

OBEHÖRIG VINST

Torbjörn Ingvarsson

FORDRINGS-
RÄTTSLIGA
STUDIER 02

Obhörig vinst

Obehörig vinst

Torbjörn Ingvarsson

Brödtexten är satt med DTL Albertina från Dutch Type Library.
Typsnittet ritades ursprungligen av *Chris Brand*.
Grekiska ord [λογος] är satta med Andron från SIAS. Typsnittet
är ritat av *Andreas Stötzner*.
Rubrikerna är satta med LF Thesis TheSans från Lucas Fonts.
Typsnittet är ritat av *Luc(as) de Groot*.

Omslaget är av 240 g MultiDesign Original White från Papyrus
och inlagan av 100 g Munken Kristall ID från Arctic Paper.

Detta arbete är skyddat av lagen (1960:729) om upphovsrätt till
litterära och konstnärliga verk samt dess internationella motsva-
righeter. Detta innebär att mångfaldigande av hela, eller delar av,
texten utan författarens tillstånd inte är tillåtet. Vid återgivande
av delar av innehållet skall källan anges.

Tryckt av TMG Sthlm AB, Sverige
© Torbjörn Ingvarsson 2024
Första upplagan, augusti 2024
ISBN 978-91-531-1566-3

Innehåll

1. Inledning	1
2. Från condictio till obehörig vinst	7
2.1 Inledning	7
2.2 Den allmänna berikandeformeln	9
2.3 De enskilda fallen av berikande	12
2.4 Savignys omarbetning av condictio	14
2.6 En urmodell för obehörig vinst	38
2.7 Den tyska lagstiftningen om obehörig vinst	41
3. Nyttåterkravsläran	47
3.1 Inledning	47
3.2 Sysslomansreglernas nyttobestämmelse	51
3.3 Omyndighetsreglernas nyttobestämmelse	53
3.4 Svensk rättspraxis	57
4. Obehörig vinst i enhet och sönderfall	65
4.1 Obehörig vinst som rättsregel	65
4.2 Obehörig vinst i svensk rättspraxis	76
4.3 Karlgrens fyra fallgrupper	86
4.4 Området för att använda obehörig vinst	93
4.5 Bestämmande av den obehöriga vinsten	98

5. Obehörig vinst och misstagsbetalning	107
5.1 Inledning	107
5.2 Alecta-fallet och Oceanterminalen	109
5.3 Förbrukad arbetsskadeersättning och skogsavverkningsfallet	114
6. Från lagregel till obehörig vinst	123
6.1 Inledning	123
6.2 Nyttiga kostnader	124
6.3 Växelrätten	131
6.4 Skälig ersättning och tariffer	136
6.5 Sammanfattning	140
7. Avslutning och sammanfattning	143
Källförteckning	147

»Men många kunskaper är inte utplånade därför att man glömer dem, eller inte hittar dem i det förgångnas spökkammare, de har bara sjunkit långsamt mot botten varifrån man under snälla vindförhållanden kan hämta upp dem igen. Om man nu inte råkar vara rädd för att bege sig ut på djupa och, som man tror, okända vatten.«

Per Gunnar Evander Veronikas vrede, Stockholm 1993, s. 101

1. Inledning

När Karlgren tar sig an institutet obehörig vinst i sitt bidrag i minnesskriften i anledning av att 1734 års lag fyllde 200 år, inleds texten på ett sätt som sedan upprepas av nästan alla senare svenska författare som skrivit om frågan: Institutet är erkänt och väletablerat utomlands, men motståndet mot det har varit starkt i Norden, men nu är det en realitet även i svensk rätt och det finns många belägg för att obehörig vinst »finns». ¹ Det är en formel, en upprepning som liknar ett frambesvärjande av en undflyende ande, ett eteriskt väsen som verkar ovilligt att ta sin boning bland oss. Inte sällan framhålls, ibland med rätta, att en viss aktad och betydelsefull rättsvetare ställt sig kallsinnig eller rent av avvisande till institutet obehörig vinst och att detta skulle förklara den svaga ställning institutet sägs ha. En sådan roll som vakt mot detta främmande element tillskrevs Lassen i 1900-talets början, Lundstedt under dess första del och Hellner i århundradets mitt. ²

I flera av de stora lagreformerna på 1920-talet aktualiserades frågan om regler som grundade sig på obehörig vinst borde införas, men egentligen infördes sådana regler bara i 5 kap. 9 § förmynderskapslagen ³ som i stort motsvarar regeln i nu gällande 9 kap. 7 § föräldrabalken, och i den närliggande lagen om verkan av avtal, som slutits under inflytande av en psykisk störning. ⁴ Huvudreglerna i dessa lagbestämmelser är emellertid inga renodlade uttryck för en tanke på omfördelning av obehörig vinst, eftersom mottagarens nytta avgränsar kravets storlek och inte motpartens förlust eller mottagarens vinst. Även under arbetet med det som skulle bli lagen om arv diskuterades möjligheten att bygga vissa stadganden på institutet obehörig vinst. ⁵ Frågan berördes på flera

¹ Karlgren »Utan det vises, att det honom till nytta använt är« i Fs 1734 års lag, Stockholm 1934 Bd II s. 631-667, s. 631.

² Se exempelvis *Lejman* Principen obehörig vinst i svensk lagstiftning SvJT 1949 s. 641-655, *Vinding Kruse* Restitutioner, Köpenhamn 1950, s. 645, *Schultz* Nya argumentationslinjer i förmögensrätten – Obehörig vinst rediviva SvJT 2009 s. 946-959, s. 948.

³ Lag 27 juni 1924 om förmynderskap (SFS 1924:320).

⁴ Se vidare särskilt om förebilderna för regeln i förmynderskapslagen avsnitt 3.3 nedan.

⁵ Lag 8 juni 1928 om arv (SFS 1928:279).

2 ställen i betänkandet, men alltid med tveksamhet och slutligt avståndstagande. Bestämmelserna i ärvdabalken som kom till inom ramen för lagstiftningsärendet i mitten av 1920-talet kan alltså inte med fog sägas ge uttryck för någon lagstadgad princip om skyldighet att utge obehörig vinst.⁶

Även i tidigare lagstiftningsärenden hade frågan övervägts. I utredningarna om ny konkurslag 1911 och 1919 fanns tydliga spår av tanken att vissa av återvinningsreglerna borde bygga på läran om obehörig vinst. Särskilt förslaget till reglering av återvinning av gåva i 1911 års förslag byggde på en sådan tanke. Enligt förslaget skulle en särskild beräkning av återgångsbeloppet göras vid återvinning av gåva när gåvan förbrukats eller av annan anledning inte fanns kvar hos mottagaren. Sättet att beräkna beloppet på skulle enligt förslaget utgå från principen om obehörig vinst. Tanken mötte stark kritik från lagrådets flertal. I det slutliga lagförslaget utgick denna regel med hänvisning till den uppfattning som majoriteten i lagrådet uttryckt, nämligen att en sådan lagregel byggd på läran om obehörig vinst skulle vara svår att tillämpa.⁷ Hur man nu än vill motivera återgångsreglerna i konkurslagen, så är det tydligt att det inte var lagstiftarens avsikt att reglerna skulle läsas så att de stödde sig på obehörig vinst.

I några lagar som bygger på internationella konventioner finns däremot regler som tydligt vilar på tanken att en uppkommen obehörig vinst kan läggas till grund för krav mot den berikade. Bestämmelserna i 74 § växellagen (1932:130), 57 § checklagen (1932:131) och regler i flera lagar som rör olika former av immaterialrättsskydd kan nämnas som exempel på sådana regler som skapats med grund i konventioner och andra internationella åtaganden. Det rör sig alltså inte om regler som vuxit fram som resultat av den nationella lagstiftarens överväganden, utan om en strävan efter internationell regelharmonisering på särskilda områden.

Samtidigt som lagstiftaren alltså tycks avvisa tanken att lägga institutet obehörig vinst till grund för lagregler under 1920-talet lägger Högsta domstolen

6 Se SOU 1925:43 s. 181f och s. 372f. Uttalandet på s. 373 är tydligt: »En regel av sådant innehåll skulle emellertid innebära upptagande av principen om utgivande av obehörig vinst i den utformning denna princip erhållit särskilt inom tysk lagstiftning. Fullt genomförd är denna princip hittills främmande för den allmänna civil rättsliga lagstiftningen i vårt land och det har därför så mycket mindre syntts beredningen lämpligt att föreslå dess upptagande i detta sammanhang [...]»

7 Se vidare om detta ställningstagandes betydelse i avsnitt 4.2 nedan.

grunden för en mer allmän vidareutveckling av diskussionen om läran om obehörig vinst i NJA 1925 s. 184. Tvisten hade sin grund i en fastighetsförsäljning, där säljaren förbehållit sig en tidsbegränsad avverkningsrätt på den sålda fastigheten. Avverkningsrätten skulle utgöra en del av betalningen för köpet. Till följd av att viss förbudslagstiftning infördes efter försäljningen, kunde emellertid inte avverkningsrätten utnyttjas av säljaren som avsett. Säljaren gick därmed miste som det ekonomiska värdet av träden på den sålda fastigheten när avverkningsrätten senare förföll i enlighet med villkor i avtalet. Mot bakgrund av dessa omständigheter kom säljaren att stämma köparen för att få ersättning för de träd som nu helt tillfallit köpare som ett tillkommande värde. Högsta domstolens majoritet biföll säljarens talan med motiveringen att köparen gjort en vinst på säljarens bekostnad. Detta plenumavgörande kan med viss rätt sägas vara genombrottet för en praktisk användning av obehörig vinst i svensk rätt.

Min avsikt med denna studie är att närmare beskriva läran om obehörig vinst och under vilka förutsättningar ett krav kan riktas mot någon som gjort en obehörig vinst. Litteraturen om obehörig vinst är redan omfattande. Vissa framställningar om obehörig vinst har därtill fått sådan betydelse, att den som tar sig an läran måste förhålla sig till dem, avsett hur man ställer sig till ämnesbehandlingen i sak. I svensk rätt hör *Hellners* avhandling Om obehörig vinst särskilt utanför kontraktsförhållanden från 1950 och *Karlgrens* studie Obehörig vinst och värdeersättning från 1982 till dessa. Av utländska framställningar finns det särskild anledning att framhålla *Wilburg* Die Lehre von der ungerichtfertigen Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht från 1934 och *von Caemmerers* bidrag Bereicherung und unerlaubte Handlung i första bandet av festskriften till Ernst Rabel 1954. Båda stakade tydligt ut en ny linje i diskussionen om obehörig vinst i tysk rätt som delvis bröt med tidigare synsätt. Utöver de nu nämnda framställningarna, finns en omfattande litteratur där frågor om obehörig vinst behandlas mer eller mindre utförligt.⁸

⁸ Utan att alls göra anspråk på fullständighet, kan här i alfabetisk ordning efter författare nämnas följande bidrag, där obehörig vinst mer allmänt behandlas, nämligen: *Bergström* Om vinstregler och vinstgrundsats, SvJT 1951 s. 247-259, *Håstad* Obehörig vinst som allmän rättsgrundsats i svensk rättspraxis, Fs Bo Madsen, Köpenhamn 2021, s. 195-207, *Kleineman* Obehörig vinst och frågan om vårt behov av rättsliga tvångströjor, TfR 2013 s. 531-549, *Lejman* Principen obehörig vinst i svensk lagstiftning, SvJT 1949 s. 641-655, *Martinson* Det nordiska

Läran om obehörig vinst har en lång förhistoria. Liksom syskoninstituten *condictio indebiti* och *negotiorum gestio* har läran rötter ner i romersk rätt. I det följande kommer därför först i kapitel 2 en historisk genomgång att ske som syftar till att beskriva några utvecklingslinjer. Den historiska framväxten av institutet obehörig vinst har tecknats utifrån hur obehörig vinst beskrivs i svensk rättsvetenskaplig litteratur idag. Någon fullständig redogörelse är det alltså inte fråga om, utan en funktionellt avgränsad beskrivning.

Kanske frågar sig någon varför rättshistoriska utredningar fått ta så stor plats i den här framställningen och den tidigare skriften om *condictio indebiti*. Kunde man inte bara läsa reglerna som de står och lämna det som varit bakom sig? Som jag ser det är dock en sådan inställning ohållbar. I många av dessa frågor argumenterar vi efter mönster som vi inte själva helt bestämt, och som vi kanske inte heller är helt medvetna om. En oförstörd läsning av rättsregler, som om lagtexten skrevs imorse, utan att ha haft föregångare eller höra till någon tanketråd som sträcker sig längre bakåt än natten innan, är knappast möjlig. Den långa linjen behöver därför bli synlig för att se vad som är levande i det gamla och vad som är dött, vad som är användbart och vad som bara tynger tanken.

I kapitel 3 behandlas framväxten av vissa återkravsformer som utvecklats inom ramen för vissa trepartsrelationer. Till dessa regler hör 18 kap. 3 § HB, som ger tredje man rätt till ersättning från huvudmannen när sysslomannen

funktionalistiska angreppssättet och obehörig vinst – Dieselfallet, JT 2019-20 s. 148-170, *dens*. Är den nordiska rättskulturella tanketraditionen ofullgånge? TfR 2019 s. 209–268, *Munukka* Är obehörig vinst en svensk rättsprincip? Ny Juridik 2009 s. 26-34, *Sandström* Obehörig vinst – Svensk privaträttsdogmatik mellan Skylla och Karybdis, Juridisk Publikation 2017 s. 221-243, *Schultz* Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten – Obehörig vinst rediviva SvJT 2009 s. 946-959, *dens*. Obehörig vinst-motiveringar, SvJT 2012 s. 372-383, *dens*. Hur skapas en allmän princip? Exemplet obehörig vinst, Fs Kleineman Stockholm 2021 s. 737-760. Utöver dessa arbeten finns många som rör enskilda frågor, men som inte tar upp läran om obehörig vinst till bredare behandling. Här bör också *Håstad* Tjänster utan uppdrag, Stockholm 1973, nämnas, där den obehörig vinst närliggande rättsfiguren *negotiorum gestio* behandlas och därför även frågor om obehörig vinst diskuteras i inte obetydlig omfattning. Även *Oulis* berör i sin studie Värdeersättning vid återgång, Uppsala 2021, temat. Utöver nu nämnda svenska bidrag och framställningar finns också en mycket omfattande utländsk litteratur om obehörig vinst och närstående läror.

handlat utanför sitt uppdrag men till nytta för sin huvudman, och 9 kap. 7 § FB, som rör avveckling av underårigas rättshandlingar och skyldighet att utge ersättning till den underåriges motpart när avtalet inte blir bindande. Dessa regler, som ofta uppfattats som uttryck för en variant av läran om obehörig vinst, har ett annat ursprung än de mer allmänna formerna som beskrivs i kapitel 2. Avsikten är att synliggöra detta ursprung i en annan tankelinje.

Arbetets materiella huvuddel finns i kapitel 4. Huvudmaterialet för analysen i kapitlet är rättspraxis. Urvalet av rättsfall har skett genom att ta de avgöranden från Högsta domstolen där antingen domstolen själv uttalat sig om användningen av läran eller författare i doktrinen framhållit att avgörandet rör obehörig vinst. Ett av de viktigaste resultaten av denna del av studien och som skall presenteras redan här är att obehörig vinst inte är ett enhetligt institut. Det vore mer rättvisande att tala om flera läror, som fått dela namnet obehörig vinst, men som sinsemellan har få beröringspunkter om de analyseras som rättsregler och inte bara som en övergripande tanke.

I kapitel 5 undersöks hur läran om misstagsbetalning förhåller sig till läran om obehörig vinst. Genom att jämföra rättsfall om obehörig vinst och misstagsbetalning, framträder grundläggande skillnader i de båda lärorerna och som gör att misstagsbetalning står på egna ben och inte bör föras in under läran om obehörig vinst.

Det har emellanåt framförts att det skulle vara möjligt att stödja en allmän regel om obehörig vinst på ett antal lagregler som sägs ge uttryck för tanken, att ingen skall göra en obehörig vinst på annans bekostnad. I kapitel 6 görs ett försök att genomföra en sådan »härledning« i praktiken. Resultatet av undersökningen är att detta inte är en väg att komma fram till en mer allmän regel om obehörig vinst, åtminstone inte utan att resultatet av förfarandet förutsätts redan i premisserna för hur »härledningen« skall gå till. Bilden av obehörig vinst som flera läror under ett namn som framträdde tydligt i kapitel 4 förstärks därmed.

Studien avslutas i kapitel 7 med en återblick och en sammanfattning av de huvudsakliga resultaten.

2. Från *condictio* till obehörig vinst

2.1 Inledning

Ursprunget till läran om obehörig vinst kan med viss rätt läggas antingen i romersk rätt så som den gestaltar sig i Justinianus sammanställning i *Corpus Iuris Civilis* eller i 1800-talets bearbetningar av samma texter. Mellan denna tänkta början och valda slutpunkt finns många förändringar och sidospår som nog bara från slutpunkten kan sägas utgöra en utvecklingslinje. Det som möter oss i *Corpus Iuris Civilis* är nämligen en bara delvis ordnad mängd fall. De textstäl- len som sedan lagts till grund för utvecklingen av läran om obehörig vinst delar i digesta utrymmet med de som lett till institutet misstagsbetalning. Oredan i källorna är tydlig och den som vill försöka slå fast hur en lära om obehörig vinst skulle ha kunnat gestalta sig före Justinianus kodifikation ställs inför närmast oöverstigliga svårigheter.⁹

Schulz skröder inte orden när han lämnar följande omdöme om denna del av Justinianus sammanställning:

»This law is one of the worst parts of Justinian's law; it has confused and irritated generations of lawyers and exercised an evil influence on continental codifications down to our times. The German Civil Code (BGB) is a warning example.«¹⁰

Det finns trots oredan i källorna ändå några säkra punkter att utgå ifrån och en sådan är att *condictio* var en taleform i klassisk romersk rätt. Följer man Gaius

⁹ Jfr *Flume* *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, Fs Niedermeyer Göttingen 1953 s. 103-176, s. 110: »Was die von uns angeführten Quellenstellen selbst anbetrifft, so steht es außer Frage, daß sie zum größten Teil überarbeitet sind. Abgesehen davon, daß es uns nicht um das klassische Recht geht, und weil ferner sich Sicheres dock nicht ermitteln läßt, wollen wir in eine kritische Einzeluntersuchung hinsichtlich der angeführten Stellen nicht eintreten. Die in der modernen Literatur vorgebrachten Interpolationsvermutungen und insbesondere Rekonstruktionsversuche sind so geartet, daß eine polemische Auseinandersetzung mit ihnen unfruchtbar sein dürfte.« Hänvisningar har uteslutits, men i en längre not anför Flume flera exempel på vad han menar.

¹⁰ Schulz *Classical Roman Law*, Oxford 1951, s. 611.

8 Institutioner IV:18, så var *condictio* ursprungligen ett meddelande från en person som vill ha något från en annan person om att inställa sig inför domaren (*iudex*) inom trettio dagar från det att meddelandet överlämnades. Talan var abstrakt i den meningen att grunden för kravet inte behövde anges, utan endast vad den som väckt talan ville uppnå, vilket antingen kunde vara att få ut ett bestämt föremål eller en bestämd summa pengar.¹¹ Som *Zimmermann* framhållit utvecklades med tiden något som med viss rätt kunde kallas fallgrupper inom den abstrakta formen:

»It is obvious that the classical jurists already attempted to carve out certain typical situations in which they were prepared to grant the *condictio*. Yet, for them the *condictio* was still a uniform procedural institution, without specifically differentiated requirements. Thus it would be wrong to insist on the classicity of the *condictiones indebiti*, *ex causa furtiva*, etc. as such – that is, as separate legal institutions. Classical law, strictly speaking, did not recognize specific types of *condictiones*, but applied *the condictio* to a number of situations in which it was thought to be unfair to leave the plaintiff without redress.«¹²

En mängd fallbeskrivningar har alltså sammanförts inte i första hand för att de skulle vara särskilt lika inbördes, utan för att en och samma taleform, *condictio*, kunde användas för att göra ett krav gällande. Bland fallen finns både sådant vi enkelt kunde se som fall av obehörig vinst i moderna rättssystem och sådant som faller tydligt utanför. För en nutida läsare blir det nödvändigt att finna en sorteringsprincip av något slag om inte allt skall förbli en oordnad massa av fallbeskrivningar.

Det perspektiv som valts för den följande framställningen i detta kapitel är att beskriva vägen från texterna i *Corpus Iuris Civilis* till slutpunkten för den romerskrättsliga bearbetningen som sker genom formuleringen av regeln om obehörig vinst i § 812 BGB. Med detta val av syftlinje finns det alltid en risk att läsningen blir *dogmatiserande*, alltså att texterna väljs ut och beskrivs på ett sätt som föregriper senare tidsperioders sätt att förstå textställena. Detta är förmodligen oundvikligt. Det går knappast att försätta sig i sådan »ren« okunskap om vad som skett i mellantiden och bara läsa texterna som de står.

¹¹ *Zimmermann* Law of Obligations, Oxford 1996, s. 835.

¹² *Zimmermann* Law of Obligations s. 838f. I samma riktning *Flume* Fs *Niedermeyer* s. 132.

Valet att beskriva obehörig vinst huvudsakligen efter syftlinjer från § 812 BGB gör det nödvändigt att följa två olika spår som till största delen löper parallellt med varandra, nämligen å ena sidan de tankar som utvecklats i anslutning till maximen att ingen skall berika sig på annans bekostnad och å den andra samlingen av de enstaka fallen där återkrav var möjliga. Detta innebär att den allmänna regeln kommer att behandlas först och därefter några av de särskilda fall som varit av betydelse för den senare rättsutvecklingen.

2.2 Den allmänna berikandeformeln

Det kunde ibland verka som om hela institutet obehörig vinst kunde reduceras till maximen att ingen skall få berika sig på annans bekostnad. Det är fråga om en typ av etisk formel, som ursprungligen hämtats in i de romerska rättskällorna från grekisk stoisk filosofi,¹³ och passats in vid sidan av de konkreta fallen som den också tycks omfamna. Principen finns uttryckt på två ställen i digesterna, först i D. 12.6.14 *Pomp. 21 ad Sab.* och därefter närmast som en upprepning i D. 50.17.206 *Pomp. 9 ex var. lect.*

D. 12.6.14 *Pomp. lib 21 ad Sab.*

D. 50.17.206 *Pomp. lib. 9 ex var. lect.*

Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletio-
tiorem.

Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletio-
riorem.

Som Schwarz påpekat kan man notera att grundformuleringen i de till stor del likalydande textställena egentligen är märkligt bakvänd. Där står nämligen

¹³ Se *Coing* Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts, ZSS 69 (1952) s. 24-59, s. 42 (hänvisningar har strukturerats): »Cicero bezeichnet hier die Bereicherung auf Kosten anderer als Vorstoß gegen die allgemeine *lex divina*, das Naturrecht und die Gerechtigkeit. Das unmittelbare Vorbild für Cicero selbst war hier bekanntlich die Schrift *περὶ τοῦ καθήκοντος* des Panaitios. Wir werden hier also zunächst auf die *stoische* Ethik zurückgeführt. Andererseits war aber in dieser und damit auch bei Cicero die aristotelische Gerechtigkeitslehre jedenfalls mitlebendig. Man wird deshalb in unserer Frage den Sachverhalt wohl am richtigsten formulieren, wenn man sagt, daß der Bereicherungsgedanke in D. 12. 6. 14 nicht auf speziellen Aristoteles-Studien, sondern auf Übernahme spätantiker Popularphilosophie beruht, in die allerdings auch die aristotelische Gerechtigkeitslehre eingegangen war.«

10 egentligen inte att det är oskäligt att någon blir berikad på annans bekostnad, utan att det är skäligt att någon inte blir berikad på annans bekostnad.¹⁴ Formuleringen ger därmed intrycket av en ursäkt för att ha regler som leder till utjämning av vinster, inte en regel som kan läggas till grund för att en vinst skall utges till någon annan. Den traditionella förståelsen är emellertid att det enligt naturrätten är rättvist, att ingen blir berikad genom att skada annan eller genom en orättshandling.¹⁵

Detta leder över till en annan iakttagelse, nämligen vilken typ av regel det är fråga om i de två versionerna. Regeln i D. 12.6.14 är genom placering kopplad till ett specifikt avgörande, medan versionen i D. 50.17.206 står bland en rad mer allmänna regler och maximer. D. 12.6.14 *Pomp. lib. 21 ad Sab.* bör läsas mot D. 12.6.13 *Paulus lib. 10 ad Sab.* som föregår den. I D. 12.6.13 pr behandlas fall då en slav tagit ett lån, vilket egentligen inte var möjligt. Enligt vad som uttrycks på detta ställe uppkommer en naturlig fordran, som visserligen inte kan läggas till grund för ett rättsligt förfarande, men som i vissa avseenden ändå har vissa rättsverkningar. Exempelvis kunde en återbetalning av lånet som den tidigare slaven gjort efter att ha blivit fri inte krävas tillbaka, fastän borgenären själv inte kunnat driva in fordringen. Tematiken är alltså i denna första del verkningarna av betalning när det är fråga om en naturlig fordran. Situationen i D. 12.6.13.1

14 Se Schwarz Die Grundlage der *Condictio* im klassischen römischen Recht, Köln 1952, s. 306 fotnot 16: »Es ist *billig*, daß *niemand* auf anderer Leute Kosten reicher wird« ist eine seltsame Umkehrung, des Gedankens: »Es ist *unbillig*, daß *jemand* ... reicher wird.« Anstößig ist auch die – nur in *lex 206* stehende – inkonzinne Verbindung »cum alterius detrimento et iniuria«; aber fehlen darf »et iniuria« nicht, sonst ist der Gedanke unvollständig.«

15 Jämför översättningen av D. 50.17.206 till tyska av Otto, Sintenis & Schilling Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt, band 4 Leipzig 1832: »Es ist nach dem Naturrecht *billig*, dass Niemand mit des Andern Schaden und durch Unrecht reicher werde.« En exakt översättning där inte översättningsvalen samtidigt bär med sig en viss förståelse av vad som står där är knappast möjlig, utan att samtidigt översättningen förses med en förklarande kommentar för en nutida läsare. Exempelvis bereder uttrycket *iure naturae* problem, eftersom det kan översättas med *naturrätt*, men vad som avses är knappast sådan naturrätt som växer fram senare med kulmen under 1700-talet. Likaså är uttrycket *aequum* svårt att fånga, eftersom det kunde förstås som *rättvisa* eller *billighet*, men också bär en filosofisk tanke om det för var och en beskärda måttet.

är delvis en annan. Utgångspunkten är att en omyndig försträckt en summa pengar utan att ha fått lov att ta emot beloppet av förmyndaren. När den omyndige blivit myndig, betalas sedan beloppet tillbaka av den numera myndiga låntagaren.¹⁶ Tvisten som Paulus haft att ta ställning till var om den nu myndige i denna situation hade ett återkrav mot mottagaren av det återbetalade beloppet. Enligt Paulus mening förelåg ingen rätt att återkräva beloppet, fastän lånet tagits utan förmyndarens tillåtelse. I D. 12.6.13.1 uttrycks rättsregeln utan någon motivering, och ges bara som ett konstaterande att den myndiges återkrav var uteslutet. Det Pomponius uttalat och som återges i D. 12.6.14 blir en form av förklaring eller rättfärdigande av att det inte var möjligt att kräva beloppet tillbaka från försträckningsgivaren, men det är inte en rättsregel.¹⁷ I D. 12.6.14 utgör principen om att det är skäligt att någon inte blir berikad på annans bekostnad i grunden ett försvar mot att ett återkrav (*condictio*) skall kunna riktas mot den som tagit emot pengar som motsvarar ett lån som den omyndige tog. Det är alltså inte fråga om att grunda ett återkrav på regeln och den omvända formuleringen framstår som helt begriplig.

Det finns anledning att fästa uppmärksamheten vid att textvarianten i D. 50.17.206 ges en anknytning till den naturliga rättvisan. I digesternas inledning i D. 1.1.1 *Ulp. lib. 1 inst.* sägs rätten vara det godas och rättvisas konst (*ius est ars boni et aequi*) och juristerna rättvisas prästerskap. D. 50.17.206 kunde i likhet med orden i inledningen av digesterna ses som en ordspråksvändning snarare än en egentlig rättsregel. Det är alltså fråga om en etisk princip som på sina ställen kunde utgöra motivering för att utesluta eller grunda en talan, men inte

¹⁶ D. 12.6.13.1 lyder: *Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit [et locupletior factus est], si pubes factus solvat, non repetit.* Det föreligger i stort enighet om att orden inom hakparentes är ett senare inskott (interpolation), vilket är särskilt intressant här, eftersom de betyder *och därigenom blir berikad*. Egentligen behövs nämligen inte inskottet för att rättssatsen skall bli begriplig, men genom det binds D. 12.6.13.1 och 14.1 samman. Se Schwarz *Condictio* s. 103 fotnot 13, *Niederländer Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht*, Weimar 1953, s. 92 fotnot 16 som starkt framhäver att orden är ett inskott och mot uppfattningen *von Lübtow Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin 1952, s. 48-51.

¹⁷ *Wollschläger Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft, Römisches Recht in der europäischen Tradition: Symposium für Wieacker (Fs Wieacker)*, Ebelsbach 1985 s. 41-88, s. 78.

12 en överordnad rättsregel som kan tillämpas som den står.¹⁸ *Flumes* sammanfattning tycks därmed träffa det rätta: Den klassiska rättsfiguren *condictio* motsvarar genomgående berikandetanken, och sentensen i D. 50.17.206 är välförenlig med den. I den romerska rätten ända fram till sammanställandet av texterna i *Corpus Iuris Civilis* är emellertid tanken inte riktad *abstrakt* mot berikandet hos mottagaren eller minskningen hos den som överfört något, utan stannade vid *den konkreta bedömningen* att någon givit något till en annan och att detta föremål skulle återgå eller om det inte var möjligt föremålets värde.¹⁹ Sentensen i D. 50.17.206 får därmed inget självständigt värde som *regel* i romersk rätt, utan denna förskjutning hör till en senare tids uppfattning av källstället.

2.3 De enskilda fallen av berikande

Den romerska rätten var i huvuddelen kasuistisk, även om det inte saknades mer generella regler. Digestatiteln 12.6 innehåller många enskilda fallbeskrivningar, men för den senare utvecklingen av läran om obehörig vinst har D. 12.1.23 *Africanus 2 quest.* varit av sådan betydelse att den bör behandlas först.

¹⁸ Se *Wollschläger* Fs *Wieacker* s. 81: »Im Ergebnis ist demnach festzustellen, daß sich das Bereicherungsverbot in D. 12, 6, 14 im Original überhaupt nicht unmittelbar auf die *condictio* bezog. Es begründete bei Pomponius eine *exceptio doli* gegen eine *condictio* und gehörte wie fast alle Zitate in das Amtsrecht. Selbst im Rahmen einer naturrechtlichen Lösung der Mündelhaftung, die als Alternative nicht mit letzter Sicherheit auszuschließen ist, hätte das stoische Prinzip die *naturalis obligatio* und damit ebenfalls nur eine Vorfrage der *condictio indebiti* begründet. Die gemeinrechtliche Lehre, das Bereicherungsverbot sei *fundamentum* dieser Klage gewesen, findet in D. 12, 6, 14 keine Stütze.«

¹⁹ Se *Flume* Fs *Niedermeyer*, s. 139: »Die klassische Rechtsfigur der *condictio* entspricht durchaus dem Bereicherungsgedanken, und die Sentenz von D 50, 17, 206 ist mit ihr wohlvereinbar. Man muß nur bedenken, daß der Bereicherungsgedanke verschiedener rechtlicher Ausprägung fähig ist. Allerdings haben die Klassiker – ebenso wenig allerdings auch die Nachklassiker und Kompilatoren – den Kondiktionsanspruch nicht abstrakt am Vermögen des Empfängers orientiert und auf die Vermögensmehrung als Abstraktum abgestellt. Vielmehr sind sie dabei geblieben, daß die *condictio* auf den konkreten, durch *datio* erlangten Erwerb oder den Wert desselben gerichtet ist, wenn die Ausdehnung der *condictio* auf *operae* etc. bereits von den Klassikern stammt.«

Grundfrågan i textstället är om den den som tidigare innehaft viss egendom som inte längre finns i behåll kan åläggas att ersätta förlusten. Texten lyder:

13

D. 12.1.23 *Africanus lib. 2 quest.*

Min översättning²⁰

Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.

När jag haft besittningen av en slav som om den testamenterats till mig och jag sedan sålt, men som testamenterats till dig, kan du, enligt Julianus mening, om den dött få ut köpesumman genom *condictio*, eftersom jag berikats av din förmögenhet.

Den beskrivna situationen är i allt väsentligt lika med den som beskrivs i första ledet av D. 3.5.48 *Africanus lib. 8 quest.*, där det sägs att om en slav som sålts stulit något från säljaren och köparen av slaven sålt det stulna föremålet vidare till någon annan, så har föremålets ägare rätt att rikta en talan på att få ut köpesumman från försäljningen. Rätten att rikta krav på ersättning uppkommer då det som överförts inte längre kan lämnas tillbaka, och själva överlämnandet innebär en förmögenhetsökning för mottagaren. Regeln uttalas ganska klart i D. 12.6.7 *Pomp. lib. 9 ad Sab.*, där det sägs att om något presterats i den felaktiga tron att det förelåg en skuld, så kan antingen det överlämnade föremålet krävas tillbaka eller dess värde (*pretium*).²¹ Det är ställen som dessa som skall komma att utvecklas till läran om obehörig vinst.

²⁰ Översättningarna till svenska utgår genomgående från översättningarna till tyska i *Corpus Iuris Civilis Text und Übersetzung, Digesten 11-20* (utg. Behrends, Knütel, Kupisch & Seiler), Heidelberg 1999, om inget annat anges. I översättningen från tyska till svenska har dock behandlingen av det aktuella textstället i den romanistiska litteraturen som använts ofta vägts in.

²¹ *Pretium* kan betyda både värde och köpesumma, vilket inbjuder till att översätta ordet efter vad man vill ha sagt. Just i översättningen av detta digestaställe är det inte av någon omedelbar betydelse om *pretium* översätts med *värde* eller *köpesumma*, men skulle köpesumma väljas förutsätts att prestationen skett i anledning av ett köp. I D. 12.6.7 nämns emellertid inget om varför prestationen felaktigt skett. Värde är därför den bättre översättningen här.

Dessa enkla fall kan kompliceras med en rad omständigheter. Utgångspunkten är fortsatt att det som överlämnats utan att det fanns någon skyldighet att överlämna föremålet skall lämnas tillbaka. Om det exempelvis skulle ha varit vete eller korn som överlämnats, framgår det av D. 12.6.65.6 *Paulus lib. 17 ad Plaut*, att sädens kvalitet skall beaktas när det som lämnats över skall gå åter. Det är uppenbart att tanken inte varit att exakt samma sädeskorn skulle lämnas tillbaka, utan att samma mängd och kvalitet skall lämnas till den som överlämnat säden utan att vara skyldig att göra det. Har det mottagna genererat avkastning av något slag, uppkommer frågan om vem som har rätt till den. Enligt D. 12.6.65.5 skall även avkastningen lämnas till den som överlämnat föremålet, men med avdrag för kostnader. Visst stöd för denna tanke finns även i D. 22.1.38.2 *Paulus lib. 6 ad Plaut*, där det talas om att när en jordegendom som överlämnats utan att det fanns någon skyldighet att överlämna den lämnas tillbaka, kan även den avkastning som fallit av egendomen krävas ut.

2.4 Savignys omarbetning av *condictio*

Det är i nästan kärleksfulla ordalag *Esser* beskriver hur Savigny med något som kunde kallas siarblick får syn på vad som egentligen döljer sig i röran i de romerskrättsliga källorna. Det är en blandning av missuppfattningar, misstag och kreativa läsningar som nog mer rättvisande kunde kallas intressejurisprudens som leder Savigny i arbetet att finna en grundsats om obehörig vinst:

»Impulsen att visa en enhetlig struktur i den förvirrande positiva mångfalden i vårt exempel [berikelseprincipen] finner vi ingenstans bättre uttryckt än hos Savigny. Han förstår det så, att alla kondiktionsfall, till och med besittningskonditionen, vecklar ut sig i ett ›organiskt‹ system, ›även om det vid första anblick framstår som högst mångfaldigt‹. Savigny visar närmast en siargåva i sin utläggning av ›berikelse tanken‹ ur ställen, som han delvis felaktigt räknar till uppkomsthistorien för *condictio indebiti*, när han i denna situation bedriver äkta intressejurisprudens, exempelvis genom värderingen av särskilda risker vid försträckning genom analys av kreditelementet, som går utöver ›certum debitum‹. Källorna är bara bevisuppgifter för den sakimmanenta rättsliga sanningen, som ingen ›positiv lagstiftning‹ kan dra sig undan.«²²

²² *Esser Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts Tübingen 1956 s. 169: »Nirgends besser als bei Savigny finden wir die Impul-*

En kritisk undersökning av denna del av Savignys framställning i System visar att de romerskrättsliga källorna snarare använts som utgångspunkt för att konstruktivt skapa något som inte egentligen fanns där än att beskriva någon faktiskt praktiserad romersk rätt. Savignys framställning som den står fick dock stor betydelse för den senare rättsutvecklingen.

Savignys lära utgjorde ett brott mot tidigare synsätt och en tydlig omorientering.²³ När läran beskrivs helt allmänt i tredje bandet av System, så är det tydligt att det som eftersträvas är en så långt som möjligt enhetlig grund för kraven. Allt kläs i termer av *condictio*, men sättet att betona olika fall gör att den huvudsakliga grunden blir *condictio sine causa*, även om andra också nämns. Savigny betecknar exempelvis *condictio indebiti* som ett särfall under *condictio*

se zur Nachweisung einer einheitlichen Struktur innerhalb der verwirrenden positiven Vielfalt gerade an unserem Beispiel [die Bereicherungsprinzip] ausdrückt. Er versteht es, alle Konditionsfälle, sogar die Besitzkondiktio, zu einem ›organischen‹ System zu entfalten, ›obgleich uns dies auf den ersten Blick höchst mannigfaltig erscheinen‹. Savigny beweist eine geradezu seherische Kraft in der Entwicklung des ›Bereicherungsgedankens‹ aus Stellen, die er z. T. irrig zur Entstehungsgeschichte der *condictio indebiti* zählt, weil er aus der Situation heraus echt Interessenjuridprudenz betreibt, z. B. durch die Würdigung des Sonderrisikos des Darleihers durch feinste Analyse des Kreditelements, das über das ›certum debitum‹ hinausgeht. Die Quellen sind bloße Beweisstücke für die sachimmanente Rechtswahrheit, denen sich keine ›positive Gesetzgebung‹ entziehen kann.« (Min översättning.) Esser hänvisar på detta ställe till Savigny System des heutigen Römischen Rechts Bd 5, Berlin 1841, s. 511 och följande sidor, där utgångspunkterna för utredningen i System beskrivs.

²³ Se *Hammen* Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1982, som på s. 198 beskriver det som att ett nytt ljus tändes i läran om obehörig vinst och *Wilhelm* Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, Bonn 1973, som på s. 20 uttalar att Savigny med sin bearbetning hade för avsikt att befria läran om kondiktionerna från synsätten i då gällande pandektvetenskap. Se även Se *Schubert* Windscheid und das Bereicherungsrecht des 1. Entwurfs des BGB, ZSS Rom 92 (1975) s. 186-233, s. 191: »Die Kondiktionslehre hatte durch Savigny in seinem ›System‹ eine neue Begründung erhalten.«

16 *sine causa*, men det viktigaste och vanligast förekommande.²⁴ Strävan att skapa en enhetlig grund går dock inte att ta mista på.

I femte bandet av System utvecklar Savigny vidare det som anfördes i tredje bandet om olika typer av *condictio*. Utgångspunkten är försträckningen och det handlar om att förhålla sig till vad som redan finns i källorna.²⁵ Från denna utgångspunkt görs sedan en skillnad mellan att återfå bestämd egendom och fordringar. Savigny ställer rätten att återkräva själva föremålet (*vindicatio*) mot en rätt att få åter samma mängd och godhet.²⁶ Det obligationsrättsliga kravet är en ersättning för att återkräva det tidigare överlämnade föremålet och principen utsträcks till att gälla långt utanför de situationer då det rör sig om en försträckning. Savigny hänvisar vad gäller att fordringsrätten träder istället för *vindicatio* till två digestaställen, nämligen D. 12.6.29 *Ulpianus lib. 2 disp.* och D. 12.1.11.2 *Ulpianus lib. 26 ad ed.* samt en hänvisning till Inst. 2.8.2, som i väsentliga delar motsvarar innehållet i D. 12.6.29.²⁷ Textstället i D. 12.6.29 har följande lydelse:

D. 12.6.29 *Ulp. lib. 2 disp.*

Interdum persona locum facit repetitioni, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate vel furiosus vel is cui bonis interdictum est solverit: nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem exstant nummi, vindicabuntur, consumptis vero condictio locum habebit.

Min översättning

Emellanåt är det en följd av den förpliktades person att återkrav uppstår, såsom när en omyndig utan formellt godkännande av förmyndaren fullgjort eller då en vansinnig (*furiosus*) eller en lättsinnig som inte har rätt att råda över sin förmögenhet presterat. För sådana personer föreligger nämligen inget tvivel om att ett återkrav i grunden skall ske. När mynten ännu finns kvar, kan de vindiceras; har de redan förbrukats, kommer *condictio* till användning.

24 Savigny System des heutigen Römischen Rechts Bd 3, Berlin 1841, bilaga XI s. 359-363. I fotnot d) på s. 360 framhålls: »Dann bleiben folgende, als hierher gehörend, das heißt auf einer irrigen *causa* beruhend, übrig: a. wegen einer künftigen *causa* die *condictio ob causam datorum*, b. wegen einer gegenwärtigen oder vergangenen: die allgemeine *condictio sine causa*, und für einen einzelnen Fall, aber den wichtigsten und häufigsten unter allen, die *condictio indebiti*.«
Fotnoterna 25, 26 & 27 finns på motstående sida.

Det fall som beskrivs i D. 12.6.29 är att en omyndig (*pupillus*) utan förmyndarens tillåtelse förfogat över sin egendom. Ulpianus uttalar att det inte föreligger några som helst tvivel om att en återgångstalan kan riktas mot den som innehar egendomen. Finns mynten i behåll, skall de återgå, men om de förbrukats, föreligger en rätt att få ersättning för myntens värde av den som mottagit dem och förbrukat dem. Situationen i D. 12.1.11.2 är lik denna situation i att även där beskrivs hur någon som egentligen inte kan råda över viss egendom ändå lämnar mynt som försträckning till någon. Rätten att rikta en *vindicatio* står visserligen först, men om mynten inte kan lämnas tillbaka blir frågan om något kan krävas med stöd av *condictio*. I D. 12.1.11.2 görs en skillnad mellan det fallet att mottagaren disponerat över mynten i ond tro (*dolo malo*) eller utan att vara i ond tro om att den som överlämnade mynten inte ägde dem. I fall då mottagaren förbrukat mynten i ond tro, kan de enligt textstället krävas tillbaka av innehavaren med stöd av en särskild talan *actio ad exhibendum*, som gav ägaren rätt att få sin egendom återlämnad av den som hade den i sin besittning. Hade mynten däremot förbrukats av en godtroende mottagare, kvarstod endast möjligheten att rikta ett ersättningskrav mot mottagaren genom en *condictio*.

Savigny beskriver därefter hur detta grundfall utsträcks till andra situationer. Exempelvis kan en *condictio* riktas mot depositarien om det deponerade godset inte kan återställas (D. 16.3.13.1 *Paulus lib. 31 ad ed.*) och när panthavaren olovligen tillgodogjort sig det pantsatta och därför inte kan återlämna det till pantsättaren.²⁸ Det gemensamma är att gods anförtratts annan och att detta inte kan lämnas tillbaka. Det moment som bortfallit är bara syftet hos den som lämnar över egendomen att överlåta äganderätt, men själva givandet är fortsatt kvar som ett grundelement. Savigny går emellertid längre i sin analys av diges-

25 Savigny System Bd 5 s. 512: »Indem ich also das Darlehen als die Grundlage der Conditionen ansehe, und aus ihm das Wesen derselben zu erkennen suche, schließe ich mich ganz an das Verfahren an, welches in den Quellen des Römischen Rechts unmittelbar wahrzunehmen ist.«

26 Savigny System Bd 5 s. 515: »Überall also erscheint die *condictio* als der Ersatz, der anstatt der verlorenen *Vindicatio* eintritt, und dasselbe ausschließende, alternative Verhältniß zwischen diesen beiden Klagen findet sich auch in anderen Rechtsverhältnissen, außer dem Darlehen, wieder.« Hänvisningar har uteslutits.

27 Savigny System Bd 5 s. 515 med fotnot e).

28 Savigny hänvisar i Bd 5 s. 519 i fotnot b) till D. 12.1.1.1 *Ulp. lib. 26 ad ed.* och D. 12.1.4.1 från samma ediktskommentar för att stödja detta.

18 tastället och påstår att det är utan betydelse om den otillåtna dispositionen har gjorts i god eller ond tro och belyser det med ett exempel.²⁹ Antag att en bank tar emot ett kuvert med pengar som deposition. Antag vidare att det förseglade kuvertet av misstag öppnas och innehållet läggs i bankens kassa. I en sådan situation föreligger enligt Savigny en rätt för deponenten att rikta ett krav med stöd av *condictio*, trots att den praktiska möjligheten för deponenten att få tillbaka samma sedlar och mynt som låg i kuvertet inte längre finns kvar på grund av en sammanblandning med andra sedlar och mynt som banken redan hade i sin kassa vilket skett utan avsikt att skada deponenten. Savignys uttalanden om D. 16.3.13.1 är emellertid inte alldeles lätta att förstå efter att ha läst textstället. Förutsättningen i textstället är helt tydlig, nämligen att den som tagit emot det deponerade godset skall ha förfogat över det i ond tro och att deponenten i en sådan situation kan rikta en *condictio* mot den som tagit emot godset.³⁰ Savigny tycks därmed bryta med själva förutsättningen i textstället då han uttalar att det inte är en nödvändig förutsättning för utfallet att det skall gå att rikta en *condictio* mot depositarien även om denna inte handlat i ond tro. Den som överlämnat egendom som deposition till annan har dock enligt vad Savigny framhållit tidigare och i enlighet med D. 12.1.11.2 en rätt att rikta en *condictio* mot den som tagit emot depositionen om det deponerade inte längre finns i behåll.³¹ Huruvida möjligheten att vindicera det deponerade försvunnit eftersom

29 Savigny System Bd 5 s. 518 fotnot a): »Der *dolus* ist hier die Handlung, wodurch der Depositar die Vindication des Gegners unmöglich macht, indem er sich selbst bereichert; er ist hier nur beyspielsweise genannt, weil eine solche Veränderung selten ohne *dolus* Statt finden wird, nöthig ist er nicht. Wenn ein Bankier einen versiegelten Beutel mit Geld als Depositum erhält, dieser Beutel aber aus Versehen erbrochen und das Geld in die eigne Kasse geworfen wird, so entsteht gewiß eine *condictio*, und doch ist hier kein *dolus* vorhanden. Es ist daher irrig, wenn Manche diese *condictio* stets für *furtiva* halten wollen.«

30 D. 16.3.13.1 *in fine*: »Non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, conditione obligari, verum quod dolum malum admiserit.« Innehållet i källstället är att en *condictio* inte kan riktas mot en förvarare av annans egendom endast med grund i att den innehar den deponerade saken, utan det är den svekfulla handlingen som stödjer talan mot depositarien.

31 Se Savigny System Bd 5 s. 518 med hänvisning till avsnitt V, som väl närmast i sammanhanget bör avse uttalandet på s. 515, där det i fotnot f) hänvisas till bland annat D. 12.1.11.2.

mottagaren i ond tro disponerat över egendomen eller av misstag eller annars i god tro ointetgjort deponentens möjlighet att återfå det deponerade skulle därmed sakna betydelse.

Savigny behandlar ofta källorna ganska fritt och den indelning i utvecklingsstadier som görs i System motsvarar inte nödvändigtvis verkliga utvecklingsstadier i romersk rätt, utan är mer idealiserade bilder av utvecklingen. När Savigny betecknar något som ett ytterligare utvecklingssteg från ett tänkt grundfall, är det till del mer fråga om att konstruera än beskriva. Det ursprungliga fallet då *condictio* kunde användas var då någon anförtrotts egendom av ägaren på ett sådant sätt att mottagarens förmögenhet ökade. Ägaren har i denna situation otvivelaktigt rätt att få det anförtrodda åter. Till detta ansluter sedan sådana fall där mottagaren inte får äganderätten utan bara besittningen till det överlämnade, men mottagaren ökar sin förmögenhet genom egenmäktigt tillägnande. Vidare ansluter fall då ägaren visserligen med full vilja överför egendom, men gör detta av misstag och inte för att en skuld föreligger eller annan förpliktelse att överföra egendomen. Slutligen kan *condictio* utsträckas till att omfatta situationen då en tillfällig och grundlös förmögenhetsökning uppstår genom överföring från den enas förmögenhet till den andras.³² Det som binder fallen samman är enligt det synsätt Savigny anlägger på källorna att en förmögenhetsmassa ökar genom att en annans minskar och att förändringen saknar grund eller att den grund som förelegat försvunnit. Eftersom de flesta av förmögenhetsförskjutningarna hade sin grund i den förlorandes egna, frivilliga handlande, var det detta givande, *datio*, som var grunden för återkravstalan (*condictio*). Förlust och vinst binds samman hårt och förmedlas genom ett givande.

I System anges både när krav uppstår och fall då det inte är möjligt att framställa krav. Som allmän utgångspunkt skall det som på annat sätt än genom

32 Savigny System Bd 5 s. 525. Det uttryck som här översatts med »tillfällig och grundlös förmögenhetsökning« är »grundlose zufällige Bereicherung«. Jfr Savigny Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Bd 1 Berlin 1851, där utvecklingen på s. 64 sammanfattas så, att regeln låg i den naturliga utveckling av kondiktionerna, som särskilt tjänade till att angripa varje tillfällig och grundlös berikelse på annans bekostnad (»jede zufällige grundlose Bereicherung aus fremden Vermögen anzufechten«). I fotnoten r) till detta anges stödet vara just denna del av System och ytterst de två digestställena D. 12.6.14 och D. 50.17.206.

20 den egna viljan övergått i annans egendom, oavsett om detta beror på förvärvarens handlande eller helt tillfälliga omständigheter, kunna grunda ett krav, förutsatt att vinsten gjorts på ägarens bekostnad.³³ Först av de fall där kravet kan framställas nämner Savigny då någon fått besittningen till ett föremål och sedan sålt det vidare. Hade föremålet funnits kvar hos den som sålde föremålet vidare, hade en vanlig vindikationstalan varit möjligt, men när föremålet försvunnit ur besittarens förmögenhetssfär, återstår bara ett penningkrav. Kravet riktas då mot den penningsumma som trätt i förmålets ställe när det såldes vidare. Samma regel gällde även då någon förbrukat föremålet och Savigny exemplifierar detta med att någon som orättmässigt besitter mark som ger avkastning tillgodogör sig avkastningen.³⁴ Bland andra exempel då ett krav uppkommer nämns fall av bearbetning eller sammanfogande. Konkret nämns då någon använt annans purpur för att färga kläder och purpurn därigenom blivit en del av tyget och inte längre är en självständig sak. Även vardagliga fall då druvor görs till vin, oliver pressas till olja eller sädeskorn mals till mjöl görs genom hänvisning till Gai. II:79 till exempel på situationer då en obehörig vinst uppkommer och en *condictio* kan komma till användning. Genom bearbet-

33 Savigny System Bd 5 s. 523: »Auch Dasjenige aber kann *condicirt* werden, was aus meinem Vermögen anders als durch meinen Willen in fremdes Eigenthum übergeht, sey es daß der Andere durch seine Handlung, oder durch zufällige Umstände, auf meine Kosten bereichert werde.«

34 Savigny anför i System Bd 5 s. 524 fotnot b) flera romerskrättsliga ställen till stöd för det som uttalas i huvudtexten. Bland dessa rör D. 10.1.4.2 *Paul. lib. 23 ad ed.* direkt rätten till avkastning från jord och D. 12.1.4.1 *Ulp. lib. 34 ad Sab.*, avkastning av pantsatt egendom efter utgången av tiden då panten skulle stå kvar. Även D. 44.1.18 *Africanus lib. 9 quest.* och C. 4.9.3 rör rätten till avkastning och möjligheten att genom *condictio* kompenseras. Likaså rör D. 13.7.22.2 *Ulp. lib. 30 ad ed.* frågor om rätten till avkastning. Situationen i textstället är den, att en orättmätig innehavare (*praedo*) av ett föremål pantsatt detta. Föremålets ägare har i denna situation rätt att vindicera avkastningen från den orättmätiga innehavaren och om avkastningen förbrukats kan istället en *condictio* riktas mot pantsättaren. I raden av textställen nämns också det svårtolkade stället D. 12.6.55 *Papinianus lib. 6 quaest.* som också kunde sägas röra fall då *condictio* kommer till användning för att kräva ersättning när någon fått avkastning den inte skall ha. Textstället har viss betydelse för förståelsen av Savignys resonemang och behandlas därför mer utförligt nedan.

ningen går det ursprungliga föremålet förlorat för ägaren och kan inte praktiskt återlämnas. En vindikationstalan är därför inte möjlig, men en möjlighet att få ersättning uppstår istället.

Valet av exempel på bearbetning förtjänar en kort reflektion. Det kan vara lätt att glömma bort, att titeln på Savignys arbete är System des heutigen römischen Rechts. Både ordet *heutigen* och *römischen* är betydelsebärande, och kunde översätta med *dagens*, eller kanske hellre den *moderna*, *romerska* rättens system. Stödet för resonemangen i System är genomgående romerskrättsliga källor och ibland blir huvudtexten fullt begriplig först när man sätter sig ner för att förstå källstället och de omständigheter som den utgår ifrån. Att druvor görs till vin och säd mals till mjöl är vardagsnära exempel då System skrivs och även att oliver pressas till olja kan nog passera, men färgning med purpur förekom knappast i Tyskland under 1800-talet och heller inte under föregående århundraden. Exemplet med färgning med purpur är en omskrivning av Inst. 2.1.26, där frågan gäller i vilken mån den som tagit purpurfärgat garn och vävt in det i ett tyg blir ersättningskyldig för att ha tagit annans garn till vävnaden. Källornas grepp om rättsvetenskapen är i sådana fall närmast övertydligt, när inte ens färgmedlet purpur byts ut till något som faktiskt användes i samtiden. De romerskrättsliga textställena utgör emellertid stöd för lösningar, oavsett hur världen av idag såg ut, men för att förstå vad källorna stödjer, måste man förstå vad de handlar om eller åtminstone vad de ansågs handla om i början av 1800-talet. För att förstå Savignys uttalanden i System, tvingas vi därför som läsare av den nu mer än etthundrafemtio år gamla texten ofta att röra oss mellan två *då*, ett *då* i Savignys samtid och ett *då* när den romerskrättsliga källan fixerades i den form vi sedan möter den i utgåvor av Corpus Iuris Civilis och Gaius institutioner.

Dessa dubbla *då* kan vara en hjälp för att bättre förstå texten i System. Ett sådant svårbegripligt påstående är följande som kommer efter ett stycke där Savigny anger när ett krav uppkommer och när detta är uteslutet. Som exempel på när ett krav uppstår anförs att någon lämnat pengar till annan i tron att det förelåg en skuld, medan krav är uteslutna i fall då någon gjort ett förmånligt köp, där föremålet köpts till underpris. Inte heller vid gåvor kan gåvogivaren kräva ersättning från mottagaren, åtminstone inte om det fanns en gåvoavsikt hos givaren. De bygger samtliga på tanken att ett givande (*datio*) föreligger och de utgör utvidgningar av detta fall på grund av inre samband (*aus innerer Verwandtschaft*). Det mesta i framställningen verkar klart fram till detta påstående, som ser ut som en tanke som slängts in i efterhand:

»Likväl är det också nödvändigt, att det som tjänade till att berika den andre verkligen tidigare hört till förmögenheten hos den som vill grunda en kondiktionstalan på användningen.«³⁵

Uttalandet är inte helt lätt att förstå och har skapat osäkerhet om vad Savigny egentligen menade. Som stöd och som en möjlig nyckel för att förstå texten finns en fotnot med en hänvisning till digestastället D. 12.6.55 *Papinianus lib. 6 quaest.* där den motsats som uttalas i huvudtexten enligt Savigny skulle ha framhävts med särskild skärpa, särskilt i textställets sista del.³⁶ Savignys uttalande framstår, trots det som borde vara en klagörande hänvisning, som förvirrande.

Försöker vi nu använda de dubbla *då* som nyss beskrivits, kan det konstateras att hänvisningarna till textstället D. 12.6.55 är ganska få i Savignys samtid. Det nämns exempelvis inte alls i registret till Glücks Pandekten och även i övrigt är hänvisningarna få.³⁷ Gör man istället ett försök att förstå D. 12.6.55 som *romersk rätt* för att på det sättet bättre förstå Savignys uttalande, kan man

35 Savigny System Bd 5 s. 526 f: »Eben so ist es aber auch nötig, daß Dasjenige, welches dem Anderen zur Bereicherung diene, vorher schon wirklich einmal zum Vermögen Dessen gehört habe, welcher darauf eine Condition gründen will.«

36 Savigny System Bd 5 s. 527 fotnot *e*): »L. 55 de cond. ind. (12.6.), worin dieser Gegensatz besonders scharf hervorgehoben ist; am bestimmtesten in den letzten Worten der Stelle.«

37 D. 12.6.55 tas inte med i registret över behandlade källställen. Först i *Reinhardtts* kompletteringen till Glücks Pandecten, band 4.1 Stuttgart 1838, nämns det. Den förklaring som lämnas i anslutning till översättningen till latin av det grekiska textstället Basiliká 24.6.55 under titeln *De eo qui indebitum solvit, et solutum repetit* som citeras förkortat efter Fabrots utgåva Paris 1647 band 3 s. 558 (och som avviker en del i översättningen till latin från Heimbachs senare utgåva), ger inget i sak för den fråga som diskuteras här. Stället nämns också hos *Arndts Lehrbuch der Pandecten*, 1 upplagan München s. 1852 s. 518-520 (§ 340). Där står på s. 518, med not 3 på s. 519: »Dieser Satz wäre falsch, wenn er so verstanden würde, daß, was dem Andern zugekommen ist, vorher im Vermögen des Condicienden gewesen sein müsse.« Det är mer av en upprepning än en förklaring.

konstatera att stället inte heller behandlats i någon större omfattning i modern romanistik. Textstället är därtill påfallande svårt att översätta. Ett av skälen till översättningsproblemen är att det rör handlande av en person som genom texten betecknas som *praedo*, med flera av sammanhanget beroende möjliga översättningar. En möjlig översättning är *ondtroende besittare av ett föremål* och denna betydelse används i flera översättningar. Frågan är bara om en besittning i egentlig mening är nödvändig, eller om det räcker med ett innehav, utan besittningstagande. Digestastället rör tre olika situationer där föremål hyrs ut och frågorna som besvaras är i vilken mån den som betalat hyra eller annan ersättning för att bruka föremålet kan kräva ersättningen åter och om föremålets ägare har rätt att kräva att utfå den mottagna ersättningen från den som utan att vara ägare till föremålet hyrt ut det. De närmare förutsättningarna för uthyrningarna anges inte, utan det är nödvändigt att göra vissa antaganden utifrån vilka ord som använts.

I det följande har jag valt att följa den utläggning som *Wacke* gjort och som ligger till grund för den tyska översättning av digestastället som också presenteras nedan.³⁸ Hur textstället översätts påverkas av vilka rättsliga förhållanden översättaren utgått från beskrivs i texten och här har jag funnit den översättning som annars används i detta arbete materiellt bristfällig.³⁹ Här bör även en annan svårighet vid behandlingen av textstället framhållas. Eftersom översättningen är ett resultat av *romanistikens* synsätt, är det möjligt att den inte motsvarar vad *Savigny* avsåg när han hänvisade till textstället som stöd för sin slutsats i ett arbete där texterna i CIC var en del av *gemeines Recht*, alltså *ett levande rättssystem under utveckling*. Som kommer att framgå nedan är den skillnaden dock möjligen av mindre betydelse för förståelsen av *Savigny*, men däremot av större betydelse för senare utläggningar om vad *Savigny* kan ha menat på det aktuella stället i *System*. Textstället D. 12.6.55 har följande lydelse:

38 *Wacke* *Papinian 12.6.55: Unbefugte Vermietung und ungerechtfertigte Bereicherung – Die Eingriffskondition als Vindikationsfortwirkungsanspruch*, Studi per Giovanni Nicosia (Fs Nicosia) Bd 8 Milano 2007 s. 393-433, s. 413.

39 Jfr *Wacke* *Fs Nicosia* s. 397 fotnot 11: »Richtig übersetzen lässt sich ein Text eben nur Hand in Hand mit seiner Auslegung (eine alte Erfahrung). Und eine gute Interpretation erfordert oft sehr langes Nachdenken.«

D. 12.6.55 *Papinianus lib. 6 quaest.*

Si urbana praedia locaverit praedo, quod mercedis nomine ceperit, ab eo qui solvit non repetetur, sed <is> domino erit obligatus.

Idemque iuris erit in vecturis navium, quas ipse locaverit aut exercuerit; item <in> mercibus servorum, quorum operae per ipsum fuerint locatae.

Nam si servus non locatus mercedem ut domino praedoni rettulit, non fiet accipientis pecunia.

Quod si vecturas navium, quas dominus locaverat, item pensiones insularum acceperit, ob indebitum ei tenebitur, qui non est liberatus solvendo.

Wackes översättning

Wenn ein Bösgläubiger städtische Grundstücke vermietete, kann das, was er als Mietzins vereinnahmte, vom Leistenden nicht zurückgefordert werden; vielmehr haftet er (der Empfänger) dem Eigentümer.

Dasselbe wird rechtens sein bei Frachtgeldern für Schiffe, die er selber vercharterte oder ausrüstete; ebenso bei Löhnen von Sklaven, deren Dienste er selber vermietete.

Was aber ein nicht (von ihm) vermieteter Sklave an Lohn dem Bösgläubigen, den er für seinen Herrn hielt, ablieferte, wird nicht Geld des Empfängers.

Wenn er jedoch die Fracht für Schiffe, welche der Eigentümer verchartert hatte, oder den Zins für Mietskasernen kassierte, so wird er wegen der (Leistung auf eine) Nichtschuld demjenigen haften, der durch seine Leistung nicht befreit wurde.

Min översättning

När en ontoende (*praedo*) hyr ut fast egendom i staden, kan det som han tog emot som hyresbetalning inte återkrävas av den betalande; snarare är han (mottagaren) ansvarig gentemot ägaren.

Detsamma bör gälla fraktavgifter för fartyg som han själv chartrat eller utrustat; likaledes för löner för slavar vars tjänster han själv hyrt ut.

Det som en uthyrd slav överlämnar av erhållen lön till den ondtröende (som inte hyrt ut slaven), blir däremot inte mottagarens pengar.

Men om han uppbar hyran för fartyg som ägaren hade chartrat ut eller hyra för hyreskaserner, kommer han att vara ansvarig för (prestation för) en icke-skuld (*indebitum*) gentemot den som inte blev befriad genom sin prestation.

D. 12.6.55 <i>Papinianus lib.</i> 6 <i>quaest.</i>	Wackes översättning	Min översättning
Quod ergo dici solet praedoni fructus posse condici, tunc locum habet, cum domini fructus fuerunt.	<i>Was man also zu sagen pflegt, dass man die von einem Bösgläubigen gezogenen Früchte kondizieren könne, trifft für den Fall zu, dass dies Früchte des Eigentümers waren.</i>	Det man alltså brukar säga, att man kan kondicera avkastningen (<i>fructus</i>) som en ondtröende tagit emot, stämmer för det fallet att avkastningen var ägarens.

I det första fallet (*Si urbana praedia*) rör det sig om att någon hyr ut fast egendom som han inte själv äger. Uthyrningen är inte tillåten och uthyraren betecknas därför som *praedo*, alltså ontroende i förhållande till sin rätt att hyra ut fastigheten.⁴⁰ När hyrestagare betalar hyra till den som den tror har rätt att hyra ut egendomen och som för hyrestagaren framstår som hyresvärd, uppkommer frågan vem som har rätt till den erlagda hyresbetalningen. Hyrestagaren har ingen möjlighet att få den betalda hyran åter av hyresvärden, eftersom det mellan dessa finns ett giltigt avtal. En återkravstalan som *condictio indebiti* är därför utesluten här.⁴¹ Frågan återstår dock i vilken mån hyresvärden i förhållande till den som äger det som hyrts ut har en skyldighet att utge den hyra som hyrestagaren betalat till hyresvärden. *Papinianus* svarar att fastighetens ägare har ett krav mot hyresmottagaren, och i detta ligger underförstått att hyrestagaren betalat med befriande verkan, fastän upplåtelsen skett olovligen.

På detta första fall följer två exempel som skall visa hur regeln om rätten till

⁴⁰ Se utläggningen av ordet *praedo* hos Wacke *Fs Nicosia* s. 393-397. Svårigheten att översätta begreppet visar sig också i överföringen av stället till grekiska i *Basiliká*. Där används i 24.6.55 beteckningen ἀναίδης som närmast betyder *skamlös*, alltså starkt moraliserande när det används om människors handlande. I översättningen tillbaka från grekiska till latin använder både Fabrot och Heimbach ordet *improbus*, som betyder *skamlös* eller *omoralisk*. Som Wacke beskriver det med hänvisning till olika källskällan kan dock begreppet förstås mer tekniskt som ett annat sätt att beteckna en *ondtröende besittare* eller bara *ondtröende*, utan att ta ställning till om personen också i rättslig mening haft besittningen till föremålet som hyrts ut.

⁴¹ Wacke *Fs Nicosia* s. 416.

26 avkastningen fungerar (*Nam si servus* och *Quod si vecturas navium*). Mest intressant är den olovliga uthyrningen av annans slav, men den rättsliga hanteringen är densamma. Slaven har utfört arbete för någon utomstående och den ondtroende har tagit emot den lön som slaven fått för sitt utförda arbete. Den ontoende har då inte rätt till de medel som slaven överlämnar. Slaven kan *för det första* inte själv rättshandla, utan är i detta sammanhang rättsligt sett bara ett viljelöst redskap.⁴² Överlämnandet från slaven kan därför inte grunda någon rätt för den ondtroende mottagaren. *För det andra* har något avtal om rätt till avkastningen för slavens arbete inte slutits av mottagaren. Lönen var avsedd för slavens herre och den ondtroende kan därför inte få rätt till medlen. Finns pengarna som den ondtroende tagit emot kvar, kan föremålets ägare kräva ut dem med stöd av en vindikationstalan. Skulle pengarna ha förbrukats av den ondtroende, kan ägare rikta en *condictio*-talan mot den ontoende med krav att få motsvarande summa utlämnad.⁴³

Slutligen (*Quod ergo dici*) sammanfattas de konkreta fallen med motsentensen, som ställs mot ett antagande om en annan regel, nämligen att bara om av-

42 Det måste framhållas, att slavar enligt romersk rätt är föremål, men också samtidigt människor. Slavar kunde rättshandla för sin husbonde och hade vissa begränsade rättigheter och skyldigheter. Även om slaven inte i egentlig mening kunde äga, kunde en slav ha en form av säregendom, *peculium*, som visserligen formellt var ägarens, men som slaven kunde använda. Dubbelheten i att en slav å ena sidan bara var ett föremål, kanske närmast att likna vid en ox eller en häst, och å andra sidan visserligen ofria, men högt uppskattade personer som undervisade, skötte affärer och utförde andra kvalificerade sysslor, är viktig för förståelsen av många källställen. I D. 12.6.55 är slaven inte del i avtalet, utan bara ett viljelöst redskap för sin husbonde. Se angående de motsägelsefulla reglerna om slavar i romersk rätt *Avenarius* i inledningen till *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS) Stellung des Sklaven im Privatrecht IV:3*, Stuttgart 2017 med vidare omfattande hänvisningar.

43 Som framhållits tidigare, är *condictio* en bred talan och vilken form som kommer till användning här framgår inte av textstället. Närmast till hands ligger nog *condictio furtiva* som kan riktas av betalaren mot mottagaren. Den ondtroende gjorde sig nämligen genom att ta emot medlen sig skyldig till *furtum*. Se vidare *Wacke* *Fs Nicosia* s. 419 fotnot 70 och *Heine* *Condictio sine datione: Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB*, Berlin 2005 s. 83.

kastningen var ägarens kan den krävas ut av en ondtröende. Uttalandet är kort-hugget och läst för sig dunkelt. Den som hyrt ut annans egendom och uppburit hyra för detta, måste lämna ut det mottagna beloppet, eftersom hyran är att betrakta som avkastning som ägaren har rätt till. Har ägaren själv slutit hyresavtalet, men en ondtröende uppburit hyresbetalningen, befrias inte betalaren. Ägaren kan heller inte kräva något av den som tagit emot hyran, men däremot kräva hyrestagaren, som tvingas betala hyran igen. Den ondtröende mottagaren har däremot skyldighet att betala tillbaka vad han tagit emot till hyrestagaren.

Återvänder man till Savignys uttalande, att det som tjänat till att berika någon måste ha hört till förmögenheten hos den som vill grunda en kondiktionstalan på användningen, och försöker koppla det till digeststället D. 12.6.55 *Papinianus lib. 6 quaest*, så blir det tydligt att det som avses inte är direkt överföring från en till en annan, utan att någon berikar sig genom att ta emot avkastningen av något som vid den tidpunkten ägdes av den som nu vill rikta en berikelsestalan. Föremålet gav avkastning som skulle ha tillkommit ägaren, men istället har någon annan erhållit den. Denna tanke går sedan att utvidga i ytterligare ett steg, om man inte kräver en formell avkastning, utan anser att det är tillräckligt att någon annan form av ekonomisk fördel uppstår. Det är inte nödvändigt att det som blir en förmögenhetsökning hos den andra också tillhörde den som kan rikta krav på obehörig vinst, utan förutsättningen för kravet är att det som nyttjats för att åstadkomma förmögenhetsökningen verkligen tillhörde den som vill rikta ersättningskrav mot den berikade.

Det är lätt att man som läsare lägger in en underförstådd förutsättning om att vinsten även i detta fall skall ha uppstått genom att något *överförs* från en till en annan och att vinsten uppkommer därigenom, men texten skall läsas just som den står.⁴⁴ Läser man emellertid texten så som den står, sägs nämligen att

44 Se härtill *Wilhelm* *Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung*, Bonn 1973, s. 32 som enligt min mening träffar det rätta i förståelse av textstället: »Savigny ist beim Wort zu nehmen, und der Widerspruch löst sich auf: Nicht dasjenige, worin die Bereicherung des anderen besteht, muß vorher schon wirklich einmal zum Vermögen des Gläubigers gehört haben, sondern es ist nötig, daß dasjenige, welches dem Anderen zur Bereicherung diente, vorher schon wirklich einmal zum Vermögen Dessen gehört habe, welcher *darauf* eine Condition gründen will.« Der Gläubiger muß geltend machen, daß Rechtsgüter seines Vermögens dem anderen zur Bereicherung diente, d.h. daß der ande-

28 det som använts för att berika den andre måste ha hört till den som framställer talan. Läser man texten på detta sätt, ger den uttryck för tanken att redan en användning, utan att föremålet självt överförts till den andra, kan grunda en talan om ersättning mot den som nyttjat egendomen, men att bara den som faktiskt varit ägare eller annars haft rätt att bestämma över vem som skulle använda egendomen kan framställa en sådan talan. Underförstått ligger nog att användningen som ledde till en obehörig vinst måste ha skett då föremålet ingick i förmögenheten hos den som framställer talan om utgivande av vinsten.

Det som nu beskrivits kan kanske som enskildheter inte se så märkligt ut, men sammantaget omformas *condictio* som grund för anspråk. Savigny läser källorna på ett nytt sätt och löser upp kravet på att det är överföringen som skall återgå och byter balanspunkt till att det är en förmögenhetsökning som skall utjämnas.

Det finns emellertid också fall som vi idag betraktar som tydliga fall av obehörig vinst, men som inte så lätt går att förena med den beskrivning av grundsituationen som Savigny framhåller. Till dessa hör både då någon utfört arbete för annan, i tron att det förelåg en skyldighet att utföra arbetet och då

re sich mit Hilfe von Rechtsgütern des Gläubigers bereicherte. In der Abstrahierung zur Bereicherung aus fremdem Eigentum hatte Savigny den Gegensatz zwischen Vermögensverschiebung unter der Bereicherung durch Veräußerung fremder Sachen aufgehoben, in seinem zweiten Tatbestandsmerkmal zur ‚angemessenen Begränzung‘ der Bereicherung aus fremden Vermögen kehrt die Abstrahierung in begrifflicher Schärfe wieder: Das Merkmal umfaßt beide Fälle, sowohl den der gegenständlichen Vermögensverschiebung, in dem die Rechtsgüter des Gläubigers dem Schuldner dadurch zur Bereicherung dienen, daß sie selbst in das Vermögen des Schuldners übergehen, als auch den Fall unbefugter Veräußerung fremder Sachen, allgemeiner: der Bewirkung einer Vermögenmehrung beim Schuldner durch Rechtsgüter, die dem Gläubiger zustehen. Es ist eine präzise Formulierung Savignys, wenn er sagt, daß der Kondizent darauf seine Kondiktion gründet, daß Güter, obwohl sie zu seinem Vermögen gehört, ihm also zustanden, dem Gegner zur Bereicherung dienten. Diese Zur-Bereicherung-Dienen, das entweder ein Rechtsübergang im Wortsinn oder ein Sichdienstbar-Machen, ein Ansichziehen, kurz die Anmaßung fremden Rechts sein kann, ist, wie wir jetzt endgültig feststellen können, der ‚Übergang eines Rechts‘, dem nach dem ersten Erfordernis ‚die causa entzogen‘ sein oder ‚stets gefehlt‘ haben muß.«

någon nyttjat en bostad eller en lokal utan att ha fått lov till det av husets ägare. Savigny behandlar båda dessa fall i samband med frågor om var gränsen går för en gåva, även om båda också nämns i avsnittet om *condictio*.

Savignys behandling av situationen att någon utfört arbete för annan utan att det förelegat någon skyldighet att utföra det tar sin utgångspunkt i digestastället 12.6.26.12. Det är viktigt att betona att det i stället rör sig om en situation där den som utfört arbetet trots sig ha en skyldighet att utföra arbetet, vilket gör att det inte föreligger ett fall av tjänst utan uppdrag. Problemet är givetvis att det utförda arbetet inte kan återföras. Ändå framhåller Savigny med tydlighet, att om det är fråga om arbete som utförs mot betalning, så skall ett bestämt penningbelopp återföras.⁴⁵ Något liknande gäller också när det är fråga om att någon använt en bostad eller lägenhet utan att ha slutit avtal om detta med husets ägare. Svårigheten även här är givetvis att bestämma ett värde som skall »gå åter».⁴⁶ För att förklara var ersättningsnivån ligger, använder sig Savigny av ett exempel:

45 Savigny System des heutigen Römischen Rechts Bd 4, Berlin 1841, s. 35: »Ist nämlich die Rede von gewerblichen Arbeiten, die gewöhnlich für Geld geleistet werden (*operae fabriles*), so können diese, ganz wie der Gebrauch eines Hauses, auf bestimmte Geldsummen zurückgeführt werden. Wird nun eine solche Arbeit aus Liberalität unentgeltlich besorget, und wird dadurch dem Andern das Geld erspart, welches er außerdem dafür hätte ausgeben müssen, so liegt darin eine wahre Schenkung: gerade so wie die *condictio indebiti* begründet ist, wenn jene Arbeit in irriger Voraussetzung einer Verpflichtung geleistet wird.«

46 *Condictio* skall gå ut på att få något tillbaka. Utfört arbete kan inte gå tillbaka. Hur D. 12.6.26.12 skall förstås har varit föremål för en omfattande diskussion i romanistiken. Möjligen får man tänka sig att en användning av läran om *quanta ea res est*, det vill säga en form av fiktionstänkande som utvecklades för fall då det som skulle lämnas tillbaka inte längre kunde det för att det som skall återlämnas förstörts eller förändrats på sådant sätt att det inte är meningsfullt att tala om ett återlämnande. Det utförda arbetet kunde då ses som en överförd enhet, som fastän den genomgått »förändring» ändå kan återföras. Se Kaser »Perpetuari obligationem« SDHI (Studia et documenta historiae et iuris) 46 (1980) s. 87-146, som på s. 128 f framhåller detta som en generell teknik: »Verwirklicht wird die [perpetuatio obligationis] dadurch, dass man die in Wahrheit untergegangene *certa res* als noch bestehend *fingiert*. [...] Mit der Fiktion wird ein den römischen Juristen und ihren priesterlichen Vorgängern seit der Frühzeit vertrautes methodisches Instrument benutzt, das bei teilweise gleichgestalteten

Antag att en person var villig att hyra en lägenhet för 500, och för detta pris får tillgång till en lägenhet som vanligtvis hyrs ut för 800. Eftersom sammanhanget i System är att skilja gåvor från andra rättsförhållanden är alltså frågan hur stor gåvan då är. Det svar som ges är att gåvan är 500 och inte 800. De överskjutande 300 utgör ingen besparing och därmed ingen vinst för den som använder lägenheten, även om användaren kunde unna sig en större lyx och bekvämlighet än som gått att få för 500. Som stöd för detta synsätt anför Savigny D. 12.6.65.7 *Paulus lib. 17 ad Plaut*, som lyder:

D. 12.6.65.7 *Paulus lib. 17 ad Plaut*.

Min översättning

Sic habitatione data pecuniam condicam, non quidem quanti locari potuit, sed quanti tu conducturus fuisses.

Om en lägenhet upplåts, kondicerar jag pengar, och alls inte den summa jag hade kunnat hyra ut för, utan den summa som du hade hyrt för.

Pandektställets huvudpoäng är vilken ersättning som skall utgå för nyttjandet. Nyttjandet kan ju inte lämnas tillbaka och ersättning i pengar blir därmed vägen ur problemet.⁴⁷ Enligt stället skall ersättningen inte uppgå till den hyra lägenhetens ägare kunnat hyra ut till, utan till den summa som den som använt lägenheten varit beredd att hyra för. I fotnoten utvecklar Savigny tanken ytterligare:

»På samma sätt som användningen av *condictio* i misstagsfall grundar sig på *solvendi animus*, så grundas användningen av de positiva reglerna om

Einrichtungen umständliche Parallelregelungen ersparte und darum vielfältig angewandt und – auch aus römischer Sicht völlig zu Recht – niemals als etwas Gekünsteltes empfunden wurde. Die Fiktion gehört in unserem Fall, wie in vielen anderen, dem *ius civile* an und macht darum eine Abwandlung der Klagformel durch den Prätor entbehrlich.« Hänvisningar har uteslutits. Mer försiktig Waldstein Zur Frage der *condictio* bei irrtümlicher Leistung nichgeschuldeter *operae*, Fs Kaser Wien 1986 s. 319-330, som på s. 327 framhåller att det egentligen inte löser problemet att använda en sådan fiktion, utan att man nog är hänvisad till att utgå från vad arbetet skulle ha kostat mottagaren. Se även Flume Fs Niedermeyer s. 112. Det är dessa problem Savigny sedan försöker lösa med de exempel som följer.

47 Jfr von Lübtow Beiträge s. 58 som talar om en slutgiltig och oangriplig (*endgültig und unanfechtbar*) överföring.

gåva på *donandi animus*. Båda användningarna förutsätter föryttring, det vill säga överensstämmande givande och mottagande, och detta visar det anförda stället även här. – Helt på samma uppfattningar vilar även [D. 5.3.25.16 *Ulpianus lib. 15 ad ed.*]. Den redlige besittaren av ett dödsbo skall endast utge vad han vunnit; har boets förråd förbrukats, så ersätter han vad han skulle ha anskaffat av egen förmögenhet, som han nu besparats.⁴⁸

Hela resonemanget om vinningens grund och beräkningen av vinningen har här en annan struktur än i huvudmodellen för obehörig vinst. Ersättningskravet sätts, åtminstone när mottagaren varit i god tro, inte efter värdet på det som överförts eller med utgångspunkt i den förmögenhetsökning som uppstått för

48 *Savigny System Bd 4 s. 34 fotnot c*): »Auf diese Gestalt des Falls geht, in einem ganz ähnlichen Rechtsverhältnis, L. 65 § 7 de cond. ind. (12. 6.). ›Sic habitatio-ne data, pecuniam condicam: non quidem quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses‹ (nämlich wenn dieses Letzte weniger beträgt als das Erste). Wie durch den *solvendi animus* im Fall des Irrthums die Anwendung der *condictio* begründet wird, so durch den *donandi animus* die Anwendung der positiven Regeln der Schenkung. Beide Anwendungen sind bedingt durch Veräußerung, d. h. durch übereinstimmendes Geben und Empfangen, und darum beweist die angeführte Stelle auch hier. – Ganz auf denselben Ansichten beruht auch L. 25 § 16 de her. pet. (5. 3.). Der redliche Besitzer einer Erbschaft soll nur herausgeben, was er lucrirt hat; sind Vorräthe der Erbschaft verzehrt worden, so ersetzt er nur, was er außerdem aus eigenem Vermögen angeschafft hätte, also nun erspart hat. ›Et verius est, ut ex suo patrimonio decedant ea, quae, etsi non heres fuisset, erogasset.‹
Det kan noteras att Savigny utgår från en annan utgåva av pandekterna än den som idag betraktas som standardutgåvan. I sak är detta inte av någon betydelse här. Jfr *Niederländer* Bereicherungshaftung som på s. 164 behandlar det senare källstället: »Die Diskussion in [D. 5.3.25.16 *Ulpianus lib. 15 ad ed.*] geht vielmehr darum, inwieweit der Erbschaftsbesitzer durch den Verbrauch und die Weggabe von Nachlaßsachen, ohne daß ein rechtsgeschäftliches Surrogat erworben wird, bereichert wird. Der Satz *si nec pretium – redisset* scheint darauf hinzuweisen, daß die Frage nach der verbliebenen Bereicherung überhaupt nicht gestellt wird, wenn der Besitzer einen Gegenwert erhält. Im anderen Fall wird die Bereicherung nach den Aufwendung bemessen, die der Besitzer aus seinem eigenen Vermögen hätte machen müssen und die er jetzt durch den Verbrauch der Erbschaftssachen erspart.«

32 den ersättningsskyldige, utan till vad mottagaren av fördelen varit beredd att förbruka om överföringen tänks bort. Skyddet för mottagare i god tro kommer att leva kvar i läran om misstagsbetalning och likaså att godtroende förbrukare i vissa fall inte kan åläggas lika stor ersättningsskyldighet som ontroende. Dessa särfall kommer emellertid i stor del att omformas i den senare utvecklingen och föras samman med den mer allmänna formen av obehörig vinst i tysk rätt.

2.5 Ansvar på en glidande skala

Grundtanken i läran om obehörig vinst så som den ofta allmänt brukar formuleras är att det som lämnats över skall gå tillbaka. Om det som lämnats över inte finns kvar hos mottagaren, skall det som trätt i det överlämnades ställe lämnas tillbaka. I fall då det som berikat annan inte består i något som överlämnats, utan ett nyttjande, skall ersättningen i pengar lämnas för nyttan till föremålets ägare. Reglerna är enkla och grundtankarna lätta att följa. Läran om obehörig vinst skulle knappast uppfattas som svår eller främmande om detta var hela innehållet. Vinst och förlust hänger samman. Det är när kopplingen mellan den förlust den som överlämnat det föremål som inte längre kan lämnas tillbaka lider och den vinst som mottagaren gör bryts som läran lösgör sig och blir något annat än ett alternativ till en återgång. Redan i nyttjandefallet bryts egentligen sambandet mellan vinst och förlust, men fallet låter sig till nöds fogas in i det övriga mönstret, eftersom vinsten kan bestämmas entydigt. Inget hindrar dock att även andra hänsyn än den ersättningsberättigades förlust eller mottagarens nytta beaktas då ersättningsskyldigheten bestäms. Genom en bestämd läsning av textstället D. 12.6.26.12 *Ulpianus lib. 26 ad ed.* får tanken fäste, att hänsyn måste tas till mottagaren och att ersättningsskyldigheten inte bör gå utöver vad den ersättningsskyldige har kvar av det mottagna när kravet framställs. Textstället lyder i den för detta sammanhang väsentliga delen enligt standardutgåvan på följande sätt:

D. 12.6.26.12 *Ulpianus lib. 26 ad ed.*

... et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico:

Min översättning

... och ibland, så säger [Celsus], kan vi med *condictio* kräva ett, trots att vi presterat något annat. Exempelvis när jag har överlåtit ett stycke mark som jag inte var skyldig och med *condictio* kan kräva ut avkastningen.

D. 12.6.26.12 *Ulpianus lib. 26 ad ed.*

Min översättning

vel hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes.

Eller om jag har överlåtit en slav som jag inte var skyldig, och du i god tro har avyttrat den till ett lågt pris; då måste du självklart endast återlämna den köpeskillning du har.

Översättningen till svenska följer den moderna översättningen till tyska, men den avviker inte för vad som är intressant här från äldre översättningar till tyska.⁴⁹ Det är en böjlig, dogmatiserande läsning som bygger på en bestämd förståelse av vad som sägs. Problemet med både förståelsen och översättningen av stället är den sista delen »quod ex pretio habes«, som i den moderna standardöversättningen av digestastället blivit »vad du ännu har kvar av köpeskillingen«.⁵⁰ Som *Flume* påpekat gällde dock stället förmodligen inte ursprungligen frågan om *hur mycket* som skall lämnas tillbaka, utan om *något annat (aliud)* kan krävas än det man ursprungligen överlämnade.⁵¹ I exemplet med fastigheten, är det av-

49 *Otto, Sintenis & Schilling* Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt, band 2 Leipzig 1831 där stället ges följande översättning: »Aber diese Dienste, sagt [Celsus], lassen eine Werthschätzung zu, und zuweilen condiciren wir etwas Anderes, sagt er, obgleich wir etwas Anderes leisten; z.B. ich habe ein nichtgeschuldetes Grundstück gegeben, und condicire die Früchte, oder [ich habe] einen nichtgeschuldeten Menschen [gegeben], und diesen hast du ohne Betrug um einen mässigen Preis verkauft, nämlich du brauchst blos das wiederzugeben, was du vom Preise hast [...]«. Detta kan jämföras med översättning i *Corpus Iuris Civilis Text und Übersetzung, Digesten 11-20*: »Und bisweilen, so sagt [Celsus], können wir [auch sonst] etwas kondiziren, obwohl wir etwas anderes geleistet haben. Zum Beispiel wenn ich ein nicht geschuldetes Grundstück übereignet habe und die Früchte kondiziren. Oder ich habe einen nicht geschuldeten Sklaven übereignet, und du hast ihn gutgläubig zu einem geringen Preis veräußert; dann muß du natürlich nur das zurückerstatten, was du vom Kaufpreis noch hast.«

50 *Corpus Iuris Civilis Text und Übersetzung, Digesten 11-20, D. 12.6.26.12*. Detta ställe har enligt förteckningen på s. XI översatts av *Hausmaninger* och *quod ex pretio habes* översatts med »was du vom Kaufpreis noch hast«.

51 Se *Flume* Fs *Niedermeyer* s. 104-106 med översättningsförslag på s. 105: »Es ist also »quod ex pretio habes« zu übersetzen: Was du als Kaufpreiserlös hast«. Instämmande *Zimmermann Law of Obligations* s. 899.

kastningen och med slaven är det köpeskillingen. Stället är därmed knappast ursprungligen tänkt att ge en regel som uttrycker att ersättningsskyldigheten bara skulle uppgå till vad mottagaren har kvar av köpesumman från vidareförsäljningen av slaven vid tidpunkten då kravet framställs. Det är bara tänkt att vara ett exempel på att kravet kan avse annat än det som ursprungligen överlämnades. Översättningen med *vad du ännu har kvar av köpeskillingen* kommer därmed närmast av en vilja att grunda en viss förståelse för skyldighetens omfattning i källstället.

Det framstår som troligt att det är ett par meningar i trettonde bandet av Glück's Pandecten utgivet 1811 som utgör utgångspunkten för rättsutvecklingen mot det som kommit att kallas rätt till återkrav på en glidande skala.⁵² Denna tanke är att det inte är vad som tagits emot eller förlusten som bestämmer kravet, utan den förmögenhetsökning som finns kvar när återkravet framställs. I ett avsnitt som egentligen rör frågor om rätt till avkastning och ränta förklarar Glück att då någon i god tro tagit emot pengar som inte motsvarar någon fordran mot den som överlämnat beloppet och sedan försträcker dem till en annan, så skall inte den som felaktigt mottagit beloppet bära faran för att försträckningen inte återbetalas av den som givits ett lån från mottagaren.⁵³ Den

52 Se *Flume Fs Niedermeyer* s. 145. För ett exempel på hur just detta ställe verkar utgöra grunden för tanken, se *Erleben Die conditiones sine causa*, Leipzig 1850, s. 199 fotnot 42 där en hänvisning till detta ställe hos Glück finns jämte en notering om de uppfattningar Unterholzners och Vangerows hade i frågan.

53 Glück Pandecten band 13 s. 159 f: »In Rücksicht des erstern Falles [wenn dem Beklagten bey der Wiedererstattung eine ungebührliche Verzögerung zur Last fällt] wandte zwar schon Voet ein, daß es hart seyn würde, wenn derjenige, welcher im guten Glauben die *indebite* empfangenen Gelder auf seine Gefahr ausgeliehen, und dafür Zinsen erhoben hat, angehalten werden sollte, die letzteren wieder herauszugeben. Denn da der Kläger dock inzwischen die Gefahr des Kapitals nicht gehabt hat, so sey es billig, daß der Beklagte, welcher das *periculum fortis* in der Zwischenzeit gehabt habe, auch die Zinsen dafür genieße. Allein dieser Grund dürfte, genau erwogen, darum von keinem sonderlichen Gewicht seyn, weil sich nicht schlechterdings behauptet läßt, daß in dem unterliegenden Falle die Gefahr nur gerade auf Seiten des Empfängers gewesen sey. Denn da derselbe, als *bona fidei possessor*, für das empfangene *indebitum* nur in soweit haftet, als er dadurch bereichert worden ist, so würde er auch die Gefahr nicht

som tagit emot beloppet i god tro utan att ha en fordran skall i denna situation endast vara skyldig att utge ersättning till misstagsbetalaren i den mån mottagaren blivit berikad. Skulle alltså den som fått försträckningen inte kunna betala tillbaka hela eller delar av det försträckta, så skall misstagbetalaren inte kunna kräva mer än vad mottagaren får åter. I grunden handlar resonemanget om rätten till ränta på beloppet när en misstagsbetalning skett, men uttalandet om att återkravet bara skulle uppgå till vad mottagaren blivit berikad med fick vingar och spred sig snabbt i de rättsvetenskapliga framställningarna.

När Witte år 1859 tar sig an uppgiften att beskriva det som skulle komma att bli institutet obehörig vinst i tysk rätt, kan han konstatera att de flesta författare utgår från att bara det som finns i behåll när kravet framställs måste återlämnas.⁵⁴ Exempelen var många, och bland andra hade *Wächter* i uppsatsen *Ueber die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?* publicerad 1832 skrivit att det är rättvist (*aequum*) att den som tagit emot något inte lider någon skada och därför skall bara det som lämnades över återlämnas.⁵⁵ Mot detta ställdes

tragen dürfen, wenn das Kapital durch das Ausleihen des Geldes verlohren gegangen seyn sollte, er müßte vielmehr, weil hier der Grund der Klage wegfällt, ganz freygesprochen werden.«

54 Witte Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, Halle 1859, s. 139 f.

55 *Wächter* Ueber die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? *AcP* 15 (1832) s. 97-138, s. 123f: »Dieses führt bei dem *Zahlen einer Nichtschuld* in dem Falle, wenn der Empfänger *in bona fide* ist, auf einen doppelten Grundsatz, einmal: es ist *aequum*, daß der Empfänger keinen Schaden leide, er gibt also zunächst heraus, *was er empfangt*, aber nur so fern und wie er es noch hat, steht somit nicht für Zufall, nicht für Veräußerungen, Vernachlässigungen u.s.w ein. Zweitens: est ist *aequum*, daß hier der Empfänger nicht *cum detrimento alterius*, des Gebers, so ferne diesem keine Schuld zur Last fällt, reicher werde. Deßhalb muß auch der Empfänger, *wenn er die Sache noch hat*, diese herausgeben, und hier kann er bei *Fungibilien* entweder gerade das Empfangene, oder was für den Gläubiger das Gleiche ist, Sachen von der gleichen Art und Güte geben. Hat er aber das Empfangene verzehrt, so gibt er so viel *in Geld* heraus, als um was er durch das Genossene noch reicher ist. Da es nun bei verzehrten *Fungibilien* der gewöhnliche Fall seyn wird, daß er durch den Genuß bereichert ist, sey es auch nur, daß er von der andern Seite an seinem Vermögen sich dadurch erspart hat, so kann man für die Regel sagen: er muß für die *Fungibilien* Ersatz geben. Allein die-

36 att rättvisan också kräver att mottagaren inte blir berikad till skada för den som lämnat över något till annan utan att det förelåg en skuld. Hade fungibla föremål lämnats över, alltså sådana där vi vanligen inte tar hänsyn till de enskilda föremålen så att dessa i någon mening saknar individuell karaktär såsom vete och olivolja, skulle antingen just det överlämnade återlämnas om det fanns i behåll och annars saker av samma slag och myckenhet »vilket är detsamma för den som gav dem«. Hade däremot det givna förbrukats, så skulle ersättning istället lämnas i pengar motsvarande den berikelse som ännu bestod, även om berikandet bara lett till i en besparing för mottagaren. Wächter tycks dessutom med stöd av digestastället D. 12.6.65.6 mena att om den som tagit emot fungibel egendom som förbrukats och därför ville göra sig betjänt av begränsningen att bara behöva utge den kvarvarande berikelsen, så var endast ersättning i pengar tillåten.

Lika otvetydigt som Wächter uttalade sig *Sell* i *Versuche im Gebiete des Civilrechts* från 1833. Han konstaterade att å ena sidan kan den överlämnade saken med allt vad som hör till den återkrävas om den som erhållit saken ännu var berikad när kravet framställdes, å den andra kan man inte längre kräva något av den som erhållit föremålet när det erhållna förstörts eller avyttrats.⁵⁶ Stödet för att kravet var uteslutet hämtades i D. 12.6.26.12 och med vidare hänvisning till D. 12.6.65.5 och D. 22.1.38.2. I en uppsats från 1844 framhöll *Jhering* samma princip, även han med stöd i D. 12.6.26.12.⁵⁷ Samma tanke hade även kommit

sen Ersatz muß er, wenn er sich darauf beruft, das Empfangene nicht mehr zu haben, und beweist, *nicht unbedingt in Sachen gleicher Art und Güte geben*. Dies sagen die Quellen nur bei empfangenem *Gelde*, weil hier der Ersatz nur wieder in Geld möglich ist. Bei andern Fungibilien aber gibt er den *Ersatz* nicht in Sachen gleicher Art, sondern in *Geld*. Dies sagt wenigstens ganz bestimmt [D. 12.6.65.6 *Paulus lib. 17 ad Plaut.*].« Hänvisningar har uteslutits.

56 *Sell* *Versuche im Gebiete des Civilrechts*, band I Gießen 1833, s. 78: »Denn auf der einen Seite kann die Sache mit allen Accessionen gefordert werden, soweit sich der Beklagte nur immer dadurch bereichert befindet, auf der andern kann man aber auch nach dem Untergang oder der Veräußerung der Sache nicht mehr verlangen, als der Beklagte nach Abzug der etwaigen Verwendungen noch bereichert ist.«

57 *Jhering* In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben? i *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Leipzig 1844 s. 1-86, s. 76: »Denn der Gläubiger trägt hier ja das *periculum nego-*

till uttryck i *Unterholzners* Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen från 1840, om än som det verkar med stöd i andra textställen; den som i god tro förbrukat något eller sålt det vidare, skall inte kunna krävas på mer än det som finns kvar.⁵⁸ *Sintenis* går i *Das practische gemeine Civilrecht* från 1847 så långt att han uttryckligen framhåller att försämring av föremålet inte ersätts och att ersättning för verkligt värde bara kan utkrävas av ondtröende mottagare av föremålet.⁵⁹ En nästan enig doktrin hade samlats kring det som senare har

tiationis, er kann nie mehr verlangen, als der Schuldner durch die Verwendung der schuldigen Sache gewonnen hat, also gar nichts, wenn z. B. der Schuldner von dem Käufer der Sache das Kaufgeld nicht hat bekommen können. Eine Aufzählung der einzelnen Fälle, in denen die Verpflichtung nur bis auf die Bereicherung geht, würde hier natürlich ganz am unrechten Platze sein; einige Fälle mögen genügen! Wenn jemand *indebite* einen Sklaven erhielt und er ihn freiließ, muß er dem Zahlenden die Erbschaft des Freigelassenen restituieren und den Werth der *operae*, die letzterm auferlegt waren; wenn er ihn verkaufte, den erhaltenen Kaufpreis herausgeben. [...] Das *lucrum* braucht jedoch in allen diesen Fällen nur bis auf den Betrag des Werthes der schuldigen Sache restituirt zu werden«.

58 *Unterholzner* Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen 1840 band 2, inleder resonemanget på s. 53 med att konstatera att »Gegenstand der Zurückforderung ist dasjenige, was mit Beeinträchtigung des einen Vermögens einem anderen unbilligerweise zugeflossen ist«. Tanken utvecklas sedan på s. 55 där *Unterholzner* framhåller att »[d]aher muß man auch behaupten, daß Gelder nur insoweit zurückgefordert werden können, als der Empfänger sich bereichert findet, also insoferne er etwas für das Geld erworben, oder durch das Ausgeben desselben erspart hat. So auch bei Getreide u. dergl., wo das durch den Verkauf gewonnene Geld herausgegeben werden muß und bei eigenem Verbräuche natürlich der Marktpreis, für den man das Getreide hätte kaufen müssen.« I fotnoten i) till orden *bereichert findet* lägger sedan *Unterholzner* till att »[a]uch sonst wird von dem Grundsatz ausgegangen, daß derjenige, welcher Gründe hat, zu glauben, daß er über gewisse Güter schalten könne, nur insoweit verantwortlich sei, als er reicher ist«. Stödet för det sista fann *Unterholzner* i D. 5.3. 20.6c *Ulp. lib. 15 ad ed*, som rör otillåtna förfoganden över dödsbon.

59 *Sintenis* *Das practische gemeine Civilrecht*, band 2 Leipzig 1847 s. 532: »Fungible Sachen können nicht schlechthin der empfangenen Summe nach zurückgefordert werden, sondern nur soweit, als sich der Empfänger dadurch noch be-

38 kallats ett återkrav på en glidande skala, det vill säga att kravets storlek bestäms av hur stor vinst mottagaren ännu har i behåll när kravet framställs, inte efter hur stor förlust den som överlämnat föremålen gjort.

Uppfattningen att bara det som finns i behåll när kravet framställs måste återlämnas blev alltså förhärskande i doktrinen, även om det fanns enskilda författare som argumenterade i annan riktning.⁶⁰ Med den förhärskande uppfattning sköts förlusten i bakgrunden och mottagarens kvarvarande vinst blev huvudsaken när kravets storlek skulle bestämmas. Ett allmänt svar på frågan hur mycket som den förlorande kunde kräva hade därmed givits, även om regeln begränsades till fall där den som tagit emot egendomen gjort det i god tro om sin rätt till det överlämnade. Bara mottagare i ond tro om sin rätt till det överförda kunde åläggas att kompensera hela förlusten. Allt detta är tankar som sedan skulle komma att flyta in i det lagstiftningsarbete som slutligen ledde till reglerna om obehörig vinst i BGB.

2.6 En urmodell för obehörig vinst

Med Savignys beskrivning av hur *condictio* kunde användas framträder en urmodell för institutet obehörig vinst. Bara ett litet steg återstår ännu för att vara framme vid en modern förståelse av läran. Kondiktionerna kunde användas för att åtgärda varje tillfällig och grundlös berikelse på annans bekostnad. En av begränsningarna i Savignys modell som följer av den ännu kvarvarande kopplingen till de kreativt tolkade romerskrättsliga källorna är det uppställda kravet på samband mellan vinst och förlust. Detta samband kommer senare att brytas för att modellen skall bli ännu mer generell och kunna omfatta fall där det otvivelaktigt finns en vinst som kunde uppfatta som stötande. En av de rättsvetare som lämnar ett betydande bidrag till läran är *Windscheid* som i sin *Lehrbuch des Pandektenrechts* formulerar en mycket allmän regel: Det sakförhållandet att

reichert befundet, d. h. [...] in irgend einer Weise also der Gesamtbetrag seines Vermögens dadurch vermehrt ist. Das Nämliche gilt von empfangenen andern Sachen; Untergang und Verschlechterung trifft also den Gläubiger; [...] Nur wenn der Schuldner doloser Weise, von der Sachlage unterrichtet, den Gegenstand vernichtet oder veräussert, kann der Taxwerth desselben gefordert werden, ohne dass sich der Gläubiger mit dem Kaufpreise zu begnügen brauchte.«
60 Witte nämner uttryckligen *Erleben* Die conditiones sine causa, Leipzig 1850 och 1853, och *Brinz* Lehrbuch der Pandecten, Erlangen 1857, bland arbeten där annan uppfattning uttrycktes.

någon blir berikad av främmande förmögenhet, gör att en skyldighet uppstår för den berikade att utge den uppkomna berikelsen.⁶¹ I en fotnot till detta betonar Windscheid att det inte är den förlorandes nackdel som utgör måttstocken för skyldigheten, vilket andra samtida rättsvetare hade tagit som utgångspunkt, utan den uppkomna berikelsen.⁶² Windscheid hänvisar till digeststället 12.7.1.3 *Ulpianus lib. 43 ad Sab.* stöd för denna sin ståndpunkt. Stället lyder:

D. 12.7.1.3 *Ulpianus lib. 43 ad Sab.*

Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam.

Det står klart, att man endast kan rikta ett återkrav mot den som antingen erhållit något utan en rättslig grund eller om den vilar på en orättmätig grund.

61 *Windscheid* Lehrbuch des Pandektenrechts, 5 upplagan band 2 Frankfurt am Main 1882, s. 586 (§ 421): »Die Thatsache, daß Jemand aus fremden Vermögen in ungerechtfertigter Weise bereichert worden ist, erzeugt für ihn die Verpflichtung, dem Benachtheiligten herauszugeben, worum er reicher geworden ist.« Skälet till att denna upplaga valts och inte den sista som Windscheid själv stod för är att Afzelius utgick från denna upplaga och inte den sista som Windscheid själv uppdaterade 7 upplagan från 1891. I sak har detta val ingen betydelse, eftersom texten i de återgivna partierna inte ändrats i senare upplagor av Windscheid.

62 *Windscheid* a. a., s. 587 fotnot 1 (§ 421): »Früher lehrte man vielfach, daß schon die Thatsache der Bereicherung aus fremden Vermögen als solche eine Verpflichtung zur Ausgleichung des dadurch dem Andern entstandenen Nachtheils begründe, und noch W. Sell in seinen Versuchen I 1 (1833) hat der Ausführung dieses Grundsatzes eine besondere Abhandlung gewidmet. Jetzt wird es wohl von Niemandem mehr verkannt, daß der Grundsatz in dieser Allgemeinheit unrichtig ist, und daß, wenn die Quellen wirklich lehren »natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem« [D. 12.6.14 & D. 50.17.206], dieß nur eine von den vielen falschen Abstractionen ist, welche sich in ihnen finden.« Det arbete som avses är *Sell* Über den Grundsatz des römischen Rechts, daß Niemand mit oder aus dem Schaden eines Andern sich bereichern dürfe, i Versuche im Gebiete des Civilrechts, band I Gießen 1833, s. 1-140.

40 Hela digestatiteln 12.7 *De conditione sine causa* (Om återkrav på grund av bristande rättsgrund) samlar fall, som tycks ha blivit över när de andra titlarna sammanställdes, som om de värderats som i och för sig viktiga uttalanden, men svårplacerade och därför fick bilda en egen titel. Zimmermann beskriver det träffande:

»The whole of the title 12, 7 oscillates uneasily between the two poles of a *condictio sine causa specialis* and *generalis*. [...] As *condictio generalis* it did not extend the range of enrichment liability; its main significance, in this respect, was to pinpoint the common basis of all enrichment *condictiones*.«⁶³

Uttalandet i D. 12.7.1.3 ansluter också till D. 12.5.6 *Ulpianus lib. 18 ad Sab*, där det sägs att det var en hävdvunnen uppfattning, att den som innehade något utan rättsgrund kunde frånvinnas detta genom *condictio*. Läser man samman dessa två ställen, skulle D. 12.7.1.3 alltså närmast vara ett påpekande om att oavsett om det redan från början saknats rättsgrund att inneha något eller om rätten att inneha föremålet senare föll bort, så kunde ett krav på att utfå det som innehades utan rättsgrund riktas mot innehavaren.⁶⁴ I det sena 1800-talets läsning av stället kom emellertid D. 12.7.1.3 att uppfattas som ett uttryck för en allmän princip om att innehav utan rättsgrund kunde återkrävas.

Emellertid avvisar Windscheid i samma fotnot uppfattningen att obehörigheten (*die Ungerechtfertigkeit*) som sådan kunde läggas till grund för en gemensam behandling av dessa fall.⁶⁵ Några sidor senare i Windscheids framställning

⁶³ Zimmermann *Law of Obligations* s. 857.

⁶⁴ Se Schwarz *Condictio* s. 276: »Diese Zweiteilung erinnert vielmehr an den Gedanken, der dem ganzen Ulpianfragment zu Grunde liegt: Es gibt zwei Fälle des grundlosen Versprechens, wie es zwei Fälle des grundlosen Habens gibt, entweder von Anfang an grundlos oder nach Wegfall der Voraussetzung. Diesen Tatbestand muß § 3 meinen. Aber daß der Gedanke in klassischer Form überliefert ist, kann man ebensowenig behaupten wie hinsichtlich der Überlieferung des vorangehenden Abschnittes (pr. – § 2). Gemeint ist, daß entweder etwas von Anfang an *ex iniusta causa* beim Empfänger sei, oder daß der Erwerbgrund sich nachträglich als *non iusta* herausstelle.«

⁶⁵ Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* s. 587 fotnot 1 (§ 421): »Den bezeichneten Irrthum hat neuerlich Jacobi (Jahrb. f. Dogm. IV s. 3) umgekehrt, indem er behauptet, daß auch die Ungerechtfertigtheit der Bereicherung kein selbständiges Klagefundament bilde.« Det arbete som avses är Jacobi *Der Rechts-*

ställs frågan: När är en vinst ur främmande förmögenhet en obehörig vinst? Och svaret ges genast: Man måste avstå från att svara på denna fråga med en allmän formel.⁶⁶

2.7 Den tyska lagstiftningen om obehörig vinst

Arbetet med det som skall komma att bli BGB inleds formellt 1874, då en kommission gavs uppdraget att utforma ett första utkast till civillagbok för Tyska riket.⁶⁷ Vägen till den slutligt antagna lagtexten i BGB gick genom flera utkast, motförslag och två kommissioner. De tidiga utkasten avviker mycket från de slutliga lagbestämmelserna. Eftersom varje nytt lager delvis döljer vad som fanns i det tidigare, kan det löna sig att gå in i de tidigare utkasten för att bättre kunna se vilka grundtankar den slutliga bestämmelsen i BGB vilar på.

Det första utkastets förslag till regler om obehörig vinst som läggs fram 1887 bygger dock i allt väsentligt på ett utkast till en annan lagbok, det så kallade Dresdenutkastet.⁶⁸ I samtiden fanns flera lagböcker, men också utkast till lag-

begriff der Bereicherung mit dem Schaden eines Andern und seine Bedeutung auf den Gebieten des Eigenthums, der Verträge und der einseitigen Rechtsgeschäfte, Jhering Jahrbücher 1861 s. 159-320. Förmodligen är det följande uttalande på s. 162 i Jacobis bidrag som avses: »Jener Fehler ist aber die natürliche Consequenz der Auffassung, als habe man es in dem Satze: ›quod nemo locupletior fieri debeat, cum damno alterius‹ nur mit einem *als Rechtssatz nicht unmittelbar anwendbaren Billigkeitspostulate* zu thun. Diese Auffassung ist der natürliche Rückschlag des entgegengesetzten Extremis, der Ansicht nämlich, daß es selbständige Bereicherungsklagen gebe. *Die Wahrheit liegt in der Mitte.* – Jener Satz ist in fast unzähligen Fällen durchaus und zwar als *Rechtssatz* practisch anwendbar; er enthält nur kein selbständiges Klagefundament.«

66 Windscheid a. a., s. 590 (§ 422): »Wann ist eine Bereicherung aus fremdem Vermögen eine ungerechtfertigte Bereicherung? Man wird darauf verzichten müssen, auf diese Frage mit einer allgemeinen Formel zu antworten; es sind vielmehr die einzelnen Fälle in's Auge zu fassen.«

67 I inledningarna till Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen, Berlin 1896, ges en allmän översikt av arbetet med den nya lagboken.

68 Se Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (utg. Francke), Dresden 1866 och von Kübels första utkast som återges i en bilaga hos Heine *Condictio sine datione*.

42 böcker som aldrig trädde ikraft. Av dessa var Dresdenutkastet till en reglering av obligationsrätten som utarbetats av företrädare för bland annat Österrike, Sachsen, Bayern, Hannover, Württemberg, Hessen och Fria staden Frankfurt en av de viktigaste källorna. I första utkastet till gemensam civillagbok för hela Tyska riket står kondiktionerna på rad och *condictio indebiti* (§ 1), *condictio causa data causa non secuta* (§ 14) och *condictio ob turpem causam* (§ 18) går lätt att känna igen. Utöver dessa finns också *condictio ob causam finitam* och *condictio sine causa (specialis)* med.⁶⁹ Någon allmän form av återkrav på grund av bristande rättsgrund fanns inte i det första utkastet. Nästan allt i de uppställda paragraferna går att knyta till romerskrättsliga textställen och de bearbetningar som senare gjorts av dessa i doktrinen.⁷⁰ I det senare utkastet från 1888 finns dessa drag kvar och i § 737 går fortsatt *condictio indebiti* att känna igen liksom *condictio causa data causa non secuta* i § 742 och *condictio ob turpem causam* i § 747.

Arbetet med lagtexten i denna del av BGB hade kunnat ta andra vägar. Exempelvis hade hela återgångsförutsättningen som beskrivs i *condictio causa data causa non secuta* kunnat få en helt annan utformning. Återgångskravet bygger i grunden på att någon givit annan något under den uttryckliga eller underför-

69 De tre först nämnda kondiktionerna har egna titlar i CIC, nämligen *condictio indebiti* 12.6, *condictio causa data causa non secuta* 12.4 och *condictio ob turpem [vel iniustam] causam* 12.5. Se vidare *Schubert ZSS Rom* s. 193 om de kondiktioner som togs med i det första förslaget.

70 *Gierke* anför i *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig 1889, på s. 184 att utkastets regler i allt väsentligt återger den samtida bearbetningen av romerskrättsliga källor som en självständig och avslutad helhet (*ein selbständiger und in sich abgeschlossener Rechtsteil*). I någon mån är det nog en för hård förenkling och kanske kunde *Hedemanns* beskrivning i *Der Dresdner Entwurf* s. 23 om vad förslagan innehöll sägas sammanfatta det bättre: »Im ganzen hat, nach dem herangezogenen Material betrachtet, die Dresdner Arbeit unter dem *Fluch des Übermaßes* gestanden. Unablässig wird in dem bunten Material gewühlt. Man geht etwa bei einer bestimmten Frage vom römischen Recht aus. Zunächst werden Pandektenstellen herausgebuddelt und an ihnen herumgedeutet und herumgefeilscht. Dann kommt jemand auf den Code civil zu sprechen. Wieder ein anderer holt nun das Österreichische, Zürcherische, Württembergische Recht, dazu den bayerischen und den hessischen Entwurf heran. Und das Ganze oft weniger um sachlicher Unterschiede willen, als nur um diese oder jene Wortprägung durchzudrücken.«

stådda förutsättningen att något annat skulle uppnås.⁷¹ Om exempelvis en gäldenär formellt lösts från sin förpliktelse under den förutsättningen att gäldenären senare skall sätta någon annan i gäldenärens ställe, men ingen åtar sig att överta skulden, så kan gäldenären krävas med stöd av *condictio causa data causa non secuta*, fastän skulden inte längre formellt står kvar.⁷² Windscheid, som under knappt tio år ingick i lagkommissionen, lämnar under arbetet med denna lära ett motförslag där bestämmelsen skulle ha utformats efter hans förutsättningslära.⁷³ Förslaget förkastas dock med motiveringen att det skulle leda till alltför stor rättsosäkerhet.⁷⁴ Förmodligen var det även av betydelse att omformuleringen inte överensstämde med den allmänna uppfattningen i doktrinen och att Reichsgericht uttryckligen tagit avstånd från förutsättningsläran i den form Windscheid hade givit den.⁷⁵ Windscheid lämnar arbetet med BGB vid utgången av september 1883 och flera av hans förslag förs inte vidare.⁷⁶

I den sista stora omarbetningen sker en rörelse i texten som nästan helt döljer de ursprungliga kondiktionerna. I alla tidigare utkast hade specialfallen hållits för sig, men i detta steg flyttas de abstrakta reglerna fram och lyfts delvis ur sitt tidigare sammanhang.⁷⁷ I den lydelse som bestämmelserna om obehörig vinst

71 Se den omfattande beskrivning av institutet *condictio causa data causa non secuta* hos Glück Pandecten band 13 s. 1-49. Angående den klassiska romerska rätten se Behrends Die *condictio causa data causa non secuta*, Status familiae (Fs Wacke) s. 15-64, München 2001.

72 Exemplet är hämtat från D. 12.4.4 *Ulp. lib. 39 ad ed.*

73 Se Schubert ZSS Rom som återger Windscheids förslag på s. 211 och närmare beskriver innehållet på de följande sidorna.

74 Se Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III, Berlin & New York 1983, s. 805.

75 Se Die Beratung s. 835. I texten görs hänvisningar till RGZ 24, 169 (1889) och till Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 2 (1892) s. 14 rättsfallsreferat nr. 11.

76 Som Schubert framhåller i ZSS Rom på s. 232, påverkade Windscheids arbete i kommissionen reglerna om obehörig vinst på andra sätt som fick bestående verkan, men i denna del förkastades alltså ändringsförslaget.

77 Se Mugdan Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd II Berlin 1899, s. 1170 (s. 2940): »Der Entw. stelle bei der ungerechtfertigten Bereicherung nicht, wie bei den unerlaubten Handlungen

44 slutligen fick i BGB är ursprunget i en mångfald av taleformer nästan helt dolt. I grundregeln om obehörig vinst i § 812 öppnar sig dock en dörr mot denna förhistoria, genom att orden *eller på annat sätt* (»oder in sonstiger Weise«) fogas till huvudregeln. Genom denna formulering, kan andra fall som inte ryms under uttrycket *genom annans prestation* (»durch die Leistung eines anderen«) behandlas under den allmänna regeln, utan att preciseras närmare.⁷⁸ En enhet i form har uppnåtts, medan mångfalden i sak ännu finns kvar under ytan.⁷⁹ Den romerska rättens *condictio* har blivit en lagfäst och abstrakt lära om obehörig vinst.

Grundregeln om obehörig vinst i § 812 BGB följs av flera särbestämmelser som både skärper och inskränker mottagarens skyldighet att utge vinsten. Återkrav är exempelvis enligt § 814 uteslutna om prestation skett, trots att den presterande känt till att det inte förelåg någon skyldighet att prestera. I svensk rätt känns denna regel igen från läran om misstagsbetalning som invändningen att då den som betalat gjort en disposition, alltså medvetet presterat utan att

(§ 704), den allgemeinen Grundsatz an die Spitze, sondern behandle im Anschlusse an das röm. Recht zunächst vier besondere Fälle, bei denen die ungerechtfertigte Bereicherung ihren Grund in einer Leistung habe, und füge dann im § 748 eine ergänzende Vorschrift für alle übrigen Fälle hinzu; dagegen mache der Gegenentw. im Anschlusse an das schweiz. ObligR. 70 die ergänzende Vorschrift des § 748 Abs. 1 zum allgemeinen Grundsatz. Die Vorschriften gewannen hierdurch wesentlich an Uebersichtlichkeit und Klarheit; auch systematisch sei es richtiger, das allgemeine, die ganze Lehre beherrschende Prinzip an die Spitze zu stellen und verdiene dies jedenfalls vom Standpunkte der Gesetzgebungstechnik den Vorzug, zumal hierdurch die Möglichkeit geschaffen werde, die gerade in diesem Titel häufig wiederkehrenden Verweisungen einer Gesetzesstelle auf die andere zu vermeiden.« Jfr Die Beratung s. 833.

78 Se *Mugdan* Materialien s. 1173 (s. 2951). Jfr Die Beratung s. 844.

79 Jfr *Honsell* Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotene Geschäfte, München 1974 s. 105: »In den vorangehenden Entwürfen war die *condictio sine causa* im wesentlichen auf die Fälle beschränkt, die wir heute unter dem Begriff der Eingriffskonditionen zusammenfassen. Sie war Spezialtatbestand, nicht generelle Auffangnorm für alle Fälle grundlosen Habens, die nicht unter eine der vier Typen fielen. [...] Durch die II. Kommission wurde dieser Unterschied wieder verwischt und es blieb der Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts vorbehalten, die Distinktion zwischen Leistungs- u. Eingriffskonditionen wieder herauszuarbeiten.« Hänvisningar har uteslutits.

prestationsskyldighet förelåg, är återkrav uteslutna. Även § 816 BGB innehåller en regel som är välkänd. Om någon förfogar över något som annan äger eller har annan rätt till på ett sådant sätt, att förfogandet är giltigt i förhållande till den som hade rätten till föremålet, så kan den som hade rätten till föremålet framställa krav på ersättning. Den som förfogat över föremålet är då skyldig att utge ett belopp som motsvarar vad som mottagits som vederlag. Om inget vederlag mottogs av den som förfogade över föremålet, kan krav istället riktas mot den som gjort en vinst till följd av förfogandet. Den tänkta huvudsituationen är när någon säljer ett föremål som den inte äger, men som beroende på godtrosregler utsläcker den rätte ägarens rätt till föremålet.⁸⁰ I § 818 finns flera regler där återkravets omfattning bestäms. I första stycket stadgas att mottagaren skall utge ersättning för den nytta som uppstått och att det som trätt istället för den överförda egendomen, surrogat, skall lämnas åter. Enligt andra stycket skall mottagaren utge värdeersättning, om föremålet inte längre kan lämnas tillbaka när återkrav grundat i obehörig vinst framställs. Den viktigaste regeln i detta sammanhang är emellertid den som finns i tredje stycket. Enligt regeln är den som gjort en obehörig vinst inte skyldig att utge det mottagna föremålet eller vinsten om mottagaren då återkravet framställs inte längre är berikad.⁸¹ En regel med liknande innehåll som den i § 818 tredje stycket fanns med redan i det första utkastet. Det första utkastets regel motsvarar nästan ordagrant den som lades fram som artikel 981 i Dresdenutkastet.⁸² Regeln är en vidareföring av tanken som utvecklats i anslutning till framför allt digestastället D. 12.6.26.12, att det som skall utges är vad mottagaren ännu har kvar av sin vinst, inte det som överförts.⁸³

80 Förebilden till lagregeln finns i digestastället D. 12.1.23 *Africanus lib. 2 quest.* som behandlats ovan i avsnitt 2.3. Se vidare *von Lübtow Beiträge* s. 75 och *Kaser Zur Frage einer condictio aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht*, Fs Felgentraeger, Göttingen 1969 s. 277-294, s. 278.

81 Bestämmelsen i § 818 Abs. 3 BGB lyder: »Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.«

82 Utkastets regel § 5 hade följande lydelse: »Hat sich der Empfänger bei dem Empfang der Leistung in gutem Glauben befunden, so haftet er nur soweit, als er zur Zeit der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruchs noch bereichert ist.«

83 Se *Flume Fs Niedermeyer* s. 148, som framhåller att 1800-talets lära om återkravets storlek är den som vidareförts i BGB och ännu i allt väsentligt ger ut-

I tysk rättspraxis och i doktrinen har i anslutning till regeln i § 818 tredje stycket den så kallade saldoteorin utvecklats. I rättspraxis har tanken uttryckts så, att vid beräkningen av hur stor berikelsen är, skall hänsyn tas till den berikades förmögenhetsställning och en jämförelse göras mellan hur förmögenhetsställningen blev genom förmögenhetsökningen och hur den skulle ha varit utan den. Varje minskning av den uppkomna förmögenhetsökningen som skett och som har samband med detta förlopp skall också beaktas när kravets omfattning bestäms.⁸⁴ Även om det finns invändningar mot saldoteorin i vissa rättsvetenskapliga framställningar, har den fortsatt starkt och tydligt stöd i rättspraxis.⁸⁵

tryck för uppfattningen i gällande tysk rätt.

84 RGZ 170, 65, referatet s. 67: »Beim Errechnen einer herauszugebenden Bereicherung handelt es sich darum, den Stand des Vermögens des angeblich Bereicherten, wie er sich infolge der ohne Rechtsgrund eingetretenen Vermögensverschiebung darstellt, mit demjenigen Vermögensstande zu vergleichen, der ohne diese Verschiebung bestehen würde; jede Minderung des Gesamtvermögens, die im ursächlichen Zusammenhange mit dem die Bereicherung bewirkenden Vorgange steht, ist in Betracht zu ziehen.«

85 Ställningstagandet i RGZ 170, 65 bekräftades av Bundesgerichtshof i BGHZ 1, 75 och även senare har domstolen upprepat att saldoteorin skall användas. I BGHZ 57, 137 från 1971 uttalas till och med på s. 150 i referatet att saldoteorin är en konsekvent utvidgning av BGB § 818 Abs. 3. Se vidare *Flume Die ungerichtfertigte Bereicherung eine Rechtsfigur der Bereicherung, 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd 1 München 2000 s. 525-545 (Fs Bundesgerichtshof) passim.*

3. Nyttoåterkravsläran

3.1 Inledning

Vid sidan av den utveckling som nu beskrivits och som ur svensk rätts synvinkel har en gemensam slutpunkt och början i tyska BGB, finns också den gren av det yviga vinstkravsträdet som löper från den romerskrättsliga taleformen *actio de in rem verso* till det som på tyskspråkigt rättsområde kallas *Versionsklage*. Ett av huvudfallen där *actio de in rem verso* kom till användning var då en förmyndare eller förälder hade nytta av att myndlingen eller barnet rättshandlat.⁸⁶ Kravet kunde riktas mot förmyndaren eller föräldern och storleken bestämdes efter den nytta som uppkommit. Liknande möjligheter fanns även då en syssloman handlat utanför sitt uppdrag, men huvudmannen haft nytta av den överenskommelse sysslomannen slutit med tredje man för huvudmannens räkning, men som inte kunde göras gällande som ett bindande avtal mot huvudmannen. I brist på svenskspråkig beteckning kallas läran här *nyttoåterkravsläran*, eftersom kravet riktar sig mot den nytta någon fått genom annans handlande.

Kärnan i det ursprungliga institutet är likheten mellan situationer då någon utan att ha något uppdrag handlar så att nytta uppkommer för annan än den handlande själv och sysslomannaskap (*mandat*). I D. 15.3.3.2 *Ulp. lib. 29 ad ed.* formuleras en regel där slavens handlande till förmån för förmyndaren skall behandlas som sysslomannens (*procurator mandati*) förvaltning av hushållet. Den förmögensökning som slavens ägare fick genom slavens agerande gav rätt att rikta anspråk mot ägaren på samma sätt som när sysslomannen agerat på ett sådant sätt att huvudmannens förmögenhet växte. Här möter man också tanken, att berikandet inte behöver vara det erhållna eller behållna förmögensvärdet, utan vad någon har praktisk nytta av.⁸⁷ Genom att betona att

⁸⁶ Se Gaius Institutioner IV:72a-74.

⁸⁷ I D. 15.3.3.4 förklaras att om en slav lånat pengar och med dessa låtit utsmyska väggarna med sådant »som mer fröjdar ögat än nyttjar hushållet« (*quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem*), svarar slavens ägare inte för mer än nyttan. Detta förklaras i digestastället av att inte heller en förvaltare (*procurator*) hade kunnat binda uppdragsgivaren och att regeln måste gälla på samma sätt när en slav företrätt sin ägare (*nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit [procurator]*). Se kommentar till stället *Chiusi Die actio de in rem verso* im römischen Recht, München 2001, s. 165. Den som lånat ut pengarna kan dock ha

48 det måste föreligga en relation mellan den som företagit handlingen och den som haft nytta av den, hålls ersättningsgrunden inom någotsånär snäva ramar. Dessa förutsättningar ger struktur åt taleformen, som i denna egentliga form förutsätter tre personer, där en inte kan handla för egen räkning, men som genom sitt agerande överför ett förmögenhetsvärde från en tredje man till den som kunnat godkänna handlingen.⁸⁸

Vid sidan av denna egentliga form av nyttoåterkravsläran utvecklades emellertid även en oegentlig variant under 1600-talet, där ingen huvudman fanns vars nytta skulle kunna läggas till grund för kravet.⁸⁹ Det var framför allt situationer då den omyndige för medkontrahenten framstod som om den haft möjlighet att ingå avtalet, fast den omyndige i själva verket inte kunde företa bindande rättshandlingar utan tillåtelse av annan, som till en början skulle omfattas av den nya varianten. Den omyndige hade visserligen i sådana fall vanligen en förmyndare, vilket gjorde att situationen hade viss strukturell likhet med egentlig *actio de in rem verso*, men kravet riktas inte mot förmyndaren, utan mot den omyndige själv. Den omyndige hade ibland vissa tillgångar att disponera över som med romerskrättslig terminologi kallades *peculium* och kravet på ersättning kunde tas ur denna säregendom.

När kravet på trepartsrelationen med nytta för annan än den som handlat eftergavs eller tunnades ut, fick det emellertid till följd att det blev möjligt att rikta krav på att utfå vinst i betydligt fler situationer. Medan krav som grunda-

rätt att ta bort det som fogats till byggnaden, om det kan ske utan att byggnaden skadas. Se kommentaren till regeln *Rainer Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei IV:2/5/6*, Stuttgart 2015, s. 121.

88 *Glück Pandecten* Bd 14 s. 408: »Ein *versio in rem* ist vorhanden, wenn durch das von dem Sohn geschlossene Geschäft entweder das Vermögen des Vaters vermehrt, oder demselben dadurch pflichtmäßige Ausgaben erspart worden sind. Dahin gehört z. B. wenn der Sohn Geld aufnahm, um eine dringende Schuld seines Vaters damit zu bezahlen, oder um sich den nöthigen Unterhalt, und Kleidung zu verschaffen, oder um seiner Schwester oder Tochter ein Heyrathsgut zu bestellen, welches ihr der Vater zu geben schuldig war.«

89 Se angående utvecklingen *Kupisch Versionsklage – Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Heidelberg 1965, s. 38-47 med hänvisningar till bland andra *Stryk Specimen Usus Moderni Pandectarum*, Halle an der Saale 1717, § 17 s. 410.

de sig i överlämnande av något direkt från en person till en annan (*Leistungskondiktionsfallen*) eller att egendom användes eller förbrukades utan ägarens eller rättighetshavarens medgivande (*Eingriffskondiktionsfallen*) framstod Versionsklagefallen i den oegentliga versionen som alltför oprecisa när kravet på relation mellan den som företog handlingen och den som hade nytta av den tunnats ut. Förskjutningen kommer till uttryck genom att taleformens grund anges vara den naturliga rättvisan eller billigheten som går utöver andra, formella vägar att bli kompenserad.⁹⁰ Möjligheten att göra en talan gällande för att den naturliga rättvisan kräver det, bryter igenom formella hinder att bli kompenserad och under allt anas den allmänna berikandeformeln från D. 50.17.206 *Pomp. lib. 9 ex var. lect.* att ingen skall få berika sig på annans bekostnad.

När nyttoåterkravsläran brutit sig ur det ursprungliga sammanhanget, kunde den användas i en rad situationer som sinsemellan inte hade mer gemensamt än att den naturliga rättvisan sades kräva att anspråk fick framställas. Det ökade och avsiktligt oprecisa användningsområdet kom att kritiseras i doktrinen, eftersom taleformen sades ha egenskapen att leda till nära nog gränslös expansion av möjligheten att rikta talan om uppkommen vinst mot annan.⁹¹ Exempelvis fick ett avgörande av Reichsoberhandelsgericht 1871 viss uppmärksamhet.⁹² Fallet gällde en son som vanligtvis handlade på uppdrag av sin far. Denna gång förelåg emellertid inget sådant formellt uppdrag när sonen slöt ett avtal om att köpa råttobak med en säljare. Tobaken användes sedan i faderns verksamhet. Köpet hade delvis betalats med kontanta medel, delvis genom att sonen utställt en växel. Säljaren vände sig utan framgång mot sonen för att få betalt, men riktade därefter ett krav mot fadern. I förhållande till säljaren hade sonen handlat självständigt som köpare och med rättslig giltighet åtagit sig att

90 Se exempelvis *Glück Pandecten* Bd 14 s. 400: »Hier hat die *actio de in rem verso* Statt, welche jene Schranken der *actio de peculio* nicht kennt, sondern blos auf den Grundsatz der natürlichen Billigkeit gebauet ist, daß sich Niemand mit des Andern Schaden bereichere, und so lange Statt findet, als die *versio in rem* von dem Beklagten nicht vergütet worden ist.«

91 Se *von Lübtow* *Beiträge* s. 12 som beskriver det som »eine uferlose Ausdehnung«.

92 *Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG)* 3, 377. Reichsoberhandelsgericht hade sitt säte i Leipzig och utgjorde högsta instans i vissa tvister, i första hand handels- och växelrättsliga mål, inom Nordtyska förbundet. Domstolen verkade från 1869 fram till 1879, då den avlöstes av Reichsgericht.

50 själv betala för de sålda varorna. Det förelåg alltså inget fullmaktsförhållande i rättslig mening, men sonen handlade, som domstolen uttrycker det, faktiskt som om han varit fullmäktig för sin far. Domstolen framhöll också att varorna inte såldes vidare till fadern, utan bara traderades och lades in i faderns varulager. Säljaren kom att lida en skada genom att fadern tillgodogjorde sig tobaken och fadern, som inte erlagt någon betalning för varorna, blev i motsvarande mån berikad. Enligt domstolens avgörande blev då lagbestämmelser i Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) där *actio de in rem verso* kodifierats tillämpliga.⁹³ Reichsoberhandelsgericht biföll säljarens krav och ålade fadern att betala för den nytta han haft genom att ha tillgodogjort sig råttobaken med avdrag för den betalning sonen redan erlagt för varorna.

En sådan rättsanvändning som det nu beskrivna rättsfallet innebär, strider mot huvudregeln om att bara den som avsett att sluta avtal skall bli bunden och fullmaktslärans grundantagande att om fullmaktshavaren överskrider fullmakten, så uppkommer inget förpliktande avtal alls för huvudmannen. Den som gjort förlusten skall i i en sådan situation hålla sig till den som framstått som företrädare för annan. Reichsoberhandelsgerichts konstruktion, att sonen inte i rättsligt mening hade fullmakt, men faktiskt handlade för faderna räkning (*nicht rechtlich, doch tatsächlich*) och att fadern därför skulle svara för att han tillgodogjorts sig de varor som sålts till sonen, är kanske inte en gränslös utvidgning av ansvaret, men den fastslagna rättsregeln uppfattades i samtiden som mycket långtgående. Under arbetet med BGB framhölls att den nya lagen inte skulle föra denna regel vidare.⁹⁴ Inte heller idag finns i tysk rätt någon möjlighet som motsvarar Versionsklage, utan regleringen i BGB bröt med det nedärvda tillståndet.

I svensk rätt finns lagregler som ansluter till de båda formerna av *actio de in rem verso*. Regeln i 18 kap. 3 § HB *in fine* är tydligt påverkad av *actio de in rem verso* i den egentliga, trepartsvarianten och bestämmelsen i 9 kap. 7 § FB och

93 Bestämmelserna fanns i Th. 1 Tit. 13 § 262 och följande i ALR under rubriken *Von nützlichen Verwendungen*.

94 Se *Mugdan Materialien* s. 487: »Der Ent[wurf] kennt, [...] kein Versionsklage im Sinne des gemeinen oder des preuß[ischen] Rechtes. Besondere Vorschriften sind insbes[ondere] nicht für die Fälle erforderlich, [...] wenn ein Beauftragter oder ein gesetzlicher Vertreter oder auch ein *gestor* ein Rechtsgeschäft in eigenem Namen mit einem Dritten geschlossen hat und aus einem solchen Geschäft der Vertretene bereichert worden ist.«

motsvarande konstruktion i lag (1924:323) om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning, ansluter till den uttunnade, oegentliga versionen. Både regeln i 18 kap. 3 § HB in fine och den i 9 kap. 7 § FB har återkommande sagts utgöra stöd för att obehörig vinst »finns« i svensk rätt.⁹⁵ Trots att lagreglerna tillkommit vid olika tidpunkter och med nästan tvåhundra års mellanrum, är de alltså utskott på samma gren av det otuktade träd som tar sin näring ur läran om att obehöriga vinster skall återgå.

3.2 Sysslomansreglernas nyttobestämmelse

Bestämmelserna i 18 kapitlet handelsbalken handlar om sysslomän.⁹⁶ Reglerna är på flera sätt påverkade av *gemeines Recht*. Bestämmelsen i 18 kap. 3 § HB rör handlande utanför det förvaltningsuppdrag som givits. Huvudregeln är att sådant handlande inte binder den som givit förvaltningsuppdraget, men om sysslomannen lånat egendom av annan och huvudmannen brukat den till sin nytta eller slutit ett avtal med utomstående som lett till fördel för huvudmannen, skall huvudmannen bli skyldig att ersätta den uppkomna nyttan. Som ofta när det gäller reglerna i 1734 års lag är det inte gott att veta hur långt den kasuistiskt formulerade lagtexten kan sträckas i förallmänneligande riktning, men här är det av mindre betydelse hur tillämpningsområdet mer bestämt skall anges. Istället är det väsentliga att regeln har tydlig likhet med *actio de in rem verso* i den egentliga, trepartsversionen.

Denna iakttagelse har stöd i de källor som föregår 1734 års lag. Mycket av materialet hämtades ur den rättspraxis som växte fram vid Svea Hovrätt, som var en av landets högsta domstolar fram till 1789 då Högsta domstolen inrättades. I detta material går det att finna exempel på rättsavgöranden redan innan 1734 års lag trädde i kraft där en *actio de in rem verso* varit anknytningspunkten. I sin genomgång av avgöranden från Svea Hovrätt beskriver *Jägerskiöld* bland annat följande avgörande från 1658:

Pieter Schajj hade givit Olof Spilhammar skriftligt i uppdrag att köpa in stångjärn osmundjärn och tackjärn. Enligt uppdraget fick dock Spilham-

⁹⁵ Se *Karlgren* Obehörig vinst s. 63. Se även *Schultz* Fs Kleineman som på s. 752 i fotnot 39 noterar att just dessa bestämmelser brukar anföras som stöd för en bakomliggande regel om obehörig vinst i svensk rätt.

⁹⁶ I lagbestämmelserna talas om fullmakt, men sysslomannareglerna bygger på annat tänkande än avtalslagens fullmaktsregler. Se *Jägerskiöld* Handelsbalkens utländska källor, Lund 1967, s. 385-425 om sysslomannareglernas särdrag.

mar inte köpa in järnet på kredit. Trots detta köptes järn på kredit av Jöns Andersson i Nora för Schaijs räkning. Andersson ville ha betalt för det sålda järnet och framhöll att det kommit Schaij till nytta. Referenten i målet anförde att »järnet, som Spilhammar har Jöns Andersson avköpt, kommit husbonden till nytta, att Jöns ex eo cap. kan agera mot Schaij de in rem versa.«⁹⁷

Med nutida terminologi har Spilhammar fått en fullmakt av Schaij för att köpa in järn. Genom att Spilhammar för Schaijs räkning köpt järn på kredit av Andersson, borde inget avtal uppkomma. Fullmakten har ju överskridits och därmed skall ingen förpliktelse att betala för järnet uppkomma för Schaij. Trots att inget formellt bindande avtal finns, har Schaij tillgodogjort sig järnet. Referentens uttalande betyder att Andersson under dessa förutsättningar (*ex eo caput*) kunde rikta en talan (*agera*) om ersättning mot Schaij grundad på den nytta som uppkommit genom att Schaij tillgodogjort sig det på kredit köpta järnet. Det är tydligt att detta ställningstagande görs i anslutning till synsätt som har sin grund i en viss läsning av Corpus Iuris Civilis och där krav mot den som haft nytta av annans handlande kunde grundas på *actio de in rem verso*. Som Jägerskiöld noterar var tekniken att på detta sätt luta sig på utländskt material vanlig under början av 1600-talet:

»Man sammanställde olika källställen i Corpus juris med särskilt tysk doktrin, lagar från kontinentens länder och svenska lagbud från varierande tider för att med större eller mindre frihet i förhållande till de svenska texterna finna en regel, som svarade mot domarens uppfattning om det riktiga och rättvisa avgörandet.«⁹⁸

Även i andra sammanhang förekommer argumentation i domar från denna tid där nyttoåterkravsläran anfördes till stöd för att krav kunde riktas mot den som haft nytta av annans handlande.⁹⁹ Det är fall av detta slag som sedan kodifieras

97 Svea Hovrätts dom 11 december 1658 i tvist mellan Jöns Andersson och Peter Schaij (Schay), citerad efter *Jägerskiöld Handelsbalkens utländska källor* s. 414 f.

98 *Jägerskiöld Studier rörande receptionen av främmande rätt i Sverige under den yngre landslagens tid*, Lund 1963, s. 96f.

99 Se *Jägerskiöld Handelsbalkens utländska källor* s. 183f. där delar av motiveringen i domen 14 mars 1662 i tvisten mellan Abraham Mumma och Hans Kinninmundt återges.

i 18 kap. 3 § HB som ett undantag, där huvudmannen blir ansvarig för att utge ersättning till tredje man även om sysslomannen handlat utanför uppdragets gränser, om det som sysslomannen gjort varit till nytta för huvudmannen. I materialet från Svea hovrätt finns för övrigt samma typ av spänning mellan förklaring till att en viss regel skall gälla och faktiskt tillämplig regel. Digesternas 50.17.206 anförs ibland som närmast rättspolitiska argument, men även som grund för konkreta rättsregler.¹⁰⁰ Vi har alltså fått nyttoåterkravsläran kodifierad i den egentliga form som både vad gäller struktur och tanke sträcker sig tillbaka till klassisk romersk rätt. Lagregeln är avgränsad till trepartsrelationen och den bygger på huvudmannens nytta av sysslomannens handlande utanför uppdraget, precis som slavens agerande för sin herres räkning eller den omyndiges handlande till nytta för husfadern i romersk rätt.

3.3 Omyndighetsreglernas nyttobestämmelse

Lagregeln om verkningarna av att en omyndig slutit ett avtal som skall återgå var en nyskapelse för svensk rätt när den trädde ikraft 1924. Rättstillståndet innan var osäkert och praxis vacklande. Regleringen skedde i nordisk samverkan, vilket gör att snarlika regler infördes och ännu gäller i samtliga nordiska länder. I svensk rätt infördes regler om verkan av omyndigas rättshandling i 5 kap. 9 § lag 27 juni 1924 om förmynderskap. Bestämmelsen hade följande lydelse:

Varder avtal, som den omyndige utan erforderligt samtycke ingått, ej gällande, bära envar åter vad han mottagit eller utgive, om det ej kan ske, ersättning för dess värde. Dock vare den omyndige, där ej i andra stycket anorlunda stadgas, icke pliktig att utgiva sådan ersättning i vidare mån än vad han mottagit använts till skäligt underhåll eller eljest finnes hava för honom medfört nytta.

100 Se *Jägerskiöld Studier* s. 130 som på föregående sida nämner bland annat D. 50.17.206 och sedan sammanfattar: »Dessa olika satser ur Dig. ha ofta anförts i Svea hovrätts överläggningar före dom, och möta i Cod. rat. De har kunnat tjäna som argument för avgöranden av rättspolitiskt sett liberal natur, med tiden även som grund för konkreta rättsregler i praxis och lagstiftning. Flera av satserna voro emellertid av så vid innebörd, att först en närmare konkretisering kunde giva verklig vägledning, och en dylik följde med tiden i rättspraxis.«

Har den omyndige vid avtals ingående genom falska uppgifter om sin behörighet vilselett den, med vilken avtalet slöts, vare han, om avtalet ej blir gällande, pliktig att i den omfattning som prövas skäligen utgiva ersättning för den förlust som föranletts av avtalet.

När bestämmelsen fördes över till 9 kap. 7 § föräldrabalken, gjordes några små språkliga justeringar och ordet *omyndig* byttes mot *underårig*, men i sak är bestämmelsen densamma.¹⁰¹ Utformningen av bestämmelsen i förmynderskapslagen motiverades utförligt i förarbetena:

»Vad åter den omyndige angår, får den i paragrafens första stycke första punkten upptagna bestämmelsen, till den del den stadgar skyldighet att ersätta fulla värdet av egendom, som ej kan återställas, sin betydelse allenast såsom angivande den yttersta gräns, till vilken ersättningskyldigheten kan sträcka sig. Att såsom allmän regel ålägga honom full ersättningskyldighet skulle i ett mycket stort antal fall, såsom vid försträckning och kreditköp av förbrukningsföremål, beröva omyndighetsinvändningen all betydelse. Av skäl, som i det föregående blivit antydda, skulle det emellertid vara lika oriktigt att helt fritaga den omyndige från ersättningskyldighet. Skyddet för den omyndige bör uppenbarligen ej sträckas längre, än att han erhåller utväg att draga sig ur affären utan förlust. Det ligger under sådana förhållanden nära till hands att bygga förslagets bestämmelser i ämnet på begreppet obehörig vinst. Då det tidigare varit på tal att införliva denna rättsgrundsats med den svenska rätten, har visserligen frågan därom fått förfalla. Det nu förevarande fallet synes dock i viss mån intaga en särställning. Då man av förut berörda skäl icke rimligen kan vare sig ålägga den omyndige full ersättningskyldighet eller helt fritaga honom från sådan, lär det vara nödvändigt att taga den nytta, den omyndige haft av rättshandlingen, till utgångspunkt för frågans lösning, såframt man ej vill avstå från alla fasta hållpunkter och lämna saken att avgöras av domstolarna efter vad som prövas billigt med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet. Sistnämnda utväg har beredningen ej trott sig kunna anbefalla. Den synes innebära, att uppgifter, som enligt sin natur ankomma på lagstiftningen, i stället hänskjutas till rättskipningen, och det kan befaras, att parterna, om

101 Sista stycket i bestämmelsen, både som det lydde i förmynderskapslagen och nu något justerad i föräldrabalken, behöver inte kommenteras här, eftersom det är en ren återgångsregel vid vissa former av kvalificerade svek på den underåriges sida som mer är en ogiltighetsregel än en ersättningsregel.

de av lagen lämnas utan all verklig ledning vid frågans avgörande, frestas att i större utsträckning än nödigt driva saken till rättegång. Då beredningen sålunda trots sig böra stadga en skyldighet för den omyndige att ersätta den nytta, den mottagna prestationen för honom kan hava medfört, har beredningen emellertid strävat efter att åt denna rättsgrundsats giva en enkel och lättfattlig utformning, som torde vara ägnad att göra den lättare tillgänglig för svensk rättsuppfattning än t. ex. de tyska reglerna i ämnet, vilka i tillämpningen kunna föranleda åtskilliga svårigheter. Det stadgas i förslaget, att den omyndige i allmänhet ej är pliktig utgiva ersättning i vidare mån än vad han mottagit använts till skäligen underhåll eller eljest finnes hava för honom medfört nytta. Det synnerligen praktiska exempel, som sålunda i lagtexten anförts på principens tillämpning, torde i flera hänseenden vara vägledande för rättstillämpningen. Därav framgår, att vinsten ej behöver föreligga i form av ett behållet förmögenhetsvärde, vilket direkt eller indirekt trätt i stället för den mottagna egendomen, utan även kan bestå däruti, att utgifter, vilka efter den omyndiges förhållanden kunna betraktas såsom skäliga och som eljest fått bestridas med andra tillgångar eller med upplånade medel, blivit täckta med det, som medkontrahenten utgivit; har den omyndige härvid handlat oekonomiskt, får ersättningen därefter jämkas. Exemplet visar även, att förslaget ej förutsätter en alltför ingående och ända till tiden för kravets framställande fullföljd undersökning angående avtalets inverkan på den omyndiges förmögenhetsläge. Har det visats, att det mottagna en gång kommit till nyttig användning, har medkontrahenten fullgjort den honom åliggande bevisbördan, och domstolen behöver ej fördjupa sig i utredningar, huru den omyndiges förmögenhetsläge skulle hava gestaltat sig, i fall avtalet aldrig kommit till stånd. Har den omyndige använt upplånade penningmedel till inköp av föremål, som alltjämt finnas i behåll, kan medkontrahenten fordra att utbekomma dessa eller deras värde.¹⁰²

Det framgår med stor tydlighet av det citerade uttalandena i 1921 års betänkande, att tanken mindre varit att ange en grund för kravet än att finna en lämplig princip för fastställande av kravets storlek. Före det citerade nämns schweizisk och fransk rätt som förebilder för lagstiftningen.¹⁰³ Just bestämmelsen i 5 kap. 9 § förmynderskapslag ligger mycket nära artikel 33 i schweiziska Obligationenrecht (OR) i lydelse från 1881:

102 Ur 1921 års svenska förarbeten s. 275-277, jfr NJA II 1924 Nr 6 s. 347-348. En fotnot har utgått.

103 Se 1921 års betänkande s. 272.

Art. 33 OR

Erfolgt keine Genehmigung, so ist jeder Theil befugt, die schon vollzogene Leistung zurückzufordern.

Der nicht gebundene Theil jedoch haftet nur so weit, als die Leistung für ihn nützlich verwendet worden oder als er zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist oder sich böswillig der Bereicherung entäußert hat.

Hat er die andere Vertragspartei zu der irrthümlichen Annahme seiner Vertragsfähigkeit verleitet, so ist er ihr für den verursachten Schaden verantwortlich.

Svensk översättning

Ges inget samtycke [från förmyndaren], så är var part berättigad att återkräva den redan fullgjorda prestationen.

Den part som inte är bunden ansvarar endast så långt som prestationen använts till hans nytta eller om han vid tidpunkten för återkravet ännu är berikad eller har avyttrat berikelsen med ont uppsåt.

Har han förlätt den andra kontraktsparten till att göra det felaktiga antagandet, så svarar han för den åsamkade skadan.

5 kap. 9 § FL

Varder avtal, som den omyndige utan erforderligt samtycke ingått, ej gällande, bäre envar åter vad han mottagit eller utgive, om det ej kan ske, ersättning för dess värde.

Dock vare den omyndige, där ej i andra stycket annorlunda stadgas, icke pliktig att utgiva sådan ersättning i vidare mån än vad han mottagit använts till skäligt underhåll eller eljest finnes hava för honom medfört nytta.

Har den underåriga vid avtals ingående genom falska uppgifter om sin behörighet vilselett den, med vilken avtalet slöts, vare han, om avtalet ej blir gällande, pliktig att i den omfattning som prövas skälig utgiva ersättning för den förlust som föranletts av avtalet.

Här är det alltså fråga om ett ovanligt tydligt exempel på lagstiftning efter utländsk förebild. Bakgrunden till bestämmelsen finns därmed inte i äldre svenska källor, utan i utländska. Det föreligger heller inga svårigheter att omedelbart

se att förlagan är *actio de in rem verso* i den oegentliga versionen: Kravet kan riktas mot den omyndige själv, men ges karaktär genom att det tänks finnas en förmyndare som kunnat godkänna handlandet. Förmyndaren har emellertid inget ansvar för den omyndiges handlande om inte samtycke givits. Den omyndige skall inte utge full ersättning, utan enligt huvudregeln bara ersätta motparten för den nytta som den underårige själv haft.

3.4 Svensk rättspraxis

När Karlgren i sitt bidrag »Utan det vises, att det honom till nytta använt är« från 1934 försöker visa att läran om obehörig vinst åtminstone på begränsade rättsområden trots allt behövs, tar han utgångspunkt i de regler som har sina rötter i *actio de in rem verso*. Efter en kort inledning där Karlgren uttalar att läran om obehörig vinst haft svårt att få fäste i de nordiska rättsystemen, formulerar han saken på följande sätt:

»Emellertid har tydligen på senare tid motståndet mot principen obehörig vinst såsom bestämmande för en prestationsskyldighets omfattning väsentligt undergrävts eller försvagats. Den svenska rätten synes trots allt vara på glid hän mot de romersk-pandekträttsliga grundsatserna på området, om det än naturligen icke kan vara tal om en allmän och omedelbar reception av desamma utan närmast om deras upptagande blott för vissa grupper av fall och i en för den inhemska rätten lämpad form.«¹⁰⁴

Försöker man att med några få ord formulera Karlgrens huvudsakliga ärende med texten i 1934 års festskrift till 1734 års lag, så är det att genom en utläggning av 18 kap. 3 § HB visa att läran om obehörig vinst varit förankrad i svensk rätt sedan länge. Det är ett försök att finna en fast punkt där läran om obehörig vinst så som den kommit att utvecklas i utländsk rätt kunde få fäste även i svensk rätt. Det skulle vara fråga om ett närmande mot de »romersk-pandekträttsliga grundsatserna på området«, med vilket nog får förstås obehörig vinst så som läran utvecklats på framför allt tyskspråkigt område.

Med kunskap om att nyttoåterkravsläran har två former, den egentliga och den oegentliga, är det tydligt att det finns en glidning i Karlgrens text från den egentliga nyttoåterkravsläran till den oegentliga. Efter att ha visat hur fallen där någon i mer eller mindre utsträckt mening kan sägas vara någons företrädare

¹⁰⁴ Karlgren Fs 1734 års lag s. 631-667, s. 631 f.

58 och i den egenskapen ha handlat på ett sådant sätt att »huvudmannen« kunnat dra nytta av något på annans bekostnad, ställer Karlgren frågan om inte regeln ändå kunde utsträckas ännu ett stycke:

»Grunderna för 18:3 HB skulle till sist kunna återopas i de fall, då den obehörigt handlande visserligen icke är ställföreträdare (vare sig i inskränkt eller vidsträckt bemärkelse) utan fastmera subjekt för den förmögenhet, till vilken de avsedda rättsverkningarna hänför sig, men en annan person så till vida är »huvudman«, som han i subjektets ställe har förvaltnings- och dispositionsrätt över förmögenheten.«¹⁰⁵

Karlgren tänker sig alltså att bestämmelsen skall kunna tillämpas direkt, men även analogt och därtill också enligt »grunderna« för stadgandet.¹⁰⁶ Med detta antyds en bred användning av stadgandet som går långt utöver ordalydelsen.

Går man in och läser de rättsfall som Karlgren hänvisar till, så är det emellertid inte alltid helt enkelt att se hur de skulle vara så självklart stöd för att utgången stötts av en regel om obehörig vinst. Kanske är det den antydda, breda användningen som gör att det inte alltid lätt går att se ett samband mellan stadgandet i 18 kap. 3 § HB och det konkreta rättsfallet. Serien NJA 1930 s. 391 I-IV som anförs i Karlglrens bidrag rör i grunden mycket likartade situationer. En person som haft att tillvarata en kommuns eller ett municipalsamhälles intresen, har i egenskap av ordförande och kassaförvaltare upptagit lån för kommunens eller municipalsamhällets räkning utan att vara formellt behörig till det. Personen har alltså varit att betrakta som syssloman för kommunen eller municipalsamhället, men gått utanför sitt uppdrag. I samtliga fall har den person som tagit upp lånet försökt att dölja egen förskingring av kommunens eller municipalsamhällets medel och senare även fällts för detta brott. Majoritetens domskäl i de fyra målen är snarlika och här återges därför bara motiveringen till utgången i det sista av målen i serien:

»Ehuru [sysslomannen], vid det förhållandet att fullmäktiges beslut d. 30 okt. 1925 avsett upptagande av ett amorteringslån, saknat behörighet att å

¹⁰⁵ Karlglren Fs 1734 års lag s. 652.

¹⁰⁶ Hur »grunderna« för stadgandet i 18 kap. 3 § HB skulle fastställas är inte helt enkelt att säga och Karlglren utvecklar inte frågan. Några förarbeten av modernt slag till bestämmelsen finns inte, även om det i någon mån går att få en bild av skälen bakom bestämmelserna från Sjögrens utgåva.

samhällets vägnar upptaga det lån, varom i målet är fråga; likväl och som i målet måste anses utrett, att av lånemedlen ett belopp av 14,850 kr. 92 öre blivit använt till fullgörande av samhället åliggande utbetalningar, samt samhället icke ådagalagt någon omständighet, på grund varav samhället det oaktat skulle vara fritaget från skyldighet att till banken återgälda nämnda belopp, men det icke visats, att lånemedlen använts till samhällets nytta i större utsträckning än nu är sagt; alltså och utan avseende å vad samhället i övrigt invänt prövar jag rättvist att, [...] förplikta samhället att, mot kvitto och anteckning å skuldebrevet d. 15 okt. 1926, till banken utgiva 14,850 kr. 92 öre jämte ränta därå efter den av H.R:n angivna grund.¹⁰⁷

I referatrubriken till serien nämns 18 kap. 3 § HB uttryckligen, men Högsta domstolen hänvisar inte i något av fallen till bestämmelsen i sina domskäl. Det är dock tydligt att bestämmelsen passar för situationerna och att den som haft nytta av de lånade pengarna därför ålagts en betalningsskyldighet som motsvarade förmögenhetsökningen.

Temat är något annorlunda i de två följande fallen refererade som NJA 1930 s. 403 I & II, även om mycket av omständigheterna är likartade. I NJA 1930 s. 403 I hade en person utsetts till ordförande i municipalsamhället och därtill valts att vara municipalsamhällets kassaförvaltare. Ordföranden fälldes senare för förskingring av samhällets medel. Högsta domstolen gjorde bedömningen att han hade varit behörig att uppta lånet, trots att staten egentligen skulle ha lämnat tillstånd till municipalsamhällets skuldsättning först. Att statens tillstånd för municipalsamhället att uppta lånet saknades, förändrade enligt Högsta domstolens majoritet inte samhällets betalningsskyldighet, särskilt som banken »vidtagit de åtgärder för vinnande av utredning i nämnda fråga, som skäligen kunnat fordras, och därvid erhållit sådana upplysningar, att banken haft berättigad anledning antaga, att samhället ägt upptaga lånet utan att beslutet godkändes».¹⁰⁸ Municipalsamhället ansågs därmed skyldigt att återbetala lånet. I fallet görs ingen bedömning om medlen kommit municipalsamhället till nytta, utan frågan avgörs enbart efter att sysslomannen handlat inom ramen för sitt uppdrag. Därmed aktualiserades inte bestämmelsen i 18 kap. 3 § HB.

¹⁰⁷ NJA 1930 s. 391 IV, Högsta domstolens domskäl, som anslöt sig till JustR Geijers avgivna yttrande, referatet s. 402.

¹⁰⁸ NJA 1930 s. 403 I, Högsta domstolens dom, majoritetens domskäl, referatet s. 409.

Avgörandet som refereras i NJA 1930 s. 403 II rörde samma municipalsamhälle och även i detta fall rörde det sig om förskingring av samma person och upptagande av lån för att täcka bristen. Här var emellertid omständigheterna något mer komplicerade vad gällde vilken behörighet som faktiskt givits åt sysslomannen. Municipalsamhällets fullmäktige beslutade den 30 oktober 1925 att uppta lån på 30 000 kronor för uppförande av vissa lokaler. Amorteringstiden skulle enligt beslutet vara minst 25 år. Innan lån fick upptas, måste skuldsättningen enligt då gällande regelverk först godkännas av staten. Sådant tillstånd gavs, men med ändringen att amorteringstiden skulle vara 20 år. Fullmäktige beslutade mot bakgrund av detta att uppta ett amorteringslån med den kortare amorteringstiden och gav sysslomannen fullmakt att uppta lånet och kvittera ut lånesumman. Municipalsamhället tog upp amorteringslånet hos pensionsstyrelsen på dessa villkor. Vid sammanträde den 11 december 1925 beslutade fullmäktige att också uppta ett tillfälligt lån på 10 000 kronor och sysslomannen gavs även denna gång fullmakt att både uppta lånet för municipalsamhällets räkning och att kvittera ut lånesumman.

Sysslomannen vände sig till Stockholms läns sparbank och ansökte om ett tillfälligt lån på 40 000 kronor. För att styrka sin behörighet att uppta lånen företedde han protokollsutdrag om beslutet den 30 oktober och den 11 december. Utdragen var emellertid oriktiga eller i vart fall ofullständiga, så att alla villkoren för att uppta lånen inte framgick av utdragen. Lånet utbetalades mot utfärdande av ett löpande skuldebrev som undertecknades av sysslomannen för municipalsamhällets räkning. Lånet sattes om 10 mars 1927 med stöd av förfalskade handlingar om beslut av municipalsamhället och ett orderskuldebrev utfärdades. Banken sade slutligen upp lånet till betalning inom tre månader den 15 april 1927.

Högsta domstolen framhöll i sina domskäl att sysslomannen inte varit behörig att företråda municipalsamhället för 30 000 kronor av de totalt 40 000 som lånats i banken. Eftersom det var fråga om ett tillfälligt lån och inte ett amorteringslån, hade fullmakten överskridits till den del lånesumman översteg de 10 000 som enligt municipalsamhällets beslut fick upptas som tillfälligt lån. I domskälen framhölls, att det heller inte i var styrkt »att samhället i följd av medels användande för samhällets nytta eller på annan grund är skyldig att till banken utgiva berörda belopp å 30,000 kr. eller någon del därav». ¹⁰⁹ När det

109 NJA 1930 s. 403 II, Högsta domstolens dom, majoritetens domskäl, referatet s. 413.

sedan gällde det belopp om 10 000 kronor som municipalsamhällets fullmäktige beslutat om den 11 december 1925, fann Högsta domstolen att samhället var fullt betalningsskyldigt. Municipalsamhället ansvarade alltså för den del av lånet som i och för sig föll inom fullmaktshavarens behörighet. Liksom i det tidigare målet var det enligt Högsta domstolen utan betydelse att upptagandet av lånet inte godkänts av staten. Inte heller i detta avgörande nämns 18 kap. 3 § HB, även om möjligen uttalandet att beloppen inte kommit municipalsamhället till nytta kunde läsas som en underförstådd referens till bestämmelsen.

Av de fall Karlgren anför i bidraget bör även NJA 1930 s. 615 beskrivas. I fallet rörde det sig om checkar som hämtats ut och lösts in av en person som inte var behörig att lösa in dessa i banken. Högsta domstolen fann att den som enligt checken skulle ta emot beloppet fortsatt hade ett krav motsvarande det som inte tillkommit mottagaren. Den oförsiktighet som banken uppvisade vid kontroll av inlösarens rätt att få ut beloppet lades alltså banken till last. Inte heller detta fall passar särskilt väl inom ramen för bestämmelsen i 18 kap. 3 § HB och kan väl knappast ens ses som ett fall av obehörig vinst.

Rättsfallen visar att bestämmelsen i 18 kap. 3 § HB ibland kom till användning, men alla de avgöranden som nämns av Karlgren faller inte inom denna ram och det är ibland svårt att riktigt se hur målen hänger samman med tematiken obehörig vinst. Än svårare blir tanken att följa när Karlgren går utanför fullmaktsförhållanden eller fullmaktsnära situationer och beskriver omyndigas rättshandlande. I bidraget nämns flera avgöranden som exempel på hur obehörig vinst skulle ha lagts till grund för avgörandena och även dessa fall bör därför beskrivas lite närmre.

NJA 1889 s. 152 rörde ett köp av möbler som en kvinna gjort medan hon ännu som ogift stod under förmyndare. Enligt de regler som gällde vid den tidpunkt då köpet gjordes, kom hennes make efter giftermålet att bli hennes förmyndare. Frågan i målet var i vilken mån hennes make kunde åläggas betalningsskyldighet för den del av möbelköpet som ännu stod obetalt. I samtliga instanser var det en uttalad förutsättning för domsluten att kvinnan både beställt och även fått möblerna. Häradsrätten beslutade med utgångspunkt i att det inte funnits någon tillåtelse från kvinnans förmyndare att beställa möblerna och att förmyndaren heller inte i efterhand godkänt köpet, att säljaren inte hade rätt till den begärda ersättningen. Hovrätten fann, med motsatt bedömning i frågan huruvida förmyndaren godkänt köpet, att kvinnans make »såsom målsman för sin hustru« hade skyldighet att betala det utestående beloppet. Högsta domstolens majori-

62 tet fastställde häradsrättens domslut. En ledamot, JustR Glimstedt, var skiljaktig och anförde följande som skäl till att istället fastställa hovrättens domslut:

»Enär, såsom HofR:n anført, [hustrun] bekommit de i åberopade räkningar upptagna varor, samt den omständighet, att hon då var omyndig, efter min uppfattning icke lagligen föranleder dertill, att hon, utan att återställa varorna, likväl må anses fri från skyldighet att därför erlægga skälig betalning; förty och då någon anmärkning icke förekommit emot beloppet af hvad i sådant afseende fordrats, pröfvar jag rättvist fastställa det slut, hvori HofR:n stannat.«

Läser man denna skiljaktiga mening, så ligger väl däri en tanke om obehörig vinst om beställaren fick rätt att behålla möblerna utan att erlægga betalning för dem, men den haltar ändå eftersom det inte är beställaren utan hennes make, som också var hennes förmyndare, som skulle ha ålagts betalningsansvaret.

Även om den skiljaktiga meningen i NJA 1889 s. 152 ger uttryck för en mer allmän tanke om obehörig vinst, så är den inte densamma som den som senare skulle komma att kodifieras i förmynderskapslagen. Inte heller kan de vid tiden för avgörandet gällande reglerna för makars ansvar för den andra makens gäld förklara att den skiljaktige ansåg att köparens make skulle svara för köpet. Av vad som framgår av rättsfallsreferatet köptes möblerna innan äktenskapet ingicks och enligt vid tidpunkten för köpet gällande regel i 11 kap. 2 § giftermålsbalken svarade var make med egen egendom för skuld som uppkommit före giftermålet.¹¹⁰ Om det kunnat visas att maken haft nytta av att möblerna nu ingick i det gemensamma bohaget, skulle han möjligen ha kunnat åläggas ansvar med stöd av läran om obehörig vinst, men varken domskäl eller skiljaktig mening innehåller någon sådan bedömning av makens nytta. Grunden för ett sådant domslut skulle då emellertid knappast ha kunnat vara 18 kap. 3 § HB, eftersom rätthandlingen företogs då köparen stod under annan förmyndare. En allmän tillämpning av nyttoåterkravsläran är en möjlig förklaring, men inte ens den passar helt på grund av tidsförloppet.

Avgörandet NJA 1885 s. 378 rörde en ganska renodla fråga om verkningarna av att förmyndare inte godkänt den omyndiges rättshandling.¹¹¹ Fallet gällde lantbrukaren Lundin som omyndigförklarats och som fått Wahlberg och en

¹¹⁰ Bestämmelsen går tillbaka på en äldre förordning daterad 19 maj 1845 och samma regel gällde 1882 då avtalet slöts som vid domslutet 1889.

¹¹¹ Fallet refereras något utförligare även i NT 1886 s. 422.

annan person som förmyndare. Lundin hade ropat in 30 lispund 5 skålpund korn (ungefär 257 kilo korn)¹¹² på kredit till ett pris av 42 kronor och 35 öre utan att detta hade godkänts av förmyndaren Wahlberg. När säljaren Zetterman ville ha betalt för kornet, vände han sig till Wahlberg, som vägrade att betala. Kornet kunde inte lämnas tillbaka, eftersom Lundin sått ut det på åkrarna. Underinstanserna hade funnit att spannmålen kommit förmyndarförvaltningen till godo och Wahlberg skulle därför förpliktas att utge betalning till säljaren Zetterman. Högsta domstolens minoritet ville på de skäl som angivits i tidigare instanser fastställa hovrättens domslut. Högsta domstolens majoritet fann att eftersom förmyndaren Wahlberg inte godkänt köpet på förhand, inte godkänt det i efterhand och heller inte tagit någon befattning med användningen av spannmålen, så förelåg ingen skyldighet för Wahlberg att betala för det köpta kornet. I majoritetens domskäl framhölls även att den omyndigförklarade handlat på egen hand när kornet spriddes ut och mot det förbud Wahlberg meddelat om användningen av spannmålen. De skiljaktiga ansåg däremot, i likhet med underinstanserna, att Wahlberg var skyldig att betala för utsädet. Häradsrätten, vars utslag hovrätten inte fann skäl att göra ändring i, hade ålagt Wahlberg att utge hela beloppet för köpet, eftersom »spannmålen ostridigt kommit förmyndareförvaltningen till godo«.

Karlgren nämner även NJA 1879 s. 366. Målet rörde en omyndig som utfärdat ett skuldebrev under den tid då han ännu var omyndig. Både den omyndige Karlsson och hans förmyndare Andersson krävdes av skuldebrevets innehavare Jönsson på betalning. Med hänvisning till Kunglig förordning av den 7 juni 1749 punkten 4 förklarade Göta hovrätt att borgenärens talan inte kunde bifallas. Av förordningen framgick med stor tydlighet att skuldebrev undertecknade av omyndig var helt ogiltiga och utan verkan.¹¹³ Högsta domstolen fastställde

¹¹² Ett lispund motsvarar ungefär 8,5 kilo och det gick tjugo skålpund på ett lispund. Ett skålpund motsvarar alltså ungefär 425 gram. Uppgifterna är hämtade ur andra upplagan av Nordisk familjebok (Ugglan) band 25 spalt 1296.

¹¹³ Se ur förordningen punkten 4: »Alla Obligationer, Reverser och förskrifningar, som äro utgifne af någon omyndig, eller uti Föräldrarnes lifstid, och utom theras samtycke af sådane, hwilka njuta underhåll af Föräldrar och anhörige, skola ej äga någon förbindelse til betalning, och böra således icke inlösas. Samma lag ware i thy fall med Köpebref, Förpantningar, eller andre avhandlingar om lös och fast egendom, som af sådane personer utgifwas, så at the ej någon werkan hafwa skola.«

64 sedan hovrättens dom. Av referatet framgår det att Karlsson använt lånebeloppet till att bedriva viss handelsrörelse, men att rörelsen bedrevs utan tillstånd. Som hovrättens dom får förstås, ansågs heller inte förmyndaren Andersson skyldig att betala skulden.¹¹⁴

Avgörandena NJA 1879 s. 366, NJA 1885 s. 378 och NJA 1889 s. 152 ger en ganska god bild av rättsläget i tiden innan förmynderskapslagen trädde ikraft 1924. I 1921 års betänkande till lagen anförs att författare i doktrinen uttalat stöd för tanken att obehörig vinst skulle kunna komma till användning i dessa fall för att ålägga den omyndige skyldighet att utge viss ersättning, men »uppfattningen har emellertid ej vunnit erkännande i rättspraxis, om ock vissa spår av densamma stundom kunnat förmärkas.»¹¹⁵ Huvudregeln är tydligt den att den omyndige inte kunde åläggas ansvar alls och heller inte förmyndaren kunde krävas, även om den omyndiges handlande medfört nytta för förmyndaren. Svensk rätt står före införandet av förmynderskapslagen alltså på den punkten, att nyttoåterkravsläran i den form den fick i 18 kap. 3 § HB var fullt accepterad, medan den oegentliga formen blir del av gällande rätt först genom förmynderskapslagen och 1924 års lag. Den egentliga formen av *actio de in rem verso* kan alltså med viss styrka sägas etablerad i svensk rätt som ett fall av obehörig vinst, medan den oegentliga formen utanför lagreglerat område inte verkar vilja få fäste.

¹¹⁴ Det finns en processuell fråga som gällde i vilken mån Karlsson hade rätt att föra talan. Hovrätten fann emellertid att Karlsson »och hans medparters talan borde komma under bedömande» och senare i domslutet sägs att stämningsspåståendet inte kunde bifallas. Eftersom Högsta domstolen fastställer hovrättens dom, måste förmyndaren Andersson också omfattas av avgörandet.

¹¹⁵ Betänkandet s. 270 f. med där anmärkt litteratur. Se även not 2 på s. 271, där utöver fallen NJA 1879 s. 366 och NJA 1885 s. 378 även ytterligare, äldre fall i föregångare till Nytt Juridiskt Arkiv nämns.

4. Obehörig vinst i enhet och sönderfall

4.1 Obehörig vinst som rättsregel

Det finns en försåtlig enkelhet i tanken att ingen skall göra vinst på annans bekostnad, om det inte finns en rättslig grund för den uppkomna vinsten. Intuitivt framstår den som riktig. Så länge tanken kan stanna vid att vara allmän och inte konkret, kan den bevaras i denna form. Det omedelbara intrycket av enkelhet viker emellertid strax när tanken skall omformas till en rättsregel, med väl avgränsade rättsfakta som skall uppfylla rekvisiten i en rättsregel.

Läran om obehörig vinst kan, för den som inte går djupare in i frågan, se ut att vara enhetlig. För att bli praktiskt användbar måste emellertid läran om obehörig vinst ges konkretion. Det är detta synsätt, att läran om obehörig vinst är en komplex och sammansatt och inte enhetlig lära, som ligger till grund för *Wilburgs* studie från 1934 där den ännu i tysk rätt i huvudsak förhärskande uppdelningen i *Leistungskondiktionen* och *Eingriffskondiktionen* framhålls.¹¹⁶ Denna uppdelningslära kom senare att fördjupas av *von Caemmerer* i bidraget *Bereicherung und unerlaubte Handlung* i festskriften till Rabel 1953. Medan *Wilburgs* uppdelning i *Leistungskondiktionen* och *Eingriffskondiktionen* mer direkt bygger på själva lagtexten i § 812 BGB, där det talas om att någon berikats genom annans prestation eller på annat sätt (*durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise*), gör *von Caemmerer* en uppdelning som mer bygger på falltyper.¹¹⁷

¹¹⁶ Se exempelvis sammanfattningen av läget i tysk rätt *Kupisch* *Ungerechtfertigte Bereicherung und Europäisches Zivilgesetzbuch*, Fs Wiegand München 2005 s. 469-533, s. 476: »Seit den 50er-Jahren des 20. Jh. und zum Teil schon seit den 30er-Jahren wird in der Rechtswissenschaft und darüber hinaus unermüdlich an einem Konzept gearbeitet, den Einheitstatbestand des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zu zerlegen. Die Autoren, die hier in erster Linie genannt werden müssen, sind von österreichischer Seite her Walter Wilburg [...] und von deutscher Seite her Ernst von Caemmerer.« *Flume* beskriver i sitt bidrag i Fs Bundesgerichtshof på s. 534 den gängse uppfattningen i tysk rätt på liknande sätt, även om han framhåller att andra uppfattningar också finns i företrädda i doktrinen.

¹¹⁷ Se *von Caemmerer* *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, Fs Rabel Bd I Tübingen 1953 s. 333-401, s. 340: »Von solcher Grundanschauung ausgehend, daß es nämlich darauf ankomme, den Grund der Ungerechtfertigtigkeit einer Bereicherung konkret zu ermitteln, hat insbesondere *Wilburg* die Leistungs-

66 Genom denna uppdelning blir det tydligt att det krävs en analys av vilken *funktion* förutsättningen att vinsten skall vara obehörig har i den allmänna berikandeformeln.

I bidraget ställer von Caemmerer läran om obehörig vinst bredvid rättsstridighetsläran och framhåller den likhet som föreligger mellan dessa i att de nästan tycks sakna innehåll:

»Båda formlerna [obehörig vinst och att den skada som orsakats vårdslöst genom rättsstridigt handlande skall ersättas] kräver utfyllnad. De får innehåll först genom att frågan besvaras när en skadegörande handling är rättsstridig och när ett berikande är obehörigt. Om lagstiftaren borde ange detaljförutsättningar eller formulera ett allmänt culpaansvar eller en allmän regel om berikande, är en fråga om lagstiftningsteknik, som föreligger på samma sätt för läran om obehörig vinst som för skadeståndsrätten.«¹¹⁸

kondition und die Tatbestände der Bereicherung aus Verwendung fremden Rechtsguts als selbständige Typen des Bereicherungsanspruchs herausgearbeitet. Der Wert dieser *Wilburgs*chen Konzeption ist, wie mir scheint, in der deutschen Literatur noch nicht nach Gebühr gewürdigt worden. Damit sind freilich die Typen der Bereicherungsansprüche nicht erschöpft.«

¹¹⁸ Se von *Caemmerer* Fs Rabel s. 335: »Beide Formeln bedürfen der Ausfüllung. Sie erhalten Inhalt erst durch, daß die Frage beantwortet wird, wann eine Schädigung rechtswidrig und wann die Erlangung einer Bereicherung unrechtmäßig ist. Ob der Gesetzgeber hier Einzeltatbestände aufstellen oder ein Generaldelikt oder eine allgemeine Bereicherungsvorschrift formulieren soll, das ist eine Frage der Gesetzgebungstechnik, die für das Bereicherungsrecht ganz ähnlich liegt wie für das Deliktsrecht.« Översättningen är min. Jfr *Hellner* Obehörig vinst s. 4, som i sitt arbete tycks utgå från en liknande tanke: »Utan att alltför mycket föregripa den kommande undersökningen må det förutskickas, att den allmänna grundsatsen om obehörig vinst väsentligen framstår som en rättsprincip av samma typ som den allmänna culparegeln i skadeståndsrätten. Medan culparegeln utgör en sammanfattande princip rörande skyldighet att ersätta skada i ett stort antal sinsemellan olikartade situationer, som utmärkas av att skadegöraren handlat med uppsåt eller vållande, så utgör grundsatsen om obehörig vinst en sammanfattande princip för uppkomsten av ersättningskyldighet i skilda situationer, där den ersättningskyldige gjort en vinst, och där ersättningskyldighetens omfång också bestämmes av vinsten.«

Det kunde tyckas som det von Caemmerer framhåller bara rör ett val mellan lagstiftningstekniker, mellan detaljerade regler och allmänt formulerade, men det väsentliga i iakttagelsen är att om lagregeln bara vilar på begrepp som *obehörig vinst* eller *rättsstridig handling*, så måste den fyllas ut. Det går inte att väja för dessa konstateranden. De är fundamentala för förståelsen av obehörig vinst som rättsregel. Regeln saknar egentligt innehåll innan den fylls ut, innan vad som utgör en obehörig vinst eller vad som gör en handling rättsstridig bestämts.

Det är kanske inte omedelbart tydligt att detta är ett riktigt påstående, men genom att ta utgångspunkt i en sådan allmän regel som kunde ha varit en lagregel i svensk rätt blir det lättare att se problemen. För detta behövs en beskrivning av den allmänna regeln så som den kunde antas gälla eller åtminstone i huvudsak accepteras i svensk rätt. Följande beskrivning av *Karlgren* kunde tänkas fylla denna funktion:

»Vinstregelns innehåll kan tills vidare utan närmare precisering beskrivas så, att om någon (A) gjort en (i allmänhet förmögenhetsrättslig) vinst på annans (B:s) bekostnad och vinsten är ›obehörig‹ eller ›saknar rättsgrund‹, skall den gå åter, alltså ge upphov till en ersättningsrätt för B gentemot A avseende just vinsten. Det har alltså försiggått en förmögenhetsförskjutning från B till A; mot en av A vunnen fördel i förmögenhetsrättsligt avseende svarar en förlust för B, och vinstregeln går ut på en utjämning av den förskjutningen.«¹¹⁹

Det är en preliminär beskrivning som *Karlgren* lämnar och den bör därför inte tas för att vara definitiv eller slutgiltig, men den är en början. Renodlar man den lämnade beskrivningen så skulle rättsregeln lyda: Om A har gjort en vinst på B:s bekostnad och vinsten är obehörig eller saknar rättsgrund, så skall A utge vinsten till B. De rättsfakta som skall föreligga är alltså att A gjort en vinst, att det finns ett sådant samband mellan den vinst som A gjort så att den kan sägas ha gjorts på B:s bekostnad och därtill skall vinsten vara obehörig eller sakna rättsgrund.

Regeln är given som en vanlig slutledning och ser inte särskilt märkvärdig ut. Men det är inte slutledningens form som orsakar problemet, utan elementen i

¹¹⁹ *Karlgren* Obehörig vinst s. 12. I en fotnot på detta ställe återges huvudregeln om obehörig vinst i art. 62 i schweiziska Obligationenrecht: Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten.

68 den. Om man för ett slag bortser från att den preliminära beskrivningen bara fångar fall där A:s vinst och B:s förlust hänger samman, och alltså inte kan sägas fånga alla former som brukar sammanföras under läran om obehörig vinst, och problemet att det kan vara svårt att avgöra vinstens och förlustens storlek och att vinst och förlust inte behöver vara lika stora, utan bara ser närmare på kravet att vinsten är obehörig eller saknar rättsgrund, fyller den preliminära regeln sin funktion som utgångspunkt för det vidare resonemanget. Det är nämligen inte dessa brister som här kommer att behandlas, utan en helt annan.

I regeln framställs obehörigheten som en egenskap hos vinsten. För att veta när regeln kan tillämpas, måste man därför kunna ange under vilka förutsättningar vinsten är obehörig. Obehörigheten uppträder alltså inte som ett rättsfaktum, utan framstår som resultatet av en annan bedömning, som gjorts innan denna slutledning skall göras. Sättet att formulera regeln döljer delvis detta problem och först när den skall tillämpas i ett konkret fall, blir det tydligt att förutsättningen *obehörig* eller *saknar rättsgrund* inte har karaktär av rättsfaktum på det sätt som vinst och förlust har. Även frågan om det uppkommit en vinst eller en förlust och huruvida vinsten hänger samman med förlusten kräver en bedömning, men den verkar inte vara av samma slag som bedömningen om vinsten därtill är obehörig eller saknar rättsgrund. Det är detta som ligger i von Caemmerers likställande av rättsstridighet med obehörig vinst, ett påstående om att dessa begrepp är av annat slag än de övriga som ingår i den mest allmänna formuleringen av rättsregeln att obehörig vinst skall återgå.¹²⁰

Den kritik som kan riktas mot begreppet obehörig vinst i detta avseende, där betoningen ligger på att vinsten är *obehörig*, är nämligen av samma slag som den att en handling är *rättsstridig*. Det senare begreppet har analyserats av Ross i Opgør med retsstridighetslären. De anmärkningar han där gör mot användningen av begreppet rättsstridig är av principiellt samma slag som de som kan riktas mot obehörighetsbegreppet. Ross skriver på följande sätt om rättsstridighetsbegreppet:

»Retsstridighed i materiel forstand er den indholdsmæssige egenskab som et led i beskrivelsen af handlingens objektive karakter, som alle formelt retsstridige

120 Se von Caemmerer Fs Rabel s. 337: »Aus einer Konkretisierung der Frage nach der Unrechtmäßigkeit ergeben sich die Typen der Bereicherungsansprüche. Und nur mit einer solchen Typologie, nicht mit einer Aufstellung allgemeiner Kriterien, läßt sich dem Bereicherungsanspruch Form und Grenzen geben.«

handlingar har tilfælles. Eller (identisk): Materiel retstridighed er den fælles objektive betingelse for reprimerende sanktion. [...] Tør det virkelig antages, blot med nogen rimelighed, at alle de mange forskelligartede handlinger, der modvirkes gennem retsordenen ved reprimerende sanktioner, skulle have noget fælles i deres objektive beskrivelse? Hvad skulle egentlig kunne tænkes at være det fælles moment i den objektive beskrivelse af handlinger som disse: at dræbe en anden; at undlade at betale sin gæld; bedrageri; at krænke en andens forfatterret; at antaste rigsdagens sikkerhed; magtfordrejning ved foretagelse af en forvaltningsakt; at foretage konkurrencehandling i strid med redelig forretningsskik; at forulempe naboer excessivt med larm eller stank; at levere en mangelfuld vare til opfyldelse af en købekontrakt; voldtægt; at køre uden cyklelygte efter mørkets frembrud; at nægte lejereren adgang til det lejede, osv., osv., osv.?«¹²¹

Den långa uppräknningen på slutet kunde kanske ses som överdriven, men den har en tydlig pedagogisk poäng; mängden fall som skall omfattas av detta enda begrepp är så stor och variationen så stark, att det knappast går att finna något gemensamt mellan dem annat än att de alla anses vara uttryck för rättsstridiga handlingar. På liknande sätt kunde man sätta samman listor över fall, där vinsten anses obehörig eller sakna rättsgrund, utan att fallen har särskilt mycket gemensamt. Exempelvis anses enligt rättspraxis en obehörig vinst uppkomma för den hyrestagare som, utan att hyresvärden vet om det, blir kvar i hyrda lokaler och fortsätter att bedriva verksamhet där när hyrestiden löpt ut. Grunden för den tidigare hyresvärdens krav är alltså obehörig vinst.¹²² Hyrestagarens brukande saknar här uppenbart rättsgrund, eftersom hyresavtalet löpt ut. Lika så framgår av rättspraxis att om en gäldenär har instruerats att betala på visst sätt, men instruktionen innebär att beloppet överförs till annan än fordringens borgenär, så har borgenären en rätt att rikta anspråk mot mottagaren av beloppet om borgenären inte längre kan kräva gäldenären på betalning.¹²³ Genom

¹²¹ Ross Opgør med retstridighedslæren TfR 1951 s. 205-231, s. 212.

¹²² Beskrivningen är formad efter omständigheterna i NJA 2007 s. 519. Se vidare nedan avsnitt 5.2 om de närmare omständigheterna i fallet.

¹²³ Beskrivningen är formad efter omständigheterna i NJA 2020 s. 334. I domskälen talas visserligen om att det skulle röra sig om ett fall av *condictio indebiti*, men den som överförde beloppet misstog sig på intet sätt. Misstaget är istället borgenärens, som lämnat en felaktig instruktion. Utan tilläggförut-

70 att gäldenären betalar med befriande verkan till tredje man enligt borgenärens instruktion, sker en förmögenhetsöverföring från borgenären till mottagaren av beloppet. En liknande situation uppstår då en solidariskt ansvarig gäldenär överför medel motsvarande hela skulden till borgenären, ovetande om att den andre gäldenären redan betalat sin andel av skulden så som den skulle ha fallit enligt den slutliga fördelningen mellan gäldenärerna. Den gäldenär som sist överförde medel till borgenären i denna situation kunde sägas ha ett krav mot borgenären grundat i att det genom överföringen uppkommit en obehörig vinst för borgenären. Fallet är i allt väsentligt lika med det att en borgensman infriar i enlighet med sitt åtagande mot borgenären, ovetande om att gäldenären redan fullgjort sin prestation enligt huvudavtalet med borgenären. Även i situationer där någon förbättrat annans egendom på grund av att det förelegat en skyldighet att återställa skadad egendom uppkommer enligt rättspraxis en obehörig vinst.¹²⁴ Frågan är bara vad som förenar fallen, annat än slutsatsen att det uppkommit en vinst som saknar rättsgrund och alltså i den meningen är obehörig.

Den gängse förståelsen av obehörigheten i läran om obehörig vinst är därtill behäftad med en annan välkänd och allvarlig brist som hänger samman med att begreppet bör betraktas som en rättsföljd och inte ett rättsfaktum. Regeln, att om A har gjort en vinst på B:s bekostnad och vinsten är obehörig eller saknar rättsgrund, så skall A utge vinsten till B, förutsätter en annan, föregående bedömning av om vinsten är obehörig för att rättsregeln inte också skall få karaktären av cirkelslut. Omärkligt fyller man vid läsningen för sig själv i vad som

sättningen att överföringen till tredje man befriat gäldenären, skulle ingen förmögenhetsöverföring ha skett från borgenären till mottagaren av betalningen och borgenären hade inte haft något krav alls mot mottagaren av överföringen. I domskälen görs bedömningen att det är fråga om ett fall av *condictio indebiti* bara ur mottagarens synvinkel och med detta snäva synsätt har situationen förvisso likheter med resultatet av en misstagsbetalning, det vill säga att någon fått ett ekonomiskt tillskott som den inte skulle ha. NJA 2020 s. 334 behandlas mer utförligt i avsnitt 5.4 nedan.

¹²⁴ Beskrivningen är löst formad efter NJA 2011 s. 548, där Högsta domstolen visserligen slutligen inte biföll kravet på vinstersättning, men det antyds i domskälen att den standardhöjning som återställandet av bostadsrättslägenheten medförde kunde ses som en obehörig vinst. Se vidare om fallet avsnitt 4.4 nedan och de skäl som gjorde att kravet inte bifölls.

utgör obehörigheten, utan att redogöra för hur man nått detta resultat, eller så sägs skälet till att vinsten har egenskapen att vara obehörig vara att vinsten saknar rättsgrund och anledningen till att den saknar rättsgrund är att vinsten är obehörig. Redan *Lundstedt* framförde invändningar mot denna typ av cirkelslut. I en lång fotnot i hans arbete *Obligationsbegreppet* vänder sig *Lundstedt* mot begreppet obehörig vinst och särskilt förutsättningen att vinsten skall vara obehörig. Fotnoten är en utveckling av ett resonemang i huvudtexten som rör grunden för en borgensmans regressrätt mot gäldenären och ingår i en del av arbetet där *Lundstedt* avser att visa vilken praktisk betydelse hans grundläggande rättsvetenskapliga förhållningssätt har:

»Vad angår begreppet ›obehörig vinst‹ visar detsamma blott, att jurisprudenten då och då har garderobsorg. När den vanliga begreppsdräkten räcker till, då talas det aldrig om obehörig vinst, fastän denna förklädnad skulle göra sig alldeles utmärkt då också. Om t. ex. en försträckningstagare icke vore ›skyldig‹ betala tillbaka pengarne, så skulle han väl göra en uppenbart obehörig vinst enligt jurisprudentens sätt att fatta detta begrepp. Likväl har man aldrig hört, att jurisprudenten motiverat försträckningstagarens återbetalningsskyldighet med ›obehörig vinst‹. Varför icke? [...] Jag tillåter mig emellertid efterlysa någon enda ömsesidig affär, fullgjord av ena parten, i vilken icke gäldenärens prestationsplikt skulle kunna motiveras med ›obehörig vinst‹! Likväl avstår jurisprudenten i alla sådana fall från denna idealiska ›rättsgrund‹. Hur kan det komma sig? [...] Ty faktiskt användes den famösa figuren ›obehörig vinst‹, blott när rättsskolastiken i övrigt tryter, som en nödfallsutväg sålunda. Men det är i själva verket ganska förvånansvärt, att den ens på detta begränsade sätt kunnat komma till användning såsom grund för en rättsregel. Cirkelresonemanget ligger nämligen här i en särskilt påtaglig dager. Man får ju förnuftigtvis icke behandla den regel, som man vill motivera, såsom om den redan vore ›gällande rätt‹. Antag därför att i stället den motsatta regeln vore gällande. Då bleve ju vinsten icke obehörig utan högst behörig. Alltså kan man med ›obehörig vinst‹ icke komma längre, än till att regeln ifråga gäller, såvida icke dess motsats gäller, d. v. s. att regeln gäller, om den gäller. Vid varje med ›obehörig vinst‹ motiverad regel måste det därför – såvitt regeln ifråga verkligen är nyttig – vara helt andra synpunkter som äro av betydelse. [...] Felet hos rättsvetenskapen bottnar däruti, att den tager detta irrationella rättfärdighetskrav [...] till stöd för sitt resonemang. Därigenom

uppstår tanken, att en viss regel måste gälla till förekommande av orättfärdig vinst. Lyfte man något på rättsmedvetandets slöja, skulle man finna, hur oresonlig en sådan metod är.«¹²⁵

Som så ofta med Lundstedts texter är uttalandet retoriskt väl utfört och den kritik som riktas mot andra synsätt oresonlig. Det är lätt att omedelbart slå ifrån sig kritiken som ogrundad istället för att bemöta den i sak. Här finns dock en hel del att begrunda om man tar sig tiden. Uttrycket *garderobsorg* är nog knappast allmänt känt numera, men i Östergrens Nusvensk ordbok lämnas förklaringen »att nödgas gå svartklädd eller särskilt finklädd av brist på (andra) kläder; ibland inte kunna gå ut eller gå bort av brist på (lämpliga) kläder«.¹²⁶ Överförd till denna situation, så skulle Lundstedt alltså mena att rättsvetenskapen klär upp sig av nödtvång för att inget annat än de sällan använda begravningskläderna hänger kvar i garderoben. Det är en suggestiv bild som Lundstedt skickligt förhöjer genom att beteckna nödtvånget att gå i onödigt högtidlig dräkt med att den också är en förklädnad.

Lundstedts huvudinvändning mot begreppet obehörig vinst är emellertid inte att det skulle vara en förklädnad, utan att det bygger på ett cirkelresonemang och att det därtill är rotat i »irrationella rättfärdighetskrav«. Vad gäller påståendet att rättsfiguren obehörig vinst skulle ge prov på ett cirkelresonemang är Lundstedt onödigt knapp när han skall förklara. Utökar man Lundstedts förklaring med utgångspunkt i den konkreta situation där uttalandet görs, nämligen den att borgensmannen fullgjort i enlighet med sitt åtagande mot borgenären, så är frågan som skall besvaras vilken grunden för borgensmannens regressrätt skulle vara.

Det går inte säkert att utläsa vems uppfattning Lundstedt egentligen går till storms mot. Lagstiftaren hade i några fall antytt att obehörig vinst kunde komma till användning, bland annat i samband med att reglerna om underårigas rättshandlande utarbetades. Eftersom lagstiftaren uttryckte ett visst avstånd till den allmänna läran obehörig vinst i det lagstiftningsärendet och även i beredningen av konkurslag helt avfärdat tanken att bygga regler på obehörig vinst, är

¹²⁵ Lundstedt Obligationsbegreppet, Förra delen: Fakta och fiktioner, Uppsala 1929 s. 168 fotnot 2. Några stavningar avviker från vad som numera är brukligt, men det citerade följer originalet.

¹²⁶ Östergren Nusvensk ordbok Bd 2, tryckt Stockholm 1926, spalt 1069. Förkortningar har lösts upp.

det förmodligen inte dessa uttryck som Lundstedt vänder sig mot. Lundstedt framför också sin kritik mot användning av läran i ett konkret sammanhang, nämligen när han behandlar grunden för borgensmannens regressrätt. Den svenskspråkiga litteraturen i ämnet i tiden före Lundstedts uttalande var inte särskilt omfattande. Agardh hade lagt fram en avhandling 1878 om borgen, men där nämns inget om obehörig vinst som grund för regressrätten. Ekström lade fram sin långa avhandling Löftesmans regress till gäldenären och medlöftesmännen 1907, men inte heller den verkar ge anledning till reaktionen. Inte heller Ekströms Om borgen innehåller något sådant. Den troligaste anledningen till Lundstedts irritation är nog snarare några av uttalandena i Afzelius' avhandling Om cession af fordringar enligt svensk rätt från 1877. Där står nämligen följande om grunden för bland annat borgensmannens regressrätt

»Vi öfvergå härefter till de fall af cession, då densamma icke har sin grund i en frivillig öfverlåtelse, utan i en skyldighet att cedera – till den tvungna cessionen. Denna skyldighet grundar sig i allmänhet, så som vi förut sagt, på ett föregående rättsförhållande mellan cedenten och cessionarien; ur detta härleder cessionarien sin rätt att erhålla en fordran, hvilken finnes i cedentens förmögenhet. De rättsförhållanden, på hvilka rätten till cession grundas, kunna vara af olika natur och hafva endast det med hvarandra gemensamt, att vid dem alla cedenten skulle vinna en obehörig fördel, om han finge behålla fordringen och cessionarien lida en lika obehörig förlust, därest densamma icke blefve till honom öfverlåten. I vissa fall anknytes fordringsrättens öfvergång vid själfva grunden till cessionen; i andra stödes därpå endast en rätt att erhålla cession.«¹²⁷

I den text som följer är borgensmannens regressrätt mot gäldenären ett exempel på denna tvungna cession som alltså enligt Afzelius' uppfattning har sin grund i att det annars skulle uppstå en obehörig vinst. Hela Afzelius' text är starkt präglad av tysk doktrin, vilket inte minst framgår av de många hänvisningarna till tyska källor. Det är ingen tvekan om att hans metod i vissa delar bygger på härledning från begrepp.¹²⁸ Även begreppet *tvungen cession* har nå-

¹²⁷ Afzelius Om cession af fordringar enligt svensk rätt, Uppsala 1877, s. 40.

¹²⁸ Huruvida beteckningen begreppsjuridisk vore en i sak riktig beskrivning av Afzelius' metod i Om cession kan diskuteras. Som Sundell utförligt redovisar i Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870-1914, Lund 1987, s. 117-156 tog Afzelius starka intryck av tysk rättsvetenskap och framför allt Jherings och

74 got av begreppskonstruktion över sig och ger ännu ett prov på det starka beroendet av tysk rättsvetenskap i Afzelius' arbete. Avhandlingen Om cession är präglad av en vetenskaplig metod Lundstedt anser förkastlig och som åtminstone som skällsord kunde betecknas som begreppsjurisprudens.

Skulle man alltså utgå från tanken att regressrätten bör motiveras med att gäldenären annars skulle göra en obehörig vinst, så följer emellertid inget svar på frågan varför vinsten skulle vara obehörig. Det enda som sägs är att eftersom det annars skulle uppstå en obehörig vinst, så skall borgensmannen ha regressrätt. Att det finns en regressrätt är alltså bara ett annat sätt att säga att gäldenärens vinst är obehörig och om vinsten är obehörig, så har borgensmannen en regressrätt. Det är fråga om en form av cirkelresonemang, där slutsatsen är given i förutsättningarna.¹²⁹

Windscheids arbeten. Frågan kan emellertid ställas hur konsekvent eller medveten Afzelius' metoduppfattning var. Det framgår av en recension av femte upplagan av Windscheids Pandektenrecht som Afzelius får publicerad i Naumanns tidskrift 1879, att han egentligen inte såg någon skillnad på den metod Jhering presenterat i Geist des römischen Rechts och den metoduppfattning som kommer till uttryck i Windscheids Pandektenrecht. I recensionen skriver Afzelius uttryckligen på s. 675 att man om Jhering och Windscheid inte kan säga att de två representerar olika vetenskapsinriktningar. Som det framstår i recensionen låg skillnaden mellan de två snarare i olika temperament än vetenskapsuppfattningar. I sak måste detta sägas vara en felaktig beskrivning, även om det möjligen inte stod klart för alla ens med publiceringen av första delbandet av del 3 av Geist des römischen Rechts 1865, att Jhering lämnat sin tidigare metod bakom sig. Det framgår dock av ett brev Jhering skriver till Windscheid 1865 att Jhering själv menade att hans och Windscheids uppfattningar skilde sig åt på många punkter även efter det att han lämnat den naturhistoriska metod som han introducerat i andra delbandet av del 2 av Geist des römischen Rechts 1858 och i koncentrerad form beskrev i Unsere Aufgabe året innan, det som är den egentliga begreppsjurisprudens som Jhering alltså tar avstånd från senare. Jherings brev till Windscheid är daterat 18 april 1865 och finns återgivet i Rudolf von Jhering in Briefen an Seine Freunde, Leipzig 1913 på s. 173 och framåt.

129 Jfr Schultz Obehörig vinst rediviva SvJT 2009 s. 949 fotnot 10, som ganska summariskt avfärdar tanken att det skulle röra sig om ett cirkelresonemang: »Den skandinaviska realismens faiblesse för att avfärda traditionella juridiska konstruktioner, t.ex. obehörig vinst-principen, som cirkelresonemang har sedan länge avslöjats som metodimperialistiska skenargument: Det är naturligt-

Som framhållits ovan, kan denna cirkel brytas genom att istället säga att i den och den situationen är en uppkommen vinst obehörig, men beteckningen *obehörig* förlorar då självständig mening. När det gäller skyldigheten för gäldenären att lämna ersättning till borgensmannen, kan detta formuleras så, att den gäldenär som befriats från sin förpliktelse genom annans fullgörelse till fordringens borgenär gör en obehörig vinst. Den som gjort en obehörig vinst på annans bekostnad, skall utge den uppkomna vinsten till den förfördelade. När borgensmannen fullgjort i enlighet med sin förpliktelse mot borgenären på ett sådant sätt att gäldenären helt eller delvis befriats från sin förpliktelse mot borgenären, uppkommer en förlust hos borgensmannen. Gäldenären gör samtidigt en motsvarande vinst på borgensmannens bekostnad. Skulle inte borgensmannen ha rätt att vända sig med regresskrav mot gäldenären, så skulle gäldenären göra en obehörig vinst på borgensmannens bekostnad. Själva konstaterandet att det uppstått en obehörig vinst saknar dock självständig funktion. De två satserna »den gäldenär som befriats från sin förpliktelse genom annans fullgörelse till fordringens borgenär gör en obehörig vinst« och »den som gjort en obehörig vinst på annans bekostnad, skall utge den uppkomna vinsten till den förfördelade« kan nämligen, utan förlust för tillämpningen, förkortas till »den gäldenär som befriats från sin förpliktelse genom annans fullgörelse till fordringens borgenär, skall utge den uppkomna vinsten till den som genom sin fullgörelse befriat gäldenären«. Begreppet *obehörig vinst* blir på detta sätt ett kopplingsbegrepp mellan rättsfaktumdelen och rättsföljdsdelen i en rättsregel och som kan strykas.¹³⁰ Det tillför inget för den formulerade rättsregeln att därtill säga att gäldenären gjort en obehörig vinst, utan den fungerar utan denna beteckning.

vis inte cirkulärt att påstå att rättsordningen tillhandahåller en rätt till ersättning för vinst under förutsättningen att en förmögenhetstransaktion eller en vinst uppstått med grund i den potentiella gäldenärens rättighet obehörigen.« Det kan egentligen inte råda någon tvekan om att det Schultz avser att kritisera är just Lundstedts »famösa« uttalande som återgivits ovan, särskilt som det finns en hänvisning till detta ställe i Lundstedts arbete i fotnot 3 på s. 947. Som Schultz omformulerar det Lundstedt faktiskt skrev, uppstår mycket riktigt heller inget cirkelresonemang, för det är som jag uppfattar det ett påstående av helt annat slag än det Lundstedt kritiserar.

130 Det är fråga om samma typ av enkla slutledningar, som *Ekelöf* använder i *Juridisk slutledning och terminologi*, TfR 1945 s. 211-272, särskilt från s. 242-255, och *Ross* i *Tü-Tü Fs Ussing*, Köpenhamn 1951 s. 468-484, för att visa vilken funktion begreppet fordran har i vissa slutledningar.

På motsvarande sätt kan andra situationer där obehörig vinst sägs uppkomma analyseras. Tar man brukandet av annans egendom utan att det finns tillstånd för användningen av ägaren som exempel, så räcker det att just konstatera att någon brukat egendomen utan tillstånd från ägaren och att den som brukat egendomen har en skyldighet att utge ersättning beräknad på visst sätt. De två satserna »den som brukar annans egendom utan att ha tillstånd för användningen gör en obehörig vinst« och »den som gjort en obehörig vinst skall utge den uppkomna vinsten« kan nämligen utan förlust för tillämpningen förkortas till »den som brukar annans egendom utan att ha tillstånd för användningen, skall utge den uppkomna vinsten«. Begreppet obehörig vinst blir på detta sätt även här ett kopplingsbegrepp mellan rättsfaktumdelen och rättsföljdsdelen i en rättsregel och som kan strykas. Ingenstans där obehörig vinst används, verkar beteckningen *obehörig* ha en självständig funktion, utan konstaterandet att någon gjort en obehörig vinst är resultatet av en annan rättsregel, där man tagit ställning för att någon skall kunna åläggas en ersättningsskyldighet. På detta sätt bryts cirkeln och ersätts av konkreta bedömningar av om någon har en förpliktelse mot annan och vem som kan göra krav gällande mot den förpliktade.

4.2 Obehörig vinst i svensk rättspraxis

Läran om obehörig vinst växer i de nordiska rättsordningarna i huvudsak fram i växelverkan mellan doktrin och rättspraxis, utan särskilt stark förankring i lag. Även om det i rättsvetenskapen gärna efter mönster av utländska doktrin och lagstiftning talas om en allmän lära om obehörig vinst, vore det med utgångspunkt i rättspraxis nog mer rättvisande att tala om skilda fallgrupper där en vinst ansetts vara obehörig.

Ur serier av rättsfall där det finns antydningar till att ålägga någon att utge ersättning på grund av att en obehörig vinst uppkommit går det att se en tydlig linje som går långt tillbaka som rör skyldighet att utge ersättning för obehörigt nyttjande av annans egendom. Rättsfallet NJA 1896 s. 7 illustrerar saken väl. Bakgrunden till tvisten låg i att alla ägor till Elmsta by vid Väddö genomgick laga skifte som avslutades 1837. I samband med skiftet avsattes ett område kallat Rumpbacken för allmänt nyttjande. Området arrenderades sedan ut till två privatpersoner, Larsson och Eriksson, på fem år från den 14 mars 1889. Genom ett missförstånd kom området att användas av Wiklund för att bygga ett barkskepp utan arrendatorernas tillstånd. Larsson och Eriksson stämde i anledning av den otillåtna användningen Wiklund och yrkade ersättning för nyttjandet.

På grund av vissa oklarheter om rätten till området, stod det först i hovrätten helt klart att Larsson och Eriksson haft rätt att arrendera området och att de därför i förhållande till nyttjaren Wiklund var att betrakta som Elmsta byamäns rättsinnehavare. Wiklund invände mot kravet att nyttjandet skett i god tro och att Larsson och Eriksson inte styrkt någon skada som de lidit av Wiklunds användning av området. Högsta domstolens majoritet bestående av fyra justitieråd biföll slutligen arrendatorernas yrkande om ersättning för nyttjandet och fattade beslut i enlighet med föredraganden RevSkr. Sjöbergs yttrande, som i huvudsak hade följande lydelse:

»K. M. torde lika med HofR:n finna, att ifrågavarande område tillhör Elmsta by; och som byamännen genom afhandling d. 13 maj 1889 för tiden till d. 14 mars 1894 mot årligt arrende upplåtit samma område till Larsson och Eriksson, därvid, enligt hvad afhandlingens innehåll i öfrigt gifver vid handen, afsetts, att området skulle användas bland annat till uthyrning af byggnads- och upplagsplatser, samt upplyst är, att Wiklund utan att träffa aftal med Larsson och Eriksson från hösten 1891 till sommaren 1892 vid förbyggnad af barkskeppet Vik användt en del af området för skeppets förtöjande och till upplagsplats för virke m. m.; och Wiklund följaktligen är skyldig att för platsens begagnande utgifva skälig ersättning till Larsson och Eriksson; alltså och då anledning ej förekommit till antagande, att det af Larsson och Eriksson i sådant hänseende fordrade beloppet är oskäligt, hemställer jag i und[erdånighet], att K. M. måtte pröva rättvist att, med ändring av domstolarnas beslut, förplikta Wiklund att mot kvitto till Larsson och Eriksson utgiva 100 kr.«¹³¹

Av de tre skiljaktiga är JustR Afzelius' mening särskilt intressant i detta sammanhang. I hans skiljaktiga mening yttras att »Wiklund haft skälig anledning antaga, att Larsson och Eriksson saknade rätt att för dylikt begagnande af Wiklund taga hyra« och att användningen av området »icke i och för sig« kunde grunda rätt till ersättning för nyttjandet. Förmodligen skall detta förstås så, att Wiklunds misstag vad gällde rätten att nyttja området för skeppsbyggnad utslöt skyldighet att utge ersättning till arrendatorerna. Läser man denna skiljaktiga mening mot majoritetens bifall till föredragandens förslag till dom, blir det tydligt att majoriteten inte ansett god eller ond tro vid användningen vara en omständighet som varit av betydelse. Inte heller verkar nyttjarens påstående att

131 NJA 1896 s. 7, referatet s. 10.

78 ingen skada uppkommit ha varit av betydelse vid ersättningens fastställande.

NJA 1896 s. 7 följs av NJA 1905 s. 76, vilket rörde användning av delar av ett magasin utan att den som förvarade trävaror där avtalat med ägaren om förvaringen. Utgången är i sak densamma, nämligen att den som nyttjar annans egendom utan att ha avtalat om det har skyldighet att utge ersättning. Möjligen går det att spåra en precisering i ersättningsberäkningen i NJA 1905 s. 76 när Högsta domstolen framhåller att »skadeersättningen« skall beräknas efter det som motsvarar »hyresvärdet« för den del av magasinet som användes.¹³² Med detta får väl förstås ett tänkt marknadspris för lagringsutrymmet, medan ersättningen i NJA 1896 s. 7 mer oprecist betecknades som »skälig«, utan någon ytterligare bestämning.

Vad det däremot saknas verkligt stöd för i Högsta domstolens praxis är en mer allmänna regel om obehörig vinst. Det är därför inte helt oberättigat att som Karlgren framhålla att rättsläget ändrades genom plenimålet NJA 1925 s. 184 och att det blev klarlagt »om icke förr så genom 1925 års pleniavgörande, att domstolen har möjlighet att utnyttja institutet obehörig vinst då den har lust, även när lagbestämmelser härom saknas«.¹³³ Frågan huruvida läran om obehörig vinst är en samlingsbeteckning för flera rättsregler eller en enhetlig lära avgjordes inte genom fallet, men i NJA 1925 s. 184 finns ett uttryck för en för framtiden användbar rättsregel.

Över huvud taget framstår 1920-talet som en brytningstid för läran om obehörig vinst, från tydligt avståndstagande till någon form av erkännande av den allmänna formulering av en rättsregel om rätt till ersättning för obehörig vinst i rättspraxis. Den tidigare avvaktande, kanske rent av avvisande, hållningen till institutet obehörig vinst kom till klart uttryck i lagrådets yttrande över förslaget till ny konkurslag. I 1911 års förslag till konkurslag hade det funnits en regel enligt vilken en mottagare vid återvinning av en gåva inte skulle vara »ersättningskyldig i vidare mån än han af gåvan haft vinst«. Som motivering till bestämmelsen anförde kommittén:

»Den i senare delen af förevarande paragraf gifna bestämmelsen afser att fastställa denna princip: gåfvotagaren skall återlämna den egendom han af gäldenären erhållit; kan han icke återställa densamma, är han ersättningskyldig endast i den mån han haft vinst. Principen om ersättning i mån af

¹³² NJA 1905 s. 76, referatet s. 79.

¹³³ Karlgren Obehörig vinst s. 20f.

obehörig vinst har visserligen hittills i svensk rätt, i jämförelse med hvad förhållandet är i många utländska lagar, funnit föga användning, men denna omständighet har kommittén icke funnit utgöra tillräcklig anledning att ej i förevarande fall, där principen synes vara i sakens egen natur grundad, föreslå densamma till användning.«¹³⁴

Förslaget, som inte kommenteras särskilt i 1919 års betänkande, reviderades efter lagrådets kritik. JustR Leijonhufvud, JustR Edelstam och RegR Linnér uttalar följande i frågan:

»Ersättningskyldighetens omfattning skall således i dessa fall bestämmas efter grundsatsen om obehörig vinst. Vad sålunda föreslagits innebär införande i den svenska rätten av en princip, som i stort sett torde vara för densamma främmande; där det i föregående lagstiftning av allmänare räckvidd kunnat ifrågasättas att bringa densamma till användning, har så icke skett. Redan ur denna synpunkt är det ägnat att väcka betänkligheter att förorda förslaget till antagande. Därtill kommer, att de invecklade och omstridda frågor, vilka torde uppstå vid grundsatsens tillämpning, alldeles sakna belysning i den föreliggande utredningen. Det kan därför befaras, att praxis skulle komma att präglas av en stor osäkerhet och godtycklighet, som sannolikt skulle mer än uppväga den smidighet vid ersättningsplikens utmätande, vilken lär vara åsyftad.«¹³⁵

Till detta fogades följande av lagrådsledamoten JustR Améen:

»Utan tvivel är det synnerligen svårt att formulera en lagbestämmelse, som tillräckligt smidigt anpassar sig efter de skiftande fall, vilka man här har att taga i betraktande. [...] Vad nu billigheten synes fordra för att man skall kunna ålägga gåvotagaren ersättningskyldighet är att gåvan medfört, att vid tiden för återgångstalans anställande gåvotagarens förmögenhet var större än den eljest skulle varit samt att, om så icke är förhållandet, försvinnandet av det värde gåvan vid mottagandet representerat kan läggas gåvotagaren till last såsom en efter människors vanliga handlingsätt mindre försvarlig handling. Sannolikt torde detta någotsånär motsvara vad kommittén åsyftat, men stadgandets förtydligande lär i varje fall vara önskligt.«¹³⁶

¹³⁴ 1911 års betänkande, motiv till förslaget § 36, s. 232.

¹³⁵ NJA II 1921 Nr 3 s. 469.

¹³⁶ NJA II 1921 Nr 3 s. 470.

80 Efter denna kritik, ströks särregeln om att gåvotagaren bara skulle utge den uppburna vinsten och huvudregeln om att mottagaren skulle ersätta den skada konkursboet lidit kom därmed att gälla även för detta fall. Någon särreglering som gynnar gåvotagaren särskilt vid återgång där föremålet inte längre finns kvar hos gåvotagaren finns heller inte enligt nu gällande lag.

Utgången i NJA 1925 s. 184 kan mot denna bakgrund ses som ett verkligt genombrott för läran om obehörig vinst i svensk rätt. Genom detta plenimål tas en ny riktning ut i rättspraxis.¹³⁷ Bakgrunden till tvisten var att Svensson sålt skogsfastigheter till Johansson. Vid försäljningen förbehöll sig dock Svensson rätten att avverka på visst sätt på den sålda fastigheten under fem år efter tillträdet. Kontraktet var daterat den 2 mars 1917 och tillträdet var satt till 14 mars samma år. Genom lagen den 13 juni 1919 om tillfälliga åtgärder till förekommande av skövling av skog å fastighet i enskild ägo kunde viss typ av avverkning förbjudas.¹³⁸ Skogsvårdsstyrelsen meddelade i december 1919 avverkningsförbud för 8 455 barrträd i den skog som stod på fastigheten. Till följd av detta förhindrades Svensson att utnyttja hela sin avverkningsrätt och Svensson stämde därför Johansson och yrkade på ersättning för de träd som inte längre kunde avverkas i enlighet med kontraktet.

Högsta domstolen tog upp tvisten i plenum. Majoriteten bestående av tio justitieråd konstaterade att det avtal som slutits mellan parterna inte kunde grunda någon rätt till ersättning till följd av avverkningsförbudet.¹³⁹ Avverk-

137 Tidigare praxis, såsom avgörandet som refereras i NJA 1924 s. 372, blir genom 1925 års fall överspelad. Se även *Hellner* Obehörig vinst s. 404.

138 Lagen var en fortsättning på lagen den 28 juni 1918 om tillfälliga åtgärder till förekommande av skövling av skog å fastighet i enskild ägo som under behandlingen i riksdagen gavs en giltighetstid på endast ett år. Det huvudsakliga skälet till lagstiftningen var att det rådde bränslebrist efter Första världskriget och restriktionerna syftade till att motverka att bristläget förvärrades eller blev långvarigt. En sak att notera är att lagrådet antyder de rättsliga problem som kunde komma att bli följden av lagstiftningen både i proposition 1918:441 s. 52 f. och proposition 1919:389 s. 22-24 och som senare kom att bedömas i bland annat NJA 1925 s. 184.

139 Det kan noteras, att både JustR Leijonhufvud och JustR Edelstam ingick i majoriteten, alltså två av de ledamöter av lagrådet som varit så avvisande till konkurslagsförslagets vinstregel. JustR Améen, som också uttalat sig i samma lagstiftningsärende, ville istället fastställa hovrättens dom, där säljarens talan

ningsrätten beskrivs i domskälen som en rättighet skild från själva äganderätten till fastigheten och ett avtalsgrundat förbud för köparen att avverka träden.¹⁴⁰ Det bärande i motiveringen formuleras därefter på följande sätt:

»I den mån Johansson i denna ordning genom ökning i fastighetens värde gjort en vinst på Svenssons bekostnad finner jag Svensson vara berättigad till ersättning; och med hänsyn till vad Johansson i målet svarat bör den omständigheten att, såvitt känt, Johanssons ifrågavarande vinst ännu icke blivit genom fastighetens försäljning eller på annat sätt i penningar förvandlad icke verka till hinder för att parternas mellanvarande härutinnan redan nu ordnas.«¹⁴¹

Genom att Svenssons avverkningsrätt förföll 14 mars 1922, skulle Johansson komma att erhålla värdet av avverkningsrätten då den åter kom i samma hand som äganderätten. Här finner vi alltså en situation, där en överföring har skett av ett värde som inte varit avsett av köpare eller säljare, utan uppstått som en bieffekt av lagstiftarens åtgärd och myndighetens förbudsbeslut. Det kan heller inte råda några som helst tvivel så som domskälen är formulerade att det är obehörig vinst som är grunden för utgången. Majoriteten beskriver det som att

om rätt till ersättning ogillats. I majoriteten ingick även JustR Appelberg, som i det senare lagstiftningsärendet om ändringar i upphovsrättslagen i lagrådet uttryckte tydliga invändningar mot en lagregel byggd på läran om obehörig vinst, trots att han alltså i NJA 1925 s. 184 försvarade en sådan regel. Se NJA II 1931 Nr 3 s. 140-142 med JustR Appelbergs uttalanden i lagrådet i det senare lagstiftningsärendet.

¹⁴⁰ Det kan noteras att köprättsliga regler om rätt till hävning på grund av köparens obestånd ansågs tillämpliga vid upplåtelse av en avverkningsrätt i NJA 1986 s. 136. Hovrätten framhöll i domskälen att den aktuella upplåtelsen av avverkningsrätten företedde så stora likheter med ett köpeavtal att grundsatser som lagfästs för köp av lös egendom skulle tillämpas vid sidan av reglerna om nyttjanderätt till fast egendom. Vilken betydelse det hade för denna bedömning att upplåtelsen avsåg en rotpost som skulle tas ut under en kort tidrymd framgår inte klart av fallet, men möjligen hade det inte legat lika nära till hands att tillämpa reglerna om köp om upplåtelsen gällt för en längre tidrymd och inte bara så lång tid som kunde tänkas gå åt till att avverka skogen och forsla bort timret. Högsta domstolen fastställde hovrättens dom.

¹⁴¹ NJA 1925 s. 184, referatet s. 188.

82 Johansson gjort en vinst på Svenssons bekostnad och att det genom att träden efter det att avverkningsrätten förfallit övergått helt till Johansson uppstått en skyldighet att ersätta trädens värde, låt vara med beaktande av att inte heller Johansson kunde avverka träden på grund av förbudet. Högsta domstolen gör slutligen en skönsmässig värdering av träden, utan att gå närmare in på hur ersättningsbeloppet bestämdes.

Vid sidan av NJA 1925 s. 184 nämns gärna, som i samma andetag, även flera andra avgöranden. Flera avgöranden rör snarlika frågor, men det krävs ändå viss noggrannhet så att inte mål där rätten till ersättning grundades på obehörig vinst buntas samman med sådana där ersättning utgått på kontraktuell grund. Två fall kan nämnas, som lätt kunde misstas för att röra frågor om obehörig vinst, nämligen NJA 1931 s. 431 och NJA 1959 s. 618.

Bakgrunden till tvisten i NJA 1931 s. 431 var att Wallner i oktober 1919 sålde en fastighet till Karlsson för 35 000 kronor med avtalat tillträde den 14 mars 1920. Samma dag som köpeavtalet slöts, arrenderade köparen Karlsson ut ett till fastigheten hörande skogsområde på 20 år till Wallner räknat från den 14 mars 1920 »med full dispositionsrätt för arrendatorn över ifrågakvarande område under nämnda tid till såväl skog som jord mot ett årligt arrende av 100 kr«. Arrendeavgiften för hela arrendetiden kvitterades av upplåtaren Karlsson som fullt betald. Den 26 april 1921 överlät Wallner med Karlssons medgivande arrendekontraktet till Andersson. I april 1926 stämde Karlsson arrendatorn Andersson och yrkade att arrendekontraktet skulle förklaras ogiltigt, eftersom arrendeupplåtelsen stred mot regeln om längsta tillåtna upplåtelse tid i 1 kap. 7 § i lag (1907:36) om nyttjanderätt till fast egendom. Bestämmelsen hade följande lydelse:

Hvad här ofvan eller eljest i lag finnes i allmänhet stadgadt angående nyttjanderätt till fast egendom skall jämväl tillämpas i fråga om rättighet, som fastighets ägare åt annan upplåter att å fastigheten afverka skog eller att där taga torf, ler, grus, sten eller annat, som icke är att hänföra till fastighetens vanliga afkastning, eller att jaga eller att fiska; dock att, där upplåtelsen afser allenast eller hufvudsakligen rätt att annorledes än till husbehof afverka skog, längsta tid för rättighetens bestånd är fem år.

Domstolarna biföll Karlssons yrkande och ålade Andersson att omedelbart avflytta från fastigheten. I anledning av att Andersson tvungits avflytta och med stöd av att Wallner överlät all sin rätt i anledning av fastighetsförsäljningen

till Karlsson, stämde Andersson köparen Karlsson. Högsta domstolen fann att Karlsson skulle åläggas att betala ersättning för förlorad avverkningsrätt. Grunden för denna rätt till ersättning är av vad som framgår av referatet att säljaren Wallner, i vilkens rätt Andersson alltså senare inträtt, vid överlåtelsen av fastigheten till Karlsson såsom vederlag betingat sig dels visst kontant belopp, dels därtill rätt att under 20 år avverka skog som växte på fastigheten. I domskälen framhålls uttryckligen att den omständigheten att avverkningsrätten kunde göras »ogiltig i viss utsträckning« av Karlsson inte medförde att han som köpare kunde undgå skyldigheten att erlägga ett belopp som motsvarade denna del av vederlaget för fastigheten.¹⁴²

Förpliktelsen för Karlsson att utge ersättning till Andersson följde alltså av det kontrakt som slutits med säljaren Wallner och som senare överläts på Andersson. Värdet av att ha avverkningsrätten under den avtalade men otillåtna tiden av 20 år hade därmed inte överförts som avtalat och det »obetalda« restbeloppet måste därför presteras när arrendeavtalet avslutats och ingen ytterligare värdeöverföring därför kunde ske genom fortsatt avverkning. I grunden är NJA 1931 s. 431 därmed ett fall som rör sättet att fullgöra avtalade prestationer och följderna av att det sätt avtalets parter valt att fullgöra prestationerna föll bort. Högsta domstolen biföll alltså Anderssons krav på kontraktuell grund och inte för att det uppkommit en obehörig vinst.

Det kunde framstrå som om NJA 1959 s. 618 skulle vara nära nog identiskt med NJA 1925 s. 184 och att det är märkligt att Högsta domstolen gick emot det tidigare plenimålet. I delar är mycket riktigt förhållandena lika, nämligen i

142 Beskrivningen ogiltig får inte missförstås så att det var fråga om en bakåtverkande ogiltighet. Nyttjanderättslagen innehöll nämligen i 2 kap. 4 § en regel enligt vilken uppsägning ändå måste ske, även om den avtalade arrendetiden överskred den enligt lagen längsta tillåtna. Lagens uttryckssätt var att arrendatorn eller jordägaren ville »frånträda« avtalet, vilket snarast antyder en vanlig uppsägning och inte ogiltighet. Se även uttalandena i förarbetena till lagen i Lagberedningens förslag till jordabalk I 1905 s. 73: »Anmärkas bör slutligen, att lika litet som efter gällande rätt en upplåtelse, som öfverskrider den utsatta maximitiden, vid dennas utgång omedelbart förfaller; den endast upphör att vara för någondera sidan bindande. Att vid arrende- och hyresafstal erfordras, att den, som vill frånträda aftalet, hos andra parten uppsäger detta och att där- efter laga tid för afträdan skall iakttagas, framgår af bestämmelserna i 2 och 3 kap.« Jfr NJA II 1908 Nr 5 s. 7.

84 att grunden för tvisten är en försäljning av en skogsfastighet där säljaren förbehållit sig avverkningsrätten. Två väsentliga skillnader är dock att avverkningsrätten i NJA 1959 s. 618 inte var tidsbegränsad och att rätten för säljaren att avverka skogen i enlighet med avtalet inte hindrades av myndighetsbeslut. I fallet sålde Lars Johan G och hans hustru Anna G en fastighet till sonen Artur G och hans hustru Ester G. I köpeavtalet daterat 12 maj 1924 gavs säljarna fortsatt avverkningsrätt för omkring fem hektar skog och därtill reglerades bland annat även att »köparne eller fastighetens innehavare« skulle »hemköra så mycket vedbränsle som åtgår för säljarnas behov.«

Lars Johan G avled i december 1954 och den 29 juni 1955 delgav Artur G övriga dödsbodelägare, nämligen modern Anna G och systemern Linnéa S, att avverkningsrätten på den sålda fastigheten framdeles skulle tillkomma fastighetsägaren. Av meddelandet framgick också att den del av kontraktet som innebar att Anna G hade rätt att få vedbränsle för husbehov levererat fortsatt gällde. Avverkningsrätten hade alltså då den sades upp utövats obestridd från det att köpeavtalet slöts 1924 och fram till dess att det sades upp 1955, trots att den med hänsyn till regleringen i 1 kap. 7 § lag (1907:36) om nyttjanderätt till fast egendom inte kunnat göras gällande efter 1929. Dödsboet avträdde till förvaltning av boutredningsman i januari 1956. Eftersom oenighet kvarstod om avverkningsrätten, stämde dödsboet köparna och krävde ersättning för den del av skogen som stod kvar den 29 juni 1955.

Frågan kom slutligen att prövas av Högsta domstolen som fann att säljarna var berättigade till ersättning. Majoriteten hänvisade till hovrättens domskäl, där följande är av särskild vikt:

»Såsom dödsboet vidgått, kan emellertid undantagandet av skogen i kontraktet icke lagligen medföra annat än sådan rätt till avverkning för vars bestånd längsta tiden är 5 år. Enär Artur G. och Ester G. vid femårstidens utgång underlåtit att begagna sig av sin rätt att bringa avtalet till upphörande, har detta dock även efter utgången av nämnda tid, till dess uppsägning skedde, medfört rätt för säljarna att för egen räkning avverka skogen – vilken rätt ej varit underkastad preskription. Sådan uppsägning får anses ha skett först i den skrift som delgavs Anna G. och Linnéa S. d. 29 juni 1955, vari Artur G. förklarar, att fortsatta anspråk eller åtgärder från Anna G:s och Linnéa S:s sida i anledning av avverkningsrätten komme att betraktas som åtgärd att avhända annan hans rättmätiga egendom.«¹⁴³

143 NJA 1959 s. 618, Svea hovrätts domskäl, referatet s. 626.

Hovrätten framhöll även att någon rätt till ersättning inte uppkommit före den uppsägning som skedde genom delgivning den 29 juni 1955. Hovrätten utgår alltså från vad som stadgades i nyttjanderättslagen för att bestämma om villkoret i försäljningsavtalet att säljarna skulle få behålla avverkningsrätten gav upphov till något ersättningsanspråk. Hovrättens ställningstagande, som gillades av Högsta domstolen i denna del, måste betyda att domstolen godtagit att avtalet genom passivitet förnyades fram till dess att det sades upp i juni 1955. På grund av lagens tidsgräns, fick emellertid uppsägningen verkan direkt från det att nyttjanderättshavaren mottog meddelandet. Detta utvecklas på följande sätt i Högsta domstolens domskäl:

»Såsom domstolarna funnit måste förbehållet om skogens undantagande från köpet antagas hava lett till att köpeskillingen för fastigheten satts lägre än som skulle hava skett, därest sådant förbehåll icke gjorts. Genom att skogsavverkningsrätten bragtes att upphöra, medan en del av den undantagna skogen ännu var oavverkad, hava således förutsättningarna för avtalet rubbats, i det att den avtalade köpeskillingen icke längre kan betraktas som fullt vederlag för Artur G:s och Ester G:s fastighetsförvärv. Artur G. och Ester G. måste vid sådant förhållande – och då i detta fall särskilda skäl icke kunna åberopas mot åläggande av dylik tilläggsprestation – anses pliktiga att till dödsboet utgiva ersättning, motsvarande den förhöjning av köpeskillingen som skulle hava ägt rum, om den förbehållna äldre växande skogen minskats med vad av sådan skog nu genom avverkningsrättens upphörande ej kommit dödsboet till godo. Däremot saknas, i betraktande av de hänsyn som föranlett stadgandet i 1 kap. 7 § nyttjanderättslagen ang. längsta tid för skogsavverkningsrätts bestånd, laga grund för att ålägga Artur G. och Ester G. ersättningskyldighet, beräknad efter det värde som den förbehållna, icke avverkade skogen betingat vid den sena tidpunkt dödsboet i målet gjort gällande. Av motsvarande skäl kan ej heller den av dödsboet åberopade rättsgrunden, att Artur G. och Ester G. gjort obehörig vinst på dödsboets bekostnad, vinna beaktande.«¹⁴⁴

Det finns anledning att dröja vid några formuleringar i denna del av domskälen. För det första framhålls att uppsägningen rubbade förutsättningarna för avtalet och att köparen därför inte kunde anses ha betalat hela köpeskillingen. Ersättningen betecknas som en tilläggsprestation och inte som en ersättning

¹⁴⁴ NJA 1959 s. 618, Högsta domstolens domskäl, referatet s. 627f.

86 och knyts till vad som hade varit att betrakta som full betalning för den köpta fastigheten. Det är inte värdet av den skog som hade kunnat uttas om avverkningen fått fortgå som skall bedömas, utan skillnaden mellan vad säljarna fått för fastigheten och vad de borde ha fått. För det andra anger Högsta domstolen hur denna tilläggsköpeskillning skall beräknas. Av de överväganden som anförs senare i majoritetens domskäl, framgår att avsikten är att försöka fastställa vilket försäljningspriset skulle ha varit vid upprättandet av köpekontraktet 1924. Svårigheterna att göra mer exakta beräkningar på grund av att så lång tid förflutit och då det rörde sig om försäljning till en bröstarvinge gjorde emellertid att tilläggsköpeskillningen sattes skönsmässigt till ett skäligt belopp. Det tredje som bör framhållas är att ersättningen följer av kontraktet och inte av att köparen annars skulle göra en obehörig vinst. Denna grund för ersättning avfärdas uttryckligen av majoriteten. Målet har alltså, trots viss likhet med bland annat plenimålet NJA 1925 s. 184, inget med obehörig vinst att göra.

I äldre rättsfallsmaterial tycks alltså två helt olika regler om obehörig vinst ha vuxit fram. Den ena ger rätt för ägaren att få ersättning av den som nyttjat egendom utan stöd av avtal för den nytta som nyttjandet medfört. Någon förlust för ägaren förutsätts inte för att skyldighet att utge ersättning för nyttjandet skall uppkomma. I den andra regeln har en förmögenhetsöverföring skett som inte varit avsedd och vinsten saknar rättsgrund. Det är inte nödvändigtvis så att de rättshandlingar som företagits lett till en omedelbar förmögenhetsöverföringen, men den uppkomna vinsten skall inte ha varit avsedd. De två reglerna är inte utbytbara, eftersom de rättsfakta som skall föreligga enligt den ena regeln inte är desamma som enligt den andra. För att komma framåt behövs en närmare analys av vinstlärans varianter.

4.3 Karlgrens fyra fallgrupper

I Obehörig vinst och värdeersättning delar Karlgren in fallen av obehörig vinst i tre kategorier och enligt hans uppfattning förekom inte i nordisk doktrin och rättspraxis tillämpning av vinstregeln utanför dessa fall.¹⁴⁵ Det är alltså fråga

¹⁴⁵ Det går inte att säga exakt när Karlgren skrev Obehörig vinst. Texten gavs ut 1982 och författaren avled 1978. I förordet betonas att det inte är fråga om något utkast, utan en text som visserligen var under bearbetning, men där inget mer betydande skulle ingå. Man kunde få intrycket att Karlgren arbetade med texten under sista tiden innan han dog, och man kan notera att det senaste rättsfall som anförs är NJA 1975 s. 298. Lejman, som sett över texten inför

om en åtminstone preliminärt uttömmande beskrivning av tillämpningsområdet för en regel om obehörig vinst i nordisk rätt.¹⁴⁶ Den första gruppen beskrivs på följande sätt:

»Den första gruppen omfattar de (utomobligatoriska) fall då någon, A, utan stöd av avtal eller annan rättshandling, tillgodogör sig eller utnyttjar – låt vara i god tro – vad som enligt gällande rättsregler tillhör annan, B, eller var till annan innehar en rättighet av sakrättslig eller därmed jämförlig art.«¹⁴⁷

Det finns anledning att försöka skapa större konkretion till den abstrakta beskrivningen genom att försöka passa in rättsfall i gruppen. För den första gruppen kan de äldre fallen NJA 1896 s. 7 och NJA 1905 s. 76 sägas vara typiska och de senare fallen NJA 1993 s. 13 och NJA 2007 s. 519 hör också hit.¹⁴⁸ Möjligen

tryckningen, korrigerade enligt förordet »inadvertenser och skrivfel« och en »försiktig formell putsning« gjordes också. Här och var finns trots denna översyn märkligt nog plurala verbformer, exempelvis i texten på s. 16 som återges strax nedanför, där det står att flera fall *kunna* vara av visst slag och inte *kan*. Andra exempel finns alldeles i bokens slut på s. 113, där ett pluralt *ha*, som syftar på att flera överrätter intagit en viss ståndpunkt, och att förutsättningar i ett vissat sammanhang *vor* uppfyllda står kvar. Säkert finns fler ställen i texten. Jag håller det för uteslutet att plurala verbformer tillförts av utgivarna, utan att de återfinns i manuskriptet. Möjligen hade inte Karlgren övergivit detta skrivsätt där verb böjs i plural i egna manuskript, men kanske tyder sådana rester av äldre språkbruk på att manuskriptet påbörjats långt tidigare och att den version som utgivarna använde visserligen omarbetats så sent som något år före Karlgrens död, men att flera delar skrivits långt tidigare.

146 Se Obehörig vinst s. 14 jämförd med s. 16.

147 *Karlgren* Obehörig vinst s. 14.

148 *Oulis* tycks i Värdeersättning vilja föra samman NJA 1993 s. 13 och NJA 2007 s. 519 med NJA 2005 s. 608 och både på s. 128 och s. 386 framhålls att avgörandet skulle gå att se som ett fall av obehörig vinst. För mig framstår inte detta sammanförande som belysande. *Oulis* framhåller själv på s. 389 att det i målet inte fanns något yrkande om att utge någon vinst, utan att det var fråga om ett rent skadeståndsanspråk för liden förmögenhetsskada. Det finns förvisso en ytlig likhet i att alla tre fallen handlar om otillbörliga beteenden, men likheten stannar på detta ordplan. Det finns därmed enligt min mening inga sakliga skäl till att ytterligare behandla NJA 2005 s. 608 i denna framställning.

88 kunde det starka framhållandet i beskrivningen av att relationen skall vara utomobligatorisk ställa till problem, eftersom det i några av de nämnda fallen rörde sig om hyresförhållanden som upphört och alltså haft en kontraktuell förhistoria. Grunden för skyldigheten att ersätta hyresvärden kunde i sådana fall på ett sätt ses som efterverkningar av ett avtalsförhållande som tidigare bundit parterna. Den som kvarstannat i lokalerna kan heller knappast sägas ha varit i god tro. Karlsgrens vändning »låt vara i god tro« tyder möjligen på att det inte skulle vara av betydelse om nyttjandet skett i ond eller god tro. I den förklarande texten efter beskrivningen av typfallet klargör Karlsgren vidare att bara fall då återställande av det nyttjade föremålet eller dess surrogat inte kan ske, ger rätt att kräva ersättning för obehörig vinst. Vanlig rätt att rikta vindikationskrav mot obehörig innehavare av egendom är alltså inte med Karlsgrens synsätt ett uttryck för tanken om omfördelning av obehörig vinst som hör till denna fallgrupp.

Går man över till den andra gruppen, så omfattar den situationer då någon tagit emot något och det mottagna senare lämnar mottagarens förmögenhetsfär. Först när föremålet inte längre finns kvar hos mottagaren, visar det sig att avtalet som prestationsskyldigheten grundade sig på var ogiltigt eller kunde hävas. Gruppen beskrivs på följande sätt:

»Den *andra* gruppen omfattar fall då vid återgång av avtal – efter hävning enligt kontraktsbrottsregler eller när avtalet på en eller annan grund är ogiltigt eller överksamt – en part icke kan fullgöra den skyldighet att återbära egendomen in natura som åvilar honom gentemot andra parten. A har vid den tidpunkt då han icke känt eller bort känna till återgångsgrunden (alltså i denna mening varit godtroende) förfogat över den egendom han på grund av avtalets återgång skolat återställa, och B gör nu mot A gällande ersättningskrav avseende A:s obehöriga vinst. En liknande situation uppstår, om det som presterats redan på grund av sin beskaffenhet (t.ex. utfört arbete) icke kan återbäras till andra parten.«¹⁴⁹

Det är påfallande svårt att finna avgöranden från högsta instans där det faktiskt uttalas att rätten till ersättning skulle följa av läran om obehörig vinst i situationer som stämmer överens med Karlsgrens fallbeskrivning. Fallen NJA 1987 s. 845 I & II och NJA 2010 s. 709 kunde möjligen föras till denna grupp, även om de avgjorda tvisterna i huvudsak gällde hur återgången skulle ske och inte om

149 Karlsgren a. a., s. 15f.

den skulle ske. Återgång vid hävning och ogiltighet behöver heller egentligen inte stöd i läran om obehörig vinst. Enligt min mening följer nämligen skyldigheten att återlämna det som erhållits inom ramen för det avtal som ogiltigförklarats av ogiltighetsgrunden. Läran om obehörig vinst har inget att ge, utan är bara en dubbling av vad som ändå följer av ogiltighetsreglerna. Det kan också framhållas att det heller inte är en självklarhet vid alla former av ogiltighet att det som skulle ha betraktats som en prestation om avtalet förblivit giltigt alltid skall återgå.¹⁵⁰ Karlgren gör emellertid två förtydliganden i den följande texten som vidgar gruppen:

»Här gäller det alltså på kontraktsförhållande grundade ersättningskrav. De har sin motsvarighet i den romerska läran om prestationskonditioner.

Även i andra kontraktuella sammanhang, såsom vid rubbning av vederlagsförhållande mellan kontrahenter, kan fråga om tillämpning av vinstregeln bli aktuell.«¹⁵¹

Tillägget att det skulle röra sig om »den romerska läran om prestationskonditioner« skall nog förstås så, att den avser hela den tyska läran om *Leistungskonditionen* (prestationsåterkrav) så som den slutligen kom att flyta in som ett av två huvudfall i § 812 BGB.¹⁵² Uppfattas Karlgrens beskrivning så, kommer NJA 1925 s. 184, om än med viss möda, att kunna placeras i denna grupp. Ser man försäljningen av fastigheten som det givande som är grunden för alla fall av *Leistungskonditionen* och att avverkningsrätten löpte ut och tillförde fastigheten ett värde som saknade rättsgrund, i den mening att den inte var åsyftad av varken säljare eller köpare, så har köparen förvärvat skogen »utan rättsgrund«. Skogen ingår dock i köparens egendom på grund av att den hör till fastigheten och kan därför inte lämnas tillbaka. Vägen att lösa detta blir alltså inte att egendomen återgår, utan att köparen åläggs att betala den obehöriga vinst som uppstått närmast som en surrogatprestation. Värdet beräknas i fallet just som kö-

¹⁵⁰ Se min framställning *Ogiltighet och rättsföljd*, Stockholm 2012, s. 87-88 och *Aagaard Restitusjon*, Oslo 2019, s. 206-207 & s. 236-239.

¹⁵¹ *Karlgren a. a.*, s. 16. En hänvisning till Hellner *Obehörig vinst* har utelämnats.

¹⁵² Detta antagande framstår som berättigat, eftersom det finns en hänvisning vid uttrycket »den romerska läran om prestationskonditioner« till Hellner *Obehörig vinst* s. 47 och följande. På detta ställe behandlas den tyska rätten och inte den romerska eller ens i huvudsak tysk *gemeines Recht* i tiden före BGB.

90 parens (i fallbeskrivningen A:s) vinst och inte efter säljarens (alltså B:s) förlust i anledning av att avverkningsrätten genom myndigheternas beslut inte kunnat utnyttjas.

Den som läser början av Karlgrens beskrivning av fallen i den tredje gruppen, utan att veta att den hörde hemma i en framställning om obehörig vinst, skulle nog anta att det handlade om en beskrivning av läran om tjänster utan uppdrag (negotiorum gestio):

»Den tredje gruppen av fall kännetecknas av att B utan stöd av avtal eller annan rättshandling förbättrar A:s egendom eller eljest gjort förmögenhetsuppoffring som länder A till nytta samt att B i anledning därav riktar ersättningskrav mot A, avseende dennes obehöriga vinst. Situationen är härmed omvänd i förhållande till den som i allmänhet föreligger i de båda första gruppernas fall. Det är här den förlorande parten B som själv föranlett förmögenhetsförskjutningen och sin förlust och A:s vinst. [...] Hithörande fall kunna vara av både kontraktuell och utomobligatorisk art.«¹⁵³

Trots de historiska banden mellan läran om obehörig vinst och negotiorum gestio, framstår det som ändamålsenligt att hålla dessa fall utanför en modern lära om obehörig vinst. Här lämnas dessa fall därför åt sidan, men det kan anmärkas att NJA 2011 s. 548 och NJA 2019 s. 23 tycks passa in här. I båda fallen gjorde emellertid Högsta domstolen bedömningen att framställda krav inte kunde bifallas med stöd av läran om obehörig vinst.¹⁵⁴

Mer intressant är den andra typen av fall i grupp tre, nämligen att en person gjort en förmögenhetsuppoffring som är till nytta för annan. Här utvecklar sig enligt min mening ett verkligt typfall av obehörig vinst, som inte fångas av andra rättsregler. Den vaga beskrivningen gör att det är en mångfald av situationer som kan tänkas omfattas, men beståndsdelarna i regeln är enkla: B har gjort en förlust och A har gjort en vinst och den uppkomna vinsten är obehörig. Någon direkt koppling mellan den förlust som gjorts och den uppkomna vinsten behöver inte finnas, men det måste finnas åtminstone en indirekt koppling mellan vinst och förlust. I rättspraxis utgör NJA 2015 s. 1072 ett gott exempel på en situation som passar beskrivningen.¹⁵⁵

¹⁵³ Karlgren a. a., s. 16.

¹⁵⁴ Fallen presenteras mer ingående i avsnitt 4.4 nedan.

¹⁵⁵ NJA 2015 s. 1072 väckte av många skäl uppmärksamhet redan innan talan väckts. Jag behandlade målet 2016 i min skrift *Conditio indebiti* på 61-69

Det slående efter denna genomgång är hur olika fallen är sinsemellan. Första gruppens fall förutsätter att det inte föreligger något obligationsrättsligt förhållande mellan den som framställer kravet och den mot vilken kravet riktas, medan det i den andra gruppen är en förutsättning att det förelegat en kontraktuell relation mellan parterna. I den första gruppens fall är det oväsentligt om den som nyttjat egendomen varit i god eller ond tro om sin rätt att använda den, medan det i andra gruppen är av betydelse om den som förfogat över egendomen var i god tro om sin rätt vid tidpunkten för förfogandet. I den andra gruppen är det mottagarens vinst som skall ersättas, medan det i den tredje gruppen är den ena personens förlust som skall ersättas och i den första gruppens fall är det nyttan av nyttjandet som skall ersättas, oavsett om någon lidit någon förlust eller inte.

En fråga som inställer sig är om Karlgren med sin tredelning verkligen fångat alla fall där ett krav grundat i en mångfasetterad lära om obehörig vinst kunde uppkomma. Karlgren påstår ju, att utanför dessa tre nu beskrivna fall »plägar i nordisk doktrin och rättspraxis tillämpning av vinstregeln icke komma ifråga«, men tycks ändå hålla frågan öppen genom att tillfoga att det kunde förekomma »eventuell användning« av läran även på andra områden, med en oprecis hänvisning till »kap. 5 mot slutet«. ¹⁵⁶ Hänvisningen är inte alldeles lätt att följa, men får nog skyllas att texten trots allt aldrig färdigställdes helt. Möjligen kan det vara följande avsnitt som avses, där ytterligare en situation beskrivs efter samma mönster som de tidigare tre:

och försökte då förklara varför rubriken misstagsbetalning passar mindre väl. Sedan dess har framför allt *Lindskog* i *Betalning*, 3 upplagan Stockholm 2022, framfört invändningar mot mitt synsätt bland annat i den långa fotnoten 3286 på s. 943 (16.1.1.1), men även på andra ställen i framställningen. Det är en självklarhet att värdera kritiska synpunkter, men också viktigt att stå fast vid sin analys när invändningarna är svaga eller träffar dåligt. Jag står nämligen fortsatt fast vid att fallet bör ses som ett avgörande om obehörig vinst och inte om misstagsbetalning, särskilt som det knappast går att ange vilken betalning det var som gick tillbaka, och jag har inte av de argument som framförts mot min ståndpunkt funnit anledning att ändra inställning i någon del av min tidigare analys. Här är dock inte platsen att mer utförligt gå in på denna fråga, utan det får ske när väl den längre texten om *condictio indebiti* omarbetas.

¹⁵⁶ *Karlgren* a. a., s. 16.

»Ett rätt stort område för tillämpning av vinstregeln skulle tillkomma om prestation som A enligt avtal har fullgjort mot B tillförs tredje man C och B tillerkänns rätt att vid bristande fullgörelse å A:s sida rikta vinstanspråk mot C. B har alltså handlat i eget namn och är icke fullmäktig, organ eller legal företrädare för C; han kan däremot vara bulvan för C eller eljest realiter representera denne. C:s förmögenhet har icke omedelbart från B utan snarast via A:s förmögenhet blivit berikad genom det av B presterade, för vilket denne icke erhållit något vederlag. Äldre utländska modifieringar liksom i nutiden bl. a. fransk rätt,¹⁵⁷ godtaga *actio de in rem verso* (*ex alieno contractu*).¹⁵⁸ Även på det utomobligatoriska området kan *actio de in rem verso* ha betydelse.«¹⁵⁹

157 Karlgrens påstående att institutet skulle ha haft särskild betydelse i bland annat fransk rätt är nog riktigt, vilket framgår av avgörandet av Cour de cassation, req., 15 juni 1892 *Patureau c. Boudier*, DP 1892.1.596 och senare rättspraxis. Uttalandena i rättsfallet *Boudier* bygger direkt på uttalanden av *Aubry & Rau* *Cours de droit civil français*, Bd 6, Paris 1873 s. 246 (§ 578), där det uttalas: »L'action *de in rem verso*, dont on ne trouve au Code civil que des applications spéciales, doit être admise d'une manière générale, comme sanction de la règle d'équité, qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui, dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit.« Den franska civillagboken hade vid denna tid inte några uttryckliga regler om obehörig vinst, så stöd fick hämtas från annat håll. Till stöd för uttalandet finns hos *Aubry & Rau* på detta ställe en hänvisning till digestastället D. 50.17.206 *Pomp. 9 ex var. lect* och något tidigare i framställningen finns ytterligare hänvisningar till romerskrättsliga källställen som skall underbygga uttalandet att taleformen *de in rem verso* måste erkännas i fransk rätt. Se om fransk rätt och obehörig vinst även *Kupisch Die Versionsklage* s. 116-121 och *Chiusi Die actio de in rem verso* s. 193-201. Jämför här även hur den svenska lagstiftaren i samband med införandet av den regel som numera finns i 9 kap. 7 § FB anger att fransk rätt utgjort en förebild. Som beskrivits i kapitel 3 är bestämmelsen i 9 kap. 7 § FB en kodifierad form av nyttoåterkravsläran (*actio de in rem verso*) i oegentlig form, se ovan avsnitt 3.3.

158 Uttrycket *ex alieno contractu* betyder *av annans kontrakt* och antyder en persons anspråk inte grundas på ett avtal som den berättigade själv slutit med den prestationsskyldige. De förhållanden som avses är fall där nyttoåterkravsläran

Någon egentlig fjärde grupp, som i så fall skulle omfatta de situationer som beskrivits i avsnittet om nyttoåterkravsläran ovan, verkar dock inte Karlgen vilja göra av dessa fall. Istället framhålls att »praktiska skäl« visserligen kunde tala för att tillåta krav även i dessa situationer, men att svensk rätt »torde icke heller, lika litet som den för oss på området inflytelserika tyska rätten, godtaga en dylik utvidgning av vinstregelns tillämpningsområde».¹⁶⁰

Fallgrupperna, oavsett om de är tre eller fyra, är inte helt skarpt avgränsade mot varandra. De vaga beskrivningarna av de situationer som hör till var fallgrupp gör att det inte går att utesluta att en bestämd situation skulle kunna passa i mer än en fallgrupp, men det kunde säkert även sägas att de inte täcker viktiga fall av det som brukar benämnas obehörig vinst. Fallgrupperna kunde som princip ökas till tio eller trettio eller något annat antal, allt beroende på hur noggranna förutsättningar man önskar för bedömningen, och ändå skulle nog även denna uppräknig förr eller senare visa sig otillräcklig. Genom att utgå från fallgrupperna, kommer man emellertid närmre hur domstolarna faktiskt kan komma att bedöma olika situationer än genom att utgå från en abstrakt lära om obehörig vinst.

4.4 Området för att använda obehörig vinst

Utvecklingen i rättspraxis fram till idag, nästan ethundra år efter plenimålet NJA 1925 s. 184, visar knappast på någon särskilt stor benägenhet hos i vart fall Högsta domstolen att grunda avgöranden i läran om obehörig vinst. Av vad

i den egentliga form som hos oss kodifierades i 18 kap. 3 § in fine HB kunde komma till användning. Situationen skulle alltså vara den att B utger sig företräda C och A sluter ett avtal med B. A presterar enligt avtalet, men får ingen motprestation. A:s krav mot C grundar sig på avtal med annan, alltså avtalet med B, och den nytta C haft av B:s handlande i förhållande till A.

159 *Karlgen* a. a. s. 76. Femte kapitlet börjar på s. 63 och slutar på s. 78 och rör egentligen obehörigvinstregler i lagstiftningen. Den citerade beskrivningen, står otvivelaktigt »mot slutet«, men inte sist. Det är även det enda tydligt abstraherade exemplet med A-B-schemat som i de tre tidigare fallen, om än med en tillagd tredje aktör C, som anförs i kapitlet och är åtminstone delvis frikopplat från konkreta lagbestämmelser, även om det finns anknytning till både 18 kap. 3 § HB och 9 kap. 7 § FB.

160 *Karlgen* *ibid.* Se om farhågorna i tysk rätt för att möjligheten att rikta vinstkrav mot tredje man med stöd av *actio de in rem verso* skall bli för långtgående avsnitt 3.1 ovan.

som kan inhämtas om underrättspraxis är det inte heller mer än någon enstaka gång som läran använts som motivering för domslutet. Även om möjligheten alltså i någon mening står öppen, framstår det inte mot bakgrund av de ställningstaganden som gjorts av Högsta domstolen under senare tid som att läran skulle komma att användas särskilt flitigt framdeles heller. Två avgöranden från senare tid, NJA 2011 s. 548 och NJA 2019 s. 23, visar att det fortsatt finns en tröskel för att använda läran om obehörig vinst som det inte alltid går att kliva över.

Bakgrunden till tvisten i NJA 2011 s. 548 var att flera lägenheter i en bostadsrättsförening blivit skadade av rök och sot från en brand i ett hus på en grannfastighet. Bostadsrättsföreningen lät reparera skadorna och den största delen av kostnaderna för reparationerna täcktes av föreningens fastighetsförsäkring. Av försäkringsvillkoren framgick dock att föreningen bara kunde få ersättning med åldersavdrag, det vill säga med avdrag för det sänkta värde som följer av vanligt slitage på en lägenhet. Föreningen fick därför inte ersättning av försäkringsgivaren för skillnaden i värde mellan lägenheten i det skick som den hade före brandskadan och värdet efter reparationen. Bostadsrättsföreningen vände sig därför med krav mot bostadsrättshavarna som fått sina lägenheter reparerade och begärde att de skulle betala skillnaden mellan det föreningen uppburit i försäkringsersättning och den värdehöjning som uppstått genom reparationen. En av medlemmarna som fått sin lägenhet reparerad motsatte sig detta krav.

Högsta domstolen för i målet ett resonemang där det framhålls att bostadsrättsföreningen visserligen måste anses ha en skyldighet att återställa bostadens skick som den var före skadan, men att skyldigheten inte sträcker sig så långt att skicket blir bättre än före skadetillfället. I domskälen uttalar Högsta domstolen att det av arbetsmässiga eller ekonomiska förhållanden eller av andra praktiska skäl kan vara nödvändigt att utföra reparationen så att det blir en förbättring och inte bara ett återställande. Uttalandet bygger på tanken att det inte alltid är ekonomiskt eller praktiskt försvarbart att exempelvis försöka finna en spis av samma märke och ålder och som dessutom använts lika mycket och på samma sätt som den som stod där före skadan inträffade, men valet att sätta in en ny spis kan då innebära en förbättring och en standardhöjning. Detsamma gäller förstås även reparation av ytskikt, där tapeter och målning ofta får märken efter en tid och det många gånger inte är möjligt att återställa utan att samtidigt förbättra.

I domskälen konstaterar Högsta domstolen att om lägenheten får en högre standard efter reparationen än den hade före skadan uppstod, så vore det tänk-

bart att se den värdeökning som bostadsrättshavaren får genom åtgärden som en obehörig vinst. Rättspolitiska skäl, framför allt den likhetsprincip som gäller för medlemmarna i en bostadsrättsförening, skulle kunna tala för att föreningen fick rikta ett krav mot den medlem som fått en bättre standard genom renoveringen och därmed potentiellt kunnat tillgodogöra sig en värdeökning. Emellertid menade Högsta domstolen att dessa skäl inte vägrade tillräckligt tungt för att kunna grunda ett krav mot bostadsrättshavaren. Reparationsåtgärden som lett till standardhöjningen var nödvändig för att föreningen skulle fullgöra sin skyldighet enligt lagstiftningen och bostadsrättshavaren borde därför inte ha någon skyldighet att utge ersättning till föreningen.

Även i NJA 2019 s. 23 uppkom frågan huruvida läran om obehörig vinst kunde läggas till grund för en fordran. Tvisten rörde två tidigare sambor, där den ena betalat ganska betydande belopp för att förbättra den andra sambons fasta egendom. Förbättringarna bestod bland annat i att det hus som fanns på fastigheten fått en tillbyggnad, en braskamin hade installerats och en ny bod uppförts på fastigheten. Huset hade tjänat som gemensam bostad för samborna, men inte förvärvats för gemensam användning, vilket är ett krav för att det skulle utgöra samboegendom enligt 3 § sambolagen (2003:376). Efter det att samborna separerat, framställde den betalande sambon krav mot den husägande sambon på ersättning bland annat för de nedlagda kostnaderna för förbättringen av fastigheten. I fallet hade domstolarna också att bedöma huruvida betalningarna var att betrakta som försträckningar. Högsta domstolen fann att det inte var fråga om penningförsträckningar och tog därefter ställning till om den betalande sambon kunde grunda någon rätt på att den fastighetsägande sambon gjort en obehörig vinst.

Majoriteten i Högsta domstolen uttalade att obehörig vinst kan avse en »övergripande princip (metanorm) som ligger bakom och kan förklara olika regler i rättsystemet och som kan påverka rättstillämpningen på olika sätt«. Rättsfrågan i målet var emellertid om en fordran kunde göras gällande med stöd av en konkret rättsregel om obehörig vinst. Majoriteten framhöll särskilt att »det i svensk rätt har intagits en avvisande, eller åtminstone skeptisk, inställning till obehörig vinst«, men tillfogade att det kunde diskuteras huruvida denna hållning varit motiverad.¹⁶¹ I det aktuella målet ansågs det emellertid inte befogat att införa en parallell ersättningsordning vid sidan av sambolagens system. Högsta domstolen uttalade följande:

¹⁶¹ NJA 2019 s. 23, majoritetens domskäl, referatet s. 36 (punkt 20).

»Samtidigt finns det flera – och samverkande – skäl mot en särskild ersättningsrätt. En rätt grundad på obehörig vinst skulle primärt vara ett sätt att hantera följderna av att ett samboförhållande upphör [...]. En utgångspunkt för sambolagen har varit att lagen ska innehålla bestämmelser om det som är oundgängligt att reglera, medan sambor i övrigt har möjlighet att ordna sina ekonomiska mellanhavanden genom bl.a. avtal, testamenten och försäkringar. Mot denna bakgrund finns anledning till viss återhållsamhet, när det gäller att genom en rättsutveckling i domstolspraxis knyta nya rättsföljder till själva det förhållandet att sambor separerar.«¹⁶²

Majoriteten framhöll även att en möjlighet att rikta anspråk med grund i läran om obehörig vinst för att få större kompensation än sambolagen tillåter skulle kunna leda till att den sambo som tillförts värdet skulle kunna träffas av en ekonomisk inlåsning och därmed få svårigheter att lämna förhållandet. Den betalande sambon borde därför inte kunna rikta något krav med stöd i läran om obehörig vinst mot den fastighetsägande sambon, även om ett värde tillförts fastigheten. Minoriteten i Högsta domstolen ansåg däremot att den betalande sambons krav borde bifallas och beloppet bestämmas efter en helhetsbedömning av tillfört värde och vad som framstod som en skälig ersättning. Kravet kunde enligt de skiljaktiga stödjas på den obehöriga vinst som den fastighetsägande sambon gjort på den betalande sambons bekostnad.

Ännu ett avgörande kan anföras här som exempel på att Högsta domstolen fortsatt kan tveka att göra bruk av läran om obehörig vinst, nämligen notismålet NJA 2009 N 40.¹⁶³ Omständigheterna i målet var säregna. V.B. var klient hos en advokatbyrå. Byrån hade klientmedel som den skulle redovisa till V.B. på ett

162 NJA 2019 s. 23, majoritetens domskäl, referatet s. 36 (punkt 23).

163 Avgörandet har ägnats förvånansvärt stor uppmärksamhet med tanke på att det är ett notisfall. Se *Håstad Svaret* finns i lagboken JT 2012-13 s. 972-975 och *Leffler Ett obiter dictum rörande obehörig vinst* JT 2012-13 s. 976-983 som båda kommenterar fallet och avgörandet är också en väsentlig del av resonemanget hos *Mumukka* Är obehörig vinst en svensk rättsprincip? Ny Juridik 2009 s. 26-34. Jfr *Lindskog Betalning* s. 856 fotnot 2989 (14.3.1.4), som skriver att skälet till att fallet »placerats bland notiserna kan knappast bero på att det skulle ha varit ett dåligt prejudikatämne, utan det får nog tillskrivas HDs självinsikt om att man inte hade lyckats med sin rättsbildande uppgift i detta fall«.

konto i Nordea. V.B. sökte också råd hos den utomstående placeringsrådgivaren G.S. hur vissa tillgångar skulle placeras. G.S. fick i uppdrag av V.B. att lämna instruktion till Nordea om att ett belopp uppgående till 7 827 875 kronor skulle överföras från detta konto till Spectra Fund i Monte Carlo. Beloppet skulle sedan överföras till en kapitalförsäkring. Enligt villkoren för klientmedelskontot hade emellertid bara advokatbyrån rätt att lämna instruktion om utbetalningar från kontot. Genom att överföra medlen, bröt alltså Nordea mot villkoren för kontot. Av vad som framgår av referatet försvann sedan det överförda beloppet. V.B. riktade i anledning av detta en talan mot advokatbyrån om att utfå ett belopp motsvarande det belopp som överförts från kontot. Advokatbyrån förde i sin tur talan mot Nordea för att bli kompenserad. V.B. och advokatbyrån förliktes senare. Förlikningen innebar bland annat att V.B. återkallade sin talan mot advokatbyrån och att advokatbyrån överlät sin påstådda fordran på Nordea till V.B. På detta sätt kom alltså V.B. att stå som part i målet mot Nordea och med kontoavtalet som grund framställdes yrkande om ersättning motsvarande det till Spectra överförda beloppet.

Banken ålades slutligen av Högsta domstolen att utge hela beloppet till V.B., men det bör noteras att prövningen gällde det krav advokatbyrån hade mot Nordea som V.B. övertagit och inte ett krav som V.B. riktat direkt mot banken. Det är i detta sammanhang som Högsta domstolens majoritet gör följande uttalande:

»En annan sak är att en skyldighet för Nordea att på nytt betala ut beloppet skulle kunna tänkas bilda underlag för ett återgångskrav från Nordea gentemot V.B. eller advokatbyrån grundat på principen om obehörig vinst (jfr t.ex. Hellner, Om obehörig vinst särskilt utanför kontraktsförhållanden s. 378 ff.), en ståndpunkt mot vilken även invändningar skulle vara tänkbara. Nordeas talan vid tingsrätten och i hovrätten kan emellertid inte uppfattas så att banken anfört sådan grund för sitt bestridande. I HD har Nordea visserligen anfört att konsekvensen av hovrättens dom blir orimlig då V.B. tillgodogörs medlen två gånger, men detta kan inte anses innebära att Nordea anfört en ny grund för sin talan, något som för övrigt inte skulle ha varit tillåtet.«¹⁶⁴

¹⁶⁴ NJA 2009 N 40, Högsta domstolens dom, majoritetens domskäl, referatet notisavdelningen N s. 52.

98 Som framgår av det citerade kunde på grund av processföringen inte frågan huruvida V.B. eller advokatbyrån skulle komma att göra en obehörig vinst om banken ålades att kompensera advokatbyrån för att överföringen gjordes till Spectra prövas av Högsta domstolen. Så som förhållandena framstod vid målets avgörande, var de överförda pengarna borta och någon vinning för V.B. skulle därmed inte följa omedelbart av att Nordea ålades att kompensera för den uppkomna förlusten. Dessa sakförhållandet gör att målet knappast ger något starkt stöd för att obehörig vinst skulle kunna komma att användas i olika sammanhang, särskilt som det framhålls att skäl mot en sådan bedömning också vore tänkbara. Det citerade uttalandet i NJA 2009 N 40 ger därmed enligt min mening inte så mycket till stöd för vare sig det ena eller det andra.¹⁶⁵

Högsta domstolens avfärdanden i mål som NJA 2011 s. 548 och NJA 2019 s. 23 kan förstås så, att ingen av de accepterade formerna av läran om obehörig vinst ansågs passa för situationerna. Trots de allmänna uttalanden som finns i domskälen om möjligheten att grunda ett krav på att det uppkommit en obehörig vinst, kvarstår det faktum att Högsta domstolen inte gjorde konkret bruk av läran i fallen. Även uttalandena i notisfallet NJA 2009 N 40 om möjligheten att tillämpa läran om obehörig vinst är försiktiga och inte helt entydiga. Fallen utgör därmed snarare bekräftelser på den traditionella, avvaktande hållningen till läran och att tröskeln för att bifalla en talan med stöd av någon variant av läran ännu kan vara hög.

4.5 Bestämmande av den obehöriga vinsten

I sitt bidrag i festkriften till 1734 års lag framhåller Karlgren inledningsvis »att måttet för ifrågavarande obligationsrättsliga utjämning skall vara just den vinst, som på annans bekostnad tillflutit viss person (resp. tillflutit honom och alltjämt finnes i behåll), icke t. ex. den förlust, som tillskyndats hans motpart».¹⁶⁶ I det senare arbetet Obehörig vinst förklarar Karlgren vidare att man torde »få utgå från begreppet förmögenhetsförskjutning och söka bestämma detta ob-

¹⁶⁵ Annan uppfattning *Schultz* som i Obehörig vinst rediviva SvJT 2009 på s. 954 skriver, att »den otvetydiga referensen till vinstprincipen får betraktas som ett tydligt tecken på att Högsta domstolens ledamöter inte delar den skepsis mot principen som tidigare präglat svensk rätt.»

¹⁶⁶ *Karlgren* Fs 1734 års lag s. 631.

jektivt efter det genomsnittliga värdet av den ena eller andra förmånen». ¹⁶⁷ En genomgång av rättspraxis visar att detta inte kan vara en korrekt utgångspunkt i alla de situationer då grunden för kravet sagts vara obehörig vinst.

Även om fallgrupperna hos Karlgren inte avgränsas strikt genom att ange vilka rättsfakta som skall föreligga för att förutsättningarna i varje rättsregel skall vara uppfyllda, vore det möjligt att skriva om dem så. Resultatet blir rättsregler med bestämda rekvisit som kan användas för att avgöra när ett krav på att utfå obehörig vinst föreligger. För att bestämma vilka rättsverkningar som följer av att det föreligger en obehörig vinst enligt en av reglerna, måste den obehöriga vinsten ses som ett rättsfaktum i en rättsregel genom vilken den obehöriga vinstens rättsverkningar bestäms. Denna senare regel är inte densamma för alla fall där det konstaterats att det i och för sig föreligger en obehörig vinst. Mycket av det som skrivits i frågan om hur den obehöriga vinsten skall bestämmas är därmed enligt min mening förfelat, åtminstone där strävan varit att finna en enda sammanhållen regel om rättsföljderna av att det föreligger en obehörig vinst i alla typfall.

Ser man på avgörandena NJA 1896 s. 7, NJA 1905 s. 76 och de senare fallen NJA 1993 s. 13 och NJA 2007 s. 519, som samtliga rör nyttjande av lokal eller mark utan att avtal slutits om nyttjandet, så bestäms ersättningen efter gängse hyra eller något mera löst som skäligen ersättning för nyttjandet. När annans egendom nyttjas utan tillåtelse eller överenskommelse, finns inte nödvändigtvis någon förlust för den använda egendomens ägare. Ersättningen i dessa fall uppgår normalt till en form av vinst som ofta bestäms efter normalpris för att hyra eller annars erhålla nyttjanderätt till föremålet. Den förlitning som föremålet utsatts för, och som borde vara förlusten, är ofta helt obetydlig och ersättningsskyldigheten överstiger därför i de allra flesta fall vida den faktiska förlusten. Det är inte ens nödvändigt att ägaren kan visa att det uppkommit en förlust, exempelvis genom att egendomen inte kunde hyras ut till annan under den tid det olovliga nyttjandet skedde. Vinst och förlust har helt enkelt ingen koppling i dessa fall. Det blir då också svårt att säga att »vinsten« gjorts på annans »bekostnad« eller att det finns någon »förmögenhetsförskjutning«, men ändå sorteras dessa fall in under läran om obehörig vinst.

I de fall då det skett en förmögenhetsförskjutning som givit upphov till en obehörig vinst, kan kravets storlek ibland enkelt bestämmas så att det överförda skall återgå. Ändå kan det även i fall då det skett en direkta överföring fin-

167 Karlgren Obehörig vinst s. 41.

100 nas svårigheter att bestämma kravets storlek. Avgörandet i NJA 1925 s. 184 kan illustrera detta. Högsta domstolen framhåller att köparen hade gjort en vinst på säljarens bekostnad och att denna vinst inte var avsedd. Eftersom vinsten uppkommit genom att en rätt att avverka träd inte kunnat utnyttjas och träden ännu då målet avgjordes stod kvar, kunde inte någon vinst från försäljningen läggas till grund för bestämmandet av ersättningen. Genom att Högsta domstolen framhåller detta moment, framstår det dock som att detta hade kunnat vara ett lämpligt sätt att bestämma vinsten på annars. Det förefaller som om detta sätt att bestämma ersättningen motsvarar den i tysk rätt etablerade saldoteorin, alltså att en bedömning skall göras i vilken mån mottagarens förmögenhet ökats genom överföringen. Det är inte förlusten, utan den uppkomna förmögenhetsökningen som utgör det värde som skall utges.

Det finns äldre praxis som pekar i samma riktning. I NJA 1894 s. 634 hade skogsägaren Jonsson sänt ut arbetare för att avverka skog.¹⁶⁸ De personer som Jonsson hade anlitat för att fälla träden verkar ha misstagit sig om var fastighetsgränserna gick och avverkade därför även träd på mark som ägdes av Ersson. Detta misstag kom i målet att tillräknas Jonsson. Jonsson lät senare sälja 291 av stockarna från Erssons mark och tog emot 282 kronor 78 öre för dessa. Jonsson erbjöd Ersson detta belopp, men Ersson avböjde och krävde högre ersättning. Fallet är inte rent såtillvida att den markägare som lidit skadan ansågs ha avstått från skadestånd och därför endast frågan om rätten att utfå ersättning för de stockar som sålts bedömdes av Högsta domstolen. I Nedre Revisionens förslag till domskäl uttalades att »den ersättning, som för sagda stockar bort tillkomma Ersson, icke skäligen kunde anses uppgå till högre belopp än det, för hvilket desamma blifvit försålda«. Högsta domstolens majoritet, som gillade Nedre Revisionens förslag, fastställde därför kravet till det influtna beloppet. Fallet tycks dock av både Karlgren och Hellner uppfattas som exempel på att den som sålt vidare egendom kan ha rätt att endast utge ersättning som

168 NJA 1894 s. 634 anförs av Karlgren på två ställen i Obehörig vinst, nämligen först på s. 109 fotnot 22 felaktigt som NJA 1894 s. 614 och senare på s. 112 i fotnot 30. Fallet noteras på detta sätt även i bokens register. Genom hänvisningen hos Karlgren till Hellner Obehörig vinsts. 277 står det dock klart att det är NJA 1894 s. 634 som avses. Något rättsfall NJA 1894 s. 614 finns inte, utan sidhänvisningen gör att man hamnar mitt i ett avgörande om ett vederhäftighetsintyg.

motsvarar vad som influtit vid försäljningen.¹⁶⁹ Så som domskälen formuleras, är det emellertid fråga om en skälighetsbedömning och det skäligen beloppet är det som stockarna sålts för. Det är därför svårt att dra några säkra slutsatser av fallet. Något starkt stöd för att den som gjort vinsten bara skulle ha skyldighet att utge det som influtit vid försäljning av stockarna till tredje man ger det nog inte, även om det är en möjlig förståelse av fallet.

Även i NJA 1948 s. 673 fastställdes ersättningsbeloppet till försäljningssumman. Fallet rörde en överlåtelse av fast egendom och av köpekontraktet framgick att fastigheten överläts »med samtliga till fastigheten hörande fasta och i eller vid fastigheten dagen för köpekontraktets undertecknande befintliga lösa inventarier«. Bland den lösa egendomen på fastigheten fanns en transformatorlindning, som senare visade sig tillhöra annan än säljaren. Köparen sålde transformatorlindningen till en skrothandlare för 500 kronor. Föreningen som ägde transformatorlindning stämde i anledning av detta köparen Lööv och krävde ersättning uppgående till 5 940 kronor. Högsta domstolen utgick i sin dom från att försäljningen av transformatorlindningen hade skett i god tro. Värdet fastställdes till 500 kronor, utan annan motivering än att detta var transformatorlindningens värde. Möjligen skall detta förstås i ljuset av att hovrätten konstaterat att transformatorlindningen inte hade visats ha högre värde än det Lööv medgivit, vilket var 500 kronor. Möjligen har Karlgren rätt i sitt omdöme om fallet, att det inte ger någon egentlig ledning i frågan om fastställande av värdet.¹⁷⁰

Rättsfallet NJA 2015 s. 1072 kan användas för att visa ännu en mekanism då den obehöriga vinsten skall bestämmas. De faktiska förhållandena var att Mediarummet fick betalt för utförda tjänster av Norstedts och denna betalning inkluderade 25 procents moms. Mediarummet redovisar mottagen moms till staten. Beställaren Norstedts får sedan ett belopp som motsvarar 25 procents

169 *Hellner* anför i Obehörig vinst på s. 277 i fotnot 2 NJA 1894 s. 634 med ett »jfr« till ett resonemang om möjligheten att välja mellan att utge den sålda egendomens värde och den köpeskillning som influtit av försäljningen. I fotnoten konstaterar *Hellner* att skogsägaren fick ersättning »blott med det belopp, som den senare uppburit vid försäljningen av det obehörigen avverkade virket« (min kursivering). *Karlgren* upprepar bara *Hellners* formulering när fallet omnämns i på s. 109 och sammanhanget på s. 112 ger inte mer.

170 *Karlgren* a. a., s.114.

102 moms tillbaka av staten. När det sedan visar sig att tjänsten bara skulle ha varit belagd med 6 procents moms, måste staten reglera detta. Mediarummet får därför tillbaka mellanskillnaden och Norstedts åläggs att betala tillbaka så mycket att det motsvarar den korrekta momssatsen. Den obehörig vinsten uppstår först genom denna utjämning. Det är alltså inte tillräckligt att Norstedts ålades att betala till staten, utan först när Mediarummet fått tillbaka beloppet från staten gjorde Mediarummet en vinst. För att denna vinst skall ha skett på Norstedts bekostnad, måste dock Norstedts ha blivit skyldigt att betala till staten. Kravet bestäms alltså dels av att Mediarummet gjort en vinst och att Norstedts har gjort en förlust. Utöver dessa krav måste Mediarummets vinst ha gjorts på Norstedts bekostnad för att Norstedts skall kunna rikta krav mot Mediarummet. Det visar sig alltså att sättet att bestämma ersättningen i NJA 2015 s. 1072 överensstämmer med ett av de vanligaste sätten att beskriva kravet vid obehörig vinst, vilket gör det märkligt att flera har så svårt att se fallet som ett fall av just obehörig vinst.¹⁷¹

Går man vidare till NJA 2011 s. 548 och NJA 2019 s. 23 så finns även här balanspunkter att beakta och för att komma vidare måste fallen behandlas under den hypotetiska förutsättningen att Högsta domstolen skulle ha givit medhåll i påståendet att det förelåg en obehörig vinst som skulle ersättas. I fallet med bostadsrättsföreningen innebar de vidtagna åtgärderna att bostadsrättshavarens andel i föreningen ökade i marknadvärde. Frågan är dock om föreningen bör ha ett större krav än vad som motsvarar den kostnad föreningen haft för att åtgärda bristerna i den mån kostnaden lett till en värdeökning. Det kan också vara av betydelse vid vilken tidpunkt värdet på lägenheten bestäms. En möjlig tidpunkt är när motparten gjorde sin sista ekonomiska upppoffring. När åtgärderna sker i en serie över lång tid som i NJA 2019 s. 23, kan dock detta leda till komplicerade beräkningar, där varje värdeökning samband med motpartens ekonomiska upppoffring summeras, utan hänsyn till att egendomen av helt andra skäl kan ha ökat eller minskat i värde. Ett problem som också kan behöva beaktas är att den som gjort vinsten inte behöver ha realiserat den när kravet framställs. Begränsas inte kravet till förlusten, kan alltså den som gör vinsten komma att tvingas realisera egendomen som stigit i värde eller ta upp lån för att kunna utge ett belopp som motsvarar den värdestegring som har samband med motpartens förlust. Slutligen är det inte otänkbart att kravet bör begränsas i fall då den som gjort en obehörig vinst var i god tro om att det förelåg en rättsgrund för förmö-

171 Jfr *Lindskog* Betalning s. 943 fotnot 3286 (16.1.1.1).

genhetsökningen och att någon sådan begränsning inte bör gälla i förhållande till ondetroende.

Med dessa fall har, om än skissartat, beskrivits hur kravets storlek kunde bestämmas för var fallgrupp. Det ofullständiga i beskrivningen är uppenbart, det är spår och fragment av möjliga rättsregler om kravets bestämmande som lagts ut. Iakttagelser om hur ersättningen faktiskt beräknas i rättspraxis, utgör emellertid ett tydligt stöd för slutsatsen att det heller inte i rättsföljdsledet finns en gemensam princip för ersättningsskyldighetens bestämmande. Det verkar alltså lika lite finnas en enhetlig regel om hur rättsföljderna av att någon gjort en obehörig vinst som en enhetlig rättsregel om när det föreligger en obehörig vinst. Denna tanke uttrycks av *von Caemmerer* på följande sätt:

»Gång på gång finner man i litteraturen allmänna vändningar med innebörden, att *den drabbades förlust inte behöver motsvara den berikade personens vinst vare sig vad gäller omfattning eller innehåll*. Att anspråket på berikelsen kan uppgå till mer och något annat än vad den missgynnade har förlorat, görs gällande i ett lärorikt inskott i Ulpianusstället D. 12.6.26.12 [...].¹⁷² I ett välkänt patenträttsligt avgörande har Reichsgericht i tiden före 1900 likaledes funnit stöd i sådana överväganden¹⁷³ och i protokollen till BGB förfäktas tesen att det som förvärvats inte måste komma ur den drabbades förmögenhet [...].¹⁷⁴ Den motsatta uppfattningen är lika vanlig, alltså att berikelsekravet

¹⁷² Ulpianus säger i D. 12.6.26.12, med hänvisning till Celsus, att man med *condictio* kunde kräva ett, fast något annat presterats. Textstället har också uppfattats så att det innebar att återkravet inte alltid bestämdes av hur mycket som ursprungligen presterats, utan av vad mottagaren ännu hade i behåll när kravet framställdes. Digestastället behandlas i avsnitt 2.5 ovan i anslutning till tanken på ersättningskrav på en glidande skala.

¹⁷³ Av de fotnoter som här uteslutits framgår bland annat att det patenträttsliga avgörande som avses är RGZ 43, 56 (1898). Fallet gällde intrång i patent. Kravet gick ut på att få ersättning för vinsten som gjorts med hjälp av det patenterade förfarandet eller att ersättning som motsvarade licensavgiften utgavs. Reichsgericht framhöll i domskälen att det inte gick att få ersättning både för vinsten och därtill licensavgiften. Den obehöriga vinsten kunde alltså antingen bestämmas som den vinst som blivit möjlig genom patentintrånget eller den förlust som uppkom genom att licensavgiften inte betalats.

¹⁷⁴ Se *Mugdan* Materialien s. 1171 (s. 2942). Tanken går i sin tur tillbaka på

är dubbelt begränsat, nämligen å ena sidan av de fördelar som tillkommer den berikade personen, å andra sidan även genom den drabbades förmögenhetsminskning. Generaliseringar av detta slag är vilseledande. Endast en återgång till de olikartade grunder, ur vilka en berikelse framstår som obehörig, möjliggör ett avgörande om vad som är föremålet för kravet.¹⁷⁵

Strävan att finna en sammanhållen regel om obehörig vinst har stått i vägen för att se att rättsföljden av att det uppkommit en obehörig vinst inte är densamma i alla fallgrupper. Hur reglerna om rättsföljderna bör vara utformade är ännu alltför outvecklat, även om det finns rudiment till regler.

För fallen av nyttjande av annans egendom tycks det finnas ett grundmönster, där ersättningen bestäms efter den gängse hyresnivån. När nyttjandet sker på ett sådant sätt att den som olovligt brukar annans egendom gör en stor vinst, kunde man emellertid tänka sig att vinsten i vissa fall sattes till den uppkomna vinsten. Ibland kan det dock finnas anledning att fråga sig om hela vinsten skall utges eller bara en skälig ersättning för nyttjandet. Här finns även ett etablerat mönster vid intrång i olika immaterialrättigheter som kunde använ-

Savignys uttalande i System i anslutning till D. 12.6.55 *Papinianus lib. 6 quaest.* som behandlades i avsnitt 2.4 ovan.

175 von Caemmerer Fs Rabel s. 376 f: »Immer wieder findet man in der Literatur allgemeine Wendungen etwa des Inhalts, daß der Verlust des Betroffenen sich mit dem Gewinn des Bereicherten weder dem Umfang noch dem Inhalt nach zu decken brauche. Daß der Bereicherungsanspruch auf mehr und anderes gehen könne, als der Benachteiligte verloren habe, wird bereits in einer lehrhaften Einschaltung in der Ulpianstelle D. 12.6.26.12 behauptet [...]. Das Reichsgericht hat sich vor 1900 in einer bekannten patentrechtlichen Entscheidung ebenfalls auf solche Überlegungen gestützt und in den Protokollen zum BGB wird [...] die These verfochten, das Erworbene brauche nicht aus dem Vermögen des Betroffenen zu stammen. Ebenso häufig findet sich aber auch die entgegengesetzte Auffassung, daß der Umfang des Bereicherungsanspruchs doppelt begrenzt sei, nämlich einerseits durch die dem Bereicherten zugeflossenen Vorteile, andererseits aber auch durch die Vermögenseinbuße des Betroffenen. Generalisierungen solcher Art führen in die Irre. Nur ein Zurückgehen auf die verschiedenartigen Gründe, aus denen heraus eine Bereicherung als ungerechtfertigt erscheinen kann, ermöglicht ein Urteil darüber, was Anspruchsgegenstand ist.« Min översättning. Fotnoter har uteslutits.

das, när en jämförelse med hyresregler inte framstår som lämplig.¹⁷⁶ Om än bristfälliga, så är ändå dessa mönster en början.

För andra fallgrupper måste kravets storlek bestämmas på annat sätt. Generella principer, som att det är förmögenhetsökningen hos mottagaren som skall återgå, kan ge en antydning om hur kravet skall bestämmas, men kräver för många fall utvecklingar, tillägg och preciseringar för kunna användas. Även till synes enkla fall, där ett förmögenhetsvärde överförs från en person till en annan, är heller inte alltid enkla att hantera. Särskilt om det gått lång tid från det att föremålet som bär förmögenhetsvärdet överförs och då kravet om att den uppkomna obehöriga vinsten skall återgå framförs, kan svårigheter uppkomma med att bestämma kravets storlek. Det går att tänka sig en rad tidpunkter, såsom värdet då föremålet överfördes, när kravet framställdes och när talan väcktes i domstol om att utfå den obehöriga vinsten eller när domstolen slutligen avgjorde tvisten. Finns inte föremålet kvar hos mottagaren, kunde man tänka sig att kravet bestäms efter den förmögenhetsökning som uppstått i samband med avyttringen, men kanske måste hänsyn tas även till andra faktorer, såsom om avyttringen skedde till marknadspris och i fortsatt god tro om rätten till det mottagna eller om föremålet försämrats utan att mottagaren orsakat försämringen.

Rättsföljdsfrågorna är värda en egen undersökning, men de bör föregås av att fallgrupperna avgränsas bättre. En uppdelning i fallgrupper av det som hittills bara allmänt samlats under uttrycket »obehörig vinst» är alltså en början och inte en slutpunkt.

¹⁷⁶ Se om detta mönster avsnitt 6.4 nedan.

5. Obehörig vinst och misstagsbetalning

5.1 Inledning

Det kräver ingen särskilt ingående undersökning för att konstatera att reglerna om misstagsbetalning och läran om obehörig vinst hänger samman. I rättspraxis har Högsta domstolen flera gånger uttalat sig på ett sådant sätt, att man nästan kunde tro att det vore fråga om en gemensam rättsfigur, inte två olika och som bara delvis överlappar varandra. Tanken kom till tydligt uttryck i NJA 1999 s. 575 och har sedan återkommit i NJA 2011 s. 739 och NJA 2015 s. 1072. Högsta domstolens uttalanden i dessa avgöranden kan knappast tolkas på annat sätt än som uttryck för tanken att misstagsbetalning närmast skulle vara ett särfall av obehörig vinst. Kopplingen sker genom orden, att betalningen eller förmögenhetsförskjutningen skulle ha skett »utan rättsgrund«.

Läran om misstagsbetalning hölls länge skild från läran om obehörig vinst, men i NJA 1999 s. 575 för Högsta domstolen in läran om misstagsbetalning under läran om obehörig vinst. Sakomständigheterna i målet var komplicerade. Tvisten gällde, för vad som är av intresse i detta sammanhang, en överföring som gjorts av en bank till ett konto i en annan bank. Den omtvistade överföringen skedde inte för att banken som överförde medlen hade en skuld eller ens misstog sig om att det skulle ha förelegat någon skuld. Överföringen gjordes på uppdrag av en bankkund och i förlitan på att medel skulle överföras till banken som senare skulle täcka överföringen. Den överförande banken fick emellertid aldrig täckning för det överförda beloppet. Det visade sig senare att banken utsatts för svindleri, men mottagaren av beloppet hade ingen del i det svikliga förledandet av banken. Tvisten rörde i vilken mån mottagaren av beloppet hade en skyldighet att utge detta till banken. Det är i detta sammanhang Högst domstolen uttalar följande om grunden för återkravet:

»Ett av de huvudargument som har brukat åberopas för den principiella återkravsrätten vid traditionella *condictio indebitis* situationer är att det, om betalningsmottagaren får behålla vad han har uppburit, uppkommer en förmögenhetsförskjutning till hans förmån utan rättsgrund: han gör en obehörig vinst.«¹⁷⁷

I sin kommentar till rättsfallet var *Hellner* starkt kritisk till sättet Högsta domstolen knöt *condictio indebiti* till läran om obehörig vinst och möjligen även

¹⁷⁷ NJA 1999 s. 575, Högsta domstolens domskäl, referatet s. 585.

108 tveksam till det konkreta utfallet.¹⁷⁸ I frågan huruvida *condictio indebiti* behövde stödet av argumentet att det utan en återkravs rätt skulle uppstå en obehörig vinst, framhåller Hellner följande:

»Regeln om återkrav av betalning som skett av misstag står på egna ben i svensk rätt och stödjer sig på ett stort antal rättsfall, av vilka i varje fall huvudprincipen klart framgår. Regeln behöver inte stöd av vare sig läran om obehörig vinst eller förutsättningsläran, causaläran, »kvasikontrakt», implikerat villkor vid betalningen eller någon annan av de konstruktioner som förekommer. Sådana motiveringar har anförts men de har allmänt förkastats som onödiga och missledande. Obehörig vinst tillhör dock såvitt jag har kunnat finna inte de konstruktioner som i nyare svensk rätt har åberopats till stöd för *condictio indebiti*.«¹⁷⁹

Det avslutande påpekandet, att obehörig vinst inte anförts som stöd för återkravet vid misstagsbetalning under lång tid innan NJA 1999 s. 575, är i allt väsentligt korrekt. Det framstår därmed också som befogat att framhålla att läran om misstagsbetalning stod på egna ben i svensk rätt.

Frågan huruvida det är hjälpsamt att sammanföra misstagsbetalning med läran om obehörig vinst på detta sätt behöver utredas närmare, särskilt mot bakgrund av att synsättet tycks etablerat i Högsta domstolens senare avgöranden om *condictio indebiti*. Ett sätt att pröva om återkravet vid misstagsbetalning behöver stöd av läran om obehörig vinst är att jämföra argumentation och grunder i rättsfall där läran om misstagsbetalning respektive läran om obehörig vinst tillämpats konkret. Med hjälp av två grupper av rättsfall, i den första NJA 2001 s. 353 (*Alecta-fallet*) och NJA 2007 s. 519 (*Oceanterminalen*) och i den andra NJA 1933 s. 25 och NJA 1925 s. 184, kommer några tydliga skillnader mellan läran om misstagsbetalning och läran om obehörig vinst att visas i det följande.

I NJA 2001 s. 353 bedömdes i någon mening urtypen för en misstagsbetalningssituation och i NJA 2007 s. 519 ett av typfallen som brukar föras till läran om obehörig vinst. Båda fallen i denna grupp är renodlade, med få faktorer som försvårar jämförelsen. De ligger också nära varandra i tid, vilket gör att det

¹⁷⁸ Se Hellner *Betalning av misstag*, JT 1999-2000 s. 409-415, där han helt i början skriver att fallet »ger upphov till reflexioner om både den konkreta bedömningen av fallet och HD:s principiella motivering«.

¹⁷⁹ Hellner *Betalning av misstag* s. 413. Hänvisningar har uteslutits.

inte finns anledning att tro att Högsta domstolen skulle ha ändrat inriktning om grunderna för misstagsbetalning eller obehörig vinst i mellantiden.¹⁸⁰

När det gäller fallen i den andra gruppen jämförda fall är båda välkända. NJA 1933 s. 25 (återkrav av arbetsskadeersättning) har ansett vara ett klassiskt fall av misstagsbetalning där vissa principer om betalningsmottagarens inrättande slås fast. Mot detta avgörande ställs NJA 1925 s. 184 (skogsavverkningsrätten) som har uppfattats som ingången för ett nytt synsätt och möjligen ett tydligt, om än begränsat accepterande av läran om obehörig vinst i svensk rätt. Valet att jämföra dessa mål grundas på motsvarande överväganden som anförts tidigare, nämligen att avgörandena ligger rimligt nära varandra i tid och att få komplicerande omständigheter föreligger som skulle kunna sägas göra något av fallen »orent« i själva rättsfrågan.¹⁸¹

5.2 Alecta-fallet och Oceanterminalen

Twisten i NJA 2001 s. 353 (*Alecta-fallet*) gällde om bolaget KEBO hade skyldighet att återbetala en del av ett belopp som överförts till bolaget av försäkringsbola-

180 Det kan noteras att justitieråden Magnusson, Svensson, Munck, Blomstrand (referent) och Pripp deltog i NJA 2001 s. 353 och Munck, Pripp, Victor, Callendorff (referent) och Virdesten i NJA 2007 s. 519. Domarna var enhälliga och inga tillägg för egen del gjordes. Justitieråden Munck och Pripp deltog alltså vid avgörandet av båda målen, men ingen av dem var referent.

181 I NJA 1933 s. 25 deltog justitieråden Sundberg, Svedelius, Molin, Stenberg och Alexanderson. I avgörandet finns en lång promemoria av justitierådet Alexanderson, som innehåller mycket som förklarar de tankar som ligger bakom utgången i målet. NJA 1925 s. 184 är ett plenumål. Det kan dock noteras att samtliga justitieråd i det senare avgörandet deltog även i det tidigare. Majoriteten i NJA 1925 s. 184 utgjordes av justitieråden Alexanderson, Petrén, Thomason, Skarstedt, Carlson, von Seth, Leijonhufvud, Wedberg, Edelstam och Appelberg som anslöt sig till den mening som Alexanderson yttrat, medan bland andra Sundberg och Stenberg ville fastställa Göta Hovrätts dom. Sundberg gjorde därtill ett långt tillägg för egen del. Svedelius och Molin ville bifalla Nedre revisionens betänkande, som nog måste förstås så att köparen ålades att erlagga tilläggsköpeskilling med grund i själva köpeavtalet och alltså inte som majoritet på grund av en annars uppkommen obehörig vinst.

110 get SPP.¹⁸² Medlen skulle täcka pensionsåtaganden KEBO hade mot sina anställda. Först hade KEBO valt möjligheten att själv göra avsättningar, men när bolaget fick ekonomiska problem flyttades medlen över till en form av pensionsförsäkring som tillhandahölls av SPP. När KEBO senare fick bättre ekonomi igen, återfördes tillgångar till KEBO och bolaget återgick till den tidigare ordningen där pensionsåtagandena skedde genom avsättningar och säkerställande genom kreditförsäkring. Efter en tid stod det emellertid klart för KEBO att en övergång till pensionsförsäkring i SPP skulle bli billigare. KEBO valde därför att avsluta ordningen med att själv avsätta medel och erlade ett engångsbelopp till SPP. Den slutliga summan kom emellertid att beräknas på felaktigt sätt. SPP betalade därför tillbaka en summa till KEBO. Underlagen för beräkningen var korrekta, men beroende på förhållanden hos SPP kom slutsumman att bli knappt tre miljoner högre än om beräkningen gjorts korrekt. SPP upptäckte själv detta fel och ett belopp som motsvarade det som SPP erlagt för mycket krävdes genast åter. Tiden från betalning till framställt återkrav var knappt nio månader. Efter den felaktiga utbetalningen hade KEBO sålts till det tyska företaget Merck. SPP bytte också under målets gång namn till Alecta. Utgångspunkten för Högsta domstolens bedömning var att mottagaren varit i befogad god tro om sin rätt till beloppet och att Merck inrättat sig efter betalningen. Högsta domstolen fann mot bakgrund av denna bedömning, att återbetalning inte skulle ske.

Bakgrunden till tvisten i NJA 2007 s. 519 (*Oceanterminalen*) var i korthet att STS Skoglund Transport System i Göteborg AB (STS) hade hyrt en lokal i Göteborg av Oceanterminalen Fastighetsförvaltning Aktiebolag (*Oceanterminalen*). När STS försattes i konkurs hade inte hyran för sista kvartalet före konkursen betalats och därtill fanns skulder för vissa andra kostnader. Oceanterminalen sade upp hyresavtalet och STS avflyttade slutligen två månader efter det att hyresavtalet sagts upp. Den tidigare hyresvärden krävde STS på ersättning för den tid som lokalerna brukats efter uppsägningen. Parterna i tvisten var inte oense om beräkningen av ersättningsbeloppet, men däremot menade konkursboet att kravet inte utgjorde ett massaansvar. Den fråga Högsta domstolen hade att ta ställning till var därmed i huvudsaken om konkursboet ådragit sig massaansvar för hyresvärdens fordran motsvarande skälig hyra för nyttjandet av lokalen. I domskälen framhåller Högsta domstolen att situationen inte var sådan att bestämmelsen i 12 kap. 31 § JB var tillämplig. Enligt bestämmelsens femte

¹⁸² Fallet och omständigheterna i NJA 2001 s. 353 behandlas mer utförligt i *Condictio indebiti* på s. 56-58.

stycke ansvarar konkursboet för hyran från konkursbeslutet till dess att lokalen ställs till hyresvärdens förfogande om hyresvärdens uppmanat konkursboet att ställa den lokal som konkursgäldenären nyttjat till hyresvärdens förfogande och konkursboet inte gör detta inom en månad. Oceanterminalen hade dock sagt upp avtalet och STS:s konkursbo hade därför en skyldighet att avflytta så snart det var möjligt efter uppsägningen. Bestämmelsen i 12 kap. 31 § JB ger ingen ledning för hur denna situation skulle bedömas. I huvudfrågan formulerade Högsta domstolen följande:

»I förevarande mål är emellertid situationen en annan, eftersom hyresavtalet med Oceanterminalen upphörde att gälla strax efter konkursutbrottet. Skyldighet att omedelbart avflytta inträdde då för konkursboet, men konkursboet fortsatte att faktiskt nyttja lokalen i ytterligare två månader. Situationen ter sig därmed likartad den som förelåg i rättsfallet NJA 1993 s. 13. I det rättsfallet slog HD fast att den som använde en lokal utan avtalsstöd skulle utge ersättning motsvarande skälig hyra för nyttjandet. Utgången får antas närmast ha grundats på allmänna förmögenhetsrättsliga principer om obehörig vinst (jfr Hellner-Radetzki, Skadeståndsrätt, 7 uppl. s. 421).«¹⁸³

Hänvisningen i domskälen till NJA 1993 s. 13 ger anledning att se närmare på det tidigare fallet. Även denna tvist avsåg ett konkursbo som blev kvar i hyrda lokaler. Förstahandshyresgästen hade överlåtit hyresavtalet till företaget Auto-West. Fastighetsägaren Börje R tillät emellertid inte överlåtelsen, utan sa upp avtalet med omedelbar verkan. Underhyresgästen Auto-West blev trots det kvar i lokalerna utan stöd i något avtal med fastighetsägaren. Fastighetsägaren stämde förstahandshyresgästen och Auto-West inträdde som intervenient i tvisten. TR:n dömde till fastighetsägarens fördel och ålade förstahandshyresgästen att lämna lokalerna. Genom samma dom fastställdes att Auto-West inte hade något hyresavtal med fastighetsägaren. I frågan om Auto-West hade skyldighet att utge ersättning till fastighetsägaren för tiden från tingsrättens dom och fram till dess att Auto-West lämnade lokalerna, uttalade Högsta domstolen följande:

»Auto-West har utan stöd i något avtal med Börje R nyttjat dennes lokaler. Auto-West har därmed ådragit sig skyldighet att ersätta Börje R motsvarande skälig hyra för lokalerna (jfr Hellner, Skadeståndsrätt, 4 uppl s 316 med hänvisningar till bla NJA 1946 s 143 samt Agell i Festskrift till Jan Hellner

¹⁸³ NJA 2007 s. 519, Högsta domstolens domskäl, referatet s. 528.

112 s 23 ff). Om beloppets skälighet i och för sig råder inte någon tvist mellan parterna. I enlighet härmed skall Börje R:s talan bifallas.¹⁸⁴

I domskälen till NJA 1993 s. 13 uttalas det inte att grunden för ersättningsskyldigheten skulle vara obehörig vinst. Det är emellertid tydligt att det rör sig om samma bedömningsmönster som i NJA 2007 s. 519, där grunden betecknas som obehörig vinst. I båda fallen fann Högsta domstolen att det rörde sig om ett obehörigt nyttjande och att den som nyttjat lokalerna skall utge ersättning till den som ägde lokalen. Enligt uttalanden i domskälen skulle ersättningen bestämmas till vad som motsvarade skälig hyra för nyttjandet, men i de konkreta fallen var kravets storlek inte tvistigt.

Med utgångspunkt i de faktiska omständigheterna och domskälen i NJA 2001 s. 353 och NJA 2007 s. 519 som nu beskrivits, går det att ange vilka rättsfakta som skall vara uppfyllda för att ansvar skall anses föreligga och möjligen uteslutas. I Alecta-fallet fanns en överföring som kunde återföras, medan det i Oceanterminalen inte gjordes någon överföring. Hyrestagaren i Oceanterminalen hade visserligen fått tillgång till lokalerna och detta hade väl med en hårt pressad jämförelse kunnat jämföras med överföringen av ett penningbelopp i Alecta-fallet. Det är dock inte att hyresgästen en gång fick tillgång till lokalerna som enligt Högsta domstolen utlöser ersättningsskyldigheten i Oceanterminalen, utan det fortsatta brukandet av lokalerna när hyresavtalet upphört. Medan misstaget om att det förelåg en skyldighet att prestera till mottagaren är en väsentlig förutsättning när återkrav riktas mot mottagaren av medlen med stöd av läran om *condictio indebiti*, förefaller det oväsentligt om hyrestagaren trots sig ha rätt att vara kvar i lokalerna. Den som stannar kvar i lokalerna blir ersättningsskyldig. Tematiken att den »presterande« skulle ha gjort en disposition, alltså medvetet valt att överföra medel fast ingen skyldighet att prestera förelåg, är inte tänkbar i Oceanterminalen, eftersom det skulle innebära att hyresvärden godkänt användningen och att ersättningsgrunden därmed skulle vara ett avtal. I Alecta-fallet hade däremot en sådan användning varit tänkbar och om överföringen utgjort en disposition i misstagsbetalningslärans mening, skulle återbäringskyldigheten ha varit utesluten.

Vidare var det i Alecta-fallet en väsentlig fråga om mottagaren var i god tro vid mottagandet av medlen och senare i fortsatt god tro inrättat sig efter betalningen. I Högsta domstolens domskäl i Oceanterminalen berörs inte frågan om

¹⁸⁴ NJA 1993 s. 13, Högsta domstolens dom, majoritetens domskäl, referatet

god eller ond tro hos den som nyttjat lokalen, utan det konstateras bara att den som använder en lokal utan avtalsstöd skall utge ersättning motsvarande skälig hyra för nyttjandet. I domskälen framhålls visserligen att det inte krävdes brott för att ersättningsskyldigheten skulle uppkomma, men detta tycks inte vara mer än en påminnelse om att begränsningsregeln i 2 kap. 2 § skadeståndslagen inte utgjorde något hinder för att nyttjaren skulle kunna åläggas ersättningsskyldighet, trots att förhållandet efter det att hyresförhållandet upphört var utomobligatoriskt. Något ställningstagande i frågan huruvida nyttjarens onda eller goda tro skulle vara av betydelse går inte att utläsa ur detta. Inte heller i det tidigare fallet NJA 1993 s. 13 finns några sådana överväganden. Det är det obehöriga nyttjandet *som sådant* som utlöser ersättningsskyldigheten, inte om den som nyttjat egendomen inser att det är obehörigt. Att den som nyttjar egendomen är i god tro utesluter därmed inte ersättningsskyldighet, eftersom det är nyttan som skall ersättas, låt vara efter en schabloniserad ersättningsberäkning.

Det föreligger heller knappast skäl att utesluta ersättningsskyldighet på den grunden att den som nyttjar lokalen inrättat sig efter att få nyttja lokalen. Det finns givetvis en punkt där passivitet hos den som ursprungligen upplät lokalen kan förstås så att upplåtaren accepterat att hyresgästen blir kvar genom att inget göra, trots att nyttjandet varit känt för hyresvärden. Även vid bedömningen huruvida mottagaren av en överföring av medel har inrättat sig i god tro, kan den gå över i frågan huruvida den som annars haft en återkravs rätt förlorat sin rätt genom passivitet. Frågan om passivitet är därmed en annan än den om det är möjligt att inrätta sig och därmed inte behöva utge ersättning.

I själva ersättningsberäkningen ligger också en viktig skillnad. Medan den som överfört medlen i Alecta-fallet skulle ha haft ett krav på att få tillbaka ett lika stort belopp som överfördes, om inte mottagaren inrättat sig och därmed återkrav varit uteslutet, bestäms ersättningsskyldigheten i Oceanterminalen enligt vad som uttalades i domskälen efter vad som skulle ha utgjort »skälig hyra för nyttjandet«. Den skäliga hyran måste därmed inte motsvara vad par-

s. 18. Hos *Agell* Skadeståndsansvar vid obehöriga förfoganden över annans egendom, Fs Hellner Stockholm 1984 s. 23-63 behandlas frågan om olovliga förfoganden allmänt, utan att situationer av det slag som bedömdes i fallet egentligen behandlas. Även det nämnda fallet NJA 1946 s. 143 rörde en fråga lite vid sidan om, eftersom förfogandet inte egentligen var olovligt. Båda anför dock liksom *Hellners* Skadeståndsrätt med ett »jfr«, vilket gör att direkt stöd kanske inte var att vänta.

114 terna tidigare avtalat om, när nyttjandet fortsätter efter det att hyrestiden gått ut. Medan det alltså i Alecta-fallet fanns en tydlig koppling mellan det överförda beloppet och hur mycket som mottagaren skulle utge, finns ingen nödvändig koppling mellan nyttjarens skyldighet att utge ersättning och någon förlust som faktiskt orsakats den ersättningsberättigade som en följd av det obehöriga nyttjandet i Oceanterminalen.

Försöker man att ange vilka rättsfakta som var av betydelse för utgången i NJA 2001 s. 353 och gör samma övning för NJA 2007 s. 519, så finns nästan ingen överlappning. I Alecta-fallet var det avgörande om ett belopp överförts (*överföring*), om den som överfört beloppet trott att det fanns en skyldighet att överföra beloppet (*misstag*), om den som tagit emot beloppet trott att den varit berättigad till det (*god tro*) och inrättat sig efter uppfattningen att överföringen varit riktig i fortsatt god tro (*inrättande*) för att nå slutsatsen. I Oceanterminalen var det avgörande att någon nyttjat annans egendom (*nyttjande*) och att nyttjandet inte var tillåtet av ägaren (*obehörighet*). Egentligen finns det bara en sammanhållande punkt mellan dessa fall och den finns på *rättsföljdsidan*, inte rättsfaktumsidan, nämligen att rättsföljden i båda fallen är att någon skall utge ett penningbelopp till annan. Likhet i rättsföljd är emellertid inte nödvändigtvis ett skäl att sammanföra två rättsregler och påstå att de är en eller ens hör samman. Antag exempelvis att två parter slutit avtal om köp, bestämt ett pris och varan levererats. Köparens skyldighet att betala utgör knappast skäl att säga att köp och obehörig vinst skulle vara samma sak. Orsaken till att skyldigheten finns kan visserligen sägas vara att någon annars skulle göra en obehörig vinst, men denna »förklaring« är helt överflödig i förhållande till rättsregeln eftersom köprätten verkligen »står på egna ben«.

5.3 Förbrukad arbetsskadeersättning och skogsavverkningsfallet

Bakgrunden till tvisten i NJA 1933 s. 25 var en trafikolycka. Olander färdades i en hästskjuts och blev påkörd av en bil som framfördes av Rosenberg. Försäkringsaktiebolaget Fylgia hade utfärdat trafikförsäkring för Rosenbergs bil. Olanders rätt till ersättning kom att fastställas av domstol i ett första förfarande. Genom domstolens beslut fick Olander rätt till bland annat livränta, sjukpenning och ersättning för läkarvård. För skadan fick Olander ersättning av Riksförsäkringsanstalten som arbetsskadeersättning. Rätten till ersättning grundade sig på lagen den 17 juni 1916 om försäkring för olycksfall i arbete (1916:235) och avgörandet att det var en arbetsskada berodde på att den häst-

skjuts som Olander färdades i vid olyckstillfället lånats ut till honom av hans arbetsgivare. Vid sidan av denna ersättning ur allmänna medel, betalade även försäkringsbolaget Fylgia ut ersättning till Olander. På detta sätt kom ersättningen för viss del av skadan att bli dubbel.

Enligt 12 § 2 st. i lagen om försäkring för olycksfall i arbete skulle avräkning mot sådan ersättning som den skadelidande erhållit från försäkring göras från den skyldighet som Riksförsäkringsanstalten annars haft.¹⁸⁵ Riksförsäkringsanstalten krävde med stöd av denna lagregel Fylgia på ersättning för vad den utgivit dubbelt till den skadelidande.¹⁸⁶ Fylgia vände sig i sin tur mot Olander för att få ersättning. Fråga uppstod därefter om den skadelidande hade skyldighet att utge ersättning till försäkringsbolaget, eller om återkravet var uteslutet.

Enligt Högsta domstolens bedömning hade försäkringsgivaren överfört medlen till Olander i tron att det fanns en skyldighet att utge ersättning (*miss-tag*) och Olander trodde sig å sin sida ha rätt till de överförda medlen (*god tro*). Mottagaren hade i fortsatt god tro förbrukat medlen (*inrättande*). Högsta domstolen framhöll därutöver att försäkringsbolaget haft en betydligt bättre möjlighet att överblicka situationen än mottagaren av medlen (*överblickbarhet*). Återkrav av ersättningen bedömdes under dessa omständigheter inte kunna ske.

Jämförs de rättsfakta som var av väsentlig betydelse för avgörandet i NJA

185 Lagens bestämmelse i det aktuella stycket hade följande lydelse: »Vad försäkringsinrättningen enligt denna lag utgivit, äger inrättningen söka åter av arbetsgivare, som uppsåtligen vållat skadan, eller av annan, som skadan vållat, där denne ej själv lidit skadan och på grund därav är berättigad till ersättning enligt lagen.«

186 I referatet saknas ett led när det gäller varför Riksförsäkringsanstalten riktade anspråket mot Fylgia och inte bilföraren själv. När det gäller kvalificeringen av Olanders skada som en arbetsskada som därmed föll under lagens tillämpningsområde, anförs på s. 26 f. i rättsfallsreferatet att ett snarlikt fall fanns återgivet i tidskriften *Arbetarskyddet* för år 1922. Det avgörande som åsyftas torde vara det i tidskriften på s. 126 refererade avgörandet av försäkringsrådet nummer 10 som gällde skjuts fram och åter av en barnmorska. Fallet gällde inte en kollision med bil, men hästskjutsen hade på motsvarande sätt lånats ut av arbetsgivaren för ändamålet. Dessa förhållanden, alltså att det i och för sig var en arbetsskada som berättigade till ersättning enligt lagen om försäkring för olycksfall i arbete och att Fylgia haft att kompensera Riksförsäkringsanstalten, måste dock tas för goda och var inte föremål för Högsta domstolens prövning.

116 1933 s. 25 med relevanta rättsfakta i NJA 1925 s. 184 så blir olikheterna tydliga. Genom att avverkningsrätten inte kunde utnyttjas som tänkt av säljaren och träden sedan på grund av avtalsvillkor tillföll fastighetsköparen, överfördes ett värde (*överföring*). Det finns alltså en överföring och häri är rättsfallen lika. Högsta domstolen gjorde bedömningen i skogsavverkningsfallet att denna överföring ledde till att köparen gjorde en obehörig vinst på säljarens bekostnad (*obehörighet*). Dessa omständigheter kunde sedan läggas till grund för domslutet och vinsten skulle omfördelas efter den vinst köparen gjort. Det anges ingen uttrycklig grund i domskälen för att vinsten skall utjämnas, men i referatrubriken anges rättsfrågan röra »köparens obehöriga riktande på säljarens bekostnad«. Det kan dock noteras att det formellt förelåg en rättsgrund för förvärvet av såväl fastigheten som de träd som utgjorde fastighetstillbehör, för vilka den avskilda avverkningsrätten som senare förföll gällde, nämligen själva fastighetsköpet. Obehörigheten avser på detta sätt egentligen en abstrakt förmögenhetsökning, eftersom träden enligt den uppfattning majoriteten i målet uttrycker »tillföllo Johansson såsom fastighetens ägare« och rätten till dessa alltså följde av köpeavtalet. Bedömningen verkar på detta sätt anknyta till den tyska saldo-teorin, där det inte är vad som återstår när kravet om utfående av vinsten eller vad som mottagits från den som gjort den förlust som bestämmer vinstens storlek, utan den allmänna förmögenhetsökningen som överföringen lett till.

Som framgår av denna beskrivning föreligger bara delvis överlappning av de rättsfakta som skall föreligga i respektive fall. I fallet med försäkringsersättning var det en given förutsättning att försäkringsgivaren i och för sig hade en fordran mot den skadelidande. I avgörandet om avverkningsrätten var däremot frågan huruvida köparen skulle utge ersättning för det mervärde som tillfördes när avverkningsrätten bortföll som inte täcktes av den köpeskillning som redan utgivits. Huvudfrågan i skogsavverkningsfallet var alltså om ett krav alls fick riktas mot köparen av fastigheten. En viktig skillnad mellan fallen är också att det i skogsavverkningsfallet rörde sig om att få ut ersättning för det värde träden hade i köparens hand vid tidpunkten då tvisten avgjordes och inte som en förlust som säljaren skulle ersättas för, medan fordringen i misstagsbetalningsfallet, om den nu inte varit utesluten, skulle ha uppgått till det belopp som betalats dubbelt och inte till vad mottagaren ännu skulle råkat ha kvar då kravet framställdes.

5.4 Obehörig vinst eller misstagsbetalning

När ett fall av misstagsbetalning analyseras med utgångspunkt i vilka rättsfakta som måste föreligga för att återgångskrav skall kunna riktas mot mottagaren, är den omständigheten att resultatet möjligen ger upphov till en obehörig vinst överflödigt för att förklara återkravets grund. Frågan är inte om ett krav skall få göras gällande när en misstagsbetalning skett, utan huruvida ett återkrav skulle vara uteslutet. Byter man däremot synvinkel så att man bara ser den övergripande frågeställning, och lämnar den konkreta bedömningen där rättsfakta skall uppfylla rekvisiten i en rättsregel, kan konstaterandet att en obehörig vinst uppkommit när någon av misstag överfört medel till annan vara en meningsfull utsaga. Att det i en sådan situation uppkommit en obehörig vinst är då en motivering till huvudregeln att medlen skall gå tillbaka, men förklarar inte motregeln att det överförda under vissa förutsättningar inte behöver återgå.

Ett rättsfall från senare tid som kan visa att valet mellan reglerna om obehörig vinst och misstagsbetalning inte alltid är enkelt är NJA 2020 s. 334. Bakgrunden till tvisten var att en gäldenär instruerats av borgenären att betala på visst sätt, men instruktionen innebar att beloppet överfördes till annan än fordringens borgenär. Den felaktiga instruktionen bestod i fallet av att borgenären angivit sitt postgironummer i fältet för bankgironummer. Den som tog emot de pengar som gäldenären överförde hade ett bankgironummer med samma siffror som borgenärens postgironummer. Genom att gäldenären betalade enligt den instruktion som givits, fick istället en utomstående tredje man beloppet. I avgörandet tog Högsta domstolen som utgångspunkt att gäldenären befriats från sin skyldighet att betala igen, alltså trots att beloppet förts över till en utomstående. Förutsättningen var alltså att en överföring hade skett och att gäldenären inte kunde krävas igen av den egentligen berättigade.

Följande uttalande i Högsta domstolens domskäl i NJA 2020 s. 334 rör enligt den rubrik som föregår stycket borgenärens krav mot tredje man:

»Om gäldenären betalar med befriande verkan till tredje man enligt borgenärens instruktion, sker en förmögenhetsöverföring från borgenären till tredje man. När borgenärens instruktion inte åsyftat en sådan överföring och tredje man tog emot överföringen i ond tro (dvs. utan att ha fog för att tro att betalningen tillkom honom) ska förmögenheten återföras. I andra fall beror borgenärens rätt av vad som framstår som rimligt vid en avväg-

118 ning mellan borgenärens och tredje mans motstående intressen. Avvägningen görs enligt de kriterier som har utvecklats inom ramen för reglerna om *condictio indebiti* (se t.ex. ›Skattekontot I NJA 2011 s. 739 p. 7, ›Tryckerimomsen I NJA 2015 s. 1072 p. 12 och 13 och Stefan Lindskog, a. a. s. 840 ff.).¹⁸⁷

Den första meningen i det citerade antyder att mottagaren av beloppet gjort en obehörig vinst. Mottagarens förmögenhet har ökat utan att det finns någon rättsgrund för detta. Ett krav från den rätte borgenären borde därför kunna motiveras med någon variant av läran om obehörig vinst. Högsta domstolen stannar emellertid inte vid detta. I andra meningen sägs att om borgenärens instruktion till gäldenären inte syftade till att åstadkomma en förmögenhetsöverföring, så skall »förmögenheten återföras«. Sådana överföringar förekommer ofta. Antar man exempelvis att borgenären själv är skyldig någon annan pengar, så kan en anvisning om att betala till den som borgenären har en skuld till leda till att borgenärens skuld till mottagaren av gäldenärens överföring utsläcks eller åtminstone minskar. Man kan fråga sig om anvisningen innebär att mottagarens förmögenhet ökar genom överföringen, eftersom den före överföringen motsvarades av en fordran, men det är en fråga som kan skjutas åt sidan här. I domskälen uttalas i samma mening att förmögenheten skall återföras om tredje man tog emot medlen i ond tro. En egentlig återföring kan emellertid bara ske till den som överfört medlen, alltså *gäldenären*. Med detta krav verkar blicken ha flyttats från förhållandet mellan rätte borgenären och den som mottagit det överförda till förhållandet mellan gäldenären och mottagaren av det överförda. Eftersom nästa mening utgår från *borgenärens* rätt mot mottagaren av beloppet, står det emellertid klart att perspektivbytet inte är avsett. Det som måste avses är den egentliga borgenärens överföring till tredje man och att det är den som skall gå åter.

När bedömningen konkret görs i fallet om den egentliga borgenären har ett krav mot mottagaren av beloppet, görs emellertid ingen prövning om beloppet mottagits i god tro. Högsta domstolen konstaterar bara kort att gäldenären betalat med befriande verkan och att en tillgång därigenom överförts till mottagaren utan att detta varit åsyftat. Den rätte borgenären hade därför rätt att rikta krav mot mottagaren motsvarande det överförda beloppet.

¹⁸⁷ NJA 2020 s. 334, Högsta domstolens domskäl, referatet s. 343 (punkten 7).

Utgången i målet är enligt min mening helt riktig, men domskälen och tillämpningen av det som framförs om borgenärens rätt att rikta krav mot tredje man framstår som svåra att förena med något annat än någon form av utgivande av obehörig vinst. Ändå avser de anvisade ställena i det citerade stycket ur domskälen i NJA 2020 s. 334 inrättandekravet i läran om misstagsbetalning. I NJA 2011 s. 739 görs emellertid uttalandet i samband med frågan om den som överfört medlen, »den betalande«, har rätt att få dem åter. Det är alltså inte som i NJA 2020 s. 334 frågan om att *någon annan* skulle framställa ett krav. Detta ställe verkar därför inte utgöra direkt stöd för att en borgenären som instruerat sin gäldenär att betala till annan utan syfte att mottagaren skall få behålla beloppet får rikta ett krav mot mottagaren om att utfå det erhållna beloppet.

Det som sägs om möjligheten för mottagaren att behålla medlen i NJA 2015 s. 1072 i punkten 12 är i stort sett bara ett återgivande av samma tanke som länge varit accepterad, nämligen att mottagaren av beloppet i förhållande till den som överfört dem kan få behålla dem, om beloppet mottagits i befogad god tro och mottagaren därefter i fortsatt befogad god tro inrättat sig efter detta. I punkten 13 införs dock något nytt:

»Utöver de båda nämnda kraven gäller som förutsättning att det vid en övergripande intresseavvägning ska framstå som motiverat att betalaren ska förlora sin återkravs rätt. Vilket av de motstående intressena som förtjänar företräde beror på många faktorer som kan skifta från fall till fall. De förhållanden som ska beaktas vid avvägningen kan också vara andra än de som hänför sig till godtroskravet respektive inrättandekravet.«¹⁸⁸

Uttalandet gäller uttryckligen betalarens förlust av återkravs rätt och avser åtminstone inte uttryckligen frågan om *någon utomståendes rätt* till det överförda värdet.

Rättsfallet NJA 2020 s. 334 har kommenterats utförligt av *Lindskog*. I sin beskrivning av vad Högsta domstolen menar med det stycke i domskälen som citerats ovan, uttalar han följande:

»Det som HD uttalade här skall inte förstås på det sättet, att om [mottagaren av medlen] hade fog för att tro att »betalningen tillkom honom« så slip-

¹⁸⁸ NJA 2015 s. 1072, Högsta domstolens domskäl, referatet s. 1083 (punkten 13).

per han att återbära de mottagna medlen. Den goda tron är i stället den första förutsättningen för att [mottagaren] skall ha gjort ett anpassningsförvärv till medlen enligt läran om *condictio indebiti*.¹⁸⁹

Lindskog tycks alltså enig i ställningstagandet att överföringen borde ses som en misstagsbetalning, där mottagarens intresse av att få behålla beloppet måste vägas mot den egentliga borgenärens intresse av att förmögenhetsökningen hos mottagaren utjämnas. Alla de villkor som uppställts av Högsta domstolen i senare års praxis för att den som mottagit en misstagsbetalning inte skall vara skyldig att återföra beloppet skall alltså vara uppfyllda för att återkravet skall vara uteslutet.¹⁹⁰ Trots att det i fallet var *annan* än den som överfört medlen till mottagaren som framförde kravet, skulle detta alltså ses som ett återkrav, *som om* den egentliga borgenären *själv* misstagit sig och överfört medlen till tredje man. Förklaringen har något av konstruktion över sig, men det får i alla fall Högsta domstolens uttalande att gå ihop.

Ser man allt ur betalningsmottagarens synvinkel, är det kanske också likgiltigt vem som överfört medlen. Mottagaren har fått ett belopp som den inte skall ha och därmed finns en tydlig likhet med misstagsbetalning som kunde ha berättigat att frågan ställdes om mottagaren varit i god tro, om det skett ett inrättande i fortsatt god tro och om den slutliga intresseavvägningen mellan betalarens intresse av att få den felaktiga betalningen åter väger tyngre än mottagarens intresse av att behålla beloppet eller tvärt om. Ett sådant synsätt kräver dock att gäldenärens överföring till fel person ses som en överföring från den egentligt berättigade borgenären och inte från gäldenären. Borgenärens felaktiga betalningsinstruktion skulle då kunna förstås som misstaget som skall beaktas när krav på att utfå beloppet framställs av den egentligt berättigade borge-

189 Lindskog Felaktig betalningsanvisning – några funderingar efter »Tandvårdsstödet« SvJT 2021 s. 655-678, s. 661. Fotnoter har uteslutits.

190 Det är nog detta Lindskog avser med uttrycket *anpassningsförvärv* i det citerade ovan, nämligen resultatet av att mottagaren av beloppet, fastän orättmässigt, anpassat sig på ett sådant sätt att återgång av överföringen rättsligt sett skall vara utesluten. Begreppet används närmast som om det vore självförklaring i artikeln, men är inte annat än till resultatet klart. Förutsättningarna för att anpassningsförvärv skall ha skett, och alltså återkravet uteslutet, framstår inte som helt tydliga. Se vidare Lindskog Betalning s. 942 och framåt (§ 16) om anpassningsförvärv och misstagsbetalning där begreppet också används.

nären mot mottagaren. Vänder man däremot på perspektivet och ser frågan ur den egentliga borgenärens perspektiv, framstår det inte som självklart att mottagarens onda eller goda tro skall beaktas. Borgenären har heller inte överfört några medel till tredje man, utan det är gäldenären som överfört dem. Den förmögenhetsökning som uppstått genom gäldenärens överföring till tredje man bör därmed kunna grunda ett krav som motsvarar vad tredje man mottagit från gäldenären, utan att mottagaren kan försvara sig med att beloppet motogs i god tro. Förklaringen blir enklare om grunden för kravet är att mottagaren gjort en obehörig vinst och resultatet i den konkreta tvisten blir därmed detsamma.

Oavsett om man vill föra NJA 2020 s. 334 till fallen av obehörig vinst eller misstagsbetalning, visar avgörandet att valet av synvinkel och kvalificering av vem som överfört medlen är av betydelse för den rättsliga analysen. På det sättet är avgörandet ett tydligt exempel på att valet mellan obehörig vinst och misstagsbetalning inte alltid är enkelt.

Det finns likheter mellan läran om misstagsbetalning och obehörig vinst och historiskt väller de fram ur samma källflöde. Av den jämförelse som nu gjorts, torde det emellertid stå klart att det finns goda skäl att hålla isär frågor om misstagsbetalning och situationer där obehörig vinst enligt övrig praxis föreligger. Skälen till att de båda lärororna sammanförs är säkerligen att de faktiska situationerna där den ena eller den andra bör tillämpas ibland kan vara svåra att skilja från varandra. Enkelt sammanfattat ger dock reglerna om obehörig vinst svar på frågan om någon har en skyldighet att utge ersättning till annan, medan läran om misstagsbetalning besvarar frågan om en person som mottagit ett belopp har rätt att behålla det erhållna beloppet, trots att det inte fanns någon skyldighet för den som överförde beloppet att göra överföringen. Vid användning av läran om obehörig vinst försöker vi alltså klargöra *om en fordran alls föreligger*, vid *condictio indebiti om borgenären trots allt inte kan kräva åter det penningbelopp som överförts*. Lärororna skaver mot varandra, överlappar i delar, men har olika funktioner och besvarar olika frågor.

6. Från lagregel till obehörig vinst

6.1 Inledning

Förhållandet mellan enskilda lagregler och läran om obehörig vinst utgör en svårighet för den som närmar sig läran. Ibland antyds att det vore möjligt att abstrahera en lära om obehörig vinst ur ett antal lagregler, som samtliga sägs ge uttryck för läran om obehörig vinst. De vaga ansatserna följs sällan av någon närmre beskrivning av hur denna abstraktion från konkreta lagregler till allmän rättsregel skulle ske.¹⁹¹ En antydning om ett induktivt förfarande, eller i vart fall någon form av uttunnad härledning från lagstadgandena, är allt som ges, utöver påståendet att det är möjligt att få en allmän regel att framträda om man utgår från en rad enskilda lagregler. Vilka lagrum som skall stödja den allmänna regeln varierar, men det kan sägas finnas en kärna av lagbestämmelser som oftare anförs än andra. Så framhåller exempelvis *Schultz* att ett sätt att förhålla sig till obehörig vinst är att »rada upp ett antal regler och prejudikat där ett ersättningsanspråk har relaterats till vinst och på induktiv grund argumentera för att dessa olika situationer tillsammans talar för obehörig vinst-principen«. Han nämner därefter regler i handelsbalken, föräldrabalken och växellagen.¹⁹²

En av dem som är mest utförlig i sin uppräkningslista av sådana stadganden är *Håstad*, som i sitt bidrag till festskriften till Bo Madsen nämner flera lagrum

191 Här är *Karlgrens* uttalande i *Obehörig vinst* på s. 27 upplysande när han skriver: »Även i detta avseende söker väl domstolarna i första hand att finna några tidigare föreliggande regler eller rättsgrundsatser att stödja sig på (eller icke komma i konflikt med). Att direkt besluta sig för att utforma en ny och rationell regel i ämnet är man nog i praktiken mindre intresserad av än vad många teoretiker förutsätter. Det går faktiskt i allmänhet icke till så, varmed naturligtvis ej bestrids att en viss rättsutveckling genom självständiga domstolsbeslut förekommer. Att det i förevarande avseende kan finnas avsevärt utrymme för ett självständigt ställningstagande å domstolens sida är uppenbart. – Vägledande kan bli, förutom tillämpningen analogt eller motsättningsvis av de lagbud som förekommer i ämnet, bl. a. 9:7 FB, syftet med vinstregeln: att tillhandahålla en lindrigare påföljd för den på grund av förmögenhetsförskjutningen ersättningskyldige, när denne är godtroende, än skadeståndsansvar och värdeersättningsansvar utgör. Även funktionen att modifiera en alltför långt gående grund för avtals ogiltighet kan [...] vinstinstitutet fylla [...].«

192 *Schultz* *Fs Kleinman* s. 758.

124 som skulle ge uttryck för läran.¹⁹³ Bestämmelserna i 18 kap. 3 § HB, 54 § upphovsrättslagen och den likartade regeln i 9 kap. 58 § patentlagen, 5 kap. 3 § jordabalken, 12 § i lagen om dödförklaring, 65 § köplagen och möjligen även 4 kap. 15 § konkurslagen är enligt Håstads uppräknade alla lagregler om obehörig vinst. Vidare används lagregeln i 9 kap. 7 § föräldrabalken och motsvarande bestämmelse i 1924 års lag om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning, som exempel på regler om värdeersättning. I festskriftsbidragets avslutning skriver Håstad att man så småningom »genom studium av vad lagstiftaren eller HD faktiskt gör – oavsett vilka rättsliga beteckningar som används – [kan] mejsla ut en detaljerad allmän princip om rätt till ersättning för [...] vinst på annans bekostnad utan rättsgrund även i svensk rätt».¹⁹⁴ Förfarandet, att »utmejsla« en allmän princip ur enskilda lagregler och domar får förmodligen förstås som en anvisning om någon form av induktivt förfarande eller en härledning av annat slag, även om det genom att benämna resultatet av förfarandet som en »detaljerad allmän princip« är något oklart om det är fråga om en rättsregel eller bara stöd för en metaregel om obehörig vinst.

Antydningarna om att det skulle vara möjligt att genom härledning eller något liknande förfarande nå fram till en allmän rättsregel om obehörig vinst framförs nog ofta både i skrift och muntligen i föredrag och under seminarier för att det skall finnas anledning att undersöka förutsättningarna för en sådan härledning från lagregel till allmän regel närmare. Materialet för tankeexperimentet är redan givet och målet måste vara att finna det gemensamma i lagreglerna som kan användas för att formulera en allmän regel om obehörig vinst. Undersökningen har emellertid en viktig begränsning, nämligen att resultatet av förfarandet skall bli en rättsregel som kunde tänkas läggas till grund för rättstillämpning och inte bara en allmän princip, som i och för sig kunde sägas ha kommit till uttryck i de enskilda lagbestämmelserna.

6.2 Nyttiga kostnader

Bestämmelsen i 9 kap. 7 § FB hör till de lagrum som ofta brukar nämnas som exempel på en kodifierad regel om obehörig vinst. Föräldrabalkens reglering av underårigas rättshandlande i bestämmelsen är dock noga sett inte en, utan tre

¹⁹³ Håstad Obehörig vinst som allmän rättsgrundsats i svensk rättspraxis, Fs Bo Madsen Köpenhamn 2021 s. 195-207, där lagreglerna behandlas på s. 196-198.

¹⁹⁴ Håstad Obehörig vinst s. 207.

olika regler. Regeln i första stycket går ut på att den underårige bara skall utge den nytta han eller hon haft av det förvärvade. Motpartens förlust är inte del av bedömningen, men bestämmelsen får nog förstås så, att förlusten sätter ett tak för hur stor ersättning som skall utgå; regeln är ju trots allt tänkt att skydda den underårige och skall inte berika motparten. I andra stycket har den underårige vilselett sin motpart om sin ålder, men ersättningen skall ändå inte uppgå till hela vinsten, utan endast till vad som är skäligt. Det får väl förmodas att ersättningen enligt andra stycket inte skall kunna bli lägre än enligt första stycket, då den underårige inte bär skuld till att rättshandlingen inte blir gällande, och att den underåriges nytta utgör golvet för ersättningskyldigheten. Det framgår direkt av andra stycket att motparten i dessa situationer inte har rätt att få mer än sin förlust ersatt. Tredje stycket kan här lämnas åt sidan, då rätt till ersättning förutsätter att den underårigas handlande var brottsligt. Frågan är dock vad som går att föra till en allmän regel om obehörig vinst från detta stadgande.

Enligt 18 kap. 3 § HB skall ersättning utgå till tredje man om det syslomanen gjort utan att det fanns fullmakt som täckte handlingen varit till nytta för huvudmannen. Bestämmelsen är inte helt lätt att tolka, inte minst beroende på lagregelns ålder. Hur ersättningsnivån skall bestämmas framgår inte av bestämmelsen eller av kapitlet i övrigt, men det får nog sägas vara fast uppfattning att det är huvudmannens faktiska nytta som skall omfördelas och inte tredje mans förlust som skall kompenseras. Nyttan sätter därmed ett tak för huvudmannens skyldighet att utge ersättning till tredje man. Huruvida tredje man kan kräva att bli kompenserad för mer än den uppkomna förlusten, alltså om huvudmannen skulle ha gjort en större vinst än den uppkomna förlusten, framstår som osäkert.

Det gemensamma mönster som framträder vid jämförelsen av regeln i 9 kap. 7 § FB och 18 kap. 3 § HB beror givetvis på att de båda har rötterna i den äldre nyttoåterkravsläran som beskrivits ovan i kapitel 3. Reglerna hör till ett äldre skikt av regler om skyldighet att utge uppkommen vinst och de är svåra att förena med det allmänna mönster där det skall finnas en vinst och en förlust som den senare läran om obehörig vinst tycks förutsätta och inte bara en uppkommen nytta.

Bestämmelsen i 5 kap. 3 § JB rör frågor om vissa ersättningar vid återgång av fastighetsköp efter klander. Det är viktigt för förståelsen av regeln att den rör avveckling av ett förhållande mellan en person som faktiskt innehaft en fastighet under en tid, men att det senare genom ett rättsligt förfarande slagits fast att

126 innehavaren inte har rätt att fortsätta inneha fastigheten. Regeln är i grunden ett komplement till 4 kap. 21 § JB som innehåller huvudregeln att köpeskillingen skall återgå och skadestånd utges. I 5 kapitlet regleras sedan andra avvecklingsfrågor. Detta förklarar den lite aviga formuleringen i 5 kap. 1 § JB som 5 kap. 3 § JB hänvisar till, där det sägs att den som fränkänns fastigheten efter klander »dessutom«, alltså med en underförstådd hänvisning till en annan regel om följderna av avvecklingen, skall utge ersättning för avkastning. Enligt 5 kap. 2 § JB har den som avträder fastigheten också skyldighet att ersätta skada på fastigheten. Lagbestämmelsen i 5 kap. 3 § JB står alltså inte isolerad, utan är en form av balansering av förhållandena mellan parterna när andra avvecklingsregler tillämpas. Eftersom klander i anledning av att förvärvet av fastigheten skett från någon som inte hade rätt till den enligt 16 kap. JB kan anföras under så lång tid som tjugo år, även om det nog oftare blir den kortare tiden på tio år som aktualiseras, är det uppenbart att det behövs reglering av frågan. Det som leder tanken i riktning av obehörig vinst är att nyttiga kostnader skall ersättas, medan rätten att få ersättning för nödvändig kostnad påminner om vad som ersätts enligt läran om tjänster utan uppdrag.

Det kan noteras att avkastning enligt 5 kap. 3 § JB bara skall utges för tiden efter det att innehavaren fick kännedom om att annan ägde bättre rätt till egendomen eller stämning delgavs innehavaren. Avkastningsregeln är alltså inte en ren regel om obehörig vinst, för avkastning som fallit i tiden före den i 5 kap. 1 § JB angivna tillkommer ändå innehavaren, utan skyldighet att ersätta rätte ägaren för vinsten. Uttryckt på annat sätt är avkastningen som fallit tidigare inte obehörig, utan har en rättsgrund som gör att innehavaren får behålla den.

Regeln i 5 kap. 3 § JB om rätt för den som avträder jord efter klander att få nödvändig och nyttig kostnad som lagts ned på egendomen ersatt är till sin konstruktion mycket gammal. Den har sin direkta föregångare i vad som gällde enligt 11 kap. 1 § i 1734 års jordabalk och den lite otympliga uppdelningen i nödvändiga och nyttiga kostnader är hämtad därifrån.¹⁹⁵ Av de utgivna förarbetena till 1734 års lag framgår att uttrycket dyker upp första gången i 1697 års

195 Se SOU 1947:38 s. 285. Bestämmelsen i 11 kap. 1 § JB hade följande lydelse i 1734 års lag: Kiöper man jord, hus eller tomt, och klandras thet kiöp; tage tå kiöparen stemning å then, som sålde. Kan thet kiöp värjas; stående thet fast: Kan thet ej; betala tå säljaren thet han upburit hafver, och rätte up allan skada, som kiöparen theraf tagit; gälde ock then, som jorden vinner, all nödig och nyttig förbättring åter.

förslag.¹⁹⁶ Av den dokumentation som finns utgiven av arbetet med äldre jordabalken går inte mer att utläsa än denna tidsföljd och skälen till att regeln formulerades på detta sätt framgår inte. Det framstår dock som troligt att uttrycket lånats från 1686 års testamentsstadga.¹⁹⁷ Den relevanta delen av testamentsstadgan daterad 3 juli 1686 hade följande lydelse, här citerad efter Schmedeman:

»Til thet Tredie. Byrdkiöpt Jord, må man ey heller näste Arfwom och Byrdemannom til förfång bort testamentera, utan thes wärde hwad thet är kiöpt före, såsom ock all byrd kiöpt och ärfd jordz förbättring kan en bortgifwa, lemnandes Byrdemannom laga och wanlig tid til thes inbördande, efter mähismanna ordom, som thet wid samma tid kan pröfwas wärdt wara; börandes eljest mähesmän noga considerera alla godzens willkor, och hwad nödig och nyttig förbättring på ett godz använd är. Skulle en eller annan för sin lust hafwa något påkostat en Gård och Godz, och Mähesmän thet för onödigt skatta, och ey wilja så wärdera som honom åtnöyer, må then som rätt ther til hafwer, sådant afföra, eller ther med giöra hwad han behagar.«

I stadgan finns inte någon direkt regel om rätt till ersättning för »nödig och nyttig kostnad«, men det är tydligt att värderingsmännen skulle ta hänsyn till »nödig och nyttig förbättring« av jordegendomen. Det är värt att notera att fastän stadgan där regeln finns rör testamenten, så gäller regeln just återgång av fastighet.

Slutet av regeln i 1686 års stadga ger ännu en ledtråd om vilken förebild som använts när texten formulerades. Det är fråga om en tredje kategori nedlagda

¹⁹⁶ Utgår man från *Sjögrens* utgåva *Förarbetena till Sveriges rikes lag*, Bd IV Uppsala 1902, s. 245f, introduceras regeln i 11 kap. 1 § i 1697 års förslag till jordabalk. Av regeln framgår att den som inte lyckas visa sin rätt till fastigheten måste lämna ifrån sig den till rätte ägaren, men den som innehaft jorden har rätt att få betalt för »all nyttig och nödig förbättring, hwilken söke sedan sine penningar igen af honom som ohemult sålt hafwer«.

¹⁹⁷ Se *Holmbäck Om klander i jordafång och om hemul*, Fs 1734 års lag Bd II s.218-249, s. 229 fotnot 1: »Regeln om ersättning för kostnader på fast egendom, vilken fränkännes innehavaren genom klander, kom in genom 1655 års reduktionsstadga [...]. Därefter talas i 3 § av 1686 års testamentsstadga om nödig och nyttig förbättring, vilka ord sedermera, tydligen från testamentsstadgan, kommo in i 1697 års förslag till jordabalk.«

128 kostnader, men som inte ersätts, nämligen de som lagts på gård eller gods för lusts skull, och alltså inte varit vare sig nödvändiga eller ens nyttiga. Genom denna tredelning framträder slutligen förebilden i det romerskrättsliga textstället i D. 50.16.79. Digestatiteln har rubriken *De verborum significatione* och innehåller till stor del definitioner och ordförklaringar. På detta ställe beskrivs vad som menas med *impensæ necessariae*, med vilket menas nedlagda kostnader utan vilka ett föremål helt gått till spillo eller allvarligt försämrats, nyttiga kostnader, *utiles impensas*, med vilket menas sådana som gör ett föremål bättre, men inte sådana som bara förhindrar att föremålet skulle försämrats. Slutligen nämns även *impensæ voluptariae*, som är kostnader som lagts ner för att försköna eller på annat sätt göra något vackrare, utan att för den sakens skull öka föremålets avkastningsförmåga eller nytta. Svaret på frågan hur detta digestaställe kunnat leta sig in i den svenska 1600-talslagstiftningen ligger i den syn på vad som var auktoritativa eller åtminstone beaktansvärda källor under 1600-talet. Lagstiftningen om testamenten var otydlig och splittrad, vilket ofta skapade rättstvister. *Bergman* skriver följande om rättstillståndet:

»Gammal praxis« – som emellertid icke alltid visar sig vara så gammal – hade visserligen kompletterat de torftiga lagbestämmelserna, men denna praxis står på viktiga punkter också i strid med lagen. Med denna motsättning låta emellertid icke de »lärda« domstolarna sig nöja, och följderna blir en osäkerhet i rättsskipningen, som gynnar uppkomsten av rättegångar och t. o. m. av ohemula försök från testatorers sida. Denna osäkerhet ökas väsentligen genom den tidvis starka benägenheten hos hovrätterna att taga intryck av romersk rätt och i denna riktning tolka våra rättsregler, advokaterna söka ofta stöda en efter svensk rätt hopplös sak genom romerskrättslig argumentation och finna däri en ursäkt för sitt underblåsande av huvudmannens processlystnad.«¹⁹⁸

198 *Bergman* Testamentet i 1600-talets rättsbildning, Lunds universitets årskrift 1918, första avdelningen nr 8, s. 16 f. Se även *Holmbäck* Om 1686 års testamentsstadga, Stockholm 1916, s. 10. I Göta hovrätts avgöranden under perioden citeras inte sällan romersk rätt och olika utländska författares uppfattningar utförligt. Detta skedde i sådan omfattning, att domstolen tillrättavisades i ett kungligt brev daterat 5 oktober 1683. Domstolen anbefalldes i brevet att i »Edert dömande hålle Eder wid Sweriges Lag, Stadgar, Afhandlingar och Beslut, samt gode laglige bruk och sedwahnor, och intet wid främmande Lagar och Språk, them I hädanefter uti Edre Dommar och Förklaringar intet anföra

Hovrätternas dömande fick stort inflytande på lagstiftningen och utarbetandet av testamentsstadgan föregicks av att Svea hovrätt, Göta hovrätt och Åbo hovrätt fick möjlighet att besvara hur vissa frågor avgjordes. På detta sätt flyter romersk rätt in i svensk rätt och en ordförklaring läggs till grund för en regel i 1686 års testamentsstadga som under utarbetandet av jordabalken i 1734 års lag i sin tur får vara förebild för en regel om avräkning vid återgång av jord efter klander.

När man väl avtäckat denna serie av lån, är det svårt att hålla fast vid påståendet att regeln i 5 kap. 3 § i nu gällande jordabalk skulle ha med obehörig vinst att göra. Lagregeln framstår närmast som en praktisk avräkningsregel vid avveckling, utan någon anknytning till metanormen obehörig vinst eller liknande tankar. Det går givetvis att *bara efter orden* tolka detta som ett uttryck för läran om obehörig vinst, men då måste man tillskriva lagstiftaren vid tillkomsten av 1734 års lag en sådan avsikt, helt utan stöd i de historiska källorna. Eftersom läran om obehörig vinst som vi känner den är fullt utvecklad som tidigast i mitten av 1800-talet, är det därtill anakronistiskt att påstå att regeln skulle ge uttryck för läran. Till sitt *ursprung* tycks regeln alltså inte ha något med institutet att skaffa. Det som återstår är att i ordet *nytta* inläsa uttryck för en hel lära som säkerligen aldrig föresvävade lagstiftaren.¹⁹⁹

I 12 § i lagen (2005:130) om dödförklaring regleras verkningarna av att en person som dödförklarats lever eller visar sig ha levat längre än antaget vid dödförklaringen. Bestämmelsen fanns tidigare i 25 kap. 7 § ärvdabalken.²⁰⁰ Ytterst går regeln tillbaka på förordning nr 91 den 27 november 1854 huru förhållas bör med egendom, som tillhört den, hwilken längre tid varit borta, utan att måge«. En mildare, men i sak lika tydlig påminnelse om att hålla sig till svenska rättskällor fick även Svea hovrätt i brev den 14 november 1684. Båda breven återges hos Schmedemann.

199 Frågan är om inte regelns historiska kärna kunde sägas vara att skilja sådana kostnader som innehavaren haft och som inte ens är nyttiga och sådana som varit till nytta eller till och med varit nödvändiga från varandra, inte att skilja nödvändiga och nyttiga kostnader åt. Den underförstådda regeln, att kostnader som varit varken nödvändiga eller nyttiga inte ersätts, är därmed den huvudsakliga. Den innehavare som lagt ner kostnaden för att åstadkomma sådant som kan sägas vara till nytta även för annan skall ersättas, medan det som bara innehavaren själv ansett lämpligt att göra inte skall ersättas vid återgången. Frånvaron av rätt att få varje kostnad ersatt kan ses som bestämmelsens kärna.
200 Se SOU 1998:110 s. 366 och proposition 2004/05:88 s. 23.

låta höra af sig, med i denna del samma innehåll.²⁰¹ I tredje stycket i 12 § i lagen om dödförklaring stadgas att nödvändig kostnad för egendomen skall ersättas av den dödförklarade om egendomen återbärs och att även nyttig kostnad skall ersättas om kostnaden uppkom innan innehavaren fick kännedom om den andres bättre rätt eller delgavs stämning. Det är alltså fråga om samma konstruktion som i 5 kap. 3 § JB. Förordningen från 1854 utformades med utgångspunkt i ett förslag som lades fram inom ramen för att utarbeta en ny civillag som var tänkt att ersätta 1734 års lag. Arbetet ledde inte till att någon ny civillag antogs, men till flera delreformer, varav alltså denna förordning är en. I lagkommissionens motiv till ny ärvdabalk hänvisas öppet till reglerna i förslaget till ny jordabalk där en regel som nära motsvarar den som gäller även idag beskrivs.²⁰² I grunden är det fråga om samma regel, som vandrat fram och tillbaka mellan familjerättsliga och fastighetsrättsliga författningar.²⁰³ Detta är mindre märkligt än vad det möjligen kan framstå för en nutida läsare. Vid bodelningar och arvskiften var ofta fastigheter viktiga och återgång av redan genomförda bodelningar och återgång av fastighet på grund av att säljaren inte ägde den uppkom därför på båda områdena. Redan regelns ålder och likheten med den fastighetsrättsliga regeln i 5 kap. 3 § JB gör dock att det föreligger stora svårigheter att fästa beteckningen obehörig vinst på rätten att göra avdrag för nödvändiga och nyttiga kostnader. Ett gammalt tankegodt har bara fått ännu ett uttryck.

Slutligen skall även regeln i 2 kap 13 § handelsbolagslagen nämnas. Enligt bestämmelsen är en bolagsman som haft »nödvändig eller nyttig kostnad för bolagets räkning» berättigad till ränta på sin fordran från den dag då fordring-

201 Bestämmelsen i § 7 i 1854 års förordning om dödförklaringar hade följande lydelse: »Den, som skall egendom afträda [...] ware ock skyldig att gälda ränta eller afkomst, som af egendomen fallit, der han ej i god tro war, när han den tillträdde: War han då i god tro, gälde ej ränta eller afkomst för längre tid, än sedan talan, i fall som i 6 § sägs [då den dödförklarade dött vid annan tidpunkt än beslutet om dödförklaring utgick från], af rätte arfwingen instämdes, eller innehafwaren, i fall som i 5 § sägs [då personen senare visar sig fortsatt vara vid liv], weta fick, att den för död ansedde fanns wid lif; dock njute han ersättning för all nödig och nyttig kostnad, som han å egendomen nedlagt.»

202 Se Förslag till Giftermåls-Balk, Ärfda-Balk, Jorda-Balk och Byggnings-Balk, Stockholm 1847, motiv till ärvdabalken 3 kapitlet s. 26.

203 Se *Håstad* Tjänster utan uppdrag s. 84.

en uppkom.²⁰⁴ En motsvarande bestämmelse fanns redan i 14 § i den tidigare lagen (1895:64 s. 1) om handelsbolag och enkla bolag. Formuleringen *nödvändig och nyttig kostnad* skapar osäkerhet om vad som avses. I det förslag där ett utkast till lagen lades fram, finns redan denna regel. I förslaget motiveras regeln på följande sättet:

»Till undvikande af missförstånd bör här erinras, att det ingalunda kan anses såsom en undantagslös regel att bolagsman bekommer fordran för hvarje utgift, som han för bolagets räkning vidkänts; utan lärer frågan, huruvida fordringsrätt verkligen uppkommit, få i hvarje särskildt fall prövas efter de föreliggande omständigheterna. Att i lagen angifva de principer, som dervid skola tillämpas, vidare än att utgiften i hvarje händelse skall vara nödig eller nyttig, synes dock svårigen utan alltför stor vidlyftighet låta sig göra.«²⁰⁵

Någon djupare avsikt än att uttrycka tanken, att varje kostnad som en bolagsman haft för bolagets räkning inte kan få göras gällande mot bolaget, går inte att spåra i detta uttalande. Det är bara en praktisk regel om ränteberäkning. Det ligger nära till hands att tro att det rör sig om ett återbruk av vändningen *nödvändig eller nyttig kostnad*, som redan fanns på flera andra ställen i lagstiftningen, utan djupare avsikt än denna begränsning.

6.3 Växelrätten

En regel som med visst fog kan sägas ge uttryck för läran om obehörig vinst är 74 § växellagen liksom motsvarande regel i 57 § checklagen. Växlar hade stor användning tidigare, men med utvecklingen av olika finansieringsmodeller för kommersiella köp har användningen nästan helt upphört i Sverige och övriga Norden. Växelansvaret är abstrakt och håller sig i huvudsak inom sitt eget system. Bestämmelsen i 74 § växellagen bryter dock delvis igenom ansvaret och ger växelnehavaren en möjlighet att kräva växelgäldenären på ersättning fastän växeln inte längre formellt kan utgöra grund för kravet. För att förstå regeln krävs en beskrivning av växelns funktion och hur en obehörig vinst skulle kunna uppstå.

²⁰⁴ Se angående bestämmelsen *Lindskog* Lagen om handelsbolag och enkla bolag, 3 upplagan Stockholm 2019 s. 360 och särskilt fotnot 1157.«

²⁰⁵ Förslag till lagar om enkla bolag och handelsbolag, om aktiebolag samt om föreningar för ekonomisk verksamhet m.m, Stockholm 1890 s. 81.

Utställaren av en växel (*trassenten*) anger i växeln vem som skall betala (*trassaten*). Genom att växelbetalaren accepterar sin betalningsskyldighet kallas trassaten därefter också *acceptant*. Den som skall ta emot betalningen är dock inte utställaren, utan en tredje part som kallas *remittent*. Mellan remittenten och den som ställt ut växeln finns ett *valutaförhållande* som uppkommit genom att remittenten betalar för att få stå som remittent. Bakom detta kreditarrangemang finns vanligen ett vanligt köp på kredit. Utställaren är då säljaren och trassaten är köparen. Säljaren ser till att köparen accepterar växeln och därmed åtar sig köparen ett strängt betalningsansvar för växelbeloppet enligt växellagens regler. Ännu har alltså ingen betalning skett, men utställaren söker nu någon som vill finansiera försäljningen. I dessa enkla fall av varuväxel är realiteten att remittenten köper den accepterade växeln av utställaren. Säljaren får alltså betalt för varan av remittenten, vilket kallas att växeln *diskonteras*. Vanligtvis är växelns belopp högre än den betalning säljaren får och växeln löper ofta inte med någon ränta.

Remittenten kan välja att överlåta fordringen till någon annan. Växeln förses då med påskrifter för att visa att den är överlåten, så kallade *indossament*. Det är på detta sätt möjligt att bilda en kedja av överlåtare och förvärvare. Den sista innehavaren i kedjan och som innehar själva växeln kan kräva köparen (*trassaten*) på betalning under de villkor som anges i växeln. Skulle köparen inte kunna betala, kan sista innehavaren kräva vem som helst i kedjan fram till första remittenten på betalning för det som saknas. Eftersom varje överlåtare i kedjan normalt överlåtit växeln mot betalning, innebär en senare innehavares krav att ett regressanspråk uppkommer. Detta kan riktas mot tidigare innehavare i kedjan, men inte senare. Det finns alltså en risk för att den som innehaft en växel och sedan överlåtit den själv kan komma att bli krävd på betalning av senare innehavare. För att denna risk inte skall bli för tyngande, innehåller växellagen stränga regler för att hålla växeln vid liv och regler om uppvisande av växeln. Följs inte dessa regler, förfaller rätten att framställa krav med stöd av växeln.

Det är viktigt för förståelsen av växelrätten att *preskription* och *prejudicering* hålls isär. En växel *preskriberas* enligt huvudregeln i 70 § växellagen efter tre år räknat från växelns förfallodag. Preskriptionen kan avbrytas på de sätt som anges i 71 §. Växelpreskriptionen kan inte som enligt de allmänna preskriptionsreglerna avbrytas bara genom att gäldenären får en skriftlig påminnelse eller genom att gäldenären själv erkänner skulden, utan delgivning om stämning, åberopande av växeln till kvittning vid domstol, bevakning av växelfordringen

i konkurs och anmälade under pågående ackordsförhandling utan konkurs är de sätt som preskriptionen kan avbrytas på.²⁰⁶ *Prejudicering* inträder när växelnehavaren underlåtit att vidta vissa i växellagen angivna åtgärder. Har växelnehavaren exempelvis inte visat upp växeln till rätt person och inom viss tid enligt lagen, kan rätten att framställa krav bortfalla enligt 53 § växellagen. På motsvarande sätt kan växeln enligt samma lagrum prejudiceras om inte växelnehavaren framför en protest att trassaten inte accepterat växeln eller om någon som har skyldighet att infria växeln vägrat att göra det. Växelnehavaren har enligt 44 § växellagen skyldighet att med hjälp av en offentlig myndighet upprätta en handling som styrker dessa förhållanden. Denna handling kallas *protest*. Upptar inte växelnehavaren sådan protest, är växeln prejudicerad enligt 53 § växellagen. *Prejudicering* kan alltså ske i många sinsemellan mycket olika situationer.

Bestämmelsen i 74 § växellagen är tänkt att motverka effekterna av att växelnehavaren inte längre kan få betalt beroende på att växelrätten preskriberats eller prejudicerats. Enligt bestämmelsen kan växelnehavaren kräva växelgäldenären på ersättning för »vad denne till fordringsägarens skada skulle vinna, där fordringen förfölle«. Vem som skall anses vara »växelgäldenär« i regelns mening är emellertid inte en självklarhet eller vad som skall förstås med vinst eller skada. Nu gällande lagbestämmelse i 74 § växellagen är en rak överföring av 93 § i 1880 års lag i samma ämne och lydelsen är om man bortser från stavningsförändringar helt identisk i de två lagarna. Ur uttalandena i SOU 1931:14 finns egentligen inget att hämta i frågan om utformningen av bestämmelsen, annat än att de lagbestämmelser som redan gällde i de nordiska växellagarna var förenliga med den gemensamma växelkonventionen.²⁰⁷ Inget i texten i betänkandet ger någon antydning om det slagfält som frågan om den närmare ut-

²⁰⁶ Det finns särskilda regler för avbrytande av preskription i utlandet i 71 § 2 st. växellagen, men de förbigås här.

²⁰⁷ Se SOU 1931:14 s. 109 f. Enligt 1930 års Genèvekonvention om gemensam växellag bilaga II artiklarna 15 och 16 hade de fördragsslutande staterna givits möjlighet att i den nationella lagstiftningen ställa upp regler om växelutställarens skyldighet att prestera täckning och om växelnehavaren skulle ha särskild rätt till lämnad täckning. Det kan noteras att i översättningen av originalkonventionens uttryck »se serait enrichi injustement« används uttrycket »gjort en obehörig vinst«. Se betänkandet där originaltexten återges på s. 200 med den svenska översättningen på motstående sida.

134 formningen av regeln varit lite drygt femtio år tidigare. Förarbetena till 1880 års lag ger däremot bättre upplysningar om vad som avses i nu gällande regel.

Det som skulle komma att bli 1880 års gemensamma nordiska växellag byggdes på redan befintliga växellagar i Sverige, Norge och Danmark. Avsikten med hela lagstiftningsprojektet var att lösa praktiska problem i handeln mellan länderna. Det fanns även en önskan att gå längre i samordningen med den tyska växelrätten.²⁰⁸ Just när det gällde frågan om växel innehavarens möjlighet att rikta anspråk mot annan, även om växeln preskriberats eller prejudicerats, kom det utarbetade förslaget som lades fram 1878 att ligga närmre den danska lagstiftningen i ämnet. Tanken i den danska regleringen var att om växeln preskriberades, så skulle växeln upphöra att gälla som växel. Verkan var därtill att växeln inte heller skulle kunna återopas som skuldebrev. Med växelpreskriptionen föll alla växelns verkningar bort och ingen rätt kunde alltså grundas på själva handlingen. När växel innehavaren inte vidtagit vissa andra åtgärder för att hålla kravrätten vid liv, alltså sådana som innebar att växeln prejudicerades, kunde den däremot göras gällande under vissa förutsättningar, men bara mot en snäv krets personer. I anslutning till tidigare regler i dansk-norsk rätt föreskrevs i förslaget att växeln skulle behålla sin verkan som skuldebrev mot trassenten och i vissa avgränsade fall även mot växelacceptanten. Kunde trassenten eller acceptanten göra antagligt att den lidit förlust till följd av att växeln prejudicerades, bortföll emellertid växel innehavarens krav mot dessa. I de svenska förarbetena beskrivs regeln på följande sätt vad gäller just behovet av att ha en mer abstrakt regel:

»Det torde af ofvanstående framgå, att utkastets § 93 helt visst i hufvudsak skall leda till liknande resultat med det motsvarande tyska och svenska lagrummet.²⁰⁹ Om man det oaktadt vid §:ns affattning ej närmare slutit

208 Se inledningen till Utkast til Vexellag samt Motiv till detsamma, Köpenhamn 1878 med tillhörande svenska motiv med tryckort Stockholm (1878 års svenska förslag).

209 Den svenska regel som avses är 96 § i 1851 års växellag och som hade följande lydelse: Har vexel innehavare förlorat talan efter vaxelrätt, förty att han uraktlåtit något, som i denna lag vid sådant äfventyr föreskrifvet finnes; stående honom dock öppet att fordran, såsom i vanligt skuldfordringsmål, utsöka hos den vaxelgäldenär, som ej handlat i god tro, eller som, der fordringen förfölle, skulle göra en vinst till fordringsegarens skada.

sig till sistnämnda lagar, så har det skett, dels emedan bevisningsskyldigheten näppeligen i någondera blifvit riktigt ordnad för det viktigaste fallet — i förhållande till trassenten vid den prejudicierade vexeln —, dels emedan i den tyska lagen indossanternas behandling synes mindre tillfredsställande, dels och framför allt därför, att den s. k. Bereicherungsklage för den dansk-norska lagtillämpningen skulle vara ett temligen främmande begrepp, som, enligt komiterades förmenande, komme att vålla svårigheter, hvaremot nuvarande bepröfvade lagtexter tyckas dana en bättre grundval för en blifvande lag. Och öfver hufvud äro de förhållanden, som härvidlag måste tagas i betraktande, af så olikartadt slag, att man befarat att göra mer skada än gagn genom att inlåta sig derpå vidare, än i utkastet skett.»²¹⁰

Den dansk-norsk-svenska kommitté som stod bakom förslaget ville alltså i grunden behålla en mer konkret regel huvudsakligen för att undvika att sinsemellan mycket olika fall fördes samman under en abstrakt regel, där det kunde befaras att det skulle bli oklart både mot vem krav kunde riktas och hur stort det uppkomna kravet var. Förslaget möttes emellertid av kritik som bland annat gick ut på att det inte fanns någon i »förhållandenas natur liggande olikhet« mellan att växeln preskriberats eller prejudicerats vad gällde rätten för växel-innehavaren söka ersättning för den förlust som uppkommit genom att växeln inte längre kunde göras gällande.²¹¹ I den slutliga lagbestämmelsen sammanfördes fallen i en mer abstrakt regel, och utan de preciseringar som fanns enligt de tidigare gällande växellagarna. Genom detta kapslades motsättningen mellan de olika uppfattningarna in, utan att egentligen upplösas. Det är dock inte utan att man från de olika nationella utgångspunkterna läste in en fortsättning på det som gällt tidigare.²¹²

²¹⁰ 1878 års svenska förslag spalt 110. Jfr motsvarande passage i de danskspråkiga förarbetena spalt 103 med nästan helt identiskt innehåll bortsett från en hänvisning till *Thöl Das Wechselrecht*, Götting 1847 och det resonemang som där förs om rätten att intervensera på s. 380 och framåt.

²¹¹ NJA II 1880 Nr 3 s. 133, där Högsta domstolens invändningar (Lagrådet skapas först 1909) mot den föreslagna regeln återges.

²¹² Jfr Danska udkast 1879 spalt XVII: »Den i Forslaget saaledes indsatte § 93 aabner saavel ved den præskriberede som ved den præjudicerede Vexel Adgang for et Berigelsessøgmaal«. Det er i Motiverne til det tidligere Udkast udtalt, at man ikke var tilbøjelig til udtrykkelig at opstille et saadant for den danske og

I en tidigare generation rättsvetare uttrycks återkommande tvivel på att 74 § växellagen skulle ge uttryck för någon allmän regel om obehörig vinst, även om det fanns röster för den motsatta uppfattningen. Genomgående framhålls regelns särskilda anknytning till växelrätten och att den utformning regeln fick i de nordiska lagarna inte överensstämde med förlagan i den tyska lagstiftningen.²¹³ I den sista av de många undersökningarna som gjorts av 74 § växellagen, konstaterar *Agell* följande i frågan:

»Stadgandet har uppfattats som det första säkra tecknet på ett accepterande av principen om obehörig vinst i svensk rätt. Tydligt är dock att de problem, som uppstår vid tillämpningen, inte kan lösas utifrån någon allmän princip utan att lagrummet måste behandlas med hänsyn till sina egna förutsättningar, vad detta nu kan innebära. Att utreda hur därmed förhåller sig är huvuduppgiften för detta arbete.«²¹⁴

Lagstiftningshistorien bakom bestämmelsen i 74 § växellagen och de uppfattningar som uttryckts om bestämmelsen visar alltså med tydlighet att det inte är fråga om någon enkel regel om obehörig vinst, utan en särregel för särskilda fall som tar färg av att kravet uppkommer till följd av att en växel utfärdats men av olika skäl inte längre kan göras gällande enligt växellagens regler. Växellagens regel om obehörig vinst framstår därmed som ett särfall anpassat efter förutsättningar som knappast kan tänkas bort och som gör att inte heller denna regel direkt kan användas för att sluta sig till en allmän regel om obehörig vinst.

6.4 Skälig ersättning och tariffer

I 54 § upphovsrättslagen finns regler om ersättning då någon utnyttjat ett verk

norske Lovanvendelse temmelig fremmed Begreb. Det maa imidlertid paa den anden Side indrømmes, at, om end de hertil sigtende Udtryk neppe forekomme i tidligere Love, er Tingen selv dog neppe ukjendt hverken for de danske eller de norske Domstole, og ialfald finde vi, at Billighed oftere vil kræve Anerkjendelsen af et saadant Grundlag for en Fordring, hvorfor dets udtrykkelige Oppstilling i nærværende Tilfælde kan være et nyttigt Skridt.

213 Se tydligt i denna riktning *Stub Holmboe* Veksellovens § 74: Valuta eller frigjørelse, TfR 1943 s. 465-503, som på s. 493 skriver: »[D]et er på det rene [...] at de nordiske lover bare har hentet selve idéen til berikelseskrav fra den tyske lov, men har gitt kravet sin selvstendige utforming.«

214 *Agell* Växel, check och materiell fordran, Stockholm 1971 s. 16.

som skyddas av upphovsrättslagens regler utan att ha lov till det eller i strid med föreskrifter i upphovsmannens testamente av det slag som regleras i 41 § 2 st. upphovsrättslagen. Snarlika regler finns även i 58 § patentlagen (1967:837) och 8 kap. 4 § varumärkeslagen (2010:1877). Likhetera beror till största delen på att reglerna går tillbaka på det så kallade sanktionsdirektivet 2004/48/EG. I det följande kommer tyngdpunkten i beskrivningen att läggas på upphovsrättslagens bestämmelse, men resonemangen kan utan egentliga hinder föras över på övriga regler som bygger på sanktionsdirektivet.

Enligt 54 § 1 st. upphovsrättslagen skall skälig ersättning för utnyttjandet betalas till upphovsmannen eller hans eller hennes rättsinnehavare. I förarbetena till bestämmelserna uttalar att ersättningen bör bestämmas »efter gällande tariffer, kollektivöverenskommelser o. dyl. eller efter eljest inom branschen gängse grunder».²¹⁵ Av förarbetena framgår att det inte vid tillämpning av regeln skall komma ifråga att beakta om upphovsrättshavaren gjort en verklig förlust. Skäligt vederlag skall alltid utgå vid överträdelser som omfattas av 54 § 1 st. upphovsrättslagen, eftersom den som nyttjat verket annars skulle kunna komma i bättre läge än den som följer lagens bestämmelser som gör nyttjandet tillåtet.²¹⁶ Detta sätt att bestämma vad som utgör skälig ersättning gör att lagregeln snarare blir »en mekaniskt verkande vederlagsregel» än en regel som syftar till att ersätta faktiskt uppkommen skada.²¹⁷

När det saknas tariffer eller liknande stöd för vad som skall utgöra skälig ersättning, kan ersättningen vid upphovsrättsintrång fastställas av domstolen efter vad som framstår som skäligt, vilket var vad som gjordes i NJA 2002 s. 178. På vissa områden kan på förhand fastställda ersättningsnormer också helt saknas. Så är exempelvis fallet vid varumärkesintrång som omfattas av 8 kap. 4 § varumärkeslagen. Även enligt denna bestämmelse skall den som utan uppsåt eller oaktsamhet gör varumärkesintrång utge ersättning för utnyttjandet i den utsträckning det är skäligt. I avsaknad av fasta ersättningsnormer, skulle det vara tänkbart att ersättningen istället fastställdes efter den nivå som parterna kunnat enas om vid en frivillig upplåtelse av en licens för användningen. Emellertid är förhållandena på varumärkesrättens område sådana att varumärket inte sällan upplåts som en del av ett paket av andra rättigheter och know-how,

²¹⁵ Se proposition 1960:17 s. 290 och SOU 1956:25 s. 429.

²¹⁶ Se proposition 1960:17 s. 290 och SOU 1956:25 s. 429 f.

²¹⁷ *Eltell & Radetzki* Skadeståndsbedomning vid intrång i upphovsrätt NIR 2005 s. 225-255, s. 227.

138 där inte nödvändigtvis varje del i paketet har ett i avtalet angivet enskilt pris.²¹⁸ Antaganden i efterhand om hur parterna skulle ha avtalat och vilka omständigheter de konkret skulle ha vägt in i sina förhandlingar är därtill ofta svåra att förankra i fakta. Slutresultatet av sådana tankeexperiment leder sällan till annat än att ersättningen sätts skönsmässigt och lagtextens anvisningen att ersättningen skall vara skälig är inte så hjälpsam.²¹⁹

Regeln i 54 § 1 st. upphovsrättslagen kompletteras av en regel i andra stycket som anger att om det otillättna nyttjandet skett uppsåtligt eller av oaktsamhet, så skall ersättning betalas även för den ytterligare skada som intrånget eller överträdelsen har medfört. Medan första stycket ger rätt till en standardiserad ersättning som alltid skall utgå vid intrång i rättigheten, ger andra stycket grund för ersättning för den skada som rättighetshavaren åsamkats. Lagtexten är delvis missvisande, när det sägs att ytterligare skada som intrånget eller överträdelsen har medfört skall ersättas, eftersom uppkommen skada inte annat än i formell mening är måttstocken för ersättningen enligt första stycket. Det bör också noteras att begreppet skada i denna del av lagregeln omfattar både ekonomiska och ideella skador.

Bestämmelsen i 54 § 2 st. upphovsrättslagen fick sin nuvarande lydelse genom en lagändring som trädde ikraft 2009 och bygger på sanktionsdirektivet. Trots att det rör sig om en harmonisering av regelverket med övriga EU-länder, var det enligt förarbetena i huvudsak fråga om förtydliganden och klargöranden och inte ändringar i sak, även om sådana förändringar också gjordes.²²⁰ Exempelvis ersattes rekvisitet »lidande och annat förfång« med »ideell skada«, utan att avsikten var att förändra regelns innehåll.²²¹ Angående den sista punk-

218 Se *Pehrson* Ersättning och skadestånd vid varumärkesintrång, Fs Levin Stockholm 2008 s. 449-486, s. 468.

219 Se genomgången hos *Pehrson* a. a. s. 468-470 av några av de hänsyn som kan beaktas vid ersättningsbestämningen.

220 Kritiska synpunkter på hur sanktionsdirektivet omsatts i svensk rätt framförs av *Bernitz* Om rätt till ersättning för obehörig vinst – särskilt i europarättsligt och immaterialrättsliga perspektiv, Fs Lennander Stockholm 2010 s. 15-25, särskilt på s 22-24.

221 Se proposition 2008/09:67 s. 271. På samma ställe sägs också, som en inskjuten reservation, att vad som menas med ideell skada i slutändan kommer att påverkas av EU-domstolens bedömningar, eftersom lagändringen till stor del bygger på direktiv 2004/48/EG (sanktionsdirektivet).

ten i uppräknigen av faktorer som särskilt skall beaktas vid bestämmandet av ersättningen, nämligen upphovsmannens eller rättsinnehavarens intresse av att intrång inte begås, framhålls i förarbetena att det inte är fråga om någon form av straffskadestånd och att normen fortsatt är ersättning för skada:

»Utgångspunkten är fortfarande att upphovsmannen endast kan få ersättning för den skada han eller hon har lidit. Precis som på det industriella rättsskyddets område syftar regeln däremot till att klargöra att skadeståndet inte ska vara så lågt att det blir mer ekonomiskt lönsamt att begå intrång än att göra rätt för sig.«²²²

Det kan noteras att de faktorer som nämns för ersättningsberäkningen inte är uttömmande och att den vinst som den som har begått intrånget eller överträdelsen har gjort bara är en av flera faktorer som skall beaktas då rätten till ersättning skall bestämmas. Det framstår alltså inte heller i denna del av lagregeln vara fråga om en rak omfördelning av vinst eller kompensation av förlust, utan ersättningsberäkningen är mer sammansatt.

Det finns alltså flera svårigheter med att lägga lagregeln i 54 § upphovsrättslagen till grund för en härledning av en allmän regel om obehörig vinst. Ett val måste också ske mellan styckena, eftersom regelkonstruktionen är olika i första och andra stycket. Inget av styckena framstår som omedelbara uttryck för en lära om obehörig vinst, där det första innehåller en »en mekaniskt verkande vederlagsregel«, där vinst och förlust vanligtvis inte är ett tema vid bestämningen av ersättningsnivån, och det andra visserligen ger den omständigheten att upphovsrättshavaren gått miste om en vinst och att den som har begått intrånget eller överträdelsen har gjort en vinst betydelse, men bara som två av flera faktorer som skall beaktas vid bestämningen av ersättnings omfattning utöver den som skall utgå enligt första stycket.

Ett liknande problem föreligger även när regeln i 8 kap. 4 § varumärkeslagen analyseras. Andra stycket ger uttryck för samma typ av regel som 54 § 1 st. upphovsrättslagen, men beroende på andra faktiska förhållanden, får ersättningsbestämningen gärna karaktären av att vara en efter allmän rimlighet bestämd ersättning utan omedelbar koppling till den vinst den som gjort sig skyldig till varumärkesintrånget uppnått eller den skada som uppkommit genom intrånget. Till följd av harmoniseringen med sanktionsdirektivet är också regelkonstruktionen densamma i 8 kap. 4 § 1 st. varumärkeslagen och 54 § 2 st.

²²² Se proposition 2008/09:67 s. 272.

140 upphovsrättslagen, vilket gör att samma svårigheter att se regeln som ett enkelt uttryck för obehörig vinst föreligger. Som bäst kan det sägas vara ett delmoment i en regel som också innehåller andra bedömningsteman.²²³

6.5 Sammanfattning

Det hade givetvis varit möjligt att gå igenom alla lagregler som av någon eller några författare lagts till den grupp av lagrum som skulle utgöra basen för en härledning av en allmän lära om obehörig vinst och mer ingående studera i vilken mån det finns inslag av obehörig vinst i andra bestämmelser. Redan vid den genomgång som nu gjorts av några av de lagregler som ofta brukar anföras, framträder en svårighet som har att göra med det brokig underlaget. I någon regel är mottagarens nytta central, i en annan mottagarens vinst, ibland kopplas vinst och förlust samman, ibland är vinsten taket för ersättningsskyldigheten medan förlusten i andra är begränsningen för ersättningsskyldigheten. Utifrån sådana förutsättningar är en formell induktion helt utesluten, eftersom en induktion måste ske från samtliga lagregler som skall grunda regeln. Det är alltså inte tillåtet i en sådan logisk operation att ta lite från en regel, lite från en annan, bortse från element i en där man redan använt ett moment för att sedan plocka in annat från en regel som inte i övrigt beaktats.

Ställd inför detta påpekande att en egentlig induktion inte är möjlig med utgångspunkt i det råmaterial som vanligtvis bärs fram, är det en väntad invänd-

223 Jämför gärna formuleringen i art. 13 sanktionsdirektivet, där det i den svenska språkversionen talas om »den otillbörliga vinst som intrångsgöraren har gjort«. Uttrycket otillbörlig vinst är inte utbytbart med obehörig vinst, vilket om inte annat framgår vid en jämförelse med andra språkversioner. I den engelska versionen används uttrycket »any *unfair profits* made by the infringer«, fastän det vanligtvis används är *unjustified enrichment*, i den franska »les *bénéfices injustement réalisés* par le contrevenant« trots att obehörig vinst normalt sett heter *enrichissement sans cause* eller *injustifié*. I den tyska språkversionen används uttrycket »der zu *Unrecht* erzielten *Gewinne* des Verletzers«, fastän obehörig vinst heter *ungerechtfertigten Bereicherung*. Slutligen kan en jämförelse göras med den danska texten, där »den krænkende parts *uberettigede fortjeneste*« används och inte *ugrundet berigel-se* som vid sidan av samlingsbegreppet *restitutionskrav* är det vanliga uttrycket för obehörig vinst. Intrycket är snarare att avsikten varit att undvika den omedelbara koppling till läran om obehörig vinst och att andra uttryck därför valts i direktivtexten.

ning att det inte är en sådan formell induktion som avses, utan någon form av »mjukare« härledning eller att lagreglerna »ger stöd« för en allmän lära om obehörig vinst. Den som menar det måste emellertid visa hur det förfarandet i så fall går till. Det är med all säkerhet möjligt att nå från en utvald mängd lagregler och från dessa resonera sig fram till en allmän rättsregel av det slag som är kodifierad i bland annat tysk rätt.²²⁴ Själva förfarandet måste emellertid så vitt jag kan se innehålla ett inte obetydligt inslag av konstruktion. Dessa konstruktiva tillskott är emellertid inte oskyldiga, utan leder till att hela »härledningen« får något approximativt över sig. De små justeringarna och tillskotten i flera led bör inte döljas, utan redovisas öppet. Den som ständigt smygkikar på facit för att veta var det blir nödvändigt att bortse från fakta i underlaget för att ekvationen skall gå ihop, har inte gjort någon härledning alls, den har skapat en rättsregel med hjälp även av annat material än de rättskällor som påstås utgöra grunden för rättsregeln.

Beskyllningar för att vara pedantisk eller teknokratisk brukar följa på den typ av påpekanden som jag nu gjort. Eller kanske är det enklast att bara döma ut kritiken som »fantasilös«? För var är flykten, de vidare vyerna och det kreativa! Men se där, det är just det jag pekar på, nämligen att det i dessa processer finns något kreativt, någon som tillför något i egen rätt, som inte följer av en mekanisk härledning. Det finns ingen anledning att dölja att det handlar om en kreativ process, ett skapande snarare än ett härledande. I detta konstaterande ligger ingen värdering av att den ena vägen till en allmän regel skulle vara bättre än den andra, bara en förväntan att stödet för regeln skall redovisas öppet och ärligt.

224 Här finns det anledning att uppmärksamma modellreglerna i Draft Common Frame of Reference (DCFR) om obehörig vinst och den delvolym om obehörig vinst som lades fram av Study Group on a European Civil Code 2010. Delvolymen Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.) innehåller beskrivningar av de regler som samlas under beteckningen obehörig vinst i flera europeiska rättsordningar. Arbetet innehåller ett rikt material som på många sätt är värt att beakta. Om något är dock dessa regelförslag skapade med de europeiska rättsordningarna som inspiration snarare än härledda ur detta material och bör värderas som ett självständigt förslag till reglering.

7. Avslutning och sammanfattning

Avsikten med denna studie har varit att med utgångspunkt i framför allt rättspraxis beskriva rättsregler. Som ett *första resultat* av den genomförda undersökningen kan framhållas, att om man tar de fall ur Högsta domstolens rättspraxis där obehörig vinst sagts vara grunden för en persons skyldighet att utge ersättning till en annan, så verkar läran om obehörig vinst falla samman i tre, från varandra skilda fallgrupper. Tar man denna praktiska utgångspunkt, där rättspraxis får utgöra grundmaterialet för förståelsen av rättsreglerna och hur de tillämpas, går det alltså inte att formulera en generell rättsregel med rättsfakta som skall uppfylla en rättsregel och som ger resultatet att det föreligger en obehörig vinst som omfattar samtliga fall. Fallen av nyttjande av annans egendom utan att ägaren tillåtit detta som i NJA 1993 s. 13 och NJA 2007 s. 519 skiljer sig tydligt från fall av direkt överföring som NJA 1925 s. 184 och NJA 2011 s. 548 och indirekt överföring som i NJA 2015 s. 1072 på ett sådant sätt att de knappast låter sig beskrivas som en enhetlig rättsregel. Försöken att finna en sådan konkret tillämpar och enhetlig rättsregel har enligt min mening stått i vägen för att utveckla användbara rättsregler för varje fallgrupp.

Studiens *andra resultat* är att det inte heller på induktiv väg går att nå fram från de enskilda lagstadganden som vanligtvis räknas upp som uttryck för »principen om obehörig vinst« till en allmänt tillämpbar rättsregel, där tydliga rekvisit kan uppställas och genom vilken det går att avgöra om obehörig vinst konkret föreligger. Därmed är inte sagt att det inte går att formulera en abstrakt rättsregel om obehörig vinst. Invändningen går endast ut på att det inte är möjligt att på *induktiv* väg – från konkreta, svenska lagregler till abstrakt regel – nå fram till detta resultat. Tanken att det istället för en formell induktion skulle vara fråga om någon form av lösare härledning framstår istället som alltför vag. På vilket sätt utpekade lagregler skall utgöra stöd i denna lösa härledning framgår sällan när tanken framkastas och istället framstår resultatet av härledningen, nämligen att det »finns« en allmän lära om obehörig vinst som kan stödjas på dessa lagrum, som givet och inte härlett ens i en mer uttunnad mening.

Ett *tredje resultat* av studien är att Karlgrens fallgrupper så som de beskrivs i Obehörig vinst och värdeersättning kan utgöra en utgångspunkt för att formulera praktiskt användbara rättsregler som i stort täcker de situationer som bedömts i rättspraxis. De rättsfall vi har om obehörig vinst från Högsta domstolen kan alla placeras in i någon av fallgrupperna. Indelningen sammanfaller till

144 stor del med den traditionella uppdelning som vuxit fram i tysk doktrin och rättspraxis. Utan att vi alltid varit medvetna om det, har nog tänkandet i svensk rättsvetenskap och även i domstolarna varit fångat i dessa ärvda uppdelningar. Beskrivningarna så som de står hos Karlgren är emellertid alltför vaga för att omedelbart kunna fungera som verkliga rättsregler. Arbetet är alltså inte avslutat med den grova uppdelningen i fallgrupper, utan det krävs en vidareutveckling. Målet bör vara att skapa tydlighet och konkretion.

Av genomgången i studien har som ett *fyjärde resultat* framgått att nyttoåterkravsläran (*Versionsklage*) inte är produktiv i den oegentliga formen i svensk rätt. Den hålls i svensk rätt för närvarande inom snäva ramar som bestämts av lagstiftaren då den kodifierats i föräldrabalken, lagen om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning och på ett par andra ställen, men några egentliga spår i rättspraxis av den finns inte efter införandet av förmynderskapslagen 1924. Nyttåterkravsläran kunde göras produktiv igen, men just nu är den inte det. Ett skäl mot att återuppliva nyttoåterkravsläran i denna form är att den historiskt visat sig vara expansiv och därmed kan leda till oönskade resultat.

Läran kunde emellertid i den egentliga formen som vi känner den från 18 kap. 3 § HB *in fine* tänkas ha viss betydelse även framdeles, särskilt i fullmaktsnära situationer där den som utgivit sig ha fullmakt för annan i realiteten svikligen förlätt annan eller då det föreligger fall av förskingring som den påstådda huvudmannen bör ansvara för. Högsta domstolens avgöranden från 1930-talet tyder på att en sådan användning fortsatt skulle vara möjlig, åtminstone inom syssломannainstitutet.

Även om resultatet av studien är att obehörig vinst visserligen »finns«, om än som flera olika rättsregler, är ett *femte resultat* att läran framstår som subsidiär och att argument om att någon gjort en obehörig vinst ofta får vika för andra hänsyn. Med utgångspunkt i den rättspraxis som kommit under senare år, såsom NJA 2011 s. 548 och NJA 2019 s. 23, anas en kvardröjande tvekan att använda obehörig vinst-regler. Möjligen kan det som ser ut som tveksamhet bättre förstås som resultatet av *val vid normkonflikter*. I NJA 2011 s. 548 framhölls att bostadsrättshavaren visserligen gjorde en obehörig vinst, men att föreningens anspråk krävde författningsstöd, även om bostadsrättshavaren genom att föreningen uppfyllde sin förpliktelse att reparera lägenheten skulle ha gjort en tydlig värdemässig vinst på reparationen. På motsvarande sätt kan NJA 2019 s. 23 läsas som ett möte mellan olika regelsystem, där ekonomiska förpliktelser i

förhållandet mellan sambor kan skapa oönskade inlåsnings som leder till att sambor inte har praktiskt möjlighet att separera utan tvingas vara kvar i dysfunctionella förhållanden. I valet mellan att erkänna en rätt till ersättning för obehörig vinst och att värna möjligheten att bryta upp ur samboförhållanden utan att ekonomiska band, utöver dem som sambolagen erkänner, står kvar, fick möjligheten att göra ett anspråk på uppkommen obehörig vinst vika.

Den *sjätte slutsatsen* är att även om någon av de rättsregler som vanligen samlats under begreppet obehörig vinst i svensk rätt används, så att det kan konstateras att det uppkommit en obehörig vinst för någon, så har inte detta samma betydelse i alla fall. Den konstaterade obehöriga vinsten utgör ett rättsfaktum som kan uppfylla förutsättningarna i en rättsföljdsregel genom vilken kravets omfattning bestäms; skilda rättsföljder följer på olika former av obehörig vinst. Vid obehörigt brukande av annans egendom, utgör inte ägarens förlust eller någon konkret besparing eller vinst för nyttjaren utgångspunkten för beräkningen av kravets storlek, utan vanligen den marknadsmässiga hyran. I andra fall bestäms ersättningen efter vilket värde som överförts, vilket gör att vinst och förlust blir lika, medan det i ytterligare andra fall kan vara fråga om att rikta krav på uppkommen förmögenhetsökning. Olika faktorer kan vara av betydelse i typfallen och det är inte säkert att exempelvis ond eller god tro hos den som skall utge ersättning är av betydelse i alla fall, medan det i andra fall möjligen bör beaktas vid ersättningsberäkningen. Osäkerheten om hur ersättningen skall beräknas beror till inte obetydlig del på att man i rättsvetenskap och rättspraxis försökt finna ett enda mönster istället för att ta hänsyn till varför det uppkommit en obehörig vinst som bör utjämnas.

I de resultat som nu beskrivits ligger en uppmaning att arbeta vidare, men också en avrådan. Istället för att fortsätta försöken att formulera en allmän rättsregel om obehörig vinst, försök som enligt min mening inte kan ha framgång, bör krafterna användas till att utveckla och bättre förstå de fall som hittills samlats under rubriken obehörig vinst. Det saknas alls inte frågor att fördjupa sig i. Uppdelningen i fallgrupper är inte statisk och för evigt given, utan det är tänkbart att nya tillkommer och gamla sluts. Användningen av regler om att utfå obehörig vinst kan i mötet med andra regelsystem behöva analyseras närmre. Längre bort från kärnan finns även frågor om värdeersättning som förtjänar ytterligare behandling liksom återgångsreglernas förhållande till regler om valrätt mellan penningprestation och prestation med surrogat för egendom som inte längre finns kvar hos den ersättningskyldige. Förhållandet mellan de

146 olika fallen som traditionellt förts till obehörig vinst och de närstående reglerna om misstagsbetalning och tjänster utan uppdrag skulle också behöva utredas vidare, särskilt med utgångspunkten att det inte finns en, sammanhållen lära om obehörig vinst att förhålla sig till.

I allt detta kan rättsvetenskapen låta sig ledas av en övergripande tanke, att ingen skall berika sig på annans bekostnad, så länge inte denna *etiska regel* förväxlas med behovet att utveckla *praktiskt användbara rättsregler*. Det är krävande att hålla sig kvar på rättsregelplanet och i det konkreta, att tvingas ta ställning till hur en rättsregel skall tillämpas i praktiken. Det är lätt att förföras av den till synes självklart riktiga ordvändningen, att ingen skall kunna berika sig på annans bekostnad och glömma bort att det är en formulering som inte är till hjälp när konkreta fall skall avgöras.²²⁵ Den tomma läran om obehörig vinst måste fyllas med bestämt innehåll för att finnas annat än som abstraktion och önskan.

225 Se Esser Grundsatz und Norm s. 168 f: »Die Suggestivkraft des ›Bereicherungsprinzips‹ war so groß, daß Doktrin und Kodifikationen auch heterogene Elemente in dieses ›Prinzip‹ einzuschmelzen bereit waren. Das leere Prinzip mußte dann die Kasuistik mühevoll mit sachgerecht unterschiedenen Tatbeständen versehen, was angesichts der unglücklichen Vermengung so vielseitiger Ausgleichsprobleme etwa in 812 BGB nicht befriedigend gelingen konnte.«

Offentligt tryck

Utkast, betänkanden och offentliga utredningar

Utkast til Vexellag samt Motiv till detsamma, Köpenhamn 1878 med tillhörande svenska motiv med tryckort Stockholm 1878

Revidert Udkast til Vexellove for Danmark, Norge og Sverige, Christiania 1879

Förslag till lagar om enkla bolag och handelsbolag, om aktiebolag samt om föreningar för ekonomisk verksamhet m.m., Stockholm 1890

Lagberedningens förslag till jordabalk: Förslag till lag om nyttjanderätt till fast egendom m. m, Stockholm 1905

Förslag till konkurslag och till lag om ackordsförhandling utan konkurs, Stockholm 1911

Förslag till konkurslag och till lag om ackordsförhandling utan konkurs, Stockholm 1919

Förslag till lag om förmynderskap m. m, Stockholm 1921

SOU 1925:43 Lagberedningens förslag till revision av ärvdabalken 2: Förslag till lag om arv

SOU 1931:14 Förslag till växellag m. m.

SOU 1947:38 Lagberedningens förslag till jordabalk I

SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk

SOU 1998:110 Makes arvsrätt, dödsboförvaltare och dödförklaring

Propositioner m.m.

proposition 1918:441 Förslag till lag om inskränkning för viss tid i rätten att överlåta fast egendom m. m.

proposition 1919:389 Förslag till lag om tillfälliga åtgärder till förekommande av skövling av skog å fastighet i enskild ägo

proposition 1960:17 Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m. m.

proposition 2004/05:88 Nya regler om dödförklaring

proposition 2008/09:67 Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG

- 148 *Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning II*
NJA II 1880 Nr 3 Nya vexellagen jemte förordningen om dess införande och hvad i afseende derå iakttagas skall
NJA II 1908 Nr 5 Den nya jordabalken I
NJA II 1921 Nr 3 Den nya lagstiftningen angående konkurs och ackordsförhandling utan konkurs
NJA II 1924 Nr 6 Ny lagstiftning om förmynderskap
NJA II 1931 Nr 3 Ändringar i lagstiftningen om rätt till litterära och konstnärliga verk

Textutgåvor och översättningar

Romersk och bysantinsk rätt

Gaius Institutioner, citeras efter *The Institutes of Gaius*, part I, Oxford 1946 (utg. *de Zulueta*)

Institutionerna, citeras efter *Corpus Iuris Civilis Text und Übersetzung* (utg. *Behrends, Knütel, Kupisch & Seiler*), 2 upplagan, Heidelberg 1997

Digesterna, citeras om inget annat anmärks efter *Corpus Iuris Civilis Text und Übersetzung, Digesten 11-20* (utg. *Behrends, Knütel, Kupisch & Seiler*), Heidelberg 1999

Das Corpus juris civilis in's Deutsche übersetzt (utg. *Otto, Schilling & Sintenis*), band 2 Leipzig 1831; band 4, Leipzig 1832

Basiliká [Τῶν Βασιλικῶν Βιβλία Ξ'] band 3 (utg. *Fabrot*), Paris 1647

Basilicorum libri LX band 3 (utg. *Heimbach*), Leipzig 1843

Svensk rätt

Förarbetena till Sveriges rikets lag, Bd IV (utg. *Sjögren*) Uppsala 1902

Kongl. stadgar, förordningar, bref och resolutioner, ifrån år 1528. in til 1701 (utg. *Schmedemann*), Stockholm 1706 (*Schmedemann Justitiowerck*)

Förslag till Giftermåls-Balk, Ärfda-Balk, Jorda-Balk och Byggnings-Balk, Stockholm 1847

Tysk rätt

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen, Berlin 1896

Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (utg. *Francke*), Dresden 1866

Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd II (utg. *Mugdan, Benno*) Berlin 1899

Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III §§ 652 bis 853 (utg. *Jakobs, Horst Heinrich & Schubert, Werner*), Berlin & New York 1983

Uppslagsverk och ordböcker

Nordisk familjebok (Ugglan, 2 upplagan) band 25

Östergren Nusvensk ordbok Bd 2, tryckt Stockholm 1926

Litteratur

Afzelius, Ivar Om cession af fordringar enligt svensk rätt, Uppsala 1877

Afzelius, Ivar [Recension av] B. Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts. 5:te Auflage. 1879, Naumanns Tidskrift 1879 (XVI) s. 675-678

Agardh, Fredrik Om borgen företrädesvis enligt svensk allmän civilrätt, Lund 1878

Agell, Anders Växel, check och materiell fordran. Stockholm 1971

Agell, Anders Skadeståndsansvar vid obehöriga förfoganden över annans egen- dom, Fs Hellner Stockholm 1984 s. 23-63

Arndts, Ludwig Lehrbuch der Pandecten, 1 upplagan München 1852

Aubry, Charles & Rau, Charles Cours de droit civil français, Bd 6, 4 upplagan Paris 1873

Avenarius, Martin Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS) Stellung des Sklaven im Privatrecht IV:3 Erbrecht, Aktive Stellung, Personeneigenschaften und Ansätze zur Anerkennung von Rechten, Stuttgart 2017

Behrends, Okko Die *condictio causa data causa non secuta*, Status familiae (Fs Wacke) s. 15-64, München 2001

Bergman, Carl Gunnar Testamentet i 1600-talets rättsbildning, Lunds universitets årsskrift 1918, första avdelningen nr 8

Bergström, Svante Om vinstregler och vinstgrundsats, SvJT 1951 s. 247-259

Bernitz, Ulf Om rätt till ersättning för obehörig vinst – särskilt i europarättsligt och immaterialrättsliga perspektiv, Fs Lennander Stockholm 2010 s. 15-25

Brinz, Alois von Lehrbuch der Pandecten, Erlangen 1857

Chiusi, Tiziana J. Die *actio de in rem verso* im römischen Recht, München 2001

Coing, Helmut Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts, ZSS 69 (1952) s. 24-59

- 150 *Caemmerer, Ernst* von Bereicherung und unerlaubte Handlung, Fs Rabel Bd I Tübingen 1953 s. 333-401
- Ekelöf, Per Olof* Juridisk slutledning och terminologi, TfR 1945 s. 211-272
- Ekström, Fritz Walther* Löftesmans regress till gåldenären och medlöftesmännen, Helsingfors 1907
- Ekström, Fritz Walther* Om borgen, 2 upplagan Helsingfors 1916
- Eltell, Tobias & Radetzki, Marcus* Skadeståndsbedömning vid intrång i upphovsrätt, NIR 2005 s. 225-255
- Erleben, Albrecht* Die conditiones sine causa, Leipzig 1850
- Esser, Josef* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts Tübingen 1956
- Flume, Werner* Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Fs Niedermeyer Göttingen 1953 s. 103-176
- Flume, Werner* Die ungerechtfertigte Bereicherung eine Rechtsfigur der Bereicherung, 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd 1 München 2000 s. 525-545,
- Gierke, Otto von* Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889
- Glück, Christian Friedrich von* Ausführlich Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld (Pandecten), Bd 13 Erlangen 1811; Bd 14 Erlangen 1813
- Hammen, Horst* Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1982
- Hedemann, Justus Wilhelm* Der Dresdner Entwurf von 1866. Ein Schritt auf dem Wege zur deutschen Rechtseinheit, Berlin 1935
- Heine, Sonja* Conductio sine datione: Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB, Berlin 2005
- Hellner, Jan* Om obehörig vinst särskilt utanför kontraktsförhållanden, Uppsala 1950
- Hellner, Jan* Betalning av misstag, JT 1999-2000 s. 409-415
- Holmboe, Cathinko Stub* Veksellovens § 74: Valuta eller frigjorelse, TfR 1943 s. 465-503
- Holmbäck, Åke* Om klander i jordafång och om hemul, Fs 1734 års lag Bd II s.218-249
- Holmbäck, Åke* Om 1686 års testamentsstadga, Stockholm 1916
- Honsell, Heinrich* Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, München 1974

- Håstad, *Torgny* Tjänster utan uppdrag, Stockholm 1973
- Håstad, *Torgny* Svaret finns i lagboken, JT 2012-13 s. 972-975
- Håstad, *Torgny* Obehörig vinst som allmän rättsgrundsats i svensk rättspraxis, Fs Bo Madsen, Köpenhamn 2021 s. 195-207
- Ingvarsson, *Torbjörn* Ogiltighet och rättsföljd, Stockholm 2012
- Ingvarsson, *Torbjörn* Conductio indebiti, Taberg 2016
- Jacobi, *Leonard* Der Rechtsbegriff der Bereicherung mit dem Schaden eines Andern und seine Bedeutung auf den Gebieten des Eigentums, der Verträge und der einseitigen Rechtsgeschäfte, Jhering Jahrbücher 1861 s. 159-320
- Jhering, *Rudolf von* In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben? i Abhandlungen aus dem römischen Recht, Leipzig 1844, s. 1-86
- Jhering, *Rudolf von* Unsere Aufgabe, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht 1857, s. 1-52
- Jhering, *Rudolf von* Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung; Teil 2, Bd. 2, Leipzig, 1858; Teil 3, Bd. 1, Leipzig, 1865
- Jhering, *Rudolf von* Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde, Leipzig 1913
- Jägerskiöld, *Stig* Handelsbalkens utländska källor, Lund 1967
- Jägerskiöld, *Stig* Studier rörande receptionen av främmande rätt i Sverige under den yngre landslagens tid, Lund 1963
- Karlgren, *Hjalmar* »Utan det vises, att det honom till nytta använt är« i Fs 1734 års lag, Stockholm 1934 Bd II s. 631-667
- Karlgren, *Hjalmar* Obehörig vinst och värdeersättning, av Fritjof Lejman översedd utgåva, Stockholm 1982
- Kaser, *Max* Zur Frage einer conductio aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht, Fs Felgentraeger, Göttingen 1969 s. 277-294
- Kaser, *Max* »Perpetuari obligationem«, Studia et documenta historiae et iuris (SDHI) 46 (1980) s. 129-146
- Kleineman, *Jan* Obehörig vinst och frågan om vårt behov av rättsliga tvångströjor TfR 2013 s. 531-549
- Kupisch, *Berthold* Versionsklage – Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Heidelberg 1965
- Kupisch *Berthold* Ungerechtfertigte Bereicherung und Europäisches Zivilgesetzbuch, Fs Wiegand München 2005 s. 469-533
- Leffler, *Teodor* Ett obiter dictum rörande obehörig vinst, JT 2012-13 s. 976-983

- 152 *Lejman, Fritjof* Principen obehörig vinst i svensk lagstiftning SvJT 1949 s. 641-655
- Lindskog, Stefan* Betalning, 3 upplagan Stockholm 2022
- Lindskog, Stefan* Lagen om handelsbolag och enkla bolag, 3 upplagan Stockholm 2019
- Lindskog, Stefan* Felaktig betalningsanvisning – några funderingar efter »Tandvårdsstödet« SvJT 2021 s. 655-678
- Lundstedt, Vilhelm* Obligationsbegreppet, Första delen: Fakta och fiktioner, Uppsala 1929
- Lübtow, Ulrich von* Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht, Berlin 1952
- Martinson, Claes* Det nordiska funktionalistiska angreppssättet och obehörig vinst – Dieselfallet, JT 2019-20 s. 148-170
- Martinson, Claes* Är den nordiska rättskulturella tanketraditionen ofullgånngen? TfR 2019 s. 209–268
- Munukka, Jori* Är obehörig vinst en svensk rättsprincip? Ny Juridik 2009 s. 26-34
- Niederländer, Hubert* Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht, Weimar 1953
- Pehrson, Lars* Ersättning och skadestånd vid varumärkesintrång, Fs Levin Stockholm 2008 s. 449-486
- Oulis, Marigó* Värdeersättning vid återgång, Uppsala 2021
- Rainer, J. Michael* Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS) Stellung des Sklaven im Privatrecht IV:2/5/6 Vertretung des Dominus; Geschäftsfähigkeit; Erwerb durch den Sklaven, Stuttgart 2015
- Reinhardt, Karl Friedrich von* Ergänzungen zu Dr. Christ. Fried. v. Glücks ausführlicher Erläuterung der Pandecten, band 4,1, Stuttgart 1838
- Ross, Alf Opgør* med retstridighedslæren TfR 1951 s. 205-231
- Ross, Alf Tû-Tû*, Fs Ussing, Köpenhamn 1951 s. 468-484
- Sandström, Marie* Obehörig vinst – Svensk privaträttsdogmatik mellan Skylla och Karybdis, Juridisk Publikation 2017 s. 221-243
- Savigny, Friedrich Carl von* System des heutigen Römischen Rechts, Bd 3 Berlin 1840; Bd 4 Berlin 1841; Bd 5 Berlin 1841
- Savigny, Friedrich Carl von* Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Recht, Berlin 1851
- Schubert, Werner* Windscheid und das Bereicherungsrecht des 1. Entwurfs des BGB, ZSS Rom 92 (1975) s. 186-233

- Schultz, Mårten Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten – Obehörig vinst rediviva SvJT 2009 s. 946-959
- Schultz, Mårten Obehörig vinst-motiveringar, SvJT 2012 s. 372-383
- Schultz, Mårten Hur skapas en allmän princip? Exemplet obehörig vinst, Fs Kleineman Stockholm 2021 s. 737-760
- Schulz, Fritz Classical Roman Law, Oxford 1951
- Schwarz, Fritz Die Grundlage der *Condictio* im klassischen römischen Recht, Köln 1952
- Sell, Wilhelm Über den Grundsatz des römischen Rechts, daß Niemand mit oder aus dem Schaden eines Andern sich bereichern dürfe, i Versuche im Gebiete des Civilrechts, band I Gießen 1833
- Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand Das practische gemeine Civilrecht, band 2 Leipzig 1847
- Stryk, Samuel Specimen Usus Moderni Pandectarum, Halle an der Saale [Halae Magdeburgicae] 1717
- Sundell, Jan-Olof Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870-1914, Lund 1987
- Thöl, Heinrich Das Handelsrecht Bd. 2: Das Wechselrecht, Göttingen 1847
- Ussing, Henry Kaution, Köpenhamn 1928
- Unterholzner, Karl August Dominik Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, band 2 Leipzig 1840
- Vinding Kruse, Anders Restitutioner – Et bidrag til undersøgelsen af berigelsesgrundsætningen i dansk og fremmed ret, Köpenhamn 1950
- Wacke, Andreas Papinian 12.6.55: Unbefugte Vermietung und ungerechtfertigte Bereicherung – Die Eingriffskondition als Vindikationsfortwirkungsanspruch, Studi per Giovanni Nicosia Bd 8 Milano 2007 s. 393-433
- Waldstein, Wolfgang Zur Frage der *condictio* bei irrtümlicher Leistung nichgeschuldeter *operae*, Fs Kaser Wien 1986 (Iuris Professio) s. 319-330
- Wilburg, Walter Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Graz 1934
- Wilhelm, Jan Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, Bonn 1973
- Windscheid, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts, 5 upplagan Bd 2 Frankfurt am Main 1882
- Witte, Hermann Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, Halle 1859

- 154 *Wollschläger, Christian* Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft, *Römisches Recht in der europäischen Tradition: Symposion für Wieacker Ebelsbach 1985* (Fs Wieacker) s. 41-88
- Wächter, Carl Georg* Ueber die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? *Archiv für die civilistische Praxis* 15 (1832) s. 97-138
- Zimmermann, Reinhard* *The Law of Obligations*, Oxford 1996
- Aagaard, Marianne Rødvei* *Restitusjon: Om virkninger av formuerettslig ugyldighet*, Oslo 2019

Corpus Iuris Civilis

Institutionerna

Inst. 2.1.26 21

Digesta

D. 1.1.1 11

D. 3.5.48 1 3

D. 5.3. 20.6c 37

D. 5.3.25.16 31

D. 10.1.4.2 20

D. 12.1.1.1 17

D. 12.1.4.1 17, 20

D. 12.1.11.2 16

D. 12.1.23 12, 45

D. 12.4.4 43

D. 12.5.6 40

D. 12.6.7 13

D. 12.6.13.pr 10

D. 12.6.13 1 10

D. 12.6.14 9, 19, 39

D. 12.6.26.12 29, 32, 36, 45, 103

D. 12.6.29 16

D. 12.6.55 20, 22

D. 12.6.65.5 14, 36

D. 12.6.65.6 14, 36

D. 12.6.65.7 30

D. 12.7.1.3 39, 40

D. 13.7.22.2 20

D. 15.3.3.2 47

D. 15.3.3.4 47

D. 16.3.13.1 17

D. 22.1.38.2 14, 36

D. 44.1.18 2 0

D. 50.17.206 9, 19, 39, 49, 53

Codex

C. 4.9.3 20

Gaius Institutioner

II:79 20

IV:18 8

IV:72a 47

Basiliká

24.6.55 22, 25

Naumanns Tidskrift

NT 1886 s. 422 (=NJA 1885 s. 378) 62

Nytt Juridiskt Arkiv

NJA 1879 s. 366	63, 64	NJA 1987 s. 845 I & II	88
NJA 1885 s. 378	62, 64	NJA 1993 s. 13	87, 99, 111, 113, 143
NJA 1889 s. 152	61, 64	NJA 1999 s. 575	107
NJA 1894 s. 634	100	NJA 2001 s. 353	108, 109, 112
NJA 1896 s. 7	76, 78, 87, 99	NJA 2002 s. 178	137
NJA 1905 s. 76	78, 87, 99	NJA 2005 s. 608	87
NJA 1924 s. 372	80	NJA 2007 s. 519	69, 87, 99, 108, 110, 112, 143
NJA 1925 s. 184	3, 78, 80, 89, 93, 100, 108, 109, 116, 143	NJA 2009 N 40	96
NJA 1930 s. 391 I-IV	58	NJA 2010 s. 709	88
NJA 1930 s. 403 I & II	59	NJA 2011 s. 548	70, 90, 94, 102, 143, 144
NJA 1930 s. 615	61	NJA 2011 s. 739	107, 119
NJA 1931 s. 431	82	NJA 2015 s. 1072	90, 101, 102, 107, 119, 143
NJA 1933 s. 25	108, 109, 114	NJA 2019 s. 23	90, 95, 102, 144
NJA 1946 s. 143	113	NJA 2020 s. 334	69, 117
NJA 1948 s. 673	101		
NJA 1959 s. 618	83		
NJA 1975 s. 298	86		
NJA 1986 s. 136	81		

Tyskland

*Entscheidungen des Reichsoberhandels-
gerichts*

ROHG 3, 377 (1871) 49

*Entscheidungen des Reichsgerichts in
Zivilsachen*

RGZ 24, 169 (1889) 43

RGZ 43, 56 (1898) 103

RGZ 170, 65 (1942) 46

*Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in
Zivilsachen*

BGHZ 1, 75 (1951) 46

BGHZ 57, 137 (1971) 46

Frankrike

Patureau c. Boudier, DP 1892.1.596 92

*Detta arbete har tryckts i 400
exemplar varav detta är nummer*



ISBN 978-91-531-1566-3