

Abstraktionsprincippet og konsensusprincippet

En komparativ analyse af det tyske abstraktionsprincip og det danske konsensusprincip

The abstraction principle and the consensus principle

A comparative analysis of the German abstraction principle and the Danish consensus principle

af LONE MAI TRUELSEN

I specialet foretages en gennemgang af det danske konsensusprincip og det tyske abstraktionsprincip. Formålet med denne undersøgelse er at foretage en komparativ undersøgelse, for på den måde at udlede fordele og ulemper ved de to principper. Specialet omhandler hovedsagligt kun speciesgenstande.

Principperne har været genstand for meget debat i teorien, særligt abstraktionsprincippet i Tyskland, og sondringen mellem tingsret og obligationsret i Danmark. På denne baggrund skildres de i teorien belyste fordele og ulemper ved principperne samt ved den nævnte sondring. Ejendomsforbeholdet belyses efter såvel dansk som efter tysk ret, idet dets anvendelse efter tysk ret, på grund af abstraktionsprincippet, kræver særlig agtpågivenhed som udenlandsk sælger.

I den tyske teori eksisterer såvel tilhængere som modstandere af abstraktionsprincippet. Tilhængerne betoner således at abstraktionsprincippet medfører at ejendomsretten bliver klarlagt, til fordel for videreerhververen. Abstraktionsprincippet har således til formål at beskytte retshandlen. Modstanderne herimod betoner abstraktionsprincippets virkelighedsfjerne konstruktion samt at det på grund af reglerne om godtroserhvervelse er stort set overflødig.

I dansk teori diskuteres hvorvidt sondringen mellem tingsret og obligationsret overhovedet er ønskelig, og der præsenteres flere alternative løsninger. Som en af fordelene ved konsensusprincippet bør fremhæves at det synes mere praktisk anvendeligt, hvor argumenterne imod konsensusprincippet blandt andet er at det frembyder visse vanskeligheder ved genuskøb.

Endelig foretages en komparativ analyse af de to teorier og de fremførte argumenter fra teorien. Der konkluderes generelt til fordel for konsensusprincippet.

In this thesis, the Danish consensus principle and the German abstraction principle are examined. The purpose of this examination is to carry out a comparative analysis of the two principles in order to deduce their advantages and disadvantages. The thesis mainly concerns the sale of specific goods. Both principles have been the issue of debate, especially the German abstraction principle, whereas the distinction between the law of property and the law of obligations has been the main issue in Denmark. In this context, the advantages as well as the disadvantages of the two principles and the above-mentioned distinction are described. The conditional sale in Danish as well as in German law is described since the use of a conditional sale, due to the abstraction principle, demands special attention from the foreign seller.

In German theory, both adherents and opponents of the abstraction principle exist. The adherents emphasize that the abstraction principles clarifies the property right, an obvious advantage for the next buyer. The abstraction principle hereby protects the transaction. The opponents of the abstraction principle stress that the principle is far from reality and, due to the rules of good faith in case of acquisition, rather superfluous.

In Danish theory it is discussed whether or not the distinction between law of property and law of obligations is desirable, and several alternatives are presented. Mentioned as one of the advantages of the consensus principle is the fact that it seems more practicable, whereas the arguments against the consensus principle stress that it cannot be used regarding genetic purchases.

Finally, a comparative analysis is made with regard to the two principles as well as the arguments from the Danish and German theory. In general, the consensus principle is chosen.

1	Indledende del	3
1.1	Indledning	3
1.2	Problemformulering	4
1.3	Afgrænsning.....	4
1.4	Terminologi.....	6
1.5	Metodevalg.....	6
1.6	Fremgangsmåde/specialets opbygning	7
2	En fremstilling af abstraktionsprincippet og konsensusprincippet	8
2.1	De obligationsretlige og tingsretlige rettigheder.....	8
2.2	Ejendomsoverdragelsen i historisk perspektiv.....	9
2.3	Gældende ret i Danmark	10
2.3.1	Konsensusprincippet	10
2.3.1.1	<i>Konsensusprincippets oprindelse</i>	10
2.3.1.2	<i>Konsensusprincippets konsekvenser</i>	11
2.3.2	Særligt om ejendomsforbeholdet	12
2.3.2.1	<i>Ejendomsforbeholdets gyldighedsbetingelser</i>	12
2.3.2.2	<i>Ejendomsforbeholdets tingsretlige konsekvenser</i>	16
2.3.2.3	<i>Kort om forhandlergrundsætningen</i>	16
2.3.2.4	<i>Kort om konsignation</i>	17
2.3.3	Opsummerende	18
2.4	Gældende ret i Tyskland	18
2.4.1	Abstraktionsprincippet.....	18
2.4.1.1	<i>Abstraktionsprincippets oprindelse</i>	19
2.4.1.2	<i>Abstraktionsprincippet og BGB</i>	21
2.4.1.3	<i>Abstraktionsprincippets begrundelse</i>	22
2.4.1.4	<i>Abstraktionsprincippets konsekvenser</i>	24
2.4.1.5	<i>Gennembrydning af abstraktionsprincippet</i>	26
2.4.1.6	<i>Udleveringskravet i tilfælde af uberettiget berigelse</i>	28
2.4.2	Særligt om ejendomsforbeholdet.....	28
2.4.2.1	<i>Ejendomsforbeholdets indhold og gyldighedsbetingelser</i>	29
2.4.2.2	<i>Det simple ejendomsforbehold</i>	31
2.4.2.3	<i>Det udvidede ejendomsforbehold</i>	31
2.4.2.4	<i>Det forlængede ejendomsforbehold</i>	32
2.4.3	Opsummerende	33
2.5	Dansk teoris holdninger og argumenter for og imod sondringen mellem tingsret og obligationsret.....	33
2.6	Teoriens holdninger og argumenter for og imod konsensusprincippet.....	42

2.7	Teoriens holdninger og argumenter for og imod abstraktionsprincippet.....	43
3	Komparativ analyse.....	47
3.1	Princippernes indhold	47
3.1.1	Fra den teoretiske synsvinkel.....	47
3.1.1.1	<i>En analyse af abstraktionsprincippet</i>	48
3.1.1.2	<i>En sondring mellem tingsret og obligationsret – hensigtsmæssig eller overflødig?</i> 50	
3.1.1.3	<i>En analyse af konsensusprincippet</i>	52
3.1.2	Fra den praktiske synsvinkel.....	53
3.1.2.1	<i>Ejendomsforbehold og abstraktionsprincip.....</i>	54
3.2	Abstraktionsprincip eller konsensusprincip?	57
4	Konklusion	59
	Litteraturfortegnelse.....	62
	Videnskabelige artikler.....	64
	Forarbejder.....	65
	Domsregister.....	65

1 Indledende del

1.1 Indledning

En dansk sælger og en dansk køber indgår aftale om køb og salg af et maleri. Som følge af konsensusprincippet skifter ejendomsretten til maleriet i det øjeblik parterne har underskrevet købsaftalen, over fra sælger til køber. Den danske sælger er således ikke alene forpligtet til at overdrage maleriet til køber, maleriet tilhører allerede køber på dette tidspunkt. Og naturligvis, kunne man fristes til at sige. Det er jo netop hele formålet med købsaftalen, at køber skulle blive ejer af maleriet.

Bevæger man sig lige syd for grænsen er følgen af købsaftalen pludselig en ganske anden, og der er, set med danske øjne, i høj grad tale om en unaturlig følge. Dette skyldes abstraktionsprincippet, et særegent princip som ikke desto mindre tilhører et af grundbegreberne i tysk formueret. Ifølge det tyske abstraktionsprincip medfører en given handel indgåelsen af hele tre aftaler. Når en tysk sælger og en tysk køber således indgår aftale om køb og salg af et maleri, er dette blot den første handel - forpligtelses – eller grundhandlen om man vil. Sælger har herefter forpligtet sig til at overdrage maleriet og køber til at betale købesummen. Ejendomsretten derimod forbliver uberørt. Både overdragelse af ejendomsretten til maleriet og ejendomsretten til købesummen sker først i det øjeblik, dette aftales mellem parterne. Disse udgør således anden og tredje handel. I praksis indgår parterne typisk disse aftaler stiltiende og er derfor sjældent opmærksomme herpå. Ikke desto mindre vil den part

der ikke er opmærksom på denne graverende forskel i dansk og tysk formueret kunne ende op i en situation, hvor vedkommendes eneste krav i henhold til købsaftalen, vil være et erstatningskrav.

Den danske sælger af maleriet ønsker sikkerhed. Han skriver derfor et ejendomsforbehold ind i købsaftalen og overdrager herefter, uden tøven, maleriet til den tyske køber som, ifølge aftalen skal betale for maleriet tre uger senere. Men det viser sig imidlertid at køberen er umyndig og købsaftalen er herefter en nullitet. Sælger forholder sig dog ganske rolig, for selvom ejendomsforbeholdet nu også er faldet bort, er overdragelsen jo ugyldig. Efter dansk ret. Efter tysk ret er overdragelsen imidlertid uafhængig af købsaftalen og er derfor fortsat gyldig. Den danske sælger, som havde taget et, efter dansk ret, fuldstændig gyldigt ejendomsforbehold, står nu, fordi han ikke havde knyttet ejendomsforbeholdet til overdragelseshandlen, uden sikkerhed.

1.2 Problemformulering

Formålet med dette speciale er at belyse det tyske abstraktionsprincip og det danske konsensusprincip for derefter at foretage en komparativ analyse. Formålet med denne komparative analyse er på det teoretiske plan at vurdere ulemper og fordele ved abstraktionsprincippet hhv. konsensusprincippet og på det praktiske plan at udlede omfanget af konsekvenserne af abstraktionsprincippet og konsensusprincippet og deres forskelle for den dansk-tyske samhandel.

1.3 Afgrænsning

Indledningsvist gøres opmærksom på, at idet de tingsretlige regler for løsøre, fast ejendom, fordringer og immaterielle rettigheder er meget forskellige, vil der i dette speciale kun blive fokuseret på reglerne for overdragelse af løsøre. Idet der ved genuskøb eksisterer et krav om individualisering og udskillelse før køber opnår ejendomsretten over løsøresgenstanden, vil der i nærværende speciale hovedsagligt blive fokuseret på speciesgenstande.

Hovedtemaet for nærværende speciale er overdragelse af ejendomsretten og indenfor dette tema er det naturligt at tale om tredjemandskonflikter. Problematikken omkring tredjemandskonflikter er dog ikke relevant i denne sammenhæng, idet fokusområdet er konsensusprincippet og abstraktionsprincippet og disses konsekvenser for handlen, og en belysning heraf kræver ikke en tilbundsående gennemgang af problematikken omkring tredjemandskonflikter.

Som beskrevet i problemformuleringen er formålet på det teoretiske plan at udlede fordele og ulemper af abstraktionsprincippet. En absolut fyldestgørende redegørelse heraf ville medføre inddragelse af andre landes retsregler på samme område. Særligt af hensyn til specialets omfang, og idet det teoretiske formål skal ses i sammenhæng med det praktiske formål, vil der i nærværende speciale ikke blive inddraget andre landes retsregler end de danske og tyske indenfor området.

Idet især formålet på det praktiske plan er at udlede konsekvenserne af abstraktionsprincippet og konsensusprincippet og deres forskelle for den dansk-tyske samhandel, er reglerne om lovvalg og værneting naturligvis af stor betydning. Formålet med dette speciale er dog udelukkende at belyse problematikken omkring principperne, når de anvendes, og ikke hvornår de anvendes eller i hvilket forum. Spørgsmålet vil derfor ikke blive behandlet nærmere i nærværende speciale.

Under afsnit 2.3.2 samt 2.4.2 gennemgås reglerne for ejendomsforbeholdet. Idet formålet med gennemgangen af reglerne for ejendomsforbeholdet er at bidrage til at belyse omfanget og konsekvenserne af hhv. abstraktionsprincippet og konsensusprincippet, vil der være tale om en overordnet fremstilling.

Endelig gøres opmærksom på at Europa-Kommissionen i 2001 iværksatte en omfattende offentlig høring om de problemer, som forskellene i de forskellige medlemsstaters aftaleret medfører og om eventuelle tiltag for at løse dem. Efter at have modtaget disse reaktioner offentliggjorde Europa-Kommissionen i 2003 en handlingsplan. Heri foreslår Europa-Kommissionen, at den europæiske aftaleret både forbedres og gøres mere ensartet ved at indføre en fælles referenceramme som skal omfatte fælles principper, definitioner og standardregler, som lovgivningsmyndighederne på EU-plan skal anvende ved udarbejdelsen af ny lovgivning og ved ændring af den eksisterende. Den 1. juli 2010 sendte Europa-Kommissionen en grønbog om løsningsmodeller for indførelse af en europæisk aftaleret for forbrugere og erhvervslivet i høring. Europa-Kommissionen vil eventuelt foreslå tiltag indenfor området inden 2012.¹ Idet konsekvenserne af Europa-Kommissionens arbejde og omfanget heraf endnu ikke kendes, og idet dets arbejde indtil videre mere har foregået på et generelt og overordnet niveau uden konkrete holdepunkter eller forslag, vil der i dette speciale ikke blive fokuseret yderligere på den proces der pt. er i gang hos Europa-Kommissionen.

¹ Grønbog fra Kommissionen 2010

1.4 Terminologi

Idet der ved udarbejdelsen af dette speciale både er anvendt dansk og tysk litteratur, vil der i specialet både blive inddraget danske og tyske begreber. For at opnå størst mulig klarhed vil de tyske juridiske begreber, som ikke har en fuldstændig identisk dansk oversættelse, blive refereret til i deres tyske udformning med en dansk forklaring af begrebet ved dets første anvendelse i nærværende speciale.

1.5 Metodevalg

I dette speciale benyttes den juridiske retsdogmatiske metode, idet gældende ret systematiseres, beskrives og analyseres/fortolkes.²

Herudover anvendes en komparativ metode, idet der foretages en sammenligning af det tyske abstraktionsprincip og det danske konsensusprincip. Når der foretages en komparativ analyse benyttes typisk enten Länderberichtmetoden eller den analytiske metode. Ved Länderberichtmetoden vil man, hvor flere retssystemer sammenlignes inden for et større emne, foretage en samlet redegørelse af hvert retssystem for sig, hvorimod man med den analytiske metode sammenligner systemernes holdning til hvert enkelt problem.³ Den komparative metode der anvendes i dette speciale er Länderberichtmetoden idet gældende ret inden for begge retsområder sammenlignes. I specialets sidste del anvendes dog den analytiske metode, idet der foretages en sammenligning af systemernes holdning til dels det tyske abstraktionsprincip og dels det danske konsensusprincip.

Beskrivelsen af både dansk og tysk ret vil dels være dynamisk, idet der med en fremstilling af retens udvikling søges en øget forståelse af retsstillingen som den er i dag, særligt på det teoretiske plan, men idet fremstillingen ligeledes skildrer retten som den er i dag, særligt med det formål også at kunne udlede de eventuelt praktiske konsekvenser for den dansk-tyske samhandel, vil der ligeledes ske en statisk beskrivelse.⁴

² Nielsen og Tvarnø, Retskilder og retsteorier, s. 28.

³ Lando, Kort indføring i komparativ ret, s. 206-207.

⁴ Om dynamisk eller statisk fremstilling se Lando, Kort indføring i komparativ ret, s. 207-208.

1.6 Fremgangsmåde/specialets opbygning

Med det formål at gøre specialet let læseligt og struktureret, beskrives i dette afsnit kort fremgangsmåden for specialet. Specialet er overordnet inddelt i fire områder. Således udgør afsnit 1 den indledende del, afsnit 2 den beskrivende del, afsnit 3 den komparative og dermed analytiske del og endelig udgør afsnit 4 den konkluderende del. Den analytiske del vil dog lappe ind over den beskrivende del. Når nævnte overordnede inddeling alligevel er valgt, skyldes det hensynet til at lade den rene komparative analyse stå alene. Den beskrivende del vil være mere udførlig end den analytiske, da de teorier, der beskrives, er komplicerede og ikke altid lige nemme at følge. En tilfredsstillende forståelse heraf gør det derfor nødvendigt at foretage en mere dybdegående beskrivelse. Særligt afsnittene 2.5, 2.6 og 2.7 bør dog anses for såvel beskrivende som analytiske, idet der udarbejdes en fremstilling såvel som en forklaring af forskellige teoretikers argumenter og doktriner.

Den beskrivende del i afsnit 2 indledes med en kort beskrivelse af begreberne tingsret og obligationsret i afsnit 2.1, idet det er disse begreber og deres indhold og samspil, der overordnet set er genstand for nærværende speciale. I afsnit 2.2 beskrives ejendomsrettens overgang fra et historisk perspektiv, idet, som vi skal se i det følgende, tidspunktet for ejendomsrettens overgang afhænger af hvilket princip, der finder anvendelse. Afsnittene 2.3 og 2.4 beskriver gældende ret i Danmark og Tyskland. Herunder følger en nærmere beskrivelse af konsensus – hhv. abstraktionsprincippet, med særlig fokus på deres indhold og konsekvenser. Særligt har beskrivelsen af princippernes indhold til fordel at belyse deres teoretiske vinkel, hvorimod beskrivelsen af deres konsekvenser har til formål at belyse principperne fra den praktiske vinkel. Belysningen af abstraktionsprincippet er generelt mere udførligt end belysningen af konsensusprincippet. Dette skyldes abstraktionsprincippets særegne karakter, samt at det generelt i teorien har været genstand for større kritik, end tilfældet er med konsensusprincippet. I forbindelse med beskrivelsen af gældende ret, beskrives hhv. det danske og tyske ejendomsforbehold (afsnit 2.3.2 og 2.4.2).

Idet principperne, særligt abstraktionsprincippet, igennem tiden har været genstand for en del kritik, foretages i kapitlerne 2.6 og 2.7 en gennemgang af holdninger og argumenter for og imod konsensus- hhv. abstraktionsprincippet. Hvor diskussionen indenfor tysk teori særligt har vedrørt abstraktionsprincippet og anvendelsen af de forskellige principper i det hele taget, finder man ikke den samme diskussion indenfor dansk ret. Her synes det som om selve konsensusprincippets eksistens er blevet en selvfølge, og diskussionen går snarere på, hvorvidt det overhovedet giver mening at

foretage en sondring mellem begreberne tingsret og obligationsret. Denne diskussion vil derfor særligt blive belyst i afsnit 2.5. Det bemærkes at egne kommentarer og egen analyse af afsnit 2, ikke følger efter hvert delafsnit, men samles i afsnit 3.

Endelig foretages i afsnit 3 således den komparative analyse. Der foretages en komparativ analyse af principperne (afsnit 3.1.1 og afsnit 3.1.2) fra hhv. den teoretiske og praktiske synsvinkel og i afsnit 3.1.2.1 en komparativ analyse af ejendomsforbeholdenes ligheder, forskelligheder og ejendomsforbeholdets konsekvenser som følge af abstraktionsprincippet.

Endelig konkluderes i afsnit 4 på problemformuleringen.

2 En fremstilling af abstraktionsprincippet og konsensusprincippet

2.1 De obligationsretlige og tingsretlige rettigheder

Formueretten opdeles overordnet i to hoveddicipliner; obligationsret og tingsret.⁵ Sondringen mellem obligationsret og tingsret har sit udspring i romerretten. Her sondrede man således mellem *actiones in rem* (aktioner som kunne gøres gældende mod enhver) og *actiones in personam* (aktioner som kunne gøres gældende mod en person).⁶

Obligatoriske rettigheder kaldes også fordringsrettigheder.⁷ Obligationsretten er læren om skyldforhold, navnlig formueretlige skyldforhold. Formueretlige skyldforhold kan både vedrøre penge og andre formuegoder. Der er tale om skyldforhold, der udspringer af dispositioner eller skadegørende handlinger foretaget af privatpersoner.⁸ Emnet for obligationsretten er debtors forhold til kreditor.⁹ At der er tale om en obligatorisk ret indebærer, at der er tale om en ret overfor en person som forpligtet, og retten kan derfor kun gøres gældende overfor ham, eller relativt. Når kreditor således opnår domfældelse over debitor, er det netop pga. debtors forpligtelse overfor kreditor.¹⁰

⁵ Gomard, Introduktion til obligationsretten, s. 67.

⁶ Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 120.

⁷ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 26.

⁸ Bryde Andersen og Lookofsky, Obligationsret, s. 17.

⁹ Bryde Andersen og Lookofsky, Obligationsret, s. 18.

¹⁰ Ross, Om ret og retfærdighed, s. 230.

Tinglige rettigheder kaldes også rådighedsrettigheder.¹¹ Tingsretten omhandler en umiddelbar ret til at råde over ting. At de tinglige rettigheder har tingsretlig beskyttelse vil dels sige, at den berettigede person har prioritet forud for alle senere erhverve og overdragerens kreditorer og dels, at den berettigede kan vindicere tingen fra enhver.¹² Herudover er den berettigede separatist i overdragerens konkursbo.¹³ Tingsretten omhandler altså, i modsætning til obligationsretten, forholdet til tredjemand.¹⁴ At tingsretten omhandler forholdet til tredjemand er dog ikke lig med, at der er tale om samme forhold mellem den berettigede og tredjemand, som der er mellem kreditor og debitor i obligationsretten. Den tinglige ret er en ret over tingen som sådan. Det er netop retten over tingen som sådan, der gør, at forholdet til tredjemand inddrages, idet retten kan gøres gældende overfor enhver. Den berettigedes dom over tredjemand skyldes således ikke, som i obligationsretten, tredjemands forpligtelse overfor den berettigede. Dommen er et udslag af, at tredjemand ikke har nogen ret at sætte op overfor den berettigedes tinglige ret.¹⁵

Spørgsmålet, om hvorledes de tinglige rettigheder gyldigt overdrages, er et spørgsmål, der længe har været genstand for debat og regulering.

2.2 Ejendomsoverdragelsen i historisk perspektiv

I den romerske ejendomsret sondrede man mellem *res Mancipi* og *res nec Mancipi*. Betydningen af sondringen knyttede sig først og fremmest til overdragelsesformen. *Res Mancipi* opfattede romerne for værende en gruppe ting, der typisk blev anvendt i agerbrug, således selve jorden (dog kun i Italien), de dyr, der kunne anvendes i et landbrug, slaver og visse servitutrettigheder. Såfremt man ønskede at overdrage *dominium ex jure Quiritium*, den egentlige civile romerske ejendomsret, til *res Mancipi* skulle dette foregå ved anvendelsen af *in jure cessio*, en slags skinproces for prætor og ved *Mancipatio*, hvilket var et køb under en fiktiv afvejning af købesummen under en vægt og dette i vidners nærvær. Senere kom den formløse overlevering, *traditio*, til. Romerske borgere erhvervede ejendomsret til *res Mancipi* ved anvendelse af *Mancipatio* og *in jure cessio*. Erhvervelse af ejendomsret til *res nec Mancipi* skete via *traditio*, men hvis der var tale om *res Mancipi*, der overdrage-

¹¹ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 26.

¹² Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 26.

¹³ Ross, Om ret og retfærdighed, s. 228

¹⁴ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 25-26.

¹⁵ Ross, Om ret og retfærdighed, s. 230.

des via traditio, medførte dette alene possessio, besiddelse. Denne besiddelse modnes imidlertid til en ejendomsret efter udløbet af en kortere hævdperiode.¹⁶

Forskellen mellem de to forbundne overdragelsesformer, mancipatio og in jure cessio og den formløse overdragelse, traditio, er blandt andet, at traditio er udtryk for en kausal retshandel, idet man stillede krav om et causa, altså et bagvedliggende retsforhold, hvorimod mancipatio og in jure cessio kan siges at være abstrakte, idet de overførte ejendomsretten uden hensyntagen til, hvorvidt der forelå et bagvedliggende causa.¹⁷

2.3 Gældende ret i Danmark

2.3.1 Konsensusprincippet

Danske teoretikere har igennem århundreder diskuteret, hvorvidt traditionsprincippet, som stiller krav om genstandens overdragelse for at opnå beskyttelse overfor overdragerens kreditorer eller konsensusprincippet burde finde anvendelse.¹⁸ Ved konsensusprincippet¹⁹ – eller enhedsprincippet som det også kaldes, knytter man såvel de (obligationsretlige) pligter som de (tingsretlige) beføjelser til samme kontrakt, hvilket medfører, at ejendomsretten ved et køb allerede går over fra sælger til køber ved køkets afslutning.²⁰ Det er altså den i salgsaftalen fastslåede konsens, der ved specieskøb samtidig overdrager ejendomsretten og dette fuldstændig uden at tage hensyn til hverken betaling af købsprisen eller overgivelse af speciesgenstanden.²¹

2.3.1.1 Konsensusprincippets oprindelse

Konsensusprincippet udspringer af naturretten.²² Når man ser tilbage på behandlingen af ejendomsrettens overgang, ses blandt andet, at man tidligere behandlede spørgsmålet samlet, dvs. man tog stilling til, hvornår samtlige ejerbeføjelser overgik fra sælger til køber. Man antog altså, at samtlige beføjelser og retsvirkninger overgik fra sælger til køber, på et bestemt tidspunkt og ved udførelsen af en bestemt handling.²³ Tilbage i 1800-tallet var man generelt tilhænger af traditionsteorien, hvor-

¹⁶ Tamm, Romerret, s. 77-80.

¹⁷ Tamm, Romerret, s. 80.

¹⁸ Elmer og Skovby, Ejendomsretten 1, s. 15.

¹⁹ Også kaldet kontraktsteorien, se således Elmer og Skovby, Ejendomsretten 1, s. 15.

²⁰ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 56.

²¹ Wacke, U.2001B.466, s. 1.

²² Wieling, Sachenrecht, s. 30.

²³ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 80.

efter ejendomsrettens overdragelse ved løsørekøb krævede traditio.²⁴ Årsagen, til at traditionsteori- en blev den fremherskende, skyldtes et ønske om at tage hensyn til overdragerens kreditorer i til- fælde af købers insolvens eller konkurs, idet genstanden ellers ville blive en del af købers kon- kursbo, såfremt man anså ejendomsretten for at være overdraget allerede ved aftalens indgåelse.²⁵

I dag har man slået fast, at man ikke kan fastsætte et bestemt tidspunkt eller en bestemt handling som afgørende for ejendomsrettens overgang. Retsstillingen ved ejendomsrettens overgang afhæn- ger dels af de konkrete relationer, dels af overfor hvilke rettighedshavere problemet rejses. Dette kaldes også relationsteorien.²⁶ Ved overdragelsen af speciesgenstande, er retsstillingen derimod ganske simpel, idet det antages, at en erhverver er beskyttet overfor overdragerens kreditorer allere- de ved aftalens indgåelse. Kravet om traditio eksister derfor ikke længere, når det drejer sig om spe- ciesgenstande.²⁷

Konsensusprincippet ses blandt andet også anvendt i Frankrig og Italien.²⁸

2.3.1.2 Konsensusprincippets konsekvenser

Den altovervejende konsekvens af anvendelsen af konsensusprincippet er, at ejendomsretten over- går fra sælger til køber allerede ved aftalens indgåelse. I tilfælde af købers insolvens eller konkurs medfører konsensusprincippet, at det så at sige er køberens kreditorer der begunstiges, idet genstan- den anses for en del af købers formue allerede fra aftalens indgåelse, uanset om køber har betalt købesummen.

Konsensusprincippet medfører, at ihændehavelse er uden betydning for ejendomsrettens overgang. Der hvor konsensusprincippet medfører de største konsekvenser, er dog i tilfælde af købers kon- kurs, eller hvor købers kreditorer foretager tvangsfuldbyrdelse. Idet aftaleindgåelsen medfører ejen- domsrettens overgang, uden hensyntagen til, hvorvidt der er sket betaling, er varen allerede fra dette tidspunkt en del af købers konkursbo. Sælger vil kun kunne gøre et simpelt krav gældende i boet. Er det derimod sælger, der går konkurs, har køber ret til at få genstanden udleveret, idet han fra aftale- indgåelsestidspunktet er den retmæssige ejer af varen. Konsensusprincippets svaghed kommer der-

²⁴ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 80 samt Illum, Dansk Tingsret, s. 162.

²⁵ Illum, Dansk Tingsret, s. 162.

²⁶ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 81.

²⁷ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 249.

²⁸ Wacke, U.2001B.466, s. 1.

for særligt til udtryk i forbindelse med sælgers retsstilling ved købers konkurs, og hvor dennes kreditorer foretager tvangsfuldbyrdelse i dennes ejendom, hvorimod køber generelt begunstiges som følge af konsensusprincippet. I Frankrig, som ligeledes anvender konsensusprincippet, har man dog til en vis grad forsøgt at formindske de ulemper, som konsensusprincippet medfører overfor sælger. Således har man givet sælgeren, som ganske vist ikke længere er ejer, men som stadig har varen i sin besiddelse, mulighed for at kræve købesummen erlagt, inden han har udleveret varen til køberen, såfremt denne i mellemtiden er gået konkurs.²⁹ Om dansk ret henvises i den forbindelse til afsnit 3.1.1.

2.3.2 Særligt om ejendomsforbeholdet

Ved et ejendomsforbehold forstås efter gængs opfattelse kreditkøb, hvor det er aftalt, at sælgeren kan tage det solgte tilbage, såfremt køberen ikke opfylder sine forpligtelser.³⁰ Ligeledes indskrænker et ejendomsforbehold købers ret til at disponere over genstanden, idet dispositioner over salgsgenstanden uden respekt af ejendomsforbeholdet ikke er tilladt.³¹ Ordet ejendomsforbehold er dog til en vis grad misvisende, idet et ejendomsforbehold ikke af sælger kan tages ensidigt, men kræver tværtimod at sælger og køber aftaler dette.³²

Et gyldigt ejendomsforbehold medfører således, at sælger kan kræve genstanden tilbage fra køber, såfremt køber ikke betaler købesummen og dette vel at mærke uden iagttagelse af nogen sikringsakt.³³ Retten til at kræve genstanden tilbage består uanset om køber har videreoverdraget salgsgenstanden, eller købers kreditorer har foretaget retsforfølgning mod genstanden.³⁴ Idet et ejendomsforbehold således ikke blot er gældende overfor køber, skal det opfylde visse gyldighedsbetingelser.

2.3.2.1 Ejendomsforbeholdets gyldighedsbetingelser

Gyldighedsbetingelserne afhænger først og fremmest af, hvem sælger ønsker at gøre ejendomsforbeholdet gældende overfor. Inter partes vil aftalen om ejendomsforbeholdet principielt være til-

²⁹ Rodríguez-Rosada, Abstraktionsprinzip, s. 126-127.

³⁰ Se Mortensen, Indledning til Tingsretten s. 310 samt KAL § 6 stk. 1.

³¹ Mortensen, Indledning til Tingsretten s. 297.

³² Elmer og Skovby, Ejendomsretten 1, s. 122.

³³ Dog med undtagelse af motorkøretøjer som følge af Tinglysningslovens § 42 d stk. 1. Se Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 298.

³⁴ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 296.

strækkeligt. Dette medfører at et ejendomsforbehold vil være gyldigt inter partes på trods af, at det er aftalt efter overdragelse af salgsgenstanden.³⁵

Ønsker sælger at gøre ejendomsforbeholdet gældende overfor købers aftaleerhververe eller kreditorer, skal særlige betingelser være opfyldte, før sælger opnår et tingsretligt beskyttet ejendomsforbehold. Det er almindeligt antaget, at følgende fire betingelser skal være opfyldte: Ejendomsforbeholdet skal *for det første* være taget ved en klar og udtrykkelig aftale. I klarhedskriteriet ligger dels et krav om, at der ikke må være tvivl om, at sælgeren har taget ejendomsforbehold, dog uden at det er et krav, at ordet ejendomsforbehold direkte anvendes, dels skal det klart fremgå, at ejendomsforbeholdet vedrører den aktuelle genstand og ikke fremtidige eller ældre krav. Utrykkelighedskravet medfører, at et ejendomsforbehold ikke kan tages blot med henvisning til branchekutyme og lign. Dette udelukker dog ikke, at sædvanlig praksis mellem parterne kan have betydning, såfremt det skal afgøres, hvorvidt ejendomsforbeholdet er vedtaget mellem parterne eller ej. Der gælder ikke noget skriftlighedskrav og vurderingen af hvorvidt der er indgået en gyldig aftale må ske ud fra de almindelige aftaleretlige regler. Kravet om at ejendomsforbeholdet skal være aftalt skyldes dels, at købers aftaleerhververe og kreditorer ikke skal respektere et forbehold, som køber ikke selv skal respektere, dels er det til for at undgå, at sælger besviger købers kreditorer.³⁶

For det andet skal aftale om ejendomsforbeholdet være sket senest ved overgivelsen af salgsgenstanden. Det vil dog være muligt at aftale et gyldigt ejendomsforbehold på trods af, at genstanden har været overgivet til køber, såfremt dette ikke skete som led i købsaftalen, f.eks. fordi køber har haft genstanden på prøve. Kravet skyldes hensyntagen til købers aftaleerhververe og kreditorer, idet det ville være urimeligt overfor disse, såfremt sælgeren efter overdragelsen fik fortrinsstilling pga. aftale om ejendomsforbehold på et tidspunkt, hvor genstanden må anses for at høre til købers formuesfære.³⁷

For det tredje skal der være tale om identificerbare genstande. Også dette kriterium har til formål at undgå svig overfor købers aftaleerhververe og kreditorer ved at ”tilføje” genstande under ejendomsforbeholdet, som ikke var en del af den oprindelige aftale. Dette ville resultere i, at købers aftaleerhververe og kreditorer ville blive stillet ringere. Det har i teorien være diskuteret, hvorvidt kriteriet

³⁵ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 298-299.

³⁶ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 298-299

³⁷ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 302.

er opfyldt såfremt sælger på tilbagetagelsestidspunktet kan føre identifikationsbevis for, hvad der er omfattet af ejendomsforbeholdet, eller om det tillige må kræves, at det materielle beskrivelseskrav er opfyldt. Af kravet om identifikationsbevis følger, at der ikke er noget formkrav til beskrivelsen af salgsgenstanden med undtagelse af klarhedskriteriet som nævnt ovenfor. I kravet om, at der tillige stilles et krav om materiel beskrivelse, ligger, at de omfattede genstande skal være beskrevet så nøjagtigt i købeaftalen (ejendomsforbeholdsdokumentet), som det efter omstændighederne er muligt. Mortensen konkluderer, at det er mest nærliggende at der ikke eksisterer et materielt beskrivelseskrav for ejendomsforbeholdet. Dette begrundes han bl.a. med henvisning til retspraksis.³⁸ Således fandt Sø- og Handelsretten i U.1969.620 S et ejendomsforbehold ugyldigt, idet der ikke forelå tilstrækkelig individualisering. Der var tale om et ejendomsforbehold i en forretnings ”inventar m.v.”. Nogle måneder inden køberen havde videreoverdraget forretningen med inventar, var der blevet foretaget en skifteretsregistrering. Med denne ville sælger højst sandsynlig kunne have ført bevis for, hvad der var omfattet af ejendomsforbeholdet, men dette var ifølge Sø- og Handelsretten ikke tilstrækkeligt.

I U.1987.629 H kom Højesterets flertal frem til, at en sælger af nogle smågrise måtte bære risikoen for en for ringe beskrivelse af hvilke grise der var omfattet af ejendomsforbeholdet. Flertallet tog derfor ikke konkret stilling til, om der generelt eksisterer et materielt beskrivelseskrav, idet de ikke stillede krav om en konkret beskrivelse i købekontrakten. Højesteret konkluderede blot, at undladelse heraf var sælgers egen risiko. Af kontrakten fremgik, at grisene skulle mærkes, hvilket imidlertid ikke var sket. Købers egne oplysninger kunne ikke anses for tilstrækkeligt. Højesterets mindretal tog afstand fra det materielle beskrivelseskrav, idet de lagde købers beskrivelse af ejendomsforbeholdets omfang til grund, således at dette omfattede de grise, køber påstod, var omfattet af ejendomsforbeholdet.³⁹

I modsætning til Peter Mortensen er Elmer og Skovby⁴⁰ af den opfattelse, at der skal stilles krav om, at købekontrakten indeholder en nærmere specifikation af de(n) genstand(e) der er omfattet af ejendomsforbeholdet. Elmer og Skovby begrundes dette i tre forhold. For det første begrundes det i hensynet til prioritetskonstatering. For det andet i hensynet til notoritet, idet de oplysninger man som tredjemand kan få om ejendomsforbehold i genstande, der befinder sig hos køberen, alene er

³⁸ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 305-306.

³⁹ Se Mortensen, Indledning til Tingsretten s. 306-307 samt U.1987.629 H

⁴⁰ Elmer og Skovby, Ejendomsretten 1, s. 142-143.

knyttet til angivelserne i købekontrakten. For det tredje i hensynet til at undgå at købers aftaleerhververe og kreditorer besviges ved at tilføje flere genstande under ejendomsforbeholdet, end det egentlig var aftalt.⁴¹

Endelig, og *for det fjerde* skal ejendomsforbeholdet vedrøre den aktuelle købsaftale og således hverken ældre eller yngre krav.⁴²

De netop oplyste krav er de betingelser, der i almindelighed skal være opfyldte for at et ejendomsforbehold kan gøres gældende overfor tredjemand. I Kreditaftalelovens⁴³ kap. 10 eksisterer dog nogle yderligere krav, ligesom nogle af de ovenfor nævnte krav gentages. Indledningsvist skal der knyttes en kommentar til KAL's anvendelsesområde. Som udgangspunkt finder KAL alene anvendelse på forbrugerkøb, jf. KAL § 1 men af KAL § 2 følger, at reglerne i KAL kap. 11 også finder anvendelse for andre køb. Af KAL § 50, som står i kap. 11, følger at reglerne i kap. 10 om ejendomsforbehold med undtagelse af visse bestemmelser også finder anvendelse for andre køb end forbrugerkøb. Loven kan i forbrugerkøb ikke fraviges til skade for forbrugeren, jf. KAL § 7 stk. 1 og i ikke-forbrugerkøb kan loven fraviges ved aftale, men ikke såfremt dette er til skade for køberen i et køb med ejendomsforbehold, jf. KAL § 7 stk. 2.

KAL § 34 stk. 1 og 3 opstiller nogle kriterier, som skal være opfyldte, såfremt købet er omfattet af bestemmelsen. Såfremt alle kriterier ikke er opfyldte, er ejendomsforbeholdet ugyldigt. I den forbindelse er det vigtigt at være opmærksom på, at KAL § 34 ikke er udtømmende. For at et ejendomsforbehold er gyldigt, kræves det altså, at de fire ovenfor nævnte betingelser ligeledes alle er opfyldte.⁴⁴

For det første skal ejendomsforbeholdet være aftalt senest ved overgivelsen af det købte til forbrugeren, jf. KAL § 34 stk. 1, nr. 1. Dette krav svarer til det ovenfor anførte. *For det andet* skal det samlede beløb, der betales, *overstige* 2.000 kr., jf. KAL § 34 stk. 1, nr. 2. Det er ikke salgsgenstandens værdi, der er afgørende, men derimod kontraktsummen.⁴⁵ *For det tredje* må kreditkøbet ikke være en aftale om kredit med variabelt lånebeløb, jf. KAL § 34 stk. 1, nr. 3. *For det fjerde* skal sæl-

⁴¹ Elmer og Skovby, Ejendomsretten 1, s. 142-143.

⁴² Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 309.

⁴³ Lovbekendtgørelse 2009-02-25 nr. 157, herefter refereret til som KAL.

⁴⁴ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 311.

⁴⁵ Jf. 1991.124 V.

geren ved overgivelsen af det købte være fyldestgjort for *mindst* 20 % af kontantprisen, jf. KAL § 34 stk. 1, nr. 4. Dette fjerde krav finder ikke anvendelse i ikke-forbruger køb, jf. KAL § 50 stk. 2. *For det femte* skal ejendomsforbeholdet vedrøre det aktuelle køb, jf. KAL § 34 stk. 3. Bestemmelsen svarer til det fjerde af de generelle krav.

2.3.2.2 Ejendomsforbeholdets tingsretlige konsekvenser

Hovedreglen er at sælgeren opnår en vindikationsret, såfremt betingelserne oplyst i afsnit 2.3.2.1 er opfyldte. Denne ret udløses ved købers væsentlige misligholdelse med betalingen og gælder såvel overfor køber som dennes aftaleerhververe eller kreditorer.⁴⁶ KAL indeholder særlige regler for, hvornår misligholdelsen med betalingen kan anses for væsentlig og under hvilke betingelser, der kan ske vindikation.⁴⁷

Som nævnt i afsnit 2.3.2 opnår sælger denne vindikationsret uden iagttagelse af nogen sikringsakt. En undtagelse til hovedreglen om vindikation kan dog opstå i de tilfælde, hvor købers aftaleerhverver opfylder de almindelige ekstinktionsbetingelser og sælgers uforsigtig, passivitet mv. kan efter omstændighederne føre til ekstinktion.

Endelig skal det bemærkes, at det faktum, at et ejendomsforbehold enten er ugyldigt eller ekstingveres, ikke medfører, at sælgers krav på købesummen forsvinder, idet ejendomsforbeholdet ikke kan siges at "bære" fordringen, men er derimod en sikkerhed for at betaling sker.⁴⁸ Udover de almindelige ekstinktionsregler, findes også en særlig, nemlig den såkaldte forhandlergrundsætning.

2.3.2.3 Kort om forhandlergrundsætningen

Som nævnt i afsnit 2.3.2.2 er hovedreglen at sælger kan vindicere salgsgenstanden fra købers aftaleerhververe og kreditorer, såfremt betingelserne er opfyldte. For så vidt angår aftaleerhververne er forhandlergrundsætningen en undtagelse til denne hovedregel. Forhandlergrundsætningen medfører, at en senere godtroende aftaleerhverver opnår ret til at ekstingvere, såfremt sælgeren vidste eller burde vide, at køberen var forhandler af genstande af den pågældende art. Den finder kun anvendel-

⁴⁶ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 314.

⁴⁷ Disse regler vil som nævnt i afsnit 1.3 ikke blive gennemgået nærmere, men der henvises til Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 317-319.

⁴⁸ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 317.

se i tilfælde, hvor det første salgsled (sælgers medkontrahent) er forhandler. Såfremt sælgers medkontrahent ikke er forhandler, men videresælger til en forhandler, som så videresælger til en godtroende køber, vil denne køber ikke i medfør af forhandlergrundsætningen kunne ekstingvere ejendomsforbeholdet. Men et senere led vil dog kunne påberåbe sig ekstinktionen såfremt ejendomsforbeholdssælgeren havde solgt til en forhandler og var i ond tro herom. Dette skyldes dog princippet om, at en én gang ekstingveret ret ikke vågner op igen ved overdragelse. Forhandlergrundsætningen skyldes, at det forekommer urimeligt, at sælger kan vindicere genstanden fra en aftaleerhverver, når sælger har overgivet varen til køber og samtidig vidste eller burde have vidst, at køber var forhandler af den pågældende vare. Forhandlergrundsætningen er således en undtagelse til hovedreglen om vindikation og udtryk for en særlig ekstinktionsregel, anerkendt i såvel retspraksis som i den juridiske litteratur. Grundsætningen retfærdiggøres ud fra det synspunkt, at det generelt må anses for uforsigtigt af sælger at overgive genstanden i ovennævnte tilfælde.⁴⁹ Forhandlergrundsætningen retfærdiggøres således egentlig på baggrund af de almindelige ekstinktionsbetingelser, men overflødig gør bevisførelse for, at overdragelsen medfører, at sælger har handlet uforsigtigt.

Hvor forhandlergrundsætningen er en undtagelse til hovedreglen om vindikation, er konsignations-tilfældene en undtagelse til købers manglende dispositionsret over salgsgenstanden.

2.3.2.4 Kort om konsignation

Som beskrevet i afsnit 2.3.2 medfører et gyldigt ejendomsforbehold, at køberen ikke kan disponere over salgsgenstanden uden at respektere ejendomsforbeholdet. Konsignation medfører, at sælgeren (konsignanten) ikke kan vindicere salgsgenstanden fra købers (konsignatarens) aftaleerhververe, mens ejendomsretten overfor konsignatarens kreditorer opretholdes. Såfremt betingelserne for konsignationsaftalen er opfyldte, vil køberen af varerne have ret til at videresælge varerne på trods af, at sælger har taget ejendomsforbehold i varerne. Formålet med konsignation er at finansiere konsignatarens lager uden at skulle ud og optage lån el. lign. Idet konsignation ikke er omfattet af KAL, skal konsignationsforbehold ikke opfylde betingelserne i KAL § 34.⁵⁰ En gyldig konsignationsaftale kræver således, at de almindelige betingelser for ejendomsforbehold er opfyldte, men herudover gælder tre yderligere betingelser. *For det første* skal varerne holdes adskilte, *for det andet* skal konsignanten løbende afregne med konsignataren i takt med, at der sker videresalg, og *for det tredje*

⁴⁹ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 324-325.

⁵⁰ Som beskrevet nærmere i afsnit 2.3.2.1

skal sælgeren for at bevare sit ejendomsforbehold løbende føre kontrol med, at konsignatøren afregner løbende som aftalt, og at de varer, som endnu ikke er solgte, fortsat er at finde hos konsignatøren.

Som beskrevet ovenfor anvendes ved overdragelse af speciesgenstande i Danmark det ”rene” konsensusprincip, idet ejendomsretten går over ved aftalens indgåelse. Gældende ret i Tyskland adskiller sig, som nærmere beskrevet nedenfor, væsentligt fra dansk ret på dette område.

2.3.3 Opsummerende

Det kan udledes af gennemgangen ovenfor, at konsensusprincippet medfører, at ejendomsretten overgår fra sælger til køber på et tidligt tidspunkt, nemlig allerede fra aftaleindgåelsestidspunktet. De umiddelbare konsekvenser heraf er, at overdragelsen af ejendomsretten ikke kræver erlæggelse af købesummen, og at ihændehavelse bliver uden betydning for overdragelsen af ejendomsretten.

Et dansk ejendomsforbehold kræver opfyldelsen af en række gyldighedsbetingelser, for at have virkning overfor tredjemand. Gyldighedsreglerne, såvel som forhandlergrundsætningen og reglerne om konsignation, vidner om, at reglerne om ejendomsforbehold i Danmark generelt er meget strenge.

2.4 Gældende ret i Tyskland

2.4.1 Abstraktionsprincippet

Abstraktionsprincippet beror på *Das Trennungsprinzip* (et adskillelsesprincip). *Das Trennungsprinzip* medfører at *Das Verpflichtungsgeschäft/Das schuldrechtliche Geschäft*⁵¹ (herved forstås den obligationsretlige handel) og *Das Verfügungsgeschäft/Das dingliche Geschäft*⁵² (herved forstås den tingsretlige handel) er adskilte retshandlinger. Efter tysk ret anses således ikke alene aftalen eller købekontrakten for en egentlig retshandling, også den tingsretlige overdragelse (forenklet formuleret) er efter tysk ret at anse for en egentlig retshandling.

⁵¹ I det følgende benyttes betegnelsen *Das schuldrechtliche Geschäft*

⁵² I det følgende benyttes betegnelsen *Das dingliche Geschäft*

Abstraktionsprincippet medfører, at *Das dingliche Geschäft* og *Das schuldrechtliche Geschäft* i retlig forstand er uafhængige af hinanden. *Das dingliche Geschäft* er således både for så vidt angår dets opståen og dets bevarelse uafhængig af *Das schuldrechtliche Geschäft*.⁵³

Både indholdet og gyldigheden af de to handler er abstrakte. Således opdeler Rodríguez-Rosada abstraktionsprincippet i den indholdsmæssige og den ydre abstraktion. Den indholdsmæssige abstraktion består i, at indholdet og formålet med *Das schuldrechtliches Geschäft* ikke er genstand for enigheden i *Das dingliche Geschäft*, hvis formål og indhold er ejendomsoverdragelsen. Den anden del af abstraktionsprincippet, den ydre abstraktion, følger af, at gyldigheden af *Das schuldrechtliches Geschäft* er uafhængig af gyldigheden af *Das dingliche Geschäft*.⁵⁴

Som også afsnit 2.3.1.1 illustrerer, er konsensusprincippet og abstraktionsprincippet ikke de eneste ejendomsoverdragelsesprincipper. Således eksisterer også det såkaldte kausalprincip. Ifølge dette princip er *Das dingliche Geschäft* afhængig af *Das schuldrechtliche Geschäft* på den måde, at *Das dingliche Geschäft* alene er retskraftig, såfremt *Das schuldrechtliche Geschäft* er gyldigt.⁵⁵ Princippet som bl.a. kendes fra østrigsk ret⁵⁶, vil ikke blive gennemgået nærmere i det følgende. Endelig, som også beskrevet ovenfor i afsnit 2.3.1.1, eksisterer også det såkaldte traditionsprincip, som stiller krav om en *Publizitätsakt* (ved løsøre et krav om overdragelse) for reststiftelsen mellem parterne (*konstitutive Wirkung des Publizitätaktes*) eller blot overfor tredjemand (*Drittwirkungsfunktion des Publizitätaktes*).⁵⁷

2.4.1.1 Abstraktionsprincippets oprindelse

Ifølge den herskende opfattelse starter den moderne tyske historie omkring ejendomsoverdragelsen med Johannes Apel (1486-1536). Johannes Apel tilvejebragte læren om titulus og modus. Ved titulus (eller causa⁵⁸) forstås *Das schuldrechtliche Geschäft* og ved modus forstås overdragelsen eller tilegnelsen. Samlet set medfører titulus og modus ejendomsoverdragelsen. Principperne var dog ikke nye, men det var Apels fortjeneste at de blev indført i Tyskland. Læren om titulus og modus

⁵³ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 55-56.

⁵⁴ Rodríguez-Rosado, Abstraktionsprinzip, s. 59.

⁵⁵ Wieling, Sachenrecht, s. 27.

⁵⁶ Se eksempelvis Wieling, Sachenrecht, s. 31, note 34.

⁵⁷ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 56.

⁵⁸ Ved causa forstås i denne sammenhæng ikke "årsag" men derimod det retfærdiggørende grundlag.

var herskende indtil slutningen af 1800-tallet.⁵⁹ Læren mødte senere kritik, blandt andre fra Hugo og Thibeuat, og denne kritik var med til at bane vejen for introduktionen af en ny fortolkning af de romerske kilder.

I begyndelsen af det 19. århundrede opstod, med Friedrich Carl von Savigny(1779-1861) i spidsen den såkaldte historiske skole. Savigny var af den opfattelse, at hvert folks nedarvede retsorden var af særlig betydning og at man blev nødt til at følge de enkelte retsinstitutioner tilbage til deres oprindelse, for at kunne forstå gældende ret. Man bør ifølge Savigny være meget tilbageholdende med at gribe ind i retsordenen ved lovgivning. I stedet bør man lade retsordenen udvikle sig gennem retsvidenskaben, der på en bedre måde end lovgivningen, vil kunne fremstå som et udtryk for den folkelige tradition – *Volksgeist*.⁶⁰ Nøglebegreberne *Geschichtlichkeit* (historicitet) og *Volksgeist* skulle være bestemmende for det 19. århundrede til fordel for begreberne fornuft og kodifikation.⁶¹ For Savigny var retten en naturnødvendig bestanddel af folkekulturen og dermed også en del af folket. Abstraktionsprincippet kan spores tilbage til Savigny, som ønskede at fritage erhververen for at skulle undersøge, om overdragerens ejendomsret var gyldig.⁶²

Savignys fortolkning af de romerske kilder medførte et nyt syn på aftalen/kontrakten. Således var *traditio* en tingsretlig aftale, og dens form er overgivelsen af tingen, og overgivelsen af tingen medfører overdragelse af ejendomsretten, når parterne er enige om dette. Dette medfører, at virkningen af overdragelsen er uafhængig af den obligationsretlige aftale, idet denne blot er overdragelsens motiv. Det er af væsentlig betydning at være opmærksom på, at Savigny opfattede aftalen/kontrakten som en gensidig enighed, hvilket derfor kunne begrunde hans idé om, at ikke blot obligationsretlige handler, men også tingsretlige, udgør aftaler. Ifølge Savigny spiller viljen hovedrollen indenfor retsudviklingen, hvilket medfører, at ejendomsoverdragelsen gennemføres via viljen. Efter konsensusprincippet overgår ejendomsretten ved afslutningen af købsaftalen. Efter Savignys tankegang forskydes viljen imidlertid til det øjeblik, hvor tingen overdrages, og det er denne vilje og ikke den obligationsretlige handel, der ifølge Savigny er den afgørende. Dette medfører, at overdragelsen frigøres fra *Das schulsrechtliche Geschäft*, opnår selvstændig eksistens og derved

⁵⁹ Rodríguez-Rosada, Abstraktionsprinzip, s. 55-56.

⁶⁰ Tamm, Retshistorie, s. 16.

⁶¹ Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, s. 71.

⁶² Wacke, U.2001B.466, s. 1.

bliver abstrakt. Abstraktheden medfører som bekendt, at ugyldigheden af *Das schuldrechtliche Geschäft* er uden indflydelse på *Das dingliche Geschäft*⁶³.

Abstraktionsprincippet er uden tvivl en del af tysk formueret, men er den dag i dag ikke nedfældet i lovgivningen.

2.4.1.2 Abstraktionsprincippet og BGB

År 1900 trådte den tyske civillovbog, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) i kraft. BGB's opbygning bygger på en gennemført indre logik, og dens anvendelse af et kompliceret juridisk sprog gør den svært tilgængelig for ikke-jurister.⁶⁴ BGB indeholder 5 bøger og er således opdelt i et alment afsnit, obligationsret, tingsret, familieret og arveret. Abstraktionsprincippet er uden tvivl et af grundprincipperne indenfor tysk civilret. Dette ses blandt andet, idet udarbejdelsen af BGB er sket med abstraktionsprincippet i baghovedet, og et forslag om at gøre overdragelsen afhængig af *Das schuldrechtliche Geschäft* blev udtrykkeligt afvist.⁶⁵

I en af kommentarerne til BGB⁶⁶ bruger man ordlyden af § 929 BGB til at udlede, at retskraften af *Das dingliche Geschäft* alene afhænger af dennes særlige forudsætninger, idet det af § 929, 1. pkt. BGB fremgår at

”Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll” (min fremhævelse).

Idet kravene til den tingsretlige overdragelse fremgår af denne bestemmelse, benytter forfatterne bestemmelsen som et eksempel på abstraktionsprincippets eksistens. Både Däubler og Rodríguez-Rosada kommer via en modsætningsslutning frem til samme resultat, idet de begrundet abstraktionsprincippets eksistens med, at det ifølge ovennævnte bestemmelse ikke er en forudsætning, at der eksisterer et bagvedliggende og gyldigt *schuldrechtliches Geschäft*.⁶⁷

⁶³ Rodríguez-Rosado, Abstraktionsprinzip, s. 56-57.

⁶⁴ Tamm, Retshistorie, s. 403-404.

⁶⁵ Rodríguez-Rosada, Abstraktionsprinzip, s. 58-59.

⁶⁶ Kommenteret BGB, s. 1031, se ligeledes Däubler, BGB Kompakt, s. 420.

⁶⁷ Däubler, BGB Kompakt, s. 420, Rodríguez-Rosada, Abstraktionsprinzip, s. 59.

At såvel adskillelsesprincippet som abstraktionsprincippet er gældende grundprincipper i tysk formueret fremgår også tydeligt af retspraksis. I 2005 udtalte den tyske Bundesgerichtshof⁶⁸, at man ved vurderingen af enten *Das schuldrechtliche Geschäft* eller *Das dingliche Geschäft* ikke må foretage en samlet analyse af begge retshandler. Sagen omhandlede overdragelse af fast ejendom til en mindreårig, men selvom dette område ikke behandles i nærværende speciale, er dommen ikke desto mindre et klart udtryk for princippernes anvendelse. Selve overdragelsen af den faste ejendom kunne på grund af principperne ikke medføre et krav om godkendelse fra værge eller lignende i henhold til § 107 BGB, selvom indgåelsen af den obligationsretlige aftale krævede en sådan godkendelse i henhold til ovennævnte bestemmelse. Ligeledes slog den tyske Bundesgerichtshof i 1967⁶⁹ fast, i en sag vedrørende salg af en arveandel, at en formmangel i *Das schuldrechtliche Geschäft* ikke kan ”heles” via et *dingliches Geschäft*, som er i overensstemmelse med formkravene. Af retspraksis fremgår således tydeligt, at behandlingen af de enkelte retshandler skal ske uafhængigt af hinanden netop som følge af adskillelses- og abstraktionsprincippet.

2.4.1.3 Abstraktionsprincippets begrundelse

Som beskrevet ovenfor begrundes Savigny abstraktionsprincippet med, at overdragelsen i sig selv er et udtryk for den disponerendes vilje og dermed frigøres overdragelsen og udgør i sig selv en aftale. Lovgiver begrundes imidlertid ikke anvendelsen af abstraktionsprincippet på samme måde ud fra et hensyn til viljen som det afgørende.

Med anvendelsen af abstraktionsprincippet har man fra lovgivers side ønsket at skabe retssikkerhed og retsklarhed. Hermed har man undgået, at tvivlen om causa og dennes eksistens får indflydelse på den retlige beføjelse.⁷⁰ Eventuelle uklarheder omkring *Das schuldrechtliche Geschäft* får således ikke indvirkning på erhververens eller overdragerens retlige beføjelser som følge af *Das dingliche Geschäft*.

Baur og Stürner beskriver lovgivers begrundelse for anvendelse af abstraktionsprincippet således:

”Mit der Wahl des Trennungsprinzips und des Abstraktionsprinzips sowie der Wahl abstrakter Rechtsgeschäfte mit voll konstitutivem Publizitätsakt verwirklicht das BGB

⁶⁸ NJW 2005, 415, 417 BGH

⁶⁹ NJW 1967, 1128 BGH

⁷⁰ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 56.

*eine zwar konstruktiv komplizierte, aber in ihren Wirkungen verkehrsfreundliche und flexible Lösung, die sich insgesamt bewährt hat.*⁷¹

Baur og Stürner er således uden tvivl klar over abstraktionsprincippetets kompleksitet, men mener omvendt at det ikke desto mindre medfører en handelsvenlig og fleksibel løsning.

Beskyttelsen af retshandlen, som typisk anvendes som hovedargument for abstraktionsprincippet, var besynderligt nok ikke tænkt som hovedformålet ifølge Savigny. Han var klar over effekten, men anså det blot for en glædelig sidegevinst af hans lære.⁷²

Som nærmere uddybet i afsnit 2.7 er et af de væsentligste argumenter imod abstraktionsprincippet, at det er overflødigt, idet kravet om god tro (stort set) giver den samme beskyttelse. I forhold til kravet om god tro findes der dog også argumenter, der taler for at bibeholde abstraktionsprincippet. Dels kan man argumentere for, at kravet om god tro ikke i alle situationer giver tilstrækkelig beskyttelse, eksempelvis i tilfælde af rådighedskonstitut, (constitutum possessorium), hvor ejendomsretten overdrages, men sælger forbliver ihændeher. Herudover har abstraktionsprincippet også den fordel i forhold til kravet om god tro, at erhververen ikke skal efterprøve gyldigheden af *Das schuldrechtliche Geschäft* mellem sælgeren og dennes forgænger.⁷³

Endelig kan abstraktionsprincippet siges generelt at tjene selvstændiggørelsen af de tingsretlige forhold. De tingsretlige forholds hovedformål er at sikre erhververen ejendomsretten over den pågældende genstand og dette uden hensyntagen til, hvorvidt betingelserne i *Das schuldrechtliche Geschäft* er opfyldte, altså hvorvidt formueforskydningen er dækket af en gyldig causa.⁷⁴

Et andet spørgsmål er så, om selvstændiggørelsen af de tingsretlige forhold overhovedet er ønskeligt, men dette må selvsagt afhænge af øjnene, der ser, ligesom det er tilfældet, når udfaldet af konsekvenserne af abstraktionsprincippet skal vurderes.

⁷¹ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 57.

⁷² Rodríguez-Rosado, Abstraktionsprinzip, s. 57-58.

⁷³ Rodríguez-Rosado, Abstraktionsprinzip, s. 117.

⁷⁴ Wiegand, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 3, s. 172.

2.4.1.4 Abstraktionsprincippetets konsekvenser

Abstraktionsprincippet medfører, som netop beskrevet ovenfor, ikke alene at købsaftalen og ejendomsoverdragelsen er to separate handler, de er også uafhængige af hinanden. Købsaftalens pligter fremgår af § 433 BGB:

”(1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach – und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.”

For at ejendomsretten overdrages er det således ikke kravene i § 433 BGB, der skal være opfyldte, men tværtimod de krav der følger af § 929 BGB om enighed og overdragelse. § 929 BGB lyder som følger:

”Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.”

Af § 929 BGB følger dels et krav om overdragelse af genstanden og dels et krav om, at parterne er enige om, at ejendomsretten skal gå over fra overdrageren til erhververen. Såfremt erhververen allerede er i besiddelse af genstanden, er enighed om ejendomsrettens overgang dog tilstrækkeligt.

Bestemmelsen kan ses som et udtryk for, at selvstændige *dingliche Geschäfte* i henhold til BGB medfører rettighedsoverdragelser. Hertil må dog kræves, at der eksisterer et retshandelselement. Dette er i tingsretten løst på den måde, at alle rettighedsoverdragelser, som det ses af § 929 BGB, dels består af et retshandelselement, dels af en dertilhørende handling.⁷⁵

Det har i teorien været omdiskuteret, hvorvidt hele ejendomsoverdragelsen bør anses som et *dingliches Geschäft* eller blot er udtryk for enigheden om den pågældende disposition, og hvorvidt denne enighed kan betegnes som et *dingliches Vertrag*. Størstedelen af teorien anser denne enighed for et *dingliches Vertrag*. Dette skyldes, at selve enigheden i BGB's forstand er udtryk for to overensstemmende viljeerklæringer, som herved får samme struktur som en aftale/kontrakt.⁷⁶

⁷⁵ Wiegand, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 3, s. 168.

⁷⁶ Wiegand, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 3, s. 169.

Den umiddelbare virkning i tilfælde af videreoverdragelse er, at sælgeren ikke kan kræve genstanden tilbage fra den erhverver, som køberen har videreoverdraget genstanden til, idet erhververen har fået genstanden overdraget fra ejeren. Erhververen bliver med overdragelsen herefter selv ejer og det uanset, om han kendte til ugyldigheden af *Das sculdrechtliche Geschäft* eller ikke har betalt for varen.⁷⁷ Sælger har derfor kun mulighed for at gøre et krav vedrørende uberettiget berigelse gældende. Grundlæggende ændrer abstraktionsprincippet derfor ikke reststillingen inter partes, idet § 812 BGB giver mulighed for at kræve det overdragede tilbage.⁷⁸

Særlige konsekvenser får abstraktionsprincippet også i tilfælde erhververens konkurs, eller såfremt der gøres udlæg i dennes ejendom. Det synes imidlertid som om hensynet til at beskytte aftaleerhververe, eller som Wiegand formulerer det – hensynet til at beskytte publikum, har vejet tungere for lovgiver. Som Wiegand gør opmærksom på, overlapper dette hensyn til samhandlen de på samme tid indførte regler om godtroserhvervelse.⁷⁹ Abstraktionsprincippet resulterer derfor blandt andet i, at erhververens kreditorer favoriseres i tilfælde af tvangsfuldbyrdelse og konkurs.

Abstraktionsprincippet kan også siges i visse tilfælde at favorisere sælger. Abstraktionsprincippet giver sælger en vis magt, idet *Das schuldrechtliche Geschäft* ikke, som *Das dingliche Geschäft*, forudsætter, at den der råder over gentanden, også har beføjelsen hertil. Den forpligtede, der på grund af manglende rådighedsbeføjelse, ikke kan opfylde sine forpligtelser, vil i stedet blive erstatningsansvarlig. For sælger medfører dette, at han i princippet vil kunne sælge den samme vare flere gange. Sælger han først varen til en køber, og et par dage senere til en anden køber, eventuelt til en højere pris, og overdrager han herefter salgsgenstanden til den anden køber, vil den første køber alene kunne gøre et erstatningskrav gældende overfor sælger.⁸⁰

Som beskrevet netop ovenfor kan abstraktionsprincippet få vidtrækkende konsekvenser for blandt andre sælgers kreditorer og før køber. Som nærmere beskrevet nedenfor vil abstraktionsprincippet dog i visse tilfælde blive gennembrudt.

⁷⁷ Rodríguez-Rosada, Abstraktionsprinzip, s. 59.

⁷⁸ Se afsnit 2.4.1.6

⁷⁹ Wiegand, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 3, s. 172.

⁸⁰ Robbers, Einführung in das deutsche Recht, s. 181-182.

2.4.1.5 Gennembrydning af abstraktionsprincippet

BGB's almindelige del om aftaleindgåelse mv. finder også anvendelse på *Das dingliche Geschäft*. Dette medfører, at abstraktionsprincippet i visse tilfælde gennembrydes, fordi *Das dingliche Geschäft* også må erklæres ugyldigt.⁸¹ Overordnet set kan dette ske i tre tilfælde:

For det første i tilfælde af såkaldt fejlidentitet. Ved fejlidentitet er der tale om mangler, som rammer såvel *Das schuldrechtliche Geschäft* som *Das dingliche Geschäft*. Fejlidentitet kan forekomme i forskellige situationer. Et eksempel er umyndighed. Af § 105 BGB fremgår, at en viljeserklæring afgivet af en umyndig person er en nullitet. Dette vil således både være tilfældet for så vidt angår indgåelsen af *Das schuldrechtliche Geschäft* som for indgåelsen af *Das dingliche Geschäft*. Et andet eksempel er muligheden for at anfægte en aftale såfremt den ene part var i vildfarelse. Den relevante bestemmelse er i denne forbindelse § 119 BGB. § 119 BGB finder egentlig kun anvendelse i *Das schuldrechtliche Geschäft*. I sjældne tilfælde kan det imidlertid forekomme, at enigheden vedrører enten den forkerte genstand eller den forkerte person, og i enkelte undtagelsestilfælde kan forvekslingen i *Das schuldrechtliches Geschäft* gentage sig i *Das dingliche Geschäft*. Det bør dog understreges at der er tale om et rent undtagelsestilfælde, idet forvekslingen i *Das schuldrechtliches Geschäft* typisk ikke har nogen betydning for overdragelsen, *Das dingliches Geschäft*.⁸²

For det andet kan abstraktionsprincippet gennembrydes, hvor parterne aftaler, at gyldigheden af den ene retshandel er betinget af gyldigheden af den anden retshandel. Idet der er tale om en afvigelse af et af grundprincipperne i loven, må det dog kunne bevises, at parterne ønskede, at deres kontrakt skulle være underlagt denne afvigelse.⁸³ Baur og Stürner mener sågar, at en sådan aftale kan være indgået stiltiende mellem parterne, man kan blot ikke antage, at parterne til hver en tid har gjort gyldigheden af *Das dingliche Geschäft* afhængig af gyldigheden af *Das schuldrechtliche Geschäft*, men snarere må det kræves at parterne ikke var klar over gyldigheden af *Das schuldrechtliche Geschäft*.⁸⁴

Endelig og for det tredje kan man eventuelt forestille sig, at abstraktionsprincippet gennembrydes i tilfælde af ”aftaleenhed”. Af § 139 BGB fremgår således:

⁸¹ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 58.

⁸² Wiegand, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 3, s. 183. Se ligeledes Wacke, U2001B.466, s. 1.

⁸³ Däubler, BGB Kompakt, s. 423.

⁸⁴ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 61.

”Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde”.

Spørgsmålet har i teorien været, hvorvidt ovennævnte bestemmelse kan finde anvendelse i forholdet mellem *Das schuldrechtliche Geschäft* og *Das dingliche Geschäft*. Som beskrevet af Baur og Stürner er der mest tale om et teoretisk og ikke så meget om et praktisk spørgsmål, idet de fleste tilfælde vil falde ind under fejlidentitet, eller hvor parterne har gjort retshandlerne gensidigt betingede, og der vil derfor være tale om rene undtagelsestilfælde. Da en anvendelse af § 139 BGB ville gå imod selve grundtanken bag abstraktionsprincippet, må en anvendelse af bestemmelsen i forholdet mellem *Das schuldrechtliche Geschäft* og *Das dingliche Geschäft* afvises.⁸⁵ Dette støttes også af retspraksis.⁸⁶ Den tyske Bundesgerichtshof har således flere gange udtalt, at der skal skelnes mellem *Das dingliche Geschäft* og *Das schuldrechtliche Geschäft* og at disse retshandler ikke kan gøres til en samlet retshandel i henhold til § 139 BGB.⁸⁷

Det andet og tredje tilfælde kan imidlertid også betragtes samlet, idet man kunne forestille sig, at parterne bliver enige om, at handlen skal betragtes samlet. Som vi netop har set ovenfor, kan parterne aftale sig ud af abstraktionsprincippet. I sådan et tilfælde er der jo tale om en handel omfattet af § 139 BGB, og spørgsmålet er derfor, om bestemmelsen her vil kunne finde anvendelse. Idet hensynet til partsautonomien, som beskrevet ovenfor, må veje tungere end abstraktionsprincippet, særlig fordi man i de fleste tilfælde vil være lige så godt beskyttet via godtros-reglerne, bør § 139 i sådanne tilfælde kunne finde anvendelse.⁸⁸

Som netop set er det i visse tilfælde muligt at gennembryde abstraktionsprincippet. Såfremt man ikke er indenfor en af de ovenfor nævnte tilfælde, der tillader, at abstraktionsprincippet gennembrydes, kunne man foranlediges til at tro, at den ene handels ugyldighed, som abstraktionsprincippet jo netop formaner, ikke har indflydelse på den anden handel. Abstraktionsprincippet modificeres i praksis, som vi skal se i det følgende afsnit dog af bestemmelsen i § 812 (1)(1) BGB.

⁸⁵ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 61-62. Spørgsmålet besvares ligeledes nægtende i af Wiegand, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 3, s. 185.

⁸⁶ Se NJW 1952,60,61 BGH og NJW 2005,415,416 BGH

⁸⁷ NJW 1952,60,61BGH

⁸⁸ Wiegand, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 3, s. 185.

2.4.1.6 Udleveringskravet i tilfælde af uberettiget berigelse

Såfremt man forestiller sig, at to parter har indgået en købsaftale og overdraget såvel genstanden som købesummen, og det efterfølgende viser sig, at købsaftalen, *Das schuldrechtliche Geschäft* er ugyldigt, finder bestemmelsen i § 812 (1) (1) BGB om udlevering i tilfælde af uberettiget berigelse anvendelse:

”Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet”

Omfanget af udleveringskravet fremgår af § 818 BGB. Udleveringskravet omfatter således ethvert udbytte og andre af genstanden udledte indtægter, eksempelvis en erstatning i tilfælde af genstandens tilskadekomst eller tilintetgørelse, jf. § 818 (1) BGB. § 818 BGB (2) har følgende ordlyd:

”Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande, so hat er den Wert zu ersetzen.”

Ifølge bestemmelsen skal den uberettigede erhverver erstatte genstandens værdi, såfremt tilbagelevering ikke er mulig. I videreoverdragelsestilfældet medfører abstraktionsprincippet som beskrevet i afsnit 2.4.1.4, at sælger ikke vil kunne kræve genstanden tilbage fra tredjemand, ligegyldigt om han var i ond tro omkring *Das schuldrechtliche Geschäft* mellem sælger og køber. Umiddelbart vil sælger derfor kun kunne gøre et erstatningskrav gældende mod køber, og ikke mod tredjemand. Af § 822 BGB fremgår imidlertid, at tredjemand alligevel er forpligtet til at udlevere genstanden i det tilfælde, hvor han har fået den overdraget, uden samtidig at have ydet nogen modydelse herfor, såfremt sælger har et ”primært” krav om udlevering efter eksempelvis § 812 BGB. Det krav, som sælger har mod tredjemand, har samme indhold, som hvis tredjemand var underlagt det ”primære” krav, så såfremt sælger ville have et erstatningskrav i henhold til § 818 (2) BGB, vil han også kunne gøre et sådant krav gældende overfor tredjemand, jf. § 822 BGB.⁸⁹

2.4.2 Særligt om ejendomsforbeholdet

Grundtanken bag ejendomsforbeholdet er generelt (aner)kendt i de europæiske lande, og i Tyskland er reglerne om ejendomsforbeholdet nedskrevet i § 449 BGB:

⁸⁹ Palandt, BGB, s. 1287.

- ”(1) Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, dass das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird (Eigentumsvorbehalt).
- (2) Auf Grund des Eigentumsvorbehaltes kann der Verkäufer die Sache nur herausverlangen, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist.
- (3) Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts ist nichtig, soweit der Eigentumsübertragung davon abhängig gemacht wird, dass der Käufer Forderungen eines Dritten, insbesondere eines mit dem Verkäufer verbundenen Unternehmens, erfüllt.”

Som beskrevet ovenfor i afsnit 2.4.1.4 stilles i henhold til § 929 BGB både krav om overdragelse af genstanden samt enighed om, at genstanden overdrages. Når parterne samtidig aftaler et ejendomsforbehold, er det kun den første betingelse, selve overdragelsen, der er opfyldt, idet enigheden om overdragelsen er betinget af købesummens betaling, en såkaldt *aufschiebende Bedingung* i henhold til § 158 BGB. Dette medfører, at køberen ikke får overdraget ejendomsretten, men bliver *Anwartschaftsberechtigter*, hvormed forstås en ret til at blive ejer.⁹⁰ Man kunne i stedet have valgt en konstruktion, hvorefter man overdrager ejendomsretten, *die Übereignung*, når køber havde betalt hele købesummen. For køber ville denne konstruktion, særligt hvor køber betaler af på genstanden, dog være særdeles uhensigtsmæssig, idet denne, på trods afbetalingerne skulle tåle sælgers råden over genstanden helt indtil sidste afbetaling. En acceptabel løsning for begge parter synes derfor at være konstruktionen, hvorefter køber bliver *Anwartsschaftsberechtigter*.⁹¹

2.4.2.1 Ejendomsforbeholdets indhold og gyldighedsbetingelser

For at et ejendomsforbehold er gyldigt, kræves først og fremmest, at det er aftalt mellem parterne. Herudover er det et krav, at ejendomsforbeholdet fremgår af såvel *Das schuldrechtliche Geschäft* som af *Das dingliche Geschäft*.⁹²

Dette giver Baur og Stürner følgende forklaring på:

Um seine schuld – und sachenrechtliche Wirkungen entfalten zu können, muss der EV im Kaufvertrag und in der sachenrechtlichen Einigung erklärt werden. Nur wenn im Kaufvertrag die Lieferung unter EV vereinbart ist, hat der Verkäufer mit der aufschiebend bedingten Übereignung seiner hauptsächlichen Verkäuferpflicht genügt. Fehlt die Vereinbarung, so braucht der Käufer eine be-

⁹⁰ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 826-827.

⁹¹ Wilhelm, Sachenrecht, s. 797.

⁹² Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 831.

*dingte Übereignung nicht hinzunehmen, er kann unbedingte Eigentumsübertragung verlangen (§ 433 Abs. 1, Sats 1).*⁹³

Udgangspunktet er, at såfremt et ejendomsforbehold hverken fremgår af *Das schuldrechtliche Geschäft* eller *Das dingliche Geschäft*, vil det ikke være muligt for sælgeren efterfølgende at gøre et ejendomsforbehold ensidigt gældende, eksempelvis ved at lade det fremgå af regningen. Indgår parterne derimod aftale om ejendomsforbehold, vil dette være gyldigt, på trods af at aftalen er indgået efter at varen er leveret.⁹⁴

Et ejendomsforbehold, der fremgår af de almindelige leveringsbetingelser tilknyttet købsaftalen, vil være gyldigt. Særligt når ejendomsforbeholdet er tilknyttet de almindelige leveringsbetingelser, anser man ofte enigheden i *das schuldrechtliche Geschäft* omkring vedtagelsen af ejendomsforbeholdet som indeholdt i de almindelige leveringsbetingelser for ligeledes at udgøre enigheden herom som krævet i *das dingliche Geschäft*⁹⁵. Således er det ikke, i dette tilfælde, på trods af adskillelses- og abstraktionsprincippet nødvendigt, i forbindelse med den tingsretlige aftale om overdragelse, at henvise eller referere til det i de almindelige betingelser indeholdte ejendomsforbehold.

Denne ”refleksvirkning” anser Wieling ikke blot for at eksistere, når det drejer sig om et ejendomsforbehold nedskrevet i de almindelige leveringsbetingelser, men også mellem *Das dingliche Geschäft* og *Das schuldrechtliche Geschäft*:

Ist der Eigentumsvorbehalt im Kaufvertrag vereinbart, die Übereignung jedoch unbedingt vorgenommen, so geht das Eigentum sofort auf dem Käufer über; er haftet aber aus § 812, da er auf diese Leistung keinen Anspruch hatte. Ein solcher Fall wird freilich selten vorkommen, denn wenn er Eigentumsvorbehalt im Kaufvertrag vereinbart ist, so wird man regelmäßig bei der dinglichen Einigung eine konkludent zugefügte Bedingung annehmen müssen. Ist umgekehrt der Kaufvertrag ohne Eigentumsvorbehalt abgeschlossen, die dingliche Einigung aber unter der Bedingung der

⁹³ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 831.

⁹⁴ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 831-832.

⁹⁵ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 832.

*Zahlung des Kaufpreises, so wird darin regelmäßig eine entsprechende Abänderung des Kaufvertrages zu sehen sein.*⁹⁶

Ejendomsforbeholdet kræves således ikke, ifølge Wieling, udtrykkeligt aftalt i begge handler.

I praksis eksisterer ejendomsforbeholdet i flere former.

2.4.2.2 *Det simple ejendomsforbehold*

Først og fremmest har vi det simple ejendomsforbehold, som det fremgår af § 449 (1) BGB. Det ligner det danske ejendomsforbehold.

I Tyskland ses denne type ejendomsforbehold typisk anvendt i sidste led i salgskæden mellem sælger og den endelige bruger af genstanden.⁹⁷ Det særegne, i forhold til dansk ret, er dog man i Tyskland herudover ligeledes opererer med nogle særlige varianter af ejendomsforbeholdet, som går længere end tilfældet er med det simple ejendomsforbehold.

Særligt i handelsmæssig regi har man imidlertid anset det simple ejendomsforbehold for at være uhensigtsmæssig, idet et eventuelt videresalg eller en forarbejdning af den pågældende genstand fra købers side ville udgøre et indgreb i sælgers ejendomsret, hvorfor der er udviklet nye varianter af ejendomsforbeholdet.⁹⁸

2.4.2.3 *Det udvidede ejendomsforbehold*

Efter tysk ret er det muligt at aftale et udvidet ejendomsforbehold, hvorefter ejendomsforbeholdet udvides til også at omfatte andre fordringen end kravet om købesummens betaling.

Det udvidede ejendomsforbehold skal ikke forstås som en selvstændig form af ejendomsforbeholdet, men som et samlebegreb for de to nedenfor nævnte varianter.⁹⁹

⁹⁶ Wieling, Sachenrecht, s. 798.

⁹⁷ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 828.

⁹⁸ Wilhelm, Sachenrecht, s. 903.

⁹⁹ Wilhelm, Sachenrecht, s. 905.

Når det aftales, at ejendomsforbeholdet omfatter alle fordringer mellem sælger og køber, er der tale om et såkaldt *Kontokorrentvorbehalt*. En anden variant af det udvidede ejendomsforbehold er det såkaldte *Konzernvorbehalt*. Et *Konzernvorbehalt* kan både aftales på sælger- og på købersiden. Et *Konzernvorbehalt* på sælgersiden omfatter ikke alene den pågældende sælgers krav mod køberen, men herudover også alle andre leverandørers krav mod køberen, når disse leverandører tilhører samme koncern som sælgeren. På købersiden vil forbeholdet omfatte alle fordringer mod skyldnere, som tilhører samme koncern som køber. Af § 448 (3) BGB fremgår udtrykkeligt, at et *Konzernvorbehalt* på sælgersiden er forbudt, og selvom det samme ikke udtrykkeligt er tilfældet på købersiden, må dets gyldighed dog anses for særdeles tvivlsomt.¹⁰⁰

2.4.2.4 Det forlængede ejendomsforbehold

I modsætning til dansk ret er det efter tysk ret muligt at aftale et forlænget ejendomsforbehold, hvilket indebærer, at ejendomsforbeholdet aftales på trods af, at køberen er forhandler af den pågældende vare. Sælgeren opnår tilstrækkelig sikkerhed ved, at denne på forhånd får overdraget de fordringer, der opstår som følge af videresalget.¹⁰¹ Hvor den solgte genstand forarbejdes, er konsekvensen af det forlængede ejendomsforbehold, at sælgeren ligeledes opnår ejendomsforbehold i den nu forarbejdede vare, eller den vare, som den solgte genstand bliver en del af.¹⁰²

Udover de ovennævnte former for ejendomsforbehold eksisterer endelig også to yderligere varianter af ejendomsforbeholdet, nemlig det såkaldte *Nachgeschalteter Eigentumsvorbehalt* (det efterforbundne ejendomsforbehold) og *das weitergeleitete Eigentumsvorbehalt* (det videregivne ejendomsforbehold). Kort fortalt aftaler sælger og køber ved det efterforbundne ejendomsforbehold, at køber må videresælge varen med ejendomsforbehold til en kunde uden at oplyse kunden om det allerede eksisterende ejendomsforbehold, og ved det videregivne ejendomsforbehold oplyses kunden om det eksisterende ejendomsforbehold, og kunden bliver herefter først ejer, når forpligtelsen mellem den oprindelige sælger og køber er ophørt.¹⁰³

¹⁰⁰ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 829 samt Wilhelm, Sachenrecht, s. 905.

¹⁰¹ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 828-829.

¹⁰² Wilhelm, Sachenrecht, s. 904.

¹⁰³ Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 829-830.

2.4.3 Opsummerende

Det kan udledes af gennemgangen ovenfor, at abstraktionsprincippet medfører, at *Das schuldrechtliche Geschäft* og *Das dingliche Geschäft* er adskilte og uafhængige af hinandens gyldighed. Abstraktionsprincippet er et grundlæggende princip indenfor tysk formueret, men ikke desto mindre er det ikke nedfældet i lovgivningen. Abstraktionsprincippet er komplekst, idet det medfører en unaturlig opsplitning af handelen, men er af lovgiver valgt med det formål at skabe retsikkerhed og retsklarhed. Abstraktionsprincippets umiddelbare konsekvens er, at en sælger ikke kan kræve genstanden tilbage, når først den er overdraget, selvom *Das schuldrechtliche Geschäft* bliver erklæret ugyldigt. Princippet modificeres dog af om udlevering i tilfælde af uberettiget berigelse. Det udledes ligeledes af gennemgangen ovenfor, at det er muligt at gennembryde abstraktionsprincippet. For det første i tilfælde af fejlidentitet og for det andet såfremt parterne aftaler, at gyldigheden af den ene retshandel er betinget af gyldigheden af den anden retshandel. Dette vil kunne medføre, at hensynet til partsautonomien alligevel gør, at handlerne bliver omfattet af § 139 BGB.

Reglerne om det tyske ejendomsforbehold fremgår af § 449 BGB. Når sælger og køber indgår aftale om ejendomsforbehold, medfører dette for køber, at denne bliver *Anwartschaftsberechtigter*. Det er muligt, at aftale et ejendomsforbehold efter overgivelsen, og generelt kan det konkluderes, at indgåelsen af et gyldigt ejendomsforbehold ikke kræver opfyldelsen af mange gyldighedsbetingelserne og generelt er muligt i flere, efter dansk ret udelukkede, tilfælde.

2.5 Dansk teoris holdninger og argumenter for og imod sondringen mellem tingsret og obligationsret

*”Sondringen mellem tinglige Rettigheder og Fordringsrettigheder er et af de ejendommeligste Kapitler i de menneskelige Vildfarelsers Historie”*¹⁰⁴

I den danske juridiske litteratur har spørgsmålet om, hvorvidt en sondring mellem tingsret og obligationsret overhovedet er relevant eller hensigtsmæssig længe været til debat. I det følgende foretages en gennemgang af nogle af de danske (og norske) teoretikers argumenter.

¹⁰⁴ Vinding Kruse, *Ejendomsretten* 1, 1929, s. 166.

Ved rådighedsret forstås efter den herskende lære en ret umiddelbart over en ting og ved fordringsret en ret mod en person. Denne forskel i rettighedernes ”inderste væsen”¹⁰⁵ medfører forskelle i rettighedernes retsvirkninger. Den tinglige ret kan således gøres gældende mod enhver, idet der er tale om en ret over tingen som sådan og ikke over nogen bestemt person. Den obligatoriske ret kan derimod kun gøres gældende overfor en bestemt person, idet der er tale om en rettighed overfor netop denne person.¹⁰⁶

Ross anser det for mindre hensigtsmæssigt kun at tale om tinglige rettigheder og obligatoriske rettigheder, idet udtrykkende tinglig og obligatorisk rettighed både går på rettighedens indhold og på dens beskyttelse.¹⁰⁷

Ross¹⁰⁸ sonderer derfor ligeledes mellem rådighedsret og fordringsret, men opdeler problematikken således at der udover sondringen mellem rådighedsret og fordringsret ligeledes sondres mellem tingsretlig beskyttelse og obligationsretlig beskyttelse. Disse to inddelinger hænger dog sammen således, at en fordringsret er udstyret med obligationsretlig beskyttelse og en rådighedsret med tingsretlig beskyttelse.

Ross ønsker med sin doktrin at påvise, at den gænge sondring mellem fordringsret og rådighedsret er uholdbar, ligesom den gænge sondring mellem tingsretlig beskyttelse og obligationsretlig beskyttelse er det. Ross ønsker i stedet at påvise, at de to sondringer kan gives en sådan betydning, således at der består en nødvendig eller naturlig sammenhæng mellem dem.¹⁰⁹

Ifølge Ross er den herskendes læres sondring mellem rådighedsret og fordringsret skæv. Man har opereret med en skæv sondring, der sammenblander realøkonomiske og retsfunktionelle kriterier. Sondringen volder ikke problemer, når der er tale om artsbestemte fordringer, men skævheden kommer til udtryk så snart det drejer sig fordringer, der angår individuelt bestemte genstande. Dette ses ifølge Ross typisk i de situationer, hvor genstanden endnu ikke er overgivet. Om man definerer en købers ret som en rådighedsret og sidestiller hans krav om overgivelse af tingen med en ejers krav om udlevering af sin ejendom af den, der sidder inde med den, eller om man definerer købers

¹⁰⁵ Ross, Om ret og retfærdighed, s. 230.

¹⁰⁶ Ross, Om ret og retfærdighed, s. 230.

¹⁰⁷ Ross, Om ret og retfærdighed, s. 229.

¹⁰⁸ Ross, Om ret og retfærdighed, s. 228-243.

¹⁰⁹ Ross, Om ret og retfærdighed, s. 229.

ret som en fordringsret mod sælger, er nemlig en tilfældighed, og følgelig kan man ikke altid foretage en klar sontring.¹¹⁰

Hvor rådighedsretten har en realøkonomisk effekt, er der i modsætning hertil med en fordringsret tale om et rent retsbegreb, idet det alene er udtryk for retsstillingen i en given situation, uden at tage hensyn til den realøkonomiske fordel der udspringer som konsekvens af rettens håndhævelse. En meningsfuld sontring er kun mulig, såfremt den enten baserer sig konsekvent på den tilsigtede reale effekt eller på de retskrav- og pligter, igennem hvilke effekten tilstræbes.

Ifølge Ross er alle rettigheder på realøkonomisk plan rådighedsrettigheder, idet enhver rettighed tilsigter realøkonomisk at give den berettigede rådighed over bestemte genstande. Når Ross alligevel opstiller en realøkonomisk sontring, hvorefter rådighedsrettigheder er krav på individuelt bestemte genstande, og fordringsrettigheder er krav på artsbestemte ydelser (om man vil), skyldes det, at fordringsrettighederne kan siges at repræsentere et forstadium til en rådighedsret. Før eller siden går enhver fordringsret, der ikke forinden opløses over i en rådighedsret.

Herudover opstiller Ross en retsfunktionel sontring, hvor fordringsrettigheder er modne krav, og rådighedsrettigheder er umodne krav. Denne definition af rådighedsret og fordringsret falder således ikke sammen med definitionen i realøkonomisk henseende. I realøkonomisk forstand er en købers ret til den købte genstand ligesom hans begrænsede tinglige rettigheder (f.eks. en lejers brugsret) rådighedsrettigheder. Men i funktionel forstand er kravet i det direkte forhold mod sælger et modnet krav, altså en fordringsrettighed, men idet spørgsmålet, om den berettigede har et krav, afhænger af, om der sker forstyrrelser i retsforholdet, er der tale om et umodnet krav og dermed om en rådighedsrettighed.¹¹¹

Både rådighedsrettigheder og fordringsrettigheder hænger imidlertid sammen med udviklingen af en retssituation, altså noget dynamisk. I funktionel forstand kan en rådighedsret efter omstændighederne udvikles til en fordringsret, og i realøkonomisk forstand vil en fordringsret udvikle sig til en rådighedsret.¹¹²

¹¹⁰ Ross, Om ret og retfærdighed, s. 233.

¹¹¹ Ross, Om ret og retfærdighed, s. 235-236.

¹¹² Ross, Om ret og retfærdighed, s. 236-237.

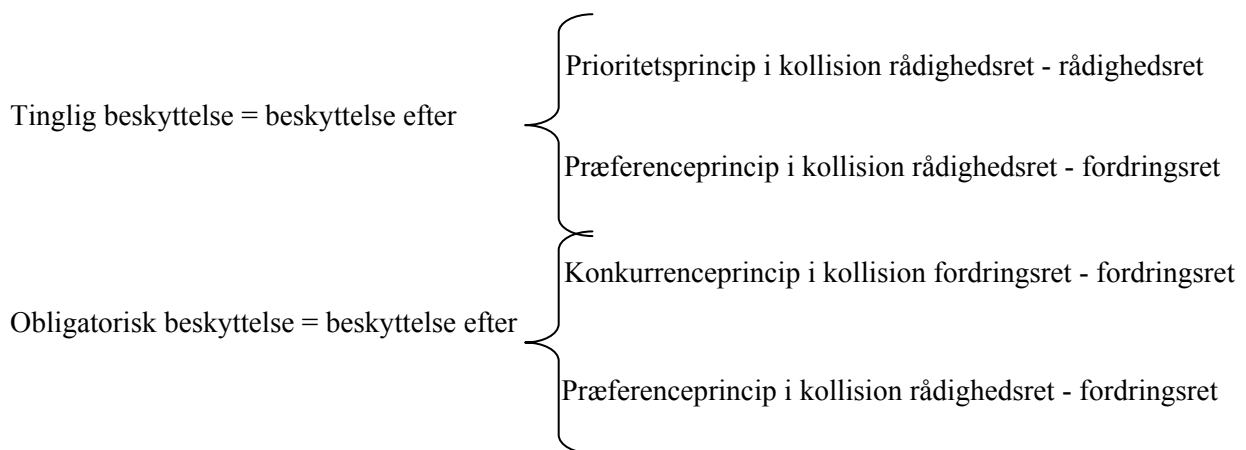
Når det kommer til sondringen mellem tinglig og obligatorisk beskyttelse, skelner Ross mellem statisk beskyttelse og dynamisk beskyttelse. Statisk beskyttelse angår de retsmidler der påvirker vores handlemåde således, at en tilsigtet realøkonomisk effekt virkeliggøres, eksempelvis vindikationsadgangen, strafferetlige sanktioner og erstatningskrav. Dynamisk beskyttelse angår problemer i forbindelse med succession i rettigheder.

Ross konkluderer at der ikke eksisterer nogen praktisk naturlig eller nødvendig sammenhæng mellem en rettigheds indhold og dens statiske beskyttelse. Vedrørende den dynamiske beskyttelse kan man ikke på forhånd udelukke, at der eksisterer en sammenhæng mellem beskyttelse og indhold. Dette skyldes, at nogle rettigheder nyder obligatorisk beskyttelse, andre tinglig. Eftersom reglerne om dynamisk beskyttelse angår en kollision mellem flere hver for sig gyldige successioner, er reglerne om dynamisk beskyttelse derfor betinget af kollisionstypen og ikke af rettighedstypen. Der er dog fortsat en sammenhæng mellem på den ene side sondringen mellem fordringsrettigheder og rådighedsrettigheder og på den anden side reglerne om dynamisk beskyttelse. Sammenhængen er blot formidlet gennem de forskellige kollisionstyper, som kan være kollision mellem rådighedsret og rådighedsret, kollision mellem fordringsret og fordringsret og kollision mellem rådighedsret og fordringsret. Den første kollision løses efter prioritetsprincippet, dvs. den først stiftede ret går forud for den senere stiftede ret. Den anden kollision løses efter konkurrenceprincippet, dvs. i det tilfælde hvor der er flere kreditorer, men kun en debitor, må kreditorerne konkurrere om opfyldelse uden hensyntagen til tidspunktet for fordringernes stiftelse. Den tredje kollision løses efter præferenceprincippet, dvs. rådighedsretten går forud for fordringsretten. Der sker dog en retsteknisk modifikation af de tre principper. Således modificeres prioritetsprincippet af eksempelvis reglerne om tinglysning og ekstinktiv godtroserhvervelse i kraft af besiddelse, konkurrenceprincippet modificeres af reglerne om omstødelse og ved anerkendelse af privilegerede fordringer. Det tredje princip, præferenceprincippet modificeres gennem eksempelvis reglerne om omstødelse og tinglysning.¹¹³

Ifølge Ross eksisterer tre arter af beskyttelsesprincipper knyttet til tre arter af kollisioner. Dette har Ross for overskuelighedens skyld gengivet på følgende måde:¹¹⁴

¹¹³ Ross, Om ret og retfærdighed, s. 238-242.

¹¹⁴ Ross, Om ret og retfærdighed, s. 242.



Ross konkluderer det således:

”Ingen af de to begreber er altså udtryk for et homogent princip, men begge er til dels udtryk for et og samme princip (præferenceprincippet), set fra forskellig side. Når man er klar over dette, er der i og for sig intet i vejen for fortsat at betjene sig af de indarbejdede indtryk.”¹¹⁵

Opsummerende (og meget forenklet) fortalt er Ross af den holdning at retten over tingen ikke er forskellig fra forholdet mellem parterne.¹¹⁶ Således skriver Ross i Ejendomsret og Ejendomsovergang:

*”Thi Ejendomsretten er ikke noget fra dem forskelligt, der ligger bag dem og bevirker dem”.*¹¹⁷

Mortensen¹¹⁸ kritiserer Ross’ teori, idet han anfører, at en opdeling af fagene tingsret og obligationsret på baggrund af sondringen mellem artsbestemte og individuelle genstande fører til uheldige resultater og anfører som eksempel, at en af konsekvenserne af opdelingen er, at reglerne om misligholdelse af kontrakter ikke kan holdes samlet, idet misligholdelse af specieskøb skulle behandles efter tingsretlige regler og misligholdelse af genuskøb efter de obligationsretlige regler. I og med at misligholdelsesreglerne er stort set identiske, er Ross’ doktrin ifølge Mortensen uhensigtsmæssig og

¹¹⁵ Ross, Om ret og retfærdighed, s. 243.

¹¹⁶ Kinander, s. 676.

¹¹⁷ Ross, Ejendomsret og Ejendomsovergang, s. 13.

¹¹⁸ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 28.

han anser sondringen for mere at have til formål at opstille et juridisk holdbart modstykke til sondringen mellem de tingsretlige og obligationsretlige rettigheder end at have til formål at danne grundlag for en fremtidig fagopdeling.¹¹⁹ Ross' sondring møder også kritik fra von Eyben, som ligeledes mener, at sondringen fører til uheldige resultater, idet sondringen nok har en dominerende betydning i læren om omsætningsbeskyttelse, men derimod har meget ringe betydning for alle de regler, der udvikles i obligationsretten.¹²⁰

Ikke kun Ross har forsøgt sig med en sondring mellem statisk og dynamisk beskyttelse. Gomard foretager således en lignende sondring, dog henregner Gomard både den statiske og den dynamiske beskyttelse til tingsretten.¹²¹ Både Mortensen¹²² og Ulfbeck¹²³ påpeger, at sondringen mellem dynamisk og statisk tingsret ikke er helt skarp. Eksempelvis vil reglerne om vindikation kunne falde ind under både den statiske og den dynamiske tingsret, idet vindikation ved frivilligt salg, der er behæftet med en ugyldighedsindsigelse, hører til den statiske tingsret, mens vindikation i tilfælde af tyveri falder ind under den dynamiske tingsret.¹²⁴

Ligesom Ross argumenterer Gomard for, at der ikke er en fast og entydig sammenhæng mellem rettigheders indhold og deres retsbeskyttelse. Gomard er imod den traditionelle opdeling, idet han argumenterer for, at inddelingen er alt for forenklet i forhold til den virkelige verden. Gomard går dog ikke ind og redefinerer begreberne rådighedsret og fordringsret. Gomard anvender den traditionelle forståelse af begreberne, men gør vedrørende fordringsrettighederne opmærksom på, at retsstillingen imellem parterne er den samme alt efter, om der er tale om genus - eller speciesgenstande, men at dette ikke er tilfældet overfor tredjemand. Her har specieskøberen typisk prioritetsbeskyttelse fra aftaleindgåelsestidspunktet, hvilket ikke er tilfældet for genuskøberen.¹²⁵ Ifølge Gomard kan man således ikke bygge en rationel sondring op mellem tingsret og obligationsret ved at foretage en fordeling af rettighederne således, at tingsretten omfatter alle de rettigheder, der nyder en bestemt retsbeskyttelse, og obligationsretten omfatter de rettigheder, der ikke er beskyttede. Ved derimod at foretage en beskrivelse af disciplinernes områder gives en rettesnor for inddelingen. Idet obligationsretten beskæftiger sig med parternes rettigheder og pligter i skyldforhold, medfører dette,

¹¹⁹ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 28-29.

¹²⁰ von Eyben, Formuerettigheder, s. 37-38.

¹²¹ Gomard, Introduktion til obligationsretten, s. 70-71.

¹²² Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 31-32.

¹²³ Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 125.

¹²⁴ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 32.

¹²⁵ Gomard, Introduktion til obligationsretten, s. 69.

at fordringer, som går ud på at skaffe kreditor en ret, der både kan karakteriseres som en fordringsret, men også som en suspensivt betinget rådighedsret, ligesom andre fordringssituationer, falder indenfor obligationsrettens område. Beskrivelsen af aktuelle rådighedsrettigheder, f.eks. en ejers ret til altid at bruge og disponere over sin ejendom på enhver lovlig måde, sml. § 903 BGB falder udenfor obligationsrettens område. Således ønsker Gomard at henføre alle de forhold, der bliver aktuelle inter partes, inklusiv tilfælde hvor kreditors fordringsret har en fortrinsret i form af prioritetsbeskyttelse eller lignende til obligationsretten. Tingsretten omfatter herefter dels fordringsrettigheders og andre formuerettigheders retsbeskyttelse overfor tredjemand, og dels indholdet af aktuelle rådighedsrettigheder. Således ønsker Gomard ikke at opløse inddelingen, men ønsker at foretage sondringen på baggrund af reglerne for hhv. partsrelationer og tredjemandsrelationer. Reglerne om de obligationsretlige krav (partsrelationerne) og om de tingsretlige krav (tredjemandsrelationerne) er nemlig forskellige både for så vidt angår kravenes opståen og indhold.¹²⁶ Mortensen virker nogenlunde forstående overfor denne sondring, idet der jo er væsentlige forskelle i reglerne, men må alligevel forkaste sondringen (se uddybende nedenfor) idet den konsekvente opsplitting, som Gomard foretager, ifølge Mortensen må føre til en fuldstændig opsplitting af alle formueretlige fag såsom lejeret, køberet, reglerne om kreditorforfølgning osv., idet de alle er så forskellige, at de bør behandles i hver deres disciplin.¹²⁷

Ifølge Mortensen¹²⁸ er sondringen mellem tingsret og obligationsret hverken nødvendig eller hensigtsmæssig, idet sondringen bygger på den forladte og uanvendelige sondring mellem tingsretlige og obligationsretlige rettigheder. Der er tale om begrebsjurisprudens uden materielretligt indhold, og han mener, at sondringen vil være ødelæggende for forståelsen af sammenhængene i det formueretlige univers.¹²⁹ Mortensen foreslår derfor, at sondringen opgives til fordel for betegnelsen formueret. Mortensen opstiller tre grundlæggende argumenter for, at opdelingen bør opgives. For det første anfører han, at en rådighedsret kun er meningsfuld, hvis retten giver den berettigede beføjelser overfor en person, der dels kan forpligtes til at foretage handlinger, der hindrer rådighedsretten og dels forpligtes til at foretage handlinger, der sikrer rådighedsrettens beståen. For det andet, at rådighedsrettigheder kan vedrøre andet end ting og for det tredje, at der ikke altid er sammenhæng mellem indholdet af en rettighed (rådigheden) og dens tingsretlige beskyttelse. Således kan der både

¹²⁶ Gomard, Introduktion til obligationsretten, s. 73.

¹²⁷ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 30.

¹²⁸ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 25.

¹²⁹ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 30.

stiftes rådighedsrettigheder over ting, som ikke nyder tingsretlig beskyttelse, eksempelvis et utinglyst skøde på fast ejendom, og omvendt kan der stiftes rettigheder, som ikke er rådighedsrettigheder, men på trods heraf har tingsretlig beskyttelse, eksempelvis en tilstandsservitut.¹³⁰ Opdelingen mellem obligationsretlige og tingsretlige rettigheder ses med undtagelse af Forsikringsaftalelovens¹³¹ § 54 kun i den juridiske litteratur.¹³²

Hvor Mortensen foreslår at sondringen opgives til fordel for det overordnede begreb formueret, foreslår Ulfbeck¹³³, at der indføres en selvstændig disciplin kaldet ”tredjemandsret”. Idet man ikke længere sonder mellem tinglige og obligatoriske rettigheder, men på karakteren af de forekommende konflikter, vil en række af de problemstillinger, der vedrører tredjemand både blive behandlet i obligationsretten, tingsretten såvel som deliktsretten. Det kan derfor være en fordel at behandle tredjemandskonflikter i en selvstændig ”tredjemandsret”. Ulfbecks introduktion af ”tredjemandsretten” får dog en kommentar med på vejen fra Mortensen, som gør opmærksom på, at hun for det første undlader at forklare, hvilke nye kriterier der skal være gældende for inddelingen og for det andet at give en begrundelse for, hvorfor oprettelsen af begrebet ”tredjemandsret” skulle være en bedre løsning end blot helt at opgive sondringen mellem tingsret og obligationsret.¹³⁴

Endelig har Kinander¹³⁵ opstillet argumenterne for at forkaste sondringen i et teoretisk og et praktisk argument. Det teoretiske argument er, at der ikke findes nogen direkte tilknytning mellem en person og en ting, idet dette er et resultat af obligatoriske forhold mellem retssubjekterne. En tinglig ret er således blot et navn vi sætter på en bestemt formuedisposition. Dette teoretiske argument er i høj grad sammenfaldene med den retsrealistiske tradition i Skandinavien. Denne retsrealisme, som vi eksempelvis ser den hos Ross, er udformet på baggrund af den logiske positivisme. Ifølge den logiske positivisme opnås virkelig erkendelse og videnskabelig fremgang på to måder; Via logiske argumenter eller gennem ren empirisk observation.

¹³⁰ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 26-27.

¹³¹ Lovbekendtgørelse 2006-10-05 nr. 999 om forsikringsaftaler

¹³² Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 26.

¹³³ Ulfbeck, Kontraktens relativitet, s. 129.

¹³⁴ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 29.

¹³⁵ Kinander, s. 675.

Kinanders praktiske argument¹³⁶ imod sondringen er dels et generelt argument imod brugen af generelle begreber og deres evne til at danne udgangspunkt for juridiske konklusioner dels af hensyn til konkret og pragmatisk rimelighed. I den norske ”Kabeldom”¹³⁷ havde et værksted krævet erstatning fra et rederi, idet rederiet havde skadet et kabel med det resultat, at værkstedet for en stund var uden krafttilførsel. Kablet var ejet af et kraftselskab. Højesteret udtaler, at det faktum, at værkstedets krav efter strømkontrakten med kraftselskabet er en obligatorisk fordring ikke kan tillægges nogen selvstændig betydning. Den konkrete og nærliggende interesse knyttet til kablet skulle derfor erstattes. Ansvar blev derfor ikke blot begrænset til skaden på kablet, men omfattede ligeledes det driftsselskab værkstedet led, på trods af at værkstedet ikke var ejer af kablet. I den norske ”Flymanøverdom”¹³⁸ blev der ikke truffet afgørelse på baggrund af sondringen mellem tinglige og obligatoriske krav. Sagen måtte afgøres efter flere faktorer og resultatet fremgik af en samlet vurdering. I sagen var der ligeledes tale om strømafbud som følge af skade på et kabel. I modsætning til Kabeldommen kommer Højesteret dog her frem til, at en fiskeavler ikke kunne kræve erstatning for den skade, som den manglede strømtilførsel havde medført, idet der ikke forelå den nødvendige nærhed i årsagsforholdet. Der konkluderes, særligt med henvisning til Kabeldommen, at sondringen mellem tinglige og obligatoriske rettigheder i erstatningsretlig henseende ikke kan tillægges selvstændig betydning.

Kinander foreslår at man argumenterer for sondringen med udgangspunkt i reglerne om forældelse. Således er der tale om et obligatorisk krav, såfremt rettigheden forældes og om et tingligt krav, såfremt rettigheden ikke forældes.¹³⁹ Dette forslag møder kritik fra Mortensen¹⁴⁰, som gør gældende, at argumentet er uhensigtsmæssigt efter dansk ret, idet en specieskøbers krav på levering er genstand for forældelse, selvom køberens ret er tingsretligt beskyttet overfor sælgerens kreditorer. Mortensen henviser i den forbindelse til U.1958.1231 V. I dommen, som vedrørte en købers krav på udlevering af en beddingsvogn, havde køber dels gjort gældende at udlevering af bestemte ting overhovedet ikke forældes efter 1908-loven, idet ordet ”fordring” kun omfatter krav på en pengeydelse, og dels idet den mellem sælger og køber indgåede kontrakt havde tilvejebragt et sådant særligt retsgrundlag, som udelukker den femårige forældelse. Vestre Landsret slog imidlertid fast, at

¹³⁶ Kinander, s. 679-682.

¹³⁷ Rt.1955.872

¹³⁸ Rt.1973.1268.

¹³⁹ Kinander, s. 683.

¹⁴⁰ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 25, note 14.

kravet på udlevering af beddingsvognen var underlagt den femårige forældelsesfrist og dermed var forældet.

2.6 Teoriens holdninger og argumenter for og imod konsensusprincippet

Idet diskussionen i dansk (og nordisk) teori, som set i afsnit 2.5, i høj grad fokuserer på sondringen mellem tingsret og obligationsret og dennes berettigelse, synes diskussionen omkring konsensusprincippets berettigelse slet ikke at være et emne i nordisk ret. Diskussionen om konsensusprincippets berettigelse synes derfor hovedsagligt at komme til at foregå blandt teoretikere, der blandt andet beskæftiger sig med teorien bag abstraktionsprincippet.

Rodríguez-Rosada argumenterer imod konsensusprincippet, idet han bemærker, at dets anvendelse frembyder problemer i visse tilfælde, nemlig ved genuskøb samt ved køb af fremtidige genstande. Derudover gør han opmærksom på, at konsensusprincippet fratager kravet om god tro dets eksistensgrundlag, idet spørgsmålet om ihændehavelse, som er af afgørende betydning ved kravet om god tro, er helt uden betydning efter konsensusprincippet. Rodríguez-Rosada mener dog, at det største problem med konsensusprincippet kommer til udtryk i tilfælde af købers konkurs, eller hvor der sker tvangsfuldbyrdelse af hans ejendom, idet sælger i disse tilfælde ikke har nogen udtagelsesret. Ved Rodríguez-Rosadas analyse af konsensusprincippet har han taget udgangspunkt i fransk ret, og erkender dog også, at årsagen til den manglende kritik i fransk ret af konsensusprincippet er, at man fra lovgivers side har foretaget de nødvendige justeringer af konsensusprincippet for at undgå de urimelige følger.¹⁴¹

Den tyske professor Wacke er af den overbevisning, at konsensusprincippet på ingen måde er fordelagtigt, idet det medfører, at sælger fortaber ejendomsretten for tidligt, nemlig allerede inden køber har betalt for varen.¹⁴² Også professor Wieling taler imod konsensusprincippets anvendelse, og er af den opfattelse, at konsensusprincippet generelt er til fare for varehandlens sikkerhed og ikke bør ikke bibeholdes.¹⁴³ Endelig mener Wieling, at anvendelsen af et ”rent” konsensusprincip slet ikke er muligt, idet konsensusprincippet altid vil forudsætte anvendelsen af godtros-kravet.¹⁴⁴

¹⁴¹ Rodríguez-Rosada, Abstraktionsprinzip, s. 166.

¹⁴² Wacke, U.2001B.466, s. 3.

¹⁴³ Wieling, Sachenrecht, s. 30.

¹⁴⁴ Wieling, Sachenrecht, s. 33.

Som vi skal se i det følgende, har abstraktionsprincippet givet anledning til væsentlig mere diskussion, end det er tilfældet med konsensusprincippet.

2.7 Teoriens holdninger og argumenter for og imod abstraktionsprincippet

Abstraktionsprincippets særegenhed har i teorien medført uenighed om dets formål og eksistensberettigelse. Det argument, man oftest støder på, er, at der er tale om begrebsjurisprudens.

Det generelle argument imod abstraktionsprincippet i Tyskland er, at dets følger er uproportionale i forhold til dets formål.¹⁴⁵

Abstraktionsprincippets formål og eksistensberettigelse kan dog også afhænge af hvilken type retshandel, det anvendes i forbindelse med. Som Däubler¹⁴⁶ skriver, er det særligt i forbindelse med kontantkøb, at skeptikerne er uforstående overfor abstraktionsprincippet. Som han skriver, kommer abstraktionsprincippet og dets formål bedre til udtryk når de forskellige retshandler er adskilte i tid, som det eksempelvis typisk er tilfældet i forbindelse med køb og salg af fast ejendom. Abstraktionsprincippet er derfor ifølge Däubler egentlig kun virkelighedsfjernt i forbindelse med kontantkøb.

Lucas¹⁴⁷ skriver i sin artikel om berettigelsen af abstraktionsprincippets eksistens, at abstraktionsprincippet kun har en selvstændig funktion for så vidt angår afståelse af fordringer, fordi der på dette område ikke eksisterer nogen godtrosbeskyttelse. Ellers er abstraktionsprincippet ifølge Lucas i vid udstrækning overflødig, fordi dets formål, beskyttelse af handlen, allerede opnås via. §§ 932, 892 ff. BGB. Lucas uddyber, idet han gør opmærksom på, at såfremt abstraktionsprincippet ikke eksisterede, ville ugyldigheden af *Das schuldrechtliche Geschäft* altid medføre ugyldigheden af *Das dingliche Geschäft*, og erhververen kunne herefter ikke, som berettiget, råde over den overdragne genstand. Videreoverdragelsens skæbne kommer altså til at afhænge af den første retshandel. Sidste erhverver i overdragelsesrækken måtte herefter frygte at kunne miste genstanden, pga. et *schuldrechtliches Geschäft* indgået længe før hans erhvervelse. Denne situation er dog beskyttet af godtrosreglerne i eksempelvis §§ 932, 892 BGB. Den samme beskyttelse findes dog ikke for så vidt

¹⁴⁵ Rodríguez-Rosada, Abstraktionsprinzip, s. 115.

¹⁴⁶ Däubler, BGB Kompakt, s. 419.

¹⁴⁷ Lucas, Die Daseinberechtigung des Abstraktionsprinzips

angår overdragelse af fordringer i henhold til § 398 ff. BGB. Her er det således alene abstraktionsprincippet der garanterer den retspolitisk ønskede beskyttelse af handlen.

Däubler¹⁴⁸ nævner dog frygten for, at en anden pludselig står som berettiget til genstanden som et eksempel på et af abstraktionsprincippet fordele og kommer ikke nærmere ind på godtrospørgsmålet. Som argument imod abstraktionsprincippet nævner Däubler retsstillingen for den, der har overdraget genstanden uden at være berettiget hertil, idet erhververen kan gøre, som han vil med genstanden, og det eneste krav man står tilbage med, er et tilbageleveringskrav. Og dette krav svigter, såfremt erhververen i mellemtiden er blevet insolvent, men var sælgeren forblevet den retmæssige ejer, ville insolvensen være uden betydning.

Det tyske abstraktionsprincip er som nævnt et særegent tysk princip. Prof. Dr. Wacke begrundet sit ønske om abstraktionsprincippet opgivelse med hensynet til at opnå europæisk retsenhed, idet abstraktionsprincippet er ukendt¹⁴⁹ udenfor Tyskland. Herudover begrundet han ønsket om dets afskaffelse med den gennem BGB virkeliggjorte beskyttelse af den gode tro, hvorefter erhververs beskyttelse efter abstraktionsprincippet ikke længere er nødvendigt. Han er dog fortsat fortalende for adskillelsesprincippet, idet retssikkerheden bliver tilgodeset i og med, at adskillelsesprincippet klarlægger ejendomsretten, og sondringen medfører for så vidt angår løsøre, at et ejendomsforbehold let kan konstrueres. Prof. Dr. Wacke anser egentlig traditionsprincippet for at være den rimelige løsning, bl.a. fordi sælger ved overgivelsen af genstanden giver udtryk for, at han rent faktisk ønsker, at ejendomsretten skal overdrages.¹⁵⁰

Også Wiegand gør opmærksom på godtrospørgsmålets overflødiggørelse af abstraktionsprincippet, og ønsker på denne baggrund at give aftaleparternes vilje forrang. Dette ville betyde, at såfremt parterne har til hensigt at knytte begge retshandler sammen, *Das schuldrechtliche Geschäft* og *Das dingliche Geschäft*, og dette er tydeliggjort, bør dette også accepteres. Tredjemand ville såfremt dette accepteredes, højst blive stillet ringere i tilfælde af, at tredjemanden ønskede at gøre udlæg i erhververens ejendom eller i tilfælde af erhververens konkurs. Men i den forbindelse må man huske på, at parterne med samme virkning blot kunne have aftalt et ejendomsforbehold uden, at tredje-

¹⁴⁸ Däubler, BGB Kompakt, s. 421

¹⁴⁹ Abstraktionsprincippet må siges at være ”stort set” ukendt udenfor Tyskland, idet det med inspiration fra tysk ret er indført i enkelte lande.

¹⁵⁰ Wacke, U.2001B.466, s. 3.

manden som ønskede at gøre udlæg – ligesom ej heller den godtroende erhverver – ville være beskyttet.¹⁵¹

Rodríguez-Rosada¹⁵² sammenligner abstraktionsprincippet og godtros-erhvervelsen, for at belyse, hvorvidt abstraktionsprincippet er overflødig. I den forbindelse skriver han, at abstraktionsprincippet så at sige skyder over målet, idet det går ind og beskytter mere end beskyttes burde, nemlig den erhverver som var bevidst om, at *Das schuldrechtliche Geschäft* mellem den oprindelige sælger og køber er ugyldigt. Kravet om god tro og abstraktionsprincippet overlapper så at sige hinanden, idet de begge tjener samme formål, nemlig retshandlens beskyttelse. Rodríguez-Rosada konkluderer, at spørgsmålet omkring den passende udformning af beskyttelsen ikke er helt så enkelt at beskrive, når der er tale om løsøre, men at problemet med godtros-kravet i den forbindelse synes at være, at den mangler en fast basis, som man eksempelvis har ved fast ejendom, hvor tingbogen tydeligt klargør, hvem der er den retmæssige ejer. Den rene besiddelse giver ikke samme tilstrækkelige sikkerhed herfor.¹⁵³

Baur og Stürner er enige i, at abstraktionsprincippet på grund af godtros-kravet på de fleste områder er overflødiggjort, og at den abstrakte ejendomsoverdragelse ikke harmonerer med livet i den praktiske verden. Abstraktionsprincippets væsentligste fordel overfor konsensusprincippet er dog ifølge Baur og Stürner abstraktionsprincippets højere og overlegne differentieringsgrad, der kommer de forskelligartede livs- og handelskrav bedre til gode, end konsensusprincippet gør det.¹⁵⁴

Ændringer i abstraktionsprincippet er grundlæggende ikke umuligt, og såvel retspraksis som teori har længe forsøgt at ændre abstraktionsprincippet således, at utålelige konsekvenser undgås.¹⁵⁵ Således mener Wiegand, at man på den ene side ikke må bedømme abstraktheden af *Das dingliche Geschäft* på en for overdreven og ren formalistisk måde, men på den anden side bør man passe på med at undgå abstraktionsprincippet og dets følger ved at overføre manglen i *Das schuldrechtliche Geschäft* på *Das dingliche Geschäft*. En saglig korrekt retsanvendelse medfører et udgangspunkt i lovgivers grundlæggende plan eller formål uden at overdrive princippet om abstrakthed.¹⁵⁶ Opsum-

¹⁵¹Wiegand, Staudingers Kommentar zum BGB, 3. Buch, s. 172.

¹⁵²Rodríguez-Rosada, Abstraktionsprinzip, s. 116.

¹⁵³Rodríguez-Rosada, Abstraktionsprinzip, s. 165.

¹⁵⁴Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 57.

¹⁵⁵Wiegand, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 3, s. 171.

¹⁵⁶Wiegand, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 3, s. 183.

merende og forenklet formuleret mener Wiegand, at man bør anvende abstraktionsprincippet med måde, idet hverken en ren stringent anvendelse er hensigtsmæssig, men omvendt bør man også respektere, at man fra lovgivers side har valgt abstraktionsprincippet for værende gældende ret i Tyskland.

Ovenfor er blevet gennemgået en række teoretikere, som alle har det til fælles, at de er mere eller mindre imod abstraktionsprincippet. Der findes imidlertid også teoretikere, der fortsat mener, at abstraktionsprincippet er den bedste løsning. Således er Wieling af den opfattelse, at abstraktionsprincippet er alle andre overdragelsesformer overlegen og ikke bør erstattes. Wieling sammenholder blandt andet abstraktionsprincippet med kausalprincippet, og mener, at abstraktionsprincippet generelt er at foretrække, idet godtros-spørgsmålet slet ikke er relevant ved anvendelsen af abstraktionsprincippet, og dette medfører, at man som erhverver spares for at skulle undersøge, hvorvidt overdrageren er den retmæssige ejer.¹⁵⁷

Også i dansk ret har man kendt til et princip svarende til det tyske adskillelsesprincip, nemlig læren om overdragelsesretshandler. Ørsted indførte således sondringen mellem på den ene side købet, som kun medfører en obligatorisk ret for køber og på den anden side sælgerens viljestilkendegivelse, hvorefter køberen er ejer. Illum kritiserer denne lære bl.a. med det argument, at det afgørende ikke blot bør være parternes vilje, idet problemerne vedrørende ejendomsrettens overgang også får betydning for tredjemand.¹⁵⁸

Vinding Kruse har kritiseret sondringen mellem obligationsretlige handler og tingsretlige handler. Han mener at sondringen i høj grad er kunstig, og denne opfattelse deler bl.a. Illum.¹⁵⁹ Generelt begrundes Vinding Kruse dette synspunkt med, at sondringen ikke har nogen reel betydning i praksis. I praksis kendes således kun til én viljeserklæring, nemlig købeaftalen, som regulerer hele parternes mellemværende. Efter købeaftalen kommer, sekundært, alene en række fuldbyrdelseshandlinger. Disse fuldbyrdelseshandlinger kan ifølge Vinding Kruse næppe kaldes viljeserklæringer og en eventuel retsvirkning knyttet til disse fuldbyrdelseshandlinger skyldes helt andre og praktiske grunde, og er i hvert fald ikke fordi de opfattes som viljeserklæringer. Umiddelbart går Vinding Kruse dog endnu videre, idet han forklarer, at tysk ret praktisk talt har nærmet sig konsensusprin-

¹⁵⁷ Wieling, Sachenrecht, s. 34-35.

¹⁵⁸ Illum, Dansk Tingsret, s. 166.

¹⁵⁹ Vinding Kruse, Ejendomsretten II, s. 812 samt Illum, Dansk Tingsret, s. 165.

cippet, som det bl.a. ses anvendt i fransk og engelsk ret.¹⁶⁰ Dette møder dog også kritik fra Ross som er af den opfattelse, at Vinding Kruse har undervurderet betydningen af overleveringen.¹⁶¹ Det Vinding Kruse går ind og kritiserer, er dog ikke abstraktionsprincippet, men derimod adskillelsesprincippet.¹⁶²

3 Komparativ analyse

3.1 Princippernes indhold

Ovenfor er abstraktionsprincippet og konsensusprincippet blevet belyst, samt teoriens holdninger til disse og holdningerne til det generelle samspil mellem disciplinerne tingsret og obligationsret. I det følgende foretages en komparativ analyse, først fra den teoretiske synsvinkel, med det formål at vurdere og analysere ulemper og fordele ved principperne, hvor der dels knyttes kommentarer til afsnittene 2.5, 2.6 og 2.7 samt en generel analyse af principperne fra et teoretisk aspekt. I afsnit 3.1.2 foretages analysen ud fra en praktisk synsvinkel, og som et underpunkt hertil, afsnit 3.1.2.1, beskrives og analyseres de konsekvenser abstraktionsprincippet har for ejendomsforbeholdet, med det formål at belyse eventuelle forskelle og disses betydning for den dansk-tyske samhandel.

3.1.1 Fra den teoretiske synsvinkel

Som også bemærket i den indledende del af nærværende speciale, er det ikke muligt at foretage en gennemgang af hhv. tysk teoris holdning til abstraktionsprincippet på den ene side, og dansk teoris holdning til konsensusprincippet på den anden side. Hvor diskussionen i tysk teori blandt andet går på abstraktionsprincippets berettigelse, er man i dansk teori allerede gået et skridt videre, eller i hvert fald et skridt i en anden retning, idet konsensusprincippets ikke er et nært så stort diskussions-emne. Hvor den tyske diskussion efter dansk teori synes at være en selvfølge, kan det omvendte ligeledes siges at være tilfældet, idet diskussionen omkring sondringen mellem tingsret og obligationsret efter tysk teori i høj grad er en selvfølge efter tysk ret. Årsagen til denne forskellighed må findes i anvendelsen af principperne, forstået på den måde, at det tyske abstraktionsprincips konsekvenser, set i forhold til konsensusprincippets, synes mere vidtrækkende, og dette sammenholdt

¹⁶⁰ Vinding Kruse, Ejendomsretten II, s. 816-817.

¹⁶¹ Ross, Ejendomsret og Ejendomsovergang, s. 191.

¹⁶² Vinding Kruse, Ejendomsretten II, s. 816.

med det faktum, at man efter reglerne om god tro i langt de fleste tilfælde vil opnå samme beskyttelse, er dette et emne, som følgelig vil skabe en større debat.

3.1.1.1 En analyse af abstraktionsprincippet

Abstraktionsprincippets eksistensberettigelse kan ud fra de i afsnit 2.7. belyste holdninger, synes ganske vag og dette særligt ud fra det synspunkt, at man via god tros kravet, opnår selvsamme beskyttelse, hvorfor abstraktionsprincippet er stort set overflødigt. At man der i høj grad skulle være tale om begrebsjurisprudens ses også hos Vinding Kruse. Han går så langt som til, fra en praktisk synsvinkel, at anse tysk ret for at anerkende konsensusprincippet. Om dette er hans reelle tanke er usikkert, idet han argumenterer for dette set i lyset af hvordan en handel foregår i praksis. At en tysk køber og en tysk sælger typisk kun vil mene at have afsluttet en enkelt handel, nemlig den obligationsretlige, er snarere reglen end undtagelsen. At adskillelsesprincippet ikke lyser op og anvendes i praksis, således at parterne efter indgåelsen af den obligationsretlige handel, igen mødes for at aftale, at ejendomsretten nu skal gå over, kan muligvis være hvad Vinding Kruse mener, når han skriver at tysk ret praktisk talt har nærmet sig engelsk og fransk ret på dette område. Enhver anden forståelse synes usandsynlig, idet abstraktionsprincippet, nu som tidligere, uden diskussion er gældende ret i Tyskland.

I litteraturen er der særligt et argument imod abstraktionsprincippet der går igen; Spørgsmålet om hvorvidt det egentlig ikke er overflødigt, idet reglerne om god tro giver den samme beskyttelse.

Idet tysk lovgiver har valgt, at abstraktionsprincippet skal finde anvendelse, kan man undre sig over, at det, som beskrevet i afsnit 2.4.1.4 er muligt at aftale sig ud af abstraktionsprincippet og på denne måde lade § 139 BGB, som jo netop omfatter tilfælde, hvor en del af én handel, er en nullitet, finde anvendelse. Som også Wiegand gør opmærksom på, er det som sådan ikke noget problem at lade partsautonomien sejre til fordel for abstraktionsprincippet, idet man alligevel i langt de fleste tilfælde opnår samme beskyttelse via kravet om god tro. Herudover kan man vel også anføre, at hensynet til partsautonomien generelt bør veje tungt. Ikke desto mindre må denne gennembrydning af abstraktionsprincippet give endnu mere grund til at overveje abstraktionsprincippets formål, og hvorvidt det generelt er overflødigt og hermed egentlig blot medfører flere ulemper i form af komplicerede og virkelighedsfjerne regler.

Hvor adskillelsesprincippet medfører, at den tingsretlige handel og den obligationsretlige handel skal ansues hver for sig, går abstraktionsprincippet så at sige et skridt videre, idet dette princip dikterer, at den ene handels gyldighed, i praksis typisk den tingsretlige, er uafhængig af den anden handels, i praksis typisk den obligationsretlige, bortfald. Langt de fleste teoretikere beskriver også disse forskelle. En vis sammenblanding ses dog også i litteraturen og kan, idet abstraktionsprincippet udspringer af adskillelsesprincippet, vel næppe altid undgås. Ikke desto mindre er det vigtigt at være opmærksom på, at det særligt er det forhold, at gyldigheden af den ene handel er uafhængig af den anden handel, altså abstraktionsprincippet, der medfører de i afsnit 2.4.1.4 nævnte konsekvenser, og derfor, efter min mening med rette, udsættes for kritik. Vinding Kruse¹⁶³ kritiserer dog allerede adskillelsesprincippet for at være en kunstig sondring uden relevans for handlen i praksis.

Adskillelsesprincippet og abstraktionsprincippet lader til at være dybt integrerede principper i den tyske formueret. Abstraktionsprincippet har ganske vist været til debat, og langt fra alle tyske teoretikere finder det bevaringsværdigt, men generelt ses alligevel en stor forskel på, hvordan man som dansk hhv. tysk teoretiker opfatter samspillet mellem obligationsretten og tingsretten. Som eksempel ses i afsnit 2.4.3, at Mortensen helt ønsker at fjerne sondringen mellem tingsret og obligationsret, med den begrundelse at der er tale om begrebsjurisprudens. Den tyske professor Andreas Wacke skriver omvendt at:

”Forskellen mellem det blotte krav på overdragelsen og den senere erhvervelse er dog systematisk ligeså betydningsfuld, som den romerske og nutidige sondring mellem obligationsretlige og ejendomsretlige fordringer (actiones in personam og actiones in rem).”¹⁶⁴

Sammenligner man disse to teoretikere, er det tydeligt, at de ikke alene kommer fra lande der anvender væsensforskellige ejendoms erhvervelsesprincipper, hele deres grundtanke omkring formuerettens inddeling er også yderst forskellig. Ud fra ovennævnte citat ville Mortensen få sin sag for, såfremt han ønskede at overbevise Wacke om de manglede årsager til den nutidige inddeling af formuerettens discipliner, og tysk formueret må ifølge Mortensen herefter være et udtryk for ekstrem begrebsjurisprudens.

¹⁶³ Se afsnit 2.7

¹⁶⁴ Wacke, U.2001B.466, s. 1.

Hvor danske (nordiske) teoretikere diskuterer spørgsmålet om hvorvidt sondringen mellem tingsret og obligationsret er nødvendig eller hensigtsmæssig, er diskussionen i Tyskland en ganske anden, idet kritikken af abstraktionsprincippet i tysk teori synes at være en ting, mens det synes fra et tysk perspektiv, utænkeligt overhovedet at stille spørgsmålstejn ved sondringen mellem tingsretten og obligationsretten.

3.1.1.2 En sondring mellem tingsret og obligationsret – hensigtsmæssig eller overflødig?

I det følgende skal knyttes nogle bemærkninger til de forslag og teorier vedrørende sondringen mellem tingsret og obligationsret, som danske (og norske) teoretikere igennem årene har præsenteret.

Ross går blandt andet ind og redefinerer begreberne rådighedsret og fordringsret. Ross' opdeling af rådighedsretten med en realøkonomisk effekt og fordringsretten som et rent retsbegreb er let følges. Ross går imidlertid herefter ind og "genbruger" begreber således, at han på realøkonomisk plan underinddeler begrebet, men genanvender begreberne rådighedsret og fordringsret, i denne sammenhæng med førstnævnte som krav på individuelt bestemte genstande og sidstnævnte som krav på artsbestemte ydelser. Igen underinddeler han den retsfunktionelle sondring, men denne gang således at fordringsrettigheder er modne krav og rådighedsrettigheder umodne krav. Disse "underinddelinger" gør hans doktrin unødvendig kompliceret. Beskrivelsen af eksempelvis fordringsrettigheder som modne krav kan sagtens følges, men begrebernes genanvendelse indenfor samme doktrin skaber forvirring.

Særligt Ross' sammenhæng mellem de tre beskyttelsesprincipper knyttet til de tre arter af kollisioner er muligvis meget udpenslet forklaret, men er ikke desto mindre en god overordnet skitsering af samtlige problematikker i forholdet tingsret og obligationsret, under den forudsætning, at man er enig i hans konklusion om at tingsretten og obligationsretten ikke kan være genstand for en skarp og præcis opdeling.

Mortensens kritik af Ross' doktrin, med blandt andet det argument at det efter doktrinen ikke vil være muligt at holde misligholdelsesreglerne samlet synes korrekt, Mortensen går dog så langt som til helt at mene at sondringen bør afskaffes idet der er tale om begrebsjurisprudens.

Overordnet set bør enhver form for begrebsjurisprudens undgås, og sondringen mellem tingsret og obligationsret er, efter dansk ret, ganske vist ikke helt skarp. Spørgsmålet er dog om dette, særligt indenfor en underinddeling af disciplinen formueret overhovedet er muligt, idet formueretten er yderst omfattende og nogle ville sågar sige kompleks. Såfremt man krævede en ”ren” benyttelse af ethvert juridisk overordnet begreb, er spørgsmålet, hvor mange begreber man i så fald skulle til at redefinere. Konsensusprincippet og dets konsekvenser er forholdsvis ligetil. Men som også beskrevet tidligere, kræver en acceptabel anvendelse heraf visse modifikationer. Ikke desto mindre finder konsensusprincippet anvendelse i Danmark.

Begreberne tingsret og obligationsret er fortsat individuelt definerbare og medfører både en vis struktur i formueretten, samt medvirker til at belyse, at indholdet af rettighederne alt efter, om der er tale om en tinglig ret eller en obligatorisk ret nu engang er forskellige, idet førstnævnte er en ret over tingen som sådan, hvorimod sidstnævnte er en ret overfor en person som forpligtet. Denne gængse opfattelse af begreberne gør formueretten mere overskuelig og helt at afskaffe begreberne, til fordel for det overordnede begreb formueret synes ikke, samlet set, at være en fordel.

I stedet for at afskaffe begreberne obligationsret og tingsret, kunne man også, som Ulfbeck, indføre en ny selvstændig disciplin, med det formål at skaffe overblik og struktur i formueretten. Ulfbeck foreslår således at indføre disciplinen ”tredjemandsret”, hvori henføres alle de konflikter der involverer tredjemand, også de fra obligationsretten og deliktsretten. Hvad denne sondring ville efterlade tingsretten tilbage med er usikkert, eftersom tingsretten ganske vist vedrører rettigheder over tingen, hvilket dog ikke desto mindre netop bliver relevant ved tredjemandskonflikter.

Kinanders forslag om at sondre mellem tingsret og obligationsret med udgangspunkt i reglerne om forældelse, kan, som Mortensen også gør opmærksom på, heller ikke medføre en fuldstændig skarp opdeling af begreberne.

Ovennævnte teoretikere har alle det til fælles, at de ønsker at kategorisere begreberne (eller helt fjerne dem) og deres indhold, således at overlapninger undgås. Problemet med disse kategoriseringer synes dog at være, at tingsretten og obligationsretten nu engang er underbegreberne indenfor formueretten, og en vis overlapning synes derfor uundgåelig, idet tingsretten og obligationsretten i den virkelige verden hører under samme kategori af dispositioner, formueretlige dispositioner. Som

Ross selv beskriver, kan ejendomsretten og obligationsretten ikke adskilles.¹⁶⁵ Som tidligere beskrevet, gør begreberne tingsret og obligationsret formueretten og dens indhold mere overskueligt, og sondringen bør derfor bevares.

3.1.1.3 En analyse af konsensusprincippet

I dansk ret skelnes som nævnt i afsnit 2.3.1.1 mellem speciesgenstande og genusgenstande, når spørgsmålet går på ejendomsrettens overgang. Ved speciesgenstande er reststillingen som nævnt forholdsvis enkel, idet man antager, som følge af konsensusprincippet, at ejendomsretten går fra sælger til køber allerede ved aftalens indgåelse. Som nævnt i afsnit 1.3 vil nærværende speciale hovedsagligt fokusere på specieskøbene, idet det er ved disse køb konsensusprincippet anvendes. Det karakteristiske for speciesgenstande, i modsætning til genusgenstande, er netop, at speciesgenstande ifølge deres natur er individualiserede og usikkerheden omkring, hvilke genstande der er solgt, eksisterer kun for så vidt angår genusgenstande. Ud fra denne betragtning kan konsensusprincippets anvendelse ved speciesgenstande begrundes med, at parterne indgåelse af købsaftalen er et udtryk for deres vilje til, at ejendomsretten overdrages, og speciesgenstandens karakter gør, at yderligere skridt i form af individualisering ikke er nødvendigt. Disse forhold kan føre til argumentet for konsensusprincippet; Parternes vilje om ejendomsoverdragelsen er utvetydige og en yderligere retshandel, hvor parterne igen skal udtrykke viljen til at overdrage, som abstraktionsprincippet i teorien kræver, samt foretage den egentlige overdragelse forekommer i denne situation yderst unødvendig.

I afsnit 2.6 kritiserer Rodríguez-Rosada konsensusprincippet for at medføre særlige vanskeligheder blandt andet i tilfælde af salg af genusvarer samt i tilfælde af købers konkurs. Som han dog også selv erkender, har man fra fransk lovgivers side løst størstedelen af disse konflikter ved at modificere konsensusprincippet. I Danmark er dette ligeledes tilfældet. Således eksisterer ved salg af genusvarer et krav om individualisering¹⁶⁶, og ifølge Købelovens § 39¹⁶⁷ har sælgeren en tilbageholdelses- og standsningsret i tilfælde af anticiperet misligholdelse, hvilket vil være tilfældet ved købers insolvens eller konkurs.

Wieling, som er fortaler for abstraktionsprincippet, bruger, som beskrevet i afsnit 2.6 blandt andet som argument imod konsensusprincippet, at dets "rene" anvendelse slet ikke vil være mulig. Her refererer han muligvis til overdragelse af genusvarer, og denne påstand og er ganske rigtig. Om

¹⁶⁵ Se afsnit 2.4.3: "*Thi Ejendomsretten er ikke noget fra dem forskelligt, der ligger bag ved dem og bevirker dem*".

¹⁶⁶ Om individualiseringskravet (i forbindelse med ejendomsforbehold) henvises til afsnit 2.3.2.1.

¹⁶⁷ Bestemmelsen svarer til Konkurslovens § 54, som dog også anvendes på andre kontraktformer end køb.

argumentet i sig selv taler for abstraktionsprincippet anvendelse kan dog diskuteres. Konsensusprincippet og abstraktionsprincippet kan nemlig siges begge at have det til fælles, at en korrekt anvendelse heraf kræver modifikationer. For konsensusprincippet tilfælde ses kravet til modifikation som nævnt særligt tydeligt i forbindelse med overdragelse af genusvarer. Den ”rene” anvendelse af abstraktionsprincippet ville dog også medføre urimelige resultater, og således er det også antaget, som beskrevet i afsnit 2.4.1.5 såvel som i afsnit 2.4.1.6 at abstraktionsprincippet i visse tilfælde gennembrydes, samt at der eksisterer visse muligheder for at kræve en vare udleveret, i tilfælde af uberettiget berigelse.

Endelig bruger Rodríguez-Rosada også som argument imod konsensusprincippet, at det fratager god-troskravet dets eksistensgrundlaget, idet spørgsmålet om ihændehaveelse, som er af afgørende betydning ved godtros-kravet, efter konsensusprincippet er irrelevant. Det er korrekt, at en ”ren” anvendelse af konsensusprincippet (i tilfælde af salg af speciesvarer), medfører at eneste krav til ejendomsrettens overgang er indgåelse af købsaftalen. Med samme tankegang fra ovennævnte afsnit, kan man dog spørge sig selv, hvorvidt dette egentlig er et argument imod konsensusprincippet. Argumentet er rigtigt nok, men også ved anvendelsen af abstraktionsprincippet ses et overlap, idet kravet om god tro og abstraktionsprincippet har samme beskyttelsesinteresse.

3.1.2 Fra den praktiske synsvinkel

I langt de fleste små dagligdagshandler, køb af rundstykker ved bageren, køb af en avis i kiosken osv. vil abstraktionsprincippet på intet tidspunkt blive nævnt eller overhovedet have betydning for parterne. Ud fra en lægmands synsvinkel vil det sågar synes som om, at man i Tyskland om noget så må anvende konsensusprincippet. Indgåelsen af den obligationsretlige aftale, overdragelse af ejendomsretten til hhv. varen og pengene vil i disse tilfælde være praktisk talt umuligt at skille fra hinanden, og det er vel de færreste der handler i en kiosk, butik eller lignende, som på noget tidspunkt overvejer, at man rent faktisk indgår tre handler.

Abstraktionsprincippet er derfor, ved køb og salg af løsøre, ofte virkelighedsfjernt og forekommer i langt de fleste retshandler unødvendigt kompliceret. Omvendt kan man selvfølgelig argumentere for, at dets eksistens ved disse mindre, og typisk uproblematiske handler som sådan kan være lige-gyldig, idet abstraktionsprincippet følger aldrig bliver aktuelle. Man kommer dog ikke uden om, at

man generelt bør tilstræbe en lovgivning, som, i hvert fald hovedtræk, også er mulig at følge for andre end jurister.

3.1.2.1 Ejendomsforbehold og abstraktionsprincip

I nærværende speciale er både det danske og det tyske ejendomsforbehold blevet skitseret. Formålet hermed er, at belyse, at anvendelsen af hhv. abstraktions- eller konsensusprincippet får betydning, når parterne ønsker, at aftale et gyldigt ejendomsforbehold. Som dansk sælger eller køber er det således ikke tilstrækkeligt blot at være opmærksom på de forskelle, som ejendomsforbeholdene i sig selv indeholder, idet man i værste fald risikerer, at ejendomsforbeholdet er ugyldigt, idet det ikke er korrekt vedtaget. Denne problematik belyses nærmere i dette afsnit.

Når det danske og det tyske ejendomsforbehold sammenholdes, fremkommer adskillelige forskelle. Samtlige disse forskelle skal ikke belyses her, men abstraktionsprincippets eksistens får i høj grad indflydelse på ejendomsforbeholdets rækkevidde og konsekvenser.

Indledningsvist bemærkes det, at det tyske ejendomsforbehold i modsætning til det danske er let at konstruere¹⁶⁸, idet der set med danske øjne, eksisterer ganske få krav til indgåelsen af et gyldigt ejendomsforbehold. Herudover bør bemærkes de udvidede muligheder, der følger af tysk ret, særligt muligheden for at aftale et gyldigt ejendomsforbehold, på trods af at køberen er forhandler af den pågældende vare. En anden tydelig forskel mellem det danske og det tyske ejendomsforbehold er, at det efter tysk ret er muligt at aftale et gyldigt ejendomsforbehold efter overdragelsen. Man kan selvfølgelig godt aftale det efter dansk ret, men ejendomsforbeholdet vil kun være gældende inter partes.

Den mest iøjnefaldende, og måske også mest ligetil konsekvens af abstraktionsprincippet, er, at et gyldigt aftalt ejendomsforbehold også skal fremgå af den tingsretlige aftale. Dette kan få store konsekvenser for den danske sælger. Den danske sælger har muligvis undersøgt købertypen og reglerne i Tyskland, og er derfor allerede et godt skridt på vejen, idet han har taget et ejendomsforbehold for at undgå, at han i tilfælde af købers konkurs, står tilbage med et værdiløst krav, idet alle andre kreditorer har taget et ejendomsforbehold, med den konsekvens for boet, at det er uden værdier. Er han ikke opmærksom på abstraktionsprincippet, og har derfor ikke skrevet ejendomsforbeholdet ind i

¹⁶⁸ Dette fremgår ligeledes af teorien, se eksempelvis Baur/Stürner, Sachenrecht, s. 57 samt Wacke, U.2001B.466, s. 3.

Das dingliche Geschäft, står sælgeren imidlertid uden ejendomsforbehold og kan blot gøre et krav gældende i et højst sandsynligt tomt bo.

Som beskrevet i afsnit 2.4.2.1 anses et ejendomsforbehold indarbejdet i de almindelige leveringsbetingelser tilknyttet købsaftalen, typisk dog også for at være aftalt på tingsretligt plan. Når dette anvendes som den gængse måde, vil ovennævnte konsekvenser dog være mindre graverende. Det bemærkes, at det selvfølgelig er et krav, at de almindelige leveringsbetingelser anses for aftalt mellem parterne i henhold til almindelig kontraktsret.

I U.1983.311H fandtes et ejendomsforbehold, som fremgik af den tyske sælgers almindelige leveringsbetingelser, at være gyldigt vedtaget. Dommen, som egentlig drejer sig om, hvilket lands lov et ejendomsforbehold skal bedømmes efter, er dog også et eksempel på kollisionen mellem det danske og det tyske ejendomsforbehold. I dommen kom Højesteret frem til, at ejendomsforbeholdet, som efter tysk ret var gyldigt, kunne gøres gældende inter partes, men ikke mod køberens danske konkursbo. Den solgte maskine befandt sig i Danmark, hvorfor dansk ret fandt anvendelse, og det kunne fastslås, at de danske betingelser for et gyldigt ejendomsforbehold ikke var opfyldte. Højesteret krævede således, at betingelserne for konsignationssalg var opfyldte (selvom der kun var tale om en enkelt vare), for at ejendomsforbeholdet kunne gøres gældende overfor køberens kreditorer.

Dommen belyser dels, at et ejendomsforbehold i de almindelige leveringsbetingelser er gyldigt, dels at kravene til et gyldigt ejendomsforbehold i Danmark er væsentlig højere end efter tysk ret. Endelig belyser dommen også, som beskrevet i afsnit 2.3.2.1, at der efter dansk ret stilles særlige krav, før et ejendomsforbehold er gyldigt overfor tredjemand.

I de tilfælde, hvor man ikke har skrevet et ejendomsforbehold ind i de almindelige leveringsbetingelser, kræves det som nævnt, at ejendomsforbeholdet fremgår af såvel *Das dingliche Geschäft* som af *Das schuldrechtliche Geschäft*. Når ejendomsforbeholdet skrives ind i *Das schuldrechtliche Geschäft*, kan det dog ikke helt udelukkes, at dette åbner op for at en tysk køber kan misbruge ejendomsforbeholdet, som nærmere uddybet nedenfor.

At man efter dansk ret ingen betænkeligheder har ved at lade ejendomsforbeholdet, som tilhørende en del af tingsretten, kun være fast forankret i den obligationsretlige aftale, ses blandt andet i det

Mortensen¹⁶⁹ kalder købekontrakten for ejendomsforbeholdsdokumentet. Dette understreger ligeledes vigtigheden af, som dansk sælger, at være opmærksom på placeringen af ejendomsforbeholdet.

Det optimale burde være, hvor ejendomsforbeholdet aftales fra handel til handel, at det var muligt, kun at skrive ejendomsforbeholdet ind i leveringskrivelsen, den tingsretlige handel. Såfremt man (ligeledes) skriver ejendomsforbeholdet ind i købekontrakten, vil dette betyde, at købekontrakten er betinget af at køber betaler købesummen til rette tid. Gør han ikke det, falder købekontrakten, pga. betingelsen (*der aufschiebende Bedingung*) i henhold til § 158 BGB bort.

Man kan forestille sig, at ovennævnte situation misbruges af tyske købere, opmærksomme på abstraktionsprincippet, overfor udenlandske og på dette område uvidende sælgere. Hvis man eksempelvis forestiller sig, at en tysk køber kontakter sælger A og aftaler, at denne skal sælge den tyske køber en vare for 10.000 kr., som køberen er klar over er den gængse pris for den pågældende vare. Køberen ønsker at få varen leveret og fortæller, at han vil betale dagen efter, men vil selvfølgelig ikke have at sælgeren skal føle sig usikker, og de aftaler derfor et ejendomsforbehold, som de skriver ind i købsaftalen. Herefter ringer køber til sælger B og får forhandlet sig frem til en pris på 9.000 kr. for en lignende vare. Igen udarbejdes en købsaftale med ejendomsforbehold. Køber indgår en lignende købsaftale med sælger C, men kan oplyse om, at sælger B vil sælge ham varen for 9.000 kr., og får derfor købsprisen helt ned på 8.500 kr. Dette medfører, at betingelsen for købsaftalen ikke opfyldes, og købsaftalen falder derfor bort, med den konsekvens at sælgeren ikke skal levere varen.

Herved tvinges sælgerne til indbyrdes konkurrence og derved til at presse prisen i bund. Køberen ringer nu til sælgerne A og B og siger at han ikke har tænkt sig at betale. Herved har køberen tvunget sælgerne til indbyrdes konkurrence, og kan sælge varen videre med stor fortjeneste.

Den skitserede situation synes ud fra en stringent anvendelse af reglerne holdbar, men man vil dog ikke kunne komme udenom, at domstolene højst sandsynlig ville komme frem til, at køber har handlet culpøst og derved gøre ham erstatningsansvarlig. Ikke desto mindre er situationen god til at belyse muligheden for at udnytte ejendomsforbeholdet, en mulighed opstået på grund af abstraktionsprincippets eksistens, samt belyse de indirekte konsekvenser anvendelsen af abstraktionsprincippet medfører.

¹⁶⁹ Mortensen, Indledning til Tingsretten, s. 304.

Ejendomsforbeholdet er en kendt og meget anvendt konstruktion i Tyskland, særligt set i forhold til Danmark. Det tyske ejendomsforbehold har også den fordel når det sammenlignes med det danske, at dets anvendelsesområde er bredere. Denne forskel er ikke et nyt fænomen, men man kan forestille sig, at finanskrisen sandsynligvis har gjort eller vil gøre sælgerne mere opmærksomme på vigtigheden af sikkerhedsstillelse. Man kan derfor forestille sig, at hvor problematikken tidligere har været, at de danske sælgere, overfor deres tyske købere, slet ikke tog noget ejendomsforbehold, er, eller kan den blive, at de danske sælgere løber ind i problemer, når ejendomsforbeholdet skal håndhæves. Problemer der ene og alene skyldes (ukendskab til) abstraktionsprincippet.

3.2 Abstraktionsprincip eller konsensusprincip?

Indledningsvist huskes på, at abstraktionsprincippet og konsensusprincippet ikke er de eneste principper der anvendes landene imellem. Kausalprincippet og traditionsprincippet kan siges, at være mellemformer af abstraktionsprincippet og konsensusprincippet. Når der i nærværende speciale foretages en komparativ analyse af abstraktionsprincippet og konsensusprincippet, er det dels fordi, disse principper på mange måder ligger længst væk fra hinanden, og dels, idet man kan forestille sig, at disse graverende forskelle i princippernes indhold på grund af Danmark og Tysklands geografiske placeringer kan få større konsekvenser for den dansk-tyske samhandel.

Hvor konsensusprincippet opererer med én retshandel, opererer abstraktionsprincippet med to typer retshandler, og en given handel vil efter abstraktionsprincippet typisk udløse krav om tre retshandler.¹⁷⁰ Hvad måske mere relevant er, at konsensusprincippet medfører ejendomsrettens overdragelse allerede fra aftaleindgåelsestidspunktet, og vel at mærke tidspunktet for den obligationsretlige – og i dette tilfælde – eneste retshandel.

Ligesom forskellene mellem det danske og det tyske ejendomsforbehold ikke er et nyt fænomen, er dette heller ikke tilfældet, når det kommer til forskellene mellem abstraktionsprincippet og konsensusprincippet. Som kort bemærket i afsnit 1.3, finder der pt. en proces i gang hos Europa-Kommissionen, med det formål at foretage en EU-harmonisering af aftaleretten. Det er derfor ikke utænkeligt, at problematikken vedrørende anvendelsen af de forskellige principper tværs over EU

¹⁷⁰ Se afsnit 1.1.

vil blusse op. Som Wacke¹⁷¹ gør opmærksom på er de (vest)tyske juristers tankegang præget af abstraktionsprincippet. Dette er også tilfældet med BGB, som ganske vist ikke nævner abstraktionsprincippet direkte, men dens udarbejdelse er sket med abstraktionsprincippet i baghovedet. Hvad en EU-harmonisering medfører, og evt. hvilket princip der herefter vil være gældende, kan man kun gisne om, men en indførelse af abstraktionsprincippet synes dog usandsynlig, blandt andet set ud fra det synspunkt, at abstraktionsprincippet er det mindst udbredte princip indenfor EU. Man kan derfor forestille sig, at en eventuel EU-harmonisering, såfremt denne bliver forholdsvis vidtgående, vil medføre abstraktionsprincippets afskaffelse og følgelig have store konsekvenser for tysk formueret, idet der ikke alene skal foretages en omfattende revidering af gældende lovgivning, de tyske jurister skal også til at tænke helt anderledes. Generelt kan en eventuel EU-harmonisering derfor have store konsekvenser både på det teoretiske plan, idet en omfattende ændring af tysk formueret bliver nødvendig, og på praktisk plan for stort set alle tyske jurister, der på den ene eller anden måde beskæftiger sig med formueret.

Abstraktionsprincippet og konsensusprincippet synes særligt at have en konsekvens til fælles; Købers kreditorer vil via begge principper kunne blive begunstiget. I henhold til konsensusprincippet, idet overdragelsen af ejendomsretten allerede sker ved aftaleindgåelse, og i henhold til abstraktionsprincippet, idet et ugyldigt *schuldrechtliches Geschäft* ikke får indvirkning på overdragelsen af genstanden fra sælger til køber.

Abstraktionsprincippets store fordel er uden tvivl at ejendomsretten bliver klarlagt, og medfører, at et senere led i erhvervskæden ikke skal undersøge, hvorvidt en tidligere overdrager var berettiget til at disponere over salgsgenstanden. Ulemperne derimod, som generelt belyst ovenfor, er dog mange. Som de tungest vejende ulemper bør på det teoretiske plan fremhæves godtroserhvervens (delvise) overflødiggørelse af abstraktionsprincippet og på det praktiske plan princippets virkelighedsfjerne konstruktion.

Konsensusprincippets klare fordel er, at det ligner den praktiske verden mere, og dermed også er mere logisk for ikke-jurister. At en aftale er bindende, gælder ikke blot hvor konsensusprincippet anvendes, men konsekvenserne af en aftale synes mere ligetil efter konsensusprincippet. Har man indgået aftale om at en given vare er solgt, skifter ejendomsretten fra sælger til køber. En af de væ-

¹⁷¹ Wacke, U.2001B.466, s. 1.

sentligste ulemper kan være, som beskrevet af professor Wacke, at ejendomsretten for tidligt overgår fra sælger til køber.

At konsensusprincippet og abstraktionsprincippet, som beskrevet tidligere i nærværende afsnit, synes at være de principper der lægger længst fra hinanden, ses ligeledes at den netop ovenover foretage analyse af princippernes væsentligste fordele og ulemper. I store træk er abstraktionsprincippet ulemper konsensusprincippets fordele og vice versa. Dette understreger såvel problematikken i, at to nabolande anvender så væsensforskellige principper, som vigtigheden af, som handlende, at være opmærksom på disse forskellige regler.

Abstraktionsprincippet forekommer unødvendigt virkelighedsfjernt. Som Vinding Kruse så sandt formulerer det:

”Sondringer kan være gode, men kun for så vidt de skiller, hvad livet selv skiller ad”¹⁷²

Konsensusprincippet har ganske vist visse ulemper, som en anvendelse af abstraktionsprincippet ikke medfører, her tænkes særligt på fordelene for den tredjemand, til hvem varen videresælges, som på grund af abstraktionsprincippet slipper for at skulle undersøge, hvorvidt sælger er berettiget ihændeher. Sætter man argumenterne for og imod abstraktions – hhv. konsensusprincippet op imod hinanden, vejer argumenterne for konsensusprincippet dog tungest.

4 Konklusion

Formålet med dette speciale var for det første at belyse det tyske abstraktionsprincip og det danske konsensusprincip.

Konsensusprincippets konsekvenser er først og fremmest, at overdragelsen af ejendomsretten finder sted på et tidligt tidspunkt. Dette medfører visse fordele for købers kreditorer. Abstraktionsprincippets konsekvenser er først og fremmest, at den ene retshandels ugyldighed ikke får indvirkning på den andens gyldighed.

¹⁷² Vinding Kruse, Ejendomsretten II, s. 817.

Abstraktionsprincippet blev indført med det formål at skabe retssikkerhed og retsklarhed. I og med at *Das dingliche Geschäft* og *Das schuldrechtliche Geschäft* ikke alene er adskilte, men tillige abstrakte, frembyder dette særlige fordele for videreerhververen, som ikke behøver undersøge den bagvedliggende – obligationsretlige – aftale. Abstraktionsprincippet beskytter således retshandlen. Ligesom med konsensusprincippet, medfører abstraktionsprincippet, i tilfælde af købers konkurs, lat købers kreditorer favoriseres, når abstraktionsprincippet finder anvendelse, i de tilfælde hvor der er sket ejendomsoverdragelse og når konsensusprincippet finder anvendelse, allerede fra aftaleindgåelsestidspunktet.

Det er blevet belyst, at abstraktionsprincippet kan gennembrydes i tre tilfælde. For det første i tilfælde af såkaldt fejlidentitet, hvormed menes mangler, som rammer såvel *Das schuldrechtliche Geschäft* som *Das dingliche Geschäft*. Et eksempel er en viljeserklæring afgivet af en mindreårig i henhold til § 105 BGB. For det andet er det muligt at gennembryde abstraktionsprincippet i tilfælde hvor parterne aftaler at en retshandels gyldighed er betinget af den anden retshandels gyldighed. Hensynet til partsautonomien synes dermed at veje tungest. Endelig og for det tredje er det muligt at parterne aftaler at handlen skal betragtes samlet. Dette vil således udgøre en handel i § 139 BGB's forstand.

Det er endvidere blevet belyst, at abstraktionsprincippet modificeres i henhold til reglerne i §§ 812 og 818 BGB. Bestemmelserne medfører, at en aftalepart bliver forpligtet til at udlevere en eventuel uberettiget berigelse, som ville kunne opstå som følge af, at der er sket ejendomsoverdragelse, men *Das schuldrechtliche Geschäft* efterfølgende viser sig at være ugyldigt.

En redegørelse af de to ejendomsoverdragelsesprincipper medfører ligeledes en redegørelse og forklaring af de argumenter for og imod, der er fremkommet i den danske såvel som den tyske juridiske litteratur.

I den danske litteratur har man særligt diskuteret hensigtsmæssigheden bag sondringen mellem tingsret og obligationsret. Flere juridiske teoretikere er fremkommet med alternative løsninger til den nuværende sondring, eller forslag om, helt at afskaffe sondringen. Det konkluderes, at det synes som om, enhver sondring aldrig vil kunne blive helt fri for overlappinger, men at dette ikke gør enhver sondring uhensigtsmæssig.

Formålet med nærværende speciale har for det andet været, på baggrund af belysningen af de to ejendomsoverdragelsesprincipper, at foretage en komparativ analyse, for på den måde, på det teoretiske plan, at udlede princippernes fordele og ulemper, og på det praktiske plan at udlede omfanget af deres konsekvenser og forskelle for den dansk-tyske samhandel.

Teoriens argumenter for konsensusprincippet er særligt, at det er mere i overensstemmelse med den virkelige verden. Argumenterne imod har været, at ejendomsretten overdrages på et for tidligt tidspunkt, samt at en ”ren” anvendelse af konsensusprincippet er umulig.

Hovedargumentet for abstraktionsprincippet er, at det bidrager til en beskyttelse af retshandlen, idet ejendomsretten klarlægges. Argumenterne imod er generelt, at dets følger er uproportionale i forhold til dets formål, at det på grund af god-tros kravet er stort set overflødigt, samt at det er virkelighedsfjernt.

Generelt kan konsensusprincippet siges at være bedst egnet på det praktiske plan, idet abstraktionsprincippet er mere virkelighedsfjernt. På det praktiske plan, og derfor for den dansk-tyske samhandel, er det som dansk sælger særligt vigtigt, at være opmærksom på abstraktionsprincippet når man indgår aftale om et ejendomsforbehold, idet kravene til ejendomsforbeholdet ganske vist ikke er så strenge som efter dansk ret, men derimod gør abstraktionsprincippet placeringen af ejendomsforbeholdet særlig vigtig.

Endelig er det, ud fra gennemgangen og analysen af de to ejendomsoverdragelsesprincipper, blevet konkluderet, at konsensusprincippet overvejende er at foretrække, frem for abstraktionsprincippet.

Litteraturfortegnelse

- Baur, Dr. Dr. h.c.mult, Fritz
Stürner, Dr. Rolf
Sachenrecht
18. oplag 2009
Verlag C.H.Beck München
Henvist til som: Baur/Stürner, Sachenrecht
- Bryde Andersen, Mads
Lookofsky, Joseph
Lærebog i obligationsret 1 – Ydelsen beføjelser
3. udgave, 1. oplag 2010
Forlaget Thomson A/S, København
Henvist til som: Bryde Andersen og Lookofsky, Obligationsret.
- Däubler, Wolfgang
BGB Kompakt – Die systematische Darstellung des Zivilrechts
Deutscher Taschenbuch Verlag GmbH & Co 2002
Henvist til som: Däubler, BGB Kompakt
- Gomard, Bernhard
Introduktion til obligationsretten
1. udgave, 4. oplag 1989
Jurist – og Økonomforbundets Forlag
Henvist til som: Gomard, Introduktion til Obligationsretten
- Elmer, Michael
Skovby, Lise
Ejendomsretten 1
3. udgave, 1. oplag 1999
Jurist og Økonomforbundets Forlag
Henvist til som: Elmer og Skovby, Ejendomsretten 1.
- Illum, Knud
Dansk Tingsret
3. udgave 1976
Juristforbundets Forlag
Henvist til som: Illum, Dansk Tingsret
- Jauernig, Dr. Othmar
Schlechtriem, Dr. Peter
Stürner, Dr. Rolf
Teichmann, Dr. Arndt
Vollkommer, Dr. Max
Bürgerliches Gesetzbuch – mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
6. oplag 1991
C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung
Henvist til som: Kommenteret BGB
- Kruse, Fr. Vinding
Ejendomsretten 1
1. udgave 1929
Nyt Nordisk Forlag
Henvist til som: Vinding Kruse, Ejendomsretten 1, 1929.
- Kruse, Fr. Vinding
Ejendomsretten II
3. udgave 1951
Henvist til som: Vinding Kruse, Ejendomsretten II.

- Lando, Ole
Kort indføring i komparativ ret
3. udgave, 1. oplag 2009
Jurist og Økonomforbundets Forlag
Henvist til som: Lando, Kort indføring i komparativ ret
- Mortensen, Peter
Indledning til Tingsretten – tredjemandskonflikter vedrørende løsøre
2. udgave, 1. oplag 2009.
Forlaget Thomson A/S København
Henvist til som: Mortensen, Indledning til Tingsretten
- Nielsen, Ruth og
Tvarnø, Christina D.
Retskilder og retsteorier
2. udgave, 1. oplag 2008
Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Henvist til som: Nielsen og Tvarnø, Retskilder og retsteorier.
- Palandt
Kommenteret af Bassange,
Brudermüller, Diederichsen,
Edenhofer, Ellenberger,
Grüneberg, Sprau og Thorn.
Bürgerliches Gesetzbuch
69. Oplag 2010
Verlag C.H.Beck München
Henvist til som: Palandt, BGB
- Robbers, Prof. Dr. Gerhard
Einführung in das deutsche Recht
4. oplag 2006
Nomos Verlagsgesellschaft
Henvist til som: Robbers, Einführung in das deutsche Recht
- Rodríguez-Rosado, Bruno
Abstraktionsprinzip und redlicher Erwerb als Mittel zum Schutze des Rechtsverkehrs
Peter Land – Internationaler Verlag der Wissenschaft 2007
Henvist til som: Rodríguez-Rosada, Abstraktionsprinzip
- Ross, Alf
Ejendomsret og ejendomsovergang
Levin & Munksgaard, København 1935
Henvist til som: Ross, Ejendomsret og ejendomsovergang
- Ross, Alf
Om ret og retfærdighed
3. oplag 1971
Nyt Nordisk Forlag, Arnold Busck A/S
Henvist til som: Ross, Om ret og retfærdighed
- Schlosser, Hans
Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte
3. oplag 1979
C.F. Müller Juristischer Verlag

Henvist til som: Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte

Tamm, Ditlev

Retshistorie
2. udgave, 4. oplag 2009
Jurist – og Økonomforbundets Forlag
Henvist til som: Tamm, Retshistorie

Tamm, Ditlev

Romerret
2. udgave, 1. oplag 2009
Jurist – og Økonomforbundets Forlag
Henvist til som: Tamm, Romerret

Ulfbeck, Vibe

Kontraktens relativitet – det direkte ansvar i formueretten
1. udgave, 1. oplag 2000
Forlaget Thomson A/S København
Henvist til som: Ulfbeck, Kontraktens relativitet

von Eyben, W.E

Formuerettigheder
7. udgave, 1. oplag 1983
Akademisk Forlag
Henvist til som: von Eyben, Formuerettigheder

Wiegand, Wolfgang

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 3, Sachenrecht 2004
Sellier – de Gruyter, Berlin
Henvist til som: Wiegand, Staudingers Kommentar zum
BGB, Buch 3.

Wieling, Hans Josef

Sachenrecht – Band 1, Sachen, Besitz und Rechte an be-
weglichen Sachen
2. oplag 2006
Springer Verlag
Henvist til som: Wieling, Sachenrecht

Wilhelm, Jan

Sachenrecht
3. oplag 2007
De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag
Henvist til som: Wilhelm, Sachenrecht

Videnskabelige artikler

Kinander, Morten

TfR 2003.673
Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter
Henvist til som: Kinander

Lucas, Dr. Christian

Die Daseinberechtigung des Abstraktionsprinzips

Tilgængelig via:

<http://www.muenster.de/~lucas/jura/ Abstraktionsprinzip.pdf>

Henvist til som: Lucas, Die Daseinberechtigung des Abstraktionsprinzips

Wacke, Prof. Dr. Andreas

U.2001B.466

Ejendoms erhvervelsen ved jævn *consensus* eller først ved overgivelsen? Traditionsprincippet's forskellige reception og dets mulige overvindelse i Europa.

Henvist til som: Wacke, U.2001B.466

Forarbejder

Grøn bog fra Kommissionen

Om løsningsmodeller for indførelse af en europæisk aftaleret for forbrugerne og erhvervslivet

Bruxelles, den 1.7.2010

KOM (2010) 348

Tilgængelig via:

www.eu-ophlysnings.dk

Domsregister

Dansk retspraksis:

U.1958.1231

U.1969.620 S

U.1983.311H

U.1987.629 H

U.1991.124 V

Norsk retspraksis:

Rt.1955.872.

Rt.1973.1268.

Tysk retspraksis:

NJW 1952,60,61BGH

NJW 1967, 1128 BGH

NJW 2005, 415,417 BGH