

A. VINDING KRUSE

RESTITUTIONER

ET BIDRAG TIL UNDERSØGELSEN
AF BERIGELSESGRUNDSÆTNINGEN I DANSK
OG FREMMED RET

G. E. C. GADS FORLAG

KØBENHAVN

1950

Denne afhandling er af det rets- og statsvidenskabelige fakultet ved Københavns Universitet antaget til offentlig at forsvares for den juridiske doktorgrad.

København, den 11. oktober 1949.

*Ernst Andersen,
h. a. dec.*

Bekendtgørelse.

I Henhold til kgl. Anordning af 13. Oktober 1927 er der fastsat følgende Bestemmelser til Ordens Opretholdelse ved det offentlige Forsvar af Doktorafhandlinger:

1. Forsvarshandlingen ledes af Fakultetets Dekanus eller af en anden dertil af Fakultetet udnævnt Professor. Ordstyreren giver Ordet og paaser, at Handlingen foregaar paa en værdig Maade; han kan paalægge en Opponent at høre op og i fornødent Fald afbryde Handlingen. Ordstyreren deltager ikke selv i Forhandlingen. Foruden de officielle Opponenten er de Medlemmer af Fakultetet, under hvis Fagomraade Afhandlingens Emne hører, og som ikke har lovligt Forfald, forpligtede til at overvære Forsvarshandlingen.
2. Som Opponenten ex auditorio har i Almindelighed kun akademiske Borgere samt polytekniske Kandidater Ret til at optræde. Dog kan Fakultetet ogsaa tillade andre, som fremsætter Ønske derom, at opponere. Opponenten ex auditorio maa melde sig hos Ordstyreren inden Begyndelsen af Handlingen; dog kan Ordstyreren ogsaa lade senere anmeldte Opponenten faa Ordet, men uden at betage dem, der tidligere har meldt sig, Forretten.
3. Der tilstaaes i Almindelighed hver af de officielle Opponenten $1\frac{1}{2}$ Time og hver Opponent ex auditorio $\frac{3}{4}$ Time, derunder indbefattet den Tid, Doktoranden behøver til at give Svar; dog kan Ordstyreren, for saa vidt som Antallet af de anmeldte Opponenten tillader det, tilstaa en længere Tid. Handlingen maa ikke vare over 6 Timer.
4. Foranførte Bestemmelser skal indtil videre trykte medfølge enhver Disputats.

Dette bekendtgøres herved til Efterretning for alle Vedkommende.

Konsistorium, den 21. November 1927.

Til trykningen af nærværende afhandling er der ydet tilskud af det Finneske Legat. Jeg bringer herved min bedste tak til legatets eforus, professor, dr. juris Erwin Munch-Petersen og til Konsistorium ved Københavns Universitet for denne støtte.

A. Vinding Kruse.

INDHOLDSFORTEGNELSE

Første afsnit

	Side
ALMINDELIG RETSAMMENLIGNENDE OG TEORETISK UNDERSØGELSE	1—198
1. <i>Kapitel. Indledning</i>	1— 13
I. Problemet (1—3).	
II. Romerretten (3—13).	
A. Anvendte romerretten begrebet: »den ugrundede berigelse«? (4—7).	
B. Anerkendte romerretten en almindelig berigelses- grundsætning? (7—13).	
2. <i>Kapitel. Historiske hovedlinjer i de romanistiske rets- stemer</i>	14— 34
I. Fransk ret (15—25).	
A. Historisk udvikling (15—17).	
B. Nugældende ret (17—25).	
1. Berigelsen (18). 2. Tabet (18). 3. Berigelsen må være i behold ved sagsanlægget, samt den dobbelte begrænsning i ansvaret (18—20). 4. Di- rekte årsagsforbindelse (20—21). 5. Berigelsen må være ugrundet (21—23). 6. Berigelsessøgs- målet er subsidiært (23—25).	
II. Tysk ret (25—32).	
A. Historisk udvikling (25—26).	
B. Nugældende ret (26—32).	
1. Berigelsen (26). 2. Tabet (26). 3. Berigelsen må være i behold (26). 4. Umiddelbar forbindelse mellem tabet og berigelsen (26—27). 5. Berigel- sen må være ugrundet (27—30). I. I kontrakts- forhold (28—29). II. På anden vis (29—30). a) Ved tablidtes handling (29). b) Ved den berige- des handling (29—30). c) Ved tredjemands hand- ling (30). 6. Kravet er ikke subsidiært (30). — Uanmodet forretningsførelse (31—32).	
III. Schweizisk ret (32—34).	
3. <i>Kapitel. Engelsk, amerikansk og nordisk ret</i>	35— 61
I. Engelsk ret (35—52).	

- A. Historisk udvikling (35—42).
 - B. Nugældende ret (42—52).
 - a. Egentlige quasi-kontrakter (48—50).
 - 1. *Condictio indebiti* (48). 2. Uanmodet forretningsførelse (48). 3. Ugyldige eller misligholdte kontrakter (48—49). 4. »Quantum meruit« (49). 5. Berigedes adfærd dadelværdig (49—50).
 - b. Uegentlige quasi-kontrakter (50—51).
 - C. Sammenfatning (52).
 - II. Amerikansk ret (53—56).
 - III. Nordisk ret (56—61).
 - A. Positiv ret (56—59).
 - B. Teoriens stilling (59—61).
4. *Kapitel. Problemstillingen* 62— 78
- I. Almindelige bemærkninger (62—68).
 - II. Berigelsesgrundsætningens indhold (68—71).
 - III. Berigelsesmålestokken (71).
 - IV. Julius Lassens lære (71—75).
 - V. De forskellige muligheder (75—78).
5. *Kapitel. Restitutionskravenes retlige baggrund* 79—127
- I. Retsordenens opgaver (79—88).
 - A. Sikkerhedshensynet (82—88).
 - 1. Fordelingen af goderne. »Ordenshensynet« (82—85). 2. Retsbeskyttelsen (85—87). 3. Den indbyrdes hjælp (87—88).
 - B. Hensynet til handlefriheden (88).
 - II. De reale hensyn bagved restitutionskravene (88—127).
 - A. Set fra tablidtes side (88—104).
 - (I) Genoprettelseshensynet (89—100).
 - (II) Hensynet til at det enkelte samfundsmedlem selv høster fordelene af sin arbejdsindsats (100—104).
 - 1. Formueoverførelser. »Vederlagshensynet« (101—103). a. I kontraktsforhold (101—102). b. Udenfor kontraktsforhold (102—103). 2. Opofrelser (103). 3. Iøvrigt (103—104).
 - B. Set fra den berigedes side (104—126).
 - a. Forholdet til erstatningsretten (104—119).
 - 1. Culpamomentets betydning (106—115). (a) »strict« ansvar (106—109). (b) øvrige regler om ansvar uden culpa (109—115). 2. Berigelsens betydning (115—119).
 - b. Forholdet til kontraktsretten (119—122).
 - c. Andre reale hensyn, som har relation til den berigede (122—126).

1. Berigelsessituationen skyldes den berigedes ensidige handlinger (122). 2. Nærmest til at bære risikoen (122—123). 3. God tro (123). 4. Den berigede har vænnet sig til at have berigelsen (123—124). 5. Frembringelsessituationer (124). 6. Hensynet til kreditorinstitutionen (124). 7. Hensynet til sikkerheden i omsætningen (124—125). 8. Måden, som den berigede har fået genstanden i sin besiddelse på (125). 9. Udgifter til at bevare og vedligeholde tingen (125—126).
- C. De retstekniske hensyn (126—127).
6. *Kapitel. Sammenfatning og resultater af den foregående udvikling* 128—144
- I. Området for restitutionskravene og deres systematik (128—143).
- a. Genoprettelseshensynet (128). b. Vederlagshensynet (128—129). c. Redningsaktioner (129—131).
1. Restitutioner i anledning af ugrundede formueoverførelser (131—134).
- A. Restitutioner i kontraktsforhold (131—132).
 1) Ugyldige kontrakter (131). 2) Misligholdte kontrakter (131—132). 3) Kontrakten forløber normalt (132). 4) Speciallovgivningen (132).
 B. Restitutioner udenfor kontraktsforhold (132—134).
 1) *Condictio indebiti* (132—133). 2) Arveadkomst (133). 3) Udlægsadkomst (133). 4) Berigelser på bekostning af overdragerens kreditorer (133). 5) Råden over andres ejendom (133). 6) Frembringelse og tilvækst (133—134). 7) Uberettiget udøvelse af andres rettigheder til åndsværker, varemærker o. lign. (134).
2. Restitutioner i anledning af formueopførelser for andre (134—141).
- A. Forsætlige handlinger (136—138).
 a. Uanmodet forretningsførelse o. lign. (137). b. Nødretsindgreb (137—138).
 B. Uforsætlige handlinger (138—140).
 a. Nødssituationer (138—139). b. Iøvrigt (139—140). 1) Jul. Lassen (139—140). 2) Ussing (140).
 C. Indfrielse af andres forpligtelser (140—141).
 a. Med hensigt (140—141). b. Uden hensigt (141).
3. Restitutioner i anledning af refleksive værdistigninger (141—143).
- II. Området for berigelsesgrund sætningen (143—144).

7. Kapitel. Fremstilling og vurdering af berigelsesgrundsætningen	145—198
I. Berigelsesgrundsætningens flertydighed (145—146).	
II. Berigelsesgrundsætningen som hjemmel for domstolene til at indrømme restitutionskrav (146—148).	
III. Berigelsesgrundsætningen som begrundelse for restitutionskravene (148—151).	
IV. Berigelsesgrundsætningen som normgivende (eller vejledende) grundsætning (151—194).	
A. Fremstilling af berigelsesgrundsætningen — berigelsesmålestokken — berigelsesteoriene og kritikken af dem (151—184).	
1. Berigelsen og berigelsesmålestokken (151—158).	
a. Positive formueforøgelser (151—152). b. Negative formueforøgelser (152—153). c. Ideelle goder (153—155). d. Berigelsesmålestokken (155—157). e. Berigelsen som betingelse for kravet (157—158).	
2. Berigelse på en andens bekostning (158—159).	
3. Forbindelse mellem tabet og berigelsen (159—163).	
a. Årsagsforbindelse (159). b. »Adækvansbetingelsen« (159—163).	
4. Berigelsen må være i behold ved sagsanlægget (163—169).	
a. Penge (165—166). b. Iøvrigt (166—169).	
5. Berigelsen må være »ugrundet« (170—179).	
a. Windscheids »viljesteori« (171). b. »Kreationsteorien« (172). c. »Vederlagsteorien« (172—173). d. »Standardlæren« (173—175). e. »Quasikontraktsteorien« i engelsk ret (175—176). f. »Causalæren« (176—179).	
6. Bør berigelseskravet kun være subsidiært? (179—182).	
a. Flere slags krav mod samme person (179—180). b. Flere slags krav mod forskellige personer (180—182).	
7. Berigelseskravets beskyttelse mod den berigedes kreditorer (182—184).	
a. Pengekrav (182—183). b. Udleveringskrav (183—184).	
B. Sammenfattende vurdering af berigelsesgrundsætningen som retsnorm. Det legislative spørgsmål (184—194).	

1. Berigelsen som betingelse for kravet (184—187).
 2. Berigelsen som målestok for kravet (188—190).
 3. Betydningen af berigelsens bortfald (190—191).
 4. Værdien af begrebet: »den ugrundede berigelse« (191).
 5. Berigelsesgrundsætningens legislative værdi (191—194).
- V. Kan der opstilles fællesregler m. h. t. udmålingen eller andet vedrørende restitutionskravene (194—198).
- A. Målestokken (194—195).
 - B. Iøvrigt (195—198).

Andet afsnit

RESTITUTIONSKRAVENES UDFORMNING I ENKELTE TILFÆLDEGRUPPER MED SÆRLIGT HENBLIK PÅ DANSK RET	199—417
8. <i>Kapitel. Tilbagesøgning af ydelser erlagt i urigtig formening om skyld (condictio indebiti)</i>	201—298
I. Om spørgsmålet i almindelighed (201—227).	
a. Reale grunde for indrømmelse af tilbagesøgningskrav (202—205). b. Reale grunde imod indrømmelse af tilbagesøgningskrav (205—206). c. Forskellige neutrale hensyn (206—207).	
Den nærmere afvejelse (207—227).	
II. Tilbagesøgningsretten i engelsk ret med særligt henblik på sondringen mellem faktiske og retlige vildfarelser (227—244).	
A. Almindelig orientering (227—235).	
B. Særligt om retsvildfarelser (235—244).	
III. Tilbagesøgningsretten i dansk ret (245—292).	
A. Retsvildfarelser (245—264).	
1. Synspunkter (245—251).	
2. Stillingen i domspraksis (251—264).	
a. Tvivlsomme retsspørgsmål (251—256). b. Klare retsregler (256—264).	
B. Faktiske vildfarelser (264—269).	
C. Undtagelsesgrupper: 1—8 (269—288).	
D. Om ond tro og forbehold (288—292).	
a. Ond tro (288—289). b. Forbehold (289—291).	
c. Bevisbyrden (291—292).	

- IV. Tilbagesøgningskravets omfang og beskyttelse (292—298).
- A. Kravets omfang (292—296).
 - a. Penge eller andre fungible ting (293). b. Individuelle ting (293—296). c. Arbejdsydelse o. lign. (296).
 - B. Tilbagesøgningskravets beskyttelse (297—298).
 - a. Overfor modtagerens kreditorer (297). 1. Penge el. lign. (297). 2. Individuelle ting (297). b. Overfor godtroende omsætningsserhververe (297—298).
9. *Kapitel. Om indfrielse af andres forpligtelser* 299—308
- I. Almindelige bemærkninger (299—300).
 - II. Indfrielse af ensidige forpligtelser (300—306).
 - A. Med viden herom (300—304).
 - B. Som følge af fejltagelse (304—306).
 - III. Indfrielse i gensidigt bebyrdende retsforhold (306—308).
10. *Kapitel. Restitutioner i kontraktsforhold* 309—362
- I. Restitutionskravenes område og funktion indenfor kontraktsretten (309—317).
 - A. Almindelige løfter, stiltiende løfter og quasi-løfter contra restitutionskrav (309—314).
 - B. Restitutionskravenes stilling indenfor kontraktsretten iøvrigt (315—317).
 - II. Restitutioner i anledning af ugyldige kontrakter (317—341).
 - A. Grundlaget for restitutionskravet (317—322).
 - B. Restitutionskravets udformning i de enkelte ugyldighedstilfælde (323—341).
 - a. Ugyldigheden skyldes inhabilitet (323—327).
 - b. Ugyldigheden skyldes mangler ved kontraktens indgåelse (tvang, svig, udnyttelse o. s. v.) (327—333).
 - 1. Løftegiverens restitutionskrav (328—332).
 - 2. Medkontrahentens restitutionskrav (332—333).
 - c. Ugyldigheden skyldes ulovligt indhold af kontrakten (D L 5—1—2: »imod loven eller ærbarhed«) (333—337).
 - d. Ugyldigheden skyldes formmangler; navnlig om ægteskl. II §§ 30 og 31 (338—341).
 - III. Restitutioner i anledning af misligholdte kontrakter eller kontrakter, som helt eller delvist taber deres virkning på grund af svigtende forudsætninger (342—355).

- A. Grundlaget for restitutionskravet (342—343).
- B. Restitutioner i anledning af misligholdelse (343—353).
 - a. Ydelserne kan gives tilbage (343—344). b. Ydelserne kan ikke gives tilbage som følge af begivenheder, indtruffet efter erlæggelsen (345—348). c. Ydelserne kan overhovedet ikke gives tilbage grundet på deres natur (348—353).
- C. Restitutioner i anledning af svigtende forudsætninger (iøvrigt) (353—355).
 - a. Ydelsen kan gives tilbage (353—354). b. Ydelsen kan ikke gives tilbage på grund af begivenheder, indtruffet efter erlæggelsen (354—355).
 - 1. Hændelig undergang (354—355). 2. Forbrug (355). 3. Videresalg (355). c. Ydelsen kan på grund af sin natur overhovedet ikke gives tilbage (355).
- IV. Kan der indrømmes restitutionskrav, selvom kontrakten forløber normalt? (355—360).
- V. Nogle særlige tilfælde (360—362).
 - A. Veksl. § 74 og checkl. § 57 (360—361).
 - B. Søl. § 117 (361—362).
- 11. *Kapitel. Råden over andres ejendom* 363—392
 - I. Indledning (363—366).
 - II. Særligt om omsætningsadkomst (366—384).
 - A. Almindelige bemærkninger (366—370).
 - B. Bør vindikationsretten suppleres med løsningsregler? (370—378).
 - a. Indledning (370—371). b. Fremmed ret (371—372). c. Dansk ret (372—374). d. Det legislative spørgsmål (374—378).
 - C. Stillingen ved forbrug, videresalg etc. (378—383).
 - D. Frugterhvervelser (383—384).
 - III. Øvrige tilfælde af råden over andres ejendom (384—392).
 - A. Indledning (384).
 - B. De enkelte tilfældegrupper (384—392).
 - 1. Arveadkomst 384—387). 2. Udlægsadkomst (387—388). 3. Erhvervelser gennem ægteskab (388—389). 4. Erhvervelser uden adkomst overhovedet (fejltagelser, tredjemands handlinger eller naturbegivenheder etc.) (389—392).
- 12. *Kapitel. Restitutioner i anledning af frembringelse og tilvækst m. v.* 393—417
 - I. Almindelige synspunkter og fremmed ret (393—404).

A. Indledning (393—394).	
B. Det ejendomsretlige spørgsmål (394—398).	
C. Erstatningsspørgsmålet (398—404).	
II. Dansk ret vedrørende erstatningen (404—414).	
A. Almindelige tilfælde (404—409).	
a. Fast ejendom (404—408). 1. Grundejeren tilkendes ejendomsretten (404—407). 2. Producenten tilkendes ejendomsretten (407—408).	
b. Løsøre (408—409). 1. Stofejeren tilkendes ejendomsretten (408—409). 2. Producenten tilkendes ejendomsretten (409). 3. Sammensætningen skyldes tredjemands handling eller naturbegivenheder (409).	
B. Stillingen, når der består et kontraktsforhold mellem stofejere og producent (409—414).	
a. Ugyldige kontrakter (409—411). b. Misligholdte kontrakter (411—413). 1. Fast ejendom (411—413). 2. Løsøre (413). c. Svigtende betingelser og forudsætninger (iøvrigt) (413—414). d. Kontrakten forløber normalt (414).	
III. Opofrelser på vindicable ting (414—415).	
IV. Erstatningskravets beskyttelse. Spørgsmålet om tilbageholdsret og retsbestemt panteret (415—417).	
<i>Litteraturforkortelser</i>	419—422

FØRSTE AFSNIT

ALMINDELIG RETSAMMENLIGNENDE OG
TEORETISK UNDERSØGELSE

Kapitel 1

INDLEDNING

I. *Problemet.*

Lige fra romerrettens dage har de forskellige retsamfund anerkendt en række formuekrav, som det altid har voldt retsvidenskaben vanskeligheder at behandle og systematisere. Som eksempler på disse krav kan nævnes: erstatningskrav i anledning af tilvækst og frembringelse, indfrielse af trediemands skyld, godtroende forbrug af andres formuegoder, vindikationskrav mod godtroende besiddere, krav på tilbagebetaling ved ugyldige aftaler, krav, som støtter sig på reglerne om negotiorum gestio og *condictio indebiti*, udøvelse af andres rettigheder i god tro o. s. v. Flertallet af disse krav behandler retsvidenskaben nuomdage ofte under den såkaldte »berigelsesgrundsætning«, medens resten, som f. eks. *negotiorum gestio*, bliver behandlet på ret vilkårlige steder i systemet, beroende på hver enkelt forfatters mere eller mindre tilfældige valg. Til trods for disse kravs ret forskelligartede karakter har de i hvert fald det — ganske vist rent *negative* — tilfælles, at de hverken udspringer af kontraktlige forpligtelser eller retstridige handlinger.

Striden står om, hvorvidt disse krav — foruden det rent negative — også har noget *positivt* tilfælles, som f. eks. en fælles real baggrund eller en fælles målestok for kravenes størrelse eller fælles ophørsgrunde. Dette påståede positive fællesskab udtrykkes, som antydnet, normalt ved hævdelser af, at der eksisterer eller bør eksistere en *almindelig berigelsesgrundsætning*, gående ud på, at den såkaldte »ugrundede berigelse« kan kræves tilbageført til den tablidende. Hvordan dette nu end forholder sig, så er fællesskabet allerede i det negative ikke uden enhver betydning. Det giver dem i systematisk henseende et vist fællespræg. Karakteristisk er det også, at de retssystemer og forfattere, som ikke vil

anerkende en almindelig berigelsesgrundsætning, som oftest behandler dem samlet under en anden fællesbetegnelse, såsom »quasi-kontraktlige krav«, taget fra den romerretlige systembetegnelse, »*obligationes quasi ex contractu*«, »restitutionskrav«, »*obligationes ex re*« el. lign. Som en neutral fællesbetegnelse for samtlige ovennævnte krav, der falder indenfor området — altså ikke alene de såkaldte berigelseskrav, men også krav, der som oftest holdes udenfor den almindelige berigelsesgrundsætning, som f. eks. dem, der udspringer af *negotiorum gestio*-handlinger — vil udtrykket »*restitutionskrav*« eller blot »*restitutioner*« formentlig være formålstjenligt, hvorfor det også er anvendt i denne betydning i nærværende afhandling.¹⁾

Hovedårsagen til usikkerheden ved behandlingen af disse krav må søges i vanskelighederne ved at udrede deres retsgrunde. Disse turde nemlig være betydeligt mere sammensatte og forviklede, end hvor talen drejer sig om kontraktsretten eller erstatningsretten. For kontraktsrettens vedkommende er viljeserklæringen den afgørende retstiftende kendsgerning, og i erstatningsretten er det den retstridige (culpøse) handling, som er afgørende. Begge velopdyrkede retsområder, hvis rammer ligger nogenlunde fast, og hvis reale baggrund er betydelig mere enkel end restitutionskravenes. Som en biårsag til vanskelighederne kan nævnes, at der ofte har været en vis tendens til at behandle kravene som værende af delvis kontraktmæssig karakter eller ihvertfald som havende en vis forbindelse med kontraktsretten, således som det antydes i udtrykket »*quasi-kontrakt*«. Hvorvidt dette har noget på sig, skal ikke undersøges nærmere på dette sted. Kun så meget skal siges, at denne påståede forbindelse

¹⁾ Udtrykket er ved at vinde indpas i *engelsk-amerikansk* ret og retslitteratur som afløsning for de ældre — noget dogmatiske — betegnelser: „*quasi-contract*“, og „*contract implied by law*“. Det amerikanske standardværk om emnet kalder sig således „*Restatement of the Law of Restitution*“. Lord Wright slår for *engelsk* rets vedkommende også til lyd for indførelse af udtrykket, se navnlig hans anmeldelse af ovennævnte værk i 51 *Harvard Law Review* (1937) s. 369, jfr. hans bog: „*Legal Essays and Addresses*“ 36; jfr. også *Cheshire-Fifoot* 434 samt *Warren A. Sevey* og *Austin W. Scott's* artikel: „*Restitution*“ i *The Law Quarterly Review* 54 (1938) 29-45. Endvidere anvendes betegnelsen almindeligt i *tysk* og *schweizisk* retslitteratur og undertiden i *fransk*. I *nordisk* litteratur er det navnlig blevet anvendt af *C. S. Thomle* i hans afhandling: „*Ugrundet Berigelse efter norsk Ret*“, T. f. R. 1913. 285.

mellem restitutionskravene og kontraktsretten er hidtil, såvidt ses, så lidet rationelt behandlet, at den har skabt mere forvirring end klaring.

For tilhængere af berigelsesgrundsætningen drejer tvivlen sig dels om, hvordan begrebet den »ugrandede berigelse« nærmere skal forstås og dels om bestemmelsen af den målestok, som antages at være fælles for »berigelseskravene«. Det fremhæves nemlig i denne forbindelse, at berigelseskravene er undergivet en dobbelt begrænsning, hvorefter de hverken kan overstige det lidte tab eller den indtrufne »berigelse«; men der hersker en del uenighed om, hvorledes størrelsen af »berigelsen« nærmere skal bestemmes.

Nærværende afhandling er tænkt som et forsøg på at give en kritisk vurdering af berigelsesgrundsætningen og vil derfor navnlig behandle de restitutionskrav, som traditionelt henføres til denne. Men for at få problemet belyst bedst muligt, vil det formentlig være hensigtsmæssigt, først at tage det op på bred basis og give en redegørelse for samtlige restitutionskrav.

Til belysning af problemstillingen i dens helhed vedrørende restitutionskravene og berigelsesgrundsætningen vil det være formålstjenligt at betragte nogle historiske hovedlinjer. Udgangspunktet må naturligt tages i romerretten.

II. Romerretten.

Romerrettens regler om restitutionskravene findes i *Justinians* lovbog under systembetegnelsen »*obligationes quasi ex contractu*«.

Som bekendt hvilede disse regler dels på de forskellige bestemmelser vedrørende *negotiorum gestio* (dig. 3, 5 og cod. 2, 19), samt de mere spredte regler om *specificatio*, *accessio*, *impensae* og *consumtio*, normalt henført til ejendomsretten, og dels på klagen *condictio* (dig. 12, 4—12) i dens forskellige forgreninger.

Som en almindelig udtalelse om de *quasi*-kontraktlige krav kan anføres følgende fra *institutiones* (3, 27, 1): »*Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de his obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur*«. Denne klassifikation, som traditionelt er

blevet bevaret lige op til nutiden, har, ud over dens rent systematiske anvendelse, ingen særlig værdi. Den er kun en samlebetegnelse for hele den ovennævnte kategori af restitutionkrav, negativt afgrænset som hverken stammende fra kontraktmæssige forhold eller retstridige handlinger.

Hvad der særlig interesserer i nærværende sammenhæng, er spørgsmålet om, i hvilket omfang romerretten opfattede restitutionkravene som havende noget positivt »materielt« tilfælles, altså navnlig om den byggede de quasi-kontraktlige krav på begrebet den »ugrandede berigelse«, samt, om hvorvidt romerretten anerkendte en almindelig berigelsesgrundsætning, hvorefter en opstået berigelse kunne kræves tilbage overalt, hvor den fandtes at være ugrundet.²⁾

A. Hvad det første spørgsmål angår, må det formentlig antages, at romerretten til en vis grad forbandt den del af de quasi-kontraktlige krav, som indtalttes ved hjælp af klagen *condictio*, med begrebet den »ugrandede berigelse« (*injusta causa* eller *sine causa*). Dette fremgår klart af flere udtalelser i kilderne, således f. eks. dig. 12, 6, 14: »*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*«, og de parallelle udtalelser i dig. 50, 17, 206,³⁾ se også dig. 12, 6, 66.

Reglerne om *impensae* samt erstatningsklagen *actio in factum* (eller *utilis rei vindicatio*) i anledning af *accessio* eller *specificatio* havde, navnlig forsåvidt angik kravets udmåling, en vis forbindelse med berigelsesgrundsætningen. Men af traditionelle grunde henførte romerretten ikke — i modsætning til de nyere retssystemer — disse krav til berigelseslæren. I kort oversigtsform tog disse erstatningskrav sig således ud:⁴⁾

Havde såvel en godtroende som en ondtroende besidder af en andens ting anvendt nødvendige bekostninger på tingen til dens bevaring, havde han krav på erstatning (*impensae necessariae*) for disse, når ejeren tog tingen tilbage (dig. 50, 16, 79). Ved an-

²⁾ Jfr. herved *Mayr Condictio*, 287 f, hvor de forskellige rationaliseringsforsøg vedrørende *condictiones* er gennemgået, se navnlig for berigelsesteoriens vedkommende anf. værk 296 f.

³⁾ Jfr. herved *Lassen Handlinger*. Indledningen XX.

⁴⁾ Iøvrigt må der for dansk retslitteraturs vedkommende henvises til *Julius Lassens* grundige fremstilling af disse regler i *Handlinger* 86-142 samt til *Ørsted* 226 ff, *Lassen Romerret* § 51 og *Stiig Juul Romerret* 72 f.

dre bekostninger havde kun den godtroende besidder ret til erstatning og kun indenfor rammerne af den berigelse, som ejeren opnåede, idet kravets omfang beløb sig til den værdiforøgelse, som tingen havde ved dens tilbagetagelse, dog aldrig udover bekostninger ved opofrelsen, efter at værdien af oppebårne frugter af tingen var fradraget,⁵⁾ (dig. 6, 1, 38). Kravet kunne ikke gøres gældende ved nogen *actio*, men kun ved retention (*exceptio doli*).

Ved *accessio* og *specificatio* drejede spørgsmålet sig først og fremmest om, hvem af parterne — stofejeren eller producenten — ejendomsretten til tingen skulle tilkendes.

Ved *accessio* opstillede romerretten den bekendte vage sondring mellem hovedting og biting, således at ejendomsretten blev tilkendt ejeren af hovedtingen (dig. 6, 1, 23 og 41, 1, 12). Kunne bitingen udskilles, havde bitingens ejer imidlertid som hovedregel ret til at kræve udskillelse og vindikation (dig. 6, 1, 23 § 5), uanset hvem af parterne der havde foretaget sammensætningen. Var udskillelsen derimod umulig eller eventuelt forbudt, som f. eks. ved påbygning (dig. 41, 1, 10 § 7) og malerier (dig. 41, 1, 9 § 2), havde bitingens ejer normalt en *actio in factum* mod ejeren af hovedtingen, omfattende bitingens værdi i dens nuværende skikkelse — altså berigelsen (dig. 6, 1, 23 §§ 5 og 4), forsåvidt det var hovedtingens ejer, som havde foretaget sammensætningen. Fast ejendom ansås altid for hovedting, men materialeejeren havde her et videregående krav nemlig på *duplum* af værdien (dig. 41, 1, 7 § 10). Iøvrigt havde materialeejeren i almindelighed et videregående krav, hvis hovedtingens ejer havde været i ond tro (inst. 2, 1 § 26). Var det derimod bitingens ejer, som havde foretaget sammensætningen, havde han vistnok ingen *actio* men kun en retentionsret for værdiforøgelsen efter reglerne om *impensae*, men dig. 6, 1, 23 § 5 jfr. 6, 1, 5 § 3 synes dog at hjemle ham *actio in factum*.⁶⁾

Hvad angik ejendomsretsspørgsmålet ved *specificatio* (frembringelse af en ting med væsentlig anden økonomisk betydning end den tidligere) tilkom denne — efter at Justinian havde afgjort den bekendte strid mellem prokulejanerne (som holdt på

⁵⁾ Lassen *Romerret* 195. Spørgsmålet er dog lidet oplyst jfr. *Stiig Iuul Romerret* 76.

⁶⁾ jfr. Lassen *Romerret* 1. udg. 302.

specifikanten) og sabinianerne (som holdt på stofejeren) — stofejeren, hvis stoffet kunne reproduceres i sin oprindelige form (*si species ad materiam reduci potest*), i modsat fald blev producenten ejer (dig. 41, 1, 7 § 7 og inst. 2, 1 § 25). Havde producenten også anvendt egne ting, blev han vistnok også ejer, selvom stoffet kunne reproduceres (inst. 2, 1 § 25 in fine).⁷⁾ Forudsætningen for at producenten kunne blive ejer var dog i begge tilfælde, at denne var i god tro (dig. 47, 2, 52 § 14 om *fur* og dig. 6, 1, 4 jfr. dig. 10, 4, 12 § 3 om *mala fides*).

Når producenten blev ejer, havde stofejeren en *actio in factum*, omfattende stoffets værdi i den nye ting (formentlig hjemlet i dig. 24, 1, 30 men ellers i en analogi fra reglerne om *accessio*). Hvis omvendt stofejeren blev ejer af tingen afhang producentens krav af reglerne om *impensae*.

Efter reglerne om *negotiorum gestio*⁸⁾ (uanmodet forretningsførelse), kunne den (*gestor*), som havde afholdt udgifter for at afværge tab, som truer en fraværende persons (*dominus*), kræve denne for sine udlæg. Betingelsen for kravet var yderligere, at handlingen var foretaget med den hensigt at handle for en anden (*animo negotia aliena gerendi*). Retsforholdet gav iøvrigt anledning til to klager, nemlig *actio negotiorum gestorum directa* (dig. 3, 5, 2), hvorefter *dominus* kunne kræve regnskabsaflæggelse etc., og *actio n. g. contraria*, ved hjælp af hvilken *gestor* indtalte sit godtgørelseskrav. Godtgørelseskravet omfattede godtgørelse for alle fornuftige opofrelser uden hensyn til at handlingen mislykkedes og var således ikke noget berigelseskrav. Hvis opofrelsen ikke var nødvendig for at afværge tab (*utiliter gestum*) var kravet, hvis det ellers kunne indrømmes,⁹⁾ indskrænket til berigelsen.

Havde *gestor* derimod handlet i den tro, at det var for ham selv (uægte *negotiorum gestio*), havde han formentlig kun et berigelseskrav, men de nærmere regler kan ikke oplyses, idet kravet kun omtales i forbindelse med det tilfælde, hvor en godtroende besidder af en andens ting har solgt denne (dig. 3, 5, 49).¹⁰⁾

⁷⁾ jfr. *Lassen Romerret* 1. udg. 303.

⁸⁾ jfr. herved *Lassen Handlinger* 1 ff. *Lassen Romerret* 339 ff og *Stiig Iuul Romerret* 108.

⁹⁾ jfr. herved *Lassen Romerret* 1. udg. 562 ff.

¹⁰⁾ se *Lassen Romerret* 1. c.

Hvad angår forbrug (*consumtio*) og råden over andres ting iøvrigt, måtte vedkommende, når han var i ond tro betale fuld erstatning efter de almindelige retsbruds- og ejerklager, navnlig *rei vindicatio*, og han var også ansvarlig for frugter (dig. 6, 1, 20). Var han derimod i god tro var retsstillingen mere tvivlsom. Sålænge tingen kunne spores, var ejeren henvist til at rejse vindikationsøgsmål mod den nuværende besidder og kunne altså ikke gøre noget ansvar gældende mod tidligere besiddere (dig. 3, 5, 49). Men kunne tingen ikke spores eller var den forbrugt, kunne ejeren rejse krav enten for at få det erholdte vederlag (dig. 12, 1, 23) eller den berigelse, som var indvundet ved forbruget (dig. 19, 1, 30). Dog kunne der vistnok ikke rejses krav mod erhververe, som havde erholdt tingen ved en overdragelse *inter vivos*.¹¹⁾ Var tingen hædeligt gået til grunde havde intet krav (dig. 5, 3, 31 § 3).

B. Om romerretten endvidere anerkendte en egentlig berigelsesgrundsætning, er derimod meget tvivlsomt. Hvormeget man tør slutte af de ovenfor citerede udtalelser, er overordentlig usikkert. Således kan udtalelserne i dig. 12, 6, 14 og 12, 6, 66 formentlig kun opfattes som mere almindelige forklaringer på reglerne om *condictio indebiti* (dig. 12, 6), idet de er anbragt midt i en længere opregning af enkelttilfælde. Idetheletaget må de generelle udtalelser i kilderne, med det romerske aktionssystem in mente, sikkert kun forstås som en fastslåelse af det princip, som en del af specialbestemmelserne hvilede på, nemlig begrebet den »ugrandede berigelse«. Spørgsmålet vil herefter navnlig afhænge af, hvormeget man tør indlægge i de enkelte bestemmelser om *conditiones*. De romerretlige kilder er som bekendt overvejende kasuistisk affattede, men rundt omkring finder man dog flere forsøg på en mere almindelig udvikling af retsprincipperne. Dette var dog kun i sin vorden, da *Justinian* lod lovbogen udarbejde, eller for at være mere korrekt, romerretten nåede aldrig i romerrigets tid at komme ud over det kasuistiske. Det blev kun en række tilløb, og i lys af dette må også de mere almindelige udtalelser ses. Først en lang senere tid skulle tage denne opgave op, og loddet faldt, når der bortses fra glossatorerne, af historiske grunde på tysk retsvidenskab; men af samme historiske

¹¹⁾ *Lassen Romerret* 1. udg. 336.

grunde må dens resultater også tages med en vis varsomhed.

Man kan dog ved at tage de forskellige *condictiones* i en lidt anden rækkefølge end den, kilderne anvender, se en vis linie i udviklingen og iøvrigt få et nogenlunde svar på det stillede spørgsmål. Den af mig foretagne ændring i rækkefølgen har til formål at gå fra de mere specielle regler til de mere generelle. Herefter kan bestemmelserne om *condictiones* i korthed gengives i følgende hovedgrupper:

1. *condictio furtiva* (dig. 13, 1) gav forskellige bestemmelser om tyveri, hvorefter bl. a. en tyv var ansvarlig for den højeste værdi, som den stjalne ting havde haft på et hvilket som helst tidspunkt siden tyveriet, formentlig uanset, om han stadig var i besiddelse af selve tingen eller ej, og uanset hvordan den var gået til grunde.¹²⁾

2. *condictio ex lege* (dig. 13, 2) gjaldt i det tilfælde, hvor en lov havde påbudt en forpligtelse, men samtidig glemt at foreskrive retsmidler til gennemtvangelsen; kravet kunne i så fald indtales ved hjælp af denne *condictio*.

3. *condictio ex poenitentia* (dig. 12, 4, 5), hvorefter ejendele kunne kræves tilbage, når de var overgivet med et eller andet formål for øje, forsåvidt overgiveren havde ret til at forlange, at formålet ikke blev realiseret.¹³⁾

4. *condictio causa data causa non secuta* (eller *condictio ob causam datorum* — dig. 12, 4), ifølge hvilken en ydelse kunne kræves tilbage, hvis den følge, ydelsen tilsigtede, (modpræstationen) udeblev, som f. eks. når en ydet medgift søgtes tilbage, fordi det påtænkte ægteskab var blevet opgivet (dig. 12, 4, 6).

5. *condictio ob turpem causam* (dig. 12, 5), gjaldt navnlig i de tilfælde, hvor en ydelse var blevet fremtvunget ved ulovlige eller umoralske midler, f. eks. ved afpresning (dig. 12, 5, 2).

6. *condictio ob injustam causam* (dig. 12, 5). Denne klage var

¹²⁾ Jfr. *Stiig Iuul Romerret* 82. Klagen var forsåvidt en retsbrudsklage og adskilte sig fra de øvrige *condictiones* ved, at berigelsen ikke skyldtes en ydelse fra sagsøgeren; alligevel stod den i nær forbindelse med de øvrige „berigelsesklager“, se nærmere *Stiig Iuul Romerret* 111 og *Lassen Romerret* 100.

¹³⁾ Både *condictio ex lege* og *condictio ex poenitentia* er formentlig af byzantinsk oprindelse, jfr. *Buckland Roman Law* 542. Hvad angår *condictio ex poenitentia*, ville der i disse tilfælde iøvrigt efter klassisk ret normalt være blevet statueret *fiducia* med en heraf følgende *actio fiduciae*.

til en vis grad blandet sammen med den foregående, men drejede sig særlig om de tilfælde, hvor en ydelse var erlagt for at opnå et umoralsk, omend ikke ulovligt formål.

7. *condictio indebiti* (eller *indebiti solutio* — dig. 12, 6), hvorefter ydelser, erlagt i urigtig formening om skyld, kunne søges tilbage. Som antydnet i det foregående hvilede denne klage klart på begrebet den »ugrundede berigelse« (dig. 12, 6, 14). Anvendelsesområdet for den blev betydeligt udvidet fra tid til anden, som f. eks. til det tilfælde, hvor en afdøds formue urigtigt var blevet fordelt i henhold til et ugyldigt testamente (dig. 12, 6, 2 § 1).

Den første betingelse for klagen var naturligvis, at der var sket en betaling (*solutio*); men herunder regnedes enhver ydelse; altså ikke alene det sædvanlige, at en sum penge var blevet overgivet til den formodede kreditor, men f. eks. også det forhold, at en person havde påtaget sig en ny forpligtelse eller frigjort den formodede kreditor for en forpligtelse. Det var dernæst en betingelse, at ydelsen ikke skyldtes (*indebitum*), hverken som en retskraftig forpligtelse eller som en naturlig forpligtelse (dig. 12, 6, 26 § 12). Det var endvidere en forudsætning, at både yder og modtager var i god tro med hensyn til, om beløbene skyldtes. Hvis yderen således var klar over, at beløbet ikke skyldtes, fremgår det af dig. 12, 6, 50, at han ikke havde noget tilbagesøgningskrav, idet ydelsen i så fald blev betragtet som en *donatio*. Hvis omvendt modtageren var i ond tro, blev hans modtagelse af ydelsen betragtet som *furtum*, hvilket gav yderen ret til at anvende klagen *condictio furtiva*, hvilket var at foretrække fremfor *condictio indebiti*, hvis ydelsen var en ting, idet risikoen for denne i førstnævnte tilfælde påhvilede modtageren, medens den ved *condictio indebiti* var hos yderen (dig. 12, 65, 8).

Det antages i almindelighed,¹⁴⁾ at *condictio indebiti* kun blev indrømmet, når betalingen skyldtes en faktisk vildfarelse, men ikke når det drejede sig om en retsvildfarelse. Der har dog været rejst tvivl, om denne sondring gjaldt i den klassiske tid.¹⁵⁾ Hovedstedet i kilderne er cod. 1, 18, 10, hvori det hedder: *Quum quis*

¹⁴⁾ jfr. *Lee Elements of Roman Law* 367, *Lassen Romerret* 337 og *Stiig Iuul Romerret* 110.

¹⁵⁾ jfr. således *Buckland Roman Law* 538.

jus ignorans indebitam pecuniam persolverit, cessat repetitio; per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est«. Sondringen gjaldt ihvertfald ikke, når det drejede sig om visse særligt beskyttede personer, som f. eks. mindreårige (dig. 22, 6, 9), og formentlig heller ikke, hvis retsvildfarelsen drejede sig om en uklar retsregel, hvis rette oplysning ville være vanskelig og bekostelig at fremskaffe, som hvis det f. eks. var nødvendigt at indhente en autoritativ udtalelse fra myndighederne (dig. 22, 6, 9, § 3). På den anden side var *condictio indebiti* udelukket, hvis vildfarelsen skyldtes grov uagtsomhed (dig. 22, 6, 9, § 2 og 22, 6, 6). Denne regel var forsåvidt i god overensstemmelse med den formodede regel om, at klagen ikke gjaldt ved retsvildfarelser, idet det fremgår af de citerede steder, at ukendskab til ihvertfald klare lovregler blev anset for uagtsomhed, (se også dig. 22, 6, 2). Derimod herskede der nogen usikkerhed om, hvorledes reglen var, hvis yderen havde været i tvivl om, hvorvidt ydelsen skyldtes eller ej. I klassisk ret var det vistnok den almindelige opfattelse, at yderen i så fald var afskåret fra at rejse et tilbagesøgningskrav. *Justinian* bestemte imidlertid, at »tvivl« skulle behandles på samme måde som egentlige vildfarelser, se cod. 4, 5, 11, altså som givende adgang til et tilbagesøgningskrav.

8. *condictio sine causa*. (dig. 12, 7). Denne klage gentog en del af de tilfælde, som allerede var blevet anført under de foregående *condictiones*, som f. eks. tilbagesøgning af ydet medgift, når det påtænkte ægteskab blev opgivet (dig. 12, 7, 5), jfr. ovenfor under 4. Bortset herfra nævnes de tilfælde, hvor et løfte var afgivet uden *causa* eller *animus donandi*, altså krav om berigelse ved bristende forudsætninger idetheletaget (dig. 12, 7, 1), eller hvor en *fullo* havde betalt erstatning for bortkomne ejendele, som senere var blevet fundet af ejermanden (dig. 12, 7, 2). Endvidere nævnes krav i anledning af erhvervelser af ting ved ugyldige retshandler, hvor vindikation var udelukket på grund af tingens forbrug. Idetheletaget var *condictio sine causa* et afsnit som samlede mange forskellige former for berigelseskrav,¹⁶⁾ men det ville være urigtigt at betegne det som et udtryk for en almindelig berigelsesgrundsætning.

¹⁶⁾ jfr. *Lassen Romerret* 1. udg. 557.

Hvad angår den nærmere udmåling af kravenes størrelse i henhold til reglerne om *condictio indebiti* og *condictio sine causa*, hersker der en vis tvivl på flere punkter, hvilket formentlig skyldes de indbyrdes noget inkonsekvente bestemmelser. I afsnittet (dig. 12, 7) om *condictio sine causa* findes der i og for sig heller ingen almindelige regler om kravets udmåling, men der hersker almindelig enighed om,¹⁷⁾ at reglerne om *condictio indebiti* fandt anvendelse herpå. Hvad disse angår, er problemet, om det var værdien af selve den overdragne ydelse, der skulle lægges til grund for kravets udmåling eller, om det kun var størrelsen af den indtrufne »berigelse«. Hvis det drejede sig om penge, kunne selve summen søges tilbage ved en *condictio certae pecuniae*, uanset hvad der var sket med dem. Her er forsåvidt ingen tvivl, som det altså var netop størrelsen af det modtagne beløb, som kunne kræves tilbage. Hvis det derimod drejede sig om andre fungible ting (f. eks. korn), er resultatet mere tvivlsomt. Det må dog formentlig antages, at værdien kunne kræves, uanset tingenes senere skæbne. Det gjaldt ihvertfald ved forbrug (dig. 12, 6, 65 § 6) og sandsynligvis i alle tilfælde.¹⁸⁾ Hvis det endelig drejede sig om en individuelt bestemt ting, var kravet formentlig indskrænket til den indvundne berigelse, forsåvidt der ikke forelå *dolus* eller *culpa* (dig. 12, 6, 65 §§ 5 og 8). Hvis derfor f. eks. A havde fået en slave af B ved en fejltagelse og derefter solgte den i god tro for en salgssum, som lå under den almindelige markedspris, kunne B kun kræve den nævnte salgssum, eventuelt med et yderligere fradrag for afholdte udgifter (dig. 12, 6, 26 og 12). På den anden side omfattede *condictio indebiti*-kravet ethvert afkast og enhver frugterhvervelse (*partus et fructus*) af tingen (dig. 12, 6, 15), dog ikke renter (cod. 4, 5, 1).

Sluttelig må versionsklagen *actio de in rem verso* (dig. 15, 3) nævnes. Den hørte ikke til *condictiones*, men den byggede på begrebet »den ugrundede berigelse« (se dig. 15, 3, 1 jfr. 3). Den gjaldt i de tilfælde, hvor en slave, en søn etc. (husundergiven) havde indgået en kontrakt, som gav husherren (*dominus*) en fordel. Medkontrahenten kunne i så fald sagsøge *dominus* til betaling, såfremt sidstnævnte havde opnået en be-

¹⁷⁾ jfr. *Buckland Roman Law* 542 og *Lassen Romerret* 1. c.

¹⁸⁾ cfr. dog *Girard Droit Romain* 641, men herimod *Buckland Roman Law* 539.

rigelse på medkontrahentens bekostning, og berigelsen iøvrigt måtte antages at være i overensstemmelse med husherrens interesser. Dette sidste antoges normalt kun at gælde, hvis de husundergivne selv havde *actio mandati* eller en *actio negotiorum gestorum* mod husherren (dig. 15, 3, 3).

I henhold til det foregående kan romerrettens stilling til restitutionskravene formentlig fastslås at have været følgende: romerretten anerkendte en lang række krav, som hverken støttede sig på aftaler eller retstridige handlinger. I systematisk henseende betegnedes de som »quasi-kontraktlige«. Deres reale baggrunde var højst forskellige, men en betydelig del af dem, nemlig størsteparten af *condictiones* samt *actio de in rem verso* antoges nærmest at bygge på begrebet den »ugrandede berigelse«. Dette begreb var dog ikke ene om at bære *condictio*-kravene. Det må indrømmes, at *condictiones* lige så meget var begrundet i retsbeskyttelsesinteressen, sml. dig. 12, 6, 66: »*Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit*«. ¹⁹⁾ Dermed skal ikke være sagt, at romerretten anerkendte en almindelig berigelsesgrund-sætning, idet der altid måtte påvises en hjemmel i kilderne for det enkelte konkrete krav. På den anden side blev området for disse krav, eller rettere sagt, mængden af kravene, betydeligt udvidet i tidens løb, ligesom nye krav formentlig til en vis grad kunne anerkendes ved analogier fra de bestående bestemmelser, navnlig fra *condictiones indebiti* og fra *condictiones sine causa*. I en del tilfælde var kravet yderligere begrænset til den indvundne berigelse, nemlig når det drejede sig om *condictio indebiti* vedrørende individuelt bestemte ting, samt ved *condictio sine causa*. En noget lignende begrænsning gjaldt i de tilfælde af *negotiorum gestio*, hvor *gestor* ikke opfyldte betingelserne for den almindelige *actio negotiorum gestorum contraria*, men kravet var her yderligere afhængig af, om den *dominus* tilførte berigelse var

¹⁹⁾ Jfr. *Mayr Condictio* 305, hvor det hævdes, at retsbeskyttelseshensynet og ikke den ugrandede berigelse var den afgørende basis for *condictiones*, hvilket dog turde være et for skarpt standpunkt. Forøvrigt turde sondringen mellem den „ugrandede berigelse“ og „retsbeskyttelseshensynet“ være noget uklar; dette forhold skal dog ikke forfølges nærmere i denne forbindelse; se derimod nedenf. i kap. 5.

i overensstemmelse med dennes hele økonomi og interesser.²⁰⁾ Men alt taget i betragtning, vil det altså være urigtigt at hævde, at romerretten anerkendte en almindelig berigelsesgrundsætning af samme art som den, vi i nutiden finder gennemført i en række retssystemer.²¹⁾

²⁰⁾ Jfr. herved *Lassen Handlinger* 56. Det samme gjaldt uægte *actio negotiorum gestorum contraria*, jfr. 1. c. 76 og *actio de in rem verso*.

²¹⁾ Jfr. herved *Mayr Condictio* 298 ff. og *Lassen Handlinger* Indledning XX, og *Stiig Iuul Romerret* 109, men herimod dog *Utke Damm* 7.

Kapitel 2

HISTORISKE HOVEDLINJER I DE ROMANISTISKE RETSYSTEMER

Går vi herefter over til at betragte de europæiske landes retshistorie, vil det vise sig, at udviklingen i de forskellige *romanistiske* retssystemer i store træk har fulgt de samme linjer. Receptionen af romerretten førte til anerkendelse af romerrettens forskellige restitutionskrav. Den retsfilosofiske spekulation over romerrettens konditioner gav den naturretlige skole i det 17. og 18. århundrede, i dens søgen efter de evige retsprincipper, anledning til at opstille den almindelige berigelsesgrundsætning som en tredje retstiftende kendsgerning foruden løftet og retsbrudet som de to første. Fra de naturretlige lærebøger¹⁾ trængte grundsætningen ind i retsalene og senere videre til de store lovbøger som B.G.B. og O.R. I modsætning hertil står *England*, der i denne forbindelse — som i så mange andre — er gået sine egne veje og har udviklet sine regler på vidt forskellig måde. Denne forskel mellem hvad man kunne kalde den »kontinentale« og den »engelske« metode, skyldes naturligvis i første række de betydelige forskelligheder, der i almindelighed består mellem de kontinentale retssystemer på den ene side og det engelske retssystem på den anden side. Alligevel vil det ikke være helt uberettiget at påstå, at vi her står overfor to forskellige metoder at nærme sig problemerne på. Hvad angår de *nordiske* lande må disse nærmest siges at være gået en mellemvej, se nedenf. i kap. 3. III.

¹⁾ som f. eks. *Christian von Wolff*, som i sit værk: „Grundsätze des Natur und Völkerrechts“ (Halle 1754) har et større afsnit om „Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung“, bygget over de ovenanførte kildesteder i digesterne 12, 6, 14 og 66.

I. Fransk ret

A. *Historisk udvikling.* Udviklingen i fransk ret kan tjene som et karakteristisk eksempel på både den kontinentale udvikling og dens metode. Fransk ret har lig de fleste romanistiske retssystemer, taget sit udgangspunkt i de ovenfor udviklede romerrettlige regler om *obligationes quasi ex contractu*.

I det 18. århundrede var romerrettens regler fuldt ud anerkendt af de franske domstole. Det må i denne forbindelse erindres, at de franske domstole — i modsætning til England — ikke var bundet af særlige klageformer eller aktionssystemer. Dette forhold medførte, at domstolene så temmelig frit kunne udvikle de romerrettlige regler i overensstemmelse med forholdets natur — *équité* — (et udtryk som naturligvis ikke må forveksles med det engelske »equity«). *Code civil* optog alle disse specialregler, således som de var blevet udviklet gennem det 18. århundrede. Se således art. 1371—81 om *les quasi-contrats*.

Code civil anerkender her to hovedgrupper af restitutionskrav, nemlig godtgørelse for *uanmodet forretningsførelse* (*gestion d'affaires*), art. 1371—75 og *tilbagesøgning af ydelser erlagt i urigtig formening om skyld* (*condictio indebiti* el. *action en répétition de l'indu*), art. 1376—80. Hvad *uanmodet forretningsførelse* angår, er *Code civil's* regler — i modsætning til B.G.B. — ikke særligt udtømmende, men hovedbetingelsen for indrømmelse af kravet kan formentlig bedst gengives derhen, at forretningsføreren (*le gérant*) har krav på at få de udgifter refunderet, som han har afholdt for at bevare en andens — forretningsherrens (*le maître*) — ejendele, forsåvidt denne ikke selv har været tilstede, eller har forbudt det.²⁾ Forretningsførelsen må naturligvis udføres med almindelig omhu og agtpågivenhed. Hvad angår *condictio indebiti*, bestemmer *Code civil* art. 1376, at yderen i almindelighed har krav på at få sin ydelse refunderet, såfremt det viser sig, at den har været erlagt i urigtig formening om skyld. Denne regel gælder, uanset om fejltagelsen skyldtes en faktisk vildfarelse eller en retsvildfarelse. Tilbagebetalingskravet bortfalder dog, hvis kreditor som en konsekvens af betalingen har ødelagt sit gældsbevis (art. 1377). Dette gælder ifølge herskende

²⁾ jfr. *Planiol-Ripert* tome 7 p. 7 f.

opfattelse³⁾ også i tilfælde, hvor kreditor har opgivet sikkerhedsrettigheder, etc. Hvad angår størrelsen af kravet, sondres der normalt mellem, om modtageren var i god eller ond tro med hensyn til skyldens ikke-eksistens.⁴⁾ Hvis han var i ond tro, må han yde erstatning for hele yderens tab, herunder også for renter og andre frugterhvervelser, uden hensyn til, om ydelsen (hvis det f. eks. er en individuel bestemt ting) er gået tabt uden hans skyld, (art. 1379). Var han derimod i god tro, er kravet begrænset til et berigelseskrav. Han er ikke ansvarlig for frugter, ligesom han er fritaget for ansvar, hvis ydelsen er gået tabt uden hans skyld, eller han har bortgivet den; har han solgt tingen, er han kun ansvarlig for salgsprisen.

Foruden disse to vigtige tilfældegrupper indeholder Code civil mange spredte bestemmelser om restitutionskrav, se således eksempelvis art. 1226 og 1241, hvorefter en person på grund af manglende handleevne kan anfægte de af ham indgåede kontrakter, men hvor han samtidig må yde erstatning for den berigelse, som han har opnået i henhold til kontrakten; se endvidere art. 555, 861 og 862, hvorefter den virkelige ejer af en fast ejendom må erstatte en godtroende besidder alle de nødvendige udgifter, som denne har afholdt til ejendommens bevaring, se også om krav i anledning af frembringelse og tilvækst art. 552—564 (om fast ejendom) og art. 565—577, se iøvrigt herom nærmere nedenf. i kap. 12.I.B.

På den anden side indeholder Code civil ikke nogen almindelig bestemmelse, hvorefter domstolene kan indrømme berigelseskrav — eller restitutionskrav idetheletaget — når de finder det påkrævet ud fra forholdets natur. Det var derfor et stort spørgsmål, om de franske domstole kunne gå ud over lovbogens positive specialregler og indrømme krav overalt, hvor forholdets natur krævede det. Formelt sørgede domstolene altid for i deres afgørelser at citere en eller flere artikler fra Code civil. Men ved hjælp af smidige fortolkninger og tildels ved brug af fiktioner lykkedes det dog domstolene i tidens løb at udvide lovbogens regler i ikke ringe grad. Alligevel var dette område for snævert til fyldestgørende at kunne inødekomme ethvert berettiget restitutionskrav (berigelseskrav).

³⁾ *Planiol-Ripert*, tome 7 p. 28.

⁴⁾ *Planiol-Ripert*, 1. c. p. 31 ff.

I 1892 skete der imidlertid en total ændring i hele denne retstilstand, idet Cour de Cassation i dette år, under indflydelse fra teoriens side, især fra forfatterne *Aubry og Rau*,⁵⁾ i almindelighed anerkendte en berigelsesgrundsætning. Selve sagen, som gav anledning til anerkendelsen, drejede sig om følgende forhold: en handlende havde solgt et parti gødning på kredit til en forpagter af en landejendom, som havde anvendt det til forbedring af jorden. Forpagteren gik fallit, inden han havde betalt købesummen, og hans forpagtningskontrakt blev opsagt. Den handlende lagde derefter sag an mod ejeren af ejendommen og påstod denne dømt til at betale købesummen, fordi ejendommens værdi var blevet tilsvarende forøget ved anvendelsen af gødningen. Uanset at Code civil ikke indeholdt nogen bestemmelse, som direkte eller analogisk kunne komme til anvendelse på tilfældet, gav Cour de Cassation dog sagsøgeren medhold i hans påstand, og det hed i afgørelsen:⁶⁾ »Grundlaget for indrømmelse af et berigelseskrav (*l'action de in rem verso*) må søges i forholdets natur (*principe d'équité*), som forbyder en person at berige sig på en andens bekostning. Princippet er ikke reguleret af noget lovsted, og dets anvendelse er derfor ikke indskrænket til bestemte tilfælde, men kan anvendes overalt, hvor sagsøgeren kan bevise, at sagsøgte har opnået en berigelse, som tilsvarende enten et tab hos sagsøgte eller en arbejdspræstation (*fait personnel*) fra denne side.«

B. *Nugældende ret*. Afgørelsen fra 1892 gav de franske domstole frie hænder til at indrømme berigelseskrav overalt, hvor de fandt, at forholdene krævede det uden at være bundet af Code civil's snævre regler. Selve søgsmålet blev kaldt »*actio de in rem verso*«⁷⁾ og har siden 1892 fundet betydelig anvendelse i fransk domspraksis. Efterhånden har der gennem denne praksis fæstnet sig forskellige principper eller betingelser vedrørende berigelseskravene, som har krav på almindelig interesse, navnlig fordi de i ikke ringe grad går igen i de fleste romanistiske retsforfatninger.

⁵⁾ Gennem deres værk: *Cours de droit civil français* (navnlig 4. udg. 1869—78).

⁶⁾ refereret i „*Recueil général des lois et des arrêts*“ — Sirey 1893, p. 281 — i det efterfølgende citeret som „*Recueil général*“.

⁷⁾ Udtrykket er hentet fra den romerretlige versionsklage (dig. 15-3), jfr. ovenfor.

I en mere skematisk oversigtsform kan de formentlig fremstilles på følgende måde:⁸⁾

1. Der må kunne påvises *en berigelse* (l'enrichissement) hos sagsøgte. Dette begreb må tages i vid forstand som omfattende ikke alene materielle formueforøgelser af enhver art, herunder naturligvis også befrielse for gældsbyrder, men tillige immaterielle goder, som f. eks. undervisning, etc., som har forøget sagsøgtes dygtighed.⁹⁾ Betingelsen kan formentlig kort gengives derhen, at berigelsen må bestå i noget, som kan *omregnes i penge efter en målestok, der ikke er rent individuel*.

2. Der må endvidere kunne påvises *et tab* (l'appauvrissement) hos sagsøgeren. Denne betingelse tages også i vid forstand, som både omfattende direkte pecuniære tab og udførelse af arbejde samt andre tjenesteydelser, alt under forudsætning af, at det ikke er et udslag af gavmildhed (jfr. romerrettens *animo donandi*).

3. Ydermere er det en betingelse, at *berigelsen stadig er i behold hos sagsøgte ved sagsanlægget*; dog gøres der undtagelse, hvis den berigede har forbrugt berigelsen eller iøvrigt forsætligt (og vistnok også uagtsomt) har bortskaffet den, efter at han er kommet i ond tro. Derimod hæfter han ikke for den rent hændelige undergang af berigelsen, selvom han er i ond tro.

Konsekvensen af de to første betingelser bliver således det i kap. I omtalte princip om den dobbelte begrænsning i ansvaret, hvorefter berigelseskravet hverken kan overstige tabet eller berigelsen.

Anvendelsen af princippet i praksis har imidlertid ofte voldt de franske domstole nogen vanskelighed, og de har ikke altid overholdt det slavisk. Til belysning heraf skal nævnes et par tilfælde fra praksis. En genealog A havde af egen interesse og uden opfordring fra andre foretaget nogle genealogiske undersøgelser. Disse resulterede i udredningen af nogle slægtskabsforhold, som gjorde en person B i stand til at indtale et større arve-

⁸⁾ jfr. i det følgende navnlig *Demogue Obligations*, tome 3. 241 ff. og *Planiol-Ripert*, tome 7. 48 ff. (no. 753-64).

⁹⁾ herimod dog *David* 212, der mener, at de ledende domme om dette spørgsmål ikke mere kan anses for gældende ret, da de er afsagt før 1892 i henhold til analogier fra *Code civil* særlig art. 1372-75 om gestion d'affaires, men imod denne opfattelse se klart *Planiol-Ripert* 1. c.

krav. A anlagde sag mod B og påstod denne dømt til at betale ham 5000 fr. som kompensation for hans arbejde. Til trods for at det er vanskeligt for ikke at sige umuligt, at se, hvori A's tab bestod, blev B ikke desto mindre dømt ved retten i Rochelle til at betale det påståede beløb.¹⁰⁾ Fremdeles er det flere gange¹¹⁾ blevet statueret, at en mægler, som uden opfordring eller kontrakt af nogen art, har bragt en handel i stand mellem to kontrahenter, kan få tilkendt et rimeligt vederlag for sit arbejde. Her kan det vel nok siges, at der foreligger et tab (tabt arbejdsfortjeneste); men på den anden side turde det være tvivlsomt, hvori »berigelsen« egentlig består. Thi selvom man forudsætter, at de omspurgte kontrahenter hver for sig har opnået en fortjeneste ved handlen, kan denne vel næppe kaldes for en »berigelse«, ihvertfald ikke en »ugrundet« (jfr. nedenfor under punkt 4). En anden sag, hvor de ovennævnte betingelser kun med vanskelighed lader sig forene, drejede sig om følgende forhold:¹²⁾ En ejer af en fast ejendom, A, havde anlagt en vej over sin ejendom til brug for et på ejendommen værende stenbrud. Naboejeren B benyttede sig af sin ret i henhold til Code civil art. 682, hvorefter han havde ret til at forlange en brugsret over vejen mod at deltage i udgifterne etc. ved vejens vedligeholdelse. Reglen i nævnte artikel i Code civil gælder kun i det tilfælde, hvor en grundejer ikke har nogen ordentlig adgang til sin ejendom fra landevejen. Dette var ganske vist tilfældet med hensyn til B's ejendom, hvorfor den nævnte ret tilkom ham; men brugsretten gav ham foruden den omtalte adgang til ejendommen yderligere den fordel, at han kunne udnytte et ham tilhørende stenbrud mere rationelt. A anlagde sag mod B og påstod denne dømt til også at deltage i udgifterne ved selve anlæggelsen af vejen, hvortil der savnedes hjemmel i Code civil, og dommen tilpligtede B til at betale 10.000 fr. (en trediedel af anlægsudgifterne) til A. At sige, at B i dette tilfælde opnåede en ugrundet berigelse på A's bekostning, kan måske forsvares, selvom det kan være vanskeligt nærmere at fastsætte dens størrelse; at sætte den — som domstolen gjorde — til en trediedel af de samlede udgifter synes noget vilkårligt.

¹⁰⁾ Refereret i *Dalloz: Recueil périodique et critique* (i det følgende citeret som „Recueil périodique“) 1908, II, 332.

¹¹⁾ se eksempelvis *Journal des Juges de paix* 1929. 279.

¹²⁾ ref. i *Recueil périodique* 1926, II, 41.

Derimod er det nærmest umuligt at få øje på tabet, dels fordi det var givet, at A ville anlægge vejen uden hensyn til, om B ville benytte sig af sin ret eller ej, og dels fordi B under alle omstændigheder blev forpligtet til at deltage i vedligeholdelsesudgifterne, hvis han benyttede sig af retten. A. *Rouast* har i sin note til dommen også vanskeligheder ved at forklare afgørelsen. Hans forsøg på at forklare »tabet« ud fra den betragtning, at B's erhvervelse af brugsretten over vejen med en heraf følgende forbedret udnyttelse af sit stenbrud vil betyde en forøget konkurrence for A's stenbrudsvirksomhed, lyder i bedste fald noget kunstigt.

4. Det har været hævdet, at berigelseskravet er afhængigt af, om der består en *direkte årsagsforbindelse* (relation de cause à effet) mellem berigelsen (1) og tabet (2). Det siger sig selv, at det er meget vanskeligt at udtrykke det nærmere indhold af denne betingelse i præcise vendinger. Både *Planiol-Ripert*¹³⁾ og *Demogue*¹⁴⁾ giver da også op overfor opgaven og hælder iøvrigt til den anskuelse, at betingelsen bør opgives. Selve begrebet »den ugrundede berigelse«, mener de, vil under alle omstændigheder give den fornødne begrænsning. Det tør derfor ikke undre, at betingelsen også har voldt praksis adskillige vanskeligheder. Et par eksempler vil belyse dette. En entreprenør, som var beskæftiget med anlæggelsen af en jernbanelinie gennem byen Arles, lånte under udførelsen af arbejdet en større sum penge af A til finansieringen af dette. Efter arbejdets udførelse, men inden lånet var blevet tilbagebetalt, gik entreprenøren fallit. A, der således ikke kunne få sit krav dækket hos entreprenøren, sagsøgte nu bykommunen Arles og påstod denne dømt til at betale lånet. Uanset at det var givet, at kommunen havde opnået en betydelig berigelse ved det omspurgte jernbaneanlæg, blev denne dog frikendt, fordi retten fandt, at den opnåede berigelse kun var en *indirekte* følge af A's tab. Det er ikke uinteressant at sammenligne denne afgørelse med den ledende dom fra 1892, der ikke adskiller sig særligt meget fra det her nævnte tilfælde, men hvor retten ikke betænkte sig på at tilkende erstatning. Forskellen mellem de to tilfælde indskrænker sig formentlig udelukkende

¹³⁾ tome 7 p. 51 (no. 755).

¹⁴⁾ *obligations* tome 3 p. 248 (no. 155).

¹⁵⁾ ref. i *Recueil périodique* 1895, I. 391.

til, at medens der i 1892-dommen var tale om en egentlig kontrakt mellem forpagteren (= entreprenøren) og den berigede (ejereren af ejendommen), var entreprenøren i jernbanetilfældet kun en koncessionshaver, men at dette bør medføre en afgørende forskel i retstilstanden, kan vanskeligt erkendes. Betingelsens vilkårlighed træder endnu tydeligere frem i følgende sager¹⁶). En debitor D havde pantsat nogle løsøre effekter til en kreditor K. Ifølge en kontrakt mellem D og en trediemand T udførte sidstnævnte forskellige reparationer etc. på det pantsatte løsøre. Da det derefter viste sig, at D ikke kunne betale T det aftalte vederlag, anlagde T sag mod K, som i mellemtiden var blevet ejer af pantet, og påstod denne dømt til at betale beløbet. Domstolen gav T medhold, da den fandt, at der både var opstået en ugrundet berigelse hos K, og at der bestod den nødvendige forbindelse mellem T's tab og berigelsen. I en anden sag¹⁷) havde en kvinde købt forskellige genstande på kredit, som hendes broder delvis nød godt af. Da det senere viste sig, at hun ikke kunne betale købesummen, anlagde sælgeren sag mod broderen efter berigelsesgrundsætningen. Retten (Cour de Cassation) tilpligtede broderen at betale hele købesummen til trods for, at han kun delvist havde nydt godt af det indkøbte (man gik således videre end til berigelsen) og til trods for, at forbindelsen mellem tabet og berigelsen vanskeligt kunne siges at være en *direkte* årsagsforbindelse. Det må dog tilføjes, at dommen udtaler en formodning om, at broderens optræden overfor sælgeren kunne fortolkes som en stiltiende garanti om, at søsteren ville betale. I det store og hele kan det formentlig siges, at praksis ikke lægger afgørende vægt på betingelse 4. Måske kan praksis' stilling med et lidt vagt udtryk karakteriseres således, at berigelseskravet er afhængig af, at der består en vis nærmere forbindelse mellem tabet og berigelsen.

5. Hovedbetingelsen for indrømmelsen af et berigelseskrav er, at sagsøgtes berigelse kan anses for *ugrundet* (sans cause) i forhold til tablidte. Denne betingelse blev ikke udtrykkeligt udtalt i den ledende dom af 1892, selvom den måske nok kan siges at være indeholdt forudsætningsvis i afgørelsen (jfr. dens ovenfor citerede ordlyd). Betingelsen er imidlertid utvetydigt blevet slået

¹⁶) ref. Recueil périodique 1906, II. 132.

¹⁷) ref. i Recueil général 1902, I. 229.

fast i flere senere afgørelser af Cour de Cassation. Som et karakteristisk eksempel kan nævnes en afgørelse fra 1913,¹⁸⁾ hvori det hedder: »*Actio de in rem verso* er baseret på det naturlige princip (*équité*), som forbyder en berigelse på en andens bekostning, og det kommer til anvendelse overalt, hvor berigelsen er sket *uden berettiget grund* (*sans cause légitime*), når den tablidende ikke har noget andet retsmiddel baseret enten på en kontrakt, en quasi-kontrakt, et delikt eller et quasi-delikt«. Som det vil ses, fremgår det med al tydelighed, at fransk ret også har løsrevet berigelseskravene fra enhver allusion til kontraktsretten og erstatningsretten.

Det turde være overflødigt at bemærke, at den nærmere forståelse af denne betingelse har givet anledning til megen diskussion. Den danner kernen i berigelsesgrundsætningen og vil derfor blive gjort til genstand for en nærmere undersøgelse i det følgende. I nærværende forbindelse må det være tilstrækkeligt at trække de hovedlinier op, som har vundet hævd i praksis.

Det antages i almindelighed i fransk ret, at princippet skal forstås derhen, at enhver berigelse må anses for ugrundet, medmindre der kan påvises en retsregel eller en retsgrundsætning, som berettiger sagsøgte til at beholde berigelsen. Denne formulering giver til en vis grad princippet en negativ karakter, idet hovedopgaven bliver at fastslå, i hvilke tilfælde berigelsen kan anses for *grundet*.¹⁹⁾ Allerede i betingelse 1), om at der skal være sket en berigelse, ligger der den begrænsning, at sagsøgte er fritaget for ansvar, hvis han har givet fuldt vederlag for en ydelse; ti i så fald er der naturligvis overhovedet ikke sket nogen berigelse. Men selvom sagsøgte ikke kan siges at have ydet fuldt vederlag, er det fast antaget i praksis, at der intet krav kan rejses, hvis »berigelsen« stammer fra et *kontraktlig* mellemværende, uanset hvor urimelig berigelsen (fortjenesten) end er, forsåvidt der ikke er tale om tvang, svig eller udnyttelse. Dette resultat kan forsåvidt allerede siges at være en konsekvens af kontraktfrihedens grundsætning, jfr. herved Code civil art. 1101, 1109 og 1134.

¹⁸⁾ ref. i Recueil général 1918-19, I. 41. Det er interessant at notere sig, at de ovenfor citerede linier af dommen er en ordret gengivelse af teksten i *Aubry-Rau's* grundlæggende fremstilling i deres ovenomtalte værk *Cours de droit civil français*: tome 9 § 578.

¹⁹⁾ jfr. *Planiol-Ripert* 1. c. 54.

Reglen gælder dog kun undtagelsesfrit, når den »berigede« er en af de kontraherende parter.²⁰⁾ Hvis derimod den »berigede« er en udenforstående trediemand, altså hvor der så at sige er skudt et kontraktmellemed ind mellem den tablidende og den berigede, spores der en del usikkerhed i praksis. Dommen fra 1892 kan nævnes som eksempel. Her bestod der kun et kontraktligt forhold mellem den handlende (tablidende) og forpagteren, hvorimod ejeren (den berigede) i forhold til den handlende var en udenforstående trediemand. Som det vil huskes, statuerede domstolen, at der forelå en berigelse (ugrundet), som den handlende havde krav på at få godtgjort. Flere domme ligger på samme linie.²¹⁾ Adskillige domme går dog i modsat retning. Således nægtede domstolene at give en entreprenør medhold i et søgsmål mod ejeren af en fast ejendom, hvori han påstod denne dømt til at betale en entreprise, som var indgået med en (insolvent) lejer, og som havde forøget ejendommens værdi.²²⁾ Hovedtendensen i retspraksis må dog formentlig siges at gå i retning af at statuere »ugrundet berigelse« i slige tilfælde, dog må det erindres, at fransk ret i almindelighed betragter berigelsesgrundsætningen som et *diskretionært princip*, der giver domstolene den største frihed ved afgørelsen af de enkelte tilfælde. Er endelig berigelsen opstået uden, at der har været noget kontraktligt mellemværende overhovedet, anses berigelsen normalt for ugrundet. Skyldes den en handling fra den berigedes side og har denne været i ond tro, haves der naturligvis et egentligt erstatningskrav (Code civil art. 1382).

6. Af den ovennævnte ledende dom fra 1914²³⁾ fremgik det, at berigelsesklagen kun kan komme til anvendelse, hvis sagsøgeren ikke har andre retsmidler til sin rådighed. Berigelsessøgsmålet er således — som det almindeligvis udtrykkes — *subsidiært*. Denne regel har flere gange ført til nægtelse af berigelseskrav,

²⁰⁾ jfr. *Demogue Obligations* tome 3 p. 245 (no. 153).

²¹⁾ se eksempelvis *Recueil périodique* 1911, I. 377. Her var dog tale om et samtidigt fælleseje til en fast ejendom. En bygningsentreprenør kunne her sagsøge de øvrige fællesejere til betaling af forskellige forbedringer, han havde udført på huset, efter at det havde vist sig, at den fællesejer, med hvilken kontrakten var indgået, var insolvent.

²²⁾ ref. i *Recueil périodique* 1923, I. 64.

²³⁾ ref. i *Recueil général* 1918—19, I. 41.

som f. eks. i følgende tilfælde.²⁴⁾ En forpagter havde betalt forskellige skattebeløb, som det i virkeligheden tilkom ejeren at betale. Forpagteren sagsøgte denne i en *actio de in rem versio*, idet han påstod, at ejeren havde opnået en ugrundet berigelse. Søgsmålet blev imidlertid afvist af domstolene under henvisning til, at han kunne søge beløbene tilbagebetalt fra statskassen efter reglerne om *condictio indebiti* (Code civil art. 1376).

Denne subsidiære karakter af klagen må dog ikke tages for håndfast.²⁵⁾ At man har et direkte krav mod en person, er ikke altid en afgørende hindring for at rejse berigelseskrav mod andre, navnlig ikke hvis førstnævnte er insolvent, jfr. i så henseende allerede den ledende dom fra 1892.

7. Hvad sluttelig angår berigelseskravets stilling i forhold til den berigedes øvrige kreditors krav, må det bemærkes, at det konkurrerer på lige fod med disse. Dette er bl. a. fastslået ved en dom fra 1923. En bygningsentreprenør søgte her at få anerkendt en fortrinsstilling i forhold til en fallents øvrige kreditorer ud fra den betragtning, at disse var blevet ugrundet beriget ved hans forbedringer af fallentens faste ejendom. Domstolene nægtede imidlertid at følge hans påstand. Men på den anden side tillades det i almindelighed, som vi så ovenf., at tablidte (kreditor) rejser krav udenom konkursboet mod tredjemænd, som har nydt godt af vedkommende kreditors ydelse, jfr. allerede den ledende dom fra 1892. Herved opstår der imidlertid også et konkursprivilegium, som dårligt kan forenes med den hernævnte afgørelse. Fransk ret synes idethele at være noget inkonsekvent på dette punkt.

Ved siden af berigelsesgrundsætningen anvendes naturligvis stadig de ovennævnte specialregler i Code civil, blandt hvilke art. 1372—75 om *negotiorum gestio* og art. 1376 om *condictio indebiti* må anses for de vigtigste. At størsteparten af disse bygger på begrebet »den ugrundede berigelse« eller ihvertfald må siges at være i harmoni med dette princip, er almindelig antaget i fransk teori.²⁶⁾

²⁴⁾ ref. i Recueil général 1932, IV. 23.

²⁵⁾ jfr. herved *David* 218, som skarpt kritiserer reglen, navnlig på grund af dens uklarhed.

²⁶⁾ jfr. *Demogue Obligations* tome 3 p. 122 (no. 77).

Hvad de øvrige kontinentale retssystemer angår, ligger disses regler vedrørende restitutionskravene, som berørt, i store træk på linje med fransk ret. I enkelthederne kan der dog påvises en del afvigelser, ligesom deres historiske udvikling mere direkte end fransk ret har taget sit udgangspunkt i romerretten. Endelig er, som bekendt, disse retssystemer også præget af de nyere kodifikationer.

II. Tysk ret.

A. *Historisk udvikling.* Den germanske reception af romerretten i middelalderen medførte, at udviklingen i tysk ret vedrørende restitutionskravene i endnu højere grad end fransk ret blev præget af de romerretlige regler, hvilket i den forbindelse navnlig vil sige reglerne om *condictiones* og *negotiorum gestio*. Hvad særlig berigelsesgrundsætningen angår, blev denne — tildels under indflydelse fra naturretens side — givet en almindelig form.²⁷⁾ Den var nærmest tænkt som en sammenfatning af reglerne om *condictiones*, og den blev iøvrigt ofte opfattet som givende et sandt billede af den klassiske romerret.²⁸⁾ Her gik, som allerede antydnet i afsnittet om romerretten (kap. 1, II), tysk teori i sin iver efter at opstille almindelige grundsætninger utvivlsomt for vidt. Men det forhold, at en almindelig berigelsesgrundsætning ikke — ihvertfald ikke med sikkerhed — kan udledes af de romerretlige kilder, ændrer naturligvis ikke billedet af tysk rets almindelige standpunkt i det 18. og 19. århundrede, som i denne form gik ind for en almindelig regel.²⁹⁾ Slutstenen på udviklingen blev lagt af *B.G.B.*, der i §§ 812—22 giver en række almindelige bestemmelser om tilbageføring af ugrundet berigelse.

²⁷⁾ jfr. *Gierke Privatrecht* 992, *Dernburg* 721 og *Thomle* 286.

²⁸⁾ se nærmere *Mayr Condictio* 297 f.

²⁹⁾ jfr. *Gierke Privatrecht* l. c. I det 19. århundrede var det navnlig *Savigny*, se f. eks. *Obligationenrecht* I (1851) p. 230, og *Windscheid* jfr. hans *Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung*, Leipzig 1878, som gik i brechen for en almindelig regel. *Savigny* opstillede — i modsætning til naturretten — betingelsen om, at berigelsen måtte være ugrundet. Om den nærmere diskussion i tysk retslitteratur i det 19. århundrede kan der henvises til *Lassen Handlinger* indledning XIX ff. og *Thomle* l. c.

B. *Nugældende ret*. Den almindelige berigelsesregel udtrykkes nu i § 812, hvor det hedder:

»Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.

Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkenning des Bestehens eller des Nichtsbestehens eines Schuldverhältnisses«.

Heraf følger, at tysk ret ligesom fransk ret først og fremmest kræver to betingelser opfyldt, nemlig, 1. at der må være sket en *berigelse*, og 2. lidt et *tab*. 3. Ligesom i fransk ret er berigelseskravet også afhængig af, om *berigelsen ved sagsanlægget stadig forefindes hos sagsøgte*, § 818 stk. 3. Hvis den berigede er i ond tro inden sagsanlægget, er han ansvarlig efter de almindelige erstatningsregler fra det tidspunkt, han kom i ond tro, § 819 jfr. § 818. Har han forbrugt berigelsen i god tro, anses han stadigvæk for beriget i det omfang, forbruget har givet ham en påviselig besparelse, d. v. s. sparet ham for en nødvendig udgift.³⁰⁾

Normalt indfortolkes ogsaa 4, at der må være en *umiddelbar eller direkte forbindelse* mellem berigelsen og tabet.³¹⁾

Medens den sidstnævnte betingelse næppe længere kan anses for havende synderlig betydning i fransk ret, betragtes den normalt i tysk ret som uomgængelig. Den ovennævnte ledende dom i fransk ret fra 1892 ville derfor formentlig blive afgjort modsat i tysk ret, således at sælgeren af gødningen til den fallerede forpagter ikke ville kunne gøre noget berigelseskrav gældende mod ejeren, jfr. de forskellige domme anført hos *Planck* 1624 f. Som det med rette er påpeget af *Ussing*³²⁾, skyldes reglen utvivlsomt navnlig hensynet til »mellemanden«s øvrige kreditorer, idet en indrømmelse af et berigelseskrav udenom denne ofte vil give tablidte et uberettiget konkursprivilegium; således eksempelvis i entreprenørtilfældet³³⁾, hvor en entreprenør ifølge aftale med en

³⁰⁾ jfr. *Planck* 1678 og *Fischer-Henle* B.G.B. 440.

³¹⁾ *Planck* 1624.

³²⁾ *Ussing Erstatningsret* 233.

³³⁾ *Planck og Ussing Erstatningsret* anførte steder.

husejer forbedrer dennes ejendom med materialer, han har købt af A. Hvis A her i tilfælde af entreprenørens konkurs kunne holde sig til husejeren (i kraft af berigelsesgrundsætningen) og således helt eller delvis overtage fallentens krav mod denne uden om fallentens øvrige kreditorer til skade for disse, ville dette støde an mod almindelige konkursprincipper. Som ovenfor anført, indtager fransk ret her et noget inkonsekvent standpunkt. Hvor dette moment ikke spiller ind, er det imidlertid vanskeligt at se reglens begrundelse. Tysk retspraksis synes heller ikke at fastholde reglen helt konsekvent. *Planck* nævner bl. a. følgende afgørelse³⁴⁾: En grundejer havde givet pant i sin faste ejendom for en trediemands, T's skyld. Ved et senere salg af ejendommen indgik køberen på at overtage pantegælden mod at få en tilsvarende reduktion af købesummen. T betalte imidlertid det skyldige beløb, hvorefter ejendommen befriedes for pantegælden. Sælgeren kunne herefter indtale det indfriele beløb hos køberen i kraft af berigelsesgrundsætningen. B.G.B. fraviger også princippet i det tilfælde, hvor en persons uberettigede råden over en andens ejendom har form af en (gyldig) gavedisposition til trediemand. Tablidte kan nemlig i så fald holde sig til trediemand for berigelsen.

5. Hovedbetingelsen er naturligvis, at berigelsen er *ugrundet* (jfr. ovenf. § 812: »ohne rechtlichen grund«). At opstille denne betingelse i en enkelt formel er imidlertid heller ikke lykkedes for tysk teori³⁵⁾, men den nærmere afgørelse af de enkelte tilfælde overlades til praksis. B.G.B. foretager selv i udstrakt grad en eksemplification, således allerede i §§ 813—17, ligesom der rundt omkring findes talrige specialtilfælde, se f. eks. § 951 om berigelseskrav i anledning af frembringelse og tilvækst.³⁶⁾

§§ 813 og 814 behandler *condictio indebiti*. Hovedreglen er, at yderen har et tilbagesøgningskrav, når han har erlagt en ydelse, som han har erlagt i urigtig formening om skyld, uanset om dette skyldes en faktisk vildfarelse eller en retsvildfarelse; dog kan tilbagesøgning ikke finde sted, hvis forpligtelsens ikke-eksistens

³⁴⁾ s. 1626 dommen ref. Reichsgericht-Recht 1918 nr. 853.

³⁵⁾ jfr. *Planck* 1627 og *Gierke Privatrecht* 1006.

³⁶⁾ som andre eksempler kan henvises til §§ 323 stk. 3, 346, 516, 527, 528, 531, 682, 684, 977, 988, 993, 1301, 1399 stk. 2 pkt. 2, 1455, 1539, 1973, 2021, 2196, 2287.

skyldes forældelsesreglerne. Ligeledes er tilbagesøgning udelukket, hvis yderen var i ond tro med hensyn til skyldens ikke-eksistens, eller hvis han skyldte beløbet i kraft af en naturalobligation. § 816 handler om råden over andres ejendele uden hjemmel og giver tablidte et berigelseskrav mod den, som uberettiget har foretaget den nævnte råden, forsåvidt denne råden iøvrigt er bindende for tablidte. Som allerede nævnt har tablidte også et berigelseskrav mod den trediemand, som har fået overdraget tingen, hvis retshandlen har karakteren af en gavedisposition. I henhold til § 817 kan en yder kræve værdien af sin ydelse tilbage, hvis denne var ydet i strid med gældende lovregler eller iøvrigt var stridende mod sædeligheden (guten sitten). Tilbagesøgningskravet er dog udelukket, hvis ulovligheden (eller usædeligheden) også kan lægges yderen til last, medmindre ydelsen bestod i påtagelse af en forpligtelse.

Udenfor disse særlige tilfælde men dog således, at der er fuld overensstemmelse med disse, sondres der efter herskende lære mellem, om berigelsen er opstået I. gennem *et kontraktsforhold* mellem den tablidende og den berigede eller II. *på anden vis*.³⁷⁾

I. Hvad *berigelse gennem kontraktsforhold* angår, byggede det første kommissionsudkast til B.G.B. på *Windscheids* forudsætningslære, således at yderen havde et berigelseskrav, hvis der var bristet en afgørende og for medkontrahenten kendelig forudsætning for ydelsen. Den anden kommission opgav imidlertid dette synspunkt og lagde hovedvægten på ydelsens (objektive) formål, således at yderen havde et krav, hvis dette formål ikke blev opnået. Kommissionen afstod imidlertid fra at udtrykke dette i en almindelig sætning og nøjedes med at antyde princippet i de enkelte bestemmelser, jfr. i denne forbindelse navnlig B.G.B. § 812: »Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt«. Som bekendt medtog *Windscheids* forudsætningslære i princippet alle forudsætninger og holdt dem for relevante, når blot de var afgørende for løftegiveren (yderen) og kendelig for medkontrahenten; men dette medførte, at alle selv de fjernestliggende motiver kunne opnå relevans. Det var utvivlsomt bl. a. for at undgå denne kalamitet, at kommissionen ændrede

³⁷⁾ jfr. i det flg. *Planck* 1627 ff.

standpunkt. Det turde dog være noget tvivlsomt, hvor megen klaring der herved blev opnået. At det også kan være vanskeligt at holde »motivet« ude fra »formålet« (angestrebte Erfolg), fremgår ihvertfald tydeligt af *Plancks* udviklinger 1629 ff. Det erindres, at efter tysk ret anses »overdragelsesretshandlen« for abstrakt, hvilket vil sige, at yderen normalt ikke kan vindicere selve ydelsen, når kontrakten hæves på grund af misligholdelse (B.G.B. § 327 jfr. § 346) eller erklæres uvirksom på grund af bristende forudsætninger.³⁸⁾ Yderen er her henvist til i stedet at kræve erstatning efter § 812 jfr. § 818, altså efter berigelsesgrund-sætningen.

II. Hvis derimod *berigelsen er opstået på anden vis*, sondres der normalt mellem tre grupper af tilfælde,³⁹⁾ nemlig

a) tilfælde, hvor berigelsen er fremkaldt ved *tablidtes handling*; her vil denne, hvis han er i ond tro, normalt intet krav have, medmindre hans handling falder ind under reglerne om *uanmodet forretningsførelse* (Geschäftsführung ohne Auftrag) i B.G.B. §§ 677—87; om de nærmere regler se nedenfor. Er han omvendt i god tro, er der mulighed for indrømmelse af et berigelseskrav i henhold til § 812.⁴⁰⁾ For fuldstændighedens skyld må det tilføjes, at den person, hvis formueområde er blevet forstyrret ved tablidtes handling, naturligvis selv har et krav mod tablidte, hvis denne forsætligt eller uagtsomt har påført ham et tab, jfr. § 823 om ulovlige handlinger.

b) Hvis omvendt det er den *berigede, som ved sine handlinger har fremkaldt berigelsen*, vil der være en almindelig formodning for, at berigelsen er ugrundet. Har han ligefrem handlet forsætligt eller uagtsomt, vil der naturligvis tilkomme tablidte et egentligt erstatningskrav efter § 823. Det kan dog få betydning, at han tillige har et berigelseskrav, nemlig, hvis erstatningskravet er forældet (normalt 3 år, § 852). Har han handlet i god tro, vil han normalt komme til at tilsvare tablidte berigelsen. I det sæd-

³⁸⁾ jfr. herved *Lassen Alm.* 123. *Ussing Aftaler* 486.

³⁹⁾ jfr. *Planck* 1634 ff. og *Gierke Privatrecht* 1006 ff.

⁴⁰⁾ jfr. *Planck* 1229. Under hvilke nærmere betingelser tablidte har et berigelseskrav, kan ikke nærmere angives, men vil afhænge af hvert enkelt tilfældes særlige beskaffenhed. Her vil også reglerne om tilvækst og frembringelse ofte kunne få betydning og give tablidte et berigelseskrav, jfr. § 951 smh. navnlig med § 947 stk. 2.

vanlige tilfælde, hvor berigelsen er fremkaldt ved en uberettiget disposition overfor en fremmed ting, haves der, som ovenfor nævnt, positiv hjemmel i § 816. Hvad angår godtroende forbrug, anses han, som ovenfor nævnt, beriget i det omfang, forbruget har givet ham en påviselig besparelse.

c) Er endelig *berigelsen fremkaldt ved en trediemands handling eller en naturbegivenhed*, vil berigelsen normalt være ugrundet. Det må dog erindres, at denne sætning ofte vil miste sin betydning i kraft af reglen om, at berigelsen og tabet skal stå i direkte forbindelse med hinanden. Er berigelsen opstået ved, at trediemand har bortgivet en andens ting, er der dog, som nævnt, positiv hjemmel i § 816 for, at tablidte har et berigelseskrav mod gavemodtageren.

6. Den i fransk ret opstillede regel om, at berigelsesklagen kun er af *subsidiær* karakter, har været diskuteret i tysk retslitteratur. B.G.B. indeholder ikke nogen almindelig regel vedrørende spørgsmålet, og den herskende opfattelse besvarer det benægtende.⁴¹⁾ Reglen ville også let virke stødende. Hvis f. eks. en handling både gav anledning til et erstatningskrav og et berigelseskrav, men hvor det første var forældet, kunne tablidte ikke få nogen erstatning overhovedet, fordi berigelseskravet som subsidiært i forhold til erstatningskravet ville være udelukket. I dette særlige tilfælde bestemmer B.G.B. § 852 stk. 2 dog udtrykkeligt, at berigelseskravet er bevaret, men herfra til det videregående spørgsmål kan der næppe sluttes noget afgørende. På den anden side vil sætningen om, at der må være en direkte årsagsforbindelse mellem tabet og berigelsen, ikke sjældent få en tilsvarende virkning. I det ovennævnte entreprenørtilfælde blev materialesælgerens krav mod husejeren afvist, fordi der ikke forelå nogen umiddelbar forbindelse mellem tabet og berigelsen. Hvis berigelsesklagen kun havde været subsidiær, kunne kravet også være blevet afvist af denne grund, da materialeejeren i første række har et principalt krav mod entreprenøren.

Tysk rets stilling til berigelsesgrundsætningen kan herefter kort karakteriseres således: den anerkender udtrykkelig en al-

⁴¹⁾ jfr. *Planck* 1613 og *Gierke Privatrecht* 999.

mindelig berigelsesgrundsætning (i § 812⁴²), suppleret af en række specialbestemmelser, der i enkelte tilfælde fastslår berigelseskrav. Berigelsesgrundsætningen dækker omtrent hele restitutionsområdet med undtagelse af reglerne om *uanmodet forretningsførelse*, der i et vist omfang giver hjemmel for et videregående krav, hvilke nærmere regler kort skal resumeres i det følgende.

B.G.B.s regler herom (§§ 677—87, *Geschäftsführung ohne Auftrag*)⁴³ er næsten parallelle med de romerretlige regler om *negotiorum gestio*. Hovedbetingelsen for, at forretningsherren (*Geschäftsherr*) kan blive ansvarlig for forretningsførerens (*Geschäftsführer*) udlæg er, at sidstnævnte kan godtgøre, at forretningsførelsen var i overensstemmelse med forretningsherrens virkelige eller sandsynlige vilje (§ 683). Dette er dog ikke nødvendigt, forsåvidt forretningsførelsen gik ud på at opfylde en pligt, hvori det offentlige har interesse (f. eks. reparation af en dæmning, som truer med at volde oversvømmelser) eller opfylde en lovpligtig underholdspligt, (§ 679). Såfremt forretningsførelsen omfattes af de ovennævnte kategorier, erhverver forretningsføreren et egentligt erstatningskrav mod forretningsherren, altså et krav, som ikke er indskrænket til berigelsen, men som dækker alle forretningsførerens udlæg og udgifter (§ 683). Hvis derimod forretningsførerens handling falder udenfor området, men hvor han iøvrigt er i god tro (d. v. s. havde han rimelig grund til at antage, at han handlede i forretningsherrens virkelige interesse), indrømmes der ham et berigelseskrav, som dog naturligvis udvides til et egentligt erstatningskrav, såfremt forretningsherren godkender handlingen (§ 684). Er forretningsføreren endelig i

⁴²) Af den nyeste litteratur i tysk ret om berigelsesgrundsætningen kan nævnes: *Krawielicki: Grundlagen des Bereicherungsanspruchs*, Breslau 1936, *Nipperdey: Zur Neugestaltung des Rechts der ungerechtfertigen Bereicherung*, Jahrb. der Akademie für D. R. 1937. 19 ff., samt *Hans Brandt: Eigentumserwerb und Austauschgeschäft*, Leipzig 1940. 238 ff. Disse skrifter indeholder også kritik af B. G. B.s regler om berigelsesgrundsætningen på visse punkter, men akcepterer den dog i det store og hele.

Om den af enkelte tyske forf. fremsatte påstand om, at § 812 kun kan komme til anvendelse, hvor B. G. B. iøvrigt giver en speciel hjemmel se *Dernburg* 593, der kategorisk tilbageviser påstanden.

⁴³) Jfr. nærmere *Planck* 1208 ff. og *Gierke Privatrecht* 979 ff.

ond tro, har han normalt intet krav; dog indrømmes der ham et berigelseskrav, hvis forretningsherren, istedetfor at få virkningerne af handlingerne fjernet (handlingen er jo ulovlig — § 823), vælger at gøre brug af det ved forretningsførelsen opnåede resultat (§ 687). Forretningsføreren har dog i intet tilfælde noget krav, hvis det godtgøres, at han ikke havde til hensigt at gøre kravet gældende (§ 865 stk. 1). Forretningsføreren må naturligvis udføre forretningsførelsen med almindelig agtpågivenhed og omhu (§§ 677 og 78) og underrette forretningsherren uden unødigt ophold om situationen (§ 681).

III. *Schweizisk ret.*

Hvad schweizisk ret angår, findes hovedbestemmelsen om afgivelse af ugrundet berigelse i O.R. art. 62, hvor det hedder:

»Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines Andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten.

Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat«.

Som det vil ses, svarer denne bestemmelse ret nøje til B.G.B. § 812, blot har den fået en noget mere generel form.

En gennemgang af de nærmere detailregler turde være overflødig, da de, bortset fra formuleringsforskelle, i hovedsagen svarer til tysk rets regler.⁴⁴⁾

Spørgsmålet om kravets eventuelle subsidiære karakter diskuteres også i schweizisk retslitteratur.⁴⁵⁾ O.R. indeholder ligesom B.G.B. ikke nogen positiv bestemmelse om spørgsmålet, og det er forøvrigt af mindre betydning end i tysk ret, bl. a. fordi forældelsesreglerne er ens for erstatningskrav og berigelseskrav, nemlig 1 år fra det tidspunkt, da tablidte fik kundskab om tabet og skadevolderen eller den berigedes identitet (art. 60 og 67)⁴⁶⁾, og

⁴⁴⁾ jfr. nærmere *Oser Kommentar*, hvor O. R.s og B. G. B.s regler er jævnført til sammenligning.

⁴⁵⁾ se *Oser Kommentar* 426.

⁴⁶⁾ Ordlyden er ikke helt den samme, men bestemmelserne fortolkes ens, jfr. *Guhl Obligationenrecht* 156.

iøvrigt altid 10 år efter kravets opståen. Dog udelukker et egentlig vindikationskrav, at der kan rejses berigelsessøgsmål mod besidderen.⁴⁷⁾

Hvad angår problemet om den nærmere forbindelse mellem tabet og berigelsen, kræver den almindelige opfattelse⁴⁸⁾ ikke som i tysk ret, at der skal være »direkte« årsagsforbindelse, men nøjes med blot at kræve *årsagssammenhæng*.

For det særlige tilfælde, hvor en person har afholdt udgifter på en ting som senere vindiceres, indeholder O.R. i art. 65 en regel, som ikke findes tilsvarende i B.G.B. Bestemmelsen går nærmere ud på, at han kan få nødvendige (for tingens bevarelse) og nyttige (værdiforøgende) udgifter erstattet; hvis han var i ond tro, kan han dog kun få de sidstnævnte udlæg erstattet, såfremt de stadig ved tilbagetagelsen repræsenterer en merværdi i tingen. Andre udgifter kan han ikke kræve erstatning for (uanset god eller ond tro), men der indrømmes ham dog en uskadelig borttagelsesret, hvis vindikanten ikke vælger at refundere ham udgifterne.

Omfanget af berigelsesklagen ligesom betydningen af berigelsens senere bortfald behandles på samme måde som i tysk ret.⁴⁹⁾ Dog må der bemærkes følgende om frugterhvervelser (udbytte, renter etc. af en ting). Medens disse ifølge den herskende opfattelse både i tysk⁵⁰⁾ og schweizisk⁵¹⁾ ret henregnes til berigelsen, således at der må ske udlevering af dem, når der rejses berigelsessøgsmål, forudsat at de stadig er i behold, gælder dette ikke, hvis der rejses egentligt vindikationsssøgsmål mod en godtroende erhverver (B.G.B. § 993 og Z.G.B. art. 938). Denne anomali har været stærkt kritiseret⁵²⁾ og lader sig heller næppe forsvare. Spørgsmålet er blot, om man begge steder bør medtage, eller om man bør undtage frugterhvervelse. I tysk/schweizisk ret går den almindelige opfattelse ind for altid at statuere ansvar for frugter, men om dette er rigtigt ifølge forholdets natur, må dog siges at være omtvisteligt. Det erindres herved, at dansk ret med almin-

⁴⁷⁾ jfr. *von Tuhr* 433 og *Guhl Obligationenrecht* 156.

⁴⁸⁾ jfr. *Oser Kommentar* 431.

⁴⁹⁾ *Von Tuhr* 420 ff.

⁵⁰⁾ *Planck* 1672 f.

⁵¹⁾ *Von Tuhr* 420 f.

⁵²⁾ jfr. *von Tuhr* l. c.

delig tilslutning fra teoriens side har taget det modsatte standpunkt, jfr. herved grundsætningen i D L 5—5—4.⁵³)

I modsætning til B.G.B. indeholder Z.G.B. ikke nogen større eksemplifikation af specialtilfælde. Forskellen er dog kun tilsyneladende, idet fortolkningen af de almindelige bestemmelser i vidt omfang foretages i overensstemmelse med B.G.B.s specialregler, hvorved resultatet bliver nogenlunde ens i begge retssystemer.

⁵³) jfr. *Ussing Erstatningsret* 220 og *Vinding Kruse E R I* 455 f.

Kapitel 3

ENGELSK, AMERIKANSK OG NORDISK RET

I. *Engelsk ret.*

A. *Historisk udvikling.* I engelsk ret behandles restitutionkravene den dag i dag under systembetegnelsen »*quasi-contract*«. Dette udtryk er forsåvidt betegnende, som de engelske regler, historisk set, er snævert forbundet med kontraktsretten. Dette forhold hænger igen sammen med det tidligere engelske aktionssystem, som i sin helhed først blev ophævet ved *The Judicature Act* (1873).

De ældste klageformer i engelsk kontraktsret var: 1) *debt*, 2) *detinue*, 3) *covenant* og 4) *account*. Disse klageformer led — omend de var ret omfattende — af adskillige mangler, som f. eks. det forhold, at sagsøgte kunne fri sig for klagen ved ed af ti mænd, og umuligheden af at sagsøge modpartens arvinger. For at klare sig i konkurrencen med *equity*, som ikke var bundet af disse regler, udviklede *common law* derfor i løbet af det 16. og 17. århundrede en ny klageform kaldet »*assumpsit*«. Denne klageform havde ikke de ovennævnte fejl, men, som det fremgår af selve navnet (*assumpsit* = antagelse af et løfte), afhang den til at begynde med af, om sagsøgte udtrykkeligt havde påtaget sig den påståede forpligtelse; hvis dette ikke var tilfældet, måtte sagsøgeren anvende klageformen *debt* (eller *account*) eller, hvis det drejede sig om en retstridig handling: *trespass*. Det må i denne forbindelse bemærkes, at *assumpsit* oprindelig var blevet anvendt til at ramme visse former for culpøse handlinger i kontraktsforhold, såsom uforsvarlig behandling af betroet gods, som de andre aktioner stod magtesløse overfor. *Assumpsit* stod derfor til en vis grad på grænsen mellem kontraktsretten og erstatningsretten; dog i sin endelige form nærmere den første end den sidste.¹⁾

1) jfr. herved H. Munch-Petersen 265 ff.

Det lykkedes imidlertid *common law*²⁾ gradvis at komme ud over vanskeligheden ved kravet om det udtrykkelige løfte. I 1602 (i *Slades case*, ref. 4 Co. Rep. 92 b) godkendte Kings Bench anvendelsen af *assumpsit*, selvom der ikke forelå udtrykkeligt løfte om at betale. Problemet i *Slades case* drejede sig om følgende forhold: John Slade havde solgt og leveret et parti hvede til Humphrey Morley. Købesummen skulle ifølge aftalen først betales på et senere tidspunkt, fixeret af parterne efter nærmere overenskomst. Morley betalte imidlertid slet ikke. Skønt kravet var typisk "*debt*", søgte Slade ikke desto mindre Morley i "*assumpsit*" og fik medhold af domstolen, til trods for at der ikke forelå noget udtrykkeligt løfte om at betale efter datidens formalistiske retsopfattelse, idet tidspunktet ikke var blevet fixeret. *Assumpsit* blev senere udvidet til også at finde anvendelse på en række tilfælde, hvor der nok eksisterede en kontrakt, men hvor det påståede krav overhovedet ikke var aftalt, som f. eks. hvor en mand havde anmodet en skrædder om at sy ham et sæt tøj, men hvor der ikke forelå nogen aftale om betalingen. I slige tilfælde var det forøvrigt endnu mere påkrævet at indrømme et søgsmål i *assumpsit*, fordi et søgsmål i *debt* var udelukket, fordi det nøjagtige beløb ikke var fastslået på forhånd. Beløbets størrelse blev (og bliver) principielt fastslået af retten til et passende vederlag (*quantum meruit*) for de erlagte ydelser. Selve søgsmålet eller klagen fik, for at adskille det fra den ældre form for *assumpsit* (der, som nævnt, hvilede på det udtrykkelige løfte) navnet "*indebitatus assumpsit*".

Omkring år 1700 blev *indebitatus assumpsit* sluttelig udvidet til også at omfatte tilfælde, hvor der overhovedet ikke forelå nogen aftale, såsom til *condictio indebiti*. Dette skete til trods for, at man kunne anvende de gamle klageformer *account* eller *debt* i nogle af tilfældene dog med deraf flydende ulemper. Men for at nå til dette resultat måtte han imidlertid i hver enkelt sags faktiske omstændigheder indfortolke et løfte om at betale. Det var naturligvis en ren og skær fiktion, men den var nødvendig for at opretholde ideen i *assumpsit*: antagelsen af et løfte.

Efterhånden lykkedes det *common law* på denne — noget kun-

²⁾ jfr. i det følgende *Jackson Quasi-Contract* 39 ff., *W. S. Holdsworth: History of English Law*, vol. 8 p. 92—98 og *Anson* 423 ff.

stige — måde at anerkende en række berigelseskrav. Men ens for dem alle gjaldt det, at det var nødvendigt at indfortolke et løfte for at forklare anvendelsen af *assumpsit*.

En fundamental ændring i hele denne indstilling skete i 1760 som følge af Lord *Mansfields* udtalelser i den hyppigt citerede sag: *Moses v. Macferlan*³⁾: Moses havde modtaget fire solaveksler à 30 sh. fra Jacob. Vekslerne var udstedt til Moses selv. Moses endosserede dem til Macferlan på den udtrykkelige og skriftlige betingelse, at endossementet var uden ansvar for ham. Vekslerne blev imidlertid ikke betalt af Jacob, og Macferlan sagsøgte Moses ved en underordnet domstol til betaling af beløbet. Domstolen så bort fra den skrevne aftale om ansvarsfrihed og dømte Moses til at betale. Moses betalte domsbeløbet, men lagde derefter sag an ved Kings Bench (i form af en aktion i *indebitatus assumpsit* for money had and received to his (Moses use) og påstod Macferlan dømt til at tilbagebetale beløbet.

Lord *Mansfield* havde først vanskeligheder ved at komme udenom den tidligere afgørelse ved den underordnede domstol, men han fandt dog tilsidst, at han var kompetent til at pådømme sagen som et supplement til den tidligere domsafgørelse ved at tillade, at den skrevne aftale om ansvarsfraskrivelse blev anvendt som bevismiddel, hvilket ikke havde været tilladt under den første sag. Han afgjorde derefter sagen til fordel for Moses ud fra følgende præmisser:

»Denne form for et billighedssøgsmål (*equitable action*) for tilbagesøgning af penge, som modtageren ikke bør beholde, er yderst gavnlige og må derfor imødekommes. Den kommer kun til anvendelse ved penge, som sagsøgte *ex æquo et bono* bør refundere. Den kommer derimod ikke til anvendelse på penge, som sagsøgeren har betalt udelukkende af æremæssige grunde, altså hvor betalingen ikke kunne have været gennemtvunget ved et søgsmål, som f. eks. betaling af forældet gæld eller spillegæld; fordi sagsøgte i slige sager kan beholde pengene med frelst samvittighed. Men den kan anvendes ved penge, som er blevet betalt ved en fejltagelse, eller hvor modydelsen er udeblevet, eller ved rettergang, eller trusler (udtrykkelige eller stiltiende), eller ved udnyttelse, eller ved utilbørlige fordele opnået på grund af sag-

³⁾ *Burrow* 2. 1005.

søgte situation, når dette iøvrigt strider mod de retsregler, som søger at beskytte en person i disse omstændigheder. Kort sagt: Kernen i søgsmål af denne slags er, at sagsøgte — efter tilfældets omstændigheder — er forpligtet i henhold til naturlig retfærdighed og billighed (equity) til at tilbagebetale pengene«.

Lord *Mansfield* anvendte ikke i denne forbindelse udtrykket "equity" i engelsk rets sædvanlige betydning af dette udtryk som synonymt for de retsprincipper, der kommer til anvendelse i *Court of Chancery* (*Moses v. Macferlan* blev også afgjort ved en common law domstol), men derimod som dækkende over begrebet »naturlig ret« eller »forholdets natur«. Dette blev endog udtrykkeligt fastslået af Lord *Farwell* i en domsafgørelse fra 1913.⁴).

Lord *Mansfields* synspunkt i *Moses v. Macferlan* blev fulgt i en række domme i det 19. århundrede og efterhånden blev det den almindelige anskuelse, at reglerne om de *quasi-kontraktlige* krav, udformet gennem aktionen *indebitatus assumpsit*, var baseret på begrebet »ugrundet berigelse« (unjust benefit or enrichment). Her skal kun citeres en enkelt karakteristisk udtalelse fra en af disse domme, nemlig Lord Chief Justice *Tindal's* i sagen: *Edwards v. Bates* (1844)⁵): »Dette søgsmål er en aktion for modtagne penge (money had and received). Grunden og princippet, som bærer denne klage, er, at sagsøgte har modtaget penge som *ex æquo et bono* tilhører sagsøgeren. Søgsmålet kom i almindelig brug på Lord *Mansfields* tid; og den har altid hvilet på dette princip i slige tilfælde besidder sagsøgte pengene — efter ret og billighed — til fordel for sagsøgeren.«

Den endelige ophævelse af aktionssystemet ved *The Judicature Act* i 1873 gav problemet om restitutionskravenes retlige natur fornyet aktualitet. Tidligere havde et kravs anerkendelse været afhængigt af, om det kunne tilpasses en af de forhåndenværende klager. Berigelseskravene eller de *quasi-kontraktlige* krav var, som vi har set, blevet udviklet ved brugen af *writ of indebitatus assumpsit*, som var en mellemting mellem en klage i "tort" og en klage i "contract". Og i det mylder af forskellige aktioner, hvoraf kravene afhang, var der ikke noget i vejen for, at *indebitatus as-*

⁴) nemlig i *Baylis v. Bishop of London*, (1913) 1 Ch. 127.

⁵) *Menning and Granger*: 590.

sumpsit blev forklaret ved hjælp af begrebet »den ugrundede berigelse«. Men da samtlige aktioner med et slag forsvandt, var tiden moden for en fornyet prøvelse af de principper, som bar retsreglerne. Spørgsmålet blev da, om *common law* anerkendte (eller burde anerkende) andre retstiftende kendsgerninger som grundlag for de private krav end viljeserklæringer (contracts) og retstridige handlinger (torts); altså om der tillige gjaldt en berigelsesgrundsætning, eller om restitutionskravene fremdeles skulle baseres på konstruktionen "quasi-kontrakt" (det indfortolkede løfte).

Svaret, som blev benægtende, udtaltes af House of Lords i *Sinclair v. Brougham*.⁶⁾ Sagen drejede sig om følgende forhold: I 1851 var der blevet dannet et byggeaktieselskab "The Birkbeck Society", som i henhold til dets vedtægter var berettiget til — uden begrænsning — at optage pengelån til udførelse af dets byggeformål. Senere begyndte selskabet tillige en almindelig bankvirksomhed. I 1911 blev det — grundet på insolvens — beordret til at gå i likvidation. De udenforstående kreditorer og præference-aktionærerne blev ifølge en almindelig overenskomst betalt fuldt ud. Tilbage stod de almindelige aktionærer og bankkunderne (bankdeponitarerne). Den tilbageblevne bomasse var tilstrækkelig til at dække aktionærerne fuldt ud, hvis den alene blev anvendt hertil. Hvis bomassen omvendt alene blev anvendt til at betale bankdeponitarerne, ville den være utilstrækkelig. Spørgsmålet blev herefter, hvorledes der skulle forholdes med bomassen.

House of Lords antog først og fremmest, at selskabets bankvirksomhed var "*ultra vires*" (d. v. s. selskabet var inkompetent) i forhold til dets vedtægter, som kun omhandlede byggevirksomhed. Bankkundernes lån og deponeringer var således ulovlige, og det ville derfor stride mod almindelige retsprincipper, hvis disse fik en udelukkende ret til bomassen, blot som en følge af deres oprindelige aftale med selskabet. På den anden side ville det føles urimeligt, om aktionærerne blev fuldt udbetalt, inden bankkunderne fik nogen andel i bomassen. Der var to muligheder for at råde bod på dette forhold. Den første var, at tillade bankkunderne at sagsøge selskabet i en *common law*

⁶⁾ (1914) Appeal Cases. 398.

action for "*money had and received*". Denne klage kan kaldes den engelske *condictio indebiti*-klage, blot at den er indskrænket til pengeydelse alene. Den henhørte til området for *assumpsit*, der som nævnt i det foregående, før 1873 nærmest hvilede på princippet om ugrundet berigelse. Den anden mulighed House of Lords havde til sin rådighed var at tillade anvendelsen af en "*tracing order*" i *equity*.

Det engelske begreb "*tracing order*" eller blot "*tracing*" i *equity* har udviklet sig fra et delvist analogt retsmiddel i *common law*, nemlig "*the right of following property (or assets)*"; et retsmiddel, der i grove træk svarer til, hvad vi ville kalde vindikation. Det er en "*actio in rem*", for at bruge det traditionelle udtryk, idet kravet har fortrinsstilling i forhold til sagsøgte kreditorer, men på den anden side kan den normalt kun gennemføres mod selve den omspurgte ting eller dens surrogater. Dette sidste er afhængig af, som det hedder i den engelske doktrin, om identiteten af "*res*" stadig eksisterer, dog ikke nødvendigvis i sin oprindelige form; hvis der således eksempelvis kan påvises en ting hos sagsøgte, som udelukkende er anskaffet ved hjælp af vindikantens ting, anses identiteten stadig at være bevaret, hvorfor vindikationsretten overføres til den nye ting. Dette vindikationskrav kan normalt også rejses mod godtroende erhververe, medmindre der er sket en eksstinktiv erhvervelse, f. eks. køb i det åbne marked, jfr. Sales of Goods Act (1893) sec. 22. I *equity* har dette vindikationsprincip imidlertid fået en ejendommelig og interessant udformning. Princippet blev knæsat ved afgørelsen i *Re Hallets Estate*.⁷⁾ Det kan i korthed siges at gå ud på følgende: En sagsøger kan i *equity* forfølge (*trace*) sine ejendele, uanset om disse har mistet deres identitet, ind i sagsøgte bopæl på bekostning af dennes øvrige kreditorer, såfremt overførelsen af ejendele fra sagsøger til sagsøgte oprindeligt skyldtes et mellem dem bestående fiduciarisk forhold, som f. eks. mellem en sagsfører og hans klient. Princippet gælder, selvom det drejer sig om penge, hvis individualitet er gået tabt, fordi de er blevet blandet med sagsøgte egne pengemidler f. eks. ved indsættelse på en almindelig bankkonto; og fremdeles selvom det drejer sig om løsøre (eller fast ejendom), som senere er blevet

⁷⁾ (1880) 13 Ch. Div. 696.

ombyttet med andre midler. Det er dog en betingelse, at sagsøgeren kan påvise en masse, som helt eller delvis repræsenterer de overførte værdier. Hvis massen kun delvis repræsenterer de overførte værdier, begrænses kravet tilsvarende.

House of Lords forkastede den første mulighed (berigelsesklagen), men gav en "*tracing order*" til fordel for bankkunderne, hvorved disse fik andel i bomassen på lige fod med aktionærene, altså i forhold til hver gruppes respektive indskud, idet det blev antaget, at forholdet mellem selskabet og dets bankkunder var af en sådan karakter, at den nødvendige fiduciariske forbindelse var etableret.

Det var i præmisserne til forkastelsen af den første mulighed, anerkendelsen af berigelsesgrundsætningen i kontinental betydning blev nægtet. Ræsonnementet kom tydeligst til orde i Lord Sumner's votum; men det fik medhold hos flertallet af de øvrige dommere, som deltog i afgørelsen. Det lød således:

»Birkbeck aktieselskabets hele bankvirksomhed er *ultra vires*, hvorfor alle kontrakterne med bankkunderne må anses for ugyldige, fordi det må antages, at kunderne var bekendt dermed, eller ihvertfald burde være kendt dermed (at virksomheden var *ultra vires*), idet vedtægterne var tilgængelige for alle. Det har været påstået, at bankkundernes krav er gennemtvingelig i en "common law action". Det har endvidere været påstået, at de har indbetalt deres penge under en faktisk vildfarelse, eller for et vederlag (consideration), som totalt er udeblevet, eller at pengene er blevet modtaget og opbevaret af selskabet til fordel for dem. Efter min mening kan et sådant søgsmål ikke nyde fremme. Ti at antage dette ville være det samme som en indirekte godkendelse af *ultra-vires*-lånene. Alle de påståede søgsmålsgrunde er undertilfælde af *assumpsit*. Men her beror alt på, og har altid beroet på, om der eksisterede et indfortolket eller underforstået (notional or imputed) løfte om at tilbagebetale. Men retten kan ikke *de jure* underforstå løfter om tilbagebetaling (hvadenten dette støttes på reglerne om penge fået og modtaget eller på anden vis), når disse, hvis de var gjort *de facto*, ubønhørligt ville være blevet erklæret ugyldige«.

Som det vil ses, blev det altså forudsat, at de *quasi*-kontraktlige krav hvilede på antagelsen af et indfortolket løfte mellem parterne, således, at hvis dette var stridende mod et eller andet

retsprincip, som f. eks. in casu "ultra-vires"-princippet, så var døren automatisk lukket for en anerkendelse af kravet. Det må dog bemærkes, at de engelske udtryk "implied" og "imputed promises" er videregående end vore tilsvarende udtryk »quasi-løfter« og »stiltiende« løfter, ja ofte en ren fiktion⁸⁾, men at ræsonnementet i *Sinclair v. Brougham* alligevel ikke levnedede megen plads for en almindelig berigelsesgrundsætning turde være åbenbart.

B. *Nugældende ret.* Afgørelsen i *Sinclair v. Brougham* har givet anledning til megen diskussion, og den har i relation til spørgsmålet, om engelsk ret anerkender (eller sandsynligvis engang vil anerkende) en berigelsesgrundsætning, nærmest delt engelsk jura i to lejre: for eller imod berigelsesgrundsætningen. Hvad engelsk retspraksis angår, må det antages, at denne grunddet på dens regler om "binding authorities"⁹⁾ i en længere år-række ikke i almindelighed tør anerkende nogen berigelsesgrundsætning. Dog har, som vi senere skal se, enkelte domme (dog kun de lavere instanser) votet forsøget. Derimod er der, hvad flere teoretikere¹⁰⁾, som går ind for berigelsesgrundsætningen, har trøstet sig med, intet til hinder for, at domstolene — mere eller mindre bevidst — kan anvende begrebet »den ugrundede berigelse« ved afgørelse af, om de vil indfortolke et stiltiende løfte i common law eller et fiduciarisk forhold i equity. Det kan dog ikke skjules, at mange domme efter *Sinclair v. Brougham* i deres præmisser klart har taget afstand fra berigelsesgrundsætningen. Som en af de tydeligste udtalelser i denne retning kan nævnes Lord Justice *Scrutton's* i *Holt v. Markham*.¹¹⁾ Det hedder her:

⁸⁾ jfr. *Pollock* 9—10, se også *Winfield Quasi-contract for work done*, *Law Quarterly Review*, vol. 63 (1947) 40 f.

⁹⁾ se om disse regler *Popp-Madsen Bod* 16, note 2.

¹⁰⁾ se navnlig *C. K. Allen: Fraud, Quasi-contract and False Pretences*, *Law Quarterly Review*, vol. 54 (1938) 201 ff. og *Wright Addresses* 1—34, jfr. også *Winfield Province* 119, som her definerer de quasi-kontraktlige krav som forpligtelser, der ikke udelukkende kan henføres til andre retsprincipper (head of law) og som pålægges en person, der har modtaget en ugrundet berigelse (unjust benefit) at tilbagebetale denne.

¹¹⁾ (1923) 1 K. B. 504. Sagen drejede sig iøvrigt om nogle ekstra-betalinger, R.A.F.s officerer i henhold til forskellige militær-regulativer skulle have udbetalt. Størrelsen af disse ekstra-betalinger varierede efter hver enkelt officers forhold

»Den foreliggende sag er et vanskeligt tilfælde indenfor en vanskelig gruppe af retskrav. Det er et krav for penge fået og modtaget til sagsøgerens brug, og det er baseret på det forhold, at betalingen var sket på grund af en faktisk vildfarelse. Men lige siden Lord *Mansfield*, uden tvivl i den prisværdige hensigt at befri domstolene for retsreglernes lænker og give dem magt til at gøre, hvad de fandt rigtigst i hver enkelt sag, formørkede, hvis jeg må sige dette med respekt, tankegangen i denne form for søgsmål, ved at sige: »Det er en liberal aktion, baseret på almindelige ret- og billighedsprincipper, hvor sagsøgte ikke samvittighedsmæssig kan beholde de modtagne penge«, har hele dette retsområdes udvikling været, hvad jeg ville kalde, a history of well-meaning sloppiness of thought. Jeg agter ikke at gentage den vægtige kritik, som Lord *Sumner* har fremsat i *Baylis v. Bishop of London* og i *Sinclair v. Brougham* mod Lord *Mansfields* nu kasserede doktrin, men jeg er fuldstændig enig med ham, når han i den førstnævnte sag udtaler: »Hvad der nu end har været tilfældet for 146 år siden, så er vi ikke nu i det tyvende århundrede tilladt at anvende det vage retsprincip (jurisprudence), som undertiden tillokkende er blevet benævnt retfærdighed mand og mand imellem«, samt når han i *Sinclair v. Brougham* siger: »Der er nu ikke noget grundlag ladet tilbage, hvorpå vi kan bygge en regel, hvorefter pengeydelse kan tilbagesøges som et personligt krav, blot fordi det ville være ret og billigt (right and fair), at der skete en refundering«. Jeg er også enig i Lord *Sumner's* synspunkt, at det er meget vanskeligt at reducere betingelserne for, hvornår common law vil indfortolke eller indlægge (imply) et løfte om tilbagebetaling til en enkelt formel. Den tid er næppe nær«.

På den anden side kan det ikke nægtes, at der har været afsagt flere domme selv efter *Sinclair v. Brougham*, som mere eller mindre har bygget deres afgørelse på begrebet den »ugrandede berigelse«. Det har navnlig været Lord *Wright*, som er en varm tilhænger af berigelsesgrundsætningen, der er gået ind for tanken,

(alder, tjenestetid etc.). Var en officer opført på en særlig liste, var han kun berettiget til et mindre beløb. På grund af misforståelse af de forskellige regulativer udbetalte militæret for meget til en gruppe officerer. Staten søgte under sagen at søge pengene tilbage, men tabte den, fordi retten fandt, at det for meget betalte skyldtes en retsvildfarelse.

og han har i flere af sine egne vota forsøgt at forringe virkningen af afgørelsen i *Sinclair v. Brougham*. Hans udtalelser i præmisserne til dommen i *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.*¹²⁾ er særlig karakteristiske: »Nærværende krav om tilbagebetaling af 1000 £ rejser sig fra en forudbetaling i henhold til en kontrakt, hvis opfyldelse fra modpartens side er blevet umuliggjort (på grund af krigen). Kravet støttes på reglerne om tilbagesøgning af ydelser, som er blevet ydet, men hvor modydelsen er udeblevet (consideration which had failed). Det er klart, at ethvert civiliseret retssystem nødvendigvis må anerkende retsmidler mod, hvad der er blevet kaldt ugrundet berigelse (unjust enrichment or unjust benefit), d. v. s. forhindre en person i at beholde penge eller anden berigelse, som stammer fra en anden, når dette ville stride mod ret og retfærdighed. Sådanne retsmidler er i engelsk ret fundamentalt forskellige fra retsmidlerne i kontraktsretten og erstatningsretten, og det er nu anerkendt, at de falder i en tredje kategori af *common law*, som kaldes *quasi-contract* eller restitution Lord *Sumner's* iagttagelser i *Sinclair v. Brougham*, som ikke var nødvendig for sagens afgørelse (altså ikke nogen *ratio decidendi* — og derfor ikke nogen bindende udtalelse for senere afgørelser), giver øjensynlig ikke noget udtryk for, at der foreligger noget egentligt løfte (actual promise) mellem parterne. Udtrykket »notional or implied promise« er kun en metode til at beskrive en gældsforpligtelse eller anden forpligtelse, som retsordenen opretter mellem parterne Ikke desto mindre har adskillige retslærde været af den mening, at disse udtalelser af den berømte dommer i *Sinclair v. Brougham* har lukket døren for enhver teori om ugrundet berigelse i engelsk ret. Jeg kan ikke forstå hvorfor eller hvorledes. Det ville i sandhed være en *reductio ad absurdum* af reglerne om tidligere domsafsigelsers bindende kraft. I virkeligheden anvender *common law* stadig aktionen for penge fået og modtaget som et praktisk og brugbart middel til at forhindre ugrundet berigelse, hjulpet af *equity's* forskellige tekniske metoder, således som det også skete i *Sinclair v. Brougham*«. Det vil således ses, at engelsk ret, selvom Lord *Wrights* reduktion af afgørelsen i *Sinclair v. Brougham* er noget håndfast og næppe helt berettiget,

¹²⁾ (1943) Appeal Cases, 32.

har mulighed for at udvikle en almindelig berigelsesgrundsætning.

Der er imidlertid to forskellige forhold i relation til berigelsesgrundsætningen, som må holdes ude fra hinanden. Berigelsesgrundsætningen kan anvendes i to forskellige betydninger, nemlig dels som en forklaring af de retsprincipper, der ligger til grund for de *quasi-kontraktlige* krav, og dels som et udtryk for en almindelig adgang for domstolene til at indrømme et krav overalt, hvor de finder, at der er sket en ugrundet berigelse. Det er i den sidste forståelse, at berigelsesgrundsætningen normalt anvendes på kontinentet. Men hvad man nu end vil mene om den ovenfor gengivne diskussion i engelsk ret om berigelsesgrundsætningen, så er ihvertfald så meget givet, at engelsk ret ikke anerkender en berigelsesgrundsætning i sidstnævnte »kontinentale« forstand.¹³⁾ Og det er heri, at den fundamentale forskel mellem engelsk ret på den ene side og kontinental ret på den anden side kommer frem.

De engelske domstole har ikke nogen almindelig adgang til at indrømme et berigelseskrav, overalt hvor de finder, at der foreligger et tilfælde af ugrundet berigelse. De er bundet af de tidligere domsafgørelser. — Engelsk ret anerkender kun restitutionskrav eller *quasi-kontraktlige* krav i forholdsvis snævre og bestemt afgrænsede grupper af tilfælde (se nærmere nedenfor), udenfor hvilke intet krav kan ventes at blive anerkendt.

Det er først, når spørgsmålet rejses, om hvilket retsprincip der ligger til grund for de *quasi-kontraktlige* krav, at diskussionen

¹³⁾ jfr. herved *H. C. Gutteridge's The Doctrine of Unjustified Enrichment*, Cambridge Law Journal vol. 5 (1934) 225, hvori det hedder: „Med al respekt for den lærde forfatter til *The Province of the Law of Tort* (Winfield), så synes dog de to aktioner ikke at give grund til at antage, at engelsk ret anerkender eksistensen af krav for tilbagesøgning af penge, der grunder sig på principper af naturlig ret eller *aequum et bonum*. Professor Winfield er på mere sikker grund, når han påstår, at selvom *aequum et bonum* ikke kan anses for grundlaget i engelsk ret, når det gælder om at indtale en ugrundet berigelse, så giver det dog en standard, hvorefter det kan afgøres, om en kontrakt skal indfortolkes eller ej. Men dette er kun halvvejen til anerkendelsen af princippet om ugrundet berigelse. En engelsk domstol kan kun yde hjælp i de tilfælde, hvor *indebitatus assumpsit* kommer til anvendelse, og der er derfor mange tilfælde af ugrundet berigelse, i hvilke den tablidende står uden retsmidler, fordi ingen kontrakt kan indfortolkes i *sagens facta*.“

for eller imod berigelsesgrundsætningen begynder i engelsk ret. Tilfældene ligger nogenlunde fast, det er kun begrundelsen, som er omtvistet.¹⁴⁾ Hermed skal ikke være sagt, at engelsk ret — ved eller uden hjælp af berigelsesgrundsætningen — ikke efterhånden vil udvide området for de *quasi*-kontraktlige krav.¹⁵⁾ Men en sådan udvikling vil under alle omstændigheder blive langsom og kun foretaget med den yderste forsigtighed.

Der turde være sandsynlighed for, at udviklingen, hvis den kommer, vil begynde i *equity*, hvor domstolene, selvom princippet om tidligere afgørelses bindende kraft også gælder her, føler sig noget friere, end når det drejer sig om *common law*, bl. a. fordi fortolkningsmulighederne vedrørende den tidligere domspraksis synes at være større. Som f. eks. i det ovenfor anførte »tracing«-princip vil domstolene have mulighed for at udvide området ved at antage tilstedeværelsen af et fiduciarisk forhold mellem parterne i videre og videre omfang. Dette er for så vidt allerede sket. I *Re Hallets Estate* fra 1880, hvor »tracing«-princippet først blev formuleret, drejede det sig om en egentlig »trustee«, som uretmæssig havde forbrugt betroede midler efter først at have indsat dem på en blandet bankkonto. Det blev her antaget, at den besvegne klient kunne udtage de tiloversblevne penge på kontoen som separatist i fallitboet. I *Sinclair v. Brougham* blev det antaget, at der forelå det nødvendige fiduciariske forhold mellem en bank og dens kunder, hvilket må siges at være en betydelig udvidelse. Selve retsmidlet bliver normalt behandlet i systemfremstillingerne under betegnelserne »resulting and constructive trusts«¹⁶⁾. I det hele taget finder engelsk ret her en udvej til at anerkende adskillige krav, som i kontinental ret ville blive henført under berigelsesgrundsætningen¹⁷⁾. Betingelsen om, at der skal være et »fiduciarisk« forhold, anses dog fremdeles

¹⁴⁾ Stillingen minder for så vidt meget om romerrettens.

¹⁵⁾ jfr. *Anson* 429.

¹⁶⁾ jfr. *Hanbury*: *Modern Equity* 1. ed. (1935) 229 f., og *Keeton*: *Law of Trusts* 2. ed. 163 f.

¹⁷⁾ se nærmere *Hanbury* anf. sted samt *Friedmann* 380 f. Der sondres normalt mellem »resulting, constructive and other implied trusts«. Sondringen er imidlertid ret uklar og uden betydning i denne forbindelse, se *Friedmann* anf. sted. I amerikansk ret behandles »constructive trusts« under berigelsesgrundsætningen (restitution).

for uomgængeligt¹⁸). At retsmidlet imidlertid giver domstolene en ret vidtgående kompetence kan bl. a. ses af en dom, afsagt af Lord *Wright* i 1935¹⁹). Et byråd var ved lov blevet tvunget til at overgive en teknisk skole til en landkommune. Omkostningerne ved opførelsen af bygningen havde imidlertid delvist været afholdt af byrådet, medens landkommunen fra tid til anden havde ydet tilskud. Den nævnte lov indeholdt ingen bestemmelser om kompensation i slige tilfælde, men retten fandt, at landkommunen i kraft af almindelige retsgrundsætninger måtte betale erstatning til bykommunen (beløbets størrelse ville være at fastsætte af skøns mænd), dog således, at landkommunen i dette beløb kunne afkorte, hvad den tidligere havde ydet af tilskud, idet disse tilskud havde skabt en »equitable interest or resulting trust in the premises«. Afgørelsen viser en forbavsende smidighed i forhold til engelsk rets traditionelle stivhed.

Hvad *common law* angår, ville en almindelig udtalelse af House of Lords, om at de quasi-kontraktlige krav er baseret på begrebet »den ugrundede berigelse«, lette udviklingen henimod anerkendelsen af en almindelig berigelsesgrundsætning, men næppe indføre den med et slag, således som det skete i fransk ret ved dommen af 1892. Dertil er engelsk ret utvivlsomt for træg (en lov kunne naturligvis gøre det, men dette er næppe sandsynligt), navnlig da det tør formodes, at House of Lords formentlig højst kun vil udtale, at de *engang givne* krav hviler på begrebet, men næppe, at der gælder en almindelig berigelsesgrundsætning, som giver domstolene adgang til at indrømme krav overalt, hvor de finder, at der er sket en ugrundet berigelse; og så er man i og for sig lige vidt, dog vil en sådan udtalelse vel kunne give retsanvendelsen større mod til at tage sig friheder overfor præjudikaterne.

I det følgende gives en kort oversigt over de tilfælde af *quasi-kontraktlige* krav (restitutionskrav), som engelsk ret anerkender på dens nuværende stade (der bortses fra det ovenfor gennemgåede »tracing«-princip, som forøvrigt i engelsk doktrin behandles adskilt fra quasi-contract). I systematisk henseende

¹⁸) Således også *Friedmann* 381, som ellers er temmelig radikal.

¹⁹) *Gravesend Corporation v. Kent County Council* (1935) 1 K. B. 339.

plejer man²⁰⁾ at sondre mellem a. utvivlsomme eller egentlige quasi-kontraktlige krav (genuine quasi-contracts), hvor der klart ikke ligger nogen aftale eller løfte til grund for kravet, og b. tvivlsomme dito, hvor man med større eller mindre ret kan tale om en tilgrundliggende kontrakt²¹⁾.

a. Under de *egentlige quasi-kontrakter* falder følgende grupper:

1. *Tilbagesøgning af penge, erlagt i urigtig formening om skyld*. Den engelske doktrin har siden den ledende dom *Bilbie v. Lumley*²²⁾ (fra 1802) gjort en sondring mellem faktisk vildfarelse og retsvildfarelse, således at tilbagesøgning er hovedreglen i det førstnævnte tilfælde, medens nægtelse af tilbagesøgning er hovedreglen i det sidstnævnte. Sondringens skarphed er, såvidt jeg formår at se, kun tilsyneladende. Ihvertfald har adskillige domme anerkendt tilbagesøgning i tilfælde, hvor fejltagelsen klart var en retsvildfarelse, medens omvendt mange domme har nægtet tilbagesøgning i tilfælde af faktiske vildfarelser.

2. I modsætning til de fleste andre retssystemer anerkender engelsk ret ikke i almindelighed krav, opstået som følge af *uansmodet forretningsførelse*. Kun i få yderst begrænsede undtagelsestilfælde indrømmes der et krav, nemlig dels, når det drejer sig om hjerugning af skibe i havsnød og dels, når forretningsføreren selv har befundet sig i en tvangssituation²³⁾, som f. eks. hvor en speditør under lovtvang har måttet betale told til fordel for sin mandant, men hvor denne told ikke har været forudset af parterne ved udformningen af speditjonskontrakten²⁴⁾.

3. Derimod indrømmer engelsk ret fuldtud et *quasi-kontraktligt* krav til tilbagesøgning af ydelser, som er erlagt i henhold til en *ugyldig* eller en *misligholdt kontrakt* (misligholdelsen må

²⁰⁾ jfr. *Cheshire-Fifoot* 415.

²¹⁾ Professor *Winfield*, som har givet den mest grundige redegørelse (*Winfield Province* 116—89) for engelsk ret på dette område, foretager dog en yderligere sondring (148) således, at han får fire hovedgrupper, nemlig 1) pseudo-quasi-contracts, 2) pure quasi-contracts, 3) quasi-contracts alternative to some other form for liability og 4) doubtful quasi-contracts. Denne findeling, som kun har interesse for engelsk ret, skal ikke nærmere gennemgås her.

²²⁾ 2. East. 469.

²³⁾ se *Cheshire-Fifoot* 416.

²⁴⁾ *Brooks Wharf. v. Goodman Bros.* (1937) 1 K. B. 534.

naturligvis være af en sådan art, at det berettiger parten til at hæve kontrakten). Hvad særligt angår misligholdte kontrakter, rådede der iøvrigt indtil for nylig højst utilfredsstillende regler. Hvis således den ene kontrahent havde ydet delvist, men derefter misligholdt kontrakten, kunne han ikke, til trods for, at han ikke fik modydelsen, vindicere sin delydelse, og endnu mere urimeligt gjaldt der den regel, at hvor en kontrahent havde ydet delvist, men hvor medkontrahentens ydelse udeblev på grund af umulighed (frustration) kunne delydelsen heller ikke kræves tilbage. Disse uheldige regler er der nu rådet bod på ved *The Law Reform (Frustrated Contracts) Act, 1943*²⁵). Hvad særlig angår kontrakter, som er ugyldige på grund af inhabilitet, svarer de engelske regler i grove træk til reglerne i den danske myndighedslov §§ 44 og 65. Hovedreglen er, at medkontrahenten kan kræve erstatning i det omfang, hans ydelser er kommet den inhabile til nytte, se *Sale of Goods Act af 1893 sec. 2 »pay a reasonable price for necessaries«*, medens han selv må tilbagebetale fuldt ud.

4. Til en vis grad i forbindelse med de under 3. anførte regler står reglerne om »*quantum meruit*«, hvorefter der kan kræves en rimelig godtgørelse (reasonable remuneration²⁶) for arbejdsydelser, som er udført under en ugyldig eller misligholdt kontrakt.

5. Endelig anerkendes der en række *quasi*-kontraktlige krav, hvor *sagsøgtes adfærd har været dadelværdig*, men dog ikke egentlig forpligtende til erstatningsansvar (action in tort). Den ledende dom er *Maskell v. Horner*²⁷). Sagsøgeren var i denne sag en handlende, som havde udøvet sin virksomhed på Spitalfields markedsplads. Sagsøgte, der var ejer af markedet, havde lige fra det øjeblik, sagsøgeren begyndte sin virksomhed, afkrævet denne en række afgifter under trusler om at gøre arrest i hans gods. Sagsøgeren betalte herefter i en årrække de afkræ-

²⁵) Den førstnævnte uheldige regel var dog allerede tilsidesat i den ovennævnte dom *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour*. Se iøvrigt om *The Frustrated Contracts Act* *Glanville L. Williams* kommenterede udgave 1944.

²⁶) det alm. udtryk i dommene jfr. bl. a. *Craven-Ellis v. Canons Ltd.* (1936) 2 K.B. 403.

²⁷) (1915) 3 K.B. 106.

vede afgifter, men benægtede dog fremdeles, at han var forpligtet til dette og betalte stedse kun under protest. Undertiden nåede diskussionen mellem parterne et sådant punkt, at sagsøgte måtte foretage arrest for at fremtvinge betaling. Da det imidlertid i en anden sag²⁸⁾ blev antaget, at opkrævningen af de nævnte afgifter var ulovlig, anlagde den handlende sag mod markedsejeren til tilbagebetaling af afgifterne. Court of Appeal gav ham medhold i hans påstand, dog kun for 6 år tilbage i tiden (hele perioden drejede sig om 12 år), grundet på forældelsesreglerne.

Iøvrigt er der intet i vejen for, at sagsøgeren kan sagsøge i »*quasi-contract*«, selvom han tillige har en »*action in tort*«, altså hvor sagsøgtes handlemåde har været egentlig erstatningspådragende. Engelsk ret opstiller således ingen regel om, at de *quasi*-kontraktlige krav kun er af subsidiær karakter. Dette har forøvrigt heller ingen videre betydning mere efter The Judicature Act (1873); men før dette tidspunkt var det ofte en fordel for sagsøgeren at kunne sagsøge i *quasi-contract* (*indebitatus assumpsit*) fremfor i *tort*²⁹⁾.

b. Under de *uegentlige* (eller tvivlsomme) *quasi-kontrakter* henføres 1. først og fremmest en række krav, som rejser sig i henhold til love, anordninger og retsædvaner (*customs*); herunder henregnes også ofte krav mod en inhabil for modtagne ydelser, som er kommet ham til nytte³⁰⁾. 2. Ligesom i dansk ret (aftalel. § 25) indestår en fuldmægtig i henhold til engelsk ret ubetinget for, at hans fuldmagt er gyldigt bestående. Denne (stiltiende) garanti henføres normalt til dette område. 3. Krav, opstået i kraft af en domsafgørelse, forklares normalt (og ret overflødigt) som et *quasi*-kontraktligt krav. 4. Endelig henføres klageformen »*account stated*« til nærværende område til trods for dens umiskendelige kontraktlige natur. Den kommer navnlig til anvendelse, hvor der har været et længere forretningsmellemliggende mellem to parter, som afsluttes med, at de forskellige poster trækkes sammen til en saldo. Denne klage er iøvrigt blandet stærkt op med forskellige specielle processuelle regler,

²⁸⁾ Attorney-General v. Horner (1913) 2 Ch. 140.

²⁹⁾ jfr. *Winfield Province* 143 ff.

³⁰⁾ jfr. *Cheshire-Fifoot* 428.

som det ville være overflødigt at gå nærmere ind på, da de kun har intern engelsk interesse³¹).

Hvad angår *godtroende råden (og forbrug) over andres goder uden hjemmel*, der som bekendt på fastlandet opfattes som et typisk tilfælde af ugrundet berigelse, behandles dette område i engelsk ret under klagen *conversion*³²). Erstatningskravet er imidlertid ikke begrænset til berigelsen, men beløber sig altid til den *fulde værdi af tingen*. Kortvarig besiddelse af tingen, som f. eks. hvor et transportfirma i god tro transporterer stjålet gods, er dog normalt ikke tilstrækkeligt til at konstituere ansvar. Kravet er naturligvis udelukket, hvis der er sket en eksstinktiv erhvervelse, som f. eks. ved køb i det åbne marked, jfr. *Sale of Goods Act (1893) sec. 22*. Med hensyn til fastsættelse af erstatningens størrelse er det meget omtvistet, hvilket tidspunkt der bør anses for det afgørende, hvis værdien af tingen har svinget. Domspraksis giver her et noget broget billede, men den herskende opfattelse i teorien (jfr. *Winfield 363*) anser »conversion-tidspunktet«, altså normalt det tidspunkt, hvor tingen blev ombyttet til andre værdier (eller forbrugt), for bedst stemmende med forholdets natur. I en enkelt undtagelsesgruppe er kravet dog begrænset til berigelsen, nemlig hvis besidderen har været i en tvangssituation (*circumstance of necessity*) f. eks. hvor det har været nødvendigt at sælge letfordærlige varer. Endelig frigtager hændelig undergang af tingen helt for ansvar.

Hvad slutteligt angår *frembringelse og tilvækst* gennemfører engelsk ret noget smidigere regler end romerretten og de romanistiske retssystemer. Erstatningskravet (stofejers eller producentens — alt eftersom den ene eller den anden får tilkendt ejendomsretten) er imidlertid i modsætning til kravet i de romanistiske retssystemer ikke noget berigelseskrav, men principielt et *værdikrav*, jfr. *Salmond Torts 316*, se om disse spørgsmål nærmere nedenf. i kap. 12. I.

³¹) Iøvrigt kan der henvises til *Jackson Quasi-Contract 105 ff.*

³²) jfr. herved *Winfield 336—65*. Ofte kan også klagen *trespass to goods* bringes til anvendelse. Betydningen af dette er dog temmelig underordnet, se *Winfield 342 jfr. 333*. Om selve vindikationskravet: „the right of following property“, se ovenf.

C. *Sammenfatning.* Engelsk rets stilling til restitutionskravene kan herefter kort karakteriseres således:

Den anerkender ikke nogen almindelig berigelsesgrundsætning, som den, der er blevet gennemført i de romanistiske retsforfatninger, hvorefter domstolene har en almindelig adgang til at indrømme et berigelseskrav, overalt hvor de finder, at der foreligger et tilfælde af ugrundet berigelse. Engelsk ret kender som hovedregel intet til en dobbelt begrænsning i kravet, selvom der måske nok kan siges at være et svagt tilløb til det i den ovenfor omtalte »tracing«-regel i equity samt i det ovennævnte undtagelsestilfælde ved »conversion«. Men normalt er det et »enten-eller«. Enten hele tabet erstattet eller slet intet. Endelig kender engelsk ret heller intet til, at restitutionskravene kun skulle være af subsidiær karakter.

På den anden side anerkender engelsk ret en række praktisk vigtige tilfælde af restitutionskrav, som i de lande, der anerkender berigelsesgrundsætningen, bliver behandlet under denne; men i engelsk ret er det endog omtvistet, om kravene bygger på begrebet »den ugrundede berigelse«. Hvad selve kravene angår, ligger disse forholdsvis fast indenfor ret snævre grænser, og reglerne om »binding authorities« tillader dem kun en langsom udvikling. Dette medfører ganske vist en vis stivhed i reglerne, idet krav, som i og for sig synes berettigede, undertiden nægtes anerkendelse, men på den anden side skaber det også en vis fasthed og klarhed, som man kan have vanskelighed ved at finde i de retssystemer, der anerkender berigelsesgrundsætningen. Sagt lidt skarpt, kan det siges, at medens de romanistiske retssystemer går fra en almen regel til enkelttilfældene (ved en slags »deduktion«), og således søger at skabe gruppedannelsen fra »oven«, bevæger man sig i engelsk ret forsigtigt og prøvende fra enkelttilfælde til enkelttilfælde, og søger således så at sige at skabe gruppedannelse fra »neden« (altså ad induktiv vej). Heri ligger vel nok hovedforskellen mellem, hvad der ovenfor blev kaldt den kontinentale (eller romanistiske) retsmetode og den engelske. I engelsk teori må der siges at herske almindelig tilfredshed med metoden, omend ikke altid med resultaterne, men som *Holdsworth* (53) siger vendt mod berigelsesgrundsætningen: »Better a system which is too rigid than no system at all«.

II. Amerikansk ret.

Der skal herefter gives en kort redegørelse for amerikansk ret, som i henseende til restitutionskravene har udbygget et omfattende og gennemarbejdet system³³). Som bekendt har amerikansk ret modtaget sine vigtigste impulser fra engelsk ret, ligesom størstedelen af dens juridiske terminologi nøje svarer til den engelske. Med hensyn til berigelsesgrundsætningen er den dog ved at udvikle en almindelig berigelsesregel af nogenlunde samme indhold som den, vi finder i de kontinentale retssystemer. I *Restatement of the Law of Restitution* § 1 gives reglen følgende form:

»A person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other.«

Som det vil ses, er denne formulering næsten overensstemmende med ordlyden i O.R. art. 62. I de følgende paragraffer foretager *The Restatement* en omhyggelig eksemplifikation, der endog er mere detailleret, end den vi finder i O.R. og B.G.B. Det vil næppe være af interesse at foretage en nærmere gennemgang af disse detailregler, som ikke adskiller sig på afgørende måde fra de kontinentale retssystemers, undtagen hvor engelsk ret gør sin indflydelse gældende.

Interessant er det dog at bemærke, at ihvorvel der med hensyn til tilbagesøgning af penge erlagt i urigtig formening om skyld ligesom i engelsk ret gøres en sondring mellem, om vildfarelsen er faktisk eller retlig (*Restatement* § 7 jfr. § 45), således at der

³³) Hovedfremstillingen af de amerikanske regler må søges i *Restatement of the Law of Restitution* og i *L. Williston: A Treatise on the Law of Contracts*, New York 1937, vol. 1—8. I det sidstnævnte værk, som er ret dogmatisk engelsk i sin systematik, findes reglerne ikke samlet under eet, men må søges rundt omkring. I *The Restatement* er stoffet ordnet i paragraffer, idet hensigten var at fremstille den positive amerikanske ret i form af en codex med kommentarer. Det må imidlertid erkendes, at dette ikke helt er lykkedes, idet der er sluppet en del mere eller mindre de lege ferenda-regler med, noget som iøvrigt vanskeligt kan undgås, når man forsøger at fremstille en retspraksis, navnlig en så righoldig som den amerikanske, i lovsform. Dertil kommer så forskellighederne mellem de enkelte staters ret. Når den følgende fremstilling alligevel i hovedsagen er bygget på dette værk, skyldes det, at jeg finder disse unøjagtigheder mindre betydningsfulde, al den stund man søger hovedlinierne og tendenserne mere end de enkelte specialregler; og i den forstnævnte retning er *The Restatement* ihvertfald et meget værdifuldt værk.

som hovedregel ikke ydes restitution, hvis det drejer sig om en retsvildfarelse, gennemhulles denne hovedregel dog af så mange betydningsfulde undtagelser (§§ 46—55), at dens betydning bliver forsvindende. Amerikansk ret nærmer sig altså også på dette område stærkt til de kontinentale retssystemer.

Endvidere anerkender amerikansk ret — også i modsætning til engelsk ret — en almindelig regel om restitution for uanmodet forretningsførelse. The Restatement giver den i § 112 følgende formulering:

»A person who without mistake, coercion or request has conferred a benefit upon another is not entitled to restitution except where the benefit was conferred under circumstances making such action necessary for the protection of the interests of the other or of third persons.«

Dette restitutionskrav er imidlertid indskrænket til berigelsen, se straks nedenfor.

Hvad de almindelige regler angår, adskiller disse sig i flere henseender fra de tilsvarende europæiske. Den væsentligste forskel er, at berigelseskravene ikke er underkastet den velkendte dobbelte begrænsning. Det er ejendommeligt nok *selve berigelsen*, som er det afgørende. Derimod kræves det i og for sig ikke, at sagsøgeren skal have lidt noget tab³⁴). Hovedbetingelsen for restitutionskravene (herunder krav i anledning af uanmodet forretningsførelse) kan derfor formuleres derhen, at det afgørende er, om sagsøgte har opnået en ugrundet berigelse, som kan afledes fra sagsøgeren, uanset om sidstnævnte har lidt et tilsvarende tab, et mindre tab eller eventuelt slet intet. På den anden side danner størrelsen af berigelsen normalt også grænsen opad for kravet, således, at hvis sagsøgerens tab er større end den af sagsøgte opnåede berigelse, kan sagsøgeren kun få sit tab dækket i det omfang, det dækkes af berigelsen. Dog gælder der visse undtagelser fra denne regel³⁵), således navnlig i visse tilfælde af erstatningskrav for uanmodet forretningsførelse, nemlig når en trediemand har ydet nødhjælp (føde, medicin o.s.v.) til en person, men hvor denne hjælp retligt påhvilede en anden (f. eks. forældre eller ægtemand, § 114). Hvis forretningsførerens udlæg

³⁴) *Restatement* s. 14.

³⁵) *Restatement* s. 15.

(tab) i dette tilfælde undtagelsesvis ikke modsvares af en tilsvarende berigelse (besparelse) hos forretningsherren (f. eks. hvis operationen mislykkes), er forretningsføreren alligevel berettiget til restitution for alle rimelige udlæg.

Hvad angår betingelsen om, at berigelsen skal være »ugrundet«, lægger *The Restatement*³⁶⁾ afgørende vægt på eksemplifikationen i specialreglerne, men det antydes dog, at domstolene er kompetente til at indrømme et restitutionskrav i tilfælde, som ikke dækkes af de nævnte regler. Ligesom i fransk ret betones det i *The Restatement*³⁷⁾, at berigelsesgrundsætningen er et *discretionært princip*, hvor hovedvægten lægges på ret og billighed (»restitution is granted only where it is equitable so to do«). Denne sætning får imidlertid først egentlig betydning — og iøvrigt en interessant udformning — i amerikansk ret ved udmålingen af berigelsens størrelse og betingelsen om, at denne skal være i behold ved sagsanlægget.

Hovedbestemmelsen herom findes i § 142 subsc. 1 og 2, hvor det hedder:

»(1) The right of a person to restitution from another because of a benefit received is terminated or diminished if after the receipt of the benefit, circumstances have so changed that it would be inequitable to require the other to make full restitution.«

»(2) Change of circumstances may be a defence or a partial defence if the conduct of the recipient was not tortious and he was no more at fault for his receipt, retention or dealing with the subject matter than was the claimant.«

Under »change of circumstances« henregnes³⁸⁾ bl. a., at berigelsen ikke længere er tilstede ved sagsanlægget, forudsat at bortskaffelsen ikke er sket i ond tro. Hvis han har solgt genstanden, anses salgsprisen for berigelsen. Hvis han har forbrugt tingene i god tro, er han kun ansvarlig for den påviselige besparelse. Hvis den modtagne værdi består i penge (som f. eks. ved

³⁶⁾ jfr. s. 13 c.: „The Restatement of this subject states the rules by which it is determined whether or not it is considered to be just to require restitution“, men se også p. 11.: „the rules are intended as general guides for the conduct of the courts“.

³⁷⁾ s. 568.

³⁸⁾ s. 569.

condictio indebiti), er han dog fuldt ansvarlig for beløbet uanset pengenes senere skæbne (§ 150); for renter (og andet udbytte) dog normalt kun fra det tidspunkt, han kom i ond tro (§ 156).

Disse regler er, som det følger af den citerede hovedbestemmelses subsc. 2 samt andre paragraffer (som f. eks. § 155), imidlertid underkastet det diskretionære princip, at domstolene kan formindske (eller forøge) kravet under hensyntagen til parternes opførsel i det hele taget, d.v.s. om der har været begået større eller mindre fejl på begge sider eller på en af siderne. Det *moralske* element i berigelsesgrundsætningen er således trukket i forgrunden, naturligvis med en heraf følgende usikkerhed i at forudberegne domstolenes formentlige afgørelse i en given situation.

Derimod opstiller amerikansk ret ikke nogen betingelse om, at der skal være en *direkte* årsagsforbindelse mellem tabet og berigelsen. Dette følger allerede af, at det ikke er en uomgængelig betingelse, at der er lidt et tab. Ej heller opstilles der nogen regel om, at restitutionskravene kun er af *subsidiær* karakter³⁹). Dette er af betydning, da forældelsesreglerne og andre ophørsgrunde (f. eks. sagsøgtes død) i nogle af de amerikanske stater er forskellige, alt eftersom det drejer sig om restitutionskrav, kontraktlige krav og erstatningskrav. Også med hensyn til ophørsgrundene er disse til en vis grad underkastet det moralske princip og ret- og billighedsprincippet, se eksempelvis § 148.

III. *Nordisk ret.*

A. *Positiv ret.* Ingen af de nordiske landes lovgivninger indeholder almindelige bestemmelser om afgivelse af den ugrundede berigelse eller om restitutionskravene i det hele taget. Dette er meget forståeligt af flere grunde. For det første har den nødvendige impuls fra romerretten, som har givet stødet til berigelsesgrundsætningens indførelse i de romanistiske lande, praktisk talt manglet. Dernæst skete de omfattende lovkodifikationer i Norden på så tidligt et tidspunkt — Christian den Femtes Danske Lov kom i 1683 og samme konges Norske Lov i 1687 og Sveriges Rikes Lag i 1734 — at der selvsagt ikke var nogen

³⁹) *Restatement* s. 594 og 592.

historisk mulighed for, at hine tiders jurister, som havde indflydelse på lovbøgerne affattelse, ville anbefale en almindelig berigelsesgrundsætning, ti dengang var grundsætningen knapt kommet udenfor naturretsfilosoffernes studerekamre og ville forøvrigt kun slet have harmoneret med lovkoncipienternes kasuistiske tankegang. Endelig har de almindelige »retsgrundsætninger« eller »principper« aldrig nydt velvilje blandt nordiske jurister, således at heller ikke senere lovgivningsarbejder — det være sig separate eller inter-nordiske — har fundet anledning til at indføre grundsætningen, hvilket dog måske tillige hænger sammen med de nordiske retssystemers uvilje mod at lovfæstne obligationsrettens almindelige regler.

Derimod har lovgivningerne⁴⁰⁾ ned gennem tiden anerkendt mangfoldige specielle restitutionskrav, hvoraf nogle efter deres ordlyd har været indskrænket til den indvundne berigelse, som eksempler kan nævnes dansk veksell. § 74 og checkl. § 57 (i virkeligheden er der dog ikke her tale om en berigelsesmålestok i romanistisk forstand⁴¹⁾) og de tilsvarende svenske og norske love, alle fra 1932, de nordiske søloves § 158 (i 1938 ændret til § 117). Myndighedsl. §§ 44 og 65 og de tilsvarende bestemmelser i svensk og norsk ret indeholder et specielt udformet berigelseskrav, som tager hensyn til de af umyndighed særligt betingede forhold⁴²⁾. Købel. §§ 57 og 58 kan måske også nævnes.

De forskellige love vedrørende åndelig ejendomsret indeholder også bestemmelser om afgivelse af berigelse, endog uanset om der kan påvises noget tab hos den krænkede, se dansk forfl. § 18, norsk forfl. § 21 og svensk forfl. § 25 og kunstnerl. § 20; medens de svenske og norske regler ikke kræver culpa som betingelse for kravet, opstiller den danske forfl. i § 19 en sådan. Den norske patentl. § 38 har en lignende regel ved patentkrænkelser. Hverken i Danmark, Norge, Sverige eller Finland findes der almindelige bestemmelser om uanmodet forretningsførelse, men i retspraksis er der, som bekendt, udviklet regler i lighed med dem, man genfinder i de fleste retssystemer. Opofrelser i nøds-

⁴⁰⁾ Se for norsk rets vedkommende navnlig *Thomle* 323 ff. og *Øvergaard* T. f. R. 1942, 396 ff. og for svensk rets vedkommende *Fritjof Lejman* 641 ff.

⁴¹⁾ se *Lassen Ussing Speciel* 105 ff. og *Ussing Enkelte Kontrakter* 134 ff. m. henv., se iøvrigt nedenf. i kap. 10.

⁴²⁾ se *Borum* 72 ff.

situationer giver ret til erstatning uanset, om handlingen fører til noget resultat, såfremt handlingen i sig selv må anses for forsvarlig bedømt efter den foreliggende situation⁴³), altså principielt ikke noget berigelseskrav. I Sveriges Rikes Lag H.B. 18:3 findes en speciel berigelsesregel for det tilfælde, at en hvervtager er gået udover sin bemyndigelse; i så fald har han krav for udlæg etc. mod hvervgiveren i det omfang, sidstnævnte har opnået en berigelse. Angående nyere dansk lovgivning må opmærksomheden særligt henvendes på lov om borteblevne 1946, som har afløst den gamle fnd. af 1839. Efter nævnte lov har borteblevne (men senere opdukkede) arveladeres krav mod arvingerne for modtaget arv i henhold til dødsformodningsdom fået en særlig udformning (i lovens § 18), som i princippet ikke er et berigelseskrav, men et værdikrav⁴⁴).

Også nordisk retspraksis har i tidens løb anerkendt adskillige restitutionkrav, som f. eks. tilbagesøgningskrav i anledning af betaling i urigtig formening om skyld⁴⁵), erstatningskrav ved frembringelse og tilvækst, krav i anledning af indfrielse af andres forpligtelser o.s.v. Retspraksis har også i flere tilfælde været inde på at begrænse kravene til berigelsen, men om dette kan tages til indtægt for, at praksis har anerkendt en almindelig berigelsesregel, vil formentlig være lige så vilkårligt, som hvis man tog de tilfælde, hvor domstolene ikke har indskrænket restitutionkravet til berigelsen, til indtægt for den modsatte anskuelse; forøvrigt ses det ikke, at nogen nordisk dom — ihvertfald ikke nogen højesteretsdom — har udtalt, at der gælder en almindelig berigelsesgrundsætning, således som det skete i Frankrig i den ledende dom fra 1892, afsagt af Cour de Cassation. Nordisk retspraksis minder forsåvidt om engelsk. Dette være sagt med ethvert forbehold, ti engelsk rets særegne forudsætninger, navnlig dens dogmatiske stivhed og præjudikatdyrkelse forhindrer den i at kunne udvikle reglerne med den samme smidighed, som kendetegner nordisk ret. På den anden side kan man dog næppe sige, at nordisk retspraksis frembyder så megen

⁴³) jfr. *Ussing Enkelte Kontrakter* 39, *Thomle* 350 og *Ekeberg* 145.

⁴⁴) se *Borum* 182 f. og lovens mot. 50.

⁴⁵) se *Ussing Enkelte Kontrakter* 428 ff., *Hult* 230 ff., *Ekeberg* 145 og *Arnholm* 173 ff.

usikkerhed i retsanvendelsen, som navnlig karakteriserer fransk praksis, der, på teoriens foranledning, har anerkendt berigelsesgrundsætningen nærmest som et arbitrært, moralsk betonet princip.

B. *Teoriens stilling.* Berigelsesgrundsætningen og den samlede behandling af restitutionskravene idetheletaget indtager en forholdsvis beskedne plads i nordisk retslitteratur. Det, der mest har beskæftiget de forskellige forfattere, er afgørelsen af de enkelte tilfælde, mindre derimod at opstille fællesregler for de forskellige krav. Adskillige af kravene indskrænkes ganske vist til kun at omfatte den indvundne berigelse, men man er forsigtig med at udtale, at det er et udslag af et almindeligt berigelsesprincip. I det hele taget kan berigelsesgrundsætningen ikke siges at være blevet mødt med nogen større velvilje i Norden.

Ørsted har ganske kort omtalt berigelsesgrundsætningen under sin omtale af romerretten i sin afhandling: »Om Tilbagesøgelse af uretteligen erlagte Betalinger«⁴⁶); men han uddybede ikke spørgsmålet nærmere og løste iøvrigt sin afhandlings opgave uden anvendelse af grundsætningen, idet han fandt det betænkeligt, navnlig af hensyn til sikkerheden i omsætningen, at »tilstå hin betragtning en aldeles afgørende kraft« (s. 245). Den første, der i nordisk ret er gået ind for en almindelig berigelsesgrundsætning, er, såvidt ses, W. Ussing, som i sin afhandling⁴⁷): »Om vindikationsrettens ophør på grund af forandringer i ejendoms-genstandens beskaffenhed«, skriver (s. 37): »..... det er en almengyldig retfærdighedsgrundsætning, at ingen må kunne berige sig ved en andens skade uden en tilstrækkelig retsgrund«. Afhandlingens hovedemne var iøvrigt reglerne vedrørende frembringelse og tilvækst, og han bestemte stofejers erstatningskrav efter en berigelsesmålestok.

En professorkonkurrence i 1880 vedrørende en lærerstilling ved Københavns Universitet satte som opgave at give en redegørelse for *obligationes quasi ex contractu* efter romersk og dansk ret, og gav derved stødet til en fornyet overvejelse af

⁴⁶) Jur. Tidsskrift II (1828) 225—93.

⁴⁷) Nyt Jur. Tidsskrift III (1844) 188—245.

berigelsesgrundsætningen. Af konkurrencens fire deltagere gik imidlertid kun den ene — *J. F. Ulke Dam*⁴⁸⁾ — ind for grund-sætningen, medens de øvrige — *H. Sylow*⁴⁹⁾, *Kraft*⁵⁰⁾ og *Julius Lassen*⁵¹⁾ — forkastede den. *Lassen* — som sejrede i konkurren- cenen — førte kritikken an med styrke, og han fastholdt senere i sin lange virketid som universitetslærer i princippet sin an- skuelse. Hvor stor indflydelse, *Lassen* har haft for retsudvik- lingen i de nordiske lande, er naturligvis vanskeligt at bedømme, men at den ikke har været ringe som følge af den almindelige anseelse, han nød, turde være givet, men det er vel også et spørgsmål, om berigelsesgrundsætningen ville have opnået al- mindelig anerkendelse, selvom *Lassen* var gået ind for den. Det er således betegnende, at *Aubert-Hallager* i »Den norske Obliga- tionsret Almindelig Del« (1887) ikke alene ikke ville anerkende berigelsesgrundsætningen, men at de tilmed forkastede det af *Lassen* udviklede »uskadelighedskrav«, idet de (s. 168) fandt det for fuldstændigt umuligt at opstille almindelige regler om området overhovedet.

I 1913 skrev *C. S. Thomle* i T.f.R. en større afhandling (s. 285—352) »Hovedpunkter i Læren om ugrundet Berigelse efter norsk Ret«, hvori han forsvarede berigelsesgrundsætningen bl. a. mod *Lassens* kritik, ligesom han fandt grundsætningen delvist hjemlet efter norsk ret. Denne anskuelse vandt imidlertid ikke større tilslutning i Norge. Således omtaler *Fr. Stang* i sit 1919 udkomne værk: »Erstatningsansvar« kun berigelsesgrundsætning- en en passant (s. 385) med bemærkning om, at den efter hans mening er usikker og uklar. I *Ragnar Knophs* »Norges Rett« (1934) omtales restitutionskravene (s. 419) ganske kort, men det nævnes end ikke, at disse kan forklares ved hjælp af berigelses- grundsætningen. Hos *C. J. Arnholm* »Streiftog i Obligasjonsret- ten« (1939) diskuteres det (s. 234), om kravet på tilbagebetaling af ydelser erlagt i urigtig formening om skyld bør begrundes (og begrænses) ved hjælp af berigelseslæren, men tanken for- kastes nærmest. Derimod synes *Øvergaard* T. f. R. 1942, 396 f. tilbøjelig til at anerkende den.

48) Om obligationes quasi ex contractu 7 f.

49) Handlinger på fremmed Formueretsområde 13 f.

50) Om Hovedprincipperne i den formueretlige Anordning 402 f.

51) Handlinger på fremmed Formueretsområde, Indledning. XIX.

Heller ikke i Sverige og Finland har berigelsesgrundsætningen vundet udbredelse i teorien. I *Birger Ekebergs* »Obligationsrättens Allmänna Del« (Föreläsningar 1925) gives der en omtale af restitutionskravene (143 f.), og berigelsesgrundsætningen (»obehörig vinst«), men han advarer mod at slutte for meget ud fra denne grundsætning, idet han finder den uklar, hvorhos han anbefaler at udforme reglerne om restitutionskravene forsigtigt fra gruppe til gruppe. *A. V. Lundstedt* forkaster også berigelsesgrundsætningen i sit værk »Obligationsbegreppet« (I. 1929 s. 170) som en typisk cirkelslutning, og heri giver *Ph. Hull* i sin afhandling »Condictio indebiti« (Uppsala Universitets årskrift 1947:6) ham medhold. I *Nordstedis* Juridiske Handbok (1946) omtales berigelsesgrundsætningen overhovedet ikke, ligesom den heller ikke gives nogen tilslutning i *R. A. Wredes* »Obligationsrättens Almännna Del« (Helsingfors 1925). Derimod opererer *Fritjof Lejman* med berigelsesbegrebet i hans artikel: »Principen obehörig vinst i svensk lagstiftning«, Svensk Juristtidning (1949) 641—55. Han går imidlertid ikke ind for grundsætningen, men mener kun, at berigelsesmålestokken kan være af interesse. Det fremgår iøvrigt af artiklen, at grundsætningen kun har haft ringe indflydelse på svensk lovgivning.

Derimod kan berigelsesgrundsætningen for senere dansk retslitteraturs vedkommende opvise større tilslutning. I 1924 fremkom *N. Cohn* (Juridisk Tidsskrift 10. årg. s. 206—37) med en afhandling om problemet, hvor han, foruden at kritisere *Lassens* standpunkt, varmt gik ind for grundsætningens anvendelse i dansk ret. I sin »Erstatningsret« (1937) tog *Ussing* spørgsmålet op på bredere basis (s. 212—36). Han giver her for det første en kritisk vurdering af *Lassens* anskuelse, navnlig af dennes udvikling af uskadlighedskravet, og giver for det andet en fremstilling af berigelsesgrundsætningen, således som han finder, at den bør tage sig ud dels på grundlag af gældende dansk ret og dels legislativt. Han giver ikke sin ubetingede tilslutning til den romanistiske regel, men finder, at hele området bør tages op til fornyet behandling; i hovedsagen går han dog ind for en almindelig berigelsesgrundsætning.

Kapitel 4

PROBLEMSTILLINGEN

I. Almindelige bemærkninger.

I kapitel 1 blev det indledningsvis bemærket, at det fælles karakteristiske for samtlige restitutionskrav ligger i det rent *negative*, at de hverken udspringer af aftaler eller af retstridige handlinger. Denne begrebsbestemmelse må imidlertid ikke tages for kategorisk. Restitutionskravenes område er til en vis grad et ingenmandsland, hvis grænser henholdsvis til kontraktsretten og erstatningsretten ikke kan siges at være helt afklaret. Således henførte *Julius Lassen*¹⁾ råden over andres goder uden hjemmel men i god tro til området for de retstridige handlinger, medens den nyere tendens, således navnlig *Ussing*²⁾, klart går i retning af at behandle dette retsområde under berigelsesgrundsætningen. Meget kan imidlertid tyde på, at disse grænser ikke ligger helt fast, men at der eksisterer en smidig overgang fra det ene område til det andet. Således står formentlig spørgsmålet om vindikation på grænsen mellem retsbrudslæren og restitutionskravenes område. Endvidere kan anføres, at tilbageleveringskrav, opstået som følge af, at en kontrakt enten erklæres for ugyldig eller hæves på grund af misligholdelse, formentlig må henføres til grænseområdet mellem kontraktsretten og restitutionskravene (berigelseskravene)³⁾. Det bør derfor sikkert være en opgave for retsvidenskaben at gøre disse grænselinjer til genstand for

1) *Lassen Handlinger* 157 ff.

2) *Ussing Erstatningsret* 220.

3) Selve tilbageleveringskravet af den ydede genstand behandles normalt i kontraktsretten som et udslag af forudsætningslæren, medens det eventuelle erstatningskrav i tilfælde af, at selve ydelsen, f. eks. på grund af forbrug, ikke kan gives tilbage, almindeligvis henføres til berigelseskravene, jfr. *Ussing Erstatningsret* 228 og 230.

en nærmere undersøgelse, eller sagt på en anden måde, problemet vedrørende restitutionskravene bør bl. a. tilnærmes henholdsvis fra kontraktsrettens og erstatningsrettens område. Et noget tilsvarende »grænseproblem« opstår, hvis man anerkender en berigelsesgrundsætning, nemlig spørgsmålet om dette områdes forhold til de øvrige, udenfor berigelsesgrundsætningen værende restitutionskrav.

Vender vi os herefter til det *positive* spørgsmål, nemlig om restitutionskravene har noget positivt tilfælles — en fælles real baggrund, en fælles målestok etc. — hævdes det almindeligt, at dette er tilfældet, idet størstedelen af området kan behandles under eet ved hjælp af berigelsesgrundsætningen, og der henvises til, at flertallet af nutidens retssystemer har anerkendt en sådan. Der må imidlertid først og fremmest spørges om, hvad der nærmere ligger i denne — af mange retssystemer foretagne — anerkendelse af berigelsesgrundsætningen?

Ved besvarelsen af dette spørgsmål er der imidlertid, efter min mening, to forhold, som bør holdes nøje ude fra hinanden, hvis man vil undgå ubehagelige misforståelser, nemlig på den ene side, hvad man kunne kalde *hjemmelsspørgsmålet* og på den anden side det *materielle spørgsmål*. Som det fremgik af den historiske indledning, savnede de franske domstole før dommen af 1892 en almindelig hjemmel til at indrømme restitutionskrav. De var indskrænkede til anvendelsen af Code civil's specialregler; og kun i det omfang, det var muligt at udvide disse regler ved hjælp af de gængse fortolkningsprincipper, kunne domstolene indrømme restitutionskrav; derimod anså de sig ikke for beføjet til at indrømme det, blot fordi de fandt, at forholdets natur krævede det. Først dommen af 1892 gav dem den savnede hjemmel. Engelsk rets nuværende stilling minder for så vidt om fransk rets stilling før 1892, idet de engelske domstole den dag i dag ikke har nogen almindelig beføjelse til at indrømme restitutionskrav, men må i deres afgørelser i princippet henholde sig til den tidligere domspraksis (The Rule of Precedents), selvom man vel nok kan sige, at engelsk ret står noget friere end fransk ret før 1892, idet et retssystem, som i hovedsagen er bygget på domspraksis, altid vil virke smidigere end et, bygget på en codex. Hvis man i slige tilfælde ønsker at give domstolene en almindelig hjemmel til at indrømme resti-

tutionskrav, er anerkendelsen af en berigelsesgrundsætning et såre velegnet middel hertil, ti den løser ialtfald hjemmelspørgsmålet i det væsentlige; og i så henseende kan man forovrigt sige, at desto vagere man formulerer en sådan grundsætning, desto bedre, da dette vil forøge dens anvendelsesområde. Det er derfor ikke overraskende, at berigelsesgrundsætningen har indtaget en så central plads i diskussionen om restitutionskravene. Ti den har under alle omstændigheder gjort sin pligt som rambuk for disse krav.

Men fordi berigelsesgrundsætningen løser *hjemmelspørgsmålet*, således som den f. eks. har gjort det for fransk, tysk og schweizisk rets vedkommende, er det ikke dermed givet, at den også løser det *materielle* spørgsmål, eller m. a. o. om den er domstolene en sikker vejledning ved afgørelsen af, om de i det enkelte konkrete tilfælde skal indrømme et restitutionskrav eller ej. Dette spørgsmåls besvarelse vil først og fremmest afhænge af, hvor eksakt begrebet »den ugrundede berigelse« kan bestemmes.

Hvis bestemmelsen af begrebet »den ugrundede berigelse« imidlertid ikke fører til nogen acceptabel løsning, således at berigelsesgrundsætningen i virkeligheden kun kan siges at udtrykke en hjemmel, vil det næppe have nogen særlig værdi at fastholde terminologien, ihvertfald næppe for dansk rets vedkommende. Ti overalt hvor domstolene finder sig kompetente til at indrømme et krav udelukkende med hjemmel i »forholdets natur«, »almindelige retsgrundsætninger« og lign., således som det f. eks. netop er tilfældet for dansk rets vedkommende, vil det formentlig både være overflødigt og misvisende at opstille en almindelig berigelsesgrundsætning udelukkende med det formål at give domstolene hjemmel til at indrømme et restitutionskrav, hvor dette iøvrigt kan tilpasses terminologien. At berigelsesgrundsætningens praktiske betydning i så tilfælde vil være forsvindende for et retssystem som det danske, er ihvertfald givet, og det må derfor tiltrædes, når det hedder hos *Ussing*⁴⁾:

»Det må antages, at *berigelseskrav kan indrømmes uden særlig lovhjemmel* i de grupper af tilfælde, hvor der findes at være trang dertil, forudsat at særlige lovbestemmelser eller retspraksis ikke hindrer det. I virkeligheden kan man således nå

⁴⁾ *Ussing Erstatningsret* 229.

samme praktiske resultat, som hvis man havde en almindelig berigelsesregel. Om man skal opstille en almindelig regel, har derfor ikke stor praktisk betydning.«

Om man her erstatter udtrykket »berigelseskrav« med f. eks. udtrykket »restitutionskrav« vil være en ren smagssag. Selve »berigelsesreglen« vil stadigvæk kun være en blanketregel (en »hjemmel«). Ganske vist vil denne blanketregel naturligvis i tidens løb få et vist positivt indhold efterhånden som retspraksis udvikler sig, men dette vil dog ikke med sikkerhed give noget bevis for berigelsesgrundsætningens holdbarhed. Thi selv om denne udvikling fører til opstillingen af en række forholdsvis sikre enkeltregler⁵⁾ — hvilket udviklingen i fransk retspraksis dog ikke giver de bedste løfter om — er det dog ikke givet, at disse enkeltregler hviler på blot nogenlunde ensartede reale grunde, hvad der dog turde være minimumsbetingelsen for anerkendelsen af en almindelig berigelsesgrundsætning. På den anden side bør man formentlig heller ikke være for streng i sine krav. Ti selvom det viser sig umuligt at give grundsætningen den samme fasthed som de egentlige retsregler, er der dog den mulighed, at man kan formulere den som en — mere bevægelig — *retstandard*; og dette vil allerede være af betydelig værdi.

Man kan inddele retskilderne på mange forskellige måder, alt efter det formål, man søger opnået. I nærværende forbindelse anbefaler det sig at inddele dem efter den grad af sikkerhed og fasthed, som de byder retsanvendelsen. Ser man bort fra de finere nuancer og overgange, som altid findes, falder de i tre hovedgrupper, nemlig a) *de egentlige retsregler*, b) *retstandarderne* og c) *de rene blanketregler*, til en af hvilke grupper berigelsesgrundsætningen nødvendigvis må henhøre. Forskellen mellem disse tre former for retskilder skal ikke gøres til genstand for en nærmere undersøgelse på dette sted, idet der kan henvises til fremstillingen hos *Knoph Standarder* 4 ff. Dog skal lige hovedforskellighederne antydes.

a) Hvad først angår *de egentlige retsregler*, viser det karakteristiske sig i, at domstolenes opgave ved anvendelsen af disse nærmest kun går ud på at fastslå den enkelte sags fakta og derefter henføre disse til den relevante retsregel. Så giver resultatet

⁵⁾ hvilket *Ussing* l. c. iøvrigt anbefaler praksis at gøre.

sig i princippet af sig selv. Naturligvis vil denne proces ofte involvere et vist skøn, først og fremmest hvad bedømmelsen af fakta angår, men ikke sjældent tillige ved anvendelsen af selve reglen, således som det eksempelvis er tilfældet, hvor en straffelov kun angiver straffen indenfor visse strafferammer; men hovedsagen er dog, at visse bestemte retsvirkninger er knyttet til et bestemt sæt nøje definerede kendsgerninger;

b) Hvad derimod *retstandarderne* angår, kan disse kort defineres som retskilder, der indenfor visse — normalt ret vide — rammer overlader afgørelsen til domstolenes skøn. Som oftest angives disse rammer ved en henvisning til et moralbegreb (en standard), som forudsættes domstolene bekendt. Velkendt er eksemplet fra konkurrencel. § 15, hvor det hedder: »I erhvervsøjemed foretagne handlinger, der, selvom de ikke omfattes af lovens øvrige bestemmelser, strider mod redelig forretningsskik, medfører erstatningsansvar og kan ved dom forbydes.« Udtrykket »stride imod almindelig hæderlighed« i aftalel. § 33 er et andet eksempel.

Domstolene har således ved anvendelsen af retstandarderne ikke fuldstændig frie hænder. De må holde sig indenfor den angivne ramme. Det afgørende moment i deres bedømmelse er nøje angivet, som eksempelvis ved hjælp af begrebet: »almindelig hæderlighed«, kun er udformningen af det nøjagtige indhold af begrebet overladt dem til en skønsmæssig bedømmelse; men hermed skal ikke være sagt, at dette skøn er et rent billighedsskøn, ofte vil der være udmærkede muligheder for at fremskaffe ret objektive kriterier, f. eks. i form af konsultationer af brancheforeninger etc. Yderligere vil standarden normalt, efterhånden som den anvendes i praksis, krystalliserer sig i en række mere eller mindre faste enkeltregler (rationaliseres), hvorved dens fremtidige anvendelse lettes, dog naturligvis stadig med mulighed for anerkendelse af nye tilfælde⁶).

c) Anderledes ligger sagen derimod, hvis det drejer sig om *rene blanketregler*, hvorefter domstolene er berettigede til at træffe afgørelsen uden at være bundet af faste direktiver. En sådan

⁶) se nærmere *Knoph Standarder* § 3. Denne „rationalisering“ kan naturligvis også ske i lovsform, således er f. eks. konkurrencel.s første fjorten paragraffer en eksemplification af den almindelige konkurrence-standard i § 15.

blanketregel kan formentlig klarest defineres som en hjemmel for domstolene til på egen hånd at afgøre tilfældene indenfor et vist retsområde ud fra forholdets natur. Som oftest består denne hjemmel i en almindelig beføjelse for domsmagten til at afgøre alle ulovbestemte tilfælde ud fra forholdets natur eller lignende begreber, således som det er tilfældet i det velkendte eksempel i *Schweizerische Zivilgesetzbuch* — Einleitung Art. 1. Hvad dansk ret angår, er det, som berørt, hævet over enhver tvivl, at domstolene anser sig som værende i besiddelse af en lignende kompetence, selvom denne ikke findes egentlig udtrykt i nogen skreven retskilde. En sådan hjemmel binder ikke — i modsætning til retstandarderne — domstolene til at følge en på forhånd lagt kurs. Det forudsættes naturligvis, at deres skøn udøves efter juridiske principper og retstekniske hensyn, hvortil bl. a. hører bestræbelsen efter at opstille klare enkeltregler, som kan give den fornødne ensartethed i retsanvendelsen. Men det må gentages, at en sådan udvikling henimod faste enkeltregler indenfor et vist område, som f. eks. restitutionskravene, ikke på nogen måde er en borgen for, at hele området, eller blot en større del af dette, er behersket af ensartede principper. Dertil må kræves noget mere, nemlig en fælles real baggrund, eller ihvertfald en vis nærmere forbindelse mellem de enkelte regler, som gør det forsvarligt systematisk at behandle dem under ét; således kan det, hvad berigelsesgrundsætningen angår, tænkes, at reglerne, som ofte påstået, bindes sammen af en fælles målestok for kravenes størrelse, men herom nærmere i det følgende. Når der på dette sted advares imod en kritikløs sammenstilling af en række krav under et fælles princip — berigelsesgrundsætningen kaldet — hvis nærmere indhold næppe kan siges at være helt klart, sker det ud fra den betragtning, at man, ved at fæstne tanken for stærkt på et enkelt princip under alle omstændigheder løber en ikke ringe fare for at overse andre relevante momenter.

I lyset af den foregående udvikling må det derfor fremhæves, at såvel som det er muligt, at berigelsesgrundsætningen er udtryk for en retsregel af lignende fasthed som reglen om løfters forbindende kraft (D L 5—1—1 og 2 og aftalel. § 1) eller dog er en betegnelse for en retstandard, er det også muligt, at den kun kan opfattes som et udtryk for en adgang for domstolene

til at indrømme et krav, selvom dette hverken kan støttes på et løfte eller en retstridig handling, når de finder det stemmende med forholdets natur; altså en ren og skær blanketregel⁷⁾). Dette forhold ændres ikke, blot fordi det er muligt at opstille et større antal enkeltregler, ti det er jo ikke dermed givet, at disse har så megen forbindelse med hinanden, at det vil være naturligt at kalde dem et udslag af en fælles grundsætning; men i så fald forbliver berigelsesgrundsætningen kun en tom systembetegnelse.

II. Berigelsesgrundsætningens indhold.

Af det foregående følger det formentlig, at det forhold, at en række retssystemer har anerkendt en almindelig berigelsesregel, ikke er noget afgørende bevis for, at der kan opstilles en brugbar berigelsesgrundsætning af et mere positivt indhold end en blot blanketregel. Det vil sikkert idetheletaget lønne sig at holde det ovennævnte *hjemmelspørgsmål* ude fra det *materielle* spørgsmål.

Når *Julius Lassen* i sin tid så voldsomt angreb berigelsesgrundsætningen, skete dette klart ud fra et materielt synspunkt, idet han i første række tvivlede på, at de under berigelsesgrundsætningen behandlede restitutionskrav havde nogen fælles baggrund; og dernæst, at selv om dette var tilfældet, så ville det dog næppe være muligt at opstille en almindelig sætning om forholdet.⁸⁾ At han derimod ikke i og for sig angreb sætningen fra et hjemmelsynspunkt turde være uomtvisteligt; han fremhævede i denne forbindelse blot det misvisende i terminologien.

Som bekendt har flere forfattere vendt sig imod *Jul. Lassens* kritik af berigelsesgrundsætningen, blandt hvilke navnlig *C. S. Thomle*⁹⁾, *Cohn*¹⁰⁾ og *Ussing*¹¹⁾ må fremhæves. Hvis man imidlertid ser bort fra hjemmelproblemet, er det dog et spørgsmål, om kontroversen mellem *Lassen* på den ene side og de nævnte

7) Det må bemærkes, at *Knoph* henregner berigelsesgrundsætningen til blanketreglerne, jfr. anf. v. 5.

8) Sml. herved *Lassens* udtalelse i *Handlinger*, henholdsvis indledningen XXII og XXIII og *Lassen Alm.* 299 f.

9) T.f.R. 1913. 285 ff.

10) J.T. 1924. 205—37.

11) *Erstatningsret* 215 ff.

forfattere på den anden side er så skarp, som det tilsyneladende ser ud til. Et par citater henholdsvis fra *Lassen* og fra *Ussing* vil formentlig støtte denne antagelse. Hos *Lassen* hedder det således:¹²⁾

»Sætningen, at den, der uden grund har indvundet en fordel på en andens bekostning, er pligtig at lægge denne fra sig, er altså ikke blot ubrugbar som praktisk vejledning ved foreliggende retstilfældes afgørelse, men den giver ikke engang oplysning om noget til forandringer i formuefordelingen førende retsprincip. Den udtaler kun den uomtvistelige sætning, at der undertiden i retslivet vil indtræde den situation, at en person uden grund findes beriget på en andens bekostning, og at der i så fald må finde en tilbagegang sted af fordelten til den tablidende. Men den giver ikke nogen oplysning om, når en formueovergang er ugrundet, ikke engang en antydning af et princip, hvorefter dette spørgsmål kunne afgøres. Med god grund tier den om dette princip, thi det er forskellige retsgrunde, der i de forskellige tilfælde afføder tilbagesøgningsretten.«

Hos *Ussing*¹³⁾ hedder det:

»Det er ikke meningen med berigelsesgrundsætningen, at indtrådte formueforskydninger kan kræves omgjort i alle tilfælde, hvor lovgivningen ikke bestemmer det modsatte. De fleste vil ikke engang forstå grundsætningen således, at berigelsen skal afgives i alle tilfælde, hvor der ikke påvises afgørende grunde til det modsatte. I berigelsesgrundsætningen ligger derimod, at *domstolene kan indrømme berigelseskrav, hvor der findes grund dertil* (udh. af forf.). Afgørende herved er ikke et konkret billighedsskøn, men forholdenes typiske beskaffenhed: om der i visse grupper af tilfælde som almindelig regel er grund til at lade berigelsen gå tilbage. Og bestemmende for grupperdannelsen vil som oftest være de forskellige måder, hvorpå berigelsen kan indtræde«.

»Der kan ikke opstilles faste regler om, hvornår berigelsen er grundet eller ugrundet. Dette anerkender de fleste tilhængere af berigelsesgrundsætningen«.

Heller ikke på de steder, hvor *Ussing* vender sig direkte mod

¹²⁾ *Lassen Handlinger*: Indledningen XXV.

¹³⁾ *Ussing Erstatningsret* henholdsvis 212—13 og 230.

Lassens kritik af berigelsesgrundsætningen som retsprincip, synes uoverensstemmelsen mellem de to opfattelser at være af fundamental natur.

Hovedstedet hos *Ussing*¹⁴⁾ lyder således:

»En del af denne kritik er uden reel betydning. Det gælder først og fremmest, hvad Lassen udvikler om berigelsen som retsprincip. Lassen fulgte i sin ungdom den videnskabelige retning, der bestræbte sig for såvidt muligt at føre retsreglerne tilbage på enkelte grundlæggende principper. Og han gik tilsyneladende ud fra, at berigelseskrav kun burde anerkendes i de tilfælde, hvor der kunne påvises et eller andet retsprincip som grundlag for kravet. Det sidste vil næppe nogen hævde nu, og principperne er overhovedet faldet stærkt i kurs«.

Denne indvending er fuldstændig berettiget som en bestemt afstandtagen fra tidligere tiders golde begrebsjurisprudens og principdyrkelse, hvilket sidste Lassen i sin ungdom var noget påvirket af. Men hvis man erstatter »retsprincipperne« med en analyse af de reale grunde, hvilket en nyere retsvidenskab har sat sig som mål, er der formentlig alligevel en rigtig kerne i Lassens ovennævnte betragtning. Ti, hvis Lassen, istedetfor at spørge efter et »førende retsprincip«, havde spurgt, om berigelseskravene havde en fælles real baggrund — en tankegang, som vel til en vis grad har ligget bag hans kritik¹⁵⁾ ville det være vanskeligt at frakende hans spørgsmål enhver værdi. Ti, hvis det er umuligt at finde et reelt grundlag, som kan siges at være fælles for samtlige berigelseskrav, er det vanskeligt at se, hvilken værdi opstillingen af en almindelig berigelsesgrundsætning ville have udover at være en blanketfuldmagt til domstolene af den ovenomtalte art. Berigelsesgrundsætningen har således kun værdi, hvis den kan siges at give udtryk for et el. flere fælles-træk ved en række restitutionskrav el. m. a. o., der må kunne tales om et »fælles princip«. Det er derfor ikke uden interesse at notere sig, at Lassen, som dog netop bestræbte sig på at føre de forskellige retstilfælde tilbage til enkelte samlende retsprincipper, alligevel aldrig turde gå ind for berigelsesprincippet.

14) 1 c. 215.

15) jfr. navnlig hans senere udtalelser i *Alm.* 299—300. På dette tidspunkt (1917) var Lassen jo også svinget stærkt i realistisk retning, men til trods for dette fastholdt han sin lære.

III. Berigelsesmålestokken.

Forskellig fra det ovennævnte spørgsmål, omend ikke uden enhver forbindelse hermed, er problemet, om berigelseskravenes omfang er *begrænset yderligere end til størrelsen af skadelidtes tab*. At en skadelidt ikke kan kræve mere i erstatning end en ækvivalens for hans aktuelle økonomiske tab, er naturligvis et gennemgående princip indenfor alle grene af erstatningsretten, dog modificeret i enkelte retninger, såsom ved erstatning for ikke-økonomisk skade (strfl. ikrafttrædelsesl. 15. april 1930 § 15), således også undertiden som et udslag af normaltabslæren, eller f. eks. i kraft af forfatterl. 26. april 1933 § 18, stk. 2, hvorefter den indvundne berigelse ved en retstridig benyttelse af et forfatterværk må afgives, uanset om den berettigede har lidt et tilsvarende tab eller ej. Hvad derimod særligt angår berigelseskravene, hævdes det i almindelighed, at disse krav er undergivet en yderligere, eller, om man vil, en *dobbelt begrænsning*, hvorefter kravet hverken kan overstige *tabet* eller *berigelsen*. Der hersker imidlertid en del strid om, hvorledes denne sidste begrænsning »berigelsen« nærmere skal udformes, og yderligere om den gælder i alle tilfælde.

Hvad det første spørgsmål angår, er det den almindelige opfattelse, navnlig i de romanistiske retsforfatninger, at »berigelsen« skal sættes lig den *værdiforøgelse* som berigelseshandlingen har tilført den berigedes formue. I denne forbindelse opstår der endvidere, som vi har set i kap. 2, spørgsmål om, hvorvidt ideale goder, såsom uddannelse, belæring skal medregnes.

IV. Julius Lassens lære.

*Lassen*¹⁷⁾ vendte sig skarpt imod denne beregning af berigelsen og opstillede istedetfor et såkaldt »*uskadelighedskrav*«, hvorefter et berigelseskrav kun kunne indrømmes, hvis det var sikkert, at dets anerkendelse og gennemførelse ikke stillede den berigede ugunstigere, end han var stillet før berigelsen. Det må dog tilføjes, at *Lassen* gav berigelseskravene i denne indskrænkede form et langt mindre område end der normalt tildeles dem, idet han indskrænkede dem til de tilfælde, (1) *hvor berigelsen*

¹⁶⁾ jfr. herved *Ussing Obligationsret* 165 f.

¹⁷⁾ *Lassen Alm.* § 34 og *Lassen* 48 ff.

var opstået som følge af den tablidendes ensidige handlinger, altså navnlig hvor en person havde afholdt formueopofrelser til en andens fordel (bortset fra tilfælde af uanmodet forretningsførelse), herunder indfrielse af andres forpligtelser; dog medtog han også under denne gruppe de tilfælde, hvor berigelsen skyldtes naturbegivenheder eller andre tilfældigheder.¹⁸⁾ Var (2) *berigelsen derimod opstået som følge af den berigedes ensidige handlinger*, d. v. s. hvor der var sket en råden over andres formuegoder uden hjemmel, udvidede han til gengæld kravet.¹⁹⁾ Som en selvstændig gruppe opstillede han endelig (3) *de tilfælde, hvor berigelsen var opstået i anledning af et kontraktmellemværende*, navnlig som følge af bristende forudsætninger.²⁰⁾

(1) *Uskadelighedskravet* skulle nærmere forstås derhen, at kravet var udelukket, hvis det ikke var muligt at tage berigelsen fra den berigede, uden at forandre hans formue enten kvantitativt eller kvalitativt. At den berigedes formue rent kvantitativt ikke måtte røres, fulgte forsåvidt allerede af den romanistiske berigelsesgrundsætning (berigelsen dannede altid grænsen). Forskellen mellem denne og *Lassens* uskadelighedskrav ligger således i det kvalitative, idet han yderligere begrænsede kravet derhen, at operationen: »berigelse — indrømmelse af et krav« ej heller måtte betyde en flytning af værdier indenfor den berigedes formueområde.

Kravet er derfor normalt udelukket i de praktisk vigtige tilfælde, hvor berigelsen ikke kan gives tilbage i sin oprindelige form (udleveres), hvad enten dette nu skyldes berigelsens karakter, som f. eks. hvis det drejer sig om en arbejdspræstation, eller det skyldes det forhold, at berigelsen ikke længere kan påvises hos den berigede. Det sidste alternativ udtaler han ganske vist ikke udtrykkeligt, men det turde formentlig være en konsekvens af hans udvikling af uskadelighedskravet.²¹⁾ Kravet var

¹⁸⁾ herunder må normalt også falde de tilfælde, hvor berigelsen skyldes tredjemands handlinger, da *Lassens* behandling af tredjemands handlinger som en særskilt gruppe, kun havde den situation for øje, at tredjemand havde overdraget en vindicabel ting.

¹⁹⁾ *Lassen Alm.* § 29 III og *Lassen Speciel* § 145 samt *Lassen Handlinger* 151 ff.

²⁰⁾ *Lassen Alm.* 300 ff.

²¹⁾ se navnlig *Lassen Alm* 311—12.

således i sin renhed nærmest kun et borttagelseskrav (*jus tollendi sine laesione prioris status* og udledet af D L 6—15—17 og 5—10—49, jfr. 55).

Sin opfattelse begrundede Lassen med, at et kvalitativt indgreb i den berigedes formue ville komme i strid med princippet om personens selvstyre på eget formueområde, eller retten til hans formueområdes uforandrethed. På den anden side mente han dog, at der også burde tages et vist hensyn til tablidende, hvilket han udtrykte ved at sige, at der gjaldt en retsgrundsætning om godtgørelse for formueopofrelser.²²⁾ Dette hensyn førte ham til at give uskadelighedskravet en mindre udvidelse, idet han også ville indrømme et krav i de tilfælde, hvor det var givet, at den berigede under alle omstændigheder ville have foretaget omflytningen, som f. eks. tilsåningstilfældet i D L 6—15—11; det var dog kun den *beviste virkelige besparelse*,²³⁾ som kunne tages i betragtning, hvorimod der ikke kunne tages hensyn til blotte formodninger om besparelser. Den sidste mellemøsning forkastedes ud fra den betragtning, at det skøn, som reglen ville medføre, ikke burde overlades domstolene, da dette ville sætte den enkelte under »dommerværgemål«. Hvad specielt angik indfrielse af andres forpligtelser, antog Lassen,²⁴⁾ at indfrieren i almindelighed erholdt et til det indfrieede svarende krav mod den befrieede, forudsat at det indfrieede krav var transportabelt. Denne sætning, som han iøvrigt ejendommeligt nok begrundede med, at den befrieede skyldner i modsat fald ville opnå en »aldeles ugrundet berigelse« på indfrierens bekostning, må uden tvivl siges at overskride Lassens egne forudsætninger for uskadelighedskravet, ti selvom der måske nok kunne tales om en »bevislig besparelse«, måtte tilsynekomsten af en — måske chikanøs — kreditor alligevel til en vis grad siges at være i strid med den befriedes ret til sit »formueområdes uforandrethed«. Ejendommeligt nok gav Lassen, som ellers var forsigtig med at indrømme restitutionskrav, her sit uskadelighedskrav en udvidelse, som i sig selv må anses for meget omtvistelig. Således kan *Ussing*, som dog går ind for en almindelig berigelsesgrundsætning, i den-

²²⁾ *Lassen 48.*

²³⁾ *Lassen Alm 318.*

²⁴⁾ *Lassen Alm 312.*

ne relation ikke følge ham, men vil kun indrømme indfrieren regresret i få begrænsede tilfælde.²⁵⁾

(2) I de tilfælde, hvor berigelsen var opstået som følge af den *berigedes ensidige handlinger* sondrede Lassen mellem, om den berigede havde været i god eller i ond tro. Hvis berigelsen var sket i *ond tro*, forelå der både objektivt og subjektivt et retsbrud, hvilket forpligtede til *erstatning efter de almindelige regler*. Forelå der derimod *god tro* fandt han, til trods for, at der efter hans mening forelå et objektivt retsbrud, og at »retshåndhævelsens princip« derfor måtte medføre erstatningspligt, at et almindeligt erstatningskrav ville virke vel hårdt og indskrænkede derfor kravet — ikke til et berigelseskrav — men til et »*værdikrav*«, således at der var pligt til at erstatte tingens objektive værdi (*vera rei estimatio*), men ikke pligt til at give erstatning for frugter, afsavn, *lucrum cessans* etc. Det godtroende forbrug eller videresalg af ting, der var erhvervede gennem en overdragelse i levende live, var dog helt ansvarsfrit. Hvis tingen hændeligt var gået til grunde antog Lassen vistnok i almindelighed, at ansvaret var ophørt; ihvertfald antog han det, hvis besiddelsen skyldtes en arveadkomst²⁶⁾ eller udlægsadkomst.²⁷⁾ Hvilket tidspunkt (erhvervelsen, forbruget eller sagsanlægget) der skulle være afgørende for beregningen af værdikravet, tog han ikke afgørende stilling til.

Lassen var forøvrigt af den formening, at hans lære om værdikravet for dansk rets vedkommende var hjemlet i frd. af 11. sept. 1839 § 2 (forbigående arvingers krav) og D L 5—6—9 og 5—8—6 (udlæg i tredjemands ting). Ved udlæg i tredjemands ting indrømmede han dog, at praksis, forsåvidt det specielt drejede sig om *tvangsauktion* (men altså ikke ved udlæg til ejendom), havde indskrænket kravet til kun at omfatte *nettoprovenuet* ved auktionen (altså berigelsen), og selvom han anså denne praksis for at stride mod de nævnte bestemmelser i D L, fandt han den dog legislativt anbefalelsesværdig.²⁸⁾ Også i visse andre særlige tilfælde, navnlig ved erstatningskrav i anledning af *frembringelse*

²⁵⁾ se *Ussing Erstatningsret* 224 ff. jfr. hans artikel i U 1937 B. 108 ff.

²⁶⁾ *Lassen Speciel* 830.

²⁷⁾ *Lassen Speciel* 832.

²⁸⁾ *Lassen Speciel* 830 ff.

og *tilvækst* samt ved *opofrelser* sigtende til at bevare værdier, som man fejlagtig tror er ens egne, men som i virkeligheden tilhører en anden (uægte *negotiorum gestio*), ville han gå med til at beregne kravet efter en berigelsesmålestok.²⁹⁾

(3) Hvad endelig angår berigelser opståede i anledning af et *kontraktlig mellemværende*, fandt han, at sagen stillede sig meget simpelt; ti enten var retshandlen gyldig, og i så fald var ethvert krav udelukket; eller også var den ugyldig, men her gjaldt den almindelige vindikationsregel. Kunne denne imidlertid ikke udøves, fordi tingen af en eller anden grund ikke længere fandtes tilstede hos medkontrahenten, gjaldt reglerne under (2).

V. De forskellige muligheder.

Denne behandling af restitutionskravene, hvorefter *Lassen* snart ville yde fuld erstatning, snart et værdikrav, undertiden et berigelseskrav og snart kun et uskadighedskrav, nedbrød, om man så må sige, berigelsesgrundsætningens anden og sidste forsvarsstilling, nemlig påstanden om, at berigelseskravene har, om ikke andet, så dog en fælles målestok for deres udmåling. Ti hvis også dette glipper, vil enhver form for en almindelig berigelsesgrundsætning være et kunstprodukt. Dette udtales af *Ussing*, når han skriver:³⁰⁾

»Fra et systematisk synspunkt må afgørelsen af, om man skal opstille en almindelig berigelsesregel, yderligere bero på, om de berigelseskrav, der anerkendes i de forskellige grupper af tilfælde, bestemmes på ensartet måde — altså om man i alle eller dog i de fleste tilfælde — anvender samme berigelsesmålestok. Dette spørgsmål kan ikke besvares sikkert for tiden, da hele berigelsesproblemet trænger til fornyet behandling, men i og for sig må man nærmest formode, at det må besvares bekræftende.«

Om denne formodning holder stik, eller om man bør søge en løsning i lighed med *Lassens*, er også, forsåvidt angår dansk ret, vel et åbent spørgsmål, hvis besvarelse det følgende må opfattes som et forsøg på. Her må det kun fremhæves, at der, som antydet i det ovenfor anførte citat, foreligger den mulighed, at

²⁹⁾ *Lassen Alm* 319 og *Handlinger* 315 ff.

³⁰⁾ *Ussing Erstatningsret* 229.

kun et forholdsvis begrænset udsnit af restitutionskravene kan baseres på berigelsesgrundsætningen, medens resten hviler på andre reale grunde og retsprincipper, som fører til en anden erstatningsberegning. Det er således muligt, at man i visse grupper af tilfælde bør yde fuld erstatning, medens man i andre begrænser erstatningen til et værdikrav eller til berigelsen eller endog til et uskadelighedskrav. Alle muligheder bør formentlig holdes åbne, hvis man er indstillet på at give retsanvendelsen den største smidighed.

Der foreligger dog endelig den mulighed, at restitutionskravene nok kan siges at hvile på en fælles real baggrund, nemlig den ugrundede berigelse, men at kravet i de forskellige tilfældegrupper iøvrigt udmåles forskelligt som følge af særlige hensyn, der gør sig gældende i de enkelte tilfælde.³¹⁾ Hvis dette måtte vise sig at være tilfældet, er det dog ikke dermed givet, at det lønner sig at behandle hele området under eet. Måske bør man også i dette tilfælde lægge hovedvægten på behandlingen af enkeltgrupperne.

Sammenfattes det foregående, kan det formentlig fastslås, at vi ved restitutionskravene står overfor fire muligheder, nemlig enten at:

1) der kan opstilles en almindelig berigelsesgrundsætning, dækkende, om ikke alle, så dog flertallet af restitutionskravene, ligesom der gælder en fælles målestok for kravenes udmåling (*Ussings* anskuelse), eller

2) der kan nok opstilles en berigelsesgrundsætning, der giver udtryk for, at der findes en fælles real baggrund for restitutionskravene, men i de enkelte tilfældegrupper fører de særlige praktiske hensyn til en forskellig udmåling af kravet (*Cohns* anskuelse), eller

3) der kan ikke opstilles en almindelig berigelsesgrundsætning, men der gælder dog en fælles målestok for udmålingen af flertallet af restitutionskravene, eller

4) der kan hverken opstilles en berigelsesgrundsætning (påvises en fælles real baggrund) eller gives en fælles målestok ved udmålingen af kravene (*Lassens* anskuelse).

Et noget andet spørgsmål er problemet, om man i det omfang,

³¹⁾ Denne mulighed fremhæves af *Cohn* 218.

man lader restitutionskravene beregne efter en berigelsesmålestok *bør lade berigelseskravet være afhængig af, om berigelsen stadig forefindes intakt hos den berigede*, således som det normalt kræves i de romanistiske retsforfatninger, eller om man skal lade sig stille tilfreds, blot det kan påvises, at der *på et eller andet tidspunkt har foreligget en berigelse*.

Tilbage står endelig spørgsmålet om, hvilken betydning man bør tillægge de to i henholdsvis tysk, schweizisk og fransk ret opstillede accessoriske betingelser, nemlig dels betingelsen om, at der skal bestå en *direkte årsagsforbindelse* — eller dog være *en vis nærmere forbindelse* — mellem tabet og berigelsen, og dels betingelsen om, at der ikke må stå sagsøgeren andre muligheder åbne for at dække sit tab, altså m. a. o. påstanden om, at berigelsesklagen kun er *subsidiær*.

Hvordan det nu end forholder sig med hensyn til disse forskellige problemer vedrørende berigelsesgrundsætningen, kan man formentlig, uden at vove sig for langt ud på dette stadium af undersøgelsen, slå fast, at da der overalt i de forskellige retsforfatninger har vist sig stærk trang til at anerkende krav, som hverken skriver sig fra løfter eller retstridige handlinger, må der gives domstolene en eller anden form for hjemmel til at imødekomme slige krav. Et herfra forskelligt spørgsmål er spørgsmålet om det nærmere indhold for denne hjemmel; hvilket, som den foregående fremstilling formentlig har vist, det lønner sig at holde ude fra det første.

Vender vi os til dansk ret, som er hovedgenstanden for nærværende afhandling, behøver vi ikke at beskæftige os synderligt med hjemmelspørgsmålet i den første betydning, idet dansk retspraksis klart giver udtryk for, at domstolene er i besiddelse af en sådan hjemmel. Derimod er det af interesse at undersøge, i hvilke grupper af tilfælde dansk ret indrømmer restitutionskrav, samt efter hvilken målestok denne restitution beregnes i de enkelte tilfældegrupper; en målestok som altså efter det anførte meget vel kan tænkes at være forskellig, alt efter tilfældenes art. Såfremt det måtte vise sig at være muligt at opstille mere generelle principper om restitutionskravene må det undersøges, om praksis — og forsåvidt også om den sparsomme lovgivning — er i samklang hermed, og hvis dette ikke er tilfældet, må mulighederne for at lede den fremtidige udvikling henimod dette

overvejes. Men det må pointeres, at det ikke på forhånd er givet, at samtlige restitutionskrav — eller blot et større udsnit af dem — hviler på de samme ledende grundsætninger eller reale grunde, således som berigelsesgrundsætningen er udtryk for; — ja, om det overhovedet kan forsvares at anbringe dem under en enkelt betegnelse, som f. eks. »berigelseskrav« eller »restitutioner« i systemet, er vel også et åbent spørgsmål.

Som et mere specielt dansk positiv-retligt spørgsmål er endelig fortolkningen af de forskellige bestemmelser i dansk lovgivning, hvor udtryk såsom »beriget«, »berigelse« eller lign. er anvendt; som eksempler kan nævnes: veksl. § 74, checkl. § 57, søl. § 117. § 18 i lov om borteblevne (nr. 397) af 12. juli 1946 må naturligvis også nævnes som en positiv bestemmelse om restitutionskrav, dog er udtrykket »berigelse« ikke anvendt her. Ægteskl. II § 33 kan ligeledes anføres. Myndighedsl. § 44 danner naturligvis et særskilt problem.

Så meget om problemstillingen. I den følgende fremstilling skal der gøres forsøg på at yde et bidrag til løsningen af disse tvivls-spørgsmål.

Kapitel 5

RESTITUTIONSKRAVENES RETLIGE BAGGRUND

I. Retsordenens opgaver.

I det foregående kapitel blev det betonet, at en af de vigtigste opgaver ved undersøgelsen af restitutionskravene er, at udrede de reale hensyn, som danner baggrunden for disse. Kernen i striden om den almindelige berigelsesgrundsætning var, som vi så, især spørgsmålet, om hvorvidt den del af restitutionskravene, der betegnes som berigelseskrav, har en fælles real baggrund.

De forskellige retsregler kan kun begrundes ved en henvisning til samfundsmæssige hensyn og grunde. Tidligere tiders jurisprudence' hang til at begrunde dem med »evige retsgrundsætninger« udledt af aprioriske principper er forlængst opgivet som uholdbare, og nutidens retsvidenskab kan kun anerkende een begrundelse: erfaringen, nemlig erfaringen om, hvorledes de enkelte retsregler virker i samfundslivet, og kun på dette grundlag kan der gives en kritisk vurdering. Den første opgave må derfor være at analysere de samfundsmæssige grunde og hensyn, som ligger til grund for retsreglerne på det foreliggende område.

Det er måske noget omtvisteligt, hvor stor en værdi man kan tillægge undersøgelsen af de forskellige retsreglers reale grunde.¹⁾ Ofte vil en sådan undersøgelse kun munde ud i fastslåelsen af en række selvfølgeligheder, men på den anden side kan undersøgelsen lette diskussionen af den retlige ordning ved at fastslå udgangspunkterne for overvejelsen. Mange lidenskabelige debatter kunne utvivlsomt være undgået, hvis man først havde gjort sig diskussionsgrundlaget klart, navnlig fordi man derved

¹⁾ se hertil udviklingen hos *Popp-Madsen Bod* 262 ff., men herimod *Ussing* i U 1933 B. 241, der her som andetsteds fremhæver, at undersøgelsen må koncentreres om, hvilke praktiske virkninger retsreglerne kan antages at få, sml. også *Ussing* i *Juridisk Tidsskrift* 1917. 376.

ville have fået en klarere erkendelse af, hvori uoverensstemmelserne i virkeligheden bestod. Her kan undersøgelsen af de forskellige reale grunde, som danner baggrunden for de enkelte retsregler, utvivlsomt yde en værdifuld hjælp.

Hvor stor en hjælp slige undersøgelser kan yde retspraksis på nye og ulovbestemte områder, kan måske også omtvistet. Undersøgelsen vil nødvendigvis her ofte få et noget abstrakt præg, der kun kan give en mere grov rettesnor, ligesom det enkelte konkrete tilfælde, der forelægges domstolene til afgørelse, ikke sjældent vil være så sammensat, at hele afvejelsen så at sige må bygges op påny fra grunden. En almindelig undersøgelse løber således en vis fare for at overse de finere nuancer, det enkelte tilfælde kan have, og som kan forrykke billedet betydeligt. Man kan derfor rejse det spørgsmål, om det ikke ville være det bedste, om man helt overlod retsudviklingen til retspraksis, som dog er den, der har de bedste muligheder for at dele sol og vind lige og indskrænke den juridiske fremstilling til kun at omfatte registreringen og systematiseringen af domspraksis. Denne opfattelse er meget almindelig i de angelsaksiske retssystemer, og det forklarer den udbredte uvilje mod reale undersøgelser, som karakteriserer de derværende juridiske fremstillinger. Til gengæld indeholder de engelske og amerikanske domspræmissers adskillige reale forklaringsforsøg, som — ad citatsvejen — når frem til de juridiske fremstillinger. Det kan dog ikke nægtes, at denne metode har givet retsområderne en ikke ringe uoverskuelighed og også ofte tillige inkonsekvens, ligesom store områder beherskes af modstrid mellem de enkelte domsafgørelsens præmisses.²⁾ Der sker endvidere et ikke ringe spild af tid og arbejde, når den enkelte dommer føler sig mere eller mindre forpligtet til forud for hver afgørelse ved hjælp af et større opbud af præjudikater at give en lang redegørelse for den anvendte regels opståen og udvikling. Det lønner sig derfor næppe at efterligne denne metode, hvorved det teoretiske grundlag så at sige udvikles gen-

²⁾ Denne modstrid mellem de forskellige domspræmissers reale forklaringsforsøg samt dommernes kommentarer i det hele taget („*obiter dicta*“) forvolder dog normalt ingen positivretlige vanskeligheder, idet de holdes udenfor denne ved hjælp af læren om „*ratio decidendi*“, hvorefter kun den del af præmisserne, som er absolut nødvendige for konklusionen, anses for bindende som præjudikat, se nærmere *Salmond Jurisprudence* 190 f.

nem domspraksis, ligesom det forøvrigt sikkert også vil være umuligt væsentligt at ændre den danske domstolstradition for korte præmisser, selvom man nok kunne ønske det også af andre grunde, navnlig fordi de nuværende korte undertiden gør det vanskeligt at erkende, hvilke retlige betragtninger afgørelsen bygger på.

På retsområder, hvor der både gør sig systematisk-konstruktive og praktiske vanskeligheder gældende, således som det er tilfældet på restitutionskravenes område, må en almindelig undersøgelse af de samfundsmæssige hensyn bag retsreglerne under alle omstændigheder siges at være nødvendig, navnlig af hensyn til det legislative problem.

Hvad angår disse samfundsmæssige hensyn, er der imidlertid et forhold, som tiltrænger en nærmere klaring. Der sigtes herved til det forhold, at de forskellige forfattere, ja ofte gælder det endog den enkelte forfatter, anvender forskellige udtryk og betegnelser for disse samfundsmæssige hensyn. Man taler således om »retsprincipper«, »ledende retsgrundsætninger«, »reale hensyn«, »retsgrunde« etc., men man undlader som oftest at angive, hvad der skal forstås ved disse udtryk, ligesom man også, uanset at de forskellige betegnelser synes at antyde en rangorden el. lign., afstår fra at give en nærmere bestemmelse af deres indbyrdes forhold. Denne mangel på præcision giver ofte anledning til misforståelser og uklarheder. Når der f. eks. blev opponeret så stærkt imod Lassens kritik af berigelsesgrundsætningen, skyldtes dette utvivlsomt, at hans forkastelse af den ugrundede berigelse som udtryk for et enkelt »retsprincip« netop led af denne uklarhed. Han benægtede, at det var et retsprincip, men han udtalte sig kun vagt om, hvad dette udtryk nærmere dækkede over. På den anden side kan man også bebrejde tilhængerne af berigelsesgrundsætningen, at de ikke fyldestgørende har præciseret, hvad der skal forstås ved den »ugrundede berigelse«.

Da ydermere den nærmere afvejelse af de forskellige reale hensyn, som bekendt, giver anledning til megen uenighed, turde der være god grund til at dvæle lidt udførligere ved dette problem, og dette er der så meget mere grund til, som afvejelsen af de reale hensyn netop vedrørende restitutionskravene især har voldt mange vanskeligheder. For at komme ind på livet af dette

problem, må man formentlig først overveje, hvilke hovedopgaver retsordenen bør varetage.

A. Det erkendes vist af alle, at *sikkerhedshensynet* er retsordens vigtigste funktion.³⁾ Det er den stærke menneskelige trang til tryghed og til at kunne forudberegne sin stilling, som danner baggrunden for dette hensyn.⁴⁾ De fleste retsregler har således også deres stærkeste tilknytning til dette.

Førend der kan etableres retsbeskyttelse for goderne, må der imidlertid først ske en fordeling af disse. Sikkerhedshensynet (derunder muligheden for, at borgerne kan forudberegne deres stilling) kræver i sin konsekvens først og fremmest, at hver enkelt *ved*, hvilke goder der tilkommer ham, og der må derfor opstilles klare regler til afgørelse af dette. Sikkerhedshensynet må derfor siges at medføre to hovedkonsekvenser, nemlig for det første en fordeling af de forhåndenværende goder mellem samfundsindividerne, og for det andet, når denne fordeling er sket, etableringen af retsbeskyttelse for disse goder. Nogle goder, nemlig dem, der knytter sig til selve individet, såsom en persons legeme, liv, frihed, ære etc., trænger dog kun til retsbeskyttelse. Derimod kræver de fleste af de udenfor individet værende goder, herunder i særlig grad de økonomiske, først at blive fordelt mellem de enkelte samfundsborgere eller mellem sammenslutninger af disse, førend der kan etableres en retsbeskyttelse.

1. Selve *fordelingen af goderne* er altså et udslag af sikkerhedshensynet eller, som man også kunne kalde det i denne forbindelse, »*ordenshensynet*«. Ved den nærmere udformning af fordelingsreglerne er der imidlertid lejlighed til at varetage andre, i forhold til sikkerhedshensynet sekundære hensyn. Der vil navnlig blive tale om at tilgodese hensynet til at fremme produktionslysten, initiativet og omsætningen. Varetagelsen af disse interesser har givet sig udtryk i en række vejledende grundsætninger såsom prioritetsgrundsætningen i dens mange forgreninger, mala-fides-princippet, grundsætningen om løfters forpligtende kraft (denne sætning er tillige begrundet i retsbeskyttelsesin-

³⁾ jfr. herved udviklingen i *Ussing Erstatningsret* 9 ff. og 213 ff. og *Vinding Kruse Retslæren* 100 ff.

⁴⁾ *Sven Clausen Retslære* 65.

teressen), sætningen om, at enhver skal have et rimeligt vederlag for sin arbejdsindsats etc. Det er naturligvis umuligt blot nogenlunde udtømmende at opregne alle de forskellige hensyn eller principper, som kan komme i betragtning, allerede af den grund, at retslivet må følge med i samfundets udvikling. At tro det modsatte ville være, for at bruge *Lassens* vending⁵⁾, »det formastelige udtryk for, at formueretsvidenskaben havde nået det mål, som den stadig arbejder sig nærmere og nærmere henimod, men som den aldrig tør slå sig til ro med formentlig at have nået«.

Ingen af disse principper — dog måske med undtagelse af mala-fides-princippet — egner sig imidlertid til uden videre at blive gennemført som retsregler. Den nærmere udkrystallisering af disse grundsætninger til retsregler vil afhænge af de retstekniske hensyn, såsom muligheden af en praktisk gennemførelse af reglen, hvilket kan føre til retstekniske forskydninger, bevistekniske regler, procesbesparende hensyn, og idet heletaget hensynet til økonomiseringen med tid og arbejde.

Så længe de almindelige grundsætninger om godernes fordeling ikke indbyrdes kolliderer, opstår der ingen vanskeligheder. Det er derfor, at mala-fides-princippet uden skade kan gennemføres generelt, thi det vil kun sjældent kolliderer med de øvrige hensyn. Det er heller ikke vanskeligt at forstå dette. At en ondtroende erhverver, producent el. lign. aldrig skal kunne vinde ret på en andens bekostning, følger nemlig ganske simpelt af, at han, grundet på sin onde tro, aldrig kan nære nogen berettiget forventning om at erhverve vedkommende ret. Sikkerhedshensynet får således ingen betydning for hans vedkommende; han har tværtimod krænket en andens sikkerhed. I sjældne undtagelsestilfælde, navnlig ved kunstneriske præstationer, kan dog produktionsinteressen i forbindelse med sjælelige interesser blive så stærk, at man bortser fra den onde tro og lader producenten vinde ret, f. eks. på en stofejers bekostning, dog naturligvis kun mod at betale erstatning. Sikkerhedshensynet varetages forøvrigt her af det strafansvar, han normalt ifalder. At man under ond tro normalt tillige medtager uagtsomhed, skyldes dels hensynet til at fremme påpasseligheden overfor andres rettigheder (altså

5) *Handlinger* 321.

sikkerhedshensynet) og dels retstekniske (bevismæssige) hensyn.

Når derimod de forskellige hensyn kolliderer, rejser problemet sig om den nærmere afvejelse af disse krydsende hensyn. Det er ikke altid, denne afvejelse volder større vanskeligheder; ofte falder vægtskålen klart ned til fordel for det ene hensyn. Men står vægtforholdet nogenlunde lige, bliver afvejelsen vanskelig. Selve sikkerhedshensynet kræver naturligvis, at der træffes en afgørelse, men her tvinges man ofte til at ofre den ene interesse til fordel for den anden.

Når man taler om retsgrundsætninger eller retsprincipper, sigtes der vel i de fleste tilfælde blot til en eller anden real grund, som f. eks. sikkerhedshensynet. Ofte tager man imidlertid disse udtryk i en anden betydning, nemlig som sigtende til en positiv retsætning eller retsregel af et mere almindeligt indhold, såsom reglen eller princippet om løfters forpligtende kraft. Undertiden sigtes der endog til begge dele; berigelsesgrundsætningen turde være et eksempel. Herved kan der opstå en ikke ufarlig dualisme, som man må være opmærksom på for at undgå misforståelser. Det er derfor anbefalelsesværdigt at forsøge at gøre sig klart, om en forfatter sigter til en real grund eller til en retsregel, når han anvender udtryk som retsgrundsætning eller retsprincip. Ti som ovenfor anført, tør man ikke uden videre identificere en retsregel med den reale grund (eller grunde), som anbefaler dens gennemførelse.

Vi kan nu vende os til det oprindelige spørgsmål, nemlig om man kan tale om en rangorden indenfor de reale hensyn (retsprincipperne, ledende grundsætninger etc.), som vejledende ved afvejelsen. Det er klart, at sikkerhedshensynet er det vigtigste, og man ser det ofte også blive påberåbt som et slags overordnet retsprincip. Men beskæftiger man sig alene med fordelingen af goderne, udsiger det, som vi har set, kun, at der må foretages en sådan fordeling ved hjælp af klare enkeltregler. De mange forskellige, i forhold til sikkerhedshensynet sekundære hensyn, hvorpå der blev nævnt nogle eksempler i det foregående, som kan tilgodeses ved udarbejdelsen af disse »fordelingsregler«, må principielt betragtes som ligestillede. At give den ene fortrinnet fremfor den anden vil formentlig være helt vilkårligt. Ikke engang de retstekniske hensyn (d. v. s. de hensyn, som er bestemmende for reglens praktiske gennemførelse) kan i denne forbin-

delse anses for underordnede, da de er lige så bestemmende for den enkelte regels udformning som de øvrige hensyn. At man således ikke kan tale om en indbyrdes rangorden mellem de forskellige sekundære »praktiske« eller »reale hensyn«, »retsgrunde«, »retsgrundsætninger« eller hvad man nu vil kalde dem, betyder dog ingenlunde, at de ikke har forskellig vægt i de enkelte tilfælde, hvor de kommer i konflikt med hinanden, således at afvejelsen lettes. Men det skal åbent indrømmes, at denne afvejelse undertiden indebærer store vanskeligheder, som er desto større, jo flere hensyn, der krydser hinanden. Man må ofte forlade sig på et vist skøn. Hermed være dog ikke sagt, at dette skøn er subjektivt, da det altid må gøres afhængig af objektive praktiske grunde. Vanskelighederne, som er opstået i forbindelse med den nærmere udformning af berigelsesgrundsætningen og restitutionskravene idetheletaget, skyldes, som berørt, netop dette forhold; ti her er i modsætning til kontraktsretten og erstatningsretten, hvor det henholdsvis er grundsætningen om løfters forpligtende kraft og beskyttelseshensynet, som er det fremherskende, en lang række indbyrdes krydsende hensyn involveret. Dette forhold, som nærmere skal tages op til behandling nedenfor under II, opfordrer under alle omstændigheder til at udvise forsigtighed med at opstille generelt formede retsætninger, som det måske bagefter viser sig at være umuligt at få honoreret i praksis.

2. Når goderne først er fordelt, medfører sikkerhedshensynet som sin næste konsekvens, at der gives den enkelte borger *retsbeskyttelse* for de ham tilkommende goder, d. v. s. beskyttelse mod angreb fra de øvrige samfundsindviders side. Retsbeskyttelsen etableres ved hjælp af de forskellige retshåndhævelsesmidler, såsom straf, nødværge, erstatning, vindikation etc. i det omfang, dette er praktisk muligt og iøvrigt tilrådeligt. Retshåndhævelsesmidlerne har to funktioner, nemlig for det første søger de at skabe en almindelig *prævention*, der retter sig mod de retstridige viljer eller sindelag hos de enkelte samfundsmedlemmer og søger at forhindre, at disse forsætligt eller uagtsomt krænker den bestående retsordening, og for det andet søger de at *genoprette* de skader, som retskrænkelserne har bevirket.

Generelt betragtet, er præventionshensynet uden tvivl det vigtigste for fredens og ordenens opretholdelse i samfundet. Det varetages ved at påføre gerningsmanden en eller anden lidelse, så-

som indespærring, betaling af pengebøder etc., samt endvidere ved at træffe forskellige uskadeliggørende foranstaltninger. Ved pengebetalinger er der imidlertid også mulighed for samtidig at tilgodese genoprettelseshensynet, nemlig ved at lade betalingen komme skadelidte til gode i form af erstatning. Denne dobbelte virkning er der iøvrigt mulighed for at fremkalde ved en lang række retshåndhævelser. Medens således straf, forbud og nødværge alene har præventiv (eller afværgende) virkning, har de øvrige (privatretlige) retshåndhævelsesmidler, såsom erstatning, naturalopfyldelse, genoprettelse *in natura*, tilintetgørelse af retstridige tilstande, vindikation, samt de forskellige restitutionskrav iøvrigt, tillige en genoprettende virkning.

Det hænder imidlertid undertiden, at der sker en retsforstyrrelse, uden at man kan rette bebrejdelse mod vedkommende, som har forårsaget forstyrrelsen, således som det f. eks. er tilfældet ved godtroende forbrug af andres goder. Præventionshensynet træder i disse tilfælde tilbage, men der vil stadig kunne være anledning til at tage hensyn til genoprettelsesinteressen. Der kan da også opregnes en række former for retshåndhævelse, hvor genoprettelsessynspunktet er det enerådende, således navnlig visse tilfælde af erstatning uden culpa, visse tilfælde af genoprettelse *in natura*, tilintetgørelse af ulovlige tilstande, vindikation fra godtroende erhververe samt størstedelen af restitutionskravene iøvrigt. Retsbeskyttelseshensynet gælder således stadig også i disse tilfælde, men det har naturligvis betydelig mindre vægt end i de tilfælde, hvor tillige det præventive hensyn gør sig gældende, altså hvor retsforstyrrelsen skyldes en subjektiv dadelværdig adfærd. Det skal naturligvis ikke bestrides, at præventionshensynet kan spille en vis rolle også i de tilfælde, hvor man ikke direkte kan påvise en dadelværdig optræden, idet der kan være tale om at ramme den »skjulte« skyld. Men præventionshensynet er, som sagt, normalt uden betydning, og der vil derfor her i langt højere grad kunne være tale om at tage hensyn til »retsforstyrrelserens« interesser, såsom hensynet til produktionsinteressen, sikkerheden i omsætningen etc., m. a. o. de hensyn, som gjorde sig gældende ved *fordelingsreglerne* (ovenf. under 1.). I disse tilfælde bliver den reale afvejelse nødvendigvis betydelig mere kompliceret og vanskelig end sædvanligt, hvilket også de mange diskussioner om ordningen af netop disse forhold tydeligt bærer vidne

om. Man kunne iøvrigt med en vis ret hævde, at der her kommer noget vist »dualistisk« over selve beskyttelsehensynet, idet man her står overfor valget mellem, om man skal give den ene eller den anden af to »ligeberettigede« interesser beskyttelsen; et typisk eksempel på dette er problemet om vindikation fra godtroende erhververe.

Den traditionelle negative afgrænsning af restitutionskravene, nemlig til krav, som hverken udspringer af kontraktsforhold eller af retsbrud (culpøse handlinger), har således — mere eller mindre ubevidst — ramt en række krav, der også har noget vist positivt tilfælles. Ti i henhold til det foregående kunne man også definere dem som krav, der hviler på den del af retsbeskyttelsehensynet, der kommer til udtryk i genoprettelsessynspunktet, uden at præventionshensynet samtidigt gør sig gældende, altså hvor der ikke er tale om en subjektiv dadelværdig adfærd eller om »skjult skyld«.

3. Vi har i det foregående set, at sikkerhedshensynet førte til to hovedkonsekvenser ved den retlige ordning, nemlig dels til opstillingen af klare fordelingsregler vedrørende de goder, som der hersker knaphed på; og dels til etableringen af retsbeskyttelse for disse og de øvrige goder, som praktisk egner sig til at blive beskyttet. Foruden disse to konsekvenser fører sikkerhedshensynet til en tredje konsekvens, nemlig at *samfundets medlemmer indenfor visse grænser må hjælpe hinanden*. Dette medfører dels, at enhver efter sin evne må tilpligtes til at bidrage til de forskellige samfundsforanstaltninger, som har dette til formål (at de på samme måde må bidrage til de samfundsforanstaltninger, som opretholder roen og ordenen og selve samfundet iøvrigt, siger sig selv), og dels, at den enkelte i nødsituationer bør tilpligtes indenfor rimelige grænser at træde hjælpende til, eller ihvertfald ikke bør forhindres i at yde fornuftig hjælp. Det sidste gennemføres, dels ved at træffe foranstaltninger mod dem, der undlader at yde hjælp i nødsituationer, hvor dette kan ske uden særlig risiko, og dels, ved at indrømme erstatningskrav for opofrelser, der er foretaget for at redde andres liv eller ejendom (uanmodet forretningsførelse etc.).⁶⁾

⁶⁾ Akcepteres den foregående udvikling, vil det ses, at *Vinding Kruses* fire „retfærdighedsprincipper“ (*Retslæren* 25 f.) alle må betragtes som udslag af

B. Som et selvstændigt hensyn, der gælder ved siden af sikkerhedshensynet, kunne man måske opstille *hensynet til handlefriheden*. Denne »handlefriheden«s grundsætning, som har spillet en vis rolle ved udviklingen af den nordiske retstridighedslære, får navnlig betydning ved culpareglens udformning og ved interesseafvejningen i nødskollisioner⁷⁾, men skal iøvrigt ikke uddybes nærmere på dette sted.⁸⁾

II. *De reale hensyn bagved restitutionskravene.*

Som berørt vanskeliggøres behandlingen af restitutionskravene både teoretisk og praktisk, fordi der ved disse krav gør sig så mange indbyrdes krydsende reale hensyn gældende. Alle de ovennævnte forgreninger af sikkerhedshensynet er involveret, og man kunne næsten fristes til at ligne restitutionskravenes område med et hus, »som er kommet i splid med sig selv«.

For ikke at tabe overblikket ved den nærmere redegørelse for disse forskellige hensyn vil det formentlig være formålstjenligt såvidt muligt at sondre mellem A. de hensyn, som har relation til tablidte og B. de hensyn, som har relation til den »berigede«; i begge relationer iøvrigt uanset om hensynene taler for eller imod anerkendelsen af kravet, samt endelig C. de mere neutrale, retstekniske hensyn.

A. *Set fra tablidtes side* må den reale baggrund for restitutionskravene, som anført, først og fremmest søges i *retsbeskyttelsehensynet*.⁹⁾ Som vi så ovenfor, gjaldt retsbeskyttelsehens-

sikkerhedshensynet, dette erkendes også senere, jfr. *Retslæren* 100 f. Det samme gælder naturligvis de af *Lassen* i *Handlinger* 321 ff. opstillede grundsætninger eller principper om den formueretlige ordning, såsom princippet om lofters forpligtende kraft („tro og loves ubrodelighed“), „grundsætningen, at udbyttet af en persons opofrelser eller arbejde kommer ham selv til gode“ etc.

⁷⁾ jfr. nærmere *Ussing Erstatningsret* 20, 32 f. og 57 f. med henvisninger.

⁸⁾ Der kan henvises til *Ussing* 1. c., *Goos*: *Strafferet Alm.* Del 79 f., *Alm. Retslære* I. 191 f. *Getz*: *Juridiske afhandlinger* 1903. 51 f. *Lassen Alm.* 243 f. *Torp*: *Strafferettens alm.* Del 244 f. *Vinding Kruse Retslæren* 311 f. Om *Torps* i denne forbindelse hævdede særlige lære, se *Ussing* og *Vinding Kruse* anf. steder med henvisninger.

⁹⁾ Dette fremhæves navnlig af *Ussing Erstatningsret* 213.

synet i relation til restitutionskravene kun i afsvækket form, idet kun *genoprettelseshensynet* og ikke tillige præventionshensynet fik betydning. Ti såfremt det sidste hensyn også spiller ind, vil vi for privatrettens vedkommende med det samme være ovre i den almindelige erstatningsregel (culpareglen), hvadenten det nu drejer sig om erstatningskrav i eller udenfor kontraktsforhold.

(I). *Genoprettelseshensynet* kan rent foreløbigt siges at hvile på den betragtning, at retsordenen må, for at skaffe ro og orden i formueforholdene, give det enkelte samfundsmedlem sikkerhed for, at hans værdier ikke uden videre (»ugrundet«) overføres til en anden. Sker dette, må udgangspunktet derfor være, at tablidte kan rejse krav om at få værdien tilbageført. Hvis man analyserer, hvad der normalt forstås ved den »ugrandede berigelse«, må man sikkert erkende, at denne betragtning er det første led, som indgår i dette komplicerede begreb. Når flere forfattere ved behandlingen af restitutionskravene tager deres udgangspunkt i »retsordenens konservative princip«¹⁰⁾, hvorved menes, at »i den engang bestående formuefordeling finder ingen forandring sted uden en gyldig grund«¹¹⁾, sigtes der også først og fremmest til dette hensyn, men der hentydes yderligere til den såkaldte *statistiske formodningsregel*, hvorefter der gælder en formodning for, at den faktiske formue tilstand også er den materielt-retlige rigtige.

Dette »retsordenens konservative princip« indeholder imidlertid forskellige uklarheder, som ofte har ført til misforståelser og iøvrigt forårsaget en vis tvetydighed i udgangspunktet ved behandlingen af restitutionskravene. Denne tvetydighed viser sig, når man nærmere undersøger, hvad der forsøges udtrykt i sætningen: »I den engang bestående formuefordeling finder ingen forandring sted uden en gyldig (d. v. s. af retsordenen anerkendt) grund«. Tænker man sig f. eks., at en formueværdi har bevæget sig fra A til B, og spørger man derefter, om A kan kræve denne formueværdi (eller en ækvivalens for denne) tilbageført, træder uklarheden tydeligt frem. Hvis A påberåber sig sætningen, kan han sige til B: »Den bestående formuefordeling for overførelsen gik ud på, at værdien tilkom mig; altså må du

¹⁰⁾ *Thomle* 294.

¹¹⁾ *Lassen Handlinger* Indledning I og *Kraft* 402.

oplyse, at der var en gyldig grund til overførelsen, og hvis du ikke kan det, må jeg have ret til at kræve værdien tilbage«. Men hertil kan B med lige så stor ret svare: »Da sagen blev anlagt, gik den bestående formueordning ud på, at værdien var hos mig. Nu kræver du, at jeg skal udlevere den eller betale dig en erstatning, altså m. a. o., at der skal ske en ændring i den bestående formueordning, men dette kan ikke ske, uden at der oplyses en gyldig grund, o. s. v.«. For at gøre denne håbløse cirkel komplet, kunne man så lade A svare: »Det forhold, at du ikke kan oplyse en gyldig grund for overførelsen af værdien fra mig, giver mig en gyldig grund til at kræve den tilbage.«

Ikke alene udgangspunktet for, men vel også svaret på spørgsmålet, om A kan kræve værdien tilbageført, vil afhænge af, om det er A eller B, der kan påberåbe sig sætningen, men derom oplyser den intet. De forskellige forfattere, der anvender sætningen som udgangspunkt for deres undersøgelser af restitutionskravene, synes også, forsåvidt de overhovedet udtaler sig derom, at have divergerende meninger om dette punkt. Undertiden synes ligefrem den enkelte forfatter at svinge fra det ene standpunkt til det andet, efterhånden som hans undersøgelse skrider frem. De forskellige nordiske forfattere afgiver også eksempler herpå. Således går *Thomle* (295) klart ud fra, at det er B, som sætningen tilgodeser; der skal altså lægges vægt på den faktiske situation efter overførelsen, således at det er A, der må oplyse, at overførelsen er sket uden gyldig grund, inden et krav kan indrømmes. Det samme standpunkt indtager *Kraft* (402). Derimod synes *Lassen* (*Handlinger* Indledning XXVI) at gå ud fra det modsatte synspunkt.¹²⁾ Ingen af disse forfattere opretholder imidlertid deres standpunkt i dets renhed. Således tager *Thomle* på side 298 det modsatte udgangspunkt, når han siger:

»Ved reetablering af en »ugrundet formuesforrykkelse« oprettholdes en persons ret til at se sin formuesværdi uformindsket eller nærmere bestemt til at hindre, at en værdi uden en materielt set retfærdiggørende grund (en »*justa causa*«) endelig unddrages ham til fordel for en anden: en ellers tabt værdi må restitueres«.

På samme måde svinger *Kraft* (se navnlig s. 404) over til *Lassens* hovedstandpunkt. Hvad angår *Lassen* selv, synes flere af

¹²⁾ Han gør det ihvertfald klart i *Alm* 308.

hans udtalelser i indledningen til *Handlinger* at tyde på, at han undertiden har haft det modsatte (altså B.s) standpunkt for øje, således taler han f. eks. (XXVI) om, »at det er forskellige retsgrunde, der i de forskellige tilfælde afføde *tilbagesøgningsretten*« (udhævet af mig).

Grunden til disse afvigende udgangspunkter hos de forskellige forfattere og til, at selv den enkelte forfatter ikke gennemfører sit standpunkt konsekvent, må sikkert søges i, at man har forskellige hensyn for øje, alt eftersom man anvender sætningen på stillingen *før* eller *efter* formueforskydningen har fundet sted, altså om man anvender den til fordel for A eller B.

Anvendt på A's situation, siger sætningen: »for at formueforskydningen fra A til B kan anerkendes, skal der oplyses en gyldig grund (en *causa*) f. eks. en aftale, således, at A, hvis dette ikke sker, principielt må have krav på at få værdien tilbageført«. Sætningen er altså her et udtryk for genoprettelseshensynet.

Anvender man omvendt sætningen på B's situation, antyder den flere reale hensyn. Før det første giver den udtryk for den tanke, at hensynet til B undertiden kan medføre, at A's i og for sig berettigede krav (d. v. s. hvor der ikke kan påvises en gyldig grund for værdiforskydningen) må nægtes, fordi B i god tro har indrettet sine forhold på, at han havde ret til værdien. Dette hensyn gjorde som bekendt Ørsted¹³⁾ med styrke gældende ved *condictio indebiti*, og det udtrykkes af Lassen, når han siger¹⁴⁾: »Alene den omstændighed, at berigelsen nu engang har fundet sted, vil ofte afgive tilstrækkelig grund til at lade den blive, hvor den er«. Dette hensyn har fået udtryk i de forskellige ekstinktive regler, navnlig reglerne om hævd og forældelse. Men for det andet antyder sætningen også den ovenfor omtalte »statistiske formodningsregel«, d. v. s. en bevisbyrde-regel, som kort kan udtrykkes derhen, at da der rent faktisk gælder en formodning for, at den, som sidder inde med en værdi (besidderen af en ting, ved fast ejendom den berettigede i henhold til tingbogen, o. s. v.), også er den materielt berettigede, må det være sagsøgeren, som i første række har bevisbyrden for, at han har en »bedre« ret, jfr. herved bevisbyrde-reglen i D L

¹³⁾ Ørsted 246.

¹⁴⁾ *Handlinger* Indledning XXIV.

5—5—3. Endelig antyder sætningen vel også den såkaldte »stabiliseringsregel«, som går ud på, at besidderen af en ting eller værdi ihvertfald foreløbigt kan beholde den, selvom det oplyses under en retssag, at der er en bedre berettiget, når denne vel at mærke ikke selv er optrådt under sagen og har gjort sit krav gældende, og der iøvrigt ikke er tale om en forbrydelse.¹⁵⁾

Sætningen, at i den engang bestående formuefordeling finder ingen forandring sted uden en gyldig grund, indeholder eller antyder således vidt forskellige reale grunde, som dels tilgodeser hensynet til »tablidte« og dels til »den berigede« tilligemed flere bevis- og retstekniske hensyn (formodningsreglen og stabilitetsreglen), hvilke reale grunde det imidlertid lønner sig at holde nøje adskille.

Sætningen, at den, der ugrundet har opnået en berigelse på en andens bekostning, er pligtig at lægge denne fra sig, må formentlig, trods dens ubestemte karakter, siges at være et fremskridt i forhold til den ovennævnte. Ti her er der ingen tvivl om, at udgangspunktet tages i hensynet til A, altså tablidte, således som det er blevet formuleret ovenfor. Imod denne sætning har *Lassen* ganske vist indvendt følgende¹⁶⁾:

»Når sætningen fremhæves som værdifuld, som formentlig sigende mere end den sætning, at ingen forandring finder sted i de bestående retsforhold uden en gyldig grund, sker det ifølge en illusion; den illusion nemlig, at retsvidenskaben har nået til udtømmende at angive og tilstrækkeligt at bestemme alle de *causae*, der kunne føre til forandringer i formueforholdene.«

Dette er forsåvidt rigtigt, som det er lige så umuligt at opregne alle »*causae*«, som det er umuligt at opregne alle de reale hensyn, der kan opstå i de forskellige livsforhold. Men ikke desto mindre må udgangspunktet formentlig siges at være hensigtsmæssigt for den retlige overvejelse. Stilles man overfor et konkret problem om, hvorvidt der bør indrømmes et restitutionskrav, lettes vel overvejelsen i og for sig, når man kan stille problemet på denne måde. Som sagt, så lider sætningen ihvertfald ikke af den flertydighed, der karakteriserer *Lassens*. Hvis overførelsen således ikke retfærdiggøres af de almindeligt anerkendte grunde

¹⁵⁾ se herom nærmere *Vinding Kruse E R. I 702 f.* med noter.

¹⁶⁾ *Handlinger* Indledning XXVI.

såsom: frivillig overdragelse, ekstinktive erhvervelser af enhver art, o. s. v., eller hvis disse grunde senere måtte være bortfaldet, indeholder sætningen en formodning om, at formueværdien kan kræves tilbageført, enten i sin oprindelige form som et egentligt vindikationskrav eller, hvis dette er umuligt eller dog utilrådeligt (værdien er måske indgået i nær forbindelse med B's øvrige formue, f. eks. indføjet i en af B's ting, hvorfra det ikke uden uforholdsmæssig bekostning kan udskilles), i form af et erstatningskrav (»berigelseskrav« eller »værdikrav«). Denne formodning kan så igen afkræftes, hvis den konkrete situation frembyder momenter, der kan forsvare, at man alligevel lader værdien blive hos den berigede. Her vil der navnlig blive tale om at lægge vægt på det ovenomtalte, af Ørsted formulerede, hensyn til den berigede, der i god tro har indrettet sine forhold på, at værdien virkelig tilkom ham. Sejrer et sådant hensyn i det konkrete tilfælde, eller måske mere i almindelighed, hvad der f. eks. kan være grund til i visse grupper af *condictio indebiti*-tilfælde, således at der ligefrem kan indføres en ny almindelig (ekstinktiv) regel, er der altså opstået en ny »*causa*«.

Man kunne måske her med en vis føje angribe sætningen for at rumme en cirkelslutning, og det var sikkert også det, der lå bagved Lassens indvending. Men begrænses den, som sket er, til kun at være en formodningsregel og gives den ydermere følgende form: »overalt hvor der er sket en formueforskydning, er der formodning for, at den kan kræves tilbageført, hvis det ikke kan oplyses, at der ifølge lovgivningen, retspraksis eller forholdets natur er særlig grund til at lade den blive, hvor den nu befinder sig«, rammes sætningen formentlig ikke af denne indvending.

Skal man give det genoprettelseshensyn, som flertallet af restitutionskravene begrundes i, en almindelig formulering, kan man sikkert næppe gøre det mere præcist end denne sætning udtrykker det. Heri ses Lassen heller ikke at være principielt uenig, »ti«, som han siger¹⁷⁾, »retsordenen forholder sig ikke passiv overfor ugrundede omfordelinger af formuegoderne«.

Genoprettelseshensynet har imidlertid kun fuld betydning, hvis tablidte ikke selv er skyld i sit tab. Har han derfor forsætligt eller uagtsomt selv indføjet noget af sin ejendom i andres eller iøv-

17) *Handlinger* Indledning XXVI.

rigt foretaget opofrelser for andre, er det fuldt forståeligt, at der, såfremt ikke særlige grunde gør sig gældende, såsom en nødssituation o. lign., kun indrømmes ham en uskadelig borttagelsesret (jus tollendi). Har han samtidig voldt skade, følger det af den almindelige erstatningsregel, at han må betale erstatning. Herom er alle enige.

Hvis der derimod ikke foreligger noget misligt (navnlig forsættigt) forhold fra tablidtes side, men må formueforskydningen alligevel siges at være opstået ved *hans ensidige handlinger*, bliver spørgsmålet, hvilken betydning man skal tillægge dette forhold.

At der kommer en forskel frem, alt eftersom formueforskydningen skyldes tablidtes eller den berigedes ensidige handlinger, er ofte blevet fremhævet af de forskellige forfattere, og adskillige har endog tillagt dette moment en så stor betydning, at de har anvendt det som hovedsondringsgrundlag. Dette var, som vi så¹⁸⁾, tilfældet i herskende tysk lære. *Lassens* hovedinddeling støttede sig også på dette moment¹⁹⁾, og en lignende tendens kan spores hos *Ussing*²⁰⁾, navnlig forsåvidt angår frembringelse og tilvækst.

Momentet får naturligvis ingen synderlig betydning i *kontraktsforhold* i de sædvanlige tilfælde, hvor det drejer sig om restitutionskrav i anledning af ugyldige eller misligholdte kontrakter. Disse forhold holdes også almindeligvis udenfor og gives en selvstændig behandling. Derimod tillægges det betydning, når formueforskydningen skyldes *rent faktiske handlinger*. Vi stilles her overfor den velkendte *tredeling*: 1) tabet og berigelsen er *fremkaldt ved tablidtes handlinger*, 2) formueforskydningen *skyldes den berigedes handlinger*, og endelig 3) forskydningen *skyldes andre årsager* (tredjemands handlinger eller naturbegebenheder). 3) henføres dog ofte til 2) eller også udtales det blot kort, at berigelsen her normalt er ugrundet.

Grunden til at gøre forskel mellem 1) og 2) er ikke vanskelig at indse. Ti ved 2), hvor det er den berigede, som selv har fremkaldt forskydningen, er det klart, at denne forskydning er i overensstemmelse med hans interesser, medens dette ikke givetvis er

¹⁸⁾ se kap. 2. II med henvisninger, s. 29.

¹⁹⁾ *Lassen Alm.* 301 ff. jfr. ovenfor i kap. 4, s. 71, ligeså *Thomle* 308 ff.

²⁰⁾ se udviklingen i *Erstatningsret* 222 f.

tilfældet ved 1), hvor berigelsen er blevet påført ham. Dette fremhæves med rette af Ussing.²¹⁾ Endvidere kan der peges på, at det til en vis grad er rimeligt at lade formueforskydningen gå ud over den part, som har fremkaldt den, da enhver må være nærmest til at overskue konsekvenserne af sine handlinger og derfor også være den nærmeste til at bære eventuelle tab i den anledning. Derved øges påpasseligheden til undgåelse af uberettigede formueforskydninger.

Spørger man imidlertid, hvilken indflydelse denne reale forskel skal have, viser der sig nogen uenighed. I tysk teori og til dels også i tysk praksis²²⁾ antages det, at der ved 2) gælder en almindelig formodning for, at tablidte har krav på at få berigelsen tilbageført, hvorimod der ikke opstilles en almindelig formodning ved 1), men det udtales, at der tværtimod her må udvises forsigtighed med at indrømme berigelseskrav. Det er altså kun *muligheden for at indrømme et berigelseskrav*, som ifølge denne anskuelse skal bedømmes forskelligt i de to situationer, men *ikke selve udmålingen af kravet*.²³⁾ Derimod antog *Lassen*, at der også kom en forskel frem ved selve *udmålingen*. Som det vil erindres fra oversigten over Lassens anskuelse i kap. 4, ville han i situation 2), altså hvor berigelsen skyldes den berigedes handlinger, indrømme et egentligt *værdikrav*, fordi han fandt, at handlingen var objektivt retstridig. Dog indskrænkede han det til et berigelseskrav ved frembringelse og tilvækst samt ved uberettiget tvangsauktionering af tredjemands ting. Derimod ville han i situation 1), hvor berigelsen skyldtes tablidtes handlinger, kun give et *uskadelighedskrav*, som i princippet var snævrere end et berigelseskrav, og han begrundede opfattelsen med, at handlingen havde krænkede »princippet om personens selvstyre på eget formueområde«. Endelig vil *Cohn* (209) overhovedet ikke anerkende sondringen som relevant. Han bygger imidlertid sin kritik udelukkende på et eksempel, nemlig det tilfælde, hvor en landmand har solgt et vognlæs gode kartofler til en købmand, men hvor hans karl af en fejltagelse kommer til at aflevere dem til en

21) *Erstatningsret* 224.

22) jfr. nærmere *Planck* 1624 ff.

23) i særlige tilfælde vil dog *Ussing* 1. c. 222 gøre en forskel ved kravets udmåling.

landmand, der netop har bestilt et vognlæs frosne kartofler (altså meget billigere) til svineføde, og som i den tro, at det er dette parti, forbruger dem til opfodring af svin. Det er muligt, at dette eksempel viser usmidigheden af Lassens værdikrav (Cohn vil her indskrænke kravet til et berigelseskrav — altså til prisen på frosne kartofler) men, såvidt ses, yder det langt fra bevis for, at sondringen er irrelevant i andre tilfælde, navnlig i tilfælde af frembringelse.

På den anden side må det sikkert erkendes, at *Lassens* begrundelse for *værdikravet* med en henvisning til, at godtroende råden over andres goder uden hjemmel konstituerer et »objektivt retsbrud«²⁴), er noget formel. Ti hvad man end vil mene om den nordiske retstridighedslæres udvikling af begrebet: »objektivt retsbrud«, må det sikkert erkendes, at realiteten i det foreliggende problem ligger i, om der foreligger en subjektiv dadelværdig (culpøs) adfærd eller ej. Hvis der ikke foreligger en sådan, træder, som vi så, præventionshensynet tilbage og kun genoprettelseshensynet får betydning.

Hvis restitutionskravene rationelt skal udsøndres fra de øvrige retshåndhævelsesmidler, må dette formentlig først og fremmest foretages på dette grundlag. Opstillingen af begrebet »objektivt retsbrud«, hvorved det subjektive moment udelukkes, skete navnlig for at få visse — forholdsvis sjældne — tilfælde af nødværge og forbud med.²⁵) I disse tilfælde er der selvsagt ikke tale om, at reglerne kan have præventiv virkning, men det turde være ligeså klart, at de alligevel intet har med restitutionskravene at gøre. Det er derfor næppe heldigt at søge begrundelsen for enkelte af disse krav med en henvisning til begrebet »objektivt retsbrud«, som dels kan føre tanken hen på, at der dog foreligger en dadelværdig adfærd (noget Lassen naturligvis var fuldstæn-

²⁴) se navnlig *Handlinger* 156 ff. og *Speciel* § 145.

²⁵) I det følgende anvendes udtrykket „retstridig“ synonymt med culpøs adfærd, medens der om retstridigheds-begrebets øvrige funktion må henvises til *Ussing* „Retstridighed. Strejflys over nordisk retslære“, Københavns Universitets festskrift til kong Frederik IX (1949), *Vinding Krusø Retslæren* 277 ff. og *Ussing Erstatningsret* 78 ff. Udtrykket anvendes altså i nærværende afhandling i betydelig snævrere forstand end den alm. retstridighedslære. Dette er måske terminologisk uheldigt, men beklageligvis findes der ellers ikke nogen kort udtryksform for „culpøse handlinger“.

dig klar over ikke var tilfældet, omend han ikke altid frigjorde sig helt fra det, jfr. *Ussing Erstatningsret* (217), og dels tilslører, at der dog alligevel kan være grund til at tage hensyn til den berigede.

Det skal dog retfærdigvis indrømmes, at Lassen, som i overensstemmelse med retstridighedslæren havde bestemt retstridigheden på det foreliggende område ved en afvejelse af hensynet til retsikkerheden contra hensynet til handlefriheden, ikke udtrykkeligt betonedede præventionshensynet. I realiteten kan Lassen derfor med en vis ret siges at være i overensstemmelse med den her hævdede anskuelse: principielt kun at henregne de krav til restitutionskravenes område, der udelukkende hviler på den del af retsbeskyttelseshensynet, som kommer til udtryk i genoprettelseshensynet (restitution af forstyrrelser i formuefordelingen). Noget andet er, at visse handlinger kan være af en sådan art, at de må siges at ligge på grænsen af det culpøse. Og der kan måske i slige tilfælde være anledning til at overveje indførelsen af en smidig løsning, i lighed med den i kap. 3 nævnte amerikanske ordning, hvor der, som berørt, lagdes megen vægt på det subjektive, og hvor man i disse grænsetilfælde søgte at danne sig et samlet billede af både den tablidtes og den berigedes adfærd, og derefter lod erstatningens størrelse være afhængig heraf. Endelig kan retstekniske hensyn (bevismæssige etc.) føre til, at man må behandle godtroende og ondtroende ens i visse relationer, som f. eks. ved vindikationskrav i anledning af tyveri o. lign., D L 6—17—5.

Hvorom alting er, så må det erkendes, at der er gode reale grunde til at gøre forskel mellem 1) og 2), altså mellem de tilfælde hvor berigelsessituationen er fremkaldt af tablidte og de tilfælde, hvor det skyldes den berigedes handlinger. Men om denne forskel bør resultere i, at man i førstnævnte tilfælde bør være mere varsom med at indrømme et krav end i sidstnævnte, men iøvrigt lader kravenes udmåling være ens, eller om man bør følge *Lassens* anskuelse og beregne kravene forskelligt (henholdsvis som uskadighedskrav og værdikrav), ses hidtil kun at være sporadisk behandlet i retslitteraturen. Formentlig vil løsningen for en stor del afhænge af retstekniske hensyn.

Men selvom der således må tillægges sondringen betydning, kan der rejses forskellige indvendinger imod den, som gør det tvivl-

somt, om man skal anvende den som grundlag for hovedinddelingen af restitutionskravene. Den er for det første ikke særlig skarp. Der kan fremkomme mange tilfælde, hvor berigelsessituationen må siges lige så meget at skyldes den tablidtes som den berigedes handlinger. Til denne gruppe henhører Cohns ovennævnte (s. 95) eksempel vel nærmest. Hvor dette er tilfældet, kan det som antydnet overvejes at give en regel i lighed med den amerikanske. Man kan her se på, hvem af parterne der har udvist mest uforsigtighed, ligegyldighed, etc. Foreligger der egentlig culpa (ond tro o.s.v.), ændres naturligvis billedet, og det må normalt gå ud over den part, som har udvist en sådan. Er det den berigede, må han ordentligvis betale fuld erstatning, og er det omvendt tablidte, bør han som regel ikke kunne rejse noget krav gående udover en uskadelig borttagelsesret. I sidstnævnte situation kan der dog måske være grund til at udvise mindre strengthed, når der kun foreligger simpel uagtsomhed, således at man i slige tilfælde måske kan indrømme ham et noget videregående krav end den blotte borttagelsesret.

Dertil kommer yderligere, at sontringen i adskillige tilfælde må siges at lægge vægten på et irrelevant moment. Betragter man f. eks. det tilfælde, at en kreditor af en fejltagelse kommer til at gøre udlæg i tredjemands ting, som er hensat hos hans debitor, hvorefter genstandene bortsælges ved tvangsauktion, kan man nok sige, at det er den berigedes (rekvirentens) handlinger, som har fremkaldt berigelsessituationen. Men det ville være urigtigt at påstå, at den berigede herigennem har vist, at formueforskydningen var i overensstemmelse med hans interesser, hvilket er hovedsynspunktet for sontringen. Ti han var kun interesseret i at få fyldestgørelse for sit tilgodehavende, men ikke i, at netop disse bestemte (tredjemand tilhørende) genstande blev udlagt. Anderledes derimod måske hvis han selv køber genstandene på tvangsauktionen. Sontringen slår heller ikke til ved en bortebleven arveladers krav mod arvingerne for udlagt arv. Ti hvis handling skyldes berigelsessituationen? Er det de berigedes (arvingernes) eller tredjemands (skifteretten) eller tablidtes (arveladerens) »handling«? Dette kan vel omtvistes. Men selvom man vil tilskrive arvingerne berigelsessituationens opståen, kan man dog næppe herigennem se noget bevis for, at formueforskydningen virkelig er i overensstemmelse med deres interesser. Måske kan

det hævdes, forsåvidt arven angår rede penge, men sikkert ikke, hvis arven består i indbo el. lign.

Grundet på denne uskarphed og måske også grundet på ønskeligheden af at indføre smidige regler i de nævnte mellemtilfælde, må det derfor stærkt betvivles, om det er hensigtsmæssigt at anvende sondringen som grundlag for en hovedinddeling af restitutionskravene. Fra et systematisk synspunkt synes det også at være utilfredsstillende. Det vil nemlig bevirke, at restitutionskrav i anledning af frembringelse (og tilvækst) bliver behandlet på to forskellige steder i systemet. Som bekendt må i disse tilfælde det ejendomsretlige spørgsmål først afgøres. Hvem skal ejendomsretten til tingen tilkendes, stofejeren eller frembringeren? Først når dette spørgsmål er afgjort, kan der tages stilling til eventuelle restitutionskrav. Hvis ejendomsretten tilkendes stofejeren (dette er i sig selv en restitution), bliver frembringeren den tablidte, og vi står altså overfor et tilfælde, hvor berigelsessituationen skyldes tablidtes handlinger, og som derfor må behandles i denne hovedgruppe sammen med en række andre tilfælde, hvor berigelsen skyldes tablidtes handlinger, såsom indfrielse af andres fordringer, uægte *negotiorum gestio* etc. Blicher ejendomsretten derimod tilkendt frembringeren, står vi omvendt overfor et tilfælde, hvor berigelsen skyldes den berigedes handlinger, og som derfor må behandles i den anden hovedgruppe, men igen sammen med en række andre tilfælde, som f. eks. forbrug af andres goder.

De forskellige tilfælde af frembringelse bliver således fremstillet henholdsvis i den ene og den anden hovedgruppe sammen med en række andre temmelig uensartede tilfælde, hvilket næppe er hensigtsmæssigt, navnlig i betragtning af, at det er *afgørelsen af et helt andet spørgsmål*, nemlig spørgsmålet om, *hvem ejendomsretten skal tilkendes*, som er afgørende for, hvilken gruppe et konkret tilfælde af frembringelse skal henføres til. Berigelsessituationer i forbindelse med frembringelse må utvivlsomt fra et systematisk synspunkt *behandles under eet* i et samlet afsnit. Vil man²⁶⁾ derimod kun

²⁶⁾ en sådan tendens spores i *Ussings* fremstilling, jfr. *Erstatningsret* 222 f., dog synes han senere (s. 231) at være tilbøjelig til at give sondringen en videre anvendelse.

anvende sondringen specielt i frembringelsestilfælde, falder det systematisk uheldige ved sondringen naturligvis bort af sig selv. Måske bør man også i andre tilfælde, f. eks. ved forbrug af andres goder, tillægge sondringen betydning, uden at man derfor anvender den som hovedinddelingsgrundlag; dog må det indrømmes, at den har størst vægt netop i frembringelsestilfælde.

Det blev anført i det foregående, at genoprettelseshensynet i relation til restitutionskravene nærmest hvilede på den betragtning, at retsordenen måtte, for at skaffe ro og orden i formueforholdene, give det enkelte samfundsmedlem sikkerhed for, at hans værdier ikke uden videre («ugrundet») overføres til en anden. Det er altså formueoverførelser fra en person til en anden, som her haves for øje. Det blev endvidere fremhævet, at berigelsesgrundsætningen først og fremmest måtte tages som et udtryk for den tanke, at der er formodning for, at en formueoverførelse kan kræves omgjort, hvis der ikke kan angives en »gyldig« (d. v. s. en af retsordenen anerkendt) grund for overførelsen. Denne sætning er imidlertid kun en tom formel, sålænge man ikke nærmere har præciseret, hvad der skal forstås ved »gyldig« grund. Som ovenfor bemærket, var det ikke muligt udtømmende at angive samtlige reale grunde, der kan bevirke, at formueoverførelsen må betragtes som gyldig. For at undgå indvendingen om, at sætningen er cirkulær, måtte man indskrænke den til en formodningsregel, der dog formentlig vil være et formålstjenligt udgangspunkt for den retlige overvejelse.

Endelig må det bemærkes, at selvom overdragelsen af et gode fra A til B er gyldig mellem disse, kan det dog tænkes, at den indebærer en krænkelse af tredjemands berettigede interesser og kan således være *uberettiget i forhold til ham*. Der sigtes herved navnlig til de forskellige afkræftelsesregler, som gælder af hensyn til A's kreditorer. De fleste af dem forudsætter imidlertid ond tro hos B og falder således udenfor restitutionskravenes område, idet præventionshensynet i så fald gør sig gældende med fuld styrke, men når de undtagelsesvis ikke kræver ond tro (som f. eks. konkursl. § 28 og ægteskabsl. II § 33) henhører de naturligt til området. Genoprettelseshensynet får altså her en slags indirekte betydning, idet det ikke er ejeren selv, men hans kreditorens interesser, som tilgodeses. Derimod turde det være indlysende, at de problemer, der opstår, når A's kreditorer og omsæt-

ningserhververe eller disse persongrupper indbyrdes støder sammen i kamp om prioriteten til en af A's ting, den såkaldte prioritetsvirkning, intet har med restitutionskravene at gøre.

(II). Det genoprettelseshensyn, som ligger til grund for restitutionskrav i anledning af uberettigede formueoverførelser, er imidlertid ikke det eneste hensyn, som i relation til tablidte bærer restitutionskravene. Som vi så ovenfor s. 82 f. n., var der grund til, såvidt muligt, at gennemføre regler, som kan sikre, at *det enkelte samfundsmedlem selv høster fordelene af sin arbejdsindsats*, og at han derfor skal have et rimeligt vederlag for sine ydelser. Der er ingen tvivl om, at det ved siden af retsbeskyttelseshensynet navnlig er dette hensyn, som den almindelige berigelsesgrundsætning har for øje.

1. Anvendt på *formueoverførelser* kan dette hensyn udtrykkes derhen, at enhver ydelse må modsvares af et adækvat vederlag. Dette »*vederlagshensyn*« (»ingen ydelse uden et tilsvarende adækvat vederlag«) ligger mere eller mindre ubevidst til grund for en lang række regler indenfor formueretten. Andre hensyn, såsom hensynet til sikkerheden i omsætningen (løfters forpligtende kraft), hensynet til den berettigedes forventning etc., kan selvfølgelig modificere dette hensyn, men det er udtryk for et mål, som retsordenen rent faktisk må siges at stille imod, og som man ud fra en samfundsmæssig vurdering vel også kan være enig i, at den bør gøre.

a. I *kontraktsforhold* ligger synspunktet for det første til grund for de forskellige regler om åger, udnyttelse, maximalpriser og maximalrenter, avance- og udbyttebegrænsninger etc.²⁷⁾ Fremdeles spiller det en ikke uvæsentlig rolle ved aftalers fortolkning og udfyldning, jfr. eksempelvis købel. § 5. Endvidere forklarer synspunktet efter min opfattelse jfr. nedenf. i kap. 10, i ikke ringe grad reglerne om hæveadgangen ved misligholdte kontrakter (købel. §§ 21, 22, 39 og 40 (anteciperet mislighol-

²⁷⁾ Det kræves ofte, at der skal være et „åbenbart“ misforhold mellem ydelserne, jfr. eksempelvis aftalel. §§ 31, 36 og 37 og købel. § 6. Dette er dog ikke altid tilfældet, jfr. t. eks. lejel. § 27, hvor der blot kræves et „misforhold“ mellem ydelserne og købel. § 5 „ikke kan anses for ubillig“, se også rentel. nr. 285 af 3. juli 1942 § 1 „hvad der er rimeligt“.

delse), 41 og 42) og de deraf følgende restitutionskrav (købel. §§ 57 og 58), og er derfor egnet til her at anvendes som et selvstændigt synspunkt ved siden af den traditionelle forudsætningslære, der normalt anføres som forklaring på disse regler. Noget tilsvarende gælder stillingen ved kontrakter, som erklæres ugyldige f. eks. på grund af umyndighed (myndighedsl. § 44). Endelig må synspunktet siges at ligge til grund for de restitutionskrav, som undertiden indrømmes en kontrahent ved langvarige brugskontrakter o. lign., for forbedringer, istandsættelser etc., som han har bekostet på vedkommende ejendom, han må tilbagelevere til ejeren ved brugsforholdets ophør. Som et eksempel på slige restitutionskrav, hentet fra dansk ret, kan nævnes de *præceptive* regler om erstatning for nybygninger, tilbygninger, istandsættelser, grundforbedringer o. s. v., der tilkommer en bruger overfor ejeren i henhold til lov om *brug af huse på landet* § 7 (lov-bekg. nr. 126 af 12. april 1935).²⁸⁾

b. *Udenfor kontraktsforhold men altså stadig kun i tilfælde, hvor der er sket en formueoverførelse*, giver vederlagshensynet en yderligere forklaring på, hvorfor formueforskydninger i mangfoldige tilfælde kan kræves omgjort. Det særlige karakteristiske for restitutionskravene er jo i denne relation netop det forhold, at der er sket en overførelse af værdier, uden at der er erlagt nogen modydelse til tablidte. Derimod er det ikke begrebsmæssigt nødvendigt, at der er opstået en »berigelse« hos den, til hvem værdierne er overført. De er måske gået tabt, inden han overhovedet har fået nytte af dem, eller han har måske givet fuldt vederlag for dem. At der er opstået en »berigelse«, er således heller ikke en begrebsmæssig nødvendighed for at indrømme et restitutionskrav. Vindikationskrav mod godtroende besiddere indrømmes da også undertiden, selvom der er ydet fuldt vederlag. Dette bør fremhæves, da man ofte ser en tendens hos tilhængerne af berigelsesgrundsætningen til at gå ud fra, at selve disse kravs natur indebærer en forudsætning om, at der er opstået en »beri-

²⁸⁾ Går man udenfor privatrettens område, kan der også henvises til, at synspunktet ligger til grund for „georgisternes“ krav om konfiskation af de samfundsskabte værdistigninger på faste ejendomme og de på denne betragtning hvilende lovbestemmelser, jfr. for dansk rets vedkommende lov om grundstigningsskyld (nr. 202) 20. maj 1933.

gelse«. De holder ganske vist vindikationsretten udenfor, men formentlig ubevidst netop af denne grund.

Noget andet er, at hensynet til den, mod hvem kravet rejses, kan medføre, at man ofte bør tillægge berigelsen betydning og eventuelt i visse tilfælde lade restitutionskravet (navnlig erstatningskravet) være afhængig af, om der er indtrådt en berigelse.

Det er forsåvidt heller ikke nogen begrebsmæssig nødvendighed for indrømmelsen af et restitutionskrav, at der er lidt et tab, selvom det kun yderst sjældent vil forekomme. Det kan dog navnlig tænkes at forekomme ved uberettiget (ikke nødvendigvis culpøs) udnyttelse af andres åndsrettigheder (forfatter- og kunstnerrettigheder, patent- og mønsterrettigheder etc.), hvor det kan være rimeligt at indrømme et restitutionskrav (til afgivelse af berigelsen ved den uberettigede udnyttelse), selvom det kan godtgøres, at den berettigede ikke selv ville have udnyttet retten og derved opnået fortjenesten.

2. Tabet kan også bestå i, at en person har *opofret* nogle af sine værdier til fordel for en anden (*negotiorum gestio*-handlinger etc., hvis det er tredjemands ting, som er opofret, bedømmes forholdet ud fra et nødretsynspunkt). I disse tilfælde sker der som regel ikke nogen egentlig overførelse af formueværdier, men da handlingen dog består i en ydelse (som opofres) til fordel for en anden (som normalt derigennem opnår en besparelse) må vederlagshensynet føre til indrømmelse af et krav i det omfang, dette kan forenes med hensynet til den, til hvis fordel opofrelsen er sket (hans interesse i, at andre ikke i almindelighed blander sig i hans forhold, jfr. *Lassens* princip om personens selvstyre på eget formueområde). Som betingelser for kravet opstilles derfor som regel dels, at der må foreligge en nødssituation, og dels, at vedkommende selv er ude af stand til at varetage sine interesser, se nærmere nedenf.

Erstatningskravet grundes således tillige i den enkeltes interesse i, at andre griber ind i nødssituationer og foretager redningsaktioner, se om dette ovenfor s. 87.

3. Selvom der *ikke er sket en egentlig overførelse af værdier* eller en *opofrelse*, kan der undertiden alligevel opstå tilfælde, hvor en persons handlinger får en *gavnlig (værdiforøgende) indvirkning på en andens formuesfære*. Som eksempler kan nævnes de s. 18 f. omtalte tilfælde fra fransk retspraksis, hvor dels en

genealogs i egen interesse foretagne slægtundersøgelser hidførte, at en forbigået arving fik bevismidler ihænde, hvorved han kunne gøre sin ret gældende, og dels hvor en grundejers anlæg af en vej over sin grund også forøgede værdien af naboens grund. Princippet om, at den, som ved arbejde eller på anden vis har frembragt nye værdier, også bør være den, som nyder godt af disse, kan altså her føre til indrømmelsen af restitutionskrav, selvom der ikke er sket nogen formueoverførelse, og der iøvrigt ikke kan påvises noget egentligt tab, men kun en berigelse. I disse tilfælde er det altså en nødvendighed, at der kan påvises, at der på et eller andet tidspunkt har foreligget en *berigelse*.

Sammenfattes det foregående, kan man sige, at det er ikke nogen begrebsmæssig betingelse for restitutionskravene, at der både foreligger et tab og en berigelse, *men een af delene må nødvendigvis foreligge, for at der kan være plads for et krav*.

B. Hvad dernæst angår betimeligheden af at indrømme restitutionskrav, *set fra den »berigedes«* eller — såfremt ingen berigelse måtte være sket — fra *»retsforstyrrerens«* side, har adskillige reale grunde allerede været antydet i det foregående. Det vil sikkert være formålstjenligt først kort at betragte forholdet henholdsvis til a. den almindelige erstatningsret og b. til kontraktsretten, inden man forsøger på at udrede c. de øvrige reale hensyn, som har relation til den »berigede«.

a. *Forholdet til erstatningsretten.*

Det kan formentlig uden modsigelse straks fastslås, at der opstår et almindeligt erstatningskrav, såfremt vedkommende har gjort sig skyldig i en *retstridig handling* (culpøs adfærd). Har han ligefrem handlet forsætligt, vil han tillige ifalde strafansvar (for berigelsesforbrydelser, strfl. kap. 28 eller andre strafbare formuekrænkelser, strfl. kap. 29, undertiden kræves kun grov uagtsomhed, jfr. t. eks. strfl. § 291, stk. 3). Det civile retlige erstatningskrav dirigeres således i første række af culpareglen. Selvom denne for tiden må siges at ligge nogenlunde fast i de forskellige retssystemer, kan den dog ikke antages at have fundet sin endelige form. Den er i langsom, men fortsat udvikling, og det er vanskeligt at spå om dens sluttelige mål.

Heller ikke culpareglens teoretisk-konstruktive grundlag er, som bekendt, uden tvivlsspørgsmål. Det ligger udenfor rammerne for nærværende afhandling at tage disse problemer op til en principiel diskussion.²⁹⁾ Til brug for det foreliggende formål, at undersøge det retlige grundlag for restitutionskravene, er det formentlig tilstrækkeligt at henholde sig til den traditionelle regel, idet man i denne forbindelse kun står overfor et afgrænsningsproblem.

Berigelsesgrundsætningen er dog ved en særlig anskuelse blevet bragt ind på culpareglens område. Der sigtes herved til den af *Kohler*³⁰⁾ fremsatte lære, ifølge hvilken skadevolderen altid er pligtig at afgive den berigelse, som han har indvundet ved den skadegørende handling. Denne anskuelse må naturligvis ikke forveksles med *Lassens* udviklinger om »det objektive retsbrud«, som en godtroende besidder begår, ved at råde over andres ejendom uden hjemmel. *Kohlers* lære har kun de tilfælde for øje, hvor retsforstyrrelsen har udvist en *subjektiv* retstridig adfærd, altså handlet culpøst. Heri adskiller læren sig fra berigelsesgrundsætningen, som almindeligvis forudsætter god tro. I forhold til culpareglen kommer der også en forskel frem, idet der her ikke principielt opstilles noget krav om, at der skal være lidt et tab.

Denne anskuelse egner sig formentlig næppe til at blive gennemført i almindelighed, og den er også blevet forkastet af nordiske forfattere.³¹⁾ Derimod synes der at være god grund til at overveje indførelsen af en, af *Ussing* (*Erstatningsret* 174) foreslået, mere begrænset regel, hvorefter en persons *culpøse råden* over en andens formuegoder medfører *pligt til at afgive den derved indvundne berigelse*, uanset om der er lidt et tilsvarende tab. Reglen vil navnlig anbefale sig ved retstridig udøvelse af andres åndelige rettigheder og måske også ved krænkelser af varemærkeretten (jfr. *Hardy Andreassen* 336), fordi det her ofte vil være vanskeligt at bevise tabet. Foreløbig har kun dansk

²⁹⁾ Der må henvises til de nyeste indgående fremstillinger i nordisk retslitteratur af disse problemer, nemlig *Johs. Andenæs: Straffbar unnløstelse* (Oslo 1942) § 14 og *Ussing: Retstridighed. Strejflys over nordisk retslære*. Københavns Universitets festskrift til kong Frederik IX (Kbh. 1949).

³⁰⁾ *Handbuch des Patentrecht*, Berlin 1902.

³¹⁾ jfr. *Stang* 385 og *Øvergård* 348.

forfl. § 18 indført reglen, hvorimod den i Norge også gælder patentkrænkelser. Spørgsmålet skal iøvrigt ikke forfølges nærmere her.

Som allerede bemærket, hviler den almindelige culparegel både på et præventionshensyn (modarbejdelsen af culpøse handlinger) og et genoprettelseshensyn, medens restitutionskravene i princippet kun hviler på det sidstnævnte.

Da restitutionskravene endvidere normalt skyldes uberettigede formueoverførelser, opstår der normalt heller ikke noget *absolut tab*, rent samfundsmæssigt set, men *kun en forskydning* af værdier. Dette forhold fremhæves ofte som en særlig ejendommelighed ved restitutionskravene eller den del af disse, der betegnes som berigelseskrav. Således hedder det hos *Ussing (Erstatningsret 212)*: »Såvidt en persons tab dækkes af en andens berigelse, er der *for samfundet som helhed overhovedet ikke lidt noget tab* (udh. af forf.), men der er sket en forskydning af værdier fra den ene persons formue til den andens. Der er derfor rent abstrakt mulighed for at omgøre formueforskydningen og således udligne tabet helt eller delvis.«

Der vil derfor sikkert også være grund til at tage dette moment i betragtning ved afgrænsningen overfor den almindelige erstatningsret.

1. *Culpamomentets betydning.* At erstatningsansvaret efter den almindelige culparegel, altså hvor skaden er opstået som følge af en uforsvarlig handling, falder udenfor restitutionskravenes område siger sig selv, ti her gør præventionshensynet sig gældende i sin fulde styrke. Derimod opstår der tvivl i de tilfælde, hvor erstatningsansvaret indtræder uden culpa i henhold til et særligt grundlag, såsom ansvar for skade voldt af andre (D L 3—19—2), ansvar for »farlig bedrift« etc., ansvar for skade voldt i nødretsituationer o. s. v.

(a) Selvom ansvaret her principielt indtræder uden culpa — det såkaldte »objektive« eller »stricte« ansvar — er det dog ikke hermed givet, at præventionshensynet slet ikke gør sig gældende. Ofte lader man et objektivi ansvar indtræde af retstekniske grunde, men i virkeligheden skyldes reglen bl. a. hensynet til at ramme »skjult« skyld og idetheletaget for at forøge agtpågivenheden. Dette er således tilfældet ved de forskellige landes regler om *ansvar for skade voldt af andre* i dets forskellige forgreninger

(jfr. f. eks. for dansk rets vedkommende D L 3—19—2, sølov § 8, motorlov § 38 stk. 1, stærkstrømslov § 6, presselov § 3 etc.).³²⁾ Det samme gælder også de forskellige regler om »objektivt« ansvar for »farlig bedrift«,³³⁾ dyr etc.³⁴⁾ Dette forhold medfører formentlig, at disse regler naturligt bør behandles i erstatningsretten, så meget mere som de iøvrigt har en vis tilknytning til culpa-reglen, da flere af dennes særegne regler — som f. eks. adækvansreglen, beregningen af erstatningens størrelse, skadelidtes medvirken etc. — også gælder for disse tilfælde af ansvar uden culpa, kun modificeret af disse reglers særegne hensyn. Hvad særlig angår erstatning for andres culpa, er forbindelsen med culpa-reglen i endnu højere grad klar, da det er en betingelse, at der foreligger egentlig culpa hos den, hvis ansvar bæres af en anden.³⁵⁾

Hvad særligt angår det objektive ansvar for »farlig bedrift« etc. skal der dog knyttes nogle enkelte bemærkninger til dette ansvar, fordi præventionshensynets betydning og herunder også culpamomentets betydning på dette område volder nogen tvivl, jfr. navnlig diskussionen mellem *Ussing* og *Vinding Kruse* anf. st. Systembetegnelsen »ansvar uden culpa« er naturligvis her som andetsteds uden betydning for spørgsmålet; det anvendes t. eks. også for reglerne om ansvar for andres forseelser (D L 3—19—2), hvor det turde være givet, at præventionshensynet bl. a. momenter spiller en ikke ringe rolle.

Vinding Kruse har (T. f. R. 1915. 273 f.) i denne forbindelse opstillet en sondring mellem I. handlinger, som i sig selv, isoleret set, bliver modvirket af retsordenen, de er m. a. o. *retstridige* og kan forbydes og II. de handlinger, som retsordenen nok erklærer retmæssige, men hvis *spirer til skade* — handlingernes *skadelige følger* — retsordenen søger at modvirke ved at idømme er-

³²⁾ jfr. *Ussing Erstatningsret* 90 ff. med henvisninger til kontinental ret, for engelsk rets vedkommende kan henvises til *Winfield* 115 jfr. endvidere *Vinding Kruse Retslæren* 398 ff., jfr. samme forf. i T.f.R. 1915. 280 f.

³³⁾ jfr. *Ussing Erstatningsret* 115 ff. og *Ussing Skyld og Skade* 118 ff. navnlig 133 f., samt *Vinding Kruse* i T.f.R. 1915. 265 ff. og *Retslæren* 398 ff., om nyere strømninger i fremmed ret kan der henvises til *A. V. Lundstedt: Grundlinjer i Skadeståndrätten*. II. 1 (1944) 30 ff.

³⁴⁾ jfr. *Ussing Skyld og Skade* 214.

³⁵⁾ *Ussing Skyld og Skade* 5.

statning. Denne sondring har fundet tilslutning hos *Ussing*, omend han ikke finder den helt afklaret, jfr. hertil hans bemærkninger i *Erstatningsret* 125 f. På basis af Vinding Kruse og Ussings udviklinger anf. st. kan man formentlig fremstille sondringen på følgende måde:

Betragter man en bestemt kategori af handlinger, f. eks. automobilkørsel, kan man sige, at samtlige handlinger indenfor området indebærer faremuligheder, men faremuligheden eller fareevnen kan være højst forskellig, alt efter den agtpågivenhed vedkommende bilfører udviser.

Er den udviste agtpågivenhed i den konkrete situation mindre end den, en god og forstandig mand (en »bonus pater«) ville udvise i den samme situation, er handlingen normalt retstridig (culpøs), og vedkommende bliver ansvarlig efter culpaeglen for den ved handlingen eventuelt forvoldte skade. Handlingen falder m. a. o. ind under den ovenanførte kategori I, og man kunne for kortheds skyld betegne handlingen som havende *konkret skadeevne*.

Men selvom vedkommende handlinger — in casu automobilkørsel — udføres med al den agtpågivenhed, man kan forlange i den konkrete situation, viser erfaringen, at der ikke desto mindre kan opstå skader. Handlingerne indebærer altså stadig en vis faremulighed — eller »spirer til skade«. Disse handlinger henhører således til den ovenanførte kategori II, og man kunne igen for kortheds skyld betegne handlingerne som havende *abstrakt fareevne*, hvorved altså menes den sandsynlighed for at volde skade, som en bestemt kategori af handlinger indebærer, til trods for at de udføres med al den agtpågivenhed, en god og forstandig mand med kendskab til det pågældende livsområde ville udvise. En handling abstrakte fareevne anvendes ikke i første række til at konstatere ansvar — culpa — i det konkrete tilfælde, men derimod til den interesseafvejning (mellem faren og nytten), som normalt er afgørende for, om vedkommende handlingsområde overhovedet kan anses for retmæssigt.

Medfører en bestemt kategori af handlinger kun en ringe abstrakt fareevne, må vedkommende handlinger anses for retmæssige. I de konkrete tilfælde er de naturligvis uretmæssige, hvis de foretages uforsvarligt. Overstiger et handlingsområdes abstrakte fareevne derimod en vis grænse, må de omvendt i almin-

delighed erklæres for retstridige og generelt forbydes, sml. herved *Ussing Erstatningsret* 32.

Men selvom et handlingsområdets abstrakte fareevne er så lav, at vedk. handlinger må erklæres for retmæssige — de kan således ikke mødes med forbud — er det dog ikke dermed givet, at de ikke bør medføre erstatningspligt, når der undtagelsesvis indtræffer en skade (som er et udslag af den abstrakte fareevne). At man ikke kan pålægge erstatningspligt i almindelighed er klart, men på særlige livsområder kan det være på sin plads. Hvor dette er tilfældet, finder vi området for det »objektive« *ansvar*, hvilket altså vil sige *ansvar for de skader, som er udslag af vedkommende handlingskategoris abstrakte fareevne*.

Det legislative problem, på hvilke livsområder der bør indføres objektivi ansvar er selvsagt vanskeligt, men dette berører ikke det foreliggende spørgsmål om den præventive betydning af slige regler.³⁶⁾ At den præventive virkning imidlertid ikke er ringe, hvilket igen medfører, at disse regler naturligt må holdes udenfor restitutionskravenes område og behandles i den almindelige erstatningsret, må formentlig erkendes på basis af den foregående udvikling. Ti for det første er sontringen mellem den konkrete og abstrakte fareevne (I og II) langt fra altid skarp i praksis og på særlige — navnlig moderne industrielle — områder vil der tillige ofte være bevismæssige vanskeligheder, hvorfor det ligefrem kan blive retsteknisk nødvendigt at behandle I og II ens, hvis man ikke anser en omvendt bevisbyrde i lighed med motorlovens for tilstrækkelig. Men i samme omfang man må opgive at sondre mellem I og II, bliver det klart, at erstatnings-

³⁶⁾ Der må henvises til Ussing og Vinding Kruse anf. st. med yderligere henvisninger. Ussing angiver *de lege ferenda* området til *ekstraordinære handlinger, som indebærer en særegen (særpræget) fare*. Afgrænsningsproblemet vil formentlig volde praksis en del vanskeligheder, og under hensyn hertil må man måske i første omgang overlade det til lovgivningsmagten at indfore ansvaret i de grupper af tilfælde, hvor trangen føles stærkest, således som det er sket i dansk ret, f. eks. ved lov om erstatningsansvar ved jernbanedrift 117 af 11. marts 1921, luftfartsloven af 1923 (lovbkg. af 6. aug. 1937), lov om vands afledning og afbenyttelse nr. 63 af 28. maj 1880 m. fl. Da forsikringsmæssige synspunkter spiller en ikke ringe rolle ved overvejelserne angående pålæggelse af objektivi ansvar, må man sikkert også lægge vægt på, om det er muligt at tegne forsikring mod den abstrakte fareevne indenfor det pågældende livsområde, og ydermere, om det er rimeligt at pålægge vedkommende forsikringsbyrden.

ansvaret på *hele* området i første række er baseret på præventionshensynet. Men rent bortset herfra, tør det formentlig antages, at ansvar for et handlingsområdes abstrakte skadeevne vil bevirke, at driftsherrerne vil øge påpasseligheden og anstrenge sig for at nedsætte skadernes hyppighed indtil det punkt, hvor ansvarsbyrden bliver »billigere« end udgifterne til de forøgede sikkerhedsforanstaltninger. Erstatningsansvaret får således også her præventiv betydning, idet selve den abstrakte skadeevne nedsættes.

(b) Hvad derimod angår *de øvrige regler om ansvar uden culpa*, sindsyges ansvar, erstatning i nødretstilfælde, erstatningsansvar for varige ulemper i naboforhold, må det indrømmes, at præventionshensynet her kun spiller en mindre betydelig rolle og undertiden slet ingen. Traditionelt behandles de i erstatningsretten, men det er naturligvis ingen borgen for, at de systematisk og konstruktivt bør holdes udenfor restitutionskravernes område. Det afgørende må i så henseende være, om de retshensyn, der ligger til grund for disse ansvarsregler, giver dem en så nær tilknytning til culpareglen, at de naturligt må siges at henhøre til den almindelige erstatningsret.

Hvad først angår reglerne om *sindsyges ansvar* (myndighedsl. § 64), må det formentlig siges, at der foreligger den fornødne tilknytning til culpareglen. Ganske vist kræves der ikke noget subjektivt dadelværdigt som betingelse for ansvarets indtræden, men bortset herfra gælder culpareglens objektive betingelser fuldt ud, nemlig at der må være sket en forvoldelse af adækvat skade ved en uforsvarlig handling på et gode, som værnes ved erstatningsreglerne. Erstatningsansvaret yder dog også en vis præventiv beskyttelse, idet det opfordrer den sindsyges nærmeste — slægtninge, arvinger — til at træffe passende forholdsregler for at forhindre den sindsyge i at ofretage skadegørende handlinger, da de nærmeste normalt er interesseret i, at den sindsyges formue ikke formindskes. Man kan derfor sige, at præventionshensynet også i disse tilfælde har betydelig — omend indirekte — vægt. Iøvrigt må der henvises til *Borum* 150 ff.

Hvad endelig angår reglerne om *erstatning i nødretstilfælde*, erstatningsansvaret for *varige ulemper i naboforhold*, og her kan tillige medtages erstatning for *ekspropriation*, har disse indbyrdes adskillige lighedspunkter. Groft taget, kan man sige, at der

i disse tilfælde er tale om *en konkret interessekollision*, som i større eller mindre grad er fremkaldt ved en *nødsituation* — størst i nødretstilfælde, mindre i ekspropriationstilfælde og mindst ved varige ulemper i naboforhold. Til trods for at der her normalt er tale om *forsætlige indgreb*, bevirker den konkrete interessekollision, at disse indgreb, grundet på den overvejende interesse i forbindelse med situationens større eller mindre karakter af at være en nødsituation, anses for *retmæssige*, idet der dog skal *ydes erstatning*.³⁷⁾

Hvad specielt angår *varige ulemper i naboforhold*, må det dog bemærkes, at der her ikke altid er tale om forsætlige indgreb, idet grundejeren ikke altid har kunnet forudse, at hans virksomhed ville skabe ulemper for naboerne. Alligevel antages det i almindelighed, at der skal ydes erstatning også i slige tilfælde. Dette erstatningsansvar indtræder altså uden culpa (i de andre tilfælde var der tale om forsætlige omend retmæssige indgreb).³⁸⁾ Præventionshensynet får derfor ingen større betydning i disse tilfælde, således, at kravet i første række kan siges at hvile på genoprettelseshensynet. Der er m. a. o. tale om et rent restitutionskrav. Det samme gælder naturligvis også et eventuelt krav om fuldstændigt ophør af den forulempede virksomhed.

Hvad angår erstatningskrav i anledning af *nødretsindgreb* er disse iøvrigt nær beslægtede med *uanmodet forretningsførelse (negotiorum gestio-handlinger)*.³⁹⁾ Her foreligger der også en slags interessekollision, men med modsat fortegn; betingelsen for retmæssigheden af indgrebet og erstatningskravet er dog fremdeles, at der foreligger en nødsituation. Forskellen mellem nødretsindgreb og uanmodet forretningsførelse kan kort angives derhen, at ved nødretsindgreb opofrer man en andens goder for at bevare egne eller tredjemands (større) goder, medens man ved uanmodet forretningsførelse opofrer egne goder for at bevare en andens (større) goder. Et nødretsindgreb til fordel for tredjemand er iøvrigt en blanding af begge dele; i forhold til den, mod hvem indgrebet foretages, er det et nødretsindgreb, medens det

³⁷⁾ jfr. herved *Ussing Erstatningsret* 105 ff. med henvisninger.

³⁸⁾ jfr. herved nærmere *Ussing Erstatningsret* 108 ff. og *Vinding Kruse E R I* 347 ff.

³⁹⁾ jfr. herved *Ussing Skyld og Skade* 148.

er uanmodet forretningsførelse i forhold til den tredjemand, til hvis fordel indgrebet foretages. Et rent tilfælde, hvor der foreligger nødret og ikke samtidig uanmodet forretningsførelse er, hvor man ofrer andres mindre goder for at redde sit eget større gode.

Der hersker almindelig enighed om, at den erstatning, der skal ydes i henhold til disse regler, skal beregnes på *sædvanlig måde*, d. v. s. erstatningen skal omfatte hele tabet. Der er således navnlig ikke tale om at indskrænke kravet til berigelsen eller lade det være afhængigt af, om indgrebet fører til et gunstigt resultat for den, til hvis fordel indgrebet foretages.⁴⁰⁾

Disse forskellige forhold stiller kravene i en *særklasse*, som giver al mulig grund til at underkaste dem en særskilt behandling.

Hvad specielt angår erstatningskrav i anledning af *ekspropriation*, hviler disse på særlige statsretlige overvejelser, der medfører, at de formentlig retteligst bør udgå til særlig behandling i statsretten.

Hvad kravene i anledning af *nødretsindgreb*, *uanmodet forretningsførelse* og *varige ulemper i naboforhold* angår, kan det omtvistes, om disse systematisk og konstruktivt bør behandles i den almindelige erstatningsret eller under læren om restitutionskravene, eller, om de måske bør behandles helt separat. Det sidste er dog næppe anbefalelsesværdigt til trods for deres specielle karakter; men om man skal anbringe dem i erstatningsretten eller under læren om restitutionskravene, er vel nærmest en smagsag, da de formentlig må siges at have lige stor tilknytning til begge retsområder. Forbindelsen med restitutionskravene må dog siges at være så nær, at man næppe kan undgå at tage dem med, hvis man vil give et fuldstændigt billede af dette retsområde. Der skal derfor i det følgende fremsættes nogle almindelige bemærkninger om den reale baggrund for disse krav.

Kravene kan, bortset fra nedenfor i naboforhold, karakteriseres ved, at de opstår i anledning af *opofrelser* af værdier for at bevare andre — større — værdier. Disse opofrelser vil normalt ikke tilføre den anden part nogen »merværdi« men kun en besparelse (man kan her tale om »negative« berigelser i modsæt-

⁴⁰⁾ jfr. *Ussing Enkelte Kontrakter* 424.

ning til de »positive« -- værdiforøgende — se nedenf. s. 117). Det, der sker, er, at en persons ting står i fare for at ødelægges eller forringes, men dette forhindres ved, at nogle af en anden persons (mindre) værdier opofres. Opofrelsen kan naturligvis også bestå i, at den anden ofrer noget af sin arbejdskraft for at redde den truede værdi. Forsåvidt angår ulemper i naboforhold passer de anførte betragtninger dog kun i de tilfælde, hvor ulempen fortsat tillades mod erstatning, men ikke hvor virksomheden forbydes.

Det reddede gode får således normalt ingen forøget værdi ved redningsaktionen; den forhindres kun i at miste sin værdi.⁴¹⁾ Rent undtagelsesvis kan der naturligvis opstå en positiv berigelse, således kan det tænkes, at en *negotiorum gestio*-handling foruden at redde det truede gode tillige bibringer det en værdiforøgelse; og ganske det samme kan selvfølgelig tænkes ved nødretshandlinger. Er dette tilfældet, er der altså sket en egentlig overførelse af værdier, men det er som sagt kun i sjældne undtagelsestilfælde. Derimod kan man oftere tale om, at der er opstået en positiv berigelse ved varige ulemper i naboforhold. Det, der her sker, er vel normalt, at det forhold, at den forulempende virksomhed tillades, betyder en værdiforøgelse af vedkommende ejendom, hvor virksomheden udøves. Samtidigt sker der en værdiforringelse af de naboejendomme, som generes af virksomheden; men denne værdiforringelse behøver naturligvis ikke at være et korrelat til berigelsen. Ti der er jo her ikke tale om nogen egentlig overførelse af værdier. Området er iøvrigt nær beslægtet med de almindelige former for nødretsindgreb. Ti også ved ulemper i naboforhold ofrer man en andens (naboens) mindre gode (fred for ulemper) for at frelse sine egne (større) goder (f. eks. en samfundsnyttig virksomhed). Betingelsen må også her siges at være en nødsituation, ti ellers måtte virksomheden forbydes, men denne behøver ikke at være så »akut« som ved de almindelige nødretstilfælde. Ligesom nødretsindgrebene modsvarede af uanmodet forretningsførelse, således har også erstatningsansvaret for varige ulemper i naboforhold sit modstykke. Der sigtes til de ovennævnte tilfælde, hvor en ejers foranstaltninger på sin egen ejendom tillige har en *værdiforøgende* indflydelse på na-

⁴¹⁾ Hvilket *Lassen* vist i nogen grad har overset i sin udvikling i *Alm* 308.

boernes ejendomme. Her er der heller ikke tale om nogen værdisoverførelse, men om fremkaldelse af en berigelse ved hjælp af en »refleks-virkning«.

Det hensyn, som i første række ligger bagved disse krav, er naturligvis hensynet til bevarelsen af værdierne eller, som det blev formuleret ovenfor, den enkeltes interesse i, at andre griber ind i nødssituationer og foretager rimelige foranstaltninger for at bevare nødstedte værdier. Betingelsen må dog være, at vedkommende ikke selv er tilstede og kan varetage sine interesser. Dette hensyn fører naturlig til, dels at tillade opofrelsen af mindre værdier for at redde større, selvom redningsaktionen medfører et indgreb i andres rettighedssfære, enten i form af nødretshandlinger eller uanmodet forretningsførelse, og dels at vedkommende får ret til et vederlag for sine opofrelser (vederlagsgrundsætningen).

Ved uanmodet forretningsførelse går man ud fra den formodning, at den fraværende ejer selv ville have foretaget en tilsvarende opofrelse; en formodning, der i den grad må siges at stemme med de faktiske livsforhold, at man uden større fare for retsikkerheden kan se bort fra individuelle anbringender om, at vedkommende ikke selv ville have foretaget opofrelserne. Den enkeltes gennemsnitsinteresse i, at andre yder hjælp i nødsituationer, når vedkommende selv er ude af stand til at varetage sine interesser, må iøvrigt siges at være så stærk, at man må indrømme et krav, selvom den konkrete behandling undtagelsesvis ikke fører til et gunstigt resultat. Ti hvis den modsatte regel blev gennemført, ville det afholde folk fra i almindelighed at yde hjælp. Da den enkelte principielt må bestemme, hvorledes der skal forholdes med hans anliggender, kan man imidlertid kun tillade uanmodet forretningsførelse i det omfang, denne er foreneligt med dette hensyn. Afvejelsen af disse to hensyn, nemlig på den ene side den enkeltes interesse i, at andre yder hjælp, og på den anden side samme interesse i at være fritaget for utidig indblanden i sine affærer (*Lassens* princip om personens selvstyre på eget formueområde), har, som bekendt, ført de forskellige retsamfund til at opstille en række betingelser, der må være opfyldt, førend der kan indrømmes et krav for uanmodet forretningsførelse, og for at selve handlingen kan anses for retmæssig (altså ikke erstatningspådragende for eventuel skade

voldt på den anden persons ejendom, til fordel for hvilken hjælpen ydes). Disse betingelser⁴²⁾ kan kort gengives således: 1) den, hvis interesser, der er spørgsmål om at varetage (forretningsherren), må selv være forhindret (fraværende etc.), 2) der må være fare for, at forretningsherrens interesser vil lide skade, hvis ikke andre (forretningsføreren) griber ind, og endelig 3) foranstaltningerne må være rimelige, d. v. s. de må være fornuftige og navnlig i bekostning ikke stå i misforhold til det gode, man søger at redde. Det kan diskuteres, om man ikke bør slække noget på disse betingelser, navnlig på 2), men dette skal ikke forfølges nærmere på nærværende sted. De nævnte betingelser behøver ikke objektivt at være tilstede, det må være tilstrækkeligt, at situationen for en fornuftig mand (*bonus-pater-skön*) i den handelendes sted ville have taget sig ud, som om betingelserne var opfyldte.⁴³⁾ Foretager derimod en person *negotiorum gestio*-handlinger, som både objektivt og subjektivt går udover disse betingelser, kan han ikke kræve erstatning, men må tværtimod betale en sådan, hvis hans handlinger har voldt skade på den andens ejendom. Ti i så fald har han ikke krav på noget hensyn, idet han her uden grund forsætligt har blandet sig i andres affærer, og der kan derfor højst være tale om at indrømme en uskadelig borttagelsesret (*jus tollendi*).

Er derimod en person *uforvarende* kommet til at foretage opofrelser til fordel for andre personers ting eller forbedringer på disse ting i den tro, at tingene tilhørte ham selv (uægte *negotiorum gestio*, frembringelse og tilvækst), står vi overfor et helt andet problem, hvor som oftest helt andre reale hensyn gør sig gældende. Her vil der navnlig være tale om at tilgodese hensynet til produktionsinteressen, frembringerens gode tro, det forhold, at besidderen har indrettet sig på at have tingen m. v. Det vil derfor sikkert være mest hensigtsmæssigt, at holde overvejelserne vedrørende disse tilfælde ude fra tilfælde af uanmodet forretningsførelse. Når *Lassen*⁴⁴⁾, i sin udvikling af *uskadelighedskravet*, taler om »retsgrundsætningen om godtgørelse for formue-

⁴²⁾ jfr. herved gennemgangen af de forskellige retssystemers regler i kap. 1—3, se også *Ussing Enkelte Kontrakter* 419 ff.

⁴³⁾ se *Ussing* l. c. 423.

⁴⁴⁾ *Lassen Alm* 307 ff. (§34).

opførelser« contra »princippet om personens selvstyre på eget formueområde«, har han imidlertid begge tilfældegrupper for øje. Dette er dog efter det anførte en noget farlig sammenblanding eller snarere generalisering af yderst forskellige reale hensyn, og det kan heller ikke nægtes, at det har givet hans udvikling af uskadlighedskravet en vis skævhed.

2. *Berigelsens betydning.* Når restitutionskravenes område afgrænses på den traditionelle måde som krav, der hverken udspringer af aftaler eller af retsbrud (d. v. s. i kraft af den almindelige culperegulering eller dermed beslægtede regler), har man, som ovenfor nævnt, anerkendt adskillige restitutionskrav, selvom der ikke er indtruffet nogen berigelse (f. eks. krav opstået i anledning af uanmodet forretningsførelse, som er mislykket etc.).

Det må imidlertid erkendes, at der ved flertallet af restitutionskravene kan påvises en opstået berigelse hos den, mod hvem kravet rejses. Det er derfor naturligt, at man i dette forhold har set en afgørende forskel fra erstatningsretten, hvor der kun indtræffer en skade (lides et tab), men hvor der ikke samtidigt sker en berigelse. Denne forskel synes velegnet til at udsondre størstedelen af restitutionskravene efter et positivt kriterium (i modsætning til det lige nævnte negative) og systematisk anbringe dem under en fælles betegnelse, sædvanligvis »berigelseskrav« eller »berigelsesgrundsætningen«. Betragtningen er altså den, at medens der ved skadegørende handlinger, for hvilke der svares skadeserstatning efter culpereguleringen, er sket, ihvertfald set fra et samfundsmæssigt synspunkt, en *absolut skade*, medens der i berigelsessituationer kun er sket en (uberrettiget) *formueoverførelse* fra en person til en anden, som blot skal omgøres i henhold til berigelsesgrundsætningen.

Denne betragtning kan dog ikke akcepteres uden videre. Det er ganske vist rigtigt, at tilstanden før en skadegørende handling normalt ikke kan genoprettes i sin oprindelige form. Er der sket en ildspåsættelse, hvorved et hus er nedbrændt, er der, absolut set, forvoldt et samfundsmæssigt tab, som ikke kan bringes ud af verden. Derimod kan skaden, set fra den skadelidtes side, normalt genoprettes, for så vidt den er af ren økonomisk art. De sjælelige skader derimod kan aldrig genoprettes, men kun mildnes ved en erstatning. Ti selv den største erstatning kan aldrig gøre en injurie usagt. Det samme gælder også ofte legemlige skader.

Det er imidlertid ikke altid givet, at der ved en culpøs handling forårsages et, fra et samfundsmæssigt synspunkt set, uopretteligt tab. Ofte består den culpøse handling i foretagelsen af en *retstridig formueforskydning*; man behøver i denne forbindelse blot at tænke på de forskellige berigelsesforbrydelser, hvor der ikke er sket noget forbrug af den tilvendte genstand. Den forurettede vil sædvanligvis her have valget mellem at vindicere den fra-vendte genstand eller at kræve erstatning. Dette må ihvertfald antages efter dansk ret, idet erstatningskravet efter culpapreglen her ikke kan anses for at være subsidiært i forhold til vindikationskravet, og, om den forurettede vælger det ene eller det andet alternativ, vil derfor kun være et hensigtsmæssighedsspørgsmål. Et tilsvarende alternativ må gælde, hvor den uberettigede formueforskydning ikke skyldes en strafbar, men dog en culpøs adfærd.

Anderledes derimod hvis der rejses krav mod en godtroende besidder af andres ejendom (f. eks. stjålet gods). Her må besidderen kunne frigøre sig fra ethvert krav ved at levere tingene tilbage til ejeren, selvom denne foretrækker at forlange erstatning. I denne relation er der således god mening i at kalde erstatningskravet *subsidiært* i forhold til vindikationskravet.⁴⁵⁾ Men iøvrigt må det bemærkes, at dette vindikationskrav mod godtroende besiddere af andres ting (eller mod indehavere af andres rettigheder) naturligt må henføres til restitutionskravenes område, idet kun genoprettelseshensynet og ikke tillige præventionshensynet⁴⁶⁾ gør sig gældende i disse tilfælde.

Betragtningen må også siges at halte noget ved *opofrelser*, hvadenten dette er sket som »ægte« eller »uægte« *negotiorum gestio* etc., ti her sker der jo et absolut tab og ikke blot en formueforskydning. Opofrelsen betyder normalt en besparelse for den, til hvis fordel opofrelsen blev foretaget, men denne besparelse anses af de fleste som en berigelse, hvis han spares for en nødvendig udgift. Denne form for berigelse kan passende betegnes som »negativ«⁴⁷⁾ i modsætning til de »positive«, hvor der er

⁴⁵⁾ Men som vi så ovenf. i kap. 2, anvendte de romanistiske retsforfatninger ordet „subsidiær“ i en meget videre betydning.

⁴⁶⁾ Naturligvis må man dog her have opmærksomheden henvendt på „skjult“ skyld.

⁴⁷⁾ jfr. *Ussing Erstatningsret* 231.

opstået en egentlig merværdi (formueforøgelse) hos den berigede. Hvis man ønsker at bringe denne sondring i overensstemmelse med den ovennævnte, om der, samfundsmæssigt set, er sket et absolut tab eller ej, må den berigelse, som består i, at vedkommende (den berigede) frigøres for en forpligtelse (eller at hans ejendele befries for behæftelser), henregnes til de »positive«⁴⁸⁾, ti her sker der intet samfundsmæssigt tab. Sondringen bliver herved også parallel med den anden sondring, om der er sket en formueoverførelse eller ej. Man kan således opstille tre parallelle sondringer:

- (1) *Formueoverførelser* contra *formueopofrelser*.
- (2) *Intet samfundsmæssigt tab* contra *samfundsmæssigt tab*.
- (3) *Positive berigelser* contra *negative berigelser*.

Dog må det bemærkes, at ikke enhver formueoverførelse eller opofrelse resulterer i en berigelse, således f. eks. hvor kravet rejses mod en besidder, som har betalt fuld pris for en vindicabel ting (formueoverførelsestilfælde) eller hvor en *negotiorum gestio*-handling mislykkes (opofrelsestilfælde).

Omvendt er ikke enhver berigelse en følge af enten en formueoverførelse eller en opofrelse; der tænkes herved på den gruppe af tilfælde, hvor A.s handlinger ved en »*refleksvirkning*« får B.s (f. eks. naboens) ejendom til at stige i værdi. Her er der intet samfundsmæssigt tab, heller ikke nogen egentlig overførelse af værdier men kun en (positiv) berigelse.

At betragtningen om, at der ved berigelseskrav (restitutionskrav) ikke er sket et egentligt samfundsmæssigt tab, men kun en værdiforskydning, således må tages med de ovennævnte modificationer og reservationer, forhindrer den dog ingenlunde i at være et meget vigtigt moment ved den reale bedømmelse af restitutionskravene, idet indrømmelse af et krav naturligvis er mindre betænkeligt, når det kan gennemføres, uden at den, imod hvem det rejses, lider et tab, men kun berøves en gevinst (berigelsen). Men, som bemærket, foreligger momentet altså langtfra ved alle restitutionskrav, og betragtningen har selvsagt kun betydning, når det foreligger.

Betragtningen ser forøvrigt »vederlagshensynet« fra den modsatte side. Ovenfor så vi dette hensyn fra tablidtes side; han

⁴⁸⁾ modsat *Ussing* l. c.

havde mistet en værdi uden at få noget vederlag. Her ser vi den fra den berigedes side; han har fået en værdi uden at yde noget vederlag. Det kan derfor formentligt siges, at det er vederlags-hensynet, som til syvende og sidst ligger til grund for de ovennævnte betragtninger.

Selve hovedbetragtningen har ført videre til den antagelse, at kravet må bortfalde, når berigelsen ikke længere er tilstede hos den berigede. Om denne antagelse kan holde, altså om man bør opstille en regel, hvorefter kravet udelukkes ved berigelsens bortfald, afhænger tillige af bedømmelsen af en række andre momenter. Der vil navnlig blive tale om at lægge vægt på de nærmere omstændigheder ved berigelsens bortfald, om dette er sket ved hændelig undergang, uproduktiv tilintetgørelse, forbrug, bortgivelse eller dereliktion o. s. v., ligesom forskellige bevismæssige og andre retstekniske faktorer, navnlig hensynet til sikkerhed og klarhed, vil spille ind.

Men selvom berigelsen stadig findes i behold hos den berigede, således at en gennemførelse af kravet ikke betyder noget egentligt tab, bevirker dog dets gennemførelse, at der sker en *omflytning* af den berigedes værdier, som han, når berigelsessituationen ikke skyldes hans egne ensidige handlinger, i almindelighed ikke kan formodes at være tjent med. Som bemærket i det foregående førte dette hensyn (princippet om personens selvstyre på eget formueområde) *Lassen*⁴⁹⁾ til kun i disse tilfælde at indrømme et uskadetlighedskrav, ti ellers ville den enkelte komme under et »dommerværgemål«, nemlig hvis det skulle overlades til domstolene at skønne over, om omflytningen virkelig var i den »berigedes« interesse (altså om der var indtrådt en berigelse) og lade kravets udmåling være afhængigt heraf. Som fremhævet af *Us-sing*⁵⁰⁾, er dette formentlig en overdrivelse af hensynet til den berigede, ti disse berigelsessituationer er dog forholdsvis sjældne, således at den enkelte kun undtagelsesvis vil risikere en sådan påtvunget omflytning af sine værdier. Derimod har »selvstyre-princippet« naturligtvis sin fulde styrke i de tilfælde, hvor den handlende bevidst har foretaget handlingen på fremmed formue-retsområde, altså hvor der er tale om uanmodet forretningsførel-

⁴⁹⁾ jfr. herved den nærmere udvikling i *Lassen Alm* 311 ff.

⁵⁰⁾ *Erstatningsret* 219.

se og beslægtede tilfælde,⁵¹⁾ ti her kan der kun anerkendes et krav, hvis handlingen er (eller dog har til hensigt at være) i overensstemmelse med den berigedes interesser.

b. *Restitutionskravenes forhold til kontraktsretten.*

Ligesom det ovenfor blev hævdet, at culpamomentets tilstedeværelse eller ikke-tilstedeværelse var den vigtigste skillelinje mellem den almindelige erstatningsret og restitutionskravene, på samme måde kan det her fastslås, at *løftet eller viljeserklæringen er det afgørende moment, som adskiller restitutionskravenes område fra kontraktsretten*. Begge dele følger for så vidt allerede af den traditionelle negative definition på restitutionskravene. Denne negative definition har imidlertid som alle andre definitioner kun værdi, hvis den hviler på et realitetsgrundlag. Dette må den formentlig siges at gøre, ti hvad man end vil mene om de forskellige restitutionskravs indbyrdes sammenhæng, så har det dog værdi at holde dem ude fra henholdsvis den almindelige erstatningsret og kontraktsretten, idet disse sidste hver for sig repræsenterer anerkendte og velopdyrkede retsområder, hvis grundprincipper ligger så nogenlunde fast, omend udformningen af enkelthederne stadig kan give anledning til divergerende meninger. Ihvertfald må det hævdes, at ved flertallet af de almindelig anerkendte restitutionskrav mangler de for erstatningsrettens og kontraktsrettens særligt karakteristiske momenter, nemlig henholdsvis den culpøse adfærd og viljeserklæringen.

Men ligesom ved erstatningsretten er der også ved kontraktsretten afgrænsningsproblemer. Vanskelighederne ved kontraktsrettens afgrænsning overfor restitutionskravene koncentrerer sig navnlig om den retlige behandling af de såkaldte »quasi-løfter«, »stiltiende løfter« samt af kravene på tilbagelevering af ydelser, når en kontrakt erklæres ugyldig eller hæves på grund af misligholdelse, idet det kan volde tvivl, om der på disse områder foreligger et egentligt løfte, eller om dette i virkeligheden ikke er en fiktion, således at de regler, man her opstiller i realiteten hviler på overvejelser, der ikke kan udledes af selve løftet.

Hvad særligt angår reglerne om *hæveadgangen* (samt retten til at kræve forholdsmæssigt afslag i købesummen, omlevering, standsningsretten etc.) i anledning af *misligholdte kontrakter*,

⁵¹⁾ som ovenfor bemærket havde *Lassen* til en vis grad sammenblandet disse tilfælde med de øvrige.

hævdes det almindeligt, ihvertfald i nordisk ret, at disse regler er et *udslag af et forudsætnings synspunkt*.⁵²⁾ Kort udtrykt er tankegangen den, at når en aftale misligholdes af den ene part, brister forudsætningen om vederlaget (den såkaldte »*vederlagsforudsætning*«) hos den anden part, hvilket bevirker, at han normalt kan hæve aftalen, (cfr. dog kbl. § 28). Dette bevirker, at begge parter principielt må levere modtagne ydelser tilbage, ti ellers vil der opstå ugrundede berigelser. Således ville der eksempelvis opstå en »ugrundet berigelse«, hvis en køber, fordi salgsgenstanden led af mangler, kunne hæve handelen og derved sige sig fri for at betale købesummen uden samtidig at blive forpligtet til at tilbagelevere den (mangelfulde) salgsgenstand. Hæves en aftale, må forpligtelsen bortfalde på *begge* sider, og er der erlagt ydelser fra nogen af siderne i kontraktsforholdet må disse leveres tilbage. »Der er«, som det hedder,⁵³⁾ »et ejendommeligt afhængighedsforhold mellem de to parter ydelser og forpligtelser.« Noget tilsvarende kommer frem ved aftaler, der erklæres *ugyldige*, navnlig på grund af inhabilitet (kravene i henhold til myndighedsl. §§ 44 og 65). I begge situationer »opstår der krav på tilbageføring af den indtrådte berigelse«.⁵⁴⁾

Den her hævdede forbindelse mellem disse krav og læren om forudsætninger, der igen står i nær forbindelse med selve spørgsmålet om løfters indhold og udfyldning og idetheletaget med kontrahenternes subjektive forhold, fører tanken hen på, at der ved disse krav gør sig specifikke kontraktlige momenter gældende, således at kravene egentlig må siges at være »skjult« tilstede i det kontraktlige mellemværende, eller at de indeholdes i selve løftet eller dog i dets forudsætninger, etc. Det er imidlertid et spørgsmål, om disse krav ikke i virkeligheden hviler på rent objektive hensyn og overvejelser,⁵⁵⁾ der intet har med de en-

⁵²⁾ se *Ussing Obligationsret* 95 ff. og *Ussing Aftaler* 481 ff. *Fredrik Stang* i T.f.R. 1930. 100 ff. med henvisninger. Som nævnt ovenfor s. 28 hvilede også det første kommissionsudkast til B. G. B. vedr. berigelseskrav i kontraktsforhold på denne lære.

⁵³⁾ *Ussing Obligationsret* 96.

⁵⁴⁾ *Ussing Erstatningsret* 228.

⁵⁵⁾ Det kan navnlig tænkes, at det er hensynet til den videst mulige gennemførelse af det ovenf. nævnte vederlagshensyn, som ligger til grund for disse regler. Fremdeles kan det være hensynet til gennemtvungelsen af kontrakterne, der spiller ind. Det sidste hensyn antydes af *Ussing i Obligationsret* 96.

kelte kontrahenters konkrete subjektive forhold (deres forudsætninger, hvad de mente og tænkte o. s. v.) at gøre. Hvorom alting er, så turde det være indlysende, at disse krav ikke umiddelbart støtter sig på løftet (kontrahenterne træffer jo normalt ikke udtrykkelige bestemmelser om, hvorledes der skal forholdes, hvis der indtræder misligholdelse eller aftalen erklæres uforbindende på grund af ugyldighed), omend de nok er en følge af kontraktsforholdet. Man kan derfor ikke komme udenom at medtage disse krav ved en almindelig undersøgelse af restitutionsskravene, men den nære forbindelse med kontraktsretten må på den anden side naturligvis ikke overses. Det vil derfor være naturligt at behandle dem i en særlig gruppe. Det vil imidlertid føre for vidt at behandle de problemer, som opstår i denne sammenhæng på nærværende sted, og undersøgelsen heraf udskydes derfor til særskilt behandling i det følgende.

Derimod falder *kravet om naturalopfyldelse* klart udenfor restitutionsskravenes område, da dette støtter sig på selve aftalen (løftet) og iøvrigt er begrundet i et præventionshensyn. *Erstatningskravet i anledning af misligholdelse* falder ligeledes udenfor, da dette normalt er begrundet i et culpa-synspunkt og dermed i præventionshensynet.

Men selvom en *kontrakt forløber fuldstændigt normalt*, kan der, som berørt ovenfor, undertiden opstå berigelser, som der kan være grund til at kræve tilbageført. Dette kan navnlig komme frem ved langvarige brugskontrakter, hvor en lejer eller bruger har foretaget forbedringer etc., som kommer ejeren tilgode ved kontraktsforholdets ophør.

c. *Andre reale hensyn, som har relation til den »berigede».*

1. Som bemærket i det foregående, er der grund til at lægge vægt på, om *berigelsessituationen skyldes den berigedes ensidige handlinger*, ti herved skabes der for det første en stærk formodning for, at formueforskydningen er i overensstemmelse med hans interesser i modsætning til de tilfælde, hvor berigelsen er blevet påført ham, og for det andet må den berigede her siges at være den nærmeste til at bære risikoen for formueforskydningen, selvom han ikke har forvoldt den ved en culpøs handling. Der er derfor på forhånd grund til at behandle den berigede strengere i slige tilfælde end i andre, f. eks. ved ikke at tillægge berigelsens senere bortfald nogen betydning. På den an-

den side er det, som ovenfor påvist, næppe systematisk anbefales værdigt at benytte det forhold som et hovedsondringsgrundlag.

2. I en vis sammenhæng med 1. står også de tilfælde, hvor den berigede, selvom han ikke har handlet egentligt culpøst, således at han ifalder et almindeligt erstatningsansvar efter culpa-reglen, alligevel må siges at være den *nærmeste til at bære risikoen* for berigelsessituationens opståen, således at der kan være grund til at behandle ham strengere, end hvor berigelsen er opstået, uden at han kan siges at have den mindste andel deri. Her tænkes navnlig på de tilfælde, hvor man nok tør formode culpa (simpel uagtsomhed), men hvor der ikke kan siges at være ført tilstrækkeligt bevis for denne. Retstekniske hensyn kan føre til, at man går strengere til værks for at ramme den »skjulte skyld«. Som ovenfor bemærket, kan det i disse grænsetilfælde mellem culpa-reglen og restitutionskravenes område overvejes, om man ikke bør give en smidig regel, som giver domstolene adgang til at fastsætte erstatningens størrelse samt at bedømme betydningen af berigelsens bortfald under hensyntagen til en samlet bedømmelse af både tablidtes og den berigedes mere eller mindre ufor-sigtige eller ligegyldige optræden. For tablidtes vedkommende kan der navnlig være grund til at lægge vægt på hans passivitet eller andre forhold, der kan tages som udtryk for, at han har opgivet kravet, og for den berigedes vedkommende bør der især ses på, om det har skortet på påpasselighed fra hans side (hvad der f. eks. kunne tænkes at være tilfældet i Cohns ovennævnte eksempel, se s. 95).

3. Det er normalt en forudsætning ved restitutionskravene, at den berigede har været i god tro (d. v. s. at man hverken kendte eller burde kende (uagtsomhed) den andens bedre ret), ti ellers foreligger der jo en egentlig culpøs adfærd. Men god tro er ikke noget fast begreb. Der er *grader af god tro*; den kan være mere eller mindre begrundet.⁵⁶⁾ Således vil den gode tro, som støtter sig til et offentligt dekret, f. eks. en dom, være mere velbegrun-

⁵⁶⁾ jfr. herved også *Torps* anvendelse af begrebet „formelt lovlige adkomst“, der ved frembringelse og tilvækst skulle kunne give frembringeren en bedre retsstilling mod stofejeren vedrørende erstatningskravet mod sidstnævnte (*Tingsret* 220 f.).

det end den gode tro, som kun støtter sig til en privat formodning, hvor redelig denne end er. Derfor kan der være grund til at behandle de tilfælde mildere, hvor der eksempelvis er sket en fordeling af arv i henhold til dødsformodningsdom, som senere viser sig at være urigtig (jfr. lov om borteblevne § 18), end hvor der, f. eks. grundet på retlige eller faktiske vildfarelser, er sket en urigtig fordeling af arvemidlerne mellem privatskiftende arvinger. Denne graduering af god tro kan der også være grund til at lægge vægt på ved overvejelsen, om der i det enkelte tilfælde bør indrømmes et restitutionskrav samt ved dets nærmere udformning.

4. Endvidere må der også tages hensyn til, om den berigede har *vænnnet sig til at have berigelsen*, således at det undertiden vil føles urimeligt hårdt, om han skulle tilbagelevere den. Dette hensyn kan dels føre til, at man i almindelighed indfører korte forældelsesregler for restitutionskrav og dels til, at man i særlige tilfælde helt nægter kravet anerkendelse. Dette kan der eksempelvis være grund til i visse tilfælde af *condictio indebiti*, jfr. udviklingen nedenf. Man kan også gå den mellemvej at »mildne« kravet efter domstolenes skøn, hvilket har fået positiv hjemmel i dansk ret, forsåvidt angår borteblevne arveladeres krav mod arvingerne, jfr. lov om borteblevne § 18 og borteblevne arvingers krav mod medarvingerne, samme lovs § 25.

5. Hvad specielt angår *frembringelsessituationer*, taler hensynet under 4 navnlig for at udelukke selve vindikationskravet, hvorimod erstatningskravets anerkendelse og omfang ikke berøres i højere grad af dette hensyn end ved de øvrige restitutionskrav.

6. Også hensynet til *kreditorinstitutionen* kan medføre en begrænsning i restitutionskravene. Således har dansk retspraksis til trods for den noget rigoristiske ordlyd af DL 5—6—9 og 5—8—6 ved tvangsauktion over tredjemands ting, indskrænket dennes erstatningskrav mod rekvirenten til auktionens nettoprovenu,⁵⁷⁾ hvilket formentlig er sket ud fra ønsket om at styrke kreditorinstitutionen. Ti havde man i disse tilfælde givet tredjemand

⁵⁷⁾ se *Erwin Munch-Petersen Tvangsfuldbyrdelse* 236 og *Ussing Erstatningsret* 87 f., jfr. endvidere *Lassen Alm* § 28 III og *Speciel* 831.

fuld erstatning, ville adskillige kreditorer sikkert blive betænkelige ved at skride til udlæg og tvangsauktion, hvilket igen i det lange løb ville have svækket tilliden til tvangsfuldbyrdelsesmidlerne og dermed kredit.

7. Hensynet til *sikkerheden i omsætningen* er naturligvis også ved restitutionskravene et af de vigtigste hensyn ved den retlige overvejelse. Det erkendes af alle, at den, som i god tro har erhvervet en ting gennem omsætningen, har krav på den videst mulige beskyttelse mod krav, opstået i anledning af misligheder (uberegtigede overførelser), sket på tidligere trin af genstandens omsætning. Men dette område er dog fremdeles inde i en brydnings-tid. Således anerkender dansk (og fremmed) ret stadig vindikationskrav i vidt omfang, men har samtidig søgt at begrænse erstatningskravene (surrogatet for vindikationskravet) videst muligt. Har således den godtroende erhverver forbrugt eller videresolgt en vindicabel ting, fritages han normalt for ethvert ansvar.⁵⁸⁾ Denne retstilstand må formentlig karakteriseres som noget af en anomali. Hvis således eksempelvis en person i god tro og for fuld pris har købt en stjålet ting, er der jo ikke sket nogen berigelse, hverken før eller efter forbruget (eller videresalg til samme pris); han har jo netop betalt fuld pris for genstanden. Men hvorfor skal der da lægges en så afgørende vægt på dette moment? Vindikationskravet mod godtroende erhververe og dets forskellige surrogatkrav må sikkert, om man vil være konsekvent, undergives nogenlunde de samme regler, og ihvertfald ikke, som nu, behandles to forskellige steder i systemet, nemlig henholdsvis i ejendomsretten⁵⁹⁾ og i obligationsretten (under berigelsesgrundsætningen).⁶⁰⁾ Problemet skal ikke forfølges videre her, men der kan henvises til udviklingen nedenf. i kap. 11.

8. *Idetheletaget vil den måde, som den berigede har fået genstanden i sin besiddelse på*, kunne tænkes at få indflydelse både på spørgsmålet om kravets anerkendelse og dets udmåling. Skyldes den et kontraktsforhold, en betaling i urigtig formening om skyld, arveadkomst, eller er den opstået uden nogetsomhelst for-

⁵⁸⁾ jfr. *Ussing Erstatningsret* 220, *Cohn* 223, *Lassen Speciel* 833, jfr. 837.

⁵⁹⁾ se *Vinding Kruse E R* II. 1273 ff.

⁶⁰⁾ se *Ussing Erstatningsret* 220 og *Cohn* 223. Derimod behandlede *Lassen* både i *Handlinger* (151 ff.) og i *Speciel* (818 ff.) begge krav under eet.

melt grundlag, som f. eks. hvor der er sket et forbrug af andres goder ved en fejltagelse? Den i nordisk ret ofte anvendte betegnelse for »forbrug og råden over andres goder uden hjemmel« burde vel konsekvent kun anvendes om den sidste gruppe.

9. Der bør også tages skyldigt hensyn til det *besvær og arbejde*, som en besidder af en andens ting har haft med at *bevare og vedligeholde tingen*. Dette hensyn varetages normalt ved, at vedkommende besidder får lov til at beholde de *frugter og renter af genstanden*, som han har oppebåret gennem besiddelsestiden, jfr. D L 5—5—4, samt den tidligere fdn. af 11. sept. 1839 § 2, som nu er afløst af lov om bortblevne 1946 § 18 in fine. For at besidderen skal blive ansvarlig for frugterne, må det vistnok kræves, at han har gjort sig skyldig i *grov* uagtsomhed, måske endog i uredelighed.⁶¹⁾

C. *De retstekniske hensyn* er så nogenlunde ensartede indenfor de forskellige retsområder og så velkendte, at det formentlig er overflødigt at give dem en længere omtale særskilt i forbindelse med restitutionskravene. Kort gengivet er deres formål at undersøge mulighederne for den *praktiske gennemførelse* af reglerne, at give retsreglerne *klarhed og overskuelighed*, således at rets-anvendelsen (administrationens, domstolenes og advokaternes virksomhed) lettes (proces- og tidsbesparende hensyn); og de vigtigste midler hertil er som bekendt de retstekniske og bevis-tekniske forskydninger. Disse retstekniske hensyn har dog et ikke ringe krav på opmærksomhed i forbindelse med diskussionen om den almindelige berigelsesgrundsætning, da en af de alvorligste anker, som kan rejses imod den, formentlig må siges at være den, at grundsætningen er retsteknisk uforsvarlig, idet den som oftest lader domstolene i stikken ved afgørelsen af det enkelte konkrete tilfælde,⁶²⁾ med en deraf følgende usikkerhed i rets-anvendelsen. Det er også denne indvending, der mere eller mindre klart ligger bagved meget af den kritik, som i tidens løb har rejst sig mod berigelsesgrundsætningen. Det var en af *Lassens* hoved-

⁶¹⁾ jfr. *Ussing Erstatningsret* 71 og *Vinding Kruse E R I* 766, se også lov om bortblevne § 19's udtryk „svig“.

⁶²⁾ en lignende indvending kan rejses mod forudsætningslæren, jfr. herved *Ussing Forudsætninger* 201 ff. om usikkerheden ved en almindelig skonsregel.

indvendinger⁶³⁾, og når man i engelsk ret så hårdnakket har vægret sig ved at indføre grundsætningen som et almindeligt princip, skyldes det også for en væsentlig del dette forhold.⁶⁴⁾ Det samme kan også anføres m. h. t. berigelsesmålestokken.

De retstekniske hensyn vil formentlig indtage en forgrundsstilling under diskussionen om en almindelig berigelsesgrundsætning, navnlig fra et legislativt synspunkt. Ti selvom berigelsesgrundsætningen kan samle en række grupper af krav, som i henhold til det foregående har en fælles real baggrund, vil det måske alligevel være retsteknisk uheldigt, således at man snarere under et lovgivningsarbejde vedrørende disse krav bør give særskilte regler for de enkelte grupper, dog med opmærksomheden henledt på muligheden af at opstille enkelte fællesregler, f. eks. om kravets udmåling, bortfaldsgrunde og forældelse. En fremgangsmåde, som vi så, til en vis grad var tilfældet i tysk og schweizisk ret. De to accessoriske betingelser, som man har opstillet i forbindelse med berigelsesgrundsætningen, nemlig henholdsvis kravet om en vis nærmere *forbindelse* mellem tabet og berigelsen («adækvansbetingelsen») og antagelsen af, at berigelseskravet kun er *subsidiært* har også stærk tilknytning til retstekniske overvejelser. Som bemærket ovenfor, er de to fra vindikationsprocessen kendte regler — formodningsreglen og stabilitetsreglen — heller ikke uden indflydelse på spørgsmålet, begge er nærmest af retsteknisk natur og bør derfor også nævnes her.

⁶³⁾ se navnlig hans udviklinger i *Handlinger* Indledning XXII f.

⁶⁴⁾ jfr. *Holdsworth* 51: „the price for any such reform would be an increased vagueness in a necessarily vague body of law“, og selv Lord *Wright*, der, som ovenfor nævnt, agiterer for en almindelig berigelsesgrundsætning, tager dog den reservation, at „precedents must come first, recognized rules of law and equity must be regarded, otherwise all certainty of law would disappear“, *Cambridge Law Journal*, vol. VI. 321.

Kapitel 6

SAMMENFATNING OG RESULTATER AF DEN FOREGÅENDE UDVIKLING

I. *Området for restitutionskravene og deres systematik.*

Når restitutionskravene afgrænses negativt til krav, som hverken udspringer af aftaler (løfter) eller af retstridige (culpøse) handlinger, træder præventionshensynet tilbage. Denne afgrænsning er uden tvivl af systematisk værdi, men den bør dog ikke betragtes som absolut, idet der, som anført i det foregående, er tilfælde, som befinder sig i grænseområdet, ligesom der også bør tages hensyn til muligheden for »skjult skyld«. Derfor er det ikke udelukket, at præventionshensynet undertiden kan komme til at spille ind. Bortset herfra kan de forskellige restitutionskrav begrundes ud fra følgende reale synspunkter:

a. *Genoprettelseshensynet.* Af hensyn til retsikkerheden må den enkelte have krav på, at hans værdier ikke uden særlig grund (»ugrundet«) overføres til en anden. Dette hensyn tager altså kun sigte på formueoverførelser.

b. *Vederlagshensynet.* Retsordenen bør såvidt muligt stræbe efter, at enhver sikres et rimeligt vederlag for sine ydelser (derunder sin arbejdsindsats). Dette hensyn gør sig som regel gældende ved siden af genoprettelseshensynet, altså i overførelses-situationer; det karakteristiske for tilfældene er jo normalt, at der ikke er ydet noget vederlag til tablidte. Betragtes vederlags-hensynet omvendt fra den persons side, hvor formueværdien er havnet, spørges der altså om, hvorvidt han har ydet noget vederlag for denne til tredjemand (hvis der er ydet vederlag til »tablidte«, er der jo ikke opstået noget tab). Er dette heller ikke tilfældet, taler man om, at »der er opstået en berigelse på tablidtes bekostning«. Dette forhold har selvsagt stor betydning som et vigtigt moment til afgørelse af, om formueoverførelsen er ugrun-

det, men det skal ikke hermed være sagt, at man altid bør opstille dette som en betingelse for kravet.

Det må nemlig erindres, at også det egentlige vindikationskrav, udleveringskravet på selve tingen, forsåvidt det rejses mod godtroende besiddere, bør medtages og altså ikke blot erstatningskravene i deres forskellige omdiskuterede former, såsom »værdikrav«, »berigelseskrav«, »uskadelighedskrav« o. s. v. Men efter gældende ret, både her og i udlandet, indrømmes der ofte vindikationskrav, selvom der ikke foreligger nogen berigelse, nemlig når erhververen af den vindicable ting har ydet fuldt vederlag. Disse regler er mere eller mindre også begrundet i hensynet til at ramme »skjult skyld« (hæleri m. v.). Vi står altså her overfor tilfælde, hvor også præventionshensynet får en vis betydning. Det er muligt, at denne retstilstand ikke i hele sin udstrækning lader sig forsvare ud fra forholdets natur, men der vil formentlig, selv efter en sådan korrektion, blive tilfælde tilbage, hvor vindikationskravet ikke bør gøres afhængigt af, om der er indtruffet en berigelse ved tingens erhvervelse. Det er heller ikke utænkeligt, at man også bør indrømme erstatningskrav uafhængigt af, om der er indtruffen en berigelse. Men i så fald hviler kravet alene på genoprettelseshensynet og ikke tillige på vederlagshensynet, set i relation til erhververen (i relation til tablidte kan man naturligvis godt tale om, at vederlagshensynet er tilsidesat, ti han har jo ofte ikke fået nogen modydelse). Som følge heraf må man naturligvis være yderst varsom med at indrømme et erstatningskrav, men man kan ikke på forhånd udelukke det, fordi man, som berørt, også bør have opmærksomheden henvendt på den skjulte skyld samt retstekniske hensyn.

Udenfor overførelsetilfælde (som f. eks. ved opofrelser etc.) har genoprettelseshensynet naturligvis ingen betydning, og kravet kan således kun begrundes med vederlagshensynet, samt

c. Hensynet til den enkeltes interesse i, at andre griber ind i nødssituationen og foretager *redningsaktioner* (*negotiorum gestio*-handlinger etc.), hvilket kan føre til indrømmelse af krav om vederlag, selvom tablidte med forsæt har bevæget sig ind på fremmed formueretsområde.

På den anden side gør der sig både i og udenfor overførelsetilfælde en lang række yderst forskellige hensyn gældende til fordel for den, mod hvem kravet rejses, som kan føre til begrænsning

eller fuldstændig udelukkelse af kravet; herom må der henvises til udviklingen ovenfor i kap. 5, s. 104 f., ligesom også forskellige retstekniske hensyn spiller ind, ovenfor i kap. 5, s. 126 f.

Restitutionskravet kan altså, som anført, enten bestå i et egentligt *vindikationskrav* (udleveringskrav) på en ting el. lign., eller, hvis dette er faktisk umuligt (selve genstanden er måske gået tabt) eller det dog er tilrådeligt af hensyn til erhververen, i et *erstatningskrav* (værdikrav, berigelseskrav eller uskadeli-ghedskrav). Vindikationskravet kan her med en vis føje betegnes som det principale, idet sagsøgte som regel vil kunne fri sig for erstatningskravet ved at tilbagelevere genstanden. Erstatningskravet kan derfor i denne relation med samme føje betegnes som et surrogatkrav for selve vindikationskravet.

Erstatningskravet er imidlertid ikke altid et »surrogatkrav« for vindikationskravet. Forudsætningen for, at der kan indrømmes et vindikationskrav er naturligvis, at der er sket en (uberettiget) overførelse af formueværdier, som kan være genstand for vindikation. Men hvor vindikation på forhånd er udelukket, som det f. eks. ofte vil være tilfældet ved opofrelser for andre, er det eventuelle erstatningskrav helt selvstændigt uden nogen forbindelse med et vindikationskrav. Der ligger formentlig en systematisk værdi i at sondre på dette grundlag, altså mellem om der er sket en formueoverførelse eller en formueopofrelse. I den første gruppe opstår det eventuelle erstatningskrav (berigelseskrav) ved en slags »konvertering« af vindikationskravet, medens erstatningskravet i den anden gruppe har en mere selvstændig karakter.

Endelig har man i fremmed ret været inde på at indrømme et berigelseskrav i anledning af berigelser, som hverken kan siges at stamme fra en formueoverførelse eller en formueopofrelse for andre. Der tænkes her på de tilfælde, hvor en persons handlinger på eget formueområde indirekte ved en slags »refleksvirkning« medfører en værdistigning på en anden persons formueområde, f. eks. hvor en grundejers forbedringer af hans ejendom også kommer naboejeren tilgode.

Disse betragtninger fører naturligt til at opstille følgende systematiske sondringer, som formentlig kan have en vis værdi ved den retlige behandling af restitutionskravene.

1. *Restitutioner i anledning af ugrundede formueoverførelser.*

2. *Restitutioner i anledning af formueopførelser for andre.*
3. *Restitutioner i anledning af berigelser, hvis opståen hverken skyldes en egentlig formueoverførelse eller en formueopførelse.* Disse tilfælde vil jeg for kortheds skyld i det følgende betegne som »*refleksive værdistigninger*«.

Om disse tre hovedgrupper skal der bemærkes følgende:

1. *Restitutioner i anledning af ugrundede formueoverførelser.*

Dette område falder i to hovedgrupper, nemlig: A. Restitutioner i kontraktsforhold og B. Restitutioner udenfor kontraktsforhold, som igen deler sig i forskellige undergrupper.

A. *Restitutioner i kontraktsforhold.* Det bør indledningsvis undersøges, hvilket forhold der er mellem de såkaldte quasi-løfter og stiltiende løfter og de heromhandlede restitutionskrav, men ellers samler interessen sig om kravene i anledning af:

1) *Ugyldige kontrakter.* I denne gruppe bør principielt kun medtages kontrakter, som erklæres ugyldige på grund af *habilitetsmangler* (kravene efter myndighedsl. §§ 44 og 65) og *formmangler*, hvorimod krav, som opstår i anledning af kontrakter, som erklæres ugyldige på grund af retstridig adfærd, aftalel. §§ 28—33, eller på grund af ulovligt indhold, falder udenfor, da disse krav normalt forudsætter retstridig adfærd fra den, mod hvem kravet rejses, og altså tillige hviler på et præventionshensyn. Er dette undtagelsesvis ikke tilfældet, som f. eks. hvor kontrakten, til trods for at medkontrahenten er i god tro, erklæres ugyldig på grund af en udenforstående tredjemands retstridige adfærd (jfr. herved navnlig aftalel. § 28), henhører kravet dog til restitutionskravenes område. Det samme må også siges om de krav, som den kontrahent, der har udvist den retstridige adfærd, eventuelt kan rejse i anledning af ydelser fra hans side.

2) *Misligholdelse (ikke-opfyldelse) af kontrakter.* Restitutionskravene i anledning af misligholdelse er, som ovenfor i kap. 5 bemærket, snævert forbundet med læren om forudsætninger, og det samme er til en vis grad også tilfældet med hensyn til kravene i anledning af ugyldige kontrakter. Der er derfor et vist slægtskab mellem begge grupper; begge skyldes også et kontraktsforhold (omend det ene er ugyldigt); der er derfor god

grund til at undergive dem en samlet behandling.¹⁾ Medens der således på forhånd er grund til at antage, at begrundelsen for kravene er nogenlunde ens, vil dog selve udmålingen stille sig forskelligt (reglerne i myndighedsl. §§ 44 og 65 er jo af meget speciel karakter). Betydningen af forbrug eller tilintetgørelse af tingen må også bedømmes forskelligt (sml. herved købel. § 58 og myndighedsl. §§ 44 og 65).

Hvad særligt angår frembringelses- og tilvækstsituationer, altså hvor den ene af kontrahenterne har forøget værdien af den genstand, som senere skal tilbageleveres til yderen som følge af ugyldigheden eller misligholdelsen, vil der måske også fremkomme forskelligheder. Det samme er formentlig også tilfældet ved opofrelser, afholdt på tingen. Måske bør der her også sondres mellem fast ejendom og løsøre. Iøvrigt må det bemærkes, at de sidstnævnte særlige tilfælde — frembringelse, tilvækst og opofrelser — af overskuelighedsgrunde bør henføres til nærmere behandling i det afsnit, som tager disse problemer op til en hoveddrøftelse.

3) Fremdeles kan der, som anført, eventuelt blive tale om at indrømme restitutionskrav, selvom *kontrakten forløber normalt*, navnlig ved langvarige brugskontrakter (restitution for forbedringer etc.).

4) Endelig hjemler *speciallovgivningen* restitutionskrav («berigelseskrav») i nogle særlige tilfælde, som f. eks. veksl. § 74 og checkl. § 57²⁾ samt sølov § 117.³⁾

B. *Restitutioner udenfor kontraktsforhold*, d. v. s. de tilfælde, hvor der ikke eksisterer noget kontraktsforhold mellem tablidte og den berigede. Under denne gruppe samler der sig en række krav, hvis oprindelse skyldes yderst forskellige forhold, og som også må siges at være behersket af yderst afvigende retlige synspunkter. Det enkelte særlige forhold, som giver anledning til kravet, er således det afgørende for gruppedannelsen.⁴⁾ De vigtigste grupper er:

¹⁾ *Ussing* omhandler dem også samlet under sin korte omtale af dem i *Erstatningsret* 228 V.

²⁾ jfr. *Ussing Erstatningsret* 228, *Thomle* 293 med henvisninger, samt *Lassen Ussing Speciel* 105 ff.

³⁾ jfr. *Sindballe Dansk Søret* 362.

⁴⁾ sml. *Ussing Erstatningsret* 213 f.o.

1) Tilbagesøgning af ydelser, erlagt i urigtig formening om skyld (*condictio indebiti*). Det har været omtvistet, hvorvidt disse krav støtter sig på berigelsesgrundsætningen, forudsætningslæren eller eventuelt på et helt tredje grundlag.⁵⁾ Denne strid, som ikke er uden betydning for behandlingen af tilbagesøgningskravet, kan nødvendigvis ikke forbigås ved diskussion om berigelsesgrundsætningen, men er dog så speciel, at den formentlig uden skade kan behandles særskilt i forbindelse med disse krav. Det er iøvrigt ikke sjældent, at der i disse tilfælde eksisterer et kontraktsforhold mellem parterne (*condictio indebiti*-situationen skyldes måske en urigtig fortolkning af en kontrakt). Alligevel synes det naturligt at anbringe disse tilfælde under gruppen: restitutioner udenfor kontraktsforhold, idet selve betalingsakten, som dog er det primære i denne forbindelse, normalt ikke kan betragtes som en kontrakt (løfte).

2) Erhvervelser ifølge *arveadkomst*, som senere viser sig at være uberettiget. Der tænkes navnlig på borteblevne (men senere genfundne) arveladeres krav mod arvingerne for den udlagte arv, samt borteblevne (forbigåede) arvingers krav mod medarvingerne. Disse krav reguleredes tidligere af fdn. 11. sept. 1839 § 2, men er nu afløst af lov om borteblevne (1946) §§ 18 og 25.

3) Erhvervelser ifølge *udlægsadkomst*, hvor det senere viser sig, at udlæget er blevet foretaget i ting, som ikke tilhørte rekvisitus (tredjemands ting), jfr. D L 5—6—9 og 5—8—6.

4) *Berigelser på bekostning af overdragerens kreditorer*. Her sigtes til de forskellige afkræftelsesregler, som gælder i og udenfor konkurs. Interessen samler sig naturligvis om de tilfælde, hvor afkræftelse kan ske, selvom erhververen (den berigede) var i god tro, altså navnlig konkursl. § 28 og ægteskabsl. II §§ 31 og 33. I denne forbindelse må man formentlig også behandle problemet vedrørende de tilfælde, som blev nævnt under gennemgangen af fransk og tysk ret (ovenf. i kap. 2, I og II), hvor en kreditor søgte at rejse krav udenom konkursboet mod den person, som fallenten i sin tid havde videreoverdraget vedkommende kreditors ydelse til.

5) *Råden over andres ejendom uden hjemmel iøvrigt*. Dette kan navnlig tænkes at forekomme ved a) erhvervelser af vindi-

⁵⁾ *Hult* 239 ff. og *Arnholm* 233 f.

able ting, b) undskyldelige fejltagelser, c) tredjemands handlinger, eller d) naturbegebenheder.

6) I nær forbindelse med 5) står problemet om krav i anledning af *frembringelse* og *tilvækst* (D L 6—15—17 og 6—5—11 for fast ejendoms vedkommende).

7) Restitutioner i anledning af *uberettiget udøvelse af andres rettigheder til åndsværker, varemærker* o. lign. Her tænkes naturligvis kun på de tilfælde, hvor den uberettigede råden er sket i god tro.

Som bemærket ovenf. i kap. 4, er der hjemmel i dansk ret til at tilkende den krænkede den berigelse, som er blevet indvundet ved uberettiget udøvelse af forfatter- og kunstnerrettigheder, selvom der ikke kan påvises noget tilsvarende tab, jfr. forfl. af 1933 § 18, men efter § 19 kræves der som betingelse, at udøvelsen ihvertfald har været uagtsom (altså culpøs). Dette krav var ikke opstillet i forfl. af 1912 § 19 og opstilledes vistnok heller ikke af praksis, jfr. U 1913.288.⁶⁾ Efter norsk forfl. af 6. juni 1930 § 21, stk. 3 og svensk forfl. af 30. maj 1919 § 25 og svensk kunstnerl. (af samme dato) § 20 a, hjemles der derimod krav på afgivelse af berigelsen⁷⁾, selvom der foreligger god tro; den svenske lov går dog ikke udover tabet.⁸⁾ Derimod indeholder hverken den danske patentlov eller varemærkelov nogen bestemmelse om afgivelse af berigelse, men også dette har været foreslået indført, med eller uden krav om culpøs adfærd fra retsforstyrrerens side.⁹⁾ Indførelse af slige regler på det heromhandlede område kan forsvares allerede ud fra retstekniske hensyn, idet det ofte er en vanskelig opgave for den krænkede at bevise, at der er lidt noget tab, hvorimod berigelsen lettere lader sig konstatere, ligesom det undertiden også kan være vanskeligt at bevise, at der foreligger culpa.

⁶⁾ Se *Knoph Åndsretten* 390 note 1 og *Ussing Erstatningsret* 88 og 235.

⁷⁾ Ved et lovforslag af 1929 søgte man at ændre denne retstilstand, men dette blev dog opgivet, jfr. *Fritjof Lejman* 653 f. m. henv.

⁸⁾ jfr. *Torbén Lund* 278 og *Vinding Kruse* 472.

⁹⁾ *Medens Ussing Erstatningsret* 174, *Hartvig Jacobsen Ophavsretten* 305 og *Hardy Andreasen* 336 kun går ind for reglen, hvis der er udvist culpa, anbefaler *Vinding Kruse* 145 også reglen, selvom der ikke foreligger culpøs adfærd.

2. Restitutioner i anledning af formueopofrelser for andre.

Som bemærket i det foregående kapitel, må man, for konsekvent at bringe denne gruppe i overensstemmelse med sondringen om, hvorvidt der er sket et samfundsmæssigt tab eller ej, kun medtage de tilfælde, hvor formuegoder (herunder også arbejdsindsats) opofres for at redde andre (større) værdier, altså hvor vedkommende goder er opbrugt (forsvundet) ved handlingen. Sondringen mellem formueoverførelser og formueopofrelser kan også rent logisk kun foretages på denne måde. Når formueopofrelser bestemmes således, som sket her, kan kravet naturligvis ikke bygges på genoprettelseshensynet, ti vedkommende værdi er helt forsvundet ved handlingen, og der er således kun indtruffet en negativ berigelse (undgåelse af et tab). Man kan heller ikke her tale om, at erstatningskravet er et surrogat for vindikationskravet, ti dette er *eo ipso* på forhånd udelukket. Derimod kan vederlagshensynet og hensynet til den enkeltes interesse i, at andre griber ind i nødsituationer og yder hjælp, samt samfundets interesse i at værdierne bevares, efter omstændighederne føre til anerkendelse af et krav.

»Opofrelser« tages imidlertid, som nævnt i kap. 5, ofte i en videregående betydning, nemlig som tillige omfattende alle bekostninger og udgifter, som en person har afholdt til fordel for en anden, hvorved sidstnævnte spares for en udgift.¹⁰⁾ Her medtages altså ikke alene de ovennævnte opofrelser i nødtilfælde, hvor der sker et egentlig samfundsmæssigt tab, idet et mindre gode ofres til fordel for et større, men også f. eks. indfrielse af andres forpligtelser, befrielse af gældsbyrder (panterettigheder) hvilende på andres ting, berigtigelse af told på andres varer o. s. v. I disse tilfælde er der selvsagt ikke sket noget samfundsmæssigt tab, men vedkommende, til hvis fordel handlingen foretages, opnår gennem besparelsen for udgiften en egentlig formueforøgelse (altså en positiv berigelse — ikke blot undgåelsen af et tab: negativ berigelse). Man kunne derfor i disse tilfælde snarere tale om »indirekte formueoverførelser« end om »opofrelser for andre«, således at tilfældene strengt konsekvent burde henføres til gruppe 1.

¹⁰⁾ således *Ussing Erstatningsret* 224 f.

Det afgørende for, hvilken af de to ovennævnte forståelser af begrebet »formueopofrelse« man bør vælge, afhænger naturligvis af, hvilken systematisk værdi de indebærer med hensyn til at adskille tilfælde, som retligt må behandles forskelligt. Man må her i første række se hen til, hvilke problemer det drejer sig om.

Opofrelser for andre kan enten foretages netop i denne hensigt (*animus negotia aliena gerendi*)¹¹⁾, eller de kan foretages i den tro, at de vil komme den handlende selv tilgode (man afholder eksempelvis bekostninger i god tro på en vindicabel ting). Efter den romerretlige tradition er det den almindelige opfattelse, at disse to grupper af tilfælde bør holdes nøje adskilt, men måske er dette standpunkt for skarpt, jfr. nedenf.

A. Hvad først angår *forsætlige handlinger på en andens formueområde*, reguleres dette retsområde først og fremmest af reglerne om uanmodet forretningsførelse (*negotiorum gestio*), men herudover findes der tillige en række særlige tilfælde, navnlig i fællesejeforhold, hvor der dog gør sig beslægtede synspunkter gældende (herom nærmere nedenf.).

Hvad angår baggrunden for de herhenhørende krav, kan disse siges at støtte sig på hensynet til den enkeltes interesse i, at andre griber ind (navnlig i nødssituationer) og yder hjælp, for hvilken de bør have et vederlag (vederlagshensynet). Modhensynet til den, til hvis fordel handlingen er sket, er hans berettigede krav på, at andre ikke i almindelighed blander sig i hans forhold (retten til selvstyre på eget formueområde). Der er altså her kun tale om to hinanden modstridende hensyn — hvorved afvejelsen lettes betydeligt — i modsætning til de mange forskellige hensyn, som normalt gør sig gældende ved de øvrige restitutionskrav. Det viser sig da også, at de fleste retsforfatninger (England danner en bemærkelsesværdig undtagelse, se ovenfor i kap. 3, s. 48) har klare og nogenlunde ensartede regler angående disse krav, især om *negotiorum gestio*-kravet. Der kræves

11) Har vedkommende handlet uden nærmere at gøre sig klart, om det ville blive til fordel for ham selv eller andre (ejendomsforholdet stod måske uklart hen på handlingens tidspunkt), er der vel på forhånd grund til at antage, at hans retsstilling bliver den samme, som hvis han var uvidende om, at det var for andre, han handlede, jfr. *Lassen Handlinger* 316 i noten.

gennemgående, at vedkommende selv er fraværende, at det drejer sig om en nødssituation og endelig, at handlingen er forsvarlig, ti ellers griber selvstyreprincippet ind, og den handlende kan i så fald højst regne med at få en uskadelig borttagelsesret. Medens der næppe kan være tale om at røkke ved det første og det sidste krav, kan der, som berørt, måske være grund til at slække lidt på det mellemste, navnlig hvor det kan godtgøres, at opofrelsen stemmer med vedkommendes interesser.

a. Ved *uanmodet forretningsførelse* og hermed beslægtede områder er der næppe grund til at sondre mellem formueoverførelser og egentlige opofrelser. Ganske vist vil der her som oftest være tale om en egentlig opofrelse (samfundsmæssige tab), idet der efter betingelserne må kræves en nødssituation, hvilket normalt medfører en prisgivelse af værdier for at redde andre. Men det kan, som ovenfor i kap. 5 bemærket, dog meget vel tænkes, at en redningsaktion, foruden at redde den nødstedte ting, tillige tilfører den en værdiforøgelse (positiv berigelse), som f. eks. hvor det er nødvendigt for at forhindre en bygning i at styrte sammen, at erstatte nogle af murene med nye, hvorved ejendommens værdi i handel og vandel stiger, her er der altså både sket en formueoverførelse og en positiv berigelse foruden en opofrelse.

Som krav, der er beslægtet med uanmodet forretningsførelse, kan, som antydnet, nævnes de *krav, der kan opstå mellem fællesejere* (hvadenten det drejer sig om særligt fælleseje, ægteskabeligt fælleseje eller interessentskaber) i anledning af den enkelte fællesejers opofrelser til fællesejets bedste, forsåvidt kravet ikke støtter sig på kontrakt. Ganske vist er de heromhandlede opofrelser normalt også foretaget til bedste for den handlende selv, men dette kan næppe ændre det forsvarlige ved systematisk at henhøre dem til nærværende gruppe. Også her vil der være mulighed for, at der indtræder en positiv berigelse som følge af opofrelsen. Kravenes specielle karakter bevirker dog, at de naturligt må behandles i forbindelse med de særlige retsområder, som de har tilknytning til, altså henholdsvis ejendomsretten, selskabsretten og familieretten.

b. Hvad angår *nødretsindgreb* (herunder groshavari), er det efter det i kap. 5 anførte tvivlsomt, om disse bør behandles under nærværende gruppe, eller om disse sammen med *varige ulem-*

*per i naboforhold*¹²⁾ bør underkastes en selvstændig behandling i forbindelse med den almindelige erstatningsret. Forbindelsen med *negotiorum gestio* må dog ikke overses, ti det relevante moment i begge relationer er formentlig det, at der er sket en »opofrelse« i en nødssituation; men ved nødretsindgreb er der blot tale om en opofrelse af en *andens* goder til fordel for den handlende selv eller tredjemand. Men sker nødretsindgrebet til fordel for tredjemand, reguleres forholdet mellem den handlende og tredjemand helt i overensstemmelse med reglerne om uanmodet forretningsførelse.

Som anført i kap. 5 hersker der almindelig enighed om, at erstatningskravet i henhold til reglerne om uanmodet forretningsførelse og dermed beslægtede regler skal beregnes på sædvanlig måde, d. v. s. erstatningen omfatter hele tabet. Der er således ikke tale om at indskrænke kravet til berigelsen eller lade det være afhængigt af, om indgrebet fører til et gunstigt resultat for den, til hvis fordel indgrebet foretages. Forudsætningen for kravet er naturligvis, at forretningsherren ikke har tilkendegivet forretningsføreren, at han ikke ønsker handlingen foretaget.

B. Hvad dernæst angår de tilfælde, hvor en *person uforvarende har bevæget sig ind på en andens formueområde og foretaget opofrelser*, f. eks. afholdt reparationer på en andens ting i den tro, at tingen var ens egen, opstår erstatningsproblemet normalt i forbindelse med ejerens vindikation af tingen; spørgsmålet er da: hvorvidt er vindikanten pligtig at yde erstatning til vindikatus for dennes bekostninger på tingen?

a. Hvis opofrelsen har været *nødvendig* (altså hvor der foreligger en *nødssituation*) for at bevare tingen fra undergang eller forringelse (uægte *negotiorum gestio*-tilfælde), må vedkommende, som har foretaget opofrelsen, ordentligvis indrømme et krav mod tingens ejer på godtgørelse for opofrelsen. Derfor taler både hensynet til samfundets interesse i, at værdierne bevares, og den almindelige formodning, der må være for, at ejeren selv har interesse i tingens bevaring. Forudsætningen må naturligvis være, at opofrelsen er rimelig og forsvarlig under hensyntagen til forholdet mellem værdien af det gode, som reddes,

¹²⁾ Erstatningskrav i anledning af *ekspropriation* bør formentlig holdes helt udenfor.

og det, der opofres. Stillingen minder forsåvidt om de sædvanlige tilfælde af uanmodet forretningsførelse (ovenf. under A.).

Spørgsmålet er derfor, om man skal behandle disse to områder ens eller m. a. o., om man, som det har været foreslået,¹³⁾ skal gøre *negotiorum gestio*-kravet uafhængigt af det subjektive moment, altså om forretningsføreren har haft til hensigt at varetage den forhindredes eller sine egne interesser. Selvom dette standpunkt ikke er i overensstemmelse med den almindelige lære¹⁴⁾, der ved uægte *negotiorum gestio* kun vil indrømme et krav indenfor rammerne af den berigelse, som de forhindrede har opnået ved handlingen, således at kravet derved gøres afhængigt af resultatet, kan en del tale for at behandle begge tilfælde ens. For det første hviler begge tilfældegrupper efter det anførte på nogenlunde de samme reale betragtninger, men dernæst synes en ensartet behandling også at frembyde retstekniske fordele, idet domstolene derved fritages for den altid noget usikre bedømmelse af det subjektive, hvilket kan indebære fare for skinbeviser. Konsekvensen af en sådan regel bliver naturligvis, at forretningsherren altid må nægtes ret til at frigøre sig for kravet, ved at give afkald på det reddede gode til fordel for forretningsføreren. Dette vil måske undertiden føles noget urimeligt, nemlig når handlingen mislykkes, men kan formentlig tolereres under hensyn til reglens retstekniske fordele — retsteknikken må jo altid betale en vis pris, og her er den forholdsvis lille. Dansk domspraksis ses ikke at have taget afgørende stilling til spørgsmålet, og, hvad der i modsat retning kan udledes af DL 5—3—35, er, under hensyn til reglens specielle karakter, formentlig usikkert. Det siger sig selv, at sontringen mellem samfundsmæssigt tab contra formueoverførelser ligeså lidt her som ved ægte *negotiorum gestio* kan tillægges nogen særlig betydning; blot bemærkes det, at der naturligvis normalt er tale om et samfundsmæssigt tab.

b, *Hvis der ikke har foreligget en nødssituation*, er det tvivlsomt, i hvilket omfang der bør indrømmes krav på godtgørelse for opofrelser.

¹³⁾ af *Vinding Kruse* 599.

¹⁴⁾ jfr. herved *Ussing Enkelte Kontrakter* 426 og ovenf. i kap. 1--3.

1) *Julius Lassen* opstillede her i forbindelse med sin udvikling af uskadelighedskravet den sætning, at der kan kræves godtgørelse for opofrelser på en andens formueområde, »forsåvidt den anden, dersom opofrelsen ikke havde fundet sted, selv havde måttet eller villet afholde en opofrelse og således har indvundet en besparelse kun den *beviste virkelige besparelse* (udh. af forf.) kan i så henseende komme i betragtning«¹⁵⁾

Lassen, som navnlig havde såningstilfældet i DL 6—15—11 for øje, tilkendegav ikke yderligere hvilke tilfælde der faldt indenfor sætningens område, men man kan formentlig forstå sætningen derhen, at den omfatter alle normale omkostninger som sædvanligt afholdes på et retsgode — en ting, en fast ejendom, en åndsrettighed etc. — som f. eks. sædvanlige reparationer, betaling af toldafgifter på indførte varer, betaling af ejendomskatter, ydelser til kreditforeninger, udgifter til patent anmeldelser og desl. Forstået på denne måde er sætningen sikkert forsvarlig ud fra forholdets natur.

2) Spørgsmålet er imidlertid, om man bør gå videre og i lighed med O. R. § 65 give vindikatus¹⁶⁾ krav på alle værdiforøgende opofrelser, som er afholdt på tingen indenfor rammerne af en berigelsesmålestok? Dette er blevet foreslået af *Ussing*.¹⁷⁾

Det nærværende retsområde glider jævnt over i problemet om frembringelse og tilvækst og må derfor betragtes i forbindelse hermed. I begge tilfælde må det overvejes, om erstatningskravet *ipso jure* bør indrømmes en fortrinsret i selve tingen (*versio in rem*-grundsætningen) enten i form af en tilbageholdsret eller en panteret (retsbestemt).

C. *Indfrielse af andres forpligtelser* har, når det ikke sker i forbindelse med køb af en vindicabel genstand (f. eks. indfrielse af en pantegæld), en så speciel karakter, at det formentlig bør behandles særskilt. At der ikke i disse tilfælde er tale om noget samfundsmæssigt tab, er indlysende. Forholdet kan måske bedst beskrives ved at sige, at der foregår en *indirekte* (via kreditor sket) formueoverførelse fra indfrieren til debitor.

¹⁵⁾ *Lassen Alm* 318.

¹⁶⁾ Endskønt udtrykket „vindikatus“ efter latinsk sprogbrug ikke kan betegnes som korrekt, bruger jeg i det følgende ordet for kortheds skyld om: „den fra hvem en ting vindiceres“.

¹⁷⁾ *Erstatningsret* 228.

a. Hvis indfrielsen er *sket med vidende* om, at det drejer sig om en andens forpligtelse, er forholdet nær beslægtet med uanmodet forretningsførelse o. lign. (ovenfor A.). Som det vil erindres fra kap. 4, ville *Lassen*¹⁸⁾ i almindelighed indrømme indfrielsen et dækningskrav mod debitor, men denne anskuelse bestrides — og sikkert med rette — af *Ussing*,¹⁹⁾ idet man navnlig må have opmærksomheden henvendt på den nærliggende mulighed for, at indfrierens motiv er at skade debitor. *Ussing* behandler iøvrigt spørgsmålet i forbindelse med berigelsesgrundsætningen. Hvor stor en vejledning dette kan give, kan vel omtvistes; hovedsynspunktet ved afgørelsen af, om der kan indrømmes et dækningskrav, bør formentlig være et *negotiorum gestio*-synspunkt, men der kan dog sikkert foretages visse udvidelser.

b. Er omvendt indfrielsen foretaget i den fejlagtige tro, at forpligtelsen påhvilede indfrieren, står vi overfor et tilfælde, som minder stærkt om *condictio indebiti*. Det siger dog sig selv, at man ikke uden videre kan sidestille de to tilfælde, men de bør formentlig behandles i nær forbindelse med hinanden.

3. *Restitutioner i anledning af refleksive værdistigninger* (d.v.s. berigelser, som hverken skyldes en formueoverførelse eller en formueopofrelse).

Der tænkes her på de tilfælde, hvor en persons handlinger, uden at der er tale om en formueoverførelse, og uden at disse handlinger naturligt kan karakteriseres som en opofrelse for andre (de er tværtimod foretaget i egen interesse), ved en slags »refleksvirkning« medfører en berigelse hos en anden. Disse tilfælde er imidlertid forholdsvis sjældne;²⁰⁾ og deres praktiske betydning formentlig ret minimal. Som eksempler kan nævnes det ovennævnte genealogtilfælde fra fransk domspraksis samt forbedringer eller forandringer, som en ejer af en fast ejendom foretager på sin egen ejendom (f. eks. ved at ejendommen bliver udlagt til et parkanlæg eller der anlægges en vej o. lign. over

¹⁸⁾ *Alm* 312.

¹⁹⁾ *Erstatningsret* 224 f. jfr. artikler i T. f. R. 1921.101 f. og U 1937 B. 108 f., se også *Vinding Kruse* 160.

²⁰⁾ Der bortses fra statens krav på konfiskation af den samfundsskabte værdistigning.

den), som medfører en værdiforøgelse af naboejendommene.²¹⁾ Endvidere kan man også tænke sig det tilfælde, at en forretningsmand ved hjælp af en storstilet reklamekampagne væsentlig forøger salget af en ellers lidet solgt vare, hvilket også kommer de øvrige næringsdrivende indenfor samme branche tilgode.

Der er altså i disse tilfælde ikke sket nogen formueoverførelse og som regel heller intet tab, men kun en berigelse. Genoprettelseshensynet har derfor ingen betydning i disse tilfælde og den eneste begrundelse, der kan gives for kravet, er således vederlagsgrundsætningen: det er A, som har haft arbejdet og bekostningen, og han bør derfor også være den, som høster alle fordelene.

Det turde formentlig være meget omtvisteligt, i hvilket omfang man i disse tilfælde ud fra forholdets natur bør anerkende et krav, hvis man overhovedet skal anerkende noget. Hensynet til den handlende kan næppe siges at være stort, ti for det første er han som regel den, der lukrerer mest ved handlingen, og for det andet vil han som oftest kunne forudse, at handlingen også vil komme andre tilgode, hvilket han da kan medtage i sine overvejelser, inden han begynder handlingen; han må således siges at være den nærmeste til at bære risikoen for, at hans handlinger indirekte beriger andre.

Omvendt synes hensynet til den berigede at være ret stærkt, ti indførelsen af en almindelig regel om afgivelse af disse former for berigelse, vil utvivlsomt skabe en del usikkerhed. Folk kunne aldrig føle sig sikre på, at der ikke pludseligt blev rejst et krav mod dem på udlevering af en gevinst, som de enten slet ikke havde været opmærksom på, eller som de dog er gået ud fra tilkom dem selv. Det turde utvivlsomt også være vanskeligt retsteknisk at udskille de mere rimelige krav fra de mere urimelige, med en deraf følgende fare for overflødige og kværulantiske processer.

Måske kunne dette forhold i nogen grad afbødes ved hjælp af en »hård adækvansregel« (forbindelsen mellem handlingen og berigelsen må være meget nær, førend kravet kan anerkendes), men selv bortset herfra ville der formentlig også opstå visse vanskeligheder ved at opstille betryggende regler vedrørende beviset for berigelsens omfang og opståen som følge af handlingen.

Disse forhold synes at tale stærkt for helt at afvise disse krav.

²¹⁾ jfr. herved udviklingen om fransk ret, ovenf. i kap. 2. s. 18 f.

Ihvertfald bør de formentlig som hovedregel nægtes, således at der kun rent undtagelsesvis bør kunne indrømmes et krav, nemlig i de tilfælde, hvor hensynet til den handlende føles meget stærkt, og hvor de ovennævnte modhensyn ikke spiller nogen nævneværdig rolle.

Sådanne krav ses dog ikke nogensinde at have været rejst ved de danske domstole, og de må idetheletaget siges at stå nordisk jura fjernt.²²⁾ Heller ikke i schweizisk, tysk eller engelsk ret synes spørgsmålet at have været forelagt domstolene til afgørelse. Som det fremgik af fremstillingen af fransk ret i kap. 2, havde teorien også her vanskeligheder med at bringe afgørelserne i overensstemmelse med den traditionelle berigelsesgrundsætning, bl. a. betingelsen om, at der skal kunne påvises et tab hos sagsøgeren. På det nuværende samfundstrin er der således næppe noget behov for regler desangående; dermed skal det ikke være sagt, at der måske ikke engang i fremtiden kan opstå et sådant behov, men for tiden må slige krav utvivlsomt helt afvises.

II. Området for berigelsesgrundsætningen.

Berigelsesgrundsætningen forudsætter efter sin natur ihvertfald, at der på et eller andet tidspunkt er opstået en berigelse hos den, mod hvem berigelseskravet rejses; i de romanistiske retsforfatninger er det normalt også en betingelse, at berigelsen forefindes hos vedkommende ved sagsanlægget. Derved udelukkes en del af de under I. nævnte restitutionskrav. Der er navnlig tale om mislykkede *negotiorum gestio*-handlinger samt vindikationskrav (og eventuelle erstatningskrav), hvor vedkommende har betalt fuld pris for ydelsen.

Hvad angår uanmodet forretningsførelse og de dermed beslægtede områder, såsom nødret etc., holdes disse også sædvanligvis — grundet på deres specielle karakter — helt udenfor berigelsesgrundsætningens område. Der vil derfor heller ikke i nærværende afhandling, hvis hovedformål er vurderingen af berigelsesgrundsætningen, blive gået yderligere ind på dette spørgsmål end sket ovenfor, medmindre fremstillingen af berigelseskravene måtte give særlig anledning hertil. Derimod må de øvrige op-

²²⁾ *Thomle* 308 note 1 berører problemet; men afviser det ved at sige, at berigelsesgrundsætningen må formuleres således, at disse krav udelukkes.

ofrelsestilfælde — nævnt ovenf. under I. 2 —, såsom opofrelser på vindicable ting udenfor nødssituationer og indfrielse af andres forpligtelser, medtages under den videre undersøgelse.

Hvad derimod angår vindikationskrav, som indrømmes uanset tilstedeværelse af berigelse, bør disse alligevel medtages, da de dog står i nær forbindelse med berigelseskravene. Hovedområdet for berigelseskravene — de ugrundede formueoverførelser — er jo nær knyttet til vindikationsretten, og hele området kan næppe med held adskilles, men må formentlig behandles samlet. Man taler således undertiden om, at »berigelseskravet er det obligatoriske modstykke til vindikationsretten«. ²³⁾ Bag denne udtalelse ligger der forsåvidt en rigtig iagttagelse, som erstatningskravet (berigelseskravet), som anført ovenfor, ved uberettigede formueoverførelser opstår ved en slags konvertering af vindikationskravet, men det må ikke overses, at man normalt også henregner selve vindikationskravet til berigelseskravene, forsåvidt vindikationskravet rejses mod en besidder, som har opnået en berigelse ved erhvervelsen af formueværdien, jfr. herved B. G. B. § 818, som både medtager vindikationskravet og erstatningskravet, vel at mærke under forudsætning af, at der er opstået en berigelse. Det må ydermere erindres, jfr. ovenf. under I. 2 A og B, at erstatningskravet (berigelseskravet) ved formueopofrelser normalt er det principale, idet der ifølge forholdets natur aldrig har været noget vindikationskrav.

Hvad endelig angår de ovenf. under I. 3 nævnte, refleksive værdistigninger, hører disse, forudsat at man overhovedet vil anerkende dem, ind under berigelsesgrundsætningen, og de bør derfor principielt også medtages ved undersøgelsen af denne. Men da de efter det anførte formentlig må afvises for dansk rets vedkommende, ihvertfald for tiden, skal området ikke udbydes yderligere end sket er ved det allerede bemærkede.

²³⁾ *Cohn* 215.

Kapitel 7

FREMSTILLING OG VURDERING AF BERIGELSESGRUNDSÆTNINGEN

I. Berigelsesgrundsætningens flertydighed.

Det turde formentlig være fremgået af de foregående kapitler, at den almindelige berigelsesgrundsætning tages eller anvendes i flere forskellige betydninger, som må holdes ude fra hinanden, hvis man vil opnå en frugtbar diskussion om de herhenhørende problemer. I oversigtsform kan berigelsesgrundsætningens forskellige forståelsesmuligheder gengives således:

1. Berigelsesgrundsætningen kan for det første bruges til at udtrykke en *hjemmel* for domstolene til, efter et frit skøn, at anerkende en række restitutionskrav (blanketreglen, se s. 66f.).

2. Dernæst kan den anvendes som *begrundelse* for forskellige restitutionskrav.

3. Endvidere kan den tages som et udtryk for en *retsgrundsætning eller regel*, som udsiger, hvornår domstolene (eller lovgivningen) i det enkelte tilfælde bør indrømme et restitutionskrav.

4. Endelig kan berigelsesgrundsætningen opfattes som et udtryk for den opfattelse, at der gælder, eller bør gælde, en *række fællesregler*, navnlig vedrørende *udmålingen* (berigelsesmålestokken) med hensyn til en større gruppe af restitutionskravene, selvom de enkelte krav måske nok kan siges at være opstået på forskelligt grundlag.¹⁾

Disse forskellige anvendelsesmåder af berigelsesgrundsætningen hænger naturligvis nøje sammen, men det er dog ikke givet, at de alle giver udtryk for en realitet, ti nogen organisk eller

¹⁾ jfr. herved udviklingen ovenf. i kap. 4. *Lassen* gjorde sondringen mellem anvendelsesmåde 3 og 4 gældende med styrke, men forkastede iøvrigt begge muligheder. I det følgende behandles de fire forståelsesmuligheder i den angivne rækkefølge under II-V. *Arnholm* 234 berører sondringen mellem 2 og 3, men uddyber den ikke nærmere.

indre sammenhæng mellem dem er der ikke. Der er derfor intet til hinder for at anerkende en eller nogle af disse anvendelsesmåder alene, medens de øvrige opgives som uholdbare.

I almindelighed synes det imidlertid, som om tilhængerne af berigelsesgrundsætningen er af den opfattelse, at denne med held kan anvendes i alle fire betydninger. Dette udtrykkes dog aldrig helt tydeligt, hvilket navnlig må tilskrives det forhold, at man almindeligvis ikke finder det umagen værd at foretage de nævnte sondringer. Men betragter man de forskellige anvendelser, som tilhængerne af berigelsesgrundsætningen normalt giver denne, er meningen vist tydelig. Dette fremgår formentlig allerede af den gængse formulering:

»Den, der har opnået en ugrundet berigelse på en andens bekostning, er forpligtet til at afgive berigelsen«. ²⁾

Heri indeholdes utvivlsomt samtlige de ovennævnte betydninger, som berigelsesgrundsætningen kan tages i. Sætningen er både udtryk for en almindelig hjemmel til at indrømme berigelseskrav, og samtidig en begrundelse af disse, endvidere et princip, der antages at kunne være domstolene behjælpelig ved afgørelsen af de enkelte tilfælde samt en målestok for størrelsen af kravet.

Det kan måske ikke med rette bebrejdes tilhængerne af berigelsesgrundsætningen, at de ikke sondrer mellem dennes forskellige anvendelsesmåder, når de dog går positivt ind for dem alle. Men hvis grundsætningen derimod skal undergives en kritisk vurdering, er der betydelig fare for, at der vil opstå misforståelser, hvis man ikke angiver, hvilken af anvendelsesmåderne der sigtes til ved kritiken.

II. Berigelsesgrundsætningen som hjemmel for domstolene til at indrømme restitutionskrav.

I kap. 4, s. 62 f. blev der fremsat nogle bemærkninger vedrørende dette emne, hvortil der kan henvises.

Hvis berigelsesgrundsætningen kun er at anse for en ren og skær blanketregel uden noget egentligt positivt indhold, der kan være domstolene til nytte ved afgørelsen af enkelttilfælde, vil dens værdi afhænge af vedkommende retsystems syn på domstolenes kompetence.

²⁾ jfr. herved formuleringen af O. R. art. 62, ovenf. kap. 2, s. 32.

Er synspunktet strengt »*positivistisk*«, således at enhver afgørelse må støtte sig på en lovregel, er der fare for, at i og for sig berettigede restitutionskrav vil blive nægtet anerkendelse, idet lovgivningen af en eller anden grund (forglemmelse etc.) har undladt at træffe bestemmelse om forholdet, og denne fare er så meget større her, fordi restitutionskravenes område er forholdsvis kompliceret og uoverskueligt, hvorfor mange tilfælde er vanskelige at forudse. Den »positivistiske« indstilling, at domstolene kun er lovens »talerør«, kan enten være udtrykt i selve lovgivningen, hvilket dog er sjældent, eller den kan være en — ofte traditionel — opfattelse hos domstolene eller i retsvidenskaben. Men hvordan dette nu end forholder sig, så vil en sådan indstilling dog altid være noget af en fiktion. Domstolene vil altid — mere eller mindre ubevidst — ved hjælp af smidige fortolkninger (navnlig under brugen af analogi- og modsætnings slutninger) være tilbøjelige til at gå ud over det strengt positive, når de finder det stemmende med forholdets natur. Der er dog grænser for, hvor langt man selv ved hjælp af de smidigste fortolkninger kan komme ad denne vej; fransk retspraksis før 1892 kan her anføres som eksempel (jfr. ovenfor i kap. 2, s. 15). Man kunne naturligvis afvente en revision af selve lovgivningen, men dette vil (navnlig når der er tale om en *codex*) som regel være en temmelig langvarig proces. Berigelsesgrundsættningens indførelse kan her have en mission allerede af den grund, at den løser hjemmelspørgsmålet, selvom den iøvrigt kun kan anses for en tom blanketregel. Indførelsen kan ske enten ved, at dette bliver udtalt af domstolene selv, således som det skete i fransk ret af Cour de Cassation i 1892, eller ved at blive udtrykt i selve lovgivningen, som det er sket i B. G. B. art. 812, jfr. 818.³⁾ Et lignende problem

³⁾ Betegnende nok var flere tyske teoretikere ved B. G. B.s ikrafttræden af den opfattelse, at de nævnte bestemmelser ikke gav en almindelig hjemmel for domstolene, men at disse altid måtte påberåbe sig en af de specielle bestemmelser i B. G. B. som hjemmel for at indrømme et berigelseskrav. De almindelige bestemmelser skulle således kun tages som en begrundelse for de specielle regler eller som fællesregler, men ikke som en selvstændig hjemmel til at indrømme berigelseskrav, jfr. herom *Thomle* 307 note 1. Denne opfattelse er dog nu forlængst opgivet, jfr. *Dernburg* 723. I schweizisk ret har den bekendte art. 1 i civillovbogen fundet det nødvendigt ligefrem at fastslå forholdets natur som retskilde.

kan opstå i lande, som f. eks. England, hvor domstolene er bundet af præjudikater.

Hvis retsopfattelsen derimod er »*firetlig*« som i de nordiske lande, hvor domstolene ikke føler sig forpligtet til kun at afsige domme, der formelt kan underbygges af lovbestemmelser eller præjudikater, men tværtimod anser sig for kompetente til på ulovbestemte områder at træffe afgørelsen på grundlag af »forholdets eller sagens natur«, »ledende retsgrundsætninger« etc., har berigelsesgrundsætningen, set fra et hjemmelssynspunkt, kun mindre værdi. Dog vil domstolene under lovgivningens tavshed måske være noget mere tilbageholdende med at indrømme krav. Såfremt denne forsigtighed imidlertid måtte vise sig at være for udpræget, således at selv de rimeligste restitutionskrav blev nægtet anerkendelse, tør det naturligvis ikke bestrides, at teoriens gåen-ind for en almindelig berigelsesgrundsætning vil kunne have en ikke ubetydelig »propagandistisk« virkning. Denne fare turde dog næppe være stor, ihvertfald ikke for dansk rets vedkommende. Ved en systematisk-konstruktiv vurdering kan grundsætningen derfor kun være af interesse, hvis den kan siges at indeholde et samlende synspunkt, som er karakteristisk for bestemte grupper af restitutionskrav, og fra en legislativ betragtning vil dens værdi afhænge af, om dette synspunkt kan gives en sådan form, at det giver domstolene en rettesnor ved behandlingen af enkelttilfældene, eller m. a. o., om den henholdsvis har selvstændig værdi som begrundelse for kravene og som normgivende grundsætning. Dette skal forsøges besvaret i det følgende.

III. *Berigelsesgrundsætningen som begrundelse for restitutionskravene.*

Vender man sig til de forskellige forfattere, som går ind for berigelsesgrundsætningen, for at få svar på det stillede spørgsmål, må man imidlertid være opmærksom på det ovennævnte forhold, at disse forfattere som regel ikke sondrer mellem berigelsesgrundsætningen som forklaring eller begrundelse for kravet og som (vejledende) grundsætning eller regel for retsanvendelsen til afgørelse af, hvornår der foreligger en ugrundet berigelse, idet de enten anser disse to problemer som entydige eller

ihvertfald som uadskilleligt forbundne. At besvare det ene er for dem det samme som at besvare det andet. Denne synsmåde må dog formentlig anses for at være lidt farlig, idet det ikke synes forsvarligt uden videre at identificere en retsregel med begrundelsen for samme, ti, som det blev fremhævet ovenf. s. 83 f., er det kun de færreste retsprincipper (reale hensyn), som umiddelbart egner sig til at gennemføres som retsregler. Den nærmere gennemførelse afhænger tillige af retstekniske o. lign. hensyn, som kræver en nærmere afvejelse. Hermed skal ikke påstås, at vedkommende forfattere har overset dette, men kun fremhæves, at det indebærer en vis fare. Hvorom alting er, så bidrager sondringen formentlig til at klargøre problemstillingen.

I den foregående udvikling i kap. 5 og 6 blev det forsøgt at give et overblik af den reale baggrund for restitutionskravene idet hele taget, til hvilken der først og fremmest må henvises. Som en sammenfatning af denne, kan det her anføres, at berigelsesgrund-sætningen efter sin natur samtidig hviler på genoprettelsesbetragtningen og vederlagsbetragtningen. Den er både udtryk for den tanke, at der må være formodning for, at en formueoverførelse kan kræves omgjort, når der ikke kan angives en gyldig (d.v.s. en af retsordenen anerkendt) grund for overførelsen og for den betragtning, at det forhold, at der er opstået en berigelse hos en person på en andens bekostning, bør lette gennemførelsen af kravet, idet der i så fald er mindre hensyn at tage til den, mod hvem kravet rejses, idet han ikke lider noget egentligt tab, men kun berøves en gevinst (vederlagshensynet).

Hertil må det bemærkes, at genoprettelseshensynet, som anført i kap. 5, højst tør opfattes som en formodningsregel, der, omend den kan danne et formålstjenligt udgangspunkt for overvejelsen, om man skal indrømme et restitutionskrav eller ej, helt er afhængig af hver enkel tilfældegruppes særlige forhold. Betragtet på denne måde siger det sig selv, at det forhold, at der er opstået en berigelse hos den, mod hvem kravet rejses, *i sig selv er et vigtigt moment* (real grund) til afgørelsen af, hvornår en formueovergang er *ugrundet*, men, som vi så ved vindikationskrav mod godtroende besiddere, som har erlagt fuld pris for genstanden, kan der udmærket tænkes ugrundede formueoverførelser til en person, uden at denne samtidig har opnået en berigelse. Berigelsesgrundsætningen taler imidlertid ikke om

»ugrandede formueoverførelser«, men derimod om »ugrandede berigelser«. Derved opstår en ejendommelig skævhed i betragtningen, idet et reelt moment, hvis tilstedeværelse ved beslægtede krav (vindikationskravet i almindelighed) ikke altid kræves, *ophøjes til betingelse*. Dette hidtil upåagtede forhold er efter min mening den vigtigste anke, man kan rejse mod grundsætningen, og det skal derfor tages op til almindelig drøftelse nedenfor under IV; det antydes kun her, fordi det medfører, at berigelsesgrundsætningen allerede som begrundelse for kravet lider af en vis skævhed.

Foruden de to ovennævnte almindelige hensyn — genoprettelseshensynet og vederlagshensynet — beherskes restitutionskravenes område af en lang række andre reale hensyn, hvoraf de vigtigste er forsøgt udviklet ovenfor i kap. 5 og 6. At disse hensyn også har betydning ved berigelseskravene, bestrides ikke af berigelsesgrundsætningens tilhængere, idet der ved afgørelsen af, om der i det konkrete tilfælde foreligger en ugrundet berigelse, skal ses hen til disse⁴). Begrebet »ugrundet« må således opfattes som en *samlebetegnelse* for alle disse talrige hensyn. Denne beskrivelsesmetode kan næppe kaldes helt adækvat, men den indebærer forsåvidt ingen uklarhed,⁵) når man blot er på det rene med, hvad der søges udtrykt ved formlen. Men det må dog betegnes som noget af et særsyn indenfor juraen, når en mangfoldighed af reale grunde og hensyn søges udtrykt i et enkelt begreb. Sædvanligvis søger et retsprincip kun at give udtryk for et enkelt reelt hensyn. Allerede af denne grund må man på forhånd nære en vis mistillid til værdien af at opstille en almindelig berigelsesgrundsætning som en slags regel for retsanvendelsen, men måske kan det dog have nogen betydning for denne, idet den eventuelt kan give vejledning om, hvad

⁴) således hedder det hos *Ussing Erstatningsret* 230: „I al almindelighed kan der ikke siges stort andet end, at omstændighederne ved berigelsens indtræden og senere skæbne må være af en sådan art, at der ingen betænkeligheder er ved som almindelig regel at indrømme tilbageførelse. Herved må der selvfølgelig tages hensyn til lovgivning og retspraksis. Iøvrigt må afgørelsen træffes for hver enkelt gruppe af tilfælde“

⁵) herimod dog *Lundstedt* I 170, hvor begrebet „ugrundet“ som begrundelse for restitutionskravene afvises som en cirkelslutning. Denne indvending kan formentlig undgås, når man bestemmer begrebet, som ovenf. gjort.

der i første række bør lægges vægt på ved afgørelsen af, hvorvidt der i det enkelte tilfælde skal indrømmes et restitutionskrav. Dette spørgsmål skal søges besvaret i det følgende afsnit.

IV. Berigelsesgrundsætningen som normgivende (eller vejledende) grundsætning.

A. Fremstilling af berigelsesgrundsætningen — berigelsesmålestokken — berigelsesteoriene og kritikken af dem.

Hovedindholdet af den traditionelle berigelsesgrundsætning består af fem betingelser, som kræves opfyldt, for at der kan indrømmes et berigelseskrav. Der må (1) være sket en berigelse (2) på en andens bekostning (3) der må være en vis nærmere (i tysk doktrin »umiddelbar« eller »direkte«) forbindelse mellem berigelsen og tabet (4) berigelsen må være i behold ved sagsanlægget og endelig (5) må berigelsen være ugrundet. Undertiden tilføjes der (6) yderligere en betingelse, nemlig, at berigelseskravet kun kan gennemføres, såfremt tablidte ikke har andre retsmidler til sin rådighed (f. eks. et vindikationskrav eller et almindeligt erstatningskrav) enten mod den berigede eller mod andre, hvormed han kan dække sit tab. Kravet skulle m. a. o. kun være subsidiært.

1. *Berigelsen og berigelsesmålestokken.* Ved berigelse forstås man almindeligvis først og fremmest enhver påviselig *formueforøgelse*,⁶⁾ hvadenten den er positiv eller negativ.

a. Til de *positive formueforøgelser* bør man formentlig henregne enhver form for *værdiforøgelse* af en persons formuesfære (*lucrum emergens*), uanset om dette giver sig udtryk på hans formues aktivside, i form af erhvervelsen af en ting, en fordring, et patent o. s. v.,⁷⁾ eller på hans formues passivside, i form af befrielse for gældsbyrder, frigørelse af behæftel-

⁶⁾ *Planiol-Ripert*, tome 7 p. 48 (no. 753), *David* 211 f., *Dernburg* 720, *Guhl Obligationenrecht* 151 f., *von Tuhr* 401 f., *Thomle* 310 og *Ussing Erstatningsret* 231 f.

⁷⁾ selv den blotte besiddelse af en ting må e. o. anses for en berigelse, jfr. *von Tuhr* 402 og *Thomle* 311.

ser på hans ting o. s. v.⁸⁾ Ti herved opnås som fremhævet ovenfor s. 117 f., at sondringen bliver parallel med sondringen mellem, om der er sket et, samfundsmæssigt set, absolut tab eller ej, som igen er parallel med sondringen mellem formueoverførelser (som kan omgøres) og formueopofrelser (hvor der — ligesom ved skadegørende handlinger — er sket et for samfundet absolut tab, der aldrig kan bringes ud af verden, men som kun kan erstattes ved at flytte tabet fra en person til en anden).

b. Til de *negative* formueforøgelser (eller berigelser) må herefter henregnes enhver form for »*ikke-formindskelse*« (*damnum cessans*) af en persons formuesfære, altså enhver form for undgåelse af tab, som f. eks. nødvendige udgifter til en tings bevarelse.

Som nævnt i kap. 5, s. 117 f., kan man herefter opstille tre parallelle sondringer:

(1) Formueoverførelser — formueopofrelser.

(2) Intet samfundsmæssigt (eller absolut) tab — samfundsmæssigt tab.

(3) Positive berigelser — negative berigelser.

Sondringerne er ganske vist parallelle i den forstand, at f. eks. en formueoverførelse ikke kan resultere i en negativ berigelse o. s. v., men det erindres, at der kan tænkes (positive) berigelser, som hverken er en følge af en formueoverførelse eller en opofrelse, nemlig de refleksive værdistigninger, medens omvendt ikke enhver (uberettiget) formueoverførelse medfører en berigelse hos den, mod hvem kravet rejses, f. eks. vindikationskrav mod godtroende erhververe, som har betalt fuld pris for tingen, ligesom heller ikke enhver formueopofrelse medfører en (negativ) berigelse hos den, til hvis fordel opofrelsen er sket, f. eks. hvor en *negotiorum gestio-handling* mislykkes.

Sondringernes reale værdi er, grundet på disse ufuldstændigheder, ikke særlig stor, udover at de klart viser, at man ikke ved

⁸⁾ jfr. *von Tuhr* 401, anderledes *Ussing Erstatningsret* 231. Hvis en person er helt formueløs, kan det naturligvis hævdes, at befrielse for gældsbyrder etc. ikke forøger hans formue, når han således var helt ude af stand til selv at betale, men der er næppe grund til at undtage dette specielle tilfælde, jfr. *von Tuhr* 1.c. note 13.

behandlingen af berigelseskravene tør lægge afgørende vægt på, om der er sket et samfundsmæssigt tab eller ej, idet berigelsesbegrebet omfatter adskillige tilfælde, hvor der er sket et samfundsmæssigt tab, nemlig alle de negative. Som det fremgik af udviklingen i kap. 6, s. 131 f., vindes der heller ikke noget ved at indskrænke begrebet »opofrelser for andre« til kun at omfatte formueopofrelser i den ovennævnte tekniske forstand.

c. Det har været meget diskuteret, om hvorvidt *erholdelse af underhold eller nyttig uddannelse (ideelle goder)* skal betragtes som berigelser.⁹⁾

Julius Lassen vendte sig mod en sådan opfattelse, navnlig forsåvidt angik myndighedslovgivningens område,¹⁰⁾ idet han hævdede, at afgørelsen af spørgsmålet om, hvorvidt belæring eller underhold in concreto må anses for en berigelse, var en umulig opgave for domstolene, idet højst den umyndige selv eller hans værge havde forudsætninger for at afgøre dette.

Som bekendt veg myndighedsloven (§ 44) ikke tilbage for at stille domstolene en sådan opgave, idet den umyndige, når selve den modtagne ydelse ikke kan leveres tilbage, er pligtig at betale erstatning »i det omfang, hvori det modtagne er brugt til passende underhold for ham eller iøvrigt skønnes at være kommet ham til nytte«.

Hvad angår spørgsmålet i almindelighed, har *Ussing* i lighed med fremmed ret hævdet den opfattelse,¹¹⁾ at man bør være mere varsom med at statuere berigelse end myndighedsloven giver adgang til. Der bør således kun statures berigelse, hvis der er indtrådt en påviselig besparelse, og måske også hvor uddannelsen har affødt øgede indtægter. Forskellen viser sig f. eks., hvor vedkommende person som følge af formuegevinsten har ofret en uddannelse på sig selv, som han ellers ikke ville have haft råd til. Efter myndighedslovens § 44 vil han komme til at betale erstatning, såfremt det må antages, at uddannelsen er kommet ham til nytte, medens han efter berigelsesmålestokken ville

⁹⁾ Den herskende opfattelse i fransk ret henregner det til berigelse, se ovenf. s. 18 f., og *Planiol-Ripert* l.c. no. 753. I schweizisk ret antages det også, jfr. *von Tuhr* 401 note 15.

¹⁰⁾ jfr. Forhandlinger på det fjerde nordiske juristmøde (1881) 163 ff.

¹¹⁾ *Ussing Erstatningsret* 232.

blive fritaget for ansvar.¹²⁾ Det synes imidlertid noget ejendommeligt at behandle umyndige, som dog har krav på større hensyn, strengere end myndige. Man skulle tværtimod være tilbøjelig til at antage, at stillingen var omvendt. I de romanistiske retsforfatninger udregnes ganske vist den umyndiges erstatningspligt efter den almindelige berigelsesmålestoks mildere ansvarsregel, hvor der altså lægges vægt på, om der virkelig er indtruffet en besparelse. Denne regel vil dog formentlig, når det drejer sig om ideelle goder, volde for store praktiske vanskeligheder (bevismæssige m. v.), hvorfor myndighedslovens § 44's mere håndterlige »nytteregel« sikkert må foretrækkes også udenfor lovens område. Hele forholdet viser iøvrigt, hvor varsom man må være med at overføre den romanistiske berigelsesregel til dansk ret, idet der herved kan opstå anomalier som den ovennævnte, hvorefter umyndige bliver behandlet strengere end myndige. Den romanistiske berigelsesregel behandler myndige og umyndige i princippet ens, medens dansk lovgivning har valgt at behandle de umyndige strengere end efter den almindelige berigelsesregel. Konsekvensen synes da at blive, at vi må behandle de myndige ihvertfald med samme strengthed.

Det er imidlertid et spørgsmål, om man ikke ved de myndiges erstatningsansvar bør gå videre endnu. I denne henseende er der et forhold, som ikke må overses. Det uberettiget erhvervede kan enten bestå i et almindeligt formuegode — en ting, en sum penge etc. — som så senere ombyttes med et ideelt gode, f. eks. undervisning, men det kan også selv bestå i et ideelt gode. Problemet i det førstnævnte tilfælde må løses efter de principper, man vil lægge til grund ved besvarelsen af spørgsmålet, om berigelsen stadig skal være i behold ved sagsanlægget eller m. a. o., hvilken betydning der skal tillægges berigelsens videre skæbne, jfr. herom nedenf. under 4. Problemet i sidstnævnte tilfælde er derimod det foreliggende, om erhvervelsen af ideelle goder bør anses for en berigelse. De to problemer hænger naturligvis til en vis grad sammen, men der er principielt intet til hinder for at løse dem forskelligt. I nærværende forbindelse kan man sikkert uden større fare under hensyn til de derved opnåede bevistekniske for-

¹²⁾ jfr. herved *Borum* 74.

dele som hovedregel sætte berigelsen til lig værdien (prisen) af de erhvervede ideelle goder.

d. Et vigtigt led i berigelsesgrundsætningen er, som bekendt, at *berigelseskravet ikke kan overstige den indvundne berigelse*. Berigelsen er således ikke alene *betingelse* men også *målestok* for kravet. Spørgsmålet bliver da, hvorledes størrelsen af berigelsen, bestemt som ovenfor udviklet, skal fastslås. Den almindelige opfattelse¹³⁾ går ud på, at den skal ansættes til den *merværdi* (eller ikke-formindskelse), som er opnået, altså med fradrag af alle de omkostninger, som f. eks. erlægelse af købesum etc., den berigede har måttet afholde i anledning af berigelsens erhvervelse. Imod denne opfattelse (*»saldo-teorien«*) har der været hævdet en modsat anskuelse (*»zweikonditionenteorien«*),¹⁴⁾ gående ud på, at slige omkostninger kun kan trækkes fra, hvis de står i kausalsammenhæng med berigelsens erhvervelse fra den tablidende. Har den berigede således købt en vindicabel ting, som han derefter har forbrugt, kan han ikke fradrage købesummen, men er henvist til at få dette tab erstattet ved et berigelsesøgsmål (eller snarere et vanhjemmelssøgsmål) mod sælgeren. Resultatet er for så vidt konsekvent, som der normalt ikke anerkendes krav på løsen (svensk, finsk og fransk ret danner i så henseende en bemærkelsesværdig undtagelse) hos vindikanten, når han vindicerer tingen, men at vindikatus her må søge at dække sit tab ved at gøre vanhjemmelansvar gældende mod sin sælger (jfr. herved købel. § 59). Der er naturligvis intet i vejen for at opstille en sådan regel, ja det vil måske endog være anbefalelsesværdigt i visse tilfældegrupper, men berigelsesbegrebet vil i så fald miste sin mening. Man forstår derfor godt, at tilhængerne af berigelsesgrundsætningen har vendt sig imod denne anskuelse, ti forenes med berigelsesgrundsætningen kan den næppe.

Det er plausibelt, at anskuelserne rammes af den af *Ussing* l. c. fremsatte indvending, at man ikke kan slutte noget fra de logiske betragtninger, den opererer med, såsom »kausalsammen-

13) jfr. *Planck* 1682, *Thomle* 314 jfr. 338, *Cohn* 222 f. og *Ussing Erstatningsret* 236.

14) navnlig af *von Tuhr* *Allgem. Teil des Bürg. Recht* 392 f., se også *Planck* 1683 for yderligere henvisninger.

hæng« etc., og det er rigtigt, når Ussing fremhæver, at »selvom retsordenen anerkender vindikationsret i visse tilfælde, kan man ikke derfra slutte, at den også efter vindikationskravets bortfald må give krav på alt, hvad der er erhvervet for tingen«. Men man kan dog heller ikke uden videre slutte det modsatte, og så er man lige vidt. For at sige det skarpt: berigelsesgrundsætningen postulerer, at surrogatkravet for vindikationskravet er indskrænket til berigelsen, medens den sidstnævnte anskuelse, som altså ret beset ikke kan forenes med berigelsesgrundsætningen, postulerer, at kravet har det samme omfang, som vindikationskravet, men nogen real begrundelse for disse postulater ses der ikke at være givet.

Hele spørgsmålet hænger sammen med det større problem, nemlig, om det er rigtigt, at restitutionskravene i almindelighed bør bestemmes til størrelsen af den opståede berigelse. Hvis man herimod påstår, at det vil afhænge af de enkelte tilfældegrupper, og man derhos forbeholder sig adgang til at bestemme kravet anderledes — i nogle tilfælde til et værdikrav eller et egentligt erstatningskrav, i andre måske til en uskadelig borttagelsesret — hvis man finder det rimeligt, synes berigelsesgrundsætningen kun at fremtræde som et postulat.

Berigelsesgrundsætningen ses ikke at have bevist, at berigelsesmålestokken i almindelighed er den rigtige ved udmålingen af restitutionskravene. For at bevise dette, burde den fra tilfældegruppe til tilfældegruppe kunne godtgøre, at netop berigelsesmålestokken er den reelt forsvarlige målestok og ikke en derfra forskellig, såsom et værdikrav, en borttagelsesret etc. Hensynet til den berigede, at han ikke må lide noget tab, når han er i god tro, slår i denne henseende ikke til, ti hensynet til tablidte vil ofte tale med lige så stor styrke, således at tanken om at udvide kravet til et værdikrav eller endog til et erstatningskrav, på forhånd ikke kan udelukkes. Og omvendt kan hensynet til tablidte i visse tilfælde have betydelig mindre vægt end hensynet til den berigede, således at tablidte kun bør indrømmes en uskadelig borttagelsesret. Dette forhold, at kravet kan falde forskelligt ud i forskellige tilfældegrupper, overses ikke altid af tilhængerne af berigelsesgrundsætningen, men de fristes da til at bortse fra slige krav som liggende udenfor berigelseskravenes område, idet der under berigelseskravene naturligt kun kan

medtages netop de krav, som beregnes efter berigelsesmålestokken. Denne betragtning indebærer imidlertid et farligt cirkelræsonnement. Dette er ikke vanskeligt at indse. Ti hvis der skal være mening i berigelsesgrundsætningen, må den kunne udpege en eller flere grupper af restitutionskrav, som beregnes efter en berigelsesmålestok; *men denne »udpegning« må ske efter andre kriterier end efter, om kravet er begrænset til berigelsen.* Ti der opnås intet ved at udtale, at berigelsesgrundsætningen gælder, når berigelsen er målestokken og ellers ikke. Man kunne lige så godt sige, at grundsætningen gælder, når den gælder. Det er imidlertid ikke helt let at frigøre sig fra det indtryk, at tilhængerne af berigelsesgrundsætningen her gør sig skyldige i et sådant selvbedrag. Gående ud fra den rigtige iagttagelse, at berigelsesmålestokken bør lægges til grund ved beregningen af en række restitutionskrav, slutter man, at så bør den også i alle — eller dog i de fleste tilfælde — lægges til grund; og skulle der vise sig tilfælde, hvor dette ikke slår til, så er man i kraft af selve udgangspunktet udenfor berigelseskravenes område. Havde man derimod — mere beskedent — udtalt, at det i de enkelte tilfældegrupper bør overvejes, om det ikke ville være rimeligst at lægge en berigelsesmålestok til grund for udmålingen og ikke — nærmest »apriorisk« — postulere, at målestokken skal eller bør lægges til grund, ville man have undgået den ovenanførte indvending. Men til gengæld måtte man da samtidig have ofret tanken om at opstille en almindelig grundsætning.

c. Hvad der her er sagt om målestokken, kan omtrent med samme ret anføres om *berigelsen som betingelse for kravet.* »Der må være opstået en berigelse, for at der kan indrømmes et krav«, således stilles betingelsen. Det anerkendes imidlertid, at der undertiden indrømmes restitutionskrav, selvom der ikke er opstået en berigelse, som f. eks. ved vindikationskrav mod godtroende erhververe, der har givet fuldt vederlag for det erhvervede gode. Hvis berigelsesgrundsætningens forsvarere her — ihvertfald de lege ferenda — ville hævde den opfattelse, at disse krav i virkeligheden burde afvises, ville tankegangen under alle omstændigheder være konsekvent, omend den kunne omtvistes. Men dette synes dog ikke at være meningen. Tværtimod går tilhængerne tilsyneladende ud fra, at disse krav ganske er i deres orden; de medtages blot ikke under berigelsesgrundsætningen af den simple

grund, at der ikke er opstået nogen berigelse. Men herved indsnævrer berigelsesgrundsætningen igen sit område til netop at omfatte, hvad der ligger i dens forudsætninger. Den vil gerne bevise, at der er en række restitutionskrav, som er afhængige af, om der er indtruffen en berigelse, og som er indskrænket til kun at omfatte denne berigelse. Dette bevises imidlertid ved netop at opstille berigelsen som betingelse og derefter at påstå, at kravet er indskrænket til denne.

Berigelsesgrundsætningen går derfor i sine forudsætninger ud fra, hvad den i virkeligheden skulle bevise. Den beviser, at berigelsen er en betingelse, ved at opstille den som en betingelse, og den beviser, at kravet bør udmåles i overensstemmelse med berigelsesmålestokken, ved at opstille denne.

2. Den næste betingelse, der opstilles, er, at *berigelsen skal være opstået på en andens bekostning*, der må m. a. o. kunne påvises et tab.

Tabet kan ligesom berigelsen enten være »positivt«, nemlig når vedkommende formuesfære formindskes, eller »negativt«, ved at vedkommende berøves en formueforøgelse, f. eks. ved ikke at få en ham tilkommende arv. Tabet må være af økonomisk art, således at sjælelig lidelse ved at miste en ting (affektionsinteressen) ikke kan fordres erstattet, selvom denne undtagelsesvis måtte kunne dækkes af berigelsen. Det erindres herved, at berigelsesgrundsætningens forlangende om, at der både skal foreligge et tab og en berigelse, er at forstå derhen, at berigelseskravet hverken kan overstige tabet eller berigelsen — den såkaldte »*dobbelte begrænsning*«.

Kravet om, at der skal foreligge et tab, fastholdes dog ikke fuldt ud. I særlige tilfælde er det nok, at der foreligger en berigelse. Som nævnt i det foregående er man ved uberettiget råden over andres åndsrettigheder gået ind for — og formentlig med rette — at indrømme et krav, blot der kan påvises en berigelse, som f. eks. i den norske forfatterlov og patentlov, uanset god eller ond tro. Også i det omfang, man har anerkendt erstatningskrav for refleksive værdistigninger, har man måttet se bort fra betingelsen om tabet, hvis man ikke vil vælge at tage sin tilflugt i en fiktion om, at der i slige tilfælde dog alligevel er sket en slags »tab«.

Udmålingen af tabet må iøvrigt foretages på samme måde som i den almindelige erstatningsret.¹⁵⁾

3. *Der må være forbindelse mellem tabet og berigelsen.* Der hersker en del uklarhed vedrørende denne betingelse. Dette skyldes formentlig, at man — ofte uden at gøre sig det helt klart — ved denne betingelse både sigter til en årsagsbetingelse og en »adækvans«-betingelse.

a. At der må være *årsagsforbindelse* mellem tabet og berigelsen for, at man overhovedet kan anerkende et krav, turde være indlysende. Tabet må være en »*conditio sine qua non*« for berigelsen, således at berigelsen kan siges at være en følge af tabet.¹⁶⁾ Denne betingelse er det formentlig overflødigt at gå nærmere ind på, idet den må bestemmes på samme måde som årsagsbetingelsen i den almindelige erstatningsret.¹⁷⁾

b. Foruden årsagsforbindelse kræves der normalt noget mere, nemlig at der er en *vis nærmere forbindelse* mellem tabet og berigelsen (i tysk doktrin »direkte« eller »umiddelbar«),¹⁸⁾ hvilken betingelse man af mangel på bedre for kortheds skyld passende kan kalde »*adækvansbetingelsen*«.

Det må dog straks fastslås, at denne adækvansbetingelse ikke har den samme betydning og funktion som adækvansbetingelsen i den almindelige erstatningsret. Adækvansbetingelsen i erstatningsretten er motiveret dels ud fra præventionshensynet og dels af retstekniske grunde¹⁹⁾ og kan kort gengives derhen, at skaden må være et typisk udslag af handlingens farlige egenskaber. Det siger sig selv, at berigelsesgrundsætningens adækvansbetingelse må støtte sig på et andet grundlag, idet navnlig præventionshensynet normalt ikke gør sig gældende her.

Hvad der nærmere skal forstås ved betingelsen, når den holdes

¹⁵⁾ jfr. *Ussing Erstatningsret* 232 jfr. 134 f.

¹⁶⁾ se hertil *Thomle* 312 og *Ussing* l.c.

¹⁷⁾ jfr. herved *Ussing Erstatningsret* 143 ff.

¹⁸⁾ om tysk og fransk ret se kap. 2, I og II, jfr. endvidere *Ussing Erstatningsret* 232 f. Som det vil erindres fra kap. 2, s. 32 f. kræver schweizisk ret kun årsagsforbindelse.

¹⁹⁾ jfr. herved *Ussing* l.c. 149 f., *Lassen Alm* 345, *Stang* 296 og *Sindballe: Adækvanslæren i Erstatningsretten*, U 1948 B. 253. Sindballe er dog ikke overbevist om adækvansbetingelsens berettigelse i erstatningsretten.

i den vage form »en vis nærmere forbindelse«, er ikke helt klart, bortset fra at den naturligvis forudsætter årsagsforbindelse. To betragtninger kan dog formentlig anføres som begrundelse for adækvansbetingelsen og dermed yde støtte til den nærmere forståelse af betingelsen:

For det første er det klart, at desto længere tabet og berigelsen er fjernet fra hinanden, eller m. a. o. desto flere mellemlidder der er skudt ind mellem den tablidende og den berigede, desto mindre vil den almindelige retsfølelse synes, at et krav er berettiget. Dernæst kan tilfældigt tilstødende begivenheder forøge berigelsen således, at det ville føles urimeligt, om tablidte også skulle kunne kræve denne berigelse.²⁰⁾ Det kan f. eks. også ofte være vanskeligt at fastslå, om en del af berigelsen skyldes den berigedes egen dygtighed; han har måske solgt vedkommende genstand og opnået en fordelagtig pris, men det er uvist, om dette skyldes konjunkturerne eller hans forretningsdygtighed.

I disse tilfælde har man været inde på at afskære berigelsesklagen med en henvisning til, at berigelsen ikke har den nødvendige nærmere forbindelse (»adækvans«) med tabet. Men anvendt på denne måde refererer »adækvans«-betingelsen sig i virkeligheden til spørgsmålet om, hvornår en berigelse er ugrundet; men herved sker der en uheldig sammenblanding af to af berigelsesgrundsætningens betingelser.

Både retsteknisk heldigere og mere forståelig er den tyske doktrins formulering, hvorefter der skal være »direkte« eller »umiddelbar« forbindelse mellem tabet og berigelsen,²¹⁾ hvilket igen vil sige, at der ikke må være noget mellemlid (tredjemand) mellem den tablidende og den berigede.

Denne regel er teknisk skarp — og den har den fordel, at den udelukker visse mislige berigelseskrav, som den franske formulering ikke har haft held til at ramme. Der tænkes herved navnlig på det tilfælde, hvor en person A har erlagt en eller anden ydelse til B, som denne har videreoverdraget til C, men hvor B, inden han har afregnet med A, er gået fallit. A kan her se sin fordel i at forsøge at henvende sig til C og prøve at få dækning

²⁰⁾ jfr. herved *Planiol-Ripert* tome 7 no. 755.

²¹⁾ jfr. herved *Planck* 1624 og *Ussing Erstatningsret* 232. Reglen anerkendes dog ikke af alle.

udenom B.s konkursbo, men var dette muligt, ville han herigenem opnå et uberettiget konkursprivilegium.²²⁾ Hensynet til kreditorerne må her være det afgørende. I de almindelige tilfælde vil C være forpligtet direkte overfor B eller dennes konkursbo, hvorfor der ikke vil opstå nogen berigelse hos C, således at et eventuelt krav fra A.s side allerede af denne grund vil være udelukket. Naturligvis kunne man her gennemføre den regel, at tillade A at henvende sig direkte til C, mod at lade C blive fritaget for sine forpligtelser overfor B.s konkursbo. En sådan regel vil normalt ikke støde an mod hensynet til C, idet det må være ham underordnet, hvem han skal opfylde sine forpligtelser til; dog gælder dette ikke altid; hvis B f. eks. er entreprenør for C, kan C lide tab ved, at entreprisen afbrydes, fordi C istedetfor at betale til B, må betale til A.²³⁾ Derimod må en sådan »genvejsregel« i almindelighed afvises ud fra konkursretlige principper. Det vil utvivlsomt være misligt, om A i almindelighed havde adgang til at gøre sit krav mod B gældende mod C, blot fordi denne havde erhvervet A.s ydelse fra B, idet det må tilkomme B.s konkursbo at søge fyldestgørelse i B.s krav mod C. Medens fransk ret i denne henseende frembød et noget broget og usikkert billede (jfr. ovenfor s. 20 f.), skærer, som sagt, tysk ret igennem og nægter A adgang til at rejse krav mod C.

Hvad dansk ret angår, må en sådan adgang formentlig også nægtes. Dette må ihvertfald antages, hvor A ikke er separatist i B.s konkursbo, som f. eks. ved kreditsalg. Er A omvendt separatist, som f. eks. hvor han har taget et gyldigt ejendomsforbehold, vil hans interesser normalt være tilbørligt varetaget gennem vindikationsretten, som han sædvanligvis kan gennemføre overfor C, selvom denne er i god tro. Vindikationsrettens gennemførelse medfører naturligvis, at C kan nægte at opfylde sin forpligtelse overfor B.s konkursbo på grund af vanhjemmel.

Er derimod vindikationsretten udelukket, f. eks. fordi C har videresolgt genstanden, er spørgsmålet særdeles tvivlsomt. Meget kunne her tale for at give A dækningsadgang udenom konkursboet. Har A således lånt fallenten B en ting, som denne uberettiget har overdraget til C, der igen har skilt sig af med den,

²²⁾ jfr. ovenfor i kap. 2, s. 26 f. og *Ussing Erstatningsret* 233.

²³⁾ jfr. herved *Ussing Erstatningsret* l.c.

således at den ikke længere kan spores, synes det rimeligt at give A ret til at kræve købesummen fra C istedetfor B.s konkursbo, ti ellers ville konkursboet tjene på fallentens retstridige adfærd — eller, for at anvende berigelsesgrundsætningens terminologi, opnå en »ugrundet berigelse på A.s bekostning«. Til støtte for resultatet kan kmsl. § 58 formentlig anføres. Denne giver som hovedregel, når B er kommissionær for A, sidstnævnte adgang til at indtale B.s forrøring med C (tredjemand). Derimod forbyder kmsl. § 56 stk. 2, at C for sit eventuelle krav mod B søger at opnå dækning udenom B.s konkursbo i kommissionæren B.s krav mod sin kommittent A. Denne regels berettigelse turde dog være omtvistelig.²⁴⁾

Hvad endelig angår det særlige tilfælde, at C er en gavemodtager, synes det mere rimeligt at give A en direkte dækningsadgang mod C, idet gaven i virkeligheden er givet udelukkende på A.s bekostning og ikke på samtlige kreditorers. Konkurslovgivningens afkræftelsesregler kan vel næppe antages at udelukke et sådant krav, da disse regler efter deres natur kun tilgodeser samtlige kreditorers interesse i, at boet ikke formindskes ved forringende dispositioner fra fallentens side, hvilket ikke ligger for i nærværende tilfælde; alligevel turde spørgsmålet være temmelig omtvisteligt.

Udenfor konkurstillfælde er problemet om muligt endnu mere omtvisteligt. Da hensynet til B.s kreditorer ikke her har betydning, vil der næppe være større fare ved at åbne A adgang til at rejse krav direkte mod C. Som anført ovenfor i kap 2, s. 20 f. fastholder tysk retspraksis heller ikke kravet om umiddelbarhed i fuld udstrækning, men frembyder flere eksempler på det modsatte.²⁵⁾ I lighed hermed er *Ussing*²⁶⁾ tilbøjelig til at indrømme A et direkte krav mod C, hvis aftalen mellem A og B er ugyldig på grund af svig, umyndighed o. lign. Denne regel er dog næppe sikker for dansk rets vedkommende, jfr. dom i U 1908.101, hvor A, der havde solgt en ting til den umyndige B, blev nægtet adgang til at vindicere tingen fra C, som i god tro havde erhvervet den fra B, se *Borum* 73. Så meget større sandsynlighed

²⁴⁾ jfr. *Ussing Aftaler* 355 med henvisninger.

²⁵⁾ se *Planck* 1626.

²⁶⁾ *Erstatningsret* 233.

vil der formentlig her være for, at man vil afskære et berigelseskrav.

Uden her at undersøge spørgsmålet i dets fulde udstrækning, fordi dette praktisk talt ville forudsætte, at samtlige tilfælde af berigelseskrav blev inddraget i undersøgelsen, turde det formentlig fremgå af det ovenudviklede, at berigelsesgrundsættningens »adækvansbetingelse« i virkeligheden rummer et meget kompliceret problem, som sikkert ikke med held lader sig udtømme i en enkelt sætning, som f. eks. den, man har villet opstille i tysk doktrin, idet der haves vidt forskellige reale synspunkter for øje, såsom konkursretlige, retstekniske etc., samt tillige selve grundproblemet om, hvornår berigelsen skal anses for ugrundet. Der kan derfor her i modsætning til culpareglens adækvanslære formentligt intet generelt udtales om problemet, idet dette helt vil afhænge af de enkelte tilfældegrupperes særlige hensyn, som selvsagt vil være af højst forskellig natur.

4. Den romanistiske berigelsesgrundsætning opstiller som sin næste betingelse, at *berigelsen må være i behold ved sagsanlægget, for at der kan indrømmes et berigelseskrav*. Dog gennemføres reglen ikke til sin yderste konsekvens, jfr. ovenfor i kap. 2. I kap. 5, s. 118 f. er der gjort nogle bemærkninger om den reale baggrund for denne regel, hvortil der foreløbigt kan henvises.

Julius Lassen (Alm 303) vendte sig imod denne regel, idet han fandt det misligt, om kravet skulle være afhængigt af, om den berigede havde anvendt berigelsen på fornuftig måde eller havde bortødslet den. »Ti«, som han anførte, »til at gøre den tablidendes krav afhængigt af, om hans ret er bleven krænket af en ødeland eller af en fornuftig mand, så at han stilles bedre overfor sidstnævnte end overfor førstnævnte, synes der ikke at være nogen grund«.

Imod denne opfattelse har *Ussing (Erstatningsret 217)* indvendt følgende:

»Når Lassen fandt resultatet stødende, beroede det vistnok på, at han behandlede spørgsmålet særlig for de tilfælde, hvor berigelsen var vundet ved at udøve andres rettigheder uden hjemmel, og at han anså denne udøvelse for retstridig. Ubevidst har Lassen vistnok ladet sin dom påvirke heraf, jfr. de ovenf. citerede ord »om hans ret er blevet krænket«. Der er ikke noget særlig

stødende i reglen, når man går ud fra, at der ikke er noget at lægge den berigede til last og *overhovedet ikke foreligger noget grundlag for at pålægge ham erstatningsansvar* (udh. af forf.) ... Men når man ikke vil gribe ind i den formue, den berigede havde før berigelsen ... må man netop i princippet begrænse kravet til den berigelse, der er tilstede, når kravet rejses.«

Denne indvending er berettiget, forsåvidt som der ikke i denne forbindelse kan sluttes noget fra begrebet »objektivt retsbrud«, jfr. ovenf. i kap. 5; det må tværtimod anses for farligt at operere med begrebet, idet det dels kan føre tanken hen på, at der foreligger egentlig culpa, og dels tilslører, at der kan være udmærket grund til at tage hensyn til den berigede. Som fremhævet i kap. 5, må det dog ikke overses, at visse tilfælde ligger på grænsen af det culpøse, hvilket måske kan medføre en strengere behandling. På den anden side er der måske alligevel en rigtig kerne i Lassens anskuelse. Det synes ihvertfald urimeligt, at lade en hvilkensomhelst begivenhed, som tilstøder berigelsen (formuegodet), have indflydelse på tablidtes krav. Formuegodet befinder sig indenfor den berigedes magtområde, og tablidte har således ingen mulighed for at varetage sine interesser. I visse tilfælde bør man måske derfor lægge vægt på, om formuegodet er forringet eller ødelagt grundet på den berigedes ligegyldighed (uforsvarlige omgang med tingen); dette gælder i flere særlige tilfælde i henhold til dansk ret, se således ægteskl. II § 33, hvorefter den anden ægtefælle kun kan frigøre sig for ansvar overfor den første ægtefælles kreditorer, »når han beviser, at de overførte genstande er gået tabt uden hans skyld«, lov om borteblevne § 18 stk. 3: »... modtagne gået tabt uden arvingens skyld, er han fri for ansvar«, samt købel. § 58, hvorefter køberen bl. a. kun kan hæve købet, »såfremt undergangen eller forandringen skyldes en hændelig begivenhed eller genstandens egen beskaffenhed«. Af disse regler tør man utvivlsomt slutte, at den »berigede« ikke kan fri sig for ansvar, hvis tingens undergang eller forringelse skyldes hans forsætlige eller uagtsomme handlinger, selvom de er foretaget på et tidspunkt, hvor det endnu ikke stod ham klart, at andenmand (f. eks. kreditorer i ægteskl. II § 33 eller en forsvunden arvelader i lov om borteblevne) kunne gøre et krav gældende. Disse regler, som sikkert er berettigede, kan formentlig siges at have givet Lassens anskuelse en vis ret.

Har den forsætlige eller uagtsomme ødelæggelse eller forringelse af formuegodet først fundet sted, efter at der er rejst sag, eller, efter at besidderen er blevet gjort opmærksom på hans besiddelses manglende berettigelse, er der ingen tvivl om, at han ikke bør fritages for ansvar. Dette er den almindelige regel allerede efter den romanistiske berigelsesgrundsætning, og den godkendes også af *Ussing* (l. c. 234).

Bortset fra det af Lassen fremførte argument kan også bevismæssige og retstekniske grunde medføre en anden udformning af reglerne vedrørende det heromhandlede spørgsmål end den romanistiske berigelsesgrundsætnings udformning; dette fremhæves også af *Ussing* (anf. sted). Det må iøvrigt bemærkes, at selvom man forkaster den almindelige berigelsesgrundsætning, falder problemet naturligvis ikke derfor bort. Spørgsmålet er stadig: Hvilken indflydelse har det på restitutionskrav i anledning af ugrundede formueoverførelser, at formuegodet går til grunde, forringes, bortkommer, videreoverdrages etc.? Ved den nærmere gennemgang må man ligesom *Ussing* sondre mellem (a) penge og andre fungible goder, og (b) individuelle ting.

a. Består formuegodet i *penge*, antager *Ussing* i modsætning til den romanistiske berigelsesregel,²⁷⁾ at det må være *hovedreglen, at kravet er uafhængigt af pengenes senere skæbne*. Denne anskuelse, som utvivlsomt må anerkendes af bevis- og retstekniske grunde, har også støtte i dansk ret, jfr. eksempelvis købel. § 57 stk. 1 om tilbagegivelse af købesummen og lov om borteblevne § 18 stk. 1 og 2.²⁸⁾ Hvad særligt angår den sidstnævnte lov, har *Borum* (185) hævdet den opfattelse, at arvingen kan gå fri for ansvar, hvis han kan føre bevis for, at de modtagne penge er gået hændeligt til grunde, f. eks. ved at den bank, hvori han — uden at der kan bebrejdes ham noget i så henseende — har indsat pengene, er gået i stykker. Forudsætningen må altså være, at pengenes indsættelse klart lader sig påvise. Denne fortolkning er sikkert forsvarlig, jfr. herved mot. til loven, og det kan

²⁷⁾ jfr. *Planck* 1698 jfr. 1685, og *von Tuhr* 420 ff. (O. R. art. 64). I fransk ret er man dog tilbøjelig til at gå imod denne regel, se *Planiol-Ripert* tome 7 no. 753.

²⁸⁾ se *Borum* 183, jfr. også fortolkningen af den tidligere fdn. 11. sept. 1839 § 2. Sol. § 273 stk. 1 kan også anføres.

spørges, om man ikke bør udvide den til at gælde generelt. Dette er dog næppe anbefalelsesværdigt. Ved lov om horteblevne er der et særligt hensyn at tage til arvingerne (jfr. mot. 49), idet de har erhvervet formueværdierne i henhold til et offentligt dekret (dødsformodningsdom), hvorfor der kan være grund til at sætte sig ud over de bevismæssige betænkeligheder, man altid må nære, når talen drejer sig om »beviser for uforskyldt tab af penge«, men i andre tilfælde, som f. eks. i handelsforhold (jfr. her igen købel. § 57 stk. 1), er det næppe tilrådeligt. Det må altså i det almindelige tilfælde være ligegyldigt, om pengene er brugt eller gået tabt. Derfor må det også være ligegyldigt, hvad pengene er blevet brugt til. Kravet kan således rejses, selvom pengene er blevet brugt til erhvervelse af ideelle goder (undervisning, uddannelse m. v.), som man, jfr. ovenf. under 1, har diskuteret om, hvorvidt de var en berigelse.

Ussing vil imidlertid udvide den almindelige regel om penge til også at gælde almindelige handelsvarer, når de ikke er erhvervet til eget brug. Han går dog ikke ubetinget ind for tanken, og det må sikkert også betvivles, om en sådan udvidelse vil være heldig, idet der i disse tilfælde — modsat penge — normalt ikke foreligger identifikationsvanskeligheder. Men hvor dette er tilfældet, som f. eks. hvor fungible ting (korn, kul etc.) er blevet blandet med vedkommendes egne, vil der være god grund til at følge Ussings forslag.

b. Består formuegodet i *andre ting* end penge eller andre fungible ting, bør kravet bortfalde, når genstanden *går hændeligt til grunde*, idet en modsat regel klart turde tilsidesætte hensynet til den godtroende besidder. Herom hersker der almindelig enighed, jfr. Ussing l. c., Lassens anskuelse gik vistnok i samme retning, se ovenf. s. 71 ff. Reglen har også stærk støtte i dansk ret, jfr. købel. § 58, ægteskl. II § 33 og lov om horteblevne § 18. På samme måde må besidderen være fritaget for ansvar for hændelig forringelse. Har besidderen krav mod andre (skadevoldere, forsikringselskaber etc.) i anledning af tingenes undergang, må disse *surrogatkrav* naturligvis tilfalde tablidte (jfr. her ved f. a. l. § 54).

Er genstanden *afhændet*, følger det af den romanistiske berigelsesregel, at den berigede kun hæfter med det, han har indvundet ved overdragelsen, altså normalt købesummen (jfr. *von Tuhr*

416 og *Planck* 1677). Denne regel, som altså er en konsekvens af berigelsesgrundsætningen, kan næppe godkendes uden videre, ihvertfald ikke for dansk rets vedkommende; således lægger lov om bortblevne § 18 stk. 2 principielt *værdien* (*vera rei estimatio*) til grund, således at hvis det kan godtgøres, at værdien var større end den indvundne salgspris — det siger sig selv, at der må kræves et klart bevis — hæfter arvingen med værdien, jfr. *Borum* 184, men iøvrigt (tingen er måske solgt over værdien) heller ikke med mere; det samme standpunkt indtager ægteskl. II § 33, »værdien af det overførte«, jfr. herved *Borum Familieret* II. 288. Det forekommer mig, at denne værdiregel er rimelig, selvom den indebærer et klart brud med berigelsesmålestokken, idet besidderen turde være den *nærmeste til at bære risikoen* for, at han kun får et mindre beløb ind. Har han afhændet genstanden helt eller delvist i gaveøjemed, synes han også at være den nærmeste til at bære dette tab. Tilhængerne af berigelsesgrundsætningen vil måske henvise til, at tablidte i så fald kan holde sig til gavemodtageren, men dette vil sikkert være en noget uheldig løsning, dels fordi det kan være umuligt at gennemføre kravet (gavemodtageren kan måske ikke findes, eller han har givet den videre som gave) og dels fordi det — navnlig ved delvis gave — kan være vanskeligt at bevise gavehensigten. Det vil også være retsteknisk uheldigt at »stykke« kravet ud i flere delkrav mod forskellige personer, selvom de processuelle ulemper måske i nogen grad kan afbødes ved subjektiv kumulation. Lov om bortblevne § 18 stk. 2 indfører forøvrigt den særlige grænse for værdikravet, at det ikke kan overstige værdien af ting af tilsvarende art og godhed på det tidspunkt, da kravet rejses (jfr. nærmere *Borum* l. c.). Reglen kan begrundes med, at besidderen kunne have afværget kravet ved at udlevere genstanden, såfremt den stadig havde eksisteret, hvorved tablidte måtte have fundet sig i værdiforringelsen. Det synes derfor naturligt at gennemføre denne regel i videst mulige omfang.

Er tingen blevet *ombyttet* med en anden ting, må der formentlig gælde de samme regler som om den oprindelige ting, jfr. *Ussing* l. c. Reglen er dog næppe ganske sikker ud fra forholdets natur, idet den nye ting kan være et mere udsat gode (villa mod bil), hvis forringelse eller undergang det kan synes en tablidte uvedkommende risiko. At lade omkostningerne ved ombytningen falde

på tablidtes kappe kan også være vanskeligt at begrunde (cfr. Ussing l. c.). Er den oprindelige ting derimod blevet ombyttet med ideelle goder (undervisning m. v.), hvilket iøvrigt vil være ret upraktisk, opstår spørgsmålet påny om, hvorvidt erhvervelsen af disse goder er en »berigelse«. Ovenf. under 1 forsvarede jeg, at man, allerede hvis selve det oprindelige gode var af ideel art, burde gå videre med den romanistiske berigelsesgrundsætning og ihvertfald udforme reglen i overensstemmelse med myndighedsl. § 44's nytteregel, hvis man da ikke ville gå endnu videre. I den heromhandlede relation, hvor et almindeligt formuegode først senere ombyttes med et ideelt gode, er jeg mest tilbøjelig til at antage, at man helt må udforme reglen i overensstemmelse med værdisynspunktet — det er altså værdien af undervisningen etc., hvilket igen normalt vil sige hele beløbet (prisen for undervisningen), som bør lægges til grund — idet man herved undgår alle bevismæssige vanskeligheder, som navnlig her vil blive store.

Er genstanden *forbrugt*, følger det forsåvidt allerede af berigelsesgrundsætningen, at det er *værdien på forbrugets tid*, som principielt må lægges til grund (*Planck* 1673 og *von Tuhr* 415), men berigelsessynspunktet medfører samtidig, at der også må lægges vægt på, om forbruget har givet vedkommende en *besparelse* eller ej, således at besidderen går fri for ansvar, hvis forbruget i forhold til hans formueomstændigheder må betragtes som en »luksus« (*Planck* 1678). Denne modifikation, som ganske vist er en konsekvens af berigelsesmålestokken, synes allerede af retstekniske grunde næppe anbefalelsesværdig at gennemføre i almindelighed. Ti man vil her let komme ud i omstændelige bevisførelser, og det vil sikkert ofte være en ren umulighed for domstolene at skønne rigtigt over bevisernes vægt. Reglen må sikkert også forkastes for positiv dansk rets vedkommende, jfr. t. eks. tendensen i dommene U 1939.1041 og 1044 H og 1945.898, jfr. nærmere nedenf. i kap. 8. Lov om borteblevne har ganske vist i § 18 stk. 2 indført den modifikation, at »kravet mod arvingen (eller medarvinger, jfr. § 25) kan nedsættes eller bortfalde, når forbruget har været rimeligt begrundet i hans erhvervelse af den borteblevnes ejendele, og det efter hans økonomiske forhold ville være ubilligt at lade ham tilsvare det fulde beløb«. Men denne regel er kun fakultativ og må iøvrigt antages at være givet under indtryk af det særlige hensyn, som man må tage til disse

personer, jfr. Borum l. c. og lovens mot. 49. At domstolene vil anvende den analogt på andre tilfælde af uberettigede formueoverførelser, er utænkeligt, og der må sikkert tilrådes lovgivningsmagten en vis forsigtighed med at indføre reglen i andre tilfælde. Dog er det ikke udelukket, at man bør indføre den i visse tilfældegrupper.

Den romanistiske berigelsesgrundsætning har ført til, at man også lader kravet bortfalde, når den berigede som følge af berigelsen har ladet sig friste til at *forbruge noget af sin øvrige formue* (jfr. *Planck* 1678 og *von Tuhr* 423). *Ussing* forkaster i princippet — og utvivlsomt med rette — denne regel under henvisning til, at den vil give anledning til stor usikkerhed. Dog anser han spørgsmålet for meget tvivlsomt og antyder, at det muligvis må besvares forskelligt i forskellige grupper af tilfælde. Der turde dog næppe være betænkelighed ved helt at forkaste reglen. De bevismæssige vanskeligheder vil normalt være så store, at de på afgørende måde taler imod reglen; og selv hvor dette ikke er tilfældet — *von Tuhr* l. c. nævner det eksempel, at en mand, som indebitum har modtaget et guldur, bortskænker sit sølvur til en anden — synes reglen alligevel urimelig, idet det sikkert vil føles stødende, hvis besidderen af gulduret kunne gøre udleveringen til ejeren afhængig af, at denne erstattede ham værdien af sølvuret. For positiv dansk rets vedkommende må den sikkert helt forkastes, idet ikke engang lov om bortblevne, hvor dog de stærkeste grunde taler for den, har fundet anledning til at indføre den, idet den i § 18 stk. 2 ovenf. gengivne regel kun gælder om selve de modtagne formuegoder. Reglen vil også være en anomali i forhold til myndighedsl. § 44 stk. 1, som heller ikke engang ved de umyndiges ansvar lægger vægt på dette moment.

Som det formentlig er fremgået af det foregående, kan den romanistiske berigelsesgrundsætnings regler om berigelsens bortfald hverken godkendes ud fra forholdets natur eller positiv dansk ret. *Lassens* kritik var forsåvidt beføjet. Det er rigtigt, når *Ussing* (l. c.) har fremhævet, at dette forhold ikke nødvendigvis må føre til en forkastelse af den almindelige berigelsesgrundsætning i sin helhed, ti dennes hovedaccent ligger på begrebet »den ugrundede berigelse«; men det kan dog næppe bestrides, at den taber meget af sin værdi, når den må underkastes alle de ovennævnte modifikationer.

5. Berigelsesgrundsætningens hovedbetingelse er, at *berigelsen må være »uretfærdig (ungerechtfertigt) eller ugrundet (sans cause — sine causa)«*.

Da man blev klar over, at naturretens lære om, at enhver berigelse på en andens bekostning burde gå tilbage, ikke kunne gennemføres i det praktiske retsliv uden at prisgive ethvert sikkerhedshensyn, navnlig hensynet til sikkerheden i omsætningen (løfters forpligtende kraft), søgte man at finde et princip, der muliggjorde en indskrænkning. Dette førte til, at man opstillede begrebet »den ugrundede berigelse« som en betingelse for indrømmelse af berigelseskravet. Dette blev vistnok gjort første gang af *Savigny* (Obligationenrecht I, 1851.230).

Spørger man imidlertid, hvad der nærmere skal forstås ved dette begreb, får man som regel ikke noget videre oplysende svar. Det hedder som oftest, at begrebet er et udtryk for den tanke, »at ingen uretfærdigt må kunne berige sig på en andens bekostning«, se f. eks. udtalelserne hos *Planck* 1619, *Dernburg* 722, *von Tuhr* 400, *Planiol-Ripert* no. 752 og *Thomle* 304; hvilket ikke siger synderligt mere end den gamle sætning fra romerretten (dig. 12, 6, 14) »..... *neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem*«. Hvornår der foreligger en »ugrundet berigelse«, må herefter overlades til lovgivningen, domstolene og retsvidenskaben at fastsætte (jfr. herved *Dernburg* 723), idet det er umuligt på forhånd at opstille faste regler (*Ussing Erstatningsret* 230).

Det tør ikke undre, at denne sætning har givet anledning til kritik.²⁹⁾ Rent bortset fra, at det med rette kan hævdes, at sætningen overhovedet ingen oplysning giver, og derfor lader retsanvendelsen i stikken (Lassens hovedindvending), er det nærliggende at angribe den for at være en cirkelslutning, både når den anvendes som *begrundelse* for kravet, og når den anvendes som en *retsætning*. Ræsonnementet kan kort gengives således: Når en lov

²⁹⁾ I tysk ret var det navnlig *Jacobi* (i *Jahrbuch für Dogmatik* IV. 159), som førte kritiken an, men den fik som bekendt ingen indflydelse på B.G.B. I engelsk-amerikansk ret blev den anført af *Everett V. Abbot* (10 *Harvard Law Review*, 209—27 og 479—512). I Norden har navnlig *Lundstedt* (I. 170), *Lassen* (Handlinger, Indledning XIX ff.) og *Hult* (245) kritiseret begrebet „den ugrundede berigelse“.

eller en domstolsafgørelse har fastsat, at der i et givet tilfælde skal indrømmes et berigelseskrav, er det altså dermed fastslået, at der foreligger en »ugrundet« berigelse. Tænker man sig, at retsanvendelsen var kommet til det modsatte resultat, ville berigelsen omvendt have været »grundet«. Berigelsesgrundsætningen kan således ikke komme videre end til at fastslå, at berigelsen er »ugrundet«, når der indrømmes et krav, medens den er »grundet«, når kravet nægtes. Men det ville være det samme som at sige, at berigelsen er ugrundet, når den er ugrundet, eller at »reglen gælder, når den gælder« (*Lundstedt* l. c.). Den logiske brist ved berigelsesgrundsætningens betingelse om, at berigelsen skal være ugrundet, er m. a. o., at man forsøger at fastlægge begrebet ved hjælp af begrebet selv, altså den typiske tautologi.

For at fri sig for denne indvending, må man altså søge at give begrebet et positivt indhold. Det har heller ikke manglet på forsøg i denne retning, og der skal i det følgende gives en redegørelse for de vigtigste af disse.

a. Det første alvorlige forsøg blev gjort af *Windscheid*,³⁰⁾ som hævdede den anskuelse, at afgørelsen af, om berigelsen er grundet eller ugrundet normalt må afhænge af, om berigelsen er opstået med eller uden tablidtes vilje. Denne »*viljesteori*« er selv sagt altfor »grov«. *Windscheid* var vistnok nærmest optaget af at udskille de berigelser, som kan opstå i kontraktsforhold ved, at den ene part grundet på større forretningsdygtighed opnår en gevinst på medkontrahentens bekostning. At disse »berigelser« i almindelighed må erklæres for grundede (gyldige), medmindre der foreligger et meget stort værdispring (sml. aftalel. § 31 »åbenbart misforhold«), var man, som ovenf. bemærket ved *Savigny*, tidligt klar over, var en nødvendighed af hensyn til samhandelens sikkerhed (jfr. herved *Ussing Erstatningsret* 213). *Windscheids* lære medfører ganske vist, at disse berigelser samt visse andre, navnlig de tilfælde, hvor tablidte med vilje har påført en anden en berigelse, erklæres for grundede, men den yder ingen vejledning i de øvrige tilfælde, hvor spørgsmålet i virkeligheden er mest brændende. Hans lære ses heller ikke at have fået nogen større tilslutning.

³⁰⁾ *Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung*, (Leipzig 1878) 28 ff.

b. »*Kreationsteorien*«. Der har også i fransk ret været gjort forskellige forsøg på at opstille et almindeligt princip. *Ripert* og *Teisseire*³¹⁾ har her udformet en teori (théorie du profit créé), hvorefter der ved afgørelsen af, om en berigelse er ugrundet, må ses hen til, hvem af de implicerede berigelsens opståen nærmest må tilskrives. Den, som skaber en samfundsværdi, må også være den nærmeste til at nyde godt af den. Teorien lyder meget åndfuld, men den giver dog næppe nogen egentlig vejledning. Den kan ganske vist tilpasses en del berigelsestilfælde, navnlig vedrørende frembringelse og tilvækst, men i flertallet af tilfældene lader den retsanvendelsen i stikken. Det udtales nok, at man skal se hen til, hvorfra berigelsen stammer, men til afgørelsen af, om denne berigelse ugrundet er overgået til en anden, gives der ingen vejledning udover, at »la personne enrichie ne doit pas profiter d'une situation qu'elle n'a pas créé« (*Ripert* s. 274). Men så er man jo lige vidt.

c. »*Vederlagsteorien*«. *Maury*³²⁾ og *Rouast*³³⁾ har udviklet en anden lære, gående ud på, at det afgørende for bedømmelsen af, om berigelsen er ugrundet (sans cause), må være, om der er ligevægt mellem ydelserne (»équilibre des prestations«). Denne anskuelse, som må ses som et udtryk for det ovenfor ofte omtalte »vederlagshensyn«, kan imidlertid ikke yde nogen almindelig vejledning vedrørende spørgsmålet, om hvornår berigelsen er ugrundet. Ti vederlagshensynet refererer sig ikke i første række til dette spørgsmål, men derimod til to af berigelsesgrundsætningens *ovrigt* betingelser, nemlig, at der må være sket en berigelse på en andens bekostning (se ovenf. under 1 og 2). Noget andet er, at vederlagshensynet (berigelsen på en andens bekostning) i sig selv er et reelt hensyn blandt mange andre, til afgørelsen af, om en *formueoverførelse* er grundet eller ugrundet. Men for tilhængerne af berigelsesgrundsætningen tager problemet sig ikke ud på denne måde. De har en gang for alle *ophøjet* vederlagshensynet til en

31) Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause de droit civil français, Rev. trimestrielle, 1904. 727 ff. I lignende retning *Loubers* i Revue critique, 1912. 396. Se også *Ripert* no. 141.

32) Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, Thèse Toulouse, II (1920).

33) L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile, Rev. trimestrielle (1922).

betingelse, nemlig den, at der må være sket en berigelse på en andens bekostning, jfr. herved udviklingen ovenf. under 1, samt III. Det spørgsmål, der herefter rejser sig for berigelsesgrund-sætningens tilhængere, bliver derfor spørgsmålet om, hvornår berigelsen er ugrundet, men her må vederlagshensynet eo ipso holdes udenfor, hvis man vil undgå en meningsforstyrrende sammenblanding af grundsætningens forskellige led eller bestanddele.

d. »*Standardlæren*«. Der har i fransk ret, foruden de to under b og c nævnte, været opstillet andre principper eller formler til afgørelse af, hvornår berigelsen er ugrundet (jfr. herved *Ripert* no. 141 og *Planiol-Ripert* tome 1 no. 757 ff.), men disse virker endnu mindre overbevisende end de to ovennævnte. *Ussing* (*Erstatningsret* 230) forkaster også dem alle som værende uden værdi for dansk ret. Interessen må herefter samle sig om det hovedsynspunkt, som synes at have fået mest tilslutning både hos de franske domstole og hos teoretikerne, nemlig den, at »den ugrundede berigelse« må opfattes som et *moralsk princip* (règle moral), eller m. a. o. som en retsstandard, jfr. herved ovenf. s. 23 samt *Planiol* no. 142 og 147 og *David* 211 f., som begge falder tilbage på denne anskuelse.

Ovenfor i kap. 4 rejstes det spørgsmål, om berigelsesgrund-sætningen skulle betragtes som en retsstandard eller som en egentlig retsregel. Hvis den skal kunne opfattes som en egentlig retsregel, må dens forskellige led, herunder begrebet »den ugrundede berigelse«, kunne gives en så bestemt form, at domstolene uden større vanskeligheder kan afgøre et konkret tilfælde. Forsåvidt angår betingelserne om, at der skal være sket en berigelse på en andens bekostning samt om henholdsvis berigelsens og tabets størrelse, kan dette nok siges at være tilfældet. Noget andet er, at man kan kritisere, at berigelsen anvendes som en almindelig målestok ved restitutionskravene. Hvad derimod angår betingelsen om »den ugrundede berigelse«, turde allerede den forudgående udvikling have vist, at man her står overfor en uløselig opgave. Det er derfor meget forståeligt, at man istedet prøver at opstille betingelsen som en standard. Det kan imidlertid straks fastslås, at »den ugrundede berigelse« som moralsk princip ikke kan opstilles som en retlig standard i sædvanlig forstand. Det essentielle i en retsstandard (jfr. herved *Knoph Standarder* 4)

turde være, at den *bedømmer en menneskelig adfærd på et bestemt område ud fra et moralsk begreb*, som f. eks. »redelig forretningsskik« i konkurrenceforhold (konkurrenceel. § 15) eller »almindelig hæderlighed« ved afslutning af aftaler (aftalel. § 33). Men i berigelsestilfældene er der tale om en *mangfoldighed af menneskelig optræden i højst forskellige situationer*. Det drejer sig her både om kontrahenter, arvinger, frembringere og mange andre, som det vil være umuligt at anlægge en ensartet moralsk adfærdsmålestok overfor. Det er ikke et ensartet afgrænset område, som f. eks. konkurrenceforhold, men en broget forskellighed af retsområder. Der kan således ikke opstilles nogen retlig standard i sædvanlig forstand som følge af tilfældegruppernes mangfoldighed og store uensartethed. Skal der derfor overhovedet gøres forsøg på at opstille en »moralisk målestok«, må den udformes noget hen i retning af følgende: Er det moralsk forsvarligt, at den berigede fortsat beholder berigelsen, efter at han er blevet gjort opmærksom på, at den er opstået på en andens bekostning? Dette synes også at være den måde, som fransk teori må opfattes på, jfr. David l. c. og Planiol no. 147. Det hedder således hos Planiol anf. st.: »En somme, toutes les constructions juridiques auxquelles a donné lieu l'enrichissement sans cause apparaissent a peu près inutiles pour expliquer le domaine et la portée de l'action. Ce que l'on a essayé, c'est de dissimuler le caractère moral de la règle possédée«.

Det siger imidlertid sig selv, at dette moralske princip kun vil yde retsanvendelsen ringe hjælp. Men rent bortset herfra, er princippet formentligt uforsvarligt. Man kan sikkert med en vis føje karakterisere retsreglerne som den del af de moralske regler, hvorom der hersker nogenlunde enighed, og af hvilke det yderligere må kræves, at de retsteknisk egner sig til at blive gennemført som retsregler. Hvis man derfor over en bank ophøjer alle moralregler til praktisk anvendelse indenfor et vist retsområde, er man slået ind på en farlig vej. Det vil ikke alene medføre en meget betænkelig retsusikkerhed (dette indrømmes også af David l. c.), når man således opfatter berigelsesgrundsætningen som et »diskretionært billighedsprincip«; men det vil også kunne føre til meget uensartede resultater, idet de enkelte dommeres moralopfattelse kan være stærkt divergerende, når det som her drejer sig om et vanskeligt og uensartet retsområde, hvor man har givet

frit spillerum for alle moralske principper. Ti om det ene eller det andet skal gives fortrinet vil i virkeligheden fra sag til sag være afhængig af den enkelte dommers frie skøn. Man forstår derfor godt engelske juristers mistro overfor berigelsesgrundsætningen, når den bliver præsenteret (af David og Friedmann) i denne form, og man må give *Holdsworth* ret, når han (49 f.) vendt imod den udtaler:³⁴⁾

»If the result of the adoption of the French or German technical rules is to leave the matter wholly to the discretion of the judge, it means in effect that the law has thrown up the sponge, and has abandoned the attempt to produce any workable rules on this question. It means in effect that a lawyer asked to advise on a doubtful case will be obliged to study, not so much the principles of the law, as the mentality of his judges No doubt many reforms in the law could be effected, and the law could be made to serve any social needs which counsel could persuade the judge were ripe for satisfaction. But the common law, if subjected to this process, would soon cease to exist as a system of logical and interrelated principles and rules«.

e. »*Quasikontraktsteorien*« i engelsk ret. Så langt som præjudikaterne og de deri indeholdte retsgrundsætninger kan lede de engelske domstole, må disse naturligvis følges. Men hvor disse undtagelsesvis ikke slår til, bliver spørgsmålet, hvorledes det skal fastslås, om der i det enkelte tilfælde skal indrømmes et restitutionskrav. Engelsk ret er, som anført, tilbøjelig til at anvende begrebet »den ugrundede berigelse«. Istedet har man, som anført ovf. s. 41 f., været inde på, at domstolene i slige tilfælde skal se hen til, om det ville være ret og billigt (reasonable and fair) at *indfortolke (imply) et løfte* i den berigedes adfærd og hele forhold til tablidte, om at yde restitution. Det kan iøvrigt bemærkes, at *Holdsworth* er en ivrig forkæmper for denne anskuelse. Som det vil erindres fra kap. 3, anlagde den ledende

³⁴⁾ *Everett V. Abbot* har i sin anmeldelse af *Keener's Quasi-Contracts* i 10 *Harvard Law Review* 209 ff. fremsat en anden indvending, som belyser problemet på karakteristisk måde. Tankegangen kan skematisk gengives på følgende vis: Da ikke enhver „*moralisk*“ ugrundet berigelse er eller bør være ulovlig (herved tænkes der formentlig navnlig på retstekniske grunde), er det både uforsvarligt og ulogisk at opstille en retsregel, som går ud på, at enhver moralsk ugrundet berigelse må afgives til den, hvorfra berigelsen stammer.

dom *Sinclair v. Brougham* (1914) denne synsmåde, og det fremgår af adskillige *dicta* i senere domme, at de engelske domstole stadig er tilbøjelige til at anlægge synspunktet.

Man må imidlertid give *Anson* (429) ret, når han fremhæver, at der ikke derved er opnået nogen større klaring; ti hvornår er det ret og billigt at indfortolke et løfte i parternes forhold og handlemåde? En ting er dog formentlig givet (hvilket *Holdsworth* l. c. fremhæver som et fortrin), nemlig, at domstolene under anvendelsen af denne konstruktion i betydeligt mindre omfang vil være tilbøjelige til at indrømme et restitutionskrav, end hvis de anvendte konstruktionen »den ugrundede berigelse«. Det må også stadigt erindres, at hvor præjudikaterne giver vejledning, er der ingen brug for konstruktionen; den medfører altså — i modsætning til standardteorien — ingen fare for, at »the common law will cease to exist«. Jeg skal forøvrigt ikke opholde mig længere ved den quasi-kontraktlige teori, da det formentlig siger sig selv, at den ikke egner sig til efterligning i dansk ret.

f. »*Causalæren*«. Udtrykket »*causa*« tages som bekendt i flere forskellige betydninger. Den gængse betydning af ordet i de romanistiske retsforfatninger refererer sig til den regel, hvorefter et (»abstrakt«) løfte ikke i almindelighed kan indtales ad rettens vej. For at dette kan ske, må der gives oplysning om motivet eller grunden (*causa*) for løftet. Det er ikke i denne betydning³⁵), at udtrykket tages i nærværende forbindelse. Når der her tales om *causa*, menes der, at en *berigelse kun er grundet, når der kan angives en af retsordenen anerkendt grund (causa) herfor*. Det er normalt denne sætning, man er faldet tilbage på, når man har opgivet forsøget på at give begrebet »den ugrundede berigelse« et mere positivt indhold.³⁶)

Sætningen kan ligesom begrebet »den ugrundede berigelse« naturligtvis angribes for at være en cirkelslutning. Som nævnt i kap. 5, s. 92 f., angreb *Lassen*³⁷) også sætningen ud fra den betragtning, at den forudsætter nøjagtig oplysning om samtlige *causae*,

³⁵) Den almindelige causateori er som bekendt forkastet for dansk rets vedkommende; der kan henvises til *Lassen Alm* 55 f. og *Ussing Aftaler* 114, som begge vender sig imod den af *H. Munch-Petersen* 415 ff. hævdede opfattelse.

³⁶) se hertil *Thomle* 304 med henvisninger, jfr. også ovenf. s. 22 om fransk ret.

³⁷) *Handleringer* Indledning XXVI, jfr. også *Jung* 16.

som kan berettigge en berigelse på en andens bekostning. Men en sådan udtømmende oplysning er det umuligt at give, hvilket gør sætningen praktisk ubrugelig.

Som tidligere anført dækker begrebet »den ugrundede berigelse« over en mangfoldighed af reale grunde, som både har relation til tablidte og til den berigede tilligemed retstekniske hensyn. Afvejelsen af disse grunde vil nødvendigvis falde forskelligt ud i de forskellige grupper af tilfælde. Når berigelsesgrundsætningen nu opstiller begrebet som en betingelse for berigelseskravet, må det altså opfattes som en samlebetegnelse for alle disse forskellige hensyn, dog bortset fra vederlagshensynet, som der er gjort op med, ved at gøre berigelsen til en betingelse. Det siger sig selv, at det er umuligt at opregne alle disse forskellige hensyn, som kan medføre, at en berigelse på en andens bekostning bør anses for grundet, eller m. a. o. samtlige *causae*. Men selvom dette var muligt, vil det dog ikke være muligt at forudse alle de konkrete tilfælde, som kan opstå under samfundets udvikling, og hvor de kan have forskellig vægt med deraf følgende forskellige resultater. Mangfoldigheden af de tilfælde og situationer, som kan opstå indenfor restitutionskravenes uensartede område, medfører iøvrigt også, at forsikringsvæsenets store udvikling i nyeste tid kun har en begrænset betydning på dette område modsat den almindelige erstatningsregel (culpareglen), hvor udviklingen ser ud til at få skelsættende betydning.

Hvis man imidlertid vil gå med til, at retsbeskyttelseshensynet er det vigtigste hensyn og dermed tage sit udgangspunkt i hensynet til tablidte, kan man opstille en almindelig formodningsregel i følgende form: Overalt, hvor der er sket en berigelse på en andens bekostning, er der formodning for, at den er ugrundet, d. v. s. den kan kræves tilbageført, medmindre særlige grunde gør det rimeligt at lade formueforskydningen stå ved magt. Formuleret på denne måde indeholder sætningen, som anført i kap. 5, ingen selvmodsigelse, sålidt som den flertydighed, der karakteriserer Lassens sætning: »I den engang bestående formueordning finder ingen forandring sted uden en gyldig grund«, idet det ikke fremgår af denne, om den ser sagen fra tablidtes eller den berigedes side, jfr. ovenf. i kap. 5, s. 89 f. Hvis man agter at opstille berigelsesgrundsætningen som almindeligt retsprincip til vejledning for domstolene, men samtidig ønsker at undgå

indvendingen om, at man bevæger sig i cirkelræsonnementer, må man utvivlsomt indskrænke sig til at give den form af den her foreslåede formodningsregel, eller en hermed beslægtet form, således som *Ussing* har gjort det, når han udtaler (*Erstatningsret* 230): »Omstændighederne ved berigelsens indtræden og senere skæbne må være af en sådan art, at der ingen betæneligheder er ved som almindelig regel at indrømme tilbageførelse«.

Ovenfor, under 1, har jeg imidlertid fremført betæneligheder ved at opstille berigelsen som en almindelig målestok ved udmålingen af restitutionskravene ud fra den betragtning, at denne målestoks berettigelse kun er et postulat, og jeg har ydermere, se også ovenf. under III, anført det betænelige i at gøre selve det forhold, at der er sket en berigelse på en andens bekostning, til en almindelig betingelse ved restitutionskravene, ud fra den betragtning, at man herved ophøjer en — omend meget vigtig — real grund til en betingelse, selvom tilstedeværelsen af denne ved beslægtede krav (vindikationskrav i almindelighed) ikke altid kræves.

Godkendes disse betragtninger, må berigelsesgrundsætningen forkastes. Men sker dette, må den ovenfor opstillede formodningsregel omredigeres. Ti der skal i så fald ikke længere spørges om, *hvornår berigelsen er ugrundet*; men om, *hvornår en formueoverførelse er ugrundet*, altså selvom den foregår fra A til C via B, og C har givet fuldt vederlag for formuegodet til B, eller m. a. o. der er kun sket et tab (hos A), men ingen berigelse (hos C). Berigelsen er hermed udgået som betingelse.

Sætningen vil herefter komme til at lyde: *Overalt, hvor der er sket en formueoverførelse udenfor den almindelige handel mellem køber og sælger, er der formodning for, at den kan kræves tilbageført, hvis det ikke kan oplyses, at der ifølge lovgivningen, retspraksis eller forholdets natur er særlig grund til at lade den stå ved magt.* Herved bliver der naturligvis, foruden det almindelige hensyn til erhververen af formuegodet, også at tage hensyn til processuelt-retstekniske hensyn, således som de f. eks. har fået udtryk i den »statistiske formodningsregel«, jfr. herved bevisbyrdereglen i D L 5—5—3 og i den såkaldte »stabilitetsregel«, jfr. ovenf. i kap. 5, s. 91.

Idet det vil ses, at alle formueoverførelser ifølge aftale og ek-

stinktiv erhvervelse falder udenfor den ovennævnte sætning, er denne i den udhævede formulering ihvertfald korrekt; og den kan måske også tjene som et hensigtsmæssigt udgangspunkt for den retlige overvejelse vedrørende restitutionskravene. Stilles lovgiveren eller domstolene overfor problemet, om der i en foreliggende tilfældegruppe bør indrømmes et restitutionskrav, lettes vel overvejslen i og for sig, ved at problemet stilles på denne måde. Men det må samtidigt erkendes, at formelen, praktisk talt, er indholdsløs.

6. *Bør berigelseskravet kun være subsidiært?* Som det vil erindres fra kap. 2, var man i fransk ret tilbøjelig til at opfatte berigelsesklagen som subsidiær, medens man i tysk og schweizisk ret nærmest var af den opfattelse, at en sådan betingelse ikke burde opstilles. Vurderingen af denne betingelse er selvsagt umulig, hvis man ikke først gør sig klart, hvilke reale hensyn den er tiltænkt at tilgodese, og hvordan den iøvrigt nærmere skal forstås. For at opnå klarhed herover, vil det formentlig være hensigtsmæssigt at sondre mellem (a) de tilfælde, hvor tablidte foruden berigelseskravet har *et derfra forskelligt krav*, f. eks. et almindeligt erstatningskrav, mod den berigede og (b) de tilfælde, hvor tablidte, foruden at have et berigelseskrav mod en person (den berigede), *tillige har mulighed for at dække sit tab ved at rejse krav mod andre*.

a. Hvis tablidte A har mulighed for at rejse flere forskellige former for krav, derunder et berigelseskrav, mod *samme person B*, er der formentlig ingen grund til i almindelighed at lade berigelseskravet være subsidiært i forhold til de øvrige.

Hvis B *forsætligt* eller *uagtsomt* har tilvendt sig en af A.s ting, vil A have mulighed for både at rejse vindikationskrav, erstatningskrav og berigelseskrav mod ham. Forholdet vil her som oftest være det, at A bedst ser sig tjent med at rejse et af de andre krav — vindikationskrav eller erstatningskrav — inden han forsøger sig med berigelseskravet. Berigelseskravet vil således *rent faktisk* virke subsidiært i forhold til de øvrige. Men er både vindikationskravet og erstatningskravet udelukket (tingen er måske forbrugt og erstatningskravet forældet), kan spørgsmålet blive aktuelt. Det siger imidlertid sig selv, at det ville være urimeligt at udelukke berigelseskravet, blot fordi der oprindeligt har væ-

ret mulighed for at rejse de andre krav. B.G.B. § 852 stk. 2 fastsætter også i dette specielle tilfælde, at berigelseskravet ikke er bortfaldet, se ovenf. i kap. 2, s. 30.

Hvis derimod B er en *godtroende*, men ikke ekstinktiv erhverver af A.s ejendom, må han være berettiget til at frigøre sig for ethvert krav ved at levere selve tingen tilbage, selvom den er blevet formindsket i værdi enten på grund af konjunkturerne eller på grund af slid og ælde. Ganske vist vil berigelseskravet efter sit indhold normalt ikke omfatte slige forringelser, men der kan måske rejses tvivl, og i så fald bør det præciseres, at B kan frigøre sig for dette eventuelle krav ved at udlevere selve tingen. Men selvom berigelseskravet må antages kun at omfatte tingens nuværende værdi, således at dette krav har den samme økonomiske værdi som vindikationskravet, kan B måske alligevel se sin fordel i at blive frigjort ved at udlevere selve tingen fremfor at betale erstatning, hvilken fordel han formentlig bør have, hvis han ønsker det. I dansk ret må dette gælde ved bortblevne personers krav mod arvinger (eller medarvinger), jfr. lov om bortblevne § 18, se *Borum* 183 ff. og formentlig også i andre tilfælde, f. eks. ved *condictio indebiti* af tingsydelser. Nogle tilhængere af berigelsesgrundsætningen vil, jfr. ovenf. s. 143 f., også kalde det ovennævnte vindikationskrav for et berigelseskrav, men efter det anførte, er der i nærværende forbindelse grund til at sondre mellem dette krav og erstatningskravet (berigelseskravet), og lade det sidstnævnte være subsidiært i forhold til det førstnævnte.

b. Er stillingen imidlertid den, at A dels har mulighed for at rejse et *berigelseskrav mod en person og dels mulighed for at rejse et andet krav mod en anden person vedrørende den samme formueforskydning*, er spørgsmålet mere tvivlsomt, navnlig fordi man åbenbart har forskellige hensyn for øje i de forskellige tilfælde.

Hvis forholdet er det, at B i god tro har erhvervet en vindicabel ting (tilhørende A), men videregivet den til C, som ligeledes er i god tro, kan det e. o. være rimeligt at nægte A at rejse et eventuelt berigelseskrav mod B, og blot henvise ham til at rejse vindikationskrav mod C, idet A.s interesser kan siges at være behørigt beskyttet ad denne vej. Et særegent tilfælde frembyder ægte skl. II § 33. Den ene ægtefælles kreditorer kan kun

rejse et værdikrav mod den anden ægtefælle, hvis det kan antages, at fuld dækning hos den første ægtefælle er uopnåelig. Værdikravet (berigelseskravet) er altså her --- og med føje --- kun subsidiært, jfr. *Borum Familieret* II, 288.

Tænker man sig omvendt det tilfælde, at A er en leverandør, som har solgt forskellige materialer på kredit til en entreprenør B, der igen har anvendt materialerne til at udføre et arbejde på C.s ejendom, kan A, hvis det viser sig, at B ikke kan betale, være interesseret i at rejse direkte krav mod C. Forudsætningen for, at et sådant krav overhovedet kan tilstedes, må naturligvis være, at B.s krav mod C nedsættes i samme omfang, som A får et dækningskrav mod C. Da A.s krav mod B også tilsvarende må nedsættes, synes det at kunne være B ligegyldigt, hvorledes ordningen af de forskellige mellemværender sker. Men dette er dog kun tilsyneladende. I virkeligheden kan det være ødelæggende for hans forhold til C, og denne vil også ofte være interesseret i, at ingen udenforstående blander sig i forholdet, idet det eventuelt kan standse entreprisarbejdet, hvilket han ingen grund har til at tåle, jfr. *Ussing Erstatningsret* 233. Er B gået fallit, vil også dennes kreditorer have berettiget interesse i, at hvert mellemværende opgøres for sig. Problemet er, som det vil ses, det samme, som blev diskuteret ovenf. under 4. I tysk ret kom man, som det vil erindres, udenom spørgsmålet allerede som følge af betingelsen om, at der må være en umiddelbar forbindelse mellem tabet og berigelsen. Som det blev anført ovenf. under 4, kunne der også være tilfælde, hvor det var rimeligt at give A en direkte dækningsadgang mod C. Men hvor dette er tilfældet, kan man naturligvis ikke afvise kravet blot med en henvisning til abstrakte påstande om, at berigelseskravet kræver »umiddelbarhed« mellem tabet og berigelsen, eller at kravet kun er »subsidiært«; alt må i så henseende afhænge af de konkrete hensyn i de enkelte tilfældegrupper.

Man kan imidlertid ikke helt fri sig for det indtryk, at fransk ret, som navnlig har opereret med betingelsen om, at kravet kun er subsidiært, i nogen grad har ladet sig mislede af denne abstrakte påstand, som utvivlsomt er opstået ved en uberettiget generalisation fra enkelte tilfældegrupper. Ovenf. i kap. 2, s. 24, blev der nævnt det tilfælde fra fransk praksis, hvor en forpagter havde betalt forskellige skatter, som det i virkelig-

heden tilkom ejeren at betale. Forpagteren rejste et berigelseskrav mod ejeren, men tabte sagen under henvisning til, at berigelseskravet var subsidiært i forhold til det tilbagesøgningskrav, han havde mod statskassen. Denne doms resultat er næppe berettiget ud fra forholdets natur. Ifølge dansk ret kunne han formentlig have fået et dækningskrav mod ejeren, jfr. *Using* l. c. 225 f, hvilket sikkert også er den fornuftigste løsning, idet den franske dom kun vil bevirke, at mellemværendet opgøres ad en omvej; og hvis tilbagesøgningskravet ligefrem er forældet, ville resultatet være helt urimeligt. Fransk retspraksis gennemfører heller ikke betingelsen konsekvent, men der råder en del uklarhed over dens virksomhedsområde. Betingelsen kritiseres også i teorien, jfr. *Planiol-Ripert* no. 763 og *David* 218.

Resultatet af den foregående udvikling turde formentlig være det, at det er umuligt at opstille en almindelig betingelse om, at berigelseskravet kun er »subsidiært«, men det må bestemmes ud fra de forskellige tilfældegrupperes særlige hensyn, og i hver tilfældegruppe må det tillige præciseres, hvorledes udtrykket skal forstås. Ti som det fremgår af den foregående udvikling, tages det tilsyneladende i to betydninger, nemlig enten 1) som angivende, at kravet *kun* haves, såfremt der ikke kan rejses krav på noget andet grundlag (fransk opfattelse), eller 2) at i konkurrence med andre slags krav (vindikationskrav eller erstatningskrav) kan berigelseskravet *først* rejses, når de andre forgæves er blevet forsøgt. I denne sidste betydning ses det undertiden anvendt i tysk ret, f. eks. ved fortolkningen af B.G.B. § 816 stk. 1 pkt. 2 (»subsidiær« i forhold til 1. pkt.); her er altså den ene berigelsesklage subsidiær i forhold til den anden, jfr. *Fischer Henle B.G.B.* 437 note 8.

7. Efter den ovenfor foretagne gennemgang af de almindelige betingelser (1—6) for indrømmelse af berigelseskrav, tilbagestår spørgsmålet om *kravets stilling i konkurrencen med den berigedes øvrige kreditorer*.

a. Såfremt berigelseskravet består i et *pengekrav*, følger det af almindelige konkursretlige principper, at det må konkurrere på lige fod med den berigedes øvrige kreditorer (jfr. herved *von Tuhr* 428: »Kravet er obligatorisk«). Det er dog tænkeligt,

at tablidte i særlige tilfælde navnlig i kraft af *versio in rem*-grundsætningen kan opnå en særlig beskyttelse. Forudsætningen herfor må dog være, at berigelsen kan påvises som en bestanddel af en bestemt ting, som tilhører fallenten. Er berigelsen opstået ved, at tablidte uden anmodning, men i god tro, har udført forbedringer, frembringelser m. v. på en af fallentens ting, som stadig befinder sig i tablidtes besiddelse, vil denne have tilbageholdsret i tingen for det derved opståede berigelseskrav. Omfanget af kravet skal ikke diskuteres i denne forbindelse. Men i det omfang kravet anerkendes, må konkursboet tilsvare det som et massekrav, hvis det ønsker at tilegne sig tingen. Denne tilbageholdsret kan også udøves over fast ejendom, men må for at opnå kreditorbeskyttelse naturligvis tinglyses, se *Vinding Kruse E R I. 462*. Er tingen allerede inden konkursen overgået i fallentens besiddelse, er spørgsmålet om en eventuel sikkerhedsret for tablidtes krav mere tvivlsomt. Man har i dansk ret, forsåvidt angår fast ejendom, været inde på at give tablidte en »retsbestemt panteret« i ejendommen, jfr. eksempelvis U 1924.867, se også *Torp Tingsret 220* og *Lassen Speciel 840 f.* Denne retstilstand kritiseres ganske vist af *Vinding Kruse* (l. c. 460) for dens uklarhed, men han har senere foreslået denne særlige form for panteret indført, idet nævnte uklarhed fjernes ved at give nærmere regler om denne pantrets tinglysning og prioritetsstilling, se *Vinding Kruse 79*. Ved løsøre egner denne form for panteret sig næppe og er også blevet forkastet i dansk ret, jfr. U 1933.95 H.

b. Går berigelseskravet derimod ud på udleveringen af en *bestemt ting* (herunder også penge, såfremt de stadig forefindes individualiseret ved konkursens indtræden), må tablidte i princippet anerkendes som separatist. Dette anerkendes i dansk ret bl. a. ved bortblevne personers krav mod arvinger, jfr. *Borum 182* (jfr. for den tidl. fdn. af 11. sept. 1839.s vedkommende *Bentzon 343*) og ved *condictio indebiti*, jfr. *Lassen Speciel 884* og *Ussing Enkelte Kontrakter 444*. Separatistretten må sikkert også være udgangspunktet i de almindelige tilfælde. Som anført ovf, s. 144 ville ikke alle tilhængerne (se *von Tuhr 432* og *Cohn 215*) af berigelsesgrundsætningen medtage krav på bestemte ting under grundsætningen, men henføre dem til området for vindikationsretten. Berigelseskravet er efter denne op-

fattelse vindikationskravets »obligationsretlige modstykke«, og kravet opstår således kun ved en slags konvertering af vindikationsretten. Det er m. a. o. det krav, som bliver tilbage, når vindikationsretten er ophørt. Men dette ændrer naturligvis ikke realiteten i nærværende forbindelse. Ti hvadenten man kalder udleveringskravet for et vindikationskrav eller for et berigelseskrav, er spørgsmålet om, hvorvidt det er et separatistkrav, det samme; og dette må altså i hovedsagen besvares bekræftende.

B. Sammenfattende vurdering af berigelsesgrundsætningen som retsnorm. Det legislative spørgsmål.

På grundlag af den foregående udvikling skal der i det følgende gøres et forsøg på at give en almindelig vurdering af berigelsesgrundsætningen.

1. *Berigelsen som betingelse for kravet.* Berigelsesgrundsætningen indskrænker sig som følge af sine egne forudsætninger til kun at omfatte de restitutionskrav — vindikationskrav eller erstatningskrav — hvor der er opstået en berigelse hos den, mod hvem kravet rejses.

Men hermed er det tilsyneladende ikke meningen at udelukke ethvert restitutionskrav, hvor der ikke er opstået en berigelse, tværtimod anerkendes ofte vindikationskrav mod besiddere, der har betalt fuld pris for tingen; disse tilfælde skal blot holdes udenfor grundsætningens område. Omvendt er det heller ikke meningen, at enhver berigelse på en andens bekostning skal kunne kræves omgjort. For at dette kan ske, må berigelsen være »ugrundet«. Men begrebet »det ugrundede« er, som vi har set, kun en samlebetegnelse — eller om man vil »et pulterkammer« — for alle de mangfoldige reale grunde, som, foruden selve berigelsen, gør sig gældende indenfor restitutionskravenes område. Den indtrufne berigelse er således hverken en nødvendig eller en tilstrækkelig betingelse for indrømmelse af et restitutionskrav. Men alligevel er den opstillet som en af hovedbetingelserne ved berigelsesgrundsætningen. Spørgsmålet bliver herefter, om det er formålstjenligt således at udskille de restitutionskrav, hvor der er indtruffet en berigelse, til særskilt behandling?

a. Meningen hermed kan for det første være den, at man ved

opstillingen af berigelsesgrundsætningen tilsigter at øve en *skjult kritik* af det forhold, at der i nogle tilfælde indrømmes restitutionskrav (vindikationskrav) mod en godtroende besidder, som har betalt fuldt vederlag for tingen, altså ikke opnået en berigelse på tablidtes bekostning. Man hævder altså herved i virkeligheden den anskuelse, at den bedste retstilstand *de lege ferenda* ville være kun at indrømme et restitutionskrav --- hvad enten det drejer sig om vindikationskravet eller erstatningskravet — hvis der kan påvises en berigelse hos den, mod hvem kravet rejses. Denne opfattelse synes dog, som ovenfor bemærket, ikke i almindelighed at danne baggrunden for de forskellige forfatteres gån ind for berigelsesgrundsætningen. Den kan sikkert heller ikke forsvares ud fra forholdets natur, idet retsbeskyttelsehensynet, ialtfald hvor tablidte har mistet tingen ved grove retsbrud såsom røveri, tyveri o. desl., ofte vil være så stærkt, at vindikationskravet må gennemføres selv mod en omsætningserhverver, som har erhvervet genstanden i god tro og for fuldt vederlag. Vindikationsretten er ganske vist i støbeskeen, og der er grund til at tro, at fremtidens retsudvikling vil gå i retning af at indskrænke denne. Men tiden er næppe inde til at gennemføre en så radikal regel som den hernævnte, og det er vel endda tvivlsomt, om den tid nogensinde vil komme. Ti problemet er ikke helt ligetil. Der må også tages hensyn til faren for »skjult skyld« (uagtsomt hæleri og desl.), der igen kan føre til retstekniske forskydninger, og selv den »gode tro« er ikke noget fast begreb, idet den kan være mere eller mindre velbegrundet, hvilket kan føre til forskellige resultater i de forskellige tilfældegrupper. Endeligt må det heller ikke overses, at spørgsmålet, om der er erlagt »fuld pris«, kan give anledning til bevistvivl.

b. Når opfattelsen, anført under a, forkastes, må meningen med berigelsesgrundsætningen være den, at *selve erstatningskravet*, altså »surrogatkravet« for vindikationskravet, eller m. a. o. det, som bliver tilbage, når vindikationskravet er gået tabt, *er afhængigt af, om der er indtrådt en berigelse eller ej*. Denne anskuelse er dog kun et postulat, forsåvidt som det vel stadig er et åbent spørgsmål, om ikke de grunde, som i visse tilfælde kan føre til at indrømme et vindikationskrav, selvom der ikke er indtrådt en berigelse, også kan føre til at indrømme et er-

statningskrav. Man kan ganske vist med føje hævde, at det som regel er mere byrdefuldt at betale en pengeerstatning end at udlevere tingen, selvom det økonomiske tab herved iøvrigt bliver det samme. Spørgsmålet er det simple: Skal en person, som har købt en vindicabel (f. eks. en stjålen) ting og forbrugt eller videresolgt den, altid være ansvarsfri? Dette er vel ikke helt givet ud fra forholdets natur. Men må det antages,³⁸⁾ foretrækker jeg dog af retstekniske grunde at lade besidderen være helt ansvarsfri, og ikke anvende berigelsesgrundsætningens løsning, hvor der skal ses hen til, om han nu også har givet fuld pris, eller kun en mindre pris og således opnået en berigelse, ti det vil efter omstændighederne føre til vanskelige bevisspørgsmål; *Lassen* (*Speciel* 833) antog dette, men herimod *Ussing* (*Erstatningsret* 220). Måske er den rette løsning af bevismæssige grunde her den, at lade ham helt slippe, hvor han gør det antageligt, at han har erhvervet den i god tro, uanset om han derved opnår en berigelse; men omvendt lade ham betale fuld erstatning, når han ikke kan antageliggøre sin gode tro, selvom det ikke positivt kan godtgøres, at han har været i ond tro, se nærmere nedenf. i kap. 11. II. Slige løsninger er i princippet udelukket efter berigelsesgrundsætningen, idet den opstiller berigelsen som en absolut betingelse for kravet. Som ovenfor bemærket, skyldes dette, at man på forhånd har ophøjet en — ganske vist meget vigtig — real grund til en betingelse uden helt at gøre sig dette forhold og dets konsekvenser klart.

Hvorom alting er, så skal det dog indrømmes, at meget kan tale for at følge berigelsesgrundsætningen i dens påstand om, at erstatningskravet altid må være afhængigt af, om der er indtruffet en berigelse, men man må da være klar over, at man principielt adskiller erstatningskravet fra vindikationskravet, ti det sidstnævnte er jo ikke altid afhængigt af, om der er opstået en berigelse. Jeg tror imidlertid ikke, at det er helt heldigt at

³⁸⁾ *Jul. Lassen* har givet den reale baggrund følgende overbevisende karakteristik: „Det, at tingen ikke længere findes, er udtryk for, at der er foregået en bevægelse i den pågældendes hele økonomiske situation; han har truffet økonomiske foretagender, gjort et gennemgribende skridt i sin økonomi, som bevirker, at kravets rejsning nu ville være betænkeligere for ham, end sålænge der kun var tale om vindikation“ (Forhandlinger på det fjerde nordiske juristmode, 1882, s. 168).

etablere et fuldstændigt brud mellem de to former for restitutionskrav, idet de dog på så mange måder er snævert forbundne. Rent systematisk er det formentlig også uheldigt at behandle kravene to forskellige steder — vindikationskravet i ejendomsretten og berigelseskravet i obligationsretten. Vindikationskravet og erstatningskravet (berigelseskravet) bør formentlig både videnskabeligt og legislativt undergives en samlet behandling indenfor de forskellige retsområder, hvor de får betydning.³⁹⁾ Dette sidste kan dog naturligvis udmærket ske, selvom man anerkender berigelsen som en betingelse for erstatningskravet.

Hvis man ønsker en konklusion vedrørende berigelsens betydning for restitutionskravene, der deler sol og vind lige, kan den sikkert bedst gives følgende form:

Ved den retlige (legislative) overvejelse af, om der i en eller anden tilfældegruppe bør indrømmes et *vindikationskrav*, må det forhold, at en nægtelse af kravet vil medføre en berigelse hos den pågældende, mod hvem kravet søges gennemført, tillægges stor betydning, ti der er naturligvis langt færre betænkeligheder ved at indrømme kravet i slige tilfælde, end hvor der ikke er opstået en berigelse. Men eneafgørende er dette forhold dog langtfra.

Hvad dernæst angår det *erstatningskrav*, som man eventuelt vil lade træde istedet for vindikationskravet, når dette enten ikke kan gennemføres (tingen kan ikke påvises eller findes), eller dog ikke bør gennemføres (fordi tingen eksempelvis er indgået som en bestanddel i vedkommendes øvrige ting), bør dette som hovedregel være afhængigt af, om der er indtrådt en berigelse. Men man bør dog ikke — modsat den almindelige berigelsesgrundsætning — gå ud fra som et aksiom, at dette *skal* være tilfældet. Der må efter omstændighederne være mulighed for at indrømme et erstatningskrav, selvom der ikke er indtruffet en berigelse. Vil man indføre berigelsesgrundsætningen, bør man samtidig drage omsorg for, at denne mulighed holdes åben.

³⁹⁾ *Ussings* udtalelser i *Obligationsretten* (5) strider vistnok ikke mod denne opfattelse. At han holder det almindelige vindikationskrav udenfor de obligationsretlige fordringer er forståeligt. Når jeg ovenfor foreslår, at berigelseskravet bør behandles i forbindelse med vindikationskravene skyldes det blot, at dette krav har sin stærkeste tilknytning til vindikationsretten.

2. *Berigelsen som målestok for kravet.* Det må først bemærkes, at det forhold, at berigelsen ofte må opstilles som betingelse for indrømmelsen af et restitutionskrav, ikke *eo ipso* medfører, at også selve kravets udmåling må bestemmes efter en berigelsesmålestok. Adskillige reale hensyn kan føre til en anden udmåling. Som fremhævet ovenfor s. 155 f., må denne målestok derfor betragtes som noget af en tilsnigelse. Berigelsesgrundsætningen går ud fra *a priori*, at kravet netop kun bør omfatte berigelsen (hverken mere eller mindre), men den ses ikke at have godtgjort, at denne målestok bør være den normale ved restitutionskravene. Ti dette kan selvsagt ikke ske blot ved at opstille målestokken, for i så fald går man ud fra, hvad man i virkeligheden skulle bevise. Man kan ikke bevise berigelsesmålestokkens fortrinlighed ved blot at opstille den, således som de romanistiske retsforfatninger har gjort, jfr. herved ovenf. s. 157 f.

Det skal ikke bestrides, at berigelsesmålestokken bør lægges til grund ved udmålingen af kravet i flere grupper af tilfælde. Men dermed er det langt fra givet, at denne målestok bør anvendes som den normale. Man må tværtimod netop ved restitutionskravene være meget varsom med at generalisere, da interesseudsættningerne her er særlig store, ligesom de krydsende hensyn har så forskellig vægt i de forskellige grupper af tilfælde. Hvis berigelsesgrundsætningens påstand om målestokken skulle have lydt overbevisende, måtte den fra tilfældegruppe til tilfældegruppe have påvist, at netop denne målestok var den rette, og derved, så at sige, bygget grundsætningen op fra neden. Istedetfor har berigelsesgrundsætningens tilhængere gået ud fra som givet, at målestokken gennemsnitlig er den rigtigste, men denne påstand virker derfor lidet overbevisende.

Det erkendes også af de nordiske tilhængere af berigelsesgrundsætningen (jfr. herved *Cohn* 218 og *Ussing Erstatningsret* 234 f.), at der findes tilfælde, som både efter gældende (dansk) ret og efter forholdets natur bør undergives en anden udmåling, enten efter en mere omfattende målestok, hvorved der navnlig tænkes på en *værdimålestok*, eller efter en snævrere målestok som en *jus tollendi-ret* (*uskadelighedskrav*). Spørgsmålet er imidlertid, om en sådan anskuelse overhovedet kan forenes med berigelsesgrundsætningen? Man kan til dette spørgsmål tilbyde

to svar: Enten kan man anføre, at de krav, som udmåles anderledes end efter berigelsesmålestokken, ikke er berigelseskrav, eller også kan man fastholde, at det stadigt drejer sig om et berigelseskrav, blot at dette netop i disse tilfælde henholdsvis bør udvides eller begrænses.

Hvad det første svar angår, må det fremhæves, at vi her igen står overfor et cirkelræsonnement. Man har nemlig herved indskrænket berigelsesgrundsætningen til kun at omfatte, hvad der følger af dens egne forudsætninger. Ti, som foran bemærket, opnås der intet ved at udtale, at berigelsesgrundsætningen gælder, når berigelsen er målestok og ellers ikke. Man kan lige så godt sige, at grundsætningen gælder, når den gælder.

Hvad angår det andet svar, lider dette ganske vist ikke af nogen selvmods sigelse, men det kan samtidigt ikke nægtes, at berigelsesgrundsætningen herved mister størstedelen af sin værdi. Ti grundsætningens fordel må jo netop ligge i den fælles målestok for kravenes udmåling. Opgives denne, er det vanskeligt at erkende selve grundsætningens berettigelse. Ti selvom det er rigtigt, at berigelsesmålestokkens anvendelse ikke er en nødvendig følge af berigelsesgrundsætningen, må dens værdi dog måles ved dens praktiske følger, og en af dens vigtigste turde netop være målestokken.

Opgives imidlertid berigelsesgrundsætningen, er vejen helt åben til at fastsætte udmålingen forskelligt i de forskellige grupper af tilfælde. Fastholdes den derimod, kan en fravigelse af berigelsesmålestokken let komme til at føles som noget af en »brøde«. Berigelsesmålestokken er, som anført, utvivlsomt på sin plads i flere tilfældegrupper, men det kan i høj grad omtvistes, om den bør anvendes i større udstrækning, endsige være den normale. Tværtimod er det min overbevisning, at man af retstekniske — navnlig bevismæssige — grunde snarere bør tage sit udgangspunkt i en *værdimålestok*. Det kan ganske vist hævdes, at der også ofte kan være praktiske vanskeligheder ved at fastslå en tings værdi i handel og vandel. Men der kan næppe være tvivl om, at værdimålestokken afgiver et langt klarere kriterium for bedømmelsen af tilsvaret end berigelsesmålestokken, hvorved retsanvendelsen lettes. Under et retsag vil således et skønstema, der bygger på værdimålestokken, utvivlsomt i de fleste tilfælde give langt klarere holdepunkter

for afgivelsen af skønnet end et skønstema, hvor berigelsesmålestokken er lagt til grund. Hertil kommer så de øvrige ovenf. omtalte retstekniske lettelser.

Dette synspunkt er også blevet bekræftet i den seneste tids udvikling i dansk ret, nemlig ved den nye lov om borteblevne (nr. 397 af 12. juli 1946), som ikrafttrådte den 1. juli 1946. Til trods for, at der netop ved denne kreds af »berigede« (arvinger, som har fået borteblevne personers formuemidler udleveret i henhold til en dødsformodningsdom) gør sig et særligt hensyn gældende til fordel for disse (jfr. herved lovens mot. 49), har man ikke desto mindre alligevel principielt taget sit udgangspunkt i et værdikrav og ikke i et (mildere) berigelseskrav. Spørger man om grunden til, at loven har indtaget dette standpunkt, får man følgende svar i motiverne (49—50):

»Når man ikke har villet lade kravet mod arvingerne bestemme af berigelsen, er det først og fremmest, fordi man har ment, at berigelsen som målestok er for individuel og for usikker og derfor ikke bør benyttes, når der kan findes grundlag for en anden og mere sikker fastsættelse. . . . Ved fastsættelsen af størrelsen af arvingens tilsvær, når han ikke kan tilbagelevere selve det modtagne, har man derfor taget sit udgangspunkt i værdien«.

Iøvrigt kan der også henvises til, at ægteskl. II § 33 har lagt værdisynspunktet til grund.

3. *Betydningen af berigelsens bortfald.* Som det fremgik ovenf. s. 163—169, kan den romanistiske berigelsesgrundsætnings resultater i denne forbindelse næppe godkendes hverken efter forholdets natur eller efter positiv dansk ret, idet berigelsesmålestokkens anvendelse her, såvidt ses, navnlig fører til retsteknisk uheldige resultater.

Heraf følger det naturligvis ikke, at berigelsens (formuegodets) ophør skal frækendes enhver betydning, men derimod kun, at forholdet må tillægges mindre betydning. Det er imidlertid vanskeligt at opstille almindelige regler om spørgsmålet. Det eneste, man kan sige med nogenlunde sikkerhed, er, at restitutionskravet som hovedregel bør bortfalde, hvis vedkommende formuegode går hædeligt til grunde, forudsat at godet ikke frembyder individualiseringsvanskeligheder (penge og andre

fungible ting falder således normalt udenfor reglen). Er det oprindelige gode blevet ombyttet med en anden individualiseret ting, er det omtvisteligt, om reglen også skal udstrækkes til at omfatte denne ting. Som påvist ovenfor, kan der anføres vægtige grunde imod det. Men problemet må sikkert løses forskelligt i de forskellige grupper af tilfælde.

4. *Værdien af begrebet »den ugrundede berigelse«*. Når man, jfr. herved ovenf. s. 170—179, forkaster de forskellige berigelsesteorier, som i tidens løb er blevet opstillet til fastslåelse af, hvornår berigelsen er ugrundet, kan man ikke udtale noget almindeligt om spørgsmålet, udover at opstille den vage formodningsregel, som blev anført ovenfor på s. 178. Iøvrigt må afgørelsen, som *Ussing (Erstatningsret 230)* bemærker, »træffes for hver enkelt gruppe af tilfælde.« Begrebet »den ugrundede berigelse« giver således ingen oplysning om, hvornår en berigelse kan kræves tilbageført. Forsåvidt havde *Julius Lassen* ret. Berigelsesgrundsætningen egner sig derfor allerede af denne grund kun dårligt til at anvendes som en retsregel eller retsnorm. Men Lassens tilsyneladende konsekvens, at man helt burde afløse berigelseskravet med andre krav — værdikrav eller uskadighedskrav — kan næppe godkendes. Alle former for krav bør uden tvivl reserveres retsanvendelsen, hvis man er indstillet på at give den den største smidighed. Lassen selv var dog heller ikke helt utilbøjelig til at anerkende, at visse af restitutionskravene burde udmåles som berigelseskrav, jfr. herved ovenf. i kap. 4, s. 74 f.

5. *Berigelsesgrundsætningens legislative værdi*. De indvendinger, som foran er fremsat mod berigelsesgrundsætningens forskellige led, turde indicere, at grundsætningen, hverken i dens romanistiske eller i en mere modificeret form, legislativt anbefaler sig til at gennemføres i nordisk ret. Men selvom man ikke måtte være helt overbevist herom, har den foregående udvikling dog formentlig vist, at berigelsesgrundsætningen i dens nuværende form indebærer så mange tvivls- og stridspunkter, at man allerede af denne grund bør betænke sig to gange, før man indfører den som retsregel (retsnorm). Man kan måske her indvende, at man bør gøre et forsøg på at bibringe berigelses-

grundsætningen en fra et legislativt synspunkt akseptabel form. Når jeg imidlertid har afstået fra dette, skyldes det, at jeg hverken føler mig overbevist om, at det er ønskværdigt, eller overhovedet muligt.

Det har været hævdet, at den almindelige berigelsesgrundsætning har det fortrin, at den kan lette retsudviklingen i bestræbelsen efter at anerkende berigelseskrav i nye grupper af tilfælde, altså virke som en slags »sikkerhedsventil«, se *Ussing Erstatningsret* 214. Jeg tror dog ikke, at faren for en stagnation, forsåvidt angår dansk ret, eller nordisk ret idetheletaget, er særlig stor, jfr. herved bemærkningerne ovenf. s. 148, og er denne opfattelse rigtig, kan man med lige så stor ret påstå, at berigelsesgrundsætningen kan hæmme retsudviklingen ved at binde denne til betingelsen om, at der skal være opstået en berigelse, og til berigelsesmålestokken.

Som *retsmetode* på restitutionskravenes område bør man sikkert give den engelske »induktive« metode fortrinnet fremfor de romanistiske retssystemers »deduktive«, omend man kan være uenig i adskillige af dens resultater (det kan man for den sags skyld også være med adskillige af den romanistiske metodes resultater). Som det vil erindres fra kap. 3 om engelsk ret, er det karakteristisk for den engelske metode, at den forsigtigt og prøvende går fra enkeltgruppe til enkeltgruppe og således søger at skabe gruppedannelsen fra »neden«, altså ad induktiv vej, hvorimod de romanistiske retssystemer går fra en almen og i sig selv omtvistelig berigelsesregel til enkelttilfældene; altså ved en deduktion. Den induktive metode er forøvrigt ensbetydende med al moderne naturvidenskabs og samfundsvidenskabs metode, nemlig *erfaringsmetoden*, medens den deduktive metode har sit virksomhedsområde indenfor formalvidenskaberne: logikken og matematiken.

Der er tegn, som tyder på, at fremtidens udvikling i *dansk ret* vil anvende den induktive retsmetode på dette område.⁴⁰⁾ Det hedder således i motiverne⁴¹⁾ (s. 48 f.) til loven om borteblevne:

⁴⁰⁾ Som det vil erindres fra kap. 3, s. 61, har *Birger Ekeberg* (143 ff.) for svensk rets vedkommende gjort sig til talsmand for en lignende anskuelse.

⁴¹⁾ Motiverne er blevet udarbejdet af en kommission, bestående af professor *O. A. Borum*, højesteretspræsident *Thomas Frølund*, sparekassedirektor *C. G. Dybdal* og statsadvokat *Jørgen Trolle*.

»Indenfor den juridiske teori findes en retning, som hævder en almindelig berigelsesgrundsætning, d. v. s. en regel om, at en person, der uden grund er blevet beriget på en andens bekostning, skal aflevere berigelsen til den tablidende, medens en anden retning ikke vil anerkende nogen almindelig berigelsesregel, men vil løse de enkelte konfliktsituationer efter de særlige hensyn, der gør sig gældende i enhver af disse, hvad dog ikke udelukker, at man i visse tilfælde vil anse et ansvar efter en berigelsesmålestok for det rette.«

»Udkastet tilsigter ikke direkte at tage nærmere stilling til denne teoretiske strid; man har i første række bestræbt sig for at udfinde de regler, der i særlig grad passer på den situation, som de her behandlede lovbestemmelser har for øje, nemlig den bortblevnes hjemkomst, efter at der er afsagt dødsformidningsdom.«

Selvom motiverne således udtaler, at de ikke ønsker at tage direkte stilling til striden, så har de dog gjort det indirekte klart til fordel for den sidstnævnte retsmetode.

Der er næppe heller nogen tvivl om, at denne retsmetode indebærer mindre fare for retsusikkerhed end berigelsesgrundsætningen, selvom det er rigtigt, når det fremhæves af Ussing l.c. 214, at den retsusikkerhed, som den almindelige berigelsesregel indebærer, vil blive formindsket efterhånden, som reglen anvendes i praksis, idet det lidt efter lidt vil blive fastslået, hvorledes de vigtigste grupper af tilfælde skal behandles.

Men selvom det endda måtte erkendes, at begge retsmetoder indebærer den samme grad af retsusikkerhed, er det dog langt fra givet, at slutresultaterne vil blive de samme, og det er ikke usandsynligt, at den induktive metodes resultater vil blive bedre stemmende med forholdets natur end berigelsesgrundsætningens slutresultater, ti når man fra forskellig hold har karakteriseret berigelsesgrundsætningen som »en ny og bredere vej til målet« (jfr. f. eks. *Winfield* i *Law Quarterly Rev.* 54 (1938) 530) end den mere brydsomme og besværlige, som går fra tilfældegruppe til tilfældegruppe, og ydermere påstået, at målet til syvende og sidst alligevel vil blive det samme, tror jeg, der ligger en vis sandhed skjult i *Holdsworth's* (53) pathetiske svar til denne påstand: »The supposition that those who travel by the narrow way will reach the same destination

as those who travel by the broad road, is as unsound in law as it is in theology«.

V. *Kan der opstilles fællesregler m. h. t. udmålingen eller andet vedrørende restitutionskravene?*

A. *Målestokken.*

I det foregående afsnit blev berigelsesmålestokken vurderet sammen med berigelsesgrundsætningen i sin helhed som følge af dens nære forbindelse med grundsætningen. Opgiver man berigelsesgrundsætningen, rejser der sig imidlertid det spørgsmål, om man i konsekvens heraf også må opgive berigelsen som målestok ved udmålingen af visse grupper af restitutionskrav, og idetheletaget afstå fra at opstille fællesregler vedrørende restitutionskravene.⁴²⁾ Som flere gange fremhævet i det foregående, er der naturligvis ingen nødvendighed herfor. Men som følge af de ovenudviklede indvendinger af retsteknisk (f. eks. dens ubestemthed) eller anden art man kan anføre imod berigelsesmålestokken, er det min opfattelse, at man snarere bør anlægge en *værdimålestok* som udgangspunkt for beregningen af restitutionskravene. Men dermed skal det ikke være sagt, at man aldrig bør udforme kravet som et berigelseskrav. Tværtimod vil anvendelsen af berigelsesmålestokken sikkert være den retfærdigste ordning i flere tilfældegrupper; f. eks. er der næppe nogen tvivl om, at dansk domspraksis har gjort ret i at indskrænke kravet til berigelsen (nettoprovenuet) i de tilfælde hvor en udlægsrekvisit af en fejltagelse er kommet til at gøre udlæg i tredjemands ting og bortsolgt dem ved tvangsauktion.

Men grundet på de forskellige forståelsesmuligheder, berigelsesmålestokken indebærer, vil det være lovteknisk uforvarligt i love m. v., som ønsker at lægge denne målestok til grund ved

⁴²⁾ Som fremhævet ovenf. s. 145, opfattes berigelsesgrundsætningen undertiden mere snævert som blot givende udtryk for den anskuelse, at der gælder eller bør gælde en *række fællesregler* (navnlig vedr. udmålingen) m. h. til en større gruppe af restitutionskravene, selvom de enkelte krav må siges at være opstået på forskelligt grundlag. Det er dette spørgsmål, som skal tages op til undersøgelse i det følgende.

udmålingen af et krav, blot at henvise til denne målestok. Der bør tværtimod gøres nøje rede for, hvorledes en sådan målestok skal opfattes i de forskellige situationer, der kan tænkes at opstå, såsom: forbrug, videreoverdragelse, ombytning med andre værdier, uproduktiv tilintetgørelse, hændelig undergang eller forringelse.

I visse særlige tilfældegrupper kan det også tænkes, at den rimeligste ordning vil være, kun at indrømme tablidte en *uskadelig borttagelsesret* (Lassens uskadelighedskrav), selvom han er i god tro. I andre tilfældegrupper kan det omvendt tænkes, at man bør udvide kravet til et egentligt *erstatningskrav* (hele tabet skal dækkes).

Det eneste man herefter i almindelighed kan udtale vedrørende målestokken for restitutionskravenes udmåling er, at man formentlig bør tage sit udgangspunkt i en værdimålestok, men at man af hensyn til retsanvendelsens smidighed må være indstillet på at anvende en enten snævrere eller videre målestok i særlige tilfældegrupper, hvor dette skønnes bedst stemmende med forholdets natur.

B. Kan der iøvrigt opstilles fællesregler om restitutionskravene?

I schweizisk ret bestemmer O.R. i art. 67 jfr. 60, at berigelseskravet ligesom almindelige erstatningskrav, forældes på 1 år fra det tidspunkt, da tablidte fik kundskab om tabet og den berigedes identitet, og iøvrigt altid 10 år efter kravets opståen.

For dansk rets vedkommende ville det sikkert være anbefalelsesværdigt at indføre en lignende forældelsesregel for samtlige restitutionskrav, altså ikke blot som i schweizisk ret for berigelseskravene, men for alle krav, som hverken udspringer af kontrakt eller retsbrud, altså også krav i anledning af uanmodet forretningsførelse. Men i lighed med forældelseslov af 1908 kunne man formentlig passende sætte forældelsesperiodens længde til 5 år. 1908-loven omfatter som bekendt *condictio indebiti*-krav, men de øvrige restitutionskrav forældes som regel først i løbet af 20 år efter D L 5—14—4, med undtagelse af borteblevne personers krav mod arvinger (eller medarvinger), som efter den nye lov om borteblevne §§ 17 og 25 forældes i

løbet af 10 år fra dødsformodningsdommen (eller for forsvundne medarvingers vedkommende fra arvens udbetaling) — fdn. af 1839 bestemte henholdsvis 20 og 15 år. 10-års fristen efter lov om bortblevne, som, grundet på reglerne om opnåelse af dødsformodningsdom, i de sædvanlige tilfælde i realiteten er 20 år, er utvivlsom passende; men bortset fra bortblevne personers krav, hvor der gør sig særlige forhold gældende, må det sikkert erkendes, at den 20-årige forældelse er urimelig lang for de almindelige restitutionskrav, og man kunne derfor uden større betænkeligheder indføre *en almindelig 5-årig forældelse for alle restitutionskrav*, som ikke ved særskilte bestemmelser er underkastet en anden forældelse. Da hensynet til den, mod hvem restitutionskravet rejses, normalt er betydeligt stærkere end det, som gør sig gældende m. h. t. almindelige debitorer, hvis forpligtelser forældes på 5 år i h. t. 1908-loven, bør man næppe lade denne lovs suspensionsregler (i § 3), hvorefter forældelsen er suspenderet, så længe fordringshaveren befinder sig i utilregnelig uvidenhed om sit krav eller om skyldnerens opholdsted, finde anvendelse på restitutionskravene, herunder *condictio indebiti*-krav, men i lighed med den schweiziske regel ubetinget lade restitutionskravet være forældet 5 år efter dets opståen, medmindre skyldneren svigagtigt har unddraget sig retsforfølgningen.

Bortset fra det nævnte forældelsesforslag er det meget tvivlsomt, om der med held kan opstilles andre fællesregler for restitutionskravene. Den eneste fællesregel, som det formentlig anbefaler sig at opstille, er: *som hovedregel at lade de restitutionskrav, der skyldes en uberettiget erhvervelse af en individuel ting* (altså ikke penge el. lign.), *bortfalde, hvis selve den erhvervede genstand går tabt uden modtagerens skyld*, medmindre der er speciel hjemmel for det modsatte, som f. eks. ved den (myndige) medkontrahents ansvar if. myndighedsl. §§ 44 stk. 1 og 65 stk. 1. En slig regel, som forøvrigt må antages allerede at gælde i vidt omfang indenfor dansk ret, jfr. købel. § 58 og dens analogi, er utvivlsomt rimelig og kunne formentlig passende opstilles i tilknytning til forældelsesreglen. Den bør dog formuleres forsigtigt, således at domstolene, når særlige grunde tilsiger det, er beføjet til at se bort fra reglen. Fremdeles ville det utvivlsomt være i god overensstemmelse med

dansk rets traditioner at give en generel bestemmelse om, at *godtroende oppebørsler af frugter eller renter etc. i besiddelsestiden er ansvarsfri*, jfr. grundsætningen i D L 5—5—4, da disse indtægter må siges at være et rimeligt vederlag for arbejdet og besværet med at bevare og frugtbargøre tingen. *Ond tro* bør sikkert i denne forbindelse kun bestemmes til *positiv viden* om besiddelsens uretmæssighed, jfr. *Vinding Kruse ER I. 766* og *Ussing Erstatningsret 66* med henvisninger. Dette ville også være i god overensstemmelse med lov om borteblevne § 22 (svig). Hvad særligt angår de såkaldte »borgerlige frugter« (renter etc.) vil det utvivlsomt være det rimeligste i lighed med nævnte lovs § 18 sidste stk., at lægge vægt på om indtægten er *forfalden* inden vindikationskravets fremsættelse og ikke på, om indtægten faktisk er blevet oppebåret eller ej. Med hensyn til begrundelsen for at lade forfaldstiden være det eneafgørende og ikke, som den herskende forståelse af D L 5—5—4 (jfr. *Vinding Kruse l.c. 765*), tillige lægge vægt på, om indtægten faktisk er blevet oppebåret, må der henvises til nævnte lovs mot. s. 54—55.

Endelig burde man måske også i lighed med lov om borteblevne § 18 stk. 2 give domstolene *en almindelig hjemmel til fakultativt at nedsætte restitutionskravet eller eventuelt helt lade det bortfalde*, når den uberettiget erhvervede formueværdi er blevet *forbrugt i god tro*, og forbruget derhos har været *rimeligt begrundet i erhvervelsen*, og det under hensyntagen til vedkommendes økonomiske forhold og omstændighederne *iøvrigt skønnes særligt ubilligt at lade ham tilsvare den fulde værdi*.

De sidstnævnte regler vil også kunne opstilles i tilknytning til forældelsesreglen.

I den følgende fremstilling (andet afsnit) skal der gøres et forsøg på at gennemgå de vigtigste grupper af restitutionskrav med særligt henblik på dansk ret efter den ovenfor forsvarede induktive fremgangsmåde. Den almindelige berigelsesgrundsætning vil således ikke blive lagt til grund, omend enkelte af dens resultater vil få betydning, navnlig m. h. t. målestokken. De specielle emner dækker imidlertid så stort et område indenfor den moderne ret, at det selvsagt helt ville sprænge rammerne for nærværende afhandling, hvis behandlingen skulle være udtømmende. Det følgende vil derfor ikke tage samtlige grupper

op til behandling, endsige udtømmende omhandle alle de til området henhørende retsspørgsmål.

Hovedformålet med den følgende undersøgelse skal ikke være at gøre noget forsøg på at bryde staven over dansk rets hidtidige resultater på området. Ti i det store og hele forekommer disse mig at være rigtige. Derimod må undersøgelsens værdi måles med de fortrin m. h. t. smidighed og frihed, som behandlingen af restitutionskravene får, når man ikke på forhånd har bundet sig til berigelsesgrundsætningen og dens konsekvenser. At man desuagtet alligevel undertiden finder det naturligt at tale om ugrundede berigelser, samt i visse tilfælde anser det for rimeligt at udforme restitutionskravet i overensstemmelse med berigelsesmålestokken, indebærer ikke nogen inkonsekvens i forhold hertil.

Men det, som jeg tror, fremtidens retsudvikling bør være på vagt overfor, er, at betragte berigelsesgrundsætningen som en slags trylleformular, der kan løse alle problemer på restitutionskravenes område. Ejheller bør fremtidens retsudvikling føle sig forpligtet til af ærefrygt for samme grundsætning at presse sine resultater ind under denne, endsige forkaste et retfærdigt resultat, fordi det ikke findes foreneligt med hin grundsætning.

:

ANDET AFSNIT

RESTITUTIONSKRAVENES UDFORMNING I
ENKELTE TILFÆLDEGRUPPER MED
SÆRLIGT HENBLIK PÅ DANSK RET

Kapitel 8

TILBAGESØGNING AF YDELSER ERLAGT I URIGTIG FORMENING OM SKYLD (CONDICTIO INDEBITI)

I. Om spørgsmålet i almindelighed.

Som anført ovenfor i kap. 2 hjemler de *romanistiske* retsforfatninger som hovedregel tilbagesøgning, uanset om fejltagelsen skyldes en faktisk vildfarelse eller en retsvildfarelse, se Code civil art. 1346, B.G.B. §§ 813 og 814 samt O.R. art. 63. Dette er bemærkelsesværdigt, fordi *romerretten* syntes at lægge vægt på sondringen mellem, om der forelå en faktisk eller en retlig vildfarelse, således at tilbagesøgning kun var hovedreglen i førstnævnte tilfælde. Det er dog tvivlsomt, om dette er et fuldgyldigt udtryk for den klassiske ret, se ovenf. i kap. 1, s. 9. Som berørt i kap. 3 tillægger *engelsk* ret tilsyneladende sondringen den samme betydning som *romerretten*, medens *amerikansk* ret synes at være tilbøjelig til at svinge over til det kontinentale standpunkt. Men hvorom alting er, så står det imidlertid fast, at *fremmed ret* — ihvertfald hvad angår faktiske vildfarelser — som hovedregel gennemfører tilbagesøgning. Det drejer sig imidlertid kun om en hovedregel. Tilbagesøgning gennemføres ikke i alle tilfælde, men der opstilles tværtimod adskillige undtagelser.

Går vi herefter over til at betragte *nordisk* ret — som i modsætning til de *romanistiske* retsforfatninger ikke har almindelige lovregler om spørgsmålet — kan det ikke nægtes, at problemet har fået en grundig behandling i den juridiske litteratur, men det ejendommelige er imidlertid, at de enkelte forfattere er kommet til vidt forskellige resultater. Således mener nogle (f. eks. *Ørsted*), at *condictio indebiti*-krav som hovedregel må nægtes, medens andre (f. eks. *Julius Lassen*) derimod kommer til den diametralt modsatte hovedregel nemlig, at tilbage-

betaling som hovedregel kan kræves; medens endelig andre (f. eks. *Ussing*) overhovedet ikke vil opstille nogen hovedregel, men derimod inddele emnet i en række forskellige grupper. Dette forhold rører ved et centralt — men hidtil forholdsvis upåagtet — problem indenfor retsvidenskaben. Inden dette behandles nærmere, skal der fremsættes nogle principielle bemærkninger.

For at få overblik over problemet, vil det formentlig være hensigtsmæssigt at betragte de forskellige argumenter eller reale grunde, som man i tidens løb har anført for (a) og imod (b) tilbagesøgning. Ved en nærmere betragtning viser det sig, at der også findes en række reale argumenter, som ikke direkte angår debatten — for eller imod — men som nærmest må karakteriseres som »neutrale« argumenter (c) eller synspunkter til afgørelse af kravets berettigelse eller ikke-berettigelse i mere specielle situationer. I det følgende skal der gives en oversigt — så udtømmende som mulig — over disse argumenter eller reale grunde.

a. Reale grunde for indrømmelse af tilbagesøgningskrav.

Ved *condictio indebiti* forstår man traditionelt en tilbagesøgning, der beror på, at ydelsen eller en del af ydelsen er erlagt i urigtig formening om skyld. Det forudsættes normalt, at heller ikke modtageren positivt har været klar over, at kravet ikke eksisterede.

En *betaling* har normalt — og må, når intet tyder på det modsatte, antages at have — *det udelukkende formål at opnå frigørelse for en skyld*. Det synes derfor på forhånd nærliggende at antage, at hvis det viser sig, at dette formål ikke realiseres, fordi ydelsen i virkeligheden ikke skyldes, må yderen have krav på tilbagesøgning.

Denne simple begrundelse er imidlertid blevet uddybet på flere måder.

1. I de *romanistiske* retsforfatninger er det almindeligt hævdet, at tilbagesøgningsretten er et udslag af berigelsesgrundsætningen, idet der ville opstå en »*ugrundet berigelse*«, hvis tilbagesøgning blev nægtet. I O.R. og B.G.B. er reglerne således anbragt umiddelbart efter den almindelige berigelsesregel. Dette siger dog ikke mere end, hvad man kan anføre ud fra alminde-

lige retfærdigheds- og billighedsgrunde, nemlig at det er ubilligt, at modtageren skal have ret til at beholde den modtagne ydelse, når det viser sig, at ydelsen i virkeligheden ikke skyldes, altså slet ikke tilkom ham.

2. Da man i *nordisk* ret fra forskellig side (udgående fra *Ørsted*) stærkt har kritiseret en almindelig regel om tilbagesøgning, har tilhængerne af en slig regel her i Norden været mere forsigtige og istedet for at henvise til den almindelige berigelsesgrundsætning, blot udtalt den overbevisning, at en almindelig anerkendelse af tilbagesøgningskrav næppe vil få katastrofale følger for retsikkerheden, da antallet af urigtige betalinger næppe er særlig stort (*Hult* 251). Men her står påstand mod påstand, idet modstanderne netop hævder, at der er en sådan fare. Ingen af disse påstande kan derfor godtages uden videre, men der må først foretages en nærmere undersøgelse heraf. Det er iøvrigt bemærkelsesværdigt, at *Ussing*, som dog i hovedsagen går ind for en almindelig berigelsesregel, holder *condictio indebiti*-problemet udenfor dennes område. Forklaringen på dette må dog sikkert søges i det forhold, at *condictio indebiti*-problemet involverer så mange forskelligartede hensyn og særlige betragtninger, at det næsten siger sig selv, at den almindelige berigelsesgrundsætning — dens fortrin og mangler iøvrigt ufortalt — ikke på dette område kan yde nogen særlig værdifuld vejledning ved løsningen af de herhenhørende spørgsmål, jfr. nærmere i det følgende.

3. *Julius Lassen* (*Speciel* § 147 og i U 1889.1 ff.) begrundede en almindelig tilbagesøgningsret ud fra en mere speciel betragtning — nemlig *forudsætningslæren* — idet han opfattede det forhold, at der i virkeligheden intet skyldes, som en bristet forudsætning for betalingen. Da denne »forudsætning« endvidere typisk må siges at ligge til grund for de fleste betalinger, må den ydermere opfattes som en typeforudsætning, hvilket vil sige, at den ikke in concreto behøver at lægges for dagen (at være kendelig for modtageren). For tilhængerne af *Lassens* »subjektive« forudsætningslære medfører dette yderligere, at forudsætningen uden videre må anses relevant, hvorfor ydelsen, når det viser sig, at der intet skyldes, kan kræves tilbage. Forudsætningslæren fører m. a. o. til en almindelig tilbagesøgningsret for yderen.

Hvis man imidlertid henholder sig til den gængse definition af en »forudsætning«, frembyder den ovennævnte betragtning en ejendommelighed. Ved en forudsætning forstås, som bekendt, en antagelse, der ligger til grund for *et løfte* uden at fremgå af selve løftet. Denne definition omfatter altså kun løfter (aftaler), men ikke andre retshandlinger. En betaling er en retshandling, fordi den har visse retsvirkninger, men den kan normalt ikke opfattes som en viljeserklæring (et løfte). Den kan være en viljeserklæring, f. eks. når den må antages at indeholde en anerkendelse af en dubiøs fordring; men hvis den er det, falder den principielt udenfor det foreliggende emne. Så langt som en betaling må opfattes som et egentligt løfte, gælder naturligvis alle de for løfter gældende regler, derunder også reglerne vedrørende forudsætninger. Men bortset fra disse undtagelsestilfælde indeholder en betaling ikke i sig selv noget løfte, og det turde derfor være noget ejendommeligt at anvende forudsætningslæren ved løsningen af dette problem, da denne naturligt kun angår løfter. Flere forfattere, som *Sindballe* (42 f. jfr. 191) og *Hult* (246), vil da også, omend med andre begrundelser, helt forkaste forudsætningslæren i denne forbindelse (se også *Ussing Enkelt Kontrakter* 432) — og utvivlsomt med rette — idet forudsætningslærens anvendelse på dette område formentlig vil føre til uheldige resultater i retning af en alt for vidtgående unuanceret tilbagesøgningsret.

4. Endvidere har man (*Stang: Vildfarelse* 77) været inde på den tanke, at modtagelsen af en betaling indebærer et *stiltiende løfte* om at tilbagebetale, såfremt det viser sig, at beløbet ikke skyldes; paa samme måde som den, der har modtaget et forskud, må tilbagebetale, hvis han ikke selv yder.

5. Endelig har nogle (navnlig *Arnholm* 168 f. og 196 f.) været inde på at begrunde tilbagesøgningsretten ud fra en lidt anden betragtning, nemlig en almindelig »*ugyldighedsbetragtning*«. Betaling — således må tankegangen vistnok forstås — er ganske vist ikke nogen retshandel (viljeserklæring), men den må som en retshandling alligevel kunne blive ugyldig i kraft af en analogi fra de forskellige almindelige ugyldighedsgrunde, såsom tvang, svig, udnyttelse etc. Mod at anvende ugyldighedslæren i denne forbindelse kan der anføres det samme, som ovenfor anførtes mod Lassens anskuelse om forudsætningslærens anven-

delse; dette fremhæves også af *Illum* i U 1939 B. 50. Konsekvensen af tankegangen er selvsagt den, at tilbagesøgning kun undtagelsesvis vil blive indrømmet, idet de fleste betalinger ikke er sket under sådanne omstændigheder, at der kan gøres en ugylighedsgrund gældende. Opfattelsen hører således snarere til blandt de synspunkter, som går imod en almindelig tilbagesøgningsret (se nedenf. under b).

b. Reale grunde imod indrømmelse af tilbagesøgningskrav.

Det er navnlig *Ørsted* (246 jfr. 286), som med styrke har vendt sig mod en almindelig regel om tilbagesøgning. Han angreb reglen ud fra to betragtninger.

1. Betalingen er en retshandling, der *virker som en anerkendelse af gælden*, hvilket virker på samme måde, som om forpligtelsen faktisk eksisterede. Dette synspunkt har vundet et ikke ringe gehør hos forskellige forfattere.

Således har *Sindballe* (42) udviklet synspunktet derhen, at betalingens slutmål er at effektuere en *retlig afgørelse* og afvikling af parternes mellemværende, hvorved der skabes en ret for modtageren til i almindelighed at beholde det modtagne.

Arnholm (168 ff.) har gjort en lignende opfattelse gældende, omend ud fra en lidt forskellig synsvinkel, idet han hævder, at betalingen indebærer en *opgørelse*, der må bevirke, at yderen normalt ikke kan kræve ydelsen tilbage, idet en part ikke bør have ubegrænsede muligheder for at holde et retsforhold svævende, og han påberåber sig i så henseende grundsætningen i aftalel.s § 36, hvorefter en i sig selv urimelig konventionalbod ikke kan kræves tilbagebetalt, når den er erlagt uden forbehold.

2. *Ørsteds* anden hovedbetragtning gik ud på, at den, som i en lang tid har oppebåret en række præstationer, hvortil han ligesåvel har holdt sig berettiget, som den ydende har anset sig forpligtet, har naturligvis *indrettet hele sin økonomi på den forudsætning, at det således modtagne er blevet hans ejendom*, hvorfor det nu ville være ubilligt at forlange, at han skulle tilbagebetale det.

Ussing (*Enkelte Kontrakter* 432) udtrykker nærmest både betragtning 1 og 2, når han udtaler: »Den, der har modtaget en betaling, kan normalt regne med at beholde den, da de fleste

betalinger dog ikke beror på vildfarelse, og modtageren indretter sig gerne i tillid dertil. Og det er velbegrundet, ialtfald i et vist omfang, at beskytte og styrke denne tillid. Det ville ikke være en ublandet fordel at modtage betaling, når modtageren løb en ikke ringe fare for at måtte aflevere det modtagne igen. Det er utvivlsomt det sundeste, at parternes mellemværende bliver så vidt muligt endelig afgjort ved betalingen.«

Betragtningen kan underbygges med en henvisning til, at en almindelig nægtelse af tilbagesøgning vil øge betalernes agtpågivenhed og derigennem i det lange løb formindske faren for, at de i sig selv uheldige *condictio indebiti*-situationer overhovedet opstår (*Arnholm* 170).

3. Specielt ved *retsvildfarelser* gør der sig særlige hensyn gældende, hvorfor man må være forsigtig med at indrømme tilbagesøgningsret, hvis man ikke — som engelsk ret har været tilbøjelig til — helt vil nægte en sådan.

c. *Forskellige neutrale hensyn.*

1. Det bør gå ud over den, som er *nærmest til at bære risikoen*, hvilket igen vil sige den, som er *nærmest til at vide besked* om forholdet, nemlig om der skyldes og hvormeget der skyldes. (Argumentet hænger ret nøje sammen med argumentet anført under b. 2 in fine.)

2. Et eventuelt tilbagesøgningskrav bør mistes, hvis betaleren udviser *passivitet*, efter at han har opdaget fejltagelsen (*Ussing* l. c. 440 f. og *Arnholm* 207 ff.).

3. En betaling er modtagelig for *forbehold* og *betingelser* som f. eks. i form af »skadesløs kvittering«. Forudsætningen må dog normalt være den, at modtageren er villig til at indgå på et sådant forbehold. Nogen almindelig ret til for yderen kun at betale under forbehold kan næppe antages (sml. *Arnholm* 201).

4. Tilbagesøgning er udelukket, hvis *modtageren havde føje til at gå ud fra, at det ikke var en afgørende forudsætning for yderen, at han var retskraftig forpligtet* til at erlægge ydelsen eller en del af denne (*Lassen Speciel* 809). Da denne sætning formentlig må anerkendes, får forudsætningslæren altså en vis — omend negativ — betydning. Man kan derfor næppe helt bandlyse *individuelle* forudsætninger ved *condictio indebiti* (se hertil *Ussing* l. c. 434).

5. Tilbagesøgning må normalt indrømmes, hvis modtageren var i *ond tro*.

6. Tilbagesøgning er udelukket, når det ydede ifølge *en anden skyldgrund* skyldes af yderen til modtageren, eller når yderen var *moralsk forpligtet* til at erlægge ydelsen, eller når fordringen var *forældet*.

7. Tilbagesøgning bør formentlig ligeledes være udelukket, hvis det drejer sig om *periodiske ydelser* i h. t. en kontrakt, når modtageren *kunne opsige kontrakten* (Ussing l. c. 441).

8. Tilbagesøgning må også være udelukket, når *yderen har forsikret* modtageren om, at han skyldte ham ydelsen (Ussing l. c. 434).

9. Endelig må tilbagesøgning kunne indrømmes, hvis der kan gores *almindelige ugyldighedsgrunde* gældende, som f. eks. tvang, svig, umyndighed m. v. (Arnholm 125), sml. ovf. a. 5.

Da alle de neutrale synspunkter, anført under c, samt problemet om retsvildfarelser, anført under b. 3, kun refererer sig til specielle situationer, kan det siges, at den egentlige strid står mellem på den ene side det ret indlysende, at en betaling uden tilsvarende skyldgrund billigvis bør gå tilbage og på den anden side det almindelige hensyn til modtageren, således som det er blevet udtrykt, ved henholdsvis at henvise til »opgørsbetragtningen«, anført under b. 1, og til den fare som en almindelig tilbagesøgningsret vil betyde for modtagerens økonomi.

Man kan formentlig sige, at der hersker almindelig enighed om, at det er afvejelsen af disse almindelige hensyn, som må være afgørende for, hvilken regel man bør følge i de almindelige tilfælde. Men herefter hører også al enighed op, idet nogle vil lægge hovedvægten på hensynet til betaleren (Jul. Lassen, Fr. Stang, Ernst Møller og Ph. Hult), andre på hensynet til modtageren (Ørsted, Sindballe og Arnholm), medens andre igen overhovedet ikke vil opstille nogen almindelig regel (Ussing).

Hvad først angår opgørsbetragtningen, bør det formentlig igen fastslås, at den normale betaling ikke indeholder nogen viljeserklæring (noget løfte), den er kun en *faktisk handling*, men ligesom andre faktiske handlinger kan den udmærket medføre retsvirkninger.

Begrebet »betaling i urigtig formening om skyld« — romerrettens »*condictio indebiti per errorem soluti*« — må naturligt

tages i videste forstand som dækkende ikke alene en positiv fejlagtig opfattelse af et faktum eller en retsregel, men også i den negative ikke-viden. Hvis det opdages, inden der er sket nogen betaling, at kravet ikke eksisterer (eller er mindre end antaget), er det en selvfølge, at »debitor« ikke skal betale. Selve spørgsmålet, om der ikke skyldes, er ofte et forudsætningsproblem, som det kan være vanskeligt nok at besvare. Der ses foreløbigt bort fra dette, selvom det er klart, at *condictio indebiti*-problemet i praksis ofte er kædet sammen hermed. Hvis opdagelsen derimod først sker, efter at betalingen er erlagt, rejses imidlertid spørgsmålet, om betaleren i så fald kan kræve sine penge tilbage. Det kan foreløbigt fastslås, at det kan han — ifølge gældende praksis i nordisk ret — ikke altid. Det er imidlertid muligt, at dette skyldes særlige hensyn, som f. eks. de ovenfor under c nævnte eller andre, der har gjort sig gældende i det enkelte konkrete tilfælde; men disse ser vi, som sagt, foreløbig bort fra.

Spørgsmålet bliver herefter, *om der i selve det faktum, at der er sket en betaling, ligger en kvalitet, som ændrer retsforholdet?* Opgør-synspunktet besvarer det bekræftende, og den efterlyste kvalitet skulle altså netop være den, at der i betalingen ligger et opgør, som afskærer betaleren fra sidenhen at rejse spørgsmålet om skyldens eksistens.

Sindballe (42 f.) har i denne forbindelse fremhævet, at betalingen, betragtet som en retshandling, frembyder visse ejendommeligheder, som ikke må overses, når der spørges om, hvilke forudsætninger og forbehold det kan være rigtigt at knytte denne til. Retshandlinger i almindelighed foretages frivilligt. Hver part kan derfor forsøge at udnytte sin forretningsdygtighed for at opnå de bedst mulige vilkår og størst mulige vederlag for sin ydelse. Som følge heraf kan der også være mening i at behandle forudsætninger, stiltiende betingelser etc. som led i aftalen, på hvilke modparten må antages at være gået ind for overhovedet at få en aftale i stand. Anderledes stiller sagen sig, når det drejer sig om en betaling. Den er ikke frivillig. Skyldneren er forpligtet til at betale, og han har krav på at komme ud af forholdet, at opnå frigørelse. Fordringshaveren på sin side skal ved betalingen ikke søge at opnå andet, end hvad han allerede har krav på, og han kan derfor ikke antages at ville acceptere forudsætninger og forbehold, som han ikke har pligt til

at indgå på. Men heller ikke skyldneren skal ved sin betaling opnå andet, end hvad han har krav på, nemlig frigørelse. De forudsætninger og forbehold, som han kan knytte sin betaling til, kan derfor ikke være andre end dem, han lovligt kan knytte til dem, men alle sådanne forudsætninger og forbehold må han på den anden side formodes at have taget. Konsekvensen heraf må da være, idet betaling ordentligvis ikke kan opfattes som en kontraktsforhandling, at der normalt ikke kan være plads for individuelle forudsætninger, herunder forbehold om tilbagebetaling.

Som anført ovenfor under c. 4, kan denne betragtning ikke ubetinget anerkendes, men i princippet er den utvivlsomt rigtig. Spørgsmålet er imidlertid, om man kan drage så vidtgående konsekvenser af betragtningen, at tilbagesøgning i hovedsagen bør være udelukket. Ti en almindelig tilbagesøgningsret kan, som ovenfor fremført under a, udmærket begrundes ud fra andre synspunkter end forudsætningssynspunktet eller det af Stang forsvarede quasi-kontraktlige synspunkt. I betalingen ligger der ihvertfald normalt ingen opgivelse af retten til at søge tilbage, eller, som Ørsted hævdede, en anerkendelse af gælden. Dette resultat er forsåvidt også en konsekvens af Sindballes argumentation. Men er retten ikke opgivet, må der altså kunne angives andre grunde end de kontraktsbetingede, førend man tør lade retten bortfalde.

Betragtet på denne måde er opgør-synspunktet i virkeligheden kun udtryk for en præskriptionsregel: Betalingen er en opgørelse, som præskriberer betalernes indsigelser vedrørende skyldforholdet. Det er naturligvis muligt, at man bør opstille en sådan præskriptionsregel, men selve opgørbetragtningen yder i sig selv ingen begrundelse for en sådan; den er kun et udtryk for reglen. Spørgsmålet om, hvorvidt en sådan bør indføres, eller m. a. o. om hvorvidt yderen bør afskæres fra »at holde retsforholdet« svævende, kan altså kun begrundes med det andet synspunkt, hensynet til, at modtagerens økonomi ikke forstyrres på utilbørlig måde.

Det må indledningsvis bemærkes, at det af Arnholm fremførte »hjelpeargument«, nemlig at en almindelig nægtelse af tilbagesøgning i det lange løb vil øge betalernes agtpågivenhed, næppe kan tillægges afgørende vægt, da det forhold, at en skyldner kan

få sin ydelse tilbage, hvis det viser sig, at den ikke skyldes, næppe vil få ham til at omgås sine betalinger med synderlig mindre agtpågivenhed end ellers.

Den juridiske videnskabs objektivitet drages ofte i tvivl blandt andet under henvisning til den dybe uenighed, der ofte består mellem retsforskerne indbyrdes vedrørende legislative problemer. Det må naturligvis åbent indrømmes, at der på mangfoldige områder indenfor juraen ihvertfald tilsyneladende hersker en sådan uenighed; *condictio indebiti*-problemet kan her nævnes som et typisk eksempel; men ved nøjere analyse af de forskellige stridspørgsmål vil det ikke sjældent vise sig, at uenigheden i mangfoldige tilfælde ikke er så dybtgående og uoverstigelig, som man på forhånd skulle tro. Ti hvis man nærmere undersøger de forskellige forfatteres argumentation, viser det sig, at der som oftest hersker enighed om, hvilke reale hensyn der gør sig gældende ved afgørelsen af et retsspørgsmål. Som f. eks. her ved *condictio indebiti* hersker der, som nævnt, nogenlunde enighed om, hvilke reale grunde der taler for, og hvilke der taler imod anerkendelse af *condictio indebiti*-krav i almindelighed. Undersøgelsen heraf turde ihvertfald være objektiv. Det er først, når det gælder om at afveje de modstridende reale grunde, at uenigheden melder sig. Denne uenighed kan siges at have to hovedårsager, en af mere formel-systematisk art og en af materiel art. Begge årsager skyldes, at man til en vis grad må forlade sig på et skøn; men dette skøn er, hvilket skal søges påvist i det følgende, ingenlunde et subjektivt skøn.

Hvad først den *formel-systematiske* årsag til uenigheden angår, refererer den sig til den måde, man *beskriver* sine resultater på; undertiden også til den måde, man ønsker at lade resultaterne *fremkomme* på. Der er nemlig flere muligheder at vælge imellem, når man først har angivet de reale grunde, som er afgørende for afvejelsen. Rent skematisk kan de opstilles i fire hovedgrupper, nemlig:

1) En fri skønsregel. Man undlader helt at opstille regler, men overlader domstolene i hvert enkelt tilfælde at skønne over, hvilket hensyn der har den største vægt; altså et konkret billighedsskøn.

2) Man søger at opstille så mange enkeltregler som muligt og giver derudover domstolene et frit skøn som sikkerhedsventil

for nye eller oversete tilfælde. Man pointerer derhos, at dette skøn ikke må være et konkret billighedsskøn, men at det skal træffes efter, hvad der må antages at tjene samfundet bedst i det lange løb.

3) Man opstiller en hovedregel samt en række bestemt angivne og udtømmende undtagelser, men indrømmer ikke domstolene nogetsomhelst skøn.

4) Man opstiller en hovedregel samt en række undtagelser, men giver derudover domstolene et vist skøn til at indrømme nye undtagelser, når forholdene kræver det.

Hvad yderstandpunkterne 1) og 3) angår, er de kun et andet udtryk for den gamle strid: »Skøn contra regel«. Der skal ikke i denne forbindelse gås nærmere ind på denne strid,¹⁾ dertil turde den være for velkendt, men det skal blot konstateres, at der i nutiden hersker almindelig enighed om, at der ikke bør opstilles fuldstændig frie skønsregler for domstolene, da dette ville skabe for stor usikkerhed; medens stricte regler uden indrømmelse af et vist skøn for domstolene på den anden side ville virke for stift og i visse tilfælde være en ren umulighed.

Valget kommer således til at stå mellem 2) og 4), altså mellem om man vil nøjes med at opstille enkeltregler, eller om man skal søge at opstille en hovedregel med undtagelser, dog således at man i begge tilfælde altid indrømmer domstolene et vist skøn.²⁾ Om man skal vælge det ene eller det andet alternativ, ser tilsyneladende ud som en ren smagsag, hvis man ellers er enige om enkelttilfældenes behandling, men dette er dog næppe helt korrekt. Hvad angår *condictio indebiti*-problemet, vælger som nævnt Ussing den førstnævnte fremgangsmåde kun at opstille enkeltregler, idet han ikke tør afgøre, om tilbagesøgning eller det modsatte er hovedreglen.³⁾ Det skal ikke benægtes, at der kan være retsområder, hvor opstillingen af en eller flere hovedregler ville være misvisende; men dette område er næppe stort. Spørgsmålet er imidlertid, om man overhovedet skal stræbe efter at

1) Se om hele dette spørgsmål *Bentzon: Skøn og Regel*, 1914, *Ussing Forudsætninger* 202 ff. og *Vinding Kruse Retslæren* 16 f.

2) Dette alternativ er ikke det samme, som *Ussing* opstiller i *Forudsætninger* 201, hvor alternativet er: enkeltregler med eller uden supplement af en almindelig skønsregel.

3) jfr. *Ussing Enkelte Kontrakter* 433.

danne hovedregler, eller om dette er betydningsløst. Så vidt jeg kan se, indeholder dette spørgsmål stærke reminiscenser fra det fornævnte strids spørgsmål om skøn contra regel, omend i en mere camoufleret form. Selvfølgelig rammes den metode, der kun vil opstille enkeltregler, ikke af den indvending, at der skabes retsusikkerhed, forsåvidt angår de tilfælde, der falder ind under enkeltreglerne. Men for de uforudsete tilfældes vedkommende mangler domstolene en vejledning eller, om man vil, en hovedtendens, som kan være en ikke ubetydelig hjælp ved afgørelsen. De vil derfor i disse tilfælde stå på temmelig bar bund og vil ofte føle sig tvivlende og usikre overfor resultatet, idet de normalt ikke har tilstrækkelig tid og ro til de fornødne overvejelser. Når en afgørelse skal træffes med en vis hurtighed, og det skal den som oftest i praksis, er det formentlig altid lettere, rent psykologisk, at arbejde med hovedregler og undtagelser end med en række enkeltregler. Derfor vil opstillingen af hovedregler, set fra et legislativt synspunkt, ofte være en praktisk hjælp for retsanvendelsen. Men da opstillingen af en hovedregel, som ovenfor nævnt, samtidig angiver en hovedtendens på vedkommende retsområde, vil den tillige medvirke til at fjerne usikkerhed, fordi der vil skabes en vis formodning for, at hovedreglen vil blive fulgt i de tilfælde, som ikke falder ind under de opstillede undtagelser.⁴⁾ Dette kan ganske vist føre til urigtige afgørelser i enkelte tilfælde. Men dette er ikke andet end den pris, som retsteknikken altid må give for at få en klar regel, og iøvrigt er denne fare ikke særlig stor, når man samtidig giver domstolene en vis frihed til at opstille nye undtagelser, hvor forholdene kræver det. Dertil kommer yderligere, at opstillingen af hovedregler fremfor enkeltregler både har pædagogiske og systematiske fordele. Ti for det første bliver reglerne naturligvis mere overskuelige, og for det andet kan et givet retsområde fremstilles på betydelig mindre plads. Lad os f. eks. sætte, at et givet retsområde til sin fremstilling kræver opstillingen af 20 enkeltregler, bestående af 12 som går til den

⁴⁾ Jeg kan derfor ikke være helt enig med *Ussing*, når han, l. c. 440, finder, at spørgsmålet er uden større praktisk betydning. Legislativt (her tænkes på en egentlig lovgivning om *condictio indebiti*) synes det ihvertfald nødvendigt at tage stilling til det.

ene side og 8, der går til den anden side. Hvis man istedetfor indfører systemet »hovedregel-undtagelser«, vil hovedreglen op-suge de 12 enkeltregler med deraf følgende lettelser.

Hvis disse betragtninger kan godkendes, bliver spørgsmålet herefter, om det er muligt at opstille en hovedregel for de almindelige *condictio indebiti*-tilfælde. Dette fører frem til den *materielle* årsag til uenigheden, nemlig spørgsmålet om, hvilken vægt man skal tillægge de modstridende reale hensyn.

Den afvejelse, man her står overfor, vil som oftest bero på et vist skøn. Men dermed skal det ingenlunde være sagt, at dette skøn er rent subjektivt. Ved »subjektivt« kan naturligvis i retsvidenskaben ikke forstås, at skønnet udelukkende beror på vedkommende forfatters egne egoistiske ønsker og interesser. Det kan derfor ikke være dette forhold, man har for øje, når man, som det ofte sker, anklager det juridiske skøn for at være subjektivt og uvidenskabeligt. Det må snarere være det forhold, at man ikke tør forlade sig på et skøn overhovedet, hvor redeligt og objektivt det end er, fordi det dog alligevel vil være altfor usikkert og måske endda helt tilfældigt. Det skal naturligvis villigt indrømmes, at et skøn altid indeholder et vist usikkerhedsmoment. Men denne fare bør dog ikke overvurderes, og skønnet (afvejelsen) er nu engang en af juraens hovedopgaver.

Man kan imidlertid spørge, om det er muligt at angive en metode ved skønnet, der eliminerer dette usikkerhedsmoment. For at besvare dette spørgsmål, må man først gøre sig klart, hvilke årsager der er skyld i usikkerheden. I det følgende skal der gøres et forsøg på at klarlægge dette i relation til *condictio indebiti*-problemet.

Som allerede anført i det foregående, antages det afgørende moment for nægtelsen af *condictio indebiti*-krav at ligge i selve den omstændighed, at betalingen er sket, inden det opdages, at beløbet ikke skyldes. Ti var opdagelsen sket inden betalingen, er det en selvfølge, at »debitor« ikke skal betale. Dette bekræftes også af den vigtigste reale grund, som går imod anerkendelsen af *condictio indebiti*-krav, nemlig den, at modtageren har indrettet sine forhold i tillid til, at ydelsen virkelig tilkom ham, og at det derfor ville betyde en uforholdsmæssig forstyrrelse i hans økonomi, hvis han blev forpligtet til at levere den tilbage.

Som bekendt anvendes dette argument også i en anden for-

bindelse, nemlig ved forældelse og hævnd. Der kan idetheletaget siges at være så stærke lighedspunkter mellem forældelses- (og hævds-) problemet og *condictio indebiti*-problemet, at man kunne fristes til at kalde afskærelsen af *condictio indebiti*-krav for en »foregrebet forældelse«. Det vil derfor formentlig være anbefalelsesværdigt at foretage en sammenligning, og dette så meget mere som vi ved forældelse står overfor et velkendt og anerkendt retsprincip. Foruden det omspurgte moment plejer man til begrundelse af forældelsesinstituttet at nævne en række andre. Som de vigtigste kan anføres: betydningen af at afskære processer vedrørende gamle måske forlængst glemte krav, faren for fremsættelse og anerkendelse af måske i virkeligheden højst tvivlsomme krav, vanskeligheden ved at kontrollere deres rigtighed, lettelsen for debitorerne, fordi de kun behøver at opbevare deres kvitteringer og andre bevismidler i et begrænset tidsrum og endelig det forhold, at der normalt ikke gør sig noget særligt modhensyn gældende til fordel for kreditorerne, da disse vil have haft tid nok til at gøre deres krav gældende og derigennem enten at opnå fyldestgørelse eller at afbryde forældelsen.⁵⁾ Forældelsesinstituttet er således delvis et udslag af det velkendte passivitetsprincip.

Dette sidste er vigtigt, fordi det placerer alle de reale grunde *udelukkende på den ene side*, nemlig til fordel for forældelsesinstituttet. Der bliver altså i denne forbindelse *slet ikke tale om noget skøn*, undtagen forsåvidt angår forældelsesperiodens længde; men denne afgørelse (som naturligvis må fastslås ved lov) er ret underordnet, blot den holdes indenfor rimelige grænser (f. eks. et sted mellem 5 og 20 år). Dette passivitetsprincip holder imidlertid ikke stik ved *condictio indebiti*-problemet. Her indtræder retsvirkningen i samme øjeblik, ydelsen er erlagt og levner altså ingen tid for yderen til at gøre sit krav gældende. En henvisning til, at yderen kunne have taget forbehold, vil i denne forbindelse kun have ringe vægt, ti dels har yderen i de fleste tilfælde med føje overhovedet ikke grund til at antage, at ydelsen ikke skyldes, og dels er der en ikke ringe fare for, at

⁵⁾ Naturligvis kan det modsatte undertiden være tilfældet, men i så fald kan uretfærdige resultater afværges ved suspensionsregler m. v. jfr. f. eks. 1908-lov § 5.

modtageren vil afslå betaling under forbehold. Der gør sig således — i modsætning til forældelsesreglerne — et stærkt modhensyn til fordel for yderen gældende, og vi tvinges derfor ud i skønnet. Til gengæld er hensynet til modtageren også blevet forstærket i forhold til forældelsesinstituttet; ti ved forældelse er debitor (svarende til modtageren ved *condictio indebiti*) — ihvertfald i begyndelsen af forældelsesperioden — i de fleste tilfælde fuldkommen klar over, at kravet imod ham eksisterer, og han vil derfor kunne indrette sine forhold i overensstemmelse hermed. Men dette gælder ikke ved *condictio indebiti*, hvor det netop forudsættes, at modtageren (debitor) var i komplet uvidenhed om kravets eksistens (fordi han var i uvidenhed om, at den erlagte ydelse ikke skyldtes). Konflikten mellem de berettigede hensyn ved *condictio indebiti* er således meget skarp; og desto skarpere konflikten er, desto vanskeligere vil skønnet også blive. Der foreligger derfor på forhånd den mulighed (et iøvrigt ikke helt ukendt fænomen indenfor juraen), at de modstridende hensyn vejer lige stærkt, eller at det findes umuligt at afveje dem. I så fald bliver afgørelsen rent vilkårlig, men den må naturligvis alligevel træffes (mest naturligt af lovgivningsmagten) for at fjerne usikkerheden og derigennem undgå processer.

Hvorom alting er, så viser den ovenanførte udvikling ihvertfald, at man må tillægge betalerens passivitet, efter at han er kommet til kundskab om fejltagelsen, overordentlig betydning,⁶⁾ og idetheletaget indføre en kort forældelsesfrist for *condictio indebiti*-krav i almindelighed. Den nuværende 5-årige forældelse efter 1908-loven er formentlig passende, forsåvidt angår periodens længde. Derimod er suspensionsreglen i lovens § 3, hvorefter forældelsen er suspenderet, sålænge fordringshaveren befinder sig i utilregnelig uvidenhed om sit krav, næppe på sin plads, når talen specielt drejer sig om *condictio indebiti*; i de øvrige tilfælde er den formentlig fuldt berettiget. Ved *condictio indebiti* vil fordringshaveren ifølge forholdets natur normalt befinde sig i utilregnelig uvidenhed om sit krav, således at den 5-årige forældelse som regel ikke vil få betydning, og man må altså falde tilbage på D L 5—14—4.s 20-årige frist. Men denne turde ihvertfald i denne relation være altfor lang, fordi hensynet til skyldneren

⁶⁾ jfr. herved *Ussing Enkelte Kontrakter* 412 og *Hult* 264.

(modtageren) efter det anførte er meget vægtigt. Den legislative bedste ordning vedrørende tilbagesøgningskrav vil derfor formentlig være den, at lade kravet forældes på 5 år regnet fra erlæggelsen uden hensyn til, om yderen (fordringshaveren) i forældelsesperioden har været eller burde være blevet klar over sin vildfarelse m. h. t. skyldens eksistens. Denne opfattelse blev også hævdet af *Julius Lassen* i U 1908 B. 274. Dansk domspraksis har også været tilbøjelig til at søge at komme udenom suspensionsreglen i 1908-loven, hvor dette overhovedet har været muligt, se t. eks. U 1927.585 H⁷⁾ og 1934.995, men praksis står dog noget usikker overfor spørgsmålet, se t. eks. U 1931.821 og 1939.935. Derimod tør den anden i 1908-lovens § 3 nævnte suspensionsregel, hvorefter forældelsen er suspenderet, hvis fordringshaveren befinder sig i utilregnelig uvidenhed om skyldnerens opholdssted, formentlig uden større fare kunne bibeholdes.

Bortset fra forældesspørgsmålet og passivitetsreglen idet hele, bliver *condictio indebiti*-problemets løsning efter den almindelige opfattelse afhængig af en almindelig bedømmelse af hensynet til modtageren.

Det har i denne forbindelse været hævdet (se ovenf. s. 203, 2), at dette hensyn kun har mindre vægt, fordi *condictio indebiti*-tilfældene kun er sjældne undtagelsestilfælde. Man må derfor spørge, om *hyppigheden* af tilfældene vil få indflydelse på bedømmelsen. For det første må det bemærkes, at »hyppighed« er et overordentlig relativt begreb. Selvfølgelig er der teoretisk mulighed for at beregne procenten eller snarere promillen af urigtige betalinger i forhold til samtlige betalinger i et givet tidsrum; og lad os sætte, at resultatet blev promillen x , og at denne var meget lav. Hvad ville det sige os? Ikke andet end at *condictio indebiti*-tilfældene var sjældne; men dette kan i denne forbindelse ikke løse problemet. Ti det forhold, at en betaler eller en modtager kun sjældent kommer ud for *condictio indebiti*-fænomenet, gør ikke problemet mindre brændende for ham, når det endelig sker. For en modtager vil det måske netop i det ene tilfælde, han kommer ud for, være særligt byrdefuldt, om han skulle tilbagebetale det modtagne. At der må være noget mis-

⁷⁾ se *Troels G. Jørgensen* i T. f. R. 1928. 386.

visende ved denne betragtning, synes iøvrigt allerede at fremgå af den omstændighed, at andre forfattere anvender den til forsvar for den stik modsatte opfattelse, nemlig til forsvar for nægtelse af *condictio indebiti*-krav. Således hedder det hos *Us-sing (Enkelt Kontrakter 407)*: »Den, der har modtaget en betaling, kan normalt regne med at beholde den, da de fleste betalinger dog ikke beror på vildfarelse, og modtageren indretter sig derfor gerne i tillid dertil.« Det, der har stået de ovennævnte forfattere for øje, har formentlig været det velkendte fænomen, man plejer at kalde en »retsteknisk forskydning«; men de har i så fald betragtet forholdet ud fra en noget skæv synsvinkel. Tankegangen i en retsteknisk forskydning kan kort angives således: For at få en klar, praktisk og letanvendelig regel gennemfører man *det gennemsnitlige rigtige som en almindelig regel*, vel vidende om at man derved opofrer undtagelsestilfældene, fordi den almindelige regel i disse tilfælde giver materielt urigtige resultater. Dette er altid retsteknikkens »pris«. Det ovennævnte argument kan derfor formentlig omskrives således: Når det store flertal af betalinger er rigtige, skader det ikke modtageren, at han i de sjældne tilfælde, hvor dette ikke holder stik, altid må tilbagelevere det modtagne. Men man kan med lige så fuld ret (eller mangel på ret) sige det modsatte: Når flertallet af betalinger er gyldige, kan man retsteknisk forskyde reglen derhen, at alle betalinger er gyldige. Formuleret på denne måde er skævheden i argumentationen formentlig åbenbar, idet det vil ses, at man bevæger sig på *to fundamentalt forskellige områder*, nemlig dels det område, hvor ydelsen virkelig skyldes, og dels det område, hvor den ikke skyldes; *medens man i virkeligheden udelukkende skulle holde sig indenfor det sidstnævnte område*. Det eventuelle retstekniske problem, som vi her står overfor, er derfor et noget andet, og det kan formentlig formuleres således: Hvis det viser sig, at tilbagebetaling af ydelser, som er erlagt i urigtig formening om skyld, i flertallet af tilfældene ikke vil bevirke nogen væsentlig forstyrrelse i modtagerens forhold, vil det være berettiget at anerkende *condictio indebiti*-krav i almindelighed, selvom denne anerkendelse undertiden i enkelte konkrete tilfælde vil være en uretfærdighed. Hvis det modsatte derimod viser sig at være tilfældet, må den omvendte regel gennemføres. For at bøde på de mest ubillige tilfælde kan man så

iøvrigt tage sin tilflugt til opstillingen af passende undtagelser fra den valgte hovedregel.

Ved selve bedømmelsen af hensynet til modtageren er der to faktorer, som vanskeliggør et objektivt skøn, nemlig dels ufuldstændigheden af bedømmelsesmaterialet og dels spørgsmålet, om hvilken bedømmelsesmålestok der skal anvendes.

Hvad først *bedømmelsesmaterialet* angår, står vi her overfor en større sociologisk-statistisk opgave, som vil støde på store praktiske vanskeligheder. Skulle opgaven løses eksakt, måtte man i virkeligheden foretage minutiøse undersøgelser af hvert enkelt *condictio indebiti*-tilfælde og fastslå så nøjagtig som muligt de økonomiske (og andre) konsekvenser for modtageren, som en gennemførelse af kravet ville have. Denne sociologiske metode er blevet anbefalet fra forskellig side både af sociologer og jurister indenfor forskellige grene af retsvidenskaben, f. eks. erstatningsretten⁸⁾ som den eneste rigtige videnskabelige metode. Den indeholder uden tvivl et rigtigt princip, og den kan fremvise flere udmærkede resultater,⁹⁾ f. eks. indenfor kriminologien. Det er dog et spørgsmål, om dens resultater indenfor mangfoldige områder af retsvidenskaben ikke vil komme til at stå i misforhold til det udførte arbejde, idet en analyse af det almindeligt tilgængelige domsmateriale formentlig ofte vil føre til nogenlunde det samme resultat. Det må samtidig pointeres, at metoden intet bidrag yder til den retlige bedømmelse. Den giver kun et billede — ganske vist et nogenlunde nøjagtigt — af de faktiske livsforhold. F. eks. vil den sikkert kunne give en alsidig belysning af svangerskabsafbrydelses-problemet, oplyse antallet af svangerskabsafbrydelser, deres vigtigste årsager, de sociale følger m. v. samt foretage en statistisk behandling af materialet og derigennem yde en ikke ubetydelig hjælp for lovgiveren, men den vil ikke — rent deskriptiv som den er — kunne yde noget selvstændigt bidrag til den retlige vurdering af materialet. Ti ligegyldig hvor minutiøst man klarlægger virkningen af en eller anden regel, f. eks. en erstatningsregel, vil det dog

⁸⁾ jfr. *Holm-Nielsen*: Den funktionelle Retsmetode og Erstatningsretten, „Juristen“ 1936. 189 ff.

⁹⁾ jfr. om spørgsmålet i almindelighed *Salmond Jurisprudence* 15 ff. med henvisninger.

være umuligt fra denne undersøgelse at drage nogen almindelig slutning om samme regels *samfundsmæssige berettigelse*, hvilket formentlig vil fremgå af udviklingen nedenfor. Begge undersøgelsesformer bør derfor sikkert gennemføres parallelt.¹⁰⁾

Hvad dernæst *bedømmelsesmålestokken* angår, er denne et retligt spørgsmål om, hvilken grad af forstyrrelse i modtagerens forhold der må kræves, for at man kan sige, at hans »interesse« i ikke at tilbagebetale overstiger yderens naturlige krav på tilbagebetaling. Dette turde være kernen i *condictio indebiti*-problemet, og kunne der opnås nogenlunde enighed om dette, ville meget være nået.

Så godt som enhver tilbagebetaling vil naturligvis medføre et vist besvær og ubehag for vedkommende, omend det formentlig siger sig selv, at ikke enhver ulempe ved gennemførelse af *condictio indebiti*-krav kan antages at opveje yderens berettigede interesse i tilbagesøgning; hvilken interesse iøvrigt kan være lige så variabel som modtagerens interesse i at beholde ydelsen.

Den romanistiske berigelsesregel anlægger her det synspunkt, at modtageren normalt har krav på beskyttelse i de tilfælde, hvor en tilbagebetaling bevisligt vil stille modtageren ugunstigere, end hvis der slet ikke var sket nogen betaling. Dette kan kun tænkes, hvis den modtagne ydelse ikke længere er i behold, hvad enten det er sket i form af forbrug, som ellers ikke ville være foretaget, eller, fordi ydelsen er gået tabt med eller uden skyld fra modtagerens side. På grænsen står det tilfælde, hvor ydelsen er anvendt til erhvervelse af *varige* genstande (fast ejendom, løsøre o. s. v.). Hvis forholdet er det, at modtageren ikke ville have anskaffet sig disse genstande, hvis han ikke havde modtaget ydelsen, og endvidere at genstandene bagefter kun kan sælges med tab, må tilfældet siges at falde ind under kategorien. Berigelsesgrundsætningens konsekvens af dette synspunkt er, at *condictio indebiti*-kravet — som ethvert andet berigelseskrav — principielt må være afhængigt af, om ydelsen (berigelsen) er i behold ved sagsanlægget (se ovenf. i kap 7, s. 163 f.).

Forsåvidt ydelsen består i penge eller andre fungible goder — hvilket jo er det hyppigste på det foreliggende område — gi-

¹⁰⁾ Sml. herved *Salmond Jurisprudence* 17, som fremhæver, at de sociologiske videnskabers hidtidige resultater ikke kan yde retsvidenskaben nogen større hjælp.

ver denne løsning, som fremhævet i kap. 7, anledning til retstekniske vanskeligheder. Det erindres, at fransk ret også var tilbøjelig til at gå imod reglens anvendelse ved penge. I nordisk ret står teorien noget vaklende, men går dog i hovedsagen imod at lægge vægt på pengenes senere skæbne, dog således, at der bør tages hensyn hertil, hvis vildfarelsen overvejende må lægges betaleren til last.¹¹⁾ Svensk retspraksis har også været inde på at gennemføre denne modification, jfr. t. eks. dom i N J A 1933. 25. Derimod synes de danske domstole ikke at være stemt herfor, jfr. navnlig U 1945.898. Hvad derimod angår tingsydelser, bør kravet ordentligvis bortfalde, når tingen går hædeligt tilgrunde, jfr. herved grundsætningen i købel. § 58, men bortset herfra, som f. eks. ved forbrug eller videresalg, hersker der nogen usikkerhed i nordisk ret.

Berigelsesgrundsætningens synspunkt, at modtageren rent faktisk ikke bør stilles dårligere ved tilbagesøgningskravets gennemførelse, end han ville være det, hvis ydelsen aldrig havde været erlagt, kan imidlertid også anvendes på en anden måde, nemlig som et reelt argument ved selve afvejelsen af, om der bør indrømmes tilbagesøgningskrav i de almindelige tilfælde. Det var uden tvivl dette synspunkt, som lå bag *Ørsted*s argumentation mod anerkendelse af tilbagesøgningskrav, og det er overtaget — mere eller mindre bevidst — af hans efterfølgere. Men man må gøre opmærksom på, at denne anvendelsesmåde til en vis grad udelukker den anden. Hvis man som *Ørsted* kommer til det resultat, at tilbagesøgningskravet som regel vil stille modtageren væsentlig ugunstigere, end hvis ydelsen aldrig havde været erlagt, er sagen forsåvidt klar, som nægtelse af kravet bør være hovedreglen, og kommer man som *Hult* til det modsatte resultat, bliver altså indrømmelse af tilbagesøgningskrav hovedreglen, selvom det undertiden i enkelte tilfælde vil virke noget hårdt (den retstekniske forskydning). Men hvis man derefter, og dette gælder, hvadenten man er enig med *Ørsted* eller *Hult*, fortsætter: og iøvrigt skal kravets anerkendelse være afhængig

¹¹⁾ jfr. herved *Ussing Enkelte Kontrakter* 444 f., *Arnholm* 221 f., *Hult* 260, *Alexanderson* i N J A 1933.32. *Arnholm* 235 begrundet iøvrigt skarpsindigt resultatet med at drage en analogi fra de almindelige regler om „negativ kontraktinteresse“.

af, om beløbet er i behold; så slår man i nogen grad sig selv på munden, idet man ved den sidste tilføjelse på forhånd borttager den anstødssten, hvorom hele diskussionen drejer sig. Hvis man gennemfører berigelsesgrundsætningen i dens yderste konsekvens, altid at lade kravet bortfalde med berigelsens bortfald uanset bortfaldsmåden, og uanset om det drejer sig om pengeydelse eller andet, er der ingen betænkeligheder ved at gennemføre tilbagesøgning som hovedregel. Dette forhold må naturligvis ikke overses ved en retsammenlignende argumentation. Når man ved argumentationen for en almindelig anerkendelse af tilbagesøgning henviser til, at dette er hovedreglen i de romanistiske retsforfatninger, er sammenligningen skæv, medmindre man også agter at indføre reglen om berigelsens bortfald. Det må dog indrømmes, at indvendingen svækkes noget ved den omstændighed, at kun tysk ret er helt konsekvent, medens fransk ret, som ovenfor bemærket, underkaster bortfaldsreglen en modification for så vidt angår pengeydelse. Derimod er henvisningen til engelsk ret velbegrundet, idet denne, ihvertfald hvad angår faktiske vildfarelser, gennemfører tilbagesøgning som hovedreglen uden hensyn til ydelsens senere skæbne.

Men hvad enten man nu vil anvende berigelsesgrundsættningens synspunkt på den ene eller den anden måde, rejser der sig imidlertid det spørgsmål, om denne *bedømmelsesmålestok* overhovedet er rigtig, eller ihvertfald om den altid bør lægges til grund ved afvejelsen? Det er rigtigt, at hensynet til modtageren kun spiller ind, når ydelsen ikke længere er i behold. Sålænge ydelsen er intakt, og han iøvrigt ikke i tillid til, at ydelsen virkelig tilkommer ham, har forbrugt noget af sin øvrige formue, betyder tilbagesøgningen ingen forringelse i hans faktiske stilling; han har endnu ikke »indrettet sine forhold på, at ydelsen virkelig tilkommer ham«. Det er klart, at denne synsmåde angiver den yderste grænse for det område, hvor hensynet til modtageren overhovedet får betydning. Men herved forekommer det mig, at man i betænkelig grad har overset hensynet til yderen. Når man bortser fra de tilfælde, hvor man ligefrem kan lægge vildfarelsen yderen til last, er hans krav på hensyn mindst lige så stærkt, men ved den nævnte synsmåde ses der så godt som udelukkende på modtagerens interesser, hvilket ikke synes at være helt velbegrundet. Skulle interesseafvejelsen mellem par-

terne foretages på en rimelig basis, måtte udgangspunktet formentlig tages i følgende synsmåde: *Tilbagesøgning bør kun være udelukket i de tilfælde eller tilfældegrupper, hvor det tør antages, at det vil være mere byrdefuldt for modtageren at levere ydelsen tilbage, end det vil være for betaleren fremdeles at undvære ydelsen.*

Denne afvejelse, som i sit væsen er *rent faktisk*, indebærer naturligvis et vanskeligt skøn, men der er i og for sig intet ivejen for at formulere reglen på denne måde og således overlade det til domstolene at skønne i de enkelte tilfælde. Det samme kan siges om berigelsesgrundsætningen. På den anden side vil en sådan løsning næppe være heldig. Ti bortset fra at den, som sagt, vil bebyrde domstolene med en række vanskelige undersøgelser og afvæjelser i de enkelte tilfælde, vil den også føre til en meget betænkelig retsusikkerhed. Ligesom berigelsesreglen vil den i altfor vidt omfang gøre kravet afhængigt af faktorer, navnlig modtagerens forhold, som ikke kan overses på forhånd, hvilket igen vil føre til talrige processer. Kun sjældent vil en yder, som har betalt indebiti, have nogen sikker formodning om udsigten til med held at gennemføre et krav.

Men dertil kommer yderligere, at det næppe er helt velbegrundet at gøre tilbagesøgningskravet fuldstændig afhængigt af en rent faktisk afvejelse af parternes forhold. Det synes f. eks. noget urimeligt at gøre kravet afhængigt af, om modtageren har forbrugt eller opsparet ydelsen. Har således to funktionærer A og B gennem en årrække fået for meget udbetalt i løn, men således, at A har forbrugt hele sin løn, medens B har opsparet så stor en del, at det rigeligt dækker det for meget erlagte,¹²⁾ er det ganske vist rigtigt, at et tilbagesøgningskrav rent faktisk vil ramme A hårdere end B, men at gøre forskel på denne basis vil i dette tilfælde være meget urimeligt, ligesom det i ikke ringe grad vil modvirke lysten til opsparing, hvad samfundet næppe kan være interesseret i. I dette tilfælde burde man formentlig afskære tilbagesøgningsretten både overfor A og B, jfr. nedenf. Omvendt ville det sikkert også i mange tilfælde være misligt i forhold til yderen at gøre hans krav afhængigt af, hvorledes

12) der bortses fra bevismæssige vanskeligheder, som ikke berører det principielle spørgsmål.

modtageren har anvendt ydelsen. Er således en løsøreforsikringssum blevet udbetalt med urette, idet det bagefter viser sig, at en af policens bestemmelser ikke har været opfyldt, forekommer det urimeligt at gøre selskabets tilbagesøgningsret afhængig af, om modtageren har anvendt beløbet til mere eller mindre fornuftige nyanskaffelser eller til andre ting, f. eks. til en fornøjelsesrejse. Ved to domme i U 1939.1041 og 1044 har Højesteret også idømt tilbagebetaling af udbetalte brandforsikringssummer, da det senere viste sig, at forsikringstagernes ægtefæller havde påsat brandene (jfr. herved forsikringsaftalel. § 85), til trods for at forsikringstagerne bevisligt var i fuldkommen god tro, og at tilbagebetaling nu ville være væsentlig byrdefuldere, end om udbetalingen oprindeligt ikke havde fundet sted (to dissenterende dommere ville dog frifinde under hensyn her-til). Det må dog bemærkes, at forsikringsaftalel. § 85's almindelige præventive funktion blev fremhævet af Landsretten; alligevel er afgørelsen betydningsfuld, da det var *in confesso*, at forsikringstagerne var i god tro. Derimod kan der være grund til ialtfald ved tingsydelser at lægge vægt på, om tingen hændeligt er gået til grunde.

En blot *faktisk afvejelse af parternes modstridende interesser*, henholdsvis i at beholde ydelsen, og i at få den tilbage, *kan derfor næppe føre til nogen acceptabel løsning*, selvom man iøvrigt ser bort fra dens bevis tekniske ulemper og den usikkerhed, som den vil medføre. Den romanistiske berigelsesregels løsning eller dermed beslægtede løsninger, som principielt udelukkende lægger vægt på det rent faktiske, om ydelsen er i behold eller ej, uanset årsagen, må derfor sikkert forkastes.

Ved afgørelsen af, om et tilbagesøgningskrav skal nægtes, er der derfor formentlig ingen anden udvej, end i første række at se hen til, *om der i selve de konkrete betalingsforholds karakter ligger en særlig (juridisk) kvalitet*, bortset fra selve betalingen, *der giver modtageren en særlig grund til at indrette sine forhold i tillid til, at betalingen er endelig*. Dette må først og fremmest siges at være tilfældet i de grupper af tilfælde, hvor der hersker almindelig enighed om, at tilbagesøgning bør nægtes, såsom hvor yderen har forsikret modtageren om, at beløbet skyldes, eller hvor det skyldes i henhold til en naturlig forpligtelse, eller hvor modtageren har haft føje til at gå ud fra, at det ikke var en afgø-

rende forudsætning for betaleren, at han skyldte beløbet etc., jfr. herved de forskellige tilfælde nævnt på s. 206 f., hvor tilbagesøgning nægttes. Ti i disse tilfælde har modtageren haft større føje end ellers til at gå ud fra, at ydelsen virkelig tilkom ham, hvorfor han ikke bør skuffes.

Bortset fra disse almindelig anerkendte tilfælde, må man formentlig yderligere medtage de tilfælde, hvor ydelsen efter sin natur særlig har *karakteren af at være bestemt til at anvendes til almindelige leveomkostninger*, idet modtagerne i disse tilfælde vil have særlig anledning til at indrette deres forhold på betalingens endelighed. Den faktiske afvejelse støtter iøvrigt også dette resultat, idet en tilbagebetalingspligt netop i disse tilfælde selvsagt også normalt vil virke særdeles hårdt rent faktisk, jfr. herved *Ussing Enkelte Kontrakter* 442.

En sådan karakter som den nævnte må ydelsen siges at have, når det drejer sig om løn i videste forstand (altså også omfattende provision, tantième, gratiale etc.) samt udbetaling af understøttelser, underholdsbidrag o. s. v., ligeledes taget i vid forstand. Iøvrigt må domstolene naturligvis have adgang til at nægte tilbagesøgning i andre grupper af tilfælde, hvor de finder, at der i selve betalingens karakter ligger en særlig grund til at lade betalingen stå ved magt. Men herved skal der altså ikke lægges afgørende vægt på ydelsens senere skæbne eller idethele parternes faktiske interesser, da dette efter det ovenfor anførte let kan føre til mislige resultater og undertiden ligefrem være en umulighed.

Det afgørende bør således ikke være en faktisk interesseafvejelse, men en juridisk *kvalitetsbedømmelse*¹³⁾ af selve betalingsforholdets natur. Akcepteres dette synspunkt, følger det nærmest af sig selv, at tilbagesøgningsretten må blive udgangspunktet for den retlige overvejelse eller m. a. o. hovedreglen, eller formuleret på en anden måde: *Tilbagesøgning bør ikke afskæres udelukkende af den grund, at der er sket en betaling i urigtig formening om skyld, eller fordi ydelsen ikke længere forefindes hos modtageren.* De ovennævnte tilfælde, hvor tilbage-

13) Den samme metode anvendes ofte på andre retsområder, således t. eks. ved opstillingen af undtagelsesgrupper fra den almindelige modregningsregel, se nærmere *Ussing Obligationsret* 392.

søgningskravet må nægtes, optræder således som undtagelser fra den almindelige regel. Når man herved lægger vægt på selve betalingens karakter, vil disse undtagelsestilfælde danne forskellige forholdsvis skarpt afgrænsede grupper, hvorved der opnås en langt større retssikkerhed, end hvor man blot ser hen til tilbagesøgningskravets konkrete »hårdhed«, altså navnlig til, om ydelsen ikke længere forefindes intakt hos modtageren. Noget andet er, at man i visse klare tilfælde kan lade kravet bortfalde, navnlig i det tilfælde, hvor en tingsydelse er gået tabt uden modtagerens skyld (her må yderen naturligvis have krav på eventuelle surrogater). Endvidere bør tilbagesøgningskravet også begrænses af en hurtig forældelse, sikkert ikke over 5 år regnet fra det tidspunkt, betalingen skete og — i modsætning til den nugældende regel i 1908-loven — uanset om yderen i hele perioden har befundet sig i undskyldelig uvidenhed om sin fejltagelse.

Antagelsen af tilbagesøgning som en hovedregel eller et udgangspunkt bestyrkes rent legislativt vel i og for sig ved den kendsgerning, at *fremmed ret* i almindelighed går ind for den, selvom de romanistiske retsforfatningers regel kun kan påberåbes med den ovennævnte betydningsfulde reservation.

Retsvidenskaben må også under sine teoretiske overvejelser nøje påse, at dens resultater ikke kommer til at støde an mod den *almindelige retsbevidsthed* i befolkningen, og på det foreliggende område er der næppe tvivl om, at den almindelige retsbevidsthed rent faktisk-psykologisk stiller sig på tilbagesøgningsrettens side. Det vil sikkert være vanskeligt — for ikke at sige umuligt — at forklare menigmand, at han, fordi han ved en (undskyldelig) fejltagelse har betalt et beløb, der i virkeligheden ikke skyldes, som hovedregel har afskåret sig fra at få sin ydelse tilbage. Dette moment, som formentlig er blevet undervurderet eller overset af de forfattere, som går ind for en almindelig nægtelse af tilbagesøgningskrav, må utvivlsomt få vægtskålen til klart at synke ned til fordel for en almindelig tilbagesøgningsret. Hvad slutteligt angår synspunktet for undtagelsesgruppernes udfindelse, vil det sikkert føre til større klarhed og sikkerhed og idetheletaget være lettere at anvende i nordisk praksis, navnlig da synsmåden må siges at ligge dennes tankesæt nærmere, end berigelsesreglens synsmåde.

Spørgsmålet bliver nu, om hovedreglen også bør gennemføres ved *retsvildfarelse*, eller om man bør tillægge sondringen mellem faktiske og retlige vildfarelser afgørende betydning. Som allerede anført, tillægger engelsk ret i modsætning til de kontinentale retssystemer — ihvertfald tilsyneladende — denne sondring betydning. Hvis man derfor vil forsøge at vurdere denne sondring, hvilket der nok kunne være anledning til, eftersom nordisk ret, som bekendt, står noget usikker overfor den, er det nærliggende at vende blikket mod engelsk ret. Da ydermere engelsk ret på dette område — som på de fleste andre indenfor civilretten — er udpræget »case-law«, har en undersøgelse af engelsk rets stilling til *condictio indebiti*-problemet en ganske særlig interesse for nordisk ret, da reglerne også her er blevet udformet gennem praksis uden synderlig indblanding fra lovgivningsmagts side. Derimod har de romanistiske retsystemers regler mindre interesse, udformet som de er i korte abstrakte lovregler, der ret unuanceret går ind for en alm. tilbage-søgningsret. I det følgende afsnit skal der derfor gives en kritisk redegørelse for engelsk ret på det heromhandlede område. Som jeg nedenfor skal søge at vise ved en analyse af de vigtigste herhenhørende retsafgørelser, giver de praktiske erfaringer i engelsk retsliv en interessant belysning af spørgsmålet om den reale værdi af sondringen.

Som ovenfor antydet, er *condictio indebiti*-problemet ofte snævert forbundet med den almindelige forudsætningslære. Problemet kommer frem på den måde, at en ydelse erlægges i henhold til et løfte, som i sin tid er blevet afgivet under en urigtig forudsætning. Hvis forudsætningen erklæres relevant, vil følgen heraf som oftest være den, at løftet bliver uvirksomt (jfr. hertil *Ussing Aftaler* 481 ff.), eller m. a. o. ydelsen skyldes ikke (er: *indebitum*). Men da den er erlagt, opstår nu yderligere det spørgsmål, om den kan kræves tilbage, eller om det forhold, at den er erlagt, afskærer tilbagesøgningsretten. Dette sidste spørgsmål vil afhænge af de ovennævnte særlige betragtninger, som gør sig gældende ved *condictio indebiti*, og som på mange måder adskiller sig fra forudsætningslæren. Rent teoretisk er der intet i vejen for at holde de to problemer ude fra hinanden, og det må vel endda anses for formålstjenligt, hvorfor det også er gjort ovenfor. *Ussing* (l. c. 499 ff.) anvender den samme fremgangs-

måde. Det her fremførte må ikke forveksles med Lassens ovennævnte særlige lære, hvorefter selve *condictio indebiti*-problemet blev gjort til et forudsætningsproblem. Dette er næppe heldigt, men Lassens opfattelse er forsåvidt forståelig, fordi det i det praktiske retsliv ofte er vanskeligt at holde de to problemer adskilt, og ofte gør man sig vel knapt forskellen klar. Som et eksempel til belysning af dette forhold kan nævnes U 1930.279 H (H T 1929.658). Et firma i likvidation tilbagesøgte hos en af dets agenter et beløb, som skyldtes i anledning af for meget udbetalt provision. Beløbet blev nedsat noget i anledning af, at der ved firmaets likvidation var foretaget betydelige afskrivninger på udestående fordringer, hvoraf hans provision beregnedes. En yderligere nedsættelse nægtedes imidlertid, bl. a. fordi firmaets varer en tid havde været mindre gode. Som det vil ses, er de to problemer fuldstændigt indvævet i hinanden. Ved den nærmere undersøgelse af *condictio indebiti*-problemet må dette forhold ikke overses. Det kan navnlig få betydning ved vurderingen af domspraksis.

II. Tilbagesøgningsretten i engelsk ret med særligt henblik på sondringen mellem faktiske og rettlige vildfarelser.

A. Almindelig orientering.

Det vigtigste retsmiddel i engelsk ret til at søge ydelser tilbage, som er erlagt i urigtig formening om skyld, er en »*action for money had and received*« (to the plaintiff's use — som det normalt tilføjes i stævningen). Denne klage kan både anvendes i common law og i equity; den eneste forskel er, at den i common law må anvendes af betaleren direkte mod modtageren, medens den i equity også kan anvendes af andre, f. eks. betalerens arvinger, jfr. *Re Blake* (1932) 1 Ch. 54. Som det fremgår af selve klagens navn, kan den kun anvendes ved pengeydelse. Hvad angår tingsydelse har engelsk ret forskellige retsmidler, som dog ikke har særskilt interesse i denne forbindelse, med undtagelse af retsmidlet: »*following an asset*« i common law og det analoge »*tracing-order*« i equity, idet dette retsmiddel kan bringes til anvendelse, selvom der foreligger retsvildfarelse. På den anden side er anvendelsesområdet temmeligt begrænset; der kan henvises til den almindelige gennemgang af engelsk ret ovenfor i kap. 3, s. 40 ff.

Sondringen mellem *faktiske* (mistake of fact) og *retlige* (mistake of law) vildfarelser har derimod betydning ved hovedretsmidlet: action for money had and received, idet det er almindeligt antaget i den engelske doktrin, at betaleren er afskåret fra at søge tilbage, hvad han har betalt i henhold til en retsvildfarelse, hvorimod tilbagesøgning i almindelighed er mulig, hvis det drejer sig om en faktisk vildfarelse, jfr. eksempelvis fremstillingen i *Cheshire-Fifoot* 417 ff.

Sondringen blev første gang bragt til anvendelse i 1802 af Lord *Ellenborough* i den ledende dom *Bilbie v. Lumley*, 2 East. 469. Sagen drejede sig om følgende tilfælde: En forsikrer havde udbetalt en forsikringssum i henhold til en søforsikring. Ved policens underskrivelse var et brev angående datoen for skibets afrejse ikke blevet forelagt ham. Dette skete imidlertid, da forsikringssummen blev afkrævet ham. Han betalte beløbet, idet han var uvidende om, at han i henhold til gældende ret kunne have nægtet dette under henvisning til, at afsejlingsdatoen ikke var blevet ham meddelt ved policens udstedelse. Afgørelsen, som nægtede tilbagesøgning, blev forklaret i dommens præmisser på følgende måde: »Enhver må antages at kende loven, ti, hvis dette ikke antages, er der ingen grænse for, i hvilket omfang slige undskyldninger vil blive anvendt. Det vil vel omtrent ske i alle sager.« I virkeligheden kan det vist hævdes, at dommen indeholder et, ganske vist noget camoufleret, forudsætningssspørgsmål. Ti selv om det er rigtigt, at betaleren i det foreliggende tilfælde kunne have nægtet at betale, efter at han havde opdaget, at afsejlingsdatoen ikke var opgivet ved policens underskrivelse, viste han dog, netop ved at betale, at dette faktum ikke var af afgørende betydning for ham, eller m. a. o. forudsætningen *var ikke bestemmende* for ham. At dommen ikke giver udtryk for denne betragtning, er dog meget forståeligt, idet forudsætningsproblemet ikke var blevet erkendt på dommens tid.

Lige siden denne afgørelse har sondringen mellem faktiske og retlige vildfarelser spillet en betydelig rolle i engelsk retspraksis, men både her og i teorien har der været vanskeligheder med at fastlægge sondringen på tilfredsstillende måde. Som bekendt volder det altid vanskeligheder at sondre mellem *factum* og *jus*, hvilket også viser sig på det foreliggende område.

Et alvorligt forsøg på at fastlægge sondringen blev gjort af

Lord *Westbury* i *Cooper v. Phibbs*, (1867) 16 L.T. 678. Sagen drejede sig om følgende forhold: E havde lejet fiskeretten i en sø af P, men senere viste det sig imidlertid, at E i virkeligheden var ejer af fiskeretten. Fejltagelsen var opstået ved en urigtig fortolkning af en slags arveforskukskontrakt. Sagen drejede sig iøvrigt ikke om tilbagebetaling, idet der endnu ikke var blevet betalt nogen leje, men derimod om ophævelse af selve lejeretten.¹⁴⁾ Det var således et rent forudsætningstilfælde. Alligevel har sagen også interesse i nærværende forbindelse, idet dens principper sidenhen er blevet anvendt også i tilbagesøgningssager. E vandt sagen med følgende begrundelse, formuleret af Lord *Westbury*: »Det er blevet påstået, at »ignorantia juris haud excusat«, men i denne maksime er udtrykket »jus« anvendt i betydningen: almindelige retsregler (general law) — landets almindelige lovgivning; men når ordet »jus« tages i betydningen: private rettigheder (private rights) kommer maksimen ikke til anvendelse. Privat ejendomsret er et faktisk spørgsmål, selvom det må indrømmes, at det også kan være et retligt; men hvis parterne kontraherer under indflydelse af en fælles fejltagelse eller misforståelse af deres indbyrdes rettigheder, må kontrakten kunne erklæres uvirksom«. Selvom dommen ikke drejede sig om tilbagesøgning, ville resultatet utvivlsomt være blevet det samme, hvis der havde været betalt, således at E også havde kunnet tilbagesøge betalt leje. Dommen byggede nemlig på en ældre dom: *Bingham v. Bingham*, (1748) 1 Ves. Gen. 126, hvor en person havde solgt en fast ejendom til en anden, som senere opdagede, at huset i virkeligheden altid havde tilhørt ham; køberen kunne her kræve købesummen tilbage.

Det siger sig selv, at det synspunkt, som denne dom giver udtryk for, vil være meget vanskelig at arbejde med i praksis; dertil er det altfor vagt og usikkert. Både engelsk domspraksis og teori har også langt fra været i stand til at trække klare grænser for dets anvendelsesområde, hvilket også indrømmes

¹⁴⁾ Det må derfor bero på en misforståelse, når det hedder hos *Cheshire-Fifoot* 418, at dommen bl. a. dømte sagsøgte til at tilbagebetale den betalte leje.

af *Winfield*.¹⁵⁾ Hans resultat af en gennemgang af en lang række domme bekræfter også dette indtryk. Det hedder således:

»It is submitted, therefore, that the distinction between mistake as to general rules of law and mistake as to private rights exists at Common Law as well as in Equity, though at Common Law mistake as to private rights is reckoned as mistake of fact: that, however, is merely a matter of nomenclature Mistake as to the interpretation of a public statute or of an order issued by a government department is a mistake of a general rule of law and relief cannot be obtained against it.

The construction of a written contract is, as a general rule, a matter of general law, and if one party to the contract puts a mistaken interpretation on it he cannot claim relief

But the rule is subject to qualifications formulated by *Lindley*, L. J. in *Wilding v. Sanderson*, (1897) 2 Ch. 537. He accepted the rule as sound in principle, for "if it were not adhered to, the security of written engagements would be destroyed"; but the rule does not apply in the following circumstances: 1) Where the mistake is induced by the other party to the contract, or 2) where a mistake as to the meaning of the words used is accompanied by a mutual mistake as to the subject-matter dealt with by the contract and the parties are not ad idem as to the subject-matter about which they are negotiating; hence there is no real agreement between them

The result obtained in this article may seem rather disappointing to anyone who seeks for a clear-cut distinction between mistake of law and mistake of fact, for such distinction as we have been able to draw appears to depend on a number of disconnected rules whose application to any particular case must often depend mainly on the particular facts of the case. The explanation is partly historical, for the development of these rules is implicated with the distinction between Common Law and Equity and also with the change of ideas to the basis of the action for money had and received. But another reason lies in the inherent dif-

¹⁵⁾ i hans artikel: „Mistake of Law“ i *The Law Quarterly R.* vol. 59 (1943) 327—42. Winfields artikel er iøvrigt den mest indgående teoretiske behandling af spørgsmålet, som har været fremme i engelsk retslitteratur.

ficulties of the problem. First, fact and law are to some extent inextricable. Secondly, the Courts have had to steer a course between principles which, if not actually in conflict, at any rate strongly qualify one another.«

Man kan formentlig bedst gengive retstillingen derhen, at de engelske domstole til en vis grad benytter sig af vanskelighederne ved at sondre mellem faktiske og retlige vildfarelser til at indrømme tilbagesøgning, selvom fejltagelsen nærmest må anses for en retsvildfarelse, når de ellers finder tilbagesøgningskravet rimeligt. *Musgrave, Machel v. Parry*, (1916) 2 Ch. 417, virker i denne relation særlig grel, idet det drejede sig om fortolkningen af et testamente, hvilket ellers altid antages at være et almindeligt retsspørgsmål, jfr. Winfield l. c. Sagen drejede sig om et tilfælde, hvor en testator havde bestemt, at nogle årlige legatudbetalinger skulle udbetales "without deduction". I den tro, at nævnte udtryk sigtede til indkomstskat, fradrog executorerne ikke denne skat i udbetalingerne. Ved en senere retssag blev det fastslået, at udtrykket ikke havde relation til indkomstskatten. Til trods for at der således forelå en retsvildfarelse i sædvanlig forstand, blev executorerne erklærede berettigede til at fradrage de for meget udbetalte beløb i de fremtidige udbetalinger. Afgørelsen i *The Queen v. Blenkinsop*, (1892) 1 Q.B. 43 er lige så karakteristisk. Her drejede det sig endog om fortolkningen af en lovbestemmelse; altså den typiske retsvildfarelse. I sagen *Re Saxon Life Assurance Society*, (1862) 2 J. and H. 408 udtaltes det endog direkte, at domstolene var berettigede til at indrømme tilbagesøgning, selvom der forelå en retsvildfarelse. Dommen byggede i vidt omfang på *Turner L. J.*s udtalelser i samme retning i sagen *Stone v. Godfrey*, 5 De G. and M. 76. Sidstnævnte afgørelse nægtede iøvrigt tilbagesøgning af andre grunde, se nedenf. s. 238 (2). Der kan også henvises til dommen: *Dennys v. Shuckburgh*, (1840) 4 G. and C. Ex. 43, hvor en urigtig fortolkning af et skøde antoges at være en faktisk vildfarelse. Afgørelsen i *Re Diplock's Estate* er i denne forbindelse også interessant, idet den viser, at de engelske domstole har mulighed for at vise større smidighed, end man er tilbøjelig til at tro. I denne sag havde nogle executorer i overensstemmelse med et testamente udbetalt hele boet til en række velgørende institutioner. Slægtsarvingerne opnåede dom

for, at testamentet var ugyldigt på grund af dets ubestemte indhold og anlagde derefter sag mod de nævnte institutioner. High Court (Ch.D.), se (1947) 1 All E.R. 522-551, nægtede tilbagesøgning med den sædvanlige begrundelse, at der forelå en retsvildfarelse, og nægtede endvidere at give en "tracing order in equity" under henvisning til, at der ikke forelå noget fiduciarisk forhold mellem institutionerne og arvingerne. Afgørelsen blev appelleret til Court of Appeal, se (1948) 2 All E.R. 318-367, som dog opretholdt underinstansens afgørelse, forsåvidt angik retsvildfarelser, hvorimod retten fandt, at tilfældet gav basis for en "tracing order". Princippet i *Sinclair v. Brougham*, (1914) A.C. 398, blev således lagt til grund, se om dette ovenf. i kap. 2, s. 40 f.; men det kan næppe nægtes, at princippet her undergik en væsentlig udvidelse.

Domstolene er undertiden endda i tilfælde, hvor en nægtelse af tilbagesøgning ville virke særlig urimelig, gået så vidt, at de rent ud har erklæret sig for kompetente til at indrømme tilbagesøgning, selv hvor det drejede sig om klare retsvildfarelser.

Dette er for det første sket i sager, hvor offentlige myndigheder, testamentexecutorer, kuratorer i konkursboer og lign. halvofficielle personer har modtaget betalinger, hvor yderen har ligget under for en retsvildfarelse. Begrundelsen herfor har bl. a. været den, at slige myndigheder og halvofficielle personer burde sætte andre et godt eksempel og ikke beholde penge, som de ikke »med god samvittighed« kunne tilegne sig. Den ledende dom er *Ex parte James, In re Condon*, (1874) 9 Ch. 609, hvor det blev udtalt, at princippet om, at tilbagesøgning er udelukket, når det drejer sig om retsvildfarelser, ikke må presses for hårdt.

Men domstolene er gået videre endnu og har statueret tilbagesøgning, selvom det ikke drejede sig om myndigheder og halvofficielle personer. I *Blackburn and District Benefit Building Society v. Cunliffe Brooks and Co.*, (1885) 29 Ch. D. 902 tillodes det f. eks. et byggeselskab i likvidation at tilbagesøge nogle betalinger til en bank, til trods for at ingen konkursretlige regler kunne bringes til anvendelse på tilfældet; og det udtaltes udtrykkeligt i dommen, at retsvildfarelse ikke afskærer tilbagesøgningsretten. Flere andre domme er gået i samme retning.

Omvendt er der adskillige domme vedrørende faktiske vildfarelser, som har nægtet tilbagesøgning. Dette hænger tildels sammen med det forhold, at engelsk ret ikke er helt opmærksom på forskellen mellem spørgsmålet, om beløbet overhovedet skyldes, hvilket i denne forbindelse ofte vil være et forudsætningssspørgsmål, og det derfra forskellige spørgsmål, om ydelser, som er erlagt i henhold til en svigtende forudsætning, der erklæres relevant (hvilket altså vil sige, at det første spørgsmål er blevet besvaret bekræftende), kan søges tilbage. Som ovenfor fremført, kan sondringen mellem de to spørgsmål være vanskelig nok at gennemføre i praksis. Man kan formentlig også sige, at de to spørgsmål i praksis i ikke ringe grad vil indvirke på hinanden. Der er i så henseende næppe tvivl om, at det ofte vil være vanskeligere at få en domstol (og jeg tænker herved ikke udelukkende på de engelske, men f. eks. også på de danske) til at gå med til at erklære en forudsætning for relevant, når det omspurgte løfte allerede er blevet opfyldt, end hvor løftet endnu står tilbage at opfyldes. Det samme forudsætningstilfælde kan således risikere en forskellig behandling, alt eftersom der er sket opfyldelse eller ej; og formentlig med rette, ti opfyldelsen ændrer altid billedet af vedkommende retsforhold.

Erkendelsen af dette forhold vil formentlig lette forståelsen af retstillingen i engelsk ret. Engelsk ret er — i modsætning til f. eks. nordisk ret — meget utilbøjelig til at erklære en forudsætning (underlying assumption) for relevant, jfr. *Cheshire-Fifoot* 146 f., hvilket, foruden engelsk rets store respekt for princippet om løfters forpligtende kraft, skyldes, at reglerne lige så meget er udformet med henblik på ophævelsen af en allerede opfyldt kontrakt som den uopfyldte; de to spørgsmål holdes, som sagt, ihvertfald ikke ude fra hinanden.

Uden at give nogen udtømmende redegørelse for domspraksis kan engelsk rets stilling til betalinger, som er foretaget under svigtende forudsætninger, formentlig gengives således: Domstolene vil kun anerkende en forudsætning for relevant, forsåvidt forudsætningen enten er blevet udtrykkeligt tilkendegivet uden protest fra modpartens side, eller det tør antages, at begge parter har akcepteret den som et afgørende element i det omkontraherede forhold. I Lord *Wright's* dictum i *Norwich Union Fire*

Insurance Society v. W. H. Price, Ltd., (1937) A.C. 455 hedder det således: "..... It is, however, essential that the mistake relied on should be of such a nature that it can be properly described as a mistake in respect of the underlying assumption of the contract or transaction, or as being fundamental or basic." I en anden ledende dom, *Bell v. Lever Bros., Ltd.*, (1932) A.C. 161, udtalte Lord *Thankerton*: "..... The phrase 'underlying assumption by the parties' can only properly relate to something which both must necessarily have accepted in their minds as an essential and integral element of the subject-matter."

Som det vil ses, minder det engelske forudsætningssynspunkt en del om Julius Lassens *subjektive forudsætningslære* og dens teori om parternes »hypothetiske vilje«; dog er engelsk ret meget streng i retning af at nægte forudsætningers relevans; i adskillige tilfælde formentlig for streng. Nogle af disse »streng« domme kan dog sikkert forklares ud fra andre synspunkter, selvom deres egen begrundelse for nægtelse af tilbagesøgning holder sig til forudsætningssynspunktet. Som eksempel herpå kan *Morgan v. Ashcroft*, (1938) 1 K.B. 49, formentlig anføres. I denne sag havde sagsøgeren et løbende mellemværende angående væddeløbsspil med sagsøgte, en bookmaker. Grundet på en regnefejl, begået af bookmakerens kontorist, var sagsøgeren blevet afkrævet et for stort beløb. Tilbagesøgning blev her nægtet med den ejendommelige begrundelse, at fejltagelsen ikke drejede sig om et relevant eller fundamentalt faktum. Jeg tror imidlertid, at afgørelsen simpelthen kan forklares ud fra den betragtning, at det ville ligge under rettens værdighed overhovedet at beskæftige sig med væddetransaktioner. Selvom dette synspunkt ikke udtrykkes i dommen, har det formentlig ubevidst ligget til grund for afgørelsen.

Idetheletaget er der grund til at antage, at domstolene vil afvise søgsmål, hvor parternes transaktioner mere eller mindre har skær af illegalitet (stridende mod »lov og ærbarhed«). En ældre dom, *Brisbane v. Dacres*, (1813) 5 Taunt. 142, giver bl. a. udtryk for dette synspunkt. I denne sag havde en kaptajn i flåden i embeds medfør hjembragt nogle offentlige midler på sit skib, men havde også samtidig hjembragt forskellige effekter tilhørende privatpersoner. Han modtog betaling for fragten såvel

af de offentlige som af de private effekter og betalte i henhold til en gammel kutyme i flåden en tredjedel af dette beløb til den kommanderende admiral. Efter at være blevet klar over, at han ikke var retlig forpligtet til at betale denne tredjedel, anlagde kaptajnen sag mod admiralsens enke til tilbagebetaling, men tabte sagen, dels fordi den private befragtning i sig selv var et ulovligt foretagende, og dels fordi han, forsåvidt angik den offentlige befragtning, havde betalt admiralen tredjedelen af fragten med fuldt kendskab til alle de relevante faktiske omstændigheder, omend han havde været uvidende om, at han ikke retligt var forpligtet til at betale. Hvad angår den sidstnævnte begrundelse, vil det ses, at den hviler på den almindelige maksime i engelsk ret om, at betalinger under retsvildfarelse ikke kan søges tilbage. I virkeligheden kan afgørelsen formentlig tages som et udtryk for det synspunkt, at betalinger, som ganske vist er erlagt uden nogen juridisk pligt til at betale, ikke kan søges tilbage, når der dog bestod en »moralsk« eller »æremæssig« pligt (i nærværende tilfælde begrundet i den gamle skik i flåden). I denne henseende kan opmærksomheden også henledes på, at spillegæld o. lign. aldrig har kunnet søges tilbage i engelsk ret; dette har nu udtrykkelig lovhjemmel i *The Gaming Act, 1892*, sec. 9. subs. 1.

B. Særligt om retsvildfarelse.

Som det er fremgået af udviklingen under A, har sontringen mellem faktiske og retlige vildfarelser givet anledning til adskillige vanskeligheder i engelsk ret. Doktrinen om, at tilbagesøgning er udelukket, når betaling skyldes retsvildfarelser, som blev opstillet i den ledende dom fra 1802, har ikke kunnet oprettholdes. På forskellig måde er det lykkedes domstolene i tidens løb at komme uden om den, som f. eks. ved hjælp af begrebet »private rights«. Enkelte domme, navnlig i equity, har endda udtalt sig direkte imod den. Man kan utvivlsomt sige, at man også på dette område står overfor det velkendte fænomen i engelsk ret, hvor et ældre præjudikat har udtalt en almindelig sætning, som domstolene senerehen har vanskelighed med at bringe i overensstemmelse med de praktiske hensyn, men hvor de af hensyn til præjudikatdoktrinen må gribe til den udvej at afsondre reglen. Resultatet er som regel en vis forvirring.

På det foreliggende område har udviklingen således vist, at reglen om retsvildfarelser ikke kan opretholdes i sin fulde konsekvens. Dette må utvivlsomt tages som et vægtigt erfaringens vidnesbyrd. Men forsøgene på at komme uden om reglen har ført til adskillige uklarheder, som det, selv efter Winfield's indgående undersøgelser, ikke er lykkedes at overvinde.

Der er ialtfald ingen tvivl om, at engelsk rets regler om tilbagesøgning er langt mere nuancerede og differentierede, end det fremgår af den noget grove sondring mellem faktiske og retlige vildfarelser, som i almindelighed antages at være udtryk for engelsk praksis. Efter min opfattelse har den egentlige begrundelse for mange dommes nægtelse af tilbagesøgning været en helt anden, end en blot og bar anvendelse af det ovennævnte princip; og selv i de domme, hvor det fremgår af præmisserne, at domstolene har anset princippet for afgørende for sagens udfald, synes den virkelige begrundelse at have været en anden. En nærmere undersøgelse af disse dommes forskellige tilfælde synes at vise, at selve det forhold, at der har foreligget en retsvildfarelse, ikke har været den udelukkende grund til, at domstolene har nægtet tilbagesøgning. Det fremgår af de forskellige dommes dicta, at domstolene som regel har taget alle en sags forskellige momenter under overvejelse, herunder navnlig parternes hele adfærd både før og efter betalingen. Den traditionelle problemstilling i engelsk ret på det heromhandlede område, har altid haft følgende form: Hvad mener domstolene, når de taler om retsvildfarelser som forskellige fra faktiske vildfarelser og vildfarelser med hensyn til »private rights«? (jfr. Winfield l. c.). Denne problemstilling kan imidlertid let føre ind i et selvbedrag, idet den gør selve sondringens karakter flydende. Ti hvis det må antages, og det synes der at være grund til, at domstolene i deres afgørelser vil se hen til andre momenter end selve vildfarelsens natur (retlig ctr. faktisk), vil selve begrebet »retsvildfarelse« selvsagt kunne skifte betydning fra den ene sag til den anden, og dette vil nødvendigvis føre til uklarheder.

Såvidt jeg kan se, ville det være mere formålstjenligt, ligesom der ville være mindre fare for at komme ind i uklarheder, hvis man ved undersøgelsen af domspraksis stillede spørgsmålet anderledes, nemlig således: Er en blot og bar retsvildfarelse til-

strækkelig til at udelukke tilbagesøgning, eller må der kræves noget mere, førend tilbagesøgning er udelukket? Efter min opfattelse er den rene retsvildfarelse ikke tilstrækkelig. Af adskillige antydninger i de forskellige domspræmisser fremgår det, at domstolene foruden at se hen til selve vildfarelsens natur, yderligere har lagt vægt på andre momenter, hvis tilstedeværelse synes at være nødvendige *foruden selve retsvildfarelsen*, førend tilbagesøgning indrømmes; som eksempler kan nævnes: det forhold, at betaleren har haft tilstrækkelig anledning og tid til at overveje spørgsmålet om forpligtelsens beståen eller ikke-beståen, eller det moment, at parterne inden betalingen har haft opmærksomheden henvendt på spørgsmålet, eller at dette har været diskuteret mellem parterne, uden at betaleren har rejst behørig indsigelse mod at betale, således at hans adfærd kan fortolkes som en opgivelse af denne. Der er også blevet lagt vægt på, om modtagerens udtalelser har ledt betaleren ind i vildfarelsen, om der bestod en naturlig forpligtelse til at betale, eller om betaleren har optrådt skødesløst etc. Slige synspunkter er forøvrigt også kommet til orde i sager angående faktiske vildfarelser. Dette skal dog ikke tages op til nærmere undersøgelse i nærværende sammenhæng, som i første række beskæftiger sig med betydningen af retsvildfarelser. På dette område tror jeg imidlertid, det er muligt at uddrage forskellige principper af engelsk domspraksis, som formentlig har krav på almindelig interesse til belysning af problemet. Principperne, nedenfor nævnt, virker altså som undtagelser fra den alm. tilbagesøgningsregel.

1. Som allerede berørt ovenfor, gennemfører også engelsk ret den fra de kontinentale lovgivninger kendte regel, at tilbagesøgning er udelukket, selvom betaleren har været uvidende om, at han ikke var retlig forpligtet til at yde, når der dog bestod en *moralsk eller æremæssig pligt* (natural obligation) til at betale.

Foruden den ovennævnte afgørelse i *Brisbane v. Dacres* kan der nævnes adskillige andre. Princippet stammer iøvrigt fra tiden forud for den ledende dom fra 1802, som indførte den almindelige sondring mellem faktiske og retlige vildfarelser. Den første dom er, såvidt ses, *Farmer v. Arundel*, (1772) 2 Black W. 824. Sagsøgte havde her anvendt et beløb til sagsøgerens families underhold. Sagsøgte havde herefter anmodet sagsøgeren om

at refundere ham udgifterne, hvilket denne gjorde i den fejlagtige tro, at han var juridisk forpligtet til det. Efter at være blevet klar over sin fejltagelse anlagde han sag, men tilbagesøgning blev nægtet med den begrundelse, at der dog bestod en æremæssig forpligtelse (honest debt).

2. Det synes at være et fast princip i engelsk praksis, at tilbagesøgning er udelukket, hvis det kan siges, at tilbagesøgeren *selv er skyld i retsvildfarelsen*, f. eks. ved at anlægge en urigtig fortolkning af den lovbestemmelse, som foreskriver betalingen. Han må navnlig bære risikoen, hvis han har givet modtageren det indtryk, at han har overvejet spørgsmålet nøje, jfr. *Winfield* l. c., se ovenf. s. 229.

Dette princip er navnlig kommet til anvendelse, hvor det offentlige har udbetalt for meget til embedsmænd eller privatpersoner i henhold til urigtige lovforklaringer. Dette blev fastslået i den ledende dom *Skyring v. Greenwood*, (1825) 4 B. and C. 281 og bekræftet igen i *Holt v. Markham*, (1923) 1 K.B. 504 (for et kort referat se ovenf. i kap. 3, s. 42 note 11). Princippet er også bragt til anvendelse mellem privatpersoner. Dette er således sket i *Stone v. Godfrey*, (1854) 5 De G. and M. 76. En mand var her blevet rådet af sin sagfører til ikke at anlægge sag mod et »trust-fund« til ophævelse af en forpligtelse, som han havde til at betale sin datter nogle årlige pengebeløb, idet sagføreren var af den formening, at forpligtelsen juridisk var gyldig. Faderen fortsatte i henhold hertil i en årrække at udbetale datteren beløbene, uden nogensinde at nævne overfor hende, at der kunne rejses tvivl om forpligtelsens gyldighed, idet han tværtimod altid fortalte hende, at betalingerne havde deres rigtighed. Allerede som følge af denne adfærd fra hans side, blev et af ham senere anlagt søgsmål til tilbagebetaling afvist.

3. Efter min mening gør der sig et princip eller ialtfald en tendens gældende i engelsk ret, som ligger på linje med de synspunkter, som jeg fremførte ovenfor på s. 224 vedrørende *betalinger, der har karakteren af at være underhold*, eller som efter deres natur er bestemt til at anvendes som underhold, såsom lønninger etc. De to ovenfor nævnte domme, *Skyring v. Greenwood* og *Holt v. Markham*, der afslog tilbagesøgning, gav i deres præmisser udtryk for dette synspunkt. Det hed f. eks. således i den førstnævnte sag: »..... Det er af stor vigtighed

for alle, og dette gælder ikke mindst militære embedsmænd, at de ikke bliver vildledt til at tro, at deres årlige indkomst er større, end den i virkeligheden er. Enhver ordentlig mand indretter sine leveomkostninger i overensstemmelse med, hvad han har grund til at antage, er hans indkomst; det ville derfor være meget ubilligt, hvis man, efter at have udbetalt ham visse lønningsbeløb og givet ham det indtryk, at disse virkelig tilkommer ham, kunne kræve disse beløb tilbage, fordi man opdager, at beløbene i realiteten ikke skyldtes.« Den sidstnævnte dom er inde på lignende betragtninger.

Det skal dog indrømmes, at enkelte domme kan anføres mod princippet almen gyldighed, men der er ihvertfald fast praksis for, at tilbagesøgning er udelukket ved for store udbetalinger af underhold i henhold til separations- eller skilsmisseoverenskomster. *Shrewsbury v. Shrewsbury*, (1906) 23 T.L.R. 100 kan anføres som eksempel. En mand havde her i en årrække udbetalt sin fraskilte hustru underholdsbidrag fri for indkomstskat i henhold til nogle separationsvilkår. Ved dommen blev det fastslået, at efter en rigtig fortolkning af vilkårene var manden ikke pligtig at betale bidragene skattefrit, hvorfor han var berettiget til for fremtiden at fradrage nævnte skat i bidragene; derimod nægtedes det ham at fradrage den tidligere betalte skat i fremtidige bidrag. *Hatz v. Hatz*, (1919) 1 Ch. D. 351 og *Ord v. Ord*, (1923) 2 K.B. 432 har bekræftet denne afgørelse. En praksis, som under alle omstændigheder synes rimelig.

4. Det næste princip eller ledende grundsætning som efter min formening kan udledes af engelsk praksis, kan udtrykkes således: *Hvis parterne, inden betalingen fandt sted, har haft opmærksomheden henvendt på spørgsmålet, om forpligtelsen gyldigt bestod, eller om beløbets nøjagtige størrelse, og yderen ikke desto mindre betaler det omspurgte beløb, må han være afskåret fra senere at rejse spørgsmålet.* Ti dette spørgsmål må siges at være blevet afgjort én gang for alle ved betalernes adfærd; dette må i særlig grad gælde, hvis betalingen må anses som et kompromis mellem parternes divergerende opfattelse af spørgsmålet. Ti, hvis spørgsmålet om forpligtelsens beståen (eller nærmere omfang) har været rejst mellem parterne, og betaleren ikke desto mindre undlader at gøre sine indsigelser gældende i rette tid (normalt inden betalingen), må modtageren

have føje til at gå ud fra, at betaleren har opgivet sin eventuelle ret.

Den ledende dom for dette princip er *Rogers v. Ingham*, (1876) 3 Ch. Div. 351. I denne sag havde en executor E foreslået to legatarer at dele deres andele på en bestemt måde i henhold til en fortolkning af afdødes testamente, som var blevet fremført af E.s sagfører. Den ene af legatarerne L, som følte sig forfordelt, henvendte sig til en anden sagfører, som imidlertid erklærede sig enig i den førstes fortolkning. E delte derefter boet i overensstemmelse med sagførernes fortolkning, uden at der fremkom yderligere protest fra L.s side. To år efter anlagde L sag mod E og den anden legatar, idet han påstod, at testamentet var urigtigt fortolket, og at den anden legatar derfor skulle betale ham et nærmere angivet beløb. Dette nægtedes ham under henvisning til, at hans ovennævnte adfærd måtte anses for en opgivelse af hans eventuelle ret.

Som ovenfor berørt, er det endnu mere klart, at tilbagesøgning må være udelukket, hvis parternes diskussioner om skyldens eksistens eller omfang er endt med, at betaleren har betalt et *mindre* beløb end oprindelig forlangt af fordringshaveren. Forholdet må i så fald opfattes som et *kompromis*, således at spørgsmålet ikke senere kan rejses. Dette er blevet fastslået i flere tilfælde, som f. eks. i *Goodman v. Sayers*, (1820) 2 Jac. and W. 248 og *Andrew v. Bridgman*, (1908) 1 K.B. 596.

En anvendelse af hovedprincippet skete ved afgørelsen i *William Whiteley, Ltd. v. The King*, (1909) 101 L.T. 741. Sagsøgeren, en stor forretningsvirksomhed, var her blevet opkrævet en særlig restaurationskat, idet skattemyndighederne var af den formening, at de af firmaet ansatte tjenere i firmaets kantiner faldt ind under restaurationslovgivningen. Firmaet protesterede mod denne opfattelse, men betalte alligevel, da skattemyndighederne truede med retsforfølgning. I de følgende seks år betalte firmaet den nævnte skat, idet de dog stadig protesterede mod myndighedernes forståelse af loven. Efter udgangen af de seks år nægtede firmaet imidlertid at betale skatten, og i en derefter, af det offentlige anlagt sag til betaling af skatten, blev det fastslået, at det offentliges fortolkning af loven var urigtig. Firmaet anlagde nu sag mod myndighederne til tilbagebetaling af den tidligere med urette opkrævede skat, men dette søgsmål nægtedes

fremme under henvisning til, at firmaet hele tiden havde været klar over, at spørgsmålet om skattepligten var tvivlsomt, hvorfor det havde haft anledning til at nægte at betale lige fra første færd, og søgsmålet kunne heller ikke rejses, fordi den påståede vildfarelse var en retlig og ikke en faktisk. Den sidste tilføjelse kunne dommen sikkert have sparet sig, men den viser, hvor vanskeligt engelsk praksis har ved at komme væk fra den generelle sondring. En fuldstændig parallel afgørelse blev truffet i *National Pari-Mutual Association, Ltd. v. The King*, (1930) 47 T.L.R. 110; den eneste forskel var, at det her drejede sig om en totalisatorafgift. Også i denne dom anførtes begge de ovennævnte begrundelser.

5. Ligesom i dansk ret (jfr. herved *Ussing Enkelt Kontrakter* 441 f.) synes der i engelsk ret at være tendens til at afskære tilbagesøgning, når det drejer sig om for meget erlagt betaling i henhold til en *vedvarende kontrakt, som betalingsmodtageren kunne have bragt til ophør ved opsigelse*.

Som eksempel kan nævnes en ældre dom: *Denby v. Moore*, (1817) 1 B. and Ald. 123. En lejer havde her gennem en periode af tolv år betalt ejerens ejendomskat uden at fratække disse beløb i lejen, hvilket han ellers havde ret til i henhold til de almindelige regler. Der var således tale om en retsvildfarelse. Tilbagesøgning blev nægtet, bl. a. fordi det var sandsynligt, at ejeren ville have sat lejen op, hvis lejeren straks fra begyndelsen havde insisteret på at fradrage de betalte ejendomskatter. Det er interessant at notere sig, at begrundelsen giver udtryk for den samme betragtning, som Ussing l. c. anlægger vedrørende dansk ret. Det gør formentlig Ussings resultat så meget sikrere.

6. Den sidste ledende grundsætning, som, såvidt ses, kan udledes af engelsk praksis, går ud på følgende: *Hvis en domsafgørelse anlægger en fortolkning af en lov eller en eller anden klasse af kontrakter, som bevirker, at tidligere betalinger vedrørende det samme forhold mellem andre parter i virkeligheden må betragtes som erlagt i urigtig formening om skyld, er disse tidligere parter alligevel afskåret fra at søge de erlagte ydelser tilbage*.

Ingen af de herhenhørende domme udtaler direkte princippet; begrundelsen er som regel den almindelige, nemlig at betalingen er sket frivillig med fuldt kendskab til alle faktiske omstændig-

heder, hvorfor en blot og bar retsvildfarelse ikke kan afgive hjemmel for tilbagesøgning. Som tidligere bemærket bør man næppe lægge for megen vægt på denne almindelige begrundelse, idet domstolene føler sig forpligtet til at anvende den overalt, hvor der er mulighed for dette. Men man har ofte indtrykket af, at det kun sker af ærbødighed for præjudikaterne. I virkeligheden har domstolene ladet sig lede af praktiske hensyn, som de blot ikke har behøvet at lade komme til orde, fordi resultatet tilfældigvis er faldet sammen med det, man ville komme til ved at anvende den almindelige formel. Der er dog næppe tvivl om, at engelsk praksis kan siges at gennemføre den ovenfor formulerede specielle regel. Adskillige dommes præmisser indeholder også antydninger, som peger mod en dybere forklaring på, hvorfor man netop i disse tilfælde uden tøven har afskåret tilbagesøgning.

Blandt de forskellige afgørelser er *Henderson v. Folkstone Waterworks Co.*, (1885) 1 T.L.R. 329 sikkert den mest illustrerende. Ejeren af et hus i Folkstone var gennem en årrække blevet afkrævet en vandafgift af det lokale vandværk på basis af vandværkets almindelige betingelser. Efter at det var blevet fastslået ved en House of Lords-afgørelse i en anden sag (Dobb's case), at vandværket havde opkrævet en større vandafgift, end det var berettiget til efter en rigtig fortolkning af bestemmelserne, anlagde ejeren sag mod værket til tilbagebetaling af det for meget erlagte. Dette nægtedes med følgende begrundelse af Lord Coleridge L.C.J. (Q.B. Div.): »..... på det tidspunkt, da pengene blev betalt, hvilket var før Dobb's sag, kunne loven godt tages til indtægt for vandværket, og der er ingen hjemmel for, at pengene kan søges tilbage, fordi en senere retsafgørelse tilsidesætter en tidligere forståelse af loven (koncessionsreglerne m. v.). Hvis sagsøgeren havde ønsket at bestride vandafgiftens beregning, måtte han i sin tid have henvendt sig til domstolene. Ti det tillades ikke at søge frivilligt betalte penge tilbage, selvom der foreligger en retsvildfarelse.«

Som det vil ses, opereres der også her med to begrundelser, nemlig dels det almindelige princip om, at en retsvildfarelse ikke er tilstrækkelig til at danne grundlag for en tilbagesøgningsret, og dels det mere specielle, at sagsøgeren selv i sin tid burde have rejst spørgsmålet. Han skal ikke kunne drage fordel af, at andre

senerehen påtager sig besværet med at prøve spørgsmålet for domstolene.

I den ovennævnte sag var det omspurgte vandværk involveret i begge sager. Det turde være klart, at reglen er endnu mere på sin plads, hvis vedkommende modtager ikke optræder som part i den sag, hvor selve spørgsmålet om skyldens eksistens bliver afgjort (i det ovennævnte tilfælde Dobb's case), ti i så fald har han ikke haft adgang til selv at gøre sine synspunkter gældende vedrørende det spørgsmål. Dette var f. eks. tilfældet i *Akt. Dampskib Steinstad v. Pearson and Co.*, (1927) 43 T.L.R. 531. Det afgørende for skyldsspørgsmålet i denne sag var indholdet af nogle sædvaneregler, der gjaldt vedrørende losningen af skibe i West Hartlepool. Parterne var gået ud fra een opfattelse, men i en senere sag (*The Rensfjell case*, (1924) 40 T.L.R. 458) mellem nogle andre parter fastslog domstolene en modsat opfattelse som den rigtige, hvorfor betaleren anlagde sag til tilbagesøgning, hvilket imidlertid blev nægtet.

Det samme blev antaget i en sag fra nyeste tid, nemlig *Sawyer and Vincent v. Window Brace, Ltd.*, (1943) K.B. 32. Sagsøgte havde i denne sag lejet et areal af sagsøgerne og betalt en del af lejen forud. Den 14. okt. 1940 blev arealet helt ubrugeligt som følge af et tysk bombeangreb. Den 29. okt. opsigde sagsøgte lejemålet til øjeblikkeligt ophør i h. t. sec. 4 i The Landlord and Tenant (War Damage) Act, 1939. I 1941 skete der en ændring i lejelovgivningen ved The Landlord and Tenant (Amendment) Act, der i sec. 13 indførte regler om tilbagebetalinger af forudbetalt leje for huse eller arealer, som var blevet ødelagt ved krigshandlinger. Sagsøgte truede nu med at anlægge sag mod sagsøgerne til tilbagebetaling af den forudbetalte husleje i h. t. den nævnte lov, hvilket bevirkede, at sagsøgerne tilbagebetalte beløbet. Senere blev det imidlertid antaget i en anden sag (*London Fan and Motor Co. v. Silverman*, (1942) W.N. 56), at den nævnte bestemmelse ikke gjaldt for krigsskader, som havde fundet sted før lovens ikrafttræden, hvilket havde været et tvivlsomt fortolkningsspørgsmål. Herefter anlagde sagsøgerne nærværende sag og påstod lejebeløbet genbetalt, men dette nægtedes med den sædvanlige begrundelse, at beløbet var blevet betalt under en retsvildfarelse.

Som det vil ses, drejede alle de ovennævnte sager sig om

*tvivlsomme*¹⁶⁾ *retsspørgsmål*, som først er blevet autoritativt afgjort ved en domsafgørelse i en anden sag, der ligger efter det tidspunkt, da betalingen fandt sted, men som bevirker, at de hidtidige betalinger må anses som værende sket i urigtig formening om skyld. Det kan også tænkes, at det er betaleren selv, som senere ønsker betalingspligten prøvet ved domstolene. Men også i dette tilfælde vil han blive nægtet tilbagesøgning, selvom domstolene er villige til at afgøre det tvivlsomme retsspørgsmål derhen, at der i virkeligheden ikke bestod nogen betalingspligt, jfr. forudsætningsvis afgørelsen i den ovennævnte sag *Henderson v. Folkstone Waterworks Co.* Men dommen får således kun betydning for *fremtidige* betalinger.

Men hvadenten det nu drejer sig om det ene eller det andet tilfælde, forekommer det mig, at princippet er sundt, ti efter min formening er det urimeligt overfor betalingsmodtagere, at senere afgørelser af tvivlsomme retsspørgsmål vedrørende betalingspligten skal få betydning også for tidligere modtagne betalinger, da tilbagesøgning i disse tilfælde kan føre til en særlig betænkelig usikkerhed.

Uanset at det ikke fremgår af domspraksis, tror jeg, at kernen i spørgsmålet vedrørende retsvildfarelse er, at vi her står overfor *et specielt udslag af princippet om ikke at give retsregler tilbagevirkende kraft*. Ti de grunde, som har ført til — såvidt muligt — at undgå at give love tilbagevirkende kraft, og jeg sigter herved ikke alene til straffelove, *må også føre til, at domstolsafgørelser heller ikke gives tilbagevirkende kraft. Men dette ville netop ofte ske, hvis man i almindelighed indrømmede tilbagesøgning ved retsvildfarelser*. Efter min opfattelse er det i virkeligheden dette forhold, som i vidt omfang ubevidst og uklart har ligget til grund for domstolenes afgørelser ved tilbagesøgning i anledning af retsvildfarelser. Domstolene har her ofte instinktivt følt tilbagesøgningskravet stødende, men de har ikke gjort sig de virkelige reale grunde hertil klart. I det følgende skal dette spørgsmål tages op på basis af dansk ret.

¹⁶⁾ Som det vil erindres fra kap. 1, s. 9 f. viste også romerretten tendens til at anlægge sondringen.

III. Tilbagesøgningsretten i dansk ret.

A. Retsvildfarelser.

1. Synspunkter.

Redegørelsen for engelsk retspraksis turde formentlig have vist to ting, nemlig på den ene side, at der gør sig særlige grunde gældende ved retsvildfarelse, som kan føre til at indskrænke tilbagesøgningsretten, men at det på den anden side ville være urigtigt over en bank altid at afskære tilbagesøgning i slige tilfælde.

Når man i engelsk ret har været inde på helt at afskære tilbagesøgning, står det utvivlsomt i forbindelse med det almindelig antagne princip, at »retsvildfarelse aldrig disculperer« (jfr. Winfield l. c. 338). Dette princip er velbegrundet indenfor strafferetten, og det samme kan formentlig siges, hvor det drejer sig om ulovlige kontrakter. Men her befinder vi os også i en helt anden sfære. Reglerne er i sidstnævnte tilfælde normalt klare og lettilgængelige, således at det enkelte individ kan gardere sig mod overraskelser; og i tvivlstilfælde vil den i samfundet almindelig herskende moralopfattelse som oftest kunne afgive en rettesnor. Anderledes derimod på det heromhandlede område. Spørgsmålet om en forpligtelses beståen og omfang kan ofte være så tvivlsomt og intrikat, at først en domstolsafgørelse vil kunne afgøre det autoritativt. Det vil derfor være ubeføjet kritikløst at overføre det ovennævnte princip til betalinger under retsvildfarelse. Når nu engelsk ret alligevel har tillagt det en ikke ringe betydning i denne forbindelse, hænger det utvivlsomt for en del sammen med hele det individualistiske forretningsmæssige syn, som, ialtfald indtil fornylig, var det herskende i de angelsaksiske samfund i modsætning til fastlandstaternes mere beskyttende og formynderagtige retsopfattelse. Engelsk-amerikansk retsopfattelse har visse uklare ideer om, at enhver selv må tage risikoen for sine handlinger, og erlægger derfor nogen en ydelse, som han i virkeligheden ikke var retlig forpligtet til, må han selv tage tabet — a business man acts on his peril (*Friedmann* 374). Den slags vage begreber kan nok tjene som en slags forklaring, men de kan naturligvis ikke være afgørende ved den retlige overvejelse, og udviklingen i engelsk-amerikansk praksis

peger som fremhævet også bort fra anvendelsen af det generelle princip.

Som anført ovenf. under I, s. 206, har man fremhævet, at man bør lade det gå ud over den part, som må siges at være den nærmeste til at vide besked om, hvorvidt der skyldes eller hvormeget der skyldes. Ved faktiske vildfarelser er denne regel formentlig på sin plads, således at det må gå ud over den part, som har bedst adgang til at skaffe sig oplysninger om de kendsgerninger, hvoraf skyldforholdet afhænger. Særlig oplysende er princippet dog ikke, og det må sikkert også undergives forskellige modificationer, jfr. herved udviklingen hos *Ussing Enkelte Kontrakter* 435 f. Ved retsvildfarelse er princippet sikkert i almindelighed uændeligt. Ti hvem er nærmest til at vide besked om forholdet? Normalt har begge parter samme adgang til at skaffe sig besked. Det synes derfor ret vilkårligt, når nogle forfattere har ment, at yderen måtte være den nærmeste, medens andre har hævdet det modsatte standpunkt (jfr. herved *Hult* 270 med henvisninger).

Spørgsmålet bliver herefter, om der gør sig særlige grunde gældende ved retsvildfarelser, som berettiger til at undergive dette område en anden behandling end faktiske vildfarelser. *Ussing* har (l. c. 437) her fremhævet følgende:

»Mange, ja vel de fleste vildfarelser om faktiske hændelser, rydder livets gang af vejen forholdsvis hurtigt. Det samme kan ikke siges om retsvildfarelser. De kan ofte blive meget gamle. På den anden side kan vildfarelsen til enhver tid bringes ud af verden. Derfor er det i høj grad ønskeligt, at det sker snarest mulig, og dette hensyn bør formentlig tages i betragtning, når der skal gives regler om tilbagesøgningsret grundet i retsvildfarelse.«

Disse betragtninger giver uden tvivl en rammende karakteristik af de særlige hensyn, som gør sig gældende ved retsvildfarelser. Som det vil ses, indeholder de i sig selv ikke nogen egentlig retlig kvalifikation, men det må indrømmes, at de rent faktiske ulemper for betalingsmodtagere, når sagen drejer sig om retsvildfarelse, ofte vil være særlig store. Ti det må her erindres, at mange retsvildfarelser — i modsætning til de faktiske — først kan komme på det rene gennem en retsag eller eventuelt ved intervention fra en højere myndighed. Men indtil spørgsmålet er afgjort på denne måde, vil parterne, hvis spørgsmålet overhovedet kommer på tale, normalt have en forskellig opfattelse af forhold-

det. Modtageren vil derfor ofte, selvom der endog fra yderens side er udtrykt tvivl, med en vis føje kunne indrette sine forhold på, at den modtagne ydelse virkelig tilkommer ham.¹⁷⁾ Man kan derfor sige, at selvom begge parter, når det drejer sig om retsvildfarelse, normalt har lige stor adgang til at opdage denne, er chancen for opdagelse betydelig mindre, end hvor det drejer sig om faktiske vildfarelser.

Denne betragtning taber dog noget af sin betydning i samme øjeblik, man indfører en kort forældelsesfrist uden suspensionsregler for *condictio indebiti*-krav. Den bekendte skovgebyrdom (U 1899.311 H), som nægtede tilbagesøgning af betalinger erlagt i h. t. en urigtig — men dog ikke uforsvarlig — fortolkning af sportelreglementet, drejede sig om 18 og 19 år gamle betalinger (jfr. U 1897.727). Domstolene har formentlig dengang bl. a. fundet det betænkeligt at indrømme tilbagesøgning af ydelser erlagt i henhold til retsvildfarelse gennem en periode af tyve år (forældelsesfristen efter D L 5—14—4). Indførelsen af 1908-lovens 5-årige forældelse for tilbagesøgningskrav ændrede iøvrigt ikke denne tilstand, grundet på samme lovs suspensionsregel, jfr. bemærkningerne ovenf. s. 215 f.

Foruden det her anførte er der også et andet forhold, som ofte gør sig gældende med hensyn til retsvildfarelse, nemlig vanskelighederne for domstolene ved at overskue konsekvenserne af en indrømmelse af et *condictio indebiti*-krav. Når det drejer sig om en faktisk vildfarelse, vil indrømmelse af et tilbagesøgningskrav normalt kun have konsekvenser for de i retsagen implicerede parter. Men når det derimod drejer sig om en retsvildfarelse, kan afgørelsen ofte få betydning i mangfoldige andre tilfælde. Her kan den ovennævnte skovgebyrdom igen nævnes som eksempel. Man forstår derfor udmærket domstolenes forsigtighed i disse tilfælde. Forholdet vil her ofte være det, at det er staten (en kommune eller en større virksomhed), der optræder som part i sagen, og konsekvenserne af indrømmelse af en tilbagesøgningsret vil blive tilsvarende store. Hvis staten eller en større virksomhed er modtageren, har det (af *Hult* 252), som ovenfor bemærket, ganske

¹⁷⁾ Det erindres herved fra fremstillingen ovenf. s. 239, at engelsk ret fortolker det forhold, at en person, til trods for at han har udtalt tvivl om sin forpligtelses beståen, alligevel betaler, som en opgivelse af indsigelsen.

vist været anført, at der intet hensyn gør sig gældende, fordi statens eller virksomhedens økonomi ikke ville rystes af godkendelse af tilbagesøgningskrav. Dette kan dog næppe ubetinget godkendes. Ganske vist er staten »kapitalstærk«, men dens midler er dog ikke — hvad der nu om stunder er en vis tendens til at tro — ubegrænsede; den har sin økonomi ligesåvel som privatpersoner.

Det må således erkendes, at der ved retsvildfarelse gør sig to specielle forhold gældende, nemlig 1) faren for at vildfarelsen vil komme til at blive bestående i meget lang tid (dog begrænset af forældelsesreglerne), hvorfor indrømmelse af et tilbagesøgningskrav, når vildfarelsen omsider opdages, som regel vil føles meget urimeligt overfor modtageren, som netop grundet på vildfarelsens natur ofte vil have særlig føje til at gå ud fra, at betalingen er endelig; og 2) vanskelighederne for domstolene ved at overskue konsekvenserne af en afgørelse til fordel for yderen. Det sidste forhold rammer iøvrigt selve skønnet over, hvor stor en ulempe et tilbagesøgningskrav vil betyde for modtageren. Betragter vi igen skovgebyrtilfældet, vil det ses, at det næsten er en umulighed for domstolene at få noget begreb om størrelsen af det endelige beløb, staten vil blive forpligtet til at tilbagebetale, hvis afgørelsen træffes til fordel for yderen. Det vil sandsynligvis blive det samlede beløb, der gennem årene (in casu 20 år) er blevet betalt for meget af samtlige ydere, idet man må gå ud fra, at de alle vil melde sig med et tilbagesøgningskrav, når en retsafgørelse har givet en enkelt af dem ret. Dette forhold får navnlig betydning ved lovforklaringer. Drejer retstvilen sig derimod om fortolkningen af en kontrakt, får betragtningen kun betydning, hvis det drejer sig om en almindelig anvendt kontraktstype, men ikke ved individuelle kontrakter, hvor afgørelsen kun kan få betydning for de implicerede parter.

Disse to hensyn gør sig imidlertid kun gældende med fuld styrke, hvis vildfarelsen drejer sig om et *vanskeligt* og *tvivlsomt retsspørgsmål*, således at dette spørgsmål kun autoritativt kan løses ved en retsafgørelse (eventuelt ved udtalelse fra en overordnet administrativ myndighed, hvis parterne intet har at indvende imod dette), men derimod ikke, hvor *vildfarelsen gælder simple retsregler*, ingen jurist ville nære tvivl om, således at det ville være overflødigt at søge domstolens bistand. Har modtage-

ren ligefrem indset fejltagelsen, er sagen naturligvis klar, men selvom dette ikke har været tilfældet, vil »livets gang«, for at bruge Ussings rammende udtryk, som regel hurtigt bringe ham ud af vildfarelsen, således at en tilbagesøgning vil være mindre betænkelig.

Der synes således at være *gode grunde til i almindelighed at afskære tilbagesøgning, når vildfarelsen drejer sig om tvivlsomme retsspørgsmål*, navnlig når de implicerede parter i længere tid ikke har næret tvivl om retsopfattelsens rigtighed. Men selvom der har været udtalt tvivl om spørgsmålet, kan dette ikke i almindelighed være afgørende, ti den part, hvis opfattelse senere viser sig ikke at kunne holde, vil dog som oftest ikke kunne bebrejdes sin urigtige opfattelse. Dette resultat kan efter min opfattelse, som jeg ovenfor under II har søgt at godtgøre, naturligt forklares som en *speciel anvendelse af princippet om, at retsregler ikke må gives tilbagevirkende kraft*, idet domstolenes afgørelse af det hidtil tvivlsomme spørgsmål da ligesom fastlægger *ny ret*. Dette princip, som navnlig grunder sig i hensynet til retsikkerheden,¹⁸⁾ tager først og fremmest sigte på loves, navnlig strafeloves, virksomhedsområde i tiden, men problemet er for så vidt det samme på det heromhandlede område. En domstolsafgørelse af et tvivlsomt retsspørgsmål er også retskabende; der gives en retningslinje for fremtiden, som ikke har været til før afgørelsen. En fastlæggelse af, at en forpligtelse ikke eksisterer eller dog kun i et mere begrænset omfang end forhen antaget, ville få tilbagevirkende kraft, hvis den også skulle lægges til grund for tidligere betalinger i henhold til den urigtige opfattelse, således at der åbnedes adgang til tilbagesøgning. Men de samme grunde, som i almindelighed går imod at give love tilbagevirkende kraft, må også føre til ikke at give domstolsafgørelser tilbagevirkende kraft, jfr. herved også de to ovenfor anførte særlige hensyn, samt udviklingen i engelsk ret. *Ørsted (Hdbg. I. 250 ff.)* antog således også, at princippet kom til anvendelse ved »autentiske lovfortolkninger«. Tilbagesøgning bør derfor som hovedregel afskæres i det ovenfor angivne omfang. Det er særlig klart, hvor en yder,

¹⁸⁾ Der kan for nordisk retslitteraturs vedkommende navnlig henvises til *Ørsteds grundlæggende fremstilling i Hdbg. I. 164 ff.* samt til *Knoph Standarder 76 ff.*

som ikke tidligere har tvivlet om sin forpligtelses gyldighed, rejser tilbagesøgningskrav, fordi han erfarer, at det i en anden sag mellem andre parter er blevet fastslået, at forpligtelsen grundede sig på en urigtig retsopfattelse. Men også hvor det er den samme person, som selv senere har indbragt spørgsmålet for domstolene, bør tilbagesøgning normalt være udelukket. Afgørelsen bør kun have betydning for hans fremtidige forpligtelses omfang. Måske bør der dog vises nogen mere varsomhed med at afskære tilbagesøgning, hvis vildfarelsen skyldes en urigtig fortolkning af en individuel affattet kontrakt, jfr. udviklingen ovenfor. At yderen har udtalt tvivl om spørgsmålet, kan derimod, som anført, ikke uden videre tillægges betydning, men har han ligefrem taget forbehold, og modtageren enten udtrykkeligt, f. eks. ved at udstede »skadesløs« kvittering, eller stiltiende må antages at have akcepteret et sådant, må tilbagesøgning kunne ske.

De her fremførte synspunkter fører således til at opstille en sondring mellem a) *tvivlsomme retsspørgsmål*, hvor tilbagesøgning som hovedregel må afskæres, og b) *simple retsregler*, hvor det modsatte bør gælde. Sondringen må sikkert siges at være retsteknisk skarp, idet det afgørende kriterium er, om selve retsspørgsmålet er så tvivlsomt, at det er nødvendigt at indbringe det for domstolene eller ej. Det siger sig selv, at dette spørgsmåls besvarelse, som afgør forpligtelsens eksistens eller ikke-eksistens, ikke i sig selv afgør spørgsmålet om tilbagesøgningskravets berettigelse. Dette kommer i anden række. Når derfor domstolene får forelagt et tilbagesøgningskrav til påkendelse, bør de have opmærksomheden henvendt på, at søgsmålet involverer *to spørgsmål*, nemlig 1) spørgsmålet om forpligtelsens eksistens eller omfang og 2) spørgsmålet om tilbagesøgning kan indrømmes. Hvis domstolene vedrørende det første spørgsmåls besvarelse blot »konstaterer« gældende ret, d. v. s. de behøver ikke at tage selvstændig stilling til det, eller m. a. o. spørgsmålet om forpligtelsens eksistens volder ingen tvivl, henhører tilfældet til gruppe b) »simple retsregler«, således at tilbagesøgning her normalt må indrømmes, hvis forpligtelsen ikke bestod. Er derimod selve retsspørgsmålet tvivlsomt (spm. 1), således at domstolene må tage selvstændig stilling til det, henhører tilfældet til gruppe a) »tvivlsomme retsspørgsmål« (dette må normalt anses for tilfældet, hvis parterne gør det til genstand for selvstændig procedure), og til-

bagesøgning (spm. 2) må her som hovedregel være udelukket for ikke at give afgørelsen (af spm. 1) tilbagevirkende kraft. Denne må kun få virkning for fremtiden. Men her har afgørelsen naturligvis fuld betydning. Har t. eks. myndighederne oppebåret beløb i h. t. en tvivlsom retsregel, bør tilbagesøgning altså være udelukket, men en dom, som nægter tilbagesøgning, kan selvsagt *ikke præjudicere senere sager*, hvor erlæggelsespligten bestrides *for fremtiden*, medmindre dommen har taget selve skyldspørgsmålet op til en *realitetsbedømmelse* og herunder fastslået, at der var en retspligt. Da der i h. t. det anførte imidlertid ikke ved tilbagesøgningssspørgsmål i disse tilfælde er nogen nødvendighed for at foretage en slig realitetsbedømmelse (tilbagesøgning kan nægtes blot under henvisning til skyldspørgsmålets tvivlsomhed), bør domstolene normalt undgå dette, da det forhold, at der allerede er betalt, ofte, omend kun ubevidst, vil få en vis indflydelse på afgørelsen af realitetsspørgsmålet i retning af at anerkende skylden, hvilket er ubilligt for parterne i senere sager, hvor spørgsmålet om fremtidig erlæggelsespligt bliver sat under påkendelse. Ved den hidtidige behandling af *condictio indebiti*-problemet har man, som tidligere anført, ofte ikke holdt disse spørgsmål ude fra hinanden, hvilket utvivlsomt har været medbestemmende til de vanskeligheder, som er opstået på dette retsområde.

2. Stillingen i domspraksis.

Efter min mening bekræftes de ovennævnte synspunkter i ikke ringe grad af *dansk domspraksis*.

a. At dansk praksis som *hovedregel vil nægte tilbagesøgning ved tvivlsomme retsspørgsmål*, fremgik i og for sig allerede af skovgebyrdommen. Dommen henviser i sine præmisser for nægtelsen af tilbagesøgningskravet kun til »forholdets natur«, men tilføjer dog, »ialtfald ikke i et tilfælde som nærværende, hvor der ikke med føje kan lægges de myndigheder, som har oppebåret sportlerne, noget til last.«

Senere praksis har i hovedsagen fastholdt denne linje. Som et typisk eksempel kan nævnes højesteretsdommen i U 1917.416. Da det i en *anden sag* var blevet antaget, at aktieselskaber ikke skulle indtægtsbeskattes af indtægt, indtjent af disses udenrigsbeliggende filialer, anlagde et aktieselskab sag mod finansmini-

steriet til tilbagebetaling af indtægtskat, betalt af indtægt hidrørende fra dets udenlandske filialer i en længere årrække forud for den nævnte dom. Dette nægtedes, »idet det måtte være selskabets egen sag, såfremt det ville gøre en modsat retsopfattelse gældende, at foretage det fornødne for at søge denne gennemført. Da selskabet har undladt dette og uden forbehold har betalt, må selskabet være afskåret fra nu på grundlag af den oftnævnte højesteretsdom at forlange noget af skatten tilbagebetalt.« Det udtaltes endvidere, at det ikke kunne lægges de oppebærende myndigheder til last, at de var gået ud fra en urigtig retsopfattelse.

Af udtalelserne i præmisserne til disse to domme synes det at fremgå, at den forsvarrede sætning ihvertfald gælder, *når blot modtageren ikke har udvist nogen uagtsomhed*, jfr. herved også U 1925.946 H og 948 H (skattevæsenet måtte her betale, da de burde have indset, at spørgsmålet var tvivlsomt) og 1933.802 (tilbagesøgning nægtet, da kommunalbestyrelsen, som havde fulgt en mangeårig praksis, ikke kunne lægges noget til last). Dette bestrides imidlertid af *Ussing (Enkeltte Kontrakter 438)*, idet han mener, at der må kræves noget yderligere, førend tilbagesøgning er udelukket, f. eks. at der allerede før betalingen er rejst tvivl om retsreglen på slig måde, at betaleren burde have taget forbehold, eller at den urigtige betaling er fortsat i længere tid. Det skal indrømmes, at afgørelsen i U 1927.980 H (som *Ussing* navnlig påberåber sig) giver ham medhold heri. Der blev her indrømmet tilbagesøgning af en med urette i fire år opkrævet bygafgift (uretmæssigheden blev også i dette tilfælde statueret ved en anden dom), selvom der ikke i og for sig kunne lægges myndighederne noget til last (*Højesterets præmisser* taler dog om »begåede fejl«). Det forekommer mig imidlertid, at dommen slet ikke kan forenes med de ovennævnte, samt hele linjen i praksis, se nedenfor. Valget står således nærmest mellem denne doms resultat og de øvrige, og man bør vel under hensyn hertil være varsom med at drage for vidtgående slutninger af dommen. *Troels G. Jørgensen* kritiserer også dommen (i T. f. R. 1928.387) og utvivlsomt med rette ud fra en anden betragtning, nemlig at de i sagen omhandlede forbrugsafgifter normalt er overvæltede på køberne, således at en tilbagebetaling af disse betyder en ren forligneste for yderen.

Som nyere domme, der følger linjen fra skovgebyrdommen, kan nævnes: U 1938.545 H, der drejede sig om forståelsen af et skøde og de i den anledning førte forhandlinger. K havde ved skødet afkøbt en del af en S tilhørende ejendom og samtidig forpagtet resten. Dommen antog først, at uanset at S i marken på en vis strækning havde påvist som grænse en vej, der afskar et par strimler af to af de solgte parceller, måtte salget dog antages at angå ejendommen efter matrikulkortets grænser, hvilket bevirkede, at K efter denne forståelse havde betalt forpagtningsafgift af et mindre areal, som i virkeligheden tilkom ham selv. K søgte nu S til tilbagebetaling af den del af forpagtningsafgiften, som faldt på dette areal, men dette nægtedes, idet »indstævnte ihvertfald efter appellantens forhold har haft føje til at gå ud fra, at hun (S) var berettiget til den nævnte afgift.« I U 1942.734 H blev det bl. a. antaget, at en kommune ikke kunne tilbagesøge nogle uden forbehold erlagte halvårslige bidrag til anlæggelse af en jernbane (Sjællands midtbane), selvom det måtte antages, at ministeriet for offentlige arbejder var gået ud fra en urigtig forståelse af en lovbestemmelse og derved opkrævet raterne med urette. At ministeriet kunne bebrejdes dette, blev ikke påstået.

Bemærkelsesværdigt er det også, at Højesteret ikke ville tage direkte stilling til skyldspørgsmålet i sagen, idet det kun havde betydning for de erlagte betalinger; der var ikke tale om nye erlæggelser. Dette er et fuldtud konsekvent standpunkt, når man anlægger det her forsvarrede synspunkt: ikke at tillade tilbagesøgning under påberåbelse af, at den til grund for betalingen liggende i og for sig ikke uforsvarlige retsopfattelse er urigtig. Det er kun nødvendigt at tage stilling til dette spørgsmål, når der også er tale om fremtidige erlæggelser. Som et illustrerende eksempel kan afgørelsen i U 1945.378 nævnes. Sagen drejede sig om, hvilke udgifter til vedligeholdelsen m. v. af en kirke en valgmenighed V var pligtig at refundere et menighedsråd M. M havde i en årrække sendt specificerede regninger til V, som V havde betalt uden forbehold. Senere påstod V imidlertid, at den i overensstemmelse med § 12, stk. 3, i lov nr. 284 af 30. juni 1922, jfr. lov nr. 111 af 29. marts 1924 kun var pligtig at godtgøre M den merudgift til sognekirkens opvarmning, belysning, renholdelse m. v., som var forårsaget ved V.s brug af kirken, hvorfor V i senere betalinger til M fradrog de beløb, som M i henhold til det-

tes retsopfattelse havde opkrævet og fået betalt udover ovennævnte udgifter. Sagen var blevet forelagt kirkeministeriet, som udtalte sig til fordel for M.s forståelse af loven. M anlagde nu sag mod V og påstod denne dømt til at efterbetale de fradragede beløb. Det blev først antaget, at V.s og ikke M.s forståelse af loven var den rette, hvilket havde betydning for fremtidige bidrag, men retten fandt, at V ikke kunne tilbagesøge *tidligere* (udh. af mig) erlagte for store bidrag, hvorfor V.s ovennævnte fradrag af det for meget erlagte var uberettiget, således at V måtte efterbetale disse beløb. I præmisserne hed det bl. a.: »Der findes nu vel at måtte give de sagsøgte (V) medhold i, at de efter fornævnte lov alene er pligtige efter de der nævnte regler at godtgøre sagsøgerne den merudgift til kirkens opvarmning, belysning og renholdelse m. m. som forårsages ved de sagsøgtes brug af kirken. Men da det findes at bero på en *undskyldelig fejltagelse* (udh. af mig) fra sagsøgernes side, at der er afkrævet de sagsøgte de fornævnte bidrag, og da de sagsøgte har betalt bidragene uden at tage noget forbehold med hensyn til bidragenes størrelse findes de sagsøgte at have manglet retligt grundlag for tilbagesøgning af beløbet, og deres fradrag af beløbet ved senere opgørelser har derfor været uberettiget.«

På grundlag af den ovennævnte domspraksis tør man formentlig fastslå som gældende dansk ret, at *tilbagesøgning er udelukket, når der er erlagt ydelser uden forbehold i henhold til en urigtig retsopfattelse vedrørende skyldspørgsmålet, som grundet på dets tvivlsomhed først kan konstateres ved en domstolsafgørelse, såfremt modtageren ikke kan bebrejdes, at han har lagt den urigtige retsopfattelse til grund for sit krav.*¹⁹⁾ Den sidste tilføjelse er formentlig overflødig, idet modtageren næppe nogensinde kan

¹⁹⁾ Såvidt ses, kan flertallet af de norske domme, navnlig plenumsdommen i Rt. 1927.237, som *Arnholm* påberåber sig i *Passivitetsvirkninger* 49 f. og i *Streiftog* 151 f. til støtte for sin „opgørelsesteori“, tages som et udtryk for den her hævdede opfattelse. Den omtalte plenumsdom drejede sig om følgende tilfælde: Et aktieselskab „Amerikalinjen“ betalte krigskonjunkturskat uden forbehold, til trods for at det vidste, at dets pligt hertil var tvivlsom. Da det i en anden sag var blevet fastslået, at slige selskaber ikke var undergivet en sådan pligt, anlagde selskabet sag til tilbagesøgning, hvilket nægtedes fremme. Som det vil ses, er tilfældet og afgørelsen nærmest parallel med den ovenanførte danske højesteretsdom i U 1917.416.

hebrejdes en urigtig opfattelse af et tvivlsomt retsspørgsmål; reservationen er kun tilføjet, fordi domspraksis anvender den. Eller sagt på en anden måde: Hvor domstolene kommer til det resultat, at modtageren med rette kan bebrejdes sin urigtige opfattelse, tilkendegiver de jo netop herved, at *retsspørgsmålet ikke er tvivlsomt, hvorfor tilbagesøgning må ske.*

Hovedsætningen er så meget mere sikker, hvis *yderen ligefrem har måttet indse, at retsspørgsmålet var tvivlsomt.* Dette kan illustreres ved en S. H. D. i U 1941.349. Efter at det ved S. H. D. af 13. jan. 1940 i en anden sag var statueret, at de i efteråret 1939 i henhold til hærlovens § 93 foretagne indkaldelser af ubestemt varighed til sikringsstyrken måtte sidestilles med de andre »korte indkaldelser«, der ifølge funktionærl. § 6 betragtes som lovligt forfald, udbetalte firmaet »Dansk Skjortekonfektion« en medhjælper M løn for den tid, han havde været indkaldt til sikringsstyrken. Den omtalte dom blev bagefter appelleret til Højesteret, som ændrede S. og H.s afgørelse (se U 1940.718). Firmaet anlagde herefter sag mod M til tilbagebetaling, men dette nægtedes, fordi »firmaet havde haft samme adgang som medhjælperen til at underkaste det mellem parterne opståede spørgsmål en retlig bedømmelse, herunder navnlig tage i betragtning muligheden af, at den afsagte S. H. D. ville blive ændret ved Højesteret, og ikke ved betalingen havde taget forbehold i så henseende«.

Da spørgsmålet i denne sag tillige drejede sig om løn, var der også så meget mere grund til at nægte tilbagebetaling, jfr. herved det ovenf. fremførte *underholdssynspunkt.* Overalt hvor dette kommer frem, bør man sikkert afskære tilbagesøgning, når modtageren iøvrigt er i god tro. Forsåvidt angår de heromhandlede tvivlsomme retsspørgsmål, er der således yderligere grund til at afskære tilbagesøgning. Domspraksis²⁰⁾ synes også at ligge fast på denne linje, jfr. U 1930.547. Antaget, at en lærerinde, som, idet hun efter den ny regel i lønningslov nr. 218 af 29. juli 1927 § 24, stk. 2, om udgifterne til vikar havde oppebåret fuld lønning under sin sygdom, ikke havde ret til et hende af sygekassen udbetalt dagpengebeløb, men tilbagesøgning nægtet under

²⁰⁾ Svensk praksis synes også delvis at gå ind herfor, jfr. dom i N J A 1941.4 om legatudbetalinger; dommen lagde dog også vægt på betalerens passivitet, se *Ussing Enkelte Kontrakter* 442 og *Hult* 265.

hensyn til retsspørgsmålets tvivlsomhed. *Poul Andersen (Forvaltningsret 202)* antager, at det samme må gælde, når en tjenestemand har fået for meget udbetalt i løn i henhold til en af administrationen senerehen forladt eller omstødt lovfortolkning.

Som jeg ovenfor har søgt at påvise, er den her anførte grund sætning om tilbagesøgningskravets nægtelse ved tvivlsomme retsspørgsmål kun *et særligt udslag af et almindeligt princip*, nemlig at domme, der fastlægger ny ret, på samme måde som love *ikke må få tilbagevirkende kraft*. På baggrund af den foregående udvikling, nærer jeg ingen betænkeligheder ved at fastslå, at den kerne af sandhed, som ligger bag ved sætningen om, at tilbagesøgning er udelukket ved retsvildfarelse, i virkeligheden er dette og netop kun dette princip.

b. Som det allerede modsætningsvis fremgår af adskillige af de ovennævnte dommes præmisser, synes dansk praksis i hovedsagen at ville gå ind for den ovenfor forsvarede løsning, at indrømme tilbagesøgning, når retsvildfarelsen drejer sig om *klare og utvivlsomme retsregler*. Som eksempel kan nævnes: U 1936.763: En Kommune K_1 havde i en årrække betalt ejendomsskat til en anden kommune K_2 for et vandværk beliggende i K_2 , til trods for at vandværket ifølge lov nr. 83 af 31. marts 1926 § 14, stk. 3, nr. 4 og § 18, stk. 1, nr. 1 jfr. lov nr. 188 af 20. maj 1933 § 16, stk. 1, nr. 4 klart var undtaget fra ejendomskattepligt. K_2 blev dømt til at tilbagebetale K_1 disse beløb, uanset at K_1 ikke havde taget forbehold. Som følge af, at retsspørgsmålet var klart, var kravet undergivet 1908-lovens 5-årige forældelse, idet K_1 ikke kunne siges at være i utilregnelig uvidenhed om sit krav. Et andet eksempel frembyder U 1924.887: Efter at en skatteyder var indgået på at efterbetale et forhøjet beløb i indkomstskat til staten, havde landsoverskatterådet — før lov nr. 51 af 13. feb. 1922 § 17 — savnet hjemmel til at forandre hans skatteansættelse alene af hensyn til kommuneskatten. Han havde derfor krav på at erholde det ham af kommunen i overensstemmelse med efterbetalingen til staten afkrævede skattebeløb tilbage. Måske kan det hævdes, at retsspørgsmålet var noget tvivlsomt. Er retsvildfarelsen særlig klar, er det, som bekendt, almindelig praksis hos skattevæsenet at tilbagebetale for meget erlagte beløb, jfr. her ved til en vis grad forudsætningen i statskattelovens § 38 in

fine, som også finder anvendelse på morarenter, jfr. U 1945. 262 H.

Hvis modtageren ved *at hævde en anden ret* — selvom denne er tvivlsom — *der ville borttage selve grundlaget for betalingspligten, men undlader at gøre dette og modtager ydelsen*, må tilbagesøgningskravet være så meget mere utvivlsomt; ti det ville være ubilligt, om nogen skulle have ret til først at høste fordelene ved *en* retstilstand og derefter, ved at påstå det modsatte, nyde fordelene af en *anden* retstilstand — det må være et »enten-eller«. Denne sætning får en interessant belysning ved dommen i U 1932.507 H. Et aktieselskab A havde her erhvervet visse rettigheder over Farum sø. I den ikke ubeføjede tro, at det derved havde erhvervet ejendomsretten over søen, betalte A i en årrække ejendomsskatter uden protest af nogen art. Senere bestred staten, at A havde erhvervet ejendomsretten, idet der kun skulle være tale om en begrænset brugsret. Selve ejendomsretsspørgsmålet var tvivlsomt, idet det afhang af fortolkningen af nogle meget gamle adkomstdokumenter og af, om hvorvidt der var vundet ejendomshævd i tidens løb. På den anden side var det klart, at A ikke var pligtig at betale ejendomsskat, hvis ejendomsretten måtte tilkendes staten. Selve skyldspørgsmålet var således klart nok, men det var altså indirekte afhængigt af et andet og tvivlsomt retsspørgsmål. Man mindes herved engelsk rets opstilling af begrebet »private rights«, jfr. dommen i *Cooper v. Phibbs* (ovf. på s. 229). Hvem »the private right« — forudsætningen for betalingen — tilhører, kan være tvivlsomt nok, men hvad enten det bliver den ene eller den anden af parterne, er selve spørgsmålet om beløbet skyldes — følgen af det første spørgsmåls besvarelse — klart. I Farumsø-dommen tilkendtes staten ejendomsretten til søen, men blev i konsekvens heraf samtidig dømt til at tilbagebetale den oppebårne ejendomsskat, »da ansvaret for opkrævningen hos selskabet«, som det hed i dommen, »ikke væsentlig kan lægges på dette Da selskabet først i 1926 blev vidende om, at staten hævdede at eje søen, kan retten hertil (nemlig tilbagebetalingen) ikke som af de indstævnte forment anses forældet«. Som det vil ses, begrundede dommen det sidste resultat, nemlig at tilbagesøgningskravet ikke var forældet, ved hjælp af 1908-lovens suspensionsregel i § 3 (»utilregnelig uvidenhed om sit krav«). I det foregående har jeg hævdet den anskuelse, at 1908-lovens suspen-

sionsregler burde ophæves, for så vidt angår *condictio indebiti*-krav og for samtlige restitutionskravs vedkommende, hvis man gennemfører den 5-årige forældelse i almindelighed, se ovenf. i kap. 7, s. 195. Denne anskuelse er tilsyneladende i strid med det indlysende retfærdige i nærværende doms resultat. Men dette er dog også kun tilsyneladende. I virkeligheden behøvede Farumsødommen ikke at have taget sin tilflugt til suspensionsreglen. Ti tilbagesøgningsretten var en følge af afgørelsen af det tvivlsomme spørgsmål: hvem ejendomsretten til søen egentlig tilkom — selskabet eller staten. Først efter at dette var afgjort (til fordel for staten), og dette skete først ved dommen, opstod tilbagesøgningsretten, hvorfor 1908-lovens 5-årige forældelse i virkeligheden *først begyndte at løbe fra og med dommen*. At selve dommens resultat er rigtigt turde være klart, ti det ville være åbenbart ubilligt, om staten først gennem en årrække oppebærer ejendomskat for så senere selv at påstå at have ejendomsret uden at ville drage konsekvensen: at tilbagebetale ejendoms skatten.

Undertiden indebærer »klare retsvildfarelser« også et vist udnyttelsesmoment; resultatet bliver i så fald så meget mere sikkert, jfr. f. eks. U 1923.564 H, hvor en lejer, der — for at indtræde i en tidligere lejers lejemål — i strid med boliglov nr. 150 af 1. april 1921 § 9 havde måttet overtage en del møbler over værdien, kendt berettiget til at få det for meget betalte beløb tilbage fra den tidligere lejer. Herved bevæger vi os imidlertid over i et helt andet spørgsmål, som kun tangerer det foreliggende, nemlig spørgsmålet om tilbagesøgning (restitution) af ydelser erlagt i henhold til ugyldige kontrakter, hvad enten ugyldigheden skyldes et retstridigt forhold (tvang, svig, udnyttelse etc.) fra løftemodtagerens eller tredjemands side, eller den skyldes, at selve kontraktens indhold er ulovligt, d. v. s. kontrakten strider mod »lov og ærbarhed«, se D L 5—1—2 eller mod særlige bestemmelser, såsom f. eks. D L 5—14—55 (om dobbel eller spil) eller de forskellige af krisesituationer affødte maksimalprisbestemmelser o. s. v. Hvorvidt yderen bør kunne tilbagesøge det erlagte, er ofte et vanskeligt og tvivlsomt spørgsmål, der normalt må løses ud fra helt andre retlige overvejelser, end dem der gør sig gældende på det foreliggende område om tilbagesøgning af ydelser erlagt i urigtig formening om skyld. Det er kun udgangspunktet i de to retsområder, som frembyder lighedspunkter, nemlig det forhold, at

beløbet ikke juridisk skyldes. Men virkningen af en erlæggelse vil være forskellig. Ti ved erlæggelser i h. t. en ugyldig kontrakt befinder vi os i en helt anden sfære end ved de almindelige *condictio indebiti*-tilfælde. Retsordenen forfølger selvsagt her helt andre og selvstændige formål ved siden af tilbagesøgningsspørgsmålet, ligesom erlæggelsen i de fleste tilfælde ikke sker i urigtig formening om skyld. Yderen er normalt på det rene med, at ydelsen ikke skyldes, men han erlægger desuagtet af andre grunde, navnlig for at få (den ulovlige) modydelse. Der foreligger altså i disse tilfælde ofte slet intet *condictio indebiti*-problem. Spørgsmålet om restitution i anledning af ugyldige kontrakter må derfor udskydes til selvstændig behandling (se nærmere nedenf. i kap. 10. II). Det skal blot i denne forbindelse bemærkes, at når tilbagesøgning som oftest er udelukket, forsåvidt angår ydelser, erlagt i h. t. en kontrakt, som er ugyldig på grund af *ulovligt indhold*, skyldes dette i mange tilfælde det forhold, at forpligtelsen — omend ugyldig — må anses for en naturlig forpligtelse (*obligatio naturalis*), jfr. f. eks. betaling af alm. spillegæld. Det samme princip kommer naturligvis til anvendelse på *condictio indebiti*-tilfælde, se nedenf.; og svæver yderen undtagelsesvis i vildfarelse m. h. t. ulovligheden af sin ydelse, falder tilfældet tillige ind under området for *condictio indebiti*. Grænsen er m. a. o. her noget flydende, sml. *Ussing Aftaler* 199.

Som ovenfor forsvaret, burde man overalt, hvor *betalingen har karakter af at være løn, underhold, o. desl. gøre undtagelse* og nægte tilbagesøgning, forudsat at modtageren er i god tro. På det heromhandlede område, vildfarelser m. h. t. klare retsregler, burde man derfor formentlig også gøre undtagelse. Men da det netop drejer sig om klare retsregler, kan det ganske vist hævdes, at modtageren altid bør indse (ond tro omfatter jo normalt også uagtsom ikke-viden), at betalingen er erlagt med urette, jfr. herved *Ussing Condictio* 25; *Poul Andersen (Forvaltningsret* 202) hævder da også, at en tjenestemand, som har fået udbetalt for meget i henhold til en vildfarelse m. h. t. en klar lovregel, normalt må finde sig i tilbagebetaling. At modtageren, når det drejer sig om klare retsregler, bør indse vildfarelsen, er naturligvis en af hovedgrundene til, at man som hovedregel bør indrømme tilbagesøgning. Men når det særligt drejer sig om løn, og modtageren befandt sig i undskyldelig uvidenhed om vildfarelsen, selvom

han selvsagt ved større agtpågivenhed ville være blevet opmærksom på fejlen, taler dog meget for at undtage ham for tilbagesøgningskravet. Hertil kommer yderligere, at når det drejer sig om forholdsvis indviklede lønningsregler (normeringslove, lønsatser, dyrtidstillæg o. s. v.), som ofte skifter, er det, som Ussing l. c. med rette hævder, »urimeligt at forlange, at tjenestemanden selv skal kontrollere det udbetalte og finde ud af, at han har fået for meget.« Den samme betragtning kan også anlægges på adskillige private funktionærgrupper, navnlig indenfor større virksomheder. Man bør derfor være varsom med at indrømme tilbagesøgning i disse tilfælde. Dette er også erkendt af lovgivningsmagten, idet der ved tjenestemandsl. § 19 stk. 3 er indført en meget kort forældelsesfrist — 15 måneder regnet fra udbetalingsdagen — for tilbagesøgningskrav i anledning af for meget udbetalt løn etc. Bestemmelsen omfatter også faktiske vildfarelser. Fristen gælder naturligvis ikke, såfremt »den urigtige udbetaling skyldes fejlagtige eller manglende oplysninger fra den pågældende selv«. Ved faktiske vildfarelser er der, forudsat god tro, al mulig grund til at nægte tilbagesøgning af for meget udbetalt løn, og der gør sig også en stærk tendens til dette gældende i praksis, jfr. nærmere nedenf. s. 278 f. Hvad angår det foreliggende spørgsmål: vildfarelser m. h. t. klare lovregler, har praksis endnu ikke taget afgørende stilling til dette. Dommen i U 1905.246 nægtede ganske vist tilbagesøgning af for meget udbetalt løn til en kommunal lygtetænder (vildfarelsen drejede sig om, hvilken lønningsklasse funktionæren tilhørte), men yderens forhold var her særlig graverende, idet lygtetænderen havde gjort den udbetalende funktionær opmærksom på, at der vist forelå en fejltagelse, men havde fået til svar, at det gjorde der ikke. Dommen begrundede herefter afgørelsen med, at modtageren havde haft føje til at gå ud fra, at betalingen havde sin rigtighed, idet vildfarelsen var fremkaldt af yderen. Heller ikke dommen i U 1916.478 tager afgørende stilling til spørgsmålet. Det blev ved dommen antaget, at en gage for sept. måned, der var blevet udbetalt en konstitueret postmester, som først d. 2. sept. blev gjort bekendt med, at der fra d. 1. sept. var udnævnt en fast postmester, ikke kunne tilbagesøges. Men domsresultatet begrundedes med, at tilbagesøgningskravet var udelukket i henhold til lov om anvisning af gager o. desl. af 30.

juni 1850 §§ 1 og 2 eller dog disses grundsætninger.²¹⁾ På den anden side ses der ikke at have været afsagt domme, som direkte tager stilling imod den hævdede opfattelse.²²⁾ Forsåvidt angår tjenestemandslønninger, kunne man dog hævde, at den nævnte forældelsesregel i tjenestemandsl. § 19 forudsætter, at tilbagesøgning mod godtroende lønmodtagere ikke altid kan være udelukket, ti ellers ville bestemmelsen være overflødig.

Hvor yderen har specielle forudsætninger for at nå til den rigtige erkendelse af retsreglerne, således at modtageren har særlig føje til at gå ud fra, at udbetalingen er korrekt, som f. eks. ved udbetalinger fra en sagfører til en klient eller fra skifteretten til arvinger etc., burde man dog formentlig i vidt omfang udelukke tilbagesøgning.

Dansk praksis synes dog utilbøjelig til at gå ind for dette standpunkt. U 1945.898, hvor spørgsmålet kom frem, indtager i så henseende et temmeligt hårdt standpunkt. Dommen er forøvrigt interessant i en anden retning, idet den tager direkte stilling til berigelsesgrundsætningen (navnlig berigelsesmålestokken), og den skal derfor refereres udførligt. En sagfører S havde delt et privatskiftet bo mellem tre grupper af arvinger i tre lige store andele, til trods for at den ene af arvingerne A kun var en *halvsøster* til arveladeren, og at den anden arvingsgruppe bestod af arvinger efter en afdød *halvbroder*, medens den tredje arving var en *helsøster*. Efter at skifteretten havde gjort S opmærksom på hans fejltagelse, udbetalte han den forfordelte arving B (helsøsteren), hvad denne havde fået for lidt og søgte A (og arvingsgruppen efter halvbroderen ved andre jurisdiktioner) til at tilbagebetale ham, hvad A havde fået udbetalt for meget. S erkendte under sagen, at han havde begået en fejl, idet han ikke havde haft tilstrækkeligt grundlag for at anse de 3 grupper ligeberettigede, men han gjorde gældende, at A, der ikke havde lidt noget tab som følge af den stedfundne fejltagelse, måtte lægge det beløb fra sig, hvormed hun uberettiget var blevet beriget.

²¹⁾ Det hed i nævnte lovs § 2: „Dødsfald eller afgang i månedens løb bevirker ikke tilbagebetaling af nogen del af det forud oppebårne månedsbeløb“.

²²⁾ Derimod går svensk ret ind for en almindelig tilbagesøgningsret i disse tilfælde, jfr. højesteretsdommen i N J A 1933.25. Denne retstilstand kritiseres dog stærkt af *Hult* 263.

A gjorde heroverfor gældende, at S forinden boets opgørelse var blevet gjort opmærksom på, at der kunne være tvivl om helsesterens arveretlige stilling, og at det derfor måtte komme ham til skade, at han ikke havde undersøgt forholdene tilstrækkeligt, og at han, ved uden forbehold at udbetale hende det i den første arveanmeldelse opgjorte beløb, havde bibragt hende den beføjede antagelse, at hun havde ret til beløbet, hvorfor tilbagesøgning af dette måtte være udelukket. Under alle omstændigheder kunne der kun være tale om et berigelseskrav, og et sådant kravs imødekommelse forudsatte, at sagsøgte ikke blev dårligere stillet, end hun ville være det uden berigelsen. Men da hun, som var aldersrentenyder, straks betalte sin og sin ægtefælles gæld dels til ægteparrets to sønner, dels til nogle bekendte med ialt 3800 kr., og brugte resten af det modtagne beløb til anskaffelse af nødvendige beklædningsgenstande til sig og sin ægtefælle, ville hun, hvis S.s krav anerkendtes, blive væsentligt ringere stillet, end hvis hun stadigt skyldte pengene til de pågældende kreditorer, som ikke havde haft til hensigt at gøre deres krav gældende, og hun måtte som følge heraf ihvertfald, som subsidiært påstået, frifindes for tiden, indtil hendes forhold eventuelt bedredes.

Det fremgik af det under sagen oplyste, at der under boets behandling fra en af de andre arvingers side blev rejst spørgsmål, om ikke den omstændighed, at B i sin tid var blevet bortadopteret, helt berøvede hende arveret efter afdøde, og at S undersøgte dette spørgsmål og konstaterede, at dette ikke var tilfældet. Der blev endvidere under sagen afgivet forklaring af A, som udtalte, at hun, da hun modtog sin af S beregnede arvelod, undrede sig over, at hun fik lige så meget som B, skønt denne var afdødes helsester, men at hun slog sig til tåls med, at dette skyldtes det ovennævnte adoptionsforhold, og at hun talte med B om fordelingen, med hvilken denne erklærede sig godt tilfreds. A forklarede endvidere, at hun straks efter arveloddens modtagelse, og inden hun fik meddelelse om den fejlagtige opgørelse, disponerede over pengene som foran anført.

Retten fandt, at den ikke kunne fritage A for at fralægge sig det af hende som arving for meget oppebårne beløb, og der blev herefter givet dom efter sagsøgerens påstand.

Som det vil ses, lagde dommen ingen vægt på de af berigelsesgrundsætningen udledede synspunkter, som blev fremført fra

sagsøgtes side. Tilfældet viser også, hvilke store vanskeligheder der opstår, når man i praksis skal anvende berigelsesreglens hovedsynspunkt, nemlig at den berigede ikke må stilles dårligere efter kravets gennemførelse, end hvis berigelsen aldrig var opstået. F. eks. unddrager det sig formentlig enhver sikker bevisførelse at finde ud af, om A og dennes ægtefælle ville have anvendt beløb (og hvor store) til fornyelse af deres garderobe, hvis A kun havde fået det mindre beløb udbetalt, som hun i virkeligheden var berettiget til. Men efter berigelsesgrundsætningen er det afgørende, om den uberettigede erhvervelse har betydet en besparelse for modtageren, ti kun i dette omfang er der indtrådt en berigelse.

Berigelsesgrundsætningen ville også medføre, at der kunne rejses krav mod A.s ægtefælle, men bestemmelsen af dette kravets omfang ville formentlig også give anledning til adskillige vanskeligheder. Det er også vanskeligt at bedømme betydningen af »betaling af gæld«. Efter den romanistiske berigelsesgrundsætning henregnes »betaling af gæld« altid til berigelsen (*von Tuhr* 401); men hvorledes kan det forenes med sætningen om, at den berigede ikke må stilles dårligere end før berigelsens indtræden, når det som her tør forventes, at de oprindelige kreditorer grundet på slægts- eller venskabsforhold vil forholde sig lempfældig, måske endog passiv, overfor debitor? At den foreliggende sag drejede sig om penge, kan næppe ændre billedet, da de identifikationsvanskeligheder, som normalt opstår ved penge, ikke, grundet på modtagerens økonomiske forhold, spillede nogen særlig rolle i dette tilfælde.

Man kan derfor godt forstå, at dommen veg tilbage for at anlægge et berigelsessynspunkt; men på den anden side kan dens resultat næppe siges at være helt forsvarligt under de givne omstændigheder. Ti ganske vist drejede det sig om en fejltagelse m. h. t. en klar retsregel, men, som ovenfor anført, var fejltagelsen temmelig uundskyldelig, når der henses til, at den blev begået af en sagfører, og netop som følge af at det drejede sig om en sagfører, havde modtageren desto større føje til at gå ud fra, at udbetalingen havde sin rigtighed. Under hensyn hertil kunne domstolen formentlig uden større betænkeligheder have frikendt modtageren for tilbagesøgningskravet.

Sluttelig må det bemærkes, at tilbagesøgningskrav naturligvis

er udelukket, hvis yderen havde en moralsk eller naturlig forpligtelse (*obligatio naturalis*) til at yde, f. eks. betaling af spillergæld eller af forældede fordringer o. s. v. Herom er alle enige. Selvom yderen også her formener sig juridisk forpligtet til at erlægge, kan dette ikke begrunde nogen tilbagefordringsret, medmindre lovgivningen udtrykkeligt fastslår en sådan, som eksempelvis i hazardfdn. af 6. okt. 1753 § 7. Hvornår der foreligger en »naturlig forpligtelse« vil afhænge af omstændighederne. Bortset fra de almindeligt anerkendte tilfælde, kan man næppe sige noget generelt udover, at der må bestå en sådan forpligtelse, når det stemmer med den almindelige opfattelse i samfundet, og forpligtelsen iøvrigt med hensyn til indhold og omfang kan angives med lige så stor bestemthed som en egentlig retspligt, se *Ussing i Lassen Ussing Speciel* 9.

B. Faktiske vildfarelser.

Traditionen tro, har danske domstole aldrig formuleret noget almindeligt princip vedrørende *condictio indebiti* gående ud på, at enten tilbagesøgning eller det modsatte er hovedreglen. Den af *Ussing i Enkelte Kontrakter* 433 påberåbte dom U 1938.795 H for, at Højesteret synes at have antaget, at nægtelse af tilbagesøgning er dansk rets hovedregel, kan vel næppe anses for afgørende, idet vedkommende udtalelse i dommens præmisser, som kan tages til indtægt for denne anskuelse, blot lød: »Da heller ikke det i sagen iøvrigt foreliggende ses at indeholde noget, der efter gældende ret kunne forpligte indstævnte M til at tilbagebetale de hende ved den nævnte dom tilkendte af appellanten udredede andele af bidrag til hendes barn«. Dommen drejede sig i første række om fastslåelse af et faderskab, og dens resultat var utvivlsomt rigtigt, jfr. nærmere nedenf. Adskillige ældre domme går, måske under indflydelse af Lassens anskuelse, omvendt ud fra, at tilbagesøgning er dansk rets hovedregel.²³⁾ Men hvorom alting er, så kan dansk praksis næppe siges at stride mod *som udgangspunkt for den retlige overvejelse ved faktiske vildfarelser at antage tilbagesøgning*, således som det er forsvaret

²³⁾ Se hertil *Ussing* l. c., samt *Troels G. Jørgensen* i T. f. R. 1928.386.

ovenfor under I.²⁴⁾ Dermed skal ikke være sagt, at tilbagesøgning er hovedreglen i den forstand, at der sker tilbagesøgning i flertallet af tilfældene. Sætningen hviler derimod på den antagelse, at det både er det rigtigste og det mest formålstjenlige i henseende til at lette rets anvendelsen løsningen af de enkelte tilfælde, at gå ud fra den antagelse, at tilbagesøgning må ske, medmindre der foreligger særlige retlige omstændigheder, som giver føje til at lade betalingen stå ved magt.

Betingelsen for tilbagesøgningskravet er naturligvis, at forpligtelsen ikke ville have bestået, eller dog have været mindre, såfremt den faktiske vildfarelse ikke havde været tilstede, eller sagt på en anden måde: vildfarelsens bortfjernelse må bevirke, at ydelsen bliver indebitum. Udfindelsen af dette vil i mange tilfælde ikke give anledning til vanskeligheder. Har yderen f. eks. betalt for meget ved en notorisk regnefejl eller af fejltagelse betalt det samme beløb to gange eller til en anden end debitor, er der ingen tvivl, jfr. f. eks. U 1934.432: Skattemyndighederne havde ved en fejltagelse betalt for lidt af en for meget betalt skat tilbage.

Men som ovenfor anført, vil vildfarelsens betydning ofte være et forudsætningssspørgsmål, som det e. o. kan være vanskeligt at løse, og det hvad enten man hylder den objektive eller den subjektive forudsætningslære. Strengt taget vedkommer dette spørgsmål ikke *condictio indebiti*-problemet direkte. Når man skal overveje, om tilbagesøgning bør ske, begynder denne overvejelse først, når spørgsmålet, om ydelsen var indebitum, er løst. Men i praksis vil de to spørgsmål ofte være snævert forbundet, jfr. bemærkningerne ovenf. s. 226 f. Man kan formentlig sige, at hvis en svigtende forudsætning befinder sig i »yderkanten« af de forudsætningstilfælde, som man vil anse for relevante i betydningen af at gøre et løfte uvirksomt, vil den have større vanskeligheder ved at trænge igennem, når løftet allerede er opfyldt, end hvor løftet står tilbage at opfyldes. Eller sagt på en anden

²⁴⁾ *Ussing* l. c. 440 er heller ikke tilbøjelig til at mene, at tilbagesøgning er dansk rets hovedregel, når der er betalt uden uagtsomhed, og der iøvrigt ikke er særlige grunde til at afskære den. Det samme kan formentlig antages for svensk rets vedkommende, jfr. *Hult* 253 ff. Anderledes måske i Norge, jfr. *Arnholm* 151 ff.

måde: Der vil være færre forudsætninger, som vil blive tillagt betydning, når løftet først er opfyldt. Dette er der for så vidt intet mærkeligt i, idet opfyldelseshandlingen altid betyder et gennemgribende skridt i parternes mellemværende; den såkaldte »vederlagsforudsætning« i køb- og salgsforhold udelukkes også ved salgsgenstandens overgivelse til køberen, jfr. købel. § 28, stk. 2. Det anførte kan tjene til at illustrere, hvilken intim forbindelse der består mellem forudsætningsproblemet i sin helhed og spørgsmålet om, hvilke virkninger en svigtende forudsætning skal have, jfr. *Ussing Aftaler* 483 og *Stang T. f. R.* 1930.320 ff., hvilket altså ikke er uden indflydelse på tilbagesøgningskravets gennemførelse. Det viser sig også, at adskillige domme, som tilsyneladende drejer sig om tilbagesøgning, i virkeligheden i første række er beskæftiget med et forudsætningsspørgsmål. Som eksempler kan nævnes: U 1947.387 og 1946.533 H (tørvedomme); samt 1945.911 og 1939.166: en kosmetiker, som havde påtaget sig at fjerne en fedtknude ved massage, som hun vidste, lægerne var vejet tilbage for at fjerne, måtte selv bære risikoen for, at den ikke forsvandt ved behandlingen og måtte følgelig tilbagebetale beløbet; 1937.1151: en aldersrentenyders arvinger måtte tilbagebetale oppebårne renteydelser, efter at det havde vist sig, at vedkommende i en årrække hende uafvidende havde stået som arving til et større beløb — præmisserne anvender udtrykket: »selvfølgelig forudsætning«; 1938.969 drejede sig om et lignende spørgsmål, men her forelå der nærmest svig; 1932.488 H: et selskab havde krav på tilbagebetaling af en godtgørelse, udbetalt til en direktør for afskedigelse uden varsel, efter at det havde vist sig, at afskedigelsen på grund af hans pligtforsømmelser var berettiget,²⁵⁾ og 1930.279 H (ref. ovenf. på s. 227). Som andre eksempler kan nævnes: U 1921.450 H og 491 H, 1917.102 og 1896.1124. Som tilfælde, hvor forudsætningen ikke blev anset for relevant, kan nævnes 1925.39 H, S H T 1922.103, U 1921.587, 1896.857, 1891.600 og måske 1922.70. Fremgår det ligefrem

²⁵⁾ Som et vidnesbyrd om, hvor streng den engelske forudsætningslære virker, kan det anføres, at den ovenfor s. 234 nævnte dom: *Bell v. Lever Bros., Ltd.*, (1932) A. C. 161, netop omhandlede et sådant tilfælde, men flertallet af dommerne i House of Lords fandt *ikke*, at forudsætningen var relevant; et standpunkt, som nordisk ret vil stå temmelig uforstående overfor.

af yderens opførsel, at vedkommende faktum ikke har været bestemmende (afgørende) for ham, er tilbagesøgning naturligvis udelukket, se f. eks. U 1923.323 H. Er forudsætningen derimod af en sådan art, at der ikke kan rejses tvivl om, at den bør anses for relevant i betydning af at gøre løftet uvirksomt, vil der ordentligvis ikke være nogen betænkeligheder ved også at statuere tilbagesøgning af ydelser erlagt i henhold til løftet.

Når man, som her forsvaret, tager sit udgangspunkt i tilbagesøgningskravet,²⁶⁾ bliver altså den videre udvikling at fastslå, i hvilke grupper af tilfælde tilbagesøgning bør udelukkes, hvorved man, som hævdet ovenfor, må se hen til, om der i selve betalings karakter ligger en særlig grund til at opretholde den. Grupperne bliver således at opfatte som undtagelser fra den almindelige regel. I det følgende skal der gøres et forsøg på at gengive dansk ret set under denne synsvinkel. Det turde være overflødigt at pointere, at denne gennemgang ikke kan betragtes som udtømmende, ligesom det er højst tænkeligt, at domstolene i den fremtidige udvikling vil opstille nye undtagelsesgrupper.

Inden dette forsøges, skal der dog berøres et par problemer, som står i forbindelse med hovedreglen. Hvis f. eks. A har betalt B et beløb, som i virkeligheden tilkommer C, består C.s krav naturligvis stadigt, ligesom A i de almindelige tilfælde har et tilbagesøgningskrav mod B. Man kan imidlertid rejse det spørgsmål, om det ikke ville være det rimeligste og mest praktiske at lade C få et krav mod B (A og B ville således blive solidarisk ansvarlige overfor C), hvilket navnlig vil få betydning, hvis A bliver insolvent eller ikke kan findes. Det samme problem opstår, hvor A har betalt et beløb til B, som igen skal betale det til C. Er ydelsen indebitum, og går B fallit, vil A være interesseret i at erhverve et krav direkte mod C. Efter berigelsesgrundsætningen vil der være en sådan mulighed, medmindre man går ind for den tyske doktrins regel om, at der skal være direkte forbindelse mellem tabet og berigelsen. Som fremhævet foran s. 159 f., bør

²⁶⁾ Som tilfælde, hvor dansk praksis har antaget tilbagesøgning, kan iøvrigt nævnes: U 1939.1041 H, 1932.23 H og 996, 1931.336, 1929.136, 170 og 202, 1928.461 H og 600, 1927.133 og 720, 1926.341 H, 1924.523 H, 1922.524 H, 1913.56, 1912.486, 1911.360 H, 1910.943, 1909.31, 1907.218, 1906.467 og 633, 1903.646, 1900.463 H, 1899.638, 1898.226, 1897.579, 1892.809 H, 1891.96 H, 1890.152 og 671 H, 1889.258 og 1130 H.

denne doktrin ikke tillægges betydning, medmindre man kan påvise afgørende reale grunde for at nægte tablidte et direkte krav. Det afgørende i denne forbindelse må derfor navnlig være, om anerkendelsen af det direkte krav vil komme i strid med almindelige konkursretlige grundsætninger. Dette kan formentlig ikke siges at være tilfældet, idet der ikke foreligger nogen »forringende« disposition fra fallentens side og normalt heller ikke nogen »forrykkende«, medmindre forholdet i virkeligheden er en maskeret kreditorbegunstigelse, hvilket næppe vil være vanskeligt at udfinde i de enkelte tilfælde. I det sidstnævnte tilfælde, hvor A erlægger en ydelse indebitum til B, som igen skal erlægge den til C, er det dog muligt, at dansk praksis vil se hen til, om B er A.s eller C.s agent og i sidstnævnte fald afskære et direkte krav under indtryk af grundsætningerne i kmsl. §§ 56, stk. 2 og 58. Men da forskellen mellem de to §§ i kmsl. næppe er helt velbegrundet, jfr. ovenf. i kap. 7, s. 159 f., burde man formentlig ikke tillægge forholdet nogen afgørende betydning.

Udenfor konkurs- eller andre insolvenstilfælde er spørgsmålet ikke så betydningsfuldt, men det kan dog e. o. have praktiske fordele for kreditor at erhverve et direkte krav. Berigelsesgrundsætningen åbner principielt ikke nogen adgang i slige tilfælde, idet der ikke kan påvises noget egentligt tab hos kreditor; det sker først, når debitor går fallit. For dansk rets vedkommende spiller den slags betragtninger naturligvis ingen rolle, da praksis ikke er bundet af berigelsesgrundsætningens forskellige ikke altid velbegrundede begrænsninger. Dansk praksis er da heller ikke meget tilbage for at give kreditor et direkte krav. I U 1931. 336 tillodes det f. eks. staten at tilbagesøge nogle beløb direkte, som via en amtskommune var blevet udbetalt til en dyrlæge, idet beløbene, som det fastsloges ved dommen, alene tilkom staten, og at tilbagesøgning for staten ikke var udelukket, fordi beløbene var blevet udbetalt gennem amtet i h. t. regninger, der var attersteret af politimesteren. U 1932.996 afgiver et eksempel på det første af de ovenfor nævnte tilfælde. Efter at det var pålagt en A tilhørende ejendom at yde bidrag til kloakanlæg, blev det senere bestemt, at ejendommen ikke skulle medtages under det hidragspligtige areal, og at de herfor allerede til kommunen K erlagte bidrag skulle tilbagebetales. Nogen tid senere overgik ejendommen (gennem tvangsauktion og transport af retten til fogedud-

lægskøde) til B, uden at dette krav blev omtalt, og B, der havde hævet beløbet hos K, dømtes derefter til in solidum med K at tilsvare A beløbet, idet det derhos bestemtes, at B i forholdet mellem ham og K hæftede for dette. Det fremhævedes i dommen, at der intet særligt var at bebrejde B, og det udtaltes blot som begrundelse for kravet, at B burde have været klar over, »at han løb en risiko for, at beløbet ikke tilkom ham«.

Ingen af de ovennævnte domme drejede sig om insolvens-tilfælde (det angik jo stat og kommune); og der ses ikke iøvrigt at have været domme, som har taget stilling til dette spørgsmål. Man kan næppe af de nævnte domme slutte sig til, hvorledes domstolene vil stille sig i insolvenstilfælde, men de giver vel i og for sig et vist fingerpeg om, at domstolene ikke på forhånd vil stille sig afvisende.

C. Undtagelsesgrupper.

Det må indledningsvis bemærkes, at de i det følgende opstillede undtagelsesgrupper e. o. også gælder retsvildfarelser, således at tilbagesøgningsretten her kan blive yderligere indskrænket, end hvad der allerede følger af de foran fremførte regler om betaling under retsvildfarelse.

1. *Ussing* opstiller i *Enkelte Kontrakter* 434 den regel, at tilbagesøgning må være udelukket, når yderen *har forsikret modtageren om, at ydelsen virkelig skyldtes*. De to domme U 1930.59 og 1910.733, som anføres til støtte for denne regel, er måske ikke helt oplagte, men der kan alligevel ikke være tvivl om reglens rigtighed. Ti en sådan erklæring fra yderens side må opfattes som et egentligt *løfte* om, at han ikke senere vil gøre den indsigelse gældende, at ydelsen i virkeligheden ikke skyldtes. Man kan her sige, at erlæggelsen ledsaget af en slig erklæring er en egentlig retshandel — ikke blot en retshandling. At erlæggelsen her bliver bindende, medmindre der foreligger en ugyldighedsgrund, herunder aftalel. § 33, følger således allerede af de almindelige kontraktsregler.

Reglen er forøvrigt et eklatant eksempel på en af de grunde, som giver modtageren en særlig (objektiv) føje til at gå ud fra, at betalingen er endelig, der efter det ovenfor fremførte hoved-

synspunkt bør være afgørende for tilbagesøgningskravets nægtelse.

Som mere specielle udslag af den heromhandlede regel kan nævnes de tilfælde, hvor betalingen må opfattes som et *kompromis* eller et led i en *forligsmæssig ordning*. Som eksempler fra praksis kan nævnes U 1927.345 H: En købmand M havde i flere år grundet på en forkert regnskabsmåde opgivet sin indtægt med et for lille beløb. Efter at han i den anledning havde efterbetalt et beløb for statsskat, afkrævede kommunen K ham et beløb for for lidt betalt kommuneskat. Der førtes nogle forhandlinger herom, og tilsidst tilbød K saldokvittering, mod at M betalte 13.000 kr., hvilket skete. Efter at det ved andre domme, se 1925.946 H og 948 H, var blevet statueret, at K.s krav var uhjemlet, anlagde M sag mod K til tilbagebetaling. Tilbagesøgningskravet støttede sig ganske vist på en klar retsvildfarelse fra K.s side, jfr. de nævnte domme, men kravet nægtedes under henvisning til, at betalingen var et led i en forligsmæssig overenskomst.²⁷⁾ U 1933.887 danner et andet eksempel. En forening af arbejdsgivere, som ved en faglig voldgiftskendelse havde fået medhold i sin protest mod at betale efter visse akkordsatser, antoges dog ikke at have krav på at få tilbagebetalt, hvad der var udbetalt for meget i den forløbne tid, i hvilken man *under protest*²⁸⁾ havde måttet afregne efter den af arbejderne krævede akkordbetaling, idet voldgiftskendelsen ikke indskrænkede sig til at fastslå en vis forståelse, men mere havde karakter af et *forlig*. Endvidere kan afgørelsen i U 1909.183 H nævnes. Forsikringselskab afskåret fra at forlange nogen del af en erstatning for tyveri tilbagebetalt, uanset at det senere viste sig, at de stjalne genstande var mindre værd, da der forelå en endelig *forligsmæssig overenskomst* om fastsættelse af erstatningen, og da den

²⁷⁾ Den tilsyneladende modstrid mellem dommen i U 1927.345 H og dommen i U 1925.946 H, hvor der også var tale om en slags forlig, kan måske forklares, som forsøgt i 1927-dommens note, ved at kommunen i det sidstnævnte tilfælde ved kravets rejsning havde påberåbt sig kommuneskattelovens (nr. 85 af 15. maj 1903) § 28; men måske må 1927-dommen snarere tages som et udtryk for, at Højesteret havde ændret standpunkt.

²⁸⁾ Havde der ikke været betalt under „protest“, kunne modtagerne (arbejderne) formentlig også have gjort gældende, at retsspørgsmålet (betalingspligten) var *tviivlsom*, og at det iøvrigt drejede sig om *løn*.

forsikrede ikke var fremkommet med nogen bevidst urigtig angivelse af det stjålens beskaffenhed og værdi. Sluttelig kan U 1889.971 nævnes, hvor tilbagesøgning blev udelukket, idet der i yderens forhold turde antages at ligge en *anerkendelse* af skylden.

Betingelsen for, at tilbagesøgning er udelukket i h. t. nærværende regel, er således, at der virkelig kan siges at foreligge et løfte enten udtrykkeligt eller stiltiende om ikke at ville gøre indsigelsen gældende eller om anerkendelse af gælden. Der må altså ihvertfald i yderens adfærd ligge klare holdepunkter, som kan forsvare indfortolkningen af et sligt løfte. Ti bortset herfra kan der, som fremhævet ovenf. s. 209, ikke i den blotte betaling indlægges nogen anerkendelse af gælden.

2. Selvom den *almindelige forudsætningslære* strengt taget ikke kan anvendes på *betalinger*, da disse normalt ikke kan anses for retshandler (de ovenf. under 1 nævnte tilfælde danner i så henseende undtagelsen), kan den dog e. o. føre til nægtelse af tilbagesøgningskrav. Som en direkte følge af forudsætningslæren må, som ovenf. bemærket, tilbagesøgningskravet naturligvis være udelukket, hvis betalingspligten støttede sig på kontrakt, men hvor forudsætningen om det misopfattede faktums rigtighed ikke var afgørende (bestemmende) for yderen (løftegiveren) eller kendelig for modtageren (løftemodtageren).

Men bortset fra denne direkte anvendelse af forudsætningslæren, synes det naturligt at anvende dens hovedprincip analogt på erlæggelser, således som det kommer til udtryk i den af *Lassen* opstillede sætning: *Tilbagesøgning må være udelukket, når modtageren har haft føje til at gå ud fra, at det ikke var en afgørende forudsætning for yderen, at han for hele eller en del af ydelsen var retskraftig forpligtet, jfr. herved Lassen Ussing Speciel 500.*

Som det vil ses, har sætningen stærk tilknytning til reglerne fremstillet under 1. I virkeligheden er der en jævn overgang fra det udtrykkelige løfte om, at betalingspligten er irrelevant til en af den konkrete betalingsituation udledet tilkendegivelse af, at retspligten eller en del af den er irrelevant for yderen. I praksis vil det forøvrigt ofte være vanskeligt at skelne mellem, om der foreligger et udtrykkeligt eller et stiltiende løfte eller en blot

faktisk tilkendegivelse af, at betalingspligten er irrelevant. Og når man her spørger om, hvornår der i ydelseshandlingen foreligger objektive momenter, som giver modtageren beføjet grund til at gå ud fra, at erlæggelsen er endelig og bindende, vil et sligt moment, som udtrykkes i sætningen, klart henhøre til disse.

Lassen var forøvrigt nået frem til sætningen ved at anvende sin *subjektive* forudsætningslære i almindelighed på betalinger. Han gik ud fra den ganske vist rigtige betragtning, at en betaling normalt kun sker under den afgørende og kendelige forudsætning, at yderen er retskraftig forpligtet til at erlægge. Men det var næppe berettiget, når han herfra sluttede, at tilbagesøgning også måtte indrømmes, medmindre forudsætningslæren selv førte til det modsatte, ti derved ville hensynet til modtageren i al for høj grad blive tilsidesat. Det uberettigede i denne slutning fremgår formentlig tilstrækkeligt klart af den foregående udvikling, se også *Ussing Enkelte Kontrakter* 432, og domspraksis må allerede ved skovgebyrdommen (U 1899.311 H) siges at have taget afstand fra hans anskuelse. Havde Lassen derimod anerkendt den objektive forudsætningslære, kunne hans slutning formentlig nok anerkendes, ti i så fald var vejen åben til at nægte tilbagesøgningskrav ud fra *objektive* kriterier, idet spørgsmålet om forudsætningens relevans her tillige er et almindeligt retsspørgsmål, se *Ussing* l. c. Lassens hovedsynspunkt kan således næppe godkendes, men dets »negative« konsekvens, som kom til orde i den ovenanførte sætning, er derimod utvivlsomt rigtig og må sikkert også siges at være bekræftet af domspraksis, jfr. nedenf., men man må blot ikke lade sig forlede til at slutte modsætningsvis fra sætningen og derved antage, at tilbagesøgningskravet kan gennemføres overalt, hvor sætningen ikke kommer til anvendelse. At sætningen, som påvist af *Sindballe* 38 f., ikke har så stort et praktisk område, som Lassen tilsyneladende gik ud fra, har mindre at sige, når man — som her — anerkender mange andre undtagelser fra tilbagesøgningsretten.

Sætningen må først og fremmest komme til anvendelse, hvor yderen var i *tvivl om skyldens eksistens*, men hvor han har ønsket at erlægge uden hensyn til denne tvivl, se hertil *Ussing* l. c. 434, og det der nævnte eksempel. Tilbagesøgning bør normalt også afskæres, når skyldspørgsmålet har været diskuteret mel-

lem parterne og yderen desuagtet har erlagt uden forbehold, jfr. U 1922.552 H: tilbagesøgning af nogle mestersalærer nægtet, fordi skyldens eksistens nok var blevet bestridt af yderen, men hvor han ikke desto mindre havde betalt uden forbehold.

Idetheletaget må tilbagesøgning være udelukket, når *yderens adfærd har givet modtageren føje til at gå ud fra, at erlæggelsen fandt sted ifølge andre (lovlige) motiver end formening om skyld*, f. eks. gavehensigt eller af anden velvillighed, f. eks. ydelser mellem forretningsforbindelser eller mellem principal og funktionær eller mellem nære slægtninge, jfr. *Lassen Speciel* 877. Som eksempler fra praksis kan nævnes: U 1938.202: en agent havde e. o. haft føje til at gå ud fra, at hans årlige debetsaldi (i forhold til provisionsaftalen) ikke ville blive gjort gældende imod ham. U 1902.186 H: tilbagesøgning udelukket, fordi beløbet var blevet udbetalt i mange små summer til modtageren, som levede i trang. U 1875.486: tilbagesøgning nægtet, fordi modtageren (en nær slægtning) antoges at have haft føje til at tro, at beløbet var en gave.

Som eksempler på hovedsætningens anvendelse i almindelighed skal endelig nævnes U 1899.425: tilbagesøgning nægtet en kautionist, som havde betalt til trods for, at betalingspåkravene ikke havde været rettidige. Kautionisten svævede i den vildfarelse, at han alligevel var pligtig at erlægge, men vildfarelsen var ukendelig for modtageren, og denne havde derfor haft føje til at betragte betalingen som en anerkendelse af, at kautionisten ville betale, uanset at han ikke var retskraftig forpligtet. Se også U 1891.877. Den ovennævnte dom i U 1922.552 H kan måske også anføres i denne forbindelse.

3. I temmelig nær forbindelse både med 1 og 2 står den anden af *Lassen (Speciel 879)* formulerede sætning, at tilbagesøgning må være udelukket, *når yderen ved sin erlæggelse bibringer modtageren den beføjede antagelse, at han havde ret til det erlagte*. Sætningen, som næppe har større praktisk betydning, må utvivlsomt godkendes i hovedsagen, jfr. *Ussing* l. c. 434. Som eksempler fra praksis kan bl. a. anføres U 1905.246 («lygte-tænderdommen», ref. ovenf. s. 260).

4. Romerretten udelukkede tilbagesøgning, hvis yderens vild-

farelse skyldtes uagtsomhed, jfr. ovenfor i kap. 1, men en sådan regel vil, som fremhævet af Ussing l. c. 435, utvivlsomt virke for skarp, og dansk domspraksis kan næppe siges at stemme med den. På den anden side er der ingen tvivl om, at yderens mere eller mindre skødesløse adfærd ved betalingen e. o. må tillægges betydning som udelukkende tilbagesøgning, navnlig i forbindelse med andre momenter, såsom det forhold, at han var den nærmeste til at vide besked om skyldens eksistens eller størrelse, eller når intet kan bebrejdes modtageren, jfr. i sidstnævnte henseende gennemgangen foran om retsvildfarelse (s. 252 ff.), hvorfra det vil erindres, at talrige domme bl. a. lagde vægt på, at intet kunne lægges modtageren til last. Der findes også mange andre domme, som har lagt vægt på de øvrige momenter, altså navnlig på, om yderen har udvist skødesløshed ved erlæggelsen. Det er imidlertid noget vanskeligt at udlede en klar regel af praksis. Der er heller ingen tvivl om, at man legislativt bør tillægge dette forhold betydning, idet det formentlig vil forøge betaleres agtpågivenhed og derigennem modvirke, at *condictio indebiti*-situationer overhovedet opstår, jfr. Ussing l. c., ligesom hensynet til yderen i slige tilfælde naturligvis er betydeligt mindre end vanligt. Men spørgsmålet er, hvor langt man bør gå i retning af at nægte tilbagesøgning.

Lassen beskæftigede sig ikke særligt med problemet om denne undtagelsesgruppe, idet de eneste undtagelser fra hovedreglen han anerkendte, var de to, som fremgik af hans to ovennævnte (under 2 og 3) sætninger. Derimod har *Ussing* l. c. taget problemet op. Han formulerer reglen således: »Når den, der betalte, alene eller dog overvejende var skyld i, at der blev betalt, må tilbagesøgning som oftest nægtes«. Men han tilføjer straks efter: »Tilbagesøgning kan dog ikke altid afskæres her. Foruden i tilfælde, hvor modtageren så fejlen eller kun overså den ved en fejl, der var grovere end betalerens, må tilbagesøgning ialtfald kunne ske, hvor hovedskylden for den urigtige betaling falder på modtageren«.

For at få indtryk af domspraksis' stilling til problemet skal der i det følgende gives en oversigt over de vigtigste herhenhørende domme. *Ussing* nævner i denne forbindelse følgende to afgørelser: U 1920.449: tilbagesøgning godkendt af nogle med urette hævdede rentekuponer, idet der ikke kunne lægges yderen

(en kommune) noget til last, hvorimod den urigtige betaling måtte tilregnes modtageren, som uden vanskeligheder kunne have foretaget eller ladet foretage den fornødne undersøgelse, f. eks. ved at efterse de almindelige trækingslister over udtrukne obligationer. U 1931.617: tilbagesøgning indrømmet af for store dagpengeberegninger i en dyrlæges regninger til staten (via en amtskommune), idet overbetalingen skyldtes det forhold, at dyrlægen havde foretaget sig mere end der efter instruktionerne påhvilede ham at udføre. Fejlen måtte således tillægges modtageren.

Foruden disse domme kan følgende formentlig anføres: U 1910.733: et aktieselskab, der i sin anmeldelse af et til postfor-sendelse bestemt ugeblad havde angivet gennemsnitsvægten til 50 gr., blev nægtet tilbagesøgning af differencen mellem de i h. t. anmeldelsen af postvæsenet beregnede og modtagne portobeløb og det beløb, der ville have været at betale, hvis bladets rigtige vægt, 20 gr., havde været opgivet, idet det ikke var postvæsenets pligt at efterse, om den af selskabet opgivne gennemsnitsvægt var for høj, hvorfor fejlen udelukkende måtte siges at have ligget hos selskabet. U 1912.987: det blev her antaget, at en auk-tionsholder A, som havde afregnet med B, der havde indleveret møbler hos ham til auktion, i forhold til det for møblerne budte beløb, men som, da køberen ikke kunne findes, påny havde stillet møblerne til auktion, hvor de solgtes for et mindre beløb, ikke kunne søge differencen tilbage fra B. U 1888.957: en kom-mune K blev i denne sag nægtet ret til hos statskassen at få til-bagebetalt nogle til en retsbetjent med urette betalte beløb, da der ikke forelå noget forhold, der kunne lægges justitsministe-riet til last, og da det havde været K.s sag at påse, om en sted-funden forandring i lovgivningen bevirkede, at der ikke forelå tilstrækkelig hjemmel til, at K vedblivende udredede en del af retsbetjentens løn. U 1896.274: en husejer, som i nogle år uden indsigelse havde betalt bygningsafgift af hele sin ejendom, skønt nogle lejligheder deri ikke oversteg 64 kv. alen og hver kun be-boedes af een familie, anset uberettiget til at søge det for meget erlagte tilbage, da det ikke var pålagt det offentlige ubetinget at drage omsorg for de skete afgiftsansættelsers berigtigelse, og da magistraten savnede adgang til uden anmeldelse fra husejerens side at erholde kundskab om, hvorvidt betingelserne for afgifts-

friheden var tilstede. Den urigtige betaling skyldtes således udelukkende yderens forsømmelighed. Det samme var tilfældet i U 1912.492, hvor tilbagesøgning blev nægtet en købmand, som ved »grov uagtsomhed« havde betalt for meget til modtagerens (et firmas) agent, som svigagtigt selv havde beholdt overbetalingen. U 1930.59 H: tilbagesøgning nægtet, fordi sagsøgeren ved betalingen ikke havde specificeret den af ham opgivne indtægt, af hvilken han uden reservation havde indbetalt 10 % (i h. t. lejekontrakten), hvorfor modtageren ikke havde kunnet se, at en del af denne var medtaget med urette. Derimod havde yderen selv haft al mulig anledning til at undersøge spørgsmålet. Fejlen lå således udelukkende hos denne. I U 1933.36 H blev tilbagesøgning nægtet, fordi modtageren efter forhandlingerne med yderen havde haft føje til at antage, at denne havde fået rette vedkommendes tilladelse til udleveringen. Dernæst skal afgørelsen i U 1934.131 omtales. Sagen drejede sig om følgende tilfælde: I 1928 blev et i 1912 født barn B af et værgeråd anbragt på et iagttagelseshjem H, og udgifterne afholdtes forskudsvis af en kommune K. B forblev i H efter sit fyldte 18. år, uanset at der ikke i overensstemmelse med lov nr. 237 af 12. juni 1922 § 63 af V var truffet beslutning om forsorgens forlængelse. Efter at dette var blevet oplyst, og socialministeriet havde nægtet, at de af K afholdte udgifter til B's ophold på V efter det fyldte 18. år refunderedes K af statskassen, tilbagesøgte K disse hos H, men fik ikke medhold, da H. e. o. havde haft føje til at gå ud fra, at V havde draget omsorg for forlængelsen af forsorgen, og da K, som let havde kunnet se (af de tilsendte regninger), hvornår B fyldte 18 år, ikke havde standset betalingerne, da V ikke gav meddelelse om forsorgens forlængelse.

Disse domme synes at angive en tydelig linje i praksis, men det skal indrømmes, at den brydes af den ovenf. s. 261 f. omtalte dom i U 1945.898, hvor en sagfører temmeligt uundskyldeligt foretog en urigtig fordeling af et dødsbo, men hvor der alligevel blev statueret tilbagesøgning, uanset at modtageren befandt sig i god tro. Det er imidlertid et stort spørgsmål, om denne afgørelse overhovedet kan forsvares; ialtfald er der næppe nødvendighed for at slutte noget afgørende fra dommen. Omvendt synes afgørelsen i U 1949.982 at være noget for vidtgående i modsat retning. En vognmand V havde her kontrakt med

D. S. B. om udførelse af kørslen på Tåstrup station, og hæftede ifølge kontrakten overfor stationen for alt gods, der betroedes ham. Efter at en A tilhørende pakke, der af stationen var givet V til udbringning, var forsvundet, og efter at det på stationen var sagt ham, at han hæftede for den, indgik han på at erstatte A den med 500 kr., hvorefter han betalte 100 kr. kontant og udstedte en veksel for restbeløbet, hvoraf 200 kr. senere blev afdraget, og en ny veksel på 200 kr. udstedt. Senere oplystes det, at ikke V, men D. S. B. var ansvarlig, og at erstatningen kun kunne udgøre 225 kr., hvorefter V nægtede at indfri vekslens. V fandtes dog at være nærmest til at bære risikoen for, at han under en urigtig forudsætning havde forpligtet sig til at betale 500 kr., og dømtes til at betale A restsummen. Selvom denne dom ikke direkte afgør et tilbagebetalingsspørgsmål — V nedlagde ikke under sagen selvstændig påstand om tilbagebetaling af de erlagte 300 kr. — er afgørelsen dog så nærbeslægtet med dette spørgsmål, at den må nævnes i denne sammenhæng. Afgørelsen forklares i Landsrettens præmisser på følgende sæt: »Retten lægger herved vægt på, at den foreliggende retsvildfarelse hos parterne har hensyn til et spørgsmål, som det lå nærmere for indstævnte som fast antaget vognmand for statsbanernes kørsel på Tåstrup station at have kundskab om, end for appellandtinden, og at indsigelse først er rejst på et fremrykket tidspunkt, og efter at indstævnte har indbetalt à conto beløb som afdrag på og to gange har akcepteret vekslers vedrørende mellemværendet«. Som det vil ses, lægges afgørelsen også vægt på passivitetsbetragtninger. Alligevel synes dommen noget vel hård, men dette kan måske forklares ved, at D. S. B., såfremt disse havde måttet udrede erstatningen — D. S. B. var jo i virkeligheden rette sagvolder, dog kun for et beløb af 225 kr. — ville have haft regres mod V.

Som allerede anført er det noget vanskeligt at udlede en hel klar regel af domspraksis, men på basis af det overvejende antal af de fornævnte domme kan man formentlig opstille følgende »elastiske« regel:

Tilbagesøgning er udelukket, når en urigtig betaling skyldes yderens skødesløshed, manglende påpasselighed el. lign., og det iøvrigt skønnes rimeligt at lade ham bære risikoen herfor, hvorved der navnlig bliver at tage hensyn til, hvorvidt han havde

de bedste muligheder for at bedømme spørgsmålet om skyldens eksistens eller størrelse og til, hvorvidt modtageren havde grund til at nære mistanke om, at erlæggelsen eller en del af denne ikke havde sin rigtighed.

5. Som anført i det foregående taler meget for i almindelighed at udelukke tilbagesøgning, når ydelsen objektivt havde karakteren af at være bestemt til at anvendes til almindelige leveomkostninger, såsom lønninger af enhver art, herunder provision, tantième, gratiale, pension m. v., understøttelser og underholdsbidrag, når modtageren befandt sig i undskyldelig uvidenhed om betalingens eller en del af dennes urigtighed. Den sidste begrænsning i denne »underholdsregel« må ikke opfattes for strengt som omfattende al uagtsom ikke-viden, men kun omfattende positiv viden om betalingens urigtighed samt grovere former af uagtsom ikke-viden.

Som allerede fremført ovenfor, gør der sig både i dansk og engelsk praksis en ret stærk tendens gældende til at udelukke tilbagesøgning i disse tilfælde. I det følgende skal de vigtigste herhenhørende danske domme gennemgås.

Hvad angår retsvildfarelser vedrørende *tvivlsomme retsspørgsmål* følger det allerede af det ovenudviklede, at tilbagesøgning må være udelukket, og der findes, såvidt ses, ingen dansk dom, som går imod, men derimod flere som går ind for synspunktet, jfr. ovenf. s. 255 f., se navnlig U 1930.547 og 1941.349. Forsåvidt angår tjenestemandslønninger etc., deles denne anskuelse også af Poul Andersen, *Forvaltningsret* 202 — endda selv i det tilfælde, hvor tjenestemanden i kraft af sin større juridiske indsigt har indset, at administrationens retsopfattelse var forkert.

Hvad dernæst angår vildfarelser m. h. t. *klare retsspørgsmål*, bør der nok i henhold til den almindelige regel ske tilbagebetaling, men hvor talen drejer sig om løn m. v., burde man også her gøre undtagelse. Forsåvidt angår tjenestemandslønninger, hævder, som anført, Poul Andersen en modsat anskuelse, og det vil formentlig også være vanskeligt at trænge igennem ved domstolene med reglen her, idet man i så fald kunne hævde, at forældelsesreglen i tjenestemandsl. § 19 stk. 3 ville blive indholdsløs. »Lygtetænderdommen« U 1905.246 kan heller ikke, grundet på de særlige forhold, som her gjorde sig gældende, anses for

nogen afgørende stillingtagen til spørgsmålet. Det samme gælder U 1916.478. Udenfor tjenestemandstilfælde ses der heller ikke at være afsagt nogen dom, som direkte har taget stilling til spørgsmålet. En S. H. D. i U 1945.348 synes dog at forudsætte, at tilbagesøgning er udelukket i disse tilfælde. Et sølvsmedefirma S, som i 3 år havde udbetalt en medarbejder M fast løn, uanset at hans provision, særlig som følge af salget af det af ham tegnede »kongemærke«, betydeligt havde overstegit 12.000 kr., hvilket i h. t. kontrakten skulle udelukke erholdelse af fast løn, fandtes at have krav på tilbagebetaling af det således udbetalte lønbeløb, som M måtte antages at have været klar over ikke tilkom ham, uden at han derfor søgte forholdet opklaret. Der forelå således nærmest ond tro (ihvertfald grov uagtsom ikke-viden), og det kan formentlig ikke være helt uberettiget at slutte modsætningsvis fra dommen til, at tilbagesøgning er udelukket, når lønmodtagerens vildfarelse var undskyldelig.

Hvad endelig angår *faktiske vildfarelser*, antager *Poul Andersen* l. c., at tilbagesøgning vistnok må være udelukket m. h. t. tjenstemandslønninger, forudsat at vedkommende tjenestemand var i god tro, medmindre han selv — hvad ofte vil være tilfældet — har fremkaldt vildfarelsen, f. eks. ved at undlade at give meddelelse om forandringer i hans familiære stilling. Nogle ældre højesteretsdomme i U 1870.637 og 1886.983 går ganske vist imod denne anskuelse, men der ses ikke at have været afsagt nyere domme på linje hermed.

Udenfor tjenstemandsforhold er der flere domme, som tyder på, at domstolene i og for sig er indstillet på at udelukke tilbagesøgning, når der ikke foreligger ond tro. Som eksempel herpå kan præmisserne i U 1936.191 nævnes. A, som var medlem af en sygekasse S, og som i 3 mdr. af S havde fået udbetalt 3 kr. i dagpenge for sygdom i den højre arm, dømtes til at tilbagebetale beløbet, fordi, som det hed i dommen, »det findes tilstrækkeligt godtgjort, at indstævnte i pågældende sygdomsperiode tildels har været i stand til at varetage sin gerning. Det må derhos antages, at indstævnte ikke har overholdt lægens påbud om at holde armen i ro, og det ses ikke, at sygdommen medførte indtægtstab for ham«.

En række domme beskæftiger sig med underholdsbidrag til børn født udenfor ægteskab. Forholdet er normalt det, at der,

efter at en person gennem nogen tid har betalt underholdsbidrag, dukker nye bevismidler op (f. eks. bedre blodtypebestemmelser), som udelukker, at vedkommende kan være fader til barnet. U 1938.795 H kan anføres til illustration. F_2 , der i 1933 var dømt til i forening med F_1 at alimentere til den ugifte M.s barn, blev under en ekstraordinær anke frifundet, idet hans faderskab var uforeneligt med M N-systemet; men en af ham overfor M og F_1 nedlagt påstand om refusion af de af ham erlagte underholdsbidrag blev ikke taget til følge. Dette resultat ligger ganske fast i praksis, jfr. U 1934.358 og 1943.1058 H. At denne retstilstand er rigtig, følger så meget mere af det forhold, at selvom det her nok drejer sig om en faktisk vildfarelse (pater-nitetsandsynligheden), kan denne først — i modsætning til de fleste andre faktiske vildfarelser — autoritativt oplyses gennem en retsag. Vildfarelsen kommer således til at minde om vildfarelser m. h. t. tvivlsomme retsspørgsmål, og man ville derfor ligesom i disse tilfælde i virkeligheden give afgørelsen tilbagevirkende kraft, hvis man tillod tilbagesøgning.

Man kan rejse det spørgsmål, om F_2 kan fremsætte krav om refusion overfor F_1 , hvis sidstnævnte ikke fra først af er blevet tilpligtet at betale alimentationsbidrag sammen med F_2 , enten fordi F_1 er blevet frifundet under den oprindelige sag, eller fordi han ikke har været inddraget under denne. Hvis den oprindelige frifindelse skyldes falsk forklaring el. lign. misligheder fra F_1 's side, kan der næppe være tvivl om, at F_1 må yde refusion, og refusionen må svare til, hvad F_2 ialt har måttet udrede. Dommen i U 1934.358 er ikke til hinder for dette resultat. Hvis der derimod ikke kan bebrejdes F_1 noget, forekommer det mig betænkeligt at give F_2 ret til refusion, idet det vil være ulige mere byrdefuldt for F_1 , hvis han nu pludseligt skal udrede den kapitaliserede værdi af måske mange års bidrag, end hvis han fra først af var blevet idømt en månedlig eller halvårlig bidragspligt. Han vil også ofte have påtaget sig nye forsørgerbyrder i mellemtiden i tillid til, at han ikke havde andre. Selvom der derved opstår en væsentlig berigelse hos F_1 , forekommer det mig, at de ovennævnte hensyn, der kan anføres til fordel for F_1 , er så vægtige, at kravet må nægtes. Herimod går dog en dom i U 1949.965 (dog med dissens). Dommen gav F_2 krav på refusion af det beløb, som overøvrigheden ville have pålagt F_1 at ud-

rede, såfremt han var blevet pålagt bidrag fra barnets fødsel (udgifter til barselsfærd + normalbidrag), altså et krav begrænset til berigelsen. Det stod iøvrigt uklart hen, om tabet (F_2 's udgifter) var større, idet F_2 havde levet i ægteskab med M. F_2 påberåbte sig berigelsesgrundsætningen, medens dommen dog anvendte udtrykket: »almindelige retsregler«. Efter det anførte må man imidlertid nære betænkeligheder ved denne dom. Hertil kommer yderligere, at konsekvensen af dommen e. o. kan føre til, at selv meget gamle krav, og som følge heraf meget store krav, kan blive anerkendt, idet både forældelsesloven af 1908 og D L 5—14—4 må antages at være suspenderet, indtil det tidspunkt F_2 får kundskab om muligheden for F_1 's paternitet. Dommen antog således også, at 1908-lovens 5-årige forældelse var suspenderet i dette tidsrum. Forskellen mellem den hernævnte dom og de ovennævnte var navnlig den, at refusionskravet her skyldtes M.s ægteskabsbrud, altså et »angreb på ægteskabet« fra F_1 's side, og der har derfor måske ligget ubevidste »pønale« motiver bag domsafgørelsen. Slige »pønale« betragtninger bør dog næppe tillægges betydning, når det er in confesso, at F_1 ikke har haft grund til at regne med paternitetsmuligheden. Er der imidlertid i det enkelte tilfælde grund til at betvivle F_1 's gode tro, vil der naturligvis være mindre betænkelighed ved at indrømme restitution. At refusion ihvertfald må nægtes, hvis F_2 ved den nye dom fremdeles bliver anset for bidragspligtig, følger direkte af den ovennævnte dom i U 1938.795 H.

Forudsætningen for nægtelse af tilbagesøgning overfor M må her, som alle andre steder, være, at modtageren er i god tro og iøvrigt ikke har gjort sig skyldig i noget misligt forhold. Den sidste tilføjelse sigter til de tilfælde, hvor der nok kan siges at foreligge et misligt forhold (fortielser eller fordrejelser m. v.), men hvor man alligevel vanskeligt kan statuere ond tro. Også i disse tilfælde bør tilbagesøgning tillades. Tilfældet i U 1941.400 frembyder en god illustration, idet det, uden at ond tro m. h. t. faderskabsmuligheden blev indrømmet, alligevel af sagens oplysninger turde sluttes, at der måtte være sket fortielser. Sagen drejede sig om følgende tilfælde: F, som i 1937 efter erkendelse af at kunne være fader til M.s barn ved resolution var sat i bidrag, anlagde i 1939 sag mod M, under hvilken det stateredes, at F ikke kunne være fader til B, idet hans faderskab efter fore-

taget blodtypebestemmelse og kontroltypebestemmelse var uforneligt med O A B-systemet, og idet samlejet efter M.s forklaring ikke med sikkerhed faldt indenfor avlingstiden. Da M, som stadig havde hævdet ikke at have haft samleje med andre end F, måtte være klar over, at F.s indvilligelse i bidragsbetaling havde været knyttet til den forudsætning, at han var fader til B, tilpligtedes M at tilbagebetale de til hende og B erlagte bidrag. Derimod gælder reglen næppe, hvis F er M.s ægtemand, se U 1949. 1136.

6. Som anført ovenf. på s. 241 gennemfører både dansk og engelsk ret vistnok den regel, at *tilbagesøgning er udelukket, når det drejer sig om for meget erlagt betaling i henhold til en vedvarende kontrakt, som betalingsmodtageren kunne have bragt til ophør ved opsigelse*, f. eks. en funktionær- eller en forpagtningskontrakt. Reglen må gælde, hvadenten det drejer sig om faktiske eller retlige vildfarelser, forudsat god tro hos modtageren. Men den er naturligvis efter det tidligere anførte særlig klar, hvis overbetalingen skyldes vildfarelse m. h. t. et tvivlsomt retsspørgsmål, hvilket også antydes af *Ussing*, når han til forsvar for reglen anfører (*Enkelle Kontrakter* 441—42): »Hvis han (modtageren) ikke havde fået betalt for meget, ville han måske have opsagt kontrakten for at opnå gunstigere vilkår, idet han ikke kunne være tjent med aftalen, således som den måtte forstås efter domstolenes opfattelse« (udh. af mig). Meningen med reglen er iøvrigt den, at tilbagesøgning kun er udelukket, forsåvidt angår betalinger som ligger indenfor afsluttede opsigelsesperioder, ti ellers kunne kontrahenten ikke have bragt kontrakten til ophør. Den af *Ussing* anførte dom i U 1892.1303 er interessant, idet den foruden at anvende *Ussings* begrundelse tillige gjorde »underholdssynspunktet« og »skyldprincippet« gældende; den drejede sig om løn og angik forøvrigt en faktisk vildfarelse (nærmest en regnefejl): M, der i 10 år havde bestyret en købmandsforretning for en anden, på vilkår af at han som løn skulle oppebære halvdelen af den årlige avance efter visse fradrag, ikke anset pligtig at tilbagebetale, hvad han i en årrække på grund af fejl i opgørelserne havde fået udbetalt for meget, idet han, som ikke havde foretaget opgørelserne eller foranlediget fejlene i disse, i god tro havde modta-

get de ham uden forbehold udbetalte beløb, og derhos måtte antages at have indrettet sit forbrug efter den ham af medkontra- henten opgivne indtægt, medens han, hvis opgørelsen havde ud- vist en mindre indtægt for ham, kunne have frasagt sig stillin- gen og søgt et mere indbringende erhverv.

Må modtageren siges at være den nærmeste til at vide besked om forholdet, vil det dog være naturligt at indrømme tilbage- søgning, jfr. herved afgørelsen i U 1929.136, hvor en forpagter F havde betalt for meget, idet ejendommens areal var for stort opgivet; tilbagesøgning indrømmedes, idet »sagsøgte efter det ved forhandlingerne passerede og kontraktens indhold måtte regne med, at sagsøgeren stolede på hans angivelse af arealets størrelse og således ikke havde rimelig anledning til at foranstalte en nærmere undersøgelse i så henseende«.

7. *Ussing* fremhæver (l. c. 440 f.), at der ved *condictio inde- biti* bør gælde et almindeligt *passivitetsprincip*,²⁹⁾ hvilket er så meget mere påkrævet, som den 5-årige forældelse efter 1908-lo- ven først begynder at løbe fra det tidspunkt, da yderen opdager eller burde have opdaget, at ydelsen var indebitum. Tænker man sig derfor eksempelvis, at dette tidspunkt indtræder 4 år efter erlæggelsen, er tilbagesøgningskravet først forældet 9 år efter erlæggelsen. Som allerede Lassen fremhævede (se hertil og om den reale baggrund foran s. 213 f.), er denne regel derfor i sin nu- værende form temmelig urimelig, og der er således al mulig grund til at bøde på den ved at følge Ussings forslag, som e. o. kan medføre, at kravet i det ovennævnte eksempel bortfalder kort tid efter, at yderen er eller burde være blevet klar over sin fejltagelse. Men selvom man ændrede 1908-lovens redaktion og lod 5 år være den absolute grænse for tilbagesøgningskravet, alt- så uden h. t. om yderen forinden er eller burde være blevet klar over, at ydelsen (eller en del af denne) ikke skyldtes (svig el. lign. fra modtagerens side naturligvis undtaget), er der næppe nogen tvivl om, at Ussings forslag er på sin plads.

Det er imidlertid ofte vanskeligt at give passivitetsprincippet en skarp og klar formulering, selv indenfor et begrænset område

²⁹⁾ Den af *Arnholm* hævdede „opgørelslære“ ved *condictio indebiti*, hvorefter der er formodning for, at tilbagesøgningskravet er udelukket, har nær tilknyt- ning til passivitetstanken, jfr. hans *Passivitetsvirkninger* 44 ff.

som her ved *condictio indebiti*.³⁰⁾ Ti hvornår passiviteten bør tillægges betydning, vil i høj grad afhænge af det enkelte tilfælde særlige omstændigheder. Reglen må derfor, ialtfald på det nuværende udviklingstrin, nærmest formuleres som en *retlig standard*, se hertil *Knoph Standarder* 192 ff. Det afgørende vil herefter være, om en ordentlig og fornuftig mand ville have udvist en lignende passivitet under de foreliggende omstændigheder, eller m. a. o. om yderens passivitet er forsvarlig overfor modtageren. Skønner domstolene, at dette ikke har været tilfældet, bør tilbagesøgning udelukkes.

Reglen kan formentlig herefter og iøvrigt i nogenlunde overensstemmelse med de af Ussing (l. c.) opstillede sætninger formuleres således: *Tilbagesøgning er udelukket, hvis yderen ikke inden rimelig tid, efter at han har eller burde have opdaget, at ydelsen ikke skyldtes, har gjort kravet gældende, såfremt det iøvrigt under hensyntagen til de foreliggende omstændigheder må skønnes, at hans handlemåde har været uforsvarlig overfor modtageren.*

Som anført af Ussing, er der ingen dansk dom, som direkte og udelukkende har bygget sin afgørelse på princippet, men adskillige har været inde på tanken, og enkelte har delvist lagt det til grund. Som eksempel kan nævnes U 1933.887 (ref. foran s. 270), hvor det bl. a. hed: »Yderligere skal det bemærkes, at kravet om tilbagebetaling efter voldgiftskendelsens afsigelse i maj måned - efter hvad der uimodsagt er blevet anført under proceduren — først er blevet rejst i oktober«. Endvidere kan U 1923.323 H anføres: To aktionærer i et aktieselskab S, der var trådt i likvidation, søgte S til at tilbagebetale de af dem gjorde aktieindbetalinger, bl. a. under henvisning til, at indbydelsen til aktietegningen havde været vildledende. Tilbagesøgning nægtedes imidlertid »allerede som følge af den måde, hvorpå appelleranterne således har forholdt sig«, nemlig ved at lade et år hengå fra betalingen til kravets rejsning. Som eksempel på, hvor domstolene fandt, at passiviteten ikke var uforsvarlig, kan U 1929.136 måske nævnes. Dommen er refereret foran s. 283; af-

³⁰⁾ Som eksempel på, hvor det har været muligt at give passivitetsprincippet en klar formulering, kan kobels reklamationsregler nævnes. Men ved *condictio indebiti* foreligger den mulighed næppe.

gørelsen — tilbagesøgning indrømmet — begrundedes bl. a. med: »da det efter omstændighederne ikke findes at kunne komme sagsøgeren til skade, at han først efter i længere tid at have drevet ejendommen er blevet opmærksom på, at arealet var mindre end opgivet«. ³¹⁾ U 1923.69 H (og et parallelt tilfælde i U 1947.912) kan formentlig også anføres. Det blev her antaget, at en lejer ikke kunne kræve nogle ekstra varmebidrag tilbage, som han mente, han var blevet afkrævet med urette, allerede af den grund, at han gennem adskillige år havde betalt dem uden protest af nogen art, skønt der af udlejeren havde været givet ham adgang til at gøre sig bekendt med de beregninger, der lå til grund for de afkrævede bidrag, se også U 1926.662 H. Endelig kan U 1949.982 nævnes, idet den til dels lagde vægt på passiviteten; se nærmere om dommen ovenf. s. 276.

Ussing fremhæver forøvrigt (l. c.), at passivitetsprincippet navnlig bør komme til anvendelse, hvor ydelsen skal tjene til *underhold for en person*. Anerkender man imidlertid den ovenfor (under 5) forsvarede regel om i almindelighed at udelukke tilbagesøgning overalt, hvor betalingen har karakter af at tjene til underhold, får passivitetsprincippets anvendelse her naturligvis en mere subsidiær betydning, nemlig som yderligere støttende reglen i en række tilfælde.

8. *Andre tilfælde af tilbagesøgningskravets udelukkelse.* Det siger sig selv, at man i praksis ofte vil komme ud for tilfælde, hvor flere af de foran under 1—7 fremførte synspunkter eller regler er involveret; som eksempel kan den nysnævnte F. V. K. i U 1933.887 anføres. Selvom dette er tilfældet, vil naturligvis normalt blot en enkelt være tilstrækkelig til at afskære tilbagesøgning. Men stiller sagen sig således, at man af bevismæssige eller andre grunde ikke med fuld sikkerhed tør statuere, f. eks. at betalingen er led i en forligsmæssig ordning, vil selv den usikre tilstedeværelse af et af de andre momenter, f. eks. passivitet, have betydning, idet den akkumulerede virkning af disse to (event. flere) momenter selv noget usikre tilstedeværelse e. o. kan føre til udelukkelse af tilbagesøgningskravet, U

³¹⁾ Angående danske domme udenfor *condictio indebiti*-området, som har lagt vægt på passivitet, kan henvises til C. Bangs artikel i U 1944 B. 101-125.

1933.887 kan igen nævnes som eksempel, se også U 1892.1303 (ref. foran s. 282) og U 1949.982 (ref. foran s. 276). Endvidere er det en selvfølge, at domstolene kan nægte et tilbagesøgningskrav fremme, hvis det ville *være stridende mod rettens værdighed* at beskæftige sig med sagen, som f. eks. hvor det drejer sig om usædelige eller andre umoralske forhold, se hertil *Vinding Kruse* 275 (6-17-6 stk. 3). I denne forbindelse erindres det, at tilbagesøgning ofte er udelukket, selvom ydelsens erlæggelse stred mod lov eller ærbarhed, jfr. herom nedenf. i kap. 10, s. 333 ff., og *Ussing Aftaler* 198 ff.

Bortset herfra er, som allerede anført, domstolene naturligvis beføjet til at nægte tilbagesøgning, hvis de finder det påkrævet af andre grunde end de ovennævnte, og det er herigennem muligt, at nye undtagelsesgrupper vil blive dannet. Legislativt at ville opstille en udtømmende fortegnelse over disse grupper på samme måde som B. G. B. §§ 813—17 og O. R. art. 63 og 64 tilstræber, er næppe muligt eller ihvertfald ikke forsvarligt; ti der må altid være en »sikkerhedsventil« for udviklingen.

Slutteligt skal der nævnes nogle mere specielle tilfælde, hvor domstolene har nægtet tilbagesøgning.

U 1944.146 nægtede tilbagesøgning af et beløb, som en injuriant var blevet idømt til offentliggørelse af injuriedommen i medfør af strfl. § 273 stk. 2; tilbagesøgningskravet var begrundet med, at beløbet ikke var blevet anvendt, idet dette var blevet overflødiggjort ved, at dagbladene på eget initiativ havde refereret dommen. Resultatet, som sikkert må anses for rigtigt, kan bl. a. forklares med, at idømmelse af slige beløb delvist er pønalt begrundet.

U 1933.215 H drejede sig om følgende tilfælde: Ved lov nr. 166 af 4. juli 1927 § 7 pålagdes det motorvogne til omnibus- og fragtmandskørsel halvårsvis forud at betale en afgift fastsat efter ministeren for offentlige arbejders skøn til afholdelse af udgifterne i to år til et udvalg om rutebilkørslen. Efter at det havde vist sig, at der blev et restbeløb tilovers, søgte rutebilejerne at tilbagesøge dette, hvilket dog nægtedes med følgende begrundelse af Landsretten: »Talen er ikke om private penge; restbeløbet tilhører ikke rutebilejerne; det var på forhånd givet, at der måtte blive et overskud. Hele loven tyder på, at afgiften er af offentligretlig karakter Når afgiften er blevet betalt, må

vedkommende være klar over, at der ikke er ret til nogen tilbagebetaling. Ministeren har administreret de indkomne afgiftsbeløb således, at der blev et overskud; det ville være ganske i strid med ministerens forfatningsmæssige stilling og ansvar, om han skulle stå den afgiftspligtige til regnskab for sin administration Domstolene kan afgøre, om der har været hjemmel til opkrævningen, men ikke, om beløbet er anvendt på rette måde.....« Højesteret stadfæstede dommen, men lagde yderligere vægt på, at tilbagebetalingen heller ikke var hjemlet i den nævnte lov. Denne udtalelse må dog naturligvis ikke forstås derhen, at der i almindelighed skal være hjemmel for tilbagesøgningskravet i den lov, som normerer betalingspligten. Iøvrigt er dommens resultat utvivlsomt rigtigt. Som det fremgår af dommen, ville tilbagesøgningskravets nærmere beregning og fordeling mellem afgiftsyderne tillige have stødt på store praktiske vanskeligheder. Om et lignende tilfælde se U 1922.861 H.

Tilfældet i U 1940.546 minder lidt om de foregående domme. Med hjemmel i lov nr. 288 af 2. sept. 1939 blev der grundet på krigens udbrud truffet en midlertidig begrænsning i adgangen til at benytte motorkøretøjer. I den anledning søgte motorejere forholdsmæssig at tilbagesøge en del af den betalte motorafgift. Dette nægtedes, idet »betaling af motorafgiften — selvom motiveringen for at pålægge afgiften har været at fremskaffe beløb til anlæg og vedligeholdelse af veje — ikke på en sådan måde er knyttet til brugen af det enkelte motorkøretøj, at en under ekstraordinære forhold af hensyn til almenvellet truffet midlertidig begrænsning i adgangen til at benytte motorkøretøjer kan give ejerne af sådanne en ret til afgiftens forholdsvise tilbagebetaling, hvortil der ikke er hjemmel i lovbkg. nr. 123 af 23. marts 1932, særlig ikke dens § 4 stk. 5.« Denne doms rigtighed kan måske omtvistes, men den er vel formentlig rigtig. Dog er det sikkert også her uholdbart at tillægge udtalelsen om den manglende hjemmel afgørende betydning. Den er utvivlsomt kun anført ex tuto.

Består den fejlagtige erlæggelse blot i, at der af en fejltagelse er blevet erlagt før *forfaldstiden*, er tilbagesøgning udelukket i h. t. B. G. B. § 813, stk. 2. Både *Lassen* (*Speciel* 880) og *Ussing* (*Enkelte Kontrakter* 439) er modstandere af denne regel, cfr. derimod *Vinding Kruse* 274. Spørgsmålet er næppe af større prak-

tisk betydning; såvidt ses, har ingen dansk dom beskæftiget sig hermed, og som oftest vil tilbagesøgningskravet i slige tilfælde være udelukket allerede som følge af de ovenanførte grunde, navnlig den under 2 nævnte. Men skulle spørgsmålet blive aktuelt, må afgørelsen formentlig træffes ud fra et skøn over, hvor stærk yderens interesse er i at erholde ydelsen tilbage. Er tidsintervallet forholdsvist kort, må tilbagesøgning derfor normalt udelukkes. Noget lignende må formentlig også gælde den af Lassen l. c. opstillede sætning, at tilbagesøgning er udelukket, når yderen skyldte ydelsen i h. t. en anden skyldgrund. Modregningsretten vil iøvrigt her som oftest betage tilbagesøgningskravet enhver praktisk værdi.

C. Om ond tro og forbehold.

Selvom tilbagesøgning i og for sig er udelukket efter de foran udviklede regler, kan kravet dog alligevel gennemføres, hvis modtageren var i ond tro, eller hvis yderen har taget et gyldigt forbehold.

a. »*Onnd tro*« må i denne forbindelse ikke tages i dette begrebs sædvanlige vide forstand, som omfattende ikke blot positiv viden, men også enhver uægtssom ikke-viden. Som flere gange anført i det foregående kan man ikke i almindelighed — og domstolene synes heller ikke tilbøjelige dertil — »strække« ond-tros-begrebet så vidt ved *condictio indebiti*. Begrebet er her et elastisk begreb, som vil variere en del fra tilfældegruppe til tilfældegruppe.

Det omfatter naturligvis normalt den *positive viden* om skyldens ikke-eksistens, se eksempelvis U 1931.821. Men undertiden vil tilbagesøgningsretten end ikke her blive afskåret. Drejer det sig således om tilfælde, hvor en tjenestemand har fået for meget udbetalt i h. t. en vildfarelse om et tvivlsomt retsspørgsmål, må tilbagesøgning være udelukket, selvom vedkommende tjenestemand grundet på sin større juridiske indsigt har indset vildfarelsen, jfr. *Poul Andersen Forvaltningsret* 202.

Onnd tro må som oftest også omfatte *grovere former* for uægtssom ikke-viden, se t. eks. U 1913.855: »at der var en grov fejl i den ham først tilsendte afregning, kunne han *lettelig have set* (udh. af mig), nemlig ved rent løselig, blot på grundlag af de ham forlængst meddelte analysetal at udregne procen-

ten for det af ham leverede parti«, se også U 1945.348 og 1941.400.

Derimod bør ond tro kun undtagelsesvis omfatte simpel uagtsomhed, jfr. udviklingen foran ved 5. Ofte vil sagen iøvrigt stille sig således, at der foreligger uagtsomhed på begge sider, jfr. den ovennævnte dom i U 1913.855. Afgørelsen må i så fald træffes ud fra en afvejelse af, hvem af parterne — yderen eller modtageren — som må siges at have udvist »størst« uagtsomhed, hvorved der må tages hensyn til hvem af dem, som har haft mest anledning til og bedste muligheder for at opdage vildfarelsen, se foran s. 273 f. og *Ussing Enkelte Kontrakter* 435. I slige tilfælde burde der åbnes mulighed for at foretage *en fordeling efter »skyldgraden«* på lignende måde som i erstatningsretten ved gensidig skadeforvoldelse eller skadelidendes medvirken, således at tilbagesøgningskravet nedsættes i forhold til graden af udvist fejl henholdsvis hos yder og modtager. Såvidt ses, har ingen dansk dom dog været inde på denne tanke, men legislativt er princippet formentlig anbefalelsesværdigt.

b. Spørgsmålet om »*betaling under forbehold, protest el. lign.*« er næppe så ligetil, som man tilsyneladende skulle tro. Umiddelbart betragtet, ligger det nær at antage, at ethvert klart og udtrykkeligt (e. o. stiltiende) forbehold om kun at betale under forudsætning af skyldens eksistens eller rigtige størrelse altid må bevare tilbagesøgningsretten. Også talrige af de fornævnte domme synes at forudsætte dette, idet de ved nægtelse af tilbagesøgningskrav har fremhævet, at yderen ikke har taget forbehold. Det er imidlertid et stort spørgsmål, om en sådan retstilstand, hvorved yderen tillægges en almindelig ret til kun at yde under et sligt forbehold, er anbefalelsesværdig. Ti herved vil usikkerhedsmomentet for modtageren m. h. t. betalingens endelighed utvivlsomt blive urimeligt forøget. Drejer det sig f. eks. om en tvivl m. h. t. et vanskeligt retsspørgsmål, må det sikkert anses for urimeligt, om yderen ved at tage forbehold skulle kunne bevare sit tilbagesøgningskrav i indtil 5 år efter erlæggelsen.³²⁾ Det anførte tilfælde viser også, at et forbehold ikke uden videre

³²⁾ I engelsk ret antages et simpelt forbehold heller ikke at være tilstrækkeligt til at bevare tilbagesøgningsretten, jfr. t. eks. afgørelsen i *William Whiteley, Ltd. v. The King*, ref. ovenf. s. 240.

kan antages at bringe modtageren i ond tro. Idetheletaget kan man ikke i almindelighed godkende den betragtning, at modtageren kommer i ond tro ved at der tages forbehold. Han bliver ganske vist herigennem gjort opmærksom på spørgsmålets tvivlsomhed, men han vil alligevel kun undtagelsesvis komme i ond tro. Det forhold, at yderen kun ønsker at erlægge under forbehold, indicerer, at han er opmærksom på spørgsmålets tvivlsomhed, og man må derfor, for at undgå retsuvidhed, snarere forlange, at han uden unødigt ophold søger spørgsmålet prøvet hos de kompetente myndigheder. Ofte vil den naturligste fremgangsmåde simpelthen være den, at nægte at erlægge ydelsen og afvente modpartens processkridt. Der ligger derfor en rigtig tanke bag, når man (*Arnholm* 202, se ovenf. s. 206) har været inde på, kun at anerkende forbehold, når modtageren tør antages at være gået ind herpå. Men en sådan regel vil dog sikkert være for snæver, ti man overser herved, at yderen ikke sjældent vil se sine interesser bedst varetaget ved at erlægge under protest, nemlig for at slippe for at betale morarenter eller anden erstatning for misligholdelse, såfremt dommen måtte gå ham imod. Denne udvej bør formentlig stå ham åben i et vist omfang, men det må sikkert til gengæld forlanges, at han uden tøven foretager skridt til at få spørgsmålet prøvet, jfr. også *Illum* i U 1939 B. 50.

Disse betragtninger medfører således, at ikke ethvert forbehold bør være tilstrækkeligt til at bevare tilbagesøgningsretten. Dette antydes også ovenfor ved at anvende udtrykket »gyldigt« forbehold.

Et sådant gyldigt forbehold foreligger naturligvis først og fremmest, når modtageren udtrykkeligt er gået ind på at anerkende det, f. eks. ved at give skadesløs kvittering, jfr. U 1900.178, eller når der foreligger andre klare holdepunkter, som antagelig gør, at modtageren har anerkendt det. Men selv i slige tilfælde må det sikkert forlanges, at yderen ikke tøver for længe med at få spørgsmålet prøvet. Undlader han dette, må modtageren være beføjet til at fortolke hans adfærd som en opgivelse af indsigelsen; forøvrigt vil allerede passivitetsprincippet normalt føre til det samme resultat.

Udenfor de tilfælde, hvor modtageren må antages at have anerkendt forbeholdet, er spørgsmålet om dets gyldighed, som anført, tvivlsomt. De ovenfor udviklede hovedbetragtninger, som kan an-

føres imod at anerkende et almindeligt forbeholds gyldighed, gik i korthed ud på følgende: 1) det er urimeligt, at yderen ved at tage forbehold skal kunne bevare tilbagesøgningsretten gennem længere tid, og 2) dette er så meget mere urimeligt, fordi han netop ved at tage forbehold, har anerkendt spørgsmålets tvivlsomhed. Disse indvendinger mister dog deres betydning, hvis yderen umiddelbart efter erlæggelsen rejser tilbagesøgningskravet; og da yderen efter det anførte på den anden side ofte vil se sine interesser bedst varetaget ved at erlægge med forbehold, ligesom forbeholdet ihvertfald foreløbigt forhindrer modtageren i at betragte erlæggelsen som endelig eller som værende uafhængig af, om yderen er retskraftig forpligtet (undtagelserne anført ovenf. under 1—6 bliver således »midlertidigt« suspenderet), vil det formentlig være en akceptabel løsning at anerkende forbeholdets gyldighed i følgende begrænsede form: *Et forbehold om tilbagesøgning er — bortset fra særlig aftale — kun virksomt, såfremt det fremsættes senest samtidig med erlæggelsen og yderen derhos uden ugrundet ophold foretager retslige skridt til ydelsens tilbagesøgning.* Dansk domspraksis ses ikke på afgørende vis at stride mod den opstillede regel. U 1896.1100 er i denne forbindelse ganske interessant, idet tilbagesøgningsretten ansås for at være bevaret, idet yderen *samtidig* med betalingen udtog forligsklage, hvilket fortolkedes som et »behørigt forbehold«.

Et forbehold må efter sin natur anses for at være et påbud, og dermed undergivet de almindelige regler om påbud, hvorom der kan henvises til *Ussing Aftaler* 400 ff.

c. *Bevisbyrden for, at ydelsen var indebitum, må ordentligvis påhvile yderen*, jfr. U 1926.662 H: T, der havde oppebåret et beløb hos S, som denne skyldte K, fandtes ikke pligtig at tilbagebetale S beløbet, fordi K efter flere års forløb erklærede, *at han ikke med bestemthed kunne huske*, om han havde givet T tilladelse til at hæve beløbet, hvorfor der *måtte gås ud fra*, at T havde været bemyndiget hertil (udh. af mig). Bevistvivl kommer altså tilbagesøgeren til skade, hvilket igen vil sige, at han har bevisbyrden, jfr. *Hurwitz: Tvistemål* 140. Se endvidere U 1927.12 H, 1917.274 og 1888.365 H. Derimod må modtageren have bevisbyrden for, at tilbagesøgningsretten er udelukket i henhold til de ovennævnte eller andre grunde, se hertil også *Ussing Enkelte*

Kontrakter 446 og *Lassen Speciel* 888. Har yderen taget forbehold, som er gyldigt efter den ovenfor forsvarede regel, må modtageren principielt også have bevisbyrden for skyldens eksistens og omfang.

Slutteligt skal det bemærkes, at spørgsmålet, om i hvilket omfang *efterkrav* kan gøres gældende, i princippet ikke falder ind under det foreliggende emne om *condictio indebiti*, men da det dog frembyder adskillige lighedspunkter hermed, må det som følge heraf i ikke ringe grad løses ud fra lignende synspunkter, jfr. *Ussing Obligationsret* 367 ff.

IV. *Tilbagesøgningskravets omfang og beskyttelse.*

A. *Kravets omfang.*

Som det vil erindres, henregner de romanistiske retsforfatninger *condictio indebiti* til området for berigelsesgrundsætningen. Men som det formentlig er fremgået af den foregående udvikling, er der ikke megen hjælp at hente hos berigelsesgrundsætningen, når man vil nå frem til opstilling af synspunkter til afgørelse af spørgsmålet om tilbagesøgningskravets nægtelse (eller godkendelse) i det enkelte tilfælde. Begrebet »den ugrundede berigelse« kan selvsagt ikke give nogen vejledning ved dette spørgsmåls besvarelse. Som begrundelse for selve det forsvarede udgangspunkt om en almindelig tilbagefordringsret, er berigelsesgrundsætningen ganske vist mindre kunstig end engelsk rets »quasikontraktsteori« og sikkert at foretrække for *Lassens* »forudsætnings synspunkt«, som må anses for temmelig farligt, idet det, som anført, fører til en alt for vid tilbagesøgningsret. Men om grundsætningen har noget fortrin som begrundelse for tilbagesøgningskravet fremfor andre almindelige retfærdighedsbetragtninger får vel stå hen. Det er således bemærkelsesværdigt, at *Ussing*, som dog går ind for en almindelig berigelsesgrundsætning, ikke finder anledning til at anvende den i denne forbindelse. *Lassen* (*Speciel* 883) anførte også her en morsom indvending mod at lade berigelsen være en afgørende betingelse for kravet, idet han gjorde opmærksom på, at tilbagesøgning i så fald ville være udelukket, f. eks. for en person, som var blevet opkrævet en for

stor ligningsskat, fordi så meget mindre skat ville være pålignet de andre skattepligtige med det resultat, at ingen berigelse var opstået hos ligningsmyndigheden.

Spørgsmålet bliver imidlertid, om man dog ikke i hovedsagen bør indskrænke kravet til den opståede berigelse. I den foregående udvikling, navnlig s. 213 ff. og s. 262 ff., er der givet en kritik af en slig regel og redegjort for de praktiske vanskeligheder, den vil afføde, hvilket det turde være overflødigt at gentage her. I det følgende skal der derfor kun anføres nogle resultater.

a. Bestod ydelsen i *penge eller andre fungible ting*, må tilgæssøgningskravet principielt være uafhængigt af ydelsens senere skæbne, jfr. *Ussing Enkeltte Kontrakter* 444. De lege ferenda burde man måske gøre undtagelse, når modtageren har været i god tro og derhos har holdt ydelsen afsondret fra sin øvrige formue, såfremt han kan bevise, at ydelsen er gået tabt uden hans skyld. Måske burde man også gøre undtagelse, hvor vildfarelsen overvejende må lægges yderen til last, og modtageren i god tro har forbrugt ydelsen (d. v. s. opspist den — erhvervelse af andre formueværdier for den kan ikke være tilstrækkeligt), jfr. herved *Ussing* l. c. En slig regel vil dog som anført ovenfor indebære flere bevismæssige betæneligheder, og dansk praksis har ikke været tilbøjelig til at anerkende den, jfr. navnlig U 1945.898; *Arnholm*, som er tilhænger af denne regel, begrunder den (221 jfr. 235), om jeg har forstået ham ret, ved hjælp af den »negative kontraktsinteresse«. Dette er forsåvidt konsekvent ud fra hans grundsyn om »opfyldelseshandlingens ugyldighed«. Det er dog et spørgsmål, om synspunktet »negativ kontraktsinteresse« nødvendigtvis må føre til en begrænsning af kravet til berigelsen. Men hvad man nu end vil mene herom, så borttager synsmåden dog på ingen måde de bevismæssige betæneligheder, man må nære overfor en slig regel.

b. Bestod ydelsen i *andre ting end penge o. lign.*, må kravet, så længe ydelsen *befinder sig intakt* hos modtageren, være et udleveringskrav, jfr. *Lassen* l. c. Yderen kan ikke antages at have nogen ret til at kræve erstatning for værdien istedetfor, men modtageren må sædvanligvis kunne fri sig for ethvert krav blot ved at udlevere tingen. I overensstemmelse med dansk rets almindelige tradition, jfr. herved D L 5—5—4, må modtageren dog være

ansvarsfri for *frugter* (renter, hvis det drejer sig om penge), som han har oppebåret i besiddelsestiden, jfr. herved U 1923.803 H og 1929.841, medmindre det drejer sig om tilbagebetaling af skatter, se statsskattel. (1922) § 38, eller modtageren har været i ond tro m. h. t., at ydelsen var indebitum; i så fald må han også være ansvarlig for *afsvavn*; ond tro bør vistnok her kun omfatte den positive viden (uredeligt forhold), jfr. *Ussing Erstatningsret* 66, *Lassen* l. c. 885, *Vinding Kruse E R I* 766 og *Torp Tingsret* 230, jfr. nu også lov om borteblevne § 18, stk. 3, jfr. § 22. Forøvrigt burde man formentlig i overensstemmelse med den sidstnævnte bestemmelse forstå reglen derhen, at den omfatter alle frugter, som er forfaldne før kravets rejsning (men kun sådanne), uanset om de er oppebårne eller ej. Endelig må modtageren være ansvarsfri for værdiforringelse på grund af *ælde* og sædvanligt *slid* på genstanden.

Har modtageren *afhændet* ydelsen, er meningerne delte i dansk ret. Medens således *Lassen* (*Speciel* 885) antog, at kravet gik ud på tingens værdi, er *Ussing* (*Enkelt Kontrakter* 445) og *Cohn* (236) af den formening, at kravet er indskrænket til, hvad der er indvundet ved afhændelsen (altså berigelsen). Hertil er at bemærke, at normalt vil afhændelsessummen være lig med værdien — man tør ihvertfald opstille en sådan formodning — hvorved det praktiske resultat af henholdsvis *Lassens* og *Ussings* anskuelse som regel vil blive det samme. Er dette undtagelsesvis ikke tilfældet, må dette enten skyldes, at modtageren er en dårlig forretningsmand, eller at hans disposition delvis har været donatorisk; i begge fald synes det, at det må være en yderen uvedkommende sag.

Hvad den sidste mulighed angår, fører berigelsesgrundsætningen ganske vist til, at yderen e. o. kan dække sig ved at rejse et berigelsesøgsmål mod erhververen, men en slig ordning er formentlig temmelig upraktisk og urimelig overfor yderen, som herved tvinges til at anlægge to selvstændige søgsmål; om nogen subjektiv kumulation vil der sjældent blive tale, idet normalt først udfaldet af søgsmålet mod modtageren vil vise, om der bliver nødvendighed for det andet. Af bevistekniske grunde vil det mest praktiske udgangspunkt formentlig være: principielt at lægge afståelsesprisen til grund (det »gennemsnitligt rigtige«), men samtidig give tilbagesøgeren (henholdsvis modtageren) ad-

gang til at bevise, at værdien i handel og vandel var højere (henholdsvis lavere); en ordning, som i hovedsagen stemmer med reglerne i lov om borteblevne § 18 stk. 2 pkt. 1, jfr. *Borum* 183. De for genstanden indvundne pengemidlers skæbne må være uden indflydelse på kravet, jfr. ovenf. s. 293.

Har modtageren *forbrugt* ydelsen, bør man sikkert ligeledes af bevismæssige grunde udforme *condictio indebiti*-kravet som et værdikrav. I realiteten vil der forøvrigt kun undtagelsesvis komme en forskel frem mellem dette krav og et berigelseskrav, idet berigelsen her normalt må fastsættes lig værdien, men selv i de tilfælde, hvor der bliver en forskel, vil den være vanskelig at bevise. Domspraksis ses ikke at have taget stilling til spørgsmålet.

Er tingen blevet *ombyttet* med en anden individuel bestemt ting, er det sikkert også det bedste her at udforme kravet som et værdikrav. Om kravet bør gøres afhængigt af den nye tings skæbne, er vanskeligt at besvare. Er den nye ting mere udsat for fare end den oprindelige, synes det ubilligt, at yderen må bære denne forøgede risiko. Er dette derimod ikke tilfældet, bør kravet formentlig fortages, hvis genstanden går hændeligt til grunde. I det første tilfælde — risikoforøgelse — burde man måske, for at være helt retfærdig, foretage en fordeling af risikoen og kun give yderen en mindre godtgørelse fremfor det fulde værdikrav.

Er tingen helt eller delvist *gået til grunde uden modtagerens skyld*, må dennes ansvar billigvis nedsættes eller bortfalde i forhold hertil; herom hersker der almindelig enighed, jfr. Lassen og Ussing anf. st.

Ussing udtaler sig ikke om, hvorledes der bør forholdes, hvis tingens undergang eller forringelse *skyldes modtagerens forsætlige eller uagtsomme handlinger* (eller handlinger fra en persons side, for hvem modtageren er ansvarlig — D L 3—19—2), hvorimod Lassen vistnok (se anf. værk 836) var af den formening, at modtageren hæftede for tingens værdi. Spørgsmålet ses ikke at have været prøvet ved domstolene og er iøvrigt tvivlsomt. Fra reglen i myndighedsl. § 44 stk. 1, hvorefter den umyndige normalt må antages at være ansvarsfri for uproduktiv tilintetgørelse af den erhvervede ting, forudsat at kontrakten gik ud på at give ham en fuldstændig ejendomsret, jfr. herved *Borum* 76, kan der næppe sluttes noget om stillingen i almindelighed. Myndighedsl. er en beskyttelseslov for inhabile personer, og myndige

personers ansvar bør som regel være videregående. Der kan dog heller intet sluttes af, at den myndige i § 44 også hæfter for den hændelige undergang af den umyndiges ydelse. Men da modtageren af indebiti-ydelser sædvanligvis med føje går ud fra, at han har erhvervet ejendomsret til tingen, synes det urimeligt at lade ham hæfte for al uagtsomhed. I slige tilfælde burde han formentlig kun hæfte for forsæt og grov uagtsomhed, men ikke for simpel. At tilbagesøgeren iøvrigt må have krav på tingens surrogater (forsikringssum, erstatningsbeløb m. v.) siger sig selv; dog må modtageren have ret til refusion af sine udgifter i den anledning, som f. eks. betalte forsikringspræmier, procesomkostninger etc.

c. Bestod ydelsen i en *arbejdspræstation el. lign., som efter sin natur ikke kan gives tilbage*, ville Lassen l. c. 888 kun indrømme yderen en uskadelig borttagelsesret, forudsat at modtageren var i god tro, jfr. i lignende retning Ussing l. c. 445. Dette resultat kan dog formentlig kun anerkendes i de tilfælde, hvor præstationen er udført, uden at modtageren har været vidende om det, som f. eks. hvor A, der er blevet anmodet af B om at reparere dennes hus, af en (undskyldelig) fejltagelse reparerer C.s hus. Således forholdt det sig i U 1907.987 H, der nægtede A erstatning for gadefejning. Hvis derimod arbejdet er blevet udført med modtagerens vidende, men hvor det bagefter viser sig, at det ikke skyldtes, må tilbagesøgeren sikkert have krav på værdien, idet man her tør gå ud fra, at arbejdets udførelse var i overensstemmelse med modtagerens ønsker. I det førstnævnte tilfælde, hvor præstationen er udført modtageren uafvidende, bør yderen formentlig også have krav på værdien, hvis han kan godtgøre, at modtageren under alle omstændigheder ville have ladet arbejdet udføre, jfr. tildels Højesterets præmisser til dommen i U 1940. 684 (som ganske vist drejede sig om et noget andet tilfælde): »..... tilført ejendommen en af Ladegård (ejerens) ønsket forbedring«.

Hvad angår forbrug, afhændelse, undergang o. s. v. af den ved arbejdspræstationen opnåede værdi, må der i hovedsagen gælde de samme regler, som er fremstillet ovenf. ved b.

B. Tilbagesøgningskravets beskyttelse.

a. Overfor modtagerens kreditorer.

1. Bestod ydelsen i *penge el. lign.*, som er blevet blandet med modtagerens øvrige formue, følger det af de almindelige regler, at tilbagesøgningskravet må konkurrere på lige fod med modtagerens øvrige kreditorer. Det samme må gælde om alle pengekrav, der træder istedetfor udleveringskravet på en ting, som ikke længere befinder sig hos modtageren, altså de krav som er fremstillet ovenf. s. 294 f.; samt pengekrav i anledning af arbejdsydelse m. v., som efter deres natur ikke kan tilbagegives, jfr. herved ovenf. s. 296.

2. Går kravet ud på udlevering af en *individuel ting* (herunder også penge, som modtageren har holdt adskilt fra sine øvrige pengemidler), må tilbagesøgeren formentlig være separatist i modtagerens konkursbo, jfr. *Lassen Speciel* 884, *Arnholm* 220, *Illum* i U 1939 B. 50 og *Ussing*, omend med tvivl, i *Enkelt Kontrakter* 444. Dog må der gives *Ussing* ret, når han hævder, at separatistretten ikke her er så indlysende som i de sædvanlige tilfælde af separatistrettigheder, idet modtageren såvel som hans omgivelser i reglen har haft føje til at gå ud fra, at han har erhvervet ejendomsret til ydelsen. På den anden side kan det vel siges, at nægtelse af separatistret giver konkurskreditorerne en temmelig ubegrundet fordel, jfr. *Lassen* l. c. Separatistretten er ialtfald i god overensstemmelse med dansk rets tradition.

b. Overfor godtroende omsætningserhververe.

Overvejende grunde taler for at nægte tilbagesøgeren vindikation overfor godtroende erhververe, når de har fået ydelsen i hænde. Ved pengeydelse følger det af sig selv. Ved andre ydelser vil ekstinktion undertiden følge af specielle regler, f. eks. gældsbrævs. § 14 eller tinglysningsl. § 28. Men også i de almindelige tilfælde må det sikkert antages, at der bør indtræde ekstinktion. Ti for det første skaber erlæggelsen normalt en legitimation, som man ikke bør skuffe erhververen i at stole på, og iøvrigt minder »*condictio indebiti*» meget om de sædvanlige svage indsigelser, navnlig den i aftalel. § 32 stk. 1 omhandlede. Endelig er hensynet til tilbagesøgeren normalt heller ikke særlig betydningsfuldt, da han selv ofte kan behøjdes den fejlagtige erlæg-

gelse, se hertil *Arnholm* 221. Den almindelige opfattelse går også ind for ekstinktion, jfr. *Lassen, Ussing, Illum* og *Arnholm* anf. st. Dette må antages at gælde, selvom indebitf-situationen skyldes modtagerens umyndighed, jfr. U 1908.101.

Hvis man anerkender berigelsesgrundsætningen, vil det eventuelle vindikationskrav mod omsætningserhververe som oftest udelukkes allerede som følge af, at der ikke er opstået nogen berigelse. Er overdragelsen imidlertid af hel eller delvis donatorisk karakter, giver berigelsesgrundsætningen et krav svarende hertil. Det skal indrømmes, at der kan være rimelighed i at give tilbagesøgeren et sådant krav, navnlig hvis modtageren er blevet insolvent. Men alligevel tror jeg alt velovervejeth, at man bør gå ind for den ovenanførte generelle regel, som altid afskærer vindikationskravet, fordi spørgsmålet, om der helt og navnlig delvist foreligger en gave, som regel stiller sig bevismæssigt usikkert. Er overdragelsen endvidere kun delvis donatorisk, må synspunktet konsekvent føre til, at gavemodtageren enten må kunne kræve sit delvise vederlag refunderet af tilbagesøgeren, altså en slags løsen, eller nøjes med som erstatning at betale tilbagesøgeren forskellen mellem tingens værdi og det erlagte vederlag, men slige ordninger står vist dansk ret temmelig fjernt og er næppe synderlig praktiske. Men dertil kommer yderligere, at mange gaver, ja vel de fleste, kun dårligt fortjener deres navn. Som regel er motivet for en gave kun at opnå en eller anden skjult fordel, som f. eks. hædrende omtale, fordelagtige forbindelser eller velvilje hos personer, man kan have fordel af etc., men som man af anstændighedsgrunde ikke tør give form af en egentlig gensidigt bebyrdende retshandel. Da det nu må siges at ligge under rettens værdighed at beskæftige sig med den slags skjulte vederlagsbebringninger, men da de samtidig må erkendes som en realitet, synes det at være den reneste linje helt at frakende sondringen mellem gaver og vederlagte ydelser relevans i denne forbindelse.

Kapitel 9

OM INDFRIELSE AF ANDRES FORPLIGTELSE

I. *Almindelige bemærkninger.*

Da spørgsmålet om indfrielse af andres forpligtelser uden anmodning i visse henseender knytter sig til *condictio indebiti*, har jeg valgt at behandle det i umiddelbar fortsættelse heraf.

De *forskellige landes* ret udviser temmelig store forskelligheder ved behandlingen af dette emne. I store træk kan man dog sige, at medens engelsk-amerikansk ret viser stor tilbageholdenhed med at indrømme indfrieren regresret mod skyldneren, idet der som hovedregel kun anerkendes et krav, hvis indfrieren har befundet sig i en tvangssituation, jfr. *Cheshire-Fifoot* 415, indrømmer de romanistiske retssystemer i vidt omfang indfrieren et krav, som regel udledt af berigelsesgrundsætningen; der kan henvises til Code civil art. 1251, B. G. B. §§ 267—68 og O. R. art. 110 samt litteraturhenvisningerne hos *Ussing* i U 1937 B. 108 note 4. Fremmed ret kan derfor næppe grundet på de mange forskelligheder yde nogen større vejledning for udformningen af dansk eller nordisk ret idetheletaget, og man må derfor henholde sig til domspraksis og forholdets natur.

Domspraksis er iøvrigt ikke synderlig righoldig på dette område, og man kan måske heraf slutte, at spørgsmålet ikke har større praktisk betydning, men forholdet skyldes vel tillige, at man i de praktiske livsforhold kun sjældent vil bestride indfrierens krav. Det vil formentlig være hensigtsmæssigt at sondre mellem indfrielse af ensidige forpligtelser (navnlig pengeforpligtelser) på den ene side og på den anden side indfrielse af forpligtelser i gensidigt bebyrdende retsforhold. Forøvrigt bør man som anført ovenf. i kap. 6, s. 140 f., formentlig også sondre mellem de tilfælde, hvor indfrielsen er sket med vidende om, at det drejer sig om en andens forpligtelse, og de tilfælde, hvor ind-

frieren fejlagtigt tror, at forpligtelsen påhviler ham. Sidstnævnte tilfælde danner emnets særlige parallel til *condictio indebiti*.

II. *Indfrielse af ensidige forpligtelser.*

A. *Med viden herom.*

Som det vil erindres fra kap. 4, opstillede *Jul. Lassen* (*Alm.* 312 ff.) i forbindelse med sin udvikling af uskadighedskravet den sætning, at den, der indfrier en andens (transportable) forpligtelse, erholder et til det indfrieede svarende krav mod den befriede, dog således at skyldneren overfor indfrieren bevarer de samme indsigelser og overfor ham kan fremsætte de samme modkrav, som tilkom ham overfor den oprindelige fordringshaver. Modregningsretten er således noget videregående her end ved en egentlig transport, jfr. nu gbl. §§ 18 og 28. Den opstillede sætning er tilsyneladende i god overensstemmelse med Lassens uskadighedskrav, idet det synes at måtte være skyldneren underordnet, hvem han har forpligtelsen overfor; han stilles m. a. o. ikke ringere hverken kvantitativt eller kvalitativt ved transaktionen. Men dette er dog også kun tilsyneladende. I virkeligheden vil skyldneren ofte — rent faktisk — blive stillet dårligere. Indfrieren opsiger måske gælden tidligere, end den oprindelige fordringshaver ville have gjort, eller han optræder måske idetheletaget hårdere end den oprindelige fordringshaver; måske er indfrielsen ligefrem motiveret af chikanehensigt, jfr. *Ussings* kritik i U 1937 B. 109, til hvis grundige fremstilling af emnet der må henvises; se også *Ussing Erstatningsret* 224 ff. Det udviklede rammes ikke af den indvending, at indfrieren istedetfor kunne have forlangt transport på fordringen, idet fordringshaveren ofte ikke vil være tilbøjelig til dette, men derimod nok til at modtage ydelsen som en indfrielse. Lassens anskuelse stod formentlig i en vis forbindelse med, at han (jfr. *Alm.* 715) antog, at en tredjemands lovlige realtilbud afstedkom fordringshavermora. Der er imidlertid ingen nødvendighed for at antage dette i almindelighed, jfr. *Ussing Obligationsret* 214.

Som anført i kap. 6, s. 141 er det nærliggende at anlægge et *negotiorum gestio*-synspunkt på spørgsmålet og i konsekvens heraf kun indrømme et dækningskrav, hvis indfrielsen var nødvendig for at undgå, at skyldneren led tab, fordi han f. eks.

ville blive idømt morarenter, og skyldneren derhos selv var forhindret i at varetage sine interesser. Dette synspunkt vil vel i det væsentlige dække den af *Ussing* l. c. opstillede hovedsætning, at indfrieren bør indrømmes et dækningskrav, når den indfriele fordring var forfalden, og forpligtelsen udsprang af et forretningsmæssigt mellemværende, hvor det ikke er almindeligt, at en fordringshaver tillader skyldneren at vente med at betale forfalden gæld, og skyldneren heller ikke havde særlige grunde til at vente hensyntagen. Men selv i de tilfælde, hvor sætningen fører til videregående resultater end et negotiorum gestio-synspunkt, må den utvivlsomt alligevel godkendes. Sætningen må iøvrigt siges at dække de særligt klare tilfælde, hvor indfrieren enten *selv er forpligtet* til at betale, f. eks. som kautionist, eller hvor han selv ville lide et positivt *tab*, hvis han ikke betalte, f. eks. som panthaver, jfr. iøvrigt her D L 5—7—14 om panthaverens udløsningsret.

Spørgsmålet er imidlertid, om man ikke bør gå noget videre og indrømme indfrieren dækningskrav i et lidt større omfang. Ti uanset om man hylder berigelsesgrundsætningen eller ej, synes det at være den rimeligste ordning at indrømme indfrieren et krav overalt, hvor hensynet til skyldneren ikke i særlig grad taler imod det. På baggrund heraf kunne man formentlig opstille den sætning, at dækningskrav bør indrømmes i de tilfælde, *hvor domstolene finder, at dækningskravet ikke vil stille skyldneren dårligere, end hvis han havde beholdt den oprindelige fordringshaver*. *Vinding Kruse* (6-1-3, s. 160) opstiller en noget snævrere regel. For at tilgodese hensynet til skyldneren fuldt ud, må man dog utvivlsomt yderligere opstille den regel, at indfrieren har bevisbyrden for, at skyldneren ikke er blevet stillet dårligere; bevistvivl bør således komme indfrieren til skade. Dog bør dette næppe gælde, hvor indfrieren kan godtgøre, at indfrielsen udelukkende skete i skyldnerens interesse f. eks. som en vennetjeneste el. lign. Formentlig bør man også gøre undtagelse fra bevisreglen i de tilfælde, hvor indfrieren selv har en interesse i indfrielsen bortset fra at erhverve selve fordringen, som f. eks. for at få frigjort et af ham stillet depositum, jfr. tilfældet i U 1935. 296 H. Men fremgår det af omstændighederne, at indfrielsen samtidig vil forringe skyldnerens stilling, kan det ikke antages, at indfrieren uden videre må indrømmes et dækningskrav, jfr. her-

ved Ussing l. c. ved note 17; men der bør i så fald foretages en afvejelse af de to interesser: skyldnerens og indfrierens; U 1945.597 kan formentlig nævnes som eksempel. Hvad angår domspraksis, kan denne næppe siges at være til hinder for den hævede opfattelse, selvom den er noget videregående end *Ussings* anskuelse. Ældre praksis var ganske vist tilbøjelig til at nægte dækningskrav i almindelighed, se t. eks. U 1882.937, jfr. Ussing l. c. note 22; men nyere praksis har svinget betydeligt, se navnlig U 1935.296 H og 1945.597.

Spørgsmålet bliver herefter, hvilken retstilstand der bør gennemføres *udenfor de tilfælde*, hvor man efter det anførte kan indrømme indfrieren et dækningskrav. Det må for det første sikkert antages, at fordringshaveren må få ret til at beholde det erlagte, ti en modsat regel, hvorefter modtageren senere, f. eks. når det havde vist sig, at indfrieren ikke kunne gennemføre noget krav mod skyldneren, måtte tilbagebetale det erlagte, ville ofte bringe denne i en mislig situation; måske er fordringen til den tid forældet eller uerholdelig af andre grunde, se hertil *Ussing Enkelt Kontrakter* 442 og U 1873.646, og ofte vil modtageren også i tillid til erlæggelsens endelighed have tilintetgjort sine bevisligheder. Antages dette, må skyldneren som følge heraf være blevet frigjort ved erlæggelsen. Skyldneren opnår herved en ren gevinst på indfrierens bekostning. Det var sikkert det stødende heri, som fik Lassen til at gå ind for sin vide sætning. I virkeligheden er resultatet ikke så urimeligt, som det tilsyneladende ser ud til. Ti for det første vil nægtelse af dækningskravet, forudsat man godkender det foran udviklede, kun høre til undtagelsen og iøvrigt kun omfatte de tilfælde, hvor hensynet til indfrieren er mindst; men dertil kommer yderligere, at indfrieren kan undgå tabet, idet ingen afgørende grunde tvinger ham til at indfri, sml. Ussing i U 1937 B. 110. Dog bør man såvidt muligt mildne dette resultat. Således bør indfrieren have adgang til at anmelde kravet i skyldnerens konkursbo og i hans dødsbo, ihvertfald hvis det behandles efter skiftel. kap. 3, jfr. Ussing l. c. 113. Måske burde man også indrømme indfrieren en begrænset dækningsadgang mod skyldneren selv, nemlig ved at give domstolene hjemmel til at omforme kravets indhold, f. eks. ved at indrømme en længere uopsigelighedsperiode, afdragsvis betaling, lavere rente m. v., således at skyldneren ikke med rette har grund til at beklage sig,

sml. Ussing l. c. 112. Må indfrielsen imidlertid antages at være sket i chikanehensigt, eller har skyldneren haft føje til at opfatte indfrielsen som en gave, kan de ovennævnte modificationer dog ikke tilstedes.

Spørgsmålet om det anerkendte *dækningskravs nærmere indhold* ligger så nogenlunde fast i dansk ret. Kravet kan sædvanligvis kun antages at gå ud på et *almindeligt* krav normalt af samme størrelse (se dog nærmere nedenfor) som det indfriede, hvorimod indfrieren, allerede fordi indfrielsen ikke kan anses for en transport, normalt ikke kan have noget krav på at indtræde i den oprindelige fordringshavers særlige fortrins- eller sikkerhedsrettigheder; der sker altså som *hovedregel ikke nogen subrogation*; herom er alle enige, jfr. *Lassen Alm.* 315 ved note 19 og *Ussing* l. c. 113 m. henv., jfr. også domme i U 1879.1090 og 1935.296 H.

Fra denne hovedregel må der dog gøres nogle undtagelser. Subrogation følger undertiden af selve *lovgivningen*, jfr. t. eks. DL 5—7—14 om panthavernes *udløsningsret*, se nærmere *Vinding Kruse E R* III.1634 ff. m. henv. til fremmed ret. Endvidere er subrogation fast antaget overalt, hvor *indfrieren selv var forpligtet*, således navnlig ved solidariske skyldforhold, kaution, vekselkyldnere herunder intervenienter og avalister, jfr. herved veksell. § 63, og skadeforsikrere som indtræder i h. t. forsikringsaftalel. § 25, jfr. *Lassen* og *Ussing* anf. st. Derimod kan det ikke antages, at der sker nogen subrogation, blot fordi indfrieren har handlet efter *anmodning* fra skyldneren, jfr. *Lassen* l. c. 318 note 26, se t. eks. dom i U 1907.833, idet skyldnerens hensigt med anmodningen normalt netop er at få frigjort sikkerhedsrettighederne, hvilket indfrieren sædvanligvis må kunne indse. Derimod kunne der snarere være grund til at indrømme indfrieren indtrædelsesret, når han opfylder betingelserne for *negotiorum gestio*.¹⁾ Denne anskuelse forkastes dog af *Ussing* l. c. note 23, og den kan næppe heller godkendes i almindelighed, ti *negotiorum gestio*-handlingen vil ofte netop have til hensigt at redde den ting, som er givet til sikkerhed; men hvor dette ikke er tilfældet, burde der dog e. o. indrømmes subrogation under hensyn til

1) Dette antages af *Fr. Stang* for norsk rets vedk., se hans Forelæsninger over den norske obligationsrets almindelige del § 73, jfr. *Ussing* l. c.

skyldnerens egen interesse i, at slige handlinger bliver foretaget.

Hvad angår *kravets størrelse* i de sædvanlige tilfælde, hvor der ikke indtræder subrogation, er det klart, at det ikke kan overstige indfrierens egne udlæg. Disse vil normalt svare til skyldnerens besparelse = den indfrieede fordrings størrelse. Er indfrierens opofrelse imidlertid undtagelsesvis større end dette beløb, som f. eks. hvor han har haft særlige udgifter (til mellemmand etc.) i anledning af indfrielsen, bliver spørgsmålet, om han også kan kræve godtgørelse herfor. Berigelsesgrundsætningen vil føre til, at et sådant ekstrakrav må forkastes, hvilket *Ussing Erstatningsret* 224 også gør i konsekvens heraf. Jeg tror også, at man bør følge berigelsesgrundsætningen på det foreliggende område, idet initiativet til etableringen af situationen »tab — berigelse« så decideret er udgået fra tablidte: indfrieren; ligesom der samtidigt gør sig et stærkt hensyn gældende til fordel for den berigede: skyldneren. Iøvrigt må det bemærkes, at Lassens »uskadelighedskrav« vil føre til det samme resultat. Dog må man af de sædvanlige grunde indrømme indfrieren et videregående krav, hvis der har foreligget *negotiorum gestio*. Om indfrieren kan forlange mellemrente for tiden efter indfrielsen er vel et tvivlsomt bispørgsmål. *Ussing* (U 1937 B. 114) forkaster et sligt kravsberegtigelse i almindelighed og formentlig med rette, men undertiden vil det dog være berettiget, se t. eks. U 1945.597.

B. *Indfrielse af andres forpligtelser som følge af fejltagelse.*

Hvis en indfrielse undtagelsesvis er sket, fordi indfrieren fejlagtigt har troet, at forpligtelsen påhvilede ham selv, er det, som ovenfor anført, nærliggende at drage en parallel til *condictio indebiti*. Som det vil erindres fra kap. 7, s. 181 f., har fransk ret under indflydelse af dogmet om, at berigelseskravet kun er subsidiært, været inde på i slige tilfælde at nægte indfrieren et dækningskrav mod skyldneren, idet man har henvist ham til at rejse tilbagesøgningskrav (det »principale« krav) mod fordringshaveren. Som fremhævet ovenfor (anf. st.) må en sådan ordning i hovedsagen anses for både upraktisk og mislig. Den er upraktisk, fordi den medfører to søgsmål (eller dog to betalingsafviklinger), medens man ligeså godt kunne nøjes med ét søgsmål (eller betaling) mellem indfrier og skyldner, fordi dette dækningskrav normalt ikke vil indebære nogen særlige betænkeligheder, idet de

ovenf. under A nævnte misbrug, såsom chikanelyst etc., her er udelukket på forhånd. Ordningen vil endvidere ofte virke mislig i forhold til fordringshaveren, dels fordi fordringen mod skyldneren i mellemtiden kan være blevet forældet eller iøvrigt uerholdelig, jfr. *Ussing Enkelte Kontrakter* 442 og afgørelsen i U 1873.646, ligesom fordringshaveren i tillid til betalingens rigtighed i mange tilfælde vil have tilintetgjort sine bevismidler.

Den fornuftigste og rimeligste løsning vil derfor sikkert være at give indfrieren den videst mulige adgang til at rejse dækningskrav mod skyldneren. Har indfrierens fejltagelse således været hændelig eller skyldes den kun simpel uagtsomhed, bør man derfor også som hovedregel give ham et dækningskrav, jfr. herved også *Ussing* i U 1937 B. 110 og de der nævnte domme, se endvidere U 1940.684 H. Har indfrieren derimod udvist grov uagtsomhed, er der dog næppe grund til at give ham en videregående dækningsadgang, end den almindelige indfrier vil have i h. t. de ovenf. under A fremstillede regler. Hensynet til skyldneren kræver dog, at denne i samtlige ovennævnte tilfælde, hvor indfrieren indrømmes et dækningskrav, bevarer alle indsigelser og modfordringer, som han kunne have fremsat overfor den oprindelige fordringshaver. Både berigelsesgrundsætningen og Lassens uskadlighedskrav vil iøvrigt føre til det samme resultat. Bevirker dette in concreto, at indfrieren mister sit krav, bør man formentlig e. o. indrømme ham et tilbagesøgningskrav mod den oprindelige fordringshaver; navnlig i de tilfælde, hvor indfrieren kun har udvist ringe eller ingen uagtsomhed, men hvor omvendt modtageren, hvis han havde udvist almindelig agtpågivenhed, ville have indset fejltagelsen. Tilbagesøgningskravet turde være særlig klart, hvis initiativet til betalingen er udgået fra fordringshaveren. Forudsætningen for at indrømme indfrieren et tilbagesøgningskrav mod fordringshaveren må dog i h. t. det ovenførte være, at denne ikke — grundet på indfrielsen — har mistet sit krav mod den oprindelige skyldner, f. eks. ved forældelse; og han må formentlig også have ret til at protestere mod tilbagesøgningskravet, hvis skyldneren er blevet insolvent i mellemtiden.

Hvad angår *omfanget* af indfrierens dækningskrav mod skyldneren, må dette sikkert iøvrigt begrænses på samme måde, som det almindelige krav ovenf. under A, altså til *størrelsen af det indfriele krav* (altså nærmest »besparelsen« eller »berigelsen«),

og dette må sikkert antages, selvom indfrieren har været i fuldkommen god tro, idet han dog må siges at være den nærmeste til at bære risikoen for, at hans opofrelser eventuelt har været større end den indfrieede fordring. På den anden side synes billighed at tale for, at indfrieren så vidt muligt får adgang til at indtræde i den oprindelige fordringshavers sikkerhedsrettigheder, jfr. også U 1940.684 H.

III. *Indfrielse i gensidigt bebyrdende retsforhold.*

Som et eksempel til illustration kan man anvende en entreprisekontrakt mellem en entreprenør A og en værksherre B. Det foreliggende spørgsmål går da ud på, hvilken retstilling en udenforstående person C erhverver, når han indfrier en af fordringerne i retsforholdet, altså enten A.s fordring mod B på entreprisesummen eller B.s fordring mod A på at få entreprisarbejdet udført.

Det må indledningsvis bemærkes, at C naturligvis ikke ved indfrielsen kan erhverve ret til at indtræde i kontrakten. Betaler han således entreprisesummen til A, kan der ikke være tale om, at han derved skulle kunne erhverve ret til at få entreprisarbejdet udført for sig istedetfor B. Og omvendt kan han naturligvis heller ikke erhverve ret til at afkræve B entreprisesummen istedetfor A ved uanmodet at udføre arbejdet. Dette resultat, som der næppe kan herske tvivl om, fratager selvsagt slige indfrielse størstedelen af den interesse, som tredjemand kunne have i dem, og hele spørgsmålet har derfor næppe synderlig praktisk interesse, navnlig også fordi vedkommende fordringshaver af let forståelige grunde normalt vil modsætte sig indfrielsen. Alligevel skal der knyttes nogle enkelte bemærkninger til problemet.

Spørgsmålet kommer altså efter det anførte til at dreje sig om, i hvilket omfang tredjemand kan kræve godtgørelse for sine udlæg hos den af parterne, hvis forpligtelse han har indfriet.

Det må først bemærkes, at indfrieren af en forpligtelse i et gensidigt bebyrdende retsforhold naturligvis ikke kan opnå nogen videregående dækningsadgang, end den der i h. t. det ovenudviklede tilkommer indfrieren af en ensidig forpligtelse; snarere er der grund til at tro, at hans adgang må blive yderligere begrænset. Det må ialtfald være givet, at indfrieren er afskåret fra at erhverve dækningsadgang mod skyldneren i samme om-

fang, som forpligtelsernes gensidighed udelukker *transport* af den indfrieede fordring, se om dette spørgsmål udviklingen hos *Ussing Obligationsret* 260 ff., hvis konklusion udtrykkes (s. 265) i følgende sætning: »Skyldneren kan tilsidesætte transporten i det omfang, hvori det efter kontraktsforholdets natur er nødvendigt for at undgå, at transporten udsætter ham for væsentlig risiko eller ulempe.« Den samme sætning må altså også finde anvendelse på indfrielse. De begrænsninger, som ovenf. er udviklet m. h. t. indfrielse af ensidige forpligtelser, ville formentlig også have ført til det samme resultat. Spørgsmålet bliver nu, om dækningsadgangen indenfor den herved angivne ramme er yderligere begrænset? Ved besvarelsen af dette spørgsmål bør der sikkert sondres mellem, om den indfrieede forpligtelse er en pengeforpligtelse, eller om den er af anden art (arbejdsforpligtelse eller forpligtelse til at yde ting etc.).

a. Hvis den indfrieede forpligtelse er en *pengeforpligtelse*, synes der ikke at være betænkeligheder ved at indrømme indfrieren et dækningskrav i det ovenf. angivne omfang. Kravet må, forsåvidt det indrømmes, normalt svare til størrelsen af den indfrieede fordring.

b. Hvis derimod den indfrieede forpligtelse er en *tings- eller arbejdsforpligtelse*, stiller sagen sig mere tvivlsomt. Der kan ihvertfald ikke være tale om at give indfrieren et dækningskrav, som i størrelse svarer til det aftalte vederlag for den indfrieede ydelse, idet dette ville berøve vedkommende hans positive opfyldelsesinteresse, som på denne måde vil blive overført til indfrieren. Af lignende grunde kan der normalt heller ikke være tale om at give indfrieren et krav, som svarer til hans positive udlæg (hans tab), da et sådant krav også ofte vil berøve kontrahenten en del af hans opfyldelsesinteresse. Dog må der sikkert gøres undtagelse, hvor indfrieren opfylder de sædvanlige betingelser for *negotiorum gestio*.

Bortset herfra bliver spørgsmålet, om indfrierens krav skal udformes som et værdikrav, d. v. s. værdien af hans ydelse, eller som et uskadelighedskrav, d. v. s. den påviselige besparelse, som kontrahenten har opnået ved indfrielsen (altså nærmest et berigelseskrav). Da vi her står overfor et klart eksempel på de tilfælde, hvor tabet skyldes tablidtes (= indfrierens) *ensidige handlinger* — han har jo uden anmodning blandet sig i et kon-

traktsforhold -- bør man sikkert i overensstemmelse med de synspunkter, som blev udviklet ovenf. i kap. 5, s. 94 ff., foretrække den sidste løsning og udforme dækningskravet som et berigelseskrav eller et uskadelighedskrav, hvilke to betegnelser her dækker hinanden. Løsningen stemmer med *Lassens* udviklinger i *Handlinger* 270 ff. og *Alm.* 318 og strider heller ikke mod *Ussings* fremstilling i *Erstatningsret* 224 ff.

At indfrielsen i disse tilfælde skulle ske ved en undskyldelig fejltagelse, er meget usandsynligt, men skulle det undtagelsesvis hænde, er der dog næppe grund til at ændre de opstillede regler og udvide indfrierens krav.

Kapitel 10

RESTITUTIONER I KONTRAKTSFORHOLD

I. Restitutionskravenes område og funktion indenfor kontraktsretten.

A. Almindelige løfter, stiltiende løfter og quasi-løfter contra restitutionskrav.

Når formueretlige løfter sædvanligvis tillægges bindende virkning, skyldes dette i første række den store interesse, som det overvejende flertal af både løftegivere og løftemodtagere netop har heri. Men iøvrigt er princippet ganske simpelt en nødvendighed for hele samfundets økonomiske liv og behøver derfor ingen yderligere begrundelse. Det såkaldte »forventningsprincip« (tro og loves ubrødelighed) såvel som »viljesprincippet« er derfor underordnede som begrundelser, jfr. *Lassen Alm.* 29 ff. og *Ussing Aftaler* 19 ff., se også *V. Lundstedt: Revolt mot rättsskolastiken* 7 ff. og *Vinding Kruse* T. f. R. 1919.195 f. og U 1912 B. 61 f. Hvad særligt angår forventningsprincippet, fremhæver Lundstedt l. c., at det kun dårligt egner sig til at tjene som begrundelse, idet den »berettigede forventning« først kan komme til eksistens, når princippet om løfters forpligtende kraft er blevet gennemført. Havde løfter ingen bindende virkning, ville de ikke kunne skabe nogen forventning. Denne betragtning er formentlig noget formel, idet der næppe er tvivl om, at også ikke-retskraftige løfter normalt vækker en vis forventning hos løftemodtagerne.

Noget andet er, at forventningsprincippet i dets objektive form, d. v. s. det princip, at ordene eller tegnene normalt skal tages i den betydning, hvori de sædvanligvis bliver forstået, utvivlsomt er det rimeligste og retsteknisk mest forsvarlige udgangspunkt ved den retlige bedømmelse af løfter og kontrakter, jfr. *Lassen* l. c. Det er selvsagt klart, at et løfte kan komme til eksis-

stens på andre måder end ved hjælp af sproglige udtryksformer. Forskellige andre handlinger, såsom tegn (f. eks. nik), brug af apparater (f. eks. hollandsk ur ved auktioner) o. s. v., kan også give udtryk for et løfte. Dette resultat vil naturligvis også fremkomme, selvom man går ud fra viljesprincippet. Tager man imidlertid sit udgangspunkt i forventningsprincippet, er det klart, at adskillige flere handlinger og e. o. også undladelser kan opfattes som løfter, navnlig adskillige tilegnelseshandlinger, hvor der i og for sig ikke ligger nogen forpligtelsesvilje bag. Logisk-konstruktivt kan der nok opstilles en sondring mellem »stiltiende (virkelige) løfter«, d. v. s. handlinger, hvor der ligger en forpligtelsesvilje til grund, og »quasi-løfter«, d. v. s. handlinger, der billigtvis må opfattes som løfter, men hvor forpligtelsesviljen mangler, f. eks. tilegnelse af en tilsendt vare samtidig med fremsendelsen af en erklæring om, at tilegnelsen ikke må opfattes som et løfte om at betale. Derimod har sondringen ingen praktisk relevans.¹⁾ I begge tilfælde bliver handlingen opfattet som et løfte, med hvad deraf følger, og man kan derfor uden større skade opgive sondringen og behandle begge grupper under eet og give dem en fællesbetegnelse; i det følgende vil udtrykket »stiltiende løfter« blive anvendt. Det har naturligvis heller ingen praktisk betydning at sondre skarpt mellem udtrykkelige og stiltiende løfter. Derimod er det af praktisk interesse at drage grænsen mellem stiltiende løfter og de egentlige restitutionskrav.

Når en kontrakt erklæres ugyldig eller misligholdes — ja undertiden selvom den forløber normalt — må man ofte, for at opnå en retfærdig afvikling af parternes forhold, indrømme parterne restitutionskrav mod hinanden, jfr. t. eks. myndighedsl. § 44, stk. 1. Disse krav, som enten kan udformes som værdikrav eller berigelseskrav, karakteriseres ved, at de ikke kan udledes af selve kontrakten eller de i denne indlagte normale pligter (*naturalia negotii*). Anderledes derimod m. h. t. de krav, som udspringer af stiltiende løfter. Ti disse krav har, for at bruge *Ussings*²⁾ rammende udtryk, de sædvanlige kontraktskravs »langt mere nuancerede indhold«, f. eks. m. h. t. misligholdelse, reklamation

¹⁾ Om en mulig undtagelse se *Lassen Alm.* 235.

²⁾ *Aftaler* 392.

o. s. v., ligesom de almindelige ugyldighedsgrunde finder anvendelse på dem.

Hvornår der foreligger et stiltiende løfte (eller kontrakt), kan ikke besvares ved hjælp af en eller flere almindelige sætninger (ligesom en udtømmende opregning af tilfældene er umulig), jfr. *Ussing Aftaler* 388 ff. og *Lassen Alm.* 229, men må i vidt omfang afhænge af de enkelte tilfældes nærmere omstændigheder. I almindelighed kan man kun opstille den rettesnor, at et stiltiende løfte tør statueres, når der ikke skønnes at være særlige betænkeligheder forbundet med at indlægge et løfte i vedkommende persons handlinger (eller undladelser); iøvrigt må der henvises til udviklingen hos Ussing og Lassen l. c. Det anførte er egnet til at føre tanken hen på den i engelsk ret omstridte »quasikontraktsteori«, se herved ovenf. i kap. 7, s. 175 f. Efter denne teori må domstolene kun indrømme et restitutionskrav, hvor de finder det ret og rimeligt at indlægge (imply) et løfte i vedkommendes adfærd. Det må hertil bemærkes, at teorien er tiltænkt at komme til anvendelse på samtlige eller dog størstedelen af restitutionskravene, altså navnlig på krav, hvor det vil være en ren fiktion at indlægge et løfte. Der er således slet ikke tale om kun at anvende den på quasiløfter eller stiltiende løfter; tværtimod ligger dens egentlige anvendelsesområde udenfor disse tilfælde. Forøvrigt synes engelsk retspraksis ikke helt at have klargjort sig forskellen mellem stiltiende løfter og de egentlige restitutionskrav, jfr. *Cheshire-Fifoot* 426 ff., som fremhæver, at det i flere tilfælde er vanskeligt at erkende, om et quasi-kontraktligt krav er blevet godkendt, fordi der i virkeligheden kunne siges at foreligge et egentligt (stiltiende) løfte, eller om det skyldes andre grunde. Som anført i kap. 7, giver denne konstruktion af restitutionskravene ikke mere vejledning ved bedømmelse af de enkelte tilfælde end begrebet »den ugrundede berigelse« — snarere mindre — og den er ydermere uheldig, fordi den grundet på sin fiktive karakter er egnet til at sammenblande krav, som udspringer af egentlige (stiltiende) løfter, med almindelige restitutionskrav, sml. *Lassen Handlinger* 292.

Selvom man ikke på forhånd kan angive nøjagtige kriterier for, hvornår der foreligger et stiltiende løfte, og hvornår der er tale om et almindeligt restitutionskrav, er grænsen mellem de to områder dog forholdsvis skarp, når man står overfor det en-

kelte tilfælde. Det må her blive domstolenes opgave at fastslå, om man tør indlægge et egentligt løfte i vedkommendes adfærd, eller om der kun er tale om en restitution i anledning af en uberettiget formueovergang (ugrundet berigelse), idet kravets omfang tilligemed betydningen af berigelsens senere bortfald kan (og bør) blive forskelligt, alt eftersom man anlægger det ene eller det andet synspunkt.

Problemet er navnlig aktuelt ved bedømmelsen af *tilegnelses-handlinger*. Disse vil nemlig ofte kunne opfattes som et stiltiende løfte, men der er dog også mange tilfælde, hvor man ikke med rimelighed kan indlægge noget løfte i handlingen. Den vigtigste forskel (jfr. herved *Ussing Aftaler* 391) mellem de to grupper refererer sig til spørgsmålet om kravets *størrelse*, men som berørt må betydningen af den tilegnede tings tilfældige undergang m. v. også bedømmes forskelligt.

Hvis man tør statuere et stiltiende løfte, må vedkommende principielt betale den pris, som modparten forlanger, medmindre den må anses for ubillig, jfr. herved grundsætningen i købel. § 5; og han kan ikke fri sig for kravet ved at levere tingen tilbage, selvom dette kan ske i væsentlig uforringet stand, eller betale tingens værdi efter vurdering, se *Ussing* l. c. Tingens hændelige undergang eller forringelse må også være uden indvirkning på kravet.

Hvis man derimod ikke tør indlægge noget løfte i tingens tilegnelse (f. eks. ved anvendelse af tingen i den tro, at den er ens egen), må vedkommende kunne fri sig for ethvert ansvar, hvis han leverer tingen tilbage i væsentlig uforringet stand, ligesom tablidte har krav på udlevering, hvor dette er muligt, men iøvrigt må kravet begrænses enten til et værdikrav eller et berigelseskrav. Da vedkommende imidlertid ved tilegnelsen har vist, at han har haft brug for tingen, er der dog næppe nogen betænkeligheder ved at tage sit udgangspunkt i et værdikrav, d. v. s. tingens almindelige handelsværdi fremfor i det retsteknisk mere uskarpe berigelseskrav: den konkrete værdiforøgelse af vedkommendes formue. Dette synes også at være tendensen i dansk domspraksis, jfr. navnlig U 1944.1160 H, se om denne dom straks nedenf. Dog bør kravet formentlig bortfalde, hvis tingen går hændeligt til grunde, dog således at tablidte får ret til de eventuelle surrogater for tingen. Ved forbrug og videresalg

må værdien stadig være det principielle udgangspunkt, men der må sikkert opstilles en formodning for, at den opnåede pris ved videresalget svarer til værdien. De sidstnævnte spørgsmål ses ikke at have været fremme i domspraksis, men de opstillede regler svarer i store træk til ordningen i lov om borteblevne. Dog er der næppe nogen grund til på det foreliggende område at begrænse værdikravet yderligere i lighed med nævnte lovs § 18 stk. 2, hvorefter kravet heller ikke må overstige værdien af ting af tilsvarende art og godhed på det tidspunkt, da kravet rejses. Det erindres herved, at arvingerne har krav på særlig hensyntagen, hvorfor det er naturligt at tage hensyn til konjunktursvingninger etc. Udregningen af de foreliggende kravs størrelse må derfor ske på grundlag af en bedømmelse af *værdien af tingen på tilegnelsestidspunktet*.

Hvornår en tilegnelse tør anses for et stiltiende løfte kan som sagt ikke udtømmes i enkelte sætninger, men må i vidt omfang overlades til domstolenes skøn. Udgangspunktet for overvejelsen må dog uden tvivl tages i den af *Ussing* opstillede sætning: »Når et formuegode overlades en person under sådanne omstændigheder, at han indser eller bør indse, at han kun må tilegne sig det på visse vilkår, f. eks. mod et bestemt vederlag, bliver han ved at tilegne sig godet forpligtet til at opfylde vilkåret«, jfr. *Aftaler* 389 og de der nævnte domme. Har vedkommende derimod af en fejltagelse anset formueværdien for sin egen, eller har han haft føje til at gå ud fra, at tilegnelsen kunne ske blot mod betaling af værdien, kan man ikke i almindelighed statuere et stiltiende løfte. Tablidtes holdning, og hvad han med føje havde grund til at slutte af tilegnerens adfærd, er dog selvsagt af lige så stor betydning for forholdets bedømmelse. Det siger sig selv, at denne bedømmelse i mange grænsetilfælde kan give anledning til tvivl. Som et eksempel til illustration kan U 1944.1160 H anføres. Fru A, der, efter at hendes svigersøn gartner B havde misligholdt handlen om en til ham af G solgt parcel, havde købt parcellen af G og ladet et af B påbegyndt byggeri fuldføre og ansat B som bestyrer, fandtes ved under de foreliggende omstændigheder at tilegne sig og anvende de ved de af B antagne håndværkeres arbejde skabte *værdier* at være blevet pligtig at betale disse. B havde kontraheret med håndværkerne om en entreprisesum på 14.000 kr., men havde misligholdt kontrakten og var derefter gået

konkurs. A blev ved sin tilegnelse *ikke* anset pligtig at indtræde i B.s kontrakt; der blev altså ikke statueret, at der forelå noget stiltiende løfte. Derimod blev A ved sin tilegnelse anset forpligtet til at erstatte håndværkerne *værdien* af de ufuldførte bygninger efter vurdering, som, efter at der var foretaget en skønsforretning, blev ansat til 10.000 kr. Dommen lagde således værdien til grund for kravets udmåling, men da »berigelsen« efter berigelsesgrundsætningen formentlig i det foreliggende tilfælde også ville blive ansat til værdien, kan man næppe hævde, at dommen klart har taget afstand fra berigelsesmålestokken. Den giver dog på den anden side et vist fingerpeg om, at domstolene i påkommende tilfælde vil være tilbøjelige til at tage deres udgangspunkt i værdien. Iøvrigt ses det heller ikke af dommen, at de af berigelsesgrundsætningen særligt afledede synspunkter blev fremført fra nogen af siderne — endsige taget under pådømmelse. Det må forøvrigt bemærkes, at G (dog under dissens) blev frifundet for ethvert krav fra håndværkernes side, fordi han som følge af B.s misligholdelse havde været berettiget til at hæve handlen med B og sælge parcellen til A, og fordi han derhos ikke kunne antages ved denne handel at have modtaget nogen godtgørelse for de opførte bygninger. Endelig bestemtes det, at den bank, som havde financieret A, måtte respektere, at håndværkerne fik adgang til fyldestgørelse i ejendommen forud for denne. Denne del af dommen kan dog som følge af, at afgørelsen var i overensstemmelse med bankens procedure, næppe tages som et helt bindende præjudikat (men kun som en tendens) for, hvorledes domstolene i fremtiden vil stille sig til spørgsmålet om den indbyrdes stilling mellem flere personer, som hver for sig har ladet en fast ejendom tilflyde værdier. Som andre herhenhørende domme kan bl. a. nævnes U 1945.49 H og 1942.1 H. Sidstnævnte dom angik et tilfælde, som minder om den ovenførte dom, men det blev her statueret og utvivlsomt med rette, at der forelå et stiltiende løfte om at betale en leverandør hans tilgodehavende, idet leverancerne i h. t. en kontrakt med den tidligere ejer var sket *efter* at vedkommende — en sagfører — havde taget skøde på ejendommen. Som et tilfælde lige på grænsen kan nævnes U 1948.1290.

B. *Restitutionskravenes stilling indenfor kontraktsretten iøvrigt.*

Bortset fra problemet om tilegnelseshandlinger, hvor spørgsmålet gik ud på, om der kunne indlægges et løfte i vedkommen- de persons adfærd, altså om der overhovedet lå en aftale til grund for kravet, kan der, som berørt, også blive spørgsmål om restitution, selvom der klart ligger en aftale til grund for par- ternes mellemværende. Det er jo ikke almindeligt, at parterne træffer bestemmelser for alle de eventualiteter, som kan opstå under kontraktens forløb, navnlig i tilfælde af misligholdelse; ofte indgås kontrakter i den optimistiske tro, at alt vil forløbe på bedste måde. Men selvom der således normalt intet kan udledes af selve aftalen, om hvorledes forholdet mellem parterne (vedrø- rende eventuelle ydelser erlagt fra en eller begge parter) skal af- vikles i tilfælde af misligholdelse og for den sags skyld også i til- fælde af, at kontrakten viser sig at være ugyldig p. gr. af tvang, svig, umyndighed o. s. v. eller uvirksom p. gr. af svigtende for- udsætninger, må retsordenen billigvis træffe bestemmelser her- om i form af at indrømme tilbageleverings-, erstatnings- eller berigelseskrav.

Målet for den virksomhed, som retsordenen her må påtage sig, bør være, såvidt muligt at genoprette den balance i parternes mel- lemværende, som aftalens sammenbrud af den ene eller den an- den grund (misligholdelse, ugyldighed etc.) har forstyrret; vægt- skålen må igen stilles lige — eller for at anvende berigelses- grundsætningens terminologi: Gaves der ikke regler om restitu- tion i slige tilfælde, ville der opstå »ugrandede berigelser«. Ho- vedbegrundelsen for de heromhandlede restitutionskrav kan vel naturligst forklares ved hjælp af *vederlagshensynet*: Ingen ydelse uden et adækvat vederlag, jfr. ovenf. i kap. 5, s. 101, som er det ideale mål, retsordenen stræber efter, og som iøvrigt må siges at være en af hovedfaktorerne i berigelsesgrundsætningens kom- plicerede begreb.

Andre hensyn kan imidlertid spille ind og mere eller mindre forhindre den fulde gennemførelse af vederlagshensynets for- skellige konsekvenser. Dette viser sig i særlig grad, når talen drejer sig om den berigelse eller fortjeneste, som den ene af parterne i et kontraktligt mellemværende ofte vil opnå på den andens bekostning. I sin yderste konsekvens måtte vederlags-

hensynet føre til indrømmelse af restitutionskrav overalt, hvor der i kontraktsforhold konstateredes en berigelse hos den ene kontrahent på den andens bekostning. Det turde imidlertid være klart, at en sådan regel ikke bør gennemføres i almindelighed. Herom er alle nuomstunder enige, og det var iøvrigt dette forhold, som var en af hovedgrundene til, at man i de romanistiske retsforfatningers doktrin indførte begrebet den »*ugrundede*« berigelse som et led i berigelsesgrundsætningen. Det er dog også kun tilsyneladende, at vederlagshensynet fører til den ovennævnte vidtrækkende konsekvens. Ti, som det i en anden forbindelse med rette er blevet fremhævet af *Ussing (Erstatningsret 221)* og *Cohn (223)*, må gevinsten (eller berigelsen), som en af kontrahenterne opnår i et kontraktsforhold, ofte betragtes som en følge af dennes egen forretningsdygtighed, altså som et vederlag herfor; der er m. a. o. ikke opstået nogen ugrundet berigelse på den anden kontrahents bekostning. Denne betragtning kan dog ikke føre til, at man altid må afskære et krav i anledning af gevinster, opnået i kontraktsforhold, idet den stadig lader plads åben for et krav overalt, hvor det kan godtgøres, at gevinsten *ikke* skyldes vedkommendes forretningsdygtighed, men f. eks. ændrede konjunkturer etc. At man heller ikke kan indrømme krav i slige tilfælde er dog klart, idet hensynet til *omsætningens sikkerhed* ikke ville kunne tåle, at man gjorde en modification som den sidstnævnte i reglen om løfters forpligtende kraft, ligesom *initiativet* i omsætningen også ville blive svækket i betænkelig grad, se hertil *Ussing* l. c. 213. Dertil kommer yderligere alle de bevismæssige vanskeligheder, som en slig undtagelsesregel nødvendigvis måtte medføre, og som ville vanskeliggøre dens praktiske anvendelse meget betydeligt. Ti det ville ofte være umuligt at bevise, om en fortjeneste var et udslag af vedkommendes forretningsdygtighed, eller om den skyldtes andre årsager. Vederlagshensynets tilsidesættelse kan derfor normalt ikke medføre, at en aftale bliver uforbindende med en deraf flydende tilbageleveringspligt m. h. t. ydelsen. Kun³⁾ hvor der er

3) Ofte medfører vederlagshensynets tilsidesættelse blot, at aftalen bliver uforbindende, men giver ikke adgang til at søge eventuelt erlagte ydelser tilbage, se t. eks. aftalel. §§ 36 og 37 (dog tilbagebetaling, hvis der er taget forbehold) og rentel. 3. juli 1942 § 1 jfr. § 5 om urimelige renter betinget i pantebreve med pant i fast ejendom (dog tilbagesøgning af renter erlagt under sagen).

sket en eklatant tilsidesættelse af hensynet, se t. eks. aftalel. § 31, hvor der dog tillige kræves »udnyttelse«, eller hvor det drejer sig om særlige forhold, f. eks. lejeforhold, se lejel. § 27 jfr. § 28, kan der være tale om at omstøde eller ændre kontrakten og kræve ydelsen tilbage.

Vederlagssynspunktet kan derfor kun tilgodeses, når der foreligger forhold, som f. eks. tvang, umyndighed etc., som bevirker ugyldighed, eller når kontrakter misligholdes, hvorimod der altså normalt ikke kan indrømmes restitutionskrav p. gr. af den blotte tilsidesættelse af vederlagshensynet. Ti i de førstnævnte tilfælde har hensynet til omsætningens sikkerhed ingen betydning. Alligevel kan andre hensyn, navnlig retstekniske, medføre modificationer i den fulde gennemførelse af vederlagssynspunktet. Slutteligt bemærkes det, at de særlige spørgsmål, som opstår, når en ydelse, som er erlagt i h. t. en ugyldig eller misligholdt kontrakt, er blevet anvendt til frembringelse etc., vil blive udskudt til nærmere behandling nedenf. i kap. 12.

II. Restitutioner i anledning af ugyldige kontrakter.

A. Grundlaget for restitutionskravel.

Spørgsmålet om, under hvilke nærmere betingelser et løfte bliver ugyldigt, danner naturligvis baggrunden for nærværende afsnit, men udgør ikke selve hovedspørgsmålet; der må derfor i almindelighed henvises til de udførlige fremstillinger hos *Ussing* og *Jul. Lassen*. Det foreliggende spørgsmål er derimod, hvorledes man med særligt henblik på dansk ret skal udforme de restitutionskrav, som opstår, når der fra en eller begge sider i et ugyldigt kontraktsforhold er sket erlæggelser i h. t. den ugyldige kontrakt. At disse krav må udformes forskelligt i de forskellige tilfældegrupper af ugyldighed, fremgår allerede af dansk lovgivning, som i myndighedsl. §§ 44 og 65 har indført specielle regler om restitutionskrav i anledning af inhabilitet, der selvsagt ikke kan overføres til andre ugyldighedstilfælde. Der er også på forhånd grund til at formode, at der kan komme forskelligheder frem indenfor de øvrige ugyldighedstilfælde. Men selvom der således kan fremkomme visse forskelligheder i kravenes udformning, har de dog et fælles grundlag, som først skal fremdrages.

Indledningsvis må det bemærkes, at de fleste ugyldighedsgrunde, såsom tvang, svig, udnyttelse m. v. (aftalel. §§ 28-33), normalt er betinget af, om løftemodtagerens forhold kan karakteriseres som *retstridigt eller culpøst*.⁴⁾ Hvor dette er tilfældet, vil løftegiverens krav falde udenfor de egentlige restitutionskrav, grundet som det er i retstridig (culpøs) adfærd (præventionshensynet får her fuld betydning). Kravet må iøvrigt principielt gå ud på vindikation eller, hvis dette ikke kan gennemføres, på fuld erstatning. Erstatningskravet må dog tillige anses for alternativt i forhold til vindikationskravet.

Det egentlige område for restitutionskravene finder vi først, hvor kontrakten bliver ugyldig, *selvom medkontrahenten ikke har udvist culpøs adfærd*, som f. eks. ved inhabilitet, tredjemands tvang i aftalel. § 28, aftalel. § 32 stk. 2, tredjemands retstridige adfærd i aftalel. §§ 29—32 stk. 1, hvor medkontrahentens gode tro undtagelsesvis må anses for betydningsløs, samt ved formangler, hvis ikke-iagttagelse bevirker ugyldighed.

Så længe der ikke er sket opfyldelse fra nogen af siderne i h. t. de sidstnævnte ugyldige kontrakter — og i praksis bestrides ugyldigheden som regel, inden det er kommet så vidt — er der selvsagt intet behov for noget restitutionskrav. Retsforholdet danner dog baggrunden for disse, og der skal derfor knyttes nogle bemærkninger til dette.

Undertiden vil den ene af parterne kunne kræve den *negative kontraktinteresse* erstattet. Normalt vil dog en slig erstatningspligt være betinget af culpa (in contrahendo) fra den kontrahents side, mod hvem kravet rejses, se nærmere herom *Ussing Aftaler* 127 ff. om erstatningspligt fra den kontrahents side, som gør ugyldigheden gældende, og 259 ff. om erstatningspligt fra medkontrahentens side. Undertiden kræves der dog ikke culpa, se t. eks. myndighedsl. § 65 og *Lassen* vedr. aftalel. § 32 stk. 2 i bestemmelsens mot. 79. Men uanset dette, falder disse krav naturligt udenfor de almindelige restitutionskravs område.

At den kontrahent, som gør ugyldigheden gældende, ikke bliver bundet ved sit løfte, følger af selve ugyldighedens begreb.

⁴⁾ Skyldes ugyldigheden kontraktens *ulovlige* indhold, må begge kontrahenter normalt anses for skyldige i retstridig adfærd. Men iøvrigt indeholder dette forhold nogle særlige problemer, som vil blive taget op til selvstændig behandling nedenfor.

Hvad derimod medkontrahenten angår, giver spørgsmålet, om han på sin side alligevel er bundet, anledning til nogen tvivl. Der bortses naturligvis fra de tilfælde, hvor også medkontrahentens løfte rammes af ugyldigheden. Det må således erkendes, at han undertiden vil være bundet, ihvertfald i et kortere tidsrum, indtil det viser sig, at den anden part vil gøre sit løftes ugyldighed gældende, jfr. *Lassen Alm.* 125 ff. og *Ussing* l. c. 122. Skyldes ugyldigheden medkontrahentens retstridige adfærd, har han selvsagt intet krav på hensyn, og han må derfor antages at være bundet en vis rimelig tid, indtil den anden part har taget bestemmelse om, hvorvidt han, trods ugyldigheden af sit løfte, vil fastholde kontrakten, se *Lassen* l. c. Det må dog påses, at han ikke »spekulerer« på medkontrahentens bekostning. Bortset fra disse tilfælde anlægger både *Ussing* og *Lassen* et forudsætningssynspunkt: Det er ordentligvis en typisk forudsætning for den ene kontrahents forpligtelse i et gensidigt bebyrdende kontraktsforhold, at medkontrahentens løfte (forpligtelse) er gyldigt. Heri ligger navnlig, at når denne forudsætning (»vederlagsforudsætningen«) svigter, må kontrahenten selv blive løst fra sit løfte. Da forudsætningen må henregnes til de såkaldte typeforudsætninger, kræver den ikke nogen konkret tilkendegivelse overfor medkontrahenten, hvorfor det må blive hovedreglen, at en kontrahents løfte er uforbindende, når medkontrahentens løfte er ugyldigt. Synspunktet får dog den negative betydning, at løftet ikke uden videre bliver uforbindende, når det fremgår af de konkrete omstændigheder, at kontrahenten ikke anså forudsætningen om medkontrahentens bundethed (løftets gyldighed) for afgørende. Dette må som regel antages at være tilfældet, når kontrahenten indså (eller burde indse), at medkontrahentens løfte var ugyldigt. Kontrahenten må i så fald vente en rimelig tid og se, om medkontrahenten ønsker, at kontrakten desuagtet opfyldes; som et eksempel hentet fra lovgivningen kan myndighedsl. § 43 stk. 2 nævnes, se om denne *Borum* 70 ff. Også her må det naturligvis påses, at medkontrahenten ikke spekulerer på den andens bekostning. Sker dette, må vedkommende kunne fri sig for løftet under påberåbelse af aftalel. § 33, jfr. *Borum* l. c. med henvisninger. Men selvom vedkommende kontrahents løfte således undtagelsesvis ud fra forudsætningssynspunktet holdes i kraft en vis kortere tid, til trods for at medkontrahentens løfte er ugyld-

dig, må det dog ordentligvis tabe sin virkning, når det oplyses, at medkontrahenten ikke fra sin side agter at opfylde sin (ugyldige) forpligtelse. Ti vederlagsforudsætningen er i så fald endelig bristet. Dog må der naturligvis også her gøres undtagelse, hvis det skulle fremgå af omstændighederne, at vedkommende kontrahent ønsker at erlægge uden hensyn til, om han erholder modydelsen; han må i så fald betragtes som en gavegiver.

De her fremstillede regler bygget på forudsætningslæren er i god harmoni med selve »vederlagshensynet«, som naturligt her må føre til, at en kontrahent må være fritaget for at erlægge sin ydelse, når modydelsen udebliver p. gr. af medkontrahentens løftes ugyldighed, medmindre det fremgår af de konkrete omstændigheder, at han har anset dette forhold for at være ligegyldigt. Måske burde man foretrække sidstnævnte begrundelse fremfor forudsætningslærens. Begrebet »typeforudsætninger«, hvortil vederlagsforudsætningen må henregnes som et af de vigtigste eksempler, kan ikke fri sig for at have et noget kunstigt præg. Uden at rejse en principiel drøftelse af forudsætningslærens (den objektive såvel som den subjektive) opereren med begrebet »typeforudsætninger«, ønsker jeg dog at fremhæve denne betegnelser noget misvisende karakter. Forudsætningslærens naturlige område, både fra et sprogligt og et retligt synspunkt, må siges at være de i de enkelte kontraktsforhold forekommende individuelle og helt konkrete forudsætninger, d. v. s. antagelser om visse faktiske (eventuelt også retlige) forholds natur, som ligger til grund for parternes løfter, og som netop har betydning for *deres konkrete* kontraktsforhold. Hvad derimod de regler angår, som skjuler sig under begrebet »typeforudsætning«, er disse normalt af ren objektiv karakter, som sædvanligvis intet har med parternes konkrete — faktisk psykologiske — forestillinger at gøre. De er *naturalia negotii*, jfr. *Lassen Alm.* 120, som retsordenen indlægger i kontrakterne, som oftest af helt andre reale grunde end dem, som umiddelbart tilgodeses af forudsætningslæren; dette gælder i særlig grad vederlagsforudsætningen, som grunder sig i det »ejendommelige afhængighedsforhold« (*Ussing Aftaler* 477), der består mellem parternes forpligtelser i et gensidigt bebyrdende kontraktsforhold, eller m. a. o. vederlagshensynet, og hvis »svigten« afføder en række retsvirkninger, såsom hæveadgang, omleveringspligt, ret til forholdsmæssigt afslag etc.,

der vel i første række må siges at skyldes hensyn, som ikke er noget specielt udslag af forudsætningslæren, nemlig interessen i at give kontrahenterne hensigtsmæssige retsmidler i hænde til gennemtvindingen af *rigtig opfyldelse af kontraktlige forpligtelser*, se hertil også *Ussing Obligationsret* 95 ff. Hvornår der foreligger en misligholdelse, vil ofte være et *individuel* forudsætningssspørgsmål, se t. eks. købel. § 21 stk. 2, men det vil lige så ofte være et spørgsmål om, hvad parterne ligefrem har *aftalt*, se samme §. Betragter man forøvrigt »typeforudsætningernes« funktion i denne forbindelse, vil det ses, at de egentlig kun er udtryk for en sædvanlig fortolkning af aftalen; nemlig fastlæggelsen af de i aftalen benyttede ord. Køber man f. eks. et automobil, kan man måske nok tale om, at det er en »typisk forudsætning«, at bilen kan køre. Men konstruktionen »typeforudsætning« er vel i nogen grad det samme som at gå over åen for at hente vand. Spørgsmålet er dog kun det simple: hvad må man naturligt forstå ved udtrykket »automobil«.⁵⁾ Fremdeles er det formentlig også naturligere at tale om »en betingelses« svigten fremfor at tale om »vederlagsforudsætningens« svigten, når et aftalt vederlag udebliver. Retsvirkningerne, som normalt ikke fremgår af selve aftalen eller dens individuelle forudsætninger, er dog de samme *naturalia negotii*, dog naturligvis afpasset efter de forskellige kontraktstyper. Ussing l. c. anvender da også de to udtryk synonymt.

Men hvad man nu end vil mene om dette nærmest terminologiske spørgsmål, må det fremhæves, at virkningen af et løftes ugyldighed eller dets større eller mindre uvirksomhed som følge af misligholdelse eller forudsætningers svigten i vidt omfang er et rent objektivt spørgsmål, som dog kan modificeres af den konkrete aftale (eventuelt også af de til denne knyttede *individuelle* forudsætninger). Fremhævelsen af dette spørgsmåls karakter af at være en *objektiv udfyldning* af kontrakterne må utvivlsomt anses for at være en af den objektive forudsætningslæres største fortjenester, hvilket også Lassen tildels indrømmede, se hans udtalelser l. c. Disse problemers objektive karakter må derfor — og navnlig — have for øje ved udformningen af de restitutionskrav, som opstår i anledning af erlæggel-

⁵⁾ Se hertil også *Knud Illum* i U 1946 B. 123 f. og *Oluf H. Krabbe* i U 1920 B. 174.

ser, der er sket i h. t. slige kontrakter; og baggrunden for kravene er altså, som anført, bestræbelsen efter at oprette den ligevægt mellem parternes ydelser, som den ugyldige eller misligholdte kontrakt eller den svigtende forudsætning har forstyrret.

Den især i de romanistiske retsforfatninger, se navnlig B. G. B. §§ 141—44, udviklede sontring mellem »nullitet« og »anfægtelighed« indenfor ugyldighedsgrundene, kan ikke have krav på hensyn ved den retlige ordning af det foreliggende område. *Julius Lassen* tog i sin afhandling »Nullitet og Anfægtelighed«⁶⁾ bestemt afstand fra sontringen og utvivlsomt med rette. Den fik derfor naturligt nok ingen særlig indflydelse på aftalelovens udformning. *Fr. Stang* har dog i »Innledning til Formueretten« § 39 gennemført sontringen, hvorimod *Ussing* i *Aftaler* § 24 har afvist den som uden betydning for dansk ret. Fremdeles er det vigtigt at fastslå, at der for dansk rets vedkommende ikke kan tages hensyn til den i tysk ret på romerretligt grundlag opstillede regel om, at overdragelser i h. t. misligholdte kontrakter eller kontrakter, som erklæres uvirksomme p. gr. af svigtende forudsætninger eller visse ugyldighedsgrunde, navnlig svig, er »abstrakte«, således at kontrahenten kun kan erhverve et »obligatorisk« krav, normalt et berigelseskrav efter B.G.B. § 812, mod medkontrahenten, se herved ovenf. i kap. 2, s. 29. De hensyn til modtageren, som denne regel formentlig har til hensigt at varetage, må for dansk rets vedkommende siges at være behørigt varetaget ved reglerne om »standsningens retten«s ophør, se navnlig købel. § 41 og konkursl. §§ 4 og 16 (og reglerne om udelukkelse af hæveadgang overf. køberen selv i købel. § 28 stk. 2), samt dansk rets forskellige ekstinktionsregler. Det skal ikke bestrides, at dansk rets regler om disse forhold måske på visse punkter trænger til mindre revisioner, men der kan ikke være tvivl om, at tysk rets generelle regel ikke anbefaler sig særligt til at gennemføres hos os. Både *Lassen* l. c. 22 ff. og *Ussing* l. c. 486 har også taget afstand fra denne, og selv i tysk retslitteratur har der rejst sig kritiske røster, se herom nærmere *Ussing* i U 1938 B. 143 ff.

Efter disse almindelige bemærkninger skal jeg gå over til at behandle de herhenhørende restitutionskravs nærmere udformning i de enkelte tilfældegrupper.

⁶⁾ trykt i Københavns Universitets Festskrift i Anledning af Kirkens Reformation (udg. 1899).

B. *Restitutionskravets udformning i de enkelte ugyldighedstilfælde.*

a. *Ugyldigheden skyldes inhabilitet.* Det er formentlig det mest formålstjenlige at begynde med denne gruppe, idet dansk ret her — i modsætning til de øvrige ugyldighedstilfælde — har positive lovbestemmelser — myndighedsl. §§ 44 stk. 1 og 65 — om det nærmere indhold af restitutionskravene.

I det omfang aftaler bliver ugyldige på grund af inhabilitet (umyndighed, lavværgemål eller manglende evne til at handle fornuftsmæssig), jfr. herved *Borum* 42 ff., 125 ff. og 155 ff., indrømmer myndighedsl. §§ 44, 56 og 65 i første række både den inhabile og den myndige medkontrahent et *vindikationskrav* på de ydelser (principielt kun individuelle ting, men dog formentlig også penge, som stadig foreligger individualiserede), der er blevet erlagt i h. t. aftalen. Dette vindikationskrav må have gyldighed både overfor den umyndiges og medkontrahentens kreditorer (konkursbo) og arvinger, jfr. *Borum* 73. Derimod kommer der en forskel frem, forsåvidt angår spørgsmålet om vindikationskravets stilling overfor godtroende erhververe af de erlagte genstande. Den *umyndiges* krav på udlevering af ting overgivet til medkontrahenten, må som hovedregel antages at være bevaret overfor den godtroende tredjemand, som medkontrahenten måtte have videreoverdraget tingen til, samt overfor dennes successorer igen, medmindre der i h. t. en særlig hjemmel er sket en ekstinktion, som f. eks. gældsbrevs. § 14 eller tinglysning. § 28 etc. Dette resultat fremgår ganske vist ikke direkte hverken af § 34 eller § 44, men det må utvivlsomt antages af hensyn til interessen i at give den umyndige en så effektiv beskyttelse som muligt; umyndighedsindsigelsen er m. a. o. »stærk«, se hertil *Ussing Aftaler* 123 ff. Hvad derimod angår medkontrahentens vindikationskrav, må det sikkert antages, at det fortabes overfor den godtroende tredjemand, som har fået tingen overdraget fra den umyndige. Ti medkontrahentens vindikationskrav støtter sig ikke direkte på umyndighed, men på at hans overdragelse er blevet uforbindende p. gr. af »vederlagsforudsætningens« (vederlagshensynets) svigten, altså en »svag« indsigelse. At den umyndiges overdragelse af tingen til tredjemand eventuelt også er ugyldig p. gr. af umyndighed, kan ikke ændre dette resultat, idet det

utvivlsomt er mest hensigtsmæssigt at holde de to (ugyldige) retshandlers nærmere afvikling adskilt, jfr. iøvrigt *Borum* 73 og dom i U 1908.101 (om den falske løjtnant). Reglen kan dog synes hård, hvor den umyndige har bortgivet tingen; og måske burde man her gøre undtagelse og indrømme medkontrahenten et direkte krav mod tredjemand. Slutteligt skal det bemærkes, at både medkontrahenten og den umyndige må antages at kunne fri sig for ethvert ansvar, ved at levere selve tingen tilbage, når dette kan ske i væsentlig uforringet stand. § 44 stk. 1's erstatningsregler er således af *subsidiær* karakter. Hvis derimod medkontrahenten har overdraget den umyndiges ting, men således at den umyndige har bevaret vindikationsretten, kan det dog ikke antages, at medkontrahenten kan fri sig for at tilsvare værdien efter § 44, ved at henvise den umyndige til at anlægge vindikationssøgsmål mod vedkommende tredjemand.

Er vindikationskravet af den ene eller anden grund udelukket, bliver spørgsmålet om *erstatningskravet* efter §§ 44 stk. 1 og 65 stk. 1 aktuelt.

Hvad først angår den *umyndiges ansvar*, har loven udformet en *speciel berigelsesmålestok* for dette, idet den umyndige kun skal erstatte det modtages værdi »i det omfang, hvori det modtagne er brugt til passende underhold for ham eller iøvrigt skønnes at være kommet ham til nytte.« Selvom hensigten med denne regel navnlig har været at lade den umyndige hæfte i det omfang, han (eller hans værge) iøvrigt ville have afholdt den udgift, som han ved hjælp af den modtagne ydelse er blevet *sparat* for (jfr. lovens mot. 75), har loven dog af retstekniske grunde ikke bestemt, at der i det *konkrete tilfælde* skal lægges vægt på, om der er indtrådt en *besparelse*. Den umyndige kan derfor godt komme til at betale erstatning, selvom han in concreto kan sandsynliggøre, at han ikke ville have afholdt udgiften, hvis han ikke havde modtaget ydelsen, jfr. *Borum* 74 og ovenf. i kap. 7, s. 153 ff. Istedetfor har loven lagt vægt på det bevismæssigt langt skarpere kriterium: *forbrugets almindelige fornuftighed*, bedømt ud fra forholdene, da forbruget skete (jfr. lovens mot. anf. st.). § 44's regel er således i princippet strengere end den romanistiske berigelsesregel, til trods for at det drejer sig om umyndige, som dog har krav på særlig beskyttelse, men til gengæld har den vundet betydeligt i henseende til praktisk håndterlighed. Har den umyn-

dige forbrugt ydelsen, må der altså henses til den nytte, han har opnået ved forbruget. Er ydelsen gået til grunde, må han være ansvarsfri, uanset om han selv er skyld i tingens undergang, ti i så fald har han ikke fået nytte af den. Dog må det antages, at den umyndige ifalder et almindeligt erstatningsansvar (udenfor kontrakt), hvis han forbruger, tilintetgører eller på anden måde *uretmæssigt* råder over en ting, som han kun besidder i h. t. en kontrakt (f. eks. en lejekontrakt), som *ikke hjemler forbrug*, jfr. nærmere Borum 76. Har han solgt den, bliver det afgørende for erstatningspligten, i hvilket omfang han har anvendt pengene til nyttige formål. Har han endelig ombyttet ydelsen med en anden, må han være erstatningspligtig i det omfang, den nye ting må skønnes at være kommet ham til nytte. Det kan næppe antages, at medkontrahenten har krav på at få den nye ting udleveret. Borums udtalelser s. 74 strider vistnok ikke mod denne anskuelse. Er den nye ting gået til grunde, må han også være ansvarsfri. Dog må medkontrahenten, overalt hvor tingen er gået til grunde, have krav på at indtræde i den umyndiges surrogatkrav (forsikringskrav, erstatningskrav etc.), jfr. Borum l. c.

Som allerede bemærket i kap. 7 tvinger myndighedsl. §§ 44 og 65's regler til i dansk ret at behandle myndige modtagere af ydelser i h. t. ugyldige kontrakter ihvertfald med samme strenghed, hvis man vil undgå den anomali, at myndige bliver behandlet mildere end umyndige; og reglerne må idetheletaget have in mente ved bedømmelsen af dansk rets stilling til restitutionsskravenes udmåling. Det får navnlig betydning for, hvorledes man skal bedømme erhvervelsen af ideelle goder, såsom undervisning, uddannelse etc., se nedenf.

M. h. t. fastsættelsen af størrelsen af det værdikrav, den umyndige må tilsvare indenfor § 44 stk. 1's rammer, må det af hensyn til beskyttelsen af de umyndige antages, at det skal beregnes efter medkontrahentens antagelige *indkøbspris*; altså lig værdien for ham (opfyldelsesinteressen kan således ikke medregnes); jfr. Borum l. c. og de dernævnte domme. Hvad angår det udvidede ansvar den umyndige ifalder, hvis han har handlet retstridigt (culpøst) i h. t. § 44 stk. 2 eller almindelige retsgrundsætninger, falder dette selvsagt udenfor området for restitutionsskravenes, se iøvrigt om dette ansvar nærmere Borum 77 ff. Derimod falder det særlige ansvar for negativ kontraktsinteresse i § 65 stk. 2 in-

denfor området. Men reglen — der er temmelig enestående, idet den ikke kræver culpa som betingelse for ansvaret — har ikke almindelig interesse for andre restitutionskrav, da den er dikteret af den stærke interesse i at beskytte en godtroende medkontrahent, som har indladt sig med § 65-personkredsen, hvorfor reglen må anses for uanvendelig til at drage analogier fra; iøvrigt kan der henvises til Borum 158.

Hvad dernæst angår den *myndige medkontrahents ansvar*, skal det if. § 44 altid ansættes til *værdien* af den modtagne ydelse uanset den modtagne ydelses skæbne. Om den umyndige, i modsætning til hvad der efter det anførte gælder om medkontrahenten, kan kræve sin eventuelle positive opfyldelsesinteresse medregnet ved fastsættelsen af værdien (værdien bliver altså lig den af den umyndige opnåede pris, hvis denne ligger over den umyndiges anskaffelsespris) er tvivlsomt, men det må vel antages; spørgsmålet har forøvrigt næppe større praktisk betydning, idet det formentlig kun i sjældne undtagelsestilfælde vil lykkes den umyndige at opnå en fortjeneste ved handlen.

§ 44's formulering fører til, at medkontrahenten må være ansvarlig, selvom den modtagne ydelse er en individuel ting, som er gået tabt uden hans skyld. Ansvaret er således her ikke begrænset til størrelsen af eventuelle surrogater. Der er altså sket en skærpelse af ansvaret i forhold til, hvad der normalt må antages at være gældende i dansk ret, jfr. t. eks. købel. § 58, men den kan formentlig forsvares med den stærke beskyttelse, som den umyndige har krav på, jfr. *Ussing Erstatningsret* 89 og *Borum* 73.

§ 44 stk. 1's (og § 65 stk. 1's) regler må naturligvis ses på baggrund af de specielle hensyn, som gør sig gældende ved inhabilitet. Reglerne kan derfor selvsagt ikke anvendes analogisk på andre ugyldighedstilfælde, endsige på andre restitutionskrav idet heletaget. Men af hensyn til undgåelsen af anomalier i dansk ret tvinger de dog til, at man ved hovedparten af restitutionskravene hverken behandler vedkommende strengere end medkontrahenten i § 44 eller mildere end den umyndige. Der er derfor god grund til at gå ud fra, at udformningen og størrelsen af restitutionskrav i dansk ret, når der ikke gør sig særlige hensyn gældende, *må lægges et sted mellem den umyndiges milde ansvar og medkontrahentens strenge i § 44.*

Den umyndiges ansvar danner således *minimumsgrænsen* for restitutionskravene. Da den umyndige if. § 44 også må antages at være erstatningspligtig for modtagelsen af *ideelle goder* (undervisning, uddannelse m. v.) eller forskaffelse af sådanne goder ved hjælp af den modtagne ydelse i det omfang, de skønnes at være kommet ham til nytte, jfr. herved lovens mot. 75 og Borum l. c. 74, må det altså også antages, at myndige personer må være ansvarlige ihvertfald i samme omfang. Restitutionskravene i almindelighed må således i dansk ret også omfatte ideelle goder, hvadenten disse er erhvervet gennem selve den (uberettiget) modtagne ydelse; denne består altså netop i et ideelt gode, eller erhvervelsen er sket ved, at den modtagne (ikke-ideelle) ydelse senere er blevet ombyttet med et ideelt gode. Kravet er således ikke i modsætning til den romanistiske berigelsesgrundsætning begrænset af, om erhvervelsen af det ideelle gode har medført en bevislig besparelse (berigelse) hos vedkommende, men af om erhvervelsen må skønnes at være kommet ham til nytte; en begrænsning som i mange tilfælde vil være af mindre omfang end berigelsesgrænsen (besparelsen). Begrænsningen til »nyttens« er utvivlsom forsvarlig, når det drejer sig om umyndige, men i de almindelige tilfælde, hvor det drejer sig om myndige personer, er den formentlig upåkrævet, og man bør derfor sikkert i de almindelige tilfælde lade restitutionskravene omfatte *værdien* (= prisen) af de erhvervede ideelle goder; altså en væsentlig udvidelse, som dog sikkert kan forsvares med dens retstekniske fordele.

b. *Ugyldigheden skyldes mangler ved kontraktens indgåelse* (tvang, svig, udnyttelse o. s. v.). Som allerede bemærket grunder størstedelen af de i denne forbindelse opståede krav (vindikations- og erstatningskrav) sig på modtagerens (medkontrahentens) retstridige adfærd og falder som følge heraf udenfor det foreliggende emne. I nogle få undtagelsestilfælde bliver der dog tale om egentlige restitutionskrav, nemlig dels når aftalen (yderens løfte) undtagelsesvis bliver ugyldigt, til trods for at medkontrahenten (modtageren) er i god tro, og dels forsåvidt angår medkontrahentens (den, hvis løfte ikke rammes af ugyldighedsgrunden) krav på tilbagelevering af (eller erstatning for) sin modydelse. Ved den nærmere gennemgang må de to tilfældegrupper danne hovedsondringen. Iøvrigt bemærkes det, at tilfæl-

dene næppe har større praktisk betydning, idet ugyldigheden normalt vil blive opdaget, inden der er sket nogen opfyldelse; ialtfald ses det ikke af den trykte domspraksis, at spørgsmålene har været forelagt domstolene til påkendelse. Da aftaleloven (med undtagelse af §§ 36 og 37) heller intet indeholder herom, må man altså bygge på analogier og forholdets natur iøvrigt.

1. Et løfte kan undertiden blive ugyldigt, selvom løftemodtageren har været i god tro. Dette gælder først og fremmest ved voldelig kompulsiv tvang if. aftalel. § 28 stk. 2 (som analogt også må komme til anvendelse på mekanisk tvang, jfr. *Ussing Aftaler* 134). Voldelig tvang er m. a. o. en »stærk« indsigelse. Det samme gælder indsigelsen i samme lovs § 32 stk. 2 om forvanskning af en viljeserklæring under overbringelsen ved bud eller telegraf. Endvidere kan løftet blive ugyldigt p. gr. af manglende fuldmagt i h. t. aftalel. § 11 stk. 2, se hertil *Ussing l. c.* 302 f. Endelig kan et løfte i visse undtagelsestilfælde, hvor den retstridige adfærd er udøvet af tredjemand, blive ugyldigt i h. t. aftalel. §§ 29—32 stk. 1, selvom løftemodtageren er i god tro, idet disse bestemmelser ikke nødvendigvis i alle tilfælde tvinger domstolene til at slutte modsætningsvis. Det kan navnlig tænkes ved gaveløfter o. desl., hvor hensynet til sikkerheden i omsætningen ikke gør sig gældende med fuld styrke, se hertil *Ussing l. c.* 126 f.

Spørgsmålet bliver nu, hvilken indvirkning ugyldigheden vil få på erlæggelser, som er sket i h. t. løftet. Er ydelsen stadig i behold hos modtageren, må løftegiveren uden tvivl have krav på udlevering, og dette krav må ligesom ved umyndighedsindsigelsen være beskyttet mod modtagerens kreditorer. Men er tilbagelevering udelukket af en eller anden grund, bliver spørgsmålet, i hvilket omfang løftegiveren (overdrageren) kan kræve erstatning hos modtageren. Ved besvarelsen af dette spørgsmål må der ses hen til to ting, nemlig på den ene side at modtageren under hensyn til sin gode tro såvidt muligt bør holdes skadesløs ved gennemførelsen af kravet, men på den anden side må det heller ikke overses, at modtageren, ved frivilligt at modtage ydelsen, har tilkendegivet, at erhvervelsen er i overensstemmelse med hans ønsker og interesser. Den sidste betragtning gælder dog ikke ubetinget, hvis ydelsen har karakter af at være en gave.

Man kunne først rejse det spørgsmål, om modtageren ikke

burde have ret til at afvise kravet, i det omfang han kan hen-
vise yderen til at søge oprejsning hos andre, enten erstatning
hos den eventuelle tredjemand, som har udvist den retstridige
adfærd, eller ved at rejse vindikationsøgsmål mod en senere
erhverver. Hvad det sidste forhold, vindikation mod en senere
erhverver, angår, er dette næppe praktisk, idet der, bortset fra
voldelig tvang, som regel vil være sket en ekstinktion, og mod-
tageren vil iøvrigt i de fleste tilfælde slet ikke være interesseret
heri, da han i så fald må regne med, at der vil blive gjort van-
hjemmelsansvar gældende imod ham. Hvad derimod det første
tilfælde angår, synes en del at tale for at afskære yderen fra
at forlange restitution af den godtroende modtager, såfremt
ugyldigheden skyldes tredjemands retstridige adfærd, mod hvem
løftegiveren kan rejse et almindeligt erstatningskrav. Restitu-
tionskravet burde altså i denne relation være »subsidiært«. Dog
bør restitutionskravet kunne rejses, hvis erstatningskravet viser
sig uerholdeligt, ialtfald hvis det drejer sig om gaver. Nægtelse
af restitutionskravet i slige tilfælde ville sikkert føles stødende
for retsfølelsen.

Hvad iøvrigt angår restitutionskravet, antog *Jul. Lassen* (*Spe-
ciel* 898), at modtageren, forudsat god tro, er uansvarlig ikke
alene for ydelsens hændelige undergang, men også for forbrug
og videresalg. Dette resultat, som han særligt udviklede med
henblik på kontrakter, der erklæres ugyldige p. gr. af umyn-
dighed, hvilede på den af ham opstillede almindelige sætning:
at godtroende besiddere, der støtter deres besiddelse på en over-
dragelse *inter vivos*, er ansvarsfri for tingens forbrug eller vi-
deresalg, jfr. l. c. 834 ff. Denne sætning er sikkert i hovedsa-
gen berettiget, hvor talen drejer sig om erhvervelse af vindi-
cable genstande ad omsætningsvejen, når det forudsættes, at
selve den retshandel, som overfører godet til erhververen
er *gyldig*; eks.: B stjæler en ting fra A og overdrager den vi-
dere til den godtroende C. Overdragelsen mellem B og C for-
udsættes altså gyldig, for at sætningen kan anvendes. Men den
behøver ikke med nødvendighed at gælde, hvor selve overdragel-
sen mellem B og C er ugyldig, smh. *Ussing Aftaler* 491 f. Spe-
cialbestemmelserne i D L 5—3—35 og 36, som Lassen påberåbte
sig som hjemmel for sin almindelige sætning, tvinger heller
ikke til dette resultat, idet de også må forudsætte, at overdra-

gelsen mellem »fjenden og køberen« i sig selv er gyldig.⁷⁾ Det ses heller ikke, at forholdets natur støtter Lassens resultat; ti ansvarsfrihed i de foreliggende tilfælde ville ofte føre til berigelser (erhvervelser uden vederlag), som næppe vil kunne begrundes med hensynet til sikkerheden i omsætningen. De to ovenf. anførte reale betragtninger synes også at måtte føre til, at modtageren ihvertfald må afgive berigelsen. Det skal ikke bestrides, at Lassens resultat, forsåvidt angår umyndige, var i overensstemmelse med den tidligere regel om umyndige i D L 5—3—10, jfr. *Scheel: Personret II*, 2. udg. 134, men denne retstilstand har myndighedsloven netop ændret og endda indført et ubetinget værdiansvar for den myndige medkontrahent, selv i de tilfælde, hvor ydelsen er gået tabt uden hans skyld. Som fremhævet ovenfor, tvinger myndighedsloven ganske vist ikke til at anvende denne regel på andre tilfælde af ugyldighed, men det ville dog sikkert være en anomali, hvis man nu gennemførte en så forskellig regel i de øvrige ugyldighedstilfælde. Det er derfor forsvarligt, når *Ussing* l. c. 259 (jfr. også *Erstatningsret* 228) antager, at modtageren i disse tilfælde må være pligtig at fralægge sig *berigelsen*. Og det er vel endog et spørgsmål, om ikke den nye lov om borteblevne (1946) må medføre, at kravet ligefrem bliver udformet som et *værdikrav* ialtfald af samme strengthed, som det i denne lov gennemførte. Ti ellers ville der opstå den ejendommelighed, at arvinger, som har fået arv udlagt i h. t. en dødsformodningsdom, bliver behandlet strengere end den, som har modtaget en ydelse i h. t. et ugyldigt løfte. Man kunne ganske vist indvende, at arvinger, som har erhvervet en borteblevens ejendom i h. t. dødsformodningsdom, netop af denne grund har anledning til at regne med, at deres ejendoms-erhvervelse ikke er helt endelig, idet der er mulighed for, at den borteblevne senere vil dukke op og rejse krav, inden lovens frist udløber. Men når man omvendt betænker denne frists længde: 10 år («usikkerhedsperioden» er således meget lang), taber indvendingen det meste af sin kraft. Ti ved ugyldige kontrak-

7) Der er en vis parallel til dette i gældsbrevs. § 14 (jfr. § 15), idet denne som betingelse for ekstinktion af tidligere rettigheder over et gældsbrev, kræver af erhververen, foruden at han har været i god tro, tillige at overdragelsen mellem ham og hans umiddelbare hjemmelsmand er gyldig, se nærmere *Ussing Obligationsret* 283 f.

ter vil restitutionskravet normalt blive rejst umiddelbart efter erhvervelsen, og sker det undtagelsesvis ikke, vil kravet i almindelighed være gået tabt enten som følge af det almindelige passivitetsprincip — jfr. herved grundsætningen i aftalel. § 28 stk. 2 — eller ganske simpelt, fordi modtageren i så fald må have føje til at gå ud fra, at løftegiveren har opgivet sin indsigelse og dermed sin ret. Forøvrigt bemærkes det, at yderen i h. t. alm. grundsætninger, jfr. herved også aftalel. § 36, normalt ikke kan gøre ugyldigheden gældende, hvis han har erlagt uden forbehold efter at have fået kundskab om ugyldighedsgrunden, f. eks. svig eller forvanskninger, eller efter at en retstridig tvang er ophørt. Ved den nærmere gennemgang af kravets udmåling må der forøvrigt sondres mellem forskellige tilfælde.

(a) Hvis modtageren på det tidspunkt, da han foretog den handling (forbrug, videresalg etc.), som forhindrer tilbagegivelsen, *indså eller burde have indset*, at der forelå en ugyldighedsgrund, som medfører tilbagegivelsespligt, må han ligefrem være ansvarlig efter den *almindelige erstatningsregel*, jfr. Ussing l. c. Det er her et tvivlsomt spørgsmål, om modtageren i disse tilfælde også er ansvarlig, hvis tingen er gået tabt uden hans skyld. Lassen l. c. 823 jfr. 885 og 898 antog, at han ubetinget var ansvarlig, medmindre skaden havde ramt tingen uafhængigt af besiddelsesforholdet. Han antog m. a. o., at modtageren var ansvarlig efter en *casus mixtus*-regel, og han støttede resultatet på D L 5—3—35 og 36 og fdn. 20. febr. 1789 § 8. Disse lovbud kan dog næppe bære dette resultat, idet de alle handler om besiddere, hvis besiddelse har været culpøs fra første færd (tyve, hælere o. s. v.), medens besidderen i de foreliggende tilfælde har modtaget tingen i god tro, hvorfor det ville være urimeligt at lade ham være ansvarlig i samme omfang. Ussing l. c. går også, omend ikke ubetinget, så dog i hovedsagen imod Lassen på dette punkt. Der er dog næppe større betænkeligheder ved helt at fritage modtageren for ansvar i disse tilfælde, dog naturligvis således, at yderen får ret til de surrogater, som eventuelt måtte være indvundet ved tingens undergang.

(b) Har modtageren derimod også været i *god tro*, da han foretog den handling, som forhindrer tilbagegivelsen, er der selvsagt ingen basis for en hæftelse efter den almindelige erstatningsregel, hvorimod han, som forsvaret, bør være ansvarlig

efter en *værdimålestok*. Har han således forbrugt ydelsen, må han erstatte dens værdi, hvilket også må indbefatte yderens eventuelle positive opfyldelsesinteresse. Det sidste har dog normalt ingen praktisk interesse; ti i de tilfælde hvor den i den ugyldige kontrakt aftalte pris er højere end ydelsens værdi i handel og vandel, kan yderen sikre sig ved at benytte sig af sin ret til at fastholde kontrakten, forudsat naturligvis at modtagerens genløfte er gyldigt. Er dette derimod også ugyldigt (af samme eller andre grunde), kan kravet kun omfatte værdien i handel og vandel. Har han videresolgt tingen må værdien bestemmes på samme måde, dog bør der være (en fra begge sider afbeviselig) formodning for, at den opnåede pris er lig værdien i handel og vandel. Har modtageren forsætligt eller uagtsomt ødelagt tingen, må han tilsvare værdien; dog burde han måske være ansvarsfri, hvis han kun har udvist simpel uagtsomhed, ti han har dog med føje betragtet tingen som sin. Er tingen gået tabt uden hans skyld, må han være ansvarsfri, dog med pligt til at aflevere surrogater. Det erindres herved, at yderen også her kan dække sit tab i det omfang, han kan fastholde kontrakten.

Ved beregningen af værdien må tidspunktet for forbruget, bortsalget eller ødelæggelsen principielt lægges til grund, men nedadgående konjunkturer bør komme modtageren til gode, jfr. herved grundsætningen i lov om borteblevne § 18 stk. 2. Hvad endeligt angår oppebårne sædvanlige frugter af tingen, tilsiger hensynet til modtageren utvivlsomt, at han må have ret til at beholde disse; renter o. desl., endog når blot de er forfaldne, inden han er kommet i ond tro, eller yderen har anlagt sag, jfr. herved D L 5—5—4 og lov om borteblevne § 18 in fine. Modtageren må ligeledes være ansvarsfri for afsavn.

Hvad slutteligt angår de tilfælde, hvor ydelsens tilbagegivelse er udelukket som følge af selve *ydelsens natur*, det drejer sig t. eks. om en arbejdsydelse, bør restitutionskravet også her beregnes efter ydelsens værdi. Ussing l. c. vil dog heller ikke her strække sig til mere end berigelsen; men i disse tilfælde vil berigelsen og værdien dog som regel falde sammen, og spørgsmålet er derfor nærmest kun af terminologisk interesse.

2. Det andet hovedspørgsmål, som rejser sig på det foreliggende område, er udformningen af det restitutionskrav, der må

tilkomme medkontrahtenten, såfremt han har erlagt i h. t. en kontrakt, som den anden part kan erklære ugyldig.

Skyldes ugyldigheden medkontrahtentens *retstridige adfærd*, må hans krav selvsagt ikke gives større omfang, end hvad der kan forenes med løftegiverens (modtagerens) fuldstændige skadesløsholdelse. Kravet kan m. a. o. kun være et uskadelighedskrav. Befinder ydelsen sig intakt hos modtageren, kan han nok kræve den udleveret, men kun mod at tilsvare denne alle udgifter, som måtte være afholdt på tingen eller afholdt i anledning af dens modtagelse, opbevaring eller tilbagegivelse. Er ydelsen (herunder formentlig også penge) derimod forbrugt, afhændet o. s. v., kan han kun kræve erstatning i det omfang, han kan bevise, at ydelsen har medført en virkelig besparelse for modtageren, d. v. s. sparet denne for en udgift, som han under alle omstændigheder ville have afholdt. Da man må stille strenge krav til beviset, vil kravet således ofte være udelukket.

Er medkontrahtenten derimod i *god tro* m. h. t. ugyldigheden af modtagerens løfte, har han krav på hensyn. Bevirker ugyldigheden af modtagerens løfte, at medkontrahtentens løfte også bliver uvirksomt — og således vil sagen normalt stille sig i denne forbindelse, hvis modtageren har gjort sit løftes ugyldighed gældende (vederlagshensynet el. vederlagsforudsætningen er nemlig i så fald definitivt svigtet) — må medkontrahtenten have den samme retstilling, som modtageren (den, hvis løfte principielt er ugyldigt), således som den blev gennemgået ovenf. under 1, hvortil der kan henvises.

Kan modtageren fastholde kontrakten, og gør han dette, opstår der selvsagt intet spørgsmål om restitution.

c. *Ugyldigheden skyldes ulovligt indhold af kontrakten* (jfr. D L 5--1--2: »imod loven eller ærbarhed«). Nutidens lovgivning indeholder som bekendt talrige præceptive bestemmelser om kontraktens nærmere *indhold* og om forbud mod særlige kontraktstyper; og de senere års kriselovgivning om maksimalpriser, kædehandel, sorthørshandel o. s. v. har udvidet området meget betydeligt. Retsvirkningerne af, at en kontrakt strider mod præceptive lovbud, er meget forskellige i de forskellige tilfælde. I nogle tilfælde bevirker en ulovlig kontraktbestemmelse, at kontrakten som helhed bliver ugyldig, medens ulovligheden i andre tilfælde

kun har en svagere retsvirkning; f. eks. at den ulovlige bestemmelse anses for uskrevet, hvorimod kontrakten iøvrigt tillægges gyldighed. Bortset fra positive lovbestemmelser, kan det også tænkes, at domstolene ud fra forholdets natur vil erklære en kontrakt for ugyldig, fordi den forfølger et *retstridigt* eller *usædeligt formål*. Den formelle hjemmel for domstolene findes i D L 5—1—2's udtryk »imod ærbarhed«, som må opfattes som en retstandard, hvis indhold vil ændre og udvikle sig under indflydelse af de skiftende tiders moralopfattelse, jfr. herved nærmere *Ussing Aftaler* 189 ff. Spørgsmålet om, hvornår en kontrakt er ugyldig som følge af, at den strider mod præceptive lovbestemmelser eller ærbarhed, danner baggrunden for den følgende udvikling om restitution (tilbagesøgning) i anledning af ydelser erlagt i h. t. slige ugyldige aftaler, men det skal ikke tages op til nærmere behandling her; der må i så henseende henvises til Ussings fremstilling l. c. 186 ff. med henvisninger.

Spørgsmålet om tilbagesøgning af ydelser, erlagt i h. t. de her nævnte ugyldige kontrakter, har en vis tilknytning til *condictio indebiti*-problemet og behandles ofte, navnlig i de romanistiske retsforfatninger, i umiddelbar fortsættelse heraf; dette var også *Jul. Lassens* fremgangsmåde i *Speciel* §§ 147—149. Som anført ovenf. i kap. 8, s. 258 f. må de to problemer dog ikke forveksles. Ti ved ulovlige kontrakter er yderen som regel på det rene med, at ydelsen ikke skyldes, og der foreligger således ikke nogen betaling i urigtig formening om skyld, hvilket er forudsætningen for *condictio indebiti*-problemet. Er dette derimod undtagelsesvis tilfældet, falder de to områder dog sammen.

De fleste lovbestemmelser (jfr. t. eks. de forskellige maksimalprisbestemmelser), der forbyder kontrakter af et vist indhold, indeholder som regel ingen bestemmelser om tilbagesøgningsspørgsmålet, og domstolene står i så fald frit i dette spørgsmål. Undertiden bestemmer loven dog ligefrem positivt, at tilbagesøgning er udelukket, se t. eks. rentel. af 3. juli 1942 § 4.

Som hovedregel må det imidlertid antages, at ydelser erlagt i h. t. en aftale, som strider mod lov eller ærbarhed, *ikke kan søges tilbage*, jfr. *Ussing og Lassen* anf. st., men denne hovedregel skyldes i virkeligheden forskellige grunde. For det første må det fremhæves, at selvom aftalen strider mod lov og ærbarhed, er det ikke dermed givet, at opfyldelsen strider hermed. Som regel må

det formodes, at løftegiveren er tilstrækkeligt værnet ved, at han ikke er pligtig at opfylde kontrakten, hvorimod selve forpligtelsen — omend ugyldig — må betragtes som en *naturalobligation*, hvis tilbagesøgning er udelukket i h. t. almindelige grundsætninger. Men dernæst vil det ofte stride mod *rettens værdighed*, hvis en domstol skulle beskæftige sig med de herhenhørende tilbagesøgningskrav, f. eks. tilbagesøgning af vederlag for usædelige ydelser, jfr. *Vinding Kruse ER II. 1208*, se også om et beslægtet tilfælde U 1929.28 H. I andre tilfælde udelukkes tilbagesøgningskravet, fordi selve ydelsen er *led i en forbrydelse*, f. eks. bestikkelser etc., eller m. a. o. udbyttet af en forbrydelse, som ganske simpelt vil blive *konfiskeret* i h. t. strfl. § 77. Men selvom der ikke ligefrem foreligger en forbrydelse, vil man ofte kunne sige, at begge parter er *lige om »brøden«*, hvorfor det ville være urimeligt, om den ene af parterne, blot fordi han ser sin fordel heri, skulle have ret til at kræve tilbagegang af begge parters ydelser. I denne forbindelse har man på romanistisk grundlag opstillet følgende sætning til vejledning for domstolene: *Tilbagesøgning er kun mulig, hvis modtageren handler i strid med lov og ærbarhed ved at modtage ydelsen, uden at det samme kan siges om yderen, forsåvidt angår opfyldelsen*; se hertil Ussing og Lassen anf. st. Det siger sig selv, at denne sætning kun kan yde domstolene en »grov« vejledning, og i de enkelte tilfælde må den ofte suppleres med andre betragtninger, se som eks. gennemgangen nedenf. om overtrædelse af maksimalprisbestemmelser.

Det ville her føre for vidt at gennemgå alle de forskellige tilfælde, hvor den nævnte sætning finder anvendelse, og hvor der altså bør ske tilbagesøgning samt idetheletaget alle de forskellige andre undtagelsestilfælde, hvor tilbagesøgning af ydelser, erlagt i h. t. ulovlige kontrakter, er mulig, idet der kan henvises til den udførlige fremstilling hos Ussing l. c. 199 ff. Hvad særligt angår aftaler, som strider mod *maksimalprisbestemmelser* o. lign., skal der dog, grundet på spørgsmålets aktuelle betydning, gives en kort redegørelse. Vedrørende dette spørgsmål yder den ovennævnte sætning ingen større vejledning, men det er fast antaget i dansk domspraksis, jfr. herved Ussing l. c. 226, at køberen normalt ikke kan kræve det for meget betalte tilbage fra sælgeren, jfr. U 1921.482 H og 1944.268 H, jfr. 1943.623, uanset om parterne kan straffes eller ej, medmindre der er *særlig hjemmel* i

loven for tilbagesøgning, jfr. f. eks. lejel. § 28, se også U 1946.744, hvor tilbagesøgning dog indrømmedes i henhold til en fortolkning af loven (bkg. nr. 443 af 19. august 1940 § 6 stk. 1, jfr. lov nr. 415 af 5. aug.), eller hvor modtageren har gjort sig skyldig i *svig*, jfr. T.f.R. 1924.48, eller når der er taget *forbehold*, jfr. U 1946.600 H, eller når maksimalprisen virker som *svigtende forudsætning*, jfr. U 1946.533 H, hvor lejerer L af en tørvemose havde betalt 4000 kr. i leje, men hvor produktionen kun blev så stor, at han ifølge de gældende maksimalprisbestemmelser kun måtte give 1500 kr. L blev her kendt berettiget til at tilbagesøge det overskydende beløb, idet betalingen var knyttet til den forudsætning, at produktionen ville blive så stor, at betalingen ikke ville komme til at overstige maksimalprisen (i kontrakten var der anført, at produktionen ville blive 1500 t. — den virkelige produktion blev kun på 500 t.), jfr. iøvrigt *Eyvind Kromann Thomsen* i U 1943 B. 157 ff. Har lejerer af tørvemosen indset eller burdet indse, at produktionen blev mindre, men desuagtet betalt, kan han naturligvis ikke søge beløbet tilbage, jfr. U 1948.875.

Men bortset fra disse specielle tilfælde må det dog fastholdes, at tilbagesøgning som hovedregel ikke kan ske, og denne hovedregel må utvivlsomt siges at være velbegrundet. Ti når det må antages, at en køber, som har købt en vare til overpris, ikke kan kræve varen leveret mod kun at erlægge maksimalprisen, jfr. herved *Ussing l. c.* og *Poul Schmith* i U 1945 B. 77 ff., følger det i virkeligheden heraf, at han heller ikke, efter erlæggelsen fra begge sider er sket, kan tilbagesøge overprisen. Når en sælger har solgt til en pris, der ligger over maksimalprisen, har han derved tilkendegivet, at han kun ønsker at sælge til en pris højere end maksimalprisen, og da maksimalprisbestemmelserne iøvrigt ikke kan antages at have til hensigt at tvinge varerne ud i omsætningen, kan han efter almindelige kontraktsretlige regler (jfr. købel. § 28) hæve købet, når køberen tilkendegiver, at han kun vil betale maksimalprisen. En modsat regel ville også begunstige uhæderlige købere på de hæderliges bekostning (*Ussing l. c.*), idet de, ved at give tilsagn om overpris, kunne bevæge sælgerne til netop at sælge til dem og så bagefter blot kræve levering til nedsat pris. Men den samme betragtning rammer også tilbagesøgningskravet, som derfor konsekvent må udelukkes. Maksimalprisbestemmelserne må antages at være tilbørligt varetaget gennem

straffebestemmelserne, hvorfor en privat »håndhævelse« i form af tilbagesøgning må siges at være overflødig.⁸⁾ I almindelighed vil fremførelse af tilbagesøgningskravet i retten iøvrigt kun få den virkning, at overprisen konfiskeres som ulovlig fortjeneste, se prisl. § 19. Dog bør der være adgang til tilbagesøgning, hvis køberens ukendskab til maksimalprisen eller dennes størrelse er særlig undskyldelig. Dette vil normalt være tilfældet i butikshandelen, som derfor formentlig helt bør undtages fra reglen.

I de tilfælde, hvor man gør undtagelse fra den alm. hovedregel og indrømmer tilbagesøgning af ydelser, erlagt i strid med lov og ærbarhed, er dette, forudsat at det drejer sig om en individuelt bestemt ydelse, et egentligt vindikationskrav. Dansk ret vedkender sig, som anført, ikke den tyske doktrin, om at overdragelser (forføjninger) er abstrakte. Udleveringskravet må nyde beskyttelse overfor modtagerens kreditorer og arvinger. Derimod må det i almindelighed fortabes overfor omsætningserhververe, som i god tro har fået tingen overgivet; til støtte for dette resultat kan der anføres lignende betragtninger, som der ovenf. i kap. 8, s. 297 f. er anført om *condictio indebiti*-kravets beskyttelse, iøvrigt henvises til *Vinding Kruse ER II.1299 f.* med domme og yderligere henvisninger.

Hvad angår restitutionskravets nærmere udformning, når selve ydelsen ikke kan tilbagegives, må denne sikkert bestemmes på lignende måde som ved ugyldighedsgrunde, der skyldes mangler ved indgåelsen, jfr. ovenf. under b., altså som et *værdikrav*.⁹⁾ Om ydelsens forbrug, videreoverdragelse eller tilintetgørelse samt om frugter af genstanden må der også gælde tilsvarende regler.

⁸⁾ jfr. dog for et specielt tilfælde vedkommende U 1945.879, hvor tilbagesøgning blev indrømmet af et vederlag for overdragelse af en telefon i strid med „kriselovgivningens grundsætninger“. Se også U 1942.393: A solgte udnyttelsesretten til en plantage til B. Da både A og B burde have vidst, at salget stred mod bkg. nr. 446 af 22. dec. 1939, blev B fritaget for at betale den resterende købesum og fik den allerede betalte købesum tilbagebetalt tilligemed udgifterne ved den foretagne skovning, der måtte antages at ville komme A til gode. Derimod toges B.s krav på erstatning ikke til følge.

⁹⁾ *Ussing* behandler i *Aftaler* 258 f. restitutionskravene i anledning af ugyldige kontrakter under eet, uanset om ugyldigheden skyldes mangler ved indgåelsen eller ulovligt indhold, og anlægger, som anført, principielt en berigelsesmålestok.

d. *Ugyldigheden skyldes formmangler*. Dansk ret opstiller kun i sjældne undtagelsestilfælde krav om, at kontrakter skal indgås i bestemte former, jfr. herved *Ussing Aftaler* 105 ff., og kun i de færreste tilfælde bevirker overtrædelse af formforskrifter, at aftalen bliver ugyldig. Men selvom manglende form bevirker ugyldighed, vil dette dog kun undtagelsesvis give anledning til restitutionskrav. I nogle tilfælde vil kravet være udformet som et *egentligt erstatningskrav*, således at vedkommende kontrahent har krav på erstatning for det tab, han må antages at have lidt, ved at formkravet ikke er blevet overholdt; dette er t. eks. tilfældet, forsåvidt angår lærlingens krav mod mesteren, hvis lærlingel. § 1's formkrav ikke er overholdt, jfr. lovens § 23 stk. 2. I andre tilfælde kan tilsidesættelsen af formforskrifter virke som en *svigtende forudsætning*, dette kan f. eks. tænkes ved tilsidesættelse af aktieselskabslovens formkrav i § 3 vedrørende selskabets stiftelse, jfr. U 1927.133: Tilbagesøgning af indbetalte aktiebeløb indrømmet, fordi der, da aktietegningen fandt sted, ikke forelå nogen stiftelsesoverenskomst, og fordi de pågældendes senere forhold ikke kunne opfattes som et samtykke til at lade de tegnede beløb indgå i det senere stiftede selskab.

Bortset fra disse tilfælde har restitutionskravet, såvidt ses, kun virkelig praktisk betydning, hvor en gavedisposition mellem ægtefæller er ugyldig enten p. gr. af manglende *ægtepagtsform*, jfr. ægteskl. II §§ 35—37, eller p. gr. af, at *formforskrifterne* i § 31 er tilsidesat. Ikke alene overdrageren (ægtefællen) selv, men også hans kreditorer og arvinger kan påberåbe sig de nævnte bestemmelser, jfr. *Borum Familieret* II 281, og de kan formentlig i særlig grad siges at være givet i de to sidstnævnte persongrupperes interesser, især i kreditorernes. Formforskriften i § 31 pkt. 2 (skriftligt dokument) kan kun påberåbes af kreditorerne, men både arvinger og overdrageren selv kan iøvrigt anvende § 31 pkt. 1, jfr. *Borum* l. c.

Angående spørgsmålet om, hvornår betingelserne for restitutionskravets rejsning er tilstede efter de nævnte bestemmelser, må der henvises til fremstillingen hos *Borum* anf. st.; her skal kun kravets nærmere udformning omtales.

I modsætning til hvad der gælder om værdihæftelsen if. lovens § 33, går krav, som rejses på basis af §§ 30 og 31 principielt ud på *vindikation* af det overdragne gode, forudsat naturligvis, at

det er individuelt bestemt, jfr. *Borum l. c.* og *Arnholm: Familierett*, 2. udg. (1945) 225. Vindikationskravet må også kunne gøres gældende mod modtagerens kreditorer og arvinger. Derimod må det sikkert antages, at kravet ekstingveres af godtroende aftalerhververe, som har fået tingen overgivet (hvortil gavemodtagere i denne relation formentlig også må henregnes). Til støtte for denne ekstinktionsregel kan anføres: at forsåvidt angår overdrageren selv, har han frivilligt givet tingen fra sig som en endelig overdragelse, ikke blot betroet den til en anden (D L 5—8—12), og han har derfor ikke krav på noget særligt hensyn, jfr. i lignende retning *Arnholm l. c.* Og hvad dernæst angår overdragerens kreditorer, vil antagelsen af ekstinktion være i god overensstemmelse med konkursl. § 29.

Vindikationskravet kan næppe antages at omfatte sædvanlige frugterhvervelser, ihvertfald ikke hvis modtageren ikke positivt har været vidende om dispositionens ugyldighed, jfr. ovenf. i kap. 7, s. 197. Der kan heller ikke være tale om at rejse krav for værdiforringelse som følge af almindeligt slid på tingen.

Er vindikation imidlertid *udelukket* af en eller anden grund, opstår det sædvanlige spørgsmål, hvorledes kravet i så fald bør udformes. §§ 30 og 31 indeholder i modsætning til § 33 intet om dette spørgsmål. Da § 33 imidlertid gælder i tilfælde, som ikke kan siges at være af mere graverende art end §§ 30 og 31's tilfælde (tværtimod er der i § 33 endog blevet oprettet ægtepagt), ville det utvivlsomt være en anomali, hvis man udformede ansvaret efter §§ 30 og 31 mildere end ansvaret efter § 33. Man kan derfor ikke anlægge en berigelsesmålestok, men må ligesom i § 33 tage sit udgangspunkt i en *værdimålestok*.¹⁰⁾

Har modtageren således *forbrugt* (eller forsætligt eller uagtsomt *tilintetgjort*) den modtagne gave, må han hæfte for handelsværdien, selvom han i og for sig er i god tro m. h. t. de omstændigheder, der bevirker overdragelsens ugyldighed. Har han ydet delvist vederlag til gavegiveren (den anden ægtefælle), må han dog kunne fradrage dette, jfr. § 33 og idetheletaget det al-

¹⁰⁾ At *Arnholm l. c.* 227 taler om, at kravet i § 33 (norsk lovs § 36) er begrænset til „berigelsen“, ændrer ikke realitetsforskellen mellem dette krav og et krav udformet efter berigelsesgrundsætningen. Det må bemærkes, at den norske ægteskabslov (II) af 20. maj 1927 § 36 ikke i sin reale formulering afviger fra den danske lovs § 33.

mindelige vederlagshensyn. Har han *videreoverdraget* tingen, må han på samme måde hæfte for værdien; dog bør der formentlig gælde en formodning for, at den opnåede pris er lig værdien. Værdien må iøvrigt beregnes efter værdien på det tidspunkt, da forbruget eller videresalget skete. Man kunne imidlertid rejse det spørgsmål, om modtageren, hvis han var i god tro, ved forbrug eller videresalg ikke burde være helt ansvarsfri, idet han dog er aftaleerhverver og derfor burde falde ind under den af Jul. Lassen opstillede sætning, hvorefter en godtroende aftaleerhverver af vindicable genstande er ansvarsfri for forbrug eller videresalg. Dette kan dog næppe antages. Ti for det første ville det sikkert stride mod det ovenfor udviklede om § 33's forhold til §§ 30 og 31, ligesom det også må fremhæves, at overdragelsen er ugyldig, medens Lassens sætning formentlig kun kan anvendes, hvor selve overdragelsen er gyldig, jfr. bemærkningerne ovenf. s. 329 f. Men dernæst ville det næppe være forsvarligt at henregne en ægtefælle til de sædvanlige omsætningserhververe, ti det særlige hensyn til omsætningens sikkerhed, der danner den reale baggrund for Lassens sætning, gør sig kun gældende med ringe styrke, når talen drejer sig om ægtefæller, og det har idetheletaget kun svagere betydning, når det som her drejer sig om gavemodtagere. Følger man ligefrem det af *Cohn* 223 og *Us-sing Erstatningsret* 220 f. hævdede standpunkt, hvorefter sætningen altid er uanvendelig på gavemodtagere, et standpunkt man næppe kan nære større betænkeligheder ved, når det specielt drejer sig om gaveoverdragelser mellem ægtefæller, falder problemet naturligvis helt bort.

Er tingen *gået tabt uden modtagerens skyld*, må han være ansvarsfri, forudsat naturligvis at tingen er individuelt bestemt. Man må imidlertid rejse det spørgsmål, om reglen også gælder, hvis modtageren har været i *ond tro* m. h. t. gavedispositionens gyldighed, hvilket i § 31 navnlig vil sige, at han har eller burde have været klar over overdragerens (den anden ægtefælles) insolvens; altså m. a. o. om modtageren i disse tilfælde bør hæfte efter et *casus mixtus*-synspunkt. En sådan hæftelse synes dog i disse tilfælde at være noget hård. *Casus mixtus*-ansvaret bør formentligt, når der henses til dets strenghed, kun bringes til anvendelse ved *grove retsbrud*, såsom tyveri, røveri, hæleri, underslæb o. lign. Dette synes også de gamle bestemmelser, som reglen er

udledt af, at tyde på, se D L 5—3—35 og 36 (hæleri m. h. t. ejendom stjålet af fjendtlige troppestyrker), fdn. af 20. febr. 1789 § 8 (tyve og hælere) og de underslæbslignende tilfælde i D L 5—8—7 og 12 (nu lejel. § 46 jfr. §§ 44 og 45).¹¹⁾ Casus mixtus-ansvaret synes derfor ikke at være på sin plads, når det drejer sig om de hernævnte ondtroende gavemodtagere (ægtefæller), idet deres forhold ikke kan sidestilles med de ovennævnte grove retsbrud. Til støtte for dette resultat kan det også anføres, at ondtroende gavemodtagere, hvis erhvervelse kan afkræftes if. konkursl. § 26, heller ikke er ansvarlige for hændelig undergang, jfr. paragraffens stk. 1 pkt. 2, se *H. Munch-Petersen*: Skifteretten, 3. udg. 126 f. Ganske vist beroede denne regels indførelse formentlig på en tilfældighed, jfr. *H. Munch-Petersen* l. c. note 24, men den er dog uforandret gået igen i udkast til lov om gældsordning (1941) § 113 stk. 3, hvor sondringen mellem god- og ondtroende erhververe iøvrigt er blevet slettet. Og hvad angår § 33 antager Borum l. c. 288 heller ikke positivt, at der gælder noget casus mixtus-ansvar, men han udtaler blot, at spørgsmålet er tvivlsomt.

Casus mixtus-reglen bør ihvertfald ikke gælde, hvis det er gavegiveren selv (den anden ægtefælle), som gør ansvaret gældende efter §§ 30 eller 31. Man kan idetheletaget rejse det spørgsmål, om ansvaret ikke i almindelighed, uanset god eller ond tro hos modtageren, bør »mildnes« til berigelsesgrænsen, når det er ægtefællen selv (overdrageren), som gør ansvaret gældende, ti han har dog selv frivilligt givet afkald på formuegodet, eller m. a. o. berigelsessituationen skyldes nærmest hans (tablidtes) egne handlinger. Dette bør formentlig antages, medmindre der foreligger et udnyttelsesmoment fra den anden ægtefælles (modtagerens) side.

¹¹⁾ *Lassen* var tilbøjelig til at give casus mixtus-reglen et videregående anvendelsesområde, se navnlig *Speciel* 823, jfr. også *Alm.* 348, medens *Ussings* udtalelser i *Erstatningsret* 153 og *Obligationsret* 138 vistnok ikke strider mod det hævdede standpunkt. Hvad særlig angår obligatio perpetuatur-ansvaret i kontrakt (se om dette *Ussing* l. c. og *Lassen Alm.* 477) synes dette måske at stride mod min opfattelse, men det må dog ikke overses, at dette ansvar er realt begrundet i hensynet til omsætningens sikkerhed og et dermed forbundet risikosynspunkt, som har en vis parallel i reglen om risiko-overgangen i kobel. § 17 stk. 2, ganske vist med modsat fortegn.

III. *Restitutioner i anledning af misligholdte kontrakter eller kontrakter, som helt eller delvist taber deres virkning på grund af svigtende forudsætninger.*

A. *Grundlaget for restitutionskravet.*

Er der erlagt ydelser fra den ene eller begge sider i et kontraktsforhold, som bagefter hæves (annulleres) på grund af misligholdelse eller svigtende forudsætninger, opstår problemet om restitution af de erlagte ydelser.

Misligholdelse betragtes i denne forbindelse (ligesom ugyldighed) sædvanligvis ud fra et forudsætningssynspunkt, se *Ussing Obligationsret* 95, idet man taler om, at misligholdelsen virker som en svigtende (type-) forudsætning for den anden parts opfyldelse. Ud fra dette synspunkt bliver spørgsmålet om restitution i anledning af misligholdte kontrakter en undergruppe af det mere omfattende spørgsmål om restitution i anledning af svigtende forudsætninger. Når misligholdelsen består i tilsidesættelsen af en *udtrykkelig* betingelse i kontrakten, hvilket må siges at være det normale, er det dog formentlig terminologisk uheldigt at tale om en »forudsætnings« svigten; det korrekte ville være at tale om en »betingelses« svigten, se nærmere ovenf. s. 320 f. Denne indvending ændrer dog ikke, at spørgsmålet om restitution i anledning af misligholdelse og spørgsmålet om restitution i anledning af svigtende forudsætninger (iøvrigt) praktisk talt må besvares ud fra ensartede synspunkter.

At misligholdelsen er culpøs, kan naturligvis få en vis (skærpende) betydning for restitutionskravet. Men noget andet er, at hvor misligholdelsen pådrager den misligholdende part erstatningsansvar til den positive opfyldelsesinteresse, vil medkontrahenten ofte, når det iøvrigt er muligt, se sig bedst tjent med at fastholde kontrakten, samtidig med at han kræver erstatning; og i så fald bliver der selvsagt ikke spørgsmål om nogen restitution. Omvendt kan det tænkes, at det restitutionskrav, som den misligholdende part har mod medkontrahenten, billigtvis må »mildnes« noget i særlige tilfælde.

Under hvilke nærmere betingelser en kontrakt kan hæves p. gr. af misligholdelse eller svigtende forudsætninger iøvrigt, skal ikke tages op til nærmere behandling her, men der må hen-

vises til *Ussings* fremstilling i *Obligationsret* 95 ff. (om misligholdelse) og *Aftaler* 457 ff. (om svigtende forudsætninger).

Selve det forhold, at kontrakten er opfyldt (helt eller delvist), vil ikke sjældent både i dansk og fremmed ret få den virkning, at kontrahenten afskæres fra at hæve (træde tilbage fra) kontrakten, jfr. navnlig købel. § 28 stk. 2 om sælgerens overgivelse af salgsgenstanden, se iøvrigt *Ussing Obligationsret* 114 f. Dette forhold må dog ikke tages som et vidnesbyrd om, at dansk ret har akcepteret den tyske doktrin, at overdragelser (forføjninger) er abstrakte, men det kan formentlig siges, at dansk ret bl. a. herigennem varetager de hensyn, som den tyske regel sigter til, men som den utvivlsomt har overdrevet gennem sin altomfattende generalisering, se ovenf. s. 322. Hvad iøvrigt angår baggrunden for de foreliggende restitutioner, må der henvises til bemærkningerne ovenf. s. 315 ff. Ved den nærmere gennemgang i det følgende vil det sikkert, til trods for de anførte fællestræk i udgangspunktet, være formålstjenligt af h. t. overskueligheden at sondre mellem almindelige misligholdelsestilfælde og andre forudsætningstilfælde.

B. Restitutioner i anledning af misligholdelse.

a. *Kan ydelserne gives tilbage i (væsentlig) uforringet stand*, er sagen forsåvidt klar. Restitutionskravet er her, forudsat at det drejer sig om en individuelt bestemt genstand, et almindeligt *vindikationskrav*, som kan gøres gældende ikke alene mod vedkommende kontrahent, men også mod hans arvinger, samt mod hans kreditorer i det omfang, konkursl. § 16 stk. 2 tillader det, se herom *Ussing Obligationsret* 192 f. og *Vinding Kruse E R II* 1253 f. Derimod må vindikationskravet fortabes overfor omsætningsserhververe, som har fået tingen overgivet i god tro, jfr. *Ussing Aftaler* 488 og *Vinding Kruse E R II* 1299 m. henv., medmindre ophævelsesretten støtter sig på et egentligt (gyldigt taget) ejendomsforbehold.

Hvad særligt angår *pengeydelser*, må det bemærkes, at medkontrahenten i h. t. almindelige grundsætninger altid kan kræve et tilsvarende beløb hos den anden kontrahent, uanset hvad der måtte være sket med de ydede penge, se *Ussing* l. c. 144 og *Cohn* 235. Overfor kontrahentens konkursbo er kravet dog kun et almindeligt kreditorkrav, formentlig også selvom pengene stadig

forelå individualiserede hos fallenten ved konkursens begyndelse, jfr. *Ussing Obligationsret* 193 og 122. Er pengene først overgivet efter konkursens begyndelse, må boet dog tilsvare beløbet som et massekrav, jfr. konkurssl. § 4, se nærmere Vinding Kruse l. c. 1227.

Med hensyn til sædvanlige *frugterhvervelser* (udbytte, renter o. s. v.) af ydelsen, som er forfaldne (og oppebårne) inden kravets rejsning, hævder *Ussing i Aftaler* 490, at den misligholdende part i et gensidigt bebyrdende kontraktsforhold må tilsvare disse. Forsåvidt misligholdelsen kan tilregnes vedkommende, tilligemed de tilfælde, hvor han har været klar over, at der forelå misligholdelse, må resultatet siges at være i god overensstemmelse med dansk rets sædvanlige regler, se hertil ovenf. i kap. 7, s. 197 og kap. 8, s. 293. Reglerne om negativ kontraktsinteresse vil formentlig i de fleste tilfælde også føre til det samme resultat. I denne forbindelse må det iøvrigt bemærkes, at parten, forsåvidt betingelserne for at kræve negativ kontraktsinteresse er tilstede, se herom *Ussing Obligationsret* 176 ff., ordentligvis også må svare erstatning for afsavn og fructus percipiendi. Derimod er *Ussings* resultat mindre sikkert, hvis parten undtagelsesvis har været uvidende om sin misligholdelse. Måske kunne man hævde, at vedkommende burde svare erstatningen ud fra et »risikosynspunkt«, idet han dog er den nærmeste til at bære »risikoen« for misligholdelsen. Betragtningen er dog næppe holdbar, og i de tilfælde, hvor domstolene iøvrigt finder det rimeligt, er der intet i vejen for at fritage parten for at svare erstatning. Hvad derimod angår medkontrahenten, som gør misligholdelsen gældende, synes det naturligt helt at fritage ham for at tilsvare frugterhvervelser til og med det tidspunkt, da han opdager misligholdelsen. Købel. § 57 er næppe til hinder for dette resultat, og samme lovs § 18 stk. 2 yder måske en vis støtte for det. At han ikke skal yde erstatning for almindeligt slid på genstanden, kan formentlig udledes direkte af § 57 (»væsentlig samme stand«).

Angående de særlige regler om ophævelse af *køb på afbetaling med ejendomsforbehold* må der henvises til *Ussing Køb* 155 ff., og forsåvidt angår frugterhvervelser til *Knud Illum: Ejendomsforbehold* (1946) 202 ff. Med hensyn til *lejeforhold* mærkes lejel. §§ 68 og 69, se herom *Ussing Enkelte Kontrakter* 23 og *Obligationsret* 227.

b. *Kan ydelsen ikke gives tilbage som følge af begivenheder, indtruffet efter erlæggelsen*, såsom forbrug, tilintetgørelse eller videresalg, opstår de sædvanlige problemer om udmålingen af restitutionskravet.

Dette spørgsmål er snævert forbundet med spørgsmålet om, hvorvidt selve hæveadgangen yderligere bør indskrænkes som følge af slige begivenheder.

Drejer det sig om den ydelse, der er blevet erlagt til den misligholdende kontrahent, synes der ikke at være grund til at indskrænke medkontrahentens hæveadgang i videre omfang, end sket er ved selve erlæggelsen. Er medkontrahenten bedst tjent med at anlægge et hævesynspunkt ved opgørelsen, må han derfor have ret hertil, jfr. i lignende retning *Ussing Obligationsret* 116, og dette må gælde, hvadenten ydelsen er forbrugt eller afhændet. Ved opgørelsen bør man dog formentlig anlægge et *værdisynspunkt* og ikke et berigelsessynspunkt, jfr. eksemplet anført nedenfor, hvilket navnlig får betydning i tilfælde af videresalg.¹²⁾ Er det modtagne (bortset fra penge) gået tabt uden modtagerens skyld, er det dog et spørgsmål, om medkontrahenten ikke bør lade sig nøje med at søge skadesløsholdelse i det omfang, dette kan ske ved at fastholde kontrakten og kræve positiv opfyldelsesinteresse eller forholdsmæssigt afslag i egen ydelse. Forsåvidt genstandens undergang ækvivaleres af surrogater, er der dog ingen grund hertil, jfr. *Ussing l. c.* Men er dette ikke tilfældet, er spørgsmålet identisk med spørgsmålet, om den misligholdende part er ansvarlig for hændelig undergang. Dette bør han ihvertfald ikke være i de undtagelsestilfælde, hvor han har været uvidende om misligholdelsen. I de sædvanlige tilfælde er det mere tvivlsomt. Antager man, at dansk ret hylder en vidtgående *casus mixtus*-regel, vil han være det, men godkender man kun denne regel i det af mig ovenf. forsvarede mindre omfang, er der næppe i almindelighed grund til at lade ham være ansvarlig, hvilket altså må medføre, at medkontrahenten i realiteten mister sin hæveadgang, men man må så til gengæld give ham ret til at kræve forholdsmæssigt afslag i egen ydelse, selvom denne ikke er

¹²⁾ Dette var også *Lassens* opfattelse, jfr. *Alm.* 301. *Ussing l. c.* udtaler sig ikke direkte om spørgsmålet, men parallelliserer til forudsætningslæren, hvilket tyder på, at han er mest stemt for et berigelsessynspunkt; han henviser dog også til *Lassen*.

delelig, og altså til trods for at overgivelsen har fundet sted. Det forholdsmæssige afslag må altså udregnes på basis af den værdi, som den erlagte ydelse havde ved overgivelsen. Det er vel noget tvivlsomt, om man kan anvende denne fremgangsmåde i dansk ret (modsat tysk, jfr. B. G. B. § 473), se hertil *Ussing* l. c. 123 m. henv., men det må formentlig antages i disse tilfælde. Nægter man ham imidlertid denne (mindre vidtgående) ret, må hans hæveadgang (som har mere vidtgående konsekvenser) billigtvis udvides tilsvarende.

Et eksempel¹³⁾ vil illustrere den ovenstående udvikling. A og B indgår en byttehandel om to malerier. A.s maleri ansættes i kontrakten til 3.000 kr., medens B.s sættes til 4.000 kr., således at A ved byttet erlægger 1.000 kr. kontant. Bagefter viser det sig, at det billede, A har modtaget, kun er en kopi af det originale kunstværk, hvorfor dets værdi kun er 500 kr. Hæver A handlen, vil det altså sige, at han mod at aflevere kopien erholder sit maleri tilbage + de 1.000 kr. Har B imidlertid i mellemtiden videresolgt billedet, f. eks. for 2.000 kr., må hævesynspunktet på basis af en *værdimålestok* medføre, at A istedet for sit billede har krav på dets *værdi*. Sættes den for nemheds skyld = den aftalte pris 3.000 kr. (hvilket der iøvrigt må være formodning for), bliver A holdt skadesløs. Hvis man derimod anlægger et berigelsessynspunkt, skulle B slippe med at tilbagebetale berigelsen = 2.000 kr., hvorved A ville få et tab på 1.000 kr. Den sidste løsning synes imidlertid ikke at være rimelig, idet B må være den nærmeste til at bære dette tab, og man bør derfor formentlig anlægge værdisynspunktet.¹⁴⁾ Tænker man sig derimod, at A.s billede er gået tabt hos B uden dennes skyld, skulle A efter det anførte være afskåret fra at hæve. Forudsætningen herfor må dog efter det anførte være, at der indrømmes ham adgang til at kræve forholdsmæssigt afslag i egen ydelse. Det økonomiske resultat ville herefter blive: A må beholde kopien, men kan forlange forholdsmæssigt afslag i egen ydelse = 3.500 kr.¹⁵⁾ (stadig forudsat, at vær-

¹³⁾ Eksemplet svarer nogenlunde til tilfældet i U 1938.413; men i domstiltfældet forelå der udtrykkelig garanti, el. m. a. o. egentlig erstatningspligt efter købel. § 42 stk. 2.

¹⁴⁾ Således også *Lassen Alm.* 803.

¹⁵⁾ havde det kontante vederlag været 3.500 kr. og ikke som i eksemplet 1.000 kr., er der næppe tvivl om, at han har ret til forholdsmæssigt afslag, ti denne del af ydelsen er ihvertfald delelig.

dien af A.s billede kan sættes til den aftalte pris 3.000 kr.). Havde A derimod haft ret til at hæve, kunne han have krævet 4.000 kr. mod at tilbagelevere kopien, hvilket ville være en fordel for A, hvis han ikke var interesseret i at beholde kopien, og en tilsvarende ulempe for B. Når jeg ovenfor er gået imod den sidste løsning, skyldes det altså, at det forekommer mig, at B i tilfælde af hændelig undergang har et vist krav på hensyn. Det må i denne forbindelse ikke glemmes, at B ikke er egentlig erstatningsansvarlig for misligholdelsen (han har ikke givet garanti eller udvist culpa). Har han det, ville A ved at kræve erstatning efter de alm. regler være blevet holdt helt skadesløs.

Er det den misligholdende kontrahents ydelse, der er gået hændeligt til grunde, følger det af købel. § 58 eller dens analogi, at medkontrahenten ikke afskæres fra at hæve kontrakten. Man kunne derimod spørge, om medkontrahentens hæveadgang ikke burde udelukkes ved forbrug eller videresalg, efter at han har opdaget misligholdelsen? Dette antages af *Ussing* og *Lassen*, for såvidt angår købel.s område (se *Køb* 148 og *Alm.* 276), og sikkert med rette, idet en modsætningslutning fra købel. §§ 57 og 58 synes at være den mest nærliggende. Domspraksis indtager det samme standpunkt, jfr. U 1924.528 H. En S. H. D., jfr. S. H. T. 1940.71 tillod ganske vist ophævelse, men videreoverdragelsen (det drejede sig om et parti asfalt) var her sket, *inden* køberen opdagede manglen, hvorfor dommen ligger helt på linje med den hævdede regel.

Reglen bør formentlig gennemføres i almindelighed også udenfor købel.s område. Ti for det første må forbruget eller videresalget ofte opfattes som en opgivelse af hævebeføjelsen. Kontrahenten har jo ved at forbruge eller afhænde ydelsen tilkendegivet, at han har haft (delvist) brug for den. Men for det andet vil hævebeføjelsen her være upraktisk, idet medkontrahentens ret til alm. erstatning eller forholdsmæssigt afslag normalt vil føre til det samme økonomiske resultat; og i de tilfælde, hvor dette ikke holder stik, nemlig hvor han har solgt den forringede ting under dens værdi eller bortgivet den, synes han at måtte være den nærmeste til at bære dette tab. Spørgsmålet får iøvrigt kun betydning, hvis man anlægger en berigelsesmålestok ved beregningen af hans tilsvær. Til illustration kan det ovennævnte eksempel igen anføres, blot med den forskel, at det nu er A, som

har videresolgt B.s maleri — kopien — under dets værdi, der var 500 kr., for f. eks. 400 kr. Hæver A kontrakten, får han krav på hele sin ydelses tilbagegang = 4.000 kr., men må til gengæld heri afregne kopien. Anlægger man et berigelsessynspunkt, må denne sættes til 400 kr. (berigelsen), hvilket medfører, at han har krav på 3.600 kr., der tilligemed den oppebårne salgspris 400 kr. giver 4.000 kr. Tabet ved A.s »dårlige« handel er således overført til B, hvilket forekommer urimeligt. Anlægger man derimod et værdisynspunkt, må A tilsvare værdien = 500 kr., således at tabet på de 100 kr. stadig bæres af ham. Det samme resultat fremkommer, hvis man giver A adgang til at kræve forholdsmæssigt afslag. Ti derved får han (idet maleriernes værdi i handel og vandel for nemheds skyld sættes = de nævnte priser) krav på 3.500 kr., der, sammen med den opnåede salgspris, 400 kr., udgør 3.900 kr. A kommer altså igen til at bære tabet på de 100 kr. Når man derfor anlægger et værdisynspunkt, bliver det økonomiske resultat af henholdsvis at hæve eller at kræve forholdsmæssigt afslag det samme, hvorved det foreliggende problem bortfalder af sig selv.

Hvis endelig forholdet er det, at kun den ene af parterne, A, har erlagt sin ydelse (der tænkes kun på de tilfælde, hvor begge ydelser består i andet end penge), medens den andens, B.s, ydelse går hændeligt til grunde i hans (B.s) besiddelse, medfører risikoreglerne, at A kan hæve og kræve sin ydelse tilbage fra B eller, hvis dette ikke kan ske, dens værdi, medmindre den også hændeligt er gået til grunde hos B, jfr. Ussing l. c. 118.

Slutteligt bemærkes det, at ved *opgørelsen* af erstatningen for *opfyldelsesinteressen* bør den misligholdende part også kunne regne sig *værdien* (ikke blot berigelsen) af sin ydelse tilgode, hvis medkontrahenten har forbrugt eller afhændet den. Begrundelsen for dette resultat er den samme, som anført ovenf. vedrørende hæveadgangen. Praksis synes også at stemme hermed, jfr. dom ref. i S. H. T. 1937.251: Ved fastsættelsen (af opfyldelsesinteressen) toges i betragtning, at køberen burde betale en, dog som følge af manglerne noget nedsat, købesum for den af ham forbrugte del af det leverede parti; altså en beregning snarere ud fra et værdisynspunkt end fra et berigelsessynspunkt.

c. *Kan ydelsen overhovedet ikke gives tilbage grundet på dens natur*, hvilket navnligt er tilfældet, hvor det drejer sig om ar-

bejdsydelse eller blandede arbejds- og tingsydelse, altså entreprisekontrakter (værkslejekontrakter),¹⁶⁾ opstår der de samme spørgsmål som ovenf. ved b, men løsningen giver her anledning til nogle særlige synspunkter.

I det følgende sondres der også mellem, om det er den part, som har erlagt den utilbagegivelige ydelse, der har misligholdt, eller om det er modparten.

Hvad angår de sidstnævnte tilfælde, opstår restitutionsproblemet også her kun, når hæveadgangen er bevaret. I hvilket omfang dette bør ske på det foreliggende område er tvivlsomt, jfr. hertil udviklingen i *Ussing Obligationeret* 116 f. og *Lassen Alm.* 806 m. henv. Som regel vil retten til at kræve erstatning eller forholdsmæssigt afslag¹⁷⁾ være tilstrækkelig til at sikre medkontrahenten mod følgerne af misligholdelsen. Men hvor dette ikke er tilfældet, nemlig hvor ydelsens værdi væsentligt overstiger det aftalte vederlag, kunne en del tale for at indrømme medkontrahenten hæveadgang. Ganske vist kan det siges, at medkontrahenten selv må tage følgerne af denne sin »dårlige« handel, hvorfor det ville være urimeligt, om han skulle kunne afbøde virkningen heraf ved hjælp af det i forhold til ham ret tilfældige moment, at modparten misligholder. På den anden side er det meget ofte yderst ubehageligt for ham ikke at erholde rigtig modydelse i rette tid, men først efter besværligheder med at føre proces etc. — det aftalte lave vederlag skyldes måske netop, at han har regnet med prompt opfyldelse. Dette synes med rimelighed at måtte føre til, at han bør bevare hævebeføjelsen overalt, hvor misligholdelsen kan tilregnes den anden part (hvilket iøvrigt vil være det normale, overalt hvor modydelsen består i penge). Denne anskuelse stemmer vistnok også med Ussings, idet han vil bevare medkontrahentens hævebeføjelse i alle tilfælde, hvor denne kan kræve den negative kontraktsinteresse, men efter Ussings opfattelse, se l. c. 181, kan han kræve denne i samme omfang, som han kan kræve opfyldelsesinteressen, altså overalt hvor misligholdelsen

¹⁶⁾ Om terminologien se *Axel H. Pedersen: Byggeriets retlige og økonomiske Organisation* (1946) 200 ff.

¹⁷⁾ Består også modydelsen i andet end penge, giver afslagsretten anledning til de samme problemer, som berørt ovenf. under b. Risikoreglen kan selvsagt også her, når kun den ene af parterne har erlagt, få betydning; om dette spørgsmål må der igen henvises til Ussing l. c. 118.

kan tilregnes modparten. Men selv hvor misligholdelsen er utilregnelig, kan der i særlige tilfælde være grund til at indrømme medkontrahenten hæveadgang, navnlig ud fra et forudsætningssynspunkt. Dette kan der navnlig blive tale om ved langvarige arbejdskontrakter. Ti hvis det arbejde, der skal udføres, i det væsentlige er udført i begyndelsen af kontraktperioden, vil erstatningsansvaret for afbrydelse af kontrakten i utide ikke nødvendigvis give vedkommende fuld kompensation for værdien af det udførte arbejde, idet han har udført arbejdet under hensyn til, at han ville oppebære lønnen for hele perioden. Man må derfor i slige tilfælde give ham adgang til at hæve og kræve værdien af det udførte arbejde, jfr. også Ussing l. c. 118. Ved dommen i U 1895. 1209 blev dette tilladt, ovenikøbet uanset at arbejdsgiveren *ikke havde misligholdt*, se om denne dom nedenf. s. 358 f.

Er det *omvendt den part, som har erlagt den utilbagegivelige ydelse, der har misligholdt*, vil det formentlig være hensigtsmæssigt at sondre mellem almindelige arbejdskontrakter og entreprisekontrakter (værksleje).

Forsåvidt angår almindelige *arbejdskontrakter*, bestemmer medhjælperl. § 30 stk. 3, at husbonden, når han ophæver tjenestekontrakten p. gr. af medhjælperens misligholdelse, er forpligtet til at betale medhjælperen den aftalte løn for den tid, hvori han har tjent. Reglen gælder uanset, om misligholdelsen kan tilregnes medhjælperen eller ej, og uanset om værdien (eller berigelsen) af det udførte arbejde er større eller mindre end den aftalte løn; men den må sikkert anses for en retsteknisk heldig gennemsnitsregel, navnlig når der henses til medhjælperens svage økonomiske stilling. Reglen bør derfor sikkert også gennemføres i almindelighed udenfor medhjælperl.s område, hvilket m. a. o. vil sige, at en arbejdsaftale *kun kan hæves med virkning for fremtiden*, jfr. *Ussing Obligationsret* 120. Dog må man formentlig — udenfor medhjælperl.s område — kunne gøre undtagelse ud fra et forudsætningssynspunkt, nemlig hvis den væsentlige del af arbejdet først var forudsat at skulle udføres på et senere tidspunkt, ialtfald hvor misligholdelsen er tilregnelig. Restitutionskravet har naturligvis ingen indvirkning på husbondens erstatningskrav i anledning af misligholdelsen.

Hvad angår *entreprisekontrakter* (værkslejeforhold), vil værksmesterens (i det følgende vil udtrykket »entreprenøren«

som det mere almindelige udtryk blive anvendt) misligholdelse ofte medføre, at bestilleren (ved byggeentrepriser »bygherren«) kan afvise værket. Men hvor dette ikke sker, enten fordi det er umuligt, hvilket som regel er tilfældet ved bearbejdelse af bestillerens løsøre eller fast ejendom (byggeentrepriser), eller fordi bestilleren bedst ser sig tjent med at overtage det mangelfulde værk og lade det færdiggøre af en anden,¹⁸⁾ opstår spørgsmålet om restitution for det mangelfulde værk. Ved udformningen af dette restitutionskrav må der henses til, at berigelsessituationen hos bestilleren (el. bygherren), når *misligholdelsen kan tilregnes* entreprenøren, må siges at skyldes sidstnævntes *ensidige handlinger*. Restitutionskravet bør derfor i disse tilfælde principielt ikke gå udover, hvad der kan forenes med bestillerens fuldstændige skadesløsholdelse. Dette resultat vil som oftest allerede følge af selve erstatningspligten (til at svare opfyldelsesinteressen). Men også bortset fra disse tilfælde, hvor bestilleren kan kræve opfyldelsesinteressen og gør det, bør restitutionskravet formentlig kun udformes som et berigelseskrav. Har derfor færdiggørelsen kostet bestilleren mere end forskellen mellem værdien af det mangelfulde værk og den aftalte entreprisesum, bør entreprenørens restitutionskrav nedsættes i samme omfang. Da berigelsen imidlertid i disse tilfælde ofte er langt mindre end et rimeligt vederlag (værdien) for entreprenørens mangelfulde værk, jfr. herved *Ussing Obligationsret* 121, vil Ussing dog kun anerkende resultatet i de tilfælde, hvor ydelsen overhovedet ikke kan tjene modtagerens interesser (U 1921.598), eller hvor alm. ugyldighedsgrunde, såsom svig fra entreprenørens side, griber ind. Alligevel forekommer det mig, at bestillerens interesser i disse tilfælde, hvor misligholdelsen kan tilregnes entreprenøren, vejer tungt, selv i de tilfælde, hvor bestilleren har adgang til at kræve forholdsmæssigt afslag, således at han som hovedregel kun bør være pligtig at tilsvare berigelsen. Dommen i U 1942.252 H (om et brøndgravningsarbejde) går formentlig ikke imod den her hævdede anskuelse, ti ganske vist taler dommen om »værdien af resultatet af sagsøgerens arbejde«, men det fremgår dog af præ-

¹⁸⁾ Entreprenøren må dog normalt indrømmes en videregående afhjælpningsret end den købel. § 49 hjemler, jfr. *Ussing Enkelte Kontrakter* 401 og forsåvidt angår byggeentrepriser *Axel H. Pedersen: Byggeriets retlige og økonomiske Organisation* 243.

misserne, at bestilleren anså sin berigelse = værdien = domsbeløbet: 8.500 kr. Udtalelserne hos *Axel H. Pedersen* l. c. må sikkert også opfattes derhen, at han, forsåvidt angår byggeentrepriser, vil tillade bygherren i almindelighed at hæve entreprisekontrakten, og kun give entreprenøren adgang til at kræve berigelsen. Han antager det samme, hvor misligholdelsen skyldes entreprenørens fallit eller likvidation, se l. c. 246. *Ussing* synes også i *Enkeltte Kontrakter* 402 at ville tage dette standpunkt i disse tilfælde. Ganske vist har en bygherre ofte større krav på hensyn end andre bestillere, jfr. *Axel H. Pedersen* l. c. 294, men dette forhold synes dog ikke at kunne føre til at behandle de øvrige entreprisetilfælde anderledes, hvorfor disse i h. t. det anførte principielt bør behandles på samme måde. Hensynet til entreprenøren tilsiger dog, at der skabes en vis garanti for, at bestilleren ikke ved færdiggørelsen af værket sætter sig i større udgifter, end hvad der må anses rimeligt, idet dette må ned sætte entreprenørens krav tilsvarende. Det mest betryggende ville her utvivlsomt være, om entreprenøren — ialtfald ved større entrepriser — havde krav på, at forholdet gjordes op ved et sagkyndigt skøn. Forsåvidt angår byggeentrepriser har han utvivlsomt krav på dette, jfr. U 1942.484 H, se hertil *Axel H. Pedersen* l. c. 242, og formentlig bør det antages i alle tilfælde.

Kan *misligholdelsen* derimod *ikke tilregnes* entreprenøren, er der større grund til at tage hensyn til ham og i konsekvens heraf kun indrømme bestilleren ret til at kræve forholdsmæssigt afslag eller, hvad der ville føre til det samme økonomiske resultat, hæveadgang på en *værdibasis*. Dette resultat må sikkert også antages i almindelighed, men i de tilfælde, navnlig ved byggeentrepriser, hvor det 1) ville føles særligt hårdt for bestilleren (bygherren), hvis man anlagde værdisynspunktet, synes der ikke at være grund til at gennemføre det, men 2) ud fra en risikobetragtning (altså kun i de tilfælde, hvor entreprenøren bærer risikoen for værket, hvilket iøvrigt er det normale) indrømme bestilleren hæveadgang mod kun at lade ham tilsvare værket¹⁹⁾ i

¹⁹⁾ I de fleste entreprisekontrakter bestemmes det også, at bygherren i tilfælde af entreprenørens misligholdelse (herunder død og andre tilfælde af utilregnelig misligholdelse) er berettiget til at lade entreprisen udføre på entreprenørens (eller hans bos) regning, jfr. *Hindenburs Formularbog* (8. udg. 1947) 427 § 12, hvilket i realiteten medfører, at entreprenøren kun godskrives bygherrens berigelse.

forhold til den opnåede berigelse. Entreprenøren må også her være berettiget til at få opgørelsen foretaget ved sagkyndigt skøn.

C. *Restitutioner i anledning af svigtende forudsætninger (iøvrigt).*

a. *Kan ydelsen gives tilbage*, er kravet ligesom ved B et *vindikationskrav*, forudsat naturligvis, at den svigtende forudsætning er af en sådan art, at den medfører vindikation og ikke blot en svagere retsvirkning, såsom en ændring af kontrakten, jfr. om dette spørgsmål nærmere *Ussing Aftaler* 481 ff.

Nogen tvivl volder spørgsmålet om vindikationskravets stilling overfor *tredjemand* (modtagerens successorer og aftaleerhververe). At vindikationskravet kan gennemføres mod modtagerens arvinger kan ikke omtvistet; derimod er dets stilling overfor modtagerens *kreditorer* (konkursbo) mere omtvistelig. At »konstantvederlagsforudsætningens« bristen i konkursl. § 16 medfører vindikation overfor konkursboet, kan næppe være afgørende for andre tilfælde, jfr. *Ussing l. c. 487*, navnlig da denne retstilstands rigtighed er noget omtvistelig, modsat *Lassen Alm. 123*. »Vederlagsforudsætningens« bristen ved kreditsalg kan if. konkursl. § 16 ikke gøres gældende overfor boet, og denne retstilstand er velbegrundet. Men om man skal slutte fra den ene eller den anden af disse to »vederlagsforudsætninger« til andre forudsætningstilfælde vil være helt vilkårligt. Derimod er der sikkert et rigtigt synspunkt i *Lassens (l. c.) anden betragtning*, at det vil føles stødende, hvis den under urigtige forudsætninger stedfundne erhvervelse skal komme erhververens kreditorer til gode på overdragerens bekostning. På den anden side har *Ussing l. c.* med rette hævdet, at resultatet ikke er sikkert i de tilfælde, hvor erhververen med føje troede, at hans erhvervelse var endelig i orden (altså i de tilfælde, hvor han ikke har indset, at forudsætningen var bristet). Men under hensyn til at konkursboets interesse dog kun er rent økonomisk, hvilken interesse normalt vil blive tilgodeset, ved at vindikanten tilbageleverer, hvad han har modtaget (hvilket er betingelsen for vindikationen), og til, at en urigtig (individuel) forudsætning ofte repræsenterer en sjælelig interesse, synes der imidlertid ikke at være større

betænkeligheder ved at indrømme vindikationsret overfor konkursboet.

Derimod må vindikationskravet fortabes overfor *godtroende aftaleerhververe*, som har fået tingen overgivet. Dette er også den almindelige opfattelse i dansk og norsk ret, jfr. Ussing l. c. med henv.

Hvad angår *frugter* af genstanden, som er forfaldne (og oppebårne) inden vindikationskravets rejsning, må modtageren i h. t. den alm. grundsætning i dansk ret (sml. D L 5—5—4) ordentligvis være uden pligt til at erstatte vindikanten disse, medmindre han har indset, at forudsætningen var bristet, jfr. *Ussing* l. c. 489 og *Lassen Speciel* 892, men herimod *Cohn* 236, som hævder, at en slig regel ville give modtageren lejlighed til på ubehørig måde at berige sig selv. Denne betragtning kan dog næppe godkendes, idet erhvervelsen af frugterne normalt må anses for et rimeligt vederlag for besværet og bekostningerne ved at besidde tingen, se hertil ovenf. i kap. 5, s. 125 f.

b. *Kan ydelsen ikke gives tilbage på grund af begivenheder, indtruffet efter erlæggelsen*, opstår det sædvanlige spørgsmål om restitutionskravets nærmere udformning. Lassens sætning om, at godtroende råden over en ting, erhvervet ved en overdragelse inter vivos, er ansvarsfri, får heller ikke indflydelse på det foreliggende område, idet spørgsmålet her (ligesom i det foregående) drejer sig om ugyldigheden eller uvirksomheden af *selve overdragelsen*, jfr. Ussing l. c. 492. Lassen bragte den heller ikke til anvendelse på de foreliggende tilfælde, men han antog tværtimod, at modtageren måtte tilsvare værdien. Består ydelsen i penge, må disses senere skæbne af de sædvanlige grunde være uden indflydelse på kravet, som må gå ud på det nominelle beløb. Ved *individuelte bestemte ting* må der derimod sondres.

1. Er tinget *gået tabt* uden modtagerens skyld (og måske også, hvis undergangen kun skyldes simpel uagtsomhed fra hans side), må han være ansvarsfri, formentlig uden hensyn til om han har indset, at forudsætningen var svigtet, og dermed at hans ret til at besidde tingen var ophørt, jfr. Ussing l. c. 491. I det sidstnævnte tilfælde ville Lassen l. c. ud fra et casus mixtus-synspunkt dog kun lade ham være ansvarsfri, hvis skaden havde ramt tingen uafhængigt af besiddelsesforholdet. Det er dog formentlig upåkrævet at udstrække casus mixtus-reglen så vidt, se ovenf. s.

340 f. og i lignende retning Ussing l. c. Kun hvor modtageren har gjort sig skyldig i et egentligt retstridigt forhold, hvilket i denne forbindelse navnlig vil være svig, er der grund til at gennemføre det strenge ansvar. I de øvrige tilfælde har vindikanten dog krav på tingens surrogater.

2. Er tingen *forbrugt*, bør modtageren formentlig erstatte *værdien*, uden hensyn til hans subjektive forhold, jfr. Lassen l. c. modsat Ussing l. c., som ved god tro kun vil lade ham erstatte berigelsen. Realitetsforskellen er i denne forbindelse dog næppe stor, idet berigelsen og værdien her normalt vil falde sammen. Værdikravet må principielt bestemmes efter værdien på forbrugets tid, dog næppe udover værdien på det tidspunkt, da kravet rejses, jfr. grundsætningen i lov om borteblevne § 18.

3. Er tingen *aflændet*, må der være en afbeviselig formodning for, at den opnåede salgspris svarer til værdien.

c. *Kan ydelsen på grund af sin natur overhovedet ikke gives tilbage* (arbejdspræstationer o. lign.), må modtageren formentlig som hovedregel tilsvare *værdien*, medmindre arbejdsresultatet er gået hædeligt til grunde, idet man normalt tør gå ud fra, at ydelsen er i overensstemmelse med modtagerens interesser, når han frivilligt har modtaget den. Har en gartner således udført noget gartnerarbejde for en anden enten gratis eller for et ringe vederlag under den kendelige forudsætning, at han bagefter vil blive fast ansat, synes det rimeligt at tilkende ham erstatning for værdien, hvis forudsætningen svigter; U 1895.1209 kan sikkert opfattes som en delvis bekræftelse af dette synspunkt; iøvrigt henvises til bemærkningerne ovenf. i kap. 8, s. 296 f.

IV. *Kan der indrømmes restitutionskrav, selvom kontrakten forløber normalt?*

Selvom en kontrakt forløber helt normalt, altså hvor en gyldig kontrakt forløber uden misligholdelse fra nogen af parterne, vil det dog undertiden ud fra en vederlagsbetragtning (vederlags-hensynet) føles rimeligt, om der blev ydet restitution. Det vil navnlig være tilfældet ved langvarige kontrakter om tingsleje, alm. leje, forpagtning eller om udførelse af arbejde etc., hvor den ene kontrahent ved forholdets ophør p. gr. af den andens forbedringer, opofrelser m. v. under kontraktens forløb erhverver en formuegevinst på den andens bekostning.

Men selvom det således ville føles rimeligt, at der blev givet restitution for disse »ugrandede berigelser«, er det dog klart, at hensynet til, at parterne i et kontraktsforhold kan forudberegne deres stilling på grundlag af kontrakten, som altovervejende hovedregel må føre til nægtelse af slige krav. Den »berigede« vil normalt ikke være interesseret i slige berigelser, og den tablidende kontrahent kan omvendt undgå tabet ved blot at undlade at foretage opofrelsen. Man kunne dog overveje, om man ikke burde anerkende et krav i det omfang, tablidte kunne bevise, at formuegevinsten stemte med den anden parts interesser.²⁰⁾ En sådan regel ville imidlertid næppe være heldig, idet den utvivlsomt ville give anledning til et betydeligt antal af overflødige (og kvævulantiske) processer, som helt ville opveje fordelene ved reglen. Resultatet af dette må sikkert være, at tablidte normalt kun kan indrømmes en *uskadelig borttagelsesret* (jus tollendi), der som regel også må anses for en *pligt*, for de forbedringer (og opofrelser), som ikke er sket med hjemmel i kontrakten. Dette er også den almindelige opfattelse i dansk ret, jfr. *Ussing Enkelt Kontrakter* 10 f. og *Lassen Speciel* 132 f.; lejel. § 73 ligger også på linje hermed. Borttagelsesretten kan naturligvis ikke udstrækkes til pligtmæssige reparationer og vedligeholdelser, se t. eks. U 1942.389 (fornyelse af dæk og slanger på et automobil, solgt på afbetaling, faldt ind under vedligeholdelsespligten og derfor ind under ejendomsforbeholdet).

Naturligvis må der indrømmes restitution for opofrelser i det omfang, vedkommende kontrahent opfylder betingelserne for *negotiorum gestio*, hvilke formentlig her i kontraktsforhold ikke bør tages for »strengt«.

I særlige tilfælde, navnlig ved *bortforpagtning eller bortleje af landejendomme*, er der dog stærk trang til at give compensation for forbedringer etc., og da lejeren eller forpagteren som regel står svagt under kontraktsforhandlingerne og derfor kun vanskeligt kan betinge sig compensation i kontrakten, må denne sikres ved hjælp af præceptive lovregler. Dette er også sket på det område, hvor trangten er stærkest, nemlig ved udleje (brugsgi-

²⁰⁾ Norsk ret har en slig regel i et særligt påbygningsstilfælde (norsk husmannslov § 13 b), jfr. *Øvergaard* i T. f. R. 1942.401.

velse) af huse på landet til husmandsbrug, jfr. nu lov om brug af huse på landet §§ 7 og 8.²¹⁾

Efter lovens § 8 stk. 2 skal erstatningen for de i § 7 nævnte forbedringer i form af nybygninger, tilbygninger, istandsættelser, grundforbedringer o. s. v. bestemmes efter »den værdiforøgelse, ejendommen ved brugsforholdets ophør kan godtgøres at have opnået ved den foretagne forbedring, uden hensyn til den fordel, brugeren siden forbedringens udførelse har høstet af samme. Erstatningen må i intet tilfælde overstige pengeværdien af det af brugeren anvendte arbejde og tillagte materiale efter gangbar pris på den tid, da det pågældende arbejde blev udført«. Erstatningen fastsættes altså efter berigelsen, men således at den ikke kan overstige brugerens tab (værdien). Forringelser af andre dele af det lejede brug kan fradrages i erstatningen (paragraffens stk. 1). Denne ordning må sikkert betegnes som rimelig. Berigelsessynspunktet er selvsagt det retfærdigste i forhold til ejeren, og i de tilfælde, hvor værdien er højere end berigelsen, vil brugeren vel som regel have udlignet tabet ved hjælp af de fordele, forbedringerne har givet ham under brugsforholdets beståen.

På et andet specielt område synes der også i praksis at være trang til regler om restitution. Der tænkes herved på de tilfælde, hvor der i et aktieselskab er sket en *forhøjelse af aktieselskabskapitalen med tegningsret for de hidtidige aktionærer*, men hvor nogle af disse har undladt dette f. eks. på grund af bekendtgørelsesmådens utilstrækkelighed. Der vil i slige tilfælde ofte opstå en urimelig berigelse hos aktieselskabet eller hos de personer, som i så fald udnytter tegningsretten, idet aktierne normalt udbydes til langt under værdien, jfr. i det følgende *Axel H. Pedersen*: »Den ikke udnyttede tegningsret ved forhøjelse af aktiekapitalen«, U 1949 B. 193 ff.²²⁾ Aktieselskabsloven indeholder imidlertid in-

²¹⁾ Lovbkg. nr. 126 af 12. april 1935, se nærmere om loven *Kinch og Tolstrup*: Den danske Landboret (1941) 370 ff. Ved almindelige (større) forpagtninger er trangen mindre, idet parterne normalt står mere lige, og der bliver ofte optaget bestemmelser om kompensation i forpagtningskontrakten eller ved senere aftale, se anf. værk 363. Slige bestemmelser blev indført i dansk ret allerede ved (Colbjørnsens og Reventlows) fdn. af 8. juni 1787 §§ 5—7. Se nærmere om den historiske udvikling *Vinding Kruse ER I. 282 ff.*

²²⁾ se også *Sindballe*: Dansk Selskabsret (1932) III. 78, og *Holger Nielsen* i U 1949 B. 281—84. Om engelsk ret, se *Jan Kobbarnagel*: Ledelse og Ansvar (1945) 147.

gen regler, som regulerer forholdet, og spørgsmålet ses heller ikke at have været fremme i domspraksis, antagelig fordi aktionærerne har anset det for omsonst. Alligevel føles det utvivlsomt i praksis som et savn, at der ikke findes regler desangående. For det første synes der at være grund til at give betryggende regler om *bekendtgørelsesmåden*. Den sædvanlige fremgangsmåde med bekendtgørelse i dagspressen er selvsagt utilstrækkelig, og det burde formentlig gøres til en pligt for selskabet at offentliggøre tegningen i Statstidende, samt at sende særskilt meddelelse til alle aktionærer, hvis aktier er noteret på navn. Men selv bortset herfra, burde der for det andet også åbnes mulighed for, at de aktionærer, som (af undskyldelige grunde) har oversiddet tegningsfristen, alligevel fik en vis *kompensation*.²³⁾ Denne kan dog næppe sættes til værdien af tegningsretten, idet hensynet til afslutningen (og anmeldelse til aktieselskabsregistret) samt risikoen ved nedadgående konjunkturer naturligvis må tages i betragtning. Man kunne måske under hensyn hertil ordne forholdet således, at vedkommende aktionær indenfor et nærmere fikseret tidsrum, f. eks. indtil 6 måneder efter tegningsrettens bortfald, fik ret til godtgørelse for den værdi, hans tegningsret ville have haft, hvis den ikke var bortfaldet, dog med fradrag af renter, kurstab og omkostninger m. v., jfr. Axel H. Pedersen l. c. Virkningen af nedadgående konjunkturer ville således ramme ham og ikke selskabet.

Bortset fra disse specielle tilfælde, kan der formentlig kun indrømmes restitutionskrav ud fra et *forudsætningssynspunkt*. Som eksempler fra domspraksis kan nævnes U 1895.1209: En gartner G var blevet engageret af en villaejer V til at vedligeholde dennes have for et månedligt vederlag af 15 kr. Efter to måneders forløb opsagde V kontrakten. G påstod principalt erstatning for opfyldelsesinteressen, fordi han mente, at kontrakten bandt V for et år, og subsidiært en rimelig godtgørelse for de to måneders arbejde, som var betydeligt større end det aftalte vederlag, idet det drejede sig om arbejde i forårstiden, som G havde udført under forudsætning af, at han kunne indtjene det ved tilsvarende mindre arbejde i resten af året. Retten forkastede

²³⁾ Holger Nielsen (l. c.) er af den opfattelse, at aktionærerne if. positiv dansk ret har en egentlig ret til kompensation, når tegningen må anses for en *udlodning*. Dette må dog anses for omtvisteligt.

hans principale påstand, idet den ikke turde antage, at V havde bundet sig for et år, men tilkendte derimod G erstatning i overensstemmelse med hans subsidiære påstand. U 1912.940 H frembyder et andet eksempel: N, der drev pølsefabrikation, lejede i 1907 af et byråd nogle lokaler ved det kommunale slagtehus. Efter kontrakten skulle han betale løn til en af kommunen antaget opsynsmand, der skulle begynde med en løn på 1200 kr. årlig. I efteråret 1909 standsede han pølsefabrikationen, og byrådet, der indtil 1. april 1909 havde betalt opsynsmanden 900 kr. årlig og derefter forhøjet hans løn til 1000 kr., afskedigede opsynsmanden og betalte ham løn til 1. dec. 1909. Statueret, at N, der fra 1907 havde betalt kommunen efter den fastsatte lønskala, måtte være berettiget til at fordre tilbagebetalt forskellen mellem, hvad han således havde betalt, og hvad kommunen faktisk havde udredet i løn til opsynsmanden. U 1937.922 kan måske også anføres. På baggrund af disse retstilfælde, kan man måske formulere reglen således, at der kan *ydes restitution, forsåvidt den ene kontrahent i et kontraktsforhold opnår en berigelse på den andens bekostning, som ligger helt udenfor kontraktens forudsætninger, eller m. a. o. berigelsen på den andens bekostning må ligge helt udenfor, hvad kontrahenterne normalt ville regne med.* Sømandsl. § 23 giver formentlig en vis støtte for denne sætning. Det bestemmes her, at »dersom mandskabet formindskes under rejsen, skal besparet hyre for den tid, skibet er i søen, fordeles mellem de tilbageblivende i forhold til enhvers forøgede arbejde, forsåvidt de ikke har fået godtgørelse for dette ved overtidsbetaling«; se herom nærmere *Sindballe Dansk Søret* 242 f. og de der nævnte domme, se også U 1948.1233.

Hvad slutteligt angår lejeforhold, må lejeren i de tilfælde, hvor han er fraflyttet (misligholdt) det lejede inden lejetidens ophør, men hvor han har betalt lejen for hele perioden, kunne kræve refusion af udlejeren, hvis denne har udlejet lejligheden i mellemtiden, hvilket han bør foretage sædvanlige bestræbelser for. Dette resultat følger formentlig a fortiori af lejel. §§ 68 og 69, se også U 1910.943 H. Den erstatning, som e. o. kan indrømmes en lejer efter lov nr. 55 af 23. marts 1937 § 11 som kompensation²⁴⁾

²⁴⁾ Der kan henvises til *O. J. Kaarsberg* og *A. Gotzsche*: Kommentar til lejelovene (1941) s. 239 f. og for svensk rets vedkommende til *Fritjof Lejman* 654.

for opsigelse er også i væsentlig grad baseret på restitutionsprincipper.

V. *Nogle særlige tilfælde: veksl. § 74, checkl. § 57 og sol. § 117.*

A. I *veksl. § 74* hedder det:

»Er vekselfordringen forældet, eller er vekselretten tabt ved forsømmelse af den til dens bevaring foreskrevne omgang, er dog vekselindehaveren ikke udelukket fra som almindelig gældsfordring at indtale hos en vekselkyldner, hvad denne ville blive beriget med på hans bekostning, hvis ethvert krav bortfaldt.« *Checkl. § 57* er enslydende, men tilføjer som et nyt punktum: »Når ikke andet gøres antageligt, anses udstederen beriget på checkindehaverens bekostning med den sum, checken lød på.«

Berigelsesreglen i den nordiske veksl. § 74 (§ 93 i veksl. af 1880) er ganske vist indført efter tysk forbillede, men dermed har det dog ikke været meningen at indføre et berigelseskrav, som m. h. t. udmåling eller bortfaldsgrunde skulle ligge på linje med kravene efter den romanistiske berigelsesgrundsætning. Dette er blevet påvist af *Julius Lassen* i hans udførlige undersøgelse i T. f. R. 1894.270—305, hvortil henvises (se også hans *Speciel* 322ff.); og hans fortolkning, som nok har mødt nogen modstand fra forskelligt hold, må nu formentlig siges at være blevet den herskende, jfr. *Ussing Enkelte Kontrakter* 135 m. henv., og den følges også af domspraksis i almindelighed i Danmark og Norge, se *Ussing* l. c. og flg. samt for norsk rets vedk. *C. Stub Holmboe*, T. f. R. 1943.465 ff., cfr. dog tildels *Øvergaard*, T. f. R. 1942.402 ff.

Som påvist af *Lassen*, kan vekselindehaverens krav (som hovedregel) *kun rejses mod den vekselkyldner, der, såfremt vekselretten var blevet gennemført overfor ham, ikke ville have haft nogen af indfrielsen følgende materiel ret mod andre vekselkyldnere*, eller m. a. o. den vekselkyldner, som tilsidst materielt skulle tilsvare vekslen, dersom regressen var blevet gennemført, hvilket normalt er den, for hvis regning vekslen første gang materielt blev udgivet (*kredittageren*). Dette gælder, uanset hvorledes det forholder sig mellem endossenterne indbyrdes m. h. t. de »underliggende retsforhold« (valutaforhold), altså uanset om

der dem imellem kan påvises »berigelser«; modsat »valutateorien«, som lægger vægt på dette forhold.

Man har diskuteret, jfr. Ussing l. c. 137 f., om der ikke burde gøres undtagelse i de tilfælde, hvor den sidst dækningspligtige (kredittageren) bevisligt var ude af stand til at betale, dengang vekselretten bortfaldt, ti i så fald ville det være hans umiddelbare eftermand, som fik berigelsen ved vekselrettens bortfald. Lassen afviste denne undtagelse og Ussing har (l. c.) ud fra reale overvejelser klart påvist rigtigheden af Lassens anskuelse. Men som fremhævet af Ussing, kan der måske dog være grund til at gøre undtagelse i disse tilfælde, hvis den dækningspligtige har påtegnet vekslen for at indfri en tidligere stiftet gæld til en anden (hans eftermand). Måske kan man gå et lille skridt videre end Ussing og tillige gøre undtagelse i alle de tilfælde, hvor den dækningspligtige allerede var insolvent ved vekslens *udstedelse*, forudsat at hans umiddelbare eftermand var vidende herom. Dette synes også afgørelserne i V. L. T. 1945.309 og U 1946. 172 at have akcepteret, men i så fald bør kravet næppe gå ud over den reelle (materielle) berigelse, jfr. den sidstnævnte afgørelse.

Hvad angår kravets størrelse, må dette, som påvist af Lassen, både i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd og med almindelige retfærdighedsbetragtninger, altid sættes til det beløb, vekselejerer har tabt ved vekselrettens bortfald, altså det *beløb, som tilkom ham ifølge vekslen*, dengang da vekselretten bortfaldt (frigørelsesteorien); og dette uden hensyn til det underliggende valutaforhold, altså uanset om den materielle berigelse har været større eller mindre end dette beløb,²⁵⁾ jfr. også det ovenfor citerede pkt. 2 i checkl. § 57.

Af denne korte oversigt over forståelsen af »berigelseskravet« efter den nordiske veksl. § 74 (og checkl. § 57) turde det fremgå, at kravet kun dårligt kan jævnføres med et berigelseskrav i romanistisk eller traditionel forstand; modsat kravet efter den tyske veksellov, hvis formulering holder denne mulighed åben, jfr. Lassen l. c.

B. I *søl.* (1938) § 117 (tidl. lov § 158) hedder det:

»For fordring på befragteren, som ikke dækkes ved salget (i

²⁵⁾ I svensk ret vil man derimod af historiske grunde være tilbøjelig til at lægge vægt på disse forhold (*valutateorien*), jfr. *Fritjof Lejman* 648 ff.

anledning af bortfragterens krav, som er sikret i godset, se § 116), vedbliver han at være ansvarlig.

Har bortfragteren udleveret godset, kan fordringen ikke gøres gældende mod befragteren, medmindre det godtgøres, at den ikke kunne være dækket ved salg af godset, eller at befragteren ville blive beriget på bortfragterens bekostning, hvis kravet faldt bort.«

»Berigelsessituationen« i denne bestemmelse kan vistnok kun opstå, jfr. *Sindballe Dansk Soret* 362,²⁶⁾ i de tilfælde, hvor modtageren ville have haft regres mod befragteren for beløbet, hvis han havde betalt. Det vil heraf ses, at kravet langt fra er noget berigelseskrav i almindelig forstand — ja det er knapt nok et restitutionskrav, men snarere en fordring, som direkte udspringer af befragtningskontrakten.

²⁶⁾ jfr. for svensk rets vedkommende *Fritjof Lejman* 650.

Kapitel 11

RÅDEN OVER ANDRES EJENDOM

I. *Indledning.*

I primitive, ikke-industrialiserede, retsamfund, hvor den enkelte ting som regel ikke alene repræsenterer en betydelig økonomisk værdi men tillige en stor individuel — sjælelig — interesse for ejeren, er der selvsagt en stærk trang til at beskytte denne gennem vide vindikationsregler, også overfor godtroende erhververe. Man behøver blot at mindes romerrettens: *ubi rem meam invenio ibi vindico*.

I de moderne samfund, med deres udstrakte masseproduktion, hvor den enkelte løsøreting¹⁾ i mange tilfælde kun repræsenterer en relativ lav økonomisk interesse, er trangen til at beskytte ejeren naturligvis langt mindre, og tendensen i de nyere retsforfatninger går da også i retning af en udvidet ekstinktion til fordel for godtroende erhververe. Hvor langt man bør gå, er et vanskeligt spørgsmål; ti de to modstående interesser — ejerens og erhververens — er i og for sig lige berettigede, sml. ovenf. i kap. 5, s. 86 f., hvilket selvsagt vanskeliggør skønnet over, hvem af parterne man skal tilkende retsbeskyttelsen i de enkelte tilfældegrupper. Dertil kommer yderligere bevismæssige vanskeligheder, som kan give anledning til retstekniske forskydninger og særlige bevisregler, jfr. f. eks. reglen i **D L 5—5—3**. At dette retsområde i nutiden er i udvikling, er velkendt, men det tør formentlig antages, at selvom vindikationsretten mod godtroende erhververe i fremtiden må tåle yderligere beskæringer, end de allerede skete, vil den dog næppe helt forsvinde. Hvad angår positiv dansk ret, må stillingen sikkert for øjeblikket betegnes

¹⁾ M. h. t. fast ejendom er vindikationsproblemet ikke særlig betydningsfuldt for dansk rets vedkommende som følge af erstatningsreglerne i tinglysningsl. § 31 jfr. § 27, se nærmere *Vinding Kruse E R II*. 955 f.

som nogenlunde klar, og hvad angår spørgsmålets reale baggrund og legislative løsning, har dette i dansk retslitteratur i de seneste årtier været genstand for en indgående drøftelse, hvortil der må henvises²⁾. Disse problemer skal derfor ikke tages op til nærmere behandling på dette sted, undtagen forsåvidt den videre fremstilling måtte give særlig anledning hertil. Hvad derimod angår andre erhververe (eller besiddere) end omsætningserhververe, såsom arvinger, kreditorer, ægtefæller, besiddere uden adkomst o. s. v., følger det af sagens natur, at der kun i sjældne undtagelsestilfælde kan indrømmes ekstinktion.

Kan vindikationsretten ikke længere gennemføres mod besidderen, hvadenten dette nu skyldes tilintetgørelse, videresalg, forbrug eller uretmæssig fratagelse, opstår spørgsmålet, om ejeren i så fald kan kræve erstatning istedetfor.

a. Drejer det sig om *ondtroende besiddere* er sagen forsåvidt klar, idet disse vil være fuldt ansvarlige efter den almindelige erstatningsregel, og erstatningsansvaret vil iøvrigt kunne gennemføres, selvom de endnu besidder tingen, således at vindikationen stadig kan gennemtvinges. Ejeren kan m. a. o. i disse tilfælde vælge frit imellem, om han vil have vindikation eller erstatning, og det kan heller ikke forlanges, at han først har gjort sig anstrengelser for at vindicere tingen fra tredjemand³⁾. Begge krav falder forøvrigt udenfor restitutionskravenes egentlige område, idet de flyder af retsbrud (*culpa*).

b. Drejer det sig derimod om *godtroende besiddere*, må både vindikationskravet og erstatningskravet retteligt betegnes som restitutionskrav (altså krav, som ikke direkte udspringer af rets-

2) Der kan navnlig henvises til Forhandlingerne på det femte nordiske juristmøde 1884 (især *Niels Lassen*: Bilag I. 8—24), samt til *Torp Tingsret* 385 ff., *Vinding Kruse*: Ejendomsrettens Overgang T. f. R. 1924 (Særtryk 105 ff.), *O. K. Magnussen* U 1925 B. 290 ff., *Vinding Kruse* sm. st. 309 ff., *J. Løn* sm. st. 341 ff., *Alf Ross*: Ejendomsret og Ejendomsovergang (1935) 114 ff., *Vinding Kruse* U 1935 B. 132 ff., *H. H. Holm* U 1939 B. 139 ff., *Vinding Kruse* sm. st. 161 ff. og *E R* II. 1273. Med hensyn til bevisproblemerne (D L 5—5—3) henvises til *Tybjerg*: Om Bevisbyrden 112 ff., *Torp Tingsret* 99 ff. og *Vinding Kruse E R* I. 693 ff., samt *Hurwitz*: Tvistemaal 153.

3) således også *Lassen Handlinger* 154. Den samme retsstilling gjaldt også i den yngre romerret, se *Lassen Romerret* 332. Vælger ejeren at kræve vindikation, følger det af hans erstatningsadgang, at han tillige kan kræve erstatning for afsavn og frugter (herunder også de, der burde være oppebåret).

brud (culpøse handlinger) eller af aftaler). Det er træffende, når man for dansk rets vedkommende på dette område har betegnet erstatningskravet som et *surrogat* for den berettigedes vindikationsret (*Lassen Alm.* 303) eller som vindikationsrettens *obligationsretlige modstykke* (*Cohn* 215), idet det 1) er en betingelse for kravet, at der oprindeligt har været en vindikationsret, og det er dernæst 2) en betingelse, at vindikationsretten er blevet uigen-nemførlig overfor den, mod hvem kravet rejses. Den berettigede har således i disse tilfælde — modsat tilfældene ovenf. under a — ikke nogen valgfrihed. Erstatningskravet må m. a. o. i denne forbindelse betegnes som *subsidiært*, og dansk ret afgiver — bortset fra visse frembringelsessituationer — vistnok ingen eksempler på, at en ekstinktiv erhvervelse indrømmes, mod at erhververen lægger berigelsen fra sig, modsat tysk ret i B. G. B. § 816 stk. 1, se herom straks nedenf.

Vindikationsretten og erstatningskravet (der eventuelt måtte træde istedetfor vindikationsretten) er således nøje forbundet indenfor de forskellige tilfældegrupper. *Både systematisk og legislativt bør disse to spørgsmål derfor ikke adskilles*, men der bør i hver tilfældegruppe tages bestemmelse om dem begge, og hvad særligt angår erstatningskravet, må dets nærmere udformning i de forskellige tilfælde, såsom forbrug, videresalg eller hændelig undergang, nøje præciseres, hvorved det naturligvis er muligt i visse tilfælde helt at udelukke erstatningsansvaret, se nedenf. under II. Samtidigt bør der også tages bestemmelse om ansvaret for frugterhvervelser. Dette har man imidlertid ofte forsømt i den ældre lovgivning; som eksempel kan nævnes fdn. af 11. sept. 1839 om bortblevne personers formue, der som bekendt netop af denne grund i tidens løb har givet anledning til adskillig fortolkningstvivl; forholdet er nu blevet rettet ved den nye lov om bortblevne (1946) § 18. Berigelsesgrundsætningen, som grundet på sin »obligationsretlige natur« i princippet kun beskæftiger sig med erstatningsproblemet, og ikke med dets forudsætning: vindikationsretten, har imidlertid ofte medført en uheldig tendens til at adskille de to spørgsmål, sml. dog bemærkn. ovenf. s. 143 f., således at vindikationsspørgsmålet henvises til ejendomsretten (tingsretten), medens erstatningsspørgsmålet behandles i obligationsretten. Men hvad man end vil mene om inddelingen af formueretten i tingsret og obligationsret, så er det ialtfald uheldigt

at gennemføre denne sontring indenfor restitutionskravene.

Som anført i kap. 5, s. 94 f., har man ved spørgsmålet om udformningen af erstatningsansvaret været inde på at sondre mellem, om berigelsessituationen skyldes den berigedes eller den tablidtes »ensidige« handlinger. Men som påvist sm. st., kan der rejses forskellige indvendinger mod denne sontring, hvorfor den — selvom den ikke bør frakendes enhver betydning — ialtfald er uanvendelig til at danne et hovedsontringsgrundlag. Som omtalt i kap. 4 og 5 begrundede *Lassen* erstatningskravet (værdikravet), når den uberettigede formueovergang skyldtes den berigedes ensidige (men ikke culpøse) handlinger, med, at der forelå en ugrundet berigelse. Selvom denne — formelle — begrundelse ikke allerede måtte opgives af andre grunde, se hertil ovenf. i kap. 5 og *Ussing Erstatningsret* 86 f., må den dog falde som følge af, at den nævnte sontring må opgives. Derimod forekommer det mig, at det ville være den heldigste fremgangsmåde, både teoretisk-systematisk og legislativt, at foretage sontringerne efter *arten af den adkomst* som har konstitueret den uberettigede (men ikke culpøse) besiddelse, såsom arveadkomst, udlægsadkomst, omsætningsadkomst etc. Vil man her opstille en hovedsontring, må denne naturligt gøres mellem omsætningsadkomst, hvor særlige hensyn spiller ind, og de øvrige tilfælde. Denne systematik vil også blive anvendt i det følgende.

II. Særligt om omsætningsadkomst.

A. Almindelige bemærkninger.

Det er hensynet til *sikkerheden i omsætningen*, som begrunder nutidens vide ekstinktionsregler til fordel for godtroende omsætningserhververe, som har fået vedkommende gode overgivet (kommissionsl. §§ 54 og 55 kræver ikke engang overgivelse), altså erhververe der erhverver et gode til eje, pant eller brug i h. t. en aftale inter vivos, og det er selvsagt først og fremmest den normale handelsomsætning (overdragelser mod vederlag), som tilgodeses gennem disse regler.

Man kunne derfor rejse det spørgsmål, om man ikke burde gøre *undtagelse* fra ekstinktionsreglerne, hvor omsætningshensynet ikke gør sig særligt gældende, såsom ved *gaver* eller *betaling af almindelig spillegæld* etc., på samme måde som ved for-

tolkningen af aftalelovens ugyldighedsregler (§§ 29—32). Til støtte for at gøre en slig undtagelse ved gaver taler ydermere, at der her sker en berigelse på vindikantens bekostning.

Positiv dansk ret synes imidlertid ikke at yde nogen støtte for den nævnte undtagelsesregel. I det første danske udkast til gældsloven (1934) havde man ganske vist stillet forslag om følgende bestemmelse: »Den, der har modtaget et gælds-brev som gave, kan kun påberåbe sig reglerne i §§ 14 og 15 (de nugældende), forsåvidt dette findes stemmende med billighed. Hvis reglerne fraviges, bør han dog holdes skadesløs for det tab, han har lidt ved at indrette sig i begrundet tro på sin formentlige ret.« Denne særregel udgik imidlertid af den endelige redaktion af gældsloven i den nordiske kommission, se *Ussing Obligationsret* 281. Tinglysningsl. § 28 (og § 27) indeholder som bekendt heller ingen undtagelsesbestemmelse m. h. t. gaver, og ordlyden af kommissionsl. §§ 54 stk. 2 og 55 går vistnok direkte mod en slig regel, jfr. udtrykket »på anden måde end ved salg«. At man if. aftalelovens regler om ugyldighed har mulighed for at nægte ekstinktion til fordel for godtroende gavemodtagere o. lign., hvor en almindelig omsætningserhverver ville opnå en sådan, kan næppe analogt overføres til det foreliggende område, hvor der ikke er spørgsmål om selve overdragelsens gyldighed.

Fra en *legislativ* synsvinkel må spørgsmålet formentlig siges at være tvivlsomt. Det er navnlig et vanskeligt spørgsmål, hvorledes man skal stille sig til de halvdonatoriske overdragelser. Det ville sikkert her føles stødende, om man indrømmede vindikation, selv mod at ejeren skadesløsholdt erhververen for hans tab ved vindikationen (løsen), ligesom den bevismæssige side af sagen i praksis ofte ville stille sig tvivlsomt (navnlig spørgsmålet om tilstedeværelsen af gavementet, og til hvilket beløb dette retteligt skal ansættes). Så forekommer tysk rets ordening i B. G. B. § 816 stk. 1 pkt. 2 smh. m. §§ 932 og 822 mere rimelig. Efter disse bestemmelser indrømmes der gavemodtageren ekstinktion, mod at han afleverer berigelsen til vindikanten. Til berigelsen henføres dog kun værdien af gavementet, men ikke den berigelse, som eventuelt måtte være opnået ved videresalg, jfr. udtrykket i § 816 »unmittelbar«. Men det følger formentlig af sig selv, at hvis man går ind for den tyske ordening ved halvdonatoriske overdragelser, må man også gennemføre den ved de

heldonatoriske (hvilket også er tysk rets standpunkt), for at spare praksis for vanskelige afgrænsningsproblemer⁴⁾.

Til trods for at en del kunne tale for den tyske regel, mener jeg imidlertid ikke, alt velovervejet, at den anbefaler sig til efterligning hos os. Ti for det første vil den utvivlsomt give anledning til en del bevismæssige vanskeligheder, idet det ikke sjældent er et brydsomt spørgsmål at finde ud af, i hvilket omfang der foreligger en gave; meget ofte vil der være tale om et skjult vederlag, sml. herved bemærkn. ovenf. i kap. 8, s. 298 f. Men dertil kommer yderligere, at reglen næppe vil få større praktisk betydning, idet tilstedeværelsen af gavemomentet normalt vil bevirke, at erhververens gode tro må drages i tvivl, således at der kan ske vindikation; navnlig vil der være grund til at være på vagt i de praktisk vigtige tilfælde, hvor gavemodtageren er overdragerens nærpåroende (ægtefælle, børn eller forældre), idet der her som regel vil være en kendelig omgåelseshensigt.⁵⁾ Skulle derfor gældsbrevs. § 14 eller andre bestemmelser ændres, forsåvidt angår gaver eller andre overdragelser, som ikke tjener omsætningen, ville det formentlig være tilstrækkeligt blot at pointere, at erhververen i disse tilfælde udelukkende har bevisbyrden for sin gode tro, eller m. a. o. blot opstille en formodning om ond tro i disse tilfælde.

Et andet spørgsmål, som har givet anledning til tvivl, er, om *tvangsauktioner* (herunder auktion over håndpanter i h. t. konkurs. § 155) kan sidestilles med almindelige omsætninger i relation til ekstinktion. Den særlige ekstinktion af udækkede rettigheder i tingen («behæftelsessaneringen»), som er et af tvangsauktionens hovedformål, vedkommer selvsagt ikke det foreliggende spørgsmål, som drejer sig om ekstinktion af *tidligere* retighedshaveres ret. Forsåvidt angår omsætningsgældsbreve (og hermed må formentlig sidestilles andre negotiable værdipapirer, såsom aktier o. lign.), antages det i dansk retslitteratur, at salget må sidestilles med almindelig omsætning, jfr. *Ussing Obligations-*

⁴⁾ jfr. *Fischer-Henle B. G. B.* § 437 note 7, se iøvrigt om den nærmere forståelse af bestemmelsen *Planck* 1657 f., *Dernburg* II. 2.732 og *Oertmann Arch. Ziv. Pr.* 96. 1 ff.

⁵⁾ Det erindres herved, at en overdragelse af et gælds brev med det udelukkende formål, at modtageren skal inddrive det på overdragerens regning, ikke kan sidestilles med omsætning, jfr. *Ussing Obligationsret* 282.

ret 282 og for ældre rets vedk. *Lassen Alm.* 619. Forsåvidt angår løsøre og fast ejendom tager *Erwin Munch-Petersen* i *Tvangsfuldbyrdelse* 235 og *Vinding Kruse* i *E R II*, 1297 vistnok ikke udtrykkelig stilling til problemet. Med hensyn til domspraksis ses det ikke, at domstolene direkte har påkendt spørgsmålet, idet de herhenhørende domme, såvidt vides, alle (se dog nedenf. om U 1940. 684 H) har beskæftiget sig med tilfælde, hvor der også ville være blevet indrømmet vindikation overfor almindelige omsætningsserhververe; og det turde være klart, at ekstinktionsområdet ikke kan udvides ved tvangsauktion; som eksempel kan U 1932.43 H nævnes (tvangsauktion kunne ikke i relation til ejendomsforbehold sidestilles med forhandlersalg el. lign.).

Der synes imidlertid ikke at være grund til i almindelighed at undtage salg på tvangsauktion fra anden omsætningsadkomst. Når *Troels G. Jørgensen* i T. f. R. 1932.395 på baggrund af den nævnte dom har fremhævet, at køb på tvangsauktion ikke eger sig til at fremkalde tillid hos køberen til adkomstens behørighed, skal det erkendes, at en tvangsauktion ved salg af ting, hvorover en tidligere ejer har taget ejendomsforbehold, ikke kan fremkalde samme tillid som et forhandlersalg (dommens resultat), men alligevel ses det ikke, at betragtningen kan være afgørende i de øvrige tilfælde, hvor det drejer sig om rettigheder eller indsigelser, som ville fortabes overfor en almindelig godtroende erhverver. Ejendomsforbehold holder jo også overfor sædvanlige omsætningsserhververe, og må derfor også holde overfor en køber på en tvangsauktion. Andet og mere kan der næppe heller indlægges i den nævnte dom og en lignende i U 1948.513. Har B således ved svig bevæget A til at overdrage sig en løsøreting, som en af B's kreditorer C senere gør udlæg i og bortsælger ved tvangsauktion til D, forekommer det noget urimeligt, om A skulle have adgang til at vindicere tingen fra D (medmindre der er knyttet en stærk sjælelig interesse til genstanden), når det må antages, at D ville have opnået ekstinktion, hvis han havde været en almindelig omsætningsserhverver. A må ordentligvis lade sig nøje med at søge oprejsning hos B eller C (sidstnævnte dog kun for auktionens nettoprovenu, se nedenf.). Noget helt andet er, at køberen på tvangsauktion må være forberedt på, at *selve grundlaget* for auktionen (udlægget) er urigtigt, og at det eventuelt vil blive gjort gældende senere ved en ekstraordinær anke.

Dette forklarer sikkert på fyldestgørende måde dommen i U 1940. 684 H. Tvangsauktionen blev her ophævet, fordi betingelserne for udlæggets retsgyldighed ikke var opfyldt. Landsrettens præmisser udtalte ganske vist, at man ikke kunne sidestille en erhverver, som erhvervede ret i h. t. en tvangsauktion, med en omsætnings-erhverver, men denne betragtning synes dog efter det anførte unødvendig for at begrunde domsresultatet, og den gentoges heller ikke i Højesterets præmisser. Den kan derfor næppe tages til indtægt for, at tvangsauktion i almindelighed ikke kan sidestilles med omsætningsadkomst, jfr. også *Ussing Obligationsret* 282. Ti ét er, at en tidligere rettighedshavers ret (altså en anden end rekvisitus) ekstingveres, men modsat dette står spørgsmålet om selve rekvisiti ret, som kan håndhæves ved ophævelse af auktionen, hvilket køberen må være forberedt på, og det er formentlig udelukkende dette spørgsmål Erwin Munch-Petersen l. c. m. note 23 har for øje. At erhververen i det nævnte tilfælde ikke kunne støtte sin ret på tinglysningsl. § 27 skyldtes, som oplyst af Ussing l. c., at erhververen var blevet indstævnet, før auktionsskødet var blevet anmeldt til tinglysning.

B. Bør vindikationsretten suppleres med løsningsregler?

a. *Indledning.* I enkelte fremmede retsforfatninger, se nedenf. under b, har man suppleret ejerens vindikationsret med en pligt for denne til at skadesløsholde den godtroende omsætningserhverver, mod hvem vindikationskravet rejses («vindikatus»), for hans tab ved vindikationens gennemførelse. Positiv dansk ret, se nedenf. under c, opviser kun få spredte eksempler på dette retsinstitut, og det er derfor naturligt at rejse det spørgsmål, om dansk ret — de lege ferenda — bør indføre slige løsningsregler i almindelighed.

Omsætningserhververens løsningskrav må retteligt betegnes som et restitutionskrav, men kan derimod ikke henføres under berigelseskravene, idet der ikke foreligger nogen berigelse hos vindikanten modsvarende besidderens tab. Selve vindikationsretten undergår selvsagt en stærk svækkelse, når den betinges af betaling af løsen, og udtrykket vindikation i slige tilfælde er derfor næppe helt rammende, hvorfor man måske i lighed med en tendens i svensk ret snarere burde betegne retten som en »løsningsret«. Slutteligt bemærkes det, at løsningsretten står i en vis

forbindelse med reglerne om vanhjemmelsansvaret (købel. § 59), og man må derfor formentlig under overvejelserne angående indførelse af løsningsregler have vanhjemmelsreglerne in mente.

b. *Fremmed ret.* Medens *romerretten* ikke kendte nogen løsningspligt for vindikanten, jfr. *Lassen Romerret* 333, har *fransk ret* i Code civil art. 2280 fastsat løsningspligt ved vindikation af stjalne sager (eller hittegods) fra godtroende omsætningserhververe, der har købt tingene »dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles.«⁶⁾ Løsningssummen er ved samme bestemmelse fastsat til den pris, som erhververen har købt den for. Det må tilføjes, at vindikationsretten mod at betale løsen forældes på 3 år fra det tidspunkt, da ejeren mistede tingen, jfr. art. 2279. Denne løsningsregel er næsten ordret gået over i *schweizisk ret*, se Z. G. B. art. 934, dog således, at forældelsesperioden her er forlænget til 5 år. Derimod har *tysk ret* ikke nogen tilsvarende regel. Der var ganske vist stillet forslag om en sådan i det første kommissionsudkast (i § 939), men den udgik i det andet kommissionsudkast og dermed af den endelige affattelse af B. G. B.⁷⁾

Uafhængigt af fransk ret har *svensk ret* udviklet regler om løsen. Sveriges Rikes Lag (1734) bestemmer i H B 11:4 og 12:4, at ejeren mod at betale løsen kan vindicere gods, som, efter at han frivilligt har betroet det til en anden (lån, leje, forvaring etc.), uretmæssigt er blevet bragt ud i omsætningen. Ved nogle domme i midten af det forrige århundrede udvidedes disse regler til også at gælde stjalne sager.⁸⁾ Om det er indkøbsprisen eller tingens værdi, som må lægges til grund for beregningen af løsningssummen, er ikke helt afklaret i svensk ret. Retspraksis indeholder modstridende domme, og der er også en del diskussion i teorien om dette spørgsmål.⁹⁾ I *finsk ret* gælder ligeledes regler-

⁶⁾ Reglen har gammel tradition i fransk ret, jfr. *Planiol* I no. 2486, se iøvrigt *Planiol-Ripert* tome 3 no. 394.

⁷⁾ Se nærmere *Dernburg* III. 353. Løsningssummen omfattede i modsætning til Code civil også betroelsestilfælde (= D L 5—8—12). Før B. G. B. indeholdt enkelte af de tyske lokale retssystemer regler om løsning, se *Gierke Privatrecht* II (1905) 562 f. og B. G. B. Einf. Gesetz Art. 94 opretholdt denne retstilstand, forsåvidt angik pantelåneres løsningsret, jfr. *Dernburg* l. c.

⁸⁾ Se nærmere *Benckert*: Om exstinktiva förvärv av lös egendom i god tro (1925) I. 127 f.

⁹⁾ Se nærmere K. *Grönfors* i Sv.J.T. 1948.639 m. note 4 og 5.

ne i H B, men disse er i modsætning til svensk ret ikke blevet udvidet til også at omfatte tyveri o. lign.¹⁰⁾ Derimod indeholder *norsk*¹¹⁾ og *engelsk*¹²⁾ ret ingen regler om løsen.

c. *Dansk ret.* Som allerede bemærket indeholder dansk ret ingen almindelige regler om løsen. Men der er i tidens løb i lovgivning og domspraksis forekommet spredte eksempler.

I D L 5—3—35 er det bestemt, at en ejer, som i fejdetid er blevet frastjålet eller frarøvet ejendele af fjenden, kun kan vindicere dem fra en godtroende køber mod at betale denne købesummen. Denne bestemmelse må formentlig antages stadig at gælde, men ejendommeligt nok ses den ikke at have været anvendt af retspraksis i tiden efter besættelsens ophør, hvor der ellers let kunne tænkes at være forekommet tilfælde, som ville gøre den aktuel; dette er dog intet indicium for, at dens princip ikke er blevet lagt til grund ved udenretlige ordninger. Måske skyldes det også, at bestemmelsen i vidt omfang er blevet overflødiggjort (men ikke ophævet) ved lov nr. 132 af 30. marts 1946 om konfiskation af tysk og japansk ejendom § 29, hvori det bestemmes, at »skal ejendom tilbageleveres (til staten eller den oprindelige ejer), har den, hvem sådan ejendom nu tilhører i henhold til erhvervelse i god tro, ret til af staten (med regres til ejeren) at få erstatning for det tab, som han lider ved at måtte tilbagelevere sådan ejendom.« Som det vil ses, bygger denne bestemmelse på det samme princip som DL's regel; dog synes formuleringen at åbne mulighed for, at erhververen også kan få andet tab erstattet end den betalte købesum. Den tidligere fdn. om assistenshuset af 29. juni 1753 bestemte i § 8, at vindikation af stjålne koster fra assistenshuset kun kunne ske, mod at ejeren betalte lånesummen med for-

¹⁰⁾ jfr. *Wrede*: Grunddragen af sakrätten (2. udg. 1947) 282.

¹¹⁾ se *Gjelsvik*: Norsk tingsrett (3. udg. 1936) 312 f.

¹²⁾ Engelsk rets hovedstandpunkt er klart formuleret i en dom fra midten af det forrige århundrede, nemlig *White v. Spettigue*, 13 M. and W. 603, se hertil *Williams*: *Personal Property* (17. ed.) 586 f., hvor det hedder: „if anyone obtain possession of a watch, for instance, by theft or finding, and then sell it, but not in market overt, the buyer will not be entitled to retain it as against the owner. Nor can the buyer require repayment of the price paid by him before delivering up the watch to its owner.“ Der eksisterer således ingen løsningspligt, men dette har dog mindre betydning, grundet på engelsk rets vide ekstinktionsregler ved salg i „market overt“.

faldne renter. Denne regel er imidlertid nu blevet ophævet ved lov om pantelånervirksomhed nr. 272 af 6. maj 1921 § 20. Derimod kan kommissionsl. § 31 i særlige tilfælde medføre en slags løsningspligt for vindikanten. Har således en veksellerer i god tro modtaget stjalne obligationer i salgskommission og udbetalt kommittenten (tyven) forskud på provenuet, vil han i kraft af sin panteret if. nævnte bestemmelse kunne gøre udleveringen af obligationerne afhængig af, om ejeren (vindikanten) vil skadesløsholde ham for det udbetalte provenu, jfr. U 1945.917. Har han derimod modtaget værdipapirerne til eje, vil han i kraft af gælds-
brevsl. § 14 opnå ekstinktion.

I nogle specielle tilfælde har endvidere dansk domspraksis antaget, at vindikanten var undergivet løsningspligt. Dette er navnlig blevet antaget m. h. t. vindikation af mærkeflasker (øl- og mineralvandsflasker etc.). Ved bkg. nr. 487 af 21. sept. 1918 og bkg. nr. 305 af 4. okt. 1938 er der dog truffet særlige bestemmelser vedrørende handel med patentflasker, således at det her nævnte spørgsmål ikke kan opstå for disses vedkommende. Hvad derimod angår flasker, som ikke berøres af disse regler, kan spørgsmålet imidlertid opstå på følgende måde: En øl- eller mineralvandsfabrik (stamvirksomheden) *udlåner*¹³⁾ *mærkede* flasker i forbindelse med salg af øl eller mineralvand. Senere havner disse flasker¹⁴⁾ tilfældigt hos en anden fabrikant sammen med dennes egne flasker samt umærkede flasker, som han alle yder vederlag for. Når nu stamvirksomheden vil vindicere sine flasker (hvilket den er berettiget til if. fast domspraksis), opstår spørgsmålet, om den anden virksomhed kan kræve vederlag (løsen) for tilbageleveringen. Dette er blevet antaget i en række domme, se navnlig U 1937.597, Ø. L. T. 1938.238, U 1943.261 H og 1945.467 H.¹⁵⁾ Det skal først bemærkes, at da tabet hos modtageren ved vindikationen ikke modsvares af nogen berigelse hos stam-

¹³⁾ Undertiden *sælges* flaskerne ligefrem sammen med indholdet. Problemet kan i så fald ikke opstå, idet ejendomsretten til flaskerne herved opgives, jfr. *Wesley Hansen* i U 1939 B. 177.

¹⁴⁾ At flaskerne er mærket med et andet firmas navn end modtagerens, vil ikke i almindelighed gøre dem værdiløse for ham, jfr. *Knud Jærner* i U 1939 B. 180, se dog U 1945.467 H. Brugen er heller ikke ulovlig, jfr. U 1945.603.

¹⁵⁾ Det samme antages i svensk retspraksis, selvom tilfældene ikke direkte falder ind under de almindelige løsningsregler, se dom i Sv.J.T. 1944.88.

virksomheden, kan løsningspligten selvsagt ikke begrundes ved hjælp af berigelsesgrundsætningen. Dette er heller ikke sket i de nævnte domme med undtagelse af den første; derimod begrundede den ledende højesteretsdom fra 1943 resultatet med, at »vederlagsfri tilbagelevering ville påføre selskabet et *tab*, der findes *ugrundet*« (udh. af mig). Hovedsynspunktet for, hvornår stamvirksomheden er pligtig at betale løsen for vindikation, kan formentlig på baggrund af den anførte domspraksis, navnlig 1943-dommen, gengives derhen, at det afgørende for, om stamvirksomheden har løsningspligt, er: 1) om hvorvidt modtageren inden (eller under) modtagelsen har haft praktisk mulighed for — uden urimelig bekostning — at identificere og afvise stamvirksomhedens flasker, og 2) om hvorvidt stamvirksomheden, ved at føre et vist regnskab med ind- og udgående flasker, har haft mulighed for at undgå tabet (U 1938.238 og U 1945.467 H).

Spørgsmålet er, som det vil ses, hvem af parterne der bør lide tabet ved forvekslingerne, og dette må afgøres ud fra en risikobetragtning, hvor de to nævnte af domspraksis fremdragne momenter sikkert bør være afgørende. Hvad angår spørgsmålet om løsningssummens størrelse, blev denne i samtlige domme undtagen i U 1945.467 H sat til 10 ø. pr. flaske efter sagsøgernes påstand, idet denne pris var den sædvanlige. I 1945-dommens tilfælde var prisen mellem modtagelsen og rejsningen af vindikationskravet imidlertid steget fra 10 ø. til 15 ø. Modtagervirksomheden havde m. a. o. betalt 10 ø. ved modtagelsen, og havde iøvrigt på et tidligere tidspunkt tilbudt stamvirksomheden flaskerne til denne pris, hvilket dog var blevet afslået, medens altså værdien på dommens tidspunkt var steget til 15 ø. Flertallet i Højesteret tilkendte modtageren 15 ø. (altså *værdien*), medens to dissenterende dommere kun ville tilkende ham 10 ø.

d. *Det legislative spørgsmål*, om dansk ret bør indføre mere almindelige regler om løsen, er ikke helt let at besvare. Derom vidner forskellighederne i fremmed ret. Og de ovenfor anførte særlige tilfælde i dansk ret, hvor retsinstituttet anerkendes, giver heller ikke nogen sikker vejledning. Hvad særligt angår »flaske dommene«, må disse sikkert siges at være rigtige, men der gør sig imidlertid på dette område så specielle hensyn gældende, at man næppe af disse kan uddrage nogen almindelig lære for andre tilfælde. I det følgende skal der gøres et forsøg på at frem-

drage de vigtigste synspunkter, som må være afgørende for den legislative bedømmelse.

Indledningsvis må det bemærkes, at indførelse af regler om løsen afsvækker vindikationsretten; den virker m. a. o. mindre hårdt overfor erhververen (vindikatus), idet han herved i det store og hele vil blive holdt økonomisk skadesløs; men på den anden side får vindikationsretten en tilsvarende mindre værdi for vindikanten.

Dernæst må det fremhæves, at man i almindelighed kan rejse den indvending mod løsningsregler, at de modvirker, at den virkelig skyldige bliver ramt, idet erhververen ved at modtage løsen mister størstedelen af det økonomiske motiv til at gøre et vanhjemmelsansvar gældende mod sin sælger. Ti i det omfang erhververen modtager løsen, må hans vanhjemmelskrav tilsvarende nedsættes, idet han ikke med rimelighed kan forlange begge dele. Har han derimod ikke ret til at kræve løsen, er hans eneste mulighed for at blive holdt skadesløs at gøre vanhjemmelsansvar gældende mod sin hjemmelsmand, som derigennem motiveres til at gøre vanhjemmelsansvar gældende mod sin og så fremdeles, indtil den virkelig skyldige bliver ramt. Denne uheldige side ved løsningsreglerne kan ganske vist til en vis grad afværges, hvis man samtidig med indførelsen af løsningsregler lader vanhjemmelskravet overgå til vindikanten. Men denne ordning synes dog hverken at være helt praktisk eller rimelig. Ti den forudsætter for det første, at man sætter løsesummen lig vanhjemmelskravet, medens den retstekniske rigtige løsning formentlig er at sætte løsesummen lig den betalte købesum (hvilket også er hovedtendensen i fremmed ret), ti ellers vil vindikationsrettens værdi i mange tilfælde totalt forsvinde. Men rent bortset herfra vil ordningen ikke være noget værd i alle de tilfælde, hvor vanhjemmelsansvaret ikke kan gennemføres, hvadenten dette nu skyldes, at hjemmelsmanden ikke kan findes, eller det skyldes, at han er insolvent; og iøvrigt vil vindikanten sikkert i mange tilfælde have færre chancer end erhververen for med held at kunne gennemføre vanhjemmelssøgsmålet, idet han ofte vil have vanskeligheder ved at erhverve sig den samme kundskab til de faktiske omstændigheder som erhververen. Eller sagt på en anden måde: Indførelsen af løsningsregler, selv mod at lade vindikanten få ret til at indtræde i erhververens vanhjemmelskrav, medfører, at *risi-*

koen for ikke at kunne gennemføre et vanhjemmelssøgsmål vil blive overvæltet på vindikanten. Men dette vil næppe være rimeligt. På den anden side vil den oprindelige ejer have større mulighed for at sikre sig ved forsikring, men indførelse af løsningsregler vil selvsagt bevirke, at tyveriforsikringspræmierne vil vokse, idet en sådan forsikring naturligvis kun ville være effektiv, såfremt den også dækker denne risiko.¹⁶⁾

Som følge af de betænkeligheder, der således kan rejses overfor løsningsregler, må man formentlig udvise forsigtighed med at indføre sådanne, uden hvor afgørende grunde taler for det.

Dette synes imidlertid at være tilfældet på de områder, hvor man i forvejen nærer betænkeligheder ved vindikationsretten, hvilket for dansk rets vedkommende navnlig vil sige *betroelses-tilfældene* i D L 5—7—4 og 5—8—12 og lignende tilfælde, jfr. *Vinding Kruse E R II*. 1278 ff. For at indføre løsningsregler her taler også, at svensk ret oprindeligt kun havde løsningsregler på dette område, men ikke ved tyveri og andre grove retsbrud, som ejeren har langt større vanskeligheder ved at værgе sig mod; hvilken retstilstand finsk ret har bevaret, jfr. ovenf. ved b. Samtidigt burde der i lighed med fransk og schweizisk ret indføres en kort forældelse af vindikationsretten, f. eks. 3 år.¹⁷⁾ På den anden side må det i h. t. det ovenanførte formentlig erkendes, at vindikation mod løsen er en noget uheldig mellemting mellem egentlig vindikation og ekstinktion, der har alle kompromisets

¹⁶⁾ Selvom forsikringsselskaberne ved beregningen af tyveriforsikringspræmierne ikke arbejder med egentlige statistikker over, hvilken procentdel af stjalne koster der bringes tilveje igen ved vindikation, er det på forespørgsel blevet mig oplyst, at dette moment spiller en betydelig rolle ved præmiernes beregning. Det kan også oplyses, at de forskellige selskabers tyveriforsikringsafdelinger arbejdede med store underskud i perioden: 1944—45 (den politiløse tid). Hvad iøvrigt angår forsikringsselskabets stilling til vindikationsretten, ordnes det i praksis således: Har den forsikrede opnået vindikation inden forsikringssummens udbetaling, får han naturligvis kun erstatning for afsavn samt for forringelse af tingen som følge af tyveriet. Er derimod forsikringen udbetalt inden vindikationen, giver selskabet den forsikrede valget mellem, om han vil beholde den udbetalte sum, eller om han vil have tingen tilbage. Dette er selskabet formentlig også pligtig til, idet forsikringsaftalel. § 25 næppe kan antages at omfatte vindikationskrav, se hertil dom i J D 1949.267.

¹⁷⁾ Svensk ret har ingen tilsvarende forældelsesregel, hvilket imidlertid kritiseres af K. Grönfors i Sv. J. T. 1948.645.

dårlige sider, hvorfor man snarere burde tage skridtet fuldt ud og gennemføre ekstinktion i disse tilfælde.

Med hensyn til de såkaldte »*grove*« *retsbrud*: tyveri, røveri (og ulovlig omgang med hittegoods), D L 6—17—5, er regler om løsen derimod næppe anbefalelsesværdige i almindelighed. Når flertallet af nutidens retsforfatninger her giver vindikation selv overfor »godtroende« omsætningserhververe, jfr. Vinding Kruse l. c. 1292, skyldes dette i første række, at vi her står overfor en *hæle-ribestemmelse*, jfr. herved Niels Lassen l. c. Erfaringsmæssigt vil købere af tyvekoster kun sjældent være i god tro, men ofte vil de have mulighed for at fremkalde skinnen af en sådan. Der er derfor god grund til — retsteknisk — at skære igennem og give vindikation, uanset hvad erhververen måtte kunne præstere af »beviser« for sin gode tro. Reglen er også til fordel for den erhverver, som undtagelsesvis måtte være i god tro, idet hans hæderlighed ville kunne drages i tvivl, hvis han ikke kunne godtgøre sin gode tro. Det ovenfor udviklede om risikoen for vanhjemmelssøgsmålets gennemførelse, og dets betydning for at ramme den virkelig skyldige, får også særlig styrke på det heromhandlede område.

Dog kunne der være grund til at gøre undtagelse ved køb i det »åbne marked«, se herved Vinding Kruse l. c. 1293, idet der her som regel vil foreligge virkelig god tro. På dette område har, som vi så ovenf., fransk ret også ved Code civil art. 2280 indført løsningsregler. Det er dog et spørgsmål, om man ikke også her burde tage skridtet fuldt ud og i lighed med engelsk ret¹⁸⁾ indrømme ekstinktion. Det må dog ikke overses, at bestemmelsen af begrebet »det åbne marked« kan give anledning til visse tvivlsomme afgrænsningsproblemer.

Derimod kunne der snarere være grund til at indføre løsningsregler ved vindikation af genstande, som repræsenterer en egentlig sjælelig værdi (affektionsværdi) for ejeren, mod så til gengæld at lade vindikationsretten gælde i almindelighed, altså også i de tilfælde hvor man i h. t. det foregående vil indføre ekstink-

¹⁸⁾ Sale of Goods Act (1893) sec. 22 (1); ekstinktionsreglen gælder dog ikke, hvis tyven er blevet pågrebet og dømt inden salget, jfr. *Williams: Personal Property* (17. ed.) 589.

tion, f. eks. i betroelsestilfælde.¹⁹⁾ Ti for det første er disse tilfælde forholdsvis sjældne, hvorfor omsætningssikkerheden næppe vil blive synderligt formindsket, og for det andet vil løsningspligten i disse tilfælde heller ikke føles særlig byrdefuld, fordi det drejer sig om sjælelige interesser. Dertil kommer, at løsningspligten her vil virke som en automatisk regulator til udskillelse af de kun påståede sjælelige interesser. Under hensyn hertil, bør løsesummen i disse tilfælde dog udregnes efter en værdimålestok og ikke blot efter købsprisen.²⁰⁾

C. Stillingen ved forbrug, videresalg etc.

Som bekendt opstillede *Jul. Lassen*²¹⁾ den sætning, at *forbrug eller videresalg af vindicable genstande erhvervet ved en overdragelse inter vivos i god tro er ansvarsfrit*. Som positiv hjemmel anførte han D L 5—3—36 jfr. 35, hvis ordlyd forudsætter, at en køber, som i god tro har købt stjålne eller røvede ting af fjenden, er ansvarsfri overfor ejeren, hvis han også i god tro forbruger eller videresælger dem.

Til støtte for sætningen angav Lassen to reale grunde: Han anførte for det første hensynet til omsætningens sikkerhed og fremhævede dernæst for det andet, at det gennemsnitligt føles langt mere byrdefuldt for en besidder at betale erstatning, efter at der er sket forbrug eller videresalg af en vindicabel genstand, end at blive underkastet selve vindikationen af genstanden, når denne befinder sig intakt hos ham; ti forbruget eller videresalget betegner et afgørende skridt i besidderens økonomi, hvorfor ansvar for disse handlinger vil være betænkeligere for godtroende besiddere end undergivelse af et vindikationskrav forinden disse handlinger er foretaget, så sandt som man gennemsnitligt har bedre råd til inden forbruget (eller videresalget) at miste selve tingen, end til efter forbruget at betale den igen med dens fulde værdi eller blot med den ved forbruget (eller videresalget) indvundne berigelse. Den sidstnævnte betragtning kunne i og for sig føre til at

¹⁹⁾ I lignende retning *K. Grönfors* i Sv.J.T. 1948.642 og *Vinding Kruse* 105 § 8 sidste stk.

²⁰⁾ Måske burde man give domstolene adgang til at fastsætte løsesummen efter et skøn over vindikantens og erhververens økonomiske omstændigheder, jfr. *Vinding Kruse* l. c.

²¹⁾ jfr. *Handlinger* 169 ff., *Speciel* 826 ff., 833 ff. samt *Alm.* 302.

erklære alle godtroende besiddere af andres ting — altså ikke blot aftaleerhververe, men også arvinger, rekvirenter o. s. v. — for ansvarsfrie for tingens forbrug eller videresalg, og *Aagesen* havde også opstillet en almindelig sætning herom.²²⁾ En så vidtgående konsekvens af betragtningen turde Lassen dog ikke drage, og han fandt den iøvrigt ganske uhjemlet for dansk rets vedkommende. Men hvor det drejede sig om aftaleerhververe, nærrede han ingen betænkeligheder, idet det første hensyn, nemlig hensynet til omsætningens sikkerhed, her tillige talte i samme retning.

Hvad angår *fremmed ret*, vil de retsforfatninger, som har indført løsningsregler, altså Frankrig, Schweiz og Sverige, se ovenfor s. 371 f., i konsekvens af dette ikke kunne pålægge ansvar for godtroende forbrug eller videresalg. For Frankrigs og Schweiz' vedkommende, som betinger løsningskravet af, om tingen er købt i det åbne marked, vil disse dog i kraft af berigelsesgrundsætningen kunne pålægge de aftaleerhververe, som ikke har erhvervet tingen ved et sådant køb, pligt til at fralægge sig berigelsen, hvilket navnlig vil kunne få betydning for gavemodtagere. For andre retsforfatningers vedkommende stiller sagen sig noget forskelligt. I engelsk ret vil en godtroende besidder i vidt omfang blive ansvarlig for tingens forbrug eller videresalg efter reglerne om »conversion«, og kravets størrelse vil her blive udregnet efter tingens værdi og ikke efter den opnåede berigelse, se nærmere ovenf. i kap. 3, s. 51. Men det må dog ikke glemmes, at engelsk rets vide ekstinktionsregler ved køb i det åbne marked indebærer en meget kraftig modification af disse regler. I tysk ret, jfr. herved navnlig B. G. B. § 816, afhænger spørgsmålet derimod af, om erhververen ved forbruget eller videresalget har opnået en berigelse, hvilket navnlig kan tænkes, hvis erhververen er gavemodtager, og kravet går i så fald ud på at afgive den del af berigelsen, som er i behold ved sagsanlægget. I norsk ret antages det derimod, at den godtroende erhverver af en vindicabel ting er ansvarsfri for videresalg, selvom han har opnået en klar gevinst ved salget, jfr. *Øvergaard* i T. f. R. 1942.398.

Overfor *Lassens* sætning har *Ussing* (*Erstatningsret* 220 f.) og *Cohn* (223) hævdet den opfattelse, at sætningen er overflødig,

²²⁾ *Andreas Aagesen*: Forelæsninger over Indledning til den danske Formueret (1880) 154 f. og 346.

hvis man anerkender berigelsesgrundsætningen, idet aftaleerhververen normalt ingen berigelse opnår ved forbruget eller videresalget, idet værdien af tingen må fradrages vederlagets beløb; og når dette undtagelsesvis giver en berigelse til resultat, må denne som oftest betragtes som »grundet«, f. eks. fordi den er indvundet ved erhververens forretningsdygtighed. Der vil således navnlig kunne blive tale om et krav, hvor erhververen er en gavemodtager, men også i andre tilfælde, f. eks. hvor en køber senere har solgt den vindicable ting med en fortjeneste, som skyldes konjunkturopgang og ikke hans særlige forretningsdygtighed, vil der være mulighed for at rejse krav.

Denne ordning, som minder en del om tysk rets, virker tiltalende ud fra en ideel retfærdighedsbetragtning. Da den imidlertid formentlig kun i forholdsvis sjældne tilfælde vil føre til undtagelser fra Lassens almindelige sætning, er det dog et spørgsmål, om man ikke af retstekniske (navnlig bevismæssige) grunde helt burde bortse fra disse undtagelser (retsteknisk forskydning), og blot betragte synspunktet som en yderligere støtte for Lassens sætning. Ti i praksis vil det sikkert ofte være vanskeligt at skelne mellem, hvornår en omsætningserhververs fortjeneste skyldes skiftende konjunkturer, og hvornår det skyldes hans egen forretningsdygtighed. Som regel vil det være en blanding af begge dele, hvorfor domstolene vil have endnu større vanskeligheder ved at finde ud af, hvor stor en del af berigelsen erhververen således må fralægge sig. Dertil kommer yderligere, at der ved videresalg stadig foreligger mulighed for, at ejeren kan gennemføre vindikation mod en senere erhverver, og sker dette, må han naturligvis tilbagebetale, hvad han måtte have modtaget fra den første erhverver, medens denne til gengæld nu må forvente vanhjemmelsøgsmål fra den senere erhverver, hvorfor ordningen i disse tilfælde forekommer noget upraktisk.²³⁾

Hvad særligt angår gavemodtagere, må det fremhæves, at Usings og Cohns betragtningens måde formentlig i adskillige tilfælde næppe får betydning, idet der ved gavemodtagere bør stilles

²³⁾ I tysk ret er man mest tilbøjelig til at opfatte de forskellige erhververs (samt den oprindelige retsbryders) skyldforhold overfor ejeren som „solidarisk“, således at ejerens skadesløsholdelse fra den enes side medfører frigørelse for de andre, men naturligvis med indbyrdes regres, se *Hans Brandt: Eigentumserwerb und Austauschgeschäft* (1940) 246.

strengt krav til beviset for en påstand om god tro. Det samme må gælde i de tilfælde, hvor der er ydet delvist vederlag (halvdonatoriske overdragelser). Men lykkes det undtagelsesvis modtageren at føre bevis for sin gode tro, er der næppe større fare ved at erklære ham for ansvarsfri. Dette vil der ihvertfald være særlig grund til ved de halvdonatoriske overdragelser, idet de bevismæssige vanskeligheder ved at fastslå gavemomentet og dets størrelse som oftest vil være betydelige, hvorfor den generelle sætning formentlig må foretrækkes, idet den vil forhindre overflødige processer.

Hvad angår *dansk domspraksis*, har der, såvidt ses, ikke været nogen dom bortset fra afkræftelsestilfælde efter konkursl. § 28, se nedenf., som har pålagt en godtroende erhverver af vindicable genstande ved en overdragelse inter vivos ansvar for forbrug eller videresalg, hvorimod der kan anføres mange, som har erklæret ham ansvarsfri; som de vigtigste kan nævnes U 1893.187, 1900.919, 1906.227 H, 1911.959, 1914.150, 1916.464, 1918.693, 1931.1102, 1937.118, 1948.342. Nogle af de nævnte domme giver en helt konkret begrundelse for resultatet, se t. eks. 1893.187: passivitet fra ejerens side, og U 1906.227 H: bortsalg i beføjet tillid til en fagedkendelse. Andre af dommene henholder sig derimod blot til den generelle sætning, se t. eks. U 1914.150, 1916.464, 1918.693, 1931.1102 og 1948.342. I U 1931.1102 forelå der en gevinst ved videresalget, der dog sikkert måtte ses som et udslag af erhververens forretningsdygtighed, jfr. Ussing l. c. Enkelte domme fremhæver dog, at der var blevet betalt et rimeligt vederlag for genstandene, se navnlig U 1937.118, hvorfor disse kan siges at give en vis støtte for Ussings og Cohns opfattelse. Fremhævelsen af, at der er ydet vederlag, synes dog lige så meget at skyldes det forhold, at domstolene anser vederlagsmomentet for et vigtigt indicium for erhververens gode tro. Det skal dog erkendes, at domspraksis næppe kan siges at have taget endelig stilling til spørgsmålet. Dommene i J U IV. 646 (om en obligation) og U 1885.927, som begge statuerede ansvarsfrihed, kan således næppe siges at gå imod Ussings og Cohns opfattelse, idet det stod uklart hen, om der forelå en egentlig gave. Derimod statuerede U 1931.375 ansvarsfrihed for godtroende modtagelse og forbrug af en gave, som var afkræftelig i h. t. konkursl. § 28; og dette standpunkt gentoges i 1931.765 (i denne dom forelå der dog ond tro). Men som

en ejendommelighed ved dommene må det dog bemærkes, at de krævede, at gaven virkelig var *forbrugt*; det blotte videresalg var altså ikke tilstrækkeligt. I den første dom bestod gaven således af en fast ejendom, som var blevet videresolgt med et nettoprovenu på 5.561 kr., hvoraf der ved sagens anlæg var 2.026 kr. tilbage, medens resten var forbrugt. Ved dommen tilpligtedes gavemodtageren at tilbagebetale de i behold værende 2.026 kr. til boet. Man kan derfor også anse dommen for et udslag af det af Ussing og Cohn hævdede synspunkt, blot med den tilføjelse, at det er en betingelse for berigelseskravets gennemførelse, at berigelsen (herunder endog penge) er i behold ved sagsanlægget; altså et rent eksempel på den romanistiske berigelsesregel, således som den er udformet i B. G. B. §§ 812—18. Det skal ikke bestrides, at denne ordning måske er den mest retfærdige i disse specielle tilfælde, navnlig når den bevismæssige side af sagen ligger så klar som her (gavemodtageren havde erklæret at have det nævnte beløb i behold), men det er tvivlsomt, om man bør overføre princippet til almindelige gavetilfælde, ti selv ved anvendelsen af konkursl. § 28 (hvor det drejer sig om nærpårørende) kan man måske også nære visse betænkeligheder ved dette princip, jfr. *H. Munch-Petersen*: Skifteretten. 3. udg. 127; og det må heller ikke overses, at den berettigede (konkursboet) i de her nævnte tilfælde er afskåret fra at gennemføre vindikation (afkræftelse) mod senere godtroende omsætningserhververe, jfr. konkursl. § 29. Når derfor ægteskl. II §§ 31 og 33 gør en ægtefælle ansvarlig for værdien af modtagne gaver (berigelsen) overfor den anden ægtefælles kreditorer, se nærmere *Borum Familienret* II. 286 f., må disse bestemmelser tages med de samme reservationer, således at en analogislutning må anses for tvivlsom. Og hertil kommer yderligere, at en ægtefælle ikke kan sidestilles med sædvanlige omsætningserhververe, jfr. herved ovenf. i kap. 10, s. 340, hvorfor der intet kan sluttes fra de herhenhørende regler til *almindelige gavemodtageres* ansvar for forbrug og videresalg af vindicable ting.

Efter min opfattelse bør man derfor af retstekniske grunde i de sædvanlige tilfælde gennemføre Lassens sætning uden modificationer m. h. t. eventuelle berigelser, som måtte være opstået hos erhververen. Derved opnår man også at eliminere enhver usikkerhed hos erhververen, som ellers ville være tilstede,

hvis han kunne risikere et sagsanlæg måske længe efter, at han havde bortsolgt eller forbrugt tingen. At han også må være ansvarsfri, hvis tingen er gået tabt uden hans skyld, siger sig selv. På den anden side må man være på vagt overfor »skjult« ond tro, idet man, som tidligere anført, erfaringsmæssigt kan gå ud fra, at erhververen, bortset fra køb i det åbne marked, sædvanligvis vil være i ond tro. Af hensyn hertil bør man derfor — udenfor køb i det åbne marked — formentlig opstille en *præsumption for ond tro* hos erhververen, således at han må tilsvare værdien, hvis han ikke kan afkræfte denne formodning, og dette uden hensyn til om han aktuelt har opnået en berigelse; og ved gaver må man stille særligt strenge krav til beviset. Kan han derimod antageliggøre sin gode tro, bør han omvendt være helt ansvarsfri, stadig uden hensyn til eventuelle berigelser. Som et eksempel fra praksis, hvor dette standpunkt synes at have ligget til grund for afgørelsen, kan U 1945.832 anføres: En cyklehandler K, der af S havde købt en brugt herrecykel, fik kort efter af en kriminalbetjent B at vide, at der var noget galt med S.s adkomst til cyklen, hvorefter K deponerede cyklen hos politiet med begæring om at få den tilbage, når sagen mod S var afsluttet. Efter at S var blevet idømt straf, bl. a. for at have tilvendt sig cyklen ved bedrageri, fik K, uden at udfaldet af sagen mod S blev ham meddelt, cyklen udleveret af B, hvorefter han videresolgte den. Da K inden videresalget burde have skaffet sig kundskab om sagens udfald, tilpligtedes han at erstatte cyklens ejer dens værdi, idet cyklen ikke længere kunne tilvejebringes. Som et andet eksempel kan U 1899.261 måske nævnes. Der forelå her det ejendommelige tilfælde, at en jernhandler J, som havde købt et parti stjålet kobber, videresolgte det til den bestjålne K selv. Efter at forholdet var blevet oplyst, anlagde K sag mod J og påstod ham dømt til at tilbagebetale købesummen. Heri fik han medhold, uden at J.s subjektive forhold blev sat under debat. Man kan dog næppe slutte meget af dommen, idet det var en udeblivelsesdom, ligesom det er sandsynligt, at dommen, uden at det dog nævnes, hviler på et vanhjemmelssynspunkt.

D. *Frugterhvervelser.*

Men hensyn til frugter vundet af vindicable genstande, kan der næppe herske tvivl om, at den godtroende aftaleerhverver må

være ansvarsfri for de frugter, som er forfaldne og oppebårne inden vindikationssagens anlæg (eller anden form for retslig påtale), jfr. D L 5—5—4 og dens analogi. Derimod må han tilsvare alle frugter, som oppebæres (eller burde oppebæres) efter dette tidspunkt. Har han gjort sig skyldig i uredelighed, må han også være ansvarlig for frugterhvervelser fra før dette tidspunkt. Se iøvrigt om disse spørgsmål nærmere ovenf. i kap. 7, s. 197 og *Vinding Kruse E R I. 765 f.*

Hovedbegrundelsen for at lade besidderen være ansvarsfri for frugterhvervelser må, som tidligere anført, formentlig siges at være, at han derigennem opnår et rimeligt vederlag for sit arbejde og sine udgifter ved at bevare tingen. Men er dette rigtigt, må det følge som en naturlig konsekvens, at besidderen ikke kan kræve vederlag (refusion) for de *normale* udgifter til tingens (eller ejendommens) pasning og vedligeholdelse (herunder også betaling af sædvanlige skatter og afgifter), som han har afholdt i besiddelsestiden, og som vedrører dette tidsrum. Dette synes også at bekræftes af domspraksis, jfr. U 1940.684 H, hvor en godtroende besidder af en fast ejendom ved ejendommens vindikation kun fik krav på refusion af betalte ejendomsskatter, som vedrørte tiden forud for erhvervelsen.

III. Øvrige tilfælde af råden over andres ejendom.

A. Indledning.

Når besidderen ikke har erhvervet den vindicable genstand ved en overdragelse i levende live, men på anden vis, får hensynet til omsætningens sikkerhed ingen betydning, ligesom erhvervelsen normalt vil medføre en berigelse, og besidderen bør derfor i vidt omfang blive gjort ansvarlig for godtroende forbrug eller overdragelse. Derimod må han normalt være ansvarsfri for tingens hændelige undergang, dog naturligvis med pligt til at svare eventuelle indvundne surrogater.

Området kan dog ikke behandles under eet, idet de forskellige erhvervs måder eller adkomster ændrer den reale baggrund, hvorved der vil fremkomme forskelligheder m. h. t. kravenes udmåling m. v. Ved den nærmere gennemgang er det derfor nødvendigt at sondre mellem adkomsternes art.

B. *De enkelte tilfældegrupper.*

1. *Arveadkomst.* Uberettiget råden over andenmands ejendom kan i disse tilfælde tænkes at ske på tre måder, nemlig dels ved at arvingerne har fået en forsvunden, men senere tilbagekommen, arveladers eller medarvings ejendele udlagt som arv, dels ved at en arving i god tro har fået tredjemands ting udlagt som arv efter afdøde, og endelig ved at arvemidlerne er blevet urigtigt fordelt mellem arvingerne.

a. Vedrørende *forsvundne arveladers* (eller *medarvings*) tilbagefordringskrav mod arvingerne er som bekendt den tidligere fdn. af 11. sept. 1839 nu blevet afløst af lov nr. 397 af 12. juli 1946 om bortblevne. Idet der kan henvises til den udførlige fremstilling hos *Borum* 177 ff. og *Borums* og *Trolles* kommentar samt til tidligere omtale, navnlig ovenf. i kap. 7., skal kun lovens ordning berøres i hovedtræk. Efter lovens § 17 kan en forsvunden arvelader i 10 år efter dødsformodningsdommen (altså normalt i 20 år efter bortblivelsen, se § 6) kræve sine ejendele tilbage fra dem, der har fået dem udlagt som arv. På samme måde kan en forsvunden medarving efter § 25 i 10 år efter dødsfaldet kræve sin arvepart udleveret fra dem, som har fået den udlagt. Kravet er principielt et vindikationskrav, men er dette uigennemførligt på grund af forbrug, videresalg etc. bestemmer lovens § 18 følgende:

»Hvis det modtagne er afhændet eller forbrugt, skal arvingen erstatte værdien ved afhændelsen eller forbruget, men dog ikke mere end den nuværende værdi af tingen af tilsvarende art og godhed. Kravet mod arvingen kan nedsættes eller bortfalde, når forbruget har været rimeligt begrundet i hans erhvervelse af den bortblevnes ejendele, og det efter hans økonomiske forhold ville være ubilligt at lade ham tilsvare det fulde beløb.

Er det modtagne gået tabt uden arvingens skyld, er han fri for ansvar.

Indtægt af formuen, som er forfaldet før den dag, da den tilbagevendte fremsætter kravet, skal ikke tilsvares af arvingen.«

Udgangspunktet for kravets udmåling er således en *værdimålestok*.

Har arvingerne imidlertid ved erhvervelsen gjort sig skyldige i *svig*, er de dog ifølge § 22 erstatningsansvarlige efter lovgivnin-

gens almindelige regler, hvilket må medføre, at de hæfter solidarisk og ubetinget, altså også selvom det modtagne er gået hændeligt tabt (*casus mixtus*), og selvom der er forløbet længere tid end 10 år fra dødsformodningsdommen. De må endvidere være ansvarlige for alle frugter, som de har (eller burde have) oppebåret.

b. Har en arving ved en undskyldelig fejltagelse fået en *tredjemands ting* udlagt som arv, fordi disse befandt sig i arveladerens besiddelse ved dødsfaldet, antog *Lassen* (*Speciel* 830), at arvingen hæftede for værdien af tingen ved forbrug eller videresalg. Han støttede resultatet på en analogi fra fdn. af 11. sept. 1839 § 2 sidste pkt., hvorefter putative arvinger hæftede overfor den egentlige arving på samme måde som overfor en forsvunden. Denne analogi var vel noget tvivlsom, og det fremgik forøvrigt heller ikke helt klart af fdn., hvorledes arvingerne hæftede i de almindelige tilfælde. En ældre dom i J U 1849.609 havde dog også anlagt et værdisynspunkt. Såvidt ses, har spørgsmålet ikke været forelagt domstolene i dette århundrede, men man bør sikkert også nu gå ud fra et værdisynspunkt, dog bør man formentlig såvidt muligt anvende reglerne i § 18 i lov om borteblevne, selvom man vanskeligt kan tale om nogen egentlig analogi.

c. Endelig kan den uberettigede råden tænkes at opstå ved en *urigtig fordeling* af arvemidlerne. Er dette sket ved en undskyldelig fejltagelse enten fra skifterettens, executorernes eller arvingernes side, f. eks. ved at et testamente først bliver fundet, efter at arvefordelingen er sket, må de arvinger, som således har fået for meget (de putative arvinger) formentlig hæfte på samme måde som overfor en forsvunden medarving, idet det vil være nærliggende at drage en analogi fra lov om borteblevne § 25. Er derimod den urigtige fordeling sket ved en tilregnelig fejltagelse, må det gå ud over ophavsmanden til denne, jfr. U 1940.386. Er det den arving, der har fordel heraf, som selv har begået fejltagelsen, må han derfor hæfte for værdien af det modtagne. Dog bør han formentlig kun være ansvarlig for surrogater, hvis det drejer sig om en individuel ting, som er gået tabt uden hans skyld, idet man næppe bør lade ham være ansvarlig efter et *casus mixtus*-synspunkt, medmindre han har gjort sig skyldig i forsæt. Er fejltagelsen begået af skifteretten, dens medhjælper eller af executorer, bør disse principielt hæfte; i den ovennævnte dom,

U 1940.386, kom ansvaret til at påhvile en af skifteretten antaget genealog, som havde begået en fejl ved udarbejdelsen af en slægtsfortegnelse. Herimod går dog U 1945.898, hvor den urigtige fordeling skyldtes en fejltagelse fra en sagførers side, men hvor denne alligevel fik ret til at søge det for meget udbetalte tilbage fra arvingen. Man må dog sikkert nære betænkeligheder ved denne doms resultat, jfr. nærmere ovenf. i kap. 8, s. 261 ff. Skyldes den »urigtige« fordeling af arvemidlerne derimod en — fra arvingernes side — senere påstået retsvildfarelse m. h. t. et tvivlsomt retsspørgsmål (f. eks. fortolkningen af et testamente), må et slikt søgsmål normalt udelukkes som forpasset, idet dette burde være rejst inden arvens fordeling, se nærmere ovenf. anf. st. Iøvrigt må der om disse spørgsmål henvises til den udførlige gennemgang hos *Borum: Arvefaldet*, Kbh. 1949, 131—138 (§ 9: »Arvingers og legatarers restitutionspligt«). Borums fremstilling ses ikke i princippet at afvige fra de ovenf. fremførte synspunkter.

2. *Udlægssadkomst*. Er en udlægshaver ved en undskyldelig fejltagelse kommet til at gøre udlæg i *tredjemands ting* og bortsolgt dem ved tvangsauktion, er det fast antaget i dansk domspraksis, til trods for den noget kategoriske ordlyd af D L 5—6—9 og 5—8—6, at han kun hæfter med auktionens *nettoprovenu*, jfr. *Erwin Munch-Petersen Tvangsfuldbyrdelse* 236 og de dernævnte domme²⁴), samt *Ussing Erstatningsret* 87 f. Synspunktet ved beregningen af tilsvaret er således berigelsen og ikke værdien. Dette fandt *Lassen (Speciel 832)* ganske vist stridende mod de nævnte artikler i D L, men han hævdede dog samtidigt, at domstolenes praksis var legislativt anbefalelsesværdig, uden at han dog begrundede dette nærmere. Forklaringen på domstolenes holdning må dog sikkert søges i, at en modsat regel, gående ud på, at rekvirenterne var pligtige at tilsvare værdien, ville medføre en betænkelig svækkelse af kreditinstitutionen (personalkrediten), idet kreditorer i så fald ville nære begrundet ængstelse for at skride til retsforfølgning, hvilket ville gøre dem forsigtigere med

²⁴) Se navnlig U 1930.123, 1927.177, 1912.512, 1903.604; i en dom i J D 1942.28 nægtedes dog ethvert krav, fordi ejeren (en afbetalings sælger), trods opfordring fra rekvirenten, ikke afhentede genstanden inden tvangsauktionen.

at yde kredit, sml. ovenf. i kap. 5, s. 124 f. Har rekvirenten selv købt tingen på tvangsauktionen, må ansvaret formentligt berignes på samme måde, jfr. Lassen l. c. Dog synes resultatet noget urimeligt, hvis han har erhvervet tingen særlig billigt på auktionen og umiddelbart derefter solgt den til en langt højere pris. En del af denne berigelse må vel ofte tilskrives hans egen forretningsdygtighed og må derfor retteligt tilkomme ham, men bortset herfra burde domstolene skønmæssigt kunne opskrive hans tilsvar, se om en lignende beføjelse i retsplejel. § 578 stk. 2 og 3. På den anden side kan rimelighed tale for at lade ham være ansvarsfri, bortset fra surrogater, hvis tingen er gået tabt uden hans skyld. For frugter, oppebåret i god tro, må han ialtfald være ansvarsfri, ligeledes for forringelser, som skyldes almindeligt slid.

3. *Erhvervelser gennem ægteskab.* Uberettiget råden over andres ejendom kan her tænkes at opstå, ved at en ægtefælle under skifte af fællesboet får udlagt en tredjemand tilhørende ting i den tro, at den henhører til den anden ægtefælles bodel. Tilfældet er næppe synderligt praktisk og vil iøvrigt normalt forudsætte en retstridig adfærd fra den anden ægtefælles side. Skulle det imidlertid hændes, er der for det første ingen tvivl om, at ægtefællen må finde sig i *vindikation*, også i de tilfælde, hvor en godtroende omsætningserhverver ville have opnået ekstinktion (af svage indsigelser), idet en ægtefælles erhvervelser på et skifte naturligvis ikke kan sidestilles med omsætningsadkomst. Er tingen forbrugt eller videreoverdraget, må ægtefællen formentlig hæfte (solidarisk med den anden ægtefælle) for *værdien*, selvom hans »berigelse« er mindre; berigelsen vil forøvrigt normalt være umulig at fastslå, idet den ikke kan udregnes blot ved en simpel sammenligning af de to ægtefællers bodele, da en stor bodel hos den anden ægtefælle ofte lige så meget skyldes den første ægtefælles arbejde og sparsommelighed. Ægtefællers økonomi må som praktisk rettesnor betragtes som en enhed, sml. *Borum Familieret* II 264 f., og dette må også gælde i denne relation, hvor deres mellemværende gøres op på et skifte; det vil derfor kun være naturligt at lade ægtefællen hæfte med værdien, dog naturligvis med regres til den anden, uden at tvinge domstolene til at gøre forsøg på at trænge tilbunds i det højst udviklede berigel-

sesforhold. Er genstanden gået tabt uden vedkommende ægtefælles skyld, bør han dog kun være ansvarlig for eventuelle surrogater.

4. *Erhvervelser uden adkomst overhovedet.* Uberettiget råden over andres ejendom kan her opstå på forskellige måder, f. eks. ved undskyldelige fejltagelser, tredjemands handlinger eller naturbegivenheder. Sålænge genstanden befinder sig intakt hos besidderen, må han naturligvis finde sig i vindikation. Men er dette udelukket, f. eks. på grund af salg eller forbrug, opstår spørgsmålet om, i hvilket omfang ejeren kan forlange erstatning (restitution).²⁵⁾ I det følgende ses der stadig bort fra frembringelsessituationer o. lign. Heller ikke på dette forholdsvis begrænsede område egner den i kap. 4 og 5 omtalte sondring, mellem om berigelsessituationen skyldes den berigedes eller den tablidendes ensidige (men ikke culpøse) handlinger, sig til at danne noget hovedsondringsgrundlag, selvom man så bort fra de tilfælde, hvor formueovergangen skyldes tredjemands handlinger eller naturbegivenheder. Ti i praksis vil tilfældene ofte have en blandet karakter, og selv i de tilfælde, hvor tredjemand eller naturbegivenheder ikke har nogensomhelst andel i den uberettigede formueovergang, vil der opstå blandede tilfælde, hvor både den berigede og tablidte har begået fejltagelser (handling). Noget andet er, at momentet — som eet af flere — kan få indflydelse på bedømmelsen af forholdet, navnlig m. h. t. udmålingen, og formentlig også m. h. t. spørgsmålet om der overhovedet bør anerkendes et krav.

Når man derfor i tidens løb har forsøgt at danne faste regler om kravets anerkendelse eller udmåling på dette grundlag, har man, ret beset, arbejdet med en abstraktion, som kun de færreste af livets tilfælde kan presses ind under. Nu er ganske vist enhver retsregel en abstraktion, men det må kræves, at den passer på de i livet hyppigst forekommende tilfælde. Dette krav opfylder imidlertid, såvidt ses, den nævnte sondring næppe, og det forekommer mig derfor at være det legislativt heldigste *ikke at opstille for skarpe regler* om forholdet, men i et vist omfang over-

²⁵⁾ I norsk ret er man tilbøjelig til at indrømme et berigelseskrav, jfr. *Øvergaard* i T. f. R. 1942.401.

lade erstatningens fastsættelse til *domstolenes skøn*. Retsikkerheden vil næppe heller lide noget større skår herved, idet tilfældene kun optræder forholdsvist sjældent; dansk domspraksis afgiver således kun få eksempler. Da hensynet til omsætningens sikkerhed heller ikke har betydning, kan man derfor næppe her nære større betænkeligheder ved legislativt at anbefale en smidig løsning i lighed med den, som amerikansk ret har tendens til at gennemføre endog indenfor samtlige restitutionskrav, se ovenf. i kap. 3, s. 56. Det må herved erindres, at begge parter, både tablidte og den berigede, principielt har lige store krav på hensyn. Selvom man af retstekniske grunde vil tage sit udgangspunkt i en værdimålestok ved beregningen af kravet, bør man derfor give domstolene adgang til at nedsætte kravet til berigelsen (eller eventuelt endnu mindre), under hensyn til det enkelte tilfældes nærmere omstændigheder. Herunder kan man så, om muligt, lægge vægt på, om det er tablidtes eller den berigedes handlinger, som nærmest har afstedkommet formueovergangen, samt tillige på, hvem af parterne der har udvist mest uforsigtighed eller hensynsløshed (jfr. nedenf. som eksempel dom i V. L. T. 1931.219), uden at det må stemples som egentlig culpa. Endelig bør man formentlig også lægge vægt på, om tablidte har mulighed for at dække sit tab ved at rejse krav mod andre, jfr. som eksempel tilfældet i J D 1948.208, se nedenf. Står det uklart hen, om den berigede har været i god tro, bør han dog altid tilsvare værdien.

Er genstanden forringet eller gået tabt uden besidderens skyld, bør denne som sædvanlig kun være ansvarlig for eventuelle surrogater, jfr. J D 1948.208.

Sparsomheden af dansk domspraksis på det foreliggende område afskærer fra at drage pålidelige slutninger om domstolenes stilling til problemet. Retspraksis kan dog næppe siges at være uforenelig med den ovenfor hævdede anskuelse. I U 1919.483 havde K købt en kvie af en gårdejer G. Kvien befandt sig i en græsferme, som stødte op til en nabo N.s græsferme. G.s søn påtog sig at bringe kvien til K, men ved en forveksling tog han en N tilhørende kvie, som befandt sig i dennes ferme og bragte den til K, som slagtede den og solgte kødet. Ved dommen blev K dømt til at erstatte N *værdien* af kvien, uanset om han måtte have været i god tro, og uanset om G.s søn havde været hans eller G.s bud. Den sidste betragtning er dog næppe rigtig, sml.

Ussing Erstatningsret 89, idet ansvaret, hvis G.s søn havde været G.s bud, måtte have påhvilet G, forudsat at det var G, som havde fået fordelten af forvekslingen. Men dette ændrer i og for sig ikke problemet. Det kan ikke ses af dommen, om berigelsen var mindre end værdien. Formentlig har de to beløb været lige store. Havde berigelsen imidlertid været betydelig mindre end værdien (tabet), f. eks. hvis det havde drejet sig om et kostbart avlsdyr, der var blevet slagtet som almindeligt slagtekvæg, ville der have været anledning til at nedsætte kravet til berigelsen, stadig forudsat, at K var i god tro, navnlig hvis N havde haft mulighed for at rejse et almindeligt erstatningskrav mod G.s søn (altså hvis forvekslingen kunne tilregnes denne som culpøs). Et ejendommeligt tilfælde, som tillige giver en interessant belysning af bevisreglen i D L 5—5—3, er refereret i V. L. T. 1931.219. På en jordstrimmel mellem to naboejendomme befandt der sig en større gruppe bøgetræer. Efter at den ene af naboejerne havde fældet disse træer og solgt dem, opstod der en disput mellem naboejerne om det ejendomsretlige spørgsmål. Herunder viste det sig, at det hverken på grundlag af matrikulkort eller opmålinger foretaget af forskellige landinspektører var muligt at afgøre, om jordstrimlen hørte til den ene eller den anden af de to tilgrænsende ejendomme. Ved dommen statueredes det, at da det under de foreliggende omstændigheder og ifølge grundsætningen i D L 5—5—3 måtte påhvile den af de to ejendommers ejere, der havde ladet træerne fælde, at godtgøre sin ejendomsret til arealet, og da sådant bevis ikke var ført, måtte vedkommende tilpligtes at betale den anden ejer erstatning (værdien af træerne) for den uberegtigede fældning. Selvom ejendomsforholdet således stod uklart hen, forekommer det mig, at afgørelsen hviler på et sundt princip. Ti vedkommende naboejer, som havde ladet træfældningen foretage, burde først have undersøgt ejendomsforholdet, og efter at have erkendt dets tvivlsomhed indledet forhandling med naboejeren om en mindelig ordning, f. eks. om en ligedeling. Ved at undlade dette, må hans adfærd karakteriseres som hensynsløs (en slags selvtægt), omend ikke culpøs, og det er derfor kun naturligt, at domstolene pålagde ham bevisbyrden og fuld erstatningspligt. Et lignende men endnu mere grelt tilfælde forelå i U 1938.1046 H. En kreaturhandler K, som bl. a. havde solgt 4 køer med sædvanligt ejendomsforbehold til en gårdejer, tog, ef-

ter at gården var blevet overtaget til brugeligt pant, egenmægtigt 4 køer af gårdens besætning. Ved dommen blev han for det første straffet for selvtægt og dernæst, da det måtte antages, at han kun var ejer af tre af køerne (identiteten af den fjerde stod uklart hen), dømt til at betale den fjerde kos værdi foruden det beløb, der var afdraget på købekontrakterne. Endelig skal tilfældet i J D 1948.208 nævnes. E, som var ejer af en udtørret vig af Limfjorden, modtog heste på græs og havde i konditionerne herfor betinget sig, at dyrene skulle være forsvarligt og tydeligt mærkede, samt fralagt sig ansvar for tab, sygdom eller uheld på anden måde. Uanset dette forbehold blev E — hvis folk fandtes at have handlet uagtsomt ved at udlevere to A tilhørende heste til en godtroende tredjemand T istedetfor dennes heste uden at efterse mærkerne — anset ansvarlig for A.s *tab* (værdien) efter den almindelige erstatningsregel, medens T, der i god tro havde solgt hestene, kun blev dømt til at afgive det *vederlag* (berigelsen), han havde indvundet ved salget af den ene hest, men ikke til at erstatte *værdiforringelsen* af den anden, der var blevet bragt tilveje igen. For sit tilsvær blev han iøvrigt anset solidarisk ansvarlig sammen med E; der blev altså ikke bestemt noget om, at berigelseskravet kun var »subsidiært« el. lign., således som det undertiden antages i fremmed ret, se ovenf. i kap. 7, s. 179 f. At T kun blev ansvarlig for den opnåede berigelse, synes at være fuldt forsvarligt i dette tilfælde. Ti for det første havde han på ingen måde udvist nogen uforsigtig endsige hensynsløs adfærd, men dernæst havde A tillige mulighed for at dække hele sit tab ved at gennemføre sit erstatningskrav mod E.

Kapitel 12

RESTITUTIONER I ANLEDNING AF FREMBRINGELSE OG TILVÆKST M. V.

I. *Almindelige synspunkter og fremmed ret.*

A. *Indledning.*

Når en vindicabel genstand er blevet bearbejdet eller anvendt som materiale til at frembringe nye genstande med, giver restitutionsspørgsmålet anledning til nogle særlige problemer.¹⁾ Det første spørgsmål, som rejser sig, er, om den oprindelige ejer (*stofejeren*) har bevaret sin vindikationsret til trods for bearbejdelsen eller omdannelsen af genstanden, eller om ejendomsretten ikke bør tilkendes den nuværende besidder (*producenten*): *det ejendomsrettlige spørgsmål*. Når dette er afgjort, enten til fordel for stofejeren eller producenten, opstår det andet spørgsmål, om den part, som fratages ejendomsretten, kan kræve erstatning hos den anden part for sine bekostninger eller tab: *erstatningsspørgsmålet*. I særlige tilfælde står der dog en tredje mulighed åben for retsordenen, nemlig at lade indtræde *fælleseje* mellem stofejere og producent i et forhold, som svarer til hvers økonomiske andel i genstanden. Da et kunstigt fælleseje mellem fremmede personer imidlertid ofte er uheldigt, bør denne vej kun undtagelsesvis betrædes.

¹⁾ M. h. t. restitutioner i anledning af uberettiget udøvelse af andres rettigheder til åndsværker, varemærker o. lign. se ovenf. i kap. 6, s. 134 m. henv. Om de særlige problemer, som rejser sig ved de såkaldte „bedriftsopfindelser“ eller „funktionæropfindelser“, se *Vinding Kruse ER I. 505 ff. m. henv.*, samt *Vinding Kruse 134 § 2 og 475, C. L. David i U 1945 B. 269—282 og 1946 B. 64, Vinding Kruse i U 1946 B. 30—32 og 67—68 samt B. Levin sm. st. 238 ff.* I det følgende tænkes kun på frembringelsessituationer fremkaldt ved uberettiget bearbejdning etc. af andres materielle ejendom.

Har producenten været i *ond tro* ved frembringelsen m. h. t., at tingen tilhørte en anden, har han selvsagt intet krav på hensyn, tværtimod tilsiger præventionshensynet en kraftig reaktion. Stofejeren må derfor, hvis han ellers har interesse deri, altid have ret til at vindicere genstanden uden hensyn til producentens bekostninger (cfr. dog delvis *Torp Tingsret* 217 og *Lassen Handlinger* 192, men jfr. *Vinding Kruse ER I.* 461), og må iøvrigt have krav på at få hele sit tab erstattet.²⁾ Det eneste, der kan indrømmes den ondtroende producent, er en uskadelig borttagelsesret (*jus tollendi*), som iøvrigt også må være en pligt til, såvidt muligt, at bringe genstanden tilbage til dens oprindelige form. B.G.B. § 950 tilkender dog selv ved *ond tro* producenten ejendomsretten, når frembringelsens værdi overstiger stoffets. Denne regel må dog efter det anførte anses for uheldig, jfr. også *Vinding Kruse ER I.* 448 f.

Har producenten derimod været i *god tro*, må han have krav på hensyn, og dette er større end i de sædvanlige tilfælde, hvor en person i god tro har fået en fremmed ting i sin besiddelse, ti her har han ved at bearbejde den tildannet den til sine behov, hvorved han har foretaget et afgørende skridt i sin økonomi. Både stofejeren og producenten har derfor principielt lige store krav på hensyn.

B. *Det ejendomsretlige spørgsmål.*

Det må sikkert erkendes, at spørgsmålet om, hvem af parterne — stofejeren eller producenten — ejendomsretten skal tilkendes, ikke kan løses ved en blot abstrakt afvejelse af de to ovennævnte hinanden krydsende hensyn, som man normalt betegner »rettsbeskyttelsesinteressen« og »produktionsinteressen«, jfr. *Vinding Kruse l. c.*, således at ejendomsretten tilkendes den af parterne, hvis økonomiske bidrag til den nye eller forbedrede ting har været størst, eller, som det f. eks. er tilfældet i tysk ret, ved at tage mest hensyn til produktionsinteressen og tilkende producenten ejendomsretten, når blot frembringerens økonomiske bidrag ikke er væsentligt ringere end stoffets værdi. Ti størrelsesordenen af parternes økonomiske indsats er kun eet af en række

²⁾ Har den ondtroende producent solgt tingen til en godtroende erhverver, må vindikationsretten alligevel være bevaret, jfr. dom i J D 1949.267.

momenter, som bør være bestemmende for afgørelsen af det ejendomsretlige spørgsmål; der må således også tages hensyn til, om der (mere eller mindre) er frembragt en ny ting, som tilfredsstillende andre behov; om stoffet uden større vanskeligheder kan udskilles; om der er knyttet sjælelige interesser enten til den nye eller den gamle ting o. s. v., jfr. udviklingen hos Vinding Kruse l. c. Da de forskellige tilfælde, som kan opstå i praksis, vil frembyde mange nuancer, hvorved de nævnte momenter vil få højst forskellig vægt, taler meget for at give domstolene et forholdsvist frit skøn ved afgørelsen, således at de ikke på forhånd bindes til for stricte regler.

Det må derfor sikkert betegnes som forfejlet, når romerretten og de senere romanistiske retsforfatninger, i et iøvrigt prisværdigt forsøg på at give praksis letanvendelige regler, har opstillet forskellige formler til afgørelsen af spørgsmålet ved at fremdrage et enkelt eller enkelte af de ovennævnte momenter som eneafgørende.

Romerrettens hovedsondring var som bekendt sondringen mellem frembringelse (*specificatio*), tilvækst (*accessio*) og nødvendige becostninger eller opofrelser på tingen (*impensae*), og indenfor tilvæksttilfældene opstillede den igen en undersondring mellem *hovedting* og *biting* (ved fast ejendom ansås jorden altid for at være hovedtingen), medens den indenfor frembringelsestifældene opstillede en sondring mellem, om stoffet kunne udskilles eller ej, se nærmere ovenf. i kap. 1, s. 5 f. I *fransk* ret genfindes de samme sondringer, omend i en lidt anden orden. Code civil sondrer først mellem fast ejendom (art. 552—564) og løsøre (art. 565—577). Ligesom i romerretten anses ved fast ejendom jorden altid for at være hovedtingen, jfr. art. 555, således at den oprindelige ejer altid bevarer ejendomsretten med yderligere ret til at kræve de påførte bygninger, beplantninger etc. fjernet. Ved løsøre sondres mellem tilvækst (art. 566—569), frembringelse (art. 570—571) og endelig sammenblandinger o. lign., hvor arbejdet normalt er af underordnet betydning (art. 572—573, jfr. romerrettens *confusio*). I tilfælde af tilvækst bevarer stofejeren principielt ejendomsretten, medens producenten principielt bliver ejer i frembringelsestifælde, hvis den nye tings værdi er væsentlig større end den gamle, idet der dog ved afgørelsen skal tages hensyn til muligheden for en udskillelse af

stoffet. Ved sammenblandinger og lign. tilfælde bestemmes det derimod, at der skal bestå fælleseje mellem stofejere og producent i forhold til hvers økonomiske andel i blandingen, tingen o. s. v., se iøvrigt *Planiol* I no. 2717—2739 og *Vinding Kruse* l. c. m. henv. Som et fremskridt i forhold til romerretten må det anføres, at Code civil i art. 565 bestemmer, at de nævnte regler vedrørende løsøre kun er at betragte som vejledende grundsætninger eller eksempler, og at domstolene er berettigede til at give afvigende løsninger, hvis de finder, at forholdets natur tilsiger det i det enkelte tilfælde. *Tysk ret* sonderer i B.G.B. §§ 946—950 på samme måde først mellem fast ejendom (hvor jorden også anses for hovedtingen) og løsøre (§ 946) og dernæst mellem tilvækst (§ 947), frembringelse (§ 950) og sammenblanding (§ 948). For at frembringeren kan blive ejer af den nye ting, kræves der, i modsætning til fransk ret, kun at forarbejdelsens værdi ikke er væsentligt ringere end stoffets. B.G.B. har ingen til Code civil art. 565 svarende bestemmelse; se iøvrigt nærmere *Planck* III. 404 ff. og *Dernburg* III. 363 ff. På samme måde sonderer *schweizisk* ret mellem fast ejendom (Z. G. B. art. 671—674) og løsøre (Z. G. B. art. 726 og 727). Ved påbygning af fast ejendom kan den godtroende påbygger af en andens grund få tilkendt ejendomsretten både til grund og bygninger, hvis værdien af bygningerne åbenbart overstiger grundens. I de øvrige tilfælde har han kun en jus tollendi-ret og -pligt, jfr. art. 673 og 671. Ved løsøre sondres der på sædvanlig måde mellem frembringelse (Z. G. B. art. 726), tilvækst (art. 727 stk. 1) og sammenblanding (art. 727 stk. 2). Ved frembringelse har domstolene dog adgang til, hvis frembringeren har været i ond tro, at lade stofejeren bevare ejendomsretten uden hensyn til værdiforøgelsen.

I modsætning til de romanistiske retsforfatninger står *engelsk-amerikansk* ret, som har udviklet sine regler uden påvirkning fra romerretten; se hertil udviklingen hos *Salmond: Law of Torts* (10. ed.) 315 f. og *Winfield Tort* 349. Ved afgørelsen af det ejendomsretlige spørgsmål sonder engelsk ret først mellem ond og god tro. Hvis producenten har været i ond tro (wrongdoer), må han altid finde sig i vindikation (specific restitution) uden at kunne forlange nogen erstatning for sine opofrelser, hvorimod han selv er pligtig at skadesløsholde stofejeren for ethvert tab (navnlig efter reglerne om trover og conversion). Har producen-

ten derimod været i god tro, er han principielt ligeberettiget med den oprindelige ejer. Heraf følger, at der principielt opstår fælles-eje mellem de to parter i forhold til deres økonomiske andel i tingen. Men finder domstolene, at fællesejeformen er upraktisk eller blot urimelig (hvilken konklusion domstolene normalt vil komme til, hvis blot en af parterne påstår det), tilkendes »besiddelsen«³⁾ den af parterne, som efter rettens skøn må antages at have størst interesse i at erhverve den. Denne afgørelse (order of the court) er fuldstændig diskretionær og altså ikke bundet af begreber som frembringelse, tilvækst og sammenblanding eller hovedting og biting, hvilket de forskellige forfattere, se. f. eks. anf. st. hos Salmond og Winfield, fremhæver som et fortrin i forhold til de romanistiske retsforfatninger. Engelsk rets særlige regler om præjudikaters bindende virkning (rule of precedents), der har givet engelsk ret dens bekendte stivhed og dogmatiske form, har ikke haft nogen skadelig indflydelse på det foreliggende retsområde, idet det netop udtales i præjudikaterne, at afgørelsen må bero på et frit skøn, hvorved der kan tages hensyn til alle momenter, derunder også sjælelige interesser som affektionsinteresser o. lign. Stillingen i de forskellige amerikanske staters ret er nærmest parallel med engelsk ret, se hertil den indgående redegørelse af *Carl Rasting* i T. f. R. 1931.155—173.

Det må sikkert erkendes, at engelsk-amerikansk ret har gjort rigtigt i ikke at operere med de forskellige romerretlige begreber, men overlade det helt til domstolenes skøn i det enkelte tilfælde at fastslå, hvem af parterne ejendomsretten bør tilkomme. Ti de romerretlige begreber er ikke alene uskarpe og derfor fra et retsteknisk synspunkt af liden værdi, men de vil undertiden ligefrem kunne føre til uretfærdige resultater, idet de ikke tager tilbørligt hensyn til andre momenter, som også bør have indflydelse på afgørelsen, se hertil udviklingen hos Vinding Kruse l. c. Navnlig må opstillingen af reglen om, at jorden ved påbygning af fast ejendom altid er »hovedtingen«, anses for uheldig. Noget andet er, at det af andre grunde kan være hensigtsmæssigt at opstille en sondring mellem fast ejendom og løsøre, navnlig fordi problemet ved fast ejendom er af en mere kompliceret natur.

3) „possession“, hvilket udtryk anvendes istedetfor „ownership“, idet anvendelsen af det sidste udtryk ville give anledning til dogmatiske vanskeligheder.

Dernæst vil det utvivlsomt også være hensigtsmæssigt at opstille en sondring mellem de tilfælde, hvor der består et kontraktligt mellemværende mellem den oprindelige ejer og producenten og de øvrige tilfælde, hvor der ikke består et sådant forhold.

C. Erstatningsspørgsmålet.

Når det ejendomsretlige spørgsmål er afgjort, melder spørgsmålet sig, om den part, som ikke har fået ejendomsretten tilkendt, kan kræve erstatning og om størrelsen af denne. I sidstnævnte henseende står der forskellige muligheder åbne, idet man enten kan udforme erstatningskravet som et værdikrav (ved ond tro som et egentligt erstatningskrav) eller som et berigelseskrav eller eventuelt blot som et uskadelighedskrav (herunder uskadelig borttagelsesret). Kan stoffet *udskilles* igen uden særlig ulempe, opstår der selvsagt intet problem, idet stofejeren da blot kan forlange en slig udskillelse og derigennem blive holdt skadesløs.

I *fremmed* ret udviser de forskellige lande afvigende løsninger. I *romerretten* måtte specifikanten i frembringelsestilfælde, når ejendomsretten tilkendtes ham, tilsvare stofejeren *værdien* af stoffet. I tilvæksttilfælde, hvor hovedtingens ejer selv (i god tro) havde foretaget sammensætningen af biting og hovedting, måtte han tilsvare bitingens ejer den derved opnåede *berigelse* (ved fast ejendom måtte han dog give materialeejeren *duplum* af værdien). I de øvrige tilfælde, altså de specifikationstilfælde, hvor stofejeren bevarede ejendomsretten, og de tilvæksttilfælde, hvor bitingens ejer havde foretaget sammensætningen, afhang hans krav af reglerne om *impensae*, hvilket i realiteten ville sige, at han måtte afgive *berigelsen*, se nærmere foran i kap. 1, s. 4 f. I *fransk* ret har, som omtalt ovenf. under B, den godtroende påbygger af andenmands faste ejendom normalt kun en *jus tollendi-ret*, jfr. Code civil art. 555. Grundejeren har dog ret til at forlange, at de påførte bygninger, beplantninger o. s. v. bliver stående, men i så fald må han erstatte påbyggeren *værdien* af arbejdet og de anvendte materialer, uanset om ejendommens værdiforøgelse er større eller mindre end dette beløb, jfr. samme art.; dog er han altid berettiget til fuld erstatning for nødvendige udgifter. Ved løsøre hjemler Code civil art. 566, 569, 570, 571, 572, 573 og 574 den af parterne, som frakendes ejendomsretten til tingen, ret til at kræve *værdien* (eventuelt stof af sam-

me art og godhed som det anvendte, jfr. art. 576) af det stof eller arbejde, hvormed han har bidraget til tingen, uanset om berigelsen hos den anden part er mindre end dette beløb. Dette gælder altså også i de tilfælde, hvor det er ham selv, som har udført forbedringen, hvilket betegner en afvigelse fra romerretten, der i disse tilfælde, som anført, normalt kun krævede afgivelse af berigelsen. Fransk retspraksis' senere anerkendelse af berigelsesgrundsætningen ses ikke at have haft nogen indflydelse på disse udmålingsregler. Derimod udmåles erstatningen i *tysk* ret meget naturligt altid efter en *berigelsesmålestok*, uanset om ejendomsretten tilkendes producenten eller stofejeren, jfr. B.G.B. § 951. Formuleringen af denne bestemmelse indebærer dog en skærpelse i forhold til den almindelige berigelsesregel i B.G.B. §§ 812—818, idet det ikke er nogen betingelse for det foreliggende kravs gennemførelse, at berigelsen er i behold ved sagsanlægget, jfr. udtrykket: »Vergütung in Geld«, se *Fischer-Henle B.G.B.* 532. Også efter *schweizisk* ret udregnes erstatningen normalt efter en berigelsesmålestok, jfr. Z.G.B. art. 726 og 727; ved ond tro dog som et egentligt erstatningskrav. Ved fast ejendom har materialeejeren, som anført ovenf. ved B, dog kun en jus tollendi-ret, medmindre frembringelsen eller forbedringen er udført af grundens ejer selv, eller grundejeren ønsker at bevare ejendommen i sin nuværende skikkelse; i så fald må der ydes »passende erstatning« (hvilket normalt må være værdien), jfr. art. 672. Værdien må på samme måde erstattes i de undtagelsestilfælde, hvor påbyggeren tilkendes ejendomsretten til både grund og bygninger efter art. 673.

I *engelsk-amerikansk* ret antages det i almindelighed, jfr. Salmond l. c. og Carl Rasting l. c. 168 f., at den part, som frakendes ejendomsretten (besiddelsen), må have krav på den *oprindelige værdi* af sit materiale og arbejde, uden hensyn til om berigelsen har været større eller mindre. Den, som er blevet berøvet sin ejendom (sagsøgeren), kan naturligvis nøjes med at påstå erstatning, men domstolene kan desuagtet bestemme efter påstand af producenten, at selve genstanden skal leveres tilbage, hvilket producenten kan være interesseret i, hvis genstandens værdi er faldet i pris mellem besiddelsesafgangen og sagsanlægget. Sagsøgeren kan således ikke, ved i sit sagsanlæg blot at nedlægge påstand om erstatning, præjudicere domstolene m. h. t. det ejen-

domsretlige spørgsmål. Denne regel må sikkert siges at være velbegrundet, idet det f. eks. ville være urimeligt, om ejeren af en ting ved blot at påstå erstatning kunne tvinge en person, som havde tilført tingen en mindre værdiforøgelse i den tro, at tingen tilhørte ham, til at »aftage« den mod at betale værdien.

Som følge af de anførte store forskelligheder i fremmed ret er det vanskeligt at uddrage nogen særlig lære ved en retssammenligning; den må ialtfald suppleres med betragtninger ud fra forholdets natur.

Ved en *legislativ* overvejelse af erstatningsproblemet må det først og fremmest fastslås, at der naturligvis ikke efter forholdets natur er nogen nødvendighed for at udforme kravet ens, enten som et berigelseskrav eller et uskadighedskrav, hvadenten ejendomsretten tilkendes stofejeren eller producenten, medmindre man (som f. eks. i tysk ret) på forhånd har bundet sig til berigelsesgrundsætningen. I dansk retslitteratur er det vistnok *Jul. Lassen*, som er den første der har gjort sig til talsmand for en forskelsbehandling. Som omtalt ovenf. i kap. 4, s. 72 ff. og kap. 5, s. 94 ff., sondrede Lassen mellem de tilfælde, hvor den uberettigede formueovergang skyldtes den berigedes ensidige handlinger og de tilfælde, hvor den skyldtes den tablidendes ensidige handlinger. I det første tilfælde udformede Lassen erstatningskravet som et værdikrav; i det sidstnævnte i hovedsagen som et uskadighedskrav, se nærmere *Lassen Alm.* 300 ff., men hvad særligt angik frembringelses- og tilvækstsituationer, udvidede Lassen kravet til et berigelseskrav, forudsat god tro hos producenten, se *Handlinger* 256 ff. og *Speciel* 840. Ovenfor i kap. 5 anf. st. har jeg taget afstand fra en generel anvendelse af denne sontring, men samtidigt pointeret, at den kan være formålstjenlig bl. a. på det foreliggende område. Når man, som her, først udsondrer det ejendomsretlige spørgsmål som et selvstændigt præliminært spørgsmål, bliver konsekvensen af Lassens anskuelse i frembringelses- og tilvækst-tilfælde den, at stofejeren får krav på *værdien* af sit materiale, når producenten tilkendes ejendomsretten, medens producenten i det omvendte tilfælde kun får et *berigelseskrav* mod stofejeren. *Vinding Kruse* (78 § 6 og 79 § 13) har foreslået den samme ordning, samt yderligere foreslået, at der ved kravenes fastsættelse også bør tages hensyn til de to parter formueforhold. *Ussing* (se *Erstatningsret* 222 f.)

sondrer i og for sig på samme måde, men vil dog ikke foreslå nogen egentlig forskelsbehandling, idet han i begge relationer tager sit udgangspunkt i berigelsesmålestokken. Hverken Lassen eller Vinding Kruse har imidlertid anf. st. givet nogen særlig real begrundelse for den af dem foreslåede forskelsbehandling af kravene i frembringelses- og tilvækstsituationer; og *Torp* (se *Tingsret* 220), ville kun indrømme et berigelseskrav i de tilfælde, hvor producenten havde besiddet genstanden i god tro i h. t. en formel lovlig omsætningsadkomst, men iøvrigt kun indrømme producenten et uskadelighedskrav i de øvrige tilfælde, hvor producenten må tilbagelevere genstanden til stofejeren.

Udgangspunktet for den reale afvejelse vedrørende kravenes størrelse bør formentlig tages i den betragtning, at kravet bør gøres så stort, som det billigvis kan, uden at den anden parts (altså den part, som tilkendes ejendomsretten) interesser utilbørligt skades. Betragter vi herefter de tilfælde, hvor *producenten tilkendes ejendomsretten*, må det hævdes, at denne ved netop at anvende materialerne har vist, at erhvervelsen og anvendelsen af dem er i overensstemmelse med hans interesser. Betragtningen holder måske ikke fuldt ud stik i alle tilfælde, men er vel gennemsnitlig rigtig. På baggrund heraf turde der ikke være større betænkeligheder ved ialtfald som hovedregel at beregne kravet efter *værdien* af de anvendte materialer, uanset om berigelsen (d. v. s. den værdi, som de anvendte materialer repræsenterer i den nye eller forbedrede ting) er større eller mindre end dette beløb. Ti er berigelsen mindre end værdien af materialet i sig selv, synes det naturligt at lægge risikoen for dette på producenten; og er berigelsen omvendt større, synes det ligeså naturligt at give producenten fordelen heraf fremfor stofejeren. Dertil kommer yderligere, at det formentlig som oftest er lettere for domstolene at fastslå værdien af materialet end af berigelsen.⁴⁾ Der vil næppe heller være betænkeligheder ved at give domsto-

4) *Ussing* vil l. c. kun lade producenten tilsvare værdien i de tilfælde, hvor materialet kan udskilles, men hvor dette nægtes, fordi en udskillelse ville medføre uforholdsmæssig bekostning eller ødelæggelse af værdier (herunder tilfælde af påbygning af andenmands grund). Begrundelsen for denne udvidelse søger *Ussing* i ekspropriationsbetragtningen: „den overvejende interesse“. Efter det anførte synes der dog ikke at være afgørende grunde, som taler imod i almindelighed at lægge værdien til grund for beregningen. Det kan selvfølgelig hævdes,

lene adgang til e. o. at udvide kravet til at omfatte hele stofejerens tab.

Går vi herefter over til at betragte de tilfælde, hvor *stofejeren bliver tilkendt ejendomsretten*, er det derimod langt fra givet, at værdiforøgelsen (frembringelsen, tilvæksten eller opofrelsen) er i overensstemmelse med stofejerens virkelige interesser; tværtimod er der sandsynlighed for det modsatte; der er, for at bruge Lassens udtryksmåde, sket en krænkelse af princippet om personens selvstyre på eget formueområde. Det ville derfor være ubilligt, om man lod ham tilsvare værdien af producentens materiale, arbejde eller andre opofrelser. Som en streng konsekvens af betragtningen burde producenten tværtimod kun have krav på erstatning i det omfang, der kunne påvises en *virkelig besparelse* hos stofejeren (Lassens uskadelighedskrav). Dette standpunkt vil dog måske i flere tilfælde virke lidt vel hårdt mod producenten, hvorfor man måske nok i disse tilfælde burde *udvide kravet til at omfatte berigelsen*. Legislativt vil det næppe være formålstjenligt på forhånd at binde domstolene til at lægge enten »uskadelighedsmålestokken« eller »berigelsesmålestokken« til grund ved beregningen af stofejerens tilsvarende, idet der i de forskellige i praksis opstående tilfælde kan vise sig trang til at udmåle kravet forskelligt. Man bør derfor formentlig overlade det til domstolenes skøn i det enkelte tilfælde at vælge imellem, om de vil anvende den ene eller den anden målestok. Det kan også i denne forbindelse tænkes, at man bør lægge vægt på den nærmere adkomst, som har givet producenten stoffet ihænde, såsom omsætningsadkomst, arveadkomst, udlægsadkomst o. s. v., særligt om omsætningsadkomst se nedenf. Måske burde man også give domstolene adgang til at tage hensyn til parternes økonomiske forhold, eller dog ialtfald åbne dem adgang til at give henstand med betalingen, jfr. Ussing l. c. 224. Det burde samtidig i lighed med engelsk-amerikansk ret betones, at sagsøgeren ikke ved blot at nedlægge påstand om erstatning kan tvinge domstolene til at tilkende den anden part ejendomsretten imod dennes berettigede interesser.

at det er i strid med berigelsesgrundsætningen, men dette er efter mit grundsyn ikke afgørende. *Gjelsvik*: Norsk Tingsrett (3. udg. ved *Erik Solem*) 351 lægger værdien til grund ved beregningen af erstatningen og betoner udtrykkeligt, at der ikke er tale om noget berigelseskrav, cfr. *Thomle* 339 f.

Hvad endeligt angår de sjældne tilfælde, hvor sammenføjningen af to personers materialer ikke skyldes nogen handling hverken fra den ene eller den anden af disse, men derimod *tredjemandes handling eller naturbegivenheder*, kommer de ovenudviklede betragtninger til kort, og domstolene må have adgang til at afgøre både det ejendomsretlige spørgsmål og erstatningsspørgsmålet ud fra konkrete billighedsbetragtninger i hvert enkelt tilfælde. Udgangspunktet for beregningen af erstatningen til den af parterne, som frakendes ejendomsretten, bør dog formentlig tages i *berigelsesmålestokken*, idet ingen af parterne kan siges at være den nærmeste til at bære tabet, sml. Ussing I. c.

I de tilfælde, hvor værdien lægges til grund for beregningen af tilsvaret, bør det afgørende tidspunkt formentlig være det, da frembringelsen, tilvæksten, sammenblandingen eller opofrelsen skete, dog bør det næppe overstige værdien af tilsvarende materiale eller arbejde på sagsanlæggets tid, jfr. reglen i lov om bortblevne § 18. Der bør sikkert også gives domstolene adgang til e. o. at pålægge den erstatningspligtige pligt til at opfylde in natura (altså fremskaffe andet materiale af samme art og godhed), hvis det i det enkelte tilfælde findes rimeligt. I de tilfælde, hvor der anlægges en berigelsesmålestok, må sagsanlæggets tid derimod være det afgørende tidspunkt. Er genstanden inden sagsanlægget *gået tabt uden besidderens eller hans folks skyld*, følger det af udviklingen i de foregående kapitler, at han normalt kun bør være pligtig at tilsvare eventuelle surrogater, sml. *Torp Tingsret* 221, hvorved det bemærkes, at undladelse af at tegne forsikring ikke kan være ansvarspådragende.

Slutteligt bemærkes det, at i de tilfælde, hvor en godtroende besidder af en vindicabel genstand er *ansvarsfri for forbrug*, altså i de tilfælde, hvor genstanden er erhvervet ad *omsætningsvejen*, må han også være ansvarsfri, hvis ejendomsretten tilkendes ham grundet på den af ham foretagne frembringelse i forbindelse med, at stoffet ikke kan reproducere uden uforholdsmæssige omkostninger, selvom det stadig forefindes hos ham som en bestanddel af den nye eller forbedrede ting, idet der i så fald må siges at være sket et forbrug. Ansvarsfrit forbrug må iøvrigt også siges at være sket selv i de tilfælde, hvor forarbejdningen ikke har medført nogen værdiforøgelse af stoffet, men blot har været led i en destruerende virksomhed med senere salg eller

yderligere forarbejdning for øje, se t. eks. U 1937.118: omsmelting af tipvognsskinner. Hvor udnyttelsen af det erhvervede materiale ikke konstituerer et forbrug og ejheller er af så gennemgribende art, at ejendomsretten må tilkendes producenten, altså hvor vindikationsretten stadig er bevaret, bør man dog sikkert på det heromhandlede område, hvor materialet er erhvervet ad omsætningsvejen, af hensyn til omsætningssikkerheden, altid give producenten krav på at få den af vindikanten opnåede berigelse godtgjort. Dette antoges, som anført ovenf., også af *Torp*, som dog mere støttede resultatet på en fortolkning af forskellige bestemmelser i D L, navnlig 6—15—17, end på omsætningshensynet, se derimod *Lassen Handlinger* 256.

I det følgende afsnit skal der gives en oversigt over dansk ret set i lyset af den foregående udvikling. Der vil dog ikke blive gået særligt ind på det ejendomsretlige spørgsmål; herom må der henvises til *Vinding Kruse ER I. 445 ff.*; men kun på erstatningsspørgsmålet, idet der dog hortses fra de tilfælde, hvor producenten har været i ond tro, således at han ifalder et almindeligt erstatningsansvar. I h. t. det anførte vil der ikke blive sondret mellem frembringelses-, tilvækst- og opofrelsestilfælde, men derimod mellem om ejendomsretten tilkendes stofejeren eller producenten. Hovedsondringen vil iøvrigt blive gjort mellem de tilfælde, hvor der ikke foreligger noget kontraktsforhold mellem stofejeren og producenten (herunder sondres der igen mellem fast ejendom og løsøre) og de tilfælde, hvor der er et sådant.

II. *Dansk ret vedrørende erstatningen.*

A. *Almindelige tilfælde.*

a. *Fast ejendom.*

1. Når *grundejeren tilkendes ejendomsretten*, påbyder den⁵⁾

⁵⁾ *Stig Iuul* anfører ganske vist i sin udgave af D L (1949) 309, at 6—15—17 er blevet ophævet ved strfl. 1866 § 308, men det har formentlig kun været lovens hensigt at ophæve lovstedets strafferetlige (og processuelle) bestemmelser og ikke tillige den civilretlige. Men selvom også det sidste må antages, må den grundsætning (*jus tollendi*), som bestemmelsen er udtryk for, fremdeles antages at gælde, idet den er lagt til grund i adskillige senere domstolsafgørelser, jfr. foroven i teksten. Slutteligt må det bemærkes, at samtlige forfattere efter strfl. 1866 (nemlig Matzen, *Torp* og *Vinding Kruse*), som har behandlet emnet i systemfremstillinger, er gået ud fra, at lovstedets civilretlige bestemmelse gælder.

gamle bestemmelse i D L 6—15—17 (jfr. 5—10—49) producenten at *fjerne de af ham opførte bygninger etc.*, selvom han har været i god tro. Heraf må dog følge, at han har ret til at udøve en *uskadelig borttagelsesret*, sml. *Torp Tingsret* 218 og *Vinding Kruse ER* I. 457. At give producenten et videregående krav end det nævnte, ville tilsyneladende være i strid med bestemmelsen, og mange domme har heller ikke strakt sig videre, se t. eks. U 1907.59 H, 1917.595 (1916.539) og 1942.32 H (om en grænseoverskridelse). Det turde dog være tvivlsomt, om man nuomdage er tvunget til at drage en så »hård« konsekvens af bestemmelsen, sml. *Ussing Erstatningsret* 223. Det er ialtfald givet, at 6—15—17 kun kan have betydning for påbygninger, ti ved andre forbedringer eller opførelser på andenmands grund end bebyggelser må 6—15—11 (om frøgæld) forudsætte, at der kan indrømmes besidderen et videregående krav.

Men selv i tilfælde af bebyggelse på andenmands grund eller forbedringer udført på allerede eksisterende bygninger, tilsiger, som ovenfor anført, omsætningshensynet, at producenten, når han har besiddet ejendommen i h. t. *omsætningsadkomst*, i det mindste får den opståede berigelse godtgjort. Som påvist af Torp l. c. er denne anskuelse heller ikke uforenelig med bestemmelsen i 6—15—17. Det må dog være en forudsætning, for at man kan tale om »omsætningsadkomst«, at selve overdragelsen af den vindicable ejendom er gyldig. Men også i andre påbygningstilfælde bør domstolene formentlig ikke vige tilbage for at udvide producentens krav fra en borttagelsesret til et uskadelighedskrav (event. til et berigelseskrav), hvis de finder det rimeligt begrundet i omstændighederne, f. eks. hvis det kan dokumenteres, at forbedringen stemmer med grundejerens interesser.

Ønsker grundejeren ligefrem at tilegne sig de af producenten skabte formueværdier (bygninger og materialer), må han naturligvis betale værdien, forudsat at producenten ikke ønsker at udøve sin jus tollendi-ret; en ret, som dog e. o. bør nægtes ham, hvis dens udøvelse findes urimelig (f. eks. chikane), naturligvis mod at der betales erstatning for værdien. Har grundejeren (i god tro) allerede *tilegnet* sig værdierne, inden spørgsmålet rejses, må han ligeledes tilsvare producenten *værdien*, ti ved tilegnelsen har han netop dokumenteret, at erhvervelsen stemmer med hans virkelige interesser; jfr. som eks. U 1944.1160, se om

denne dom nærmere ovenf. i kap. 10, s. 313 f. Fra disse tilegnel-
sestilfælde er der iøvrigt kun et kort skridt til de tilfælde, hvor
grundejeren *selv ensidigt* har foretaget forbedringen (i god tro)
ved hjælp af andenmands materialer, og hvor han i h. t. det
ovenudviklede altid bør yde erstatning for værdien.

Drejer det sig om *andre forbedringer eller opofrelser end på-
bygning*, er domstolene, som anført, ikke bundet af grundsæt-
ningen i D L 6—15—17, og allerede 6—15—11 hjemler dem en
udvidet adgang til at tilkende producenten erstatning. Efter den-
ne bestemmelse kan en godtroende besidder af en fast ejendom,
som har tilsået den (men ikke høstet afgrøden), inden ejendoms-
men fravindiceres ham, kræve udgiften til sæden erstattet, men
ikke værdien af sit *eget* arbejde. Derimod udtaler bestemmelsen
intet om, hvorvidt han kan kræve erstatning for værdien af lejet
arbejdskraft, og der skulle således ikke være noget til hinder
for, at domstolene tilkendte ham erstatning i den anledning. Un-
der nutidens forhold, hvor arbejde relativt har en langt højere
værdi end på D L's tid, synes der dog ikke at være nogen anled-
ning til overhovedet at opretholde sondringen mellem udgifterne
til frø og til arbejde, jfr. Vinding Kruse og Ussing anf. st., og
domstolene er heller ikke utilbøjelige til at bortse fra den, jfr.
U 1916.1022 og 1876.621, hvor der også blev tilkendt erstatning
for arbejdet.

Men også bortset fra dette specielle tilfælde, må domstolene
have adgang til at indrømme krav på godtgørelse selv i de tilfæl-
de, hvor der ikke foreligger omsætningsadkomst. Dette er også
sket i U 1940.684 H, hvor køberen af en fast ejendom på tvangs-
auktion, efter at tvangsauktionssalget var blevet ophævet som
følge af udlægets ulovlighed, fik tilkendt ca. 350 kr., nemlig
dels et af ham betalt skattebeløb, der vedrørte tidsrummet forud
for hans overtagelse af ejendommen, dels et bidrag til et vejan-
læg, der havde tilført ejendommen en værdiforøgelse. Det kan
måske omtvistes, om køb på tvangsauktion kan sidestilles med
omsætningsadkomst, se om denne dom *L. Carstens* i T. f. R.
1941.227, men spørgsmålet er uden betydning i dette domstil-
fælde, idet selve overdragelsen (tvangsauktionen) som anført
var ugyldig, hvorfor man allerede af denne grund ikke kan tale
om nogen egentlig omsætningsadkomst, se iøvrigt nærmere
ovenf. i kap. 11, s. 368 f. Det følger nærmest af Højesterets præ-

misser til den nævnte dom, at det afgørende synspunkt for kravets indrømmelse var, om forbedringen kunne anses for at være i overensstemmelse med vindikantens interesser, jfr. udtrykket »tilført ejendommen en af Ladegård (vindikanten) ønsket forbedring«; kravet skulle m. a. o. være et uskadelighedskrav. Som anført ovenf. s. 401 ff., bør dette også være udgangspunktet for tilsvaret i de foreliggende tilfælde, men domstolene må dog e. o. have adgang til at udvide kravet, når de finder det rimeligt i særlige tilfælde; og den anførte højesteretsdom kan dog formentlig næppe antages at være til hinder for, at domstolene i andre tilfælde gennemfører en slig udvidelse. Med h. t. det ved dommen anerkendte krav på godtgørelse for betalte skatter, som vedrørte tidsrummet forud for overtagelsen af ejendommen, må dette siges at være i overensstemmelse med det ovenfor i kap. 9, s. 304 f., udviklede om indfrielse af andres forpligtelser som følge af fejltagelse. At besidderen ikke fik tilkendt godtgørelse for de ejendomsskatter, som vedrørte selve besiddelsestiden, hænger formodentlig sammen med grundsætningen i D L 5—5—4, hvorefter den godtroende besidder er ansvarsfri for frugterhvervelser, som er oppebåret i besiddelsestiden, idet denne regel formentlig bedst kan forklares som en tilsikring af, at besidderen får et rimeligt vederlag for sit arbejde og øvrige bekostninger i anledning af besiddelsen. Konsekvensen heraf må da være, at besidderen tager alle sædvanlige omkostninger (herunder sædvanlige ejendomsskatter) på sin kappe, jfr. herved ovenf. i kap. 11, s. 383 f.

2. Til trods for den noget rigoristiske ordlyd af D L 6—15—17 og 5—10—49 har domstolene ikke anset sig afskåret fra at tilkende en godtroende *producent ejendomsretten til en fast ejendom*, når rimelighed taler derfor, navnlig når værdispringet mellem de opførte bygninger og grunden har været særlig stort, se nærmere Vinding Kruse l. c. 458 f.

At domstolene har anset sig for beføjet til e. o. at tilkende producenten ejendomsretten ved blotte *grænseoverskridelser* hænger utvivlsomt sammen med specialreglen i D L 5—10—16, som ved at indrømme grundejeren ret til at kræve en tilsvarende strimmel ubebygget jord hos producenten, hvis denne ikke vil fjerne bygningen, forudsætter, at den byggende kan erhverve ejendomsretten til vedkommende jordstrimmel. Det må naturligvis her

som andetsteds være en forudsætning, at producenten har været i god tro; hvis dette ikke er tilfældet, kan han kun udøve en uskadelig borttagelsesret, som tillige må anses for en pligt, jfr. U 1942.32 H. Selve bestemmelsen i 5—10—16 anvendes vistnok ikke mere i praksis; men skal dens »erstatningsbestemmelse« konverteres til en pengeerstatning, kan den ialtfald ikke sættes til mindre end værdien af grunden, og må formentlig endog omfatte *hele grundejerens tab*. Det sidste standpunkt er ihvertfald indtaget af praksis, se navnlig Højesterets præmisser til dommen i U 1915.583 H: »tilføjede tab og ulemper«, se også U 1921.578 og 1948.924. Før retsplejel. overlod domstolene ofte erstatningens fastsættelse til uvildige mænds skøn, se t. eks. U 1901.126 og 1911.888, men meningen var utvivlsomt, at hele tabet skulle dækkes ved erstatningen.

Domstolene er heller ikke ved *fuldstændig bebyggelse* på andenmands grund vejet tilbage for i særlige tilfælde at tilkende producenten ejendomsretten, og har også i disse tilfælde dømt producenten til at betale fuldstændig erstatning, jfr. U 1935.686 H, se om denne dom nærmere nedenf.

b. *Løsøre.*

Såvidt man kan slutte af sparsomheden af domspraksis på det foreliggende område, synes frembringelsessituationer, som giver anledning til retskonflikter, at være en forholdsvis sjælden foreteelse ved løsøre; og når de endelig opstår, vil der ofte være mulighed for at løse spørgsmålet ved at dekretere *udskillelse* af materialet, se t. eks. U 1927.457, 1928.736 og 1929.165. Bortset herfra må domstolene være beføjet til at løse både det ejendomsretlige spørgsmål og erstatningsspørgsmålet ud fra lignende synspunkter som ved fast ejendom, jfr. Vinding Kruse l. c. 465 ff., og de har endda her den fordel, at de ikke er bundet af de ovenfor anførte bestemmelser i D L, som kun tager sigte på fast ejendom.

1. *Tilkendes stofejeren ejendomsretten*, bør han derfor kun tilsvare besidderen dennes opofrelser eller forbedringer, når de har medført en *påviselig besparelse* for ham (uskadelighedskrav) eller dog højst den opnåede *berigelse*, navnlig hvis genstanden er erhvervet ved omsætning. Dette synes også bekræftet ved en dom i V. L. T. 1941.169: A havde købt en motorcykel på en tvangsauk-

tion; men cyklen blev senere krævet tilbage af den oprindelige ejer B, som havde solgt den til rekvisitus med ejendomsforbehold. B fik ret til at vindicere motorecyklen mod at godtgøre A den af ham betalte motorafgift samt en af ham afholdt *nødvendig* (udh. af mig) reparationsudgift. Se også et specielt tilfælde i U 1910.754, hvor en person, som havde optaget en bortkommet hund, kun fik udgiften til et hundetegn erstattet, men ikke hans øvrige udlæg til kost etc., idet der blev lagt vægt på den af ham udviste mislige adfærd.

2. Hvis *producenten får tilkendt ejendomsretten*, bør han efter det anførte principielt erstatte stofejeren *værdien* af dennes materiale, eventuelt hele dennes tab, hvis dette er større end værdien. Domspraksis ses ikke at have taget stilling til spørgsmålet. Hvis producenten imidlertid har erhvervet stoffet i god tro *ad omsætningsvejen*, må han dog være *ansvarsfri*, jfr. dommen i U 1937.118.

3. Hvis sammensætningen af to personers materialer skyldes *trejemand's handling eller naturbegivenheder*, bør den, som får tilkendt ejendomsretten til den sammensatte ting, formentlig normalt erstatte den anden part værdien af dennes materiale, som det nu foreligger i tingen (*berigelsen*). Heller ikke til dette spørgsmål ses dog domspraksis at have taget stilling.

I alle de ovennævnte tilfælde 1—3 bør besidderen dog være ansvarsfri, hvis *genstanden er gået tabt uden hans skyld*; men er der i den anledning indvundet *surrogater* for tingen, bør den anden part have en andel i disse i forhold til hans økonomiske bidrag til tingen.

B. *Stillingen, når der består et kontraktsforhold mellem stof-ejer og producent.*

a. *Ugyldige kontrakter.*

Skyldes ugyldigheden *inhabilitet*, må domstolene til trods for vindikationsreglen i myndighedsl. § 44 (og § 65) have ret til at lade vedkommende part — den myndige såvel som den umyndige — beholde tingen, hvis det findes rimeligt under hensyn til de forbedringer eller frembringelser, som genstanden er undergået i hans besiddelse, jfr. hertil U 1935.686 H. I denne sag havde vær-

gen for en umyndiggjort person U solgt en fast ejendom til K under forbehold af pupilautoriteternes sanktion for en købesum af 19.000 kr. Forinden pupilautoriteternes afgørelse forelå, hævdes umyndiggørelsen og U vægrede sig nu ved at udstede endeligt skøde til K, som i mellemtiden havde opført et savværk på grunden for en udgift af ca. 100.000 kr. Ved dommen tilpligtedes U at udstede endeligt skøde til K under hensyn til, at U kun havde en økonomisk interesse i vedk. grundstykke; dog mod at K betalte U ialt 25.000 kr., altså en rundelig erstatning. At den myndige medkontrahent må erstatte den umyndige værdien af hans ydelse, fremgår iøvrigt af myndighedsl. § 44 stk. 1. Hvis det derimod er den umyndige, som er producent, og som desårsag tilkendes ejendomsretten til den andens ydelse, vil den umyndige i de sædvanlige tilfælde kun være erstatningspligtig efter § 44 stk. 1's nytteregel, hvilken normalt ikke kan føre ud over berigelsen, se dog ovenf. i kap. 10, s. 324 f.

Hvis derimod forbedringen eller opofrelsen ikke er af en så gennemgribende art, at producenten kan tilkendes ejendomsretten, bør den anden parts tilsvær i h. t. det ovenudviklede normalt kun beregnes efter en uskadighedsmålestok, dog med mulighed for at udvide det til berigelsen. Drejer det sig om den myndige medkontrahent, og har han været i ond tro, bør han dog aldrig have andet end et uskadighedskrav (herunder borttagelsesret) for sine forbedringer, men bør selv altid tilsvære den umyndige berigelsen, eventuelt hele dennes tab.

Ved de *andre ugyldighedsgrunde*, såsom tvang, svig, udnyttelse o. s. v., må man sondre mellem, om medkontrahenten har gjort sig skyldig i retstridig (culpøs) adfærd eller ej.

Har medkontrahenten gjort sig skyldig i *retstridig adfærd*, må han selvsagt erstatte den anden part hele *dennes tab*, hvilket vil sige, at han må erstatte den anden part hele dennes tab i tilfælde af, at ejendomsretten undtagelsesvis tilkendes ham p. gr. af frembringelse, medens han i det omvendte tilfælde kun kan have et uskadighedskrav, ligesom han iøvrigt må erstatte ethvert tab, som medkontrahenten måtte have lidt.

Har producenten derimod ikke gjort sig skyldig i retstridig adfærd, må de to parter principielt være ligestillet, se dog ovenf. i kap. 10, s. 333. Erstatningspørgsmålet i anledning af frembringelse etc. kan derfor uden betænkeligheder løses ens for de

to kontrahenters vedkommende og formentlig efter de samme retningslinjer, som er gengivet i det foregående, hvilket altså vil sige, at producenten må tilsvare stofejeren værdien af stoffet, når han tilkendes ejendomsretten, medens han i det omvendte tilfælde kun kan kræve erstatning indenfor rammerne af en uskadighedsmålestok, dog med mulighed for i særlige tilfælde at udvide det til berigelsen.

b. *Misligholdte kontrakter.*

De praktisk vigtige tilfælde, hvor der kan opstå frembringelsessituationer, er køb- og salgsforhold (navnlig ved fast ejendom), når der opstår spørgsmål om salgsgenstandens tilbagegivelse grundet på misligholdelse.

1. Ved *fast ejendom* er spørgsmålet særlig aktuelt, hvor en grund overdrages ved *belinget skøde til en bygherre, som senere* — under eller efter byggeriet — *misligholder* købekontrakten. Det principielle udgangspunkt må i slige tilfælde være, at sælgeren — forudsat at misligholdelsen er væsentlig — kan hæve kontrakten og kræve grunden tilbage, således at køberen kun kan udøve en uskadelig borttagelsesret, jfr. *Vinding Kruse E R I. 462*, jfr. U 1932 B. 129—135 og 171—173, medens han ikke kan kræve nogen særlig godtgørelse udover et uskadighedskrav for de forbedringer, ejendommen er tilført, hvis han ikke vil eller kan udøve borttagelsesretten, jfr. U 1892.913 og 1934.82 H forudsætningsvis og U 1944.1160 H. Dette resultat følger iøvrigt af reglerne om negativ kontraktsinteresse i de normale tilfælde, hvor misligholdelsen kan tilregnes køberen.

Det siger imidlertid sig selv, at disse regler kan virke meget ubillige ikke alene overfor køberen (bygherren), men navnlig overfor den personkreds, hvis retsstilling afhænger af ham, såsom entreprenører, leverandører etc.; navnlig vil denne personkreds have vanskeligheder ved at pantsikre deres krav i ejendommen som følge af overdragelsens betingede karakter, se nærmere *Hunø v. Holstein* i U 1932 B. 105—112 og 165—169. De påpegede urimeligheder vil dog i nogen grad afbødes, forsåvidt de almindelige principper for afgørelsen af det ejendomsretlige spørgsmål ved frembringelse e. o. kan føre til, at køberen tilkendes ejendomsretten til trods for misligholdelsen. Frembringelsen forhindrer m. a. o. hæveadgangen, selvom den er udtrykkelig aftalt

(ved betinget skøde eller ejendomsforbehold), således at sælgeren må lade sig nøje med at have et personligt krav på restkøbessummen. Dette er også antaget i domspraksis forsåvidt angår løsøre, se U 1914.793 og 1929.741 H, jfr. også tinglysningsl. § 38. Men om køberen og den af ham afhængige personkreds kan blive »reddet« ad denne vej, er naturligvis højst usikkert. Ved byggeforetagender vælger man derfor normalt den fremgangsmåde, at byggherren overtager ejendommen (eventuelt ved endeligt skøde) mod at give sælgeren en såkaldt »grundprioritet« i ejendommen. En misligholdelse af grundprioriteten kan dog få de samme katastrofale følger og føre til de samme ubillige resultater som misligholdelsen af det betingede skøde, jfr. *Axel H. Pedersen: Byggeriets retlige og økonomiske Organisation* 122 ff. I domspraksis er der dog bødnet noget på dette forhold, ved at domstolene kræver ret meget, førend de statuerer, at der er sket en væsentlig misligholdelse; men det forsigtigste er dog, at byggeforetagendets finansielle leder på forhånd sørger for at træffe aftale med sælgeren om, at han i tilfælde af, at ydelserne på grundprioriteten ikke betales rettidigt under byggeriets udførelse, skal rette påkrav til nærmere angivne entreprenører cl. lign., således at grundprioriteten ikke kan erklæres for misligholdt, såfremt ydelserne på denne erlægges inden en bestemt angiven frist efter, at der er sket påkrav, jfr. *Axel H. Pedersen l. c.* 124. Man må sikkert også give nævnte forf. medhold i, at denne ordning burde gælde præceptivt, og dette formentlig selv i de tilfælde, hvor grunden er solgt ved betinget skøde. Måske burde man endog gå så vidt, at man helt forbød salg af grunde til bebyggelse ved betinget skøde, og iøvrigt gennemførte den nævnte præceptive regel om grundprioriteten.

Hvis det derimod *ikke drejer sig om byggeforetagender*, synes der i almindelighed ikke at herske nogen særlig trang til at ændre de almindelige regler, idet sælgeren ikke her har haft nogen grund til at forudse, at der ville ske en forbedring, hvorfor køberen helt bør tage risikoen for eget tab ved misligholdelsen. Køberen bør derfor kun kunne kræve erstatning for forbedringer etc. indenfor rammerne af en uskadighedsmålestok.

Er det omvendt *sælgerens misligholdelse*, som har bevirket salgets tilbagegang, må han normalt i kraft af de almindelige erstatningsregler vedr. misligholdelse yde fuld erstatning for

det (adækvate) tab, køberen har lidt ved at stole på handlen, hvorfor denne som regel må have krav på det *fulde beløb* for sine på ejendommen anvendte bekostninger, og ikke blot for den ved disse bevirkede værdiforøgelse (berigelsen), jfr. Vinding Kruse l. c. og U 1870.641.

2. Ved *løsøre* stiller sagen sig mindre kompliceret. *Køberens misligholdelse* vil normalt ikke medføre ydelsens tilbagegang, jfr. købel. § 28 stk. 2, og selv i de tilfælde, hvor der er solgt med ejendomsforbehold, kan frembringelsen, som anført ved 1, udelukke sælgerens tilbagefordringsret. Er denne ret imidlertid ikke afskåret, må køberen normalt lade sig nøje med kun at få erstatning indenfor rammerne af en uskadelighedsmålestok.

Med hensyn til retsstillingen ved *sælgerens misligholdelse* kan der henvises til bemærkningerne ovenf. under 1.

c. *Svigtende betingelser og forudsætninger (iøvrigt).*

Det siger formentlig sig selv, at retsstillingen ved frembringelse må blive noget anderledes i de tilfælde, hvor ydelsens tilbagegivelse skyldes en svigtende betingelse eller forudsætning, der ikke kan tilregnes vedkommende part som en misligholdelse, idet parten i så fald har større krav på hensyn, sml. *Ussing Aftaler* 488 ff.

Det ejendomsretlige spørgsmål må naturligvis løses på sædvanlig måde, idet der må ses hen til, om det under hensyn til den af modtageren udførte forbedring eller frembringelse ville være ubilligt at kræve tilbagelevering af ydelsen. Det må dog erindres, at forbedring af tingen eller dens anvendelse til frembringelse (forbrug), sålænge en betingelse svæver, kan være uberegtiget i h. t. aftalen eller dens forudsætninger, sml. *Ussing* l. c. 453; og dette kan naturligvis også få indflydelse på erstatningskravets udformning.

Erstatningskravet må dog iøvrigt udformes i overensstemmelse med de almindelige retningslinjer fremstillet ovenf. s. 398 ff., således at producenten, når ejendomsretten tilkendes ham, må tilsvare stofejeren (yderen) værdien af materialet, eventuelt hele dennes individuelle tab, medens stofejeren i det omvendte tilfælde kun bør tilsvare producenten den virkelige besparelse (uskadelighedskrav), dog eventuelt i særlige tilfælde berigelsen. Som et eksempel på de sidstnævnte tilfælde, hvor ejendomsret-

ten tilbagegår til stofejeren (sælgeren), kan tilfældet i J D 1948. 257 nævnes. K købte en bebygget del af en fast ejendom af S, betinget bl. a. af, at landbrugsministeriets udstykningsapprobation kunne opnås. Da denne nægtedes, blev handlen ophævet. Under en sag, som K anlagde mod S, kendtes K berettiget til at få den erlagte del af købesummen tilbage med renter (+ en leje, som parterne var enedes om, at K skulle betale for brugen af ejendommen), men ikke til erstatning for forbedringer af ejendommen eller for omkostningerne ved handlens indgåelse. De nævnte forbedringer drejede sig om indlæg i ejendommen af vand, gas og elektricitet samt en kakkelovn, hvilket S under sagen erklærede ikke at være interesseret i; og der kunne således ikke påvises nogen virkelig besparelse for ham, hvorfor dommens resultat må siges at ligge på linje med det ovenudviklede. K må dog altid have en uskadelig borttagelsesret.

d. Kontrakten forløber normalt.

Har en besidder, som har besiddet fast ejendom eller løsøre i h. t. en brugskontrakt el. lign., foretaget forbedringer etc., kan der ved brugsforholdets ophør opstå spørgsmål, om der skal ydes godtgørelse for disse. Hvis intet andet fremgår af aftalen eller dens forudsætninger, kan han normalt kun være berettiget til at udøve en *uskadelig borttagelsesret*; og har han anvendt tingen til en frembringelse, som må sidestilles med forbrug, vil han, da dette er retstridigt, være pligtig at erstatte ejeren hele dennes tab. I særlige tilfælde vil der dog kunne indrømmes besidderen en videregående ret til erstatning, hvorom der imidlertid kan henvises til fremstillingen ovenf. i kap. 10, s. 355 ff. og til *Vinding Kruse E R I*, 463 f.

III. Opofrelser på vindicable ting.

Der er en jævn overgang fra de egentlige frembringelses- og tilvæksttilfælde til den foreliggende gruppe. Der kan derfor i vidt omfang henvises til det ovenfor bemærkede. Som rene opofrelsestilfælde kan nævnes de tilfælde, hvor opofrelsen ikke har bibragt tingen nogen merværdi, men kun forhindret et tab. I hvilket omfang, man her bør indrømme et restitutionskrav, er noget tvivlsomt, jfr. herved bemærkningerne ovenf. i kap. 6, s. 139 f. Normalt må besidderen have krav på erstatning for den *be-*

viste virkelige besparelse (Jul. Lassens anskuelse, jfr. *Alm.* 318), altså indenfor rammerne af et *uskadelighedskrav*. Dette stemmer også i hovedsagen med det ovenanførte om frembringelsessituationer; ti også i de nærværende tilfælde er der ingen formodning for, at videregående opofrelser stemmer med vindikantens (ejerens) interesser. *Ussing* (*Erstatningsret* 228) vil dog også her indrømme et krav indenfor rammerne af en berigelsesmålestok. Her må der imidlertid efter det anførte tilrådes forsigtighed, således at det kun sker i de undtagelsestilfælde, hvor der føles særlig trang til det. Består opofrelsen i indfrielse af pengeforpligtelser, som hviler på tingen, som f. eks. betaling af told- og forbrugsafgifter, afdrag på pantehæftelser etc., må der som regel indrømmes et restitutionskrav svarende til det betalte pengebeløb. Dette følger som oftest allerede af uskadelighedskravet, se endvidere ovenf. i kap. 9, s. 304 f.

Sluttelig bemærkes det, at en del kan tale for helt at udelukke krav for *normale* og *sædvanlige* opofrelser i de tilfælde, hvor besiddelsen har strakt sig over en vis tid, og hvor besidderen har oppebåret frugterhvervelser. Ti når det antages, at besidderen er ansvarsfri for disse, vil det være naturligt som modstykke hertil samtidig at nægte ham krav på erstatning for sædvanlige opofrelser. Afgørelsen i U 1940.684 H er måske et udtryk for denne tanke, se hertil ovenf. i kap. 11, s. 384.

IV. Erstatningskravets beskyttelse.

Når erstatningskrav opstår i anledning af frembringelser, tilvækst, opofrelser etc., modsvares kravet ofte af en påviselig værdiforøgelse af vedkommende ting hos ejeren. Det synes derfor nærliggende at give fordringshaveren en særlig *sikkerhedsret* for sit krav i vedkommende ting — enten i form af en tilbageholdsret eller en såkaldt »retsbestemt panteret« — idet ejerens øvrige kreditorer ikke med rette kan beklage sig, netop fordi kravet normalt modsvares af en værdiforøgelse; debtors formue er ikke blevet formindsket. En sådan sikkerhedsret kan også til en vis grad siges at være et naturligt surrogat for den principielle medejendomsret til tingen, som er blevet nægtet fordringshaveren. Dansk retslitteratur har da heller ikke manglet fortalere for indrømmelsen af slige sikkerhedsrettigheder, jfr. således *Lassen Handlinger* 256 ff. og *Torp Tingsret* 222, men herimod

dog *Vinding Kruse E R I.* 459 f. og *Matzen*: Forelæsninger over dansk Tingsret (2. udg. 1884) 176, forsåvidt angår indrømmelse af en retsbestemt panteret.

Hvad først angår spørgsmålet, om fordringshaveren, forudsat at han har besiddelsen af genstanden, bør indrømmes en *tilbageholdsret*, synes en sådan ikke på forhånd at give anledning til betænkeligheder, og samtlige af de ovennævnte forfattere går da også ind for den. Den bør ialtfald også indrømmes i de tilfælde, hvor erstatningskravet skyldes afholdelse af *nødvendige* udgifter til genstandens bevaring (*versio in rem*), jfr. også tildels U 1938.337 og 1940.144 forudsætningsvis, eller hvor kravet er opstået i anledning af *sælgerens mistilholdelse* i køb- og salgsforhold (se ovenf. s. 411 f.), jfr. *Vinding Kruse I. c.* 462. Udenfor disse særlige tilfælde er det dog et spørgsmål, om en tilbageholdsret kan akcepteres blankt i alle tilfælde. Det må navnlig fremhæves, at det kan forekomme urimeligt, om f. eks. en fast ejendom blev tilbageholdt af den hidtidige besidder, blot fordi denne havde krav på en mindre godtgørelse for forbedringer mod den virkelige ejer; U 1940.684 H har også nægtet det i et parallelt tilfælde, se endvidere U 1938.383 og 1943.664. Det må dog bemærkes, at tilbageholdsretten altid kan afværges ved betryggende sikkerhedsstillelse.

Hvad dernæst angår spørgsmålet om *retsbestemt panteret*, er indrømmelsen af en sådan til fordel for fordringshaveren forud for de øvrige rettighedshavere i ejendommen eller tingen blevet stærkt kritiseret af *Vinding Kruse I. c.*, men han har dog senere (se »Nordisk Lovbog« 79 § 12) foreslået den indført i de tilfælde, hvor en grundejer frakendes ejendomsretten som følge af en påført bygnings overvejende værdi. Den her foreslåede panteret skal gå forud for alle ældre rettigheder i ejendommen, men må naturligvis tinglyses for at opnå omsætningsbeskyttelse. Det er vel dog et spørgsmål, om ikke indrømmelsen af en panteret i disse tilfælde undertiden vil virke hårdt i forhold til den personkreds (entreprenører og leverandører), som økonomisk har medvirket til bygningens opførelse, jfr. herved bemærkningerne ovenf. s. 411 f. Om man bør indrømme en retsbestemt panteret i de øvrige tilfælde, er formentlig også et tvivlsomt spørgsmål. Dansk retspraksis har på to tilfælde nær, nemlig U 1867.170 og 1924.867, der begge angik fast ejendom, gennemgående nægtet at indrøm-

me en panteret, både forsåvidt angår løsøre som fast ejendom, hvor trangen formentlig er størst, se dog om et særligt tilfælde U 1944.1160 H. Det vil sikkert også være for meget forlangt at kræve, at domstolene på egen hånd skal kunne løse spørgsmålet; det må blive en fremtidig lovgivnings opgave.

LITTERATURFORKORTELSER

- Andersen, Poul, Forvaltningsret:* Dansk Forvaltningsret, 2. udg., Kbh. 1946.
- Andreasen, Hardy:* Varemærkeretten i konkurrenceretlig Belysning, Kbh. 1948.
- Anson:* W. R. Anson: Principles of the English Law of Contract, Oxford 1945.
- Arnholm:* Carl Jacob Arnholm: Streiftog i Obligasjonsretten, Oslo 1939.
- Bentzon:* Viggo Bentzon: Den danske Arveret, 3. udg., Kbh. 1931 ved Poul Plate.
- Björling-Malmström:* C. G. Björling: Lärebok i Civilrätt, 11. udg. ved Åke Malmström.
- Borum:* O. A. Borum: Personretten, 2. optryk, Kbh. 1946.
- Borum Familieret II:* O. A. Borum: Familieretten, Anden Del, Kbh. 1941.
- Buckland Roman Law:* W. W. Buckland: Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1921.
- Cheshire-Fifoot:* G. C. Cheshire and C. H. S. Fifoot: The Law of Contract, London 1946.
- Clausen, Sven, Retslære:* Sven Clausen: Essays om Almindelig Retlære, Kbh. 1935.
- Cohn:* N. Cohn: Berigelseskravet i dansk Ret, Juridisk Tidsskrift, 10. årg. (1924) 205—237.
- Colin-Capitant Droit civil:* Amb. Colin et H. Capitant: Cours élémentaire de droit civil français, 8. éd., Paris 1935.
- David:* R. J. A. David: The Doctrine of unjust Benefit, Cambridge Law Journal, vol. V (1934) 201—36.
- Demogue Obligations:* René Demogue: Traité des obligations en général, Paris 1923 ff.
- Dernburg:* H. Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd. II Die Schuldverhältnisse, Halle 1915.
- Ekeberg:* Birger Ekeberg: Obligationsrättens Allmänna Del, Föreläsningar, Stockholm 1925.
- Fischer-Henle B. G. B.:* Bürgerliches Gesetzbuch, begründet von Otto Fischer und Wilhelm Henle, 14. udg., München 1932.
- Friedmann:* W. Friedmann: The Principle of unjust Enrichment in English Law, Canadian Bar Review, vol. XVI (1938) 243—262 og 366—383.
- Gierke Privatrecht:* Otto von Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. III, München und Leipzig 1917.
- Girard Droit Romain:* P. F. Girard: Manuel Élémentaire de Droit Romain, Paris 1929.

- Guhl Obligationenrecht*: Theo Guhl: Das Schweizerische Obligationenrecht, 3. udg., Zürich 1944.
- Holdsworth*: W. S. Holdsworth: Unjustifiable Enrichment, Law Quarterly Review, vol. 55 (1939) 37—53.
- Hult*: Phillips Hult: *Condictio Indebiti*, Uppsala Universitetets årskrift 1947; 6 (festskrift tilegnet Vilhelm Lundstedt), 230—270.
- Iuul, Stiig, Romerret*: Stiig Iuul: Grundrids af den romerske Formueret, Kbh. 1942.
- Jackson Quasi-Contract*: R. M. Jackson: The History of Quasi-Contract, Cambridge 1936.
- Jacobsen, Hartvig, Ophavsretten*: J. Hartvig Jacobsen: Ophavsretten. Forfatter- og Kunstnerretten, Kbh. 1941.
- Jung*: Eric Jung: Die Bereicherungsansprüche, Leipzig 1902.
- Keener Quasi-Contracts*: William A. Keener: A Treatise on the Law of Quasi-Contracts, New York 1893.
- Knoph*: Ragnar Knoph: Norges Rett, Oslo 1934.
- Knoph Andsretten*: Ragnar Knoph: Andsretten, Oslo 1933.
- Knoph Standarder*: Ragnar Knoph: Rettslige Standarder, Oslo 1939.
- Kraft*: Carl Kraft: Om Hovedprincipperne i den formueretlige Anordning, Kbh. 1881.
- Lassen*: Jul. Lassen: De saakaldte kvasikontraktmæssige Retsforhold i dansk Ret, Kbh. 1881.
- Lassen Alm.*: Jul. Lassen: Haandbog i Obligationsretten — Almindelig Del, 3. udg., Kbh. 1917—20.
- Lassen Handlinger*: Jul. Lassen: Handlinger paa fremmed Formueretsomraade i romersk og dansk Ret, Kbh. 1880.
- Lassen Romerret*: Jul. Lassen: Lærebog i romersk Privatret, 4. udg. ved Frantz Dahl, Kbh. 1937.
- Lassen Speciel*: Jul. Lassen: Haandbog i Obligationsretten — Speciel Del, Kbh. 1897.
- Lassen Ussing Speciel*: Jul. Lassen: Lærebog i Obligationsrettens specielle Del, 4. udg. ved Henry Ussing, Kbh. 1931.
- Lee Elements of Roman Law*: R. W. Lee: The Elements of Roman Law, London 1944.
- Lejman, Fritjof*: Principen obehörig vinst i svensk lagstiftning, Svensk Juristtidning (1949) 641—655.
- Lund, Torben*: Torben Lund: Billedkunsten i retlig belysning, Kbh. 1944.
- Lundstedt I og II*: A. V. Lundstedt: Obligationsbegreppet. Förra delen 1929. Senare delen 1930.
- Mayr Condictio*: Robert v. Mayr: Die Condictio des Römischen Privatrechtes, Leipzig 1900.
- Munch-Petersen, Erwin, Tvangsfuldbyrdelse*: Tvangsfuldbyrdelse og foreløbige Retsmidler, Kbh. 1948.
- Munch-Petersen, H.*: Løftet og dets Causa, Kbh. 1896.

- Oser Kommentar*: Hugo Oser's kommenterede Udg. af O. R., Zürich 1929.
- Planck*: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., II Bd. 2. Hälfte, Berlin und Leipzig 1928.
- Planiol*: M. Planiol: Traité élémentaire de droit civil, 11. éd., Paris 1939.
- Planiol-Ripert*: M. Planiol et G. Ripert: Traité pratique de droit civil français, Paris 1925 ff.
- Pollock*: Fr. Pollock: Principles of Contract, 11. udg. ved Winfield, London 1942.
- Popp-Madsen Bod*: Carl Popp-Madsen: Bod, Kbh. 1933.
- Restatement of the Law of Restitution*: Restatement of the Law of Restitution (quasi-contracts and constructive trusts); udgivet af American Law Institute Publishers, St. Paul 1937.
- Ripert*: G. Ripert: La Règle morale dans les Obligations civiles, 3. éd. 1935.
- Salmond Jurisprudence*: John Salmond: Jurisprudence, 10. ed., London 1947.
- Salmond Torts*: John Salmond: Law of Torts, 10. ed., London 1945.
- Sindballe*: Kristian Sindballe: Bidrag til Læren om judicielle Afgørelseres Retskraft, Kbh. 1918.
- Sindballe Dansk Soret*: Kristian Sindballe: Dansk Soret, Kbh. 1936--38.
- Sohm, Rud., Institutionen*: Rudolf Sohm: Institutionen. Geschichte und System des Römischen Privatrechts, München und Leipzig 1931.
- Stang*: Fredrik Stang: Erstatningsret, 1919 og 1927.
- Sylow*: H. Sylow: Handlinger paa fremmed Formueretsomraade, Kbh. 1880.
- Thomle*: C. S. Thomle: Ugrundet Berigelse efter norsk Ret, T. f. R. 1913.285—352.
- Torp Tingsret*: Carl Torp: Dansk Tingsret, 2. udg. ved L. A. Grundtvig, 1905.
- v. Tuhr*: Andreas von Tuhr: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. udg., Zürich 1942.
- Ussing Aftaler*: Henry Ussing: Aftaler paa Formuerettens Omraade, 2. udg., Kbh. 1945.
- Ussing Conductio*: Henry Ussing: Conductio indebiti, Tidsskrift utgivet av Juridiska Föreningen i Finland, 1943.
- Ussing Enkelte Kontrakter*: Henry Ussing: Enkelte Kontrakter, 2. udg., Kbh. 1946.
- Ussing Erstatningsret*: Henry Ussing: Erstatningsret, Kbh. 1937.
- Ussing Forudsætninger*: Henry Ussing: Bristende Forudsætninger, Kbh. 1918.
- Ussing Køb*: Henry Ussing: Køb, Kbh. 1939.
- Ussing Obligationsret*: Henry Ussing: Dansk Obligationsret -- Almindelig Del, 2. udg., Kbh. 1942.

- Ussing Skyld og Skade*: Henry Ussing: Skyld og Skade, Kbh. 1914.
- Utke Damm*: J. F. Utke Danm: Om obligationes quasi ex contractu, navnlig negotiorum gestio, Kbh. 1880.
- Vinding Kruse*: Fr. Vinding Kruse: En nordisk Lovbog, Kbh. 1948.
- Vinding Kruse E R*: Fr. Vinding Kruse: Ejendomsretten I—III, 2 udg., Kbh. 1945—46.
- Vinding Kruse Retslæren*: Fr. Vinding Kruse: Retslæren, Kbh. 1943.
- Winfield*: P. Winfield: The Law of Tort, 3. ed., London 1946.
- Winfield Province*: P. Winfield: The Province of the Law of Tort, Cambridge 1931.
- Wright Addresses*: Lord Wright: Legal Essays and Addresses, Cambridge 1939.
- Ørsted*: A. S. Ørsted: Om Tilbagesøgelse af uretteligen erlagte Betalinger, Juridisk Tidsskrift, 14. Bd. II Hefte, Kbh. 1828.
- Ørsted Hdbg.* I—VI: A. S. Ørsted: Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, I—VI, Kbh. 1822—33.
- Øvergaard*: J. Øvergaard: Norsk erstatningsansvar, Oslo 1942.

ANDRE FORKORTELSER

De benyttede domssamlinger og videnskabelige tidsskrifter er citerede ved hjælp af de sædvanligt anvendte forkortelser. Mere almindelig kendte love er gengivet i forkortet form uden angivelse af nummer, dato og årstal; således er eksempelvis Lov Nr. 242 af 8. Maj 1917 om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade overall citeret som »aftalel.«. Derimod er mere specielle love fuldstændigt angivet; det samme gælder den litteratur, som ikke er angivet ovenfor under litteraturforkortelserne.