgelig uberettiget til eventuelt at tilbagelevere Obligationerne til Giveren. Selvom denne fik Udnyttelsen af Obligationerne (Renterne) til sin Død, ansaas Gaven sikkert med Rette fuldbyrdet i levende Live,²²⁾ cfr. 1915. 546 (H), hvor A. $\frac{1}{2}$ Aar før sin Død lod B., der var gift med en af Arvingerne, hæve Kr. 60.000,— og indsætte Beløbet paa forskellige Sparekassebøger, hver lydende paa en Slægtnings Navn, hvorefter Bøgerne overgaves B., dog at A. skulde have Renterne til sin Død. Til den Tid skulde Bøgerne fordeles til dem, hvis Navne de lød paa. Her statueredes Dødsgave. Dommen har ikke turdet anse det godtgjort, at A. virkelig var berøvet Raadigheden over Beløbet, naar han selv har oppebaaret Renter og ikke meddelt de begunstigede sin Vilje. Sammenholder man Dommen med den forud refererede, har det sidste Synspunkt formentlig været afgørende, jfr. udtrykkeligt Underinstansens Dom (1914. 534). Man har altsaa ikke villet anerkende, at Løftet har været bindende ved Afgivelsen til B. som en Slags Repræsentant for alle Arvingerne. B. kan vel heller ikke have haft den fornødne Interesse i, at alle Arvingerne fik disse Beløb, til at han med Rette har kunnet opfatte Løftet som forpligtende for A.²³⁾ Resultatet

²¹⁾ Jfr. 1942. 539 (H).

²²⁾ Jfr. 1935. 857, hvor Giveren endog havde beholdt Obligationerne selv, men hvor Meddelelse til Arvingerne om Transporten ansaas tilstrækkelig som Bevis for endelig Overdragelse.

²³⁾ Jfr. Ussing: *Aftaler*, p. 191—93, og Bentzon: *Arveret*, p. 243, særlig Note 81.

maa sikkert tiltrædes, idet Faren for Omgaaelse af Testamentsreglerne — ved Underhaandsaftale mellem A. og B. — var ret nærliggende; man maatte derfor kræve strengt Bevis for Løftets Uigenkaldelighed. Dette Synspunkt, at en virkelig Tvivl medfører, at man ikke statuerer Livsgave, men kun den mindre vidtgaaende Forpligtelse, som Dødsgaven er, har fundet mere almindeligt Udtryk i Dommen 1942. 976: 14 Dage før sin Død havde A. ladet sin Broderdatter H., der var hans Husbestyrerinde, notere som Ejer af nogle Bankbøger, som han dog stadig selv opbevarede. Samtidig havde H. dog hævet nogle Beløb til A.s og hendes eget Brug. A. havde en Valutarente paa Kr. 367,—, Kvartalet at leve for. »... usikkert, om A. var afskaaret fra, uanset den ændrede Angivelse af Ejerforholdet, at raade over Beløbene.« — Statueret Dødsgave.

Selvom Løftet er afgivet til en anden end den, der skal have Retten, kan der dog foreligge en saa stor Sikkerhed for, at Giveren har villet forpligte sig, at dette kan statueres, jfr. 1916. 664: A. indsatte Penge den 28/5 paa Bankbog paa sin Søn, B.s Navn, og bad nogen Tid efter C. om snarest muligt at sende Bogen til B., der var Styrmand. A. døde den 18/7. C., der flere Gange forgæves henvendte sig i Rederiet, fik at vide, at B. i August vilde komme til Helsingborg, og sendte Bogen dertil, hvor B. fik den den 16/8: Livsgave.²⁴⁾

Selvom det er oplyst, at Gaven er fuldbyrdet i levende Live, maa den dog retligt betragtes som en Dødsgave, saafremt Fuldbyrdelsen er sket med Giverens nær forestaaende Død for Øje.²⁵⁾ Om dette er Tilfældet, maa bero paa Dødsaarsagen (alvorlig Sygdom ctr. Ulykkestilfælde), samt den Tid, der er forløbet mellem Gaven og Dødens Indtræden. Er Dødsaarsagen et Ulykkestilfælde, et Hjerteslag eller lignende, vil der ikke heri kunde findes noget Bevismoment til Støtte for Antagelsen af, at en kort forinden ydet Gave skulde være givet med Døden for Øje. Er Dødsaarsagen Sygdomme som Lungebetændelse, Difteri m. fl., eller staar Patienten foran en svær Operation, vil der være en vis Formodning for, at Gaven, der ydes, efter at Patienten er

²⁴⁾ Cfr. 1933. 1030 (H), hvor det maatte antages, at Sønnen kun skulde have Bogen, hvis Faderen døde.

²⁵⁾ Jfr. Bentzon: *Arveret*, p. 232 f.

blevet klar over Sygdommens Alvor, er givet med Døden for Øje. Praksis synes dog at kræve, at Døden virkelig indtræder i Løbet af faa Dage, for at der kan statueres Dødslegave, jfr. 1920. 955 (H): En Vekselerer blev syg af spansk Syge og overførte Kr. 7.000,— til en særlig Konto for en Dame, han havde staaet i Forhold til. Dispositionen meddeles Damens Paarørende. Faa Dage efter døde han. Gaven anset for gyldig Livsgave, jfr. 1924. 545 (H): En Enke havde, 3 Dage før hun døde af en Hjerne-Rygmarvslidelse, ved en Tillidsmand indsat Kr. 22.000,— paa 2 Sparekassebøger til Fordel for 2 af sine Børn, og begge Bøger blev overgivet det ene Barn. Dispositionen opretholdt som Livsgave.

Det synes at være med tvivlsom Berettigelse, at man i saadanne Tilfælde anser Gaven for en Livsgave. Det synes at være ikke blot sandsynligt, men sikkert, at Giveren har forudset sin Død som nær forestaaende. Og hvis Giveren bliver rask, er det sandsynligt, at Gaven skal gives tilbage. — Kun hvor der foreligger positive Oplysninger, der viser, at dette har været Meningen, har Praksis imidlertid tilsidesat Dispositionen, jfr. 1936. 1082 (H): En Sparekassebog, hvis Ejer A. blev indlagt paa Hospitalet, var overgivet B., der skulde fordele Beløbet mellem 3 Personer, med Bemærkning, at »man vidste jo ikke, hvad der kunde ske«. Herefter, samt efter en Vidneforklaring om B.s Udtalelser, antoges det, at Bogen skulde tilbageleveres A., hvis hun blev rask. — Dispositionen tilsidesat overfor Arvingernes Protest.²⁶⁾

Nyere Praksis følger stadig den kritiserede betænkelige Opfattelse, jfr. 1938. 1 (H). Den 76-aarige A., der led af Hjertekrampe, overdrog ved Skøde af 29/6 1935 sin Ejendom til Værdi Kr. 23.000,—, ÷ Prioritetsgæld Kr. 10.000,—, til sin mangeaarige Husbestyrerinde, mod at han fik fri Bolig og Pleje m. v. til sin Død. Faa Timer efter Skødets Underskrift døde han. Da han ikke havde været sengeliggende, omend noget utilpas, antoges han ikke at have anset sin Død som umiddelbart forestaaende, hvorfor Skødet ikke kunde anfægtes. Af Dommen 1942. 562

²⁶⁾ Jfr. 1932. 520 (II), hvor »Giveren« havde anlagt Sag til et Beløbs Tilbagebetaling, da det var givet med Døden for Øje, hvilket e. O. ansaas godtgjort.

fremgaar det, at Afdøde var kommet hjem fra Hospitalet den 3. Juni »for at dø hjemme«, uden at det kunde siges, om det vilde ske om Dage, Uger eller Maaneders Forløb. Han døde 18. Juni. En Gave, givet den 9. Juni, ikke anset givet med den nær forestaaende Død for Øje.

C. Almindelige Bemærkninger om Kontrakters Indhold iøvrigt.

Inden der foretages en nærmere Gennemgang af de Beviskrav, der i Praksis er stillet til forskellige Punkter i en Kontrakts Indhold, skal der endnu gøres nogle mere almindelige Bemærkninger til Belysning af det ovenfor under A. anførte Hovedsynspunkt, hvorefter der lægges Vægt paa den konkrete Sandsynlighed, saaledes at den Grad af Sandsynlighed, der kræves for at anse en Vedtagelse for bevist, er afhængig af Vedtagelsens Betydning (Forpligtelsens Byrdefuldhed).

1. Betydningen af deklatoriske Retsregler, *naturalia negotii*, Kotumer og lignende, er først og fremmest, at de udfylder en Kontrakt, der ikke er fuldstændig.²⁷⁾

Er det oplyst i et Tvistemaal, at der er truffet Aftale om et bestemt Forhold, men Aftalens Indhold ikke klart kan bevises, kan saadanne Regler ikke anvendes. De vil dog have en vis Betydning ved Afgørelsen af, hvilken af Parternes modstridende Paastande, der skal lægges til Grund ved Dommen. Hævder den ene Part saaledes, at Vedtagelsen har samme Indhold, som den deklatoriske Regel, maa Modparten tilvejebringe en vis Sandsynlighed herimod, bl. a. fordi det virker som Bevisdatum imod ham, at han ikke har haft sikret sig Bevis for, at Aftalen stiller ham bedre end sædvanligt. Men dernæst kan anføres, at de deklatoriske Retsregler m. v. er opstillet efter saadanne Hensyn, at de gennemsnitlig tjener begge Parter Interesser bedst.²⁸⁾ Afvigende Vedtagelser vil derfor være mere byrdefulde for den ene Part, og den, der paastaar Afvigelsen, maa derfor tilvejebringe en vis overvejende Sandsynlighed herfor.²⁹⁾

Hævder begge Parter, at den deklatoriske Regel er fraveget, fører tilsvarende Betragtninger til, at der maa kræves en højere

²⁷⁾ Jfr. Ussing: *Aftaler*, § 23, nvl. p. 227 ff.

²⁸⁾ Jfr. Ussing: *Aftaler*, p. 230 f.

²⁹⁾ Jfr. Tybjerg, p. 14, f.n.

Grad af Sandsynlighed, for at man kan antage den videstgaaende Afvigelse. Den der hævder denne, har haft størst Opfordring til at sikre sig Bevis, og Hensynet til Retssikkerheden taler for i Tvivlstilfælde at fastslaa den mindst vidtgaaende Forpligtelse.³⁰⁾

Hævder kun den ene Part, at der er truffet Aftale om et Forhold, der ellers reguleres af deklaratoriske Retsregler eller lignende, maa der kræves Bevis herfor. Ganske vist kan der normalt ikke kræves samme strenge Bevis som for en Kontrakts Indgaaelse overhovedet, idet Vedtagelsen maaske kun er af ringe Betydning; men i Overensstemmelse med de ovenanførte Synspunkter kræves der tilvejebragt en vis overvejende Sandsynlighed, ³¹⁾ jfr. 1911. 618: Lejer og Ejer betalte hver Halvdelen af Omkostningerne ved Paalægning af Linoleum. I Mangel af Bevis for modstaaende Aftale statueredes det, at Linoleummen helt og holdent tilhørte Udlejeren, jfr. Den faste Voldgiftsrets Kendelse, 1941. 931: Modstridende Parts- og Vidneforklaringer om en mundtlig Aftale, der skulde træde i Stedet for Septemberforligets Pkt. 4.. Aftalen var bestridt i et Brev. — Ej Bevis for Aftalen. Klageren (Arbejderorganisationen) havde endvidere anført, at der var skabt Kotume for, at Arbejdsgiveren var bundet til at antage en bestemt Afdelings Arbejdere, ved at han i det store og hele kun havde antaget disse igennem ca. 3 Aar. Dette var heller ikke godtgjort. — Dommen anfører til Støtte herfor, at den fulgte Handlemaade efter de givne Forhold var ganske naturlig. Ved Dommen 1906. 805, blev den sagsøgte Beværter frifundet for en Vinhandlers Paastand om Køb af noget Vin til en Fest, idet der var Kotume for Levering i Konsignation, og anden Aftale ikke var bevist.

2. Selvom der ikke foreligger nogen egentlig Sædvane, vil Vilkaarene fra Parternes tidligere indbyrdes Kontraktsforhold dog have den Betydning, at der er en vis Sandsynlighed for, at de ikke er blevet ændrede,³²⁾ jfr. f. Eks. 1907. 211, hvor Aftale om Fortsættelse af et ophørt Lejemaal ansaas at indeholde samme Bestemmelse om Opsigelse, som den tidligere Aftale, da Lejeren

³⁰⁾ Jfr. tildels Tybjerg, p. 15 f.o.

³¹⁾ Jfr. Tybjerg, p. 14.

³²⁾ Jfr. Tybjerg, p. 69.

ikke kunde bevise sin Paastand om Ændring. Dommen 1906. 128 lagde endda Vægt paa den ene Parts tidligere Kontrakt med en anden Kontrahent, idet den fastslog, at Formodningen var imod, at en fastlønnet Agent, der tidligere havde været Agent i 10 Aar for et andet Firma, kun skulde være antaget paa Prøve og saaledes skulde kunne afskediges uden Varsel.

Er der blevet aftalt en Ændring i et iøvrigt bestaaende Kontraktsforhold, men er der Tvist om Ændringens Indhold, maa der kræves en overvejende Sandsynlighed til Fordel for den, der hævder den største Ændring, for at hans Anbringende kan lægges til Grund. Dette har fundet meget klart Udtryk i Dommen 1907. 161: Sagsøgte hævdede, at der var aftalt en bestemt Nedsættelse af nogle Afdrags Størrelse. Sagsøgeren paa-stod, at der var aftalt en mindre Nedsættelse. Sagsøgte havde Bevisbyrden for sin Paastand. Sagsøgte havde ogsaa haft størst Opfordring til at sikre sig Bevis for Nedsættelsen, som var til hans Fordel. Endvidere kan til Støtte for Resultatet anføres, at Sagsøgeren ved at benægte en endelig Aftale om Nedsættelse, hvad han uden Risiko kunde have gjort, da der ikke var nogen skriftlig Aftale, havde kunnet gennemføre det oprindelige Krav, medmindre Nedsættelse bevistes af Sagsøgte. Er der nemlig Tvist om, hvorvidt der er aftalt en Ændring af en bestaaende Aftales Indhold, er det klart, at der maa tilvejebringes Bevis herfor, jfr. 1913. 925: Ej bevist Aftale om Nedsættelse af Entrepresesummen, ved at der var aftalt billigere Materialer.

3. Til Oplysning om en Forpligtelses Rækkevidde tjener ogsaa det aftalte Vederlag, idet der er en almindelig Formodning for, at der ikke er aftalt en Ydelse, der staar i aabenbar Modstrid med Vederlagets Størrelse, jfr. 1932. 675 (H), der ikke ansaa en Aftale om Revision som omfattende Bilagsrevision, bl. a. under Henvi-sning til det lave Honorar. Dommen fremhæver endvidere et andet almindeligt Synspunkt, nemlig at Aftalen havde bestaaet i 15 Aar og det maatte antages, at Revisionens Omfang var Modparten bekendt.

D. Betingelser og Forudsætninger.

1. a. Naar en Person har indgaaet en Kontrakt, vil hans Løfte ofte være betinget af en Række Omstændigheder, om hvilke

der ikke er truffet nærmere Aftale. Der kan næppe anlægges nogen skarp Sondring mellem Tilfælde, hvor Betingelsen paastaas at være aftalt, men ikke klart kan bevises, og Tilfælde, hvor Løftet paastaas at være afgivet under en væsentlig Forudsætning, hvis Tilstedeværelse paastaas at have været kendelig for Medkontrahenten.³³⁾ Bestrider Modparten Kontraktens Afhængighed af en saadan Betingelse eller Forudsætning, vil der ofte kunne træffes Afgørelse i Overensstemmelse med »en gældende deklaratorisk Retsregel, med det for Kontrakter af paagældende Art typiske, med det i og for sig rimelige eller med det hidtil mellem Parterne brugelige« (Tybjerg, p. 133 f.). Dette maa være det primære Grundlag for Afgørelsen.³⁴⁾ Skaber disse Momenter i Forbindelse med konkrete Oplysninger imidlertid ikke den fornødne Sandsynlighed, maa man antage den mindst vidtgaende Forpligtelse, d. v. s. man maa antage Tilstedeværelsen af Betingelsen eller Forudsætningen,³⁵⁾ jfr. 1906. 813,

³³⁾ Jfr. ndf. Nt. 35.

³⁴⁾ Cfr. Tybjerg nævnte Sted. Han opfatter det anførte som en Undtagelse fra en generel Regel om Sagsøgerens Bevisbyrde.

³⁵⁾ Resultatet bliver saaledes det samme, som efter Tybjergs Opfattelse (l. c.). Tybjerg taler dog kun om Betingelser. For Forudsættningers Vedkommende kunde han synes at indtage det modsatte Standpunkt (p. 145—46), men nogen reel Forskel er der næppe. Tybjerg anfører sidstnævnte Sted Faren for, at Løftegiveren vil sno sig fra sit Løfte ved at paastaa, at det var afhængigt af de mærkeligste Forudsætninger. Men saadanne Forudsætninger vil jo »være i Strid med det i og for sig rimelige« og altsaa have Formodningen imod sig, og de vil derfor ikke blive lagt til Grund. Problemet er, hvorledes Sagen skal afgøres, hvis der ikke er den nødvendige Sandsynlighed for eller imod Tilstedeværelsen af en kendelig Forudsætning (eller Betingelse), og i saa Fald vilde det være betænkeligt at se bort fra Forudsætningen. — Iøvrigt vil det være umuligt at antage forskelligt Resultat for Bevisbyrden, for Forudsætninger og for Betingelser, idet en Part saa i Stedet for at paastaa Tilstedeværelsen af en (urimelig) kendelig Forudsætning, kunde hævde, at det paagældende Forhold var gjort til Betingelse (eventuelt stiltiende).

Hurwitz antager p. 150, at den, der har afgivet et abstrakt Løfte, har Bevisbyrden for, at det ikke var knyttet til særlige Forudsætninger. Hvis der med særlige Forudsætninger er tænkt paa de nævnte urimelige Forudsætninger er det rigtigt, at disse har Formodningen imod sig, men iøvrigt kan der ikke opstilles nogen Formodning for, at et Løfte ikke er knyttet til Forudsætninger (eller Betingelser), jfr.

hvor Køb af en Dragt ansaas betinget af, at en tidligere leveret Dragt toges tilbage. — Der var ved Vidneforklaringer dog skabt ret stærk Sandsynlighed for Betingelsen.

Særdeles oplysende — og i Overensstemmelse med det anførte Synspunkt — er H. R. Dommen 1909. 288 (H): A. gav mundtlig B. Tilsagn om, at han maatte benytte A.s Brandgavl til sit Hus paa Nabogrunden. A. paastod, at Tilsagnet var betinget af, at B. ikke forsynede sit Hus med noget Fremspring, da Husene skulde ligge paa Linie. — B. forsynede sit Hus med Altaner, der sprang frem for A.s Hus. B. *maatte bevise*, at Gyligheden af A.s Løfte *ikke* var knyttet til dette Vilkaar.

Det skal dog bemærkes, at A. endnu ikke havde underskrevet Deklaration til Tinglysning af Retten, hvilket maaske har bevirket, at man har krævet større Sandsynlighed for hans Forpligtelses Indhold. Men paa den anden Side var det ikke bestridt, at der var truffet endelig mundtlig Aftale mellem Parterne. Endvidere kan nævnes 1918. 93 (H), hvor en Ejendoms-mægler ikke havde bevist, at et Løfte om Salgsprovision ikke var betinget af Salg til en bestemt Mand, hvorfor han ikke fik tilkendt Provision for Fremskaffelse af en Køber.

Hvor en Aftale er skriftlig fikseret, og Betingelsen ikke er angivet, maa der ses bort fra den, hvis der ikke skaffes særlige Oplysninger om, at den skal gælde ved Siden af den skriftlige Aftale, jfr. 1906. 789, hvor en Leverandør til et Hotel paastod, at hans Eftergivelse af en Del af Hotellets Gæld udtrykkelig var betinget af, at han stadig skulde være Leverandør. Selvom denne Betingelse i og for sig var rimelig, blev der dog set bort fra den, da der forelaa to skriftlige Saldokvitteringer uden Forbehold. — Det synes dog at have været rigtigere, om Leverandøren var blevet anset berettiget til at træde tilbage fra sit Løfte, alene paa Grund af bristende Forudsætninger, men dette Synspunkt ses ikke at være gjort gældende under Sagen.

Dommen 1908. 763, der udtrykkelig anfører, at der ikke var Formodning for, at en paatagen Forpligtelse var uden Betingelser eller Begrænsning, til trods for, at Korrespondancen intet indeholdt herom. Med »Betingelser eller Begrænsning« hentyder Dommen sikkert ogsaa til Forudsætninger, jfr. det oplyste, at Aftalen var truffet pr. Korrespondance, der ingen Betingelser indeholdt.

b. Særlig om Beviset for Tilstedeværelsen eller Ikke-Tilstedeværelsen af en relevant Forudsætning skal bemærkes, at selve Forudsætningens Tilstedeværelse som Bestemmelsesgrund, som Regel ikke kan oplyses absolut sikkert, men der vil kunne skabes en Sandsynlighed ved Bedømmelse af selve Forudsætningens Karakter i Forbindelse med Oplysninger om de faktiske Omstændigheder ved Aftalens Indgaaelse. Ofte vil man komme ud for, at en Part søger at slippe for sit Løfte ved at fremsætte Paastand om Forudsætninger, der gør Indtryk af at være opfundet for Tilfældet. Men det kan ikke berettige til i Almindelighed at sige, at Løftegiveren har Bevisbyrden for Forudsætningens Relevans, thi i andre Tilfælde taler Sandsynligheden maaske afgørende for Forudsætningens Tilstedeværelse. Afgørelsen maa derfor som nævnt bero paa en konkret Sandsynlighedsbedømmelse, og skabes der ikke herigennem den fornødne Sandsynlighed for Forudsætningens Eksistens eller Ikke-Eksistens, tør man ikke se bort fra Forudsætningen.

Hvis man efter det oplyste maa antage Forudsætningens Eksistens, kræves yderligere Bevis for dens Relevans, navnlig for dens Kendelighed, hvorimod Spørgsmaalet om Forudsætningens Væsentlighed i overvejende Grad er et juridisk Spørgsmaal. Om Beviset for Forudsætningens Kendelighed kan anføres tilsvarende som for dens Eksistens, idet Sagens almindelige Oplysninger ofte vil være tilstrækkelige til at antage Forudsætningens Kendelighed, naar man har fastslaaet dens Eksistens. Er der ingen Oplysninger, der tyder paa Kendelighed, kan denne ikke antages.³⁶⁾ Som Eksempel paa Domme, der har fastslaaet Forudsætningens Tilstedeværelse og Relevans kan nævnes: 1926. 664 (H): Skatten paa en fast Ejendom var oplyst til Halvdelen af det virkelige Beløb. Berigtigelse ej godtgjort. Køberen tilkendt Erstatning, jfr. 1926. 770, hvor det ikke var oplyst overfor Køberen, at en Prioritet paa Kr. 27.000,— forfaldt til Udbetaling 4 Maaneder efter Købet, samt at den iøvrigt var misligholdt ved undladt Rentebetaling. Køberen kunde hæve.

I følgende Tilfælde har man fastslaaet Forudsætningens Ikke-

³⁶⁾ jfr. om Tilstedeværelsen af ond Tro ndf. XII. B.

Tilstedeværelse: 1922. 1047 (H): En Person overtog et Lejemaal fra en tidligere Medarbejder, som var bekendt med, at en Tilbygning kunde forlanges nedrevet paa Anfordring af Bygningsmyndighederne. Det kunde ikke antages, at der herved var svigtet en Forudsætning for Lejeren. — Det maa erkendes, at det var ret usandsynligt, at den nuværende Lejer ikke som Medarbejder i det tidligere Firma skulde være blevet bekendt med det omhandlede Forhold, jfr. 1907. 18 (H): Køberen af en Forretning hævdede, at det var en Forudsætning for Købet, at Sælgeren foretog Skridt til at bringe Overtagelse af Lejemaalet i Orden. Dette ej godtgjort. (Køberen havde ikke selv taget noget Initiativ i saa Henseende.)

Undertiden paastaar Løftegiveren, at hans Løfte skyldes visse Oplysninger fra Modparten, og at disse har vist sig urigtige. Oplysningerne saavel som deres Urigtighed maa her bevises, jfr. 1941. 753 (H): Urigtige Oplysninger om et Pantebrev, erlagt i Betalings Sted, ej godtgjort. — Naar Sælgeren har erklæret sig villig til at modtage et bestemt Pantebrev som Betaling, og han senere ikke kan tilvejebringe en vis Sandsynlighed for, at Pantebrevet ikke var, som han efter Modpartens Oplysninger maatte antage, vilde det være højst betænkeligt at tage hans Paastand til Følge. Han kunde og burde paa Forhaand have sikret sig Bevis for de paastaaede Oplysningers Rigtighed. Naar det ikke er sket, er det nærliggende at antage, at hans Paastand skyldes, at han senere har fortrudt Handelen eller maa-ske, at Pantebrevets Værdi ikke svarer til, hvad han havde haabet. Ved Dommen 1938. 64 (H), fastsloges en Mæglers Ret til Salær, da visse af ham givne Oplysninger ikke var godtgjort at være urigtige.

Som Eksempler paa Afgørelser, der ikke har fastslaaet Forudsætningens Kendelighed kan nævnes: H. R. Dommen 1943. 81, der under Dissens fra 3 Dommeres Side fastslog, at en Købers Forudsætning om, at en Grund kunde bebygges fuldtud, ikke var relevant, idet det ikke var godtgjort, at den var kendelig for Sælgeren. Det har antagelig været medvirkende til Resultatet, at der hengik saa lang Tid (1 Aar), før Køberen gjorde Erstatningskrav gældende. Endvidere kan nævnes 1921. 696 (H), hvor Forudsætningen, at noget købt Humle skulde

være egnet til Brygning, ikke ansaas relevant, da det var købt som Tobakserstatning. — 1908. 487: Forudsætning om Farven paa Guldsmædeemballage ej anset relevant. 1915. 857: Kautions Forudsætning om, at Hovedskylden ikke oversteg Kr. 500,—, ej anset for kendelig. Dommen 1918. 951 (H) antog derimod, at Sælgeren ikke havde taget Forbehold, men det var der heller ikke nogen som helst Sandsynlighed for, idet hans Stadfæstelsesskrivelse var klar og ubetinget.³⁷⁾

Endelig skal bemærkes, at selvom en Forudsætnings Relevans er klargjort, har Domme nægtet Løftegiveren at træde tilbage, nemlig i Tilfælde, hvor det er sandsynliggjort — noget fuldt Bevis vil ikke kunne føres — at han har dækket sit Tab ved ikke straks at have forlangt Aftalen tilsidesat, jfr. 1912. 413: En Mand A. havde tegnet Aktier i Grundejerbanken B. Da Interimsbeviserne ikke blev afløst, fik han i Stedet udleveret gamle Aktier i Banken. Kort efter krakkede Banken, og der oplystes at have foreligget Svig vedrørende Oplysningerne ved Aktietegningen. A. paastod nu Aktietegningen kendt ugyldig. Da det ikke var godtgjort, at det var de samme Aktier, som A. havde modtaget, han nu vilde levere tilbage, saaledes at der var en Mulighed for, at hans Tab var dækket ved mellemliggende Transaktioner, blev Banken frifundet. — Dette Resultat synes betænkeligt. Der forelægger her afgjort Tvivl om A.s Forpligtelse; at han havde betalt, kan ikke berettige til at sige, at der nu er Tvivl om Bankens Forpligtelse, nemlig til Tilbagebetaling, og særlig under Hensyn til det grove i Bankens Optræden, burde A. være blevet tilkendt Beløbet. I Overensstemmelse hermed er en Dissens til Dommen, hvori Banken paalægges Bevisbyrden.

2. Er det klart, at en Forpligtelse er indgaaet under en vis Betingelse eller Forudsætning, kan der opstaa Tvist om Betingelsens eller Forudsætningens Opfyldelse.

a. Er der udtrykkelig betinget et bestemt faktisk Forhold ved Kontraktens Indgaaelse, hvilket hyppigst sker ved en udtrykkelig Garanti, maa den, der paastaar Betingelsens Svigten, sandsynliggøre sin Paastand. Der kan ofte ikke kræves noget

³⁷⁾ Paastaas et taget Forbehold at være frafaldet, maa dette bevises, jfr. 1939. 1044 (H).

strengt Bevis, idet den, som er indgaaet paa Betingelsen, ofte meget lettere vil kunne oplyse det virkelige Forhold (f. Eks. en Forretnings Omsætning); men tilvejebringes der ikke en vis Sandsynlighed for Betingelsens Svigten, kan man ikke, selvom der intet er oplyst om dens Opfyldelse, antage, at den ikke er opfyldt.³⁸⁾ Dette maa naturligvis især gælde, hvis Levering har fundet Sted, saaledes at den, der hævder Betingelsens Svigten, nu nærmest kan oplyse Faktum, jfr. 1915. 801 (H): Nogen Tid efter en vellykket Prøvefart efter Reparation af et Skib, satte Akslen sig fast. Der var givet $\frac{1}{2}$ Aars Garanti for hensigtsmæssig Konstruktion, godt Arbejde og godt Materiale, hvorfor Rederen rejste Krav mod Skibsværftet. Det hedder i Dommen: »Retten maa betragte det som *ikke ganske oplyst*, hvor Aarsagen til Uheldet skal søges, men maa efter de fremkomne Oplysninger mene, at der er en *Mulighed* for, at Skaden *kan* skyldes mangelfuld Smøring i de sidste Timer før Katastrofen, noget hvorfor Citanten e. O. ikke kan have noget Ansvar.« —

Dommen 1919. 489 kunde synes at gaa i modsat Retning: En Motor, som A. havde solgt med Garanti til B., tilbageleveredes A. til Reparation. Det hedder i Dommen: »..... maa være A.s Sag, naar der inden Garantiperioden viser sig Mangler, i Tide at sikre sig Bevis for, at han ikke skal erstatte intet har foretaget sig i saa Henseende, maa det blive til hans Skade«. Resultatet er imidlertid velbegrundet, idet A.s Undladelse af at oplyse nærmere om Skadens Art, maa virke som Bevisdatum imod ham. Endvidere kan det anføres, at det vil være umuligt for B. at føre Beviset, efter at han har leveret Motoren tilbage. (I en Dissens udtales det dog, at det efter det oplyste maatte antages, at Skaden skyldtes Slid, hvorfor Garantien ikke dækkede.) I samme Retning gaar Dommen 1913. 425: Motor, solgt med Garanti, sendtes senere til Reparation hos Sælgeren. Denne maatte bevise, at Fejlen var opstaaet senere og saaledes ikke dækkedes af Garantien.³⁹⁾

Paastaar en Part, at en relevant Forudsætning viser sig

³⁸⁾ Dette er i Strid med Tybjerg, p. 164 f., der dog kræver Bevis for Betingelsens Svigten, hvis Paastanden fremsættes senere, hvor f. Eks. en Køber har lettest ved at skaffe Bevis.

³⁹⁾ Jfr. 1914. 199 (tilsvarende Forhold).

urigtig, maa tilsvarende Synspunkter finde Anvendelse. Dog maa der vist kræves et noget strengere Bevis af den, der hævder Forudsættningens Urigtighed, idet han, ved ikke at have krævet Garanti eller tage udtrykkeligt Forbehold, kan have givet Modparten det Indtryk, at han havde sikret sig Forholdets Rigtighed.⁴⁰⁾

Herved føres man over i Problemet, om der overhovedet foreligger en relevant Forudsætning, se herom 1942. 81 (H), og ovf. under A.

b. Er en Kontrakt gjort afhængig af visse fremtidige Begivenheder, opstaar Problemet om Bevis for disses Indtræden eller Udebliven. Man har i Teorien⁴¹⁾ ment at kunne finde et Kriterium for Bevisbyrdens Fordeling i Sondringen mellem resolute og suspensive Betingelser, men det er af Tybjerg⁴²⁾ paavist, at hele denne Sondring er uklar og tildels tilfældig og »hører til de Lygmænd, man har fulgt, blot for at have noget at gaa efter i Bevisbyrde-Spørgsmaalenes vildsomme Mose«. Selvom Sondringen ikke er egnet som afgørende Kriterium for Bevisbyrdens Fordeling, vil den dog være vejledende for det Beviskrav, der maa stilles for Betingelsens Rigtighed eller Urigtighed.

Den, der saaledes i Henhold til en Kontrakt paastaar en Ret, som kun indtræder under en vis (positiv) Betingelse, maa føre et ret strengt Bevis for Betingelsens Tilstedeværelse, idet Betingelsen er af samme afgørende Betydning for Aftalens Virkning som selve den retsstiftende Kendsgerning. Er Retten derimod indtraadt, men en Begivenheds Indtræden vil bringe den til Ophør, (f. Eks. hvor en Legatydelser er afhængig af, at man stadig er ugift), kan der næppe kræves nogen særlig Oplysning om, at Begivenheden ikke er indtraadt; Modparten maa bevise dens Indtræden, hvilket som Regel ogsaa kan være ganske let for ham. (I Eksemplet, at vedkommende er blevet gift.)

Af Dommen 1911. 995 fremgaar det, at en Agent maatte

⁴⁰⁾ Jfr. Tybjerg, p. 165 f.

⁴¹⁾ Ørsted: *Eunomia*, III. p. 589, 90, (ovf. VI. A. 1.), Nellesmann, p. 360, (ovf. VI. A. 3.).

⁴²⁾ P. 156 ff.

godtgøre, at en Handel var kommet i Stand ved hans Medvirken som Betingelse for Provisionskrav.⁴³⁾ I Dommen 1906. 715 antoges det, at Salg af et Maleri under en Udstilling var foranlediget af denne, da det modsatte ikke var godtgjort. Dette Resultat synes velbegrundet paa Grund af den stærke Sandsynlighed, der bærer det. Et strengere Beviskrav vilde have aabnet for stor Mulighed for Udstilleren, for at unddrage sig berettigede Provisionskrav. At der ikke kan kræves noget »fuldt Bevis« for en Betingelse, hvoraf en Rets Indtræden afhænger, fremgaar ogsaa udtrykkeligt af Dommen 1909. 90, hvor der ikke fandtes at være ført fuldt Bevis for Paakrav, men hvor dette dog fandtes tilstrækkeligt bevist ved, at der allerede var betalt 4 a/c. Beløb paa Gælden. Saafremt den ene Part er Skyld i, at Oplysning om Betingelsen, eventuelt Opfyldelsen, ikke kan skaffes, maa det blive til hans Skade, jfr. 1919. 12: hvor Køberen af en Hoppe skulde betale Kr. 50,— ekstra, hvis den viste sig at være drægtig. Han solgte den, og den forsvandt i Omsætningen, uden at Bevis angaaende Drægtighed var sikret. Køberen dømt til at betale de 50,— Kr.

Tilsvarende Betragtninger maa sikkert anlægges, hvor en relevant Forudsætning om et fremtidigt Forhold paastaas bristet.⁴⁴⁾ Ofte ser man, at en Part vil træde tilbage fra en Forpligtelse under Henvisning til ændrede Forhold. Hvis der her intet anføres til Belysning af denne Ændring, maa man gaa ud fra, at Forholdene er uforandrede, jfr. 1942. 408: En Andels-haver, der ifølge Selskabets Vedtægter ikke kunde udmelde sig af Selskabet, maatte tilvejebringe Bevis for, at det var blevet ekstraordinært byrdefuldt for ham at blive i Selskabet.

Saafremt den ene Part alene foranlediger Ændringer med Virkning for den andens Risiko, vil man, hvor der er Tvivl om Ændringens Betydning, kræve Bevis for, at den er uden væsentlig Indflydelse, jfr. 1928. 197, hvor et Skyldforhold var blevet ændret uden Kautionsistens Tilladelse, hvorfor det maatte godtgøres, at Ændringen var uden Betydning for hans Risiko. — Dette Synspunkt er begrundet i, at Kautionsisten principielt har Krav paa Hovedforholdets Uforanderlighed. Naar man alli-

⁴³⁾ Jfr. 1923. 43 (H) om en Ejendomsmægler.

⁴⁴⁾ Jfr. Tybjerg, p. 164.

gevel tillader Ændringer, der ikke forøger Kautionsistens Risiko, maa man give ham den Beskyttelse, der ligger i, at der skal tilvejebringes en vis overvejende Sandsynlighed for, at Ændringen er uden Betydning for hans Risiko.

E. Vederlagets Størrelse.

Spørgsmaalet om, hvorvidt en Kontrakt hjemler Ret til Vederlag eller ikke, er bestemmende for Kontraktens Art og er behandlet ovenfor under B., navnlig 2. og 3. I det følgende omtales kun Tilfælde, hvor der ikke er Tvivl om, at der skal svares Vederlag, men alene om Vederlagets Størrelse. Problemet falder i to Hovedtilfælde: 1. Parterne er enige om, at der er aftalt et bestemt Vederlag, men uenige om dettes Størrelse. 2. Den ene Part hævder, at der er aftalt et Vederlag af en bestemt Størrelse, men Modparten bestrider, at Vederlagets Størrelse er aftalt.

Saafernt der er Enighed om, at der ikke er truffet Aftale om Vederlagets Størrelse, bliver der naturligvis ikke Spørgsmaal om Bevis i saa Henseende, men Afgørelsen maa træffes efter de udfyldende Retsregler. Disse giver imidlertid ogsaa undertiden Anledning til Bevisproblemer, navnlig angaaende Vederlagets Rimelighed. Herhen hørende Spørgsmaal vil blive behandlet under 3.

1. a. »Den, der gør Kontrakten gældende, maa her bevise sin Paastand om Vederlagets Størrelse, medmindre da Modpartens, og kun Modpartens, Paastand bærer Præg af Urimelighed,« (Tybjerg, p. 138 (4a)). Det fremgaar af Note 1, l. c., at der er lige mange Domme for og imod den anførte Opfattelse om Sagsøgerens Bevisbyrde. Det fremgaar da ogsaa af Tilføjelsen (»medmindre«), at Tybjerg i Virkeligheden lægger afgørende Vægt paa, hvilken Paastand, der er den rimeligste, og kun hvor dette Kriterium ikke kan anvendes, lader han Sagen falde ud til Skade for Sagsøgeren. De anførte Domme synes at hvile paa samme Synspunkt.

Man har imidlertid hævdet, at det er urimeligt, at Dommeren skal tvinges til at lægge Sagsøgtes Paastand til Grund, blot fordi Sagsøgerens Paastand om en urimelig høj Købesum ikke kan bevises. (Maaske er Sagsøgtes Paastand om det aftalte

Vederlag heller ikke sandsynlig (urimelig lav.) Praksis har da ogsaa, navnlig i nyere Tid, set bort fra begge Parter Paastande som ubeviste og truffet Afgørelse, som om ingen Aftale var truffet, jfr. 1939. 969: Sælgeren af Tørvejord hævdede Aftale om en Pris af Kr. 1,50 pr. 1000 Stk. Tørv; Køberen paastod, at Aftalen lød paa Kr. 1,— pr. 1000 Stk. — Dommen udtaler, at i Mangel af Bevis for, hvad der er aftalt, maa Sagen afgøres, som om intet var aftalt, og da Køberen ikke har bevist, at den forlangte Pris er ubillig, gives Sælgeren Medhold.⁴⁵⁾ Til Dommen er afgivet en interessant Dissens. Det hedder heri, at Købelovens § 5 kun kan bringes til Anvendelse, saafremt Sælgeren beviser, at Købesummen ikke er aftalt. Da dette ikke er bevist, og da Købelovens § 5 — efter de Hensyn, der ligger til Grund for den — ikke kan anvendes analogt, maa Køberens Anbringende, forsaavidt det ikke er urimeligt (i det foreliggende Tilfælde var det rimeligere end Sælgerens) lægges til Grund.⁴⁶⁾ ⁴⁷⁾

Det forekommer mærkeligt, at svensk Retspraksis følger een Opfattelse og dansk Retspraksis en anden paa et Omraade, hvor der gælder enslydende materielle Regler; endvidere at Tybjerg og Munch-Petersen uden Tvivlen antager det Resultat, som er fastslaaet ved de nævnte Domme, medens Almén, med Støtte i svensk Praksis, med absolut Sikkerhed antager det modsatte Resultat. Forklaringen kan maaske søges i, at de danske Domme er gaaet ud fra, at der ikke forelaa nogen virkelig Aftale mellem Parterne, et Synspunkt, der dog næppe er hold-

⁴⁵⁾ I samme Retning Ussing: *Aftaler*, p. 238, Munch-Petersen, II. p. 289, Lassen p. 378 Nt. 26, der dog kun taler om Kontrakter, ved hvilke det ikke er usædvanligt, at Vederlaget lades uomtalt. — Modsat er nyere svensk Praksis, jfr. Almén, § 5, (p. 86 ff.).

⁴⁶⁾ Af Ussing: *Køb*, p. 31, synes at fremgaa, at Købelovens § 5 ikke kan anvendes ved Tvist om den aftalte Købesums Størrelse, men der tænkes maaske blot paa, at Reglen ikke er direkte anvendelig i dette Tilfælde. Herpaa tyder Henvisningen til »*Aftaler*«, p. 238 (jfr. ovf. Nt. 45).

⁴⁷⁾ Ganske samme Opfattelse, som den refererede Dom hylder, har fundet Udtryk i Dommen 1934. 582, hvor der var en Dissens af lignende Indhold. Begge Domme er afsagt af Vestre Landsrets III. Afdeling.

bart, forsaavidt angaar de nævnte Domme. Der maa imidlertid sondres:

1. *Tilfælde*: Naar Parterne med Sikkerhed hævder, at de har været enige om en Pris, f. Eks. som i den refererede Dom, men den ene hævder, at Prisen var Kr. 1,—, den anden, at Prisen var Kr. 1,50, er der ingen Holdepunkter for, at der skulde foreligge en Misforstaaelse, saaledes at Parterne i Virkeligheden ikke har været enige. I dette Tilfælde kan Købelovens § 5 ikke anvendes direkte, og Betingelserne for at anvende dens Analogi synes ikke at være til Stede.⁴⁸⁾ Købelovens § 5 handler om det — ikke hyppige Tilfælde — at der ikke er truffet Aftale om Prisen og giver Sælgeren den Fordel, at han selv kan fastsætte Prisen indenfor Rimelighedens Grænser, altsaa f. Eks. til den højeste rimelige Pris. Har Køberen imidlertid ikke paa Forhaand villet underkaste sig Sælgerens Bestemmelse — og det er langt det hyppigste, bortset fra Køb af Varer med faste Priser — og derfor foranlediget en bestemt Pris fastsat, synes det lidet stemmende med Processens Formaal — Virkeliggørelsen at den materielle Ret — alligevel at underkaste ham Sælgerens Bestemmelse. Til Støtte herfor kan man ikke paaberaabe sig, at Køberen har haft størst Opfordring til at sikre sig Bevis for Indholdet af Aftalen, idet denne skulde være til Fordel for ham. Det er ganske vist til Fordel for Køberen, at der er truffet Aftale om Vederlaget, idet han ellers efter Købelovens § 5 underkastes Sælgerens Bestemmelse, men der er jo netop ikke Tvivl om, at der er truffet Aftale om Vederlagets Størrelse. Tvivlen drejer sig alene om Aftalens Indhold, og her er det til lige saa stor Fordel for Sælgeren, at der er aftalt den højere Pris, som det er for Køberen, at der er aftalt den lavere. — Problemet synes at maatte løses efter det almindelige Synspunkt, der anvendes, hvor et Punkt af en Aftales Indhold ikke kan bevises, saaledes at den mindst vidtgaaende Forpligtelse antages,⁴⁹⁾ d. v. s. Køberens Paastand lægges til Grund, medmindre Sælgeren sandsynliggør dens Urigtighed (eventuelt blot ved Oplys-

⁴⁸⁾ Jfr. Almén, p. 86, jfr. p. 82 ff.. Lovudvalget, der refereres p. 84 udtaler, at Købelovens § 5 kun kan anvendes, hvor det er ubestridt eller bevist, at der ikke er truffet Aftale om Vederlaget.

⁴⁹⁾ Se ogsaa en Række Domme hos Lassen, p. 379, Nt. 26.

ninger om dens Urimelighed). Hvor stærkt Bevis, der kræves for at tilsidesætte Køberens Anbringende og lægge Sælgerens til Grund, kan ikke angives generelt. Det beror paa, hvor indgribende Betydning det vil have, at Sælgerens Anbringende lægges til Grund. Paastaar Sælgeren en relativ høj Pris, kræves stærkere Bevis end for en lavere Pris, og samtidig vil den almindelige Sandsynlighed som Bevismoment tale imod hans Anbringende, saaledes at andre Momenter maa anføres. Tilsvarende Betragtninger kan anføres angaaende Køberens Anbringende, og Afgørelsen maa da træffes efter en samlet Vurdering af de relevante Hensyn, der saaledes taler for eller imod at lægge den ene Parts Anbringende til Grund fremfor den andens. I Overensstemmelse med den forsvarede Opfattelse, Dissensen i Dommene 1939. 969 og 1934. 582 og svensk Teori og Praksis er en Række Domme, hvor Problemet om det aftalte Vederlags Størrelse har foreligget paa den Maade, at den ene Part har paastaaet, at der forelaa en ren Byttehandel, medens den anden har hævdet, at han foruden Byttegenstanden skulde have et kontant Beløb, jfr. 1910. 100: A. paastod Bytte + Kr. 75,—. B. paastod almindeligt Bytte. A. kunde intet Bevis skaffe for sin Paastand, hvorfor B.s Paastand blev taget til Følge, jfr. en ganske lignende Dom, 1934. 954. — Disse Domme kan maaske forklares ved, at det er sandsynligst, at der foreligger rent Bytte, naar den ene Part ikke har sikret sig Bevis for, at han skulde have et kontant Beløb, ligesom det kan være tvivlsomt, om Købelovens § 5 omfatter Bytte (jfr. Købelovens § 2, 2. Stk.).⁵⁰⁾ Hvis man — som de nævnte V. L. Domme — antager, at Købelovens § 5 gælder, hvor der er Tvivl om, *hvilket* Vederlag, der er aftalt i Køb, synes den ogsaa at maatte bringes i Anvendelse her.

Den første af de nævnte Forklaringer kan i hvert Fald ikke anføres mod Dommen 1917. 876: A. paastod Bytte + Kr. 400,—. B. paastod Bytte + Kr. 200,—. B.s Paastand lagt til Grund. Havde man her anlagt det kritiserede Synspunkt, maatte A.s Paastand være lagt til Grund, da det ikke var oplyst, at den

⁵⁰⁾ Jfr. Ussing, »Køb«, p. 166.

var urimelig. I Stedet fastslog Dommen den mindst vidtgaaende Forpligtelse, at der kun skulde betales Kr. 200,—.

Tilsvarende er fastslaaet i et almindeligt Køb ved Dommen 1906. 368: Sælgeren af en Habit hævdede, at Prisen var aftalt til Kr. 70,—, Køberen paastod Kr. 60,—. »Da Sælgeren ikke havde godtgjort den højere Pris« blev Køberens Anbringende lagt til Grund. Denne Dom ligger ganske vist før Købelovens Ikrafttræden, men dengang antoges der dog at gælde en Regel, svarende til Købelovens § 5.⁵¹⁾ Dommen kan dog næppe tillægges særlig Betydning i Dag, da den modsatte Opfattelse er fastslaaet ved de nævnte to V. L. Domme. En Højesteretsafgørelse maatte imødeses med stor Interesse.

2. *Tilfælde*: Selvom Parterne er enige om, at der er aftalt en bestemt Pris, behøver det ikke at betyde, at det virkelig er Tilfældet. Det kan være, at Parterne blot tilsyneladende har været enige, idet de i Virkeligheden hver har ment sit, jfr. et Tilfælde, refereret i 1920. 134 (H): Køberen af nogle Grise hævdede, at der var aftalt en Pris af Kr. 1,15 pr. kg, medens Sælgeren hævdede, at Aftalen lød paa Kr. 1,15 pr. Pund. »Efter de afgivne Forklaringer og det iøvrigt oplyste Kr. 1,15 pr. Pund maa antages omtrent at svare til, hvad der paa det paagældende Tidspunkt betaltes for Svin.« Prisen Kr. 1,15 pr. Pund blev lagt til Grund. Dommen synes (dog ikke saa klart) at anlægge samme Betragtning som f. Eks. Dommen 1939. 969, der anvendte Købelovens § 5. Det var ikke oplyst, at den forlangte Pris var ubillig. Paa den anden Side har det sikkert været en høj Pris, naar Køberen overhovedet har kunnet tro, at Prisen var Kr. 1,15 pr. kg, eller i hvert Fald har kunnet tro, at denne Paastand kunde gennemføres ved Retten.

Det er muligt, at Dommen har anset Sælgerens Anbringende om den aftalte Pris for bevist, og i saa Fald er Dommen kun af Betydning for det nu behandlede Problem ved at vise, hvilket Maal af Bevis, der kræves for et aftalt Vederlags Størrelse. Men man kan da tænke sig et Tilfælde, hvor den almindelige Pris ligger paa omkring 85 Øre pr. Pund, eller midt imellem de af Parterne paastaaede aftalte Priser, der maa betegnes

⁵¹⁾ Jfr. Udkast til Lov om Køb (1904) p. 26.

henholdsvis som en meget høj Pris og en meget lav Pris. Her taler Formodningen stærkt imod, at Parterne nogensinde har været enige om Prisen,⁵²⁾ ⁵³⁾ og Anvendelsen af den deklaratoriske Regel i Købelovens § 5 synes berettiget. Her kan ikke anføres det Synspunkt, at den mindst vidtgaaende Forpligtelse skal fastslaas, naar det maa anses for sandsynligt, at hver af Parterne har ment sit, saaledes at der aldrig har været Enighed mellem Parterne, idet ingen af dem kan antages at ville have indgaaet paa den af Modparten paastaaede Pris.

b. Ved den foregaaende Udredning er alene tænkt paa Løsørekøb samt Kontraktstyper, hvor der gælder en Regel, svarende til Købelovens § 5, hvilket f. Eks. maa antages at gælde andre Ydelser fra Erhvervsdrivende (f. Eks. de fleste Reparationer), hvor det er almindeligt, at den ene Part har en fast Pris. Paa Grund af den Vilkaarlighed, som Købelovens § 5 udsætter Køberen for, er der ikke stor Tilbøjelighed til at anvende den udenfor egentligt Løsørekøb,⁵⁴⁾ men i Mangel af Aftale fastsættes Vederlaget af Domstolene til et rimeligt Beløb. Dette er endog den udtrykkeligt fastslaaede deklaratoriske Regel i visse Kontraktsforhold, jfr. Medhjælperlovens § 9, Stk. 2, og Sølovens § 150.

Udenfor Købelovens § 5.s Omraade maa man naturligvis vente, at Domspraksis følger samme — ovenfor kritiserede — Retningslinier, som hvor Købelovens § 5 kan anvendes, saaledes at man i Mangel af Bevis for, hvad en truffen Aftale gaar ud paa, ser bort fra Aftalen og følger den deklaratoriske Regel. Dette synes at fremgaa af Dommen, 1919. 548, hvor 2 Sagførere

⁵²⁾ Det fremgaar ogsaa af den refererede Dissens af Dommen 1939. 969, at Bevis for, at der ikke foreligger Aftale, kan ligge i Køberens Paastands Urimelighed.

⁵³⁾ Forhandlingsmaksimen udelukker ikke, at man ser bort fra, at Parterne hævder at have aftalt en Pris. Den gælder kun, hvor Parterne virkelig er enige om Faktum. Men det er de ikke, naar den ene hævder, der er Enighed om een Pris, og den anden paastaar Enighed om en anden Pris.

⁵⁴⁾ Ved Køb af fast Ejendom vil man næppe anse Aftalen for endelig, saafremt Vederlaget ikke er aftalt. Dette maa undertiden ogsaa antages ved Køb af Løsøre, f. Eks. af et kostbart Kunstværk, og ved andre vigtigere Kontrakter, f. Eks. Entreprisekontrakter.

stredes om, hvilket Vederlag, der var tillagt den ene A., for at passe den anden B.s Forretning under dennes Sygdom. Begge Paastande fandtes ret urimelige (dog ikke utænkelige), og Dommen fastsatte derefter et passende Vederlag. — Dommen kan antagelig henføres til det ovenfor omtalte 2. Tilfælde, da den formentlig gaar ud fra, at der i Virkeligheden ikke har foreligget en Aftale mellem Parterne, idet A. hævdede, at en Del af Vederlaget var tilsagt ham gennem en Procent-Provision af B.s Indtægt, medens B. alene indrømmede at have stillet A. saadan Provision i Udsigt.

Modsat den almindelige Opfattelse i dansk Praksis (ovf. 1. Tilfælde) synes Dommen 1917. 31 at være, i hvert Fald Landsrettens Dom: A. var Ejendomsmægler og havde medvirket til, at B. fik sin Ejendom solgt, men B. hævdede, at han udtrykkelig havde sagt, at A. højst kunde faa »en Drikkeskilling« herfor og ikke almindeligt Salær. Det hedder i L. R. Dommen, at da A. ikke har ført Bevis for, at han har Krav paa noget Beløb udover de Kr. 150,—, som B. har betalt ham, frifindes B. — Højesteret stadfæstede Dommen med den Begrundelse, at Sælgerens Fremstilling var bestyrket ved Sagens Oplysninger — hvilke antydes ikke. Ifølge en Redaktionsnote kan man maaske herfra slutte, at Højesteret har taget Afstand fra Landsrettens Standpunkt om Bevisbyrden.

Efter den ovenfor forsvarede Opfattelse, er Landsrettens Stilling til »Bevisbyrden« korrekt, idet der maa kræves et bedre Bevis fra den, der hævder den strengeste Forpligtelse. Noget andet er, at hvis Sagen ikke havde indeholdt særlige Oplysninger, var B.s Paastand paa Grund af sin Usandsynlighed (Afvigelsen fra det normale var Kr. 600,—) næppe blevet lagt til Grund. Disse yderligere Oplysninger førte imidlertid til, at Højesteret alligevel ansaa det for sandsynligt, at A. kun havde Krav paa de Kr. 150,—. Da der formentlig stadigvæk var betydelig Tvivl om, hvilket Beløb der var aftalt, kan Dommen maaske alligevel anføres til Støtte for den Opfattelse, at der ved Tvivl om en Aftales Indhold fastslaas den mindst vidtgaaende Forpligtelse. — At dette maa gælde, hvis Sagens Oplysninger tyder paa den lavere Pris, er klart, jfr. 1905. 190, hvor den af Køberen

paastaaede Pris, der var angivet i Følgesedlen, blev lagt til Grund.

2. a. »Den ene Part paastaar, at et vist Vederlag er aftalt, den anden, at intet Vederlag er aftalt. Den, der paastaar, at et vist Vederlag er aftalt, maa have Bevisbyrden herfor. Kan han ikke føre saadant Bevis, maa han finde sig i, at Sagen afgøres efter de under b) angivne Regler.« (Tybjerg p. 144.)⁵⁵⁾

Andre danske Forfattere ses ikke at have givet Problemet en grundigere Behandling.⁵⁶⁾ Almén⁵⁷⁾ er enig med Tybjerg, saafremt det er Sælgeren, der paastaar, at der er truffet Aftale om Købesummen, medens han mener, at Sælgeren ogsaa har Bevisbyrden for, at der ikke er truffet saadan Aftale, hvor dette paastaas af Køberen. Almén erkender dog, at hvis Køberens Paastand om Aftalens Indhold er usandsynlig, faar han Bevisbyrden. Paa den anden Side følger det af Tybjergs Fremstilling, at hvis Sælgerens Paastand bærer Urimelighedens Præg, kan det bevirke en Overflytning af Bevisbyrden til ham. Forskellen mellem de to Opfattelser er sikkert af mere teoretisk end praktisk Natur. Ser man paa Bevisbyrdeproblemet i dets Renhed, hvor der overhovedet ikke er nogen overvejende Sandsynlighed til Fordel for nogen af Parterne, maa man fastslaa den mindst vidtgaaende Forpligtelse, Køberens Paastand. — Sælgeren har altsaa Bevisbyrden. — Men alene deri, at Køberen intet kan oplyse til Støtte for sin Paastand, ligger et Bevismoment, der støtter Sælgerens Anbringende, og som normalt vil være tilstrækkeligt til, at Vederlaget ikke anses aftalt. Da Køberen maa være klar over, at Sælgeren ifølge Købelovens § 5 kan fastsætte Prisen, hvis ingen Aftale er truffet, vil det være yderst fornøftigt og almindeligt, at Køberen sikrer sig Bevis for Aftalen. Omvendt er det som Regel umuligt for Sælgeren positivt at godtgøre, at Vederlaget ikke er aftalt. At denne almindelige Sandsynlighed er tilstrækkelig til, at Sælgerens Anbringende om, at

⁵⁵⁾ Problemet behandles foreløbig kun ved Kontrakter, hvor Købelovens § 5 eller det deri indeholdte Princip anvendes.

⁵⁶⁾ Lassen, p. 139 Nt. 26, vil antage samme Resultat her som i det ovf. under 1. behandlede Tilfælde.

⁵⁷⁾ P. 79 ff.

Vederlaget ikke er aftalt, lægges til Grund, støttes fast af Domspraksis, jfr. f. Eks. 1907. 450: Køberen godtgjorde ikke, at der var aftalt en Pris (Kr. 700,—), og ej heller, at den forlangte Pris (Kr. 815,—) var ubillig. — Har Sælgeren sendt sædvanlig Følgeseddel med Varen og senere hævder Aftale om højere Pris end angivet paa Følgesedlen, maa han dog bevise denne Paa-stand, der forekommer ret usandsynlig, jfr. 1905. 190, refereret ovf. under A. — Tilsvarende maa gælde, hvis Sælgeren paastaar Aftale om en Pris, der ligger over hans faste Udsalgspris, selv om den ikke kan siges at være ubillig.

Udenfor Køb maa tilsvarende Resultater kunde forventes, f. Eks. ved Aftaler om Hotelophold, jfr. 1919. 98 (H), hvor Hotelgæsten (Pensionæren) maatte bevise, at der var aftalt en lavere Pensionspris, (eller at den forlangte Pris var ubillig), jfr. en ganske lignende Afgørelse om aftalt Billedhuggerarbejde i 1908. 124.

b. I de fleste Arbejdskontrakter, f. Eks. Aftale om Virksomhed som Kommissionær, Ejendomsmægler og lignende, antager man ikke en materiel Regel svarende til Købelovens § 5, saaledes at Kommissionæren skulde bestemme Vederlaget, hvis intet var aftalt, men nyere Domme plejer her i Mangel af Aftale at ansætte et passende Honorar under Hensyntagen til Omfanget af det udførte Arbejde (og naturligvis Genstandens Værdi), ofte mindre end de almindelige Procentsatser, jfr. f. Eks. 1913. 979 (H): $\frac{2}{5}$ Salær; 1919. 750: nedsat til $\frac{1}{3}$ %, og 1933. 16 (H): $\frac{1}{2}$ %.⁵⁸⁾

Ganske interessant er her Dommen 1938. 444 (H), hvor en Grosserer havde bragt et større Lejemaal i Stand. Salær efter Taksterne vilde udgøre Kr. 750,—, men han hævdede Aftale om et Honorar paa Kr. 3.500,—. Aftalen ansaas ikke for bevist, (det var endda sandsynliggjort, at der ikke var saadan Aftale), men de Kr. 3.500,— ansaas efter Omstændighederne for et rimeligt Vederlag, som derfor tilkendtes Grossereren. — (Landsretten tilkendte ham kun takstmæssigt Salær) — Højesteretsdommen kan sikkert ikke opfattes saaledes, at Princippet fra Købelovens § 5 er anvendt, men man har tilkendt de Kr. 3.500,—, som et pas-

⁵⁸⁾ Jfr. nærmere J. L. Frost: Salærkrav ved Ejendomshandler, 1938. B. p. 190 f.

sende Salær i Overensstemmelse med den nævnte deklaratoriske Regel.

Herefter maa der ved disse Kontrakter i Lighed med, hvad der antages ved Køb, kræves Bevis fra Mægleren, saafremt han paaستاar Aftale om Vederlag. Hævder alene Hvervgiveren, at der er en saadan Aftale, maa antagelig ogsaa gælde det samme, som ovenfor anført, saaledes at der ikke tages Hensyn til hans Paa-stand, saafremt intet oplyses til Støtte for den. Dette vil endog være mindre betænkeligt her, hvor Hvervgiveren derved ikke underkastes Mæglerens (ikke urimelige) Bestemmelse, men Domstolenes Skøn over, hvilket Vederlag, der skønnes passende. Er der ikke tilstrækkeligt Bevis for, om Aftale er indgaaet eller ikke, fastsættes et rimeligt Vederlag.

3. a. Saafremt Domstolene paa Grund af Parternes Enighed eller Bevisernes Stilling maa gaa ud fra, at der ikke er truffet Aftale om Vederlagets Størrelse, fastsættes dette efter en udfyldende Retsregel. For Køb og visse andre Kontrakter gælder den Regel, at Sælgeren kan forlange den Pris, han ønsker, medmindre den findes at være ubillig. Skal Sælgeren her bevise Prisens Rimelighed, eller skal Køberen bevise, at den er urimelig?

Det maa sikkert antages, at Køberen skal godtgøre Prisens Urimelighed. Dette antoges før Købeloven,⁵⁹⁾ hvor Retsopfattelsen⁶⁰⁾ var i Overensstemmelse med den senere Købelovs § 5, og maa sikkert stadig gælde.⁶¹⁾ Ordlyden i Købelovens § 5 »kan anses for ubilligt« tyder i denne Retning; men mere afgørende er de reale Hensyn. I langt de fleste Handeler eksisterer der en fast Pris paa Salgs-genstanden, enten ligefrem en Markedspris, eller i hvert Fald en Pris, som Sælgeren normalt forlanger. Man maa endvidere som Regel gaa ud fra, at Sælgeren netop forlanger den almindelige Pris. Det vil paa den anden Side ikke være svært for Køberen at bevise sin eventuelle Paa-stand om, at en saadan Pris er ubillig, idet han blot kan oplyse den almindelige

⁵⁹⁾ Jfr. Tybjerg p. 139 med Nt. 2.

⁶⁰⁾ Se herom Udkast til Lov om Køb (1904), p. 26.

⁶¹⁾ Der synes overhovedet ikke at være taget Stilling til Spørgs-maalet i Litteraturen efter Købeloven. I Sverige hersker den nævnte Opfattelse, jfr. Almén, p. 78 f.

Markedspris eller fremlægge Notaer, hvoraf fremgaar, hvilken Pris der er betalt i andre Tilfælde.⁶²⁾

Ved Køb af individuelt bestemte Ting, samt ved Køb udenfor Næringsforhold, gælder disse Betragtninger ikke. Ofte vil man her kunne antage, at Aftalen ikke er endelig, hvis Vederlagets Størrelse ikke er aftalt⁶³⁾; antages Kontrakten for endelig afsluttet, tør man vist ikke bringe Købelovens § 5 i Anvendelse, idet der ofte herved vil levnes Sælgeren for stort Spillerum ved Fastsættelsen af Vederlaget.⁶⁴⁾ Det maa derfor eventuelt fastsættes ved Syn og Skøn paa Begæring af den, der gør Kontrakten gældende, og Spørgsmaalet om Bevis for Ubillighed falder saaledes bort.

Udenfor Køb maa Købelovens § 5 vist finde tilsvarende Anvendelse, f. Eks. paa Aftale om Hotelophold, Bestilling af fagmæssigt Arbejde m. m., og den, der skal yde Vederlaget, maa godtgøre dets Ubillighed, jfr. 1919. 98 (H) angaaende Hotelophold, og 1908. 124 angaaende Billedhuggerarbejde. (Dommene er refereret ovenfor under 2.)⁶⁵⁾

b. I mange Kontraktsforhold udenfor Køb maa der — som nævnt ovenfor under 2. — antages en deklaratorisk Regel, der overlader Fastsættelsen af Vederlagets Størrelse til Domstolens Skøn over det oplyste om Virksomhedens Art og Omfang. Her opstaar Problemet om Bevis eller Bevisbyrde for det krævede Vederlags Ubillighed ikke.

⁶²⁾ Grænsen overfor Tilfælde, hvor en saadan Pris er (stiltiende) aftalt, er flydende, jfr. Ussing: »Køb«, p. 30. Tybjerg gaar i Virkeligheden uden om Problemet ved i de nævnte Handeler (i Næringsforhold) at anse den almindelige Pris for aftalt. Bevisbyrden for den almindelige Pris lægger han paa Sælgeren.

⁶³⁾ Jfr. Tybjerg, p. 145.

⁶⁴⁾ I modsat Retning gaar den ovenfor under B. nævnte Dom, 1907. 450 angaaende Prisen for nogle Møbler. Sælgerens Paastand lagt til Grund, da den ikke var ubillig. — Imidlertid er Prisen paa almindelige Møbler nogenlunde fast, og de anførte Betænkeligheder ved at anvende Købelovens § 5 i et saadant Tilfælde derfor ikke store.

⁶⁵⁾ Se endvidere 1917. 197: Bygherren maatte bevise, at Vederlaget for Ekstraarbejdet var ubilligt, jfr. 1914. 126: tilsvarende om Vederlag for Udarbejdelse af en Vejplan.

F. Kvalitet og Mængde.

Foreligger der Tvist om, hvad der er aftalt med Hensyn til, hvilken Kvalitet Salgsgegenstanden skal have, eller hvor stort et Parti, Købet angaar, hævdes det i Almindelighed,⁶⁶⁾ at den, der gør Kontrakten gældende, har Bevisbyrden. Foreligger der ikke en vis Sandsynlighed for den ene Parts Paastand fremfor den andens, kan denne Opfattelse tiltrædes. Den stemmer med, at den mindst vidtgaaende Forpligtelse skal lægges til Grund. Forlanger Køberen Erstatning paa Grund af Misligholdelse ved Levering af ringere Kvalitet end aftalt, maa Mangel paa Bevis for Aftalens Indhold blive til Skade for ham. Hvis Sælgeren forlanger Købesummen betalt mod Levering af en bestemt Kvalitet, men Køberen hævder Aftale om en bedre, maa Køberen frifindes ved Bevismangel. Disse Eksempler har imidlertid ringe praktisk Betydning, idet Sagens Oplysninger som Regel vil skabe en overvejende Sandsynlighed for den ene Parts Paastand, saaledes at den kan anses for bevist. Hvis f. Eks. Køberen paastaar Aftale i Overensstemmelse med det sædvanlige, medens Sælgeren hævder Aftale om Levering af en daarligere Kvalitet, maa Mangel paa Bevis for Sælgerens Paastand bevirke, at Køberens Paastand lægges til Grund. Særlig vil Vederlagets Størrelse, hvis det er aftalt, kunne skabe stærk Formodning for, hvilken Kvalitet eller Mængde Aftalen angaar. Til Belysning af Praksis kan anføres følgende Domme:

a. Kvalitet.

1907. 489: Køberen af en brugt Presse forlangte Erstatning, da den ikke var komplet. Han kunde ikke bevise, at den var solgt som komplet, hvorfor Sælgeren frifandtes. Dommen stemmer godt med det anførte Hovedsynspunkt. Der var ingen særlig Sandsynlighed for nogen af Parternes Paastande; særlig gav Prisen — da det var en individuelt bestemt Genstand⁶⁷⁾ — ingen Vejledning af Betydning.

⁶⁶⁾ Jfr. f. Eks. Tybjerg p. 144, Skeie p. 357.

⁶⁷⁾ Prisen kan naturligvis være Bevisdatum ogsaa i Specieskøb; men den er det ikke saa hyppigt som ved Genuskøb, fordi der er større Spillerum for en rimelig Pris.

I Dommen 1905. 242 var der Tvist om, hvorvidt der var aftalt (og leveret) Dørgreb til Kr. 8,50, eller Kr. 13,50 pr. Sæt. Da intet var oplyst herom, antoges Køberen kun at skulle betale den mindste Pris.

Undertiden fastslaar Dommene den mindst vidtgaaende Forpligtelse, selvom der er skabt en vis (lidt overvejende) Sandsynlighed for den mere byrdefulde Forpligtelse, jfr. 1913. 887 (H): A. erlagde til Opfyldelse af en Aftale Kr. 60,— kontant og 1 Kasse Cigarer og senere yderligere 19 Kasser Cigarer. Disse sidste var af ringere Kvalitet end den første Kasse, men til Trods for den Sandsynlighed, der maatte være for, at Cigarerne skulde have været ens, blev A. frifundet. Der forelaa altsaa ikke det fornødne Bevis til Gennemførelse af den strengere Forpligtelse (cfr. Landsrettens Dom).

b. *Mængde.*

1917. 176 (H): A. paastod telefonisk at have bestilt 3 Jernbanevogne til Transport af 21 store Heste. D. S. B. paastod, at der kun var bestilt 2 Vogne. Til Trods for flere Vidners Forklaring om, at A. havde bestilt 3 Vogne, blev D. S. B. frifundet for A.s Erstatningskrav for Beskadigelse af en Hest. Dommen oplyser, at ifølge Banernes Reglement er deres Oplysning afgørende ved telefoniske Ordre. Dette kan dog ikke betyde, at der skal skaffes fuldt Bevis for Aftalens Indhold, naar det afviger fra Banernes Oplysning. Der kan kun sjældent føres fuldt Bevis for, hvad der er aftalt i Telefonen. Der kan kun kræves en vis — paa Grund af Reglementets Bestemmelse — maaske højere Grad af Sandsynlighed for Kundens Paastand, og en saadan Sandsynlighed synes at være tilvejebragt i det nævnte Tilfælde. Efter Dommen maatte der faktisk kræves fuldt Bevis for at give A. Medhold. — Landsover- samt Hof- og Stadsrettens Dom i samme Sag, 1916. 204, fandt A.s Anbringende bevist, »efter de afgivne Vidneforklaringer«.

Paa Omraader, hvor der ikke findes Reglementer og lignende, der kan forlede til den Anskuelse, at der kræves fuldt Bevis for den ene Parts Paastand, maa man sikkert nøjes med en vis overvejende Sandsynlighed, desto større jo mere byrdefuld den paastaaede Forpligtelse er.

Iøvrigt hører det omkontraherede Kvantum til de Punkter, der hyppigst er truffet utvetydig Bestemmelse om — endnu hyppigere end om Vederlaget — og da Problemet kun opstaar i Kontrakter om artsbestemte Ydelser, der ofte kan købes og sælges til en tilsvarende Pris andetsteds, giver Problemet sjældent Anledning til Tvistemaal. Er der meget stor Forskel mellem Parternes Paastande, vil man maaske kunne statuere, at der ikke foreligger endelig Aftale.

G. Tid og Sted for Opfyldelsen.

Meget hyppigt indeholder en Aftale intet om, hvor den skal opfyldes, idet det fremgaar af Kontraktens principale Indhold, jfr. f. Eks. de fleste Arbejdskontrakter, Lejekontrakter, Salg af fast Ejendom m. fl.⁶⁸⁾ Endvidere kan Parterne eventuelt henholde sig til en deklaratorisk Regel, hvilket meget ofte sker i Løsørekøb. Paastaar en Part Aftale om et særligt Leveringssted, maa han tilvejebringe Bevis herfor, f. Eks. blot ved Oplysning om, at Levering i tidligere Handeler mellem Parterne er sket det anførte Sted.

Dette gælder ogsaa, saafremt Leveringsstedet paastaas at være bestemt ved en af de særlige Klausuler, cif, fob, franco eller andre. Men her vil Oplysning om Sædvane eller Kotume, hvilket navnlig forekommer i Handelskøb, kunne udgøre tilstrækkeligt Bevis. Om dette Emne, der er et af de vigtigste Omraader for deklaratoriske Regler, kan iøvrigt henvises til Bemærkningerne ovenfor — navnlig under A. og C.

Er Parterne enige om, at der er truffet Aftale om et særligt Leveringssted, men uenige om, hvilket det er, maa der eventuelt træffes Afgørelse paa Grundlag af en ret ringe overvejende Sandsynlighed, jfr. 1907. 314, hvor Sælgeren paastod Salg ab Lager, hvilket fremgik af Korrespondancen med Køberen, men Køberen paastod fob Hamborg i Overensstemmelse med Fakturaerne. Fakturaerne blev lagt til Grund. — Det er vanskeligt at bedømme Sandsynligheden uden Kendskab til alle Oplysninger

⁶⁸⁾ Problemet har kun ringe Betydning for Vederlaget, idet der er saa ringe Ulejlighed ved at bringe det frem. — Det er iøvrigt en almindelig deklaratorisk Regel, at Penge skal betales hos Kreditor, jfr. Gældsbrevslovens § 3.

i Sagen, men det maa tiltrædes, at Fakturaen, som det sidste Dokument, tillægges særlig bevismæssig Betydning.⁶⁹⁾

Tilsvarende Synspunkter kan anføres angaaende Kontraktens Bestemmelse om Leveringstid. At der kun kan statueres den mindst vidtgaaende Forpligtelse, saafremt Sagens Oplysninger ikke taler til Fordel for nogen af Parterne, fremgaar af Dommen 1917. 674 (H): A. paastod, at et Parti Varer var lovet afsendt med et bestemt Skib, medens de først kom en Maaned senere. B. paastod, at det kun var lovet »saa vidt muligt«, hvilket A. ikke kunde modbevise. B. fik Medhold.

H. Aftaler om Optræden for andre.

Her skal behandles visse særlige Spørgsmaal, der kan opstaa i Forbindelse med Aftaler, hvorved en Person paatager sig at optræde for en anden som dennes Fuldmægtig, Kommissionær, Agent eller lignende.

Særlig Betydning har Tvisten om, hvilken Beføjelse Mandanten har tillagt Mandataren. Dette Spørgsmaal maa løses i Overensstemmelse med de Synspunkter, der gælder, naar Trediemand anlægger Sag mod Mandanten og paastaar, at denne er blevet forpligtet ved sin Fuldmægtigs Optræden, jfr. herom X. C. 2. Det der anførte fører til, at Mandataren maa bevise sin Beføjelse, og at der maa kræves et strengt Bevis, som dog kan føres ved Oplysning om Ansættelse i en bestemt Stilling (Stillingsfuldmagt) eller ved, at Mandatarens Retshandeler i lignende Tilfælde uden Forbehold er blevet anerkendt af Mandanten. Er det oplyst, at Mandataren har Generalfuldmagt, kræves der tilvejebragt særlige Oplysninger for at der kan antages at være specielle Indskrænkninger i denne. Er det ganske tvivlsomt, om Mandataren har haft den paastaaede Beføjelse, maa det gaa ud over ham. Hensynet til Retssikkerheden kræver, at Mandanten ikke forpligtes i saadanne Tilfælde.

Højesteretsdommen 1921. 445, kunde maaske udlægges i Strid med det sidst anførte: A. havde spekuleret sammen med B. paa dennes Konto. A. paastod, at B. havde disponeret i videre Omfang end aftalt og krævede Erstatning; B. frifandtes,

⁶⁹⁾ Dette kan maaske støttes paa Købelovens § 6, hvor Fakturaen tillægges bevisende Vægt til Skade for Køberen.

da hans Paastand om at have haft Bemyndigelse, ikke kunde forkastes. — Landsretten gav A. Medhold, idet den udtalte, at B. havde Bevisbyrden for sin Fuldmagt. I en Redaktionsnote hertil udtales, at A. har Bevisbyrden, da han jo rejste Krav mod B. Dette Argument er nu ikke rigtigt. Hvis A. nemlig ikke i Forvejen havde indbetalt Penge paa Kontoen, maatte B. have rejst Krav mod A. til Dækning af dennes Andel i Tabet og skulde i saa Fald ifølge Redaktionsnotens Opfattelse have haft Bevisbyrden for sin Fuldmagt. Bevisbyrdefordelingen kan ikke bero paa denne tilfældige Omstændighed. Det afgørende er — i begge Tilfælde — at B. paastaar at have haft Fuldmagt. Kan der ikke skaffes Bevis herfor, tør det ikke statuere, og forsaavidt er Landsretsdommens Udtalelse om Bevisbyrden rigtig. Imidlertid har Højesteretsdommen sikkert Ret i, at der har været det fornødne Bevis for Beføjelsen. Ved at Pengene var sat ind paa B.s Konto, var han den eneste, der kunde disponere over Kontoen. Dette kunde tyde paa Generalfuldmagt. Havde A. taget Forbehold, var det da ogsaa rimeligt, om han havde sikret sig Bevis herfor samtidig med Indbetaling af Pengene. Endelig kan anføres, at A. sikkert kunde have gennemført Krav paa Andel i en eventuel Gevinst ved de foretagne Dispositioner.

Ved Tvist om Bestemmelser i Aftalen mellem Mandant og Mandatar kan henvises til de øvrige Afsnit i dette Kapitel. Som Eksempel paa en Dom, der for det her omtalte Omraade fastslaar det almindelige Synspunkt, at der maa skaffes særlige Oplysninger til Støtte for en Bestemmelse, der strider mod det almindelige, fornuftige og lignende, kan nævnes Højesteretsdommen 1906. 582,⁷⁰⁾ der yderligere fremhæver, at det virker til Skade for Mandanten, at han ikke paa Opfordring opretter skriftlig Kontrakt.

Ved Tvist om, hvornaar Annonceprovision forfalder, antoges i Mangel af Bevis, den mindst vidtgaaende Forpligtelse for Mandanten, jfr. 1912. 834.

⁷⁰⁾ Jfr. ogsaa 1912. 526 (II), om usædvanlig Beregning af Provision. Hvis en Agent kræver Provision af »direkte Ordre«, maa Aftale herom bevises, jfr. 1914. 881; 1912. 822, (Dissens, grundet paa visse Oplysninger), samt 1917. 616: Ej Del i Handeler udenom Kompagniskab.

J. Leje.

Fra gammel Tid har Lejekontrakten været en af Dagliglivets vigtigste Aftaler, og Lejeforholdet har derfor hyppigt været reguleret af Lovregler, som ogsaa har beskæftiget sig med Spørgsmaalet om Bevis for Kontraktens Indgaaelse og Indhold. Fra Tiden før de nugældende Love om Lejeforhold, navnlig Lov Nr. 139 af 13. April 1938 om Arbejderboliger paa Landet (nu Lovbekendtgørelse Nr. 3 af 6. Januar 1942), samt Lov Nr. 54 af 23. Marts 1937 om Leje, nu Lovbekendtgørelse Nr. 265 og 266 af 29. Maj 1943, kan nævnes Bestemmelserne i Pl. 2. Oktober 1754, i hvis § 3 det bestemmes, at i Lejemaal i København bliver det til Skade for Lejeren, saafremt Kontraktens Indgaaelse eller Indhold ikke kan bevises, samt § 11 i Frd. af 27. Maj 1848 om Husmænd og Inderster, hvorefter det bliver til Skade for Ejeren, at der ikke er oprettet skriftlig Kontrakt. Sidstnævnte Bestemmelse kræver, at Ejeren skal tilvejebringe fuldt Bevis for sin Paastand om Aftalens Indhold, medens Frd. af 1754 § 3 ikke stiller bestemte Beviskrav for Lejerens Paastand.⁷¹⁾

Pl. af 1754 § 3 er ikke formelt ophævet, men Bestemmelsen maa antages at have tabt sin Betydning ved Lejelovens § 4, der bestemmer, at Lejeaftalen skal udfærdiges skriftligt, saafremt nogen af Parterne kræver det. Derimod indeholder Bestemmelsen intet om Virkningen af, at en Part ikke efterkommer et Krav om Oprettelse af Kontrakt.

Har ingen af Parterne forlangt skriftlig Kontrakt oprettet, maa derfor de almindelige Regler om Bevis og Bevisbyrde for en Kontrakts Indhold finde Anvendelse. Som Regel vil Parternes Forhold være reguleret ved deklaratoriske Lovbestemmelser eller Sædvane, og disse maa da lægges til Grund, saafremt der ikke skaffes Bevis for, at de er fraveget. Herom kan i alt væsentligt henvises til de almindelige Bemærkninger om Kontrakters Indhold i dette Kapitel under A. og C. Særlig skal dog fremhæves, at der kræves et ret strengt Bevis for en Paastand om, at den oprindelige Lejeaftale er ændret, navnlig hvor den paastaaede Ændring er af væsentlig Betydning for den ene Part. Som Eksempel herpaa kan nævnes Dommen

⁷¹⁾ Jfr. nærmere H. Munch-Petersen, I. p. 199.

1918. 727 (H), hvor Ejerens Paastand ikke ansaas godtgjort, til Trods for at hendes Søn som Vidne forklarede, at han havde foretaget Tilføjelsen til Lejekontrakten efter Lejerens Anvisning. Lejeren indrømmede Ændring vedrørende Lejens Størrelse og Uopsigelighed, men bestred at have givet Afkald paa en Forkøbsret. Da Ejerens Paastand ikke antoges tilstrækkelig bevist, gjordes Dommen afhængig af Ejerens Ed.

Twistigheder om Lejekontrakters Indhold forelægges ret sjældent Domstolene, idet der næsten altid enten foreligger skriftlig Kontrakt eller er henvist til de udførlige Regler i Lejeloven. Hvis den ene Part har fremsat Begæring om Oprettelse af skriftlig Kontrakt, og den anden har ladet hengaa unødigt lang Tid uden at efterkomme Begæringen, maa der tillægges dette Moment bevismæssig Betydning til Skade for sidstnævnte. Det er dog klart, at et Anbringende ikke vil kunne lægges til Grund, alene fordi den, der fremsætter det, har forlangt Kontrakten skriftlig affattet, men man vil kunne nøjes med en vis mindre Sandsynlighed for, at han netop har ønsket dette Punkt fikseret i Aftalen.

Ifølge Lovbekendtgørelse Nr. 3 af 6. Januar 1942 om Opførelse og Udleje af Arbejderboliger m. m. paa Landet, § 35 og § 38, jfr. § 35, er Ejeren pligtig at sørge for, at skriftlig Kontrakt oprettes. Forsømmelse heraf bevirker, at Ejeren ikke kan fordre yderligere Præstationer af Brugeren, end den indrømmer at have vedtaget, medmindre der tilvejebringes fuldt Bevis for, at det mere er lovet. Endvidere kan Parts Ed ikke anvendes i saadanne Sager. Naar Loven her udtrykkelig foreskriver fuldt Bevis, maa det betyde, at der skal tilvejebringes en saadan Sikkerhed for Ejerens Paastand, at der ikke er (praktisk) Tvivl om dens Rigtighed. Et saadant Bevis vil næsten umuligt kunne føres, naar der — som Reglen forudsætter — ikke foreligger skriftlig Kontrakt.

K. Medhjælper- og Funktionærkontrakter o. l.

Twistigheder om disse Kontrakters Indhold forelægges ikke hyppigt for Domstolene.⁷²⁾ Ganske vist foreligger der — navnlig

⁷²⁾ Undtagelse gælder dog Spørgsmaalet om Kontraktens Art, se ovf. XI. B. 8.

i Medhjælperforhold — sjældent en udførlig skriftlig Kontrakt, idet Parterne som Regel indgaar Aftalen uden at træffe Bestemmelse om andet end selve Ansættelsen, Tjenestetiden og Vederlaget.⁷³⁾ Aftalens Indhold maa da bestemmes efter de nærmere Regler i Medhjælper- og Funktionærloven samt efter Sædvane.

Det har undertiden givet Anledning til Tvivl, om der er aftalt Prøvetid. Dette er i hvert Fald i Medhjælperforhold ret usædvanligt, og saafremt Husbonden ikke beviser en saadan Aftale, kan den ikke anses indgaaet, jfr. 1915. 881, der udtaler, at Husbonden havde Bevisbyrden for, at en Tjenestepige var ansat paa Prøve.

Funktionærer antages hyppigere paa Prøve, men alligevel kan man ikke statuere Ansættelse paa Prøve, saafremt der ikke kan fremføres Oplysninger til Støtte for, at det er aftalt. I Betragtning af Funktionærlovens Karakter af Beskyttelseslov, maa der maaske kræves et ret strengt Bevis af Arbejdsgiveren.⁷⁴⁾

Paastaas der at være truffet Aftale om Ansættelse i et andet Tidsrum end det sædvanlige, maa der kræves Bevis herfor. Medhjælperlovens § 6 angiver, hvad der er sædvanligt, og denne Bestemmelse finder efter sin Ordlyd Anvendelse ikke blot, hvor der ingen Aftale er truffet, men ogsaa, naar det ikke kan oplyses, for hvilket Tidsrum et Fæstemaal er afsluttet, jfr. 1912. 811, hvorefter Husbonden havde Bevisbyrden for, at der var truffet Aftale i Strid med Tyendelovens § 39 til Gunst for ham.

Bevis for, at et Fæstemaal paa Landet ikke er indgaaet halv-aarsvis, kan antages ført ved, at Lønnen er forskellig fra Maaned til Maaned, jfr. 1911. 209, eller maaske ved, at Medhjælperen fortsætter Arbejdet udover den aftalte Tid uden ny Aftale, jfr. 1907. 238. Normalt vil der her foreligge *relocatio tacita*, men i den nævnte Dom havde Karlen forladt Pladsen, men kom tilbage 5 Dage efter.

⁷³⁾ Se om dette ovf. XI. E.

⁷⁴⁾ Jfr. Kaj Petersen, »*Funktionærloven med Kommentarer*« (1939) ad § 2, Stk. 1.

Kapitel XII

KONTRAKTERS UGYLDIGHED

A. Langt de fleste Forfattere mener, at Bevisbyrden for, at en Kontrakt lider af en Ugyldighedsgrund, paahviler den Part (normalt Sagsøgte), der gør Ugyldighedsgrunden gældende.¹⁾ Herved tænkes der sikkert paa, at saafremt der ikke skaffes Oplysninger, der bestemt tyder paa, at der foreligger en Ugyldighedsgrund, maa dette gaa ud over Sagsøgte. — Er der ikke saadanne Oplysninger, skaber dette en stærk Formodning for, at der ikke foreligger en Ugyldighedsgrund, og det er derfor rigtigt, at man i saadanne Tilfælde domfælder Sagsøgte. Hvis f. Eks. de Vidner, der overværede Kontraktens Indgaaelse, forklarer, at der ikke blev anvendt Tvang eller Svig eller forelaa Omstændigheder, der tydede paa Udnyttelse, er det rigtigt, at Dommen ikke statuerer Ugyldighed, og det samme maa gælde, hvis der ikke har været Vidner, men Kontraktens Indhold gør et ganske normalt og fornuftigt Indtryk. De nævnte Omstændigheder (Oplysninger — Mangel paa Oplysninger) gør det overvejende sandsynligt, at der ikke foreligger en Ugyldighedsgrund, og det er denne Sandsynlighed, Dommeren maa bygge paa. Retssikkerheden kræver ikke stærkere Bevis for en Ugyldighedsgrunds Ikke-Tilstedeværelse. Det vil som Regel være praktisk umuligt at føre fuldt Bevis for, at der ikke foreligger en Ugyldighedsgrund; man maa derfor nøjes med en saadan Sandsynlighed, som i langt de fleste Tilfælde fører til det rigtige Resultat. Naar Afgørelsen træffes paa Grundlag af de

¹⁾ Jfr. f. Eks. Tybjerg, p. 146 ff.; Munch-Petersen, II. p. 290 f.; Hurwitz p. 151; Augdahl p. 102 ff. — I Overensstemmelse med den her forsvarede Opfattelse, at ingen Oplysning er Bevis for, at der ikke foreligger Ugyldighed, og at Tvivl maa gaa ud over Sagsøgeren, er Kallenberg: *Svensk civilprocessrätt*, II. p. 740, jfr. p. 710—13 og Scheel p. 25 f.

nævnte Omstændigheder, har Dommeren virkelig faaet en bestemt Mening om Ugyldighedsgrundens Eksistens eller Ikke-Eksistens, og der bliver saaledes ikke Anvendelse for nogen Bevisbyrderegel. Hensynet til Retssikkerheden spiller ind ved Afgørelsen af, hvor stærkt Bevis der kræves for Ugyldighedsgrundens Ikke-Eksistens, men den nævnte overvejende Sandsynlighed opfylder de Krav, der i saa Henseende kan stilles.

Saafermt en Part tilvejebringer Oplysninger, der tyder paa, at der foreligger en Ugyldighedsgrund, f. Eks. Vidneforklaringer om svingagtige Oplysninger eller Kontraktens aabenbart urimelige Indhold som Indicium, kan der herved skabes den fornødne Overbevisning hos Dommeren om en Ugyldighedsgrundens Tilstedeværelse. Er disse Oplysninger imidlertid mere tvivlsomme, men dog tilstrækkelige til at svække Formodningen for Kontraktens Gyldighed, opstaar der et egentligt Bevisbyrdeproblem; det er muligt, at Kontrakten er gyldig, men der er lige saa stor Sandsynlighed for dens Ugyldighed. Her tilsiger Hensynet til Retssikkerheden, at den paastaaede Ret ikke gennemføres. Bevisbyrden er altsaa hos Sagsøgeren, jfr. ovf. VI. D. 2. 2^o. Det vil dog være meget sjældent, at der ikke kan dømmes paa Grundlag af Sagens Oplysninger. I de foreliggende Domme har der sjældent været anført noget reelt til Støtte for Ugyldighedsindsigelsen, og Dommeren har derfor med Rette anset Kontrakten for gyldig.

B. De fleste Ugyldighedsgrundenes Virkning er betinget af, at Løftemodtageren indsaa — eller i hvert Fald burde have indset — Ugyldighedsgrundens Eksistens. Kun hvor der er Tale om Tilfælde, hvor det vilde være særlig uheldigt at lade Løftet være bindende for Afgiveren, er han fri, selvom Løftemodtageren var i god Tro. Dette gælder navnlig Umyndighed, Utilregnelighed og voldelig Tvang.

I de førstnævnte Tilfælde opstaar ikke blot Spørgsmaalet om Bevis for selve Ugyldighedsgrunden, men ogsaa om Bevis for god eller ond Tro. Tybjerg hævder,²⁾ at Bevisbyrden paa hviler den, der paastaar ond Tro hos Modparten. Herimod kan imidlertid anføres tilsvarende Betragtninger som vedrørende

²⁾ P. 65.

Beviset for selve Ugyldighedsgrunden. Er der intet oplyst, der støtter Antagelsen af, at Løftemodtageren var i ond Tro, maa Dommeren antage, at der ikke foreligger ond Tro. Der vil sjældent kunne skaffes noget bedre Bevis for god Tro. Foreligger der særlige Oplysninger (Vidneforklaringer, Indholdet af Kontrakten m.m.), kan disse skabe den fornødne Sandsynlighed for ond Tro. Er de sidstnævnte Oplysninger kun tilstrækkelige til at svække Formodningen for god Tro, uden at skabe en overvejende Sandsynlighed for ond Tro, maa Tvivlen gaa ud over den, der gør Retten gældende.

Der er flere Domme, der viser, at man maa fastslaa Løftemodtagerens gode Tro, hvor der ikke er tilvejebragt Oplysninger, der er egnede til paa afgørende Maade at drage denne i Tvivl, jfr. 1907. 795: Køberen af nogle Varemærker blev dømt til at betale dem, da han ikke havde godtgjort, at Sælgeren vidste, at de ikke maatte benyttes. — I Udtrykket »godtgjort« kan sikkert ikke lægges, at der skulde være tilvejebragt fuldt Bevis for ond Tro, det havde sikkert været tilstrækkeligt med en vis Sandsynlighed herfor. Tilsvarende Udtryksmaade er anvendt i H. R.-Dommen 1942. 269: En Totalisatorspiller købte en Bon, lydende paa 1. Løb, efter at dette var startet. Det var en Fejltagelse, at Bon'en ikke var udskrevet til 2. Løb. — Spilleren forklarede, at han lige var ankommet til Væddeløbsbanen og vilde spille i 1. Løb, uden at han havde bemærket, at Løbet var begyndt. Da det ikke var godtgjort, at Spilleren burde have indset Fejlen, fik han tilkendt Gevinsten for 1. Løb. — Resultatets Rigtighed er ikke helt saa sikkert her, som i den førstnævnte Dom. Det lyder ikke særlig troværdigt, at Spilleren ikke havde bemærket, at Løbet var startet, og saafremt en anden Hest havde vundet, kunde han ganske sikkert have faaet Bon'en rettet til 2. Løb, idet Totalisatoren jo gjorde gældende, at der forelaa en Fejltagelse. Dommen synes derfor at være i Strid med den Linie, der normalt følges, hvor Hasardmomentet spiller ind, jfr. f. Eks. Dommene ovf. i Kap. X. B. 4,³⁾ samt H. R.-Dommen 1921. 445 ref. ovf. XI. H. Det maa dog erkendes, at Tilfældet er yderst tvivlsomt.

³⁾ Jfr. ogsaa X. A. 4.

Saafermt Løftemodtageren støtter sin gode Tro paa en særlig offentlig Bekendtgørelse, f. Eks. Tinglysning eller Anmeldelse til Handelsregisteret, kræves der stærke Oplysninger for at modbevise den, jfr. 1907. 710: En Begrænsning i en Interessents Adgang til at forpligte et Firma, som ikke var anmeldt til Handelsregisteret, hvorimod Interessentskabskontrakten var tinglyst, fandtes ikke at være Trediemand bekendt. Dette Synspunkt har ført til, at man i Tinglysningslovens § 5 har indskrænket ond Tro til kun at omfatte Forsæt og grov Uagtsomhed. Bevis for ond Tro vil herefter kun foreligge, hvor Omstændighederne tyder paa, at Løftemodtageren har *kendt* den utinglyste Ret, uden at han vil indrømme det,⁴⁾ jfr. om et Tilfælde, hvor ond Tro ansaas bevist, 1936. 103 (H): En Ejendom var frasolgt en Parcel til Naboen, uden at dette var tinglyst. En Køber af Ejendommen ansaas ikke i god Tro, da Parcellen var særskilt indhegnet og alene blev brugt af Naboen.

Særlig ved Fejltagelse og Udnyttelse vil Kontraktens Indhold ofte være af bevismæssig Betydning, idet f. Eks. en Pris i et Tilbud kan afvige saa stærkt fra det rimelige, at man alene heraf kan anse Løftemodtagerens onde Tro for bevist. Er den tilbudte Pris lav, men rimelig, er der ikke heri tilstrækkeligt Bevis imod Køberens Paastand om at have været i god Tro, jfr. 1908. 730, hvor Sælgeren havde tilbudt Taganrog Rug til en Pris af 170 Mk. pr. 1000 kg, men hvor der var ment Novorosisk Rug, der var ca. 10 Mk. billigere pr. 1000 kg. Det antoges ikke, at Køberen havde indset eller burde have indset, at der forelaa en Fejltagelse.⁵⁾

C. 1. Saafermt det gøres gældende, at en Aftale er ugyldig paa Grund af Umyndighed, maa den, der paastaar dette, fremføre Oplysninger herom. Det er kun de færreste Aftaler, der er ugyldige af denne Grund, og der kan ikke kræves noget særlig stærkt Bevis for, at ens Medkontrahent er myndig. Hvis han ikke selv fremlægger Daabsattest, Umyndiggørelsesdekret

⁴⁾ Jfr. nærmere, Vinding Kruse, p. 1122 ff.

⁵⁾ Som yderligere Bevismoment til Skade for Køberen var anført, at Tilbudet ikke indeholdt Isklausul, hvad der var normalt ved Salg af Taganrog Rug. Det fandtes sikkert med Rette uden Betydning overfor Tilbudets udtrykkelige Indhold.

eller Dekret om Anordning af Lavværgemaal, maa Dommeren gaa ud fra, at Ugyldighedsgrunden ikke er til Stede, jfr. 1908. 849: Sagsøgte dømt, da det ikke var godtgjort, at han var umyndig, blot fordi dette var oplyst til en Politirapport, idet hans Daabsattest ikke var fremlagt.

Hvis et Umyndiggørelsesdekret ikke er tinglyst, maa der tilvejebringes en vis Sandsynlighed for Medkontrahentens onde Tro, jfr. ovf. B.

Er der ikke Tvivl om en Parts Umyndighed, men Medkontrahenten hævder, at der foreligger Samtykke fra Værgen, maa der føres Bevis herfor. Det er almindeligt, at Medkontrahenten sikrer sig et saadant Bevis. Fornødent Bevis kan ligge i, at Værgen har godkendt den umyndiges Retshandler paa et vist Omraade mere i Almindelighed; men fordi han en enkelt Gang har godkendt en af den umyndige paa egen Haand indgaaet Aftale, er dette ikke tilstrækkeligt til at antage et almindeligt Samtykke, jfr. 1915. 530, hvor Værgen kunde forlange et Varekøb tilsidesat, selvom han vidste, at den umyndige drev Detailforretning og nu og da gjorde Indkøb til den. Hvis omvendt Medkontrahenten vil træde tilbage i Medfør af Myndighedslovens § 43, maa den umyndige, for at kunne fastholde Aftalen, godtgøre, at han havde Værgens Samtykke, jfr. 1916. 304.

2. Saafremt en Part paastaar, at hans Løfte er ugyldigt paa Grund af Utilregnelighed, (Myndighedslovens § 65), maa han sandsynliggøre, at han manglede Evnen til at handle fornuftsmæssigt, da han afgav Løftet. Saafremt dette ikke klart fremgaar af Aftalens Indhold, vil der sædvanligvis blive fremlagt Lægeerklæringer eller Udtalelser fra Retslægeraadet. Lægerne kan imidlertid vanskeligt udtale sig om en Persons Tilregnelighed paa et tidligere Tidspunkt. De kan undertiden fastslaa med Sikkerhed, at han var sindssyg ved Løftets Afgivelse, og maaske udtale, at han sandsynligvis ikke havde Forstaaelsen af, hvad han foretog sig; men Domstolene synes ikke at lægge afgørende Vægt herpaa, saafremt Løftets Indhold er fornuftigt, jfr. 1941. 1093 (H), hvor Utilregnelighed ikke fandtes godtgjort til Trods for Retslægeraadets Paastand herom.^o)

^o) Andre Domme, der trods Lægers eller Vidners Udtalelser ikke har statueret Ugyldighed, naar Aftalens Indhold er rimeligt, findes

Denne strenge Praksis synes ikke uden en vis Betænkelighed. Der er Tale om et indre psykologisk Forhold, der ikke kan bevises fuldt ud. Man maa da nøjes med en vis praktisk Sikkerhed. Denne har Domstolene imidlertid kun ment var til Stede, hvor Utilregneligheden har manifesteret sig i urimelige Vedtægter i Kontrakten. Men herved bliver den Beskyttelse, der ydes den utilregnelige, meget ringe. Ofte er det af Betydning for en Person, at en Aftale ikke er forpligtende for ham, selv om den ikke er økonomisk ugunstig. Der er maaske Tale om Salg af Ting, han nødigt vil undvære, og som han aldrig vilde sælge i normal Tilstand. Hvis det fastsatte Vederlag er rimeligt, vil han da ikke have nogen Mulighed for at bevise, at han var utilregnelig ved Aftalens Indgaaelse. Ogsaa ved Salg af fast Ejendom forekommer det særlig betænkeligt, at der kræves saa strengt Bevis for Utilregnelighed, jfr. f. Eks. 1925. 896, hvor en Enkes Salg af en Ejendom ansaas gyldigt, til Trods for at det i en Lægeerklæring hed, at hun maatte anses for at have været sindssyg ved Handelens Afslutning, saaledes at hun næppe havde kunnet bedømme sine Handlinger fuldt ud.

Hensynet til Sikkerheden i Kontraktsforhold synes ikke at udelukke, at man tager Hensyn til Utilregneligheden, selv om den ikke fremgaar af Aftalens Indhold, hvis Lægerne (helst Retslægeraadet) med nogenlunde Sikkerhed tør erklære, at Løftegiveren ikke har haft Forstaaelse af sine Handlinger ved Løftets Afgivelse. Alene det, at det kan oplyses, at Løftegiveren led af en alvorlig Sindssygdom, indicerer dog, at han ikke har handlet normalt. Det synes farligt at lade sindssyge Personer blive forpligtet, fordi de ikke kan føre det strenge Bevis for Utilregnelighed, idet der herved skabes stor Mulighed for, at de vil blive udnyttet og forpligtet uden deres virkelige Ønske og Vilje.

Særlig hvor Medkontrahenten ikke har haft Grund til at tro, at Løftegiveren var ganske klar over, hvad han foretog sig, saaledes som det ofte vil være Tilfældet ved Beruselse, er den nævnte strenge Praksis betænkelig, men fastholdes ikke desto mindre, jfr. 1914. 902, hvor A. havde tabt 1000,— Kr. i et i 1941. 81 (H); 1941. 82 (H) og 1907. 18 (H). Bevis for Sindssygdom er ikke uden videre tilstrækkeligt, jfr. H. R.-Dommen 1926. 5.

Væddemaal om, hvormange Stemmer en Folketingskandidat havde faaet. A. hævdede, støttet af Vidner, at han havde indgaaet Væddemaalet i beruset Tilstand uden rigtig at gøre sig klart, hvad han foretog sig. Dette fandtes ikke godtgjort. I en Dissens fremhæves Vidneforklaringerne og Beløbets Størrelse til Støtte for at frifinde A.

Efter de ovenanførte Bemærkninger kan Dommen ikke anses for rigtig.⁷⁾

Maaske ligger Forklaringen i den strenge Praksis i den teoretiske Udformning af Bevisbyrdelæren, hvorefter den, der gør Ugyldighedsgrunde gældende, har Bevisbyrden for deres Tilstedeværelse, og at der til Opfyldelse af Bevisbyrden kræves fuldt Bevis. Denne Forklaring stemmer dog ikke med Domstolenes iøvrigt frie Stilling overfor Bevisbyrdeproblemet.

Endelig skal nævnes et Tilfælde, hvor Løftet ansaas ugyldigt paa Grund af Utilregnelighed, nemlig H. R.-Dommen 1921. 453: En Gaardejer A. fik et apoplektisk Anfald, og hans Brodersøn B.s Stedfader tilkaldte en Sagfører, idet han mente, at A. vilde overdrage sin Gaard til B. mod Aftægt, hvilket Sagføreren derefter formidlede. Da A. et halvt Aar efter blev umyndiggjort, forlangte Værgen Skødet erklæret ugyldigt. Efter Retslægeraadets Erklæring og nogle Vidneforklaringer om, at »A. ikke forstod ret meget af det passerede«, blev Dispositionen kendt ugyldig.

Højesteret ændrede Landsretsdommen, der ikke havde anset det for godtgjort, at A. ikke havde kunnet handle fornuftsmæssigt ved Skødets Underskrift. I det hele taget vil det ses, at de Domme, der har stillet de — formentlig urimeligt — strenge Beviskrav, er Landsretsdomme.⁸⁾

⁷⁾ I visse Kredse indgaas Handeler som Regel paa en Beværtning, hvor Parterne gensidig byder hinanden paa »Genstande«, saaledes at Aftale først sluttet, naar den ene eller begge Parter er stærkt paavirkede af Spiritus. Det vilde næppe skade Retssikkerheden, og det vilde højne Handelsmoralen, om man her i videre Omfang statuerede Handelens Ugyldighed paa Grund af Utilregnelighed.

⁸⁾ Cfr. dog Ø. L. D. 1939. 951, hvor en — objektivt ret urimelig — Kautionsforpligtelse blev erklæret ugyldig, selvom Løftgeveren ikke var egentlig utilregnelig, men hvor det var overvejende sandsynligt,

3. Naar en Person skriftligt eller mundtligt har afgivet et Løfte af et bestemt Indhold, vil det være yderst vanskeligt bagefter at skaffe noget som helst Bevis for, at Løftet paa Grund af en Fejltagelse har faaet et andet Indhold end tilsigtet. Man har her i Almindelighed kun Løftegiverens egen Erklæring at bygge paa. Den fornødne Beskyttelse for Løftemodtageren ligger i, at han ikke kan antages at have været i ond Tro, medmindre der skabes en ret stærk Sandsynlighed herfor, jfr. ovf. B. Jo mere normalt og rimeligt Løftet er, desto vanskeligere vil man antage ond Tro, og samtidig vil det ogsaa være mere tvivlsomt, om der overhovedet foreligger en Fejltagelse. De to Spørgsmaal hænger saaledes nøje sammen, jfr. 1923. 80 (H), der udtaler, at Omstændighederne *kunde tyde paa Fejlskrift*, men det var ikke *godtgjort*, at Sagsøgeren var klar herover.⁹⁾

4. Den, der paatager sig en Forpligtelse pro forma, maa sikre sig Bevis herfor, idet man naturligvis i Almindelighed maa bygge paa Aftalens tilsyneladende Indhold, jfr. 1924. 436 (H): En Mand gav sin Samleverske Skøde paa en Ejendom, de havde købt i Forening. Efter Samlivets Ophør paastod han, at Halvdelen af Ejendommen skulde tilbageskødes ham, da Skødet var pro forma. Dette nægtedes, da der intet Bevis var herfor, jfr. 1906. 944: Tiltrædelse af en Akkord ikke anset pro forma, fordi Skyldneren samtidig havde udstedt en Veksel paa hele Gælden.¹⁰⁾

Er der f. Eks, udstedt et Gældsbrief, og Debitor efter Kreditors Død paastaar, det var pro forma, vil det i Almindelighed være betænkeligt at antage dette. Er der en vis Sandsynlighed derfor, kan Sagen eventuelt gøres afhængig af Debtors Ed, jfr. saaledes 1907. 846. I Dommen 1915. 35, ansaas pro forma for godtgjort ved, at Arveladeren havde tilintetgjort de Veksler, som Sagsøgte havde accepteret samt ved, at han havde sagt til sin Sagfører, at der ikke skulde anlægges Sag.

at Løftet var afgivet efter en pludselig og uovervejet Indskydelse, begrundet i Stemningssindssygdom.

⁹⁾ Dommen 1910. 75 ansaa ikke Fejltagelse for bevist.

¹⁰⁾ Jfr. 1913. 986: Salg af Møbler mellem Fader og Søn ikke anset pro forma.

5. Det forekommer sjældent, at der fremsættes Indsigelse om mekanisk eller voldelig Tvang, og sker det, vil Faktum som Regel blive klart oplyst gennem en kriminel Undersøgelse.

Det er mere almindeligt, at der fremsættes den Indsigelse, at et Løfte er fremkaldt ved almindelig kompulsiv Tvang (Aftalelovens § 29), eller at Løftegiveren er blevet udnyttet (Aftalelovens § 31). Grænsen mellem denne Form for Tvang og Udnyttelse er ofte flydende.

Saafernt ingen konkrete Oplysninger tyder paa, at der foreligger Tvang eller Udnyttelse, kan dette fornuftigvis ikke antages. Det praktisk vigtige Problem drejer sig om, hvor stærkt et Bevis, der kræves for, at Løftet kan erklæres for ugyldigt. Her synes Domstolene at kræve et meget strengt Bevis, saaledes at en ganske betydelig overvejende Sandsynlighed ikke anses for tilstrækkelig. Imod denne strenge Praksis kan anføres lignende Betragtninger, som er nævnt ovf. under 2. (Utilregnelighed). Praksis synes at være bange for at svække Betydningen af Reglen om Løfters forbindende Kraft, men synes i Virkeligheden herved at svække den almindelige Retssikkerhed ved at tillade Gennemførelsen af Krav, om hvilke det i høj Grad er sandsynligt, at de støtter sig paa et fremtvunget Løfte eller et Løfte, der er opnaaet ved Udnyttelse, jfr. H. R. -Dommen 1922. 181: Sagsøgte B. paastod, at den Provision, der indtaltes, skyldtes et Løfte, som Sagsøgeren A. havde aftvunget ham ved Trusel om at oplyse de engelske Myndigheder om hans Ejendomsret til visse Varepartier, der laa i England, hvilket vilde bevirke disses Konfiskation, da han var blacklisted. Det oplystes, at A. aldrig før havde faaet Provision af B., samt at han skulde have Provision af hele B.s Omsætning, selvom han ikke medvirkede ved Salg. — A. paastod, at Provisionen var tilsagt ham som Vederlag for Ekstraarbejde i et andet Mellemværende med B. Dommen udtaler, at »Forskellige Omstændigheder tyder hen paa, at det er fremhævet af A., at B. kunde risikere, at de Varepartier vilde blive konfiskeret« Alligevel tør Dommen ikke statuere Aftalens Ugyldighed. Der henvises særligt til, at B. burde have gjort Ugyldigheden gældende under en selvstændig Sag og ikke ventet til A. ca. 1 Aar efter Aftalen anlagde Sag.

Naar Aftalen er indgaaet uden Vidner, vil der sjældent kunne skaffes bedre Bevis for Tvangen end her, hvor Udsigten til Konfiskation var fremhævet af A. ved Indgaaelsen af en Aftale, der syntes at give ham en urimelig Fordel (det indtalte Provisionstilgodehavende udgjorde ca. Kr. 73.000,—, og det var kun oplyst, at det omtalte Ekstraarbejde bestod i Prolongering af nogle Laan).

Dommen 1918. 927 (H) statuerede ikke Ugyldighed, men der var heller ikke fremført Oplysninger, der sandsynliggjorde Tvang.

Med Hensyn til Udnyttelse kan særlig nævnes Dommen 1926. 162: En Godsejer A. mageskiftede sin Ejendom i Stockholm med Proprietær B.s Gaard her i Landet. A. havde oplyst, at Værdien af den stockholmske Ejendom var Kr. 125.000,—, og at en Prioritet, der stod lige efter Laan paa Kr. 82.000,—, og som forfaldt ved Ejerskifte, let kunde ombyttes. Ejendommens reelle Værdi var ca. Kr. 75.000,—, og der kunde absolut ikke foretages nogen Ombytning af den nævnte Prioritet. B.s Paastand om Aftalens Ugyldighed paa Grund af hans Uerfarenhed blev taget til Følge.

Saafremt der er Tale om en Kontrakt mellem Forretningsfolk, vil en Paastand om Udnyttelse af den enes Uerfarenhed eller Enfoldighed have Formodningen imod sig, selvom denne Part stilles særdeles ugunstigt ved Aftalen, jfr. 1932. 560.

Kapitel XIII

MANGLER

Selvom Parterne er enige om en Kontrakts Indhold, kan der opstaa Tvist om Kontraktsmæssigheden af den leverede Vare, idet den ene Part paastaar, at Modparten ikke har opfyldt Aftalen rigtigt. Det vanskeligste Bevisspørgsmaal vedrører Mangler. Der vil sjældent opstaa Tvivl om, hvornaar en Parts Ydelse er erlagt (Forsinkelse, Umulighed).

A. Naar der opstaar Tvist om en Vares Kontraktsmæssighed, vil Afgørelsen næsten altid kunne træffes paa Grundlag af Sagens Oplysninger. Der vil som Regel være flere Personer, foruden Sælgeren og undertiden Køberen, der har Kendskab til Varen, nemlig Sælgerens Folk, Fragtførere, Vejere, Køberens Folk, m.fl. Endvidere vil Varen ofte selv kunne bidrage til Sagens Oplysning, idet det dog ofte vil være tvivlsomt, *hvornaar* en eventuel Mangel er indtruffet, og herom kan Varen sjældent give sikker Oplysning.

1. Saafremt den Part, der besidder Varen (Tingen), intet foretager sig for at oplyse dens Beskaffenhed, maa dette tillægges bevisende Betydning imod ham, og Modpartens Paastand vil da som Regel blive lagt til Grund uden yderligere Bevis,¹⁾ jfr. 1922. 111 (H): A. havde købt hele B.s Tobaksavl »i prima tør Stand«. A. nægtede Modtagelse af Varen, idet han paastod, at den var ukontraktsmæssig. B. anlagde Sag med Paastand om Købesummens Betaling, men da han ikke godtgjorde, at Varen var kontraktsmæssig, frifandtes A. — Hvis Køberen har mod-

¹⁾ Jfr. Skeie, II. p. 361. Tybjerg hævder Lassens Opfattelse (Lassen, spec. D. p. 256 ff.), at Sælgeren har Bevisbyrden, men med vidtrækkende Undtagelser (p. 183), bl. a. i Almindelighed, naar Køberen har modtaget Varen, jfr. Ussing, »Køb«, p. 119.

taget²⁾ Varen, og han ikke tilvejebringer Oplysninger om eventuelle Mangler, maa der gaas ud fra, at Varen ikke er mangelfuld, jfr. 1921. 701(H): En Grosserer købte og aftog Ost til Eksport. Paa Grund af Strejke kunde Osten først eksporteres 1½ Maaned efter. En Prøve viste da for lav Fedtprocent. Herefter var der ikke godtgjort Mangler ved Leveringen, jfr. 1937. 43 (H): Ej bevist, at en Dellevering Koste var ukontraktsmæssig, hvorfor Køberen blev dømt til at betale hele Partiet.³⁾ Ved Tvist, om der er leveret det aftalte Kvantum, gælder lignende Betragtninger, jfr. 1934. 1076 (H): Køberen af et Ismejeri fik ikke tilkendt Erstatning for Varemangel, da der intet Bevis var ført herfor, jfr. 1905. 87: Ej bevist, at en Del af de bestilte Varer ikke var leveret.

2. Det foreliggende Spørgsmaal er endnu mere tvivlsomt i Distancehandler. Afgørende for Varens Kontraktsmæssighed er dens Tilstand ved Risikoens Overgang til Køberen. (Lov om Køb § 44). Hermed er dog ikke sagt, at Køberen har Bevisbyrden for, at Tingen er mangelfuld ved Risikoens Overgang. Dette synes imidlertid at fremgaa af to Gr. Soc. Responsa, 1888. 842, hvorefter Køberens Indsigelser i cif-Handler maa fremsættes paa Afladningsstedet, dog at senere Indsigelser — saalænge ingen særlig Modtagelse har fundet Sted — kan fremsættes, hvis det kan bevises, at Varerne var ukontraktsmæssige ved Afladningen. Tilsvarende skulde gælde med Hensyn til fob-Handel, jfr. Gr. Soc. Responsum 1913. 637. Allerede Tybjerg (p. 185 f.) tager Afstand fra denne Opfattelse. Hvis Varen er mangelfuld ved Fremkomsten til Køberen, og Manglen lige saa godt kan være indtraadt før som efter Afladningen, maa Sæl-

²⁾ Skeie, II. p. 361 og 362—63, synes ikke at ville tillægge Modtagelsen nogen Betydning, hvis der straks reklameres. Tybjerg vil efter sine Udtalelser p. 187 foruden Reklamation kræve Varens Afvisning, og hans Udtalelser p. 184 ved Note 1 skal vist ikke forstaas anderledes. Saafremt Køberen varetager Sælgerens Interesser ved at modtage og eventuelt opbevare Tingen, og han ikke paa nogen Maade raader over den, kan Modtagelse næppe tillægges den Betydning, at Køberen skal skaffe Oplysning om Varen (eventuelt ved Syn og Skøn), men den maa naturligvis staa til Sælgerens Disposition.

³⁾ Jfr. 1917. 790: Ej godtgjort Mangler ved leveret Markise.

geren tilvejebringe Oplysning om Varens Kvalitet ved Indladningen. Gør han ikke det, maa det antages, at Manglen forelaa allerede dengang. Herimod kan ikke anføres Sø- og Handelsretsdommen 1914. 247: Køberen af nogle Sten forlangte Afslag paa Grund af Undervægt. Det hedder i Dommen: »Efter de i cif-Handeler gældende Regler maa det paahvile Køberen at bevise, at Vægten ved Indladningen ikke har været som i Fakturaen opgivet.« Da dette ikke var bevist, blev Sælgeren frifundet. Dette synes at være i nøje Overensstemmelse med de nævnte Responsa. Imidlertid fremgaar det af Sagen, at Sælgerens Vejere havde forklaret, at der ikke var Undervægt ved Af-sendelsen, og Køberens Paastand om Undervægt ved Modtagelsen støttedes kun paa en Amningsmaaling, der aabner Plads for større Spillerum end den paastaaede Undervægt. Under disse Omstændigheder var det rigtigt at statuere Kontrakts-mæssighed, jfr. ogsaa Dommen 1934. 1022, hvor Sælgerens Prokurist, Lagerarbejder og Afskiberen forklarede, at et Parti Klipfisk var mangelfrit ved Afskibningen, men hvor det var godt-gjort, at det var mangelfuldt ved Ankomsten til Ægypten. Køberen fik ingen Erstatning. — Hvis Sælgeren i saadanne Tilfælde intet oplyser om Varens Tilstand ved Afskibningen, hvilket han normalt har rimelig Opfordring til, maa Køberens Paa-stand lægges til Grund uden yderligere Bevis, medmindre ogsaa Køberen har haft Folk til at varetage sine Interesser ved Afskibningen. Kan Sælgeren (eller eventuelt Køberen) ikke til-vejebringe nogen Oplysning om Varen ved Indladningen, uden at der heri ligger noget Bevisdatum mod den ene Part, og er det ikke ganske usandsynligt, at Manglen er opstaaet efter Af-sendelsen, kan det ikke statueres, at Varen var ukontrakts-mæssig.

Foreligger der en egentlig Modtagelse fra Køberens Side, navnlig ved at Varen er kommet indenfor hans Omraade, maa han godtgøre, at Varen var ukontraktsmæssig ved Modtagelsen. Har han haft Tingen i længere Tid, vil dette ofte være vanske-ligt, jfr. 1922. 429: Et halvt Aar efter Modtagelsen af nogle Blommer, opdagede Køberen, at Restpartiet var fordærvet. Det kunde ikke godtgøres, at Varen inden Afskibningen havde været

mere befængt med Skimmel end sædvanligt, jfr. 1911. 174, hvor Køberen ikke straks ved Modtagelsen havde sikret sig Bevis for, at der manglede 6 Dusin Skind.

3. I den foretagne Redegørelse er navnlig tænkt paa Genuskøb, men lignende Betragtninger maa gælde i Specieskøb. Da Køberen her i Almindelighed har besigtiget Tingen før Leveringen, vil han dog ofte helt være afskaaret fra at gøre Mangelbeføjelserne gældende ifølge Købelovens § 47. Er der Tale om Fejl, som han ikke kunde have opdaget ved Besigtigelsen, opdages de som Regel først efter, at han har modtaget Tingen, og han maa da godtgøre, at Manglen ikke er indtruffet, medens han har haft Tingen. Opdages den skjulte Fejl imidlertid straks ved Modtagelsen, og Tingen derefter afvises, maa Sælgeren skaffe Tingens Kontraktsmæssighed oplyst.⁴⁾

B. Saafremt den Part (Køber eller Sælger), der har haft bedst Lejlighed og Opfordring til at skaffe Oplysninger om Salgsgenstandens Beskaffenhed, ikke forelægger Retten saadanne Oplysninger, maa man i Almindelighed gaa ud fra, at disse Oplysninger er til Skade for ham, og foreligger der ikke yderligere Beviser, maa Dommeren dømme paa Grundlag af denne almindelige Antagelse. Som Regel vil der dog blive forelagt yderligere Oplysninger, og Spørgsmaalet bliver da, hvilken bevismæssig Betydning, der kan tillægges forskellige Oplysningsmidler.

1. Størst bevismæssig Betydning vil et retligt udmeldt Syn og Skøn have. Herigennem faar Retten en sagkyndig Udtalelse, der bygger paa en grundigere Undersøgelse af Tingen. Syn- og Skønsmændenes Erklæring om, hvorvidt Tingen er mangelfuld eller ikke, er i og for sig ikke bindende for Dommeren, og deres Erklæring om Tingens faktiske Beskaffenhed kan omstødes ved andre Beviser, men i Praksis vil Syn- og Skønsmændenes Erklæring næsten altid være afgørende baade for det faktiske Spørgsmaal om Tingens Beskaffenhed og for det blandede (faktisk-retlige) Spørgsmaal, om den kan betragtes som mangelfuld. Naar Syn- og Skønsmændene tillige skal udtale sig om Mangels Tilstedeværelse paa et bestemt (tidligere) Tidspunkt, vil

⁴⁾ Jfr. Tybjerg, p. 186 f., Lassen, p. 518.

deres Erklæring ofte være præget af Tvivl, men det maa i saa Fald bringes paa det rene, hvor stor Sandsynlighed, der er for Manglens Tilstedeværelse paa den angivne Tid, saaledes at Dommeren paa Grundlag heraf kan bedømme Spørgsmaalet.

2. Vidneforklaringer om Tingens Beskaffenhed vil som Regel ikke kunne tillægges samme bevisende Kraft som et Syn og Skøn. Hvis imidlertid en Part (f. Eks. Sælgeren) kan støtte sin Paastand (om Kontraktsmæssighed) paa Vidneforklaringer, og Modpartens Paastand (om Mangler) ikke kan bestyrkes væsentligt, kan Vidneforklaringerne blive afgørende, jfr. de ovenfor under A. nævnte Domme 1914. 247, og 1934. 1022. Kunde der imidlertid være tilvejebragt bedre Oplysninger gennem et Syn og Skøn, maa Vidneforklaringerne tillægges mindre Betydning. Dette fremgaar tydeligt af Sø- og Handelsretsdommen 1915. 1042: Køberen havde sikret sig to sagkyndige Vidners Undersøgelse og Erklæring ved Varens Modtagelse. Først 1½ Aar efter kom Sagen for Retten, hvor Vidnerne fastholdt deres Erklæringers Rigtighed. Dommen udtaler imidlertid, at Sagsøgte ikke har haft Grund til at undlade Optagelse af lovformeligt Syn og Skøn, hvilket havde givet den bedste Garanti.⁶⁾ Vidneførsel bør dog ikke afskæres, selvom det er usandsynligt, at der herved kan tilvejebringes tilstrækkeligt Bevis, jfr. udtrykkeligt 1911. 153. Heraf fremgaar det, at det ikke er udelukket at føre et Bevis ved Hjælp af Vidner, selvom der kunde og burde være optaget Syn og Skøn. — Det er sikkert rigtigt at tillægge Forsømmelighed med at optage Syn og Skøn en vis bevismæssig Betydning imod den, der har haft Opfordring til at sikre sig Bevis, men denne Skadevirkning maa kunne opvejes ved et stærkt Vidnebevis, jfr. 1908. 294, hvor de sagkyndige Vidners Erklæring om, at et Hus maatte antages at have været angrebet af Svamp ved Salget ½ Aar før deres Undersøgelse, blev lagt til Grund. Erklæringens Rigtighed var yderligere bestyrket ved to Vidners Erklæring om Sælgerens Udtalelser.⁶⁾

⁶⁾ En særlig Opfordring hertil havde Køberen ved Slutsedlens Værnetingsklausul (»efter at lovligt Skøn er optaget«).

⁶⁾ Er der gaaet længere Tid inden Undersøgelsen, vil et Syn og Skøn undertiden ikke kunne godtgøre, om Svampen var til Stede

Saafrømt begge Parter har ladet optage Syn og Skøn, og disse viser sig modstridende, kan Afgørelsen ikke bygges paa, hvem der har haft størst Opfordring til at sikre sig Bevis. Her maa man da statuere Kontraktsmæssighed, medmindre der — inden en rimelig Frist — skaffes overvejende Bevis for Mangler, jfr. saaledes 1910. 352.

3. Undertiden kontrolleres Salgsgegenstanden af særlige (offentlige) Organer inden Afsendelsen eller/og Modtagelsen. Den bevismæssige Betydning af saadanne Erklæringer maa naturligvis bero paa, hvilke Garantier for Sagkundskab og Upartiskhed, disse Organer frembyder. Æg-Kontrollens Godkendelse af Eksportæg fra Danmark ansaas saaledes for tilstrækkeligt Bevis overfor et Syn og Skøn i Berlin, der konstaterede Mangler, se 1930. 575. Undersøgelse af Eksportkartofler, foretaget af Statens Tilsynsførende med smitsomme Plantesygdomme, ansaas ligeledes afgørende overfor de tyske Myndigheders Undersøgelse i Hamborg, se 1940. 603. Hvor Varen først er undersøgt af en offentlig Myndighed efter Leveringen, vil dennes Erklæring ogsaa have stor Betydning, hvis Manglen ikke maa antages at være opstaaet efter Risikoens Overgang, jfr. 1916. 243: Oksekød i Daaser anset fordærvet efter Erklæring af en østrigsk Militærkommission, der havde besigtiget Varen uden Varsling til Sælgeren. Derimod kan den Vejning eller Maaling, som Toldvæsenet foretager til Bestemmelse af Toldafgiften, ikke anses for afgørende Bevis i Parternes indbyrdes Mellemværende, jfr. 1906. 790.

I Husdyrhandler indhentes der ofte Erklæring fra det veterinære Sundhedsraad. Der maa naturligvis foreligge ganske særlige Omstændigheder for at tilsidesætte en saadan Erklæring, der er afgivet under de bedste Garantier af Sagkyndige, og Domstolene bør være forsigtige med paa Grundlag af en — maaske nærliggende — ikke-sagkyndig Betragtning at tilsidesætte Erklæringen. I H. R.-Dommen 1930. 269 ansaas Raadets Erklæring om, at en Kvie havde lidt af smitsom Kalvekastning før Salget, ikke for afgørende, da der ikke var paavist Sygdom i

ved Salget, jfr. udtrykkeligt 1923. 826 (H): 3 Aar. Endvidere 1923. 23 (H): 5 Aar, og 1923. 267 (H): 3 Aar.

Sælgerens Besætning, der ellers var sund og isoleret, og da der var nærliggende Mulighed for, at den var blevet smittet senere.⁷⁾

C. 1. I visse Tilfælde kan en Mangel ikke bevises direkte, idet Salgsstanden har forandret sig, før Manglen opdages. Selvom Køberen i saadanne Tilfælde ikke paa Forhaand har haft Lejlighed til at sikre sig Bevis for Manglen, synes Praksis at kræve samme strenge Bevis for Mangler som i Tilfælde, hvor der kan tilvejebringes sikre Oplysninger, f. Eks. ved Syn og Skøn, jfr. 1912. 413: Frø var solgt med en garanteret Spireevne paa 90—100 %. Afgrøden blev imidlertid saa ringe, at Marken maatte pløjes om. Derved fandtes det ikke godtgjort, at Frøene var ukontraktsmæssige. Dette Resultat kan vanskeligt begrundes. Det var urimeligt, om Køberen paa Forhaand skulde sikre sig Bevis for Frøenes Spireevne. Det er overvejende sandsynligt, at Misvæksten skyldtes manglende Spireevne. Naturligvis kan andre Omstændigheder have spillet ind, men der var intet oplyst herom. Det afgørende maa være, at Hensynet til Retssikkerheden ikke kræver bedre Bevis for Manglen end den foreliggende Sandsynlighed, idet Misvækst er ret sjælden, i hvert Fald hvis den ikke ogsaa rammer andre Marker eller skyldes paaviselige Omstændigheder. Dommen er farlig for Retssikkerheden, idet Sælgere kunde faa den Opfattelse, at de ubekymret kan levere Frø af en hvilken som helst Kvalitet og garantere bedste Spireevne, blot fordi Købere aldrig vil kunne føre det af Dommen krævede Bevis for Mangler.

2. I Tilfælde, hvor Manglen ikke kan paavises ved selve Varen, skønt den er til Stede, men hvor Manglen synes at fremgaa af andre Omstændigheder, maatte man efter den lige nævnte Dom vente, at Praksis ikke vilde statuere Mangler. Dette er dog sket ved H. R.-Dom 1939. 16: En Gaardejer A. købte 1 Tønde Fodersirup. Nogen Tid efter døde hele hans Besætning paa nær 3 Kalve, der ikke havde faaet noget af Fodersiruppen. En Opduktion af Kreaturerne viste Blærelammelse, Diarrhoe og Lungebetændelse som Dødsårsag. Endvidere var der svære Tegn paa Forgiftning i visse Organer. Ved Undersøgelse af Siruppen og

⁷⁾ Jfr. lignende Dom 1906. 27 (H) om Tilstedeværelsen af Lungesyge før Salget.

Dyrenes Maveindhold fandtes ingen Giftstoffer. A. lod nu — under behørig Kontrol — foretage et Forsøg med 2 Kalve, som opfodredes paa ganske ens Maade, blot med den Forskel, at den ene fik Resten af A.s Fodersirup, den anden fik et tilsvarende Kvantum Fodersirup fra en anden Tønde. Nogen Tid efter blev den første Kalv syg og døde under lignende Omstændigheder, som A.s øvrige Besætning. Der foretoges endvidere Undersøgelser, der godtgjorde, at Kreaturerne sandsynligvis ikke havde kunnet blive forgiftede af andet Foder paa A.s Gaard end Siruppen. — I V. L.-Dom hedder det: ».... kan ikke anse det for tilstrækkeligt bevist, at Fodervare har været behæftet med særlige sundhedsfarlige Egenskaber.« For Højesteret fremlagdes en Sagkyndigs Erklæring, hvorefter visse kemiske Forbindelser, som tidligere havde været paafuldt Tønden, maaske kunde have bevirket Forgiftningen. Herimod talte dog, at disse Forbindelser i ren Tilstand er meget flygtige, og navnlig, at de ikke var paavist ved Analysering af Fodersiruppen eller Dyrenes Organer. I Paadømmelsen ved Højesteret deltog 11 Dommere. 6 Dommere fandt det godtgjort, at Kreaturerne Død skyldtes Fodersiruppen, og at Sælgeren var ansvarlig, medens 5 Dommere stemte for at stadfæste Landsrettens Dom.

I Henhold til de ovenfor anførte Betragtninger er Resultatet formentlig korrekt.⁸⁾ Hensynet til Retssikkerheden kan ikke kræve bedre Bevis end den meget stærke Sandsynlighed, der var for, at Siruppen var sundhedsfarlig.

D. Om Beviset for Misligholdelse af Medhjælperkontrakter indeholder Medhjælperlovens §§ 26—27 og 29—30 visse Regler. Efter disse kan henholdsvis Medhjælperen og Husbonden hæve Kontrakten, »naar han kan bevise« bestemte Misligholdelsesaarsager fra Medkontrahentens Side. Meningen med her i Loven at fastslaa, at den, der paaberaaber sig Misligholdelse, skal bevise den, har været at skabe en særlig Fasthed i dette Kontraktsforhold, og der maa derfor kræves ret strengt Bevis til

⁸⁾ Noget andet er, om det var berettiget at paalægge Sælgeren Ansvar for Manglen, da Uforsigtigheden var udvist i et tidligere Led i Omsætningen. Højesteret begrundet ikke sin Afgørelse i saa Henseende. Se C. D. Rump: T. f. R. 1939. 112.

Fordel for den, der paaberaaber sig Misligholdelse.⁹⁾ Om Beviset for Bortvisning findes ingen Regel i Medhjælperloven, men det er klart, at der ikke kan statueres Bortvisning, hvis der ikke er oplyst andet end, at Medhjælperen har forladt Tjenesten. Det er naturligt, at Medhjælperen sikrer sig Vidner eller en skriftlig Erklæring om Bortvisningen, jfr. 1908. 553: En Karl hævdede, at han var blevet bortvist efter et Ordskifte med Husbonden, hvilket Husbonden bestred. Et Vidne forklarede, at Husbonden til ham havde sagt, at Karlen var bortvist. Herved ansaas dette bevist. Men kan der ikke skaffes særligt Bevis for Bortvisningen, kan der ikke statueres Misligholdelse fra Husbondens Side, jfr. 1908. 117, hvor Husbondens Paastand om Fratræden ifølge Aftale blev lagt til Grund, jfr. 1912. 344, der udtrykkelig udtaler, at da Tyendet ikke beviste, at det var bortvist, maatte der gaas ud fra, at det havde hævet paa egen Haand.¹⁰⁾

Tilsvarende som anført om Bortvisning maa gælde angaaende Husbondens Nægtelse af at modtage Medhjælperen (Medhjælperlovens § 31), jfr. 1913. 6: Der var skabt overvejende Sandsynlighed for, at Modtagelsen af en Karl var nægtet ved, at Husbonden havde skrevet i hans Bog, at han ikke havde Brug for ham, og at han kunde søge andet Arbejde. Da der ikke var oplyst Samtykke fra Karlens Side, blev Husbonden dømt til at betale Løn og Kostpenge.

Rejser Husbonden Krav i Anledning af Medhjælperens paa-staaede ulovlige Bortgang, og kan Medhjælperen ikke bevise Bortvisning, er det mere betænkeligt uden videre at lægge Husbondens Paastand til Grund. Det maa nemlig antages, at Medhjælperen ofte ikke sikrer sig Bevis for Bortvisningen, idet han maaske ikke selv vil rejse Krav i den Anledning og ikke tænker paa, at Husbonden eventuelt rejser Krav for ulovlig Bortgang. Alligevel synes Praksis ogsaa i dette Tilfælde at følge Husbonden.

⁹⁾ De tidligere gældende Regler i Tyendelovens §§ 41 og 43 indeholdt intet om Beviset, hvilket maa tages i Betragtning ved Bedømmelsen af Domme fra før Medhjælperlovens Ikrafttræden.

¹⁰⁾ Jfr. 1914. 712: Tjenestepige maatte bevise Bortvisning.

dens Paastand, naar Medhjælperen ikke kan bevise lovlig Bortgang, jfr. 1910. 1013.¹¹⁾)

Af Domme, der belyser Kravet til Bevis for Misligholdelse fra Medhjælperens Side, kan nævnes 1908. 90: Intet oplyst om, at en Pige led af en Sygdom, der berettigede Husbonden til at hæve Kontrakten. — Misligholdelse ikke statueret. I Dommen 1941. 1056 (H) var der tilvejebragt visse Oplysninger, der ret stærkt indicerede Forsømmelighed fra en Fodermesters Side. Navnlig fremgik det, at hans Pasning af Malkeanlægget havde været uforsvarlig, idet en Montør, der havde efterset det, erklærede, at det var næsten ubrugeligt paa Grund af Snavs. Da det imidlertid var oplyst, at Mælken havde været af tilfredsstillende Kvalitet, ansaa det ikke tilstrækkeligt bevist, at Fodermesteren havde gjort sig skyldig i et Forhold, der berettigede Husbonden til at hæve Kontrakten uden Varsel efter Medhjælperlovens § 30, Stk. 1, Nr. 10. (3 Dommere ansaa Afskedigelsen for berettiget, navnlig paa Grund af Montørens Erklæring.)

¹¹⁾ Tybjerg (p. 173) anfører, at den Part, der vil støtte et positivt Krav paa Afbrydelsen, maa have Bevisbyrden.

Kapitel XIV

ERSTATNING

Naar en Kontraktspart misligholder sine Forpligtelser, vil Medkontrahenten ofte kunne forlange Erstatning. Hertil er det dog ikke tilstrækkeligt, at Misligholdelsen kan anses for godtgjort, men der kræves yderligere bl. a., at Medkontrahenten lider Tab ved, at Kontrakten ikke opfyldes, samt at der foreligger Culpa eller andet Ansvarsgrundlag.¹⁾

A. 1. *Ansvarsgrundlaget.*

Skyldes Misligholdelsen Omstændigheder, der er indtruffet efter Aftalens Indgaaelse, vil den almindelige Opfattelse paalægge Skyldneren Bevisbyrden for Ansvarsfrihed.²⁾ Dette er ogsaa klart, naar der er sket Misligholdelse, begrundet i Omstændigheder, der er indtruffet, medens Skyldneren havde Raadigheden over Ydelsen, og der ikke skaffes nærmere Oplysninger om, at disse Omstændigheder ikke paadrager Skyldneren Ansvar. Mere tvivlsomt stiller Sagen sig, hvor der er skabt en vis Sandsynlighed for Ansvarsfrihed. For det Omraade, hvor Købelovens § 23 gælder, direkte eller analogt, kan en saadan Sandsynlighed ikke være tilstrækkelig, medmindre den nærmer sig fuldt Bevis, jfr. Paragraffens Ordlyd: »..... medmindre det oplyses«, og nærmere ovf. VII. B. Skyldneren vil herefter i Almindelighed kun have Mulighed for at undgaa Ansvar, saafremt der foreligger letbeviselige Omstændigheder, der ikke paadrager Ansvar, saasom Lynnedslag, Ildspaa sættelse eller anden Skadeforvoldelse fra Trediemands Side e. lign.. Reglen giver sjældent Anledning til Tvistemaal.

¹⁾ Jfr. Ussing, p. 125 ff.

²⁾ Jfr. Ussing, p. 131, Lassen, I. p. 399.

Købelovens § 24 (Genuskøb) kræver ikke, at Ansvarsfrihed »oplyses«, men kun, at Opfyldelse »maa anses for udelukket ...«. Paa Grund af de kvalificerede Omstændigheder, der kræves for at udelukke Ansvar efter § 24, vil der næsten altid kunne føres strengt Bevis for Udelukkelsesgrunden, hvis den virkelig har foreligget. Meget ofte vil Sælgeren imidlertid søge at unddrage sig Ansaret ved at henvise til, at Muligheden for at levere har været udelukket, fordi det maaske vil koste stort Besvær og store Omkostninger at levere. Det er derfor med Rette, at Praxis kræver strengt Bevis, jfr. 1942. 226: Sælgeren af Tørv oplyste, at det havde været umuligt at skaffe Jernbanevogne til Transporten. Dermed fandtes det ikke godtgjort, at han ikke kunde have skaffet dem ved tidligere Bestilling; 1916. 233: Umulighed paa Grund af Krigens Udbrud ikke godtgjort ved Erklæring fra et dansk og et svensk Selskab, der havde store Interesser i det sagsøgte Firma. Cfr. 1921. 935: Force majeure anset bevist, da al Kali i Sælgerens Distrikt (Nordslesvig) blev beslaglagt ved Regeringsdekret, og Tilførsel andre Steder fra forbudt. — Hvor det kan være vanskeligt at skaffe fuldt Bevis for Umuligheden, kan man nøjes med en stærkt overvejende Sandsynlighed, jfr. 1916. 233, hvor det fandtes »tilstrækkelig antageliggjort«, at de Kul, der ikke var blevet beslaglagt, var blevet retfærdig fordelt. — Vanskelighederne eller Omkostningerne ved Levering kan blive saa ekstraordinært forøgede, at det maa sidestilles med Umulighed,³⁾ men der maa naturligvis kræves et tilsvarende strengt Bevis, jfr. 1920. 576 (H), hvor Indførselsforholdene ogsaa ved Kontraktens Afslutning var vanskelige, og hvor en Forøgelse af Vanskelighederne ikke var godtgjort. Sælger paalagt Ansvar.

Det er Udtryk for et almindeligt Synspunkt, naar der i de nævnte Tilfælde er krævet særlige Oplysninger om Ansvarsfrihed, idet Skyldneren vil være nærmest til at sikre sig Bevis, hvis der virkelig foreligger Ansvarsfrihed.

Tilsvarende Betragtninger fører til, at man i Forvaringskontrakter (herunder Leje, Reparation o. lign.) paalægger Forvareren Ansvar, saafremt han ikke oplyser Omstændigheder, der fritager ham for Ansvar, se saaledes Assurandørens Domssamling

³⁾ Jfr. Ussing, p. 84; samme, »Køb«, p. 72 f.

1941 A. p. 14. Imidlertid kan der her ikke kræves det samme strenge Bevis som f. Eks. ved Købelovens § 23, men en vis overvejende Sandsynlighed for Ansvarsfrihed maa være tilstrækkelig, jfr. 1931. 1044 (H): Ejeren af en Pels fik Eksem, efter at Pelsen var blevet farvet, og forlangte Erstatning. Det fremgaar af Sagen, at Farvningen var foregaaet paa sædvanlig Maade, og at enkelte Personer er særlig disponerede for Eksem af Farven. Dommen fandt »ikke oplyst uforsvarligt Forhold . . .«, og Erstatning nægtedes. Udtryksmaaden kunde tyde paa, at Pelsens Ejer havde Bevisbyrden for Uforsvarlighed. Dette kan i og for sig tiltrædes. Hvis ikke Sagens Oplysninger — herunder den Oplysning, der kan ligge i, at Fremgangsmaaden ikke nøje klarlægges — sandsynliggør, at der er handlet uforsvarligt, bør dette ikke statueres. I det foreliggende Tilfælde synes det dog ligefrem godtgjort at der ikke var handlet uforsvarligt. I Overensstemmelse med det anførte Synspunkt er Dommen 1937. 403, der fremhæver, at Lejeren ikke har oplyst Omstændigheder, der kunde fritage for Ansvar for Beskadigelse af en Kumme, hvorfor han blev anset ansvarlig, jfr. 1931. 703 (H), hvor nogle Faars Sygdom og Underernæring antoges at skyldes uforsvarlig Pasning hos den, der havde dem til Opbevaring, bl. a. fordi det ikke var oplyst, hvormeget de havde faaet at spise. Hvis Deponenten har Adgang til selv at raade over Tingen eller føre Tilsyn med den, har han ogsaa Grund til at sikre sig Bevis for Omstændigheder, der kan begrunde et Ansvar for Tingen, og dette vil influere paa Beviset, jfr. 1910. 111, hvor der ikke var bevist Ansvar hos en Garderobekone for en Frakkes Bortkomst, da Kunden havde forlangt Frakken anbragt, saa han selv kunde hente den.

Er der Tale om vederlagsfrit Depositum, kan der vel stadig forlanges Oplysning fra Depositaren om Omstændighederne ved Tingens Ødelæggelse eller Beskadigelse, men der kan næppe stilles samme Krav til Beviset for Ansvarsfrihed som i andre Forvaringskontrakter, jfr. D. L. 5—8—14, der kræver, at »det bevises . . .«, at han har handlet uforsvarligt.⁴⁾

⁴⁾ Jfr. Ussing, p. 132, Munch-Petersen, II. p. 292, Skeie, II. p. 365, der alle udtrykker sig saaledes, at Deponenten har Bevisbyrden; modsat Hurwitz p. 152.

Med Hensyn til Gods, der befordres med Statsbanerne, paa-lægges der ved Lov (111) af 13/5 1911 (Lovbekg. 30/8 1940) om Statsbanernes Takster m. m. § 37 Banen Ansvar for Tab og Beskadigelser, medmindre den beviser, at Skaden skyldes Fejl fra Kundens Side eller Godsets egen Beskaffenhed. Der maa her kræves strengt Bevis. Ifølge samme Lov § 38 er Jernbanen ikke ansvarlig under visse særlige Omstændigheder, men disse skal ifølge Paragraffens 2. Stk. sandsynliggøres af Jernbanen. Hertil kan ikke kræves samme Maal af Bevis som efter § 37, men dog vistnok en ret høj Grad af Sandsynlighed, jfr. en ældre Dom 1910. 61, hvor Mangel eller daarlig Emballering ikke fandtes godtgjort.

2. Bortset fra Vanhjemmel og lignende Tilfælde,⁵⁾ hvor Sælgeren er ansvarlig uden Culpa, er det som Regel en Betingelse for Sælgerens Ansvar for oprindelige Opfyldelseshindringer, at han kendte eller burde kende deres Eksistens, ved Mangler, at han kunde indse, at han gav Køberen Føje til at anse en vis Egenskab for tilsikret.

Om Beviset for Sælgerens gode eller onde Tro i saa Hen-seende kan anføres lignende Betragtninger, som vedrørende ond Tro som Ugyldighedsbetingelse, jvf. ovf. XII, B. Er der intet fremført til Støtte for, at Sælgeren kendte eller burde kende Hindringen (Manglen), vil det i Almindelighed betyde, at han faktisk heller ikke var i ond Tro, og dette maa da statuere. Bevis for ond Tro vil som Regel tilvejebringes ved Oplysninger om selve Hindringens (Manglens) Beskaffenhed, idet den kan være saadan, at det i hvert Fald maa bebrejdes Sælgeren, at han ikke har kendt den, men kan naturligvis ogsaa skaffes ved Oplysning om, at Sælgeren her udtalt sig om sit Kendskab til Hindringen (Manglen) ved Købets Afslutning eller paa anden Maade.

Medens oprindelig Umulighed sjældent forekommer, foreligger der flere Afgørelser om Sælgerens Ansvar for oprindelige Mangler, jvf. f. Eks. 1930. 732: Køberen forlangte Erstatning, fordi nogle Køer led af Tuberkulose. Det fandtes ikke godtgjort, at Sælgeren havde Kundskab eller Formodning herom, til Trods

⁵⁾ Jvf. Ussing p. 148 ff. (A & B).

for, at han, paa Grundlag af Udtalelser fra Slagteriet, maatte have vidst, at hans Svin havde Tuberkulose.⁶⁾ For fast Ejendoms Vedkommende kan nævnes 1923. 414: Sælgeren antoges ikke at have vidst, at der var Svamp i Huset, selvom han havde maattet omlægge et Gulv. Det var tydeligt, at Huset var meget fugtigt. — Resultatet er navnlig begrundet i den sidste Oplysning, idet Ejeren af en Ejendom normalt vil faa Mistanke om Svamp, hvis det bliver nødvendigt at omlægge et Gulv. I H. R.-Dommen 1923. 317 udtales: »Efter det for Højesteret oplyste havde Indstævnte saa megen Grund til at nære Mistanke om, at der var Hussvamp« Desværre antydes det ikke, hvilke Oplysninger, der har været forelagt Højesteret. Landsretten fandt ikke, at der forelaa saadanne Oplysninger, men den fandt det godtgjort, at der var taget Forbehold.⁷⁾

3. Med Hensyn til det særlige Ansvar, en Sælger kan paa drage sig ved at levere en Ydelse, der paa Grund af sine farlige Egenskaber forvolder Skade paa Medkontrahentens Person eller Formue, kan de særlige Regler om Ansvar i Kontraktsforhold næppe finde Anvendelse hverken med Hensyn til Ansvarsgrundlaget eller Beviset herfor, men lignende Regler som ved Erstatning udenfor Kontraktsforhold kommer til Anvendelse i begge Relationer.⁸⁾ Da Tingen her som Regel er kommet i Køberens Besiddelse inden Skadens Indtræden, maa han tilvejebringe nærmere Oplysninger om Omstændighederne herved, ligesom der maa tilvejebringes Bevis for et uforsvarligt Forhold fra Sælgerens Side.

B. Erstatningskravets Størrelse.

Erstatningens Størrelse maa fastsættes paa lignende Maade, som hvor Skade forvoldes udenfor Kontraktsforhold. Hvis Skadelidte derfor ingen Oplysninger fremfører om sit Tabs Størrelse,

⁶⁾ Om Ansaret for, at det solgte Dyr led af smitsom Kalvekastning, er der i de senere Aar truffet en Del Afgørelser. Disse behandles indgaaende af J. L. Frost, *Erstatningsansvar for smitsom Kalvekastning* p. 43 ff.

⁷⁾ Se ogsaa 1936. 545 (H): Ej godtgjort, at Sælgeren havde vidst eller burdet vide, at der havde været Svamp i den solgte Ejendom.

⁸⁾ Jfr. Ussing, § 14, særlig p. 159.

vil Erstatning blive nægtet ham. Oplyser han, hvad der normalt tabes ved Misligholdelse af en Kontrakt som den foreliggende, tilkendes der ham dette Tab, medmindre Medkontrahtenten sandsynliggør, at der alligevel ikke er lidt Tab i det foreliggende Tilfælde, eller at der er lidt et mindre Tab end normalt. Forlanges der større Erstatning, end hvad der svarer til det normale Tab, maa der føres strengt Bevis for, at der foreligger et usædvanligt stort Tab. I Overensstemmelse hermed bestemmer Købelovens § 25, at Køberen, der hæver Aftalen paa Grund af Sælgerens Misligholdelse, i Mangel af Bevis for, at anden Skade er lidt, kan forlange Forskellen mellem den aftalte Pris og Prisen paa en tilsvarende Ydelse, bedømt paa Leveringstiden. Den sidste Pris kan Køberen sikre sig fuldt Bevis for ved et Dækningskøb, i Genuskøb foretaget efter de i Paragraffen nævnte Regler. Tilsvarende Regler gælder, naar Købet hæves paa Grund af Mangler (Købelovens § 45), samt hvis Sælgeren hæver paa Grund af Køberens Misligholdelse (Købelovens § 30).

At der ikke tilkendes Erstatning, hvor der end ikke er oplyst noget normalt Tab, fremgaar af Dommene 1934. 522 (H): »Da Sagsøgeren ikke har tilvejebragt fornødne Oplysninger og idet det maa komme Sagsøgeren til Skade hvorfor Indstævnte vil være at frifinde,« jfr. 1934. 226: Køberen havde »ikke antageliggjort«, at Tab var lidt.^{o)} Af denne Formulering fremgaar, at der ikke kan kræves fuldt Bevis for et bestemt Tab; men jo mere Erstatningskravet overstiger det sædvanlige, desto større Beviskrav maa der stilles. — Selvom der i den almindelige Varehandel er Formodning for, at Sælgeren tjener paa Handelen, maa han skaffe nærmere Oplysninger til Støtte for sit Erstatningskrav, idet Tabet skal bedømmes ved Leveringstiden, og her kan det ikke uden videre antages, at Priserne ligger som ved Aftalens Indgaaelse, jfr. 1937. 480 (H), hvor en Kulleverandør ikke fik Erstatning, da der manglede Oplysning om Priserne paa Leveringstiden.

^{o)} Jfr. 1911. 175: Køberen havde ikke foretaget Dækningskøb, Jfr. 1937. 1083: Tab ved Salg af fast Ejendom ikke behørigt dokumenteret, da Sælgeren paa Grund af sine daarlige økonomiske Forhold ikke kunde holde Ejendommen til Køberens Disposition.

Tabet behøver naturligvis ikke at konstateres ved Dækningskøb eller Selvhjælpssalg. Sker dette, maa Sagsøgeren godtgøre, at de særlige Betingelser efter Købelovens § 25 eller § 30 er opfyldt. Selvom de ikke er det, kan Købet (Salget) dog godt tillægges Betydning som — mindre stærkt — Bevis for Varens Værdi, jfr. 1915. 427 (H), hvor Mægleren ikke var underrettet om Købets Art, men den betalte Pris alligevel blev lagt til Grund, da Sælgeren ikke afkræftede Formodningen for dens Rigtighed. Foretages Dækningskøb uden autoriseret Mægler, vil der kræves strengt Bevis for dets Forsvarlighed, jfr. 1908. 223: Ej godtgjort, at Dækningskøbet var forsvarligt.

Kan der paa Grund af særlige Omstændigheder, saasom Varemangel under Krig, Beslaglæggelse eller lignende ikke foretages normalt Dækningskøb, og Varen ikke kan siges at have nogen Dagspris, har Domstolene ved Misligholdelse fastsat en rimelig Avance som Erstatning, jfr. 1920. 76, angaaende Køb af Automobildæk, og 1920. 576 (H): Køberen af tyske Kul, der ikke blev leverede, havde dækket sig med engelske Kul, der var dyrere. Prisdifferencen, Kr. 57.000,—, blev ikke tilkendt, men da tyske Kuls Pris ikke bestemt kunde oplyses, fik Køberen en passende Erstatning, Kr. 10.000,—.

Hvis der i et Forvaringskontraktsforhold sker Skade paa Tingen, vil Skaden som Regel kunde oplyses ved Syn og Skøn, en Fremgangsmaade, der ogsaa som Regel anvendes i Specieskøb. Er Tingen helt bortkommet, maa Sagsøgeren sandsynliggøre Tingens Værdi, men noget strengt Bevis kan ikke kræves. Et særligt Tilfælde omhandles i Dommen 1918. 315, hvor Sagsøgeren havde afleveret noget Vasketøj til et Vaskeribud sammen med en Fortegnelse over Tøjet. Fortegnelsen bortkom, men Ejeren Eksemplar blev lagt til Grund ved Erstatningens Beregning.

Kapitel XV

KONTRAKTERS OPFYLDELSE

A. *Betaling.*

1. Bevis for, at en Forpligtelse er ophørt ved Betaling, vil som Regel blive ført ved Fremlæggelse af en Kvittering, selvom Beviset naturligvis kan føres lige saa sikkert paa anden Maade, f. Eks. ved Erklæring af en Række Vidner.

Den nævnte Betydning af Kvittering har fundet Udtryk i Dommen 1907. 824: I Mangel af andet Bevis maatte gaas ud fra, at Debitor havde betalt alt, hvad Kvitteringen lød paa, og paa den anden Side kun, hvad han havde Kvittering for. — Foreligger der ikke Kvittering, eller foreligger der Oplysninger, der svækker Kvitteringens bevisende Betydning — er der med andre Ord ikke fuldt Bevis for Betaling — opstaar Problemet om Bevisbyrden — efter den traditionelle Opfattelse. Bevisbyrden lægges herefter paa den ene eller anden af Parterne, alt efter hvilke konkrete Oplysninger, der er forelagt, og er der intet konkret oplyst om Betaling, antages Debitor at have Bevisbyrden.¹⁾

Som nærmere udviklet ovf. VI. C. & D. (særlig VI. D. 2. 3^o) er det naturligere at opfatte Afgørelsen som begrundet i en Bevisbedømmelse, naar Sagens Oplysninger respektive Mangel paa Oplysninger skaber en overvejende Sandsynlighed som Grund for Afgørelsen. Kun hvor der herefter ingen Holdepunkter er for Antagelsen af Betaling eller Ikke-Betaling, maa man falde tilbage paa en almindelig Regel. Som paavist l. c. kræver Hensynet til Retssikkerheden i saa Fald Frifindelse af Debitor, en Opfattelse, der støttes af de l. c. Note 1) anførte Domme.

2. Hvor Debitor paastaar at have betalt, uden at han kan

¹⁾ Se f. Eks. Tybjerg, p. 168—83, Munch-Petersen, II. p. 291, Augdahl, p. 118 ff.

fremlægge Kvittering, vil han ofte støtte sit Anbringende paa, at der er handlet kontant, saaledes at der ikke er givet Kvittering for Betalingen. Da der (ved de fleste Kontrakter) er Formodning for, at Ydelse og Modydelse skal udveksles samtidig,²⁾ maa Sagsøgeren godtgøre, at der er ydet Kredit, eventuelt ved Oplysning om Parternes tidligere Mellemværende, Sædvane, Handelskøtume o. l.,³⁾ jfr. 1904. 586: Sagsøgte frifundet for Betaling af nogle Kasser Cigarer, da det ikke var antageliggjort, at der var solgt paa Kredit, jfr. 1906. 344: Køberen af en Ko paa et Marked paastod at have betalt kontant. Udtalt, at det efter Stedet for Handelens Indgaaelse og Parternes løse Forhold til hinanden ikke kunde have Formodningen for sig, at Salget var sket paa Kredit.⁴⁾ I modsat Retning tyder en nyere V. L.-Dom, 1940. 829: En Handelsmand K. sagsøgte af Gaardmand S. til Betaling af en So, som han paastod at have betalt kontant. K. dømtes, idet der ikke fandtes godtgjort Køtume om kontant Betaling og ejheller at der var betalt. Under Sagen havde Parterne forklaret, at de efter at Soen var læsset paa K.s Vogn havde talt om Handel om en Ko, men medens K. hævdede at have betalt Soen, inden han tog bort, paastod S., at der ikke var blevet betalt. Han erkendte, at han burde have forlangt Pengene og havde ogsaa tænkt paa det, men opgav det, da K. havde Ord for at være økonomisk solid. K.s Medhjælper udtalte, at K. plejede at betale kontant. Underrettsdommen frifandt K., bl. a. under udtrykkelig Henvisning til Tybjergs Afhandling 1. c., og dette Resultat synes at være rigtigt. Det er givet, at Bønder normalt ikke afleverer deres Svin til en Handelsmand uden kontant Betaling, og at der normalt ikke kræves Kvittering i et saadant Tilfælde. Og selvom det erkendes, at det var omtrent lige saa sandsynlig, at der ikke var betalt, som at der var betalt, synes Hensynet til Retssikkerheden at kræve, at K. frifandtes. S. vilde kunne faa Købesummen to Gange, hver Gang han solgte en Gris mod kontant Betaling uden at give Kvittering, og det vilde sikkert vare længe, inden en Domspraksis i Overensstemmelse med Landsrettens Dom vilde faa den — iøvrigt

²⁾ Jfr. Ussing, p. 96 ff., og samme, »Køb«, p. 36 ff.

³⁾ Jfr. Tybjerg, p. 180 ff.

⁴⁾ I samme Retning 1910. 725 om Stilladstømmer.

upraktiske — Konsekvens, at der skulde gives Kvittering i saadanne Handeler.

Saafremt der i et Mellemværende snart betales kontant, snart gives Kredit, maa Debitor altid sikre sig Bevis for Betaling; dette er udtrykkeligt fastslaaet i Dommene 1906. 37 og 1908. 216.

I Tilfælde af, at den, der har paataget sig Forpligtelsen, dør, og Kravet rejses mod hans Ægtefælle eller Dødsbo som forpligtet, maa der i Princippet gælde det samme. Blot maa der tages Hensyn til, at et vigtigt Bevismiddel er gaaet tabt ved Debtors Død. For at forhindre, at Kreditor benytter sig heraf til at forsøge at opnaa Betaling to Gange, maa der kræves særlig gode Oplysninger til Støtte for Antagelsen af, at der er ydet Kredit, og at der ikke er betalt. Navnlig hvis Kreditor først rejser Kravet lang Tid efter Debtors Død, vil det være betænkeligt at tilstede dets Gennemførelse, selvom der f. Eks. ikke kan præsteres Kvittering, jfr. 1907. 906: En Mand sagsøgte til Betaling af Varegæld, stiftet af hans afdøde Hustru 2 Aar tidligere. Hustruen havde imidlertid faaet Kontrabogen udleveret af Købmanden, og nu var den bortkommet. Købmanden kunde herefter ikke fremlægge nogen specificeret Regning og tabte Sagen. — Der er her en vis Sandsynlighed for, at Gælden var betalt derved, at Kontrabogen var udleveret Kunden, og at der senere var hengaaet saa lang Tid uden at Købmanden havde rejst Kravet. Paa den anden Side er det ikke usædvanligt, at Kontrabøger udleveres til Kunden, og Købmanden blot noterer Saldoen. I saadanne Tilfælde synes det at maatte komme Kunden til Skade, at Kontrabogen bliver borte for ham.⁵⁾ Dommen synes at stemme med Synspunktet, at hvor der ikke er nogen overvejende Sandsynlighed for eller mod Betaling, tør Forpligtelsen ikke antages at bestaa.⁶⁾

3. Kan det ikke antages, at der er betalt kontant, maa Debitor bevise, at han senere har betalt, jfr. 1941. 731 (H): Debitor paastod, at visse Indbetalinger paa et Mellemværende ikke var

⁵⁾ Naar Bogen føres af Købmanden, maa Kunden for at faa en gunstigere Bevisstilling protestere mod Posteringerne, straks naar han modtager Bogen, jfr. 1904. 585.

⁶⁾ Jfr. 1906. 861: Gælden stiftet for 4—5 Aar siden af Hustruen, der nu var død. Manden frifundet.

godskrevet ham. Dette kunde han ikke bevise — hverken ved Kvitteringer eller paa anden Maade — hvorfor han dømtes. Kvittering vil normalt være tilstrækkeligt Bevis — jfr. den under 1. citerede Dom — men særlige Oplysninger kan bevirke, at Betaling ikke anses godtgjort, selvom der fremlægges Kvittering, jfr. 1904. 641: Sagsøgte fremlagde kvitteret Regning, men hverken han eller hans Personale turde paastaa at have betalt, hvilket heller ikke fremgik af Kassebogen. Han dømtes til at betale, da Sagsøgerens Bud forklarede, at han ved en Fejltagelse havde afleveret Regningen uden at faa Betaling; jfr. 1911. 54 (H): Til Trods for fremlagte Kvitteringer antoges Beløbet ikke at være betalt fuldt ud, idet Sagsøgerens Forklaring om, at en Del af Beløbet var betalt med en Veksel, støttedes af to Vidner. — At der er udstedt to Kvitteringer for samme Ydelse, vil naturligvis indicere, at der er betalt 2 Gange, medmindre det sandsynliggøres, at der foreligger en Fejltagelse, Duplikatkvittering eller lignende. — Er der gaaet lang Tid, inden Debitor forlanger den ene Ydelse tilbage, vil der ofte ikke kunne skaffes nærmere Oplysning om Grunden til, at der er udstedt 2 Kvitteringer, hvilket maa gaa ud over Debitor, jfr. 1942. 785: Debitor paastod at have betalt Afdrag paa et Gælds-brev to Gange og fremlagde to Kvitteringer af samme Dato. Debitor havde imidlertid modtaget Opgørelse fra Kreditor, hvor kun det ene Afdrag var afskrevet, og først 1 Aar efter protesterede han. Hans Forklaring om, hvordan det samme Beløb var blevet betalt to Gange, var i og for sig ikke urimelig, men kunde ikke nærmere godtgøres. Debitor dømt.

4. Som nævnt kan Beviset for Betaling føres paa anden Maade end ved Fremlæggelse af Kvittering.⁷⁾ Særligt, hvor der er Tale om et løbende Mellemværende,⁸⁾ vil Kvittering for Betaling af en senere Ydelse være tilstrækkeligt Bevis for, at de tidligere Ydelser er erlagt,⁹⁾ jfr. Dommen 1911. 727. Det hedder her mere almindeligt: »Den af Sagsøgeren fremhævede Be-

⁷⁾ Se til dette og det følgende: Tybjerg, p. 174 ff.

⁸⁾ Selvom det ikke er løbende Mellemværende, vil Betaling af senere opstaaede Gældsposter, normalt være Bevis for, at de tidligere er betalt, jfr. 1911. 1011.

⁹⁾ Jfr. Munch-Petersen, II. p. 291.

visbyrderregel, at den, der paastaar at have betalt en Skyld, maa føre Bevis herfor, kan ikke ubetinget gælde, hvor der foreligger et vedvarende Handelsforhold, og hvor det er givet, at der er betalt for en Række modtagne Varer hvor det ikke vil kunne lægges Køberen til Last, at han ikke har opbevaret de ældre Kvitteringer.«¹⁰⁾

5. Saafremt Kreditor først gør sin Fordring gældende efter usædvanlig lang Tids Forløb, kan der være Grund til at antage Debtors Paastand om Betaling, selvom han ingen Kvittering har, hvis Kreditor ikke kan anføre nogen rimelig Grund for, at han ikke har rejst Kravet før, jfr. f. Eks. 1911. 885: Frifindelse for Betaling af Leje, da Kravet først blev gjort gældende efter 12 Aars Forløb, jfr. 1914. 962: Frifindelse for Betaling af Varer, leveret 10 Aar tidligere.¹¹⁾ — Disse Domme vedrører dog Tiden før Forældelsesloven af 1908's Herredømme, og efter at denne for Dagliglivets Krav har indført en Forældelsesfrist paa 5 Aar, faar det anførte Synspunkt mindre Betydning. Saafremt det Retsforhold, der paastaas opfyldt, er ganske formløst stiftet, vil det ogsaa være rimeligere, at Debitor ikke sikrer sig Kvittering eller i hvert Fald ikke gemmer den i længere Tid, jfr. de ovf. VI. D. 2. 3^o, Nt. 20) citerede Domme, 1913. 27 og 1919. 86 (H), hvor Mangel paa Kvittering ikke bevirkede, at Beløbet ikke ansaas betalt.¹²⁾

6. Selvom der er gaaet lang Tid maa et Krav dog anerkendes, hvis Kreditor sandsynliggør dets Eksistens, f. Eks. ved Fremlæggelse af sine (autoriserede og) ordentligt førte Regnskabsbøger. Er der Uorden i Regnskabet, er det derimod netop sandsynligt, at Debitor har betalt, uden at det er blevet indført, jfr. 1909. 604, hvor Debitor paastod at have betalt for 6 Aar siden, hvilket ikke fremgik af Kreditors uordentlige Regnskab. Debitor frifundet.

Ogsaa Debtors Regnskaber kan tillægges bevisende Betydning,¹³⁾ jfr. 1920. 633: En Købmand K. havde købt noget Korn

¹⁰⁾ Jfr. 1914. 295 om en 1 Aar gammel Elektricitetsregning.

¹¹⁾ Jfr. 1906. 48: Debtors Forklaring om Betaling af noget Tøj for 20 Aar siden var noget ubestemt. Alligevel Frifindelse.

¹²⁾ Jfr. i det hele Munch-Petersen, II. p. 291.

¹³⁾ Til autoriserede Forretningsbøger er knyttet den særlige Bevis-

af Gaardejer S., der nu sagsøgte K. til Betaling for Kornet. Da Beløbet var ført til Udgift i K.s Bøger, og hans Kasse maatte antages at have stemt, samt da det ikke var sædvanligt at kræve Kvittering i saadanne Forhold, blev K. frifundet.

Er der foretaget endelig Opgørelse over et Mellemværende, er der Formodning for, at Parternes Fordringer vedrørende dette er afgjort, og den, der fremsætter yderligere Krav, maa godtgøre, at det ikke er opfyldt gennem Slutopgørelsen, jfr. 1926. 191, hvor saadant Bevis ikke var ført.

7. Saafremt Debitor fremlægger en Kvittering, der ikke bestemt angiver, hvilket Retsforhold, den vedrører, maa Kreditor, hvis han hævder, at Kvitteringen vedrører et andet Mellemværende end det omprocederede, bevise, at et saadant Mellemværende eksisterer,¹⁴⁾ jfr. 1917. 876, hvor Debitor fremlagde to a/c. Kvitteringer fra en Mekaniker. Da denne ikke beviste, at der i dette Tidsrum havde bestaaet andet Mellemværende, maatte der gaas ud fra, at Kvitteringen vedrørte den omprocederede Reparationsregning.¹⁵⁾

Er det givet, at der bestaar flere Fordringer, maa Debitor sandsynliggøre, at det har været aftalt eller forudsat, at Betalingen vedrørte et bestemt Retsforhold, idet det er den deklaratoriske Regel, at Kreditor kan afskrive Betalingen, hvor han vil. Dette gælder dog ikke, hvis Debitor vil blive daarligere stillet ved Betaling af een Fordring fremfor en anden. Her skal Betalingen afskrives der, hvor det er til størst Fordel for Debitor.¹⁶⁾ Det vil altsaa være tilstrækkeligt, at Debitor oplyser, hvilken Fordring, der er mest byrdefuld for ham. I saa Fald maa Kreditor godtgøre, at Betalingen ikke vedrørte denne Fordring.

Spørgsmaalet er særlig kommet frem i Praksis i Tilfælde, hvor en Kautionsist har været interesseret i, at den kautionskraft som til Dokumenter, der angiver sig udstedt af Modparten, nemlig at de i Tvivlstilfælde lægges til Grund, medmindre Modparten beediger sin Paastand om deres Urigtighed, jfr. Retsplejelovens § 307, (ovf. IX. D.).

¹⁴⁾ Jfr. Tybjerg, p. 169.

¹⁵⁾ Jfr. 1917. 877: Kreditor havde ikke bevist, at der bestod anden Gæld.

¹⁶⁾ Se om de materielle Regler, Ussing, p. 379 ff.

sikrede Gæld nedbragtes. Dette har imidlertid ingen Indflydelse paa Kreditors almindelige Ret til at afskrive Beløbet, hvor han vil, jfr. 1917. 654 (H), hvor Debtors Indbetalinger var afskrevet paa den kautionssikrede Gæld, men hvor dette skyldtes en Fejltagelse, og Kautionsisten derfor blev dømt.

B. Andre Opfyldelsesmaader.

Paastaar Debitor at have opfyldt Kontrakten paa anden Maade end ved Betaling, gælder lignende Synspunkter som anført under A. Saafremt intet oplyses, maa det saaledes antages, at Kontrakten ikke er opfyldt.

Paastaar Debitor, at et Skyldforhold er afløst af et nyt, maa dette godtgøres. Paastaas en Obligation saaledes afløst, men Kreditor ikke desto mindre kan fremlægge den, kan Debtors Paastand kun tages til Følge ved Tilvejebringelse af strengt Bevis, jfr. 1911. 37 (H), hvor saadant Bevis ikke ansaas ført, selvom det var oplyst, at Debitor kun var afkrævet Renter af den sidste Obligation, ligesom Kravet paa Hovedskylden ogsaa først var rejst alene for den sidste Obligation, medens det havde været naturligt, om begge Krav var blevet søgt afviklet samtidig, hvis der virkelig havde været to Krav, cfr. 1916. 44 (H), hvor Bevis i et lignende Tilfælde ansaas ført, bl. a. ved, at den ny Obligation — ligesom den ældre — gav Pant efter det samme Laan i en Ejendom og kun efter dette. H. R.-Dommen udtaler, at der kun kan tillægges Sagens Dokumenter mindre Beviskraft paa Grund af deres ubehjælpomme og mangelfulde Affattelse.

Skal Opfyldelse efter Debtors Paastand ske ved Levering af en Ydelse i Betalings Sted, maa Debitor bevise Aftale herom, og der maa kræves et ret strengt Bevis, jfr. 1942. 539,¹⁷⁾ hvor saadant Bevis ansaas ført.

Afskrives Gælden paa et andet Mellemværende, uden at de almindelige Modregningsbetingelser er opfyldt, maa Debitor godtgøre Aftale herom, jfr. 1919. 710, hvor en Bank nægtede at honorere en Check, idet den tilbageholdt et Beløb paa Kundens Checkkonto til Sikkerhed for en Veksel, diskonteret for Kun-

¹⁷⁾ Dommen er refereret i H. R. T. 1942. 135. Det antydes dog ikke i Dommen, hvilke Beviser der har foreligget. (»Efter det oplyste...«).

den. Dette fandtes uberettiget, da Banken ikke godtgjorde, at en saa ejendommelig Aftale var truffet.¹⁸⁾

En Paastand om Gældens Eftergivelse vil i de fleste Tilfælde have Formodningen imod sig, og den kan derfor kun tages til Følge, hvis Debitor tilvejebringer stærkt Bevis, jfr. 1916. 496, hvor Kreditors mundtlige Protest fandtes afgørende, selvom han havde givet Saldokvittering for et Løntilgodehavende, jfr. 1919. 604 (H): Fortsættelse af Forretningsforbindelse i 3 Aar kunde ikke opfattes som Opgivelse af et Erstatningskrav.

En Fordring mellem Venner eller Familiemedlemmer vil meget lettere kunde anses eftergivet, jfr. 1920. 52: Debitor paastod Gældens Eftergivelse mod, at han betalte Renter i Kreditors levende Live. Dette anset godtgjort vedrørende Gælden ifølge et Pantebrev, der var udleveret til Debitor,¹⁹⁾ men ikke for saa vidt angik et almindeligt Gældsforhold, da Debitor intet kunde anføre til Støtte for en saadan Aftale. Ved H. R.-Dommen 1942. 242 blev Debitor D.s Paastand om Eftergivelse lagt til Grund. Kreditor K. (hans Broder), der var død i 1939, havde nogen Tid efter den paastaaede Eftergivelse i 1932 opgjort Gælden i sin Notesbog samt skrevet, at der intet var betalt. D.s Svoger og et andet Vidne havde hørt K. udtale, at han vilde eftergive D. Gælden. Det maatte efter disse Oplysninger anses som højst tvivlsomt, om Eftergivelse virkelig havde fundet Sted. Dette fastslog Dommen dog »efter de afgivne Vidneforklaringer i Forbindelse med, at der ikke er udstedt Kvittering eller Gældsbevis for Laanel, og at der intet er oplyst om, at K. nogensinde har krævet tilbagebetalt«. 3 Dommere vilde stadfæste L. R.-Dommen, ifølge hvilken det ikke ansaas godtgjort, at Eftergivelse havde fundet Sted. — Det maa erkendes, at H. R.-Dommen bygger paa en Sandsynlighed, der ligger meget langt fra fuldt Bevis, men Resultatet kan formentlig forsvares paa Grund af de Bevisvanskeligheder, der var opstaaet ved Kreditors Død, samt det i Dommen nævnte Forhold, at hele Mellemværendet var formløst, hvorfor Debitor ikke havde haft særlig stor Opfordring til at sikre sig Bevis for Eftergivelsen.

¹⁸⁾ Jfr. 1907. 43 (H): Ej bevist, at Købesummen for 2 Heste skulde gaa af paa Køberens paastaaede Fordring paa Sælgeren.

¹⁹⁾ Jfr. 1920. 472: ganske lignende.