

AFTAL ANGÅENDE PRESTATION
TILL TREDJEMAN

EN CIVILRÄTTSLIG STUDIE

AF

A. V. LUNDSTEDT

FÖRRA HÄFTET

LUND 1908
HÅKAN OHLSSONS BOKTRYCKERI

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

AFTAL ANGÅENDE PRESTATION TILL TREDJEMAN

EN CIVILRÄTTSLIG STUDIE

AF

A. V. LUNDSTEDT
JURIS UTRIVSQUE LICENTIAT

AKADEMISK AFHANDLING

SOM MED VEDERBÖRLIGT TILLSTÄND FÖR VINNANDE AF JURIDISK
DOKTORSGRAD VID LUNDS UNIVERSITET FRAMSTÄLLES TILL
OFFENTLIG GRANSKNING Å LÄROSALEN N:R VI
LÖRDAGEN DEN 28 NOV. 1908 KL. 10 F. M.



LUND 1908
HÅKAN OHLSSONS BOKTRYCKERI

AFTAL ANGÅENDE PRESTATION
TILL TREDJEMAN

EN CIVILRÄTTSLIG STUDIE

AF

A. V. LUNDSTEDT

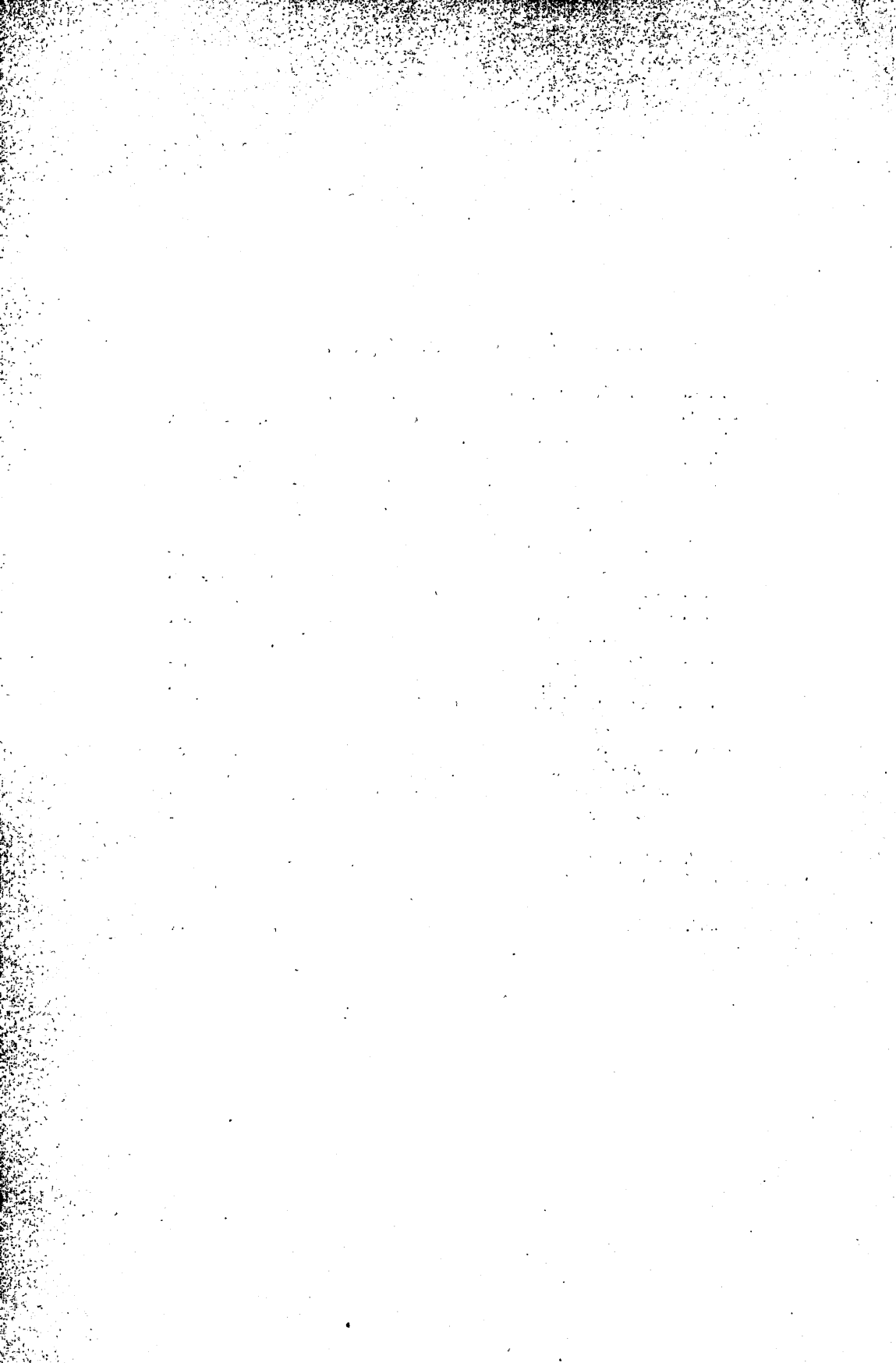
FÖRRA HÄFTET

LUND 1908
HÅKAN OHLSSONS BOKTRYCKERI

Ur Lunds Universitets Åreskrift. N. F. Afd. 1. Bd. 3. Nr. 4.

Använda förkortningar.

- A. B. R. = Archiv für Bürgerliches Recht. Berlin. 1889—.
- Ark. civ. = Archiv für die Civilistische Praxis. Heidelberg, Freiburg, Leipzig och Tübingen. 1818—.
- B. G. B. = Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich.
- E. H. H. = Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, herausgegeben von W. ENDEMANN, Leipzig 1881—1885.
- G. Z. = Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von C. S. GRÜNHUT Wien. 1874—.
- H. G. B. I. = Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. (1861)
- J. J. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Jena 1857—.
- Kr. V. = Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. München, Leipzig och Tübingen 1859—.
- Lassen, alm. del. = Lassen: Haandbog i Obligationeretten. Almindelig Del, Kbhvn. 1892.
- Motive = Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888.
- Protokolle = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897—1899.
- T. f. R. = Tidsskrift for Retsvidenskab. Kria. 1888—.
- Windscheid = Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9 Aufl. bearb. von KIPP. Frankfurt a. Main. 1906.
- Z. H. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Erlangen och Stuttgart 1858—.
-



I föreliggande afhandling användes ett terminologiskt uttryck, som, så vidt vi hafva oss bekant, förut ej varit brukadt inom den svenska juridiska litteraturen. För korthetens skull har ett aftal, hvari en person utfäster sig gent emot en annan att prestera något till en tredje, betecknats såsom ett *tredjemansaftal*. En liknande terminologi har förekommit inom såväl den danska som den norska rättsvetenskapen i och med upptagandet af begreppet »Tredjemandsretshandel»¹⁾. Man tyckes emellertid med detta uttryck blott afse sådana utfästelser att prestera till tredjeman, af hvilka denne själf erhåller en rätt mot promittenten att fordra prestationen. Någon grund till en dylik inskränkt tolkning af uttrycken »Tredjemandsretshandel» eller »tredjemansaftal» kunna vi ej finna vara för handen. Språkligt är den säkerligen icke befogad. För att i en afhandling uttrycket tredjemansaftal blott skall kunna afse den antydda aftalskategorien måste enligt vårt förmenande detta af författaren särskildt framhållas på ungefär samma sätt som man t. ex. i början af en juridisk bok angifver att med begreppet köp i den nämnda boken blott afses köp af lösa saker och ej köp af fast egendom. Vår egen framställning skall nu omfatta såväl det aftal om prestation till tredjeman, hvarur denne bör blifva själfständigt fordringsberättigad, som det aftal, hvari tredjeman blott utsetts till destinatar för den af promittenten utlofvade prestationen²⁾.

Beträffande lämpligheten att använda den föreslagna terminologien så må särskildt framhållas svårigheten att kunna

¹⁾ Se LASSEN, alm. del, s. 131; STANG, Den norske Obligationsrets almindelige Del, Kristiania, s. 212.

²⁾ Jfr nedan s. 80 f.

finna något mera passande, kort uttryck för att beteckna ett aftal, hvare ena kontrahenten lofvar den andra att utföra en prestation till en tredje person. Att såväl för den muntliga diskussionen som för en skriftlig framställning angående den ifrågavarande aftalsformen behovet af ett kort uttryck för densamma måste göra sig ganska starkt gällande, därom torde väl blott en mening kunna råda. Man kunde kanske emot vår föreslagna terminologi göra den anmärkningen, att uttrycket tredjemansaftal i sig innebär en motsägelse: då med »tredjeman» afses just en person som står utanför ett aftal mellan kontrahenterna, så skulle det verka paradoxalt att tala om ett tredjemans-aftal. En dylik anmärkning torde emellertid vara ganska obefogad. Just den omständigheten att tredjeman ej kan vara kontrahent i aftalet omöjliggör, att något missförstånd kan äga rum om hvad som med uttrycket afses. Med tredjemansaftal kan af det nämnda skälet ej förstås något annat än ett aftal mellan två eller flera personer, hvilket enligt sitt innehåll i ett visst afseende kommer att influera på en utanför aftalet stående persons rättsställning. Från rent språklig synpunkt skulle detta kunna uttryckas så att den första sammansättningsleden (tredjemans-) utgör icke en genitivus possessivus utan en genitivus epexegeticus. Då nu ett aftal om prestation till tredjeman onekligen får sin särskilda karaktär uteslutande därigenom att prestationen skall utgöras till tredjeman och icke till borgenären, så torde härmed det nämnda aftalets betecknande såsom ett tredjemansaftal vara tillräckligt motiveradt. Att vi likväl i titeln å det föreliggande arbetet underlåtit att begagna oss af den nämnda terminologien har sin grund i den viktiga omständigheten, att ordet tredjemansaftal måste — innan det allmännare brukats blott i den betydelse som vi nu föreslagit — häntyda icke blott på aftal om prestation till tredjeman utan äfven på sådana aftal, hvaraf tredjemans rätt enligt kontrahenternas afsikter i särskildt hög grad beröres utan att det är fråga om att en prestation skall utgå till honom. Vi syfta härmed på de s. k. liberatoriska aftalen till förmån för tredjeman: G mottager t. ex. af B betalning för T 's skuld, hvilken därigenom upphör att existera. Här utlofvas uppenbarligen ej någon prestation till T af G . G lofvar nämligen ej B , att han skall befria T från skulden utan denne blir i och med kontrahenternas perfecta aftal fri från densamma. Att vi från fram-

ställningen afskilja dessa s. k. liberatoriska aftal till förmån för tredjeman, kan väl blott betraktas såsom något helt naturligt. Med sådana aftal, hvari en positiv prestation till tredjeman af gäldenären åtages, utan att tredjeman därvid erhåller någon själfständig fordringsrätt, ha de liberatoriska aftalen tydligen ej något gemensamt. Men detsamma kan i själfva verket äfven sägas vid en jämförelse mellan de liberatoriska aftalen till förmån för tredjeman och den andra inom ramen för vår framställning hörande gruppens aftal, som producera en själfständig fordringsrätt för tredjeman. Ty ej nog därmed att vid de liberatoriska aftalen ej någon prestation utlofvas åt tredjeman. Denne erhåller genom desamma öfver hufvudtaget ej någon rättighet, utan deras rättsverkan för honom består däri, att han blir befriad från en förpliktelse. Motsatsen framstår kanske skarpast, om man säger, att vid ett aftal om prestation till tredjeman (hvarur denne blir fordringsberättigad) rör det sig om uppkomsten af en rätt för tredjeman, under det att det liberatoriska aftalet går ut på förlusten af en promittenten tillkommande fordringsrätt mot tredjeman. Det nu sagda torde vara tillräckligt för att ej samma rättsliga konstruktion för båda de sistnämnda aftalsformerna skall anses såsom gifven. Konstruktionen måste ju i ena fallet förklara grunden till uppkomsten af en rätt för tredjeman och i andra fallet gifva svaret på spørsmålet, huru en person genom ett aftal med en annan kan förlora sin fordran mot en tredje¹⁾. Detta spørsmål, beträffande hvilket i särskilda fall för den svenska rättens räkning positiva stadganden kunna åberopas²⁾, kom-

¹⁾ Jfr COHEN, die Verträge zu Gunsten Dritter, Diss. Rostock 1891, s. 14 f. »Diese Verträge (de s. k. liberatoriska aftalen till förmån för tredjeman) disponiren unmittelbar nur über das Recht, des einen Vertragschließenden, des Gläubigers des Dritten. Dass sie die Kraft haben, den Dritten von der Schuld zu befreien, ist nicht in ihrer Eigenart begründet, sondern in der Eigenart der Schuld selbst, die, obwohl sie der Rechtssphäre des Schuldners als sein passives Vermögenstück angehört, doch insofern seiner Disposition entrückt ist, als er Niemanden hindern kann sie durch Zahlung oder anderweiten Vertrag mit dem Gläubiger zu beseitigen. Sollen zu den Verträgen zu Gunsten Dritter aber nur solche Verträge gerechnet werden, welche an sich rechtliche Besonderheiten haben, so können die liberatorischen Verträge hiernach nicht dazu zählen». Se emellertid UNGER J. J. 10, s. 61, 65 f, 85; Regelsberger i Ark. civ. 67, s. 12.

²⁾ Se t. ex. int. förordningen § 28, lagen om inteckning i fartyg § 24.

mer sålunda icke att blifva föremål för undersökning i det föreliggande arbetet.

De aftal hvilka sålunda i det följande skola afhandlas tillhöra den aftalskategori, som inom den svenska juridiken går under benämningen »aftal till förmån för tredjeman» i vidsträckt bemärkelse, liksom det motsvarande uttrycket inom den tyska rättsvetenskapen intill de sista årtiondena varit »Verträge zugunsten Dritter». Att denna terminologi är vilseledande och olämplig, torde numera vara ganska allmänt erkänt. Från början har man med aftalen till förmån för tredjeman afsett de s. k. liberatoriska aftalen till tredjemans förmån samt aftalen om prestation till tredjeman, såväl de honom berättigande som de honom icke berättigande. Beträffande de liberatoriska aftalen är det klart nog att dessa böra vara inneslutna i det nämnda uttrycket. De äro i eminent grad aftal till förmån för tredjeman. Vi hafva emellertid redan framhållit, hurusom det saknas all grund att i ett rättsligt system sammanföra de båda kategorierna liberatoriska aftal till förmån för tredjeman och tredjemansaftal i vår mening. Angående denna senare grupp så har man med uttrycket aftal till förmån för tredjeman alltid *företrädesvis* haft blott de tredjeman berättigande aftalen i sikte. WINDSCHEID ansåg sig emellertid särskildt böra framhålla, att blott dessa aftal vore att i egentlig mening betrakta såsom aftal till förmån för tredjeman¹⁾. Detta finna vi emellertid i två afseenden ej vara fullt riktigt. Det bör nämligen å ena sidan vara klart nog att ett aftal om prestation till tredjeman kan vara ingånget till dennes förmån utan att tredjeman erhåller någon rätt att fordra prestationen. Om *B* köper en sak af *G* och aftalar med honom, att han skall prestera saken till *T* såsom gåfva från *B*, så kunna omständigheterna mycket väl vara sådana, att *T* ej bör erhålla någon rätt att fordra prestationen af *G*. Men att icke förty aftalet slutits till *T*:s förmån är ju klart däraf, att om det fullgöres af *G*, så har därmed *T* blifvit ägare till den ifrågavarande saken. Å andra sidan är det ingalunda säkert, att ett aftal, hvarur tredjeman blir fordringsberättigad, alltid innebär en förmån för honom. *C* har t. ex. ingått ett leveransaftal med *B*, som däri åtagit sig att leverera ett parti varor åt honom. I af-

¹⁾ WINDSCHEID § 316 n. 3 a.

talet bestämmes, emellertid att varorna skickas till T , hos hvilken C sedan har att hämta varorna. B ingår nu ett fraktaftal med G om varornas transport till T . Häraf blifver denne i regeln själfständigt berättigad att af fraktföraren fordra att få ut varorna, men aftalet kan väl ej rimligtvis sägas vara ingånget till hans förmån. Han har ju i sin tur att utlämna varupartiet åt C . Om T har någon förmån af affären, så grundar den sig på ett aftal mellan honom och C om ersättning för utfördt arbete och vård om godset.

Beträffande planen i det föreliggande arbetet har framställningen blifvit indelad i fyra afdelningar, af hvilka emellertid blott de två sista äro att betrakta som hufvudafdelningar. Dessa utgöra nämligen den s. k. dogmatiska behandlingen af ämnet. I tredje afdelningen hafva vi sökt utreda de viktigaste af de säregna spörsmål som tränga sig fram vid ett aftal om prestation till tredjeman, ur hvilket denne ej blir berättigad att af gäldenären fordra prestationens utgörande. Att ett jämförelsevis mycket stort utrymme i denna del af framställningen lämnats åt problemet om gäldenärens ansvar för den skada, som tredjeman lider genom hans kontraktsbrott, anse vi vara motiveradt med det nämnda spörsmålets oerhördt stora teoretiska intresse.

Följer så i fjärde afdelningen behandlingen af det aftal om prestation till tredjeman, hvarur denne erhåller en själfständig fordringsrätt mot löftesgifvaren. Enligt sakens natur måste den teoretiska undersökningen af detta aftal till stor del röra sig om rättsgrunden till uppkomsten af en fordringsrätt för den utanför aftalet stående tredjeman. Så mycket mera måste det sagda gälla för oss, som vi med afseende å den nämnda rättsgrunden föreslagit en inom teorien hittills ej försökt konstruktion. Vår uppgift har på grund häraf hufvudsakligen blifvit att påvisa, hurusom den föreslagna konstruktionen i själfva verket ligger nära till hands och hurusom de rättsliga konsekvenserna af densamma antagande äro så gynnsamma, att de kunna sägas bekräfta konstruktionens riktighet.

Angående de båda första afdelningarne i framställningen så hafva vi först och främst ansett det lämpligt att söka klar-göra den begreppsliga skillnaden mellan ett aftal om prestation till tredjeman, hvarigenom denne blir själfständigt berättigad att fordra prestationen, och ett aftal, hvori promissaren uppträder

som en annan persons (tredjemans) direkte ställföreträdare. Då inom teorien ingalunda försöken uteblifvit att utstaka den ifrågasvarande gränsen, hafva vi ej kunnat finna någon bättre metod för denna del af arbetet än att sammanställa och jämföra de olika författarnes åsikter i spörsmålet. Resultatet har blifvit, att vi ansett oss böra i hufvudsak ansluta oss till en af de förfäktade teorierna. Härom handlar afdelningen I. Afdelningen II innehåller en kritisk öfversikt öfver de olika teorierna om uppkomsten af en fordringsrätt för tredjeman. Angifvandet af en särskild grund till att denna afdelning medtagits, torde ej vara af behovet påkalladt.

I.

Om G lofvar B att prestera något till T och B antager G :s löfte, så är därmed ingalunda alltid ett tredjemansafstal ingånget mellan G och B ¹⁾. Med ett sådant löfte äro nämligen tre möjligheter gifna. Om G lofvar sin vän B , att till undvikande af skandal betala sin skuld till den besvärliche fordringsägaren T , så har detta löfte i rättsligt afseende absolut ingen betydelse. I fall B åter säljer till G en T tillhörig sak på grund af dennes fullmakt och G därvid utfäster sig att erlægga köpesumman åt T , så är denna utfästelse giltig, och T erhåller en fordringsrätt på beloppet mot G . Men något tredjemansafstal föreligger icke, ty T har ej stått utanför kontraktsförhållandet; fastmer har han själf kontraherat — ehuru genom ställföreträdare — med G . Säljer B åter sin egen sak till G och betingar sig, att köpesumman af G skall gäldas till T , så kan äfven härigenom denne få en fordringsrätt emot G . Det föreligger då ett verkligt tredjemansafstal. Löftet är giltigt, och B är ej T :s ställföreträdare.

Det gäller nu för oss att söka uppdraga gränsen för tredjemansaftalen emot de i de båda första exemplen afsedda kategorierna. Först vända vi oss härvid mot de giltiga löfterna, afgifna till en annans ställföreträdare. I de gifna exemplen kan saken synas enkel nog. Men om vi tänka oss att löftesmottagaren accepterar gäldenärens anbud såsom en annan persons ställföreträdare utan fullmakt och se på ytterligare några fall, så skola

¹⁾ Vid exemplifieringen kommer i den förliggande afhandlingen konsekvent denna personbeteckning att användas: G = gäldenären eller gifvaren af löftet; B = borgenären eller mottagaren af löftet; T = tredjeman eller (när ett ställföreträdarskap måste anses föreligga) löftesmottagarens hufvudman.

vi förstå, att man under långliga tider ej ens brytt sig om att skilja de båda kategorierna åt och att äfven sedan bemödandena inriktats på att utfinna den juridiska gränsen, dessa ej förrän långt omsider krönts med någon framgång. Om t. ex. *B*, som lånat en sak af *T* och vid lånetidens slut ej kan anträffa *T* för att återlämna saken till honom, i stället deponerar densamma hos *G*, och denne därvid utlofvar att på *T*:s anfordran utlämna saken till honom, så blir *T* därpå fordringsberättigad mot *G*, men *B* betraktas ej såsom *T*:s ställföreträdare (negotiorum gestor), oaktadt det var *T*:s egen sak, som deponerades. Om vidare grosshandlare *B* beställer ett parti varor hos fabrikören *G* att levereras till handlanden *T*, och vi utgå därifrån, att denne därigenom blir berättigad att fordra varorna af *G*, så kan man kanske med fog fråga sig, hvarför ett tredjemansafstal här skall sägas föreligga, då verkningarne äro alldeles desamma, som om *B* varit *T*:s ställföreträdare (neg. gestor). Eller hvarför skall en husägare, som säljer sitt hus med förbehåll, att en hyresgäst skall få kvarbo ytterligare några år för en oförändrad billig hyra, anses hafva ingått ett aftal till förmån för tredjeman, under det att en annan person, som med en husägare ingår ett liknande aftal till förmån för en hyresgäst utan att hafva dennes fullmakt måste betraktas såsom hyresgästens neg. gestor, för att husägarens löfte skall blifva bindande och berättiga hyresgästen. I såväl det första som sista fallet är aftalet, i sista fallet principalt, i det förstnämnda ett biaftal, sannolikt ingånget af samma bevekelsegrund, nämligen omsorgen om hyresgästen. Ej underligt, att ännu stundom icke blott lekmanen utan äfven den praktiserande juristen underlåter att beakta skillnaden mellan de båda rättsinstituterna ¹⁾. Och likväl söker WINDSCHEID i sin pandektlära göra gällande, att skillnaden är påtaglig. Den, som afsluter ett aftal i en annan persons namn, vill, säger WINDSCHEID, att denne person rättsligen skall komma i betraktande såsom »Vertragsschliessender», under det att den, som ingår ett aftal till förmån för tredjeman, själf vill rättsligen betraktas

¹⁾ » . . . es entspricht allerdings der populären Auffassung, dass wer einen Vertrag in Vertretung eines anderen schliesst, er zugleich »zu seinen Gunsten» handelt, »zu seinen Gunsten kontrahiert». DNIESTRZANSKI, Die Aufträge zu Gunsten Dritter, Leipzig 1904, s. 9.

såsom den där ingått aftalet, ehuru detta borde åstadkomma rättsverkningar för en annan person ¹⁾). Med denna begreppsbestämning hafva vi emellertid i själfva verket ej kommit saken närmare in på lifvet. Äfven om promissaren vid tredjemansaftalet kan lika väl som beträffande en ställföreträdare sägas, att han vill åstadkomma rättsverkningar för en annan person. Och påståendet, att den ene själf i rättsligt afseende vill gälla såsom den där avsluter kontraktet, under det att den andre vill låta denna rättsställning tillkomma en tredje person, principalen, kan väl knappast betecknas såsom mera än en omskrifning för det, som skall bevisas, nämligen att det i ena fallet rör sig om ett tredjemansaftal och att i andra fallet ett ställföreträdarskap föreligger. Hvad löftesmottagaren vill och tänker om sin rättsliga ställning, torde i den förevarande diskussionen ej kunna spela någon nämnvärd roll, och det af två skäl. Först och främst kan som regel sägas, att kontrahenterna ej pläga i det dagliga lifvet reflektera öfver sin rättsliga ställning, när de mottaga eller afgifva ett löfte. Vid de ifrågavarande rättsinstituten kan helt säkert promissarens vilja, vare sig han är verklig borgenär i ett tredjemansaftal eller en annans ställföreträdare, sägas i rättsligt afseende blott gå ut därpå, att de rättsliga verkningarne af löftet göra sig gällande för den utanför kontraktsförhandlingarna stående tredje personen. Om därvid han själf eller denne tredje skall betraktas såsom »Vertragsschliessler» är säkerligen promissaren tämligen likgiltigt, och därför kan han i regeln ej sägas vilja det ena mer än det andra. Men äfven om promissaren i ett visst fall skulle reflektera öfver den juridiska karaktären af sin ställning såsom mottagare af gäldenärens löfte, så kan det resultat, hvartill han i sina reflexioner kommer, ej tillmätas någon betydelse för det teoretiska bedömandet af fallet. Om sålunda *B* i sin vän *T*:s frånvaro för att tillvarataga dennes intressen ingår ett aftal med *G* om prestation till *T*, så kan aftalet förklaras giltigt på den grund, att *B* varit *T*:s neg. gestor, oaktadt han själf menat sig vara »Vertragsschliessler» och hafva ingått ett tredjemansaftal ²⁾). Emot WINDSCHEID framhåller

¹⁾ WINDSCHEID § 316 a n. 1.

²⁾ WINDSCHEID säger själf l. c. om sin begreppsbestämning af den ifrågavarande skillnaden: »Andererseits ist es richtig, dass wie scharf auch

dessutom med full rätt ZIMMERMANN, att, om WINDSCHEID med »Vertragsschliessender» afser den, som juridiskt afsluter aftalet, så vore härmed ej utmärkt någon skillnad mellan ställföreträdaren och promissaren vid tredjemansaftalet, enär båda själfva afslöto kontraktet ¹⁾.

UNGER fattar skillnaden på följande sätt: »Der Stellvertreter handelt im Namen, der Primus (so will ich in Kürze den Promissar bei den Verträgen in favorem tertii nennen) zu Gunsten des Andern; jener handelt statt des Andern, in dessen Dienst, dieser für den Andern, zu dessen Vortheil; jener führt ein fremdes Geschäft, dieser sein eigenes; der Repräsentirte contrahiert durch Vertreter, der Dritte erwirbt durch den Primus; jener verdankt dem Repräsentanten den Vertrag, dieser dem Primus das Recht; der Stellvertreter ist Willensorgan und Contraktinstrument, der Primus ist Vermittler (Zubringer) und Wohltäter, er spielt inter vivos die Rolle des Erblässers. Diese Unterschiede sind so charakteristisch und prägnant, dass man sie nicht übersehen kann.» ²⁾

Emot dessa satser har ZIMMERMANN utfört en ytterst intressant och träffande polemik ³⁾. Ehuru ZIMMERMANN finner de nämnda satserna innehålla mycket både sant och godt, så anser han med rätt, att de af UNGER framförda skillnadsmomenten äro hvarken karaktäristiska eller prägnanta. Han påvisar hurusom ett verkligt karaktäristikum för den ifrågavarande skillnaden af UNGER uttryckts blott genom det sist uppräknade momentet, och det blott under den förutsättningen, att UNGER därmed velat säga, att »Primus» gör tredjeman en ekonomisk disposition (eine wirtschaftliche Zuwendung), under det att ställföreträdaren blott ersätter principalens eget handlande. Den goda tanken hade emellertid UNGER förvanskat genom att beteckna »Primus» såsom »Vermittler» eller »Zubringer». Härigenom syntes UNGER mena att Primus' hela frikostighet blott bestode däri, att han förskaffade tredjeman *promittentens* i aftalet innehållna »Zuwen-

der Unterschied begriffsmässig ist, er sich im Leben leicht vermischen wird, und nicht bloss im Ausdruck sondern auch im Willen der Parteien.“

¹⁾ ZIMMERMANN, Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, Strassburg 1876, s. 66 f.

²⁾ UNGER, Die Verträge zu Gunsten Dritter i J. J. Bd 10 s. 61.

³⁾ ZIMMERMANN a. a. s. 67—69.

ding», så att alltså i själfva verket denne komme att blifva tredjemans välgörare, under det »Primus» blott blefve promittenten behjälplig vid utöfvandet af dennes frikostighet; något som ZIMMERMANN likväl trodde stå i strid med UNGERS verkliga åskådning. Det viktigaste är emellertid, att ZIMMERMANN påvisat, hurusom UNGER alldeles förbisett en annan för skillnaden mellan tredjemansaftalet och ställföreträderskapet lika viktig synpunkt, nämligen förhållandet mellan promissaren och promittenten. Detta kan så mycket mera förebrås UNGER, som betydelsen af rättsförhållandet mellan promissaren och promittenten för tredjemansaftalet redan före UNGERS skrift energiskt framhållits af den berömde teoretikern och praktikern OTTO BÄHR. Att BÄHR ej afser begränsningen mot ställföreträderskapet, förringar ej värdet af det moment, som han för första gången inom teorien framhållit såsom det utmärkande draget hos tredjemansaftalets väsen. BÄHR påvisar, hurusom vid tredjemansaftalet promittentens löfte alltid afgifves med hänsyn till en viss causa i förhållandet mellan honom och promissaren ¹⁾. I sin recension af det UNGERSKA arbetet betecknar REGELSBERGER framhåfvandet af det ifrågavarande causalmomentet såsom »ein bleibendes Verdienst der Abhandlung Bährs», och han går skarpt till rätta med UNGER, enär denne förbisett detta väsentliga kännetecken för ett aftal till förmån för tredjeman ²⁾.

Med utgångspunkt från dessa båda synpunkter, det af BÄHR påvisade causalförhållandet mellan promissaren och promittenten och det af UNGER antydda förhållandet mellan promissaren och tredjeman har ZIMMERMANN uppställt sina satser för att utmärka den ifrågavarande skillnaden mellan tredjemansaftalet och ett kontraherande genom ställföreträdare. ZIMMERMANNNS lära är i

¹⁾ BÄHR: Über die s. g. Verträge zu Gunsten Dritter i J. J. Bd 6, s. 136. Bähr vill med det nämnda kriteriet närmast motivera sitt påstående, att de s. k. aftalen till förmån för tredjeman i själfva verket vore aftal till förmån för promissaren själf. Det heter därför hos Bähr: »Fragen wir, was es eigentlich sei, was einen Vertrag dieser Art, ungeachtet die Leistung daraus an einen Dritten geschehen soll, als zu Gunsten des Promissars selbst geschlossen erkennen lässt: so ist es der Umstand, dass die Causalbeziehung des Versprechens (das warum? aus welchem versprochen wird) in dem Verhältniss des Promittenten zu dem Promissar (nicht zu dem Dritten) gelegen ist».

²⁾ Kr. V. Bd 11, s. 565.

korta drag följande¹⁾. Vid tredjemansaftalet försiggå i själfva verket två ekonomiska förskjutningar (Zuwendungen). En från promittenten till promissaren och en från denne till tredjeman. Hvar och en af dessa förmögenhetsförskjutningar måste hafva sitt eget juridiska ändamål, sin egen causa²⁾. I enlighet härmed ägde ingen förmögenhetsförskjutning rum där, hvarest den närmast syntes ske, nämligen från promittenten till tredjeman. Ej denna utan promissaren tillräknade promittenten den gjorda dispositionen. Promissaren åter disponerade ett motsvarande förmögenhetsvärde åt tredjeman. När nu på detta viset det till tredjemans förmån afgifna löftet i själfva verket motsvarades af ett löfte af promittenten till promissaren och ett med samma innehåll af denne till tredjeman, så fanns ej något rum öfrigt för ett promittentens disponerande åt tredjeman. Följaktligen kunde ej heller mellan dessa båda någon rättslig causa existera³⁾. Vid ställföreträderskapet åter lät promittenten genom det till ställföreträdaren afgifna löftet en ekonomisk fördel tillkomma tredjeman, ställföreträdarens principal, gent emot hvilken promittenten äfven fullföljde en liberal eller onerös causa. Ställföreträdaren ersatte alltså i ordets verkliga mening principalens eget kontraherande. Ett disponerande af förmögenhet från promittenten till ställföreträdaren föreligger lika litet som något dylikt från denne till hans hufvudman⁴⁾. Sin utredning slutar ZIMMERMANN med ytterligare följande distinktioner: »Bei der Stellvertretung handelt es sich um ein eingliedriges, beim Vertrag zu G. D. um ein zweigliedriges Geschäft. Und: bei der

¹⁾ Se ZIMMERMANN a. a. s. 78—85.

²⁾ Detta var nödvändigt, ty hvarje förmögenhetsrättsligt aftal bestod, sedt från den tillvändandes (promittentens) ståndpunkt, af två psykologiskt oskiljbara beståndsdelar: tillvändandet i och för sig samt det rättsliga ändamålet, causan, med densamma. Och man måste säga, att causan alltid måste ligga i dens person, som dispositionen skall komma till godo; hvilket omvänt kunde uttryckas så, att ernåendet af ett rättsligt ändamål genom en ekonomisk disposition blott kunde vara möjligt, om man med densamma afsåg den person, gent emot hvilken man fullföljde causan. Om jag därför vill skänka X pengar i det jag betalade hans skuld till A, så innebar detta i själfva verket två dispositioner, en från mig till X och en från denne till A. Den förra donandi och den senare solvendi causa. ZIMMERMANN a. a. s. 78 f.

³⁾ ZIMMERMANN a. a. s. 81.

⁴⁾ ZIMMERMANN a. a. s. 84.

Stellvertretung handelt es sich um einen Vertrag, bei dessen normaler Erscheinung nur zwei Personen in irgend welchen »Betracht« kommen; dass noch Jemand (der Stellvertreter) in's Spiel kommt, ist Zufall. Der Vertrag zu Gunsten Dritter dagegen ist schon in seiner normalen Erscheinung auf drei »in Betracht kommende« Personen angelegt»¹⁾.

Äfven om med den ZIMMERMANNska utredningen spörsmålet angående skillnaden mellan tredjemansaftalet och ett kontraherande genom ställföreträdare i hufvudsak inom teorien anses hafva fått sin rätta lösning²⁾, så saknas dock ej röster, hvilka mer eller mindre energiskt höjts emot riktigheten af de ZIMMERMANNska kriterierna. Så vänder sig STEINLECHNER³⁾, hvilken väl finner ZIMMERMANNNS förklaring tankediger, däremot, att ZIMMERMANNNS utredning hvilade på den tysta förutsättningen, att blott de aftal till förmån för tredjeman voro tillättna, hos hvilka löftets causa låg i promittentens förhållande till promissaren. Det är tvifvelaktigt, säger STEINLECHNER, om en sådan inskränkning kan vara riktig. Och vore den ej riktig, så kunde det väl vara möjligt, att det förhölle sig så, som ZIMMERMANN säger, att någon causa ej existerade mellan promittenten och tredjeman, utan att i stället två causer existerade, en mellan promittenten och promissaren och en annan mellan denne och tredjeman. Detta kunde framför allt sägas om de af WINDSCHEID såsom, enligt sedvanerätt i »das gemeine Recht«, giltiga ansedda fallen, »in welchen die zu gunsten des Dritten versprochene Leistung die Natur einer Gegenleistung für eine dem Versprechenden von dem Versprechensempfänger gemachte Vermögenszuwendung hat.«⁴⁾ Men det vore äfven tänkbart, att promittenten ville skänka just åt tredjeman eller gent emot honom fullfölja någon annan causa och därvid

¹⁾ ZIMMERMANN a. a. s. 85.

²⁾ Se REGELSBERGER i E. H. H. II s. 475; DANZ, Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter, Leipzig 1886, sid. 118 f.; LEONHARD, Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten, Leipzig, 1892, s. 27; HELLWIG, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1898, s. 46, 333 ff.

³⁾ I recension af det ofvan citerade arbetet af ZIMMERMANN i G. Z. 4 s. 357.

⁴⁾ WINDSCHEID § 316.

begagna sig af tredjemansaftalet såsom »Effectuirungsmodus». ¹⁾ För att skilja ett sådant tredjemansafstal från ställföreträderskapet kunde man ej utnyttja de ZIMMERMANNska kriterierna, under det däremot den af WINDSCHEID uttryckta begreppsbestämningen ²⁾ äfven för dessa fall ägde giltighet.

Det är emellertid ej riktigt att påstå, det ZIMMERMANN utgår från den tysta förutsättningen, att löftets causa existerar mellan promittenten och promissaren vid tredjemansaftalet. Den tysta förutsättningen, hvarifrån ZIMMERMANN utgår, är, att det existerar en begreppslig skillnad mellan tredjemansaftalet och ett kontraherande med ställföreträdare ³⁾. Utgår man härifrån — och detta synes otvifvelaktigt STEINLECHNER göra —, så är enligt vår uppfattning hans invändning emot ZIMMERMANN alldeles obefogad. Ty om *G* lofvar *B*, att han vill skänka något till *T*, så måste om ett dylikt löfte sägas, att det är utan rättslig betydelse, om *B* ej accepterar detsamma såsom *T*'s ställföreträdare, resp. neg. gestor. Det föreligger då ett löfte, som är själfständigt accepterad af en person, hvilken detsamma ej alls angår. En sådan accept kan ej göra promittentens löfte bindande, enär detta trots accepten saknar en rättslig causa. Såsom sådan kan nämligen ej betraktas den omständigheten, att *G* vill gifva *T* en gåfva. Denna »causa» kan blott få någon betydelse, när löftet äfven riktas till *T*, eller hans ställföreträdare. Ty en rättsgiltig causa kan blott existera mellan anbudsgifvaren och acceptanten. Därför måste äfven löftet för att vara giltigt vid tredjemansaftalet hafva sin causa i promissarens person. Emot dessa satser har ej heller STEINLECHNER kunnat förebringa några skäl. STEINLECHNERS uppfattning kan därför i själfva verket ej sägas gå ut på något annat än att de ZIMMERMANNska kriterierna ej räcka till för att skilja giltiga löften, afgifna till en ställföreträdare, från rättsligen betydelselösa sådana, hvilkas irrelevans beror därpå, att acceptanten ej kan betraktas såsom ställföreträdare åt tredjeman. Nästan alldeles samma missförstånd som STEINLECHNERS af de ZIMMERMANNska kriterierna har också kommit till uttryck inom den

¹⁾ Ordet använder STEINLECHNER efter ZIMMERMANN.

²⁾ Se ofvan s. 2 ff.

³⁾ Jfr ZIMMERMANN a. a. s. 65 f.

svenska rättslitteraturen. Äfven TRYGGER ¹⁾ har nämligen förklarat sin anslutning till WINDSCHEIDS uppfattning, i det han finner ZIMMERMANNNS konstruktion riktig blott för »de fall, i hvilka aftal till tredjes förmån äro af »Das gemeine Recht» erkända.» ²⁾ Emot TRYGGER kan ytterligare göras den anmärkningen, att han till sitt stöd åberopar SIEGEL »För den däremot», säger TRYGGER, »som i likhet med SIEGEL (»Das Versprechen als Verpflichtungsgrund» Berlin 1873 s. 142—159) antager tillvaron af ett giltigt sådant aftal, såsnart prestationen skall ske till tredjeman, med fordringsrätt för denne, ej blott för promissaren, torde WINDSCHEIDS förklaring vara mera tillfredsställande». Det måste emellertid betraktas såsom ganska oförsiktigt af TRYGGER, att han hämtat stöd för sin uppfattning i det nämnda afseendet just af SIEGEL. Denne författare har nämligen, de citerade orden till trots, i aftalen till förmån för tredjeman öfverhufvud taget ej kunnat finna några verkliga aftal, utan hans åsikt går ut därpå, att promittentens utfästelse är ensidigt bindande såsom ett »Schuldversprechen zu fremden Handen». Promissaren har för SIEGEL ej den rättsliga betydelsen af acceptant. Han uppfångar blott promittentens löfte, så att detta ej sväfvat i luften; ett så sväfvande löfte vore nämligen ej giltigt, ty det giltiga löftet måste alltid riktas till en viss bestämd person ³⁾. Är efter SIEGEL sålunda promissarens hela roll att vara blott adressat för löftet, så är det äfven gifvet, att någon causa för detsamma ej kan existera mellan promittenten och promissaren. Ty så snart en rättsgiltig causa kommer till, måste promissarens ställning ipso iure öfvergå från adressatens till acceptantens. SIEGELS uppfattning låter sig därför alldeles icke i TRYGGERNS mening anföras »med afseende på de fall, i hvilka aftal till tredjes förmån äro af »Des gemeine Recht» erkända».

ZIMMERMANNNS teori har vidare rönt motsägelse hos OGONOWSKI ⁴⁾, som blott ville betrakta tredjemansaftalet såsom en art af ställföreträdarkäpet. Han medgifver, att ZIMMERMANNNS utredning är skarpsinnig; men dess värde förringades, enligt OGONOW-

¹⁾ TRYGGER, Om fullmakt såsom civilrättsligt institut, Upsala 1884, s. 26 n. 1.

²⁾ Jfr ofvan s. 7 n. 4.

³⁾ SIEGEL a. a. 142 f.

⁴⁾ OGONOWSKI, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Lemberg 1877.

SKI, däraf, att grundmotivet blott afsåg »bei der Verneinung einer Vertretungsbefugniss des Promissars zum stellvertretenden Handeln, die Construction des Verhältnisses auf das sonst gewiss unentbehrliche Moment des Erfordernisses einer Causalbeziehung zwischen dem Promittenten und Promissar einerseits und dem Promissar und dem Dritten anderseits, zurückzuführen — ein Moment, dessen Erheblichkeit ebenso in der Theorie wie in der Praxis vielfach nicht mit Unrecht geleugnet wird». OGOŃOWSKI utvecklar närmare sin uppfattning därhän, att det vid aftalen till förmån för tredjeman väsentligen just kom an på ett kausalförhållande mellan denne och promittenten. Å den senares sida förelåg i regeln en animus donandi; om därjämte en causa existerade mellan promittenten och promissaren samt mellan denne och tredjeman vore blott en bisak.¹⁾ Föreligger emellertid verkligheten mellan promittenten och tredjeman en causa donandi, så är det ju äfven efter ZIMMERMANN klart, att ett tredjemansafstal ej kan föreligga, liksom ZIMMERMANN aldrig förnekat, att i dylikt fall promissaren utan att hafva fullmakt kunde hafva mottagit promittentens löfte för tredjemans räkning. ZIMMERMANN säger, att causan för promittentens löfte måste utmynna antiugen i promissarens person ellar ock i tredjemans. Inträffar det senare, så är tredjemansafstalet just på denna grund uteslutet. Men OGOŃOWSKIS uppfattning synes gå ut därpå att, äfven om löftet afgifvits med hänsyn till en causa mellan promittenten och promissaren, som ytterligare vill hafva en causa realiserad med hänsyn till tredjeman, så förelåg en causa, vanligen donandi, mellan promittenten och tredjeman, hvilken causa gjorde den senare själf till medkontrahent genom promissaren. Denna uppfattning torde emellertid utan vidare kunna betecknas såsom omöjlig. Det är nämligen alldeles uppenbart, att ett löftes causa, i den mening detta ord fattats hos ZIMMERMANN, näml. såsom det löftet rättsligen karaktäriserande ändamålet, blott kan vara enartad och sålunda omöjlig utmynna i såväl tredjemans som promissarens personer. Om t. ex. *B* säljer något till *G*, och denne skall betala köpesumman till *T*, hvilken *B* därmed vill skänka, så har *G* otvifvelaktigt afgifvit sitt löfte att prestera till *T* för att betala *B* alltså causa solvendi. En sådan kan han omöjlig vilja realisera mot *T*, eftersom han ej har något att

¹⁾ OGOŃOWSKI a. a. s. 96—101.

betala till *T*, och en causa donandi mot denne är utesluten, eftersom löftet redan fått sin rättsliga karaktär genom causa solvendi.

DANZ, som gillar de ZIMMERMANNska kriterierna¹⁾, betonar särskildt, att vid tredjemansaftalet löftets causa ej får sträcka sig mellan promittenten och tredjeman²⁾. I en del exempel, som därvid af DANZ anföras, synes han oss emellertid vara alltför snar att kunna framleta just en dylik causa, i det han utan tvekan betecknar promissaren såsom tredjemans neg. gestor, ehuru man åtminstone kunde vara befogad att draga en sådan tolkning i tvifvelsmål. Om t. ex. *B* säljer sin utarrenderade jord till *G*, och därvid aftalas, att arrendatorn *T* under återstående arrendetiden skulle få bruka jorden, så menar DANZ, att *B* varit *T*'s negotiorum gestor, om *T* efter köpet har att utbetala arrendet till *G*, enär därigenom en causa kom till existens mellan *G* och *T*. Vi betvifla, att detta är en riktig uppfattning. Afgörande är uppenbarligen ej, om öfverhufvud taget ett rättsförhållande kommer till stånd mellan *G* och *T*, utan det kommer an därpå, om själfva löftet afgifvits med hänsyn till en causa i *T*'s eller *B*'s person. Otänkbart är nu ej, att i det gifna exemplet de närmare detaljerna gestalta sig så, att rättsgrunden för *G*'s löfte måste anses hafva afseende på *T*'s person. Man måste då tänka sig saken så, att *B* vid sidan af köpet framställer ett anbud till *G* att ingå arrendekontrakt med *T* på samma villkor som denne förut haft och att *G*'s löfte sålunda jämväl innebär en accept af det nämnda anbudet, hvarigenom nu ett arrendekontrakt afslutits mellan *G* och *T*. För en sådan uppfattning af fallet fordras emellertid helt säkert särskilda omständigheter, hvilka göra det klart, att *G*'s utfästelse ej vore att betrakta såsom en bestämmelse i köpeaftalet. Närmast till hands synes oss den uppfattningen ligga, att *G* genom sin utfästelse om *T*'s bibehållande vid arrendet såsom köpare åtagit sig ett särskildt prestandum. *B* öfverläter sin egendom till *G* mot en viss summa penningar jämte det, att *G* förbinder sig att låta *T* kvarstanna såsom arrendator. Fattar man saken så, då är det äfven klart, att löftets causa helt och hållet sammanhänger med köpeaftalet, utan att i någon mån beröra arrendatorn, och att den nämnda biklausulen måste

¹⁾ Se ofvan s. 7 n. 2.

²⁾ DANZ a. a. s. 119 n. 1.

uppfattas såsom ett aftal till förmån för tredjeman. Och rättigheten, som denne erhåller, måste i enlighet härmed sägas gå ut därpå att af *G* fordra afslutandet af ett med det förra öfverensstämmande arrendekontrakt. Att *B* dessutom såsom *T*'s neg. gestor kan avsluta detta kontrakt är själfklart; men detta blifver då en helt annan fråga. På liknande sätt anse vi äfven, att det förhåller sig med de andra af *DANZ* anförda exemplen. Om sålunda en forman betingar sig 20 kr. för forslingsarbetet jämte 2 kr. drickspengar till sitt biträde, så synes det vara uteslutet, att betrakta formannen som bitrådets ställföreträdare. *DANZ* menar nu, att »drickspengarne» betalas till biträdet i och för en detta angående causa donandi eller solvendi. Föreligger i bitrådets person den senare causan, så måste man väl betrakta formannen såsom ställföreträdare i accepterandet af löftet om drickspengarne; men det oriktiga är att antaga en själfständig causa solvendi i bitrådets person. En sådan uppfattning strider mot prestationens karaktär af drickspengar, utom det att det ej låter väl förena sig med formannens ställning såsom den kontraherande fraktföraren, att hans biträde särskildt betalas för sitt arbete. Betalar gäldenären åter biträdet de 2 kr. causa donandi, så torde den riktiga konstruktionen vara den — icke att formannen såsom sitt bitrådes neg. gestor accepterar ett gäfvölöfte af gäldenären — utan att denne emot formannen förpliktat sig dels att betala honom 20 kr. och dels att med biträdet ingå ett gäfvofotal om 2 kr. Det enklaste torde emellertid vara att uppfatta saken så, att gäldenären afgifver sitt löfte att betala biträdet 2 kr. liksom löftet att betala formannen 20 kr. med hänsyn till den i formannens person utmynnande causan solvendi.¹⁾ För gäldenären ter sig betalningen af de 2 kr. lika väl som af de 20 blott och bart som en motprestation för det af formannen utförda forslingsarbetet. Någon causa kan därför ej sägas föreligga mellan gäldenären och biträdet, hvilket framstår så mycket nödvändigare, om man betänker, att formannen uppenbarligen själf med den ifrågavarande prestationen vill realisera en viss causa mot biträdet, af onerös eller benefik natur. Ofta nog skall han i ett föregående aftal med sitt biträde hafva förbundit sig att i en dylik

¹⁾ Jämväl *HELLWIG* vill i ett dylikt aftal se ett vanligt tredjemansaftal a. a. s. 52.

form betinga sig betalningen för sitt arbetsbeting. — I detta sammanhang erinra vi oss ytterligare ett exempel, som af THUR¹⁾ diskuterats i hans kritiska anmälan af HELLWIGS ofvan citerade arbete: ett aktiebolag lofvar en dag frivilligt sina tjänstemän med anledning af ett jubileum, att deras efterlevande från och med den ifrågavarande dagen skulle hafva vissa pensionsrättigheter, hvilket löfte med tacksamhet antages af tjänstemännen. Föreligger ett aftal till förmån för tredjeman eller icke? Klart är visserligen att rättsförhållandet mellan bolaget och dess tjänstemän är orsaken till, att det nämnda löftet afgifves. Men att påstå det löftets causa därför utmynnade i tjänstemännens person, vore förhastadt. En sak är det etiska motivet till en rätts-handlings företagande, en annan sak är det rent juridiska ändamålet med denna rättshandling eller rättsgrunden i den mening, att handlingens juridiska art och giltighet af densamma bestämmes. Detta är löftets causa i den ZIMMERMANNska fattningen. Och en sådan causa existerar såvidt vi kunna finna ej mellan bolaget och tjänstemännen. En causa solvendi är ju afgjordt utesluten, enär förpliktelsen fullkomligt frivilligt åtagits och tjänste- och betalningsprestationerna redan voro fullt reglerade, så att bolaget ej hade något att betala till sin personal. Men vi anse äfven en causa donandi vara utesluten. Vårt resonnement är därvid följande. Ett tillförande af förmögenhet äger ej rum i riktningen bolaget-tjänstemännen. Dessas förmögenhet kan genom löftet och dess uppfyllande ej på något sätt sägas vara influerad. Skulle någon vilja säga, att tjänstemännen härigenom inbespara utgifter för lifräntor åt sina efterlevande, så invändes, att en besparing som består däri, att man kanhända, ja mycket ovisst eljest skulle hafva gjort en utbetalning, ej utan vidare kan betraktas såsom ett verkligt förmögenhetsmoment. Blott om utbetalningen eljest hade varit en plikt, måste afseende fästas å en dylik inbesparing. I annat fall skulle t. ex. en person, hvars hustru får en gåfva af en annan, sägas hafva fått ökad förmögenhet därigenom, att han nu ej behöfver anskaffa en liknande sak åt hustrun. Uppenbarligen kan emellertid saken ligga så, att en person kan skänka en annan genom att prestera till en tredje. För att emellertid en sådan causa skall anses realiserad genom prestationen, är det

¹⁾ Kr. V. Bd. 43 s. 546 f.

nödvändigt, att en särskild causa existerar mellan den begåfvade och den tredje, som erhåller prestationen, och genom denna realiserar. Skall i det gifna fallet en causa donandi kunna sägas existera mellan bolaget och dess tjänstemän, så är det alldeles nödvändigt att man äfven säger, att en causa (och i detta fallet donandi) existerar mellan tjänstemännen och deras anförvanter. Men ett påstående, att tjänstemännen, som acceptera bolagets anbud, samtidigt skänka sina anförvanter något, synes oss vara väl konstladt. En animus donandi å deras sida är utan tvifvel utesluten af den grund, att de ej kunna inse, att de i förevarande afseende hafva något att skänka bort. Härmed anse vi tredjemansaftalet vara uteslutet för att i stället tillgripa den vida förnuftigare förklaringen, att tjänstemännen acceptera bolagets anbud för sina anförvinters räkning. Af välvilja och tacksamhet mot tjänstemännen vill bolaget realisera en causa donandi mot dem, som stå dess tjänstemän nära och ligga dem om hjärtat. Just det sätt, hvarpå bolaget finner det lämpligt att gifva uttryck åt sin animus donandi, gör det nödvändigt, att denna kommer att riktas icke mot tjänstemännen själfva utan mot deras anförvanter, hvilket åter bolaget vet vara tjänstemännen lika välkommet. Att, såsom THUR säger, tillförsäkrandet af pensionerna ej skulle kunna betraktas såsom gåfvolöften (till anförvanterna), enär detta ej motsvarade kontrahenternas intentioner, därför kan väl näppeligen utletas något verkligt skäl. Huru svårt det emellertid blir för THUR att rubricera den ifrågavarande rättshandeln såsom ett tredjemansafstal framgår af hans resonnerande i frågan. Kan man här verkligen tala om ett tillförande af förmögenhet från de anställda tjänstemännen till deras anhöriga, frågar sig THUR. Låt vara att de anställda genom aftalet med bolaget förskaffade sina anhöriga försörjning, så bestämdes likväl både innehåll och riktning för den ifrågavarande prestationen icke af tjänstemännen utan af bolaget. Man kunde så mycket mindre tala om en »Zuwendung» från tjänstemännens sida, som man med detta ord vanligen afsåg, om icke alltid en minskning af den »tillvändandes» förmögenhet, så åtminstone en handling, hvarigenom han åt en annan upplät en förmån, som han eljest själf kunde tillgodogöra sig. Att någon dylik »Zuwendung» ej förekom å tjänstemännens sida, framgick nämligen däraf, att, om tjänstemännen afböjt bolagets anbud, så hade man ingen anled-

ning att antaga, det bolaget i stället skulle utlofvat en prestation åt dem. Trots alla dessa betänkligheter vill emellertid THUR i det ifrågavarande fallet se ett tredjemansaftal. Man kunde nämligen säga, att en »Zuwendung» från tjänstemännen till deras anförvanter förelåg, blott att denna skedde hvarken ur de förras förmögenhet ej heller på deras bekostnad. Enligt vårt förmenande innebär detta ej någon giltig förklaring till antagandet af ett tredjemansaftal. THURS »bevisföring» stöder oss blott i vår egen uppfattning, att den ifrågavarande rättshandeln för att vara rättsligen giltig måste inbringas under ställföreträderskapet ¹⁾.

EHRENZWEIGS anmärkningar mot den ZIMMERMANSKA utredningen äro oss svåra att fullt förstå. Han medgifver att, såsom ZIMMERMANN säger, promittentens löfte vid tredjemansaftalet måste hafva en causa som angår promissaren. Men ZIMMERMANN hade fel däri, »dass er dieser causa als der causa der Verpflichtung nicht auch das der Verpflichtung entsprechende Recht des Dritten unterwerfen will». ²⁾ På annat ställe uttrycker EHRENZWEIG det så, att ZIMMERMANN förbisett, att causan måste omfatta alla tre. Ty den »historiska causan» hade ej någon betydelse, utan afgörande var, om det till förmån för tredjeman afgifna löftet i sig upptagit aftalets causa eller icke. ³⁾ Så vidt vi kunna fatta EHRENZWEIG, vill han hafva sagt, att tredjemans rätt att fordra prestationen af gäldenären alltid måste hafva sin innersta grund i den mellan kontrahenterna bestående causan, hvilken på detta sätt kommer att angå honom. Men detta skulle helt säkert aldrig hafva förnekats af ZIMMERMANN, utan står fastmer i full öfver-

¹⁾ Jfr äfven EHRENZWEIG, Die sog. zweigliedrigen Verträge, insb. die Vertr. zu Gunsten Dritter, Wien 1895, s. 17. Han framhåller betydelsen af promissarens (åtminstone) medbestämmanderätt för att ett tredjemansaftal skall föreligga: »Immerhin aber wird man es als wesentlich betrachten müssen, dass der Wille des Promissars wenigstens mitbestimmend ist. Wo der Promittent von vornherein entschlossen ist, dem Dritten eine Zuwendung zu machen, während der Promissar nur ad adstringendam promissoris fidem beigezogen wird, also nur um den feststehenden Willen des Promittenten rechtliche Geltung zu verschaffen, da kann der Promissar — wenn das formale Requisite der Annahme nicht ad absurdum geführt werden soll — nur als negotiorum gestor des Dritten auftreten.»

²⁾ EHRENZWEIG a. a. s. 18.

³⁾ EHRENZWEIG a. a. s. 5.

ensstämmelse med dennes lära. Ty just däri, att löftets causa är aftalets causa, ligger ju, att denna i rättslig mening, såsom bestämmande löftets juridiska art, blott angår de kontraherande själfva, och att den sålunda ej utmynnar i tredjemans person. Om sålunda *B* säljer sitt hus till *G*, som lofvar att betala köpesumman åt *T*, så kan *G* med sin prestation till *T* omöjligen sägas realisera någon causa mot denne. Det kan otvifvelaktigt blott vara frågan om en causa solvendi; men att betala *T* i juridisk mening är uppenbarligen något för *G* alldeles omöjligt, eftersom han ej köpt huset af honom utan af *B*, i hvilkens person allena därför causan kan utmynna. I enlighet härmed anse vi det vara falskt eller åtminstone vilseledande att, såsom EHRENZWEIG, påstå det, liksom *G* mot *B* kunde göra sin rätt gällande genom en actio emti, så hade *T* emot *G* en actio venditi att tillgå. Ty *T* kan aldrig omedelbart grunda sin talan på annat än kontrahenternas, icke köpeaftal, utan biaftal med innehåll, att köpesumman skulle utgöras till honom. Med en rätt uppfattning af causans betydelse, anser nu EHRENZWEIG, att man blott kunde komma därhän, att promissaren visserligen i eget namn öfvertog förpliktelsen, men däremot erhöi rättigheten såsom tredjemans ställföreträdare. Ett sådan partiellt ställföreträdarskap vore i och för sig ej omöjligt och hade i teorien redan förekommit. ¹⁾ EHRENZWEIG skulle själf gå med på en sådan konstruktion »wenn nicht in manchen Fällen der Gedanke der Stellvertretung von vornherein ausgeschlossen wäre und wenn nicht das Gesetz oder die Absicht der Contrahenten so häufig sowohl auf die dem Geschäft vorhergehende Vollmacht als auf die demselben nachfolgende Genehmigung des Dritten verzichtet hätte». ²⁾ Men allt detta är ej något verkligt skäl för att icke antaga den ifrågavarande dubbelrollen hos promissaren. Det riktiga skälet ligger däri, att promissaren rent rättsligt ej kan vara tredjemans ställföreträdare med afseende på rättighetens uppkomst, enär detta måste strida mot — om icke promissarens så likväl — promittentens intentioner, hvilka icke gå ut på att skänka, låna, försträcka något åt tredjeman o. s. v. utan att fullfölja ett sådant mål mot promissaren. Att detta ej vore tillräckligt för att skilja tredjemansaftalet från ett kontraherande med ställföreträdare, där-

¹⁾ Se här nedan om LEONHARDS och EHRENBERGS åsikter.

²⁾ EHRENZWEIG a. a. s. 5 f.

för har, anse vi, EHRENZWEIG trots god vilja ej kunnat förebringa något giltigt skäl.

En egendomlig ståndpunkt intages i vår fråga af LEONHARD¹⁾. Å ena sidan skiljer han mellan ett aftal till förmån för tredjeman och ett kontraherande med ställföreträdare, men detta hindrar honom ej att å den andra sidan betrakta det förra såsom en art af negotiorum gestio. Detta får sin förklaring däraf, att för LEONHARD utgör det fullmaktslösa ställföreträdarskapet ej något egentligt ställföreträdarskap, utan är blott att betrakta såsom »eine Beihülfe zum Vertragsabschlusse», enär principalen själf måste gifva sitt bifall till hela rättshandlingens innehåll och sålunda det för det verkliga ställföreträdarskapet utmärkande momentet saknas, som ligger däri, att ställföreträdaren besparar principalen »nicht bloss die endgiltige Zustimmung sondern auch die vorherige Kenntnissnahme von dem Geschäftsinhalte, mit anderen Worten die entscheidende Vorprüfung dieses Geschäftsinhaltes»²⁾. Likväl anser LEONHARD, att aftalet till förmån för tredjeman strängt måste skiljas från det vanliga mottagandet af ett löfte för en frånvarande utan hans uppdrag därom. På kriterierna för denna skillnad anser LEONHARD att ingen så klart hänvisat som ZIMMERMANN. Emellertid hade denne förbisett en sak, och det att promissaren dock till en viss grad vore en verklig ställföreträdare, nämligen i fråga om tredjemans förvärf af rättigheten, under det han åtog sig den motsvarande förpliktelsen för sin egen räkning³⁾. Det är uppenbart, att denna anmärkning mot ZIMMERMANNNS lära i och för sig blott är ett utslag af LEONHARDS egen originella uppfattning om ställföreträdarskapets väsen. Så till vida kunna vi ej inom ramen för detta ämne upptaga densamma till bemötande. Emellertid se vi oss nödsakade att särskildt beträffande en punkt påvisa det oriktiga i LEONHARDS lära. I anledning af promissarens egendomliga ställning vill LEONHARD beteckna tredjemansaftalet såsom »der vertragsmässige Rechtserwerb für einen Dritten auf

¹⁾ LEONHARD, Die Afechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten, Leipzig 1892.

²⁾ LEONHARD a. a. s. 18 f.

³⁾ LEONHARD a. a. s. 27 f.

⁴⁾ LEONHARD a. a. s. 28.

eigene Kosten». Och häraf drager han den slutsatsen, att blott tvåsidigt belastande aftal kunde komma ifråga såsom tredjemansaftal. De andra kommo blott i betraktande såsom en vanlig negotiorum gestio¹⁾. Detta är utan tvifvel ej riktigt. Äfven om rent benefika aftal till en tredje persons förmån praktiskt taget ej kunna hafva någon betydelse, så är det likväl ej uteslutet, att promittenten med en prestation till tredjeman kan fullfölja en causa donandi mot promissaren. Och att därvid ett tredjemansaftal föreligger, det har LEONHARD själf erkänt i och med sitt bifall till den ZIMMERMANNska förklaringen. Om alltså *G* — för att använda LEONHARDS eget exempel — förklarar sig vilja såsom gåfva till *B* betala dennes skuld till skräddaren *T* och löftet antages af *B*, så föreligger ett verkligt tredjemansaftal, hvarur *T* kan blifva lika berättigad, som om *G* med sin prestation till honom afsett att betala en skuld till *B*. Löftets causa är uttryckligen att skänka *B*, som äfven genom dess infriande i juridisk mening erhåller en gåfva. Att en causa donandi emot *T* ej existerar är lika tydligt som att en causa solvendi är utesluten på den grund, att *G* hvarken vill eller kan betala *T* något, enär han ej är honom något skyldig. Löftets causa sträcker sig sålunda här emot *B*, under det att *T* ej beröres af densamma, och därmed borde enligt de ZIMMERMANNska kriterierna, som af LEONHARD i hvarje fall ej motbevisats, det gifna exemplet sägas utgöra ett verkligt tredjemansaftal. Att likväl prestationen till *T* går på *B*:s bekostnad, är ju klart nog och behöfver blott påpekas.

Från tredjemansaftalen vill EHRENBERG²⁾ strängt afskilja den s. k. försäkringen för främmande räkning. Beträffande denna har EHRENBERG en med LEONHARDS alldeles analog konstruktion. Försäkringstagaren är nämligen enligt EHRENBERG beträffande uppkomsten af den försäkrades rätt att betrakta såsom dennes ställföreträdare under det han är -själf kontrahent, så vidt det rör den emot försäkringsbolaget åtagna förpliktelsen. EHRENBERG har aldrig förnekat riktigheten af de moment, som af ZIMMERMANN uppställts för skillnaden mellan ställföreträdarskapet och tredje-

¹⁾ Jfr ZIMMERMANN a. a. s. 78 f. och EHRENZWEIG a. a. s. 18 f.

²⁾ EHRENBERG, Die Versicherung für fremde Rechnung i J. J. Bd 30 s. 422—482.

mansaftalet. För oss blir det därför närmast att undersöka, i hvad mån ZIMMERMANNNS utredning kan vara af betydelse äfven för spörsmål om det föreliggande aftalets rättsliga innebörd. Om *T* uppdrager åt *B*, att hos bolaget *G* försäkra något *T*:s intresse, så innebär detta, att *B* i eget namn med bolaget skall träffa det ifrågavarande försäkringsaftalet. Att bolaget uteslutande betraktar *B* som dess kontrahent, är ju klart däraf, att det blott i honom ser gäldenären. I enlighet härmed måste bolaget i den utlofvade prestationen till *T* finna en motprestation för den af *B* åtagna förpliktelsen. Löftets causa ligger därmed helt och hållet i *B*:s person; *T* kan i intet afseende af densamma beröras. Att åter *B* betingar sig prestationen åt *T* har sin grund i hans aftal med *T*, hvilket han därmed vill uppfylla. Sålunda existerar en causa äfven mellan *B* och *T*. Enligt ZIMMERMANN måste alltså sägas, att ett dylikt fall bör rubriceras såsom ett tredjemansaftal¹⁾. Att *T* själf ej anser sig stå i något kontraktsförhållande till bolaget, torde vara tydligt nog. Han vet ju väl, att han mot bolaget ej blir förpliktad; det är kanske för detta ändamål som han vändt sig med sitt uppdrag till kommissionären, och att han ej varit slug nog att meddela en fullmakt för kommissionären att ställföreträda honom i fråga om rättsförvärfvet, men ej beträffande förpliktelsen för detsamma, är väl ställt utom allt tvifvel. Det är oss därför särskildt svårt att förstå, huru EHRENBERG, när ett uppdrag meddelats *B* af *T*, på denna grund kan betrakta *B* rent af som befullmäktigad att ställföreträda *T* i rättsförvärfvet. Då *T* ej rimligtvis kan hafva klart för sig, att *B*:s ställning skulle hafva denna dubbla karaktär, kan ej i hans uppdrag jämväl ligga en fullmakt för *B*, att i en del af rättshandeln vara *T*:s direkte ställföreträdare. Det bör väl i hvarje fall blott kunna vara frågan om en negotiorum gestio. Det olämpliga i EHRENBERGS uppfattning af försäkringen för främmande räkning fram-

¹⁾ I ett afseende — och ett viktigt sådant — synes de ZIMMERMANNska kriterierna ej kunna passa in vid försäkringen för främmande räkning. Causan måste ju hänföra sig till en »Zuwendung», men hur skall man kunna tala om en dylik här från *B* till *T*? Strängt taget kan emellertid, som nedan skall visas, samma spörsmål *alltid* framkastas vid en tillämpning af ZIMMERMANNNS teori. Se emellertid härom nedan. För sammanhangets skull förutsätta vi, att denna invändning, hvars betydelse vi på en särskild grund kunna förringa, här ej blifvit framställd.

står ganska tydligt genom ett exempel, hvori *T* ej meddelat *B* något uppdrag att försäkra. Juveleraren *B*, som i sin affär af någon anledning förvarar smycken tillhöriga *T*, försäkrar dessa mot eldfara hos *G*. Han kan nu antingen betinga sig försäkringssummans utbetalande till sig själf; försäkringen anses då omfatta *B*:s skadeståndsskyldighet till *T* för smyckenas skada eller förlust. Men han kan äfven betinga sig, att försäkringsbeloppet utbetales till det förstördas ägare *T*. I båda fallen är motivet för *B* till försäkringens tagande ett och detsamma: undvikande af förlust genom eldskadan. Är det nu ej tillräckligt att säga, att de båda vägarne, som *B* kan välja, blott skilja sig så till vida åt, som den af *B* utbetingade prestationen har olika innehåll, därigenom att den i ena fallet skall utgöras till honom själf och i andra fallet till *T*? Måste man äfven säga, att i det sistnämnda fallet *B* är icke blott själf kontrahent utan äfven *T*:s neg. gestor? Om man ej öfverhufvud taget vill förneka tredjemansaftalets giltighet — och detta gör ej EHRENBURG — så är det verkligen svårt att inse, hvarför ej skillnaden mellan de båda aftalen, hvori *B* försäkrat *T*:s smycken, skall kunna uttryckas så, att det ena är ett vanligt aftal och det andra ett aftal om prestation till tredjeman, som därur erhåller en själfständig fordringsrätt. EHRENBURG synes äfven stå alldeles ensam med sin uppfattning. På tal om sjöförsäkringen för främmande räkning enligt H. G. B. I. § 785 heter det hos LEWIS: »Ein solcher Versicherungsvertrag ist zu betrachten als ein Vertrag zugunsten eines Dritten. Daher ist die Bestimmung des deutschen H. G. B:s keine rein positive Vorschrift des See-Versicherungsrechts, sondern lediglich eine Anwendung des Prinzips von der Gültigkeit der Verträge zugunsten Dritter»¹⁾. Att försäkringen för främmande räkning är ett aftal till förmån för tredjeman, anser äfven KOENIG²⁾. REGELSBERGER finner visserligen, att man ej får bestrida möjligheten af en sådan uppfattning som EHRENBURGS, men anser dock, att aftalet till förmån för tredjeman är den mest träffande rättsformen för försäkringen för främmande räkning³⁾. HELLWIG förkastar afgjordt

¹⁾ LEWIS, Lehrbuch des Versicherungsrechts s. 129 f.

²⁾ E. H. H. III s. 749—751.

³⁾ REGELSBERGER, Pandekten I, s. 591: » . . . der Grund warum sich der Versicherer verpflichtet, liegt in seinem Verhältnis zum Versicherungsnehmer».

den EHRENBERGSKA uppfattningen ¹⁾ och framhåller bl. a. med full rätt, att försäkringen för främmande räkning principiellt ej skiljer sig från andra rättshandlingar företagna i eget namn, men för en annans räkning. Lika litet som en försäljningskommissionär, hvilken utbetingade sig, att köpesumman betalades till kommittenten, därigenom blefve dennes direkta ställföreträdare, kunde detta sägas om den, som enligt uppdrag i eget namn ingick ett försäkringsaftal för främmande räkning ²⁾.

EHRENBERG påstår, att försäkringen för främmande räkning såväl ekonomiskt som juridiskt strängt skiljer sig från tredjemansaftalet. I ekonomiskt afseende, enär aldrig försäkringsstagaren, utan blott den försäkrade vore intresserad af, att gäldenären uppfyllde sin förpliktelse. Vi hafva här ofvan i exemplet om juveleraren, som försäkrade hos honom förvarade smycken, sett att försäkringstagaren hade ett mycket stort ekonomiskt intresse af, att försäkringsbolaget uppfyller sin förpliktelse. För öfrigt kan det ju ej vara fråga om, att just vid tredjemansaftalet för dess giltighet fordra ett i romerskt-rättslig mening pekuniärt intresse hos promissaren. Detta är ju en för länge sedan, äfven för »das gemeine Recht» öfvervunnen ståndpunkt. Ett pekuniärt intresse i den mening, att promissaren gör en för mögenhetsförlust, om löftet ej uppfylles, saknas enligt sakens natur mycket ofta vid tredjemansaftalet. Och man torde väl kunna säga, att vid försäkringen för främmande räkning försäkringsstagarens intresse är starkt nog, att kunna uppbära ett själfständigt aftal mellan honom och bolaget. Är försäkringstagaren *T:s* kommissionär, så behöfva vi ju blott hänvisa på annat kommissionärsskap, beträffande hvilket kommissionärens intresse aldrig anses för svagt för att man skall betrakta honom som själfständig kontrahent, därför att prestationen skall utgöras till kommittenten och ej till honom själf. Är åter ej åt *B* uppdraget att försäkra något åt *T*, så hafva vi ju sett, hurusom *B:s* intresse kan vara rent pekuniärt (juveleraren som försäkrar till förvaring mottagna smycken). Taga vi åter det fall, att *B* försäkrar sin tjänares egendom mot eldfara, så synes oss *B:s* intresse här vara alldeles detsamma som vid andra tredjemansaftal, hvarest *B* med prestationen åt *T* vill fullfölja en animus donandi. Som en följd af promiss-

¹⁾ HELLWIG a. a. s. 242 ff; 538 ff.

²⁾ HELLWIG a. a. s. 541.

sarens bristande intresse följer nu för EHRENBERG det viktigare juridiska sårmärket till skillnad från tredjemansaftalet, att försäkringstagaren ej får ett själfständigt anspråk på aftalets uppfyllande och att därför tredjemans afstående gjorde aftalet overksam¹⁾. Detta är emellertid ej något som i och för sig borde utesluta, att den ifrågavarande rättshandeln rubricerades som ett tredjemansaftal. Det är öfver hufvud taget en mycket omtvistad fråga om promissaren vid det tredjemansaftal, hvarur tredjeman erhåller en själfständig fordringsrätt, skall anses ha något anspråk mot promittenten²⁾. Men äfven för dem som anse, att jämväl promissaren har ett anspråk på prestationens uppfyllande, måste det gifvas fall i hvilka tredjemans afstående från fordringsrätten gör aftalet overksam i den mening, att promissaren därefter ej kan förfoga öfver prestationen. Om t. ex. *B* skänker något till *G* och därvid *G* utfäster sig att »som gengäld» för gåfvan utgöra en prestation till *T*, så torde i regeln innebörden af detta tredjemansaftal vara att fatta så, att *T*:s afstående från prestationen ej medför befogenhet för *B* att på annat sätt förfoga öfver densamma, utan att i stället *G* blifver fri från sin utfästelse³⁾.

¹⁾ EHRENBERG a. a. s. 426.

²⁾ UNGER, Die Verträge zu Gunsten Dritter, J. J. 10 s. 62, bestrider energiskt, att promissaren har något själfständigt anspråk. GAREIS, Die Verträge zu gunsten dritter, Würzburg 1873, s. 250 ff. bestrider principiellt en sådan rätt för promissaren.

³⁾ Jfr angående ett dylikt exempel HELLWIG a. a. s. 47 o. 116; se beträffande EHRENBERGS uppfattning REGELSBERGER, Pandekten I, s. 591: »dass der Verzicht des Dritten auf die Leistung den Versprechensempfänger zur anderweiten Verfügung über die Leistung berechtigt, ist kein wesentliches Merkmal der Verträge Z. G. D». Jfr äfven SCHLOSSMANNs nedan anförda arbete s. 67 n. 2: »Zu einem solchen Verträge ist ein Interesse des Versprechensempfängers an der Leistung um ihrer selbst willen nicht erforderlich, sondern nur ein Interesse daran, dass sie dem Dritten gewährt werde, und ein solches liegt stets vor, wenn er in Schenkungsabsicht, oder um eine Verpflichtung gegenüber dem Dritten zu erfüllen u. s. w. den Versicherungsvertrag geschlossen hat. Besteht wie das bei der Versicherung für fremde Rechnung allerdings zutrifft, kein Interesse an einer Leistung an ihn selbst so wird er freilich, wenn der Dritte auf sie verzichtet, nicht die Leistung für sich einfordern können. Muss aber nicht das gleiche gelten, wenn jemand in einem Gutsabtretungsverträge für seinen Ehegatten oder die Geschwister des Gutsübernehmers deren Alimentation von diesem ausbedungen hat?

Att SCHLOSSMANN ¹⁾, med sin revolutionerande uppfattning af ställföreträderskapet, ifråga om tredjemansaftalets begränsning mot detsamma skulle kunna dela den efter ZIMMERMANN allmänna uppfattningen, kunde ju knappast väntas. Vi kunna emellertid ej finna, att han i stort sedt kommit till något annat resultat än ZIMMERMANN. SCHLOSSMANN riktar sig mot ZIMMERMANNS påstående, att vid ställföreträderskapet promittenten gjorde en »Zuwendung» direkt åt promissarens hufvudman. Detta är enligt SCHLOSSMANN liktydigt med fiktionen, att ett med en ställföreträdare slutet aftal vore slutet med principalen själf ²⁾. Då det emellertid gäller att finna den objektiva skillnaden mellan de båda rättsinstituterna utan hjälp af fiktioner och rent subjektiva tydingar, så vore det klart, att man ej såsom ZIMMERMANN hade att söka skillnaden i förhållandet mellan promittenten och promissaren utan blott i förhållandet mellan denne och den tredje personen ³⁾. Och skillnaden består enligt SCHLOSSMANN däri, att vid ställföreträderskapet karaktäriserades causan för förhållandet mellan de båda personerna af tendensen att göra en annan en tjänst med afslutandet af rättshandlingen men förblifva främmande för dess fördelar och nackdelar. Till grund för förhållandet mellan promissaren och tredjeman åter måste en annan slags causa ligga, då detta rättsförhållande blott kunde bäras af en animus donandi, credendi, solvendi, condicionis implendae causa o. s. v. ⁴⁾. SCHLOSSMANN menar nu själf, att skillnaden mellan honom och ZIMMERMANN är den, att han finner det afgörande kännetecknet i arten hos den causa, som existerar mellan promissaren och den tredje personen, principalen eller tredjeman, under det ZIMMERMANN lägger vikt därvid, om ett kausalförhållande existerar mellan promittenten och promissaren eller mellan den förre och tertius ⁵⁾. Detta finna vi emellertid ej vara riktigt uttryckt ⁶⁾, ty SCHLOSSMANNS metod bör såsom sådan i

¹⁾ SCHLOSSMANN, Die Lehre von der Stellvertretung, I, Leipzig 1900.

²⁾ SCHLOSSMANN a. a. sid. 62.

³⁾ SCHLOSSMANN a. a. 63 f.

⁴⁾ SCHLOSSMANN a. a. 64 f.

⁵⁾ SCHLOSSMANN a. a. s. 65 n. 1.

⁶⁾ Ej heller har DNIESTRZANSKI lyckats formulera skillnaden riktigt när det a. a. s. 50 heter: »dass Zimmermann den ganzen Nachdruck auf die Personen legt, für welche die vermögensrechtliche causa von Bedeutung ist,

själfva verket ej kunna gifva något resultat, hvilket ej redan kunnat ernås genom det tillvägagångssätt, som ZIMMERMANN i sin utredning använt. Man får nämligen ej förgäta, att ZIMMERMANN, samtidigt som han för tredjemansaftalet fordrar en causa mellan promittenten och promissaren, så fordrar han äfven, att en causa existerar mellan denne och tredjeman. Och detta gör han, enär han finner tredjemansaftalet innebära ett förmögenhetstillförande äfven från promissaren till tredjeman. Men därmed har han äfven angifvit arten af den ifrågavarande causan: den måste hafva betydelse för att juridiskt karaktärisera ett förmögenhetstillförande och därmed är äfven sagt, att det vid tredjemansaftalet i förhållandet mellan promissaren och tredjeman blott kan vara fråga om en sådan causa, som af SCHLOSSMANN anföres nämligen en causa donandi, credendi, solvendi o. s. v. Att ZIMMERMANN nu ej talar om en annan slags causa mellan promissaren och principalen vid ställföreträderskapet beror blott och bart på det formella skälet, att han ej tager ordet causa i samma vida omfång som SCHLOSSMANN; han menar med detta ord blott causan för »eine wirtschaftliche Zuwendung». Vi mena alltså, att ZIMMERMANN först och främst sagt i det närmaste alldeles detsamma som SCHLOSSMANN ¹⁾ samt att han därutöfver sagt, att promittenten vid tredjemansaftalet ville realisera en causa mot promissaren och vid ställföreträderskapet mot tredjeman. Men är det, som de gemensamt sagt, riktigt så följer äfven hvad ZIMMERMANN därutöfver sagt med nödvändighet af hans och den gängse, från SCHLOSSMANNS afvikande uppfattningen af ställföreträderskapets väsen.

Det svåraste angreppet på ZIMMERMANNS lära är det som sist framstälts. Det härleder sig från den polske författaren

während Schlossmann das Wesen und den Inhalt dieser causa untersucht und darauf seinen Unterschied gründet».

¹⁾ Skillnaden dem emellan är en alldeles nödvändig följd af de olika uppfattningarne angående det omedelbara ställföreträderskapets väsen och kan sägas inskränka sig därtill, att om *B* såsom *T*'s mandatar ingår ett aftal med *G* om prestation till *T*, så föreligger för ZIMMERMANN en causa solvendi mellan *T* och *B*, som därför blir betraktad som verklig borgenär i ett tredjemansaftal, under det att SCHLOSSMANN anser, att en sådan causa mellan *B* och *T* är förhanden, som gör *B* till *T*'s ställföreträdare. Se SCHLOSSMANN a. a. s. 64 o. 67.

DNIESTRZANSKI ¹⁾). Han ironiserar skarpt öfver ZIMMERMANNNS tal om dubbla förmögenhetsförskjutningarne vid tredjemansaftalet, från promittenten till promissaren och från denne till tredjeman. DNIESTRZANSKI tycker, att det är märkvärdigt, att man ej undersöker förmögenhetsförskjutningen där, hvarest den verkligen äger rum, från promissaren till promittenten ²⁾). Men just där, hvarest någon förmögenhet i själfva verket ej alls öfvergår från den ena till den andra, där säger man, att ett förmögenhetstillförande äger rum och bygger därpå upp hela teorien. Förmögenhetstillförandet vore emellertid ett ekonomiskt begrepp, och därför ginge det ej an att vid konstruktionen af tredjemansaftalet finna ett förmögenhetstillförande där, hvarest detta i själfva verket ej vore förhanden. »Wie kann man hier», fortsätter DNIESTRZANSKI »von einer Vermögenszuwendung vom Promittenten an den Promissar sprechen? Wird hier etwa für einen Augenblick das Vermögen des Promissars vermehrt? . . . Wie ist es aber mit der Vermögenszuwendung des Promissars an den Dritten? Bekommt der Dritte etwas vom Promissar? In der Wirklichkeit gar nichts» ³⁾). DNIESTRZANSKI tänker sig här de ZIMMERMANNNSKA kriterierna tillämpade på tredjemansaftalet efter den allmänna läran, enligt hvilken tredjemans rätt uppstår ipso iure med kontraktets afslutande. Det är också ganska klart, att här i själfva verket ej kan finnas rum för något verkligt förmögenhetstillförande från promittenten till promissaren och från denne till tredjeman. Och kan man ej tala om något förmögenhetstillförande, så kan man naturligtvis ej heller tala om någon detta karaktäriserande causa. Så till vida kan därför hela ZIMMERMANNNS teori högst stödja sig på en fiktion. Korrektare hade därför ZIMMERMANN uttryckt kännetecknet för ett tredjemansaftal så, att vid tredjemansaftalet ställer sig resultatet alldeles så som om promittenten i och för en viss causa hade disponerat

¹⁾ DNIESTRZANSKI, Die Aufträge zu Gunsten Dritter, Lemberg 1904.

²⁾ DNIESTRZANSKI har nämligen sin alldeles särskilda uppfattning om konstruktionen af aftalet till förmån för tredjeman, hvilket ju äfven framgår af titeln på hans bok: Die Aufträge zu Gunsten Dritter. I enlighet härmed framstår för D. promissarens prestation till promittenten såsom det betydelsefullaste momentet.

³⁾ DNIESTRZANSKI a. a. s. 119; jfr betr. DNIESTRZANSKIS konstruktion framställningen här nedan.

till promissaren och denne vidare till tredjeman på grund af en causa i dennes person. Man skulle äfven från den härskande lärans ståndpunkt angående uppkomsten af tredjemans rätt kunna uttrycka kännetecknet för tredjemansaftalet så, att kontrahenternas intentioner äro sådana, att den ene skulle vilja realisera en causa mot den andre och denne åter en mot tredjeman, ehuru detta ej låter sig göra på grund af det i juridiskt afseende afkortade förfarande, som tredjemansaftalet efter creations-teorien innebär. Emellertid stöta äfven sådana formuleringar på hinder. Talet om causorna i den mening ZIMMERMANN utnyttjar detta begrepp förutsätter ju alltid ett tillförande af förmögenhet till den, mot hvilken causan riktar sig. Men äfven om man stundom med något fog kunde fingera en sådan förmögensförskjutning, enär prestationen till tredjeman verkligen ersätter en dylik till promissaren och vidare en från denna till tredjeman, så skulle åter en liknande fiktion i många fall ej kunna försvaras, enär prestationen till tredjeman just icke ersätter en prestation från promittenten till promissaren och en från denne till tredjeman. *B* skänker t. ex. *G* något och betingar sig därvid, att *G* utgör en prestation till *T*. Man kan nu ej rimligtvis säga sig, att denna prestation skall ersätta en af samma slag till *B* själf. Det kunde helt säkert aldrig komma ifråga, att *B* för sin gåfva anhållit om den ifrågavarande prestationen för sin egen räkning. Ännu mindre är en sådan tanke möjlig vid liffförsäkringsaftalet till förmån för en tredjeman. Här kan uppenbarligen ej ens för tanken något tillförande af förmögenhet komma ifråga från försäkringsbolaget till den försäkrade. Ersätter sålunda *G*:s prestation ej i första rummet en prestation till *B*, så kan ej heller vara tal om, att den ersätter en förmögensförskjutning från *B* till *T*. Härmed skulle vi hafva nått fram till det resultat, att de ZIMMERMANNska kriterierna ej ens från fiktionssynpunkt kunna upprätthållas. Vårt resonnement kan ej påverkas däraf, att man gifver begreppet »Vermögenszuwendung» ett så vidsträckt omfång som möjligt¹⁾. Det

¹⁾ Jfr HELLWIG a. a. s. 334 f: »Der Begriff der Vermögenszuwendung ist in dem weitesten Sinne zu nehmen. Es fallen hierunter nicht nur die Zuwendungen, welche den Zuwendenden ärmer machen und durch die das Vermögen des Bedachten vermehrt wird; es genügt, wenn diesem ein Recht zugewendet wird, durch dessen Ausübung der Bedachte seine wirt-

är och förblir dock alltid frågan om ett tillförande och för sådant finnes ej plats vid det kreerande tredjemansaftalet annat än mellan promittenten och tredjeman. Och dock måste ZIMMERMANNNS tanke vara riktig. Trots det ologiska i talet om de dubbla förmögenhetsförskjutningarne med ty åtföljande causor ha vi sett, huru man med hjälp af de af honom uppställda kriterierna i själfva verket kunnat komma fram till ett praktiskt godt resultat i det föreliggande spörsmålet. Därom vittna de många misslyckade försöken att fränkänna teorien dess riktighet och värde. DNIESTRZANSKIS angrepp är enligt vårt förmenande ej heller ägnadt att förvanska den tanke, som ligger bakom ZIMMERMANNNS utredning af skillnaden mellan ställföreträderskapet och tredjemansaftalet. Felet är nämligen ej att söka i denna tankes oriktighet, utan det har sin grund i den allmänna läran, enligt hvilken tredjemans rätt ipso iure »kreeras» omedelbart ur kontrahenternas aftal. Det tillhör ej denna delen af framställningen att gå in på vår uppfattning om konstruktionen af tredjemansaftalet med afseende på uppkomsten af tredjemans fordringsrätt. Så mycket måste emellertid redan här utan närmare motivering sägas såsom vår åsikt: genom tredjemansaftalet uppstår omedelbart ett anspråk för promissaren på prestation till honom själf eller — såsom i de nyss använda exemplen — till tredjeman. Dennes rätt uppkommer därigenom, att promissaren till honom öfverlåter sitt anspråk. Anbudet härom måste nämligen anses i och med aftalet accepterad af promittenten såsom tredjemans ställföreträdare utan fullmakt (negotiorum gestor). Med denna konstruktion blir det helt naturligt att upptaga ZIMMERMANNNS lära om causorna mellan promittenten och promissaren samt mellan denne och tredjeman. Promittenten lofvar promissaren med hänsyn till en viss causa. Den rätt denne i och med accepten af löftet erhåller öfverlåter han i och för en annan eller liknande causa åt tredjeman. Det naturliga förloppet fordrar här de båda

schaftliche Lage irgendwie verbessert». Men härunder är tydligen ej innesluten någon förklaring till, huru det kan blifva plats för en »Zuwendung» från promittenten till promissaren och från denne till tredjeman, trots det att dennes rätt ipso iure uppstår omedelbart efter promissarens accept af promittentens anbud.

causorna, och någon fiktion behöfver ej tillgripas ¹⁾. Felet hos ZIMMERMANN ligger nu däri, att han alltid vill låta en causa och »Zuwendung» följas åt. Han förbiser, att causan blott och bart refererar sig till det afgifna löftet och att den alltså måste utmynna hos den, som blir berättigad genom löftet och till hvilken sålunda detta i juridisk mening afgifvits. Men detta är visst icke alltid den som är föremål för förmögenhetstillförändret. Går löftet ifrån början ut på en prestation till tredjeman (*G* förpliktar sig t. ex. emot *B* att reparera en *T*:s sak), så kan här rimligtvis ej sägas annat än att förmögenhetsförskjutningen går i riktningen promittenten-tredjeman, under det causan för löftet har afseende å promissaren.

I och med de ZIMMERMANNska kännetecknen är tredjemansaftalet äfven skildt från de i juridiskt afseende betydelselösa löf-tena om prestation till tredjeman. Med afseende på denna afgränsning var det äfven som BÄHR framhöll betydelsen af causal-förhållandet mellan promittenten och promissaren ²⁾ och REGELSBERGER konstaterar likaledes värdet af detta moment för tredjemansaftalet till skillnad från rättsligen overksamma löften och samtal ³⁾. Man kunde därför — såsom också af HELLWIG gjorts ⁴⁾ — först på grund af kausalförhållandet mellan promittenten och promissaren afskilja tredjemansaftalet från de ogiltiga löf-tena om prestation till tredjeman samt därefter framhålla, att samma kri-terium vore afgörande äfven för begränsningen mot ställföreträ-darskapet. — Är sålunda tredjemansaftalet skildt från såväl ställföreträderskapet som de rättsligen ogiltiga löf-tena, så är det klart, att det sedan blifver ett nytt spörsmål, som ej kommer oss

¹⁾ Det kan vara af intresse att anteckna följande sats hos HELLWIG a. a. s. 337: »Das, was dem Dritten von dem Versprechensempfänger zugewendet wird ist direkt das Recht auf die Leistung, indirekt diese selbst». Satsen visar svårigheten att i det förevarande spörsmålet utgå från kreations-teorien, till hvilken HELLWIG i enlighet med B. G. B. ansluter sig. Ty hvar finns i denna plats för tillförändret från promissaren af en fordringsrätt åt tredjeman. HELLWIGS uttryck låter blott förklara sig med en teori, enligt hvil-ken tredjemans fordringsrätt härledes från promissarens.

²⁾ J. J. 6. s. 136.

³⁾ Kr. V. 11 s. 566.

⁴⁾ HELLWIG a. a. s. 44 ff., s. 49.

vid, huruvida den ena eller andra af dessa båda företeelser föreligga ¹⁾).

Huruvida en i ifrågavarande afseende relevant causa existerar mellan promittenten och promissaren har i olika fall bedömts på olika sätt. Så synes man i kommissionen för andra läsningen af förslaget till B. G. B. alldeles hafva missförstått den verkliga innebörden af ett sådant handlingsförlopp som att *G* lofvar *B*, som frivilligt understödt vissa personer och nu står i begrepp att lämna landet, att han efter *B:s* afresa vill öfvertaga understödet åt de ifrågavarande personerna. I kommissionen förut-sattes nämligen utan vidare, att en sådan öfverenskommelse är ett giltigt aftal, ehuru det ej förlänar tredjeman något själfständigt anspråk ²⁾. Det riktiga är onekligen, att med HELLWIG³⁾ i det nämnda exemplet blott se ett rättsligen irrelevant meddelande till *B* om att *G* ville gifva en gåfva åt de fattiga människorna. Någon causa för *G:s* löfte i *B:s* person kan nämligen ej utletas. PLANCK åter finner, att ett giltigt tredjemansaftal föreligger, i det han är af den åsikten, att omsorgen om de ifrågavarande personernas väl vore en tillräcklig causa ⁴⁾. Men det torde väl knappast vara af nöden att särskildt erinra därom, att det ej kan komma an på det etiska motivet eller styrkan af personernas intresse att ingå aftalet. Det afgörande kan blott vara, om *G* afgifvit sitt löfte med hänsyn till en causa, som karaktäriserar löftets rättsliga art d. v. s. om löftet afgifvits för att skänka *B* något eller för att med dess uppfyllande infria någon mot *B* åtagen förpliktelse eller om löftet afgifvits mot det att *B* åtager sig att prestera något till *G* o. s. v. I vårt fall kan frågan blott vara, om *G* gifvit sitt löfte för att skänka *B*. Detta skulle innebära, att gent emot understödstagarne skulle icke *G* utan *B* betraktas såsom gifvare af *G:s* understöd. Ty om *G* skall anses skänka *B* med

¹⁾ Jfr HELLWIG a. a. s. 44: »Sobald der Stipulant nichts als Ver-sprechensempfänger ist, wenn er, anders ausgedrückt, nicht selbst materiell an dem Geschäfte beteiligt ist, so ist es möglich, dass der Vertrag Gültigkeit hat, jedoch nur dann, wenn der Stipulant als Stellvertreter des Dritten ge-handelt hat, nicht aber als Vertrag auf Leistung an den Dritten.»

²⁾ Protokolle I s. 754.

³⁾ a. a. s. 50: »Es besteht also weder ein Kausalverhältnis zwischen den Pariscenten noch wird ein solches durch die getroffene Verabredung erzeugt.»

⁴⁾ PLANCK, Kommentar till B. G. B. II, 3 uppl. s. 164.

sin prestation till tredjeman, så innebär detta ju blott ett afkortadt förfarande för att *G* presterar till *B* och denne sedan animo donandi till tredjeman. Men utan tvekan torde man väl kunna säga, att den som faktiskt understöder fattiga människor, äfven tänker sig själf som gifvare af understödet. Det måste tillkomma säregna omständigheter för att en understödsgifvare ej skall sägas skänka understödet åt understödstagarne, utan att han med sin prestation åt dessa skall anses fullfölja en causa donandi emot en annan person, låt vara ock att han gifver understödet på dennes anmodan. Har alltså *G:s* löfte att öfvertaga understödet ej någon causa i *B:s* person, måste det sägas vara ogiltigt, såvidt ej — hvilket svårigen i det gifna exemplet kan vara fallet — *B* kan betraktas såsom ställföreträdare (neg. gestor) för personerna i fråga. Det skulle för öfrigt ställa sig ytterst egendomligt, om *G:s* löfte blefve bindande. Det kan uppenbarligen ej vara *B:s* mening, att *G:s* ställning såsom understödjare skulle vara mera bunden än *B:s* förut varit. Då *B* ej själf varit juridiskt förpliktad att understödja tredjeman, så måste det förefalla underligt, om *G* blefve rättsligen bunden till den utlofvade välgörenheten ¹⁾.

¹⁾ PLANCKS uppfattning liksom äfven kommissionens torde hafva rönt inflytande af den åsikt WINDSCHEID uttalar i sin pandektlära. WINDSCHEID ser saken uteslutande från synpunkten af borgenärens intresse (WINDSCHEID § 316, 1) och synes alldeles åsidosätta eller missförstå den af BÄHR framhållna betydelsen af att *G* med sitt löfte fullföljer en causa mot *B*. (WINDSCHEID § 316 n. 3.) Se jämväl betr. WINDSCHEID HELLWIG a. a. s. 51 och 333 n. 664.

II.

Innan vi härefter öfvergå till det egentliga föremålet för framställningen, undersökningen af tredjemansaftalets väsen, såväl det tredjeman berättigande som det honom icke berättigande aftalets, torde det — såsom redan inledningsvis antydts — vara af intresse att taga del af de senaste årtiondenas åsikter i ämnet. Då emellertid med »aftal till förmån för tredjeman» blott afsetts sådana kontrakt, hvarur tredjeman erhållit en själfständig rättighet, har den teoretiska striden, med bortseende från det tredjeman icke berättigande aftalet, helt naturligt kommit att koncentrera sig om spørsmålet angående uppkomsten af den själfständiga fordringsrätten för tredjeman. Att här söka gifva en bild af de olika åsikternas gång beträffande konstruktionen af tredjemansaftalet med afseende på tredjemans rätt alltifrån den klassiska jurisprudentens dagar intill vår tid vore ett vidlyftigt arbete, som ej i någon mån motsvarades af de resultat, som det kunde gifva. Däremot torde det vara befogadt, att i den ifrågavarande litteraturöfversikten inrymma de mera betydande författarne, hvilka uppträdt omkring eller efter midten af förra århundradet¹⁾. Med fog torde kunna påstås, att denna tidpunkt har betydelse i utvecklingen af läran om tredjemansaftalet. Det kaos af mer eller mindre olikartade åsikter, som ditintills utgjort den hithörande

¹⁾ I den förestående litteraturöfversikten upptagas helt naturligt ej de författare, hvilka behandlat ämnet i anslutning till bestämmelserna i B. G. B. Grundkonstruktionen är ju för dessa gifven i och med lagens positiva stadganden.

jurisprudensens tröstlösa bild börjar försvinna. Åsikterna antaga fastare och säkrare former. Härtill har kraftigt bidragit det af domstolarne alltmer erkända behovet af att tredjemansafftet blifver rättskraftigt och det ej blott för borgenären utan äfven för tredjeman. Detta har den betydande verkningen, att författarne mer och mer frigöra sig från det i den ifrågavarande läran så oerhördt tryckande oket under den romerska rättens inflytande. Målet för dem alla är att kunna tillförsäkra tredjemansafftet sådan giltighet, att tredjeman af detsamma kan erhålla en själfständig fordringsrätt¹⁾. Vägarne skilja sig emellertid åt. Bortser man från detaljfrågorna, så finner man dock, att hufvudspörsmålet i allmänhet utgöres däraf, om för tredjeman en rättighet måste förklaras uppkommen på härledningens väg eller om han kunde erhålla densamma direkt utan att den först tänktes uppstå hos borgenären. Den förra vägen har valts af STRIPPELMANN, BUCHKA, ZAUN och BÄHR. De öfriga författarne däremot förfäktat i allmänhet teorier, enligt hvilka tredjeman erhåller en rätt antingen ensam eller jämte promissaren, dock i hvarje fall utan att rättigheten anses hafva genomlöpt promissarens rättsfär.

Enligt STRIPPELMANN²⁾ uppstår genom tredjemansafftet omedelbart blott en rätt för promissaren. Dennes rätt låter emellertid STRIPPELMANN på grund af en *cessio legis* öfvergå på tredjeman, som erhåller en *actio utilis* emot promittenten³⁾. Ett sådant

1) Betecknande för betydelsen af den vid midten af 1800-talet inträdande perioden i utvecklingen af läran om tredjemansafftet är följande uttalande af GAREIS i förordet till hans bekanta afhandling, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, Würzburg 1873; Det heter där s. V: »Es ist das nicht ein Streit von heute, über tausend Jahre zieht er sich schon hin aber so alt er ist, es besteht dennoch Aussicht auf Endigung und so feindlich die Gegnerschaften in diesem Streite auch aufgetreten, so bunt sich Germanisten und Romanisten darin mischen und drängen, es besteht dennoch Aussicht auf Einigung und allseitigen Ausgleich. Ein solches friedliches Ende der Controverse sofort herbeizuführen, vermisst sich diese Schrift allerdings nicht; aber die Ueberzeugung, welche sich mir im Laufe der Vorstudien für die gegenwärtige Arbeit bildete, die Ueberzeugung dass die jüngsten Meinungsäusserungen über die vorwürfige Frage, so verschieden sie auch lauten doch convergirende Richtungen einschlagen, hat mir den Muth gegeben, in dem Streite selbst Stellung zu nehmen.»

2) STRIPPELMANN, *Neue Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Cassel* V, 1848.

3) STRIPPELMANN anför till stöd för sin teori bl. a. författare särskildt ROSSHIRT, *System der Verträge*, Heidelberg 1839. s. 80. Jfr GAREIS a. a. s. 87.

öfverlåtande af en rättighet från promissaren till tredjeman utan en uttrycklig cessionshandling anser STRIPPELMANN vara tillåten, »sobald nur die Verpflichtung oder Gesinnung eines Contrahenten, die ihm obliegende Cession zu leisten, aus der Natur des Vertrags selbst sich ergibt»¹⁾. Detta yttrande bör ses i samband med STRIPPELMANNS uppfattning om betydelsen af promissarens intresse af att den utlofvade prestationen utgöres till tredjeman. Gent emot MÜHLENBRUCH²⁾, som anser, att detta högst kunde medföra, att borgenären kunde fordra, att gäldenären fullgjorde prestationen till tredjeman, förklarar STRIPPELMANN, att borgenärens intresse visserligen närmast blott utgjorde villkoret för giltigheten af ett aftal till förmån för tredjeman öfver hufvud taget. »Dann aber», fortsätter han, »liegt darin doch auch in so fern der Grund der Wirksamkeit des Vertrags für den Dritten und der actio utilis, als aus dem Interesse des Promissars zu schliessen ist, dass der Dritte den Vertrag für sich geltend machen könne und möge und gerade hierauf die Fiktion, dass er wenn es erforderlich wäre dem Dritten sein Klagerecht cediren würde und somit die Gewährung der actio utilis selbst beruht . . . »³⁾. Härmed äro konstruktionerna af STRIPPELMANNS teori gifna. Tanken att tredjemans rätt uppstår på cessionens väg kan enligt vår mening innebära fröet till den riktiga lösningen af konstruktionsfrågan. Denna tanke ligger onekligen mycket nära till hands. Utgår man därifrån, att tredjeman bör kunna blifva berättigad, och är det teoretiskt motbjudande att utan positivt stöd anse, att rättigheten direkt uppstått för tredjeman, så återstår det ju blott att betrakta densamma såsom härledd, hvarvid tanken närmast ledes på en öfvergång af rätten från borgenären till tredjeman. Och dock torde STRIPPELMANNS lära ingalunda kunna sägas hafva gagnat den teoretiska utvecklingen. Den lyckades aldrig att vinna anklang hos hans samtida rättslärd. Detta säkerligen beroende på tvänne orsaker. Först och främst har STRIPPELMANN ej kunnat finna ett verkligt stöd för sin lära om en cessio legis utan hela hans teori står och faller med det godtyckliga antagandet af en fiktion⁴⁾. STRIPPELMANN har aldrig påvisat, att någon verklig öfverlåtelse af pro-

¹⁾ STRIPPELMANN a. a. s. 12.

²⁾ Cession der Forderungsrechte § 10 s. 80 f.

³⁾ STRIPPELMANN a. a. s. 10.

⁴⁾ Jfr GAREIS a. a. s. 95.

missarens rätt vore möjlig, utan att tredjeman själf vore närvarande, och för den, som ej låter sig nöja med blotta fiktioner, måste STRIPPELMANNNS lära därför vara otillfredsställande. Som en brist i denna måste vidare betraktas, att han ej närmare utvecklar, hvad det är för en fordringsrätt, som enligt hans mening från promissaren öfvergår till tredjeman. STRIPPELMANN anser sannolikt, att öfverlåtelsen består däri, att borgenären cederar en för honom själf uppstånden fordringsrätt på prestation till honom själf åt tredjeman. Detta gifver GAREIS anledning till den gent emot STRIPPELMANN betydelsefulla anmärkningen, att det vid tredjemansafftet öfverhufvud taget ej motsvarade kontrahenternas intentioner, att borgenären först erhöile en fordran på prestation till honom själf. Så hade försäkringstagaren ej något anspråk på lifförsäkringens utbetalande till honom själf och borgenären i ett undantagskontrakt med bestämmelsen om undantagets utbetalande till tredjeman kunde ej först sägas hafva en fordran på undantagets utgörande till honom själf, så att han sedan kunde öfverlåta detta anspråk till tredjeman¹⁾. Men om denna anmärkning äfven gäller många, kanske de flesta tredjemansafstal, så finnes det dock sådana afstal, hvori enligt sakens natur man måste antaga, att borgenären själf först erhåller en vanlig fordringsrätt på betalning till honom själf. *B* säljer t. ex. en sak till *G* och förordnar om köpesummans erläggande till *T*. Ännu tydligare framstår det sagda, om *B* först en tid efter köpets afslutande förordnar om, att köpesumman med *G:s* bifall ej skall erläggas till honom själf utan till *T*. Otvifvelaktigt har GAREIS' anmärkning i ett sådant fall ej någon giltighet. Men äfven vid alla de afstal, där GAREIS' anmärkning emot STRIPPELMANN måste betraktas såsom riktig, följer däraf ingalunda, att det vore »utan vidare omöjligt att här operera med cessionsbegreppet»²⁾. Man måste blott göra klart för sig, att öfverlåtelsen af borgenärens rätt vid tredjemansafftet — om man nämligen ville se tredjemans rätt grundad på en sådan — stundom har en vanlig fordringsrätt till föremål, men oftare åter omfattar borgenärens fordran på prestation, icke till honom själf, utan till tredjeman. Hvarför en sådan fordran ej skulle kunna öfverlåtas just till tredjeman, därför att han från början

¹⁾ Jfr GAREIS a. a. s. 95 f.

²⁾ GAREIS a. a. s. 95.

var destinatären för prestationen, är egentligen svårt att inse¹⁾. Att en sådan fordran öfverhufvudtaget ej skulle kunna öfverlättas har, så vidt vi veta, aldrig påståtts.

BUCHKAS²⁾ åsikt närmar sig ifråga om uppkomsten af tredjemans rätt ganska mycket STRIPPELMANNS lära. BUCHKA använder ordet »stillatigande cession», men i själfva verket kan därmed ej menas något annat än hvad STRIPPELMANN betecknat såsom en fiktion eller en *cessio legis*. En verklig stillatigande cession är nämligen lika litet som en uttrycklig sådan möjlig i annan form än aftalets. BUCHKA anser till skillnad från STRIPPELMANN, att tredjemansaftalet är rättsligen giltigt, blott om promissaren har ett pekuniärt intresse af att prestationen utgöres till tredjeman³⁾. I och för sig innebär enligt BUCHKA denna aftalets giltighet blott, att promissaren blifver berättigad att fordra prestationens utgörande till tredjeman. Denne åter kunde i regeln blott därigenom blifva själfständigt berättigad, att promissaren verkligen cederade den för honom uppståndna rättigheten åt tredjeman. Men i de fall, hvarest ett obligatoriskt förhållande mellan denne och promissaren förpliktade den senare till öfverlåtelse af fordringsrätten, blef tredjeman genom den nämnda stillatigande cessionen berättigad. Att på grund af kontrahenternas i aftalet uttalade afsikter tillerkänna tredjeman en omedelbar rätt ur detsamma, anser BUCHKA vara juridiskt omöjligt, då de obligatoriska verknin-garne af ett aftal blott kunna sträcka sig till dem, som själfva deltagit i aftalet. Den motsatta åsikten stod ej blott i strid med den romerska rätten; den kunde ej heller i »das gemeine Recht» erhålla något annat stöd än den subjektiva uppfattningen hos dess egna försvarare⁴⁾. BUCHKAS konstruktion kan emellertid ej sägas vara mera lyckad än STRIPPELMANNS, och gäller mot honom äfven hvad vi sagt om den senares teori. BUCHKAS teori är emellertid så till vida särskildt intressant, som han betonar ett

¹⁾ Jfr HELLWIG a. a. s. 318 f. Han förutsätter med rätt såsom något själfklart, att en sådan öfverlåtelse är rättsligen giltig. »Man wird nicht bezweifeln dass der Stipulant seinen Anspruch cedieren kann, so insbesondere an den Dritten selbst.» Annan åsikt hos GEORGI, Verträge zu Gunsten Dritter, Diss. Aachen 1900, s. 21 f.

²⁾ Die Lehre von der Stellvertretung, Rostock und Schwerin, 1852.

³⁾ BUCHKA a. a. s. 189 ff.

⁴⁾ BUCHKA a. a. s. 192.

förutbestående rättsförhållande mellan tredjeman och promissaren såsom i själfva verket konstituerande den förres rätt. Då han grundar denna på tredjemans fordran mot promissaren leder han därmed tanken osökt in på den uppfattning, att tredjemansaftalet blott under formen af en passiv delegation kunde medföra rätt för tredjeman. БУЧКА formulerar visserligen saken så, att förhållandet mellan promissaren och tredjeman ålägger den förre icke att själf prestera en prestation af det slag som den i tredjemansaftalet utlofvade, utan blott att cedera den fordran på en dylik, som uppkommit genom tredjemansaftalet. Men det torde då ligga nära till hands att tänka sig, att tredjeman har en vanlig fordran mot promissaren, att denne skall prestera något till honom, samt att promissaren för att likvidera denna fordran i ett aftal med promittenten betingar sig, att denne i stället för till promissaren betalar till tredjeman. För dessa fall skulle onekligen den s. k. passiva delegationen kunna tjänstgöra som typ. Med ett sådant betraktelsesätt vore emellertid intet vunnet till utvecklingen af det hithörande spörsmålet. Först och främst förblefve konstruktionsfrågan obesvarad i alla de fall där tredjeman ej mot promissaren hade någon fordran, som genom promittentens prestation betalades. Men äfven för de öfriga återstår det att besvara spörsmålet, hvarför den passiva delegationen skulle kunna medföra en rätt för tredjeman utan hans medverkan vid aftalet.

Äfven ZAUN ¹⁾ vill se förklaringsgrunden till tredjemans rätt i en cession, men till skillnad från STRIPPELMANN och БУЧКА vill han åt tredjeman inrymma en actio utilis »auf Grund thatsächlich erklärt Cession» ²⁾. Men det är ej det vanliga cessionsbegreppet, som ZAUN sysselsätter sig med. För att fatta de citerade orden är det nödvändigt att se ZAUNS lära i sin helhet. ZAUN vill i stället för att hålla på den »hittills omtyckta systematiska skillnaden mellan det egentliga ställföreträderskapet och de s. k. aftalen till förmån för tredjeman» sammanföra båda kategorierna under den gemensamma synpunkten af »der Vertre-

¹⁾ I Archiv für praktische Rechtswissenschaft N. F. Bd I: Zur Lehre von der s. g. fingirten Cession, der Stellvertretung, der s. g. Verträgen zu Gunsten Dritter und der Schuldübernahme, s. 11—69, 113—152.

²⁾ ZAUN a. a. s. 53.

tung fremder Interessen»¹⁾. Enligt den romerska rätten kunde nu ej den af en ställföreträdare ingångna obligationen själf öfvergå på principalen på samma sätt som denne förvärfvade besittnings- och äganderätt genom sin ställföreträdare rättshandling. Däremot fanns det intet hinder för att låta ställföreträdarens vilja i obligationsförhållanden hafva åtminstone den verkan, att principalen kunde utöfva (solutio, utilitas) den i företrädarens person grundade och kvarstående obligationen. Och denna ställföreträdarens i rättshandlingen med den andra kontrahenten till uttryck komna vilja ville nu ZAUN beteckna såsom »eine thatsächliche Cession»²⁾. I denna fattning ligger tydligen ej någon motsägelse däri att å ena sidan betrakta borgenären såsom tredjemans ställföreträdare och å andra sidan anse, att tredjemans befogenhet att fordra prestationen grundar sig på en cession³⁾. En annan sak är att uttrycket cession åtminstone i våra dagar är fullkomligt vilseledande för en rättshandling, som innebär blott ett bemyndigande för en person att utöfva en annans rätt, i all synnerhet om detta bemyndigande formellt ej riktas till honom själf utan till den person, med hvilken han, såsom bemyndigad, äger att förhandla⁴⁾. Kardinalfelet i ZAUNS lära hvilat emellertid på den »enhetliga betraktelsen» af tredjemansaftalen och de aftal, hvori promissaren är tredjemans ställföreträdare. Härtill har ZAUN sannolikt blifvit förvillad af de exempel, som han anför. Först sysselsätter han sig med det fall, att *G* lofvar *B* att betala sin skuld till *T*, hvilken hotar att göra sak emot *B*. Med rätt antager ZAUN, att ett sådant löfte är utan juridisk betydelse. Och skälet härtill finner ZAUN — likaledes med full rätt — ligga däri, att *G*:s löfte blott har moralisk betydelse, framkalladt som det är, endast af *B*:s omsorg om *G*:s goda rykte. Låge däremot motivet för *B* helt eller delvis i hän-

¹⁾ ZAUN a. a. s. 53.

²⁾ ZAUN a. a. s. 46 f.

³⁾ Jfr GEORGI a. a. s. 21 n. 30. Hans anmärkning mot ZAUN synes oss i enlighet med hvad vi ofvan i texten sagt, vara fullt obefogad. Den kan svårligen förklaras annorlunda än att GEORGI förbisett innehållet i ZAUNS afhandling å s. 46 f.

⁴⁾ Jfr ZAUNS teori med BÄHRS här nedan anförda konstruktion. Likheten är slående; så mycket egendomligare som bådas läror utkommit ungefär samtidigt, så att säkerligen ZAUN ej hunnit taga del af BÄHRS åsikt, hvilken blott helt kort tid förut publicerats.

synen till *T*'s intresse så finge *G*'s löfte »regelmässig den Charakter einer durch die Vertretung fremden Interesses hervorgerufenen Obligation . . . Namentlich muss dies auch behauptet werden, falls der Grund, weshalb sich der Promissar das Versprechen geben lässt, nicht in Beziehungen des Promissars zu dem Promittenten, z. B. darin dass dieser jenem Etwas schuldet, sondern lediglich in der aus sittlichen Motiven entspringenden Rücksicht auf den Dritten zu finden ist» ¹⁾. ZAUN har sålunda förbisett betydelsen af ett eventuellt kausalförhållande mellan promittenten och promissaren samt därför äfven bemödat sig blott att finna svaret på frågan, om promissaren skall betraktas såsom ställföreträdare eller om löftet, enär detta ej vore fallet, skall vara ogiltigt. Han har ej förstått att i variationen af sina exempel få fram alla nyanser. Så kan ej heller i det andra af ZAUNS fall, *B* erhåller ett löfte af *G* om en gåfva till *T*, såsom detta formulerats, spörsmålet kunna blifva annat än om löftet skall blifva bindande, enär *B* kunde betraktas såsom *T*'s ställföreträdare, eller icke. Härmed är ju ZAUNS lära vederlagd redan i afhandlingens första kapitel. Vi anse det emellertid ej vara riktigt att, såsom t. ex. UNGER gjort ²⁾, beteckna ZAUNS uppfattning såsom ett steg i reaktionär riktning, därför att han ej sökt upprätthålla skillnaden mellan tredjemansaftalet och ett aftal hvare »tredjeman» är företrädd af promissaren. Ty om också UNGER bemödat sig att hålla dem åtskilda, så har ju dock genom ZIMMERMANN påvisats, att UNGER själf ej lyckats utfinna själfva grundsatsen för den nämnda åtskillnaden. Enligt vårt förmenande har ZAUN blott förfarit konsekvent, när han, öfvertygad om omöjligheten att kunna principiellt bestämma gränsen mellan de båda aftalsformerna, sökt häfda, att någon skillnad dem emellan ej existerade. De ZIMMERMANSKA kriterierna voro för ZAUN obekanta, och att det just är bristen på ett verkligt kriterium för skillnaden, som gör att ZAUN betraktar de ifrågasvarande företeelserna öfver en bank, framgår af hans anmärkning emot BUSCH ³⁾, som strängt sökte upprätthålla skillnaden mel-

¹⁾ ZAUN a. a. s. 53 f.

²⁾ UNGER, die Verträge zu Gunsten Dritter, J. J. 10, s. 72—74.

³⁾ BUSCH, Doktrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter, Heidelberg 1860.

lan ställföreträdarkapet och tredjemansaftalet: »Er hat es aber überall an der Bezeichnung desjenigen Kriteriums fehlen lassen, an welchem er erkennen will: ob ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten mit oder ohne Stellvertretung abgeschlossen sei»¹⁾.

Synnerligen intressant inom den hithörande doktrinen är den teori, som framställts af OTTO BÄHR, första gången i hans afhandling öfver »die s. g. Verträge zu Gunsten Dritter»²⁾. Det har redan anförts, att BÄHR är den förste, som betonat betydelsen däraf, om löftets causa ligger i ett rättsförhållande mellan promittenten och promissaren eller icke, hvilket ju äfven af REGELSBERGER framhållits såsom en BÄHRs bestående förtjänst³⁾. Instämman med BÄHR måste man dessutom, när han drager i härnad mot den gängse uppfattningen, hvilken betecknade tredjemansaftalet såsom ett aftal till förmån för tredjeman. »Es ist ein schlimmes Ding in unsrer Wissenschaft mit ungenauen und unrichtigen Namen» börjar BÄHR sin nämnda afhandling. Ett sådant olyckligt valdt namn vore nu den gamla benämningen »aftal till förmån för tredjeman». Dessa voro i själfva verket, säger BÄHR, efter anförande af några exempel, ej aftal till förmån för tredjeman utan till förmån för promissaren själf, som åter »die ihm zugesagte Leistung einem Dritten überweist»⁴⁾. Själftva BÄHRs uttryck, att aftalet ingicks till förmån för promissaren, måste väl i de flesta fall få anses innebära en öfverdrift — dock blott en formell sådan. Ty hvad BÄHR menar är blott, att promissaren avsluter tredjemansaftalet, liksom ett vanligt aftal, därför att han vill det. Promissaren har nämligen alltid ett intresse af att erhålla promittentens löfte. Af hvad slag detta intresse åter är, det är likgiltigt, då det alltid hade sin bakgrund i den mellan promissaren och promittenten bestående giltiga causan. Ett i och för en sådan causa afgifvet löfte måste vara rättsligen relevant — men blott för den, till hvilken det afgifvits och hvilken causan angår. Någon rättsgrund existerade ej, enligt hvilken detta löfte i och för sig kunde berättiga någon annan än promissaren. Får tredjeman någon rätt, då kan därtill ej gifvas någon annan förklaring än att rätten härledts från promissarens.

¹⁾ ZAUN a. a. s. 56.

²⁾ J. J. 6 s. 131—186.

³⁾ Se ofvan s. 5.

⁴⁾ BÄHR a. a. s. 136.

Sådan torde man kunna beteckna grundtanken i BÄHRs uppfattning om tredjemansaftalet. De olika vägar, som förut af teorien anlåtats för att förklara uppkomsten af tredjemansrätt, kunde nu ej BÄHR följa. Han kunde lika litet ansluta sig till de af åtskilliga författare förfäktade cessionsteorierna, som de af andra åter företrädde acceptationsteorierna ¹⁾ af det skälet, att kontrahenternas vilja öfverhufvudtaget ej gick ut därpå att i och med aftalet träda i något slags rättsförhållande till en utomstående person. Hvarken promissaren eller promittenten kunde anses i och med aftalet dem emellan utsträcka handen åt tredjeman, så att han blott behöfde slå till för att själf blifva medkontrahent ²⁾. Detta skäl för att ej gå med på de ifrågavarande teorierna torde emellertid ej kunna tillmätas någon betydelse. Hvarför skulle ej någon af kontrahenterna *vilja* träda i ett slags rättsförhållande till tredjeman? Vore detta påstående riktigt, då följde därutaf, att kontrahenternas afsikt skulle gå ut därpå att låta en rätt uppkomma för tredjeman, blott om detta vore möjligt utan att därvid ett rättsförhållande uppstod mellan honom och någon af kontrahenterna, ett villkor, som säkerligen ej kan anses innehållas i aftalet af det enkla skälet, att kontrahenterna ej reflekterat däröfver. Den juridiska förklaringsgrunden till tredjemans rätt måste vara dem skäligen likgiltig. Riktigare hade otvifvelaktigt varit, om BÄHR uttryckt saken så, att rättigheten enligt de nämnda teorierna ej kan uppkomma för tredjeman, när promittenten eller promissaren på de föreslagna sätten i själfva verket ej *kan* komma i något rättsförhållande till tredjeman, hvilket kunde grunda dennes rätt. BÄHRs förklaring står äfven — såsom framgår af det följande — i strid med den af honom själf förfäktade konstruktionen. Redan af utgångspunkten framgår ju, att denna måste gå ut på ett rättsförhållande mellan promissaren och tredje man. BÄHR förkastar äfven de läror, som vilja låta tredjemans rätt vara beroende af hans *ratihabition* ³⁾. Därmed anser nämligen BÄHR vara sagdt, att promissaren vore tredjemans ställföreträdare, ett betraktelsesätt, som ju redan för BÄHR måste vara förkastligt, när vid tredjemansaftalet löftets causa utmyn-

¹⁾ Jfr ofvan om STRIPPELMANN, BUCHKA och ZAUN, samt nedan om BESELER och BUSCH.

²⁾ BÄHR a. a. s. 144 f.

³⁾ BÄHR a. a. s. 145.

nade i promissarens person. — BÄHRs egen uppfattning af tredjemansaftalets byggnad är i korta drag följande. Det gifves två former, under hvilka man kan låta innehållet af en rätt komma en annan till godo: ett öfverlåtande af rätten och ett bemyndigande att utöfva densamma. Vid fordringsrätterna innebar det förra en cession; det senare åter motsvarades af romarnes *mandatum actionis*, hvarur senare cessionen utvecklade sig. Ännu i dag kunde man emellertid tänka sig cessionen verkställd på det viset, att borgenären gäfve en annan person fullmakt att inkasera fordringen samtidigt som denne erhöill tillåtelse att behålla det utkvitterade för egen räkning. Det slutliga resultatet vore detsamma för båda formerna; de skilde sig åter däri att cessionen genast medförde en oåterkallelig fordringsrätt, under det att det blotta bemyndigandet att lyfta fordringen när som helst kunde återkallas, intill det att fordringen blifvit lyftad. I tredjemansaftalet, hvari promissaren nu ville låta ett honom förvärfvadt anspråk komma tredjeman till godo, kunde man nu visserligen ej se en cession till tredjeman af den för promissaren uppståndna rätten, men väl kunde man däri finna den ofullständigare formen för att låta ett anspråk komma en annan tillgodo. Man kunde nämligen betrakta tredjeman som bemyndigad att göra promissarens anspråk gällande. Ty om promissaren anvisade promittenten att utgöra den utlovade prestationen till tredjeman, så låge däri tillika en vilja uttalad, att tredjeman skulle mottaga prestationen, och härur låte vidare härleda sig, att tredjeman också skulle vara befogad att begagna sig af de till förverkligandet häraf afsedda medlen, d. v. s. med rättslig verkan föra talan mot promittenten om prestationens utgörande. I det praxis tillåte en sådan talan — *actio utilis* på grund af ett fingeradt mandat — förallmänligade hon blott en lära, hvartill man redan i romarrätten kunde spåra en början och som motsvarade ett verkligt praktiskt behof, »ohne gleichwohl das Mass zu überschreiten, innerhalb dessen der Obligationenverkehr einer Ausdehnung, unbeschadet des ursprünglichen Charakters der Obligation, fähig ist»¹⁾). Konsekvenserna af sin uppfattning sammanfattar nu BÄHR i följande punkter. Närmast utgjorde prestationen en promissarens rätt. Men äfven tredjeman hade en talan, och denna kunde såtillvida betecknas såsom själfständig, som

¹⁾ BÄHR a. a. s. 146—148.

han fullföljde densamma i sitt eget intresse. Därför kunde han också disponera öfver densamma, cedera och ingå förlikning. Men promissaren kunde till en början godtyckligt återkalla tredjemans befogenhet. Oåterkallelig blef denna först genom formlig cession, särskildt löfte af promittenten till tredjeman om betalning, domstolsutslag på promittentens betalningsskyldighet samt promissarens död. Däremot kunde tredjeman ej anses hafva stadfäst sin rätt genom talans instämmande¹⁾. Detta är innehållet i BÄHRs lära, som han äfven i sina senare arbeten vidhållit²⁾. För oss utgör den nämnda teorien, utgången från en af den tyska rättsvetenskapens främsta män, ett godt stöd för vår egen uppfattning, att tredjemans rätt ej utan att ha sin grund i någon positiv rättssats kan anses uppkomma på kreationens väg. Hvarken kan praxis sägas hafva infört eller rättsbehofvet göra anspråk på en ny rättsgrundsats af detta innehåll, så länge det är möjligt att på härledningens väg förklara uppkomsten af tredjemans rätt. WINDSCHEID säger visserligen i anslutning till kreationsteoriens män, UNGER, GAREIS och REGELBERGER, att den enda träffande konstruktionen är, att man låter tredjemans rätt uppstå »wie aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag als solchem, so auch ohne Durchgang durch die Person des Versprechensempfängers . . .»³⁾. BÄHR säger om alla dessa författare, att de visserligen ville tillerkänna giltighet åt tredjemansaftalet, »verzweifeln aber an die Möglichkeit einer juristischen Konstruktion». Deras »konstruktion» vore icke träffande, utan innebar i själfva verket ett afstående från en konstruktion⁴⁾. Äfven om emellertid ett sådant uttalande af BÄHR torde vara berättigadt, så förtjänar hans egen teori ingalunda att gillas. Denna har ej ett fel, som med något god vilja kunde undanrödjas, utan själfva konstruktionsbyggnaden är oriktigt lagd. I och för sig möter väl intet hinder för att i aftalet se ett bemyndigande för tredjeman att för promissarens räkning infordra prestationen eller föra talan om dess utbekommande. Men huru i tredjemansaftalet kan ligga ett berättigande för tredjeman att för egen räk-

¹⁾ BÄHR, a. a. s. 154 ff.

²⁾ Se BÄHR, Urteile des Reichsgerichts, München 1883, s. 73 ff. samt Ark. civ. 67, särskildt s. 158 n. 1.

³⁾ WINDSCHEID § 316 a. 3.

⁴⁾ BÄHR, Urteile s. 83.

ning behålla prestationen, huru man med BÄHRs konstruktion skall kunna i någon mån beteckna hans talan såsom själfständig eller huru tredjeman kan med promissarens död eller res iudicata få en själfständig rätt, härför har BÄHR ej kunnat anföra ett giltigt skäl. Sådant kan man nämligen ej finna i hänvisningen till det romerska mandatum actionis. Att från detta i förevarande afseende hämta en analogi för tredjemansaftalet synes oss ej vara väl betänkt. Mandatum actionis var ett aftal mellan borgenären och tredjeman. I detta aftal kunde inläggas den klausulen, att tredjeman, sedan han som borgenärens ombud inkräft prestationen, kunde behålla den för egen räkning. Intet hinder förefinnes för, att en sådan öfverenskommelse med full giltighet äfven i våra dagar kan ingås. Men verkningarne af en sådan öfverenskommelse ha ej något med den meddelade fullmakten att göra utan grunda sig uteslutande på det i aftalet meddelade anbudet till tredjeman, att han skall blifva ägare af prestationen. Men vid tredjemansaftalet — i BÄHRs fattning — finnes ju ej rum för ett sådant aftal med tredjeman. För detta har naturligtvis BÄHR ej varit blind och räddningsplankan har — som vi sett — äfven för honom blifvit en fiktion. I brist på ett verkligt aftal mellan promissaren och tredjeman fingeras ett sådant, och i stället för en actio mandata erhåller tredjeman en lika verkande actio utilis. Bortsetd därifrån att vi åter kommit in på fiktionens osäkra område, så kunna vi ej finna, att man öfverhufvud i förevarande afseende kan vinna något med en dylik actio utilis. Denna kan ju ej hafva mera omfattande verkningar än en actio mandata själf. Ja, detta framhålles t. o. m. uttryckligen af BÄHR, som till undvikande af missförstånd särskildt påpekar, att det ej vore fråga om den vid mandatum agendi till cessionens förverkligande småningom medgifna actio utilis utan en analogt efterbildad actio mandata ¹⁾. Men härmed kunna vi ju ej komma längre än att tredjeman får för promissarens räkning utöfva dennes fordringsrätt. Lika litet efter som före prestationens mottagande skulle tredjeman på grund af en

¹⁾ BÄHR J. J. s. 147 n. 1. Det heter därstädes vidare: »Die actio utilis von welcher oben die Rede ist, bildet insofern gerade umgekehrt einen Gegensatz zu jener den vollendeten Cessionsbegriff repräsentirenden actio utilis, als sie in der That nur eine utiliter gestattete (analog nachgebildete) actio mandata ist.»

sådan befogenhet kunna få någon materiell rätt. Härefter torde BÄHRS påstående, att tredjemans »rätt» vore i viss mån själfständig, så att han kunde disponera öfver densamma, framstå såsom ganska grundlöst. Att i öfrigt det praktiska behovet ej kunde vara betjänt med konsekvenserna af BÄHRS lära, äfven om denna skulle kunna förklaras så, att tredjeman skulle få behålla det presterade för egen räkning ¹⁾, ehuru han utöfvade promissarens talan, är klart. Rättslifvets kraf går nämligen just ut därpå, att tredjeman måtte tillerkännas en verklig fordringsrätt. Enligt BÄHR vore hans rättsställning så osäker, att äfven om tredjeman i förlitande på sin »rätt» instämt talan mot promittenten, så kunde promissaren i hvarje fall omintetgöra densamma genom att taga tillbaka bemyndigandet.

Den andra gruppens författare ²⁾ hafva, ehuru alla ense om härledningsteoriens olämplighet, gått ganska olika vägar vid analyseringen af tredjemansaftalet till förklaring af uppkomsten af tredjemans rätt. Särskildt göra sig här två hufvudriktningar gällande; den ena, den s. k. acceptationsteorien, företrädd af sådana författare som BESELER och BUSCH, öfverflyglas snart nog af den andra, den allt mer och mer terrängvinnande rena kreationsteorien, framförd förnämligast af UNGER, GAREIS och REGELSBERGER. Vid sidan af dessa författare söker SIEGEL häfda sin egen originella uppfattning, och i slutet af perioden framträder EHRENZWEIG med en konstruktion, som formellt ligger så att säga mellan de båda hufvudteorierna och som af den polske författaren DNIESTRZANSKI ej utan skäl betecknats såsom en »Kundmachungsteorie». Denne författare åter går, sist utaf alla, i elden med en hittills alldeles främmande åsikt, enligt hvilken tredjemansaftalet vore att uppfatta såsom ett realmandat mellan promissaren och promittenten. Alldeles i början af den ifrågavarande perioden står SAVIGNY, som ännu alltjämnt vill inrängera tredjemansaftalet såsom en underart af ställföreträderskap.

¹⁾ Så långt skulle man nämligen kunna komma genom att betrakta tredjeman som befullmäktigad att utöfva promissarens rätt mot promittenten. Denne skulle nämligen vid prestationens utgifvande kunna anses i egenskap af promissarens bud till tredjeman framföra anbudet om att denne skulle behålla det presterade för egen räkning. En sådan lösning är emellertid ej antydd i den BÄHRSka konstruktionen.

²⁾ Jfr ofvan s. 32.

Af acceptationsteoriens män är BESELER det berömdaste namnet. Stort är det inflytande, som han utöfvat på den tyska rättspraxisen¹⁾. Första gången har han framställt sin teori i denna fråga i det omfattande arbetet »Die Lehre von den Erbverträgen». Här har han emellertid största betydelsen därigenom, att han kraftigt tagit afstånd från den romerskrättsliga principen, enligt hvilken ett aftal om prestation till tredjeman — bortsett från spørsmålet om dennes rättsställning — i de flesta fall vore ogiltigt på den grund, att promissaren saknade ett förmögenhetsrättsligt intresse af dess uppfyllande²⁾. Tredjemansaftalet är enligt BESELER bindande för promittenten, utan att promissaren behöfde påvisa ett särskildt intresse³⁾. Beträffande tredjemans ställning åter intager BESELER en synnerligen antikverad ståndpunkt. Tredjeman skulle nämligen först då kunna erhålla en själfständig rätt, när han »biträdt» kontrahenternas aftal. Det låg i sakens natur, säger BESELER, att ett »biträde» blott kunde äga rum, så länge aftalet mellan promittenten och promissaren ännu ägde bestånd, samt dessa gäfvo sitt tillstånd till att tredjeman anslöt sig till aftalet⁴⁾. I öfverensstämmelse härmed framhåller BESELER, att tredjemans rättsställning före hans giltiga »biträde» var beroende af promissarens vilja, som godtyckligt kunde befria promittenten från hans åtagna förpliktelse. Men om promissarens vilja blefve oåterkallelig, t. ex. genom hans död, så följde häraf, att promittenten ej kunde befrias från sin förpliktelse, utan måste prestera till tredjeman; och denna ovillkorliga förpliktelse erhöle sin motsvarighet däri, att tredjeman finge en själfständig fordringsrätt. Aftalet var nämligen från början giltigt och dess verksamhet ej beroende så mycket af promissarens intresse utan mera af hans vilja. Därför kunde promittenten blott därigenom blifva fri från obligationen, att denna uttryckligen eftergafs honom⁵⁾. Här har BESELER sålunda medgifvit möjligheten, att tredjemans rätt helt och hållet kunde uppstå genom kreation. Men detta hans medgifvaude är inkonsekvent i jämförelse med den öfriga framställningen af tredjemans rättsställ-

¹⁾ Jfr UNGER a. a. s. 79.

²⁾ BESELER, Die Lehre von den Erbverträgen II, 1, Göttingen 1837, s. 71 ff.

³⁾ BESELER a. a. s. 76.

⁴⁾ BESELER a. a. s. 76—78.

⁵⁾ BESELER a. a. s. 78 f.

ning. Ty i regeln fordrar ju BESELER, att tredjeman för att kunna få en fordringsrätt måste blifva medkontrahent. Något annat kan ej inläggas i hans tal om »biträde», isynnerhet som detta göres beroende ej blott af promissarens utan äfven af promittentens tillstånd. Hvarför skulle nu promittenten ej också efter promissarens död kunna förhindra uppkomsten af en fordringsrätt för tredjeman, om detta var honom möjligt så länge promissaren lefde? BESELERs svar härpå är ej tillfredsställande. Han säger, att då enda grunden till att tredjemans ensidiga biträde och hans talan vore utesluten, utgjordes af promissarens remissionsrätt, så vore det blott konsekvent att efter bortfallandet af denna grund gifva tredjeman en själfständig rätt, hvilken af romarne skulle hafva uppfattats såsom en actio utilis. Men att promissarens remissionsrätt utgjorde enda grunden till, att tredjeman ej ensidigt kunde ansluta sig till aftalet, det motsäges ju af BESELERs förut uttalade fordran, att båda kontrahenterna måste gifva sitt tillstånd, »denn gegen *ihren* Willen kann sich der Dritte nicht aufdrängen» ¹⁾, och för öfrigt, hur skulle tredjeman, äfven med promissarens tillstånd, kunna mot gäldenärens vilja genom »biträde» blifva dennes borgenär? Och är »biträdet» en handling, som så förändrar tredjemans ställning gent emot gäldenären, så är det oförklarligt, huru tredjeman med promissarens död utan sitt åtgörande skulle kunna erhålla en fordringsrätt på prestationens utgörande. BESELERs ståndpunkt låter nu enligt vårt förmenande förklara sig på följande sätt. Å ena sidan har han velat ansluta sig till den positiva rätten i Preussen. Hufvudregeln står nämligen i full öfverensstämmelse med bestämmelserna i »das preussische allgemeine Landrecht» ²⁾. Men å andra sidan har BESELER framställt teorien i sin »Lehre von den Erbverträgen», och det gällde att med hänsyn härtill få en passande teori för aftalen till förmån för tredjeman. För arfsaftalen till förmån för tredjeman var det å ena sidan tillräckligt och å andra sidan nödvändigt att låta en själfständig rätt för tredje-

¹⁾ BESELER a. a. s. 78.

²⁾ »Das preussische allgemeine Landrecht», Th. 1, Tit. 5, §§ 74—77 innehåller följande bestämmelser angående tredjemansaftalet: »§ 74. Auch die Vortheile eines Dritten können der Gegenstand eines Vertrages sein. § 75. Der Dritte selbst erlangt aus einem solchen Vertrage, an dessen Schliessung er weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat, erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptparteien

man uppstå genom promissarens död¹⁾. Bortsett nu från inkonsekvenserna i BESELERs framställning så måste om själfva hufvudregeln sägas, att det är alldeles gifvet, att tredjeman, om han med båda kontrahenternas medgifvande »biträder» deras aftal, blir berättigad enligt dettas innehåll, såsnart man öfverhufvudtaget erkänner, att ett aftal om prestation till tredjeman är giltigt. Men att rättskrafvet i förevarande afseende ej kan vara tillfredsställdt med en dylik regel, ligger i öppen dag. Detta insågs äfven snart nog af BESELER, som redan tio år efteråt i första upplagan af sin »System des gemeinen deutschen Privatrechts» betydligt modifierade sin första lära. BESELERs nya ståndpunkt går ut därpå, att tredjeman visserligen ej kan oktrojeras en rättighet, men att han likväl ej behöfde »biträda» aftalet. Det vore blott nödvändigt, att han tillägnade sig «die fremde Willensbestimmung, die ihm zu Gute kommen soll», och härför behöfdes hans förklaring, att han antog den honom tilltänkta förmånen, en förklaring, som ej behöfde hafva karaktären af ett »biträde» till aftalet. Med afsedd verkan kunde tredjeman afgifva denna förklaring, så länge aftalet mellan kontrahenterna ännu ägde bestånd. Dessa åter kunde intill förklaringens afgifvande träda tillbaka från aftalet efter ömsesidig öfverenskommelse. Då ett tillbakaträdande ej kunde ske utan sådan öfverenskommelse, enär kontrahenterna voro bundna gentemot hvarandra genom aftalet, så vore tredjemans rätt säkrad därigenom, att promissarens vilja, t. ex. genom hans död, blifvit oåterkallelig²⁾. Att ingen af kontrahenterna ensidigt bör kunna rygga aftalet och att därför tredjemans rätt med promissarens död vore säkrad — om den nämligen vid denna tidpunkt existerade, eller om saken låg så, att en ensidig viljeförklaring från tredjeman kunde bringa hans rätt till existens — torde kunna vara nog så

beigetreten ist. § 76. Bis dieser Beitritt erfolgt, kann der zu seinem Vortheile geschlossene Vertrag nach dem Einverständnis der Contrahenten geändert oder gar aufgehoben werden. § 77. Ist aber dem Dritten der Antrag zum Beitritt einmal geschehen, so müssen die Contrahenten seine Erklärung über die Annahme abwarten.»

¹⁾ Jfr BESELER a. a. s. 79: »diese allgemeinen Grundsätze über den Erwerb eines Dritten aus einem fremden Vertrage . . . finden nun auch ihre Anwendung auf die Erbverträge.»

²⁾ Jfr BESELER, System des gemeinen deutschen Privatrechts, allg. Theil, 3 uppl. s. 409—413.

klart. Men det är just den kinkiga frågan, huru med BESELERs lära någon af de nämnda förutsättningarna skall komma till stånd. För att komma detta spörsmål in på lifvet, är det nödvändigt att ha klart för sig, hvad BESELERs nya »acceptations-teori» eller »biträdesteori», såsom hans lära allmänt kallas, kan anses innebära. Att det ej kan vara frågan om, att den nämnda förklaringen från tredjeman innebure accept af ett anbud, torde af åtskilliga skäl vara klart. Detta skulle nämligen vara det samma som att tredjeman blefve medkontrahent i aftalet¹⁾ och sålunda biträdde detta. Men BESELER säger uttryckligen, att förklaringen ej behöfde ha denna betydelse²⁾. Hade för öfrigt BESELER menat detta, så hade han väl på något sätt antydtt det. Hans eget uttryckssätt gifver ej vid handen, att det är frågan om antagandet af ett anbud; ordalydelsen synes snarare vara vald just för att utesluta en dylik uppfattning³⁾. Betydelsen af tredjemans ifrågavarande förklaring kan i BESELERs teori ej gärna vara annan än att den antingen i kontrahenternas intresse skall förebygga, att en rätt bortslösas på tredjeman, utan att han vill ha den, eller också i tredjemans intresse skall angifva tidpunkten, då kontrahenterna, på den grund att tredjeman redan har vetskap om rättsförvärfvet, ej längre få förvanska den rättsställning, som tredjeman kunde vara befogad att tro sig inneha⁴⁾.

¹⁾ Om BESELER nämligen med en dylik förklaring afsåg en verklig accept af ett anbud, så kunde han med detta blott mena ett samfaldt anbud (collectionoffert) från båda kontrahenterna, eftersom det ju var nödvändigt, att öfverenskommelsen dem emellan bestod, när förklaringen afgafs. En accept af ett sådant anbud måste emellertid betraktas just såsom ett biträdande till aftalet, om detta ord skall kunna ha någon verklig exakt betydelse.

²⁾ BESELER, System s. 411, säger att förklaringen blott *i regeln* kommer att framstå såsom »Beitritt zu dem abgeschlossenen Geschäfte».

³⁾ Det heter nämligen, System s. 411: »er muss aber die fremde Willensbestimmung, die ihm zu Gute kommen soll, sich erst aneignen, und zu diesem Behuf bedarf es seiner Erklärung, dass er den ihm zugeordneten Vortheil annehme, was in der Regel sich als Beitritt zu dem abgeschlossenen Geschäfte darstellen wird».

⁴⁾ För det senare alternativet talar BESELERs påstående, att tredjemans rätt vore säkrad, så snart promissarens vilja vore oåterkallelig. I uttrycket måste nämligen ligga, att här tredjemans rätt uppstode utan förklaring från hans sida. Sannolikt har BESELER tänkt sig saken så, att en förklaring i tredjemans intresse nu vore öfverflödig, enär aftalet oberoende af denna ej kunde ryggas.

I rättsligt afseende torde därför i hvarje fall enligt BESELERs teori den af tredjeman afgifna förklaringen blott kunna tillmätas betydelse såsom en ren tidsbestämmelse för rättighetens uppkomst. Men därmed hvilar BESELERs åskådning, trots dess allmänna betecknande såsom en »acceptationsteori», på alldeles samma grundtanke som den rena kreationsteorien, nämligen att tredjemans rätt kreeras omedelbart ur kontrahenternas aftal¹⁾. Är detta nu innebörden af BESELERs uppfattning, så kan han emellertid ej anses hafva förebragt något enda rättsligt skäl för densammans riktighet. Emot BESELERs teori rikta vi samma anmärkning, som han själf framhållit mot kreationsteorien, att nämligen »das Recht des Dritten weiter ausgedehnt wird, als die Natur des Vertrages es zuzulassen scheint»²⁾.

Ungefär till samma resultat som BESELER kommer äfven BUSCH i sin framställning af tredjemansaftalet³⁾. BUSCHS ingående kritik af BESELER riktar sig blott mot dennes först publicerade teori, hvaremot han ej tyckes hafva haft någon kännedom om den förändrade åsikten, som BESELER låtit komma till uttryck i sin »System des gemeinen deutschen Privatrechts⁴⁾. BUSCH vill stödja hela teorien på en i Tyskland uppkommen sedvanerätt, till grund för hvilken han åberopar och bifogar sin skrift 44 prejudikat från nästan alla tyska tredje instansens domstolar. BUSCH har sammanfattat sin teori i 7 punkter⁵⁾. I en punkt, den enda som ej kan sägas vara uttalad i BESELERs lära, innehålles följande tvifvelaktiga sats (punkt 5): »Die Acceptation kann von dem Dritten sowohl ausdrücklich, als stillschweigend, nämlich durch concludente Handlungen geschehen, wofür insbesondere die Erhebung der Klage gilt». Härigenom blir BUSCHS teori egendomlig nog. Han förklarar å ena sidan en accept från tredjemans sida nödvändig för rättighetens uppkomst och å andra sidan menar han, att en sådan kan ligga i anhängiggörandet af process mot promittenten. En sak är emellertid att låta en accept taga sig uttryck genom konkludenta handlin-

¹⁾ Se föregående not.

²⁾ BESELER, System s. 413.

³⁾ BUSCH, Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter, HEIDELBERG 1860, bihang till Ark. civ. 43.

⁴⁾ BUSCH a. a. s. 3† ff.; jfr BESELER, System s. 413 n. 15.;

⁵⁾ BUSCH a. a. s. 46 f.

gar; en annan sak är att låta instämmandet af talan ha den betydelsen, att käranden ställes så, som om han redan före *litis contestatio* hade uttalat sitt antagande. Detta senare skulle innebära, att öppnandet af talan hade återverkande kraft, i det man låte det gälla som ett rättsfaktum, hvarpå själfva anspråket i processen grundade sig. Men att låta anhängiggörandet af en process föda en materiell rätt i samma process, stämmer ej väl öfverens med processrättens uppgift att fastställa och skydda en redan gifven rättighet. Emot *BUSCH* ser man äfven hos *GAREIS* den anmärkningen att, då rätten att acceptera är något annat än rätten ur accepten och denna sista är föremålet för det instända anspråket, så måste det vara ganska tvifvelaktigt »ob die Klage zugleich fundirte Klage und concludente Acceptationshandlung sein kann» ¹⁾. Äfven enligt vårt förmenande måste den citerade femte punkten i *BUSCH*s teori anses stå i strid mot hans fordran på accept för uppkomsten af tredjemans rätt. Att dennes anspråk i processen bifalles måste nämligen innebära just, att han vid öppnandet af sin talan (utan accept) var materiellt berättigad ²⁾. — *BUSCH* betraktar tredjemansaftalet såsom ett *pactum in favorem tertii* i strängaste mening. Begreppet favor fick blott uppfattas såsom en förmögenhetsrättslig förmån, hvadan med ett

¹⁾ *GAREIS* a. a. s. 114.

²⁾ Jfr *EHRENZWEIG* a. a. s. 58 f. Å s. 60 heter det: »wenn die Klage als die Erklärung dieses Willens gelten kann, so heisst das nichts anderes, als dass der Dritte jederzeit ohneweiteres klagen kann, dass also eine Annahmeerklärung nicht Voraussetzung seines Klagerechts ist». Se äfven *SIEGEL*, *Verspr. als Verpflichtungsgrund*, s. 151 f.: »Wenn . . . eine Annahme des Versprechens durch den Dritten gefordert wird, so geschieht dies nur dem Namen nach, indem die Handlung worin die Annahme gefunden wird, die Klage, welche der Dritte erhebt, wie früher gezeigt wurde, nicht das ist, wofür man sie ausgiebt. In Folge dessen legen alle Schriftsteller und Urteile, welche das Versprechen dadurch, dass daraus geklagt wird, angenommen sein lassen, in Wahrheit Zeugnis dafür ab, dass der Dritte aus dem Versprechen, ohne dasselbe angenommen zu haben, berechtigt sei». — Man skulle nu kanske häremot kunna göra den invändningen, att talans instämmande, utan att själf utgöra en konkludent accepthandling, kunde hafva den betydelsen, att därigenom bevisades, att tredjeman omedelbart efter erhållen underrättelse om aftalet accepterat det däri till honom innehållna anbudet genom en konkludent negativ handling (icke-återvisandet af detsamma). Någon antydning om en sådan betydelse af tredjemans talan finnes emellertid ej uttryckt hos *BUSCH*.

aftal till förmån för tredjeman blott kunde förstås ett aftal, hvarigenom en liberalitet tillförsäkrades honom. Det var därför oriktigt att hit hänföra ett aftal, hvarigenom promittenten lofvade promissaren att betala en dennes skuld till tredjeman: »denn es ist für den Gläubiger (Dritten) darin, dass dieser seine Forderung erhält, durchaus kein Favor zu erblicken, da ihm seine Befriedigung von Rechtswegen gebührt» ¹⁾. Någon verklig grund för detta rättsliga betonandet af favormomentet har ej af BUSCH kunnat angifvas. När han säger, att begreppet favor uteslöt möjligheten, att en motprestation ålades tredjeman, vore den ock i förhållande till den honom tillförsäkrade prestationen högst obetydlig, så är detta påstående först och främst oriktigt. Ty äfven om man kunde tänka sig, att tredjeman i och med rättighetens erhållande ålades en i förhållande till denna obetydlig förpliktelse, så måste ju aftalet i sin helhet anses hafva medfört en förmögenhetsrättslig förmån för tredjeman. Men vidare är det en själfklar sats, alldeles oberoende af huruvida man betonar förmånsmomentet eller icke, att förpliktelser ej kunna åläggas en person genom andras aftal ²⁾. Påståendet att öfvertagandet af en persons skuld aldrig kunde innebära en fördel för borgenären, måste äfven betraktas såsom ej fullt riktigt. Öfvertages nämligen skulden af promittenten kumulativt, så måste detta ju i regeln innebära en förmån för borgenären, som får den gamla fordringen säkrare ställd, då han för densamma kan taga ytterligare en gäldenär i anspråk ³⁾. Men äfven ett privativt öfvertagande af skulden kan innebära en fördel för borgenären, nämligen om promittenten, men ej promissaren är vederhäftig för skuldens betalande. Med BUSCHS betonande af »favörens» betydelse skulle sålunda den passiva delegationen ibland uppfattas såsom ett tredjemansaftal, ibland icke. Redan häraf torde man förstå, huru

¹⁾ BUSCH a. a. s. 6 f.

²⁾ »Denn dass ihm dazu fremde Personen ohne seinen Willen nicht verpflichtet können, versteht sich so sehr von selbst, dass dagegen gar kein Zweifel aufkommen kann. Darum wird dieser Satz nicht einmal erwähnt». SAVIGNY, Das Obligationenrecht II s. 74.

³⁾ Äfven GAREIS, som strängt håller på fordringen, att aftalet ingås till tredjemans favör, anser att skillnad bör göras mellan den kumulativa och den privata passivdelegationen, hvilken förra vore ett verkligt aftal till förmån för tredjeman. GAREIS s. 112; jfr äfven PANOFSKY, Die Verträge zu Gunsten Dritter, Diss. 1877, s. 71.

otillfredsställande det i själfva verket måste vara att tillmäta juridisk betydelse åt en sådan ofta nog tillfällig omständighet, som att tredjeman genom aftalet tillskyndas en materiell förmån. 1/4

GAREIS menar, att innehållet i såväl BESELER'S som BUSCH'S lärur kunde sammanfattas däri, att tredjemansaftalet utgjorde en (blott) promittenten bindande kollektivoffert till tredjeman, som genom att acceptera densamma förvärfvade en själfständig fordringsrätt ¹⁾. Angående BESELER så hafva vi redan framhållit, att, efter allt att döma, han ej kan åsyfta någon accept af ett anbud, utan att tredjeman för honom står lika mycket utanför kontraktshållandet som enligt den rena kreationsteorien. Det samma måste äfven sägas om BUSCH, som ju i själfva verket genom att likställa talans instämmande med en accept måste sägas hafva uppgifvit sin fordran på denna senare. Men bortsett från denna konsekvens, så kan man likväl ej af den omständigheten, att BUSCH i sin teori uttryckligen talar om tredjemans accept draga slutsatsen, att han uppfattade tredjemansaftalet såsom ett anbud till tredjeman. Han antyder ej på ett enda ställe i afhandlingen, att det är något slags anbud, som skall accepteras. För öfrigt hade en antydning om ett så viktigt påstående, som att i tredjemansaftalet låge inneslutet ett anbud till tredjeman — låt vara att det förut i teorien i olika former förekommit — knappast varit tillräcklig, utan hade en ingående beskrifning öfver ett sådant anbuds särregna art varit nödvändig för BUSCH, om han därpå velat grunda uppkomsten af tredjemans fordringsrätt. För oss ligger det närmast till hands att uppfatta äfven BUSCH'S »acceptation» blott såsom en ren tidsbestämmelse för rättighetens uppkomst, fordrad i tredjemans eller kontrahenternas intresse. Fattar man »acceptationen» så, då kan man äfven förstå, huru enligt femte punkten i BUSCH'S lära talans instämmande kunde få betydelsen af »acceptation». Till sist är det klart, att för BUSCH den tanken var fullkomligt främmande att göra tredjeman till kontrahent. »In dem Begriffe »Dritter», säger han, liegt schon, dass derselbe bei dem desfallsigen Vertrage sich nicht betheiligen darf, denn sonst wäre er kein Dritter mehr, sondern Contrahent» ²⁾. Och därför kunde BUSCH ej vara blind, att, om tredjeman erhöile

¹⁾ GAREIS a. a. s. 108, 109 o. 114, jämförda med s. 45 n. 1.

²⁾ BUSCH a. a. s. 6.

rätten genom att acceptera ett anbud, han därigenom upphörde att vara verklig tredjeman och blef medkontrahent ¹⁾). Sålunda har äfven BUSCH i sitt författarskap, trots den af honom använda terminologien, med sin »acceptationsteori» gifvit sitt erkännande åt den grundtanken, att tredjemans rätt uppstode på kreationens väg.

Innan vi härifrån öfvergå till författarskapet på den rena kreationsteoriens grund, måste här lämnas plats för några ord om SAVIGNY'S uppfattning af tredjemansaftalet. SAVIGNY anser, att grunden till romarnes principiella förnekande af tredjemansaftalet låg däri, att obligationerna öfver hufvud taget såsom inskränkingar i den naturliga friheten blott kunde påräkna rättsskydd, såvidt rättslifvets behof gjorde det nödvändigt. Men detta behof ledde blott därtill, att en kontrahent, men ej en tredjeman borde erhålla en rättighet ur obligationen ²⁾). Den nämnda grunden hade äfven i vår tid giltighet, och därför fanns det ej något skäl för oss att upphäfvva den allmänna romerska regeln, att ett aftal till förmån för tredjeman vore ogiltigt såväl för promissaren som för tredjeman ³⁾). Men vill man bygga afgörandet om detta aftals giltighet därpå, om rättslifvets behof kräfdet eller icke, så är det väl tydligt nog, att svaret måste blifva ett annat i vår tid än på romarnes. »Denn das »wie weit» ist relativ, die Begrenzung kann enger oder weiter sein, je nach dem Bedürfnis und sie wird weiter sein müssen, wenn sich der Verkehr weiter entwickelt hat» ⁴⁾). Emellertid kunde enligt SAVIGNY stundom ett aftal om prestation till tredjeman vara giltigt. Men antingen vore detta ej ett verkligt aftal till förmån för tredjeman, i det att denne ej blefve promittentens borgenär eller ock vore tredjeman i regeln att betrakta såsom ställföreträd genom promissaren ⁵⁾). Dessa mer eller mindre skenbara undantag uppdelar SAVIGNY därför i två grupper, allteftersom

¹⁾ Jfr GAREIS a. a. s. 111 n. 2. »Freilich wird der Dritte . . . nach jeder Theorie, welche Acceptation fordert, also auch nach der Theorie von BUSCH, schliesslich doch Mitkontrahent».

²⁾ SAVIGNY, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts, II. s. 76.

³⁾ SAVIGNY a. a. s. 75, 83.

⁴⁾ FOERSTER, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, 3 uppl. s. 419. Se äfven GAREIS a. a. s. 59, UNGER J. J. 10 s. 69 f.

⁵⁾ SAVIGNY a. a. s. 79.

blott promissaren eller tredjeman blifver fordringsberättigad. Af den förra gruppen betonas särskildt de fall, hvori tredjeman vore en solutionis causa adjectus. Såsom sådan var tredjeman blott en person, till hvilken gäldenären med giltig verkan kunde prestera såsom till borgenären själf, men detta var uppenbarligen ej något undantag från den romerska regeln om ogiltigheten af ett pactum in favorem tertii. Med rätt framhåller SAVIGNY, att det här blott vore fråga om en särskild bestämmelse öfver prestationens beskaffenhet ¹⁾.

Beträffande de fall, hvori tredjeman verkligen blef promittentens borgenär, förklarar SAVIGNY, att tredjemans fordringsrätt blott kunde uppkomma därigenom, att det i början till tredjemans förmån ingångna aftalet öfvergick »in ein Verhältnis der Stellvertretung». Detta skedde därigenom, att tredjeman ratihaberade det för honom utan hans uppdrag slutna aftalet och därigenom förvandlade promissaren till sin ställföreträdare ²⁾. Härmed har emellertid den SAVIGNYSKA konstruktionen för oss förlorat allt intresse, i det den förbiser betydelsen af kausalförhållandet mellan promittenten och promissaren ³⁾. SAVIGNYS konstruktion är för öfrigt ej fullt klar. »Nästan alltid, säger han, kommer promissaren att betrakta sig som tredjemans negotiorum gestor». Om SAVIGNY menar, att de fall, där promissaren ej tänkt sig som tredjemans negotiorum gestor, ej heller kunde förskaffa tredjeman någon rättighet eller om man kunde nå denna på fiktionens väg, därom torde ej något bestämdt kunna utsägas ⁴⁾.

Den afgjordt mest berömde författaren på vårt ifrågavarande område är JOSEPH UNGER, hvars ofvan anförda skrift, Die Verträge zu Gunsten Dritter ⁵⁾, af hans samtida allmänt betecknades — såväl till innehållet som formen — såsom ett glänsande

¹⁾ SAVIGNY a. a. s. 79 f.

²⁾ SAVIGNY a. a. s. 81 f.

³⁾ Af UNGER, a. a. s. 70 betecknas SAVIGNYS konstruktion såsom fullkomligt omöjlig: »die Vertragsschliessung zu Gunsten des Dritten kann unmöglich hinterher in eine Vertragsschliessung im Namen des Dritten übergehen: die Jurisprudence kann nicht Wasser in Wein verwandeln. Ist der Vertrag zu Gunsten des Dritten als solcher von vornherein ungültig, so kann er auch nicht nachträglich zu Kräften kommen». Se äfven GAREIS a. a. s. 89 f.

⁴⁾ Se FOERSTER, Theorie und Praxis etc. s. 419.

⁵⁾ J. J. 10, s. 1—109.

mästerverk, hvars epokgörande verkan i vetenskapligt afseende sattes utom allt tvifvel. UNGER riktar sig emot den allmänt förhärskande vidskepelsen inom den juridiska vetenskapen, att aftalen till förmån för tredjeman vore en logisk omöjlighet, en juridisk monstrositet. Denna vidskepelse utgjorde »ein betrübendes Zeichen unserer drückenden Abhängigkeit vom römischen Recht, ein trauriges Symptom der ängstlichen Befangenheit, in der wir uns dem Corpus Iuris gegenüber befinden» ¹⁾. Att romarne ej erkände giltigheten af ett aftal till förmån för tredjeman, hade enligt UNGER sin inre grund i deras etiska åskådning. Den romerska satsen alteri stipulari nemo potest, motsvarade en sedlig princip hos romarne, som kunde uttryckas med orden: hvar och en må handla för sig själf, i eget namn och till egen fördel. På grund af ett öfverspändt urgerande och exklusivt genomförande af kategorien »själfändamål» hade denna gammalromerska princip öfvergått till en absolut rättsregel, så att man omöjlig kunde rättsligen handla i stället för någon annan eller omedelbart till någon annans förmån ²⁾. Men om sålunda den romerska rätten var den »disciplinerade egoismens» system, så hvilade åter germansk rättsuppfattning på en motsatt etisk grund. Enligt germanska etiska begrepp trädde kärleken till nästan i förgrunden och lärde oss, »an fremden Schicksal den lebhaftesten Antheil zu nehmen, das fremde Interesse zu unserer eigenen zu machen und es gleich dem unsrigen wahrzunehmen». I stället för den det romerska rättsväsendet genomträngande regeln, gällde hos germanerna såsom sedlighets- och rättsimperativ: sörj för andra lika mycket som för dig själf. Från denna motsats mellan de etiska åskådningarna hos romarne och germanerna hade man att utgå, när man i våra dagar ville undersöka spörsmålet om giltigheten af ett aftal till förmån för tredjeman. En nödvändig följd af olikheten i den etiska uppfattningen vore en motsvarande skillnad på det rättsliga området. Denna skillnad hade tagit sig uttryck i den germanska rättens principiella erkännande af det omedelbara ställföreträdarskapets berättigande. Det rättsliga erkännandet af pacta in favorem tertii vore lika nödvändigt, i det båda rättsfigurerna hvilade på samma etiska grundtanke, att den ena människan kunde och borde beredvil-

¹⁾ UNGER a. a. s. 56.

²⁾ UNGER a. a. s. 3.

ligt tjäna och hjälpa den andra ¹⁾). Man hade efter allt detta vågat hoppas, att UNGER oberoende af den romerska rättens positiva satser i frågan velat utveckla sin uppfattning af tredjemansaftalets väsen. Öfverraskningen blir därför stor och ingalunda angenäm, när UNGER förklarar sin uppgift vara att, sedan nu de tredjeman berättigande aftalens giltighet fastställts såsom ett den modärna etikens postulat, härleda deras juridiska konstruktion ur de romerskrättsliga grundsatserna. Man måste »durch das römische Recht über dasselbe hinaus», ty i romerska rätten låge hela tredjemansaftalens teori innesluten, låt vara att den blott vore uttalad för några få undantagsfall ²⁾). I enlighet med resultatet vid undersökningen af undantagsfallen i den romerska rätten ³⁾) anser sig UNGER kunna uppställa följande definition på ett aftal till förmån för tredjeman: »Verträge zu Gunsten Dritter sind Verträge, durch welche nach der Absicht der Paciscenten einem Dritten in seinem Interesse unmittelbar ein Forderungsrecht bestellt oder eine Schuldbefreiung erwirkt wird». Ur denna definition läte nu härleda sig, utom den principiella skillnaden mellan ett aftal till förmån för tredjeman och ett genom ställföreträdare slutet aftal ⁴⁾), följande viktiga konsekvenser.

Promissaren förvärfvade ej själf något anspråk ur aftalet. Borgenär blef han ej, enär han aldrig haft någon afsikt att förplikta gäldenären emot sig själf utan blott emot tredjeman. Att man sålunda måste förkasta tanken, att promissaren närmast själf förvärfvade ett anspråk på prestation åt tredjeman, fann UNGER framgå särskildt klart vid de liberatoriska aftalen: promissaren erhåller där ej något anspråk på gäldenärens befriande, utan denne är i och med det perfekta aftalet fri från sin skuld. Emellertid var det nödvändigt för giltigheten af det sagda, att kontrahenterna verkligen ville ingå ett aftal till tredjemans förmån. Skulle det visa sig, att promissaren avslutit aftalet till sin egen förmån, erhöi han och ej tredjeman en rätt på prestationens utgörande till denne. Det kunde emellertid äfven inträffa, att promissaren ingick aftalet såväl till tredjemans som till sin egen förmån. I detta fall uppstodo två själfständiga af hvarandra

¹⁾ UNGER a. a. s. 55 f.

²⁾ UNGER a. a. s. 57—60.

³⁾ UNGER a. a. s. 27—45.

⁴⁾ Jfr framställningen ofvan s. 4.

oberoende anspråk på samma prestation. Här af är det för UNGER äfven tydligt, att tredjemans rätt är omedelbar, d. v. s. ursprunglig och ej härledd. Ty från hvem skulle han härleda rätten, då promissaren själf ej haft någon sådan. Tredjeman var ju ifrån början den ende borgenären. Till sist uppstod rättigheten enligt UNGER omedelbart äfven i den mening, att den uppkom genast och utan något åtgörande från tredjemans sida. Den uppkomna rättigheten kunde ej af kontrahenterna ömsesidigt återkallas; ej ens om tredjeman ännu var utan vetskap om aftalet¹⁾. Den sistnämnda konsekvensen är enligt vårt förmenande det nya i UNGERS lära, hvarigenom han skiljer sig från BESELER och BUSCH. Man måste äfven på denna grund låta UNGER få försteget för dessa båda, i det han konsekvent genomfört en teori på den för alla tre gemensamma grundvalen, att tredjeman erhöle en rättighet *ex alieno pacto*. Ty erkänner man en gång giltigheten af aftalen till förmån för tredjeman på den nämnda grunden, så består deras tendens och verksamhet, som UNGER säger, just däri att gäldenären bindes och är bunden gent emot tredjeman²⁾.

Stora och betydande äro verkningarne af den UNGERSKA läran. Om äfven hithörande bestämmelser i B. G. B. närmast ansluta sig till den af REGELSBERGER förfäktade teorien, så torde man dock kunna säga, att de ytterst ha sin rot hos UNGER, på hvars lära REGELSBERGER stödt sig vid byggandet af sin egen konstruktion.

Är efter hvad som ofvan påpekades det en förtjänst hos det UNGERSKA arbetet, att en teori konsekvent fullföljts, så vidlades detta arbete af ett fel, som enligt vårt förmenande måste göra hela lärans värde mycket tvifvelaktigt. Detta fel består däri, att UNGER i själfva verket ej kunnat förebriaga något giltigt skäl för sin teoris riktighet. I detta afseende har UNGER ej anlitat

¹⁾ UNGER a. a. s. 60—68.

²⁾ UNGER a. a. s. 64 f. Enligt vårt förmenande måste man, från kreationsteoriens ståndpunkt, gent emot BESELER och BUSCH instämma med UNGER i hans anmärkning: »Es ist ein trügerisches an der Oberfläche haftendes Raisonnement, wenn man meint, dass dem Dritten, der dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrag noch nicht beigetreten ist, ja vielleicht noch gar keine Kenntnis von dem Abschluss hat, kein Eintrag geschehe, wenn die Paciscenten den Vertrag hinterher wieder aufheben. Der Dritte erleidet effektiv einen Nachtheil, indem ihm der zuge dachte Vortheil bereits wirklich zugewendet war». a. a. s. 67 f.

den tyska rättspraxisen. Tvärtom anser han det vara hopplöst nog att söka förebringa bevis för de tredjeman berättigande aftalens giltighet i den tyska rättspraxisen. BUSCHS försök härutinnan betecknas såsom misslyckadt ¹⁾. Helt naturligt måste UNGERS bemödanden nu inriktas på bevisningen för, att det redan existerade en giltig rättsgrundsats af innehåll, att tredjeman ur andras aftal ipso iure kunde erhålla en rättighet — äfven om denna rättsgrundsats förnekats eller förbisetts ej mindre af rättspraxisen än af teorien. Att UNGER i sina sträfvanden att påvisa en dylik rättssats ej skulle kunna nå fram till målet, torde af hvad som redan sagts om hans metod vara ganska gifvet. UNGER slår i sin bevisföring såsom vi sett in på två vägar. Han vill å ena sidan visa, att man ej får låta modet nedslås vid en blick på den romerska rättens satser i ämnet, med deras principiella förnekande af uppkomsten af en fordringsrätt för tredjeman. Ty den romerska rättens regler *måste* vara sådana på grund af etiska bud, hvilka hos germanerna ej hade någon giltighet. Å andra sidan vill han finna hela den germanska teorien, principiellt förnekad i den romerska rätten, just i denna. I ett rättssystem, som förnekar den sökta grundsatsen, vill han på grund af några få undantag utfinna just denna grundsats för ett annat rättssystem. Och det trots det att han förut framhållit, att de båda rättssystemen i de afseenden som af grundsatsen beröras, äro hvarandra direkt motsatta. De båda vägarne, som UNGER anlitat, synas oss med nödvändighet korsa hvarandra. I hvarje fall måste emellertid UNGER anses beviskyldig för riktigheten af ett så paradoxalt påstående, som att hela den rätta teorien låge innesluten just i romerska rättens behandling af några få undantagsfall. Men äfven antaget att den af UNGER använda metoden vore möjlig, så torde det likväl vara högst tvifvelaktigt, om de romerska rättsreglerna beträffande de s. k. *pacta in favorem tertii* verkligen kunna utgöra stöd för en sådan teori, som UNGER framställt. Ett bestämdt uttalande härom kunna vi ej göra, lika litet som vi öfverhufvud taget anse det möjligt att komma till något definitivt resultat angående romarrättens ställning till förevarande spörsmål. För vår del mena vi, att UNGER ej kommit längre i sin bevisföring för kreationsteorien än BÄHE beträffande sin härlednings-

¹⁾ UNGER a. a. s. 71 f.

lära ¹⁾. Ett närmare ingående på denna fråga kunna vi emellertid ej tillåta oss. Vi hänvisa blott till BEHRENDs undersökning med anledning af UNGERS behandling af de romerska källställena ²⁾. Han kommer till det resultatet, att UNGERS teori ej kunde vinna stöd i dessa. De talade tvärtom därför, att romarne städse uppfattade tredjemans rätt såsom en härledd rätt ³⁾. — Beträffande UNGERS hänvisning till motsatsen mellan romarnes och germanernas etiska åskådning såsom bevis för kreationsteoriens giltighet i de senares rättssystem, så torde väl knappast någon betydelse kunna tillmätas en dylik bevisföring. Vi behöfva blott erinra därom, att moralläran långt ifrån täckes af rättsläran ⁴⁾. Men äfven oafsedt detta, så verkade det nästan löjligt att påstå, att moralbudet: älska din nästa såsom dig själf, i rättssystemet erhållit uttryck däri genom, att uppkomsten af tredjemans rätt *ex alieno pacto* på kreationens grund erkändes. Ett erkännande af

¹⁾ Att BÄHR själf mer och mer styrkts i den uppfattningen, att *hans* lära hvilar på den romerska rättens grund, framgår af hans uttalande i Ark. civ. 67, s. 158 n. 1 om sina föregående arbeten i frågan (i J. J. Bd 6 samt Urteile des Reichsgerichts): »Meine neue Arbeit steht ganz auf dem Standpunkte der älteren. Einen Fortschritt enthält dieselbe nur darin, dass sie klarer stellt, wie schon das römische Recht die Grundlage für die Lehre abgibt; was ich früher noch nicht im gleichen Maasse erkannt hatte».

²⁾ I Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung, Bd 8, s. 314 f.

³⁾ BEHREND a. a. s. 314: »Aus den Stellen, die als Zeugnisse für das Vorhandensein von Verträgen zu Gunsten Dritter bei den Römern angeführt werden, lässt sich UNGERS Theorie nicht begründen, vielmehr liegt in allen diesen Stellen die Idee der Rechtsübertragung zu Grunde. Das Recht des Dritten entsteht nicht, wie U. meint, direkt in seiner Person, sondern geht von einem der Paciscenten auf ihn über. Im geraden Gegensatz zu U. muss demnach behauptet werden, dass die Römer das Recht des Dritten stets als ein abgeleitetes Recht auffassen.» Se emellertid äfven REGELSBERGER i Ark. civ. 67 s. 19.

⁴⁾ Se BEHREND a. a. s. 313: »Die Frage nach der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verträge z. g. Dr. ist eine Rechtsfrage, die in ihren tieferen Grundlagen, wie das Recht überhaupt, mit sittlichen Anschauungen zusammenhängen mag, bei der es sich aber zunächst um die Konsequenzen bestimmter juristischer Begriffe handelt. Es erscheint danach mehr als bedenklich, wenn man wie von UNGER geschehen ist, bei der Beantwortung dieser Fragen auf den angeblichen ethischen Gegensatz zwischen der römischen und der modernen Welt- und Lebensauffassung zurückgeht. Das Bestehen eines derartigen Gegensatzes zugegeben, so ist doch auch für uns das Gebot der Nächstenliebe nur eine sittliche Vorschrift, kein Rechtsgrundsatz».

detta moralbud inom rätten skulle helt säkert tagit sig uttryck i andra former¹⁾. Vore den UNGERSKA tankegången riktig, så skulle det dessutom vara omöjligt att komma öfver den af honom själf och BUSCH så ifrigt förfäktade satsen, att aftalet måste vara ingånget till tredjemans förmån. Men det har redan tillräckligt framhållits, huru meningslöst det vore att knyta rättshandlingar till detta moment, som uppenbarligen ej kan hafva det ringaste med aftalets rättsliga karaktär att göra. För öfrigt härleder UNGER ur samma moralbud äfven giltigheten af det omedelbara ställföreträdarskapet. Med någon liten blick för affärslifvet får man väl medgifva, att de den största rollen spelande ställföreträdarskapen, de yrkesmässiga, ej åtagas för att gagna nästan utan snarare för den egna fördelens skull. Utan tvifvel är det äfven det utvecklade rättsbehovet och icke det anförda moralbudet, som nödvändiggjort det allmänna erkännandet af ställföreträdarskapets giltighet²⁾. Men äfven om man kunde tänka sig, att ställföreträdarskapet hade denna etiska motsats att tacka för erkännandet af dess giltighet, så är dock till slut en sådan tanke hart när omöjlig beträffande kreationsteorien vid tredjemansaftalet. Det nya i denna teori är ju ett brott mot den grundsatsen, att aftalet i sina omedelbara verkningar blott berör kontrahenterna själfva³⁾. Men denna grundsats kan ej rimligtvis sägas hafva sin motsvarighet i det enligt UNGER förhärskande romerska moralbudet, att hvarje människa blott finge handla till sin egen förmån, utan denna grundsats har otvivelaktigt haft sitt stöd i den praktiska rätten själf. Rättssäkerhetens kraf fordrar, att aftalet blott gäller för dem, som skola betraktas som kontrahenter. Är detta riktigt, så kan ej heller den af UNGER påstådda

¹⁾ Jfr äfven DNIESTRZANSKI, Aufträge zu Gunsten Dritter, s. 347, hvarest det betecknas såsom oriktigt »aus Anlass der Lehre von den Verträgen zugunsten Dritter dem altruistischen Systeme der »Nächstenliebe« bei den Germanen, das römische System des »disciplinierten Egoismus« entgegenzustellen».

²⁾ Jfr BEHREND'S uttalande a. a. s. 314: »Diziplinirter Egoismus ist auch unser Privatrecht und am Ende wird keine Zeit und kein Volk für den Organismus des Rechts ein höheres Prädikat beanspruchen dürfen».

³⁾ Detta behöfver ju ej sägas om ställföreträdarskapet, som ytterst hvilat på en fiktion och därför ej kommer att formellt stöta den nämnda grundsatsen.

förändringen af det romerska sedebudet medföra någon förändring i den nämnda rättsgrundsatsen ¹⁾).

Som ofvan antydzts har UNGERS lära fallit i god jordmån. Närmast upptogs den och omhuldades af den framstående rättsläraren REGELSBERGER, som på skilda ställen tagit till orda i det invecklade spörsmålet ²⁾). Hufvudpunkterna i UNGERS lära accepterar REGELSBERGER utan vidare: tredjemans rätt är en själfständig sådan, som ej härledts ur promissarens, och den uppstår ipso iure utan något åtgörande från tredjemans sida. Dessa båda moment anser REGELSBERGER, att UNGER öfvertygande har påvisat, liksom REGELSBERGER menar, att UNGER äfven ådagalagt, att de äro de enda, som verkligen motsvara det praktiska behofvet och kontrahenternas afsikter samt att de dessutom fullkonligt erkänts i den romerska rätten ³⁾). I följande afseenden kritiserar REGELSBERGER UNGERS framställning. Förutsättningarne för giltigheten af aftalet hade af UNGER uppfattats allt för vidt, i det han blott fordrade, att aftalet afsiktligt slutits i tredjemans intresse. UNGER hade med orätt förbisett den af BÄHR framhållna betydelsen af causalförhållandet mellan borgenären och gäldenären, ehuru han likväl så ledts af sin sunda rättskänsla, att han som verkliga aftal till förmån för tredjeman blott betecknat sådana fall, hvori prestationen till tredjeman utlofvats med hänsyn till en mellan promittenten och promissaren bestående causa ⁴⁾). Denna anmärkning emot UNGER är enligt vårt förmenande (åtminstone formellt) oberättigad. I och med att den UNGERSKA skriften konsekvent sysselsätter sig med *aftal* till förmån för tredjeman äro sådana rättsligen oförbindande löften eller samtal uteslutna som t. ex. det ofta anförda fallet, att en person lofvar sin vän att betala sin skuld till en tredje person för att undvika konkurs, utmätning eller annan skandal. Här föreligger ju intet rättsligt *aftal* just därför att löftet ej afgifvits med hänsyn till någon mellan de samtalande existerande i juridiskt afseende relevant causa. — Med full rätt måste man däremot säga att REGELSBERGER vändt sig mot UNGERS påstående, att blott tredjeman, men däremot ej

¹⁾ Jfr REGELSBERGER Kr. V. 11 s. 568.

²⁾ Kr. V. 11 s. 559—569. E. H. H. II s. 472—478, Ark. civ. 67 s. 1 f.

³⁾ Kr. V. 11 s. 568. E. H. H. II s. 473.

⁴⁾ Kr. V. 11 s. 565 f.

promissaren kunde erhålla ett anspråk mot promittenten. Att promissaren, som för sin egen räkning och i eget namn med hänsyn till en i hans person utmynnande causa mottager gäldenärens löfte, äfven däraf bör blifva berättigad att fordra dess uppfyllande, synes oss vara så själfklart, att det ej behöfver närmare motiveras. Att UNGER för ett motsatt antagande hänvisar till de liberatoriska aftalen, kan i bevisafseende ej vara af någon betydelse. Detta framhålles äfven af REGELSBERGER, som med skäl påpekar, att UNGER här förbisett, att ej heller tredjeman vid dessa aftal förvärfvade något anspråk. Med själfva aftalets afslutande hade kontrahenterna nått målet. Det fanns därefter ej någon förpliktelse att fylla, följaktligen ej heller något att fordra¹⁾. REGELSBERGER framkastar den förmodan, att UNGER blott velat säga, att promissarens rätt ej vore klagbar, enär han blott kunde fullfölja sitt eget intresse med en talan²⁾. Detta motsvarar emellertid med säkerhet icke UNGERS verkliga uppfattning. Det skulle nämligen stå i strid med följande klara uttalande af UNGER: »denn gewährt man aus den Verträgen in favorem tertii überhaupt dem Promissar ein eigenes Klagerecht — was ich allerdings für ganz unrichtig halte —, so ist es verkehrt, noch den Nachweis eines besonderen Interesses von ihm zu verlangen: der kräftigste Beweis für sein Interesse an der dem Dritten zu beschaffenden Leistung liegt eben darin, dass er diesen Vertrag geschlossen hat»³⁾. REGELSBERGER fäster särskildt stor vikt vid betonandet af att båda rättigheterna, promissarens och tredjejemans, ingalunda voro identiska. Löftesmottagaren hade ej något anspråk på utfäendet af det utlofvade föremålet och tredjeman saknade de särskilda befogenheter, som den förre ur aftalet erhållit mot promittenten⁴⁾. Häri vill REGELSBERGER se ett vederläggande af den uppfattning, hvilken lät beteckna sig såsom det härledda förvärfvets teori. Tredjeman kunde lika litet betraktas som promissarens cessionar, som han kunde anses utföra dennes rätt på grund af ett uttryckligt eller stillatigande bemyndigande. Att emellertid de nämnda åsikterna ej vederlagts.

¹⁾ Kr. V. 11 s. 566, E. H. H. II s. 475, Ark. civ. 67 s. 15 f.

²⁾ Kr. V. s. 566 f.

³⁾ UNGER a. a. s. 106.

⁴⁾ E. H. H. II s. 475, Ark. civ. s. 15 f.

darigenom, att promissarens och tredjemans anspråk påvisas vara af olika innehåll, ligger enligt vårt förmenande i öppen dag, hur gifven en motsatt uppfattning än för REGELBERGER tycks vara. Beträffande cessionsteorien så innebär REGELBERGERS påstående ett förnekande af möjligheten att cedera ett anspråk, som går ut på prestation åt tredjeman. Det har emellertid förut framhållits, att någon giltig grund till att bestrida möjligheten af en dylik cession ännu ej förebragts ¹⁾. Tredjeman hade ej heller, säger REGELBERGER, de befogenheter, som ur aftalet uppstå för borgenären gent emot gäldenären. Hvilka befogenheter, som särskildt af REGELBERGER åsyftas, är oss ej fullt klart. Näppeligen kunna de emellertid vara af den art, att de ej äfven med en cessionsteori kunna förklaras. Det ligger nämligen i sakens natur, att, om tredjemans rätt anses grundad på en öfverlåtelse från promissaren, denna öfverlåtelse blott bör omfatta så mycket af promissarens eget anspråk, som kan vara nödvändigt för att tillfredsställa promissarens syften med betingandet af en prestation åt tredjeman.

Ytterligare afviker REGELBERGER från UNGER ifråga om rättighetens beständighet. UNGER fastslår såsom en nödvändig konsekvens af kreationsteorien, att tredjemans rättighet, uppkommen i och med aftalet, ej genom ny öfverenskommelse af kontrahenterna kunde tagas tillbaka ²⁾. REGELBERGER ser sig nödsakad till den satsen, att återkalleligheten ej är ett väsentligt kännetecken för ett aftal till förmån för tredjeman ³⁾. Detta är i själfva verket en mycket ömtålig punkt. Här stå kreationsteoriens båda största namn emot hvarandra. UNGER hänvisar ej utan fog till den logiska nödvändigheten. REGELBERGER är försiktig nog att ej beakta den synpunkten, fruktande, »dass bei Festhaltung dieser Ansicht dem Verfasser (UNGER) noch manche seiner ächten Fälle Schwierigkeiten bereiten könnten» ⁴⁾. Den logiska konsekvensen af kreationsteorien synes ifråga om befogenheten för promissaren att återkalla rättigheten ej alltid stämma väl öfverens med rättslivets kraf. Vi återkomma i annat sammanhang till detta spörsmål, hvarpå vi nu ej kunna närmare inlåta oss.

¹⁾ Se ofvan s. 34 f.

²⁾ UNGER a. a. s. 64 f. Se äfven ofvan s. 57 n. 2.

³⁾ E. H. H. II. s. 478.

⁴⁾ Kr. V. 11 s. 567.

GAREIS kan beträffande resultatet af sin uppfattning i sin ingående afhandling om tredjemansaftalet ¹⁾ sägas intaga en mellanställning mellan UNGER och REGELSBERGER, i det han principiellt bestrider något anspråk för promissaren ²⁾ och beträffande möjligheten att återkalla tredjemans rätt synes i det närmaste dela den REGELSBERGERSKA uppfattningen ³⁾. Väl inseende kraftlösheten af de UNGERSKA bevismedlen, söker GAREIS att mot en helt annan bakgrund förklara uppkomsten af detta rättsliga fenomen, tredjemans fordringsrätt. Etiska synpunkter spela för GAREIS ej någon roll, i stället sätter han här den tyska sedvanerätten, hvars utveckling småningom fört till en den romerska rätten motsatt ståndpunkt ⁴⁾. Men för GAREIS har det ej varit tillräckligt med återopandet af en tysk sedvanerätt för uppkomsten af tredjemans fordran. Denna rätt måste på ett juridiskt tillfredsställande sätt erhålla sin förklaring. Och äfven om tredjemans rättsförvärf i en senare period kunde utveckla sig på den af UNGER förfäktade rena kreationsgrunden, så vore dock tiden ännu ej mogen för en sådan uppfattning. Allmänt härskade nämligen den föreställningen, att vårt samtal vore vår sak. »Was ich mit meinem Freunde gesprächsweise berede, projektiré, vereinbare, was zwei Bekannte oder Unbekannte mit einander ausmachen, daraus kann kein Dritter ein klagbares Recht für sich ableiten. So die volkstümliche Meinung» ⁵⁾. Vid sin konstruktion utgår GAREIS därifrån, att ett löftes causa blott är af betydelse för den i löftet gjorda *utfästelsens* giltighet. Detta innebar vid tredjemansaftalet, att blott promittentens förpliktelse, däremot ej tredjemans fordringsrätt behöfde i sig upptaga löftets rättsgrund. Denna afsåg vid alla giltiga aftal till förmån för tredjeman ett rättsförhållande mellan promittenten och promissaren, hvori ömsesidiga prestationer förekommo, en promissarens prestation till promittenten, för hvilken denne förpliktades till motprestation åt promissaren,

¹⁾ Die Verträge zu Gunsten Dritter, Würzburg 1873.

²⁾ GAREIS a. a. s. 248 ff.

³⁾ GAREIS a. a. s. 147 o. 245.

⁴⁾ GAREIS a. a. s. 204, 210 o. 223.

⁵⁾ GAREIS a. a. s. 208. Jfr härmed SIEGEL, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, s. 154 n. 22. Ehuru fullt samtidig med GAREIS anser han folkmeningen gå i motsatt riktning, till förmån för den rena kreationstanken.

som åter öfverenskom med promittenten, att denna prestation helt eller delvis skulle utgöras till tredjeman. Härigenom uppstod för tredjeman närmast blott en reflexverkan. Denna förstärktes emellertid till en verklig fordringsrätt genom en särskild klausul i aftalet af detta innehåll ¹⁾. Trots det att GAREIS velat taga afstånd från den UNGERSKA kreationsteorien, så kan hans konstruktionsförsök dock ej uppfattas annat än som en förtäckt afläggare af denna teori. När GAREIS säger, att löftets causa blott är af betydelse för förpliktelsen, men ej för rätten på grund af löftet, så har han uttalat något, hvarför han förblifvit beviset skyldig. Det synes oss tvärtom vara klart, att då en förpliktelse på grund af ett löfte ej är tänkbar utan en motsvarande rättighet, causan för löftet enligt sakens natur äfven måste blifva bestämmande för den genom löftet uppkomna rättighetens innehåll. Causan måste uppenbarligen vara lika nödvändig för uppkomsten af rättigheten som uppkomsten af förpliktelsen ²⁾. GAREIS tal om att tredjemans rätt hade karaktären af en reflexverkan måste betraktas såsom ett rent nonsens. GAREIS utgår nämligen från det af JHERING införda begreppet reflexverkan, »ein ohne alle Willensthätigkeit erfolgender Erwerb wegen eines Andern» ³⁾. Men möjligheten af att vid tredjemansaftalet använda det JHERINGSKA begreppet är ju från början uteslutet, enär kontrahenternas vilja just går ut på, att tredjeman skall ha förinnan eller rättigheten ⁴⁾. Detta inses äfven till fullo af GAREIS, som därför helt lakoniskt medgifver, att därigenom reflexverkans

¹⁾ GAREIS a. a. s. 210 f.

²⁾ Förgäfves hänvisar GAREIS i detta afseende till WINDSCHEID, Lehrbuch § 319. WINDSCHEID säger nämligen ingalunda, att causan ej erfordrades för rättighetens uppkomst. Men äfven om i WINDSCHEIDS uttalande skulle kunna inläggas en tydning i GAREIS' mening, så måste denna tydning motiveras just därmed, att WINDSCHEID själf utgår från, att vid tredjemansaftalet en rätt verkligen kunde kreeras för tredjeman. I hvarje fall kan sålunda WINDSCHEIDS uttalande ej utgöra något stöd för riktigheten af GAREIS' åsikt.

³⁾ JHERING i J. J. 10 s. 295.

⁴⁾ Jfr JHERING i J. J. 10 s. 288 f.: »Die Reflexwirkung ist eine Folge der rechtserzeugenden Thatsache nicht Zweck derselben, d. h. der Absicht des Handelnden ist diese Wirkung fremd Eben darauf beruht auch der Unterschied der Reflexwirkung von den Verträgen zu Gunsten dritter Personen. Das Motiv bei letzteren ist: der dritten Person einen Vortheil

begrepp vid tredjemansaftalet ändrar sig, och det af JHERING uppställda begreppet blifver oanvändbart ¹⁾). Härigenom återstår emellertid af hela GAREIS' konstruktion blott det, att tredje- man på grund af kontrahenternas i aftalet uttalade vilja blifver fordringsberättigad, d. v. s. att hans rättighet blifvit kreerad direkt ur deras aftal ²⁾). Icke förty menar GAREIS, att han med sin konstruktion tagit definitivt afstånd från den UNGERSKA teorien. I sin ifver att särskildt pointera, att han ej anslutit sig till krea- tionsidéen, uttalar GAREIS följande sats: »Trotzdem, dass zur Entstehung des Rechts des Dritten keine Acceptationshandlung dieses Letzteren gehört, ist doch die Vorstellung einer Creation ferne zu halten; der Gedanke der rein einseitigen Erzeugung eines fremden Rechts, ist unjuristisch, hier aber durch den Begriff des Vertrags schon von vornherein ausgeschlossen» ³⁾). Men detta hjäl- per ej. Uppstår en rätt för tredje man, utan att han accepterar ett anbud därom, ja, utan att han vet om, att promittenten afgifvit det förpliktande löftet till promissaren, hvilken ej är tred- jemans ställföreträdare, så har rättigheten onekligen för tredje- man uppstått utan någon rättshandling från hans sida, alltså ej aftalsmässigt utan ensidigt, och därmed är rättigheten i ordets fulla bemärkelse »kreerad», äfven om förpliktelsen blott kan sä- gas hafva uppstått tvåsidigt genom anbud och accept. Lika obe- visadt, som GAREIS' öfriga satser, förblir därför hans påstående, att promittentens vilja bindes gent emot tredje man, därigenom att den accepteras af promissaren till dennes förmån. Ty an- tingen ligger det afgifna löfrets causa i ett rättsförhållande mel- lan promittenten och promissaren, och den förre blir visserligen bunden, men — såvidt hittills kunnat utrönas — blott och bart gent emot promissaren. Eller också måste löfrets causa utmynna i tredje mans person. Skall det emellertid nu blifva bindande, så kan detta blott ske, om promissaren accepterat detsamma såsom tredje mans ställföreträdare. Härigenom blir visserligen promit-

zuzuwenden, das Motiv bei der ersteren: sich selber, und die dritte Person participirt nur, weil man sie, um den Zweck für sich selber zu erreichen nicht ausschliessen kann.»

¹⁾ GAREIS a. a. s. 217.

²⁾ Se äfven PFAFF i G. Z. 1. s. 217 f.

³⁾ GAREIS a. a. s. 224.

tenten bunden direkt emot tredjeman, men ej i denna hans egenskap utan såsom promissarens hufvudman. Något annat alternativ är såvidt vi kunna finna, ej möjligt. När GAREIS därför med GROTIUS' ord vill beteckna promissaren såsom »adhibitus ad adstringendam promissoris fidem in sustentando beneficio» så kan åt denna egenskap för såvidt GAREIS därmed vill utmärka något annat än att promissaren vore tredjemans negotiorum gestor, ej tilläggas någon rättslig betydelse ¹⁾. Afgörande i sådant afseende kan blott vara, om någon causa existerar mellan promittenten och promissaren, och denna kan blott hafva den betydelsen, att den förre blir förpliktad gent emot den senare, ej emot tredjeman ²⁾.

SIEGEL kallar aftalet till förmån för tredjeman ett »Schuldversprechen zu fremden Handen» och anser tredjemans rätt grunda sig därpå, att promittentens ensidiga löfte vore förpliktande till tredjeman ³⁾. Det synes oss emellertid vara grundfalskt att vid tredjemansaftalet operera med ett promittentens ensidigt förpliktande löfte. Hur skulle tredjemans rätt kunna tänkas uppkomma utan ett verkligt aftal mellan promittenten och promissaren? Löftets causa ligger ju — efter hvad vi kunna anse vara utredt — i promissarens person. På grund af denna causa måste uppenbarligen promissaren vara befogad att bestämna öfver prestationen åtminstone så, att den ej mot hans vilja kan utgöras till en viss person. Skulle promittenten utan promissarens vilja hafva presterat till tredjeman, så kan han aldrig sägas med sin prestation hafva realiserat någon rättslig causa emot promissaren. För att promittenten sålunda skall kunna med sitt löfte om prestation till tredjeman fullfölja en causa mot promissaren, är det

¹⁾ GAREIS a. a. s. 224. Af en jämförelse med s. 71 mom. 3 framgår att GAREIS med uttrycket ej kan mena, att promissaren vore tredjemans negotiorum gestor. I denna betydelse tyckes EHRENZWEIG a. a. s. 17 uppfatta uttrycket. Se äfven HELLWIG a. a. s. 48, 258, DNIESTRZANSKI a. a. s. 21.

²⁾ Äfven EHRENZWEIG a. a. s. 50 framhåller gent emot en dylik uppfattning om betydelsen af promissarens accept, att promittenten af densamma blott kunde bindas gent emot promissaren, som därför godtyckligt kunde befria honom från förpliktelsen. »Die Bindung gegenüber dem Dritten ist ein Postulat, das aus dem Sinne und Zwecke der seitens des Promissars vollzogenen Acceptation nicht abgeleitet werden kann.»

³⁾ SIEGEL, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, Berlin 1873, s. 142 f.

logiskt nödvändigt, att löftet af denne accepteras ¹⁾. Dessutom behöfva vi angående SIEGELS konstruktion blott påpeka, att om promittenten ej kan vara förpliktad gent emot tredjeman på grund af ett till promissaren riktadt och af denne accepterat löfte, så kan rättsställningen ej ändras till tredjemans fördel därigenom, att promissaren ej ens betraktas såsom acceptant af utan blott såsom adressat för löftet. — Såsom ett viktigt argument emot en cessionsteori anför SIEGEL, att med denna skulle man komma till den absolut förkastliga konsekvensen, att promittenten vore berättigad att mot tredjeman framställa de invändningar, som stodo honom till buds mot promissaren. Men att detta vore otillåtet, därom rådde, så skiljaktiga än meningarne på detta område äro, allmän enighet ²⁾. Redan här kunna vi emellertid framhålla, att den befarade konsekvensen ingalunda blir nödvändig, åtminstone ej i den omfattning, som SIEGEL tycks tro. Man får nämligen ej förbise, att vid tredjemansaftalet — försåvidt tredjemans rätt tänkes grundad på en öfverlåtelse från promissaren — debitor cessus själf är närvarande och förklarar sitt bifall till öfverlåtelsen. Häre bör äfven ligga ett afstående från en eller flera invändningar mot tredjeman, som grunda sig på promittentens förhållande till promissaren, försåvidt det verkliga syftet med tredjemansaftalets afslutande enligt sakens natur blott kan nås därigenom, att tredjeman blir fri från de ifrågavarande invändningarne.

¹⁾ Med rätt framhåller äfven GAREIS i en anmälan af SIEGELS arbete i *Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung*, Bd 8 s. 185, att SIEGEL i grund missskänner promissarens verkliga funktion af löftets acceptant. Se äfven UNGER, i *G. Z.* 1 s. 373, till SIEGELS afhandling: »Bei dem Vertrag zugunsten Dritter bringt nicht ein Wille allein die Obligation hervor, die Gebundenheit des Schuldners ist vielmehr durchwegs eine Vertragsmäßige.» Jfr äfven HELLWIG a. a. s. 255—258.

²⁾ Såsom bevis härför meddelar SIEGEL, att vid Dresdnerkonferensen för utarbetandet af förslag till allmän obligationsrätt för Tyskland i denna fråga härskade fullständig enighet. Jfr konferensens protokoll, I, 1863 s. 679. Att hos samtidens teoretiker emellertid denna uppfattning ej var absolut förhärskande framgår bl. a. af STOBBS kritiska anmälan af GAREIS' ofvannämnda afhandling i *Z. H.* 19 s. 304, hvarest STOBBE finner det ytterst betänkligt, att GAREIS principiellt uttalar den satsen, att promittenten emot tredjeman ej skulle kunna framställa invändningar, som ha sin grund i promissarens person.

I en uppsats »Zum deutschen Obligationenrecht»¹⁾ har den ofvan citerade BEHREND sysselsatt sig med vårt spörsmål, särskildt i anledning af UNGERS, GAREIS' och SIEGELS skrifter. Som redan framhållits, finner BEHREND, att den romerska rätten, i den mån densamma medgifvit, att tredjeman kunde blifva berättigad ur andras aftal, lämnar bevis för, att tredjemans rätt icke kreeras utan härledes²⁾. BEHREND upptager nu spörsmålet, om denna uppfattning äfven i vår tid bör gillas, d. v. s. om äfven vi måste betrakta en öfvergång af promissarens anspråk på tredjeman såsom utgångspunkt för tredjemansaftalets juridiska konstruktion. Denna fråga anser han afgjordt böra besvaras jakande. Den romerska konstruktionen motsvarade nämligen till fullo det verkliga sakläget och kontrahenternas vilja samt deras förhållande till tredjeman³⁾. Enligt vårt förmenande har BEHREND — och det trots hans samtids entusiastiska svärmeri för en kreerande teori — funnit frågans kärnpunkt, när han angifver linjerna för konstruktionen, såsom *enligt sakens natur* uteslutande en sådan teori. Tyvärr har BEHREND ej själf utvecklat sin ståndpunkt. Såvidt han uttalat sig, synes han emellertid ej förtjäna gillande. Anspråket tillkommer visserligen närmast promissaren, säger han, men kunde af tredjeman göras gällande, intill dess promissaren förordnade om motsatsen⁴⁾. Om grunden till att promissarens anspråk af tredjeman kunde göras gällande, därom får man af BEHREND intet veta. Det sagda häntyder emellertid ganska tydligt på den BÄHRska konstruktionen och dess riktighet faller sålunda med denna.

En liten skrift af KNAUS⁵⁾, som behandlar hithörande frågor uteslutande från romerska rättens ståndpunkt, är för oss så till

¹⁾ Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung, Bd 8, s. 187—192, 306—318, 532—540.

²⁾ BEHREND a. a. s. 532: »Die utilis actio, mit welcher der Anspruch des Dritten geltend gemacht wird, ist ein formeller Ausdruck dafür dass dieser Anspruch als ein von dem Promissar abgeleiteter betrachtet wird.»

³⁾ BEHREND a. a. s. 532. Det heter vidare: »Am deutlichsten tritt dies in dem Fall der L 3 C. de don. quae sub modo (8.55) hervor. Wenn A dem B etwas schenkt mit der Auflage, die geschenkte Sache später an den C herauszugeben, so sind sowohl B wie C Donatare des A, es ist daher durchaus folgerichtig, auch den Anspruch des C auf den Willen des A zurückzuführen, d. h. in der Person des A entstehen und von da auf den C übertragen werden zu lassen.»

⁴⁾ BEHREND a. a. s. 533.

⁵⁾ Die sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter, Berlin 1875.

vida intressant, som han ogillar antagandet af de snäfvä gränser, emellan hvilka man allmänt velat inpressa tredjemansaftalet. Ett typiskt sådant aftal föreligger enligt KNAUS, så snart en person giltigt utfäst sig till en annan att prestera till en tredje, oberoende af om denne erhöi en själfständig rätt eller icke. Vidare anser KNAUS det ej vara befogadt, att för de tredjeman berättigande aftalen hålla på favormomentet.

Under 1880-talet kommer, såvidt vi ha oss bekant, ej något nytt konstruktionsförsök till synes. DANZ behandlar väl ganska ingående tredjemansaftalets ställning i förhållande till den aktiva och passiva delegationen, men kommer ej med någon egen konstruktion för uppkomsten af tredjemans rätt utan framhåller blott att denna kreeras genom kontrahenternas aftal¹⁾.

Beträffande LEONHARDS teori i början af 1890-talet, så har det redan i annat sammanhang framhållits, att han betraktar tredjemansaftalet såsom en underart af negotiorum gestio²⁾.

Efter LEONHARD kommer EHRENZWEIG med en tankediger och ingående afhandling i de hithörande spörsmålen³⁾. Det faller utom ramen för denna framställning att till granskning upptaga de många fängslande frågor, som möta oss i denna med en sällsynt noggrannhet skrifna bok. Beträffande förklaringen till uppkomsten af tredjemans rätt ser EHRENZWEIG sig nödsakad att slå in på rättsanalogiens väg. Den härskande läran erkände visserligen ej blott, att tredjemansaftalet vore giltigt, utan äfven att tredjeman ur detsamma kunde blifva själfständigt berättigad. Men den saknade stöd härför såväl i positiva rättssatser som i en stadgad praxis. För att få klarhet i frågan fanns enligt EHRENZWEIG ej någon annan utväg än att först konstatera grunderna för ett aftals giltighet i allmänhet och att därefter pröfva i hvad mån dessa grunder kunde rättfärdiga uppkomsten af en själfständig rätt för tredjeman ur aftalet mellan kontrahenterna⁴⁾. Den härskande läran angående tredjemansaftalet utgick med orätt ifrån viljeteorien. Härigenom hade man förbisett, att det egen-

¹⁾ DANZ, Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter, Leipzig 1886 s. 129—132.

²⁾ Se ofvan s. 17 f.

³⁾ Die sogenannten zweigliedrigen Verträge, insbesondere die Verträge zu Gunsten Dritter nach gemeinem und österreichischem Rechte, Wien 1895.

⁴⁾ EHRENZWEIG a. a. s. 41.

domliga vid det tredjeman berättigande aftalet var, att kontrahenterna voro bundna af sitt ord och ej ens genom ömsesidig öfverenskommelse kunde taga detta tillbaka. Enligt viljeteorien var det en naturlig sak, att kontrahenterna gemensamt kunde upphäfva sin en gång uttalade vilja, hvilken nämligen ej kunde be-tecknas såsom starkare än en senare gjord öfverenskommelse. Den härskande läran innebar dessutom ett brott mot viljeteorien däri, att den lät tredjeman blifva berättigad i och med kontrahenternas aftal. Viljeteorien innehöll emellertid, att blott den kungjorda viljan (viljeförklaringen) hade någon rättslig betydelse och för tredjeman förelåg ej någon viljeförklaring, som han kunde åberopa, så länge ej kontrahenternas öfverenskommelse blifvit honom meddelad ¹⁾. — Var viljeteorien ur räkningen för grundandet af tredjemans rätt, så kunde emellertid denna väl förklaras ur tillitsteorien. Ur tillitsteorien följde dessa båda satser: »nicht mein Wort verbindet mich, wenn dadurch niemand zu einem Vertrauen bestimmt wurde»; och »nicht das Vertrauen des anderen verbindet mich, insofern es ich nicht hervorgerufen habe». Af den första satsen följde, att tredjeman i regeln icke kunde få någon rätt, så länge han ej visste något om aftalet. Dock uppstod frågan, om man ej på grund af vissa hänsyn af teknisk natur borde likställa vetskapen om aftalet med »Wissenkönnen» ²⁾. I hvarje fall följde af tillitsteorien, att kontrahenterna kunde träda tillbaka åtminstone intill det ögonblick underrättelse om det ingångna aftalet ankommit till tredjeman genom kontrahenternas försorg. Af den andra satsen följde nämligen, att tredjeman ej kunde åberopa sig på någon kännedom om aftalet, som på annan väg förmedlats honom. I och med kontrahenternas aftal kunde således tredjemans rätt ej uppstå. Frågan uppstod blott, om tidpunkten för rättens uppkomst skulle bestämmas till underrättelsens ankomst eller om den skulle anses uppstå först med tredjemans »biträde» till aftalet ³⁾. Efter mycket intressanta utföranden ⁴⁾ kommer EHRENZWEIG därhän, att på grund af rättshandelns lukrativa betydelse för tredjeman en

¹⁾ EHRENZWEIG a. a. s. 41—43.

²⁾ På samma sätt som när man vid ett vanligt aftal ej skilde på anbudets ankomst eller mottagande och kännedomen om dess innehåll.

³⁾ EHRENZWEIG a. a. s. 44—48.

⁴⁾ EHRENZWEIG a. a. s. 48—62.

accept ej vore nödvändig, utan att rätten i och med det tidigare momentet borde anses uppkommen ¹⁾). Att EHRENZWEIG härmed angifvit en fullt giltig förklaringsgrund till tredjemans rätt, torde ej kunna bestridas. Som oriktigt måste det emellertid betecknas, när EHRENZWEIG menar, att den sålunda uppkomna rättigheten har sitt stöd i en rättsanalogi. Att tredjeman på det af EHRENZWEIG beskrifna sättet blifver fordringsberättigad, beror helt enkelt därpå, att han är promissar i ett aftal, hvori rätten att fordra den ifrågasvarande prestationen tilldelats honom. Tredjemans rättighet har uppstått rent aftalsmässigt. Att ett verkligt anbud, enligt EHRENZWEIGS konstruktion, riktas till tredjeman, framgår, så vidt vi kunna finna, med nödvändighet däraf, att blott den underrättelse om aftalet, som utgår från kontrahenterna, är konstitutiv för uppkomsten af tredjemans fordringsrätt. Äfven beträffande dennes accept möta inga svårigheter att betrakta EHRENZWEIGS konstruktion såsom ett verkligt aftal med tredjeman. Också om den härskande läran måste anses fordra accept äfven af ett uteslutande lukrativt anbud för att detta skall blifva bindande, så är det likväl klart, att accepten ej behöfver vara uttrycklig. Ett tyst antagande af anbudet måste hafva full giltighet, och det ligger i öppen dag, att det ej skall fordras mycket för att en stillatigande accept af ett lukrativt anbud skall sägas vara förhanden. Att promissarens kännedom om anbudet i förening med hans underlåtenhet att tillbakavisa detsamma måste gälla som en accept, torde kunna påstås som en allmän regel ²⁾). Så mycket mer torde det gälla här, då kontrahenterna, som redan aftalat inbördes och härmed tänka sig rättshandeln redan vara så godt som avslutad, kunna anses hafva afstått från en uttrycklig accept å tredjemans sida. Kunna vi sålunda påstå, att ett verkligt aftal efter EHRENZWEIGS konstruktion existerar med tredjeman som kontrahent å den accepterande sidan, så blir det särskildt intressant, när vi komma till

¹⁾ EHRENZWEIG betonar dock, att häri låg en afvikelse från den härskande aftalsteorien, som fasthöll vid fordran på accept också vid lukrativa rättshandlingar. a. a. s. 59.

²⁾ »Auf einen Antrag, welcher reinen Vortheil des Antragsempfängers bezweckt, wird im Verkehr eine ausdrückliche Erklärung der Annahme nicht erwartet, das Stillschweigen gilt als Annahme». REGELSBERGER i E. H. H. II s. 450. Se äfven HELLWIG a. a. s. 319. Jfr ock KRAINZ, System etc. 2 Aufl. I s. 318 f.

klarhet om hvad detta aftal innebär, d. v. s. om *anbudets* rätta karaktär. Hittills hafva vi förutsatt att det rörde sig om ett »kontrahenternas» anbud, för att fullt ansluta oss till EHRENZWEIGS konstruktion, enligt hvilken »underrättelsen» för att vara giltig måste ske genom kontrahenternas försorg. I själfva verket är det emellertid fullt meningslöst att tala om ett kontrahenternas anbud till tredjeman. Denne skall ju genom accept af anbudet erhålla en rättighet till prestation af promittenten. För uppkomsten af denna rättighet gifves det blott två vägar. Antingen förpliktar sig promittenten själf därtill gent emot tredjeman. Eller också har promissaren förut haft det ifrågavarande anspråket och öfverlåter detta till tredjeman. I båda fallen utgår anbudet sålunda blott från endera af kontrahenterna. Att operera med ett gemensamt anbud från båda synes oss vara logiskt omöjligt. De kunna nämligen ej rimligtvis hafva samma sak att erbjuda tredjeman. För promissaren måste anbudet ju alltid angå en öfverlåtelse af en fordringsrätt, eftersom tredjemans rätt ej afser någon prestation af promissaren utan af promittenten, hvilkens anbud åter på grund häraf alltid måste afse upplåtelsen af en rätt mot sig själf. Och är det för öfrigt fråga om en öfverlåtelse från promissaren, så innebär ju detta, att den rätt, som han öfverlåter, uppstått för honom själf just genom en upplåtelse från promittenten, som därefter omöjligen kan erbjuda samma rättighet åt tredjeman. — Men äfven det första alternativet, att tredjemans rätt har sin grund i ett anbud från promittenten, måste vi betrakta såsom omöjligt, enär förpliktelsens rättsgrund för promittenten utmynnar i promissarens person och ej i tredjemans. Att promittenten i tredjemansaftalet afgifver ett anbud till promissaren är ju klart. Det vore nu mycket egendomligt och otroligt, att promittenten först skulle göra ett anbud åt promissaren om prestation till tredjeman och bli förpliktad till honom, för att omedelbart därefter göra ett anbud till tredjeman om samma prestation. Så mycket naturligare måste det andra alternativet förefalla. Promittenten förpliktar sig med hänsyn till en viss causa gent emot promissaren. Då causan just består mellan dessa båda, kan promissaren ej undgå att genom accept af promittentens löfte blifva berättigad. »Kontrahenternas underrättelse» till tredjeman om att han skall få prestationen blir nu i själfva verket intet annat än promissarens anbud om öfverlåtelse af sitt

anspråk till tredjeman. Om detta anbud nu framföres af promissaren själf eller af promittenten eller någon annan såsom hans bud är uppenbarligen i rättsligt afseende likgiltigt. — Är detta nu innebörden af EHRENZWEIGS konstruktion ¹⁾, så är det äfven klart, att den ej bygger på någon rättsanalogi, utan att EHRENZWEIG blott uttalat satser, hvilkas giltighet är höjd öfver allt tvifvel. Summan är ju blott, att promissaren aftalsmässigt öfverläter sitt fordringsanspråk till tredjeman, som själf fungerar som kontrahent och löftesmottagare. Men detta innebär långt ifrån någon lösning af det uppställda spörsmålet. Denna måste gå ut därpå att trygga tredjemans rättsställning, äfven om han ej själf har tillfälle att sluta sig till aftalet och mottaga promissarens anbud. Först med en dylik lösning kunna rättslivets kraf i förevarande afseende sägas vara tillfredsställda.

Ett alldeles nytt försök till frågans lösning bildar den teori, som på sista tiden framförts af den meromtalande Lembergske professorn STANISLAUS DNIESTRZANSKI ²⁾. Sedan författaren, delvis i anslutning till ISAYS ³⁾ och SCHLOSSMANNS ⁴⁾ utföranden kommit till den uppfattningen, att det frivilliga ställföreträderskapet ej kan betraktas lösryckt från mandatet, och att sålunda fullmakten ej vore något särskildt rättsinstitut, utan blott en sida af ett mera omfattande rättsförhållande (mandatet) ⁵⁾, anser han det vara

¹⁾ Något som EHRENZWEIG helt visst själf skulle på det kraftigaste bestrida, enär vår uppfattning af hans konstruktion för tredjemans rätt står i strid med EHRENZWEIGS grundåskådning af det ifrågavarande aftalets byggnad i annat afseende. I motsats till den allmänna åsikten, att det tredjeman berättigande aftalet innefattade två »Vermögenszuwendungen», en från promittenten till promissaren och en annan från promissaren till tredjeman, betraktar EHRENZWEIG det hela såsom en enda affär, blott att den ena partsrollen delas på två, promissaren och tredjeman. »Denkt man sich das ganze Geschäft (als Doppelgeschäft) ans zwei einfachen Geschäften zusammengesetzt, so ergeben sich vier Partirollen, deren zwei vereinigt und einer Person zugewiesen werden müssen. Hält man dagegen an der Einheit des Geschäftes fest, dann muss eine Partierolle zerlegt werden, damit zwei Personen auf verschiedene Weise daran teilnehmen können. Jenes ist der Vorgang ZIMMERMANN'S, dies der meine». a. a. s. IV.

²⁾ Die Aufträge zu Gunsten Dritter, Leipzig 1904.

³⁾ Die Geschäftsführung nach dem B. G. B. Jena 1900.

⁴⁾ Die Lehre von der Stellvertretung, Leipzig 1900—1902.

⁵⁾ DNIESTRZANSKI a. a. § 4 (särskildt s. 114).

nödvändigt att äfven se tredjemansaftalet såsom en underart af uppdraget, enär beträffande grundidén ställföreträderskapet och aftalen till förmån för tredjeman voro med hvarandra besläktade. Vid båda kategorierna var ju gången denna, att en person lofvade en annan något, och att därur omedelbart en rätt uppstod för en tredje person¹⁾. En yttre skillnad mellan dem båda bestod däri, att vid ställföreträdareskapet uppdraget ingicks mellan den tredje personen och promissaren (principalen och ställföreträdaren) under det att vid aftalet till förmån för tredjeman uppdraget ingicks mellan promissaren och promittenten. Viktigare vore emellertid den skillnaden, att vid den senare rättsfiguren hvilade uppdraget på en »Vermögenszuwendung des Promissars an den Promittenten». Blott de fall, där en dylik förmögenhetsförskjutning förekom, kunde betraktas såsom verkliga aftal till förmån för tredjeman, hvaraf följde, att dessa grundade sig på mandatet i dess ursprungliga romerskrättsliga betydelse såsom ett realmandat²⁾. Enligt DNIESTRZANSKI utgjorde härefter aftalet till förmån för tredjeman »ein Auftrag mit reeller Vermögenszuwendung an den Promittenten, der sich dafür verpflichtet, dem Dritten einen Vortheil zuzuwenden»³⁾. Författaren har utlofvat ytterligare ett band till detta första, hvilket blott betecknats såsom teoriens »Grundlegung». Innan författaren i denna fortsättning af arbetet offentliggjort de vidare konsekvenserna, som följa »aus der Eigenschaft des Vertrags zugunsten Dritter als eines Auftrags», torde det vara förhastadt att framställa ett slutligt omdöme om den föreslagna konstruktionen. Så mycket kan väl alltid sägas, att det förefaller stöta på öfvervinneliga svårigheter att från författarens ståndpunkt kunna få annat än en mycket godtycklig förklaringsgrund till uppkomsten af tredjemans fordringsrätt. Hvad han tills vidare i detta afseende

¹⁾ DNIESTRZANSKI a. a. s. 117.

²⁾ DNIESTRZANSKI a. a. s. 118 f.; 123; 283 f.

³⁾ DNIESTRZANSKI a. a. s. 348. Härmed har DNIESTRZANSKI återfört området för aftalen till förmån för tredjeman inom de gränser, hvilka af WINDSCHEID angifvits för das gemeine Recht (WINDSCHEID, Lehrbuch § 316 n. 15) Jfr KIPP i Z. H. 57 s. 218 f., som efter anmärkning härom tillägger: »Neu ist nur, dass alle diese Fälle Aufträge darstellen sollen. Das lässt sich aber nur behaupten von einem ganz willkürlich ausgedehnten Auftragsbegriffe aus».

förebragt för romerska rättens räkning¹⁾, kan omöjligen anses styrkt. Något samband mellan romarnes actio utilis vid vissa pacta in favorem tertii och en uppfattning hos romarne af dessa aftal såsom realmandat mellan promissaren och promittenten kan nämligen ej utletas. Och att för ett rättssystem sådant som det svenska det konstlade inrangerandet af tredjemansaftalet såsom ett mandat mellan promissaren och promittenten ej kan bidra till lösningen af det omtvistade spörsmålet angående förklaringsgrunden till tredjemans rätt, synes oss vara tillräckligt klart för att blott behöfva påpekas²⁾.

En snabb öfverblick af lagstiftningen i det föreliggande spörsmålet anse vi oss för fullständighetens skull böra meddela. Den bayerska landsrätten af år 1756 sammanblandar liksom den dåtida doktrinen tredjemansaftalet med ställföreträderskapet. I detta afseende innebär den preussiska allmänna landsrätten i slutet af 18:de århundradet ett framsteg. Som ett aftal till förmån för tredjeman betecknas uttryckligen blott ett sådant, hvori tredjeman »weder mittelbar noch unmittelbar Teil genommen hat». För öfrigt gå dess bestämmelser, som ofvan påvisats, ut på detsamma som BESELERS först i »Die Lehre von den Erbverträgen» utvecklade teori³⁾. I Frankrikes code civil möter oss i art. 1121 följande bestämmelser: »On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter». Sannolikt måste åt lagstället gifvas en mycket inskränkt tolkning, enligt hvilken bestämmelsen i aftalet om prestation till tredjeman blott fattas såsom en »biklausul» i den mening, att prestationen åt tredjeman blott utgör en del af den promittenten gent emot

¹⁾ DNIESTRZANSKI a. a. s. 269—284; 347.

²⁾ Jfr i öfrigt beträffande DNIESTRZANSKIS lära KIPP i Z. H. 57 s. 217—219. KIPPS slutomdöme lyder: »Nach dem obigen muss ich das Buch DNIESTRZANSKIS, das mit vielem Fleisse geschrieben ist und manches Interessante enthält, doch im Grunde für verfehlt ansehen».

³⁾ Se ofvan s. 46 n. 2.

promissaren åliggande prestationen eller också att hufvudaftalet går ut på en gåfva åt promittenten, som därför åtager sig att utgöra något åt tredjeman. En sådan uppfattning stämmer ock öfverens med POTHIER'S för den franska obligationsrätten grundläggande åsikt i hans *Traité des obligations*¹⁾. GAREIS' förmodan synes oss ej vara riktig, att till grund för stadgandet i art. 1121 skulle ligga den inom tyska doktrinen först af BÄHR uttryckta tanken, att löftet om prestation till tredjeman för att vara giltigt måste afgifvas med hänsyn till en i promissarens person utmynnande causa²⁾. Likaledes torde GAREIS taga fel, när han förklarar art. 1121 ställa den franska rätten »in die Reihe der Acceptationstheorien»³⁾. Den andra satsen i art. 1121 säger nämligen blott, att stipulationen ej kan tagas tillbaka, sedan tredjeman förklarar sig vilja utnyttja aftalet till sin förmån. Den nämnda satsen berör sålunda uteslutande frågan om rättighetens egenskap att kunna återkallas⁴⁾, ett spörsmål, som ej får förblandas med frågan om rättighetens uppkomst⁵⁾.

Kommer så stadgandet i den österrikiska lagboken af år 1811, § 1019: »Wenn der Machthaber den Auftrag, einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, erhalten und angenommen hat, so erlangt der Dritte, sobald er von dem Machtgeber oder Machthaber davon benachrichtigt worden ist, das Recht gegen den Einen oder den Andern Klage zu führen». Under det att UNGER anser detta »gåtfulla, för den civilistiska konstruktionen

¹⁾ Bd I s. 35; Se GEORGI, *Verträge zu Gunsten Dritter*, Diss. Aachen 1900 s. 47 f. samt hans citat därstädes n. 89 från LAURENT, *Principes de droit civil*, Bd 15 s. 635: »L'art. 1121 n'est pas une innovation, les auteurs du code n'ont fait que formuler l'opinion de Pothier».

²⁾ GAREIS a. a. s. 177 f.; Man får nämligen ej förgäta, att art. 1121 helt och hållet har karaktären af ett undantagsstadgande, hvilket klart framgår af art. 1165: *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers et elles ne leur profitent que dans les cas prévu par l'art. 1121.*

³⁾ GAREIS a. a. s. 178.

⁴⁾ Så äfven GEORGI a. a. s. 49 f.; REGELSBERGER i E. H. H. II s. 477 n. 25 ZACHARIÄ v. LINGENTHAL, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Bd II § 436 n. 16, synes antaga, att en verklig rätt först uppstode med tredjemans accept. Enligt vår uppfattning afses med den ifrågavarande satsen i art. 1121 alldeles detsamma som tydligare uttryckts i den schweiziska obligationsrättens art. 128. Jfr nedan sid. 78 n. 3.

⁵⁾ Se DANZ, *Forderungsüberweisung etc.* s. 130.

svårhanterliga» stadgande ej utgöra något undantag från regeln, att aftalet till förmån för tredjeman vore ogiltigt enligt österrikisk rätt¹⁾ (§ 881), så finner åter DNIESTRZANSKI, att knutpunkten i hela den omstridda läran just vore innesluten i det citerade stadgandet, hvilket gifvit honom uppslaget till den ofvan omförmälta konstruktionen af aftalet såsom ett realmandat till förmån för tredjeman.

Den sachsiska lagboken af 1863 innehåller hithörande bestämmelser i §§ 853—856. Enligt dessa blir tredjemans rätt bestående först sedan han biträdt aftalet eller antagit den till honom utlofvade prestationen. Efter ordalydelsen synes tredjeman äfven före denna tidpunkt, i och med aftalet, hafva blifvit fordringsberättigad. Af motiven till stadgandena framgår emellertid, att dessa böra tolkas så, att en verklig rätt för tredjeman först uppstod med hans biträde eller antagande af prestationen. BESELERS senaste lära synes hafva utgjort förebilden till de nämnda lagrummen, och i enlighet härmed torde åt dessa böra gifvas den tolkningen, att kontrahenterna ej kunde få förhindra tredjeman att med afsedd verkan »biträda» aftalet.

Följa så förslag till civillag för storhertigdömet Hessen (art. 193) och för Bayern (Th. II, art. 33, 34) jämte det s. k. Dresdenerförslaget till gemensam obligationsrätt för de tyska förbundsstaterna (art. 208—216). Såväl det första som det sista förslaget erinrar mycket om BÄHRERS teori. Motiverna till det hessiska förslaget gifva emellertid vid handen, att tredjemans rätt tänkes uppkommen genom en cessio legis. Det bayerska förslaget åter fordrar för uppkomsten af tredjemans rätt, att han »nach vorgängiger Aufforderung seitens der Abschliessenden oder eines derselben dem Vertrage beigetreten ist»²⁾.

Den första lagen, som genom ett allmänt stadgande rent underordnat sig kreationsteoriens princip, är den schweiziska obligationsrätten, art. 128³⁾. Ej för rättighetens uppkomst utan

¹⁾ UNGER a. a. s. 99. Se äfven GAREIS a. a. s. 179; EHRENZWEIG a. a. s. 77 och 93.

²⁾ Beakta likheten med EHRENZWEIGS konstruktion. Skillnaden ligger blott däri, att EHRENZWEIG ej fordrar »biträde», utan anser det vara tillräckligt, att meddelande framkommit till tredjeman. Se ofvan s. 71 f.

³⁾ Art. 128 har följ. lydelse: »Hat sich jemand, welcher auf eigenen Namen handelt, eine Leistung an einen Dritten zu dessen gunsten ver-

blott för dess bestånd, oberoende af en ändring i kontrahenternas öfverenskommelse, fordras en förklaring af tredjeman till gäldenären af innehåll, att han ville göra bruk af sin rätt. Att denna förklaring ej behöfver göras uttryckligen utan äfven kan ske genom konkludenta handlingar, är gifvet. Det förtjänar här särskildt påpekas, att en dylik förklaring — till skillnad från Buschs »Acceptation» — måste anses vara rättsgiltigt afgifven äfven genom talans instämmande mot gäldenären. Tredjemans förklaring efter art. 128 är nämligen ej af konstituerande betydelse för hans fordringsrätt, utan angifver blott tidpunkten, då en för tredjeman redan uppkommen rättighet ej längre af kontrahenterna kan omintetgöras.

Vi hafva nu hunnit fram till det betydelsefulla lagstiftningsarbete, som afslutats genom antagandet af das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Denna lag är i sina bestämmelser om tredjemansaftalet §§ 328--335, en produkt af det arbete, som kreationsteoriens energiska förkämpar utfört, och ansluter sig, som redan antydts, närmast till den REGELSBERGERska teorien. I sista delen af vår framställning skola vi få tillfälle att göra bekantskap med B. G. B:s stadganden i ämnet.

sprechen lassen, so ist er berechtigt zu fordern, dass an den Dritten geleistet werde. Auch der Dritte, beziehungsweise sein Rechtsnachfolger, können selbständig die Erfüllung fordern, wenn dieses die Willensmeinung der Kontrahenten war. In diesem Falle kann der Gläubiger den Schuldner nicht mehr entbinden, sobald der Dritte dem Letzteren erklärt hat, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen».

III.

Hvarken den schweiziska obligationsrättens eller B. G. B:s stadganden äro anpassade efter den gamla terminologien aftal till förmån för tredjeman. Favormomentet har definitivt förlorat all rättslig betydelse, och såsom en gemensam kategori behandlas alla tredjemansaftal, det hvarur tredjeman erhåller en egen fordringsrätt, och det hvori han blott är destinatär för gäldenärens utlovade prestation, utan att vara berättigad att fordra densamma. I B. G. B. betonas detta redan i rubriken: »Versprechen auf Leistung an Dritte», en benämning som sannolikt är hämtad från WINDSCHEIDS framställning öfver »Verträge auf Leistung an einen Dritten»¹⁾. En dylik terminologi torde nu inom den nordiska rättslitteraturen verka något främmande, då man här vant sig att betrakta den ifrågavarande rättsfiguren, försåvidt särskild uppmärksamhet ägnats densamma, såsom ett aftal till förmån för tredjeman, hvarigenom betydelsen af de rättsfrågor, som uppkomma vid det tredjeman icke berättigande aftalet, alldeles förbisetts²⁾. Säkert är nu emellertid, att äfven ett aftal, hvori tredjeman blott utsetts till prestationsdestinatär kan gifva anledning till särskilda juridiska spörsmål, som äro värda att beaktas. Detta är emellertid ej något skäl till att under en

¹⁾ WINDSCHEID § 316 (se särskildt vid not 3 a).

²⁾ Se DEUNTZER, Om fullmakt s. 17—18; Den nordiske obligationsrét s. 26—28 i Nordisk Retsencyklopedi II; TRYGGER, Om fullmakt s. 26 n. 1; LASSEN, alm. del. s. 130 ff. STANG, Den norske obligationsrettens alm. del. s. 211 ff.

benämning sammanföra båda de olika formerna för aftal, hvaregenom gäldenären åtager sig att prestera något till tredjeman. Afgörande för oss, när vi förorda en terminologi, som har denna vidsträckta betydelse, är, att enligt vår uppfattning det samband råder emellan dem båda, att det berättigande tredjemansaftalet¹⁾ intill ett visst moment af handlingsförloppet²⁾ för tanken alltid måste framstå såsom ett icke berättigande tredjemansaftal och sålunda i sig innesluter detta senare³⁾.

Fatta vi tredjemansaftalet nu i denna vidsträckta betydelse, så faller inom ramen för vårt ämne undersökningen icke blott af den juridiska byggnaden hos det berättigande tredjemansaftalet utan äfven af karaktären hos ett aftal, hvare tredjeman blott utsetts till prestationsdestinatär.

Vi göra början med den sista, till utseendet minst invecklade arten och utgå därvid från följande exempel: *B* säljer en sak till *G* med den öfverenskommelsen, att *G* skall erlægga likviden till *T*, utan att denne blir berättigad att själf fordra densamma af *G*. Betalar nu *G* i rätt tid köpesumman till *T*, så torde man väl kunna tycka, att det är en tämligen klar sak, att *G* därmed blifver fri från sin förpliktelse. Han har ju fullgjort densamma. Någon annan förklaringsgrund till denna rättsverkan af *G*:s betalning synes ej vara behöflig. Härom är man emellertid inom teorien ej enig. HELLWIG t. ex. anser, att man med orätt uraktlåtitt att söka gifva en tillfredsställande rättslig förklaring till, att gäldenären vid tredjemansaftalet genom sin prestation till tredjeman blir befriad från sin förpliktelse mot borgenären⁴⁾. Själf anser HELLWIG, att denna rättsverkan blott kunde få sin förklaring därigenom, att tredjeman uppfattades såsom i aftalet befullmäktigad af borgenären att mottaga prestationen⁵⁾. När alltså för att återgå till vårt exempel *G* betalar till *T*, så betalade han i själfva verket till *B*:s ställföreträdare,

¹⁾ I det följande användes beteckningen berättigande och icke berättigande tredjemansaftal. Vi mena därmed det *tredjeman* berättigande eller icke berättigande tredjemansaftalet.

²⁾ Nämligen intill det ögonblick då tredjemans rätt genom borgenärens öfverlåtelse grundas; jfr ofvan s. 27.

³⁾ Se äfven HELLWIG a. a. s. 43.

⁴⁾ HELLWIG a. a. s. 92.

⁵⁾ HELLWIG a. a. s. 93 ff.

och därför hade han äfven uppfyllt sin förpliktelse mot *B* själf. Detta måste emellertid vara en uppfattning, som ej öfverensstämmer med tredjemansaftalets verkliga natur och som i många fall visar sig helt enkelt juridiskt omöjlig att försvara. Äfven om — såsom i det gifna exemplet ofta nog skulle kunna antagas — tredjeman stundom kommer att i själfva verket tjänstgöra såsom borgenärens ställföreträdare, så måste det betraktas såsom ett tillfälligt sammanträffande, att tredjeman är såväl prestationsdestinatär som borgenärens ställföreträdare, i det han mottager besittningen för dennes räkning och förvärfvar äganderätt åt honom. I det gifna exemplet behöfver detta uppenbarligen ej vara fallet. Antag t. ex. att *B*, som är skyldig *T* pengar och af honom blifvit kräfd på beloppet, lofvat *T* betalning på det sätt, att *G*, som stod i begrepp att köpa en sak af *B*, skulle utbetala köpesumman till *T* i stället för till *B*, och att *B* af denna anledning utsett *T* till destinatär för prestationen. Att *T*, som nu uppbär pengarne, ej gör detta för *B:s* utan för egen räkning, är ju en själfklar sak. I och med det att beloppet kommer i hans besittning, blir därför han och icke *B* ägare af detsamma. Faktiskt och medvetet utför *T* med sitt besittningstagande en rättshandling för egen räkning. Man kan förgäfves invända, att *G* presterar till *T* i den goda tron, att han är *B:s* ombud. I vårt exempel kunde ju *G* mycket väl varit i kännedom om *B:s* afsikt med betalningen till *T*. Men äfven om han ej visste något om mellanhafvandet mellan *B* och *T*, hade han ingen anledning att antaga, att *T* skulle vara *B:s* ställföreträdare. Är intet därom sagdt, måste *G* ovillkorligen säga sig, att det vore möjligt, att *T* skulle behålla prestationen för egen räkning. Har *B* åter tillsagt *G*, att hans skuldförhållande till *T* vore orsaken till, att *T* utsågs till prestationsdestinatär, så är antagandet af en fullmakt för *T* att för *B:s* räkning taga prestationen i besittning uteslutet, vare sig *T* själf vet om, att prestationen sker i det nämnda syftet (betalning till honom af *B*) eller icke. *G* presterar nu till *T* för att denne själf skall få penningsumman, och icke för att denna skall förvärfvas åt *B*. Kan emellertid i ett aftal, hvori *G* utfäster sig att åt *T* betala en summa penningar, som han är skyldig *B*, *T* stundom betraktas såsom *B:s* ställföreträdare, så är åter en sådan möjlighet i åtskilliga andra tredjemansaftal alldeles uteslutet. Detta måste först och främst sägas om alla de

fall, hvori aftalet mellan kontrahenterna har karaktären af ett arbetsbeting till tredjemans förmån. Om *B* aftalat med *G*, att denne skall reparera den fattige *T*:s stuga, att han skall plöja hans åker, hjälpa honom att inbärga skörden, att han skall måla hans fiskarbåt, reparera seglen till densamma o. s. v., så kan det väl ej ligga någon rimlighet i att påstå, det *T* mottager alla dessa prestationer såsom *B*:s ställföreträdare. För ingen skulle ett sådant påstående vara löjligare än för *T* och kontrahenterna själfva. *G* vet, att han reparerar *T*:s båt åt *T* själf, och denne vet, att det är hans båt, som för hans egen räkning och icke för *B*:s räkning behandlas. Vid transportaftalet förhåller det sig på samma sätt. Om *B* afsänder ett bref eller en paket till *T*, så kan denne ej betraktas såsom *B*:s ställföreträdare af den enkla anledningen, att han ej ersätter något *B*:s handlande. *T* besparar uppenbarligen ej *B* någon handling med mottagandet af brefvet eller paketen. Man kan ju ej fatta saken så, att *B* i stället för att ställa brefvet till sig själf adresserar det till *T*. Det ligger tvärtom i sakens natur, att prestationen från början måste utgöras till *T*. *B*:s afsikt är ju att genom aftalet och dess verkställande få en sak transporterad till *T*. Försåvidt här kan vara fråga om något ställföreträdarskap, så kan det väl aldrig bestå annat än däri, att *G* besparar *B* öfverförandet af saken till *T* och alltså *aflämnar* saken till denne *från B och för dennes räkning*.

Tänka vi oss härefter, att *B* ingått ett salukontrakt med *G*, hvori denne bl. a. utfäst sig att utgöra vissa s. k. undantag åt *T*, så visar sig fullmaktstanken äfven här vara otillfredsställande. *T* mottager prestationen för sin egen räkning och blir därför äfven själf ägare af densamma. Liksom vid de nyss behandlade aftalsarterna måste dessutom äfven här sägas, att prestationen (i regeln) enligt aftalets natur från början vore bestämd att utgå till *T*, som därför ej kan sägas mottaga densamma för *B*:s räkning. Liknande förhåller det sig äfven med ett gåfvoaftal mellan *B* och *G*, hvori den senare utfäster sig att utgöra någon prestation till *T*. Denne kan nämligen ej sägas mottaga prestationen för *B*:s räkning redan af den grund, att *B* för sin egen räkning helt säkert ej hade utbetingat sig någon gengäld för sin gåfva.

I andra fall åter är det väl sant, att tredjeman vid mottagandet af prestationen faktiskt företräder borgenären. Så t. ex. om *B* vid köp i en butik förordnar, att det köpta skall aflämnas till *T*, utan att denne för sin egen räkning skall behålla eller använda prestationen. Vidare om borgenären eljest för att slippa besväret med mottagandet eller för att underlätta gäldenärens prestation med denne aftalat, att han skall betala till tredjeman i stället för till borgenären. Detta är som bekant en ofta förekommande öfverenskommelse mellan en från sitt hus aflägsset boende eller en mycket sysselsatt husägare och hans hyresgäster. Tredjeman uppbär här i regeln hyresbeloppen för värdens räkning. Men spörsmålet är, om detta är af relevant betydelse för gäldenären, när han fullgör prestationen genom att betala till tredjeman. Utan tvifvel måste detta besvaras nekande. Vore nämligen detta af betydelse, hur skulle saken då ställa sig om borgenären utan gäldenärens vetskap med tredjeman aftalat, att denne skulle uppbära hyresbeloppen för sin egen räkning och låta dem gå i afräkning på sin fordran mot borgenären? Skulle gäldenären ej blifva fri från sin hyresskuld, enär tredjeman behöll penningarne för egen räkning? Svaret är ju tydligt nog. Gäldenären har aldrig åtagit sig att prestera till borgenären eller dennes ställföreträdare, utan han har åtagit sig att betala till tredjeman som sådan. Gör han äfven detta, så blir han fri alldeles oberoende däraf, om tredjeman skulle mottaga summorna för sin egen räkning och låta dem gå i sin kassa eller om han uppburit dem såsom borgenärens ställföreträdare. Denna sats kan principiellt uttalas för alla tredjemansaftal, vid hvilka det är möjligt att tänka sig tredjeman mottaga prestationen för borgenärens räkning, och den innebär, att försåvidt tredjeman faktiskt kommer att mottaga prestationen för borgenärens räkning, hans ställföreträdande ställning ej kan vara grundad på en fullmakt från borgenären, utan har sitt stöd i ett mellan denne och tredjeman bestående rättsförhållande. I denna sats ligger emellertid ingalunda något nytt. Vi hafva blott för tredjemansaftalet funnit tillämpning af den inom teorin efter BREMER¹⁾ väl allmänt förhärskande åsikten, att vid tradition af en sak besittnings- och äganderättsförvärfvet för en ställföreträd person

¹⁾ Se Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, N. F. Bd 20 s. 45 ff.

ej betingades däraf, att tradenten hade kännedom om besittningstagarens egenskap att vara ställföreträdare; eller m. a. o. att ställföreträdareskapet vid besittningstagandet ej grundar sig på någon fullmakt för besittningstagaren¹⁾. Denna regel måste onekligen äga omedelbar tillämpning för tredjemansaftalet. Då tredjeman ej kan infordra prestationen, så måste hans ställföreträdande handling, försåvidt denna kan beröra gäldenären, vara inskränkt till själfva mottagandet af prestationen d. v. s. till ett naket besittningstagande. På samma sätt som det måste vara säljaren af en vara fullkomligt likgiltigt, om köparen förvärfvade besittningen och äganderätten till den traderade varan för egen räkning eller för någon annan, så måste det äfven sägas vara gäldenären vid tredjemansaftalet likgiltigt, om tredjeman själf eller för borgenärens räkning förvärfvade besittningen och äganderätten till prestationen. De invändningar, som vi nu framfört mot att beteckna tredjeman såsom borgenärens fullmäktig, ha delvis af HELLWIG antydts. Han medgifver äfven, att tredjeman, om han vid mottagandet själf förvärfvade äganderätten till det presterade, *i detta afseende* ej kunde vara borgenärens ställföreträdare. Men, säger HELLWIG, han vore likväl borgenärens ställföreträdare, nämligen »in Beziehung auf die Lösung des Schuldverhältnisses». Att så vore förhållandet, menar HELLWIG vara till fullo ådagalagt af LENEL i dennes berömda afhandling »Stellvertretung und Vollmacht»²⁾. Vi skola utförligare i annat sammanhang (vid undersökningen af anvisningsinstitutets rättsliga karaktär) taga ställning till LENELS lära. Emellertid kunna vi redan här alltid säga så mycket, att det synes oss förhastadt och öfverlagdt af HELLWIG att åberopa LENELS nämnda afhandling som absolut säkert stöd för den uppfattningen, att tredjemansaftalet innehöll en fullmakt för tredjeman att för borgenärens räkning mottaga gäldenärens prestation. LENEL säger nämligen ej på ett enda ställe i sin afhandling, att tredjemansaftalet vore att fatta under synpunkten af en fullmakt för tredjeman. Och man får väl akta sig att af LENELS satser draga ett sådant slut, hvartill enligt vår fulla

¹⁾ Senast har detta betygats af LENEL, *Stellvertretung und Vollmacht*, i J. J. Bd 36 s. 4 f.; 42 ff; 61 ff; 96 ff.

²⁾ HELLWIG a. a. s. 98 f.

öfvertygelse LENEL själf ej skulle hafva gifvit sitt bifall. LENEL vidrör tredjemansaftalet blott så till vida, som han talar om en solutionis causa adjectus, och om denne säger, att han borde betraktas såsom bärare af en oåterkallelig inkassofullmakt, dock blott, heter det i en not, *om han måste mottaga i borgenärens namn för att befria gäldenären från skulden till borgenären*¹⁾. Om tillägget i noten afser begreppet oåterkallelig fullmakt eller om LENEL fordrar den nämnda begränsningen, för att en solutionis causa adjectus öfver hufvud taget skall betraktas såsom borgenärens fullmäktig, framgår ej af ordalydelsen. Men därom kan knappast tvifvel råda, att LENELS uppfattning motsvaras af det senaste alternativet, och därmed kan denna med afseende på det nämnda uttalandet om en solutionis causa adjectus snarare anföras mot än för HELLWIGS åsikt. För öfrigt instämma vi till fullo med LENEL, när han säger, att en inkassofullmäktig, med bibehållande af denna sin egenskap kunde själf förvärfva äganderätten till den utgjorda prestationen i och med dennas mottagande, just därför att, efter LENELS utföranden²⁾, hans fullmakt ej afsåg besittningstagandet, utan gick ut på att (i borgenärens namn) befria gäldenären från sin skuld. LENELS tankegång är utan tvifvel denna. Då gäldenärens skuld består i att betala till borgenären, så kan han befrias från denna skuld blott genom att betala till borgenären själf eller hans ställföreträdare. Bliu gäldenären fri genom sin inbetalning till inkassofullmäktigen, så kan denna befrielse därför blott grunda sig därpå, att inkassofullmäktigen *gent emot gäldenären* handlat som ställföreträdare åt borgenären. Kan alltså blott af detta skäl en inkassofullmäktig verkligen sägas ställföreträda borgenären, äfven om han själf för sin egen räkning behåller betalningen, så är det klart nog, att tredjeman vid tredjemansaftalet ej kan ställas i jämbredd med inkassofullmäktigen i förevarande afseende. Vid tredjemansaftalet består gäldenärens skuld från början i att betala något till tredjeman. Förpliktelsen går ej alls ut på att betala till borgenären utan just till tredjeman. Att i en fullmakt meddela gäldenären befogenhet att betala till denne, d. v. s. gifva honom befogenhet att uppfylla sin förpliktelse, måste uppenbarligen vara alldeles meningslöst.

¹⁾ J. J. 36 s. 35 n. 1.

²⁾ J. J. 36 s. 61 ff; 96 ff.

Att LENEL betraktar äfven anvisningen som en fullmakt för assignataren¹⁾, skulle nu kanske af HELLWIG vilja anföras som stöd för hans åsikt. Enligt vårt förmenande sammanhänger emellertid — såsom sedermera skall visas — denna LENELS uppfattning därmed, att han misskänner anvisningens egenskap att alltid vara ett verkligt tredjemansaftal.

Är det sålunda ej riktigt att se grunden till, att gäldenären genom sin prestation till tredjeman blir befriad från sin förpliktelse mot borgenären däri, att denne i aftalet meddelat något slags fullmakt för tredjeman, så återstår ännu det af HELLWIG upptagna spörsmålet till besvarande: hvarför blir gäldenären befriad från sin förpliktelse mot borgenären genom prestation till tredjeman? Vårt svar har i den föregående framställningen redan antydts. Det kan ej blifva annat än, att gäldenären blir befriad, enär han med sin prestation till tredjeman uppfyllt sin förpliktelse, som därför ej längre existerar och kan binda honom. Gäldenärens obligation har objektivt upphört att gälla, på den grund att den blifvit uppfyllt. Saken är helt enkel och naturlig. Är aftalet om prestation till tredjeman giltigt, så innebär detta ej något annat, än att gäldenären gent emot borgenären förpliktas att presteras något till tredjeman. Juridiskt är denna förpliktelse ej i något afseende skild från andra rättsliga förpliktelser. Om den ifrågavarande förpliktelsen måste alltså liksom om de andra gälla, att den upphör med fullgörandet. Detta sker, när gäldenären presterar till tredjeman²⁾.

¹⁾ J. J. s. 113 ff.

²⁾ Så äfven OERTMANN, Kommentar I, 2, 2 uppl. s. 174: För prestationens befriande verkan »bedarf man weder der Annahme einer Bevollmächtigung des Dritten noch etc. . . . ; der Grund liegt einfach darin, dass die Leistung an den Dritten Vertragsinhalt bildet». Hos PLANCK, Kommentar II, 3 uppl. s. 163 heter det: »Der Dritte ist nicht Empfangsbevollmächtigter des Versprechensempfängers in betreff der diesem geschuldeten Leistung, sondern er bildet in dem Verhältnisse zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger nur das Objekt, auf welches sich die Leistung bezieht. Die Forderung des Versprechensempfängers geht eben nur auf Leistung an den Dritten». Se äfven ENNECCERUS-LEHMANN, Das bürgerliche Recht, I s. 410: »Dass der Schuldner durch die Leistung an den Dritten befreit wird, hat also nicht etwa (wie HELLWIG s. 93 f. annimmt) darin seinen Grund, dass der Vertrag eine stillschweigende Bevollmächtigung des Dritten zur Annahme enthielte, sondern lediglich darin, dass eben die Leistung an den Dritten den Inhalt der Schuld bildet».

HELLWIGS oriktiga uppfattning, enligt hvilken tredjeman är borgenärens fullmäktig, sammanhänger med ytterligare en felaktig åsikt om tredjemansaftalets allmänna karaktär. HELLWIG anser, att med tredjemansaftalet afses att på ett särskildt sätt låta en utlofvad prestation komma borgenären till godo¹⁾. Att en sådan sats kan emellertid ej förlänas allmängiltighet. Väl gäller HELLWIGS åsikt vid sådana aftal, hvori prestationen, om den ej betingats till tredjeman, skulle hafva utgått till borgenären själf, såsom ett aftal om köpesummans betalning till tredjeman, en köpt saks presterande till denne o. s. v. Den gäller öfverhufvud taget i alla de fall, där tredjeman kan komma ifråga såsom borgenärens ställföreträdare på grund af ett särskildt mellan borgenären och tredjeman bestående rättsförhållande (af uppdragets natur). Men i alla andra fall måste det — såsom ju framgår af våra ofvan anförda exempel — vara oriktigt att säga, det prestationen *på ett särskildt sätt* kommer gäldenären till godo genom dess utgörande till tredjeman, ty det ligger här i sakens natur, att prestationen skall utgöras till tredjeman och icke till borgenären. Det är alltså det *enda tänkbara sättet*, hvarpå gäldenärens skuld till borgenären uppfylles. Att HELLWIGS uttryck »auf eine besondere Weise» måste ha den antydda oriktiga betydelsen framgår fullt klart, när han omedelbart efteråt närmare förklarar ändamålet med tredjemansaftalet vara att spara den omväg, som prestationen eljest måste taga »durch das Vermögen des Stipulanten in das Vermögen des Dritten»²⁾. En sådan omväg för prestationen är i många fall alldeles otänkbar: *G* har t. ex. åtagit sig gent emot *B* att reparera en *T* tillhörig sak. I andra fall åter måste, äfven om för tanken en dylik omväg vore möjlig, det likväl förefalla mycket konstladt att påstå, det med gäldenärens prestation den nämnda omvägen inbesparades: t. ex. vid en donatio sub modo eller ett undantagskontrakt med bestämmelse, att undantaget skulle utgå till en viss tredje person.¹⁾

Att HELLWIG förbisett den särskilda karaktärssidan hos alla dessa tredjemansaftal, hvori man ej kan tänka sig tredjeman såsom borgenärens ställföreträdare, framgår kanske allra tydligast

¹⁾ HELLWIG a. a. s. 45.

²⁾ HELLWIG a. a. s. 45.

af hans uttalande, att tredjemansaftalet innebure antingen en modifikation af en ursprungligen vanlig förpliktelse eller en sammansättning af ett hufvudaftal och ett biaftal ¹⁾. Om *B* säljer något till *G*, och det öfverenskommes, att köpesumman skall utgöras till *T*, så är det väl sant, att detta aftal mycket väl i afseende å handlingsförloppet låter för tanken uppdelas sig i ett vanligt köpeaftal och ett omedelbart efteråt avslutet biaftal om, att betalningen skall erläggas till *T*. Men därför är äfven skillnaden mellan detta aftal och t. ex. ett fraktaftal så mycket mera påfallande. Om *B* aftalar med *G*, att denne skall transportera en sak till *T*, så ha kontrahenterna ingått ett aftal om prestation till tredjeman, men detta aftal låter ej på något sätt för tanken uppdelas sig i ett hufvudaftal om prestationen till *B* och ett biaftal om prestationens utgörande till *T*. Kontrahenterna hafva avslutit ett arbetsbeting, som alltifrån aftalets början måste sägas blott och bart hafva bestått däri, att saken skulle transporteras till *T*. Det finnes för tanken ej något rum för talet om ett biaftal till ett hufvudaftal om prestation till *B*. Detsamma gäller uppenbarligen om alla tredjemansaftal, som hafva till innehåll, att gäldenären skulle utföra arbetsprestationer åt tredjeman. Ej heller vid ett gåfvoaftal, hvori gåfvotagaren utfäster sig till en prestation åt tredjeman för gåfvan, kunna vi finna en uppdelning i hufvud- och biaftal riktig. Först och främst är af hvad ofvan sagts tydligt, att det ej kan vara frågan om ett biaftal i den af HELLWIG åsyftade meningen, att en ursprungligen vanlig förpliktelse genom biaftalet förändrades till en förpliktelse på prestation till tredjeman. Om nämligen biklausulen tänkes borta, så kan detta blott betyda, att gäldenären erhåller gåfvan utan att göra någon motprestation, vare sig till borgenären eller tredjeman. Men bortsett härifrån tro vi ej, att det är riktigt att fatta ett dylikt gåfvoaftal med bestämmelse om en gåfvotagarens prestation till tredjeman såsom en sammansättning af två aftal. Enligt vår mening bör saken fattas så, att borgenären till gäldenären afgifver ett gåfvoanbud af innehåll, att gäldenären skall

¹⁾ HELLWIG a. a. s. 48. Beträffande det första uttrycket: »modifikation af en ursprungligen vanlig förpliktelse», så afser HELLWIG därmed de fall, i hvilka förpliktelsen från början ej uppstått genom aftal och sålunda »modifikationen» ej kan hafva karaktären af ett biaftal.

få en gåfva mot det, att han utfäster sig att göra en prestation till tredjeman. I gäldenärens accept af detta anbud måste därför äfven ligga en bindande utfästelse att prestera det i anbudet bestämda till *T*. Man kan nämligen ej »juridiskt» tänka sig utfästelsen skild från själfva gåfvoaftalet, ty enligt det ifrågavarande aftalets natur blir gäldenären berättigad och förpliktad på samma gång¹⁾.

Öfverenskommelsen mellan borgenären och gäldenären att denne skall prestera något till tredjeman kan nu uppenbarligen hafva olika innebörd i olika fall. Gäldenären kan däraf blifva alternativt förpliktad, så att han godtyckligt med befriande verkan kan prestera antingen till borgenären eller tredjeman. Eller också kan han vara förpliktad att blott prestera till tredjeman. En valrätt kan naturligtvis äfven tänkas för borgenären, så att han antingen kan fordra, att det presteras till honom själf, eller ock till tredjeman. I detta fall blifver gäldenärens ställning olikartad allt efter aftalets innehåll. Detta kan gå ut därpå, att gäldenären bör invänta borgenärens valbeslut, innan han presterar, eller att han måste prestera åt borgenären, såvida denne ej inom bestämd eller lämplig tid fordrar prestationens utgörande åt tredjeman, eller ock slutligen att tredjeman skall ha prestationen, om borgenären ej i rätt tid gifvit motsatt order²⁾. Aftalet kan emellertid ytterligare innebära, att om borgenären ej i rätt tid gifver något besked, valrätten öfverflyttas på gäldenären. Är ej något bestämdt i aftalet för det fall, att borgenären ej lämnar något meddelande om, till hvilken prestationen skall ske, så torde ofta nog borgenärens tystlåtenhet kunna tolkas så, att det är honom likgiltigt, om tredjeman eller han själf uppbär prestationen, i enlighet hvarmed gäldenären bör kunna prestera, till hvilken han vill. Men saken kan äfven gestalta sig så, att någon presumption för gäldenärens valrätt i anledning af borgenärens tyst-

¹⁾ Efter hvad som ofvan sagts inses det oriktiga i följande HELLWIGS uttalande i Arch. civ. 86 s. 244: »Das Richtige aber ist einfach: der sog. Vertrag zu Gunsten Dritter kann niemals ein selbständiger Vertrag sein, sondern stets nur ein Nebenvertrag; er kann juristisch nur gedacht werden als eine Nebenberedung, die sich an einen anderen Vertrag anschliesst, an die Schenkung, den Kauf und die Lebensversicherung, während diese selbst sehr wohl auch ohne jenen Nebenvertrag möglich sind».

²⁾ Jfr HELLWIG a. a. s. 72 f.

låtenhet ej kan utletas. Spörsmålet blir då, hvilka rättsverkningar skola inträda, på grund af att borgenären ej i rätt tid gifver besked. Blott två möjligheter äro tänkbara. Antingen måste borgenären betraktas såsom morant eller också måste aftalet anses ogiltigt, på den grund att prestationen enligt innehållet i kontrahenternas aftal ej blifvit tillräckligt noggrant bestämmt. Följden af detta senare alternativet skulle blifva, att gäldenären vore fri från sin skyldighet, men att han därför äfven måste afstå från sitt anspråk på motprestationen. För den skada, som härigenom drabbade gäldenären, skulle han ej kunna hålla sig till borgenären. Af denne skulle han blott kunna fordra ersättning för den skada, som han lidit genom de förberedande åtgärder, som han vidtagit i tron på, att aftalet skulle komma till stånd (det negativa kontraktsintresset). Denna skada skulle han dessutom få ersatt, blott om borgenären genom sin underlåtelse skulle kunna läggas en culpa till last. Denna konsekvens måste betraktas såsom högst otillfredsställande för gäldenären och kan ej i någon mån motsvara rättvisans kraf. Emellertid torde knappast något tvifvel kunna råda därom, att kontrahenterna, trots borgenärens valrätt, avslutit ett giltigt och fullbordadt aftal. I afseende på prestationsskyldigheten måste det för gäldenären te sig som en ytterst oväsentlig sak, om han skall prestera till tredjeman eller till borgenären själf. Gäldenären har all anledning att själf tänka sig kontraktet giltigt avslutadt, oaktadt åt borgenären lämnats befogenhet att bestämma, till hvem prestationen skall utgöras. De allmänna aftalsreglerna skulle stå i en bjärt motsats till det praktiska lifvets fordringar, om en dylik prestationens obestämdhet skulle kunna förtaga af talet dess giltighet och rättskraft. För öfrigt är det ju något, som inom handelsvärlden alla dagar och stunder passerar, att en liknande bestämmanderätt i aftalet öfverlåtes åt borgenären, utan att ens en tanke ägnas den möjligheten, att aftalet på denna grund ej skulle vara fullbordadt och giltigt. Vi behöfva blott hänvisa till de inom handelslifvet så betydande specifikationsköpen, vid hvilka köparens specifikationsuppgift torde vara af betydligt mera ingripande beskaffenhet för själfva prestationsskyldighetens art än borgenärens bestämmanderätt i de oss nu sysselsättande fallen. Att en dylik obestämdhet i kontrahenternas aftal ej kan göra detta ogiltigt, torde

dessutom för svensk rätts räkning numera vara fastslaget genom §§ 13 och 66 i lagen om köp och byte af lös egendom¹⁾. Om vi således ej tveka att betrakta ett aftal med valrätt för borgenären att fordra prestation till sig själf eller till tredjeman såsom ett fullbordadt aftal, så kan följden utaf borgenärens underlåtenhet att i rätt tid meddela gäldenären sitt beslut, såvidt häri ej kan ses ett afstående från valrätten till gäldenärens förmån, blott blifva den, att han försättes i mora, hvilkens rättsverkningar måste bedömas efter allmänna regler.

Det behöfver knappt särskildt framhållas, att spörsmålet, huruvida prestationen skall ske till tredjeman eller till borgenären, blott kan ifrågakomma vid sådana tredjemansaftal, som för tanken kunna låta uppdelas sig i ett hufvudaftal om prestation till borgenären själf och ett biaftal om dess utgörande till tredjeman. Kan innehållet i biaftalet, försåvidt detta kommit till uttryck i kontrahenternas förhandlingar, blott sägas vara det, att prestationen skall utgöras till tredjeman, så blir det en särskild fråga om borgenären, trots det att biaftalet ej innehåller något förbehåll därom, kan återtaga tredjemans utnämning och fordra, att prestationen utföres till honom själf. Härvid är först att märka, att tredjeman genom biaftalet ej kommer i någon slags rättsställning till gäldenären eller borgenären med afseende på prestationen. Tredjemans rätt kan alltså ej på något sätt förnärmas däraf, att borgenären får prestationen utgjord till sig själf. Det kan därför blott blifva frågan, om det genom biaftalet grundade rättsförhållandet mellan gäldenären och borgenären kan vara af sådan beskaffenhet, att det ej lägger hinder i vägen för, att borgenären ensidigt förordnar om, att prestationen ej utgöres till tredjeman, utan till honom själf. För tolkningen af biaftalet ligger det närmast till hands att se till, huruvida biklausulen tillkommit på gäldenärens eller på borgenärens initiativ²⁾. Har sålunda borgenären utan afseende å gäldenärens fördel betingat sig, att prestationen skall utgöras till tredjeman, så innebär biklausulens giltighet det, att gäldenären förpliktas att betala till tredjeman, på den grund att borgenärens intresse af, att tredjeman får prestationen, varit dugligt att uppbära ett giltigt aftal. Skulle nu borgenärens intresse i förevarande afseende af någon

¹⁾ Jfr ALMÉN, Kommentrar till lagen om köp och byte, I s. 429.

²⁾ Jfr HELLWIG a. a. s. 74.

anledning efteråt ändras, så att det bättre motsvarades däraf, att prestationen utgjordes till honom själf, så måste det förefalla motbudande och föga öfverensstämmande med rättvisans kraf, om gäldenären mot borgenärens sedermera uttryckligen förklarade vilja kunde befria sig genom prestation till tredjeman. Gäldenärens vägran att efterkomma borgenärens önskan att få prestationen utgjord till sig själf kan ju här knappast betecknas annat än som rent okynne, eftersom det i regeln måste vara honom alldeles likgiltigt, om han fullgör prestationen till borgenären eller tredjeman. Men detta är ej någon rättslig grund för att häfva den mellan kontrahenterna i biklausulen innefattade öfverenskommelsen. När vi likväl mena, att borgenären med rättslig verkan kan återkalla sin viljeförklaring, enligt hvilken prestationen skulle utgöras till tredjeman, så är vårt resonement detta, att borgenären förordnat om prestationens utgörande till tredjeman under den väsentliga förutsättningen, att hans intresse häraf skulle kvarblifva, tills prestationen verkställes. Hänsyn kan så mycket mera tagas till en dylik tyst förutsättning, som ju därigenom ej någon kollision inträffar med medkontrahentens intresse. Tillfälligt kan emellertid saken hafva gestaltat sig så, att ehuru tillkommen uteslutande på borgenärens initiativ och i hans intresse, biklausulen äfven för gäldenären skulle medföra fördel, om den efterleddes, i det gäldenären med mindre besvär eller kostnad kunde utföra prestationen till tredjeman än till borgenären. Icke förty anse vi, att borgenären är befogad att ställa sig själf som prestationsdestinatar. Vi ha nämligen att fasthålla vid utgångspunkten, enligt hvilken borgenärens intresse allena varit afgörande för biklausulens tillkomst. Om borgenären på grund af återkallelsen blir skyldig ersätta gäldenären den skada, han härigenom åsamkas, är en fråga, som blott in casu kan afgöras efter aftalets innehåll. Går gäldenärens förpliktelse från början ut på prestationen till tredjeman, så torde det vara ganska säkert, att borgenären kan återtaga dennes utnämning blott mot det, att han ersätter gäldenären skillnaden i prestationskostnaden. Det nu sagda kan principiellt gälla blott för det fall, att ej arten af prestationsutförandet är väsentligen annat och besvärligare, när det skall ske till borgenären än till tredjeman. Om t. ex. enligt aftal mellan *B* och *G* den senare förbundit sig att leverera ett varuparti till *T*,

som bor i *Y*, så torde *G* ej med fog kunna göra någon invändning däremot, att *B*, som bor i *X*, förklarar, att han vill hafva varupartiet levererad till sig själf, försåvidt nämligen i båda fallen *G* har att forsla varorna till bangården eller hamnen i sin stad. Skulle åter *B* vara bosatt på landsbygden utanför denna stad, så kan han säkerligen ej med rättslig verkan påfordra, att *G* forslar varorna till honom, försåvidt afståndet från *G*'s varumagasiner till *B*'s bostad vore afsevärdt längre än därifrån och till bangården eller hamnen. Däremot synes en sådan skillnad i prestationsutförandet, som att varorna i ena fallet måste forslas till hamnen, men i andra fallet till bangården ej kunna berättiga *G* till någon invändning mot *B*'s fordran att få varorna till sig; ej ens om skillnaden i afståndet mellan *G*'s varumagasiner och hamnen samt mellan de förra och bangården vore ganska afsevärd, enär inom affärslifvet i en stad denna afstånds-skillnad praktiskt taget ej tillmätas någon betydelse.

Hvad som är sagdt om borgenärens befogenhet att fordra prestationen till sig själf, utan att något uttryckligen sagts därom i aftalet, gäller nu om biklausulen verkligt tillkommit under en bristande förutsättning angående tredjemans person eller borgenärens egen ställning. I enlighet härmed måste man först och främst säga, att så snart borgenären kan bevisa, att han ej längre har något intresse af, att prestationen utgöres till tredjeman, så bör han kunna fordra den till sig själf. Men frågan är, om han behöfver kunna bevisa en förändring i sitt intresseläge. Enligt vårt förmenande måste detta spörsmål principiellt besvaras nekande. Står saken så, att det måste anses vara gäldenären likgiltigt, till hvem prestationen skall utgöras, så bör äfven en naken viljeförklaring från borgenärens sida om, att han själf vill ha prestationen, vara tillräcklig för att gäldenärens förpliktelse skall rätta sig därefter. Liksom borgenären förut ej särskildt behöft bevisa, att hans intresse gick ut på, att tredjeman och icke han själf skulle mottaga prestationen, så behöfver han ej heller särskildt efteråt visa, att det nu bättre stämmer med hans intresse att själf uppbära densamma. Detta har tillräckligt tagit sig uttryck i hans uttalade viljeförklaring.

Mera teoretiskt än praktiskt intressant blir spörsmålet, huru det fall skall lösas, att borgenären, som betingar sig prestationens utgörande till tredjeman, därvid aftalar med gäldenären,

för hvilken det är absolut likgiltigt, om han presterar till den ene eller till den andra, att tredjemans utnämning till prestationsdestinatär ej finge återkallas. En sådan öfverenskommelse kan borgenären, vankelmodig som han är, af någon anledning vilja göra i hopp om, att därigenom vara juridiskt bunden att ej vidtaga någon förändrande bestämmelse. I regeln skall väl dock fallet ligga så, att vid en dylik öfverenskommelse en själfständig rätt, i enlighet med kontrahenternas afsikter, uppstår för tredjeman. Otänkbart är emellertid ej, att borgenären, utan att vilja tilldela tredjeman en själfständig fordringsrätt, med gäldenären ingår en öfverenskommelse om, att han ej skall kunna efteråt utesluta tredjeman och fordra prestationen till sig själf. Att kontrahenterna nu gemensamt kunna häfva den »oåterkalleliga» klausulen ligger ju i öppen dag. De hafva genom öfverenskommelsen blott blifvit bundna gent emot hvarandra. Intet hindrar nu, att den ene äfven befriar den andre från öfverenskommelsens bundenhet. Spörsmålet är emellertid, om borgenären ej ensidigt kunde med rättsverkan förklara, att han åtager öfverenskommelsen och själf vill hafva prestationen, d. v. s. om med biklausulen, att aftalet om att prestationen skulle ske till tredjeman ej finge ändras, ett verkligt aftal mellan borgenären och gäldenären kommit till stånd eller icke. Fasthålla vi nu därvid, att gäldenären såsom sådan är fullkomligt ointresserad af, huruvida han skall betala till borgenären själf eller till tredjeman, så måste han, om det skall ligga någon mening i hans öfverenskommelse med borgenären om aftalets oföränderlighet, anses hafva ingått denna antingen af intresse för tredjeman eller af intresse för borgenären själf, för den förre, att han får den ifrågavarande prestationen i sin besittning, och för den senare, att han fullföljer sin plan och verkligen låter prestationen utgå till tredjeman. I båda fallen ligga sålunda blott etiska motiv bakom för gäldenärens handlande, men såtillvida tangeras äfven en juridisk sida af saken, som gäldenären vill, att borgenären skall blifva juridiskt bunden af öfverenskommelsen. Detta har nu till följd, att om gäldenärens intresse anknöt sig till tredjemans person, han kunde anses hafva handlat för dennes räkning, hvarigenom det skulle kunna ställa sig så, som om borgenären afgifvit sin förklaring till tredjeman. Under vissa omständigheter skulle man nu kunna tänka

sig, att borgenären blefve bunden gent emot denne¹⁾. Har gäldenären åter af intresse för borgenären ingått öfverenskomsten om oåterkalleligheten af bestämmelsen, att prestationen skulle utgå till tredjeman, så kan ett giltigt aftal i detta afseende ej sägas hafva kommit till stånd mellan kontrahenterna, enär en rättsförpliktande causa dem emellan ej existerar. Trots detta torde borgenären på grund af den ifrågavarande öfverenskommelsen ej utan gäldenärens medgifvande kunna godtyckligt återtaga bestämmelsen om, att prestationen skall utgå till tredjeman. Ty mellan borgenären och gäldenären existerar onekligen det aftal, att gäldenären skall prestera till tredjeman och icke till borgenären. Att, som vi i det föregående sett, borgenären ensidigt kunnat rygga detta aftal, berodde därpå, att det (praktiskt taget) måste anses ingånget under den tysta förutsättningen, att det af borgenären finge häfvas, när han ville. Öfverenskomes nu mellan borgenären och gäldenären, att aftalet ej af borgenären får frånträdas, så innebär detta visserligen ej något verkligt aftal mellan kontrahenterna, men öfverenskommelsen måste alltid ha den betydelsen, att det redan bestående aftalet ej kan anses vara ingånget under den nämnda tysta förutsättningen. Det kan därför ej heller ensidigt af borgenären frånträdas. Har bestämmelsen, att gäldenären skall prestera till tredjeman, tillkommit i gäldenärens intresse, så blir det först särskildt intressant att beakta de fall, hvori det tillerkänts gäldenären en valrätt att prestera till borgenären eller till tredjeman. Det kan här ej rimligtvis öfverensstämma med kontrahenternas intentioner att beteckna gäldenärens förpliktelse som alternativ. Fastmer måste tredjemans nämnande till prestationsdestinatär för gäldenären hafva karaktären af en facultas alternativa²⁾. Detta är ju en naturlig följd däraf, att borgenären med bestämmelsen om prestationens eventuella utgörande till tredjeman blott velat göra gäldenären en tjänst. Denuë bör således aldrig därigenom kunna få en

¹⁾ I detta fall är det klart, att borgenären och gäldenären ej heller gemensamt kunna häfva klausulen. Möjligheten att rättsförhållandet emellertid skulle gestalta sig på detta sätt, torde dock vara mycket aflägsen, då borgenären med klausulen om oåterkalleligheten väl knappast kan tänkas fullfölja någon causa mot tredjeman.

²⁾ Se HELLWIG a. a. s. 75; s. 120 f.

försämrad ställning, hvilket åter vore möjligt, om det uppfattades såsom en alternativ obligation. Blir prestationen till borgenären af någon anledning omöjlig, så blir gäldenären därigenom fri, så att borgenären ej kan kräfvat prestationens verkställande till tredjeman. Af denna karaktär hos obligationen följer äfven, att borgenären blott kan fordra, att prestationen utgöres till honom själf. Om gäldenären, sedan han råkat i mora och borgenären anmodat honom att prestera till sig, äfven i detta fall skulle kunna blifva fri genom att prestera till tredjeman, torde vara tvifvelaktigt nog. Att han ej kan det, om borgenären skulle lida särskild skada därigenom, att det efter handlingstidens öfverskridande presterades åt tredjeman, måste väl framgå såsom en nödvändig tolkning af det, som förekommit mellan kontrahenterna¹⁾. — Är det nu i aftalet rätt och slätt bestämdt, att gäldenären har att prestera till tredjeman, så frågas, om detta är bindande för gäldenären eller om han, då bestämmelsen uteslutande tillkommit i hans eget intresse, kunde befria sig äfven genom att betala till borgenären. Enligt vårt förmenande kan han ej mot borgenärens vilja betala till denne. Att han ej kan göra det, om borgenären inrättat sig så, att prestationen till honom vore olämpligare för borgenären än prestationens utförande till tredjeman, är klart däraf, att borgenären måste i förlitande på aftalets bestånd kunna inrätta sig med hänsyn därtill, att ej han själf, utan tredjeman skall mottaga prestationen. Men äfven om det ej i någon mån skulle skada borgenären, torde gäldenären ej utan borgenärens medgifvande vara befogad att prestera till honom. Visserligen har aftalsbestämmelsen, att tredjeman skulle taga emot prestationen, tillkommit för gäldenärens egen skull. Icke förty har emellertid gäldenärens förpliktelse därmed kommit att gå ut just därpå, att han skall prestera till tredjeman och icke till borgenären. På grund af aftalet kan borgenären sålunda ej mot sin vilja tvingas att själf mottaga prestationen för att ej komma i mora. Det föreligger ej något rättsfaktum, som är ägnadt att kunna göra någon ändring i gäldenärens förpliktelse att prestera till tredjeman. Man kan nämligen svårligen tala om något tyst förbehåll i sådant afseende från gäldenärens sida, såsom vi i det motsatta analoga fallet antogo för borgenärens räkning. Att vi här kunde antaga ett så-

¹⁾ Jfr HELLWIG a. a. s. 121.

dant tyst förbehåll, var helt naturligt, därför att det vore fullkomligt meningslöst med själfva prestationen, om gäldenären mot borgenärens vilja skulle kunna med befriande verkan prestera till tredjeman, hvilket däremot ej kan sägas, om gäldenären mot sin vilja presterar till tredjeman. — När bestämmelsen, att prestationen skall utgöras till tredjeman, tillkommit i gäldenärens intresse, så är det klart, att borgenären ej godtyckligt bör kunna återtaga tredjemans utnämning och förordna om, att prestationen skall utgå till honom själf. Skulle emellertid gäldenärens intresse af att få betala till tredjeman i stället för till borgenären upphöra, så bör den ifrågavarande aftalsbestämmelsen tolkas så, att gäldenären ej bör kunna lägga hinder i vägen för, att borgenären med afsedd rättsverkan kan fordra prestationen till sig själf. Likaså torde borgenären mot gäldenärens vilja kunna fordra prestationens utgörande till sig själf, om aftalsbestämmelsen, att tredjeman skall uppbära prestationen, å borgenärens sida tillkommit under en väsentlig förutsättning med afseende å tredjeman, hvilken förutsättning efteråt visar sig ej vara för handen. Såsom sådana förutsättningar komma företrädesvis i betraktande vissa egenskaper hos tredjeman (ärlighet, förståndighet, friskhet o. s. v.), det faktum att han vid presterandet kommer att uppehålla sig å en viss bestämd ort samt hans villighet att mottaga prestationen. Tredjemans vägran att mottaga prestationen måste alltså göra borgenären berättigad att själf fordra densamma¹⁾.

Om det i ett aftal heter, att den utlofvade prestationen skall utgöras till borgenären eller till tredjeman, men det ej framgår, hvilken af kontrahenterna, som äger bestämma, om prestationen skall utgöras till den ene eller till den andre, så har man likaledes att se till, om den alternativa bestämmelsen tillkommit i gäldenärens eller borgenärens intresse. Blott i förra fallet kan det vara någons mening i att tillerkänna gäldenären rätt att välja hvilken han vill till destinatär, hvarvid möjligheten för honom att kunna prestera till tredjeman, efter hvad som förut sagts, ej gör hans förpliktelse alternativ i terminologisk mening, utan blott innebär en s. k. facultas alternativa. Har den alternativa bestämmelsen åter tillkommit i borgenärens intresse, så

¹⁾ Jfr HELLWIG a. a. s. 124 f.

vore densamma alldeles meningslös, om däråt kunde gifvas annan betydelse, än att borgenären förbehåller sig rätt att, om han så finner för godt, definitivt bestämma, att han själf eller att tredjeman skall ha prestationen. Borgenären kan nämligen ej rimligtvis hafva något intresse af, att gäldenären fritt får välja mellan prestation till borgenären och till tredjeman.

Om nu aftalet är af den beskaffenhet, att det ej för tanken låter uppdelas i ett hufvudafstal om prestation till borgenären själf och ett bifastal om denna prestations utgörande till tredjeman (aftalet går t. ex. ut därpå att gäldenären skall utföra ett reparationsarbete å en tredjeman tillhörig sak), så är det tydligt nog, att i aftalet ej kan ligga inneslutet, att borgenären godtyckligt kan, mot afstående från prestationens utförande, fordra en liknande prestation (t. ex. reparation af en honom tillhörig sak af samma slag) utförd åt honom själf. En förklaring från borgenärens sida, att gäldenären ej finge prestera till tredjeman, måste emellertid tillerkännas rättslig verkan, så att gäldenären, om han icke förty utför prestationen, därmed icke kan sägas uppfylla någon förpliktelse till borgenären. I och för sig kan väl borgenärens förklaring icke anses hafva denna betydelse, enär gäldenären ej mot sin vilja bör kunna blifva fri från sin förpliktelse. Men däri, att borgenären betingar sig en prestation till tredjeman, utan att denne själf blifver berättigad att fordra densamma, måste anses ligga, att borgenären själf vill förfoga öfver prestationen och sålunda kunna förhindra dess utgörande till tredjeman för hans räkning. Detta framgår ju äfven däraf, att borgenären med gäldenärens prestation till tredjeman vill fullfölja en särskild causa emot denne. Ändrar han nu sin plan, och vill han afstå från realiserandet af den nämnda causan, så är det en klar sak, att gäldenären ej kan tvinga honom att mot sin vilja fullfölja sin första afsikt. Står det så, efter hvad vi redan framhållit, fast, att borgenären ej kan göra anspråk på, att gäldenären i stället för den utlofvade prestationen utför någon annan, likvärdig, åt borgenären själf, så uppstår spörsmålet, hurudant rättsförhållandet mellan kontrahenterna gestaltar sig efter en förklaring från borgenären, att gäldenären ej finge utföra den öfverenskomna prestationen. Genom denna förklaring har borgenären hindrat gäldenären att genom fullgörandet af den utlofvade prestationen kunna befria sig från skulden till den förre. Härmed

är det klart, att rättsföljden består däri, att borgenären kommer att drabbas af moraverkningarne enligt den allmänna obligationsrättens regler. Detta innebär, att, då hindret för prestationens utförande är definitivt, gäldenären blifver fri från sin förpliktelse, men likväl kan fordra aftalets fullgörande af borgenären. Härvid framställer sig nu den för oss viktiga frågan, om borgenären vid motprestationens erläggande kan fordra afdrag för den vinst, som gäldenären i det särskilda fallet borde kunna hafva gjort genom sin prestations inbesparande. Besvaras denna fråga jakande, så innebär detta praktiskt ungefär detsamma, som att borgenären i stället för den af honom inhiberade prestationen må kunna fordra en liknande prestation till sig själf. Vi tveka ej att för vår del tillerkänna borgenären rätt att å sin motprestation till gäldenären göra afdrag för den nämnda vinsten. Vid nästan alla de fall, som här kunna förekomma, rör det sig om något slags arbetsprestationer, som af gäldenären skola utföras åt tredjeman. Borgenärens förbud för honom att utföra prestationen måste därför i regeln befria gäldenären från fullgörandet. Betalar nu borgenären icke sin motprestation eller låter han förstå, att han ej vill erlægga denna utan att gäldenären utför en liknande prestation till honom själf, så har borgenären, samtidigt som han kommit i mora creditoris, äfven gjort sig skyldig till mora solvendi. Följden häraf blir nu, att gäldenären antingen kan frångå kontraktet och fordra skadestånd eller ock kräfvat aftalets fullgörande¹⁾. Det är klart, att under normala förhållanden det senare, till hvilket gäldenären uteslutande måste vara hänvisad, om borgenären blott råkat i mora creditoris, ej bör kunna vara fördelaktigare för gäldenären än att häfva kontraktet och fordra skadestånd. Häfver nu gäldenären kontraktet och fordrar ersättning, så innebär detta i våra fall, utom det att gäldenären blifver fri från sin egen prestation, att han kan fordra ersättning för motprestationen, som ju går honom ur händerna. Detta skadeersättningsbelopp måste emellertid minskas med värdet af den fördel, hvilken gäldenären såsom en normal och aktsam människa kunde hafva haft genom att ej utföra den nämnda prestationen. Har sålunda borgenären erbjudit gäldenären att utföra alldeles samma arbete på samma tid hos sig själf, så kan gäldenären antaga detta anbud eller icke, men han

¹⁾ Jfr lagen om köp och byte af lös egendom, §§ 28 och 30.

kan ej fordra någon ersättning, för att han ej erhåller någon motprestation för den först aftalade arbetsprestationen. Ty detta ersättningsbelopp kvittas mot det, som gäldenären förtjänat eller kunde hafva förtjänat genom att antaga borgenärens förslag att utföra samma slags prestation hos honom. Någon grund till att nu låta ett fördelaktigare resultat för gäldenären inträffa, om han går den andra vägen och fordrar aftalets fullgörande, kan ej utletas ¹⁾. Genom borgenärens definitiva mora är ett utförande af prestationen uteslutet. Utan att själf prestera kan gäldenären alltså kräfvat motprestationen, hvarå emellertid borgenären kan afdraga den ekonomiska fördel, som gäldenären kunnat på annat håll anskaffa i anledning af sin befrielse från den honom först åliggande prestationen. Detta resultat är vid våra aftal äfven det enda, som kan betraktas som tillfredsställande. *B* har t. ex. aftalat med byggmästaren *G*, att denne skulle utföra vissa reparationsarbeten å ett hus, tillhörigt *B*:s gode vän *T*, åt hvilken *B* vill förära de ifrågavarande arbetena. Då *B* erfar, att det är *T*:s plan att sälja huset, återkallar han omedelbart före arbetets verkställande sin beställning. *G* förklarar sig nu trots arbetets inställande vilja hafva den aftalade betalningen för detsamma. *B*, som själf är ägare af ett bristfälligt hus, anmodar nu *G* att för den ifrågavarande betalningen å den förut bestämda tiden utföra liknande slags arbeten i samma omfång å sitt hus. Att *G* ej är förpliktad att åt *B* utföra dessa reparationsarbeten, är ju själfklart. Men en följd af, att han ej åtager sig dem, måste, efter hvad som ofvan sagts, bli, att hans anspråk å motprestationen för de åtagna arbetena å *T*:s hus blir värdelöst. Med *G*:s fördel skall därför i regeln vara bäst förenligt, att han efterkommer *B*:s anhållan och i stället för prestationen till *T* utför en liknande till *B* själf. Framhållas må emellertid ännu en gång, att, om *G* sålunda efterkommer *B*:s anhållan, härmed ett alldeles nytt, af det förra oberoende aftal blifvit ingånget.

Det utmärkande och egendomliga för det icke fordringsberättigande tredjemansaftalet ligger nu däri, att tredjeman är destinatär för prestationen utan att vara borgenär. Han skall

¹⁾ Se dock LASSEN, alm. del s. 526; jfr äfven WINDSCHEID § 400 n. 15; 401 n. 7; MOMMSEN, Unmöglichkeit der Leistung s. 356; KOHLER J. J. 17 s. 367 ff; A. B. R. 13 s. 248; SERLACHIUS, Allm. obl. s. 130 f.

mottaga prestationen, men han har ej något slags anspråk mot gäldenären, lika litet för borgenärens räkning som ett själfständigt anspråk. Liksom tredjeman sålunda ej får betrakta promittenten såsom sin gäldenär, så får denne ej heller behandla tredjeman som sin borgenär. Det är därför klart, att gäldenären ej till sin fördel i prestationsafseende kan åberopa någon omständighet, som har sin grund i ett rättsförhållande mellan honom och tredjeman. Gäldenärens invändningar måste grunda sig på hans förhållande till borgenären, och det är lika klart, att han för att befria sig från eller få modifierad sin skyldighet att prestera till tredjeman äger rätt att göra gällande alla de invändningar, som stode honom till buds emot borgenären, för så vidt denne skulle själf ha prestationen. Att detta gäller om alla de invändningar, som ha afseende å kontrahenternas aftal, såsom invändning om tvång, svek, att borgenären ej fullgjort sin motprestation eller visat sig beredd att fullgöra densamma, att han ej velat ersätta gäldenärens kostnader å det deponerade godset, som skall utgifvas till tredjeman o. s. v., följer ju däraf, att gäldenärens prestations-skyldighet uteslutande har sin rättsgrund i det ifrågavarande aftalet. Men detsamma måste äfven gälla andra invändningar, som äro af den beskaffenhet, att gäldenären emot sin skyldighet kunde göra dem gällande, om denna innefattade, att han skulle prestera till borgenären själf; och det lika mycket, vare sig invändningen grundar sig på ett rättsfaktum, som inträffat före eller efter tredjemansaftalets tillkomst. Af praktiskt intresse för oss kan väl knappast vara någon annan invändning än kompensationsinvändningen. Det synes oss beträffande denna vara ställt utom allt tvifvel, att, om t. ex. *B* till *G* sålt en sak med bestämmelsen, att denne skall efter viss tid betala köpesumman till *T*, så bör *G* emot sin skyldighet att erlagga likviden till *T* kunna med rättslig verkan anföra den invändningen, att *B* vore skyldig *G* pengar, och det vare sig denna skuld uppkommit före eller efter det nämnda köpeaftalet. Att vi särskildt anse oss böra betona detta, beror därpå, att hos den ofta anförde tyske författaren på området, HELLWIG, den motsatta åsikten finnes uttalad. HELLWIG ställer sig visserligen tveksam i frågan, men menar dock, att man på grund af den särskilda förpliktelsearten vid tredjemansaftalet måste antaga, att kvittningsrätten *aftals-*

mässigt uteslutits¹⁾. Det ligger i öppen dag, att denna uppfattning är mycket otillfredsställande i alla de fall, där tredjeman blott och bart är att betrakta såsom en *solutionis causa adjectus*. HELLWIG talar visserligen blott om de fall, i hvilka gäldenären är *förpliktad* att betala till tredjeman. Intet hindrar emellertid, att gäldenären kan vara förpliktad att just betala till en *solutionis causa adjectus*; hyresvärden betingar sig t. ex. af sina hyresgäster, att de skola erlægga hyresbeloppen till vice värden och ej besvära honom själf därmed. Detta aftal kan utan tvifvel tänkas hafva den betydelsen, att hyresvärden kan vara befogad afvisa en betalande hyresgäst med anmodan, att enligt aftalet erlægga likvid till vice värden. Antag nu vid ett sådant aftal, att hyresvärden af en hyresgäst lånat en summa penningar att betalas någon gång före nästa termin för betalningen af hyrorna. Från värden inlöper emellertid före denna tid ej någon betalning. Enligt HELLWIG skulle nu hyresgästen ej vid hyrans betalning kunna kvitta med sin fordran mot hyresvärden, därför att den förre förpliktat sig att betala till vice värden och sålunda måste anses hafva afstått från sin rätt att kunna kvitta med sina fordringar mot värden. Något samband mellan en dylik förpliktelse och ett afstående från kvittningsrätten kan väl svårligen utletas. Förnuftigare hade det enligt vårt förmenande varit att blott i en sådan omständighet som att tredjeman skall behålla prestationen för egen räkning såsom gåfva eller betalning af borgenären, se ett skäl till det antagandet, att gäldenären aftalsmässigt afstått från sin kvittningsrätt. Men ej ens detta kan i och för sig vara ett tillräckligt starkt skäl för att anse kvittningsrätten utesluten. Först och främst kan en tyst öfverenskommelse härom ej anses vara kommen till stånd, om gäldenärens motfordran ej existerade i aftalets ögonblick och han ej heller visste, att den efteråt skulle uppstå. Särskildt konstladt måste antagandet af en tyst öfverenskommelse förekomma för den händelse, att gäldenären erhållit sin förfallna motfordran genom cession. Men äfven om gäldenärens fordran mot borgenären redan i aftalets ögonblick fanns till, får man ej i bestämmelsen om prestationens utgörande till tredjeman se ett aftalsmässigt uteslutande af rätten för gäldenären att göra sin motfordran gällande. I allmänhet

¹⁾ HELLWIG a. a. s. 77.

vill nämligen en gäldenär, som åtager sig att prestera till tredjeman något, som han under vanliga förhållanden skulle prestera till borgenären, därmed ej göra någon särskild ekonomisk uppoffring. Särskilda skäl måste därför föreligga, innan man kan antaga, att gäldenären med sitt löfte att prestera till tredjeman velat afstå från en sådan ekonomisk förmån, som ett kvittningsanspråk ofta kan innebära. Ej ens om borgenärens skuld till gäldenären redan vid tredjemansaftalets ingående vore förfallen till betalning, kan klausulen om, att prestationen skall utgöras till tredjeman, i och för sig innebära, att gäldenären afstått från att kvitta med sin fordran. Skall emellertid prestationen till tredjeman ske omedelbart efter aftalets ingående eller så snart, att det vore meningslöst att förutsätta, det borgenären dessförinnan betalade sin skuld till gäldenären, och har denne haft vetskap om sin fordrans existens samt att den var förfallen till betalning, så torde häraf kunna slutas till en tyst öfverenskommelse, att gäldenären emot borgenärens fordran på prestation till tredjeman ej skulle få göra gällande sin förfallna fordran mot borgenären. Skall åter prestationen till tredjeman först efter en längre tid utföras, så är det väl ej uteslutet, att en sådan tyst öfverenskommelse kan anses föreligga, men man måste i detta fall alltid räkna därmed, att gäldenären möjligen kan hafva tänkt sig, att han under tiden, tills prestationen åt tredjeman skall utgöras, får betaldt för sin fordran utaf borgenären. — Att gäldenären ifråga om befogenheten att framställa invändningar principiellt bör vara lika ställd, vare sig han förpliktat sig i ett tredjemansafstal eller i ett vanligt afstal, borde för HELLWIG framstå så mycket tydligare, som han ju betecknar tredjeman såsom af borgenären »empfangsbevollmächtigt». Så till vida säger detta ord mycket, som tredjeman i många fall faktiskt mottager såsom borgenärens ställföreträdare. Men i alla dessa fall borde ju ej något tvifvel kunna uppstå därom, att det för gäldenären i alla afseenden måste ställa sig så, som om han presterade till borgenären själf. A andra sidan torde man just beträffande de fall, hvori prestationen alltid måste från början tänkas vara bestämd för tredjeman (t. ex. ett gäfvofastal med förpliktelse för gäfvotagaren att utbetala en summa till tredjeman, öfverlåtandet af en egendom med bestämmelsen att vissa summor skola utgöras till tredjeman) kunna antaga, att kvittningsrätten för gäldenären

vore aftalsmässigt utesluten. Blott undantagsvis torde det emellertid vid dessa fall böra inträffa, att tredjeman ej själf blifver fordringsberättigad, hvadan de rätteligen ej skola omnämnas i detta sammanhang.

Kan det sålunda principiellt i nyssnämnda hänseenden ej lända gäldenären till någon skada, att en annan än borgenären skall uppbära prestationen, så måste denna sats äfven i andra afseenden enligt sakens natur äga giltighet. Är sålunda gäldenärens handlingstid ej bestämd, utan inträder den först efter kraf, så gäller vid tredjemansaftalet samma regel som eljest, att krafvet med rättslig verkan blott kan framställas af borgenären eller någon af honom därtill befullmäktigad. Att i och för sig i tredjemansaftalet se en sådan fullmakt för tredjeman, kan ej ha fog för sig. Det heter ju här blott, att prestationen skall utgöras till tredjeman, och meningen är ju, att han vid de ifrågavarande aftalen skall vara just blott destinatär för prestationen, men ej fungera som borgenär. Det torde därför utan vidare få betecknas såsom ett obevisadt och förhastadt påstående att säga, det tredjeman genom aftalet erhöle en fullmakt att kräfva gäldenären¹⁾. Ett sådant påstående gifver emellertid anledning till spørsmålet, hvad en dylik fullmakt vid tredjemansaftalet komme att innebära. Det är först och främst klart, att det här blir frågan om en helt annan art ställföreträdarskap än det, som kan ligga däri, att tredjeman mottager prestationen för borgenärens räkning. Det är nämligen här fråga om en rättshandling, som för att vara giltig för borgenärens räkning måste företagas i borgenärens namn, d. v. s. gent emot gäldenären framstå såsom en rättshandling utförd för borgenärens räkning af hans fullmäktig i egentlig mening²⁾. Själfva besittningstagandet eller annat slags mottagande af prestationen kan nu, efter hvad vi ofvan fram-

¹⁾ Så HELLWIG a. a. s. 110. En annan sak är, att om tredjeman verkligen utses af borgenären att mottaga prestationen för dennes räkning och i dennes ställe, så torde aftalet, för så vidt gäldenären har reda på ställföreträdarskapsförhållandet mellan borgenären och tredjeman, ofta kunna anses innebära äfven en fullmakt för tredjeman att kräfva prestationen. Denna fullmakt är emellertid ej att tillskrifva tredjemansaftalet såsom sådant utan den omständigheten, att aftalet anslutit sig till det nämnda förhållandet mellan borgenären och tredjeman.

²⁾ Jfr LENEL i J. J. 36 s. 3 ff.

hållit, ej hvila på någon borgenärens fullmakt, lika litet om det sker för tredjemans egen eller för borgenärens räkning. Mot-tager emellertid tredjeman såsom dennes ställföreträdare, så kan man ej finna något egendomligt däri, att han på grund af en i aftalet tyst eller uttryckligt meddelad kraffullmakt äfven inkräfver prestationen för borgenärens räkning. Föreligger åter mellan borgenären och tredjeman ej något ställföreträdarskap utan mot-tager tredjeman prestationen för sin egen räkning, så blefve rätts-förhållandet, om en *fullmakt* att kräfva gäldenären tänktes med-delad af borgenären, egendomligt nog: på grund af fullmakten skulle tredjeman utöfva borgenärens krafrätt och sålunda för borgenärens räkning åstadkomma handlingstidens inträdande, hvarefter tredjeman skulle för egen räkning mottaga prestationen. Frågan är nu, om det ej måste betraktas såsom onödigt dog-matiskt, ja nästan meningslöst, att påstå, det tredjeman genom krafvet utöfvade en rättshandling för borgenärens räkning. Tredje-man själf är minst lika mycket intresserad af densamma, och han skördar själf den omedelbara frukten af, att handlingstiden för gäldenären inträdt. Onekligen måste det åtminstone logiskt vara mera tillfredsställande, om man kunde säga, att vid ett tredjemansaftal, hvori tredjeman ej skall mottaga prestationen såsom borgenärens ställföreträdare och hvori meddelats den be-stämmelsen, att prestationen vore förfallen vid tredjemans an-fordran, tredjeman icke blott mottog utan äfven »kräfde» presta-tionen för egen räkning. Lyckligtvis kunna vi äfven finna en lösning, som juridiskt berättigar till ett sådant påstående. Vi säga nämligen, att den ifrågavarande aftalsbestämmelsen har den innebörden, att kontrahenterna därmed relativt fastställt hand-lingstiden för gäldenärens prestationsskyldighet. Denna har obe-roende af borgenärens kraf fastställts till den tid, då tredjeman för sin del förklarar, att han vill ha prestationen, och skall alltså icke föregås af kraf i terminologisk betydelse (borgenärens an-fordran). Ytterligare en omständighet synes oss bekräfta det sagda. Innebure nämligen bestämmelsen i aftalet, att prestationen vore förfallen vid tredjemans anfordran, en fullmakt för denne att för borgenärens räkning kräfva gäldenären, så skulle detta ofta kunna medföra en för gäldenären helt säkert oberäknad skada, som ej kan betraktas som rättvis. Borgenären skulle näm-ligen, utan att återtaga öfverenskommelsen, att prestationen skulle

utgöras till tredjeman, kunna mot gäldenärens vilja återtaga fullmakten och omedelbart påfordra aftalets fullgörande. Gäldenären bör emellertid onekligen till sin egen efterrättelse vara befogad att lita på, att handlingstiden är beroende blott af tredjemans anfordran och ej på borgenärens godtycke. Antagandet af en fullmakt skulle så mycket mera kunna vara menligt för gäldenären, som han kan hafva haft ganska säkra hållpunkter, för att kunna ungefärligen beräkna tiden, då det borde vara bäst förenligt med tredjemans intresse att begära prestationens fullgörande. Denna synpunkt gäller däremot ej, om tredjeman blott fungerar som borgenärens ställföreträdare vid prestationsmottagandet. Här bör bestämmelsen, att gäldenären skall prestera på tredjemans anfordran, gifvetvis uppfattas såsom en fullmakt för denne att kräfva prestationen.

Att HELLWIGS s. k. mottagningsfullmakt ej skulle kunna räcka till för att låta tredjeman utöfva krafrätten, borde vara klart redan däraf, att den blott och bart — efter HELLWIGS egen formulering — har afseende på själfva mottagandet af prestationen¹⁾. Det är därför oförklarligt, huru HELLWIG kan såsom en nästan själfklar sats anteckna, att tredjeman genom sin anfordran regelmässigt åstadkommer, att gäldenärens handlingstid inträder, försåvidt denna gjorts beroende af borgenärens kraf. Detta är så mycket svårare att förstå, som af HELLWIG uttryckligen betonats, att den i aftalet innehållna fullmakten ej får extenderas utöfver sitt gifna innehåll²⁾. Och HELLWIG går långt i att erkänna tredjemans befogenhet att kräfva. Äfven om gäldenären hade valrätt att prestera till borgenären eller tredjeman, skulle den senare med rättslig verkan kunna kräfva honom³⁾. Ett sådant antagande måste dock förefalla ganska orimligt. Har gäldenären valrätt att prestera till borgenären eller till tredjeman, så betyder detta ju i regeln, att tredjeman utsetts till eventuell prestationsdestinatär för att underlätta gäldenärens skuldbörda. I enlighet härmed hafva vi — liksom äfven HELLWIG — uppfattat bestämmelsen, att gäldenären kan prestera

¹⁾ HELLWIG a. a. s. 93, 105. På sista stället heter det: »Der Dritte ist ermächtigt, die Leistung des Schuldners zu empfangen. Zu anderen Dispositionen über die Forderung ist er nicht befugt».

²⁾ HELLWIG a. a. s. 106.

³⁾ HELLWIG a. a. s. 109 f.

till tredjeman, såsom konstituerande en facultas, men ej obligatio alternativa. Har nu gäldenären för afsikt att icke begagna sig af den alternativa möjligheten utan att fullgöra sin skyldighet genom att prestera till borgenären själf, så skulle den ifrågavarande bestämmelsen utan att gagna gäldenären blott kunna hafva medfört den eventuella olägenheten för honom, att tredjeman skulle hafva kräft prestationen och såmedelst hafva försatt gäldenären i mora. Är gäldenären förpliktad att prestera till tredjeman, så synes HELLWIG sätta dennes befogenhet att kunna kräfva gäldenären i första hand, i det han särskildt anser sig böra framhålla, att moran icke blott inträdde genom tredjemans interpellation utan äfven efter borgenärens kraf¹⁾.

Kan nu enligt vårt förmenande ej tredjemansaftalet som sådant innehålla, att tredjeman själf med rättslig verkan kan påfordra prestationen, så uppstår likväl det spørsmålet, om ej tredjemans icke förty gjorda anmaning till gäldenären kunde hafva betydelse såsom en rättshandling, utförd af borgenärens negotiorum gestor. Frågan kan, efter hvad som ofvau anförts, ej gärna angå andra fall än dem, hvori tredjeman i borgenärens och ej i sitt eget intresse skall uppbära prestationen. Spørsmålet måste otvifvelaktigt besvaras nekande. Det bör nämligen vara en gifven sats, att gäldenären ej kan vara tvungen att låta emot sig gälla sådana af en negotiorum gestor för borgenären emot gäldenären utförda handlingar, som kunna vara besvärande för gäldenären. Såsom handlingar af ifrågavarande slag kunna helt naturligt blott ensidiga rättshandlingar komma i betraktande. Vid tvåsidiga rättshandlingar åter äro ju rättsverkningarne beroende af accept, vare sig handlingarne utförts af hufvudmannen själf eller hans negotiorum gestor. Af den nämnda satsen följer nu, att borgenärens negotiorum gestor ej med laga verkan kan kräfva gäldenären; ty onekligen skulle en ratihabition af krafhandlingens från borgenärens sida blott medföra fördel för denne och motsatsen för gäldenären²⁾. Då denne nu ej genom att vägra accept kan värja sig för krafhandlingens rättsverkan, så är därmed den själfskrifna grunden gifven till, att krafvet ej kan utföras för borgenärens räkning af hans negotiorum gestor.

¹⁾ Se HELLWIG a. a. s. 110.

²⁾ Jfr KNIEP, Die Mora des Schuldners, Rostock 1871, s. 207 f.

»Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig» heter det också i den tyska lagboken ¹⁾, och undantag från denna regel göres blott, om den, gent emot hvilken rättshandlingen företages, ej bestrider den handlandes påstådda befogenhet eller om han medgifver, att denna finge företaga handlingen utan att hafva fullmakt därtill. Enligt vårt förmenande borde det emellertid för hvarje fall vara uteslutet, att en person såsom ställföreträdare utan därtill redan erhållen befogenhet kunde framställa ett giltigt kraf emot en gäldenär. Då krafvet en gång är en rent ensidig rättshandling, som verkar oberoende af gäldenärens medgifvanden eller protester, så ligger just häri, att en anmaning af en negotiorum gestor för borgenärens räkning aldrig kan få den juridiska karaktären af ett verkligt kraf. Vid »undantagen» i det nämnda stadgandet borde man därför säga, att det ej är gestorns handling, som tillerkännes någon betydelse, utan denna i förening med den andra partens icke-bestridande af den påstådda befogenheten eller hans förklaring, att gestorn gent emot honom finge gälla som ställföreträdare. Har nu gäldenären vid tredjemansaftalet medgifvit, att tredjeman kunde få kräfvat honom såsom borgenärens fullmäktig, så anse vi det alltså vara oriktigt att beteckna tredjemans rättshandling såsom ett kraf i juridisk mening. Vi hafva nämligen här ej alls med någon ensidig rättshandling att göra. Det hela är att fatta såsom en öfverenskommelse mellan gäldenären och borgenären genom tredjeman såsom ställföreträdare utan fullmakt. Öfverenskommelsen innehåller, att rättsförhållandet mellan kontrahenterna skall så anses, som om i och med öfverenskommelsen ett giltigt kraf af borgenären ägt rum. Har däremot tredjeman påstått sig vara befullmäktigad, och har detta påstående ej bestridts af gäldenären, så kan ej en sådan öfverenskommelse anses hafva kommit till stånd. Från tredjemans sida har blott en ojuridisk handling företagits och denna lämnas af gäldenären obestridd i den falska förutsättningen, att tredjeman var befullmäktigad och handlingen sålunda giltig. Häraf kan ej någon rättslig produkt uppstå ²⁾.

¹⁾ B. G. B. § 180.

²⁾ Jfr DERNBURG, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, § 71: »Mahnung durch einen unbeauftragten Geschäftsführer ist unwirksam auch wenn der Schuldner Vorlegung der Vollmacht nicht forderte. Genehmigt der Gläu-

Om gäldenären är förpliktad att prestera till tredjemän, så blir det ett särskildt spörsmål, hur saken ställer sig, om gäldenären i stället erbjuder prestationen åt borgenären. Spörsmålet kan förnuftigtvis blott ha någon betydelse, om prestationen är så beskaffad, att den öfver hufvud taget skulle kunna utgöras till borgenären. Om t. ex. gäldenären förpliktat sig att måla tredjemans båt, så kan han omöjligen erbjuda borgenären själf den utlofvade prestationen. Om däremot grosshandlaren *B*, som för sitt eget lager brukar köpa varor af fabrikören *G*, vid ett inköp af ett varuparti betingar sig, att detta skall levereras direkt hos en af hans kunder, detaljhandlaren *T*, så skulle det nu kunna inträffa, att *G* af misstag, gammal vana eller någon annan anledning, på utsatt tid erbjöd prestationen åt *B*. Om denne nu vägrar att mottaga prestationen, så är det klart nog, att han därigenom ej gör sig skyldig till något dröjsmål med prestationens mottagande (*mora creditoris*), liksom *G*, om han ej nu kan hinna att i rätt tid aflämna varupartiet hos *T*, med sin erbjudan åt *B* ej kunnat fria sig från rättsverkningarne af en *mora debitoris*. Dessa angå emellertid helt naturligt ej *T*,

biger solche Mahnung dem Schuldner gegenüber nachträglich, so liegt hier ein neue Mahnung». Se äfven OERTMANN, Kommentar, 2 uppl. s. 107 och ENDEMANN, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd I, § 137 anm. 5. Annan åsikt företrädes af H. de CLAPARÈDE, Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzuge I, Genf 1903, s. 133—136, som intager samma ståndpunkt som B. G. B. och jämväl åberopar l. 24 § 2 D de usuris (22. 1). Detta källställe tolkas af MOMMSEN, Beiträge zum Obligationenrecht, III, s. 54 så, att en neg. gestor tillåtes interpellera blott om själfva fordringsrätten kommit till stånd genom en rättshandling af neg. gestorn. Denna tanke finner man äfven upptagen i ett förslagsyrkande i kommissionen för andra läsningen af det tyska lagförslaget. Följande affattning föreslogs åt den nu gällande § 180 i B. G. B. «Bei Mahnungen, Kündigungen und ähnlichen einseitig verfügenden Willensmittheilungen ist Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig, es sei denn, dass die Mahnung oder Kündigung oder sonstige Verfügungshandlung zu einem vom Geschäftsführer selbst geschlossenen Rechtsgeschäft in Beziehung steht» (Protokolle I s. 167 o. 169). I anledning häraf har PLANCK, Kommentar till § 180, anm. 2, med fog framhållit det oriktiga i en dylik tanke. Har en negotiorum gestor slutit ett aftal och utför han efteråt rättshandlingar med afseende å detta aftal, så förlora dessa icke därför sin själfständiga karaktär, att de referera sig till det föregående aftalet. Detta vore alldeles klart, om principalen före den ifrågavarande rättshandlingen ratihaberat aftalet. Men hvarför saken skulle ställa sig annorlunda, om han ännu ej ratihaberat detsamma, kunde ej inses.

utan afse blott rättsförhållandet mellan *G* och *B*, som ensam är borgenär. *B* kan därför oberoende af *T* befria *G* från rättsverkningarne af hans försummelse. En sådan befrielse kan emellertid ej alltid ses däri, att *B* mottager leveransen utan att göra förbehåll om, att *G* likväl skall ansvara för, att prestationen ej i rätt tid kommit *T* till handa. Förhållandet kan nämligen vara sådant, att *B* ej har tillfälle att göra ett sådant förbehåll, men likväl anser sig böra taga leveransen om hand. *B* kan göra detta uteslutande i *G*:s eget intresse. Antag t. ex. att leveransen bestod af ett parti varor, som skulle mycket lida genom att alltför länge kvarligga i förpackningar eller genom att ytterligare transporteras; eller antag, att *B* vet om, att *T*, om varupartiet ej punktligt ankommer, genast måste på annat håll förskaffa sig en liknande prestation och att därför *G*:s förlust skulle bli den minsta möjliga, om *B* mottog varorna och i sin affär vidare sökte föryttra dem. Mottager *B* af liknande skäl prestationen, så kan häri ej ses ett afstående från anspråket mot *G* på grund af den skada, som uppstått genom, att *T* ej i rätt tid erhöll prestationen. Om *B* nu försäljer de mottagna varorna för sin egen räkning eller för *G*:s, måste vara ligkiltigt. Däri att han ej återvisade prestationen, måste han anses hafva handlat med *G*:s underförstådda samtycke, oberoende af, om *B* ville efterskänka ansvaret för moran eller icke. Detsamma bör äfven gälla, om *B* finner, att han kunde hindra moraverkningarne för *G* genom att taga hand om varupartiet och föranstalta om transporten till *T*, som därigenom kanske kunde få varorna tidigare än om *G* först skulle underrättas om sitt misstag och först därefter kunna vidtaga sina åtgärder. Mottager *B* leveransen i denna afsikt, så torde det vara klart, att *G* ej därigenom kan befrias från påföljden af varornas försenade ankomst till *T*. *B* har i själfva verket nu liksom i de föregående fallen handlat för *G*:s räkning såsom hans negotiorum gestor. Blott om *B* mottager leveransen för egen räkning, som om han från början beställt den till sig själf, innebär hans mottagande af varorna ett erkännande af, att *G* behörigen fyllt sin förpliktelse. Ett sådant mottagande föreligger t. ex., om det sker på den grund, att prestationen af en händelse anländt särskildt lämpligt för *B*, för att han därmed skulle kunna göra en god affär. Stundom kan *B* emellertid med sin mottagningsåtgärd

anses blott fullfölja sitt eget intresse utan att likväl därför påstås efterskänka *G:s* ersättningsplikt i anledning af moran. *B* kan nämligen vara angelägen om, att genom hans föranstaltande varorna snabbare transporteras till *T*, för att hans egen skadeståndsskyldighet till denne skall blifva så litet omfattande som möjligt. Det är nämligen ingalunda gifvet, att *B:s* ansvar gent emot *T* täckes af *G:s* ansvar gent emot *B*. Och äfven om detta vore fallet, så kan *G:s* ansvar möjligen vara af noll och intet värde, enär han kanhända ej är solvent att betala skadeersättningen. Genom att nu mottaga varorna och ögonblickligen föranstalta om deras afsändande till *T* kan *B* ej rimligtvis sägas vilja befria *G* från att ersätta den ekonomiska skadan genom hans försummelse. *B* har blott handlat såsom en normal och förnuftig människa i en sådan situation borde handla. *B* måste ju äfven säga sig, att *G:s* intresse likaledes är bäst tillgodosedt med, att *B* ställer om vidaretransporten och ej tillbakavisar prestationen. Ett intressant spörsmål är, om *B*, sedan *G* af misstag presterat varupartiet till *B* i stället för till *T*, emot *G:s* vilja kan vara berättigad att behålla prestationen, sedan den levererats, eller om *G*, som blifvit upplyst om sitt misstag, kan fordra varornas utbekommande för att antingen leverera dem hos *T* eller företaga någon fördelaktigare disposition med dem. Vi se först till fallet med det alternativet, att *B* ville behålla prestationen och befria *G* från verkningarne af, att han presterat till *B* i stället för till *T*. Att *B* nu ej vill tillåta *G* att återtaga prestationen, måste här närmast hafva den rättsliga innebörden, att *T:s* utnämning till prestationsdestinatär återtages. Härtill måste *B*, efter hvad som förut i annat sammanhang blifvit sagdt, vara berättigad. Härigenom ändrar sig *G:s* förpliktelse till att gå ut just på prestation till *B* själf, och genom prestationens mottagande skulle därför denne hafva blifvit ägare till densamma och *G* afhändt sig all dispositionsrätt däröfver, om nämligen återkallelsen af *T:s* utnämning skett före *G:s* prestation. I vårt fall kan denna emellertid ej anses hafva ägt rum, förrän *G* blifvit upplyst om sitt misstag och erfarit, att *B* vill behålla varorna. Frågan är nu, om *G* för att återfå varorna från *B* kan åberopa sig därpå, att hans förpliktelse i prestationsögonblicket ej gick ut på att prestera till *B* utan till *T*. *G* skulle härmed vilja göra gällande, att han öfverlåtit ägande-

rätten till varupartiet åt *B* under den väsentliga och bristande förutsättningen, att han vore därtill förpliktad. Svaret härpå måste emellertid utfalla nekande. Såsom en väsentlig förutsättning af rättslig betydelse för *G:s* prestation kan i detta fall ej betecknas den omständigheten, att han vore förpliktad att prestera till borgenären, utan det att han genom sin prestation till borgenären blefve fri från sin förpliktelse mot denne. Och detta blir han i vårt exempel, hvadan någon väsentlig förutsättning ej kan sägas hafva brustit. Tvifvelaktigare ställer sig nu spørsmålet vid det andra alternativet, att *B* utan att vilja befria *G* från verkningarne af en mora debitoris, vägrar att lämna varorna tillbaka åt *G*, sedan denne efter upplysning om sitt misstag anhållit härom. *G* kan onekligen hafva intresse af att återfå leveransen. När han med sin prestation till *B* ej kunnat helt fylla sin förpliktelse mot denne, kan han finna det förmånligare för sig själf att återfå varorna och med fullständigt åsidosättande af sin prestationsskyldighet föryttra dessa mot bättre betalning på annat håll. Eller ock kan *G* ha intresse af att utfå varorna för att själf besörja transporten af dem till *T*. Då *B* ej med sitt mottagande af prestationen vill afstå från sitt anspråk om skadeersättning på grund af *G:s* dröjsmål, kan *B* ej sägas hafva återtagit bestämmelsen om, att prestationen kontraktsevenligt skulle utgå till *T*. *G:s* förpliktelse måste sålunda fortfarande vara inriktad härpå. Besörjer nu *B* transporten af varorna till *T*, så omfattas kostnaderna härför af *G:s* skadeståndsskyldighet för prestationens försenande. Tillfälligtvis kan nu *G* hafva billigare transportlägenhet än *B* och på denna grund vara ekonomiskt intresserad af att själf få ombesörja leveransens fortskaffande till *T*. Afsikterna med *G:s* anhållan om prestationens utfående äro emellertid likgiltiga för den juridiska sidan af saken. Spørsmålet bör lämpligen ställas så: kan *B* utan att befria *G* från rättsverkningarne af hans mora, d. v. s. utan att återtaga bestämmelsen om, att *T* skulle vara destinatär för prestationen, sedan de till *T* beställda varorna på grund af *G:s* misstag framkommit till *B*, mot *G:s* rätt och slätt uttalade vilja taga befattning med leveransen för att t. ex. vidare befordra densamma till *T*. Att *B* kan vara mycket starkt intresserad häraf på grund af sin ansvarsfrihet gent emot *T* ligger i öppen dag. Han vet ju ej, om *G* verkligen, för det fall att varorna utlämnades till honom, komme att

fullfölja prestationen till *T*, utom det att *B* ofta snabbare än *G* skall kunna befordra transporten till *T* och sålunda begränsa de skadliga verkningarne af *G*:s mora. Det gäller emellertid, som sagdt, för oss att rent juridiskt afgöra, hvem som skall hafva dispositionsrätten öfver det till *B* aflämnade varupartiet. Aftalet som sådant kan uppenbarligen ej medföra någon dylik rätt för *B*. Enligt detta består *B*:s hela befogenhet blott i att fordra prestationen till *T*. Afgörande för spörsmålets lösning kan enligt vårt förmenande blott vara svaret på den frågan, hvem som är ägare till varorna, sedan *B* mottagit dem. Blott om med besittningen till varorna äfven äganderätten öfvergått till *B*, kan förfoganderätten öfver dem tillkomma honom. Att före mottagandet af varorna *B* ej kan vara deras ägare, är klart redan däraf, att vi här hafva att syssla med en generisk prestation, hvartill äganderätten öfvergår först i och med traditionen. Att *G* nu med varornas öfverlåtande till *B* i och för äganderättens öfvergång därmed falskeligen tror sig uppfylla sin förpliktelse till *B*, kan efter hvad vi ofvan sett ej tillmätas någon betydelse, eftersom det ej kan betraktas såsom en väsentlig förutsättning för *G*:s rättshandling. Såsom en väsentlig förutsättning för denna måste emellertid det anses, att *G* med varornas öfverlämnande till *B* blifver fri från sin förpliktelse mot denne. Men denna förutsättning måste här anses brista. Ty däraf att *B* vill behandla *G* såsom morant, måste ju följa det, att han ej kan sägas i rätt tid hafva uppfyllt sin förpliktelse mot *B* genom sin prestation till denne. Det är nämligen nu alldeles klart, att *B* icke återtagit bestämmelsen i aftalet, enligt hvilken *G*:s förpliktelse gick ut på prestation till *T*. Upphör alltså icke genom *G*:s prestation till *B* den förres förpliktelse, så måste det vara oriktigt att påstå, det *B* blifvit ägare till de mottagna varorna. Och härmed saknas äfven för *B* hvarje rättsgrund att åberopa till stöd för sin vägran att på *G*:s anhållan återställa varupartiet till hans disposition. Äganderätten kan ej tillkomma någon annan än *G*, som måste hafva rätt att förfoga öfver prestationen och med rättslig verkan bör kunna förbjuda *B* att taga vidare befattning med densamma. Det sagda måste äfven gälla, om *G*:s prestation haft en individuellt bestämd sak till innehåll. Ty äfven om man för svensk rätt måste uppställa den satsen, att äganderätten vid köp af bestämdt gods i regeln omedelbart öfvergår till

köparen, så är denna sats ingalunda undantagsfri, utan kan ett köpeaftal mycket väl afslutas med blott obligationsrättslig verkan ¹⁾. Detta måste betraktas såsom regeln vid ett köpeaftal, hvori aftalas, att säljaren skall prestera till tredjeman, för så vidt denne skall mottaga prestationen för sin egen räkning. Att nämligen tredjeman ej kan blifva ägare af saken i och med aftalet, är själfklart, och att borgenären skulle med aftalet få äganderätten till saken sig öfverlåten, kan ej gärna antagas, sedan man erkänt möjligheten af, att köpeaftalet blott medför obligatorisk verkan för kontrahenterna. Det ligger då vid tredjemansaftalet onekligen närmast till hands att låta köpet för säljaren medföra en förpliktelse att öfverlåta besittningen och äganderätten till saken åt tredjeman, under det att det måste förefalla ganska orimligt att åt kontrahenternas afsikter gifva den tydningen, att borgenären i och med aftalets ingående blefve ägare till saken samt att gäldenären befullmäktigades och förpliktade sig att såsom borgenärens ställföreträdare öfverlåta besittningen och äganderätten till saken åt tredjeman. Skall tredjeman åter mottaga saken för borgenärens räkning, och är detta gäldenären bekant, så bör uppenbarligen den omständigheten i och för sig, att borgenären ej själf skall uppbära prestationen, icke utesluta, att äganderätten i och med köpets afslutande öfvergår till borgenären. Såsom regel måste köpet här sägas hafva sakrättslig verkan, ehuru den omständigheten, att borgenären betingar sig prestationen på ett annat sätt än det vanliga, stundom kan hafva till följd, att tanken för kontrahenterna särskildt fästes på det obligatoriska förhållandet mellan dem och att den sakrättsliga sidan därför måste anses åsidosatt.

Sedan handlingstiden inträdt för gäldenärens prestations-skyldighet, bör helt naturligt tredjeman, om han är utsedd till prestationsdestinatär »in rem suam», kunna vidtaga de dispositioner i afseende å prestationen före dess uppfyllande, som han skulle kunna gjort, sedan detta ägt rum. Allteftersom tredjeman skulle blifva ägare, panthafvare, låntagare med afseende å den utlofvade saken o. s. v., bör han kunna efterskänka gäldenärens prestation, låta honom behålla saken såsom pant för sin fordran mot tredjeman eller utlämna den såsom pant till någon

¹⁾ Jfr HAMMARSKJÖLD i T. f. R. 1893 s. 105—114.

annan tredjemans fordringsägare, låta gäldenären behålla saken som lån eller låta honom utgifva densamma för sådant ändamål till någon annan. Att efter dylika dispositioner gäldenären bör blifva fri, alldeles så som om han verkligen hade presterat till tredjeman, är klart däraf, att resultatet i själfva verket blifvit alldeles detsamma, som om prestationen först utförts till tredjeman och sedan det presterade af honom ånyo utgifvits till gäldenären. Är det tydligt för gäldenären, att tredjeman efter prestationens mottagande kommer att på ett dylikt sätt afhända sig densamma, så kan gäldenären blott anses handla som en normal och förnuftig människa, när han för att spara en onödig omväg på tredjemans anmodan underlåter att prestera till denne ¹⁾. För att emellertid det sagda skall kunna gälla, torde principiellt den fordran böra uppställas, att den ifrågavarande prestationen är så beskaffad, att tredjeman, om prestationen verkligen fullgjorts till honom, skulle med densamma kunna åstadkomma samma resultat, som inträdt genom gäldenärens innehållande af densamma eller dess utförande till någon annan än tredjeman. Blott under denna förutsättning kan man vara säker på, att borgenärens intresse ej skulle blifva kränkt därigenom, att gäldenären utan att prestera till tredjeman blifver fri från sin förbindelse till borgenären. I fråga om gäldenärens förpliktelse går borgenärens intresse blott och bart ut på, att tredjeman skall ha prestationen, och i själfva verket ställer det sig i de åsyftade fallen, trots gäldenärens innehållande af prestationen, rättsligen alldeles såsom om prestationen kommit borgenären tillhanda. Detta kan emellertid ej sägas vid alla tredjemansafstal. Har t. ex. gäldenären åtagit sig att reparera tredjemans stuga, som befinner sig i ett för dess ägare hälsovådligt skick, så kan gäldenären ej blifva fri från sin skyldighet därigenom, att ett aftal mellan honom och tredjeman kommer till stånd af innehåll, att gäldenären utan vidare skall slippa ifrån prestationen eller mot betalande af en penningsumma, som kanske vore tredjeman mera välkommen än en reparation af huset o. s. v. Ty borgenärens intresse går just ut därpå, att huset blir repareradt. Utföres verkligen denna prestation, så kan öfver densamma ej sedermera disponeras af tredjeman, såsom i de andra fallen. Därför måste det stå i

¹⁾ Jfr HELLWIG a. a. s. 105.

strid med borgenärens intresse i aftalet, om tredjeman före prestationens utförande tillätes att genom någon öfverenskommelse med gäldenären befria honom från sin skyldighet mot borgenären. Afstår sålunda tredjeman från förmånen att erhålla prestationen i ett dylikt fall, så kan denna omständighet i och för sig ej hafva den betydelsen, att gäldenären frigöres. En annan sak är, att tredjemans vägran att mottaga prestationen ofta nog kommer att hafva den verkan, att gäldenärens förpliktelse måste betraktas såsom omöjlig att fullgöra, och att gäldenären på denna grund blifver fri från sin skyldighet.

Om gäldenären gjort sig skyldig till dröjsmål med prestationens verkställande, så kan borgenären vid tredjemansaftalet, liksom vid vanliga aftal, i regeln välja mellan att frångå kontraktet och fordra dess fullgörande. Särskildt intressant är emellertid det spörsmålet, hur saken ställer sig, om borgenären vill fordra ersättning för den skada, som gäldenären förorsakat genom sitt dröjsmål. Detta spörsmål inskränker sig emellertid ej till frågan om skada på grund af gäldenärens dröjsmål, utan angår öfver hufvud taget den skada, som uppkommit genom gäldenärens kontraktsbrott vid tredjemansaftalet. Man kan fråga sig, om det ej ofta nog måste vara rättsligen uteslutet att kunna föra en skadeståndstalan emot gäldenären därför att en prestation, som skulle inflyta omedelbart i tredjemans förmögenhet, ej blifvit i behörig ordning utförd. Emot ett skadeståndsanspråk kunde ju gäldenären invända, att borgenären ej lidit någon skada, utan att denna drabbat prestationsdestinatären, den utanför kontraktet stående tredjeman. Skulle denne åter på grund af prestationens uteblifvande eller bristfällighet rikta någon talan mot gäldenären, så kunde denne skydda sig med påståendet, att han aldrig slutit kontrakt med tredjeman och därför ej hade någon skyldighet mot honom att uppfylla, hvars åsidosättande kunde leda till någon skadeståndsplikt. Man tyckes sålunda vid tredjemansaftalet stå inför faran, att gäldenären utan påföljd godtyckligt kunde åsidosätta eller på bristfälligt sätt uppfylla sin förbindelse till borgenären. Fria från all betänklighet i detta afseende äro naturligtvis alla aftal, hvori tredjeman blott är utsedd

att mottaga gäldenärens prestation för borgenärens egen räkning. Här måste ju borgenären vara alldeles så ställd, som om prestationen enligt aftalet skolat utgöras till honom själf. Så mycket mera framstår nu vikten af det förevarande spörsmålet om vi se på de fall, hvori tredjeman för sin egen räkning skall uppbära den utlofvade prestationen. Om t. ex. *B* af *G* köpte en sak och därvid betingade sig, att denna skulle utgifvas till *T*, hvilken *B* därmed ville gifva en gåfva, så skulle man ju, om *G* åsidosatte sin skyldighet och ej öfverlämnade saken till *T*, kunna säga, att *B* ej lider någon skada eller förlust häraf, enär han själf ej skulle ha saken och ej heller ansvarade för, att *T* erhöle densamma, under det att *T*, som verkligen blef skadad genom prestationens uteblifvande, ej vore *G*:s kontrahent och i enlighet härmed ej kunde göra något anspråk mot honom gällande. Ett sådant förhållande vore helt naturligt olidligt. Det kan också helt säkert ej öfverensstämma med det allmänna rättsmedvetandets befogade kraf, att gäldenärens skadeståndsskyldighet göres beroende af en sådan — åtminstone från gäldenärens synpunkt — rent yttre omständighet, som att prestationen skall utgöras till tredjeman och icke till borgenären. En rättsgrundsats måste kunna utletas, enligt hvilken gäldenärens skadeståndsskyldighet regleras med hänsyn därtill, att den utlofvade prestationen skall komma en annan än hans medkontrahent till godo. Försöken på utfinnandet af den ifrågavarande rättsprincipen hafva — ehuru icke talrika — dock ej uteblifvit. Det ligger i sakens natur, att denna princip skall angå ej blott tredjemansaftalen utan öfver hufvud taget hvarje aftal, hvori den ekonomiska förlusten genom gäldenärens bristande å sin prestationsskyldighet icke drabbar borgenären utan en person som står utanför kontraktet. Om t. ex. *B* aftalar med *G*, att han skall prestera något till *T*, eller om *B* på *T*:s uppdrag såsom dennes kommissionär aftalar med *G*, att denne skall prestera något till *B*, men prestationen åter enligt uppdraget mellan *B* och *T* i sista hand skall komma denne till del, så är det i båda fallen möjligt, att, om *G* ej fyller sin förpliktelse, någon förmögenhetsförlust härigenom ej åsankas *B*, enär han ej till *T* ansvarade för, att denne skulle få åtnjuta den ifrågavarande prestationen. Första gången problemet inom litteraturen uppställdes, hade det ej afseende å tredjemansaftalet utan behandla-

des i anledning af ett rättsfall, hvori en gäldenär vägrade att ersätta skada på grund af sin bristande prestationsskyldighet, enär hans kontrahent, kommissionären, ej lidit någon skada, och den skadelidande, kommittenten, ej var hans kontrahent. Det var en medlem af öfverappellationsdomstolen i Lübeck, en viss ZIMMERMANN, som i en mycket värdefull, men föga beaktad uppsats bragte frågan till lif¹⁾. I läroböcker och kommentarer är det intressanta spörsmålet antingen ej alls eller ock blott helt ytligt vidrördt. I sin lärobok uttalar WINDSCHEID, ganska säkert därtill föranledd af ZIMMERMANNNS utredning af spörsmålet, den allmänna satsen, att om borgenären gjort sig till borgenär i en annans intresse, så utgjordes innehållet i hans intressefordran af den skada, som den andra personen lidit²⁾. Denna sats har utan vidare tagits till rättesnöre för den tyska rättspraxisen. Röster hafva emellertid höjts mot det obetingade antagandet af satsens riktighet. Så finner CROME³⁾, som bringar frågan på tal i sammanhang med spörsmålet om substitutets ställning till beställaren vid det af honom så kallade qvotalarbetsbetinget, att ur allmänna grundsatser ej låte härleda sig någon generell regel, som tillåte den, som gent emot beställaren åtagit sig ett visst arbete, att mot sitt substitut föra talan om ersättning för skada, som beställaren lider genom prestationens bristfällighet eller utblifvande. En sådan allmän regel kunde, enligt CROME, bringa rättslifvets säkerhet i fara, i det man vid nästan hvarje ej kontraktsevenligt utförd prestation skulle kunna påstå, att en tredje person berördes däraf och att man hade att taga hänsyn till dennes personliga förhållanden vid skadans beräkning. Skall satsen gälla, så måste området för dess verkningar begränsas: den vore blott giltig, om gäldenären hade kännedom om, att rätts-handeln af borgenären ingicks i tredjemans intresse. I detta fall måste nämligen gäldenären anses aftalsmässigt hafva åtagit sig ansvaret för den skada, som drabbade tredjeman. Om gäldenären i bristandet åt sin skyldighet handlat försumligt, så måste äfven regeln äga giltighet. Detta framgick dock ej af allmänna rättssatser, utan kunde blott och hart stödja sig på billighetsskal:

¹⁾ Den ifrågavarande uppsatsen är tryckt i Neues Arkiv für Handelsrecht, Bd I, Hamburg 1858, s. 48—82.

²⁾ WINDSCHEID § 258, 3.

³⁾ Die partiarischen Rechtsgeschäfte etc. Freiburg, B 1897.

»Das Interesse des Dritten soll entscheiden, weil er in dem gegebenen Falle der einzige materiell Betheiligte, und ausser in seiner Person ein Schaden überhaupt nicht entstanden ist, der Schuldner aber für seine Pflichtwidrigkeit nicht frei ausgehen soll»¹⁾. Liksom CROME utgå äfven de öfriga hithörande författarne därifrån, att *borgenärens* intresse kan vara afgörande för gäldenärens skadeståndsplikt blott för så vidt en kränkning af detsamma betyder en förmögenhetsförlust för borgenären. Vore borgenärens intresse i denna mening ekonomiskt, så vore det ju äfven klart, att han hade skadeståndstalan mot gäldenären. I enlighet härmed gör THUR²⁾ bl. a. till sin uppgift att påvisa, hurusom ett borgenärens ekonomiska intresse ofta nog existerade, ehuru den ytlige betraktaren blott kunde finna, att det ekonomiska intresset tillhörde en tredje person. Borgenärens ekonomiska intresse kunde nämligen vara direkt och indirekt. Och i förra fallet behöfde det ej vara definitivt, så att skadan genom dess kränkning förblef häftande vid borgenärens förmögenhet, utan äfven det transitoriska intresset — t. ex. en kommissionärs intresse att utfå en sak, som han köpt af en person och som kommissionären efter mottagandet är pliktig att utlämna till sin kommittent — vore af förmögenhetsrättslig natur, ehuru det definitiva intresset tillkom tredjeman (kommittenten). Det indirekta ekonomiska intresset bestod hufvudsakligen af borgenärens »Haftungsintresse», som afsåg borgenärens ansvar för den skada, som omedelbart drabbade tredjeman på grund af gäldenärens bristande åt sin prestationsskyldighet. Det indirekta intresset kunde äfven vara ett retentionsintresse: borgenärens intresse att få behålla den af gäldenären till honom presterade saken, till dess tredjeman tillfredsställt ett borgenärens motanspråk mot denne för sakens utbekommande³⁾. THUR framhåller särskildt betydelsen af det transitoriska intressets erkännande. Härigenom komme vid kommissionsförhållanden i regeln kommissionären att hafva ett eget förmögenhetsintresse och på denna grund själf kunna föra skadeståndstalan mot gäldenären⁴⁾. Kunde man nu ej hjälpa sig

¹⁾ CROME a. a. s. 300 ff.

²⁾ Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen i G. Z. Bd 25 s. 529—584.

³⁾ THUR a. a. s. 535—539.

⁴⁾ THUR a. a. s. 552 f.

fram till något rimligt resultat på grund af borgenärens eget förmögenhetsintresse, så menar THUR likväl, att borgenären skulle få ett skadeståndsanspråk mot gäldenären, ett anspråk på ersättning icke till sig själf utan till den genom gäldenärens bristande prestationsskyldighet skadelidande tredjeman. Någon rättslig grund härför, hufvudpunkten i hela spörsmålet, är THUR emellertid ej i stånd att förebringa. Den så ofta anlitade nödfallsvägen tillgripes: billighetshänsyn fordrade, att den tredjeman åsamkade skadan skulle kunna blifva ersatt. Ty hvarför skulle gäldenären »par occasionem iuris» komma i åtnjutande af en oförtjänt ansvarsfrihet och skadan, som han orsakat, ligga ogulden ¹⁾?

Äfven REGELSBERGER ²⁾ har tagit till orda i det föreliggande spörsmålet. Den omständigheten, säger REGELSBERGER, att någon slutit ett aftal i en tredje persons intresse kan väl grunda rätt för honom att fordra aftalets uppfyllande, men kan ej vara tillräcklig att vid talan om ersättning mot gäldenären göra tredjemans intresse gällande, såvida ej borgenären på grund af ett särskildt rättsförhållande blefve tredjeman ersättningskyldig för den skada, som tredjeman lidit. I detta fall blef nämligen tredjemans förlust i själfva verket borgenärens egen. Härutöfver kunde borgenären fordra ersättning för tredjemans skada, om han på grund af gäldenärens kontraktsbrott å sin sida blefve urståndsatt att fullgöra en prestation till tredjeman, hvartill han på grund af sitt rättsförhållande till denne vore förpliktad ³⁾. Ett stöd härför i någon giltig rättsgrundsats kan REGELSBERGER ej förebringa, ehuru, som han själf säger, satsen ej saknar inre rättfärdigande ⁴⁾. Men därmed har REGELSBERGER ej kommit längre än före honom CROME och THUR, hvilka likaledes vilja grunda sina satser med just det, som skall bevisas, nämligen, att gäldenären ej får blifva fri från sitt ansvar därför att skadan af hans försummelse drabbar någon annan än borgenären. Kan man emellertid ej komma den verkliga grunden närmare in på lifvet, så finnes det enligt vårt förmenande ej någon anledning att

¹⁾ THUR a. a. s. 565 ff.

²⁾ Ersatzpflicht aus Verträgen für den Schaden, den durch den Vertragsbruch ein Dritter erliden i J. J. Bd 41 s. 251—288.

³⁾ REGELSBERGER a. a. s. 272—274.

⁴⁾ REGELSBERGER a. a. s. 275.

såsom REGELSBERGER begränsa regeln till sådana fall, hvori borgenären vore förpliktad att prestera vidare till tredjeman. Äfven utan en sådan förpliktelse å borgenärens sida bör gäldenären helt naturligt ej per occasionem iuris blifva fri från ansvar för sin försummelse. Om *B* ingår ett köpeaftal med *G*, enligt hvilket denne skall leverera en sak till *T* såsom födelsedagsgåfva från *B*, så bör uppenbarligen *G*, som åsidosätter sin prestationsskyldighet, ej mera kunna blifva fri från sin skadeståndsskyldighet, därför att *B* ej var förpliktad att gifva *T* en gåfva. Kanske menar REGELSBERGER, att *B*:s förmögensintresse här är kränkt, och att *B* på den grund får ett vanligt skadeståndsanspråk. Menar REGELSBERGER detta, så förbiser han, att *B*:s förmögensintresse här ej är af det slag, som REGELSBERGER och de hithörande författarne eljest operera med, nämligen ett intresse, hvars kränkning innebär en ekonomisk förlust. Ty därigenom att gåfvan ej presteras till *T*, lider onekligen denne, och sålunda ej *B*, den ekonomiska skadan. Orsaken till den nämnda begränsningen i den REGELSBERGERSKA satsen är emellertid sannolikt att söka i den omständigheten, att REGELSBERGER vill finna ett positivt stöd för sitt påstående i det romerskrättsliga källstället l. 8 § 3 mand. 17, 1¹⁾.

¹⁾ REGELSBERGER a. a. s. 276 f. Härmed hafva vi ej sagt, att REGELSBERGERS tolkning af det ifrågavarande källstället är oriktig. Sannolikheten talar tvärtom för denna. Stället lyder: Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur (tenetur autem, quia agere potest). En ordagrann tolkning måste uppenbarligen betraktas som meningslös: den förste mandataren skulle få ett anspråk mot sin mandatar, när han ansvarade gent emot sin mandant och han ansvarade till sin mandant, när han hade ett regressanspråk mot sin mandatar. Att inskjuta en sådan undermening, som att stället afsåge ett *otillåtet* öfverlåtande af uppdraget å förste mandatarens sida, vore ett godtyckligt våldförande å ordalydelsen. Enligt REGELSBERGER förhåller sig saken så, att mandanten fick ett skadeståndsanspråk mot sin mandatar, äfven om denne ej kunde läggas någon culpa till last, därför att mandataren kunde täcka sin förlust med sitt anspråk mot sin mandatar. Skulle detta emellertid ej kunna lyckas, när denne ej var solvent, så kunde mandanten ej heller söka sin mandatar eller dock blott såvidt, som denne kunde ekonomiskt lämnas oberörd på grund af sitt anspråk mot sin mandatar. Den princip, som emellertid äfven med denna tolkning ur det ifrågavarande källstället skulle kunna utletas, kan ej tjäna till någon lösning af vårt spörsmål. Blott om man samtidigt vore i stånd att utfinna någon rättslig

Att gäldenärens skadeståndsplikt ej bortfaller därför, att borgenären kan låta förlusten täckas af en tredje person eller därför att han måste utgifva den sak, som skulle presteras, till någon tredje, är för HELLWIG en gifven sak, som grundar sig därpå, att borgenären faktiskt har lidit en försämring i sin förmögenhetsställning. Med orätt har man, anser HELLWIG, indragit frågan härom i spörsmålet om ersättningsskyldigheten vid de ifrågavarande kontraktsbrotten. Det gällde här ej att sysselsätta sig med en sådan själfklar sak som den, att gäldenären var skadeståndspliktig för skada, som borgenären lidit; den svåra uppgiften gick ut på att bestämma, hvilken skada som skulle anses vara tillfogad borgenären¹⁾. I detta afseende uppställer HELLWIG följande satser. Borgenären har först och främst lidit skada i det omfång, som han är skadeståndspliktig till tredjeman för den förlust, som denne gör därigenom, att gäldenären ej i behörig ordning fullgör prestationen. I sista hand blef alltså tredjemans skada afgörande för borgenärens anspråk, men blott därför, att dennes skada också utgjorde borgenärens förlust²⁾. Vidare gällde, att, om borgenären till gäldenären lånat, deponerat, öfverlämnat till reparation eller transport en sak, som tillhörde tredjeman, och gäldenären kontraktsstridigt skadade eller förstörde saken, så kunde borgenären på grund af aftalet blott fordra ersättning för sitt eget intresse till saken, under det att själfva sakintresset blott kunde göras gällande af borgenären, om han emot tredjeman vore ansvarig för dess skadande³⁾. Härutöfver

grund till, att borgenärens talan mot gäldenären betingades däraf, att borgenären var förpliktad att vidare prestera till tredjeman, borde det kunna vara tal om att anföra det romerska källstället i detta sammanhang. Efter hvad som redan i texten framhållits torde dock någon grund för en dylik inskränkning ej kunna utletas. Men ej ens om så vore fallet, kunde enligt vår mening 1 8 § 3 mand. 17, 1 tillerkännas någon betydelse för vår fråga. Också med REGELBERGERS tolkning kan ju ej något annat vara utsagdt, än att gäldenären ansvarar för ekonomisk förlust, som drabbar borgenären. Ty oberoende däraf om borgenären verkligen fullföljer sitt anspråk mot gäldenären eller icke, erhåller ju tredjeman ett anspråk mot den förre. Gör borgenären alltså icke sitt anspråk mot gäldenären gällande, så följer onekligen däraf, att han lider ekonomisk förlust.

¹⁾ HELLWIG a. a. s. 82—85.

²⁾ HELLWIG a. a. s. 85.

³⁾ HELLWIG a. a. s. 85 ff.

hade den WINDSCHEIDSKA satsen giltighet, blott om gäldenärens häftande för den af tredjeman lidna skadan kunde sägas vara tyst öfverenskommet mellan kontrahenterna¹⁾. I anledning häraf gällde för *tredjemansafvalets* räkning, att gäldenären svarade för den skada, som borgenären led genom bristen i prestationsfyllandet, särskildt den skada, som träffade honom därför, att tredjeman gjort förlust och borgenären var honom ansvarig därför. Men dessutom måste man säga, att borgenären kunde fordra tredjemans skada ersatt, oberoende af om borgenären hade ett s. k. »Haftungsintresse» eller icke, i alla de fall, där gäldenären ej hade valrätt, utan var förpliktad att prestera till tredjeman. En sådan ansvarsplikt å gäldenärens sida måste anses tyst öfverenskommen i och med det, att borgenären betingade sig prestationen till tredjeman, ty härmed hade han tydligen gifvit tillkänna, att han kontraherat icke blott i eget utan äfven i tredjemans intresse²⁾.

Detta är i korta drag teoriens ställning till det ifrågavarande spørsmålet. I en sak äro alla ense, nämligen att borgenären alltid kan fordra ersättning för tredjemans skada, om han själf gent emot tredjeman ansvarar för densamma. Härutinnan kunna ej heller gärna meningarne vara delade. Med prestationens uteblifvande har en direkt minskning i borgenärens förmögenhet uppstått, i det passivan ökats med en skuld till tredjeman. Oriktigt anse vi det emellertid nu först vara, när THUR betecknar det transitoriska intresset hos borgenären såsom ett förmögenhetsintresse och på denna grund vill tillerkänna borgenären ett skadeståndsanspråk mot gäldenären. THURS sats ligger för öfrigt äfven innesluten i HELLWIGS påstående, att det vore en själfklar sak enligt den gällande skadeståndsläran, att gäldenären ej bör blifva fri från sin ersättningsplikt, därför att borgenären skulle utgifva den sak, som borde presteras af gäldenären till tredjeman. HELLWIGS påstående är mera omfattande än THURS sats och är blott oriktigt för så vidt det täckes utaf denna. Under det att det transitoriska intresset blott kan åsyftas i sådana fall, hvori borgenären efter mottagandet af prestationen är förpliktad att utgifva det presterade till tredjeman, så afser

¹⁾ HELLWIG a. a. s. 89 f.

²⁾ HELLWIG a. a. s. 91 f.

HELLWIGS uttalande utom dessa fall jämväl dem, hvari borgenären betingat sig prestationen för att utgifva densamma till tredjeman utan att vara därtill förpliktad. Att mellan dessa båda grupper af fall existerar en afgjord skillnad i ifrågavarande afseende, är alldeles påtagligt. Ty lika klart som det är, att *B*, om han köper en sak af *G* för att skänka densamma åt *T*, lider ekonomisk förlust, om saken ej presteras af *G*, lika klart är det, att, om *B* köpt samma sak af *G* såsom *T*:s indirekte ställföreträdare och alltså är förpliktad att, så snart han får saken, utgifva denna till *T*, så blir *B*:s förmögenhetssumma oberörd af det faktum, att *G* presterar saken eller att han icke gör det. Förmögenhetsförlusten måste ju bestå i skillnaden mellan totalsumman af *B*:s förmögenhet, om saken icke presteras, och förmögenhetssumman, om saken presteras till *B*. Båda summorna måste bestämmas omedelbart efter inträdandet af något af de båda fakta, icke-prestation och prestation. Beteckna vi nu summan af *B*:s förmögenhet oberoende af den ifrågavarande saken med *a* och värdet af denna sak med *x*, så visar det sig i förra exemplet, att *B*:s förmögenhet, om saken på grund af *G*:s underlåtenhet att prestera, ej tillfaller densamma har värdet *a*, under det att, om *G* uppfyller sin skyldighet, *B*:s förmögenhet erhåller totalsumman $a+x$. Att *B* tänker skänka saken åt *T*, kan ej influera på hans förmögenhetsställning. Först när *B* förverkligat sin tanke, har hans förmögenhet åter minskats med värdet *x*, men detta är en förmögenhetsminskning, som, efter hvad som nyss sagts, ej har med vårt spörsmål att göra. Här af är det klart, att förmögenhetsförlusten *x* måste inträda i det ifrågavarande exemplet genom *G*:s underlåtenhet att prestera. Se vi nu på det andra exemplet, så blir resultatet följande. Presterar *G* ej saken till *B*, så förblir värdet af hans förmögenhet *a*. Fullgör åter *G* prestationen så ökas tillgångarne i *B*:s förmögenhet med siffran *x*. Men äfven passivan i förmögenheten blir ökad. I och med att saken inflyter i *B*:s förmögenhet erhåller nämligen *T* på grund af rättsförhållandet mellan honom och *B* en fordran mot denne på sakens utfående. Värdet af denna fordran, för så vidt den innebär en minskning i *B*:s förmögenhet, kan helt naturligt ej betecknas med annat än just siffran *x*. *B*:s förmögenhet måste alltså, efter det att saken presterats, sägas hafva totalsumman $a+x-x$ och sålunda

vara just lika stor, som den vore, om *G* underlåtit att fullgöra sin prestation. Häraf borde det vara klart, att kränkningen af ett rent transitoriskt intresse ej medför någon förmögenhetsförlust, och att det därför är oriktigt att beteckna detsamma såsom ett ekonomiskt intresse och på denna grund tilldela borgenären ett skadeståndsanspråk. THUR söker i en not i den citerade afhandlingens bemöta ett resonnement, liknande vårt här ofvan¹⁾. THUR anför till stöd för sin motsatta uppfattning det, att gäldenären icke borde vara befogad att åberopa sig på borgenärens förhållande till tredjeman, om borgenären kan tillräckligt grunda sitt anspråk utan att beröra nämnda förhållande. Detta, säger han, vore en otillåten invändning ex persona tertii. Att en sådan invändning bör vara otillåten, äro vi de första att vilja erkänna. Gäldenären bör ej kunna åberopa sig på ett rättsförhållande mellan borgenären och tredjeman. Men skall man häraf kunna draga den slutsatsen, att borgenären rättsligen måste sägas hafva lidit en ekonomisk förlust, och att hans förmögenhetsintresse blifvit kränkt? Ett dylikt samband kan enligt vårt förmenande ej utletas. Man synes oss snarare böra draga den konklusionen, att borgenären borde erhålla ett skadeståndsanspråk mot gäldenären, trots det att han ej haft något ekonomiskt intresse af, att gäldenären fullgjorde sin prestationsskyldighet. THUR säger vidare, att det är ett faktum att, om gäldenären hade presterat saken till borgenären, så hade dennes förmögenhet ökats med sakens värde. Om borgenären nu vore förpliktad att utgifva saken till tredjeman mot ett annat värde, så vore detta en sak, som ej anginge gäldenären. Förvisso bör ej detta förbättra gäldenärens rättsställning, men ifråga om beräklandet af borgenärens förmögenhetsförlust är det en faktor, hvartill hänsyn måste tagas, eftersom denna faktor liksom förmögenhetsökningen uppstår i och med gäldenärens prestation af saken. Slutligen tillfogar THUR: »Man bedenke die Möglichkeit, dass diese Beziehungen zum dritten sich auflösen und der Gläubiger die Leistung definitiv in seinem Vermögen behält». Härtill behöfver naturligtvis blott sägas, att vid bestämmandet af en persons förmögenhetsställning efter ett visst inträffadt faktum får ej någon hänsyn tagas till senare *möjligen* inträffande fakta. Det synes oss härefter vara ganska sannolikt, att ingen af de

¹⁾ G. Z. Bd 25 s. 536 n. 24.

båda författarne, THUR och HELLWIG, äro på rätt spår i sökandet efter den ifrågavarande rättsgrundsatsen, när de se sig nödsakade att i ett fall, sådant som det här behandlade, grunda borgenärens skadeståndsanspråk på kränkningen af ett ekonomiskt intresse, som vid noggrant eftersinnande visar sig ej vara förhanden. REGELSBERGER tyckes ej heller hafva fattat det som en själfklar sats, att ett intresse, sådant som det s. k. transitoriska, vore ett förmögenhetsintresse i den mening, att det efter den gällande skadeståndsteorien kunde omfattas af ett giltigt ersättningsanspråk. Så vidt vi kunna finna, vill REGELSBERGER hänföra ett fall, hvori borgenären blott kan göra ett dylikt intresse gällande, under den af honom själf uppställda nya regeln, att borgenären kunde göra den af tredjeman lidna skadan gällande emot gäldenären, »wenn er infolge der Vertragsverletzung seinerseits nicht leisten kann, wozu er gemäss seinem Rechtsverhältnis zu dem Dritten an sich verpflichtet ist». Men något verkligt stöd för en sådan regel, annat än det som ligger i dess inre rättfärdigande, har ej kunnat förebringas. Sålunda synes ej heller REGELSBERGER hafva inslagit på den rätta vägen.

Den ende af de nu nämnda författarne, som ej till sist tillgriper nödfallsutvägen: billighetsskäl, är HELLWIG. Hans uppfattning förtjänar att närmare granskas. Efter hvad vi redan sett kommer HELLWIG till det resultatet, att om *B* deponerar en *T*:s sak hos *G* och saken hos denne förstöres, så kan *B* blott fordra ersättning för sitt eget skadade besittningsintresse, såvida han ej är ansvarsskyldig gent emot *T*. Detta vill nu säga, att om *B* före deponeringen användt saken så mycket som han ville, och om han vid deponeringen ej gjort sig skyldig till någon culpa in eligendo eller instruendo och sålunda gent emot *T* blir fri från allt ansvar för saken, så blir *G* fri från all skadeståndsskyldighet, om saken genom hans vållande förstöres, såvida han ej kan anses hafva begått en skadegörande handling i teknisk mening. I detta sistnämnda fall kunde *T* föra talan mot honom om ersättning för utomobligatorisk skada. *B* däremot skulle, enligt HELLWIGS uppfattning, ej under några omständigheter kunna föra någon talan mot *G*, enär han ej hade något materiellt intresse däraf, att *G* ej läte saken förstöras. Detta resultat är betänkligt, uppenbarligen stridande som det är mot ett sundt rättsmedvetandes fordringar. Några bindande skäl för detsamma

kunna vi ej finna, att HELLWIG anført. Bevisføringen er følgende. Af § 851 B. G. B. framgår att besittaren af en främmande sak, om denna fråntages honom eller skadas af en tredje person, blott kan fordra sitt eget besittningsintresse ersatt, under det att blott sakens ägare kunde göra sakintresset gällande. Samma regler anser nu HELLWIG utan vidare böra gälla vid lån, deponering och andra aftal, hvori en främmande sak traderas till en medkontrahent. Vi fråga blott, huru kunna alldeles samma rättsverkningar uppstå på grund af så vidt skilda rättsfakta. I ena fallet hafva vi rätt och slätt en skadegörande handling utan kränkning af något obligationsförhållande. Det är en själfklar sak, att blott den, hvars intresse blifvit kränkt, kan fordra detta ersatt. Sakintresset är ägarens, därför bör äfven blott han kunna göra detta gällande. I andra fallet åter kunna vi alldeles bortse från den möjligheten, att en skadegörande handling i teknisk mening föröfvats. Vi hafva här blott att hålla oss till det faktum, att ett kontraktsbrott blifvit begånget. Det är detta, som här skall bilda bakgrunden för en skadeståndstalan. Den skadegörande handlingen i det förra fallet riktade sig, såvidt därigenom själfva sakintresset kränkts, just emot sakens ägare, och detta var äfven grunden till hans skadeståndstalan. Kontraktsbrottet i de senare fallen åter riktar sig just icke emot sakens ägare utan emot den, som slutit kontraktet. Därigenom har hans kontraktintresse kränkts, och därför kan äfven här det spörsmålet uppställas, om ej borgenären, utan att vara sakens ägare, bör af gäldenären kunna fordra sakintresset ersatt, då ju hans kontraktintresse just gick ut på, att saken ej finge skadas eller förstöras. Att jämföra borgenärens ifrågavarande ställning med besittarens vid en skadegörande handling af saken, synes oss dessutom vara så mycket mera obefogadt, som borgenären just genom traditionen frivilligt afhändt sig besittningen till saken. Det kan nu ej längre vara frågan om det nakna faktum, att saken blifvit af en annan person skadad i besittarens hand. Det karaktäristiska är, att gäldenären brutit sin förpliktelse mot borgenären genom att skada saken. — HELLWIGS hela uppfattning går sålunda blott och bart ut på, att talan om ersättning på grund af kontraktsbrott endast kan föras, såvidt kontrahenten lidit någon ekonomisk förlust. I enlighet med denna uppfattning begränsar nu HELLWIG den WINDSCHEIDSKA satsen till sådana fall, hvori gäldenärens ansvar

för skada, som åsankas en tredje person, kan anses vara tyst öfverenskommet. Denna regel utnyttjas också af HELLWIG särskildt med hänsyn till tredjemansaftalen. Om det emellertid å ena sidan är klart, att en alldeles ovanlig skada, som åsankats tredjeman, blott kan fordras ersatt, om en öfverenskommelse om gäldenärens ansvar för densamma kan anses vara ingången, så bör det å andra sidan förefalla ganska osannolikt, att gäldenärens ersättningskyldighet vid tredjemansaftalet i *allmänhet* skulle kunna ha sin grund i en dylik tyst öfverenskommelse mellan kontrahenterna. Om *B* aftalar med *G*, att denne skall prestera en sak till *T*, åt hvilken *B* vill skänka denna sak, så måste *G*:s sunda rättsmedvetande säga honom, att om han kontraktsstridigt ej fullgjorde prestationen, så blefve han ersättningskyldig, ehuru *T* och ej *B* gjorde den ekonomiska förlusten på grund af hans kontraktsbrott. Men just därför, att detta är en klar sak mellan kontrahenterna, måste en särskild öfverenskommelse därom, tyst eller uttrycklig, förefalla dem själfva absolut öfverflödig. Ett antagande af sådan öfverenskommelse måste sålunda anses stå i strid med kontrahenternas verkliga intentioner. Lika litet som kontrahenterna i ett vanligt aftal kunna sägas tyst öfverenskomma, att gäldenären skall vara pliktig att utgifva skadestånd till borgenären, om han bryter aftalet, lika litet bör det kunna påstås i fråga om tredjemansaftalet. HELLWIGS försök att rädda situationen genom antagandet af en tyst öfverenskommelse måste enligt vårt förmenande betecknas såsom en nödfallsutväg, jämnställd med de andra författarnes vädjan till billighetsskålet, att gäldenären ej bör per occasionem iuris erhålla en oförtjänt befrielse från sin skyldighet¹⁾.

¹⁾ Men äfven antaget att en sådan tyst öfverenskommelse existerade, så uppstår ju spörsmålet, hur saken bör ställa sig, om gäldenären bryter äfven denna öfverenskommelse. Härigenom lider ju borgenären ej någon förlust efter som skadeståndet skulle täcka tredjemans skada. HELLWIG skulle kanske säga, att borgenären nu är tillfredsställd med att blott fasthålla vid öfverenskommelsen och fordra skadeståndets erläggande. Men härmed skulle den frågan ställas på sin spets: hvad är förnuftiga grunden till, att borgenären vid gäldenärens kontraktsbrott alltid skulle kunna fordra naturlig uppfyllelse af kontraktet, under det att han vore utesluten från en talan, om denna rimligtvis blott kunde gå ut på en ekvivalent för den utlofvade prestationen. Någon sådan grund har ingen af författarne anförat. Som en följd af HELLWIGS uppfattning skulle den egendomligheten inträffa,

När vi nu gå att inrikta våra bemödanden på att finna en efter vår uppfattning riktigare lösning af det ifrågavarande problemet, så gäller det för oss först och främst att få fram hufvudfelet i de anförda författarnes åsikter. Trots divergensen mellan dessa kan man såsom redan antydts säga, att de alla bygga på en gemensam utgångspunkt, nämligen den att borgenärens eget intresse i de fall, som här kunna komma ifråga, blott är kränkt och därför äfven i skadeståndsväg blott kan göras gällande, om *han* lidit en förlust genom gäldenärens kontraktsbrott. Att detta är samtliga de anförda författarnes utgångspunkt, framgår däraf, att, såsnart det är klart, att borgenärens förmögenhetsställning trots kontraktsbrottet förblir oförändrad, problemet för dem blir, huru vidt borgenären kan fordra ersättning för tredjemans skadade intresse. Den ifrågavarande åskådningen är emellertid ej karakteristisk för den tyska rättsvetenskapen utan synes lika allmänt gälla inom den nordiska juridiken. Så tar den sig t. ex. uttryck hos LASSEN i följande sats: »Omfanget af Skyldnerens Erstatningspligt, naar hans Forpligtelse ikke behørigt efterkommes, bestemmes ved det individuelle *Tab* som Ikke-Opfyldelsen har foraarsaget *Fordringshave-venen*»¹⁾. Detta kallas hos LASSEN att ersätta »Opfyldelsesinteressen», som sålunda äfven af honom anses kunna läggas till grund för en ersättningstalan, endast om *borgenären* lidit en förlust. Denna tanke måste emellertid betecknas såsom oriktig, hvilket klart framgår, just när det blir fråga om ersättningstalan vid tredjemansaftalet och andra aftal, hvori kontraktsbrottet medför förlust ej för borgenären utan för tredjeman. Något logiskt sammanhang mellan intressekränkning och förlust för borgenären existerar uppenbarligen icke. Det måste betraktas såsom något fullkomligt godtyckligt, när man påstår, att en talan om ersättning för en intressekränkning principiellt blott vore berättigad, om denna kränkning medfört förlust för borgenären. Blott om intressekränkningen är af den art, att verkningarne af densamma i skadeståndsväg ej rimligtvis kunna utjämnas eller lindras,

att gäldenären, som bröt den tysta öfverenskommelsen och vägrade att erlagga skadestånd, aldrig skulle kunna åläggas att utbetala någon ränta under tiden tills han betalade detsamma.

¹⁾ LASSEN, alm. del s. 275.

måste en skadeståndstalan på grund af densamma anses utesluten. Vid de ifrågavarande aftalen kan det emellertid ej vara tal om en sådan invändning mot att tillerkänna borgenären ett skadeståndsanspråk. För att ett löfte af *G* till *B* om en prestation skall äga giltighet i rättsligt afseende, är det nödvändigt, att *B* har något slags skyddsvärdt intresse af, att *G* presterar det som utlofvats. I hvarje giltigt aftal föreligger därför å borgenärens sida ett sådant intresse. Uppfyller nu gäldenären ej den aftalade förpliktelsen, så har detta till följd, att borgenärens skyddsvärda intresse kränkes. Den skadeståndsplikt, som nu för gäldenären inträder, kan rimligtvis ej gå ut på något annat än att såvidt möjligt är undanröjda de skadliga verkningarne af kränkningen d. v. s. att så mycket som möjligt tillgodose borgenärens nämnda intresse, om detta rimligtvis låter sig göra, sedan den utlofvade förpliktelsen ej i vederbörlig ordning blifvit uppfylld. I regeln består nu kränkningen af borgenärens intresse, försåvidt det kan blifva tal om en ersättning därför, däri att en ekonomisk förlust tillskyndas honom, och skadeståndsplikten måste sålunda gå ut på att täcka denna förlust. Men äfven vid aftal, hvori den gäldenären åliggande prestationen är af vanligt pekuniärt värde, kan borgenärens intresse genom gäldenärens kontraktsbrott blifva kränkt, utan att detta innebär någon förmögenhetsförlust. Men likväl får borgenären ett anspråk på det kränkta intressets återställande. *B* har t. ex. hos firman *G* beställt ett piano af visst värde. *G* levererar emellertid i stället en vida dyrare flygel. *B*, som af någon anledning hellre vill ha pianot, — flygeln kan t. ex. ej lämpligen få plats i hans våning — skulle onekligen genom att behålla *G*:s kontraktsstridiga prestation blifva rikare, men icke förty måste han hafva rätt att fordra, det gäldenären tillgodoser hans aftalsintresse och återtager flygeln samt levererar pianot. Kan sålunda vid ett vanligt aftal om prestation af ekonomiskt värde borgenärens intresse kränkas, utan att han lider någon förmögenhetsförlust, så gäller detta enligt sakens natur i så mycket större skala vid sådana aftal, hvori den ekonomiska skadan genom gäldenärens kontraktsbrott kommer att drabba en tredje person. Om *G* är skyldig att utgifva en sak till *B*, och denne betingar sig, att saken skall presteras till *T* för att öfvergå i hans ägo, så kunna omständigheterna här mycket väl vara

sådana, att icke *B* utan blott *T* gör en ekonomisk förlust, om *G* ej kan prestera saken. Men onekligen måste man säga, att *B:s* aftalsintresse blifvit svårt kränkt genom *G:s* kontraktsbrott. Det intresse, som gjorde, att *B* ingick öfverenskommelsen med *G* om att prestera till *T*, måste uppenbarligen just gå ut härpå, och det är detta intresse, som ansetts så skyddsvärdt, att öfverenskommelsen blifvit rättsligen giltig, hvilket åter innebär, att *B:s* aftalsintresse är rättsligen skyddadt. Men detta kan ej betyda något annat än att, om *G* genom sitt kontraktsbrott förnärmar *B:s* ifrågavarande intresse, så får *B* mot honom ett anspråk på att så vidt möjligt är undanrödja verkningarne af kontraktsbrottet och godtgöra det skadade intresset. Ehuru detta nu ej var af ekonomisk natur i den mening, att intresseskadans innebär en förlust för borgenären, är det tydligt, att *G* kan göra något för att lindra den uppkomna intresseskadans. Och det är äfven klart, att *B:s* intresse, ehuru han ej lidit någon förmögenhetsförlust, alldeles såsom om saken skolat presteras till honom själf, vanligen blott kan godtgöras genom en ekvivalent i penningar. Består nämligen *B:s* intresse däri, att *T* skall ha en viss sak, och kränkes detta intresse därigenom, att *T* ej får saken, så blir verkan af denna kränkning i regeln betydligt lindrad för borgenären därigenom, att sakens värde i penningar utbetalas understundom till *T*, men i de flesta fall till *B* själf. *B* torde nämligen i regeln hafva gjort någon förmögenhetsuppoffring till *G* för hans löfte att prestera till *T*. Det ligger i sakens natur, att intressekränkningen ej skall bli så kännbar, om *B* återfår den förgäfves gjorda förmögenhetsuppoffringen. I regeln skall väl nu i ett fall sådant som det gifna redan efter allmänt giltiga civilrättsliga regler ett anspråk i sådant afseende kunna tillerkännas *B*. Är t. ex. det mellan *B* och *G* bestående kontraktet ett köp, hvori *G* såsom säljare brister i att prestera saken till *T* enligt öfverenskommelsen, så bör *B* ju kunna frångå kontraktet på grund af en bristande väsentlig förutsättning och på denna väg få igen köpeskillingen. Har *B* åter i något slags aftal öfverlämnat sin sak till *G*, för att denne skulle öfverlämnas densamma i *T:s* ägo, så gör ju *B* själf såsom ägare till saken en förmögenhetsförlust genom dess skadande eller förstörande och kan på denna grund få ersättning för sitt skadade intresse. I förra fallet är det emellertid ej säkert, att *B:s* intresse kan

vara tillgodosedt genom, att han återfår köpeskillingen. Han kan hafva gjort ett särdeles fördelaktigt köp, eller saken kan hafva stigit i värde, under det att hans intresse måste anses bäst tillgodosedt därigenom, att han sättes i stånd att utan ny förmögenhetsuppoffring anskaffa en ny liknande sak till *T*. Under sådana omständigheter kan det ej vara tillräckligt att blott låta honom slippa ifrån kontraktet och få igen köpeskillingen. Skall rättvisans kraf tillfredsställas, måste *B* uppenbarligen här kunna fordra en summa penningar, motsvarande den utlofvade sakens värde. Beträffande åter det fall, att *B* i aftalet med *G* öfverlämnat den ifrågavarande saken till *G* såsom t. ex. lån, deposition, för reparation, transport o. s. v., för att denne sedermera skulle utlämna densamma till *T*, så kunna vi ju antaga, att *T* från början vore ägare af saken. Ansvarar nu ej *B* till *T* för att den ej förstöres, så skulle enligt *LASSENS* regel *B* ej kunna föra någon talan mot *G*, enär han ej lidit någon förmögenhetsförlust, och *T* själf skulle såsom ägare till saken blott kunna ha något anspråk enligt reglerna om ersättning för utomobligatorisk skada. För den skada, hvarför *G* nu enligt aftalet med *B* borde häfta utöfver sitt ansvar mot *T* för skada å saken, skulle sålunda *G* oförtjänt kunna utgå fri enligt den nämnda skadestandsregeln. Till sist kunna vi erinra om de fall, hvari för *G*:s åtagna förpliktelse att öfverlåta den ifrågavarande saken till *T* å *B*:s sida utförts en motprestation, som antingen ej kan tagas tillbaka (t. ex. en arbetsprestation) eller i hvarje fall för *B* vore värdelös att återfå. Möjligheten, att här frångå kontraktet, kan ej i någon mån vara borgenären till gagn. Verkingarne af kontraktsbrottet kunna här utjämnas blott därigenom, att en ekvivalent i penningar för saken erlägges, hvarigenom *B* sättes i stånd att utan någon särskild förmögenhetsuppoffring kunna anskaffa en liknande sak åt *T*. Följande exempel kan nu härefter anföras såsom typiskt för sådana fall, hvari borgenärens kränkta intresse, utan att han gjort någon förmögenhetsförlust genom gäldenärens kontraktsbrott, *kan* till fullo återställas därigenom, att en ekvivalent i penningar utbetalas till *tredjeman*. *T*, som åtagit sig ett arbete på entreprenad, ser sig på grund af felande arbetskraft och svårigheten att anskaffa sådan urståndsatt att få arbetet färdigt i rätt tid och bereder sig på en betydande ekonomisk förlust. Detta kommer till hans

vän *B:s* öron, som efter ifriga ansträngningar lyckas få till stånd ett aftal med *G*, hvori denne mot hög betalning åtager sig att skaffa en för behovvet tillräcklig arbetsstyrka för att afsändas till *T:s* undsättning. Det är *B:s* afsikt att bekosta denna angenäma öfverraskning för *T*. Genom *G:s* försummelse afsändes emellertid ej den aftalade arbetstyrkan till *T*. Härigenom blir, som väntadt var, *T:s* entreprenadarbete ej färdigt, och han gör den beräknade förlusten. Genom *G:s* kontraktsbrott har nu *B:s* aftalsintresse blifvit kränkt. Detta intresse gick just ut på att bespara *T* minskningen af hans förmögenhet med det ifrågavarande förlustbeloppet. Det ligger nu i öppen dag, att skadan, som *B:s* intresse lidit, kan fullt repareras därmed, att den nämnda summan af *G* utbetalas till *T*.

Af hvad som nu blifvit sagdt, torde kunna inses det betänkliga i att uppställa en sådan regel som att borgenärens skadeståndstalan (talan om att ersätta »Opfyldelsesinteressen») måste gå ut på ersättning för den *förlust*, som drabbat honom genom kontraktsbrottet. En sådan formulering innebär en inskränkning, som ej har någon motsvarighet i skadeståndstalans rätta natur. Ty är det sant, att en utfästelses bindande verkan har sin förnuftiga grund i borgenärens såsom skyddsvärdt erkända intresse af, att gäldenärens löfte uppfylles, så bör det äfven vara en gifven sak, att den förpliktelse, som ålägges gäldenären, därför att han åsidosatt sin genom utfästelsen uppkomna skyldighet, äfven bör hafva sin grund blott i borgenärens nämnda intresse och af detta erhålla innehåll, omfång och begränsning¹⁾. I enlighet härmed borde följande regel uppställas med afseende å gäldenärens skyldighet på grund af sitt kontraktsbrott: gäldenären är pliktig att, såvidt det enligt sakens natur låter sig göra utan opropotionerliga uppförfingar, oskadliggöra verkningarne för borgenären af, att hans aftalsintresse genom prestationens bristfällighet eller uteblifvande förnärmats, såvida ej dessa verkningar (hufvudsakligen i ekonomiskt afseende) måste betraktas såsom

¹⁾ »Neben und hinter seinem ursprünglichen hat jedes Forderungsrecht noch einen subsidiären Inhalt: es geht auf das in Geld abzuschätzende Interesse, falls der Gläubiger die ihm ursprünglich geschuldete Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes nicht oder nicht ordentlich zu erlangen vermag». OERTMANN, Kommentar, 2 uppl. Vorbem. n. 4.

en alldeles ovanlig eller onaturlig följd af kontraktsbrottet. Om de däremot för gäldenären komma att te sig som mindre vanliga, därför att de drabba icke borgenären utan tredjeman, måste i regeln för gäldenärens ifrågavarande skyldighet vara alldeles utan betydelse, eftersom själfva aftalets giltighet ej gjorts beroende däraf, att borgenärens intresse vore så beskaffadt, att en kränkning af detsamma medförde förmögenhetsförlust för honom och icke för tredjeman¹⁾.

Med användande af den nyss uttalade regeln vilja vi nu ägna en kort betraktelse åt frågan om gäldenärens skadeståndsskyldighet vid tredjemansaftalen. Det är en själfklar sak, att, om tredjeman blott och bart är utsedd att vara borgenärens ställföreträdare vid prestationens mottagande, prestationen bör komma borgenären själf till godo och att därför gäldenärens ställning efter kontraktsbrottet måste bedömas efter den vanliga skadeståndsregeln på alldeles samma sätt, som om kontrahenterna aftalat, att prestationen skulle utgöras till borgenären själf. Vi skola här gifvetvis blott vidröra spørsmålet vid sådana aftal, där gäldenärens prestation är afsedd att komma tredjeman till godo, antingen så att han finge utnyttja densamma för ett visst ändamål eller så att prestationen inlöpte i hans förmögenhet. Borgenärens intresse af att gäldenären fullgör sin skyldighet, kan här vara uteslutande ekonomiskt i den mening, att detsamma kunde kränkas blott såvidt kontraktsbrottet medförde förmögenhetsförlust för borgenären. Förmögenhetsförlusten kan bestå

¹⁾ Stundom kan emellertid den skada, som inträffar genom gäldenärens kontraktsbrott, anses såsom en onaturlig följd häraf, hvarför gäldenären ej bör svara, just därför att tredjeman och icke borgenären har lidit skadan. Man måste nämligen säga, att borgenärens talan mot gäldenären blott kan grundas på ett aftalsintresse, som gäldenären såsom en förnuftig man bort inse kunna vara förhanden. En bestämd regel för bedömandet häraf kan naturligtvis ej gifvas. Man måste se på aftalets natur. Så är det t. ex. gifvet, att vid ett handelsköp säljaren måste kunna inse, att köparen kanske redan utlofvat de varor, som skola presteras, till någon tredje person. Äfven vid ett annat köpeaftal bör säljaren kunna tänka sig samma möjlighet, ehuru det här ej är lika gifvet. Däremot bör han i regeln ej hafva tänkt sig möjligheten, att köparen t. ex. ingått en saklega med tredjeman eller lofvat utlåna saken till honom. Är detta ej säljaren bekant, så bör han därför ej svara för skada, som uppkommit för tredjeman därigenom, att köparen ej kunnat uppfylla sitt löfte till denne att hyra ut åt honom eller låna honom den af säljaren utlofvade saken.

däri, att borgenären ej blir fri från sin förpliktelse till tredjeman, hvilken borgenären var skyldig den ifrågavarande prestationen, resp. däri att denna förpliktelse i stället för att upphöra öfvergår i en skadeståndsskyldighet till tredjeman (ТРУКС Haftungsinteresse). Eller också går borgenären miste om en fordran, som han skulle hafva fått emot tredjeman, om gäldenären i behörig ordning fullgjort sin prestationsskyldighet. I båda dessa fall kommer sålunda borgenärens intresseskada redan enligt den vanliga skadeståndsregeln att göra honom berättigad till ersättningstalan mot gäldenären. Då det är borgenärens intresseskada, som skall godtgöras, kan tydligtvis ej den skada vara af betydelse, som tredjeman lider därigenom, att gäldenären ej fyller sin prestationsskyldighet, i annan mån än denna skada återfaller på borgenären. Lider tredjeman därutöfver någon förlust, så kan denna ej omfattas af gäldenärens skadeståndsskyldighet. Stundom kan borgenärens häftande till tredjeman för den skada, som han lidit genom gäldenärens kontraktsbrott, vara beroende däraf, att borgenären handlat culpost emot tredjeman. Har t. ex. borgenären på uppdrag af tredjeman avslutit ett kontrakt med gäldenären, enligt hvilket denne har att leverera ett varuparti till tredjeman, så kan borgenären blifva ansvarig till tredjeman för den skada, som han lider genom att gäldenären ej fullgör kontraktet, blott om borgenären vid aftalets ingående gjort sig skyldig till någon culpa, som kan hafva förorsakat tredjemans förlust. Om nu borgenären, innan frågan om hans ansvarsskyldighet emot tredjeman blifvit afgjord, skulle vilja hålla sig till gäldenären för att få täckt sin skuld till tredjeman, så frågar ТРУКС i sin nämnda afhandling: skall borgenären till stöd för sitt anspråk mot gäldenären vara nödsakad att åberopa sin culpa, hvilken han uppenbarligen måste vara angelägen om att bestrida, för den händelse tredjeman skulle hafva riktat en talan mot honom om skadestånd? ТРУКС säger nu till svar å spörsmålet, dels att frågan, om borgenären gent emot tredjeman gjort sig skyldig till någon culpa, ej kan företagas till afgörande i en process mellan borgenären och gäldenären utan blott i en rättegång mellan tredjeman och borgenären, dels ock att denna fråga ej behöfde att vara afgjord, för att borgenären skulle kunna taga gäldenären i anspråk, ty borgenärens »Haftungsinteresse» borde kunna göras gällande, så snart han kunde tagas

i anspråk af tredjeman¹⁾. Äfven för oss kan spörsmålet hafva någon betydelse. Borgenärens s. k. »Haftungsinteresse» måste visserligen i regeln innefattas i hans aftalsintresse och bör sålunda ej gå utanför detta. Och efter hvad som redan antydts och ytterligare kommer att utvecklas, anse vi ju, att borgenärens aftalsintresse såsom sådant kan göras gällande mot gäldenären på grund af dennes kontraktsbrott oberoende af om detta förorsakat borgenären förmögenhetsförlust eller icke. Men utom det att borgenärens aftalsintresse äfven vid tredjemansaftalet ofta kan vara begränsadt till ett rent ekonomiskt intresse måste det emellertid äfven i annat afseende vara af vikt att särskildt beakta den omständigheten, att kränkningen af borgenärens intresse medfört en förmögenhetsförlust för honom själf. I detta fall bör nämligen borgenären kunna fordra ersättning af gäldenären till sig själf, under det att om förmögenhetsförlusten drabbar tredjeman, borgenärens intresse ofta nog bör vara tillgodosedt därigenom, att gäldenären betalar skadestånd till tredjeman. Beträffande nu det af THUR framkastade och besvarade spörsmålet, så är det först och främst gifvet, att borgenären bör kunna göra sitt förmögenhetsintresse gällande i en process mot gäldenären, innan det blifvit definitivt afgjort, att han på grund af culpan verkligen häftar till tredjeman för skadan. Giltigheten af borgenärens anspråk emot gäldenären är ju gifven, i och med det att en fordran mot borgenären uppkommit för tredjeman. Härmed har borgenärens passiva ökats, och förmögenhetsförlusten är gjord. Att borgenären omedelbart bör kunna rikta sin talan mot gäldenären, förutsättes nu också utan vidare af THUR. Har man emellertid klart för sig, att grunden till, att borgenären kan taga gäldenären i anspråk, blott är den, att den förre lidit en förmögenhetsförlust, så bör det vara tydligt nog, att THURS svar å det af honom framkastade spörsmålet ej kan vara tillfredsställande. När han sålunda säger, att culpafrågan ej behöfver vara afgjord, för att borgenären skall kunna ha en giltig talan mot gäldenären, så strider detta mot den processuella regeln, att kändanden måste bevisa grunden för sitt anspråk. Ty grunden för hans anspråk är, att tredjeman fått en fordran mot honom; och för att denna fordran skall existera, är det

¹⁾ G. Z. Bd 25 s. 543 f.

enligt vår förutsättning nödvändigt, att borgenären gjort sig skyldig till den ifrågavarande culpan. THUR säger visserligen, att någon bevisning om culpan vore obehöflig, enär det vore tillräckligt, att borgenären *kunde* tagas i anspråk af tredjeman för hans skada. Detta är riktigt sagdt, men icke, om man därmed, såsom THUR, åsyftar en abstrakt möjlighet, utan blott om därmed afses, att borgenären i det konkreta fallet *verkligen kan* tagas i anspråk af tredjeman. Ty först i detta fall existerar en verklig fordran mot borgenären, hvars förmögenhet därigenom lidit en förlust. Beträffande THURS påstående, att frågan om borgenärens culpa ej *kan* upptagas till afgörande annat än i en process mellan tredjeman och borgenären, så saknas härför enligt vårt förmenande all grund. Ty är det möjligt, att borgenärens talan mot gäldenären kan upptagas till pröfning, innan tredjeman inledt processförfarande mot borgenären, så måste denna pröfning, efter hvad som sagts, afse just spörsmålet, om borgenären genom sin culpa ådragit sig en skuld till tredjeman och därigenom fått sin förmögenhet minskad. I och för sig kan däri ej ligga något processvidrigt, att borgenären i enlighet med sin fördel i processen mot gäldenären söker bevisa sin försummelse gent emot tredjeman, under det att han i processen med tredjeman bemödar sig att göra motsatsen gällande. Detta är blott en följd af de båda processanspråkens olika innehåll, i ena fallet borgenärens anspråk mot gäldenären, i det andra fallet tredjemans anspråk mot borgenären.

Om nu genom gäldenärens kontraktsbrott ej någon förmögenhetsförlust tillfogas borgenären, så skall enligt vår regel till grund för borgenärens talan mot gäldenären läggas den förres i aftalet skyddade och genom gäldenärens kontraktsbrott kränkta intresse. Frågan är nu, huru mycket man genom denna regel praktiskt har vunnit; om den kan tillämpas i alla de fall, där den allmänna skadeståndsregeln måste betraktas såsom för snäf. Dess betydelse vid tredjemansaftalet är påtaglig. I och med det att borgenären betingar sig en prestation till tredjeman, måste det i regeln vara klart, att han vid aftalet har ett verkligt intresse af, att tredjeman får den utlofvade prestationen, äfven om detta skulle visa sig icke vara i den vanliga meningen pekuniärt, så att dess kränkande innebure en förmögenhetsförlust för honom. Han bör ju hafva haft vetskap därom, att han

ej stode till tredjeman i något slags rättsförhållande, som kunde göra honom ersättningsskyldig, om gäldenärens prestation uteblef. Existerar det så ej heller någon förpliktelse för honom gent emot tredjeman att ingå aftalet, så måste det ju vara en gifven sak, att han kontraherat med gäldenären blott och bart på grund af ett icke pekuniärt intresse af, att tredjeman skall erhålla den ifrågavarande prestationen. Har borgenären åter slutit aftalet om prestation till tredjeman på grund af en gent emot denne åtagen förpliktelse, så skulle man kanske vid första anblicken ej vara så hågad att säga, att något verkligt aftalsintresse existerade, som kunde läggas till grund för en talan mot gäldenären, om borgenären icke vore i ifrågavarande mening pekuniärt intresserad af, att prestationen utgjordes till tredjeman. Här bör saken ställa sig alldeles såsom vid ett vanligt kommissionärsförhållande, där gäldenären skall utgöra prestationen till kommissionären, som sedermera har att befordra densamma till kommittenten. Skall nu kommissionären ha sitt arvode alldeles oberoende däraf, om gäldenären fullgör prestationen eller icke, och föreligger ej någon omständighet, som kan vålla, att kommissionären eljest gör någon ekonomisk förlust på grund af gäldenärens kontraktsbrott, så kan det synas, som om kommissionären öfver hufvud taget ej kunde ha något intresse af, att gäldenären fullgjorde sin förpliktelse. Ett ekonomiskt intresse saknas och i öfrigt är kommittenten honom kanske en fullt likgiltig person, om hvars väl eller ve han ej bekymrar sig något. Detta resonnement är emellertid juridiskt oriktigt. Efter gäldenärens kontraktsbrott måste kommissionären i hvarje fall kunna göra gällande, att hans aftalsintresse blifvit kränkt och att gäldenären vore förpliktad att gifva honom upprättelse. Saken bör ses på följande sätt. *B* (kommissionären) har förpliktat sig emot *T* (kommittenten) att ingå t. ex. ett köpeaftal med *G*, enligt hvilket denne skall prestera en vara till *T*, direkt eller genom *B*. Dennes förpliktelse går uppenbarligen ut på att sluta ett fullgiltigt aftal med *G*, hvori denne blir alldeles lika mycket bunden, som i ett aftal, hvilket *B* af egen drift och för egen räkning med honom ingått. Vill *B* därför fullgöra sin förpliktelse till *T*, så måste han ingå ett aftal med *G*, hvori han så insatt sitt eget intresse, att han rättsligen dels kan fordra prestationens fullgörande af *G* och dels, om denne häråt brustit, kan göra

detta intresse gällande, så att G ej kan oförtjänt blifva fri från sin ansvarsskyldighet. Från en annan synpunkt kan detta uttryckas så, att B 's aftalsintresse, som i skadeståndsväg kan göras gällande mot G till T 's förmån, är gifvet därmed, att rättsordningen erkänner det mellan B och G ingångna aftalet såsom giltigt. Härmed är vår skadeståndsregels allmängiltighet och praktiska betydelse gifven. Den gäller ej blott för alla tredjemansafstal. Den gäller äfven i det fall, att borgenären kontraherat såsom tredjemans medelbare ställföreträdare. Den gäller uppenbarligen äfven i alla sådana fall som de af HELLWIG anförda, hvori borgenären öfverlämnat en annan persons sak till lån, förvaring, reparation o. s. v., så att sakvärdet, äfven om kontraktsbrottet ej emot ägaren har karaktären af en skadegörande handling och utan att borgenären till ägaren ansvarar för den genom kontraktsbrottet uppståndna skadan, kan fordras ersatt. Om t. ex. B deponerar T 's sak hos G , så är det alldeles klart, att B 's kontraktshintresse blifver kränkt, om G skadar eller förstör saken, äfven om B är fri från allt ansvar härför gent emot T . I aftalet föreligger ju ett förbindande löfte af G , att han skall vårda saken och ej skada eller förstöra densamma. I löftets förbindande kraft ligger just, att G ej ansvarsfritt får bryta detsamma. Det vore därför meningslöst att tala om ett giltigt aftal mellan B och G , om ej den förre vid den senares brytande af löftet kunde göra sitt aftalsintresse i skadeståndsväg gällande. Detta måste vara alldeles lika klart som att han kan fordra aftalets uppfyllande, innan G förstört saken. Att motivet för B , när han deponerar T 's sak hos G , ej alltid är någon slags välvilja mot T , är utan all betydelse, så snart blott ett giltigt aftal kommit till stånd. Vår regel måste äfven gälla för de fall, att B t. ex. deponerat en T 's sak i den tron, att saken vore hans egen¹⁾. Den omständigheten, att T och icke B är ägare af saken, är alldeles irrelevant för frågan om aftalets giltighet. Liksom B därför kan fordra aftalets fullgörande, så bör han äfven kunna göra sitt aftalsintresse gällande, om G culpost eller eljest åstadkommer skada å saken, hvarför han enligt kontraktet bör svara. Hans aftalsintresse går ut därpå, att G skall vårda saken, och gör G ej detta, så är B 's intresse förnärmadt.

¹⁾ Jfr THUR i G. Z. Bd 25, s. 554 ff.

Verkningarne här af kunna nu uppenbarligen utjämnas därigenom, att *ägarens* ekonomiska förlust på grund af sakens skadande ersättes af gäldenären. Hade nämligen kontraktsbrottet ej ägt rum, så hade ju *B*, sedan han blifvit upplyst om, att *T* vore ägare af saken, kunnat återställa densamma åt denne i vederbörligt skick. Detta har nu omöjliggjorts genom *G:s* kontraktsbrott. Så kännbart blir det emellertid nu ej för *B*, om han i ett sådant fall kunde tvinga *G* att utbetala förlusten åt *T* eller om han under vissa omständigheter kunde få beloppet utbetaldt till sig själf och så sättas i stånd att utan förmögenhetsuppoffring återställa saken i behörigt skick eller en sak af samma slag åt *T*.

Borgenärens aftalsintresse i den nu afhandlade betydelsen kan vid tredjemansaftalet rätt och slätt gå ut därpå, att tredjeman erhåller den utlofvade prestationen. Ofta nog skall dock saken ligga så, att borgenären därutöfver måste anses fullfölja ett särskildt, uppskattbart intresse med tillförandet af den ifrågavarande prestationen åt tredjeman. Borgenärens talan på grund af gäldenärens kontraktsbrott bör helt naturligt hafva olika omfång, allt eftersom intresset är af förra eller senare omfattningen. I några olika exempel vilja vi nu söka att med ledning af det sagda bestämma innehållet i borgenärens anspråk mot gäldenären. *B* ingår med *G* ett köpeaftal, enligt hvilket denne förbinder sig att prestera en sak till *T* på hans födelsedag såsom gåfva af *B*. Genom någon omständighet, för hvilken *G* bär ansvaret, blir prestationen omöjlig. Någon skadeståndstalan i vanlig mening mot *G* kan *B* ej hafva. Han blir visserligen urständssatt att fullfölja sin gåfvoplan, men detta innebär i och för sig ej någon ekonomisk förlust, eftersom han ej är tvungen att genom en ny förmögenhetsuppoffring anskaffa en liknande gåfva åt *T*. Och någon direkt förlust för *B:s* förmögenhet kan ej vara för handen, då köpeaftalet blott medfört obligationsrättslig och ej sakrättslig verkan, samt *B* sålunda ej kunnat blifva ägare till saken¹⁾. Enligt vår regel skall nu *B:s*

¹⁾ Omständigheterna kunna visserligen vara sådana, att *B* vid köpet måste anses blifva ägare till det köpta och *G* betraktas såsom *B:s* mandatar för sakens öfverlämnande åt *T*. Så bör aftalet utan tvifvel tolkas, om *B* t. ex. gör inköp i en butik med bestämmelsen om den köpta sakens preste-

aftalsintresse läggas till grund för hans talan mot *G*. *B:s* intresse kan, så vidt vi af exemplet veta, blott gå ut på att gifva *T* en gåfva, sålunda endast på, att *T* blir ägare till saken. Frågan uppstår nu först, om det kränkta intresset kan i viss mån återställas därigenom, att en ekvivalent för saken af *G* erlägges åt *T*. Sannolikt icke. *B* har velat just å *T:s* födelsedag förära honom en viss sak. Han skall kanske ej hafva något spår till intresse däraf, att *T* i stället efteråt erhåller en summa penningar. Uppenbarligen måste intressekränkningen för *B* blifva minst kännbar därigenom, att en ekvivalent i penningar för saken erlägges åt honom själf. Han kan då själf fritt afgöra, om han vill utgifva denna summa till *T* eller om han vill för den samma köpa en liknande sak och öfverlämna åt *T*. Helt naturligt kan han äfven behålla beloppet för egen räkning. *G:s* förpliktelse går nämligen ut på att sätta *B* i stånd att utföra någon af de nämnda handlingarne. *G* uppfyller denna sin förpliktelse oberoende däraf, om *B* verkligen utför någon af de nämnda prestationerna till *T*. Det kan i en process mellan *B* och *G* aldrig blifva frågan om att bevisa något särskildt *B:s* intresse. *B:s* yrkande i förening med att han faktiskt ingått ett giltigt aftal måste i ett sådant fall som det gifna vara tillräckligt för, att hans talan om prestationsvärdets utgifvande till honom själf skall bifallas. Skulle *B:s* talan nu i det särskilda fallet gå ut på, att *G* erlade beloppet såsom en ekvivalent till *T*, så är detta ju en säker borgen, för att *B:s* intresse äfven därmed är bäst tillgodosedt, och det är därför äfven klart, att en sådan talan bör vara giltig. Det är tydligt, att det kan vara förenligt med *B:s* fördel att föra en talan om upprättelse för kränkningen af hans intresse, blott om han gjort ett förmånligt köpeaftal eller om saken, som *G* utfäst sig att prestera, efter aftalet stigit i värde. I motsatt fall gör naturligtvis *B* klokast i att blott häfva kontraktet och på denna grund fordra köpesummans återfående. Denna utväg måste i det föreliggande exemplet alltid kunna stå honom öppen, då ju *B* ingått aftalet med *G* under den bristande förutsättningen, att *G* verkligen

rande åt *T*, låt vara att säljaren har vetskap om, att *T* skall blifva ägare till densamma. I ett sådant fall är ju *B:s* skadeståndstalan mot *G* redan efter den vanliga regeln gifven, då ju *B* genom *G:s* försummelse lidit en direkt ekonomisk förlust.

skulle utföra den åtagna prestationen. Att prestationen skulle utgöras till tredjeman och icke till borgenären själf, kan uppenbarligen ej beröra den honom tillkommande befogenheten att på grund af en bristande väsentlig förutsättning häfva kontraktet.

I det nu behandlade exemplet har *B:s* aftalsintresse blott och bart gått ut därpå, att *T* genom *G:s* prestation erhöle en gåfva af *B*; d. v. s. till grund för *B:s* talan mot *G* kan blott läggas den omständigheten, att *B* genom sitt aftal ville förskaffa äganderätten till den ifrågavarande saken åt *T*. Härigenom kommer just sakens värde att bli normerande för innehållet i *B:s* talan mot *G*. Se vi så på ett exempel, hvori *B:s* intresse ej alls går ut på att förskaffa *T* äganderätten till saken, som skall presteras, och hvori sålunda sakvärdet ej kommer att hafva någon betydelse för *B:s* talan mot *G* på grund af hans kontraktsbrott. *B* har hos *G* beställt en landbruksmaskin af visst slag att å viss dag levereras till *T*, åt hvilken *B* enligt löfte vill upplåta brukningsrätten till maskinen på några dagar, på det att han, innan ogynnsam väderlek skulle inträffa, måtte kunna utföra ett visst arbete å sin landegendom. *G*, som vet om, att *B* vill fullfölja en dylik afsikt med prestationen till *T*, kan emellertid först några dagar senare prestera maskinen hos denne. På grund häraf hinner *T* ej före den ogynnsamma väderlekens inträde att utföra det ifrågavarande arbetet och gör härigenom en förlust, som kan uppskattas till visst belopp i penningar. Någon förmögenhetsskada har kanske härigenom ej åsamkats *B*, som ej på grund af sitt rättsförhållande till *T* häftar till denne för den ifrågavarande förlusten. Enligt gällande regler skulle nu *T:s* skada ligga ogulden. För ett sundt rättsmedvetande kan detta gifvetvis ej vara tillfredsställande. Hvarför skall *G* här ställas fördelaktigare än om *B* skolat ha maskinen själf och genom *G:s* kontraktsbrott gjort den nämnda förlusten? Är ej det ena aftalet lika värdefullt som det andra, ej lika giltigt och bindande? I båda fallen uppbäres aftalets giltighet af *B:s* skyddsvärda intresse, som i det förra fallet går ut på, att *T* skall kunna utföra ett godt arbete på sin landtgård och i det senare fallet att *B* själf skall kunna det. Att det senare intresset vore mera skyddsvärdt än det förra, är från etisk synpunkt uppenbarligen ett förkastligt påstående, och någon särskild anledning att antaga, att

rättsordningen skulle vilja gifva sin sanktion åt ett dylikt påstående, när det dock erkänner båda intressenas duglighet för att uppbära ett giltigt aftal, kan väl knappast utletas. Man kan nämligen här ej säga, att *B:s* intresseskada är af den art, att den ej kan uppskattas och ersättas. Ty att *B:s* kränkta intresse, genom att en ekvivalent i penningar för *T:s* förlust åt denne utgifves, godtgöres eller verkningarne af intressekränkningen lindras och utjämnas i alldeles samma grad, som detta sker genom ett skadestånd till honom själf, om han gjort förlusten, är, så vidt vi kunna finna, alldeles påtagligt. Vi tveka därför ej att såsom det teoretiskt riktiga i det angifna exemplet tillämpa den af oss formulerade skadeståndsregeln. Enligt denna blir *B* berättigad att af *G* fordra utbetalandet af ett skadestånd till *T* för den förlust, som denne åsamkats, ett anspråk, som af *B* lämpligen öfverlätas på *T*. Dennes förlust kan tydligtvis ej af *G* uppfattas såsom en ovanlig eller onaturlig följd af kontraktsbrottet. Det nu senast sagda gifver anledning till spørsmålet, hur skadeståndsfrågan borde lösas för den händelse kontrahenterna aftalat, att maskinen skulle levereras åt *B* själf, som förut aftalat med *T*, att denne skulle få låna eller hyra densamma å viss dag, då den skulle presteras. Har *B* ej i aftalet gjort klart för *G*, att han skulle låna eller hyra ut maskinen på utsatt dag åt *T* och att således hans intresse gick ut på, att denne skulle med densamma kunna utföra ett visst arbete, så måste den intresseskada, som *B* lider därigenom, att *T:s* arbete ej blir gjort, för *G* framstå såsom en ovanlig verkan af kontraktsbrottet och någon skadeståndstalan kan ej vara grundad mot *G*. Har åter *B* för *G* klargjort, att han hade det ifrågavarande intresset, så måste den förevarande intressekränkningen för *B* af *G* uppfattas såsom en naturlig följd af kontraktsbrottet, och *B* bör liksom vid tredjemansaftalet kunna af *G* fordra skadestånds utgifvande till *T*¹⁾.

Intressanta fall kunna tänkas, när borgenären med aftalet icke blott afser att prestationen skall komma i tredjemans ägo eller honom tillgodo utan därutöfver fullföljer ett särskildt uppskattbart intresse med prestationen, såsom att tredjeman därmed skall göra någon särskild vinst eller förtjänst eller undgå

¹⁾ Jfr ofvan s. 135 n. 1.

undgå en viss förlust. På den sistnämnda möjligheten hafva vi redan sett ett exempel i det ofvan använda fallet, hvori *B* aftalade med *G* om prestation af arbetskraft till *T*:s undsättning, på det att denne måtte medhinna ett åtaget entreprenadarbete och så befrias från en ekonomisk förlust. Att *B*:s aftalsintresse kränkes genom *G*:s kontraktsbrott, är ju påtagligt. Han kontraherar med denne i den uppenbara afsikten att därigenom förhjälpa *T* till arbetets medhinnande. På grund af den intresse-skada, som *B* sålunda lidit genom *G*:s kontraktsbrott, bör han mot denne få en talan, som ej kan gå ut på annat än att *G* bör hålla *T* skadelös för den förlust, som denne lidit genom *G*:s kontraktsbrott. Ett principiellt förnekande af riktigheten häraf leder i själfva verket till ett egendomligt förhållande. Om *B* nämligen kunde rättsligen betraktas såsom *T*:s ställföreträdare (neg. gestor), skulle *T* genom ratihabition af aftalet mellan *B* och *G* själf bli dennes medkontrahent och på denna grund enligt den vanliga regeln kunna föra talan om skadestånd. Säger *B* åter, att han kontraherar för egen räkning, så skulle *G* enligt samma rättsats vara fullt oansvarig, ehuru han vårdslöst åsidosatt sin prestationsskyldighet. En sådan åtskillnad i aftalets rättsverkningar för gäldenären kan emellertid, enligt hvad nu å skilda ställen framhållits, ej rimligtvis å borgenärsidan motsvaras däraf, att *B* i ena fallet kontraherat på egen räkning och i andra fallet såsom *T*:s ställföreträdare. Skillnaden kan väl ej förnuftigtvis hafva annan betydelse än att i senare fallet *B* och ej *T* emot *G* kommer att intaga borgenärsställning. Däremot kan den ej få inverka på arten af gäldenärens förpliktelse, när aftalet i båda fallen har ordagrant samma innehåll och i båda fallen af rättsordningen erkännes såsom giltigt. Det är nu klart, att i det ifrågavarande exemplet omständigheterna ofta skola gestalta sig så, att *B* ej kan fordra, att *G* ersätter *T*:s förlust på grund af att arbetet ej medhunnits. Men detta är ett spörsmål, som faller inom skadeståndsläran i allmänhet och ej särskildt angår skada, som tredjeman lider genom gäldenärens kontraktsbrott. Det torde därför vara tillräckligt att framhålla, att enligt vår regel den ifrågavarande talan skall kunna föras af *B*, om blott vid aftalet detsamma blifvit upplyst för *G* angående betydelsen för *T* af att prestationen fullgöres som *T*

själf måst upplysa för en liknande talans erhållande, om han själf kontraherat.

Såsom ett hithörande exempel, hvori borgenären fullföljer icke blott det intresset, att den sak, som skall presteras, kommer i tredjemans ägo utan äfven i kanske ännu starkare grad det intresset, att tredjeman med den ifrågavarande prestationen kan skaffa sig en arbetsförtjänst, kunna vi använda det fall att *B* af handlanden *G* beställt en strumpstickmaskin att såsom gåfva af *B* å viss dag levereras åt *T*. Som motiv till *B*:s handling kan angifvas, att *T* för honom klagat sin nöd och anhållit om penningar för inköp af en dylik maskin. I stället för att åt *T*, som enligt *B*:s kännedom är mycket slösaktig, öfverlämna en kontant penningsumma ingår *B* med *G* det nämnda aftalet. *T* mottager nu beställning å en del arbete, men den maskin, som af *G* levereras visar sig vara fullständigt oduglig och då *G* af någon anledning ej kan leverera en felfri maskin, uppstår spørgsmålet om hvad *B*:s skadeståndstalan kan hafva till innehåll. *B*:s intresseskada på grund af kontraktsbrottet skall ersättas. *B*:s aftalsintresse omfattades dels däraf, att *T* skulle få en fullgod maskin dels ock af att hon därmed skulle kunna utföra det arbete, som hos henne kunde beställas, och sålunda erhålla en förtjänst. Att *G* åt *T* utbetalar en ekvivalent i penningar för sakens värde kan nu uppenbarligen efter omständigheterna i det gifna exemplet icke innebära någon utjämning eller lindring i verkningarne af den kränkning, som genom kontraktsbrottet tillfogats *B*:s intresse. Detta gick just från början ut därpå, att *T* ej skulle af *B* få uppbära en sådan kontant penningsumma. Beträffande själfva maskinens värde så är *B*:s kränkta intresse därför otvifvelaktigt bäst tillgodosedt genom att ersättning för maskinen utbetalas till honom själf, på det att han må blifva iståndsatt att utan ny ekonomisk uppoffring anskaffa en lika värdefull maskin åt *T* på annat håll. Angående den uteblifna förtjänsten för *T* så är det klart, att det ej kan vara fråga om, att *B* skall uppbära någon ersättning härför. *B*:s aftalsintresse gick ut på, att *T* skulle erhålla en arbetsförtjänst, och det blir nu fullt tillgodosedt, om *G* utbetalar åt *T* den summa, som hon skulle förtjänat på det beställda arbetet. Huruvida ersättning för en dylik *lucrum cessans* verkligen bör utgå eller icke, blir naturligtvis ett spørgsmål, som faller utom ramen för vårt ämne. Vi framhålla blott, att om fallet

ligger så, att *B* skulle haft ett anspråk härför på å sig själf, för den händelse han såsom prestationsdestinatär själf gjort förlusten, så öfverensstämmer det med vår regel, att *B* kan fordra ersättning å *T* för den uteblifna förtjänsten. En sådan fördelning af ersättningsbeloppet på *B* och *T* kan väl förefalla egendomlig. Den är emellertid helt naturlig enligt vår skadeståndsprincip och måste ju, efter hvad som förekommit, framstå såsom ganska nödvändig. Det måste betraktas som lika oförnuftigt att tilldela *T* ersättning för sakens värde som att låta *B* få uppbära betalning för *T*:s uteblifna arbetsförtjänst. Beaktar man åter i den förevarande diskussionen ej alls borgenärens aftalsintresse, utan utgår man därifrån, att spörsmålet rör sig därom, huruvida borgenären kan fordra ersättning för tredjemans skada, då kommer man till ett sådant otillfredsställande resultat som att borgenären aldrig kunde fordra ersättningsprestationen å sig själf utan blott å tredjeman¹⁾. Denna uppfattning bestrides emellertid af såväl REGELSBERGER²⁾ som HELLWIG³⁾. Båda synas åter gå till den motsatta öfverdriften och förneka möjligheten, att borgenären understundom blott kan fordra skadeståndet utbetaldt till tredjeman och icke till sig själf. Äfven en dylik uppfattning har sin grund i den felaktiga utgångspunkten, enligt hvilken borgenärens verkliga aftalsintresse förbises.

En starkare känsla än någon annan af de hithörande författarne för betydelsen af borgenärens intresse vid aftalets ingående synes den ofvannämnde ZIMMERMANN hafva haft. Oaktadt han ej i den teoretiska utredningen fullföljer den först inslagna tankegången, kan det vara af intresse att anteckna, hurusom ZIMMERMANN i början af sin nämnda uppsats betonar betydelsen af kommissionärens intresse för aftalets giltighet. En invändning af gäldenären mot kommissionärens fordringsrätt, säger ZIMMERMANN, måste gå ut på antingen att kommissionärens intresse ej står på spel eller ock att detta intresse vore af sådan beskaffenhet, att gäldenären ej vore ansvarig för dess kränkande⁴⁾. Men i stället för att nu vid det ifrågavarande

¹⁾ Så THUR i G. Z. Bd 25 s. 566 ff.

²⁾ J. J. 41, s. 280.

³⁾ HELLWIG a. a. s. 91 n. 184.

⁴⁾ Här åsyftas, att blott sådan intresseskada, som kunde förutses af gäldenären, borde ersättas. Beträffande den första invändningen heter det

skadeståndsspörsmålet draga ut konsekvenserna af intressets betydelse faller ZIMMERMANN in i den gällande doktrinen tanke-sätt och förklarar kommissionärens nämnda intresse blott vara tillräckligt för kommissionärens fordran på aftalets uppfyllande, men däremot ej för en talan om ersättning för en på grund af ickeuppfyllandet inträffad skada ¹⁾).

Afven WINDSCHEIDS kortfattade uttalande i frågan ²⁾ visar tillbaka på ett borgenärens aftalsintresse såsom grunden till hans talan mot gäldenären. I en förklarande not heter det: »Dadurch dass er im Interesse eines andern kontrahiert, macht er dessen Interesse zu dem seinigen» ³⁾. Härmed har ju WINDSCHEID i själfva verket sagt, att en skadeståndstalan af den ifrågavarande arten måste grunda sig därpå, att borgenärens aftalsintresse blifvit kränkt. Huru WINDSCHEID närmare tänkt sig tillämpningen af satsen, är svårt att säga. Så mycket torde alltid kunna påstås, att, om också WINDSCHEID haft klart för sig, att borgenärens intresse borde bilda den rätta utgångspunkten för spörsmålets behandling, så har han i sin lärobok gifvit uttryck häråt på ett mycket vilseledande sätt. Ty principiellt har det för spörsmålet ej ringaste betydelse, om borgenärens aftalsintresse omfattar tredjemans intresse eller icke. Detta är ju klart af hvad som redan sagts, att det för borgenärens talan mot gäldenären ofta måste vara likgiltigt, om han vet att, tredjemans

hos ZIMMERMANN Neues Arkiv für Handelsrecht I, s. 65 f. »Die Grundlage, von der die erste Einwendung ausgeht, ist eine vollkommen richtige. Ist das Interesse, um welches es sich handelt, in keiner Weise ein Interesse des Commissionärs sondern lediglich und ausschliesslich ein solches des Committenten, so kann es auch mit der nur jenem zustehenden Vertragsklage nicht verfolgt werden. Es fragt sich also, ob und wie weit zu gleich ein Interesse des Commissionärs in Frage steht. Dass dieser bei der Erfüllung des Vertrags, den er zum Vortheile des Committenten abgeschlossen hat überhaupt rechtlich interessiert ist, kann nun freilich überall nicht in Zweifel gezogen werden. Das Recht erlaubt es fremde Angelegenheiten zum Gegenstande klagbarer Verträge zu machen und erkennt eben damit an dass derjenige, der aus einem solchen Verträge Klage erhebt, des erforderlichen rechtlichen Interesses nicht entbehrt. Ob für ihn ein pekuniärer Vortheil oder Nachtheil auf dem Spiele steht, kan hier noch ganz dahin gestellt bleiben».

¹⁾ ZIMMERMANN a. a. s. 66 f.

²⁾ Se sid. 119 här ofvan.

³⁾ WINDSCHEID § 258 n. 19.

intresse står på spel eller icke. Om *B* deponerar *T*:s sak hos *G* i den tron, att det var hans egen sak, berättigar *G*:s kontraktsbrott honom till talan om ersättning lika mycket, som om *B* vetat, att *T* var ägaren ¹⁾.

Gäller det, efter hvad vi ofvan sett, beträffande frågan om mora debitoris, att borgenärens anfordran ensamt är af betydelse, under det att tredjemans kraf principiellt ej kunde vara tillräckligt att påkalla handlingstiden, så måste som allmän regel angående mora creditoris åter gälla, att densamma är förhanden, om tredjeman dröjer med mottagandet af prestationen, alldeles såsom om tredjeman själf vore borgenär. Att detta bör gälla som allmän regel följer, däraf, att gäldenärens ställning ej får anses försämrad i och för sig därigenom att han åtagit sig att utgöra prestationen till tredjeman i stället för till borgenären. Ej mera i förra fallet än i det senare bör han, när han gjort hvad på honom ankommer för att uppfylla sin skyldighet, mot sin vilja kunna tvingas att förblifva gäldenär. Den gängse uppfattningen inom teorien torde nu vara, att borgenärens rätt att fordra prestation af gäldenären ej åtföljes af en plikt för honom att mottaga den ifrågavarande prestationen ²⁾, samt i enlighet härmed att moraverkningarne inträda oberoende af borgenärens skuld till dröjsmålet ³⁾. I enlighet härmed skulle vid tredjemansaftalet moraverkningarne drabba borgenären, så snart tredjeman förorsakade något dröjsmål för gäldenärens prestation med eller utan eget förvållande och vare sig borgenären kan tillvitats någon culpa in eligendo, instruendo o. s. v. eller icke. Detta kan emellertid heltsäkert ej utan undantag äga giltighet. Om borgenären på gäldenärens initiativ och för att underlätta hans prestations-

¹⁾ Jfr ofvan s. 140 och THUR i G. Z. Bd 25 s. 554.

²⁾ Se framför allt KOHLER i J. J. 17 s. 265 ff. och A. B. R. 13 s. 149 ff. ROSENBERG i J. J. 43 s. 201 f.

³⁾ Se KOHLER i J. J. 17 s. 409 ff. Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge, Leipzig 1895, särskildt s. 230 ff. ROSENBERG i J. J. 43 s. 144; 201 ff. Annan åsikt MOMMSEN, Die Lehre von Mora s. 135, 161, som visserligen ej fordrar borgenärens skuld men likväl förutsätter det subjektiva momentet, att dröjsmålet skall ha sin grund i borgenärens vilja (jfr KOHLER i J. J. 17 s. 411); SCHEY, Begriff und Wesen der Mora Creditoris, s. 54 ff.; WINDSCHEID § 345. 3.

plikt utsett tredjeman till prestationsdestinatär, så får borgenären ej lida någon skada därför att tredjeman vägrar att mottaga prestationen eller därför att på annat sätt, genom tredjemans utseende till destinatär för prestationen, dröjsmål å borgenärsidan uppstår, såvida ej någon skuld härför kan tillvitvas borgenären. Detta följer redan af billighetsskäl. Om t. ex. *B*, som bor ett godt stycke väg utanför staden *X*, af *G* köper ett varuparti och *G* för att slippa ifrån den besvärliga forslingen af varorna till *B*:s bostad vid köpet lyckas betinga sig, att varupartiet får levereras hos en af honom föreslagen person *T*, bosatt i *X*, så vore det onekligen bra hårdt, om *B* skulle anses vara i mora, därför att *T* vägrar att mottaga varorna eller på annat sätt vållar uppskof för *G*, när denne genom prestationens utgifvande till honom vill uppfylla sin skyldighet mot *B* och blifva frigjord. Den sunna rättskänslan säger en ju här, att därigenom, att *B* på *G*:s anhållan gör denne en tjänst utan att därvid begå någon vårdslöshet, bör *B* ej kunna ådraga sig den ekonomiska skada, som innebäres däri, att *T*:s förhållande skulle försätta honom i mora. Det vore onekligen rättvisare, att *G*, som föreslagit *T* till destinatär för prestationen, finge själf bära de skadliga verkningarne af uppskofvet. Har åter *B* begått någon försumlighet, i det han t. ex. i något fall, där sådant måste anses åligga honom såsom en normal och aktsam människa, underlåtit att gifva *T* del af hans utnämning till prestationsdestinatär, och orsakas *T*:s vägran eller dröjsmål af denna *B*:s försumlighet, böra äfven moraverkningarne drabba *B*, men då uppenbarligen blott emedan han handlat culpöst. Vår uppfattning grundar sig tillsvidare blott på billighetsskäl och det gäller därför för oss att söka utfinna den rättsregel, hvarefter det bör afgöras, huruvida i ett visst fall borgenärens culpa är erforderlig, för att han skall komma i mora. Att i regeln borgenären i ett vanligt aftal genom sitt dröjsmål med att mottaga gäldenärens prestation bör råka i mora oberoende af sin skuld, synes likaledes framgå af billighetsskäl. Hos WINDSCHEID försvaras visserligen fordringen på culpa hos borgenären därmed, att moraverkningarne såsom skadliga ej kunde åläggas en oskyldig person, såvida ej positivt stadgande föreskref detta¹⁾. Men som KOHLER

¹⁾ WINDSCHEID § 345, 3.

energiskt framhåller¹⁾, kan alldeles samma skäl af gäldenären förebäras, för att han skall undgå de skadliga verkningarne af borgenärens dröjsmål. Skadan måste ju i hvarje fall drabba någon af kontrahenterna, äfven om båda äro utan skuld. Men står saken så, så synes oss billigheten tala till gäldenärens förmån, analogt med den straffrättsliga satsen in dubio pro reo. Gäldenären är den förpliktade och har som sådan den svåraste ställningen. Om han gör hvad på honom ankommer för att uppfylla sin skyldighet, så bör han äfven kunna nå målet och blifva fri från sin förpliktelse utan någon särskild ekonomisk uppoffring. Det vore hårdt, om hans skuldbörda skulle utvidgas och ökas därför att borgenären ej är i stånd att mottaga prestationen²⁾. Så vidt vi kunna finna, har emellertid någon bindande rättsgrundsats af innehåll, att borgenären råkade i mora, lika mycket om han hade skuld till sitt dröjsmål eller icke, inom den hithörande teorien ej kunnat utfinnas. Hos KOHLER heter det, att mottagandet af en utfäst prestation långt ifrån att innebära uppfyllandet af en förpliktelse, blott utgjorde begagnandet af ett borgenären tillkommande förmögenhetsgods. Men om borgenären underlät att använda sin förmögenhet, det vore hans ensak och kunde blott skada honom själf men ej någon annan³⁾. Enligt vår åsikt är KOHLER på falsk väg, när han vill beteckna själfva mottagandet af en prestation såsom tillgodogörandet af ett förmögenhetsgods. Fordringsrätten och själfva prestationen hafva förmögenhetsvärden, men mottagandet i och för sig har antingen ej alls med förmögenheten att skaffa eller också innebär det rent af en förmögenhetsuppoffring, såvida ej mottagandet såsom vid rena arbetsprestationer blott kan tänkas i sammanhang med prestationens tillgodogörande. KOHLERS felaktiga uppfattning om prestationsmottagandets rätta natur framgår bäst af hans exempel, hvori han söker påvisa, att icke-mottagandet innebär icke ett brott mot någon plikt, utan ett bortslösande af förmögenhetstillgångar. Han säger: jag har rätt att afvisa min gäldenär, som vill betala mig lika väl som jag kan kasta ut mina pengar på gatan till publiken. KOHLER förbiser här, att ett så-

¹⁾ KOHLER i J. J. 17 s. 410.

²⁾ Jfr ROSENBERG a. a. s. 206.

³⁾ KOHLER i J. J. 17 s. 267 ff; 410 f.

dant afvisande af gäldenären innebär mera än ett icke-mottagande af prestationen; det innebär ett afstående från själfva fordringsrätten. Vidare heter det: jag är icke förpliktad att flytta in i min våning, om jag ock afslutit hyreskontrakt på 9 år, lika litet som jag är förpliktad att bebo mitt eget hus. Detta exempel anse vi vara fullkomligt missvisande. Att en person flyttar in i sin förhyrda våning är öfverhufvud taget ej ett mottagande af hyresvärdens prestation. Det är ett utnyttjande af en redan fullgjord prestation på samma sätt som en person använder de penningar, som han mottagit i betalning af sin gäldenär, till inköp eller för annan omsättning. Hyresvärdens prestation enligt hyreskontraktet är af den art, att den ej behöfver eller kan mottagas. Den består i att hålla våningen tillgänglig för hyresgästen, om hvikens mora det öfver hufvud taget ej kan vara tal¹⁾. KOHLERS sats om mottagandet såsom ett brukande af ett förmögenhetsgods har giltighet i sådana fall som det äfvenledes af honom anförda exemplet om en tandläkares eller operatörs prestation. Men detta beror, som nyss antyddes, därpå att mottagandet af prestationen här ej kan tänkas skildt från själfva tillgodogörandet och utnyttjandet af densammas innehåll. HIRSCHS försök att bevisa culpateoriens oriktighet synes oss väl gå i rätt riktning, ehuru det ej heller kan anses fullt lyckadt. »Der Schuldner hat» säger HIRSCH »ein Recht gegenüber dem Gläubiger, sofern dieser nicht annimmt innerhalb der vom positiven Recht gezogenen Schranken Selbstbefreiung wirkende Akte zu setzen»²⁾. Denna rätt motsvarades af en borgenärens plikt icke att mottaga prestationen utan att tåla sådana handlingar som deposition, dereliktion och försäljning. Och härmed vore frågan om culpa hos borgenären ett öfverflödigt spørsmål³⁾. Ja, säga vi, men blott om utgångspunkten är riktig, att gäldenären har rätt till de ifrågavarande handlingarne, såsnart borgenären ej i behörig ordning mottager prestationen. Det gäller just att bevisa, att gäldenären har denna rätt vare sig borgenärens underlåtenhet att mottaga prestationen beror på hans vårdslöshet eller icke.

¹⁾ Jfr HIRSCH a. a. s. 134 och KOHLERS försvar i A. B. R. 13 s. 152 ff.

²⁾ HIRSCH a. a. s. 181.

³⁾ HIRSCH a. a. s. 231 f.

Vi tro icke, att någon fullt bindande rättsregel kan uppställas, enligt hvilken mora creditoris alltid måste sägas inträda oberoende af borgenärens culpa. Bortsedt från det stöd härför, som man kan finna i de nämnda billighetsskälerna, anse vi, att den gängse teoretiska uppfattningen — till hvilken vi just af dessa skäl ansluta oss — blott kan juridiskt försvaras genom antagandet af en tyst öfverenskommelse mellan kontrahenterna. Det måste onekligen ligga nära till hands för en person, som utfäster sig till en prestation, att utan vidare räkna med det såsom något gifvet, att han ej behöfver göra mera än han utlofvat, och att han sålunda kan blifva fri, när han i behörig ordning erbjuder borgenären sin prestation eller eljest visar sig beredd att prestera. När borgenären nu accepterar gäldenärens löfte, så måste han äfven anses stödja den senare i hans nämnda uppfattning, i det borgenären med accepten gifver tillkänna, att han tänker mottaga prestationen och därigenom befria gäldenären. Är härmed antagandet af en tyst öfverenskommelse i föreliggande afseende mellan gäldenären och borgenären motiveradt, så återstår spørgsmålet, hvad en dylik öfverenskommelse skall anses innehålla. Hvad skulle kontrahenterna såsom förnuftiga och aktsamma människor hafva bestämt, om tanken vid aftalet uttrycktigen varit riktad på en sådan öfverenskommelse? Gäldenärens intresse går blott och bart ut på att kunna vid en viss tidpunkt (prestationens behöriga erbjudande) blifva fri från sin skyldighet. Om detta sker därigenom, att borgenären, eller någon annan såsom depositar uppbär prestationen, om det sker genom dereliction, försäljning o. s. v. bör i stort sedt från gäldenärssynpunkt vara likgiltigt. I enlighet härmed vore det oförnuftigt att i borgenärens accept af gäldenärens löfte se en utfästelse att mottaga prestationen. Härtill har han ingen anledning, då gäldenären ej i särskild grad kan vara därmed betjänt. Däremot torde i borgenärens accept just kunna inläggas ett medgifvande åt gäldenären, att denne, när borgenären underlåter att mottaga prestationen, får begagna sig af sedvanlig utväg för att blifva fri från sin förbindelse. Den ifrågavarande öfverenskommelsen karakteriseras nu bäst, om man säger, att borgenären garanterar gäldenären, att denne kan räkna på, att när han gör hvad på honom ankommer för att uppfylla sin skyldighet, så skall han äfven kunna befrias från densamma.

I enlighet härmed ter sig frågan om mora creditoris vid tredjemansaftalet på följande sätt. När *borgenären* betingar sig prestationens utgörande till tredjeman, så garanterar han gäldenären, att tredjeman verkligen mottager prestationen eller att i motsatt fall moraverkningarne för borgenären skola inträda. Har åter *gäldenären* betingat sig att få utgöra prestationen till tredjeman, så kan uppenbarligen borgenären ej i aftalet anses hafva åtagit sig någon garantiplikt af det nämnda innehållet. Gäldenären bör själf veta, hvad det är för en person, som han föreslår till prestationsdestinatär, och bör därför själf stå risken för att tredjeman verkligen mottager prestationen. I borgenärens medgifvande, att prestationen får utgöras till tredjeman, måste emellertid i analogi med hvad som förut sagts inläggas en garantiplikt för att tredjeman ej på grund af en försummelse å borgenärens sida underlåter att mottaga prestationen. I detta fall gäller alltså, att borgenären kommer i mora, (blott) om han med sin vårdslöshet (t. ex. underlåtelse att meddela tredjeman) har förorsakat dröjsmålet med prestationens mottagande¹⁾.

Jämväl HELLWIG kommer till det resultatet, att borgenären kommer i mora genom tredjemans underlåtelse att mottaga prestationen eller att lämna nödig medverkan till densammas utförande. HELLWIG stöder sig härvid dels därpå att tredjeman vore borgenärens mottagningsfullmäktig²⁾ och dels därpå att borgenären hade att ansvara för negativa och positiva handlingar af de personer, af hvilka han betjänade sig till prestationens mottagande. Denna sista sats betraktar HELLWIG som ett nödvändigt korrelat till § 278 B. G. B., enligt hvilken gäldenären svarade för de personers

¹⁾ Att den nämnda åtskillnaden för tredjemansaftalens räkning bör göras, förefaller oss ganska själfklart. Hos HELLWIG a. a. s. 111 förekommer emellertid ett uttalande, som synes gå i motsatt riktning. Borgenären skulle komma i mora genom tredjemans underlåtelse att mottaga prestationen oberoende däraf »ob der Schuldner vertragsmässig bloss die Ermächtigung oder auch die Verpflichtung zur Leistung an den Dritten hat». Visserligen kan det i och för sig ej vara af någon betydelse, hurvida gäldenären har valrätt att prestera antingen till tredjeman eller till borgenären. Men har gäldenären valrätt att prestera antingen till tredjeman eller till borgenären, så talar detta i allmänhet för att tredjeman utsetts uteslutande i gäldenärens intresse, och då ligger det äfven nära till hands att tänka på de fall, hvori gäldenären själf anhållit att för lättnadens skull få prestera till en tredje person. HELLWIG har kanske ej haft dessa fall i sikte.

²⁾ HELLWIG a. a. s. 111 f.

vårdslöshet, af hvilka han begagnade sig till uppfyllandet af sin förpliktelse ¹⁾. Vi äro ej i stånd att kunna finna något giltigt skäl för detta påstående. Den anförda §-en talar om culpa handlande å gäldenärssidan, under det att vårt spörsmål rör sig om en handling å borgenärssidan alldeles oberoende af någon culpa. HELLWIGS uppfattning bestrides uttryckligen af KISCH ²⁾ och väl indirekt äfven af SCHOLLMAYER och PLANCK, hvilka sistnämnda principiellt såsom sin åsikt framhålla, att borgenären ej råkar i mora därigenom, att tredjeman vägrar eller underlåter att mottaga gäldenärens prestation ³⁾.

¹⁾ HELLWIG a. a. s. 113.

²⁾ KISCH, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Jena 1900, s. 254.

³⁾ SCHOLLMAYER, Kommentar till B. G. B., Recht der Schuldverhältnisse, § 335 anm. 3, säger: »Verzögert der Dritte nur zeitweilig die Annahme der Leistung so kommt er nicht in Annahmeverzug. Denn er ist nicht Gläubiger. Der Promissar kommt auch nicht in Annahmeverzug, denn ihm ist die Leistung nicht angeboten». Beträffande vår uppfattning om en tyst garantiöfverenskommelse så menar SCHOLLMAYER, att en sådan vid tredjemansaftalet väl kan vara möjlig, ehuru presumptionen dock i regeln ej talade härför. »Denn der Promittent musste sich bei Abschluss des Vertrags sagen, dass der Dritte möglicherweise die Annahme der Leistung verzögern werde. Wollte er das Risiko nicht tragen, so war es seine Sache, beim Vertragsschluss auf seine Übernahme durch den Promissar hinzuwirken». Det är visserligen sant, att promittenten måste säga sig, att tredjeman kan komma att dröja öfver tiden med prestationens mottagande, men han måste äfven i de fall att borgenären själf skall uppbära prestationen säga sig att denne kanske skall försitta mottagningstiden; hvilket emellertid ej hindrar att enligt tysk rätt borgenären i dessa fall råkar i mora oberoende af sin skuld. Äfven om gäldenären måste säga sig, att tredjeman är ännu opålitligare i ifrågavarande afseende än borgenären i ett vanligt aftal, så borde han ej behöfva göra något uttryckligt förbehåll i den af SCHOLLMAYER antydda riktningen. Han har med sitt löfte att prestera till tredjeman och icke till borgenären ej velat försämra sin ställning. Han bör kunna vara trygg i den förvissningen, att borgenären öfvertygat sig om pålitligheten hos tredjeman samt att det i hvarje fall är borgenärens sak, huru tredjeman fyller sin funktion. Jfr HELLWIG a. a. s. 114 n. 247: »Richtig ist, dass hieran gedacht werden muss, aber eben von dem Gläubiger, und deshalb ist es seine Sache, den Umstand der Annahmeverweigerung zu vertreten. Der Schuldner braucht sich nicht darum zu kümmern, ob der Dritte geneigt sein wird auf die Intentionen des Gläubigers einzugehen. Es ist ebenso wie bei dem einfachen Vertrag: der Gläubiger hat zu überlegen, ob er in der Lage sein wird, die bedungene Leistung anzunehmen und entsprechend zu verwerten». PLANCK har först i tredje upplagan af sin kom-

I ytterligare en hithörande fråga har HELLWIG markerat en från PLANCK afvikande ståndpunkt. I de båda första upplagorna af sin kommentar uttalar nämligen PLANCK helt kort den satsen, att om för prestationens utförande till tredjeman dess mottagande eller annan medverkan från tredjemans sida vore nödvändig, så skulle genom tredjemans vägran härtill prestationen blifva omöjlig. Härigenom blefve enligt PLANCK, gäldenären fri från sin prestationsskyldighet, men förlorade enligt § 323 B. G. B. sin fordran på motprestation¹⁾. Detta har gifvit HELLWIG anledning till ett skarpt polemiserande mot PLANCK. Trots denne författares stora auktoritet finner HELLWIG det svärbegripligt, att en dylik mening kunnat uppkomma. Det sunnda människoförståndet måste ju säga en, att konsekvenserna af PLANCKS åsikt voro orimliga. Vid tredjemans vägran att mottaga en post- eller järnvägsförsändelse, en af borgenären åt honom beställd leverans, som af fabrikören erbjudes honom, eller en honom af borgenären anvisad köpesumma; vid tredjemans afböjande af mottagandet af en änkepension eller lifförsäkring skulle fraktföraren, fabrikören, köparen eller försäkringsbolaget å ena sidan blifva fri från sin förpliktelse och å andra sidan vara tvungen att afstå från sitt anspråk på motprestationen eller återställa denna, om den redan erlagts! HELLWIG förbiser ej, att de ifrågavarande konsekvenserna ofta nog, såsom PLANCK själf säger, undginges därigenom, att ur aftalet kunde framgå, att tredjemans afböjande af prestationen medförde att borgenären kunde

mentar upptagit spörsmålet, som han behandlar på liknande sätt som SCHOLLMAYER. Det heter i anm. 3 c till § 335: »Von einem Verzuge des Dritten infolge seiner Weigerung, die Leistung anzunehmen, kann hier keine Rede sein, da ihm eine Forderung nicht zustand. Auch der Versprechens empfänger kommt durch die Weigerung des Dritten nicht in Annahmeverzug, da die Voraussetzungen desselben in seiner Person nicht vorliegen. Es kann indessen in Frage kommen, ob nicht nach der Absicht der Vertragsschliessenden die Weigerung des Dritten für die Forderung des Versprechensempfängers gegen den Versprechenden dieselben Folgen haben soll, wie wenn der Versprechensempfänger in Verzug der Annahme gekommen wäre».

I öfrigt synas uttalanden i det föreliggande spörsmålet saknas, och det ej blott i kommentarer och läroböcker i anslutning till B. G. B. utan äfven inom den mera bekanta litteraturen angående mora creditoris.

¹⁾ PLANCK, Kommentar, 1 o. 2 uppl. § 335 anm. 2.

utse en annan person till destinatär eller fordra prestationen till sig själf. Principiellt skulle emellertid med PLANCKS åsikt tredjemans underlåtenhet att gifva sin nödiga medverkan till presterandet hafva till följd, att gäldenären blefve fri från sin prestationsskyldighet, men därför också förlorade sin rätt till motprestationen. För HELLWIG står det nu klart såsom den enda riktiga lösningen af spörsmålet, att borgenären genom tredjemans ifrågavarande underlåtenhet råkade i mora, under det att härigenom aldrig någon prestationens omöjlighet kunde vara grundad. Som stöd för sin uppfattning anför HELLWIG, att tredjeman vore borgenärens fullmäktig att mottaga prestationen. Då nu borgenärens egen vägran att mottaga sin gäldenärs prestation aldrig kunde annat än försätta honom i mora, så måste detsamma gälla, när tredjeman gör en sådan vägran. Denna kunde lika litet ha till följd, att gäldenärens prestation måste betraktas såsom omöjlig¹⁾. Emot denna argumentering hafva vi först och främst att anmärka, att, efter hvad vi ofvan utredt, tredjeman ingalunda kan betraktas såsom borgenärens fullmäktig. Vidare torde det ej vara så gifvet, att i ett vanligt aftal om prestation till borgenären dennes definitiva vägran att mottaga prestationen aldrig skulle kunna medföra dennas omöjlighet²⁾. Men äfven antaget, att HELLWIG i båda dessa punkter hade rätt, så kan däraf omöjligen följa, att tredjemans definitiva vägran att mottaga prestationen alltid skulle försätta borgenären i mora och ej förorsaka, att prestationen blefve i juridisk mening omöjlig. Ty när tredjeman vägrar att mottaga prestationen, så kan han gifvetvis ej sägas utföra en ställföreträdande handling för borgenären. Med sin vägran befinner han sig alldeles utanför den meddelade fullmaktens område och handlar uppenbarligen för egen räkning. Han har ej öfverskridit fullmaktens innehåll, utan han har gifvit tillkänna, att han ej uppträder som borgenärens fullmäktig. På grund häraf synes oss den PLANCKSKA åsikten vara följdriktigare än HELLWIGS. Att utan vidare i föreliggande afseende likställa borgenärens och tredjemans vägran kan säkerligen ej vara riktigt. Men vi kunna uppenbarligen ej heller vara nöjda med sådana konsekvenser,

¹⁾ HELLWIG a. a. s. 113—115.

²⁾ Jfr KISCH: Unmöglichkeit der Erfüllung, s. 74 f; 255.

som HELLWIG konstaterat såsom nödvändiga enligt PLANCKS åsikt. Trots det stora, särskildt teoretiska intresse, som är förenadt med det ifrågavarande spørsmålet, anse vi, att det vore ett alltför oproportionerligt inkräktande på utrymmet i den föreliggande afhandlingen, om vi inginge på försöket att göra en verklig utredning af det hithörande problemet. Det kan därför här blott blifva frågan om att angifva riktlinjerna för den tankegång i ämnet, som vi för vår del finna vara den riktiga. Beträffande nu först de efter HELLWIG uppräknade fallen så tro vi, att det ej kan motsvara den verkliga innebörden i det rättsliga begreppet omöjlighet att, på grund af prestationsdestinatärens vägran i och för sig att mottaga prestationen, beteckna densamma såsom omöjlig. När man inom juridiken talar om, att en prestation är omöjlig, så föreställer man sig onekligen därmed, att det handlande, som gäldenären åtagit sig och som därför åligger honom, blifvit omöjligt att utföra. Nu förhåller det sig emellertid vid alla de uppräknade fallen så, att det handlande, gäldenären här åtagit sig, ej alls är eller blifvit omöjligt. Att prestationen likväl icke blir till fullo utförd, beror ingalunda därpå, att gäldenären icke gjort eller icke kan göra hvad på honom ankommer utan att borgenären (resp. tredjeman) vägrar att göra hvad, som åligger honom, om han vill antaga prestationen. Men om detta senare faktum icke hindrar gäldenären att å sin sida göra prestationen färdig till öfverlämnande åt borgenären, så synes oss nämnda faktum ej heller kunna ha någon inverkan på spørsmålet, om gäldenärens prestation är möjlig eller icke. Se vi på ett exempel. *B* öfverlämnar till *G* ett stycke tyg, hvarvid aftalas, att *G* däraf skall förfärdiga och leverera en kostym till *B*. En dag efteråt brinner tyget upp. *G* kan ej med bästa vilja i världen förfärdiga den aftalade kostymen; men det var just detta, som *G* skulle göra, och därför tveka vi ej att påstå, det den aftalade prestationen blifvit omöjlig att utföra. Antag emellertid nu, att tyget ej brinner upp och att *G* verkligen förfärdigar kostymen, men att *B* får det infallet, när *G* infinner sig för att leverera densamma, att definitivt vägra att mottaga kostymen. Om vi nu ej bestämdt visste, att *B* genom denna sin vägran råkade i mora, och att reglerna härför skola tillämpas, skulle vi då rimligtvis kunna säga, att *G*:s åtagna prestation genom *B*:s vägran blifvit omöjlig att utföra i

den mening, som rättsvetenskapen fattar detta ord? Skulle vi ej hellre säga, att *G* redan utfört sin prestation, men att denna, färdig, ej blifvit mottagen af *B*? Otvifvelaktigt synes oss detta vara det enda logiskt riktiga. Fasthålla vi därvid, att prestationsomöjligheten i juridisk betydelse är något, som blott angår det *handlande, som åligger gäldenären*, så framstår ju saken helt klar och tydlig. Ty för prestationens fulla utförande i det angifna exemplet fattas ju blott och bart detta: *B:s* mottagande af kostymen. Allt det andra är ju utfördt och, då *G* helt naturligt ej såsom förpliktelse kan åläggas, att *B* mottager saken, så är därmed gifvet, att *G* kunnat utföra allt, hvartill han var förpliktad, och att hans åtagna prestation sålunda varit och förblifvit möjlig. På alldeles samma sätt ställer det sig nu i alla de efter HELLWIG anförda fallen. Gäldenärens prestation består lika litet i dessa fall däri, att tredjeman skall mottaga prestationen. Detta är en funktion, som uppenbarligen blott kan åligga tredjeman. Gäldenärens prestationsskyldighet består däri att laga så, att tredjeman kan mottaga en färdig prestation, d. v. s. att erbjuda honom den aftalade prestationen. Och detta är i alla de ifrågavarande fallen möjligt för honom, alldeles oberoende af tredjemans vägran eller underlåtenhet att mottaga det erbjudna. Fabrikören har uppfyllt sin skyldighet, när han till tredjeman afsändt de af borgenären beställda varorna; försäkringsbolaget, när det erbjudit pensionen eller lifvförsäkringsbeloppet åt tredjeman; köparen, när han erbjudit tredjeman betalning, och transportören, när han fraktat saken och velat öfverlämna densamma åt tredjeman. Ingen af dessa gäldenärer har åtagit sig att utföra något, som varit eller blifvit omöjligt. Destinatärens vägran skulle, om han själf varit borgenär, i stället för att göra prestationen omöjlig haft till följd, att han råkat i mora, och på grund af hans åtagna garantiplikt måste samma resultat sägas inträda efter tredjemans vägran. Framhållas bör, att i sådana fall som de ifrågavarande, spörsmålet om moraverkningsarnes betydelse särskildt kompliceras därigenom, att borgenären på grund af tredjemans vägran så godt som alltid blir berättigad att af gäldenären fordra den ifrågavarande prestationen utgjord till sig själf.

Hafva vi sålunda i de nämnda fallen varit eniga med HELLWIG — ehuru af helt andra skäl — däri, att tredjemans

vägran att mottaga prestationen konstituerar en mora creditoris, men icke prestationens omöjlighet, så måste vi åter förkasta hans åsikt i den föreliggande frågan beträffande en annan grupp af tredjemansaftal. Vi åsyfta de fall, hvori tredjemans mottagande eller antagande af prestationen icke inskränker sig till besittningstagandet af en redan färdig prestation i den mening, att gäldenären utfört hvad, som han åtagit sig, och det nu blott gäller för borgenären att tillägna sig detta. HELLWIG opererar med det fall, att *B* engagerar en läkare *G* till behandling af sin tjänare *T*, som emellertid vid läkarens ankomst bestämdt vägrar att låta sig behandlas af honom. HELLWIG finner det ej vara tvifvel underkastadt, att *B* genom *T*:s vägran råkat i mora. Till en början vilja vi här konstatera, att genom *T*:s definitiva vägran *G*:s prestation blifvit omöjlig: det handlande, som enligt aftalet åligger honom, kan han ej utföra. Detta handlande består i att såsom läkare behandla *T*. Genom dennes vägran har det blifvit juridiskt omöjligt för *G* att undersöka och behandla *T*, då *G* ej är berättigad att mot *T*:s vilja göra detta. Skillnaden mellan detta fall och de föregående bör härigenom vara påtaglig. Emellertid är det ännu ej gifvet, att i vårt sista exempel på grund af denna skillnad reglerna för prestations omöjlighet och ej för mora creditoris skola komma till tillämpning. Tänka vi oss t. ex., att *B* engagerat *G* för sin egen räkning men vid *G*:s ankomst definitivt vägrar att låta sig behandlas, så måste äfven nu *G*:s prestation sägas vara omöjlig på alldeles samma sätt, som när *T* vägrade att antaga hans behandling; och likväl torde ingen jurist tveka att behandla *B* såsom morant. Man kunde nu fråga sig, om spörsmålet, huruvida reglerna för prestations omöjlighet eller för mora creditoris böra tillämpas, rimligtvis kan besvaras olika allteftersom ett tredjemansaftal föreligger och tredjeman vägrar eller ett vanligt aftal föreligger och borgenären själf vägrar att mottaga prestationen. Vi anse i detta afseende följande synpunkter böra komma i betraktande. I båda fallen äro fordringarne på det juridiska begreppet omöjlighet uppfyllda. Tillämpar man nu ej de gällande reglerna för prestations omöjlighet, så måste detta hafva sin särskilda grund. En sådan finnes ock beträffande borgenärens vägran att antaga gäldenärens prestation. Man har ansett, att borgenären, som låter utlofva sig en prestation åt sig själf, äfven bör kunna antagas

skola lämna sin nödiga medverkan till prestationens utförande. Onekligen med rätt har man menat, att gäldenären bör kunna handla i fullt förlitande på, att en i och för sig möjlig prestation ej genom borgenären själf skall kunna göras omöjlig och sålunda gäldenärens ställning försämras. I anledning häraf har inom rätten den allmänna regeln uppställts, att borgenärens vägran att lämna sin nödiga medverkan till prestationen skall hafva den stränga påföljden, att han råkar i mora. Att prestationen såsom i vårt exempel genom borgenärens vägran blifvit rättsligen omöjlig för gäldenären (läkaren) att utföra kan ej få någon annan konstituerande betydelse än att gäldenären blifver definitivt fri från att utföra den åtagna prestationen. I öfrigt hafva rättsreglerna vid prestations omöjlighet till borgenärens nackdel blifvit undanträngda därigenom, att morareglerna utan vidare antagits. Den nu antydda grunden till att borgenärens ifrågavarande vägran, trots det att därigenom gäldenärens prestation blifvit omöjlig, kommer att konstituera hans mora, har ej giltighet, när det är fråga om ett tredjemansaftal, och prestationen blifvit omöjlig genom tredjemans definitiva vägran eller underlåtenhet att lämna sin medverkan (resp. sitt tillstånd) till prestationens utförande. Ofta nog torde här gäldenären icke mindre än borgenären böra kunna säga sig, att tredjeman kanske ej vill antaga den utlovade prestationen. Principiellt måste därför sägas, att försåvidt borgenären ej har skuld till tredjemans vägran — därpå bör gäldenären alltid kunna lita, att ej borgenären själf gör prestationen omöjlig — så skola rättsreglerna för prestations omöjlighet träda i tillämpning ¹⁾. Spörsmålet uppstår nu närmast, om borgenären — liksom vi förut sett beträffande tredjemans dröjsmål med prestationens mottagande — kan hafva iklädt sig någon särskild garantiförpliktelse för att vid den ifrågavarande omöjligheten

¹⁾ Jfr KISCH a. a. s. 255: »Dem letzteren (borgenären) der sich selbst eine Leistung versprechen lässt, darf allerdings die Mitwirkung bei derselben wohl zugemutet werden. Deshalb sind zu seinen Ungunsten die Grundsätze über den Annahmeverzug aufgestellt, angesichts deren die Frage der Unmöglichkeit eine untergeordnete Rolle spielt. Dem Dritten aber, der nicht als Kontrahent erscheint, der vielleicht ganz ohne Wissen und Willen in den Vertrag hineingezogen worden ist, darf die Leistung nicht aufgedrängt werden. Lehnt er sie ab, so ist ihm gegenüber für die Verzugsgrundsätze kein Raum. Vielmehr tritt in solchem Falle der Gesichtspunkt der Unmöglichkeit in der Vordergrund».

rättsförhållandet skulle anses såsom om borgenären själf vore destinatar för prestationen, d. v. s. för att morareglerna och ej omöjlighetsreglerna skulle tillämpas. En dylik garantiplikt synes oss här ej kunna antagas. Beträffande tredjemans dröjsmål gällde det ju att skydda gäldenären från att utöfver den bestämda tiden mot sin vilja kvarstå som gäldenär. Men denna synpunkt måste ju här vara utesluten, eftersom gäldenären i och med prestationens omöjlighet ipso iure befrias från dess uppfyllande. För vår del tro vi ej heller, att det i sådana fall som de nu föreliggande kan vara förenligt med någon särskild olägenhet att beteckna prestationen såsom omöjlig och tillämpa de i enlighet därmed gällande rättsreglerna¹⁾. Kan i det gifna exemplet *B* såsom en normal och aktsam människa ej sägas hafva insett

¹⁾ KISCH framhåller särskildt, att en prestationsomöjlighet i vanlig mening kunde inträda genom tredjemans vägran att antaga prestationen, om denna bestod i framställandet af en viss »Erfolg» hos tredjeman eller en denne tillhörig sak. Beträffande tredjemansafstal af denna art heter det hos KISCH a. a. s. 255: »Versagt dieser seine Mitwirkung, so kann die Leistung thatsächlich ebensowenig erbracht werden, als in den allgemein anerkannten Unmöglichkeitensfällen, dass die Erfüllung von dem freien Willen irgend einer an dem Vertrage gänzlich unbeteiligten Person abhängt». Jfr äfven PLANCK i sin kommentar, sista upplagan, efter HELLWIGS polemik, vid § 335 anm. 3 b: »Es ist nicht abzusehen, weshalb, wenn wirklich eine Unmöglichkeit vorliegt, diese deshalb anders behandelt werden sollte, weil sie infolge der Verweigerung der Annahme von seiten des Dritten eingetreten ist». Äfven SCHOLLMAYER, Kommentar till § 335 anm. 3, låter tredjemans definitiva vägran konstituera prestationens omöjlighet. THUR, Kr. V. 43 s. 551 anser, att HELLWIG med rätt bekämpade PLANCKS uppfattning om att prestationen borde betecknas som omöjlig. Det torde emellertid förefalla särskildt anmärkningsvärdt, att THUR utan vidare deltagar i angreppet mot PLANCK, till hvilkens åsikt han blott några få år förut uttalat sin anslutning: »Wenn der Dritte die Leistung zurückweist oder von vornherein erklärt, sie nicht annehmen zu wollen, so wird dadurch die dem Promittenten obliegende Leistung unmöglich (PLANCK, Commentar zu § 335 Nr 2)». Se G. Z. Bd 25 s. 533 n. 17. Med undantag för KISCHS nämnda afhandling synas de teoretiska arbetena om prestations omöjlighet ej sysselsätta sig med det ifrågasvarande spörsmålet. Se t. ex. de ungefär samtidigt med KISCHS utkomna arbetena: TIETZE, Die Unmöglichkeit der Leistung, 1900; KLEINEIDAM, Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900; BIERMANN, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung, Ark. civ. 91. Förgäfves hoppades man, att TIETZE i sin recension af KISCHS afhandling i Kr. V. Bd 45 skulle hafva vidrört spörsmålet.

eller bort inse, att *T* skulle komma att vägra att låta behandla sig af *G* (läkaren), så torde det knappt kunna förefalla så orimligt, att läkaren på grund af prestationens omöjlighet ej kunde kräfvad den för behandlingen aftalade betalningen. Har åter *B* med kännedom om *T*'s lynne och karaktär eller kanske rent af på grund af uttalanden af honom tänkt sig eller bort tänka sig möjligheten af att *T* skulle lägga absolut hinder i vägen för behandlingen, så bör han blifva läkaren ersättningsskyldig för den förlust, som denne gjort genom att ingå och söka uppfylla det ifrågavarande aftalet (ersättning för det s. k. negativa kontraktsintresset). Under denna synpunkt bör man kunna inränga ett sådant exempel som det likaledes af HELLWIG anförda, att *B* aftalat med *G* om uppförandet af en minnesvård i en stad på mark tillhörig denna. Vägrar nu magistraten såsom stadens representant att gifva sitt tillstånd till minnesvårdens uppförande, så har man enligt vårt förmenande ej annat att säga än att prestationen blifvit juridiskt omöjlig. Härigenom blir *G* fri från sin förpliktelse, men kan på denna grund ej af *B* kräfvad den aftalade motprestationen. Häremot vore i själva verket intet att invända, om blott *G* kunde få ersättning för sina kostnader och sitt redan utförda arbete. Man vill i det föreliggande fallet ej blifva tillfreds med en lösning, enligt hvilken dessa kostnader stanna å *G* och blifva hans ensak, under det att *B* utgår alldeles fri från förlust. Otvifvelaktigt bör ej heller med vår uppfattning *B* blifva fri från att ersätta *G* hans arbete och kostnader. *B* har culpöskat förorsakat, att *G* åtagit sig och försökt utföra en prestation, som blifvit omöjlig. Den skada, som härigenom uppstått för *G*, måste ersättas honom af *B*. Att *B* handlat försömligt, är ju i det gifna exemplet ganska påtagligt. Hade han velat handla såsom en aktsam och förständig människa, så hade han, innan han afgaf sitt anbud till *G*, hos stadens myndighet förhört sig, huruvida denna ville gifva sitt tillstånd till uppresandet af den ifrågavarande minnesvården, d. v. s. huruvida staden komme att antaga den till dess förmån aftalade prestationen eller icke¹⁾. Det förtjänar dessutom att framhållas,

¹⁾ Jfr KISCH a. a. s. 254: »Sache des Gläubigers ist es nämlich sich zu vergewissern ob die Leistung die er sich zu Gunsten eines Dritten versprechen lässt, nicht an dem Widerspruche dieses Dritten scheitern werde. Das festzustellen ist er ohnehin besser im Stande als der Schuldner. Versäumt er dies aber so

att omständigheterna i ett särskildt fall stundom kunna vara sådana, att borgenären måste sägas hafva rent af åtagit sig ansvaret för att den utlofvade prestationen ej genom tredjemans vägran blir omöjlig och att sålunda motprestationen kommer att fullt utgå. Beträffande sådana fall som det sist angifna exemplet torde det ej böra fordras mycket för att ett dylikt ansvar skall anses vara åtaget af borgenären.

liegt der Fall vor, dass er sich (— für einen Dritten —) eine Leistung versprechen lässt, deren künftige Unmöglichkeit er kennt oder kennen müsste. Daraus ergibt sich dann seine Haftung».



AFTAL ANGÅENDE PRESTATION
TILL TREDJEMAN

EN CIVILRÄTTSLIG STUDIE

AF

A. V. LUNDSTEDT

=

SENARE HÄFTET

LUND 1909

HÅKAN OHLSSONS BOKTRYCKERI



AFTAL ANGÅENDE PRESTATION
TILL TREDJEMAN

EN CIVILRÄTTSLIG STUDIE

AF

A. V. LUNDSTEDT

SENARE HÄFTET

LUND 1909
HÅKAN OHLSSONS BOKTRYCKERI

Dr. G. G. University of Årskrift. Afd. 1. Bd 3. Nr 1.

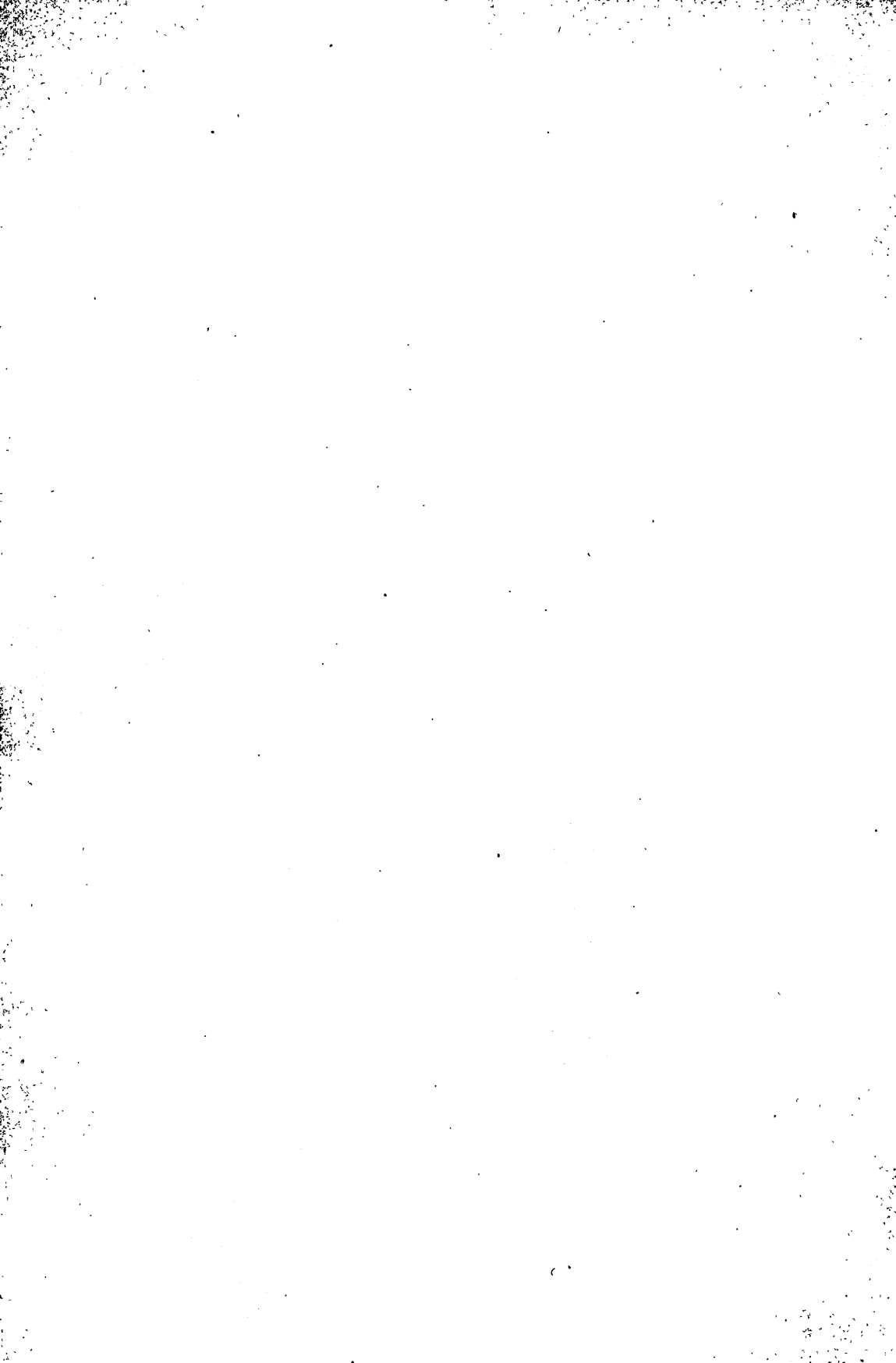
AFTAL ANGÅENDE PRESTATION
TILL TREDJEMAN

EN CIVILRÄTTSLIG STUDIE

AF

A. V. LUNDSTEDT

LUND 1908—1909
HÅKAN OHLSSONS BOKTRYCKERI



IV.

B. G. B:s hufvudstadgande angående tredjemansaftalet innehåller, att om *G* lofvar *B* att prestera något till *T*, så erhåller denne en själfständig rätt att fordra prestationen, om en sådan rätt i aftalet särskildt bestämts eller om man af omständigheterna kunde sluta till att en sådan rätt borde uppstå för *T*¹⁾. Enligt vår uppfattning kan betydelsen af detta stadgande ej vara annat än, att den positiva rätten gifvit sin sanktion åt den såväl inom teorien som inom praktiken sig allt mer och mer energiskt utbredande åsikten, att genom två personers aftal om prestation till en tredje person en särskild fordringsrätt för denne mot promittenten ipso iure kunde uppstå²⁾. För giltigheten af denna åsikt, den s. k. kreationsteorien, har någon särskild konstruktion enligt sakens natur aldrig kunnat gifvas³⁾. Om man med en juridisk konstruktion åsyftar att med hjälp af redan giltiga rättssatser förklara ett påstående, som ej obetingadt äger giltighet, så är det klart nog, att kreationsteorien ej är byggd på någon juridisk konstruktion. Försök att *juridiskt*

¹⁾ B. G. B § 328.

²⁾ Att B. G. B sanktionerat kreationsteorien framgår icke blott af stadgandets formulering utan jämväl af motiven till detsamma. »Die Anerkennung des pactum in favorem tertii als eines allgemeinen Rechtsinstitutes mit der Wirkung der unmittelbaren Entstehung eines Forderungsrechtes für den Dritten entspricht heutzutage für die Mehrzahl der in Betracht kommenden Verhältnisse allein dem Bedürfnisse und der im Rechtsleben herrschenden Intention. Auf Grund der Anerkennung des pactum in favorem tertii mit der bezeichneten Wirkung ist deshalb das Institut in dem Gesetzbuche zu regeln . . . » Motive II s. 268.

³⁾ Jfr BÄHR Urteile des Reichsgerichts München 1883, s. 83. Se ofvan s. 42.

bevisa teorjens berättigande hafva väl gjorts, men de hafva ej krönts med någon framgång. Så har det hela resulterat i att man påvisat behovet af att tredjeman kan erhålla en själfständig fordringsrätt. Och i enlighet härmed har småningom inom såväl teorien som domstolspraxisen det berättigande tredjemansaf talet på kreationens basis utbildats till ett allmänt rättsinstitut. Det är åt denna utbildning, som nu den tyska lagstiftaren har gifvit sin sanktion, hvilken sålunda måste innebära, att det berättigande tredjemansaf talet hvilade på en (icke konstruktionsbehöfvande) rättsgrundsats, som antingen redan före lagens tillkomst hade giltighet eller i hvarje fall genom densamma kommit till stånd. I enlighet härmed finna vi ett försök till konstruktion af det genom B. G. B. sanktionerade berättigande tredjemansaf talet vara lika fåfängt som öfverflödigt. Detta är väl nu äfven i allmänhet de tyska läroboks- och kommentarförfattarnes ställning¹⁾. Emellertid hafva äfven författare ansett sig, trots B. G. B:s stadgande, böra anföra en särskild rättsgrund till förklaringen af uppkomsten af tredjemans själfständiga fordringsrätt²⁾. För oss

¹⁾ Se ENNECERUS-LEHMANN, Das bürg. Recht, I s. 408 f.: »Einer besonderen Konstruktion oder Erklärung dieser Wirksamkeit des Vertrages zu Gunsten Dritter bedarf es nicht mehr Der Dritte erwirbt also aus dem Vertrage, den nicht er, sondern die beiden Kontrahenten geschlossen haben, lediglich aus dem Grunde, weil die Parteien dies wollen (B. G. § 328)». Hos PLANCK, Kommentar II 3 uppl. s. 164 heter det: »Kraft positiver gesetzlicher Vorschrift hat der obligatorische Vertrag zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden, wenn und soweit die Parteien es wollen, zugleich die Wirkung zugunsten des Dritten, dass dieser ein selbständiges Recht gegen den Versprechenden erhält». Jfr äfven OERTMANN, Kommentar I, 2, 2 uppl. s. 174.

²⁾ Så förklarar STAMMLER (Recht der Schuldverhältnisse s. 172), att tredjemansaf talets berättigande verkan för tredjeman hade sin grund däri att promittentens af promissaren accepterade löfte emot tredjeman blefve bindande såsom en ensidig viljeförklaring på ungefär samma sätt som t. ex. ett utlofvande till allmänheten om belöning för den eller den prestationen. Åsikten, som är nära besläktad med den SIEGELSKA (Verspr. zu fremden Handen), har, så vidt vi veta, ej biträdts af någon tysk författare. Dess riktighet bestrides uttryckligen af PLANCK a. a. s. 163, ENNECERUS-LEHMANN a. a. s. 409 f., STAUDINGER, Kommentar till B. G. B. § 328 samt Hellwig a. a. s. 255 ff. Denne senare författare synes förmena, att äfven tredjemans berättigande är rättsligen grundadt genom en i af talet af promissaren meddelad fullmakt. Mottagningsfullmakten förstärkes till en befogenhet att fordra prestationen. Se s. 92, 145 m. fl.

gestaltar sig saken helt naturligt på ett annat sätt än för den tyske juristen, då i vår rätt ett stadgande motsvarande B. G. B:s § 328 saknas. Men äfven antaget, att vi kunde utgå därifrån, att på grund af svensk sedvana eller domstolspraxis den satsen hade giltighet i vårt rättssystem, att, genom ett aftal om prestation till tredjeman, denne kunde blifva för egen räkning fordringsberättigad, så vore det obetänkt att a priori söka urgera den uppfattningen, att den svenska rätten liksom den tyska erkände det *kreerande* tredjemansaftalet. Då i vår rätt den allmänna regeln måste anses vara starkt rotfästad, att ett obligatoriskt aftal i sina rättsverkningar — bortsedt naturligtvis från de s. k. reflexverkningarna — blott kan beröra kontrahenterna själfva, så är det gifvet, att det berättigande tredjemansaftalet i vår rätt icke kan sägas vara byggdt på kreationsteorien, såvida en verklig juridisk konstruktion för uppkomsten af tredjemans rätt, d. v. s. dennas förklaring med stöd af såsom giltiga erkända rättsgrundsatser, kan utletas och behovet för den allmänna omsättningens räkning kan befinnas tillgodosedt genom en sådan konstruktion. Det praktiska livets kraf kan göra sig så starkt gällande, att det till hvarje pris måste tillgodoses; men det kan ej nödvändiggöra införandet af nya rättsprinciper, så länge det finnes möjlighet att fullt tillgodose detsamma genom utnyttjande af redan existerande rättsregler. Detta är den bakomliggande tanken för utarbetandet af den föreliggande delen af afhandlingen, hvilken alltså kommer att gå ut på grundandet af en konstruktion, som, utan att stödja sig på någon icke erkänd rättsregel, gör det möjligt för tredjeman att ur ett aftal om prestation till honom erhålla en själfständig fordringsrätt mot gäldenären.

Till utgångspunkt för vår undersökning taga vi ett enkelt exempel. *B* har sålt en sak till *G* med öfverenskommelse, att betalningen skall erläggas till *T*, hvilken enligt uttrycklig bestämmelse i aftalet bör blifva berättigad att själf fordra betalningen af *G*. Om nu *T* hade varit personligen närvarande vid köpet, så hade hans ställning som *G*:s fordringsägare genast kunnat blifva tryggad. Saken hade då försiggått så, att *B* efter köpet i eller utan *G*:s närvaro till *T* hade sagt: den nu för mig uppkomna fordringen mot *G* öfverlåter jag till Er som gäfvä, betalning eller afräkning på skuld, i och för försträckning o. s. v. Är *T* nu med om saken, så har han därmed blifvit *G*:s borgenär.

Nu är emellertid *T* ej närvarande vid kontrahenternas aftal, och *B* kan ej på nyssnämnda sätt realisera sin önskan att göra honom till *G*:s borgenär för den fordran, som *B* erhållit genom försäljning af saken. *B*:s afsikt i föreliggande afseende går emellertid blott ut på att få *T* till borgenär. Det måste vara honom skäligen likgiltigt, på hvilken rättslig väg detta sker. Trots det att *T* sålunda ej är närvarande, kan *B* ej hafva något särskildt emot att den förres fordringsrätt äfven nu uppstår på öfverlåtelsens väg, om detta rättsligen kunde låta sig göra. För denna händelse bör detta sätt onekligen ligga närmast till hands, eftersom *B* hade begagnat sig däraf, i det fall att *T* varit närvarande vid aftalets ingående. Vi kunna därför tänka oss, att *B* efter köpet meddelar *G*, att han gärna skulle vilja öfverlåta sin fordran på köpesumman åt *T*, och att han uttrycker sitt beklagande öfver att denne ej är tillstädes och ej heller har någon representant, som kan företräda honom och å hans vägnar mottaga anbudet om fordringens öfverlåtelse. Detta gifver *G* anledning till en förfrågan, huruvida han icke för *T*:s räkning kunde få mottaga och acceptera *B*:s anbud. Sedan han ytterligare upplyst den i juridiken okunnige *B*, att han äfven utan fullmakt af *T* kunde med rättslig verkan å dennes vägnar acceptera anbudet, så riktar *B* ett dylikt till *G*, hvilken såsom *T*:s negotiorum gestor accepterar detsamma. Med vissa modifikationer ställer sig saken nu så, som om *T* själf mottagit öfverlåtelsen, och om han ej redan kan betraktas såsom borgenär, på den grund att han ej ratihaberat *G*:s för honom utförda rättshandling, så är detta en sak, hvilken, efter hvad som här nedan skall visas, ej kommer att medföra något, som kan sägas stå i strid med kontrahenternas intentioner. Betydelsen af vårt resonemang är nu, att vi sett, huru som i själfva verket *T*:s närvaro har kunnat ersättas genom *G*. I ett särskildt fall hafva vi sett, huru genom två kontrahenters aftal på erkänt rättslig väg en rätt har kunnat uppstå för en tredje person. Att denne på grund af vår konstruktion kommer att rättsligen betraktas såsom borgenärens medkontrahent är naturligtvis något, som ej kan lända konstruktionen till skada. Det viktiga är ej, huruvida *T* är tredjeman i egentlig mening. Betydelse har blott den frågan, huruvida han, utan att själf eller genom befullmäktigadt ombud vara tillstädes, kan blifva berättigad genom två andra personers aftal om prestation till honom. Och

att han *kan* detta, hafva vi sett. Ingen af de vägar, hvilka hittills föreslagits såsom konstruktioner, har kunnat leda till ett sådant resultat. Onekligen bör sannolikheten vara mycket stor, för att den tankegång, som i det gifna exemplet kunnat leda till en lösning af spørgsmålet, äfven bör kunna bilda bakgrunden till en allmän konstruktion för uppkomsten af tredjemans rätt vid det berättigande tredjemansaftalet — för så vidt denna öfver hufvud taget kan låta förklara sig genom en på giltiga och erkända rättsprinciper byggande teori. På grund häraf våga vi redan uttala den allmänna satsen — hvilken förut i annat sammanhang anförts ¹⁾ — att vid tredjemansaftalet en själfständig fordringsrätt uppstår för tredjeman, därigenom att borgenären till denne öfverlåter den först omedelbart för borgenären själf uppkomna fordringsrätten, hvarvid tredjemans accepterande rättshandling utföres af gäldenären såsom hans ställföreträdare utan fullmakt (negotiorum gestor). Det nya och obekanta i denna åsikt är, såsom framgår af den här ofvan i afd. II meddelade litteraturöfversikten, icke, att tredjemans fordran tänkes uppkomma genom öfverlåtelse af borgenärens fordran, utan det nya är, att den rättsliga möjligheten, för att en verklig öfverlåtelse (och ej blott en fingerad cession eller en cessio legis) skall komma till stånd, konstrueras genom betecknandet af gäldenären såsom i visst afseende fungerande som tredjemans ställföreträdare. Vi kunna väl fatta den förvåning, som i första ögonblicket måste bemäktiga sig läsaren inför ett så paradoxalt påstående, som att gäldenären vore tredjemans ställföreträdare. Vid närmare eftersinnande torde påståendet emellertid ej befinnas innebära någon orimlighet. Ty gäldenärens ställföreträdarskap, såsom vi här juridiskt hafva att tänka oss detsamma, har i själfva verket ej något att skaffa med hans ställning som gäldenär. Det torde gälla såsom en allmän ekonomisk regel, att det för en gäldenär bör vara likgiltigt, till hvem han har att uppfylla sin prestationsskyldighet. Om *B* eller *T* är hans borgenär, kan för hans förmögenhet ej spela någon roll. När nu den ifrågavarande ställföreträdarfunktionen blott och bart består däri, att gäldenären skall mottaga och acceptera ett anbud af borgenären till tredjeman, hvilket afser att göra den senare i stället för den förre till borgenär, så kan det uppenbarligen ej

¹⁾ Jfr ofvan s. 27.

anses stå i strid med gäldenärens ställning som sådan, att han fungerar som tredjemans ställföreträdare. Är det sålunda för tanken möjligt, att gäldenären i visst afseende betraktas såsom tredjemans ställföreträdande negotiorum gestor, så torde exemplet, som vi tagit till utgångspunkt, kunna antyda, att det ej heller praktiskt taget ligger någon orimlighet i vårt påstående, utan att det, i brist på andra utvägar, för en juridiskt kunnig person ej måste ligga så fjärran att låta tredjeman i hans frånvaro företrädas af gäldenären såsom hans neg. gestor.

När vi nu gå att närmare motivera vår angifna ståndpunkt, så utgå vi från den förutsättningen, att kreationsteorien i vårt rättssystem ej är giltig. Från denna förutsättning kunna vi ju vara befogade att utgå, enär, efter hvad som förut sagts, kreationsteorien i den svenska rätten faktiskt måste anses vara bragt ur räkningen, för den händelse att en juridisk konstruktion kan utletas, som på grundvalen af giltiga och erkända rättsregler kan tillfredsställa det praktiska lifvets kraf. — Den nämnda förutsättningen blir nu af betydelse för oss, när det gäller att påvisa, att gäldenären verkligen handlar i tredjemans ställe, ehuru — såsom ju regelmässigt vid tredjemansaftalet blir fallet — kontrahenterna i sin öfverenskommelse ej uttryckligen nämna något härom. Återgå vi nu till det använda exemplet, att *B* säljer en sin sak till *G*, hvarvid öfverenskomes, att köpesumman skall utgöras till *T*, hvilken enligt samma öfverenskommelse bör blifva berättigad att själf fordra summans utbetalning, så torde följande reflexioner i spörsmålet vara berättigade. Objektivt sedt måste *G* onekligen sägas i ett visst moment af handlingsförloppet ersätta ett handlande från *T*:s sida. Ty saken ligger ju så — åtminstone från kontrahenternas ståndpunkt — att aftalet haft den rättsverkan, att *T* blifvit berättigad. Men då *T*:s rätt enligt vår förutsättning ej kunde uppstå krelationsvis, d. v. s. utan någon slags rättslig medverkan från hans sida, så måste han i denna sin nödvändiga medverkan hafva varit ersatt genom någon af kontrahenterna. Härvid kan uppenbarligen icke *B* komma i fråga. Han handlar hela tiden för sin egen räkning. Han säljer först saken och erhåller så en fordran på köpesumman. Därefter gör han sig af med denna fordran till *T*. Det är omöjligt, att han därvid kan vara *T*:s ställföreträdare, hvilket ej skulle innebära något annat än den juridiska orimligheten,

att *B* för *T*:s räkning kontraherade med sig själf. För öfrigt är ju detta alternativ ur räkningen, efter hvad som redan i första afdelningen af framställningen utredts om skillnaden mellan tredjemansaftalet och det aftal, hvori löftesmottagaren tjänstgör som tredjemans ställföreträdare. Återstår sålunda gäldenären. Om honom *kan* man faktiskt säga, att han ersätter en handling från *T*:s sida. *G*. handlar ej hela tiden objektivt sedt för sin egen räkning, såsom gäldenär — köpare. Härtill hör nämligen blott, att han för äganderätten till saken åt *B* upplåter en fordran på köpesumman. Är det nu tämligen likgiltigt för *G* såsom gäldenär, om *B* eller *T* är hans fordringsägare, och är *G*:s medverkan ej rättsligen af behovet påkallad, för att *B* skall kunna öfverflytta sin borgenärsrätt på en annan person, så måste det äfven ligga nära till hands att säga, det *G*, försåvidt hans rättsliga handlande utöfver hans ställning såsom köpare kommer att ha omedelbar rättsverkan för tredjeman, hvarför enligt vår förutsättning dennes medverkan är behöflig, faktiskt gjort en rättshandling af *T* själf öfverflödigt och sålunda handlat i hans ställe. Förhållandet blir kanske tydligast, om vi antaga, att *B* efter köpets afslutande till en början nöjer sig med att på vanligt sätt ha fordran på köpesumman för sin egen räkning. Efteråt besluter han emellertid att låta köpesumman erläggas åt *T* och det så, att denne själf skall få en fordran på beloppet mot *G*. *B*:s afsikt torde nu lämpligast preciseras sålunda, att han vill öfverflytta sin fordran på *T*, d. v. s. att han, om detta juridiskt är tillåtet, vill öfverlåta (cedera) sin fordran åt *T*. Kommer så en öfverenskommelse till stånd och erhåller densamma afsedd rättsverkan, så synes oss *G*:s rättsliga handlande i denna öfverenskommelse med nödvändighet till sin juridiska karaktär vara tudeladt: han handlar dels för egen räkning, i det han afgifver ett löfte till *B*, hvilket binder honom gent emot denne att prestera till *T*. Men dels handlar han äfven såsom *T*:s ställföreträdare, i det att *B*:s fordran genom den nämnda öfverenskommelsen har öfverlåtits till *T* och för en sådan rättsverkan *T* måste hafva kontraherat med *B* samt detta kontraherande i *T*:s frånvaro ej kan hafva utförts af någon annan än *G*.

Anse vi oss härefter befogade till påståendet, att gäldenärens handlande vid det berättigande tredjemansaftalet objektivt i viss

mån utgör ett ställföreträdande för tredjeman, så tro vi äfven, att hos gäldenären de nödvändiga subjektiva momenten existera, för att han skall kunna betecknas såsom en tredjemans negotiorum gestor. Betraktar man det nyssnämnda exemplet, hvari *B* först efter köpets afslutande förordnar om köpeskillingens utbetalning till *T*, så måste vid öfverenskommelsen härom *G* uppenbarligen vara medveten om att det är fråga om något, som i hvarje fall liknar och kan vara en öfvergång af fordringsrätten från *B* till *T*, samt att denne utan *G*:s rättshandling ej skulle göra något förvärf af rätten. En annan sak är, att *G* ej direkt tänker på, att han kanske tjänstgör som *T*:s ställföreträdare i juridisk mening. Men detta kan man ej rimligtvis begära af honom. En dylik fordran skulle innebära, att *G* måste hafva en viss teoretisk uppfattning af tredjemansaftalets juridiska natur. Säkert är — och det torde för vår konstruktion vara tillräckligt — att *G* är medveten om att hans »löfte» är nödvändigt, för att *T* skall blifva berättigad, samt att hans afsikt åtminstone eventuellt måste sägas gå ut på att vara *T*:s ställföreträdare, nämligen för det fall att han visste om, att detta vore nödvändigt, för att *T* skulle blifva berättigad utan att själf deltaga i kontrahenternas förhandlingar. Att detta äfven bör vara tillräckligt för att i vår konstruktion beteckna *G* såsom *T*:s ställföreträdande negotiorum gestor, torde ligga särskildt nära till hands att antaga, om man beaktar, att det är ett ytterst obetydligt moment under själfva handlingsförloppet, hvari vi vilja betrakta *G* som *T*:s ställföreträdare. Det är ju blott frågan om antagandet af *B*:s öfverlåtelseanbud. Denna *G*:s accept försvinner så att säga bland hans öfriga rättshandlingar, hvilket måste förefalla rimligt, på den grund att några nämnvärda reflexioner med afseende å den accepterande rättshandlingen knappast äro nödiga. *T* skall ju genom accepten blott erhålla en förmån. Om någon förpliktelse för honom är det ju ej tal. Det måste sålunda vara en tämligen själfklar sak, att *T*, om han varit närvarande, själf hade accepterat *B*:s anbud om öfverlåtelse af fordringen. — Härmed anse vi oss i vårt konstruktionsförsök hafva kommit så långt att, om de närmare konsekvenserna af att beteckna gäldenären såsom tredjemans ställföreträdande negotiorum gestor visa sig antagliga, det ej kan möta något hinder att vid konstruktionen af tredjemans rätt anlägga det föreslagna betraktel-

sesättet. Såsom något särskildt djärft i konstruktionsväg torde detta ej ens kunna betecknas. Vi hafva ju redan sett, huru man förut inom teorien sökt konstruera uppkomsten af tredjemans rätt genom att beteckna borgenären såsom tredjemans ställföreträdare¹⁾. Säkerligen kunde borgenären ej mera än gäldenären sägas vara medveten om sin ställföreträdande ställning. Tvärt om måste antagandet af ett dylikt ställföreträdarskap redan från borgenärens subjektiva ståndpunkt förkastas, eftersom borgenären här själf vill tilldela tredjeman något och sålunda uppenbarligen ej vill vara hans ställföreträdare, hvilket ju dessutom, efter hvad som ofvan framhållits, är en rättslig omöjlighet²⁾. Att däremot gäldenären ej har någon åstundan att gent emot tredjeman framstå såsom den där själf upplåter något åt honom, är klart däraf att mellan dem båda ej existerar någon rättslig causa.

Den tanken, att gäldenären vid tredjemansaftalet vore att uppfatta såsom tredjemans negotiorum gestor, är ingalunda ny, om äfven utnyttjandet af densamma i den mening och i den utsträckning, som vi här föreslagit, ej förut erhållit någon förespråkare. Redan i den romerska rätten fick tredjemans rätt vid vissa aftal om prestation till honom sin förklaringsgrund, däri genom att gäldenären ansågs hafva oanmodad ombesörjt en tredjemans angelägenhet. Om *G* mottog en sak af *B* för att öfverlämna densamma åt *T*, så erhöll denne emot *G* en actio negotiorum directa. I l. 5 § 4 (6 § 2) D. de neg. gest 3, 5 heter det: Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestor mihi actio adversus eum competit. Att den, som helt ensidigt gör till sin uppgift att söka genomdrifva kreationsteoriens erkännande och att för detta ändamål söka bevisa dess giltighet redan i den romerska rätten, skall vilja sätta sig öfver det anförda källstället med en enkel förklaring, att detsamma angår något, som ej är ett verkligt tredjemansaftal, kan man förstå.

¹⁾ Jfr ofvan om SAVIGNYS, ZANUS och EHRENBERGS konstruktioner.

²⁾ Jfr ofvan s. 170 samt betydelsen af de Zimmermanska kriterierna för skillnaden mellan tredjemansaftalet och ett kontraherande genom ställföreträdare.

Detta är UNGERS¹⁾, GAREIS'²⁾ och HELLWIGS³⁾ uppfattning och behandling af det citerade stället. WINDSCHEID åter framhåller detsamma såsom bevis för att det berättigande tredjemansaftalet af den i citatet omnämnda typen redan i den romerska rätten erhållit giltighet⁴⁾. Emellertid synes äfven WINDSCHEID närma sig de nämnda författarnas ståndpunkt. Egentligen, säger han, hörde ej fallet hit, enär ej gäldenärens löfte hade betydelse för hans förpliktelse mot tredjeman, utan denna grundade sig på »die Tatsache des Ansichnehmens in der Absicht der Herausgabe». Orsaken till att WINDSCHEID likväl anser sig böra betrakta den i det romerska källstället afsedda rättsfiguren såsom »Vertrag auf Leistung an einen Dritten» är nu den, att han eljest såge sig nödsakad att från tredjemansaftalet, strängt taget, utesluta den gamla doktrinen hithörande viktigaste fall, donatio sub modo samt depositionsaftalet med klausulen om det deponerades utgifvande till tredjeman. Huru nu WINDSCHEID, som hänför dessa fall till de berättigande tredjemansaftalen, — oakadt han uttryckligen riktat uppmärksamheten på det omtalade källställets tillämplighet på dem — likväl kan förklara, att den allena träffande konstruktionen för uppkomsten af tredjemans rätt vore, att detsamma ansågs frångå ur kontrahenternas aftal som sådant, är svårattligt nog⁵⁾. Följden af WINDSCHEIDS resonemang skulle blifva, att vid de nämnda fallen tredjeman skulle kunna göra sin fordringsrätt mot gäldenären gällande med stöd af två olika rättsgrunder. Han skulle dels kunna fordra sakens utfående medelst en actio negotiorum gestorum directa och dels på grund af det anspråk som tredjemansaftalet i och för sig enligt kreationsteorien skulle förläna honom. Men att kreationen vid det berättigande tredjemansaftalet skulle vara så gifven, att tredjeman äfven i onödan erhöle en rätt på denna väg, måste väl förefalla ganska oantagligt⁶⁾.

HELLWIG har om det nämnda romerskrättsliga ställets innebörd en uppfattning, som, enligt vårt förmenande utan fog, högst

¹⁾ J. J. 10 s. 46 n. 55.

²⁾ GAREIS, a. a. s. 130.

³⁾ HELLWIG a. a. s. 37 f.

⁴⁾ WINDSCHEID § 316 n. 7 a.

⁵⁾ Se WINDSCHEID § 316 a vid n. 9.

⁶⁾ Jfr HELLWIG a. a. s. 38, samt här nedan.

betydligt begränsar detsammas räckvidd. Han menar, att det blott omfattade sådana fall, hvori något själfständigt aftal mellan borgenären och gäldenären aldrig ingåtts, utan den senare uteslutande aftalar såsom tredjemans negotiorum gestor. HELLWIG anser nämligen att, om ett själfständigt mandataftal hade ingåtts mellan borgenären och gäldenären, så måste l. 22 § 10 D. mand. 17, 1 lägga hinder i vägen för att tredjeman skulle kunna erhålla en aktio neg. gest. mot gäldenären. Ty enligt detta ställe erhöle ju borgenären själf en *den nämnda actio uteslutande actio mandati* mot gäldenären på sakens utgifvande åt tredjeman. Dessutom skulle vid en tillämpning af c. 8 C. 3, 42 (deponering eller lån af tredjemans sak) den vidsträcktare tolkningen af l. 5 § 4 D. 3, 5 föra till den af WINDSCHEID intagna orimliga ståndpunkten, enligt hvilken tredjeman kunde vända sig emot gäldenären vare sig med en actio neg. directa eller en actio depositi utilis och på detta sätt göra honom ansvarig än för culpa lata än för culpa levis¹⁾. Till sist finner HELLWIG, att ordalydelsen i det ifrågavarande stadgandet, »rem perferendam acceperit», ej tyder på något mandataftal, men väl passade på det fall, att gestorn af innehafvaren af en sak (t. ex. en kvarglömd paraply) läte gifva sig denna för att öfverlämna densamma åt sin vän ägaren. Beträffande det sista argumentet är det väl säkert, att det nämnda exemplet omfattas af ordalydelsen i l. 5 § 4 etc., men lika gifvet synes det oss vara, att, om borgenären med gäldenären i och för sakens öfverbringande afslutit ett mandataftal, en tillämpning af stället därför ingalunda kan vara utesluten på grund af de i källstället använda ordalagen. Enligt vårt förmenande ligger tvärtom det antagandet närmast till hands, att om *G* af *B* mottagit en sak för att bringa densamma till *T*, så har han i regeln ej själf tagit initiativet till sakens forslande, utan blifvit härtill anmodad af *B* och handlar sålunda efter *B*:s uppdrag. Jämförelsen mellan l. 5 § 4 etc. med de båda öfriga af HELLWIG anförda ställena kan väl knappast vara af någon afgörande betydelse. De ha alla olika författare och hafva tillkommit på olika tider. Beträffande c. 8 C. 3, 42 så kan om denna jämförelse sägas, att äfven om den vore befogad, så kunde däraf ingalunda slutas, att man åt l. 5 § 4 etc. måste gifva en sådan

¹⁾ Jfr texten här ofvan vid föregående not.

inskränkt tolkning, som HELLWIG förfäktat. Resultatet af jämförelsen skulle blott blifva, att för deponering och lån af en tredjeman tillhörig sak, med bestämmelsen om dennas utgifvande till honom, i och med c. 8 C. 3, 42 gifvits ett specialstadgande, som uteslöt en tillämpning af den allmänna rättsregeln i l. 5 § 4 etc. för just dessa båda tredjemansaftals räkning. Angående åter HELLWIGS åberopande af l. 22 § 10 etc. till stöd för sin åsikt så kunna vi för vår del ej finna, att stadgandet kan hafva afseende å ett mandatsaftal af typen l. 5 § 4 etc.¹⁾ HELLWIG vill för sin åsikt äfven hänvisa till uttalanden af KOHLER. Denne säger emellertid blott, att borgenärens actio mandati *vanligen går före* tredjemans actio neg. gest.²⁾ Att KOHLER menar, att verkligen tredjemans actio neg. gest. existerar bredvid borgenärens actio mandati, framgår ganska tydligt däraf att han just vill härleda fraktaftalets rättsverkningar ur l. 5 § 4 etc.³⁾ Visserligen menar han, att man därvid stöter på den svårigheten, som ligger däri, att afsändarens actio mandati enligt l. 22 § 10 etc. bör hafva företrädet framför adressatens actio neg. gest., så att dennes anspråk aldrig blefve oberoende af afsändarens befogenhet att återkalla uppdraget, men han måste likväl anses i denna fråga markera en helt annan ståndpunkt än HELLWIG⁴⁾.

¹⁾ l. 22 § 10 D. 17, 1 har denna lydelse: Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius Ofilius Labeo responderunt his qui praesentes fuerunt competere adversus eum mandati actionem, his autem qui absentes fuerunt negotiorum gestorum actionem esse. Atquin si praesentium mandatum exsecutus id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori, tamquam si negotia absentium gesserint: quod si, cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint.

²⁾ KOHLER, die Menschenhülfe im Privatrecht, i J. J. Bd 25 s. 78 f.

³⁾ KOHLER, l. c. s. 125 f.

⁴⁾ Huru vidt KOHLER skiljer sig från HELLWIG ifråga om inverkan af l. 22 § 10 etc. på tolkningen af l. 5 § 4 etc. framgår af hans resonemang l. c. s. 125 f.: »der Destinatar, an dessen Adresse der Transportvertrag gerichtet ist, konnte als dominus negotii, der Frachtführer als Gestor behandelt werden: der Destinatar hatte daher einen direkten Anspruch auf das Frachtgut, das Problem des Transportvertrages in favorem tertii war gelöst — allerdings noch nicht in vollkommener Weise. Der Verkehr verlangt, dass der Destinatar mit einem bestimmten Zeitpunkte gegen den Frachtführer einen Anspruch erlangt, unabhängig von dem Revocationsrechte des Absenders, dass er ihn erlangt vor Vollaussführung des Frachtauftrages, vor

HELLWIGS hela diktan och traktan går i det ifrågavarande spörsmålet — synes det oss — ut på att få fastslaget, att vid fraktaftalet, ett tredjemansaftal af stor praktisk betydelse, tredjemans rätt redan i romerska rätten vore uppkommen creationsvis genom en *actio utilis*. Eljest måste det vara svårt att förstå, huru HELLWIG kan undgå att finna l. 5 § 4 etc. tillämplig på detta aftal samt inränga detsamma under bestämmelsen i c. 8 C. 3, 42, som handlar därom, att *B* deponerar eller lånar *G* en *T* tillhörig sak, hvilken *G* har att utgifva till *T*.

Det ligger naturligtvis i öppen dag, att den ifrågavarande romerskrättsliga konstruktionen af tredjemans rätt att fordra den utlofvade sakens utfående af gäldenären, ehuru han äfven här betecknas såsom en *negotiorum gestor*, i mycket väsentlig mån afviker från den af oss föreslagna. För oss var gäldenären blott en *ställföreträdande negotiorum gestor*, hvilkens rättshandling för tredjemans räkning inskränkt sig till accept af ett (rent lukrativt) öfverlåtelseanbud. I l. 5 § 4 etc. är det fråga om en *gestor*, som utför en hel serie fysiska handlingar till tredjemans hjälp. Han mottager saken, vårdar densamma och fortskaffar den åt tredjeman ¹⁾. Enligt sakens natur kan i det exempelvis använda fall, hvarifrån vi i vårt konstruktionsförsök utgått, det ej vara fråga om möjligheten att tillämpa den romerska konstruktionen. I vårt exempel saknas nämligen det nödvändiga reela underlaget för en sådan konstruktion, nämligen utgifvandet af

Üebergabe der Waare. Nach den Grundsätzen der Negot. Gestio aber, wie sie oben S. 78 f. entwickelt wurden, müsste man sagen: im Widerstreit zwischen *actio mandati* (bezw. *ex locato conducto*) und zwischen der *actio neg. gestorum directa* geht die erstere vor, da die Gestio nach Massgabe des Auftrags übernommen wurde (vergl. fr. 22 § 10 mand. und oben S. 79). Man müsste daher im Widerspruch mit dem Gestionsrechte von einem bestimmten Zeitpunkte an die *actio neg. gest. directa* prävaliren lassen, um den Postulaten des Verkehrs zu entsprechen — diese Postulate aber befriedigen sich auf die einfachste Weise durch Aufstellung des Vertrags zu Gunsten Dritter. Dies ist die Construction des heutigen Rechts. Immerhin war die römische Construction ein Aushülfsmittel, und ein Aushülfsmittel dessen sich die Römer bedienen konnten, um in ihrer Sphäre die Rechte des Adressaten gegenüber dem Frachtführer zu regeln, fr. 5 § 4 de neg. gest. ¹⁾

¹⁾ Skillnaden framstår klarast genom den tyska terminologien: Stellvertretung ohne Vollmacht å ena samt Geschäftsführung ohne Auftrag å den andra sidan.

borgenären till gäldenären af den sak, som denne har att prestera åt tredjeman. Spörsmålet blir emellertid nu, om vi i sådana tredjemansafstal, som till typen bestå däri att borgenären utlämnar till gäldenären en sak, som denne åter har att utgifva till tredjeman, såsom fraktaftalet, deponering och utlåning af en tredjeman tillhörig sak o. s. v., böra tillämpa den i l. 5 § 4 etc. innehållna grundsatsen. Vi förmena, att detta spörsmål bör besvaras nekande. Om nämligen sakens utlämnande åt gäldenären för vidare befordran åt tredjeman sker i samband med ett verkligt aftal mellan honom och borgenären såsom mandat eller arbetsbeting, depositum o. s. v., så måste enligt vårt förmenande sägas, att gäldenärens rättigheter och skyldigheter med afsende på den ifrågavarande sakens presterande åt tredjeman redan äro fullt reglerade genom det nämnda aftalet. Och i enlighet härmed måste sägas, att han fullgör prestationen till tredjeman såsom borgenärens mandatar, depositar o. s. v., men ingalunda såsom tredjemans negotiorum gestor. Det är för borgenären, som gäldenären handlar, och ej för tredjeman. Att låta gäldenären intaga den dubbla ställningen af t. ex. mandatar och neg. gestor i romerskrättslig mening kan blott från praktisk synpunkt hafva berättigande, nämligen för att grunda en själfständig fordran åt tredjeman att utfå saken. Den klassiska jurisprudencen kände ej någon annan utväg för att låta en fordringsrätt uppstå för tredjeman. I denna belysning hafva vi att betrakta den meromtalade romerska rättsregeln. — Den ställföreträdande negotiorum gestio åter, som vi velat uppkonstruera för att förmedla öfvergången af en fordringsrätt från borgenären till tredjeman, ligger fullkomligt skild från det mellan gäldenären och borgenären bestående aftalet. Det är en fullt fristående rättshandling, som gäldenären utför *utöfver* sitt handlande som borgenärens medkontrahent. Då vi nu vilja tillämpa vår konstruktion äfven på de ifrågavarande aftalen af den romerska rättsregelns typ, så möter oss en olikhet mellan dessa aftal och det exempel, som vi i början valde till utgångspunkt: *B* säljer en sak till *G*, hvarvid det öfverenskommes, att köpesumman skall betalas till *T*, som erhåller en motsvarande fordran mot *G*. I detta exempel konstruerade vi öfvergången af en vanlig fordran från *B* till *T*. Samma konstruktion kan vid de nu ifrågavarande aftalen ej användas, ty någon fordran uppkommer ju ej för *B*

på prestation till honom själf. Efter hvad i annat sammanhang framhållits ¹⁾, är nämligen det utmärkande draget vid dessa aftal just, att de ej för tanken låta uppdelas sig i ett hufvud- eller grundaftal, enligt hvilket prestationen skall utgöras till borgenären själf, samt ett biaftal om dess utförande åt tredjeman. Men det samma kan, något som vi likaledes i det sammanhanget betonade, sägas om de flesta af tredjemansaftalets olika arter: gäldenärens skyldighet måste från början tänkas gå ut på att prestera till tredjeman. I enlighet härmed kan borgenärens anspråk vid dessa aftal redan från början blott bestå i att fordra prestationen åt tredjeman. Icke förty måste vår konstruktion om öfverlåtelse af borgenärens fordringsanspråk till tredjeman genom gäldenären såsom den senares ställföreträdare vara fullt lika berättigad som i vårt utgångsexempel. Detta blir ju en gifven följd däraf att — såsom på annat ställe i afhandlingen framhållits ²⁾ — intet hinder bör kunna möta, för att äfven ett sådant borgenärens fordringsanspråk som det ifrågavarande kan öfverlätas, och det just till tredjeman, som är destinatär för den prestation, som innehålles i anspråket. — Emellertid anse vi ej, att den antydda skillnaden, om också obetydlig, vid konstruktionen för de båda grupperna af tredjemansaftal behöfver upprätthållas. I vårt utgångsexempel opererade vi med öfvergången af ett vanligt fordringsanspråk, enär detta här var möjligt och mera ägnadt att gifva klarhet i konstruktionsfrågan. Nödvändigt är det emellertid icke att i detta exempel antaga öfverlåtelsen af ett dylikt fordringsanspråk. Äfven här ligger det kanske lika nära till hands att låta ett anspråk af det andra slaget öfvergå till tredjeman: borgenären öfverlåter äganderätten till saken, mot det att gäldenären betalar en viss summa till tredjeman. Formulerar man det så, kommer gäldenärens förpliktelse genom accepten af köpeanbudet från början att gå ut på en prestation till tredjeman.

Af särskildt intresse torde i detta sammanhang vara att taga del af en konstruktion, som i vår tid gjorts efter den romerka regelns i l. 5 § 4 etc. föredöme beträffande ett särskildt slag af tredjemansaftal, nämligen lifförsäkringsaftalet. Vi syfta på en uppsats af SCHERER: »Unterliegt die Lebensversicherungs-

¹⁾ Jfr ofvan s. 88 ff.

²⁾ Jfr ofvan s. 34 f.

summe dem Zugriff der Gläubiger?»¹⁾ SCHERER finner det ej vara tillräckligt, att man med stöd af positiv rätt kan påstå, att tredjeman erhåller en själfständig fordringsrätt. För lösningen af de många viktiga kontroverser, som uppstå i fråga om rättsverkningarna af lifförsäkringsaftalet, anser han det vara nödvändigt att känna dettas inre väsen och vill för detta ändamål söka förebringa en juridisk konstruktion, enligt hvilken tredjemans rättsställning låter bestämma sig. Innebörden af SCHERERS konstruktion är den, att försäkringsbolaget såsom tredjemans negotiorum gestor mottager premiebeloppen af försäkringstagaren (enligt SCHERER försäkraren), hvilken vill skänka desamma åt tredjeman. Bolaget förvärfvade nu besittning och äganderätt till de inbetalta premiebeloppen för tredjemans räkning. Dennes ratihabition hade återverkande kraft, så att det måste betraktas, såsom om han från början varit besittare och ägare till de skänkta premiebeloppen, resp. deras ekvivalent²⁾. Beträffande ett dylikt konstruktionsförslag måste väl först och främst sägas, att det ej — såsom SCHERER förmenar — kan finna något stöd i det så ofta anförda romerska källstället l 5 § 4 de neg. gest. 3, 5. Något tvifvel torde knappast kunna uppstå om riktigheten af att påstå, att detta ställe har afseende å utlämnandet åt tredjeman af alldeles samma vara, till sin beskaffenhet generisk eller individuell, som gestorn af mandanten, lokatorn o. s. v. för vidare befordran mottagit. Och en sådan extension af stadgandets tillämpning eller kanske rättare analogisk tolkning af desamma, hvilken måste ligga i SCHERERS konstruktionsförslag, synes oss ej heller vara ägnad att kunna få någon användning vid lifförsäkringsaftalet. Att betrakta bolaget som tredjemans negotiorum gestor i förvaltningen af de för hans räkning uppburna premiebeloppen kan ej verka annat än ytterst förkonstladt. Ty den talan, som tredjeman kan få emot bolaget, hämtar ju helt och hållet sitt innehåll från försäkringstagarens aftal med bolaget. I enlighet med detta går tredjemans anspråk ut på ett visst bestämdt belopp, alldeles oberoende af storleken på sammanlagda summan af premiebeloppen. Skulle åter institutet neg. gestio i den mening, som SCHERER föreslagit, vara nor-

¹⁾ I J. J. Bd 20 s. 149—200.

²⁾ SCHERER l. c. s. 188 ff.

merande för tredjemans anspråk, så måste ju detta regleras efter summan af de inbetalta premierna med normala räntor. Och en sådan lösning kan det ju vid liffförsäkringsaftalet ej vara fråga om. Att romarne kunde, trots det att ett verkligt mandat-aftal eller arbetsbeting var ingånget mellan borgenären och gälldenären, förlåna tredjeman en *actio negotiorum gestorum*, låter i förevarande afseende förklara sig, därigenom att principalen (tredjeman) vid de aftal, å hvilka den romerska rättsregeln kunde tillämpas, erhöll en talan af samma innehåll som borgenärens.

De af SCHERER befarade kontroverserna vid liffförsäkringsaftalet, framför allt den tvistefrågan, om det ej kan förekommas, att försäkringssumman vid den försäkrades död kommer att tillfalla hans kvarlåtenskap, erhålla emellertid samma goda lösning äfven utan en sådan uppfattning af försäkringsaftalet, som den af SCHERER förfäktade. Den af oss föreslagna konstruktionen har nämligen äfven för liffförsäkringsaftalet giltighet. I sitt aftal med bolaget erhåller nämligen försäkringstagaren ett anspråk på prestationsuppfyllelse mot bolaget. Detta anspråk öfvergår nu till tredjeman, i det att anbudet om en sådan öfverlåtelse accepteras af bolaget såsom tredjemans ställföreträdare. Härtill inskränker sig äfven bolagets verksamhet såsom tredjemans *negotiorum gestor*, och däri ligger just styrkan och fördelen af vår konstruktion ¹⁾.

¹⁾ SCHERER synes mena, att hans konstruktion af tredjemans rätt vid liffförsäkringsaftalet kunde vara af betydelse för det berättigande tredjemansaftalet i allmänhet. (Se rubriken till § 4 i SCHERERS uppsats samt följande *passus* å s. 152: »Ihre Beantwortung (afser frågan i uppsatsrubriken) steht im innersten Zusammenhang mit dem Wesen dieses Vertrags (liffförsäkringsaftalet) und überhaupt des Vertrags zu Gunsten Dritter»). Det torde emellertid vara ganska klart, att den af SCHERER föreslagna konstruktionen blott kan vara tillämplig på tredjemansaftal af transportaftalets typ. Kommer man utanför dessa, torde en *negotiorum gestio* kunna ifrågakomma blott i den form vi föreslagit densamma. Att emellertid någon dylik tanke ej föresväfvar SCHERER, torde framgå af följande not å s. 190: »Auf diesem Boden wäre auch die juristische Konstruktion der *donatio sub modo* gewonnen. A. schenkt dem B. 1) 1000 M. und behändigt demselben 2) zugleich weitere 500 M. mit dem Auftrag sie einem Dritten abzuliefern; 1. 6 § 2 D. de neg. gest. 3. 5. B. erwirbt alsdann als Vertreter des Dritten an diesen 500 M. Besitz. Der Dritte rathabirt diesen Besitzerverb; deshalb müssen ihm dieselben ausgeliefert werden. — Hat nun A. die 1500 M. nicht in baarem Gelde, sondern in einem untheilbaren Hause, so wäre es unbillig, ihm des-

Kunna vi sålunda ej gilla SCHEERERS konstruktion, så har denna dock så till vida för oss haft betydelse, som den kraftigt stödt oss i vår egen uppfattning, att den förmedlande länken för uppkomsten af tredjemans rätt är att söka i gäldenärens person. Ett sådant stöd för vår åsikt hafva vi äfven funnit hos KOHLER, hvilkens uppfattning af det bekanta romerska källstället i annat sammanhang framhållits ¹⁾. I hans där omnämnda uppsats, »die Menschenhilfe im Privatrecht», finnes följande allmänna uttalande: »Aber auch nach anderer Richtung hat das Institut Ansätze zu gedeihlicher Weiterentwicklung geboten. Geschäfte zu Gunsten Dritter konnten sich unter die Kategorie der negot. gestio bergen; man konnte den Verpflichteten als einen Gestor des Dritten behandeln, und der Dritte hatte die act. neg. gest., dies namentlich, wenn es sich um einen Transport an einen bestimmten Destinatär handelt etc» ²⁾. Äfven om KOHLER företrädesvis har i sikte en tillämpning af grundsatsen i l. 5 § 4 etc., så bör uttalandet i sin allmänna affattning också anses häntyda på den af oss föreslagna konstruktionen. Ty såsom något annat än *stüllföretredande* negotorium gestor kan gäldenären omöjligen betraktas vid alla de tredjemansaftal, hvori borgenären ej öfverlämnar en sak till gäldenären för att af denna befordras till tredjeman.

Betrakta emellertid sålunda både KOHLER och vi — låt vara i olika afseenden — fraktföraren såsom mottagarens negotiorum gestor, så hafva vi att beträffande den svenska doktrinen beakta en konstruktion af fraktaftalet, som går så att säga i rakt motsatt riktning: såväl fraktföraren som mottagaren betraktas i denna som afsändarens fullmäktige. Vi syfta på HAMMARSKJÖLDS af-

halb die Zuwendung von 500 M. an C. untersagen zu wollen. Hier giebt ihm der Gesetzgeber in der Form der donatio sub modo ein abgekürztes Verfahren an die Hand.» Att såsom juridisk konstruktion för uppkomsten af tredjemans rätt här åberopa grundsatsen i l. 5 § 4 (6 § 2) etc. saknar allt fog. Det längsta man kan komma till i fråga om B. såsom C:s negotiorum gestor är, att han i denna egenskap accepterar A:s anbud om öfverlåtelse åt C. af det för A. uppkomna anspråket.

¹⁾ Se ofvan sid. 176.

²⁾ J. J. Bd 25 s. 125.

handling »Om fraktaftalet och dess viktigaste rättsföljder». HAMMARSKJÖLD anser nämligen »den slutsatsen vara berättigad, att man vid fraktaftalet i allmänhet hade att tänka sig afsändaren såsom assignant, fraktföraren såsom assignat och mottagaren såsom assignatarie»¹⁾, och i enlighet härmed vore såväl mottagaren som fraktföraren att betrakta såsom afsändarens ställföreträdare. Den förre hade fullmakt att mottaga transportobjektet för afsändarens räkning, den senare åter att för dennes räkning utgifva detsamma till mottagaren. Vi vilja gifva HAMMARSKJÖLD rätt i att analogien mellan fraktaftalet och anvisningen är påfallande, men vi bestrida, att därför fullmaktskonstruktionen vid fraktaftalet är riktig. Och vårt skäl är, att anvisningen innebär lika litet någon assignantens fullmakt för assignataren som för assignaten. Att den senare ej bör betraktas såsom assignantens befullmäktigade ombud, därom äro, så vidt vi veta, meningarna ej delade, sedan LENEL gjort försök att bevisa detta i sin bekanta afhandling »Stellvertretung und Vollmacht»²⁾. Knappt något har så fördunklat läran om anvisningens väsen, säger LENEL, som dess betecknande som ett dubbelmandat, och man måste därför väl akta sig att numera, fullföljande en lära i samma riktning, betrakta anvisningen som en dubbelfullmakt³⁾. Assignaten betalade nämligen ingalunda för assignantens räkning utan i eget namn i afräkning på det mellan honom och assignanten bestående betäckningsförhållandet. Men grunden till att assignatens betalning hade inverkan på det mellan honom och assignanten bestående rättsförhållandet, kan LENEL blott förklara därmed att assignataren å sin sida mottager betalningen i enlighet med en honom af assignanten meddelad inkassofullmakt. För att assignatens betalning skulle hafva afsedd verkan på betäckningsförhållandet, måste han låta denna sin afsikt komma till uttryck vid betalningen; i och med detta gjorde han assignataren uppmärksam på att denne borde taga emot betalningen just såsom assignantens ställföreträdare på grund af den i anvisningen meddelade fullmakten⁴⁾. Detta resonemang är oss emellertid omöjligt

¹⁾ HAMMARSKJÖLD a. a. s. 192.

²⁾ J. J. Bd 36, s. 113 ff. Se äfven HELLOWIG a. a. s. 100. HUPKA, die Vollmacht, s. 75 ff.

³⁾ LENEL l. c. s. 116.

⁴⁾ LENEL l. c. s. 115 ff.

att gå med på. Af hvad som redan i annat sammanhang yttrats emot HELLWIGS uppfattning af tredjeman såsom borgenärens befullmäktigade mottagningsombud vid det icke berättigande tredjemansaftalet torde äfven kunna framgå, att anvisningen icke kan innehålla någon fullmakt för assignataren¹⁾. För gendrifvande af LENELS uppfattning om anvisningens juridiska karaktär skola här våra synpunkter närmare utvecklas. Som redan i det nämnda sammanhanget antydts, har LENEL själf — med full rätt — förfäktat den åsikten, att det är något, som ej har med begreppet fullmakt att göra, huruvida en person undfått besittningen till en sak såsom ställföreträdare för en annan eller icke²⁾. I enlighet härmed kan den i anvisningen förment innehållna fullmakten ej gå ut på att assignataren förvärfvade besittningen och äganderätten till assignatens prestation för assignantens räkning. Detta påståande vore ju för öfrigt redan vid en ytlig betraktelse omöjligt, af det praktiska skälet att assignataren i de allra flesta fall själf omedelbart blifver ägare till det, som assignaten utgifvit åt honom. För att nu likväl kunna urgera uppfattningen, att anvisningen vore en inkassofullmakt, säger LENEL, att assignataren vore fullmäktig ställföreträdare »bloss in Bezug auf das Kausalverhältnis, das mittels der Leistung an ihn geknüpft oder gelöst werden sollte nicht in Bezug auf die durch diese »Vollzugsleistung« unmittelbar bewirkte Vermögensverschiebung»³⁾. Emot denna sats anse vi följande resonemang vara fullt befogadt. Att någon uttrycklig fullmakt i anvisningen ej finnes meddelad för assignataren, är ju ett uppenbart faktum. Det torde äfven vara gifvet, att en stillatigande fullmakt blott kan antagas vara meddelad, om densamma skulle kunna vara af någon rimlig betydelse i afseende å den rättsverkan, som LENEL åsyftar. Sådan betydelse måste emellertid fullt bestämdt fränkännas den af LENEL föreslagna fullmakten. Ty det s. k. betäckningsförhållandet röner afsedt inflytande af assignatens prestation till assignataren på grund af detta förhållandes egen rättsliga beskaffenhet, på alldeles samma sätt som gäldenären vid det icke berättigande tredjemansaftalet blef fri från sin förpliktelse, när han presterade till tredjeman,

¹⁾ Jfr ofvan s. 85 ff.

²⁾ LENEL l. c. s. 42 ff. Se särskildt s. 96.

³⁾ LENEL l. c. s. 114.

enär hans prestationsskyldighet enligt det mellan honom och borgenären bestående rättsförhållandet just gick ut på att gäldenären skulle prestera till tredjeman. Äfven vid anvisningen förhåller det sig i stort sedt så, att ett rättsförhållande mellan assignanten och assignaten existerar ¹⁾, enligt hvilket den senare är förpliktad att mot den förres »anvisningar» utbetala penningar intill ett visst belopp åt tredje personer, antingen med den rättsverkan att de utbetalta summorna skola gå i afräkning på assignatens skuld till assignanten eller ock så att dennes skuldkonto hos assignaten i samma proportion ökas. — Men äfven af ett annat skäl förmäna vi, att LENELs konstruktion af anvisningen är oriktig. Vi anse nämligen, att själfva fullmaktsbegreppet här enligt sakens natur är rättsligen omöjligt att antaga. Att assignataren vore assignantens ställföreträdare i afseende på en rättshandling, som hade inverkan på ett mellan den senare och assignaten bestående kausalförhållande, måste förutsätta, att assignataren hade kännedom om den detta förhållande reglerande causan. Man får nämligen ej förlora ur sikte, att assignataren enligt LENEL skall vara befullmäktigad just blott att för assignantens räkning åstadkomma ändring i kausalförhållandet mellan denne och assignaten. Att assignataren nu i regeln saknar den ifrågavarande kännedomen, torde vara klart nog, och erkännes äfven utaf LENEL. Denne bestrider emellertid, att en dylik kännedom om betäckningsförhållandets karaktär vore nödvändig för assignataren, för att han skall kunna anses ställföreträda assignanten. Ställföreträdarskapet vore gifvet därmed att assignaten meddelade assignataren, att han betalade på assignantens anvisning. Att detta vore tillräckligt, menar LENEL, framginge tillräckligt tydligt af inkassofullmakten i dess vanliga form, hvarvid ombudet kunde vara okunnig om arten af den causa, i och för hvilken han uppbar beloppet ²⁾. Häremot har HUPKA i sitt arbete, die Vollmacht, utfört en enligt vårt förmenande träffande polemik, hvori vi för vår del vilja instämma. »Es muss entschieden bestritten werden», säger HUPKA, »dass in der Bezugnahme des Delegaten auf die ihm erteilte Anweisung ein Hinweis

¹⁾ Vi skola omedelbart här nedan visa, att detta rättsförhållande alltid grundar sig på ett tredjemansafstal.

²⁾ LENEL l. c. s. 115 f.

auf das Deckungsverhältnis liegt. Indem der Angewiesene zu erkennen giebt, dass er über Anweisung leiste, bezeichnet er die formale Veranlassung seiner Leistung an den Delegatar, nicht aber auch den materiellen Zweck, den er mit der Erfüllung der Anweisung dem Deleganten gegenüber verfolgt; diese Zweckbestimmung ist ein reines Internum zwischen ihm und dem Deleganten, das den Delegatar gar nichts angeht. Enthält nun aber die Hingabe »auf Anweisung« keine Bezugnahme auf die Deckungscausa, dann kann auch in der Annahme seitens des Delegatars keine Vertretungshandlung des letzteren hinsichtlich des Deckungsverhältnisses erblickt werden. Wenn LENEL meint, es stehe der Annahme einer solchen Stellvertretung nicht im Wege, dass der Assignatar von dem individuellen Charakter des Deckungsverhältnisses sehr häufig keine Wissenschaft habe, so muss dem wohl widersprochen werden: Eine Stellvertretung ohne Kenntnis des Gegenstandes der Vertretung giebt es nicht. Die selbstverständlich immer vorhandene Überzeugung des Delegatars, dass der Delegat die Anweisung nicht ohne materiellen Grund honoriere, genügt durchaus nicht, um ihn zum Stellvertreter des Deleganten in der Begründung eines bestimmt gearteten Deckungsverhältnisses zu stempeln»¹⁾. — Är härmed ohållbarheten af LENELS fullmaktskonstruktion gifven, så återstår oss spörmålet om assignatens rättsliga ställning. Såsom ofvan nämnts betraktade HAMMARSKJÖLD äfven denne såsom assignantens befullmäktigade ombud. Detta bestreds, som vi likaledes haft tillfälle att se, energiskt af LENEL. Dennes argumentering bör emellertid ej för oss kunna hafva full giltighet, eftersom han dock till sist grundar rättsverkan af assignatens prestation till assignanten för

¹⁾ HUPKA, die Vollmacht, s. 79 f. HUPKA bemöter äfven, i en not å s. 80, det af LENEL anförda argumentet, att äfven inkassofullmäktigen kunde vara i okunnighet om arten af den causa, i och för hvilken man betalade till honom. »Der Inkassobevollmächtigte empfängt die Leistung mit ihrer kausalen Bestimmung als Schuldzahlung an den Machtgeber, der Delegatar hingegen hat möglicherweise von der Beschaffenheit des Deckungsverhältnisses gar keine Kenntnis: er weiss nur, dass ein solches Verhältnis besteht; was aber die Leistung des Delegaten in diesem Verhältnis bedeutet, ob sie Schuldzahlung, Kreditgewährung, Schenkung, Vorschuss etc. ist, weiss er nicht und braucht er auch nicht zu wissen.» — Angående skillnaden mellan inkassofullmakten och anvisningen se här nedan.

betäckningsförhållandet därpå att assignataren uppbär den nämnda prestationen som assignantens ombud. Beaktar man nämligen, att det vid anvisningen är fråga om två så att säga fullt likvärdiga rättsförhållanden, betäcknings- och valutaförhållandet, hvilka båda i lika hög grad påverkas genom assignatens prestation till assignataren, så bör det äfven vara en nödvändig konsekvens, att rättsverkan af prestationen för båda rättsförhållandena får med hvarandra analoga förklaringar. Kunna verkningarna i betäckningsförhållandet blott förklaras genom att antaga en fullmakt för assignataren, så måste man äfven liksom HAMMARSKJÖLD grunda verkningarna i valutaförhållandet därpå att äfven assignaten är assignantens ställföreträdare. Och å andra sidan, om vi anse oss hafva förebragt tillräckliga skäl för att assignataren icke kan betraktas såsom assignantens fullmäktig, så bör äfven den tanken ligga oerhördt nära till hands, att detsamma äfven måste sägas om assignaten. I själfva verket anse vi oss ej heller behöfva återropa något särskildt skäl för påståendet, att assignaten ej kan anses inneha någon fullmakt af assignanten. Vi hänvisa blott till hvad som ofvan sagts om assignataren, hvilket mutatis mutandis måste hafva giltighet äfven beträffande assignaten ¹⁾.

Våra bemödanden hafva nu gått ut på att söka bevisa *omöjligheten* att antaga fullmaktskonstruktionen för anvisningens räkning. Inom svensk doktrin har emellertid på sista tiden framställts den åsikten, att en dylik konstruktion blott vore *ofruktbar* ²⁾. Författaren anser det ej vara »af någon praktisk vikt för anvisningsläran hvilken ståndpunkt man intager till denna fråga. Det är snarast en strid om lämpligheten af ett så eller så afgränsadt fullmaktsbegrepp» ³⁾. Beträffande den första

¹⁾ Jfr HUPKA a. a. s. 78: »Vielmehr beruht die Einwirkung des Anweisungsvollzugs auf das Verhältnis zwischen Deleganten und Delegatar ausschliesslich auf der Kausalberedung dieser beiden Personen selbst; vom Standpunkt der Handlung des Delegaten ist sie blosse Reflexwirkung» och s. 81: »Der wahre Grund der Wirkungen im Deckungsverhältnis ist wieder nur die eigene Kausalberedung der beteiligten Personen, des Deleganten und Delegaten; vom Standpunkt der Thätigkeit des Delegatars erscheinen diese Wirkungen wiederum als blosse Reflexwirkungen.»

²⁾ ALEXANDERSON: Bidrag till läran om penninganvisning enligt svensk rätt. Upsala 1904, s. 147.

³⁾ ALEXANDERSON a. a. s. 144.

satsen tillägger emellertid ALEXANDERSON i en not: »Annorlunda visserligen, om man med Hammarskjöld fattar anvisningen såsom innehållande äfven en fullmakt för assignaten *och däraf sluter*, att assignatarien, växelremittenten etc. är gentemot hufvudmannen befogad att vid anvisningens infriande utlämna t. ex. den handpant han innehar som säkerhet för den fordran mot assignanten, som skulle medelst anvisningen betalas». Men båda dessa konsekvenser äro enligt vårt förmenande alldeles nödvändiga af den uppfattningen, att assignataren är assignantens befullmäktigade ombud. Vi hafva nyss påvisat, huru alldeles samma skäl måste tala äfven för att betrakta assignaten som assignantens ombud. Och är assignaten väl en gång assignantens ombud, när han betalar till assignataren, så måste denne äfven behandla honom som sådan, d. v. s. han har att betrakta saken så, som om assignanten själf fullgjorde betalningen. Men häraf måste äfven följa, icke blott att han är befogad utan äfven förpliktad att till assignaten utlämna den pant, som han innehade till säkerhet för sin fordran mot assignanten. Men bortsedt härifrån måste helt naturligt för oss spørsmålet om fullmaktskonstruktionens möjlighet vid anvisningen hafva den allra största teoretiska betydelse, dels för en rätt belysning af fraktaftalets karaktär dels ock för anvisningens räkning, hvilken vi i själfva verket — såsom nedan skall visas — anse grundad på ett verkligt tredjemansafstal. — När ALEXANDERSON så förmenar, att den föreliggande kontroversen blott vore »en strid om lämpligheten af ett så eller så afgränsadt fullmaktsbegrepp», så måste ju detta påstående vara ohållbart, efter hvad som här ofvan utförts om omöjligheten för den teoretiska uppfattningen att i anvisningens fullgörande finna utförandet af några ställföreträdande funktioner. Felet i ALEXANDERSONS åsikt synes oss framgå klart nog af hans kritik af den LENELska fullmaktsteorien. LENEL söker, som vi sett, stödja denna bl. a. därmed, att äfven för inkassofullmäktigen kausalförhållandet, med hänsyn till hvilket han uppbar betalningen, ofta kunde vara obekant, utan att väl någon därför skulle vilja betvifla, att han innehade en verklig fullmakt¹⁾. Härtill svarar ALEXANDERSON, att han vågar betvifla, att redan »inkassofullmakten» kunde rymmas inom ett brukbart fullmaktsbegrepp.

¹⁾ LENEL l. c. s. s. 116. Se här ofvan s. 185.

»Vore så fallet», säger han, »synes det oss icke kunna förnekas, att följdriktigt också anvisningen borde dit hänföras. Men enligt vår mening är det just den första premissen, som är falsk.» ALEXANDERSON anser det »vara förfeladt att utvidga fullmaktsbegreppet till fall, där icke »fullmäktigen» är annat än på sin höjd öfverbringare af hufvudmannens viljeförklaring, och denna viljeförklaring t. o. m. är så uttryckt, att blott tredje mannen, ej fullmäktigen, känner dess verkliga innehåll»¹⁾. Härmed anse vi, att ALEXANDERSON ej i den afgörande frågan tagit afstånd från LENEL. Ty uppenbart har det ej någon egentlig betydelse för vårt spörsmål, om inkassoombudet och assignataren böra betraktas såsom bud eller såsom fullmäktige i inskränkt bemärkelse. Ett bemyndigande att handla å en annans vägnar måste ju i båda fallen vara af nöden och sålunda äfven budet betraktas såsom fullmäktig i vidsträckt mening. Hufvudfelet hos LENEL mena vi vara det, att han sätter likhetstecken mellan assignataren och inkassoombudet. Och härutinnan har ALEXANDERSON uttryckligen förklarat sig instämma med LENEL. Konsekvent borde han därför äfven gå med på den LENELSKA konstruktionen utaf anvisningen. Det synes oss nämligen ej kunna råda något tvifvel om, att inkassoombudet verkligen är borgenärens bemyndigade ställföreträdare. Skillnaden mellan detta och assignataren är ju redan vid en ytlig betraktelse påfallande: den prestation, som erlägges åt inkassoombudet, borde enligt innehållet i gäldenärens skyldighet utgöras åt någon annan (nämligen borgenären), under det att assignatens prestation normaliter skall erläggas just till assignataren. Anvisningsskulden skall med andra ord uppfyllas genom prestation till en tredje person (assignataren), under det att den vanliga gäldenärsskulden skall infrias genom prestation till borgenären. Häri ligger den afgörande skillnaden, som gör att fullmaktsbegreppet måste tillämpas i ena fallet, men bestämdt afvisas i det andra. Att inkassofullmakten är en verklig fullmakt, torde närmare framgå af följande. Om *G* på grund af ett visst rättsförhållande är förpliktad att betala en summa penningar till *B*, som är hans borgenär, så är det klart nog, att han icke kan blifva fri från sin förpliktelse, såvida han icke betalar till *B* själf eller dennes ställföreträdare. Emellertid blir

¹⁾ ALEXANDERSON a. a. s. 146.

G fri, om han betalar till *B:s* inkassoombud. Då enligt vår utgångspunkt i rättsförhållandet ej någon grund existerar, som kan förklara en dylik rättsverkan, så måste här ett ställföreträderskap antagas. Då emellertid ställföreträderskapet här är af den art, att inkassoombudet, för att gäldenären genom dess ställföreträdande handling (den skyldiga prestationens mottagande) skall befrias, emot gäldenären måste låta behandla sig som ställföreträdare, d. v. s. *uppträda i borgenärens namn*, så föreligger det ställföreträderskap, som inom juridiken allmänt benämnes fullmäktigskap. Mot inkassofullmakten kan ej heller såsom mot anvisningens egenskap af fullmakt göras den invändningen, att fullmäktigen ej har kännedom om föremålet för sitt ställföreträderskap. Inkassoombudets ställföreträdande handling består i att för hufvudmannens räkning uppbära betalning, och detta vet ombudet om¹⁾: — Anser man nu som ALEXANDERSON, att anvisningen »följdriktigt» måste hänföras till samma kategori som inkassofullmakten, så måste det äfven ligga en motsägelse i att förneka den LENELSKA fullmaktskonstruktionen vid anvisningen. Felet hos »det Lenelska fullmaktsbegreppet»²⁾ är nämligen ej, att inkassofullmakten tillerkännes karaktären af en verklig fullmakt, utan felet är, att LENEL vill inpassa inkassofullmakten på anvisningsinstitutet³⁾, och det är — märk väl! — endast på denna grund, som konsekvenserna af »det Lenelska fullmaktsbegreppet» kunna blifva så besvärliga, som det af ALEXANDERSON antydes⁴⁾.

Återstår nu spørsmålet: hvad är juridiskt sedt anvisningsinstitutet? Härvid synes oss ej något tvifvel böra råda därom att den juridiska karaktären hos anvisningen blott kan komma till sin rätt, om man betraktar densamma såsom refererande sig till ett verkligt tredjemansafstal, ett afstal om prestation till en annan än borgenären. Liksom vid tredjemansafstalet i allmänhet verkningarna af gäldenärens prestation i rättsförhållandena mellan honom och borgenären samt denne och tredjeman bestämdes utan någon särskild konstruktion helt och hållet af den hvar-

¹⁾ Se sid. 185 n. 1.

²⁾ ALEXANDERSON a. a. s. 146.

³⁾ LENEL l. c. s. s. 117: »die Zahlungsanweisung ist die Inkassovollmacht gar nichts weiter als diese».

⁴⁾ ALEXANDERSON a. a. s. 146 f.

dera rättsförhållandet reglerande kausan, så måste, såsom vi nyss sett, detsamma sägas äfven vid anvisningen. Tydligast framstår det, att anvisningen hvilar på ett tredjemansaftal, när assignaten på förhand har lofvat assignanten att infria anvisningen. Han har här lofvat att prestera till tredjeman, och det är detta, som bildar tredjemansaftalet. Kan väl någon skillnad spåras i den juridiska konstruktionen mellan ett aftal, hvori säljaren af en vara öfverenskommer med köparen, att denne skall erlægga betalningen till andra personer, som af säljaren närmare skola bestämmas, och det aftal, enligt hvilket han har att betala summan mot säljarens anvisningar. I förra fallet underrättar säljaren själf köparen, hvilka som skola uppbära betalningen; i senare fallet legitimera dessa sig själfva genom säljarens anvisningar. Utfärdandet af anvisningarna ¹⁾ sker här — blott af praktiska skäl — *i stället för* det direkta meddelandet till köparen och har ej den ringaste juridiska inverkan på karaktären af det ingångna aftalet. Såväl prestationsskyldigheten som verkningarna af densammas fullgörande grunda sig uteslutande på det ingångna tredjemansaftalet. I rättsligt afseende fullt analogt med ett dylikt köpeaftal står nu det ofta förekommande anvisningsaftalet vid checken, det s. k. checkaftalet, hvilket direkt går ut på att konstituera förpliktelse för assignaten gent emot assignanten att honorera den senares anvisningar. Anvisningens egenkap att referera sig till ett verkligt tredjemansaftal framstår emellertid ännu tydligare, om vi i det nämnda köpet låta bifftalet gå ut på, å ena sidan rätt och slätt att köparen skall betala köpesumman till en viss tredje person, och å andra sidan att han skall betala till samma person mot säljarens anvisning. Det detaljerade innehållet i köparens förpliktelse kommer visserligen äfven här i de båda fallen att skilja sig åt något, men uppenbarligen ej mera, än om säljaren i förra fallet hade förbehållit sig att efteråt få bestämma prestationstiden eller köparen att blott behöfva prestera mot kvitto o. s. v. Måste vi sålunda säga, att det bakomliggande aftalet, hvartill den ifrågavarande anvisningen refererar sig, och hvarur man har att söka den juridiska grunden till rättsverkningarna af assignatens prestation till assignataren, är ett vanligt tredjemansaftal, så böra vi

¹⁾ Vi tänka nämligen närmast blott på den skriftliga anvisningen.

äfven framhålla, att för det spörsmål, som i denna delen af framställningen behandlas, en betydande skillnad kommer att göra sig gällande vid jämförelse med de öfriga tredjemansaftalen. Till det ifrågavarande tredjemansaftalet kommer nämligen anvisningen, borgenärens (assignantens) utfärdande och utlämnande af anvisningspapperet till tredjeman (assignataren). Detta gör, att den konstruktion, som vi föreslagit för uppkomsten af tredjemans fordringsrätt, vid anvisningsaftalet ej blir tillämplig. Det måste nämligen här vara alldeles öfverflödigt att operera med något gäldenärens (assignatens) ställföreträdarskap för att förmedla öfvergången af borgenärens fordran till tredjeman. Förmedlingen blir öfverflödig, enär borgenären själf före prestationen kommer i beröring med tredjeman och får tillfälle att till honom direkt cedera sin fordran mot gäldenären. Cessionen äger rum i och med anvisningens öfverlämnande till tredjeman¹⁾.

Egendomligt torde emellertid vårt påstående te sig, att anvisningsinstitutet *alltid* grundade sig på ett tredjemansafताल, när man har sådana anvisningar för ögonen, hvari assignaten ej har på förhand lofvat assignanten att han vill honorera anvisningen. Det är emellertid vår öfvertygelse, att äfven vid dessa de juriska begreppen komma att gestalta sig klarast och enklast, om man låter institutet grunda sig på ett tredjemansafताल. Vårt resonemang är följande. Anvisningspapperets utlämnande till assignataren kan helt naturligt ej grunda någon förpliktelse för assignaten. Denne kommer i rättsförhållande till assignanten,

¹⁾ Se dock ALEXANDEESON a. a. s. 125. Att den allmänna uppfattningen ej kan vara med om att assignataren blir fordringsberättigad, förrän assignaten gifvit sin accept å anvisningen, är förklarligt nog, när man vant sig att i utfärdandet af anvisningen se en mottagningsfullmakt för assignataren. Att det eljest ej kan ligga någon förnuftig grund i att bestrida en sådan rätt för assignataren torde vara klart, om man tänker på institutets ekonomiska karaktär. Assignanten vill ju med anvisningen *betala* assignataren. Han måste alltså vara intresserad af att denne skall kunna själf förvandla anvisningen i penningar. Och assignaten har ju i aftalet med assignanten förpliktat sig att inlösa anvisningen; hans rätt kan därför genom assignatarens fordran ej trädas för nära, så mycket mindre som denna ju hämtar sitt innehåll från anvisningsaftalet, och assignaten alltså är befogad att mot assignataren framställa samma invändningar som mot assignanten. Först med accepten erhåller assignataren en af rättsförhållandet mellan assignanten och assignaten oberoende rätt mot den senare.

först när assignataren uppvisar papperet för accept eller inlösen. Detta rättsförhållande innebär emellertid helt naturligt ej någon obligation för assignaten men väl för assignanten, som är skyldig stå vid sitt *anbud* till assignaten. Som sådant betrakta vi nämligen anvisningspapperets utfärdande och frambärande till assignaten. Och anbudet afser ingåendet af ett fullkomligt typiskt tredjemansaftal. Assignanten föreslår assignaten, att denne med hänsyn till en viss *causa* (t. ex. betalning, förskottsgifvande, kreditlämnande o. s. v.) ville utbetala den angifna summan till en tredje person, öfverbringaren af anbudet. Detta är det omedelbara rättsläget vid anvisningens presenterande: assignaten står framför anbudet att ingå det ifrågavarande tredjemansaftalet. Betalar nu assignaten vid uppvisandet, så måste detta innebära accepterande af anbudet samt fullgörande af den sålunda i tredjemansaftalet åtagna prestationen. Betalar han åter ej, men tecknar accept å papperet, så måste denna rättshandling få en tvåsidig betydelse. Dels innebär densamma ett antagande af assignantens anbud och således tredjemansaftalets afslutande, dels måste rättshandlingen äfven, enär den riktas till destinatären för prestationen icke blott såsom ombud utan jämväl för hans egen räkning, emot denne ha karaktären af ett särskildt betalningslöfte, som gör honom själf berättigad att fordra anvisningens inlösen, och det utan att behöfva tåla några invändningar från assignatens sida, hvilka hafva afseende å assignantens person. Ej heller vid anvisningsinstitutet i denna form kan det sålunda bli plats för en tillämpning af vår konstruktion af tredjemans fordringsrätt. Men detta måste ju vara en gifven följd af detta tredjemansaftals egenhet, att tredjeman själf uppträder och förskaffar sig en fordringsrätt af och mot promittenten.

Rent teoretiskt måste onekligen vårt betraktelsesätt, äfven om det i praktiskt afseende saknar betydelse, vara ägnadt att bringa någon reda i den vid anvisningsinstitutet rådande begreppsförvirringen. Däremot torde man knappast kunna säga detsamma om ALEXANDERSONS åsikt, enligt hvilken han vill nöja sig »med att bestämma viljeförklaringen (den af assignanten till assignaten riktade) såsom gifvande i och för sig blott *befogenhet* för assignaten att genom prestation till tredjeman

förmedla de båda indirekta prestationerna» ¹⁾). Opererandet med begreppet befogenhet kan säkerligen i denna materia ej bidra till den juridiska utredningen. För öfrigt, hur skulle assignantens viljeförklaring kunna åstadkomma en sådan egen- domlig *befogenhet*? Härpå vill man ha förklaring, och det kan ej fås, utan att man gör klart för sig, hvad assignantens viljeförklaring till assignaten rent juridiskt sedt är. Vi tro ej, att man bättre kan precisera denna, vare sig det är fråga om checken eller anvisningen utan föregående anvisningsaftal, än som ett anbud att ingå ett tredjemansaftal. Däraf följer, att den »befogenhet», som uppstår för assignaten blott består i rätten att acceptera detta anbud. Någon annan blott befogenhet kunna vi ej finna att assignaten har. I anvisningsaftalet *förpliktat* sig ju assignaten att honorera assignantens anvisningar, innan dessa utfärdats. Och vid det andra slaget berördes ju assignaten ej på något sätt af den utlämnade anvisningen, förrän densamma presenterats för honom. Han kunde då afslå anbudet eller acceptera detsamma med eller utan betalning. Afslår han anbudet, så upphör tydligtvis hans befogenhet att acceptera detsamma. Accepterar han åter, så blir han *förpliktad* att prestera. För oss är det därför omöjligt att inse, att assignantens till assignaten riktade viljeförklaring någonsin kan medföra »blott *befogenhet* för assignaten att genom prestation till tredje man förmedla de båda indirekta prestationerna» ²⁾).

Härefter kunna vi beträffande HAMMARSKJÖLDS konstruktion af fraktaftalet fatta oss kort. Vi bortse därvid från de speciella utbildningar vid fraktaftalet, hvilka tagit sig uttryck i utfärdandet af sådana negotiåbla papper som konossement, »Ladeschein» o. s. v. Vi vilja blott fasthålla vid den rent materiellt-rättsliga sidan af saken. Analogien med anvisningen är påfallande. Häraf är det äfven klart, att lika litet mottagaren som fraktföraren böra betecknas som afsändarens ombud. Rättsverknin- garna af fraktförarens prestation erhålla sin juridiska förklaring oberoende af en dylik konstruktion i fraktaftalet själfvt samt det

¹⁾ ALEXANDERSON a. a. s. 147.

²⁾ Det särskilda rättsförhållande, som på grund af anvisningens utfärdande och utlämnande till assignataren uppstår mellan denne och assignanten, hafva vi ej berört. Det faller helt naturligt ej inom ramen för denna framställning.

mellan mottagaren och afsändaren existerande kausalförhållandet¹⁾. Men fraktaftalet som sådant skiljer sig från anvisningsinstitutet på samma sätt, som detta afviker från det regelmässiga tredjemansaftalet. Någon motsvarighet till anvisningens utfärdande förekommer ej vid fraktaftalet i dess enkla form, hvilket därför till typen fullkomligt öfverensstämmer med det ofvan använda exemplet, hvori *B* sålde en sak till *G* med öfverenskommelsen, att betalningen skulle erläggas till *T*. De rättsliga förklaringar till uppkomsten af tredjemans fordringsanspråk, hvilka vi vid anvisningen funno gifna, kunna alltså ej vid fraktaftalet hafva någon tillämpning. Den af oss vid tredjemansaftalet till uppkomsten af tredjemans anspråk föreslagna konstruktionen bör däremot äfven vid fraktaftalet äga giltighet: afsändarens anspråk öfverlättes till mottagaren, som därvid ställföreträdes af fraktföraren²⁾. — Det skall emellertid ej förnekas, att det just vid fraktaftalet bör vara tänkbart att operera med en fullmaktskonstruktion. Men det får då ej vara frågan om en fullmakt, analog med den vid assignationen förmenade och afseende kausalförhållandet mellan fraktföraren och afsändaren, hvilket genom prestationens utförande skall påverkas. Den fullmakt, som vi ha i sikte, motsvaras af det af BÄHR föreslagna bemyndigandet att utöfva borgenärens (afsändarens) fordringsrätt. Med en dylik fullmakt, vore det möjligt att operera i alla de fall, där mottagaren ej mottager prestationen för sin egen räkning³⁾. Särskildt för HAMMARSKJÖLD borde emellertid en fullmaktskonstruktion, synes det oss, vara betänkelig nog. Helt kort tid före hans anförda arbetes tillkomst har ju TRYGGER i sin framställning af det svenska fullmaktsbegreppet förklaradt, att af detsamma följer, att hufvudmannen alltid har rätt att åter-

¹⁾ Däremot gäller (åtminstone) för mottagarens räkning ej det af HUPKA mot assignatarens fullmakt anförda skälet, att han vore i okunnighet om föremålet för det förmenta ställföreträdandet.

²⁾ Jfr HAMMARSKJÖLD a. a. s. 218, hvarest framgår, huru inom teorien de flesta åsikterna gått ut på att söka förklara mottagarens rätt genom en cession; de ha uppenbarligen ej kunnat krönas med någon framgång, då man ej kunnat nå fram längre än till en fingerad cession.

³⁾ HAMMARSKJÖLD synes visserligen hafva äfven ett dylikt befullmäktigande i sikte, men jämförelsen mellan assignationen gör att denna synpunkt ej kan komma till sin rätt.

kalla den gifna fullmakten ¹⁾. Då nu HAMMARSKJÖLD helt naturligt är af den åsikten, att mottagarens anspråk, åtminstone sedan godset framkommit, bör vara oberoende af förfogande från afsändarens sida, så synes oss antagandet af fullmaktskonstruktionen i någon mån innebära en motsägelse. Beträffande spörsmålet om fullmaktens återkallelighet, så är TRYGGERS åsikt ett uttryck jämväl för den dåtida tyska doktrinen ²⁾, under det åter inom den danska en motsatt mening gjort sig gällande ³⁾. Emellertid hafva på senare tider äfven inom den tyska doktrinen alltmer den uppfattningen börjat vinna terräng, att fullmakten kan göras oåterkallelig. Alla äro emellertid ense om att rent ensidigt kan hufvudmannen ej tillägga sin fullmakt denna egenskap. Det måste ske i ett aftal med ombudet eller med medkontrahenten. Härvid menar ZITELMANN ⁴⁾, att blott ett aftal af förra slaget kunde medföra en dylik verkan, under det att LENEL ⁵⁾ urgerar den motsatta åsikten, enligt hvilken blott öfverenskommelsen mellan hufvudmannen och medkontrahenten kunde göra fullmakten återkallelig. HUPKA ⁶⁾ åter, såvidt vi veta den siste af författarna, som yttrat sig i frågan, menar, att principalen såväl i aftal med den ene som med den andre kan meddela en oåterkallelig fullmakt. Oss kan emellertid det föreliggande spörsmålet blott intressera för så vidt det är frågan om ett särskildt aftal mellan principalen och medkontrahenten. Vi mena beträffande detta, att hvarken LENEL eller HUPKA kunnat förebringa skäl för annat än att ett dylikt aftal måste vara giltigt, och att sålunda principalen, som trots öfverenskommelsen återkallar fullmakten, gjort sig skyldig till kontraktsbrott. Att aftalet sålunda blir bindande, är dock något helt annat, än att fullmakten i och för sig blifvit rättsligen omöjlig att återkalla. Vi tro rättsläget vara detta: principalen kan helt naturligt i ett aftal förbinda sig till den negativa prestation, som ligger däri att han ej återkallar sin gifna fullmakt, men å andra sidan kan ett aftal i före-

¹⁾ TRYGGER a. a. s. 145 ff.; s. 171.

²⁾ Jfr JHERING i J. J. Bd 2, s. 131 f.; DERNBURG Pandekten I § 119; MITTEIS, die Lehre von der Stellvertretung s. 202 ff.;

³⁾ DEUNTZER, Om Fuldmagt, s. 50 ff.; LASSEN alm. del s. 120 n. 25.

⁴⁾ ZITELMANN: die Rechtsgeschäfte im Entwurf etc. II s. 94.

⁵⁾ LENEL l. c. s. 34 ff.

⁶⁾ HUPKA, Vollmacht, s. 392 ff.

varande afseende aldrig gå ut på något annat. Öfver fullmak-
tens juridiska egenskap att vara en rent ensidig rättshandling
anse vi ej, att man kan aftalsmässigt disponera. Men dessutom
tillkommer för fraktaftalets räkning en omständighet, som enligt
vårt förmenande måste göra det ännu svårare att undkomma
den besvärliga konsekvensen af fullmaktskonstruktionen. Det
måste nämligen i allmänhet anses vara likgiltigt för fraktföraren,
om mottagaren blir berättigad att själf fordra varans utbekom-
mande (d. v. s. utöfva afsändarens fordringsrätt) eller icke.
Intresset häraf måste sägas referera sig blott till mottagarens
person. På denna grund hör ej fraktföraren med giltig verkau
kunna uppträda såsom kontrahent i ett aftal, hvari afsändaren
vill afhända sig sin befogenhet att återkalla fullmakten. Åt en
sådan öfverenskommelse kan giltighet förlänas, blott om frakt-
föraren anses ställföreträda mottagaren. Men därmed vore vi
inne på en alldeles ny konstruktion, som i visst afseende komme
att stå vår egen ganska nära.

I och med vår uppgift att söka styrka användbarheten af
den af oss föreslagna konstruktionen för tredjemansaftalet är
dispositionen för den följande framställningen gifven. Vi hafva
att draga konsekvenserna dels af att tredjemans rätt alltid måste
betraktas såsom en af borgenären öfverläten fordran dels ock af
den åsikten, att tredjeman i rättsförvärfvet ställföreträdes af
gäldenären såsom hans negotiorum gestor. Af detta senare följer
nu närmast, att tredjemans rätt ej kan uppstå i och med aftalets
ingående. Den kan anses uppkommen, först sedan han ratihaberat
gestorns (gäldenärens) för hans räkning afgifna accept af öfver-
låtelseanbudet. Redan häraf torde kanske mången vilja sluta sig
till olämpligheten af konstruktionen. Vi vilja därför genast inrikta
våra bemödanden på att undanrödja farhågorna i detta afseende.

Det bör härvid först ses på ratihabitionshandlingens beska-
fenhet vid tredjemansaftalet. Klart är, att om på denna hand-
ling måste uppställas en fordran, att den (uttryckligen) afgifves
till gäldenären såsom gestor eller till borgenären i egenskap af
gestorns medkontrahent, så vore konstruktionen därmed dömd
till undergång. Emellertid är det vår fulla öfvertygelse, att något
giltigt skäl för en dylik fordran ej bör kunna uppställas. Att

i det föreliggande spörsmålet utgå från reglerna för fullmakten anse vi vara oriktigt, enär det utmärkande för det ifrågavarande ställföreträderskapet är, att detsamma ej grundar sig på någon fullmakt, d. v. s. ett *föregående* bemyndigande att handla på en annans vägnar¹⁾. Däraf att ratihabitionen måste sägas ersätta fullmakten, följer ingalunda, att dess karaktär såsom rättshandling bör vara beroende af fullmaktens. Den påfallande olikheten mellan de båda rättshandlingarne, fullmakten såsom ett föregående bemyndigande och ratihabitionen såsom ett efterföljande godkännande af ett ställföreträderskap som redan fungerat, synes oss just vara afgörande för det föreliggande spörsmålet. Träffande anse vi äfven, att ZIMMERMANN framhållit betydelsen af denna skillnad för vår fråga. »Wenn Jemand», säger han »einen Andern bevollmächtigt, also ihn für die Zukunft befähigt, ein Rechtsgeschäft mit derselben Wirkung vorzunehmen, als ob er, der Bevollmächtigte, selber gehandelt hätte, da erscheint es wohl begreiflich, dass zur rechtlichen Existenz der Machtertheilung erfordert wird, dass sie einem der beiden künftig pazisizirenden Theile zugehe. Die Unsicherheit, die darüber besteht, ob, in welcher Weise und unter welchen (vielleicht veränderten) Umständen das mandirte Rechtsgeschäft vorgenommen werden wird, die Gefahren, die daher jede Bevollmächtigung für den Mandanten mehr oder weniger erzeugt — diese Umstände rechtfertigen es gewiss, dass die Rechtsordnung für die vorausgehende Vollmächtertheilung eine gewisse Garantie der Ernstlichkeit und Bedächtigkeit des Willensaktes verlangt, nämlich eben die Erklärung an eine der beiden Personen, welche das entscheidende Rechtsgeschäft abschliessen sollen. Anders aber liegt die Sache, wenn das entscheidende Rechtsgeschäft schon abgeschlossen worden ist. Hier lässt sich die durch diese Rechtsgeschäft geschaffene Situation entweder sofort überschauen oder doch durch Nachforschung feststellen. Unter diesen Umständen kann es aber nicht befremden, dass die Rechtsordnung

¹⁾ Jfr dock TRYGGER a. a. s. 114: »Fattar man henne så (ratihabitionen såsom fullmaktens komplement), är det ej svårt att afgöra, till hvem hufvudmannen har att ställa sin ratihaberande viljeförklaring». Analogt med TRYGGER, CURTIUS i Ark. civ. Bd 58, s. 107: »die Ratihabition muss dem negotiorum gestor gegenüber erklärt werden, weil sie die Nachholung des Auftrags ist».

jeder (ernstlichen) Kundgabe der Genehmigung rechtlichen Bestand zuschreibt. Es liegt bei der nachfolgenden Vollmachtsertheilung kein Grund vor, weshalb die freie Behandlung, welche das römische Recht den einseitigen Willenserklärungen angedeihen zu lassen pflegt, nicht vollauf eintreten sollte»¹⁾).

Kunna vi härefter utgå från att tredjemans ratihaberande handling ej behöfver riktas vare sig till gäldenären (gestorn) eller borgenären, så återstår spørsmålet, hvad tredjeman har att göra, för att hans rätt skall kunna sägas vara definitivt uppkommen genom hans ratihabition. ZIMMERMANN framhåller, att man naturligtvis måste se till, att »en allvarlig och bestämd» ratihabition kommer till stånd²⁾. Uppenbarligen måste en dylik fordran ställas på ratihabitionen som på hvarje annan rättshandling. Detta innebär emellertid lika litet här som eljest, att rätts handlingen måste ske uttryckligen. Ratihabitions handlingen vid tredjemansaftalet afser nu blott och bart uppkomsten af en fordringsrätt för principalen; däremot är det ej alls fråga om att han skall ådraga sig någon förpliktelse, ej ens en i förhållande till den uppkommande rättigheten mycket obetydlig förpliktelse. Då ratihabitionen sålunda här i och för sig endast kan afse en fördel för principalen, måste det vara fullt berättigadt att å densamma tillämpa hvad som i annat sammanhang framhållits angående accepten af ett rent lukrativt anbud³⁾, och att sålunda påstå, det tredjemans kändedom om det till hans förmån ingångna aftalet i förening med hans underlåtenhet att tillbakavisa den erbjudna

¹⁾ ZIMMERMANN a. a. s. 165. Med Zimmermann öfverensstämmer äfven SEUFFERT, die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, Würzburg 1868. — KÖLLNER åter menar, att ratihabitionen måste »gegen die Person, welche gehandelt hat oder deren Stellvertreter geäußert werden», Grundzüge der obligatio negotiorum gestorum s. 117. MITTEIS, die Lehre von der Stellvertretung, uppställer s. 214 följande sats: »Bei Verträgen wird die Ratihabition' zu Gunsten des Dritten wirksam in dem Augenblick, wo sie zu dessen Kenntniss kommt; zu Gunsten des Dominus in dem Augenblick wo sie entweder an den Dritten oder auch nur an den Gestor oder vor dritten Personen erfolgt». Härmed kan MITTEIS åsikt anföras till stöd för vår uppfattning, då det vid tredjemansaftalet blott är fråga om dominus' berättigande. — I öfrigt synas uttalandena rörande spørsmålet, om ratihabitionen måste ske gentemot någon af de kontraherande eller icke, nästan saknas. Jfr ZIMMERMANN a. a. s. 159. — Se dock föreg. s. n. 1.

²⁾ ZIMMERMANN a. a. s. 166.

³⁾ Se ofvan s. 72 vid n. 2.

fordringen måste innebära, att han gifvit sin ratihabition åt den af gäldenären för hans räkning utförda accepten af borgenärens öfverlåtelseanbud ¹⁾.

Närmast framtränger nu det spørsmålet: hurudan är rättsställningen efter kontrahenternas aftal, innan tredjeman fått kännedom om innehållet i detsamma och sålunda kan sägas hafva ratihaberat gäldenärens för honom utförda rättshandling? Fordringsrätten har ännu ej kunnat öfvergå till tredjeman. Skulle detta innebära, att kontrahenterna, utan att förnärma någon tredjemans rätt, skulle kunna behandla honom, såsom om aftalet ej vore ingånget, så skulle mot vår konstruktion med fog kunna göras den anmärkningen, att den blott kunde finna berättigande efter en åsikt, som stode Beselers första föräldrade teori mycket nära ²⁾. Vi tro emellertid ej, att den föreslagna konstruktionen behöfver frukta en dylik invändning. Vi mena att, ehuru den tillämnade fordringsrätten ej utan vidare kunnat uppstå omedelbart efter aftalet, så måste dock tredjeman i och med detta alltid komma i ett visst rättsförhållande till kontrahenterna, hvilket ej utan hans medverkan får förändras. I och med det att gäldenären afgifver accept för tredjemans räkning, skapas en rättslig situation, som innebär, att tredjeman har afgörandet i sin makt, huruvida den för hans räkning utförda rättshandlingen skall få åsyftad rättsverkan eller icke. M. a. o. tredje- man bör ha en oantastlig befogenhet att gifva sin ratihabition åt den å hans vägnar af gäldenären utförda accepten. En dylik befogenhet måste innebära, att, så snart tredjemansaftalet blifvit perfekt ingånget, hvarken gäldenären eller borgenären eller båda i förening kunna omintetgöra det tredjeman tillämnade rättsförvärfvet. Att gestorns *medkontrahent* (borgenären) redan från början bör vara bunden af sitt aftal med gestorn gent emot principalen, härom synes man vara ganska ense inom teorien ³⁾.

¹⁾ »Die Annahme eines Vortheils lässt sich unbedenklich auch aus Umständen entnehmen, die sich sonst als stillschweigende Willenserklärung nicht darstellen würden.» »Jedermann lässt sich eben gern Rechte ertheilen». Citat från KRAINZ, System etc., hos EHRENSWEIG a. a. s. 58.

²⁾ Jfr ofvan s. 45 ff.

³⁾ Så WINDSCHEID § 74, 4 a; § 313, 8; LABAND i Z. H. 10, s. 231; ZIMMERMANN a. a. s. 138 ff.; REGELSBERGER i Kr. V. 11 s. 370 f.; MITTEIS a. a. s. 218.

En motsatt åsikt har, såvidt vi veta, blott uttalats af RUHSTRAT, som energiskt bestrider att en »festes Genehmigungsrecht» uppstår för principalen¹⁾. RUHSTRAT menar, att medkontrahenten kunde blifva bunden gent emot principalen, endast om detta kan sägas vara tyst eller uttryckligen aftaladt mellan honom och gestorn, hvilken sålunda framstod ej blott som ställföreträdare utan äfven i visst afseende som själfständig kontrahent²⁾. Värdet för oss af ett dylikt resonemang vore emellertid ej stort, då uppenbarligen den aftalade bundenheten af kontrahenterna gemensamt åter kunde upplösas och alltså tredjemans ställning därmed vore långt ifrån tryggad³⁾. Vi förmena dock, att det måste vara alldeles öfverflödigt att tillgripa den af RUHSTRAT föreslagna utvägen. Här spelar nämligen den omständigheten, att ratihabitionen är till för att ersätta en föregående uteblifven fullmakt⁴⁾, en afgörande roll. Skall genom ratihabition af ett ställföreträdande utan fullmakt samma resultat kunna nås, som om fullmakten redan vore på förhand meddelad, så måste detta just innebära, att gestorns medkontrahent måste behandla gestorn såsom befullmäktigad, d. v. s. betrakta aftalet såsom perfekt ingånget med principalen, intill dess att denne får tillfälle att afgöra ratihabitionsfrågan⁵⁾. I det rättsliga erkännandet af ett sådant institut som den ställföreträdande negotiorum gestio måste helt naturligt den principen ligga innesluten, att den efterföljande ratihabitionen skall kunna ersätta den uteblifna fullmakten och att sålunda den person, med hvilken gestorn förhandlar, rättsligen kommer att genast betraktas såsom kontrahent i ett giltigt aftal med *principalen*⁶⁾.

¹⁾ J. J. Bd 10 s. 211 ff.; Bd 19 s. 297 ff.

²⁾ J. J. Bd 10 s. 215.

³⁾ Jfr OGWONOWSKI a. a. s. 87.

⁴⁾ Jfr t. ex. TRYGGER a. a. s. 114.

⁵⁾ Jfr ZIMMERMANN a. a. s. 152.

⁶⁾ För den uttalade åsikten kan såsom ett särskildt kraftigt stöd åberopas REGELSBERGER, hvilken sett sig nödsakad att taga afstånd från sin en gång uttalade uppfattning (Vorverhandlungen bei Verträgen, Weimar 1867, s. 89), att medkontrahenten intill ratihabitionen vore obunden. Han säger i Kr. V. Bd 11, s. 370 f.: »Das römische Recht, lässt aus dem Vertrag mit einem unbevollmächtigten Vertreter für den andern Vertragstheil eine Gebundenheit entspringen, welcher eine gegenwärtige Berechtigung nicht entspricht. Sie ist singularer Natur, durch ein Bedürfnis des Verkehrs hervorgerufen».

Beträffande den andra hithörande frågan, om *gestorns* bundenhet vid den af honom skapade situationen, så hafva här utom RUSHTRAT¹⁾ äfven några andra författare uttalat den åsikten, att gestorn först med *dominus'* ratihabition blefve bunden att ej återkalla den eller de rättshandlingar, hvilka han såsom ställföreträdare utfört²⁾. Att gestorn emellertid ej ensidigt utan blott efter öfverenskommelse med medkontrahenten bör kunna ändra eller upphäfva den inträdda rättsliga situationen, torde väl vara äfven dessa författares åsikt. Hänsynen till medkontrahenten måste ha denna betydelse. De flesta och framför allt senare författare synas emellertid vara enhälliga i den uppfattningen, att gestorn emot *dominus* är bunden att ej förnära den för honom genom gestorn skaffade situationen³⁾. Härför synes oss äfven alla förnuftiga skäl tala. Denna uppfattning bör framgå af den synpunkt, som vi framhöllo för att motivera medkontrahentens bundenhet gent emot principalen. Och här bör denna synpunkt ha så mycket större betydelse, som gestorns åtagna uppgift just är att gagna principalen och ej skada hans intressen. Angående dessa gällor, som ZIMMERMANN⁴⁾ framhåller, den romerska regeln: »*naturalis — — simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse*» (l. 38 D. de neg. gest.) Af denna princip följer, att gestorn ej godtyckligt bör kunna förändra den inträdda rättsliga situationen, utan att det bör vara honom förbjudet att kränka densamma. Spörsmålet är blott, som MITTEIS påpekar, om det är gestorn *omöjligt* att utan principalens medgifvande återkalla sin gestorshandling, eller om han endast svarar för den skada, som härigenom skulle drabba principalen⁵⁾. Något allvarligt tvifvel synes oss emellertid ej kunna råda i denna fråga. Det bör vara ganska gifvet, att gestorn ej *kan* mot principalens vilja upphäfva eller förändra den uppkomna situationen.

¹⁾ J. J. Bd 10 s. 220 ff.

²⁾ BUCHKA, Stellvertretung s. 211; MONROY, die vollmachtslose Ausübung fremden Vermögensrechte, s. 45.

³⁾ UNGER J. J. Bd 10 s. 71; BRINZ, Krit. Blätter, II s. 40; REGELSBERGER, Kr. V. 11 s. 371; ZIMMERMAN a. a. s. 277 ff., särskildt s. 282; MITTEIS a. a. s. 219 ff.; WINDSCHEID § 74, 4 b.

⁴⁾ A. a. s. 277.

⁵⁾ MITTEIS a. a. s. 220.

Får gestorn ej göra detta, så måste ju däraf följa, att hans gestorshandling tillfört principalen något positivt inom hans rättsfär. Om detta skall kallas en befogenhet att ratihabera, en ratihabitionsrätt o. s. v. är likgiltigt. Det viktiga är blott, att det genast faller inom principalens rättsområde och därmed är undandraget hvarje annans förfoganderätt. Gestorn kan lika litet som hvarje annan ha något rättsligt skäl för att kunna göra några skadliga ingrepp i den för principalen uppkomna rättsliga situationen. Att gestorn förskaffat honom denna, är intet skäl för honom att *kunna* taga densamma tillbaka. Jämte det obligatoriska förhållandet mellan gestorn och principalen innebär den uppkomna rättssituationen nämligen något, som ligger utanför detta förhållande. Hvad vi åsyfta torde ganska klart framgå, när vi säga, att principalens rättsliga ställning är fullt analog med adresatens vid ett distansanbud, sedan detta ankommit till honom. Han har efter denna tidpunkt en oantastlig befogenhet att acceptera anbudet, och det vare sig han haft vetskap om dess ankomst eller icke ¹⁾.

Med fullt skäl påvisar emellertid MITTEIS, att gestorn i *kraft af sin gestio bör vara befullmäktigad* gent emot medkontrahenten att åter upphäfva den för principalen uppkomna situationen. Grunden härtill vore, att gestorns ställning vore analog med en generalfullmäktigs. Han borde, om han fann det mera förenligt med principalens intressen, kunna genom öfverenskommelse med medkontrahenten i egenskap af gestor upphäfva det redan in-

¹⁾ Äfven MITTEIS motiverar denna starkare verkan af gestorns bundenhet: »Denn dass Dominus in jenes pendente Rechtsgeschäft eintritt, ist doch eben nur dadurch erklärlich, dass dasselbe sofort ein Rechtsverhältnis in seiner, des Dominus, Person, erzeugt hatte, er succedirt nicht etwa in bisher bestandene Rechte des Gestor — denn solche sind ja für den Stellvertreter undenkbar — sondern er perficirt nur das vom Gestor in seiner Person bereits erzeugte imperfecte Rechtsverhältnis. Ist aber hienach das mittlerweile bestehende Rechtsverhältnis ein von der Person des Gestor längst losgelöstes, selbständiges Rechtsverhältnis, des Dominus, so ergibt die juristische Consequenz, dass jener an demselben nicht ohne Weiteres Aenderungen vorzunehmen vermag. Also er *darf* nicht bloss, sondern er *kann* auch nicht dem Principal die bereits erworbene, wenn auch noch nicht perfecte Anwartschaft wieder benehmen, sein Rücktritt ist nicht bloss verboten sondern auch wirkungslos.» De öfriga författarne synas utan vidare antaga samma resultat, se t. ex. UNGER a. a. s. 71; WINDSCHEID § 74, 4 b.; ZIMMERMANN a. a. s. 282; REGELSBERGER l. c. s. 371.

gångna aftalet. För att denna senare öfverenskommelse skulle blifva giltig emot principalen, var det emellertid en betingelse, att medkontrahenten ej insåg, att gestorn ville upphäfva det först ingångna aftalet i strid mot principalens intresse¹⁾. I anledning häraf är det klart, att den nämnda möjligheten för gestorn att genom öfverenskommelse med medkontrahenten upplösa bundenheten mot principalen är utesluten vid det gestorsskap, som vi sysselsätta oss med. Borgenären vid tredjemansaftalet måste ju alltid säga sig, att det aldrig kan skada tredjeman, att han får den utlofvade prestation, eftersom han ej skall utfästa sig till någon förpliktelse för densamma. Från kontrahenternas ståndpunkt måste prestationen alltid innebära en ren fördel, och därför måste det äfven vara gifvet för borgenären, att gäldenären såsom gestor handlade i strid med tredjemans intresse, om han återkallade den för tredjemans räkning afgifna accepten²⁾.

Härmed torde nu tillräckligt vara ådagalagt för att motivera påståendet, att hvarken gäldenären eller borgenären eller båda i förening kunna förvanska den genom aftalet för tredjeman uppkomna rättställningen. Ingen kan beröfva honom befogenheten att genom ratihabition förskaffa sig den honom tillämnade fordringsrätten. Detta synes oss innebära, att tredjeman omedelbart ur aftalet mellan kontrahenterna erhåller visserligen icke en rätt att fordra den aftalade prestationen, men en verklig rätt att med afsedd verkan gifva sin sanktion åt gäldenärens accept för hans räkning af borgenärens öfverlåtelseanbud, d. v. s. en verklig *ratihabitionsrätt*.

Härmed vilja vi emellertid ej hafva sagt, att kontrahenterna alltid böra vara betagna möjligheten att göra tredjemans rättsförvärf om iutet. Borgenärens öfverlåtelseanbud kan nämligen vara af det innehåll, att blott en villkorlig eller rätt och slätt återkallelig fordringsrätt därur kan härledas åt tredjeman. Klart är, att vår konstruktion ej lägger något som hälst hinder i vägen för att en kontrahenternas uttryckliga eller tysta öfverenskommelse i dylikt afseende vinner verkan. Men en sådan öfverens-

¹⁾ MITTEIS a. a. s. 221 ff.

²⁾ Att den af MITTEIS utvecklade synpunkten ej får någon betydelse vid tredjemansaftalet, framgår kanske klarast, när man betecknar gestorskapet såsom tillkommet »ad adstringendam promissoris fidem».

kommelse har till följd, att återkallelsen kan ske lika väl *efter* som före ratihabitionen.

Angående tredjemans ratihabitionsrätt måste ännu en fråga af allra största betydelse för vår konstruktion här vidröras. Denna gäller ratihabitionsrättens ärftlighet. Att någon af kontrahenternas före ratihabitionen afgörande inträffade död ej kan inverka på tredjemans rättsställning, torde, efter hvad som ofvan framhållits, vara en gifven sak ¹⁾. Men hurudan den rättsliga situationen skall gestalta sig, om *tredjeman* aflider, innan han kan sägas hafva ratihaberat gäldenärens accept af öfverlåtelseanbudet och sålunda förvärfvat fordringsrätten, är ett spörsmål, som vid första påseendet kan förefalla tvifvelaktigt och besvärande nog för den föreslagna konstruktionen. Spörsmålets stora betydelse framgår af följande exempel: *B* har tagit en lifförsäkring hos *G* till förmån för *T*, som emellertid efter *B:s* död aflider, innan han fått någon vetskap om den till hans förmån gjorda dispositionen. Anser man nu, att ratihabitionsrätten är ärftlig, så gestaltar det sig så, som om *B* tagit lifförsäkringen till *T:s* arfvingars förmån. I motsatt fall åter kunna dessa ej erhålla något anspråk mot *G*, utan försäkringsbeloppet tillfaller *B:s* stärbhus. I de allra flesta fall skall detta vara något, som bjärt strider mot *B:s* syften och önskningar i lifstiden. I allmänhet torde därför den härskande läran kunna betraktas som tillfredsställande, då den låter *T* i och med *B:s* död blifva fordringsberättigad, oberoende af sin vetskap om det ingångna aftalet ²⁾. I vårt exempel skulle i enlighet härmed anspråket på försäkringssumman hafva vid *T:s* död öfvergått på hans arfvingar. *Alltid* kan emellertid denna lösning ej sägas vara fullt tillfredsställande. Omständigheterna kunna vara sådana, att det bör vara gifvet, att äfven detta måste stå i skarp motsats till *B:s* afsikt med dispositionen ³⁾. — Beträffande nu det föreliggande spörsmålet

¹⁾ Se t. ex. MITTEIS a. a. s. 227.

²⁾ Så t. ex. B. G. B. § 331.

³⁾ *T* har t. ex. blifvit — enligt *B:s* mening med orätt — förskjuten af sina rika anförvanter. *B*, som nu lämnat honom skydd och hjälp, låter jämväl anordna sin lifförsäkring till *T:s* förmån — af någon anledning utan att underrätta honom härom. Om *T* nu aflider (efter *B*), innan han fått vetskap om dispositionen, så synes det oss bjuda hårdt emot att låta de nämnda anförvanterna såsom *T:s* arfvingar lägga beslag på försäkrings-

om ratihabitionsrättens ärftlighet, så vilja vi fasthålla därvid att principalen i princip bör ha en ovillkorlig makt att med afsedd rättsverkan godkänna gestorns för honom utförda rättshandling, m. a. o. att befogenheten att ratihabera är en principalen tillkommande rättighet. Är nu detta fallet, så bör bevisskyldigheten åligga den, som påstår, att denna rätt i allmänhet ej vore ärftlig¹⁾. Utom ZIMMERMANN ha jämväl BRINZ²⁾ och REGELBERGER³⁾ uttalat sig för den åsikten, att principalens arfvingar efter hans död vore befogade att ratihabera gestorns rättshandlingar. MITTEIS åter medgifver visserligen, att i många fall befogenheten att ratihabera bör öfvergå på arfvingarne, men han bestrider detta, så snart rättshandeln å gestorns sida ej objektivt kan betraktas såsom ett negotium domini. Af ett antydt exemel härpå — gestorn låter lofva sig något för principalens räkning — är det tydligt att MITTEIS ej kan anföras till stöd, för att vid tredjemansaftalet ratihabitionsrätten i regeln vid tredjemans död öfverginge på dennes arfvingar. De skäl, som af MITTEIS anförts för bestridandet af ratihabitionsrättens ärftlighet, kunna

beloppet till förfång för *B:s* stärbhusdelägare. Det är visserligen sant, att en liknande anmärkning äfven kan framställas, i fall *T* redan före sin död haft vetskap om den till hans förmån gjorda anordningen. Anmärkningen kan emellertid här ej på långt när tillmätas samma betydelse, eftersom *T* satts i tillfalle att vidtaga dispositioner till förekommande af att hans arfvingar skulle draga nytan af *B:s* godhet mot honom.

¹⁾ ZIMMERMANN, som uppfattar den med en neg. gestor afslutna rättshandeln analogisk med en villkorlig sådan (a. a. s. 150 ff.), framhåller energiskt, att denna analogi ej får förvilla tanken i den föreliggande frågan: villkoret vore af kontrahenterna satt såsom »ein rein objektives Ereigniss» (a. a. s. 233), under det att ratihabitionen vore »ein nicht bloss mekanisch, sondern mit Wissen und Willen wirkender Akt, wodurch der Principal ein in seinem Namen vorgenommenes Geschäft gutheisst». Då nu, fortsätter ZIMMERMANN, företaget af en rättshandling i *hans eget* namn vore något, som egentligen blott tillkommer *principalen själf*, så låge det nära till hands att uppfatta *afgörandet*, om en af en neg. gestor utförd rättshandling skulle hafva rättsverkan eller icke, såsom en principalens egendomliga *rättighet*. Men denna åskådning måste afgjort föra till möjligheten att också arfvingarne kunna ratihabera. »Ist die Möglichkeit der Ratihabition oder Reprobation ein durch die Handlung des Stellvertreters (sofort) erworbenes recht, so ist kein triftiger Grund abzusehen, warum dieses Recht nicht vererblich sein soll» (a. a. s. 234 f.)

²⁾ Lehrbuch Pand. 2 uppl. IV § 583, 14.

³⁾ Kr. V. 11 s. 371; Pandekten I s. 598.

emellertid ej tillerkännas någon giltighet vid tredjemansaftalet. Man måste betänka, säger MITTEIS, att i dylika fall gestorn bevisade principalen en rent lukrativ tjänst, som han säkerligen ej hade tillämnat hvem som helst utan — om ej annat framginge — blott principalen i egen person. Ehuru detta hufvudsakligen gällde vid ensidiga förvärfshandlingar, så hade samma synpunkt äfven giltighet vid tvåsidig rättshandel. Ja, här tillkom ytterligare medkontrahentens intresse. Honom vore det kanhända ej likgiltigt, om han erhöle principalen eller dennes arvingar till medkontrahenter ¹⁾. Vid tredjemansaftalet har emellertid nu gäldenären åtagit sig gestorskapet, blott på det att borgenären måtte kunna utföra sin plan att öfverlåta sin fordran till tredjeman. Häraf är det äfven klart, att *gäldenärens* intresse ej kan hafva någon juridisk betydelse för spörsmålet om ratihabitionsrättens ärftlighet vid tredjemansaftalet. Däremot blir Mitteis uttalande af omedelbar vikt för vårt problem, när han antyder betydelsen af medkontrahentens intresse. Det är *borgenären*, som vid tredjemansaftalet är verksam till tredjemans förmån och bevisar honom en tjänst, under det att gäldenärens åtagna ställföreträderskap på borgenärens initiativ tillkommit »ad adstringendam promissoris fidem». Det är borgenären, som afhänder sig en fordringsrätt till tredjeman, emot hvilken han dävid äfven fullföljer en viss rättslig causa ²⁾. Därför böra uteslutande borgenärens afsikter kunna vara bestämmande för spörsmålet om tredjemans arvingar, innan ratihabition af honom ägt rum, kunna träda i dennes ställe och med rättslig verkan ratihabera rättshandeln. I regeln skola emellertid omständigheterna i det särskilda fallet vara sådana, att intet gifver vid handen, huruvida borgenärens intentioner beträffande det föreliggande spörsmålet gå i den ena eller andra riktningen. Men detta betyder — efter hvad som här ofvan framhållits — att ratihabitionsrätten vid tredjemansaftalet i regeln måste vara ärftlig. Vi ha nu blott att hålla oss därtill att tredjemans förmögenhetsställning genom aftalet redan före ratihabitionen faktiskt blifvit förändrad i posi-

¹⁾ MITTEIS a. a. s. 228 f.

²⁾ Jfr. HELLWIG a. a. s. 258: »Vielmehr spielt er (löftesmottagaren) bei dieser Vereinbarung eine mindestens gerade so grosse, ja eine grössere Rolle als der Versprechende. Denn er ist es, der durch das alteri stipulari dem Dritten durch die Person des Promittenten eine Vermögenszuwendung macht».

tiv riktning, och att arfvingarna vid hans död äga rätt till hans förmögenhet i befintligt skick. Så mycket mindre kan denna regel vid tredjemansaftalet anses vara stötande, som borgenären, okunnig om tredjemansaftalets juridiska byggnad, torde föreställa sig, att tredjeman erhållit en verklig fordringsrätt redan genom aftalet. Kan man åter i visst fall af borgenärens till uttryck komna intresse sluta sig till att han — om han haft kunskap om den föreslagna konstruktionen — blott afsett en högst personlig ratihabitionsrätt åt tredjeman, så måste äfven för detta fall sägas, att tredjemans arfvingar ej kunna ratihabera gestorns accepterande rättshandling¹). Ett sådant intresse har otvifvelaktigt kommit till uttryck i det af oss s. 205 n. 3 anförda exemplet. Därför böra också efter *T:s* död arfvingarna i detta fall ej kunna göra anspråk på lifförsäkringssumman. I det strax förut i texten antydda allmänna exemplet åter måste vår lösning blifva den motsatta och öfverensstämmande med den härskande lärans åskådning.

Variera vi något detta exempel och tänka oss *T* vara aflidan före *B*, som emellertid likväl icke återkallat sin disposition till *T:s* förmån, så skall en betydlig skillnad visa sig i resultatet efter vår konstruktion och kreationsteorien. Inom denna torde numera allmänt råda den uppfattningen, att så länge försäkringstagaren är i lifvet, någon verklig rätt för tredjeman ej kan uppstå ur aftalet²). Har nu *T* i vårt exempel ej haft någon

¹) Jfr HELLMANN, Stellvertretung, s. 128 f. »Beim Tode des Vertretenen wird zunächst festzustellen sein, ob der dritte Kontrahent die Offerte nur an die Person des Verstorbenen oder auch eventuell an dessen Erben gerichtet hatte, (und demnach der Vertreter nur für jene, oder auch eventuell für diese handeln wollte). Erstenfalls hört jede Gebundenheit des dritten Kontrahenten auf, letzterenfalls bleibt dieselbe in gleicher Weise bestehen, wie sie bestehen würde, wenn der Vertretene noch lebte».

²) Så *B. G. B.* § 331: »Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte des Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers». — Jfr härtill PLANCK, kommentar II, 3 uppl. § 331 anm. 1; OERTMANN, kommentar I, 2, 2 uppl. § 331 anm. 1 b.; HELLWIG a. a. s. 211 f. f.; EHRENBERG i J. J. 41 s. 383, hvilka alla förmena, att det ej heller kan vara frågan om uppkomsten af en villkorlig rätt. — Att om af aftalet tydligen framgår att tredjeman i och med detsamma skall erhålla en verklig fordringsrätt, detta äfven blir fallet, bestrides naturligtvis ej af de nämnda

rätt, så kan en sådan uppenbarligen ej heller uppstå för hans arfvingar. Trots det att *B* sålunda ej återtagit dispositionen, kunna vid hans död dessa ej göra något anspråk gällande, utan måste lifförsäkringen tillfalla *B*:s dödsbo. Detta resultat torde väl knappast kunna betecknas såsom tillfredsställande. När *B* förordnar om lifförsäkringens ställande på *T*, så skall det säkerligen höra till undantagen, att han fäster sig uteslutande vid *T*:s person i den mening, att han vill, att blott *T* skall få nytta af försäkringssumman. *B* vill med dispositionen tillföra *T* en förmögenhetsökning, hvilket i viss mån måste innebära en ökning af hans familjs eller arfvingars förmögenhet. Vid åtskilliga tillfällen framstår detta särskildt klart. *B*, som har en skuld till *T* och är rädd, att hans kvarlåtenskap ej skall räcka till för alla skulders gäldande, anordnar, för att åtminstone rädda *T* från förlust, sin lifförsäkring till hans förmån eller ingår idetta syfte ett lifförsäkringsaftal. *T* aflider emellertid nu före *B*, hvilken ej anordnar försäkringen till *T*:s arfvingars förmån, enär han tager för gifvet, att *T*:s anspråk ipso iure vid hans död skulle öfvergå på dessa. Vid *B*:s död måste de enligt den allmänna uppfattningen för sin ärftda fordran på vanligt sätt konkurrera med öfriga borgenärer om kvarlåtenskapen, i hvilken lifförsäkringssumman ingår. Denna konsekvens kan nu ej rimligtvis vara motiverad därmed, att *T* aflidit före *B*. Hade denne ej kunnat vara nöjd med att lifförsäkringen på grund af *T*:s död komme att utbetalas till dennes arfvingar, så hade han ju blott kunnat förordna om, att dispositionen till *T*:s förmån skulle återtagas, hvilket måste innebära, att lifförsäkringen skall utgå till *B*:s stärbhus¹⁾. En sak är, att tredjeman omedelbart ur aftalet kan erhålla en verklig fordringsrätt mot försäkringsbolaget, en annan sak är att, borge-

författarna, ehuru PLANCK och HELLWIG synas kunna medgifva detta, blott under den förutsättningen att den uppkomna rättigheten ej af promissaren vidare får återkallas.

¹⁾ Annat exempel: *B*, som är ungarl och jämte andra arfvingar har en afhållen syster, gift med *T*, vill af vänskap för system anordna sin lifförsäkring så, att den kommer henne till godo och låter för detta ändamål försäkringsbrevet utställas på hennes man, familjefadern *T*, i den för *B* själfklara förvisningen om att försäkringsbeloppet nu under alla omständigheter måste tillfalla *T*:s familj. Konsekvenserna enligt den rådande teorien af *T*:s före *B*:s inträffade död måste äfven här anses påfallande orättvisa.

nären vid lifförsäkringsaftalet intill sin död bör vara befogad att återtaga den till tredjemans förmån vidtagna dispositionen. Dessa båda möjligheter utesluta, så vidt vi kunna finna, på intet sätt hvarandra ¹⁾. Fasthållas måste endast, att den uppkomna fordringsrätten således icke är obetingad utan behäftad med det resolutiva villkoret, att borgenären intill sin död ej återkallar den gjorda dispositionen. HELLWIG afvisar en sådan åskådning under hänvisning till testatens rättsliga ställning. Borgenärens förordnande om lifförsäkringens utbetalande till tredjeman kunde för denne intill borgenärens död ej få någon annan betydelse än en testamentarisk disposition före testatorns död ²⁾. Vi kunna emellertid ej finna något giltigt skäl till att för lifförsäkringsaftalets räkning hämta regler från testamentsrätten. Enligt det ifrågasvarande aftalets säregna natur kan tredjeman i regeln ej erhålla prestationen, förr än borgenären affidit. Detta är den *faktiska* likheten mellan tredjemans vid lifförsäkringsaftalet och en testamentstagares ställning. Denna blott faktiska likhet kan emellertid ej åstadkomma, att man å lifförsäkringsaftalet bör tillämpa de säregna rättssatserna för en dispositio mortis causa. Aftalet bör fastmer bedömas efter allmänna civilrättsliga regler ³⁾. Den nämnda likheten kan så mycket mindre nödvändiggöra ett analogt rättsligt bedömande, som den understundom ej alls existerar. Vi syfta därpå, att försäkringssumman enligt aftalet kanske skall utbetalas under borgenärens lifstid.

Emellertid saknas ej röster äfven för den motsatta åsikten, enligt hvilken en verklig, om ock revokabel fordringsrätt uppkommer för tredjeman i och med lifförsäkringsaftalets avslutande ⁴⁾.

¹⁾ Jfr DANZ, Forderungsüberweisung etc. s. 130, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2 uppl., s. 213. Torp T. f. R. s. 37. Se äfven nedan.

²⁾ HELLWIG a. a. s. 211 f.

³⁾ Jfr EHRENBURG J. J. 41 s. 380: »Auch im letzteren Falle (tredjeman erhåller rätten först med försäkringstagarens död) erhält er es nicht aus dem Nachlasse des Versicherten, sondern kraft des Vertrages zu Gunsten Dritter, der ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist. Und dies selbst dann, wenn der Begünstigte erst in einer Verfügung von Todeswegen als solcher bezeichnet worden ist: er erhält hier sein Recht zwar *in* einer, aber nicht *durch* eine Verfügung von Todeswegen». Se äfven samma förf. l. c. s. 366.

⁴⁾ Så SCHERER i Gruchots Beiträge, 32 s. 534, där det heter: »Das Recht der Annahme geht nach allgemeinen Grundsätzen auf die Erben des Dritten über, sollte er auch vor dem Versicherungsnehmer gestorben sein.» Vidare OERTMANN i 1:sta uppl. af sin kommentar, § 331 anm. 1. Jfr dock

Till denna, efter hvad som påvisats här ofvan och särskildt i betraktande af MARTINIUS' beaktansvärda grunder (se sistanföreläsa not), enligt vårt förmenande mera tillfredsställande uppfattning leder oss med nödvändighet den föreslagna konstruktionen. Man kan nämligen ej säga, att borgenärens anbud till tredjeman om öfverlåtelse af fordringen är af det innehåll, att denne icke i och med accepten af anbudet utan först vid en oviss tidpunkt senare skall erhålla den erbjudna rättigheten. Det torde ej vara juridiskt möjligt, att en rättighet, som en person förvärfvar såsom kontrahent i ett aftal, skulle komma till existens först längre eller kortare tid efter aftalets ingående. Rättsförändringen måste inträda i och med själfva aftalet, och det vore fullkomligt meningslöst att låta denna rättsförändring bestå däri, att ena kontrahenten erhöle en rätt att vid en senare tidpunkt få den i anbudet erbjudna rätten. Enligt vår konstruktion måste därför tredjeman efter ratihabitionen betraktas, som om han i och med själfva liffförsäkringsaftalets ingående förvärfvat fordringen mot promittenten. Dör han före försäkringstagaren, så ärfves fordringsrätten af hans efterkommande. Några besvärliga konsekvenser häraf kunna ej yppa sig, alldenstund försäkringstagaren i regeln måste anses hafva öfverlåtit åt tredjeman en blott revokabel fordran¹⁾. I de fall åter, där borgenären efter aftalet ej kan återtaga dispositionen, skola omständigheterna säkerligen vara sådana, att det äfven för den motsatta åskådningen måste vara otvifvelaktigt, att i och med aftalet en verklig fordringsrätt uppkommit för tredjeman. — Liksom man efter denna

n. 2 å s. 208 här ofvan. FULD och HÜLSSE i Baumgartners Zeitschrift für Versicherungsrecht, 4 o. 5. Famför allt finna vi MARTINIUS' inlägg i Gutachten des Anwaltstandes vara trräffande. Han säger där s. 595 f.: »Wir sind anderer Ansicht (än B. G. B.). Der Promissar hat das Abänderungs- und Aufhebungsrecht, eventuell das einseitige Widerrufsrecht. Er hat es also in der Hand, die Leistung sich oder Anderen zu sichern, wenn er nach dem Tode des Dritten nicht an dessen Erben geleistet haben will. Er kann auch gleich im Vertrage vorsehen, dass die Leistung an den Dritten in Person erfolgt, wenn dieser zur Zeit der Fälligkeit lebt, wenn er aber verstorben ist an ihn, den Promissar selbst, oder einen Anderen zu erfolgen hat Wer an die Erben des Dritten die Leistung nicht gelangen lassen will, mag dagegen Vorkehrung treffen, wie das schon jetzt durch Versicherungsbedingungen geschieht um Zweifeln zu begegnen.»

¹⁾ Jfr citatet från MARTINIUS i föreg. n. samt framställningen nedan.

åskådning kommer till samma resultat i den föreliggande frågan, vare sig tredjeman afidit med eller utan vetskap om den till hans förmån vidtagna dispositionen, så kommer det äfven för oss — i enlighet med hvad som sagts om ratihabitionsrättens ärftlighet — att i regeln vara likgiltigt, om tredjeman före sin död erhållit kännedom om den honom tilltänkta förmånen eller icke. Endast i de sällsynta fall, att ratihabitionsrätten måste anses vara en tredjeman tillkommande högstpersonlig rättighet, gäller att tredjemans arfvingar, om han aflider utan att hafva erhållit nämnda kännedom, sakna hvarje rättighet med afseende å lif försäkringssumman.

Särskildt omnämmande tarfva de berättigande tredjemansafstal, enligt hvilka gäldenären skall prestera till en tredje person, som senare kommer att blifva bestämd eller till en person, som i aftalets ögonblick ej existerar. Att aftalet ensamt efter vår konstruktion ej kan vara upphofvet till en dylik tredjemans efteråt uppkommande fordringsrätt mot gäldenären är tydligt nog: gäldenären kan ej ställföreträda en obestämd person, ännu mindre en person, som ej finnes till ¹⁾.

Vända vi oss nu närmast mot aftalen om prestation till en obestämd tredje person, så böra dessa lämpligen ses i två grupper, den ena omfattande tredjemansafstal, hvari borgenären har att utse tredjeman, och den andra innehållande aftal, enligt hvilka tredjemans individualisering sker antingen alldeles oberoende af borgenären ²⁾ eller åtminstone ej grundar sig på dennes förklaring, att den eller den skall utses till tredjeman ³⁾.

I den första gruppens fall är nu rättsläget omedelbart efter aftalet sådant, att borgenären har en fordran, af innehåll att gäldenären skall prestera till en af borgenären sedermera utsedd person. Så snart denne gjort sitt val och utsett en viss person till destinatar, får borgenärens fordran bestämdt innehåll, i det den nu går ut på prestation till den utsedde tredjeman. Riktat borgenären den tredjeman bestämmande förklaringen till

¹⁾ Jfr HELLWIG a. a. s. 242 ff.

²⁾ Prestationen utlofvas t. ex. till segraren i en täfling eller till den, som styrker sig vara berättigad till densamma.

³⁾ Prestationen skall t. ex. utgöras åt borgenärens blifvande make

gäldenären, så innebär denna förklaring äfven ett anbud om öfverlåtelse af fordringen till tredjeman. Såsom i de regelmässiga fallen accepterar nu gäldenären anbudet för den utsedde personens räkning, hvilken därigenom blifver fordringsberättigad, sedan han fått vetskap om aftalet till hans förmån. Men borgenären bör äfven med samma rättsverkan kunna vända sig direkt till den person, som han vill utse till fordringsberättigad destinatär för prestationen. Förklaringen till denne går ju ut på, att han skall blifva berättigad att fordra prestationen af gäldenären, och måste sålunda just innebära en cession af borgenärens fordran till den utsedde tredjeman. Häremot kan ej invändas, att borgenärens fordran ännu ej blifvit så individualiserad, att den kunde öfverlätas. Ty i och med det att borgenären vändt sig med den ifrågavarande förklaringen till den person, som han vill göra till destinatär för prestationen, erhåller borgenärens fordran mot gäldenären på grund af det mellan dem bestående aftalet motsvarande individualisering. Vi kunna nämligen ej finna något giltigt skäl för antagandet, att fordringen skulle kunna blifva på detta sätt förändrad, först därigenom att borgenären i en till *gäldenären* afgifven förklaring utsett destinatär för prestationen. En motsatt ståndpunkt intages emellertid af HELLWIG med den motiveringen, »dass die Anordnung des Verprechensempfängers eine Ergänzung des Vertragsinhalts bildet. Deshalb ist sie ebenso, wie die Wahlerklärung bei der alternativen Obligation (§ 263 B. G. B.) und in Analogi zu der Kündigung, Mahnung, Rücktrittserklärung erst dann existent, wenn sie dem anderen Teile zugegangen ist (B. G. B. § 130—132)»¹⁾. Satsen, att borgenärens »Anordnung» vore en »Ergänzung des Vertragsinhalts», kan ej föra oss till Hellwigs åsikt. Ty antingen måste därmed blott menas det självklara faktum, att innehållet af den i aftalet utlofvade prestationen blir närmare bestämdt, sedan borgenären utsett destinatären, eller ock måste man med satsen förstå, att borgenärens bestämmande af tredjemans person för att vara giltigt måste ske aftalsvis, d. v. s. att förklaringen därom måste riktas till gäldenären och af honom godkännas. Detta är naturligtvis ej HELLWIGS mening. Han fordrar blott, att borgenären vid utseendet af tredjeman till gäldenären riktar en

¹⁾ HELLWIG a. a. s. 228.

förklaring, som af denne uppfattas eller (åtminstone) mottages. Men menar HELLWIG detta, så kan den nämnda satsen ej hafva någon betydelse. Analogien med uppsägningen och krafvet anse vi vara obefogad, enär dessa handlingar just icke, i den mening som den ifrågavarande, bilda en »Ergänzung des Vertragsinhalts». De äro fristående rättshandlingar, som principiellt gå ut på att försämra adressatens ställning. Lika litet torde jämförelsen med valet vid den alternativa obligationen kunna vara af någon betydelse. Vid en alternativ obligation är borgenären, *destinatären*, redan berättigad att fordra en viss af två eller flera prestationer. Han har blott att afgöra hvilken. En förklaring härom måste — det är tydligt nog — framgå till gäldenären, som eljest ej kan prestera till borgenären med visshet om att därigenom blifva befriad från sin förpliktelse. Men det ifrågavarande »val», som borgenären skall träffa, har närmast en helt annan betydelse: det skall åstadkomma att för en utomstående, hittills obestämmd person uppstår en fordringsrätt mot gäldenären, som på förhand aftalsmässigt förbundit sig att låta borgenärens »val» hafva denna verkan. Då gäldenärens vetskap om hvem som blifvit prestationsdestinatär och fordringsägare sålunda i och för sig måste vara utan betydelse, så kunna vi ej utleta någon grund, hvarför ett till gäldenären riktadt meddelande vore nödvändigt för att individualisera hans förpliktelse. En annan sak är, att om borgenären ej underrättar gäldenären, att han utsett fordringsberättigad destinatär för prestationen, så behöfver gäldenären ej fullgöra prestationen till tredjeman, förr än han erhållit bevis om att borgenären verkligen i förklaring till tredjeman utsett honom till fordringsägare och destinatär.

Att efter vår konstruktion emellertid borgenärens bestämmande af tredjeman måste ske i förklaring, riktad antingen till gäldenären eller tredjeman (resp. deras ombud), är ju gifvet. Enligt kreationsteorien synes oss, strängt taget, en annan uppfattning ligga närmare. Då, efter hvad som ofvan framhållits, det antagandet ej synes kunna vara tillräckligt grundadt, att förklaringen måste riktas till gäldenären, så kan ännu mindre efter den kreerande teorien fordras, att borgenären vänder sig till tredjeman eller öfver hufvud taget riktar sin bestämmande viljeförklaring till någon person. Hvarje viljeförklaring af borgenären, som kunde uppfattas såsom ett definitivt uttryck för hans verkliga vilja, att

den eller den personen skulle blifva berättigad att fordra prestationen af gäldenären, måste hafva åsyftad rättsverkan¹⁾. Att för den tyska rättens räkning detta emellertid ej kan anses gälla, framgår däraf att B. G. B. (§ 332) såsom ett fall af undantagsnatur tillåter bestämmandet af tredjemans person i en dispositio mortis causa²⁾. Innebörden af stadgandet i B. G. B. § 332 är, att borgenären i ett testamentariskt förordnande kan förklara en viss tredje person berättigad att fordra prestationen af gäldenären, med den verkan att tredjeman med borgenärens död omedelbart erhåller ett anspråk mot gäldenären, ett anspråk, som ej i något ögonblick anses tillhöra borgenärens kvarlåtenskap³⁾. Detta är sålunda något annat, än att borgenären *testamenterar* rätten till prestationen åt någon. En sådan disposition innebär nämligen, att borgenären ej begagnat sig af sin befogenhet att utse en tredje person till fordringsberättigad prestationsdestinatär, hvilket har till följd, att prestationen eller rätten till densamma kommer att ingå i borgenärens kvarlåtenskap, hvori testaten nu får göra sitt anspråk gällande *på grund af testamentet och icke på grund af tredjemansaftalet*⁴⁾. Med vår konstruktion är det klart, att en förklaring af borgenären i ett testamente, att en viss tredje person skall uppbära den i tredjemansaftalet utlofvade prestationen, blott kan ha den senare be-

¹⁾ Angående faran af en dylik åskådning se citatet från PLANCK nästkommande not i slutet.

²⁾ Jfr PLANCK, kommentar II, 3 uppl., § 332: »Zweifelhaft kann sein, ob die Vorschrift als eine Folgerung aus dem nicht ausdrücklich ausgesprochenen allgemeineren Satze aufzufassen ist, dass die fragliche Bestimmung ein einseitiges nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft sei, oder ob sie dahin zu verstehen ist, dass die fragliche Bestimmung ausnahmsweise auch in einer Verfügung von Todeswegen getroffen werden könne, während als Regel vorausgesetzt wird, dass die Bestimmung durch Erklärung gegenüber dem Versicherer erfolgen müsse. Die erstgedachte Auffassung würde eine Ungenauigkeit der Redaktion voraussetzen, welche ohne zwingende Gründe nicht angenommen werden darf. Die Zulassung einer einseitigen an keine Form gebundenen nicht empfangsbedürftigen Erklärung würde ferner zu einer bedenklichen Rechtsunsicherheit führen und mit dem berechtigten Interesse des anderen Vertragschliessenden, des Versicherers, schwer vereinbar sein.» — Se äfven Protokolle I s. 760 f.

³⁾ Se citatet från EHRENBURG s. 210 n. 3.

⁴⁾ Se HELLWIG a. a. s. 229 f.

tydelsen. Häri torde ej kunna ses någon bristfällighet; snarare tvärtom ¹⁾).

Vid den andra gruppens fall ²⁾ åter böra enligt vår åskådning de fakta i och för sig, som göra tredjemans person individualiserad, icke kunna åstadkomma någon fordringsrätt för denne mot gäldenären. Om *B* offentligen lofvar att utbetala en summa penningar till vinnaren i en täfling samt för detta ändamål deponerar en penningssumma hos *G*, som har att utbetala densamma till vinnaren, så följer af depositionsaftalet, endast att *B* af *G* kan fordra prestationens fullgörande. Det faktum, att *T* nu vinner i täflingen, kan ej ändra *G*:s förpliktelse så, att han nu äfven får *T* till borgenär. Däremot torde *B*:s utlofvande hafva förpliktat honom så, att *T* i och med det faktum, att han vunnit, af *B* kan fordra den utlofvade summan. Spörsmålet är emellertid, om en fordringsrätt för *T* mot *G* på det deponerade beloppets utgifvande kan erhålla sin rättsliga förklaring. Härtill svara vi, att, om *B*, efter det han deponerat beloppet, meddelar de täflande, att vinnaren har att lyfta summan hos depositaren *G*, så bör *T*:s rätt just komma att gå ut på att af *G* fordra den deponerade summan. *B*:s utlofvande innehåller här ett anbud om öfverlåtelse af den fordran, som han vid deponeringen erhållit mot *G*. På samma sätt som vinnaren *T* genom ett allmänt utlofvande kan blifva fordringsberättigad emot *B*, så kan han här genom öfverlåtelseanbudet erhålla en rätt att af *G* fordra det deponerade beloppets utbetalande ³⁾).

¹⁾ Stadgandet i § 332 B. G. B. bedömes också af Hellwig såsom ganska misslyckadt. Han säger a. a. s. 230: »Die Feststellung, ob die Verfügung eine Ergänzung des Vertragsinhalts oder ein Vermächtnis ist, wird häufig sehr schwierig sein; denn der Unterschied ist ein so feiner, dass er der Laienwelt schwer verständlich und nicht gerade geläufig sein wird. So ist zu befürchten, dass der § 332 zu einer Quelle von schwer zu entwirrenden Streitigkeiten werden wird, und deshalb wäre es besser gewesen, wenn die in der II. Kommission mit 10 gegen 9 Stimmen beschlossene (Prot. I S. 761) Norm nicht Gesetz geworden wäre.»

²⁾ Se n. 2 o. 3 s. 212.

³⁾ Äger deponeringen rum först efter utlofvandet kan enligt vår uppfattning *T* ej erhålla någon rätt emot *G*, äfven om *B* vid utlofvandet meddelar, att han tänker deponera det utfästa beloppet hos *G*, enär *B* ännu ej erhållit någon fordringsrätt mot *G* att öfverlåta. *T* har då rättsligen blott att hålla sig till *B*, som åter för fullgörandet af sin förpliktelse begagnar

Är aftalet om prestation till en obestämd tredje person af denna typ: *G* lofvar *B* att prestera något åt *B:s* efterlevande maka, så kan enligt vår konstruktion rätten för tredjeman uppkomma blott genom meddelande till tredjeman själf eller till *G*, att tredjeman nu blifvit bestämd. Skulle *B* redan vid aftalets ingående vara gift, så erhåller hans hustru i aftalets ögonblick en fordringsrätt med det suspensiva villkoret att hon öfverlever *B*. Är *B* åter vid aftalets ingående ogift, eller affider före honom hans vid aftalets ingående lefvande maka och har han, sedan han blifvit gift eller omgift, ej meddelat sin hustru om den henne såsom änka väntande prestationen eller underrätat *G*, att han blifvit gift, resp. omgift, så har fordringen mot *G* ej haft någon rättslig möjlighet att kunna öfvergå till *B:s* efterlevande hustru. Praktiskt taget torde olägenheten häraf emellertid ej vara så stor. *G:s* förpliktelse att prestera till *B:s* änka kvarstår, om också denna i egenskap af tredjeman ej kan fordra fullgörandet. Detta kunna *B:s* arfvingar; men de kunna också blott fordra detta och icke att *G* fullgör prestationen till dem ¹⁾. Om *B* i listtiden har kunnat återkalla den till sin efterlevande makas förmån gjorda dispositionen, så är detta nämligen en be-

sig af sin fordran mot *G*. — Har deponeringen skett före utlofvandet, så blir det en särskild tolkningsfråga, om *T* skall kunna fordra beloppet af *B*, för den händelse att *G* vägrar att uppfylla sin förpliktelse. Oss synes som om *B:s* förpliktelse emot *T* i regeln måste begränsas därtill, att *B* bidrager till eller åtminstone ej lägger hinder i vägen för att *G* fullgör sin åtagna skyldighet. Däremot torde det vara för strängt att — om ej särskilda omständigheter tillkomma — låta *B* personligen svara för beloppet, när detta af någon anledning ej kan utfås hos *G*. Vi mena alltså, att utlofvandet till de täflande i regeln just blott består däri, att *B* till dem afgifver ett anbud om öfverlåtelse af sin genom depositionsaftalet erhållna fordran mot *G*. Från vår ståndpunkt kunna vi därför ej instämma i HELLWIGS uttalande, a. a. s. 220 n. 17: »Man muss hierbei natürlich scharf unterscheiden zwischen dem in dem Ausschreiben der Preiskonkurrenz liegenden einseitigen Versprechen, welches zu einer Obligation zwischen dem Auslobenden und dem Sieger führt (B. G. B. § 657), und zwischen der durch die Hinterlegung zu gunsten des Siegers begründeten Verpflichtung des Depositors. Aus dieser wird der Depositor dem Sieger gegenüber verpflichtet. Dieser Vertrag zu Gunsten Dritter steht in keiner Weise unter dem Recht der Auslobung.»

¹⁾ Dock är att märka, att de kunna efterskänka fordringen och att de kunna frestas härtill genom utsikten att därför af *G* erhålla valuta.

fogenhet, som enligt sakens natur ej kan öfvergå på hans arfvingar. Till detta kommer emellertid en för vårt exempel mycket viktig synpunkt. I regeln skall den efterlevande maken på grund af sin giftorätt hafva halfva andelen i *B:s* fordran mot *G*. Enligt sin natur måste denna fordran vara odelbar. Den bör därför ej mot en delägares veto kunna efterskänkas. Såsom delägare i den efterlämnade fordringen bör alltså den efterlevande maken kunna tillhålla *G* att fullgöra sin prestations-skyldighet ¹⁾).

Svagast torde vår konstruktion komma att betecknas vid aftal om prestation till ej existerande personer, af hvilka företrädesvis ofödda komma i betraktande. *B* deponerar t. ex. en summa penningar hos *G* att utgifvas åt *B:s* eller en annan persons blifvande barn, *T*, eller han ingår ett lifförsäkringsaftal med *G* till samma *T:s* förmån. Kommer *T* nu till lif, innan *B* affidit, så har ju denne alltid möjlighet att genom underrättelse till *T:s* förmyndare eller genom korrespondens med *G* få sin fordran mot denne öfverlåten till *T*. Det senare torde framför allt vara af betydelse vid lifförsäkringsaftalet, i det den nödiga korrespondensen vid premiebetalningen efter *T:s* födsel kan sägas innebära en öfverlåtelse af fordringen till *T* genom *G* såsom neg. gestor. Härvid är det ej ens behöfligt, att *G* erfar, att *T* kommit till existens. Vi ha att tänka oss saken så, att *G* vid hvarje premieinbetalning t. o. m. den, som sker efter *T:s* födsel, eventuellt fungerar som dennes gestor, nämligen för den händelse, att han blifvit född. Afider emellertid nu *B*, innan *T* kommit till, eller utan att fordringen på antydde sätt kan anses hafva öfverlåtits åt honom, så torde vi lämpligen böra skilja mellan aftal, hvori *T* är *B:s* barn eller arfvinge och hvori detta ej är händelsen. I förra fallet böra ju alldeles samma synpunkter gälla, som vi nyss framhöllö vid bedömandet af den efterlevande makens rättsställning vid de aftal, hvori han utsetts till destinatär för prestationen. I senare fallet kunna vi ej komma längre, än att *G:s* förpliktelse fortfarande kommer att gå ut på prestationens fullgörande åt *T*, som emellertid ej erhåller nå-

¹⁾ Afträdes emellertid kvarlåtenskapen till konkurs, så disponeras jämväl den ifrågavarande fordringen af *B:s* borgenärer, hvilka mot (eller utan) valuta af *G* kunna efterskänka densamma.

got anspråk mot *G*, samt att *T*:s ställning i förhållande till *G* i betydande mån stärkes däraf att *G*:s fordringsägare, *B*:s arfvingar, ej kunna fordra prestationens utgörande till dem själfva. Saken ställer sig här alldeles så, som när tredjeman utgöres af en efterlevande make, som saknar giftorätt i *B*:s kvarläten-skap. För vår del kunna vi emellertid ej finna, att detta resultat behöfver göra vår konstruktion betänkelig. Vi kunna ej finna, att omsättningens och det praktiska lifvets kraf i allmänhet kunna nödvändiggöra en sats af innehåll, att man, utöfver arfs- och testamentsrättens regler, måste kunna disponera till en ofödd persons förmån med den verkan, att denne i och med födseln erhåller en själfständig rätt. Praktiskt taget har den föreliggande frågan sin största betydelse vid lifförsäkringsaftalet. Vi behöfva här emellertid ej söka afgöra, huruvida på detta område ett behof af antydd beskaffenhet gör sig gällande. Ty äfven om detta skulle vara fallet, så kan därmed ej någon invändning mot vår teori vara grundad. Lifförsäkringsaftalet måste på grund af de alldeles särskilda ekonomiska ändamål, som med detsamma fullföljes, hänföras till den speciella privaträttens område. De särskilda rättssynpunkter, som vid lifförsäkringen göra sig gällande, kunna ej alltid vara tillgodosedda i den allmänna civilrättens grundsatser.

Vi öfvergå härefter till behandling af en fråga, hvilken, strängt taget, ej behöfde falla inom ramen för vårt ämne, sådant som vi, efter hvad som redan inledningsvis framhållits, fattat detta ¹⁾. Vi syfta på följande spörsmål: när innebär ett aftal om prestation till tredjeman, att denne bör blifva berättigad att fordra prestationen? Det torde vara klart nog, att denna fråga principiellt måste erhålla samma svar, vare sig man ansluter sig till kreationsteorien eller gillar den af oss föreslagna konstruktionen. Liksom vi blott vid tredjemansaftal af viss innebörd kunna anse, att desamma utöfver kontrahenternas öfverenskom-melse jämväl innebära en öfverlåtelse af den för borgenären uppkomma fordringen från honom till tredjeman, så måste äfven anhängaren af kreationsteorien säga, att aftalets natur får afgöra, om en fordran för tredjeman kan sägas vara kreerad eller icke. Och någon anledning att i nämnda afseende bedöma aftalet

¹⁾ Se ofvan s. IX.

enligt olika synpunkter, allt eftersom man hyllar den ena eller andra teorien, synes oss ej kunna förefinnas. Trots detta kan man emellertid fordra, att äfven författaren af en sådan studie som den föreliggande angifver sin ståndpunkt till denna fråga, en af de viktigaste och praktiskt taget den allra viktigaste i hela läran om tredjemansaftalet. Det kan härvid själfklart endast blifva fråga om allmänna teoretiska synpunkter. En detaljerad praktisk framställning af spørsmålet tillhör i hvarje fall den speciella läran om tredjemansaftalet. — Det är nu en gifven sak, att, om kontrahenterna i aftalet uttryckligen gifva tillkänna, att tredjeman skall erhålla rätt att fordra prestationen, så måste borgenären anses hafva öfverlätit sin fordran åt tredjeman. Så enkelt kommer saken emellertid så godt som aldrig att gestalta sig: kontrahenterna yttra sig ej alls om tredjemans rättsställning. Det heter blott, att liffförsäkringsbolaget skall utbetala försäkringssumman vid borgenärens död åt tredjeman, att köparen af ett hemman skall utgöra vissa undantag eller andra prestationer åt tredjeman, att en son, till hvilken fadern afträdt sin jordegendom, skall utbetala vissa summor eller räntor åt sina syskon, enär dessa ej erhålla sin arfvedel af godset, att köparen af en lös sak skall erlægga köpesumman helt eller delvis åt en tredje person, att säljaren skall prestera varorna icke till köparen utan till en annan person, att fraktföraren skall forsla godset till adressaten, att *G* öfvertager firman *B* med dess tillgångar och skulder o. s. v. Huruvida den sålunda anvisade tredjeman skall själf kunna fordra prestationen eller icke, därom säges i aftalet ingenting. Då enligt vår konstruktion tredjemans rätt tänkes uppkomma genom ett särskildt aftal om öfverlåtelse till honom af den för borgenären uppkomna rätten mot gäldenären, så måste därför regeln bli, att tredjeman erhåller en fordringsrätt mot gäldenären på prestationens fullgörande, när detta kan sägas vara tyst öfverenskommet mellan kontrahenterna.

I första förslaget till B. G. B. heter det, att tredjemans fordringsrätt uppstår, »sofern aus dem Inhalte des Vertrages sich ergibt dass diese Berechtigung des Dritten gewollt ist» (Entw. I § 412). Förslaget hade härmed tagit ståndpunkt i en fråga, hvaröfver en skarp polemik ägt rum mellan de bekanta tyska rättslärarna REGELSBERGER och BÄHR. Under det att den förre ansåg, att i hela den hithörande läran knappast någon sats

vore säkrare än den, att tredjemans rättsförvärf vore betingadt af kontrahenternas afsikt, »dem Dritten aus ihrem Geschäft und durch ihr Geschäft eine Forderung auf Erfüllung gegen den Versprechenden zuzuwenden»¹⁾, så menade Bähr, att forskandet efter en dylik kontrahenternas afsikt vore riktadt på något absolut »Unerfindliches». Borgenären ville visserligen åt sig själf förvärfva rätten att fordra, att gäldenären presterade till tredjeman, men om han härvid tillika tänkte på att tredjeman skulle göra en rätt gällande ur aftalet, vore något rent tillfälligt, som ingen människa kunde veta²⁾. »Man fahndet nach einem Phantome. Wenn man sie aber in dem einen Vertrage findet, so ist sie nicht minder in allen vorhanden»³⁾. Regelsberger hänvisar till stöd för sin åsikt till den allmänna rättsregeln, att kontrahenterna genom öfverenskommelse bestämma sin rättshandels innehåll och verkningar, »sofern nicht gebietende Rechtsnormen beschränkend oder erweiternd eingreifen». Dessutom finner Regelsberger ett kraftigt stöd hos de tyska domstolarne, hvilkas utslag genomgående behärskades af principen, att tredjeman blef fordringsberättigad, blott om »die Absicht der Vertragschliessenden erkennbar auf diese Rechtswirkung gerichtet war»⁴⁾. Detta innebäre ingalunda, framhåller Regelsberger, att afsikten måste hafva tagit sig ett särskildt uttryck i aftalet, utan denna kunde framgå af omständigheterna. Dessa kunde t. o. m. vara af den beskaffenhet, att ena kontrahentens påstående och bevis för det samma, att han ej afsett tredjemans rättsförvärf, icke vunne beaktande⁵⁾. Det är tydligt nog, att vår regel innebär det samma som den Regelbergiska satsen. Kontrahenterna måste anses hafva tyst öfverenskommit, att tredjeman skall kunna fordra prestationen af gäldenären, just när en dylik deras afsikt efter omständigheterna framgår ur aftalet. — Bähr frågar nu Regelsberger, hvad han menar med afsikt. »Versteht man darunter», säger Bähr, »dass die Kontrahenten die Absicht haben müssen, dass das, was sie untereinander ausbedingen, an den Dritten, geleistet werden soll, so ist das richtig; diese Absicht ergibt sich

¹⁾ Ark. civ. 67, s. 4.

²⁾ Urteile des Reichsgerichts s. 85.

³⁾ BÄHR a. a. s. 93.

⁴⁾ Ark. civ. 67, s. 6 f.

⁵⁾ Ark. civ. 67, s. 9.

aber von selbst. Versteht man darunter, dass man von demjenigen, welcher einen Zweck — die Leistung an den Dritten — will, annehmen darf dass er vernünftiger Weise auch das Mittel zu diesem Zweck — die Klage des Dritten auf die Leistung — wolle: so ist auch hiergegen nichts zu sagen; aber auch diese Absicht ergibt sich von selbst. Versteht man aber unter der Absicht das *bewusste Wollen*, dass der Dritte berechtigt sein solle, aus dem Vertrage, wo nöthig, Klage zu erheben, so wird eine solche Absicht — wenn die Handelnden nicht etwa Juristen sind, welche die angeregte Kontroverse im Kopfe haben niemals vorhanden sein»¹⁾. Angående den första möjligheten så kan den ju i detta sammanhang ej intressera oss. Beträffande åter den andra af Bähr framhållna uppfattningen af kontrahenternas ifrågavarande afsikt, så måste på det allvarligaste bestridas, att en dylik afsikt kan anses förefinnas vid *alla* tredjemansaftal²⁾. I alla de fall där tredjeman blott skall mottaga prestationen för borgenärens räkning kan denne omöjliga vilja vara med om att tredjeman, så snart gäldenären råkade i mora, på eget initiativ stämde honom och förde talan om prestationens fullgörande. Redan häraf är det klart, att man måste se till de olika aftalens innehåll och ändamål eller, med Regelsberger, omständigheterna i det särskilda fallet. Men det är därmed omöjligt att inse, hvarför man ej om borgenären vid vissa tredjemansaftal får kunna antaga, att han äfven förnuftigtvis afser det medel, som *här* bäst är ägnadt att befordra ändamålet med hans disposition, nämligen en tredjemans fordringsrätt mot gäldenären. »Das bewusste Wollen» i Bährs mening måste lika litet fordras när det är fråga om uppkomsten af en verklig fordringsrätt för tredjeman som när det gäller att tilldela honom ett bemyndigande att för borgenärens räkning föra talan om prestationens utfående. Bähr menar med »das bewusste Wollen» tydligen den *direkt* på en viss effekt riktade viljan. I denna mening är det klart, att hvarken Regelsberger eller vi för tredjemans rättsförvärf kunna fordra, att kontrahen-

¹⁾ Ark. civ. 67 s. 162.

²⁾ Detta måste ju vara BÄHRs mening eftersom han finner att tredjemansaftalet alltid medför ett bemyndigande för tredjeman att utföra borgenärens talan om prestationens fullgörande. Se ofvan s. 41 f.

terna vilja, att tredjeman erhåller en fordringsrätt mot gäldenären. Å andra sidan måste det innebära en motsägelse att säga rätten vara uppkommen genom en tyst öfverenskommelse härom, men förneka, att rätten omfattades af kontrahenternas vilja. För vår del mena vi, att Bähr förbiser, att »das bewusste Wollen» kan vara *direkt* eller *indirekt* riktadt på rättsverkningen. Det senare är här fallet. När borgenären vid de berättigande tredjemansaftalen förordnar om prestationen till tredjeman, så tänker han visserligen ej direkt på att tredjeman genom aftalet blir fordringsberättigad, men han kan knappast undgå att få klart för sig, att tredjeman kommer att intaga samma ställning till gäldenären, som borgenären skulle haft, om han ställt prestationen till sig själf. Men därmed måste äfven borgenärens vilja sägas vara åtminstone indirekt riktad på uppkonsten af en fordringsrätt för tredjeman. — Äfven emot formuleringen af § 412 i det tyska lagförslaget har Bähr inlagt en skarp gensaga i samma anda som mot Regelsberger ¹⁾. Medgifvas måste, att om det är nödvändigt att åt stadgandet gifva den med motiverna öfverensstämmande tolkningen, att bevisskyldigheten åläge tredjeman för att kontrahenterna velat hans omedelbara berättigande ²⁾, så är stadgandet ytterst betänkligt, enär en dylik bevisning svårligen någonsin skall kunna föras. Enligt vårt förmenande bör emellertid åt den nämnda förslagsparagrafen gifvas den innebörden, att tredjeman blott behöfver bevisa, att *aftalets innehåll är sådant*, att man däraf bör sluta sig till, att kontrahenterna åtminstone indirekt afsett hans själfständiga berättigande. Med denna uppfattning af förslagsstadgandet stämmer detta öfverens såväl med den af Regelsberger förfäktade åsikten, att tredjeman blir fordringsberättigad, om af omständigheterna vid aftalet framgår, att detta öfverensstämmer med kontrahenternas afsikter, som med vår regel, att aftalet grundar en fordringsrätt för tredjeman, när detta kan sägas vara tyst öfverenskommet. Alla dessa tre formuleringar gå i själfva verket ut på alldeles detsamma, hvilket nu fastslagits såsom lag i Tyskland genom 328 § B. G. B. Enligt denna § erhåller tredjeman omedelbart ur aftalet en rätt att fordra prestationen, när en dylik rättsverkan uttryckligen

¹⁾ Kr. V. 30 s. 380 f.

²⁾ Motive II s. 269.

bestämmts eller när af omständigheterna, särskildt aftalets ändamål, framgår att en dylik rättsverkan bör inträda. De omständigheter, som emellertid kunna komma i betraktande, äro helt naturligt blott sådana, hvilka indicera en kontrahenternas vilja, att tredjeman gör det ifrågavarande rättsförvärfvet¹⁾. Vi tveka därför ej att äfven för vår del antaga den nämnda i 328 § B. G. B. stadgade regeln.

Om innebörden af en dylik regel vilja vi i detta sammanhang hafva yttrat följande, hvarvid till utgångspunkt tages ett förslagsyrkande, som i kommissionen för andra läsningen af det tyska lagförslaget framställdes vid granskningen af § 412 Entw. I. Man föreslog, att det skulle i §-en framhållas att

¹⁾ Jfr Protokolle I s. 752: »Einverständniss ergab sich ferner darüber, dass die Wirkung der unmittelbaren Berechtigung des Dritten nur dann eintreten dürfe, wenn dieselbe dem erklärten Vertragswillen der Vertragsparteien oder dem Sinne des Vertrags bezw. dem entspreche, was die Parteien nach den Umständen gewollt haben würden, wenn sie beim Abschlusse des Vertrags sich die Frage vorgelegt hätten, ob der Dritte unmittelbar berechtigt sein solle oder nicht.» Jfr härtill ledamoten i kommissionen för andra läsningen JACUBEZKYS Bemerkungen zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches, s. 101 (till § 412): »Da die Vertragschliessenden sich die Frage, ob sie die Berechtigung des Dritten wollen sollen, nicht vorzulegen pflegen, so muss an die Stelle ihres wirklichen Willens der Wille gesetzt werden, welchen sie gehabt hätten, wenn sie sich mit der Frage befasst hätten.» Med full rätt har HELLOWIG (a. a. s. 148 ff.) inlagt en kraftig gensaga emot båda dessa resonemang. Han har äfven rätt, när han konstaterar, att de efter § 328 B. G. B. äro uteslutna. Däremot förmena vi — i motsats till HELLOWIG — att affattningen af § 412 Entw. I ej borde gifva anledning till sådana uttalanden som de citerade. Stadgandet innehåller, att tredjeman blefve berättigad, »sofern aus dem Inhalte des Vertrags sich ergibt, dass diese Berechtigung des Dritten gewollt ist». Efter ordalydelsen är det visserligen ej alldeles uteslutet att låta förslagsparagrafen gå ut därpå, att de i det konkreta fallet *kontraherandes* eventuella vilja skulle utforskas. Hvad *just de kontraherande skulle hafva velat*, om de direkt haft tankarne riktade på frågan, om tredjeman skulle blifva berättigad eller icke, är emellertid något — så vidt vi kunna förstå — absolut »Unerfindliches». Alldeles säkert kan man icke sluta sig därtill blott af *aftalets innehåll*. Från detta kan man blott komma till hvad en normal och aktsam människa skulle hafva velat, om hennes vilja direkt inriktats på den föreliggande rättsfrågan. Då det nämnda stadgandets bokstaf sålunda ej lägger hinder i vägen för utan snarare häntyder på en sådan tolkning, synes oss någon tvekan för en domare i tillämpningen af detsamma ej kunna uppstå därom, att denna tolkning måste vara gifven såsom den enda möjliga.

tredjemans rättsförvärf framför allt borde antagas, »wenn diese (die Zuwendung) eine Fürsorge für den Dritten bezweckt». Motiveringen till detta förslagsyrkande ¹⁾ låter olämpligheten af det-

¹⁾ Detta stödde sig på följande motivering: »Fasse man diejenigen Verträge zu Gunsten Dritter, in welchen im bestehenden Rechte, insbesondere in der Rechtsprechung, die unmittelbare Berechtigung des Dritten unstreitig sei, ins Auge so ergebe sich als das ihnen allen Gemeinsame, dass die versprochene Leistung eine Fürsorge für den Dritten bezwecke. Offensichtlich sei dies bei der Lebensversicherung, dem Leibrentenvertrag und der bei der Guts- oder sonstigen Vermögensübergabe ausbedungenen Abfindung; es treffe nicht minder zu bei der Schenkung mit Auflage einer Leistung an einen Dritten, in dem römischrechtlichen Falle der Dosbestellung mit Auflage der Herausgabe an die Frau oder ihre Deszendenten. Eine gleiche Fürsorge komme aber auch vor bei Verkehrsgeschäften, welche der Versprechensempfänger zunächst im eigenen Interesse schliesse, z. B. wenn sich der Fuhrherr zu Gunsten des Kutschers, dessen er sich zur Ausführung der Fuhr bediene, ein Trinkgeld, der Verkäufer eines Pferdes für seinen Knecht ein Halftergeld ausbedinge, wenn sich der Miether oder Entleiher einer fremden beweglichen Sache von demjenigen, dem er die Sache leihe, Rückgabe an den Vermiether oder Verleiher versprechen lasse. der Verkäufer eines Hauses mit dem Käufer vereinbare, dass dieser die Mieth e aushalten müsse (§ 512), u. dergl. In allen diesen Fällen liege eine Fürsorge für den Dritten vor, indem diesem auf die einfachste Weise zu dem verholffen werden solle, was ihm gebühre. Dass der Versprechensempfänger in den zuletzt angeführten Fällen mit der getroffenen Vereinbarung zugleich sein eigenes Interesse ware, für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit Sorge trage, schliesse die Annahme einer Fürsorge ebensowenig aus, wie die Besorgung eines fremden Geschäfts dadurch die Eigenschaft der Geschäftsführung im Rechtsinne verliere, dass der Geschäftsführer zu der Geschäftsbesorgung durch ein eigens Interesse bestimmt worden sei (§ 759). Nicht einmal dann sei die Fürsorge ausgeschlossen, wenn der Dritte, für welchen die Leistung bedungen worden, sie nur auf Rechnung des Versprechensempfängers erhalten solle. Man könne für den Kommissionär, durch den man seine Angelegenheiten besorgen lasse, ebenso durch Vertrag zu Gunsten desselben Fürsorge treffen, wie man Geschäftsführer für ihn sein könne; in beiden Fällen fördere man die ihm obliegende Thätigkeit, die er auf Rechnung des Handelnden entfalten solle. Diese Thätigkeit sei, wenn sie auch für Rechnung eines Anderen stattfinden solle, doch eine Angelegenheit des Kommissionärs; er hafte für ordnungsmässiges Verhalten dabei und sei sehr oft auch materiell an dem günstigen Erfolge derselben interessirt.

Der Antrag wolle übrigens nicht nur dann, wenn eine Fürsorge bezweckt werde, eine unmittelbare Berechtigung des Dritten anerkennen. In anderen Fällen komme es lediglich darauf an, ob diese Berechtigung dem Sinne des Vertrags entspreche. Der Fürsorgezweck müsse dem Versprechenden erkennbar gewesen sein».

samma komina ganska klart till synes. Majoritetens i kommissionen åsikt gick äfven ut på att satsen mindre vore ägnad att underlätta rättstillämpningen än att verka förvirrande på den samma. Man framhöll praktiskt viktiga fall, å hvilka den föreslagna synpunkten ej alls kunde anläggas, såsom öfvertagandet af en handelsrörelse med tillgångar och skulder, fraktaftalet, deponering af en sak, som man är skyldig att utgifva till en tredje person, för att till denne utlämnas af depositaren m. fl. Vidare gjordes af majoriteten gällande, att begreppet »Fürsorge», där det nu kunde ifrågakomma, vore alltför obestämdt för att verkligen kunna tjäna rättskipningen till ledning. Vore å ena sidan omsorgen om tredjeman i många fall det drifvande motivet såsom vid lifförsäkringsaftalet och andra aftal, vid hvilka emellertid tredjemans själfständiga rättsförvärf redan länge vore erkändt i rättspraxis, så vore åter i andra af förslagsställarens anförda fall omsorgen om tredjeman blott ett bimotiv för borgenären, t. ex. vid aftal mellan säljare och köpare af ett hus till förmån för hyresgästen ¹⁾). Denna anmärkning anse vi visserligen ej vara befogad. Ty i det sistnämnda exemplet är omsorgen om hyresgästen visst icke underordnad motiv utan det hufvudsakliga, enda motivet till att säljaren betingar sig en prestation till hyresgästens förmån. En annan sak är, att öfverenskommelsen om denna prestation måste te sig som en *bisak i förhållande till själfva köpeaftalet*. Emellertid anse vi, att ett särskildt viktigt skäl är förhanden för att den ifrågavarande synpunkten ej skall kunna tillmätas någon vidare betydelse. Man måste hålla fast vid, att med »omsorgen om tredjeman» afses blott och bart ett *etiskt motiv* hos borgenären. Detta kan aldrig själf vara den juridiska grunden till att en fordringsrätt bör uppstå för tredjeman. Det kan allra högst vara ett indicium på att den juridiska grunden existerar (här alltså ett indicium för att borgenären *vill* tilldela tredjeman en fordringsrätt). Emellertid är det klart, dels att det etiska motivet, omsorgen om tredjeman, mycket väl kan vara för handen, utan att indicera en dylik rättsgrund ²⁾, dels ock att detta motiv kan

¹⁾ Protokolle I s. 754 f.

²⁾ Detta framhölls äfven i kommissionen emot förslagsyrkandet, ehuru det därvid anförda exemplet blef olyckligt valdt. Kommissionen opererade nämligen med det fall, att *B*, som frivilligt understödt vissa personer, före

saknas vid sådana tredjemansaftal, där det i regeln existerar, utan att däraf rättsverkningarne af aftalets ingående påverkas. I förra afseendet må anföras det fall, att *B* i en butik köper en sak att som födelsedagsgåfva skickas till *T*. Ehuru här omsorgen om *T* ofta måste anses vara det drifvande motivet till aftalets ingående, så skulle det säkerligen stå i strid med *B*:s afsikt att därför tilldela *T* en själfständig fordringsrätt. Omständigheterna vid detta aftal äro sådana, att *T*:s själfständiga rätt ej bör antagas¹⁾. Beträffande den senare möjligheten så må det särskildt framhållas, att t. o. m. vid lifförsäkringsaftalet kan det nämnda etiska motivet tänkas borta. *B* får t. ex. låna penningar af *T* på det villkor, att han som säkerhet lämnar en lifförsäkring, ställd att utbetalas till *T*. Någon omsorg om *T* kan här ej spåras. Motivet är för *B* att komma ur ett ekonomiskt trångmål. Vid nästan alla de i motiveringen till förslagsyrkandet anförda fallen kan på liknande sätt det ifrågavarande etiska motivet tänkas bortfallet. Man har blott att antaga en onerös causa i riktningen borgenären-tredjeman. Vanskligheten af att operera med det ifrågavarande begreppet synes oss för öfrigt framgå redan i förslagsställarens behandling af ett exempel. Han säger: »Eine Fürsorge sei nicht schon deshalb anzunehmen, weil der Dritte an der Leistung ein Interesse habe oder haben könne. Wer zur Sühne einer ihm zugefügten Beleidigung sich von dem Beleidiger die Zahlung einer Geldsumme an eine Armenkasse ausbedinge, wolle dem Beleidiger eine Art Strafe auferlegen, aber nicht für die Armenkasse sorgen . . . »²⁾. I enlighet med hvad som nyss framhållits, måste om ett sådant fall sägas, att omsorgen om tredjeman visserligen ej är motivet till att borgenären låter medkontrahenten utfästa sig att betala en summa penningar till sonandet af sitt brott; men den är otvifvelaktigt enda och alltså hufvudsakliga motivet till att borgenären betingar sig *summans utbetalande till fattigkassan*, och det är helt naturligt detta motiv, som måste

sin afflyttning från orten mottager löftet af *G*, att denne vill fortsätta understödet. Här föreligger, efter hvad som ofvan i annat sammanhang anförts (se s. 29), ej något verkligt aftal mellan *B* och *G*.

¹⁾ Se härom nedan.

²⁾ Protokolle I s. 754. Jfr JACUBEZKY Bemerkungen, s. 102.

vara af betydelse för spörsmålet, om fattigkassan skall blifva fordringsberättigad eller icke ¹⁾).

Trots allt detta, som är att invända mot den föreslagna synpunkten såsom normerande en generell regel, så är det ju gifvet — hvilket äfven framgår af förslagsställarens exemplifiering — att den icke saknar betydelse. Därpå att de berättigande tredjemansaftalen utmärktes af en borgenärens »Fürsorge für den Dritten», följer ju först och främst, att — något som dock är ganska själfklart — frågan om tredjemans rättsförvärf blott kan uppstå vid sådana aftal, hvori bestämmelsen, att tredjeman skall uppbära prestationen, tillkommit i borgenärens och icke i gäldenärens intresse. Har gäldenären i eget intresse betingat sig att få prestera till tredjeman i stället för till borgenären, eller har denne för att underlätta gäldenärens åliggande aftalat med honom, att han skulle utgöra prestationen till tredjeman, så ligger det i öppen dag, att tredjemans själfständiga berättigande ej kan sägas vara tyst aftaladt mellan kontrahenterna. Vidare torde i begreppet borgenärens »Fürsorge für einen Dritten» i regeln ligga inneslutet, att borgenären med prestationens tillförande åt tredjeman ville fullfölja en benefik causa. Härmed komme med uttrycket ungefärligen att afses den föräldrade terminologiens »Verträge zu Gunsten Dritter» ²⁾. Att vid dessa en fordringsrätt bör uppstå för tredjeman är ju en ganska allmänt erkänd sak. Omständigheterna vid dessa aftal måste äfven sägas vara sådana, att de indicera en (åtminstone) indirekt vilja hos borgenären att låta tredjeman blifva själfständigt berättigad. Emellertid torde den omständigheten i och för sig, att borgenären emot tredjeman fullföljer en benefik causa, ej kunna spela någon roll. Afgörande anse vi blott det förhållandet vara, att borgenären uppenbarligen vill tilldela tredjeman den aftalade prestationen med full äganderätt, alltså för hans egen räkning. Det måste tillkomma något särskildt, för att borgenären icke skall antagas vilja, att tredjeman får ett själfständigt anspråk mot gäldenären. Borgenären kan ju ej gärna anses hafva åtagit sig att utöfver sin godhet att förordna om prestationens utgörande till tredjeman äfven tillse, att gäldenären fyller sin för-

¹⁾ Se angående detta exempel nedan.

²⁾ I BUCHS mening; jfr s. 50 f.

pliktelse, och tillhålla honom att göra detta. Gälldenärens förpliktelse har i och med klausulen, att tredjeman skall uppbära prestationen för sin egen räkning, kommit att omfattas af tredjemans ekonomiska intresse. Det måste nu vara borgenärens mening, att tredjeman själf skall kunna bevaka sitt nyvunna intresse. Men härför är det nödvändigt, att tredjeman rättsligen kan fordra prestationen. Äro dessa synpunkter riktiga, så är det äfven gifvet, att man för bedömandet af spörsmålet när en fordringsrätt skall anses vara uppkommen för tredjeman, ej behöfver taga hänsyn till den mellan borgenären och tredjeman bestående causan. I enlighet härmed kunde man vara frestad att såsom allmän regel vilja fastslå, att tredjeman erhåller en själfständig fordringsrätt, när han skall blifva ägare af det, som enligt aftalet skall presteras till honom. En sådan regel kan emellertid ej sägas vara uttömmande, hvilket torde klart nog framgå af ett exempel. *B*, som är skyldig *T* penningar, lofvar denne, att han skall låta honom få en viss värdefull sak som pant för skulden. Saken befinner sig emellertid i deposition hos *G*. Med denne aftalar nu *B*, att han skall utgifva värdeföremålet till *T*. Alldeles samma synpunkter tala äfven här för att *T* skall få ett själfständigt anspråk mot *G*. Ja, detta bör enligt vårt förmenande äfven vara fallet, när *T* skall uppbära den sak, som skall presteras till honom, såsom lega eller lån af *B*. Afgörande för spörsmålet, om tredjeman skall blifva själfständigt fordringsberättigad, har i de sistnämnda exemplen varit den omständigheten, att tredjeman skall uppbära prestationen *i sitt eget intresse och för sin egen räkning*. Och denna synpunkt bör helt naturligt hafva berättigande jämväl i alla de fall, hvori tredjeman uppbär prestationen för att blifva ägare till densamma. Dock torde ej heller den satsen böra uppställas, att tredjeman blefve berättigad att fordra prestationen, när denna af honom skall uppbäras för egen räkning och i eget intresse. *G* lofvar t. ex. sin vän *B* att betala dennes penningskuld till *T*. Den prestation, som *G* här utlofvar, skall *T* uppbära såsom skuldbetalning, alltså med äganderätt, i sitt eget intresse och för sin egen räkning. Icke förty torde det bära emot att låta *T* blifva fordringsberättigad mot *G*. Denne har i rättslig mening aldrig *öfvertagit* skulden utan blott *lofvat gälldenären (B)* att infria denna för honom. Grunden till att *T* i detta fall ej heller bör

få någon fordran är i enlighet härmed äfven ganska gifven: *T* kommer visserligen att uppbära prestationen för sin egen räkning och i sitt eget intresse, men *B* låter ej lofva sig prestationen med tanken på, att i någon mån främja *T*'s intresse utan blott och bart af intresse för sig själf¹⁾. Att han nu ej heller skall kunna ha någon tanke på att öfverlåta den för honom mot *G* uppkomna fordringen till *T* är ju en tydlig sak²⁾. Här-efter skulle vi som en allmän regel vilja uttala, att omständigheterna vid tredjemansaftalet gifva vid handen eller — för att tala efter vår konstruktion — det måste vara mellan kontrahenterna tyst öfverenskommet, att *tredjeman med aftalet erhåller en själfständig fordringsrätt, när tredjeman i sitt eget intresse och för sin egen räkning skall uppbära den utlofvade prestationen samt borgenären för att främja detta tredjemans intresse, vare sig han är förpliktad härtill eller icke, förordnat om prestationens utgörande till honom*³⁾. Helt naturligt kan denna regel blott gälla, om ej andra omständigheter komma till, ägnade att förtaga den framhållna betydelsen af de nämnda omständigheterna. Vi hafva redan anfört det exempel, att *B* i en butik köper en sak att genom butiken tillställas *T* i födelsedagsgåfva. Ändamålet med detta aftal är kanske ej så mycket att bidra till en ökning af *T*'s förmögenhet, som att visa vederbörlig uppmärksamhet mot honom på hans högtidsdag. En sådan uppmärksamhet visar *B*, när han på födelsedagen låter en gåfva ankomma till *T*, men ej genom att låta *T*, för den händelse butiken underlåter att fullgöra prestationen, kräfva och fordra densamma⁴⁾. Beträffande det likaledes förut omtalade fallet, att en föroläm-

¹⁾ Fallet ligger ganska mycket annorlunda än exemplet, att *B*, som af *T* erhåller en varubeställning, med *G* ingår ett aftal om prestation af de beställda varorna åt *T*. *B*'s intresse går här ut på tillgodoseendet af *T*'s intresse, hvartill han förpliktat sig. Tredjemansaftalet ingås härför, eftersom *B* själf ej har de beställda varorna på lager.

²⁾ Jfr § 329 B. G. B.

³⁾ Jfr HELLWIG a. a. s. 151: »im Zweifel anzunehmen, dass der Dritte unmittelbar berechtigt wird, wenn er in rem suam bestellt wurde.»

⁴⁾ Ofta kan det naturligtvis vara svårt att afgöra om af omständigheterna det ena eller andra alternativet bör antagas. En lösning enligt den angifna hufvudregeln bör — finna vi — ett aftal få, hvori *B* öfverenskommer med sin gäldenär att å *T*'s födelsedag utbetala en summa penningar åt honom. Här träder ändamålet att öka *T*'s förmögenhet i förgrunden.

pad person af den, som förolämpat honom, betingar sig, att denne skall försona sitt brott genom att betala ett visst belopp till en tredje person, anse vi det förevarande spörsmålet vara mycket tvifvelaktigt. Vi luta dock åt den uppfattningen, att ej heller i detta fall någon fordran bör uppstå för tredjeman. Aftalets egendomliga art gifver fastmera vid handen, att borgenären själf ensam vill kunna dirigera och bestämma öfver gäldenärens förpliktelse, tillhålla honom att fullgöra sin skyldighet eller befria honom från densamma ¹⁾).

Till sist torde blott beträffande fraktaftalet böra framhållas, att om mottagaren enligt den anförda regeln ej kan anses hafva erhållit en själfständig fordran mot fraktföraren, så får situationen räddas genom antagandet af ett *bemyndigande* för mottagaren att utöfva afsändarens fordringsrätt. Detta torde för öfrigt vara en lycklig lösning, då bemyndigandets egenskap att kunna återkallas i *dessa fall* måste anses bäst öfverensstamma med mottagarens ställning till prestationen. (Se dock HELLWIG a. a. s. 152).

Få frågor torde inom den bithörande litteraturen vara mera omstridda än den, huruvida jämte tredjeman äfven borgenären bör äga ett anspråk (gående ut på prestation till tredjeman) mot gäldenären ²⁾. Det torde ej tillhöra den föreliggande uppgiften att i detalj taga ställning till denna fråga. Vi vilja därför blott säga så mycket, att det däraf blir klart, att vår konstruktion ej bör lägga hinder i vägen för en ändamålsenlig uppfattning af det föreliggande spörsmålet. Vid första påseendet kan kreationsteorien i detta afseende synas vara bättre ställd. Från dennas ståndpunkt synes det oss vara svårt att förstå, huru man kan bestrida en rätt för promissaren att fordra prestationens fullgörande. Det är ju denne, som för sin egen räkning af promit-

¹⁾ Annan åsikt HELLWIG a. a. s. 158.

²⁾ Detta anspråk förnekas af UNGER, J. J. 10, s. 61 f. f.; GAREIS a. a. s. 250 f. f.; TARTUFARI, Dei contratti a favore di terzi, Verona, 1889, s. 342 f. f.; EHRENZWEIG a. a. s. 120 f. f. Motsatsen förfäktas af BÄHR, J. J. 6 s. 154 f.; REGELSHERGER, Kr. V. 11 s. 566; E. H. H. II s. 475; Ark. civ. 67, s. 15 f.; MOLTZER: Overeenkomst ten behoeve van derden s. 26 ff.; Motive II s. 269 f.; TORP i T. f. R. III s. 35 f.; LASSEN, alm. del. s. 134; Protokolle I, s. 756 f.; HELLWIG a. a. s. 310 f. f.

tenten erhåller löftet, rättsligen bindande gent emot promissaren, då det ju afgifvits af promittenten med hänsyn till en i promissarens person utmynnande rättslig causa¹⁾). Om kontrahenterna nu ej gifva uttryckligen till känna, att promissaren ej bör erhålla något anspråk — hur är det då möjligt att påstå, det något anspråk för honom ej uppstått? Den omständigheten, att tredjeman blifvit fordringsberättigad, kan i och för sig enligt kreationsteorien je åstadkomma, att promissaren ej erhållit något anspråk med accepten af löftet. — Enligt vår konstruktion åter synes det antagandet ligga närmast till hands, att borgenärens anspråk mot gäldenären i och med tredjemans berättigande måste upphöra att gälla, då ju detta senare grundar sig på att borgenären öfverlåtit sin fordran. Detta resultat finna vi emellertid för vår del ej vara ägnadt att i allmänhet förtjäna gillande. Det torde nämligen vara ganska klart, att bibehållandet af ett borgenärens särskilda anspråk blott i undantagsfall får betecknas som ändamålslost. När borgenären förordnat om prestationens utgörande till tredjeman för att emot denne fullfölja t. ex. en causa solvendi, måste han sägas hafva ett rent ekonomiskt intresse af att gäldenären fullgör sin åtagna skyldighet. Borgenärens förpliktelse emot tredjeman skall nämligen i regeln ej hafva blifvit fullgjord därigenom, att denne erhållit rätt att fordra prestationen af gäldenären. Härför är det nödvändigt, att prestationen verkligen kommit tredjeman till godo. Att därför borgenären, som för egen räkning ingått aftalet med gäldenären, äfven bör kunna fordra af honom, att han presterar till tredjeman, förefaller blott att vara helt naturligt²⁾). Äfven om causan mellan borgenären och tredjeman är af benefik natur, kan det ligga mening i att vid sidan af tredjemans fordringsrätt låta

¹⁾ Se särskildt TORP l. c. samt MOLTZER a. a.

²⁾ Jfr MARTINIUS, Gutachten des Auwaltstandes, s. 597: »Man wird dieses Recht des Promissars nicht wohl entbehren können, weil er neben dem Dritten ein selbstständiges Interesse an der Leistung haben kann. Der Dritte hat den und den Schaden, weil die Leistung an ihn nicht erfüllt wird. Dem Promissar, der von ihm in Anspruch genommen wird, erwächst ein besonderer Schaden; der Umstand, dass der Promittent gleichzeitig mit zwei Prozessen auf Erfüllung von dem Dritten und dem Promissar heimgesueht werden kann, darf nicht irre machen.»

borgenären bibehålla ett anspråk mot gäldenären. Borgenären kan t. ex. vilja, att tredjeman om möjligt öfverraskas med prestationen eller att han i hvarje fall ej skall hafva besvär med dess inkräfvande o. s. v. Vidare kan borgenärens rätt vara af betydelse, för att han skall kunna tillvarataga tredjemans intressen, hvartill han kanske i det konkreta fallet är bättre i stånd än tredjeman själf¹⁾. Betänker man så, att, då löftet alltid afgifvits till borgenären för dennes egen räkning, kontrahenterna själfva måste få den föreställningen, att äfven promissaren är promittentens borgenär, så synes oss den regeln vid tredjemansaftalet vara ganska gifven, att borgenären vid sidan af tredjemans berättigande bibehåller en fordran på prestationens fullgörande, så vida icke ett dylikt anspråk vore ändamålslost eller af aftalet skulle framgå, att ett dylikt anspråk ej omfattades af kontrahenternas vilja²⁾. Denna regel står ej heller — såsom vid en första betraktelse kunde tyckas — i strid med vår konstruktion. Den öfverlåtelse af borgenärens fordringsrätt, hvarom det i denna konstruktion kan vara fråga, följer helt naturligt ej reglerna för den vanliga cessionen. Vid denna är det utmärkande draget, att borgenären utan gäldenärens vetskap och oberoende af hans samtycke tillsätter en ny borgenär. En dylik cession kan ej äga rum med den rättsverkan, att gäldenären blifver förpliktad mot såväl den senare som den förre borgenären. Annorlunda förhåller det sig med den öfverlåtelse af borgenärens fordringsrätt, som vid tredjemansaftalet äger rum. Gäldenären är här själf närvarande vid öfverlåtelsen och *lofvar borgenären*, att han vill utföra prestationen till den tredje person, åt hvilken borgenären öfverlätit, resp. kommer att öfverlåta sitt anspråk. Af detta löfte blir nu borgenären berättigad att, trots öfverlåtelsen af sitt fordringsanspråk till tredjeman, kunna fordra af gäldenären, att han fullgör sin förpliktelse. Är aftalet åter

¹⁾ Jfr citatet från TORP i nästkommande not.

²⁾ Jfr Motive II s. 269 f: »Dies entspricht zweifellos, sofern nicht ein Anderes aus dem Inhalte des Vertrages sich ergibt, dem Willen der Kontrahenten.» — TORP l. c. s. 36: »B. (promissaren) maa, hvor intet i modsat Retning talende foreligger, først og fremmest antages at have en Ret til at fordre Ydelsens Erlæggelse til C. (tredjeman) og til at træde op imod Handlinger, der paa retsstridig Maade vilde berøve C. Udsigten til eller den forudsatte Sikkerhed for at kunne faa Fyldestgjørelse.»

af den beskaffenhet, att borgenären ej bör anses bibehålla ett anspråk mot gäldenären, så tager detta sig uttryck i vår konstruktion på det sätt, att det ifrågavarande löftet måste sägas sakna rättslig relevans.

Skall nu i regeln det berättigande tredjemansaftalets verkningar bestå däri, att både promissaren och tredjeman erhålla ett fordringsanspråk mot promittenten, så uppstår af sig själfvt spörsmålet om förhållandet mellan de båda anspråken. I detta afseende ha vi att lägga märke till en mycket egendomlig åsikt, som framförts och ifrigt förfäktats af HELLWIG. Han menar, att promissaren och tredjeman äro solidariska borgenärer. Han säger: de äro *jämte hvarandra berättigade*. Tredjeman utöfvar ej promissarens rätt och denne ännu mindre tredjemans. Hvar och en tillkommer anspråket i dess helhet, men naturligtvis behöfver promittenten blott prestera en gång. Af dessa skäl drager HELLWIG den slutsatsen, att rättsförhållandet otvifvelaktigt vore att inränga under begreppet Gesamtgläubigerschaft i B. G. B. § 428. »Richtig mag sein», tillägger han, »dass die Verfasser des Gesetzes vielleicht nur an die Fälle gedacht haben, in denen jeder Gesamtgläubiger die Leistung an *ihn* selbst fordern kann, während hier der Stipulant fordert, dass die ihm geschuldete Leistung durch Erfüllung an den Dritten gemacht werde; richtig mag vielleicht auch das sein, dass die Redaktoren nur die Fälle im Auge hatten, in denen — soweit es sich um rechtsgeschäftliche Beziehungen handelt — jeder der beiden Berechtigten nicht nur auf die Leistung einen Anspruch hat, sondern auch gleichmässig Subjekt des zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses in dem oben . . . gerade hier bezüglich des Dritten bestimmt verneinten Sinne ist¹⁾». Den senare anmärkta omständigheten anse vi i likhet med Hellwig ej behöfva anföras emot uppfattningen, att tredjemansaftalet skulle göra promissaren och tredjeman till promittentens solidariska borgenärer. Åtminstone anse vi det vara ytterst tvifvelaktigt, om man för begreppet aktiv solidaritet kan fordra, att borgenärerna båda äro subjekt i det till grund för gäldenärens förpliktelse liggande rättsförhållandet. Däremot kunna vi ej finna någon utväg att komma öfver den första af HELLWIG antydda invändningen. Ordalydelsen i den åberopade §-en står i direkt

¹⁾ HELLWIG a. a. s. 310 f.

strid mot antagandet af en aktiv solidaritet vid tredjemansaf-talet¹⁾. I detta afseende är §-en otvifvelaktigt ett uttryck för den allmänna uppfattningen af begreppet solidarisk fordran. En dylik föreligger blott, när hvar och en af två eller flera personer af samma gäldenär kan fordra ett och detsamma, d. v. s. kan *åt sig själf* fordra utgörandet af en viss bestämd prestation. Det är på denna grund som solidaritetssynpunkten ej kan anläggas vid tredjemansaf-talet. Själfva aftalets väsen omöjliggör här för promissaren att kunna fordra detsamma som tredjeman. Tredje-man har ett anspråk mot gäldenären gående ut på, att denne presterar till honom själf. Borgenären åter kan ej fordra presta-tionen till sig själf, utan blott att denna utgöres till tredjeman. Från borgenärssynpunkt hafva således de båda yrkandena vidt skilda innehåll. Också finner man solidaritetsbegreppet allmänt bestridt för tredjemansaf-talets räkning²⁾. SCHOLLMEYER menar, att, under det vid den aktiva solidarobligationen det väsentliga vore, att de olika borgenärernas anspråk ginge ut på *objektivt* identiska prestationer, så tillkommer vid tredjemansaf-talet ytterligare en identitet, i *subjektivt* afseende: ej blott samma sak skall presteras utan samma sak till samma person. Ett sådant resonemang synes oss emellertid blott verka förvirrande och dessutom ej vara nödvändigt. Om nämligen *B* och *T* sägas fordra identiska prestationer af *G*, när de hvar för sig af honom fordra att utfå saken *a*, så är det ju gifvet, att om *T* fortfar att yrka utfåendet af *a*, men *B* i stället yrkar en väsentligen annan prestation af *G*, än att utfå *a*, så har identiteten upphört. *B* måste nu sägas yrka en väsentligen annan prestation af *G*, än att utfå *a*, när han fordrar, att *G* skall utgifva *a* till *T*. I enlighet härmed finna vi det riktigare att formulera saken så, att vid tredjemansaf-talet måste antagandet, ätt promissaren och tredjeman vore promittentens solidariska borgenärer, vara uteslutet på den grund, att de prestationer, som af promissaren och tredjeman kunna

¹⁾ »so kann der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten». Ur § 428 B. G. B.

²⁾ Så SCHOLLMEYER, Kommentar, till § 335; PLANCK Kommentar, till § 335; OERTMANN, Kommentar, till § 335; STAMMLER, Recht der Schuldverhältnisse, s. 170 f.; HELLMANN i Kr. V. 41, s. 236; annan åsikt dock Jhering i J. J. 24, s. 142 ff.

fordras, *icke äro identiska*¹⁾. Till sist kunna vi åtminstone från vår konstruktionsståndpunkt ej finna, att teorien i något afseende gagnas af att förhållandet mellan promissarens och tredjemans anspråk inpassas under synpunkten af en aktiv solidaritet. Att detta ej behöfves för att förklara den verkan, att den förres anspråk upphör genom prestation till den senare är ju alldeles gifvet. Promissarens anspråk upphör efter hvad som förut så ofta framhållits, därför att promittenten genom sin prestation till tredjeman uppfyllt detsamma. Huru emellertid Hellwig söker tillgodogöra sig konsekvenserna af sin uppfattning skola vi se i den nu följande framställningen angående spörsmålet om promissarens befogenhet att återtaga den för tredjeman upptändna fordringsrätten.

Denna fråga är en helt annan än den, om jämte tredjeman äfven promissaren har en själfständig fordringsrätt. En sådan kan väl tänkas, utan att promissaren har befogenhet att återkalla tredjemans rätt liksom efter vår konstruktion, åtminstone teoretiskt, äfven det fall kan gifvas, att promissaren kan omintetgöra tredjemans vunna rättsförvärf, utan att han bibehållit något anspråk mot promittenten. Klart är emellertid, att med fordringsrättens uppkomst för tredjeman ej nödvändigt är för-

¹⁾ Jfr BINDER, *Korrealobligationen*, Leipzig 1899, s. 4: »Die Fälle, in denen mehrere Schuldner die nämliche Sache zu leisten haben, ohne dass Solidarität eintritt, belehren uns darüber, dass das »solidum« oder »idem«, wie es anderwärts genannt wird, nicht in der den Gegenstand der Leistung bildenden Sache gefunden werden kann, sondern nur in der Leistung dieses Gegenstandes selbst, die den Gegenstand oder den Inhalt der Obligation bildet. Solidum ist der Gegenstand der Obligation, nicht der Leistung.» Huruvida vid tredjemansaftalet promissaren och tredjeman borde betraktas som solidariska borgenärer, därom säger BINDER ej något bestämdt. Ett bestridande af ett dylikt betraktelsesätt torde väl dock vara inneslutet i följande uttalande: »Jedenfalls aber besteht auch hier das Moment, in welchem sich die Verschiedenheit sowohl von der Korrealität als auch von der Solidarität ausspricht, dass, mögen die Klagerechte noch so selbständig von einander sein, nur einer der beiden Gläubiger der Empfangsberechtigte ist.» (A. a. s. 475). Se äfven HELLMAN *Kr. V. 41*, s. 236: »dass § 428 eine Leistungsidentität voraussetzt, ist ebenso zweifellos, wie die Nichtidentität der Leistung beim Versprechen zu Gunsten eines Dritten. Der Inhalt der Forderung des Promissars ist Leistung an den Dritten und der Inhalt der Forderung des Dritten ist Leistung an ihn.»

bunden dess egenskap att icke kunna återkallas¹⁾. Detta är enligt vårt förmenande dock ett påstående som, strängt taget, från kreationsteoriens ståndpunkt ej kan upprätthållas. Det är vår uppfattning, att den rena kreationsteoriens förste representant, UNGER, blott följdriktigt dragit konsekvensen af sin lära, när han uttalar satsen: »dieser (den tredjeman tilldelade förmånen) kann ihm durch nachträgliche Übereinkunft der Paciscenten nicht wieder entzogen werden». Unger framhåller också att detta rent logiskt framginge ur det kreerande tredjemansaftalet natur²⁾ Att emellertid ofta nog denna uppfattning af tredjemansaftalets rättsverkan skall stå i uppenbar strid med promissarens intresse och intentioner vid aftalets ingående är ganska tydligt. Efter detta kan ju situationen ofta vara så förändrad, att promissarens in-

¹⁾ Detta har redan antydts i annat sammanhang (ofvan s. 77 och 210). Se härom utom DANZ framför allt TORP, l. c. s. 37: »At man ikke kan tale om, at der ved en Retshandel är stiftet en Ret, naar det afhaenger af den saakaldte Debitors Vilje, om han vil yde eller ikke, er rigtigt nok. Men Debitor i det tilsiktede Skyldforhold er her ikke Promissaren, men Promittenten. Promissaren staaer for saa vidt som Tredjemand i Forhold til de egentlige Parter i dette Skyldforhold; og at man kan tale om en virkelig Ret, hvor Reten er betinget af en *Tredjemands* Vilje, er man jo ellers paa det rene med. Det maa derfor fastholdes, at man ogsaa her meget vel kan erkjende, at der skabes en Ret for Tredjemand, uden dermed at udtale noget om, at denne er uigjenkaldelig unddraget Promissarens Raadighed.

²⁾ J. J. 10 s. 64. Se äfven s. 57 här ofvan n. 2. — TORP, l. c. s. 39 anser Ungers resonemang innebära en uppenbar *petitio principii*. Vi kunna ej finna detta. Synes det oss dessutom betänkligt att öfverhufvud taget på kreationens väg tillerkänna tredjeman en rätt mot promittenten, så finna vi det häntyda på en synnerligen stor djärfhet i tankegången, när man, utan hvarje slags korrespondens med subjektet för den uppståndna rättigheten, vill tilldela denna den säregna egenskapen att vara återkallelig. Efter kreationsteorien erhåller tredjeman i och med aftalet, alltså utan sin vetskap och eventuellt mot sin vilja, en perfekt fordringsrätt. I och för sig måste det ju väcka tvifvel, om man på detta sätt kan *påtvinga* tredjeman en fordran. Huru mycket mera osäkert bör det ej vara, att man kan *påtvinga* honom en fordringsrätt, som sedermera helt godtyckligt kan fråntagas honom. — Emot Torps invändning jfr äfven Hellwig, a. a. s. 320: »Denn der Umstand, dass das Recht durch die Vertragsschliessenden dem Dritten einseitig *gegeben* wurde, kann, wenn einmal die Rechtsordnung das alteri stipulari mit unmittelbarer Wirkung versieht, es nicht rechtfertigen, dass die Kontrahenten das dem Dritten *erworbene* Recht einseitig auch wieder *nehmen* können».

tesse alls icke är förenligt med prestationens fullgörande åt tredjeman, och, hvad viktigare är, promissaren kan vid tanken på en dylik förändring af hans intresseläge i aftalets ögonblick anses hafva med promittentens vetskap förbehållit sig att få förfoga öfver dennes förpliktelse. Detta i förening med den omständigheten, att tredjeman — åtminstone i regeln — ej haft något anspråk mot promissaren, hvilket förpliktade denne att ingå tredjemansaftalet, torde vara grunden till att UNGER bland kreationsteoriens män står alldeles ensam med sin åsikt om irrevokabiliteten af tredjemans fordringsrätt. Så finner REGELSBERGER »die Unentziehbarkeit des Rechtserwerbs» icke vara något begreppsligt kännemärke för tredjemansaftalet. Om rätten vore fast bestående eller icke, finge afgöras efter aftalets innehåll och natur ¹⁾. I stort sedt kan detta äfven sägas vara uppfattningen hos kreationsteoriens öfriga anhängare ²⁾. Sinsemellan skilja sig helt naturligt de olika åsikterna något åt. Under det att GAREIS menar, att aftalet bör tolkas med presumptionen för rättighetens bestånd ³⁾, så säger TARTUFARI, att presumptionen bör gå i motsatt riktning och blott kunde rubbas af en motsatt kontrahenternas vilja, eller när det eljest af aftalets särskilda natur tydligt framginge, att tredjemans rätt borde vara bestående ⁴⁾. En särskild ståndpunkt i frågan intages bland kreationsteoretikerna af Torp. Han utgår därifrån, att tredjemansaftalet i och för sig ej kunde skaffa tredjeman någon rätt, utan

¹⁾ E. H. H. II s. 478; Kr. V. 11, s. 567; Ark. civ. 57, s. 13 f.

²⁾ WINDSCHEID § 316 a, n. 12; GAREIS a. a., s. 147; DANZ, a. a. s. 133; TARTUFARI a. a. s. 346 f. f.

³⁾ GAREIS a. a. s. 147 o. 245.

⁴⁾ TARTUFARI a. a. s. 346 f.: »Infine il promissario ha, in generale, il diritto di revocare o modifikare la stipulazione a favore del terzo, a meno che tale giuridica possibilità non sia esclusa da una contraria volontà delle parti o dalla speciale natura del contratto, siccome avviene, ad esempio, nei contratti liberatori e in quelli di deposito nelle casse di risparmio a favore di terzi. Codesto diritto di revocare o modificare la stipulazione compete nella maggior parte dei casi al solo promissario, indipendentemente dalla volontà e dal consenso del promittente, per ciò che appunto nella maggior parte dei casi la stipulazione è fatta unicamente nel suo interesse, potendosi dire di lui quello che il giureconsulto Paolo diceva del costituente la dote: »legem enim suæ rei dicit». (L. 20 § 1 Dig. de part. dot. 23, 4)».

att man hade att söka grunden härtill däri, att promissarens skyddsvärda intresse kräde uppkomsten af en sådan rätt. För spörsmålet om den uppkomna rättens egenskap att vara återkallelig eller icke kunde nu aftalet som sådant lika litet vara afgörande. Man hade äfven i detta afseende att taga sin tillflykt till promissarens intresse. Visserligen kunde äfven promittenten stundom vara verkligt intresserad af att tredjeman finge behålla sin fordran. Med rätt framhåller emellertid ТОРР, att promittentens intresse vore af den art, att det ej kunde göra anspråk på skydd af rättsordningen. Om promissarens ifrågasvarande intresse kunde nu ej rimligtvis sägas, att det kräde, att han kunde beröfva sig själf rådigheten öfver den till tredjemans förmån gjorda dispositionen. I enlighet härmed måste som allmän regel sägas, att tredjemansaftalet ej medförde någon oupplöslig rätt för tredjeman ¹⁾. ТОРРS resonemang kan emellertid, så vidt vi kunna finna, ej vara af den betydelse, som han själf synes förmena. Man torde mot detsamma kunna invända följande. Det bör väl knappast om någon, som öfverlåter en rätt till en annan eller upplåter åt en annan en rätt mot sig själf, kunna sägas, att hans intresse går ut på att icke kunna återtaga öfverlåtelser eller upplåtelsen. Och dock behåller medkontrahenten en oåterkallelig rätt. Man vill nu säga, att det är af hänsyn till honom i egenskap af medkontrahent, som rättsordningen tillerkänner honom en bestående rätt i strid mot öfverlåtarens eller upplåtarens intresse. Må så vara, att detta med större fog än vid tredjemansaftalet om tredjeman kan sägas i de fall, hvori medkontrahenten erhållit rättigheten mot någon vederläggning. Det kan då emot vår invändning framhållas, att han ej skulle hafva erlagt vederlaget, om han ej kunnat lita på att hans rätt blef bestående. Men en dylik hänsyn till medkontrahenten vid ett vanligt aftal kan ej mera, än hänsynen till tredjeman vid tredjemansaftalet beträffande promissarens intresse, förringa verkan af den disponerandes intresse att kunna återkalla dispositionen, när denna skett animo donandī. Att tredjeman ej erhållit rätten genom accept af ett anbud från promissaren, kan ej vid jämförelsen spela någon roll, sedan det en gång

¹⁾ ТОРР l. e. s. 43 f. f.

erkänts, att han på kreationens väg erhåller en verklig fordringsrätt¹⁾. Torps skäl kunna därför lika litet motivera promissarens befogethet att alltid kunna återkalla dispositionen till tredjeman som t. ex. gifvarens befogethet att alltid kunna återtaga sin disposition till gåfvotagaren.

EHRENZWEIG uppställer liksom TORP den satsen, att tredjemans rätt ej kunde göras så fast, att den ej genom kontrahenternas öfverenskommelse åter kunde fråntagas honom. Ehrenzweig tager fasta på den af Regelsberger åberopade rättsgrund-satsen, att kontrahenterna genom öfverenskommelse bestämma innehåll och verkan af sin rättshandel, »sofern nicht gebietende Rechtsnormen beschränkend oder erweiternd eingreifen²⁾.» »Diese Regel», säger Ehrenzweig, »die Grundlage des modernen Vertragsrechtes, kann nicht zugleich ihre eigene Voraussetzung, die Gebundenheit ans Wort, beherrschen; alle nach positivem Rechte widerrufflichen Willenserklärungen bleiben in der Regel widerrufflich, auch wenn die Unwiderrufflichkeit ursprünglich gewollt und erklärt wurde. Im Vertrage bindet ein Contrahent den andern, nicht jeder sich selbst. Darum widerstreitet dem typischen Charakter des Vertrages das *einseitige* Widerrufsrecht; aber ebendarum entspricht ihm die Möglichkeit der Befreiung des einen Contrahenten durch den andern. Wird eine derogatorische Clausel dem Contracte ausdrücklich beigefügt, so kann man aus ihr allerdings die Unwiderrufflichkeit der übrigen Vertragsbestimmungen rechtfertigen; allein was soll die derogatorische Clausel selbst gegen Widerruf schützen? Niemand wird bezweifeln, dass ein ausdrücklich als unwiderrufflich bezeichneter Kaufvertrag — auch wenn er die Clausel enthielte, er solle nicht einmal im Einverständnis beider Parteien gelöst werden können — doch mutuo consensu aufgehoben werden kann. Und dies sollte anders sein, wenn der Vertrag eine Bestimmung zu gunsten eines •Dritten enthielte³⁾?» Utan tvifvel måste man medgifva, att hela detta resonemang är klart och tydligt juridiskt bindande. Och dock tveka vi ej att besvara den till sist framställda frågan jakande. Den använda bevisföringen duger icke när det gäller

¹⁾ Se äfven n 2 å s. 237.

²⁾ Ark. eiv. 67 s. 6. Se ofvan s. 221.

³⁾ EHRENZWEIG a. a. s. 33 f.

en bestämmelse i aftalet, som gått ut på att grunda en själfständig fordringsrätt för tredjeman. De allmänna satser, som af Ehrenzweig uttalats, förlora just sin tillämpning på en dylik aftalsbestämmelse, så snart tredjemansaftalet som sådant erkännes kunna producera en fordringsrätt för tredjeman. Ty det är alldeles nödvändigt att säga, det tredjemans rätt mot promittenten ipso iure innebär dennes motsvarande bundenhet gent emot tredjeman. Själftva utgångspunkten och det centrala i hela Ehrenzweigs argumentering, nämligen att kontrahenterna i ett aftal blott äro bundna mot hvarandra och att därför ena kontrahenten äfven alltid kan befria den andra, saknar giltighet just vid det berättigande tredjemansaftalet. Promittenten har ju blifvit förpliktad ej blott mot promissaren utan äfven mot tredjeman.

Som redan omnämnts söker Hellwig att lösa det föreliggande problemet med hjälp af sin konstruktion, enligt hvilken promissaren och tredjeman borde betraktas som solidariska borgenärer. Det är nog ganska troligt, att HELLWIG försökt denna egendomliga konstruktion hufvudsakligen för att komma ur den svårhanterliga situation, som ligger å ena sidan däri, att irrevokabiliteten af tredjemans fordringsrätt vore den logiska följd af tredjemansaftalens erkännande på kreationens grund, och som å andra sidan karakteriseras af det Ehrenzweigska resonemanget, att hvar och en af kontrahenterna genom aftalet blott var bunden emot sin medkontrahent. Antingen måste man förklara rätten alltid irrevokabel, eller ock måste man säga, att den alltid kunde återkallas¹⁾. — HELLWIG tillämpar nu sin konstruktion på följande sätt. Så länge promissaren kvarstod som tredjemans medborgenär, var den senares rätt ej tryggad utan kunde af promissaren omintetgöras. Denne hade blott att afstå från fordringen mot promittenten, hvilken därmed enligt reglerna för

¹⁾ Att detta är tankegången hos HELLWIG synes framgå af uttalanden å s. 320 i hans bok. Han betonar här att konstruktionen får en särskild betydelse för det föreliggande spörsmålet, »Denn», säger han »der Umstand etc.» se citatet i n. 2 å s. 237, hvartill han fogar: »Nimmt man aber an, dass die Kontrahenten an sich die Widerrufsbezugnis haben, so steht dem Versuche, ihren Ausschluss aus der Vereinbarung der Kontrahenten abzuleiten, der oben § 48, IV bereits angeführte Grundsatz entg. gen, dass der Vertrag jeden Kontrahenten dem anderen gegenüber bindet, nicht aber das Band zu einem unauflösbaren macht.»

den solidariska obligationen blef fri äfven från tredjemans fordran. Emellertid kunde promissaren äfven med gäldenären ingå ett s. k. subjektivt befrielseaftal, d. v. s. promissaren kunde afhända sig fordringen blott för sin egen personliga del. Härigenom blefve tredjeman ensam borgenär och hans rätt vore nu tryggad ¹⁾. Bortsedt från de invändningar, som vi redan framhållit mot HELLWIGS konstruktion, kommer här jämväl, att dess användande blott skulle föra oss till ett nytt spørsmål: när åsyftar promissaren ett objektivt och när ett subjektivt menadt »Erlassvertrag»; hvarjämte man kunde med fog framställa den frågan, om någonsin en solidarisk borgenärs afstående från sin fordran mot gäldenären kunde uppfattas såsom blott subjektivt menadt, utan att detta särskildt aftalades ²⁾.

Beträffande den fråga, som nu sysselsätter oss, anse vi, att vår konstruktion bör vara kreationsteorien öfverlägsen. Alla de svårigheter, som för denna yppa sig, å ena sidan när man måste försvara påståendet, att tredjemans rätt i vissa fall bör kunna återkallas och å andra sidan, när det gäller att förklara, att tredjeman erhållit en irrevokabel fordringsrätt, få med vår konstruktion en mycket enkel lösning. Borgenären öfverlåter sitt anspråk åt tredjeman, vare sig med förbehåll om att han kanske själf senare vill förfoga öfver gäldenärens förpliktelse och utse en annan person (eventuellt sig själf) att mottaga prestationen, eller ock utan sådan förbehåll. I senare fallet erhåller tredjeman med aftalet en tryggad fordringsrätt. Det torde ej kunna råda något tvifvel om att ett sådant förbehåll med afsedd rättsverkan kan göras vid fordringens öfverlåtelse. Borgenärens öfverlåtelseanbud innehåller, att hans fordran skall öfvergå till tredjeman, men att den härigenom för tredjeman mot gäldenären uppkomna fordringsrätten skall vara resolutivt betingad däraf, att borgenären ej själf vill förfoga öfver den utlofvade prestationen. I enlighet med hvad som ofvan påpekats ³⁾ måste tredjemans accept af ett sådant anbud konstituera en verklig fordringsrätt

¹⁾ HELLWIG a. a. s. 320 ff.

²⁾ De i praktiskt afseende mest betänkliga konsekvenserna af att antaga promissaren och tredjeman vore solidariska borgenärer synes oss emellertid följa däraf att med detta antagande äfven tredjeman måste kunna afstå från fordringen så att gäldenären blefve fullt fri. Se HELLWIG a. a. s. 322.

³⁾ Jfr ofvan s. 237 n. 1.

för honom. Det blir en särskild tolkningsfråga att afgöra, när tredjemans rätt skall anses vara revokabel och när den skall sägas vara fullt tryggad. Äfven här har man att se till omständigheterna i det konkreta fallet, aftalets natur och ändamålet med detsamma ingående. De detaljerade reglerna för att afgöra, om tredjeman erhållit en i nämnda afseendet villkorlig eller ovillkorlig rätt, falla ej inom ramen för vår framställning. Så mycket torde dock alltid böra sägas, att det särskilda sätt, hvarpå borgenären genom tredjemansaftalet anordnar en disposition mellan kontrahenterna, tyder på att han vill behålla rådhjheten öfver prestationen, så att han eventuellt kan utse en annan person till destinatär för prestationen eller eljest förfoga öfver densamma. Särskilda omständigheter måste tillkomma, för att tredjeman skall kunna sägas med aftalet hafva erhållit en bestående fordringsrätt mot gäldenären. Ofta nog skola dessa omständigheter yppa sig först efter tredjemansaftalets avslutande. De hafva då den betydelsen, att det först vid tredjemans fordringsrätt häftade villkoret upphäfves. — Härmed torde vi beträffande spörsmålet i fråga hafva fullgjort vår uppgift att framhålla fördelen af en konstruktion, som enligt sin natur tillåter, att tredjemansaftalet erhåller de rättsverkningar, hvilka efter en på praktiska och förnuftiga grunder gifven tolkning af aftalet befinnas mest lämpliga.

Till sist måste såsom en konsekvens af vår konstruktion betonas, att gäldenären principiellt bör kunna mot tredjeman för att fria sig från prestationsskyldigheten framställa samma invändningar, som han kunde gjort gällande mot borgenären, om denne själf skulle haft prestationen. Denna uppfattning följer ju omedelbart däraf, att tredjemans rätt uppstått genom öfverlåtelse från borgenären. Detta innebär emellertid ej någon betydande afvikelse från den härskande lärans ståndpunkt i invändningsfrågan. Från kreationsteoriens ståndpunkt skulle man kanske rent formellt kunna komma till det slutet, att gäldenären emot tredjeman icke får framställa invändningar, som hafva afseende å förhållandet mellan gäldenären och borgenären. Detta kunde motiveras därmed, att tredjemans rätt emot gäldenären uppstått omedelbart utan att hafva genomlöpt borgenärens rättsfär. Egendomligt nog har inom kreationsteorien också den uppfattningen varit ganska allmänt rådande, att de ifrågavarande

invändningarne vore otillåtna. Detta var den enhälliga åsikten på Dresdnerkonferensen för utarbetandet af förslag till allmän obligationsrätt för Tyskland ¹⁾ och SIEGEL betraktar det utan vidare som ett axiom ²⁾. Att äfven UNGER intager denna ståndpunkt torde få anses som otvifvelaktigt. Att han ej uttalat sig i frågan, kan blott förklaras däraf, att han ansåg dess besvarande i enlighet med den på hans tid härskande uppfattningen alldeles gifvet. Så mycket hellre måste detta förmodas om UNGER, som han mer än någon annan betonat tredjemansaftalets uteslutande *kreerande* verkan. Gareis ägnar spörsmålet en ganska ingående uppmärksamhet och uppställer principiellt den satsen: »dem Dritten kan der Promittent keine Einreden aus der Person des Promissars entgegensetzen» ³⁾. Det är oss svårt att förstå, att en dylik sats någonsin har kunnat uppställas. Ännu egendomligare är det att äfven de tyska domstolarne låtit leda sig af en sådan rättsregel. GAREIS stöder sitt uttalande bl. a. på följande rättsfall. *B* hade till *G* sålt en utskänknings- och en slakterirättighet emot 800, hvilken köpesumma *G* förpliktigade sig att betala till *B*:s borgenär *T* inom tre månader. Efter utgången af denna tid stämde *T* *G* och yrkade att utfå köpesumman. *G* gjorde häremot gällande, att den utlofvade utskänkningsrätten ej existerade, att han därför borde vara berättigad att frångå kontraktet eller åtminstone erhålla jämkning i sin förpliktelse samt att denna invändning, ehuru han kontraherat med *B*, äfven borde hafva giltighet emot *T*:s anspråk. I båda de högre instanserna befanns emellertid invändningen vara utan verkan mot *T* ⁴⁾. *Måste* erkännandet af kreationsteorien leda till en dylik dom, så synes oss redan det vara tillräckligt för att omöjliggöra teoriens praktiska tillämpning. Att den nämnda konsekvensen *ansågs* vara nödvändigt förbunden med kreationsteorien, torde framgå af att referenten af det nämnda rättsfallet i Blätter für Rechtsanw. — efter hvad GAREIS omtalar — menade, att invändningen vore befogad, *enär T:s*

¹⁾ Jfr ofvan s. 68 n. 2.

²⁾ Jfr ofvan s. 68.

³⁾ GAREIS a. a. s. 241 ff.

⁴⁾ Se GAREIS a. a. 155 f. DANZ uppfattar det ingångna aftalet såsom ett icke berättigande tredjemansafstal, Forderungsüberweisung etc. s. 120 n. 3.

rätt uppkommit genom öfverlåtelse från B¹⁾. För öfrigt torde det ju vara ganska klart, att utan trängande teoretiska skäl skulle en sådan dom som den nämnda ej kunnat afgifvas. Vi tro emellertid, att äfven efter kreationsteorien skall det vara befogadt för gäldenären att framställa invändningar mot tredjeman af ifrågavarande art. Blott med ett strängt formalistiskt resonemang utan inre grund kan man från kreationsteoriens ståndpunkt komma till den af GAREIS uttalade satsen²⁾. Enligt kreationsteorien grundar sig ju tredjemans fordran *uteslutande på aftalet mellan promittenten och promissaren*. Promittenten *förpliktar sig ej mot tredjeman utan mot promissaren*. I samma mån som gäldenären i ett vanligt aftal är befogad att härleda invändningar mot sin prestationsskyldighet ur det samma, måste äfven promittenten i tredjemansaftalet på detta kunna grunda sådana invändningar, och det lika mycket vare sig aftalet kreerat en rätt för tredjeman eller icke. Det saknas ej heller inom teorien anhängare af den kreerande läran, hvilka förfäktat denna uppfattning³⁾. Ja, denna måste väl nu t. o. m. betraktas såsom allmänt rådande, sedan B. G. B. uttryckligen stadgat att invändningar, som grunda sig på tredjemansaftalet, af promittenten äfven kunna göras gällande mot tredjeman (§ 334). Och att detta stadgande ej är afsedt att utgöra något undantag från en af kreationsteorien följande grundsats framgår klart nog af förarbetena till lagen⁴⁾. Skillnaden mellan vår och den härskande åsikten begränsar sig alltså därtill, att enligt den förra

¹⁾ GAREIS a. a. s. 157.

²⁾ Jfr i detta afseende följande uttalande af GAREIS i anslutning till det omtalade rättsfallet, s. 158: »Die Hauptsache aber ist die Statuirung der Selbständigkeit des Anspruch des Dritten. Dieser verdankt sein Recht nicht einer Ableitung aus einem Willem des Promissars, sondern wenn man überhaupt »Ableitung« sagen wollte, ebensogut einer solchen aus dem Willen des Promittenten; denn Letzterer verpflichtet sich ja absichtlich und ausdrücklich dem Dritten. Da dieser (vorerst) dem Vertrage fremd ist, daraus aber nur Rechte erwerben will, kann und soll, und nicht etwa eine Garantie dafür, dass die Gegenleistung, die der Promissar zu liefern hatte, vertragentsprechend ist, übernimmt, ist ihm auch eine Einrede, die sich auf die Art dieser Gegenleistung stützen will, entschieden nicht zu opponiren».

³⁾ DANZ Forderungsüberweisung etc, s. 134 f. samt s. 120 n. 3 och framför allt TORP l. c. s. 56 f. f.

⁴⁾ Motive II s. 272 och Protokolle I s. 769.

skulle gäldenären vara befogad att emot tredjeman äfven framställa sådana invändningar, som afse rättsförhållandet mellan honom och borgenären, utan att de ha sin grund i det ingångna aftalet. Af dylika invändningar kommer företrädesvis den om kvittning i betraktande. Härom råder nu allmänt enighet, att gäldenären ej bör få göra denna invändning gällande mot tredjeman ¹⁾. Detta erkännes t. o. m. af Bähr, som på grund af sin härledningsteori i föreliggande spörsmål bör stå oss mycket nära. Äfven vi tro, att som regel bör antagas, att denna invändning ej får framställas emot tredjeman. Ett sådant antagande svarar otvifvelaktigt bäst mot tredjemansaftalets natur och borgenärens afsikt med dess ingående. Men häraf är det gifvet, att den nämnda invändningen äfven med vår konstruktion måste betraktas såsom otillåten. I alla de fall där aftalets natur och ändamål måste sägas stå i strid med gäldenärens befogenhet att kvitta med sin fordran mot borgenären, bör gäldenären, hvilken vid fordringens öfverlåtelse är närvarande och förklarar sitt bifall till densamma, anses därvid äfven hafva afstått från nämnda befogenhet. Såsom vi emot Siegels argument emot en cessionsteorie i annat sammanhang framhållit, måste gäldenären af samma skäl stundom sägas hafva afstått också från rätten att göra andra invändningar gällande mot tredjeman ¹⁾.

¹⁾ Se t. ex. BÄHR i J. J. 6 s. 155; TORP l. c. s. 59.

²⁾ Se sid. 68. Jfr äfven beträffande det icke berättigande tredjemansaftalet s. 101 f. f.



Använd litteratur.

(Här angifves endast den litteratur som mest tagits i anspråk).

- ALEXANDERSON, Bidrag till läran om penninganvisning enligt svensk rätt. Upsala 1904.
- BEHREND, »Zum deutschen Obligationenrecht» i Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung, 8 s. 187—192, 306—318, 532—540.
- BESLER, Die Lehre von den Erbverträgen II, 1. Göttingen 1837, s. 71—83.
- BREMER, Beitrag zur Lehre von dem Besitzerwerbe durch Stellvertreter, Zeitschrift für Civilrecht und Process N. F. 20.
- BUCHKA, Die Lehre von der Stellvertretung, Rostock und Schwerin 1852.
- BUCH, Doktrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter, Heidelberg 1860. Jämväl i Ark. civ. 43.
- BÄHR, Über die s. g. Verträge zu Gunsten Dritter, J. J. 6, s. 131—186.
- , Urteile des Reichsgerichts, München 1883.
- , Über die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme, Ark. civ. 67 s. 157—191.
- , Ur kritiskt referat af »Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Erste Lesung». Kr. V. 30, s. 380—383.
- COHEN, Die Verträge zu Gunsten Dritter. Diss. Rostock 1891.
- CROME, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht, Freiburg i/B. 1897, s. 298—311.
- DANZ, Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter, Leipzig 1886.
- , Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2 Aufl., Jena 1906, s. 201—222.
- DNIESTRZANSKI, Die Aufträge zu Gunsten Dritter, Leipzig 1904.
- EHRENBERG, Die Versicherung für fremde Rechnung. J. J. 30 s. 422—482.
- EHRENSWEIG, Die s. g. zweigliedigen Verträge, insb. die Verträge zu Gunsten Dritter nach gem. und österr. Rechte, Wien 1895.
- ENDEMANN, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Berlin 1898, s. 545—551.
- ENNECERUS-LEHMANN, Das bürgerliche Recht I. Marburg 1900, s. 408—413.
- GAREIS, Die Verträge, zu Gunsten Dritter, Würzburg 1873.

- GEORGI, Verträge zu Gunsten Dritter, Diss., Aachen 1900.
- HAMMARSKJÖLD, Om fraktaftalet och dess viktigaste rättsföljder, Upsala 1886.
- HELLWIG, Über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit, Ark. civ. 86, s. 223—248.
- HELLWIG, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1898.
- HIRSCH, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge, Leipzig 1895.
- HUPKA, Die Vollmacht, Leipzig 1900.
- KISCH, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Jena 1900, särskildt s. 254 ff.
- KNAUS, Die s. g. Verträge zu Gunsten Dritter nach römischem Rechte, Berlin 1875.
- KOHLER, Annahme und Annahmeverzug, J. J. 17. Der Gläubigerverzug, A. B. R. 13.
- LASSEN, Haandbog i Obligationsretten. Almindelig Del, Kbhvn 1892.
- LENEL, Stellvertretung und Vollmacht, J. J. 36 s. 1—130.
- LEONHARD, Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten, Leipzig 1892.
- LEWIS, Lehrbuch des Versicherungsrechts, Stuttgart 1889.
- MITTEIS, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, Wien 1885.
- OERTMANN, Kommentar z. B. G. B., das Recht der Schuldverhältnisse, 2, 2 Aufl., Berlin, §§ 328—335.
- OGONOWSKI, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Lemberg 1877.
- PANOFKY, Die Verträge zu Gunsten Dritter, Diss., Berlin 1877.
- PLANCK, Kommentar zu B. G. B. II 3 auf. Berlin 1907, §§ 328—335.
- REGELSBERGER, Anmälan af Ungers arbete »die Vertr. Zu G. Dr.» i Kr. V. 11 s. 559—569.
- , Ur »Inhalt und Wirkung der Handelsgeschäfte» i E. H. H. II, s. 472—478.
- , Über die Verträge zu gunsten Dritter und über die Schuldübernahme. Ark. civ. s. 1—40.
- , Pandekten I. Leipzig 1893.
- , Ersatzpflicht aus Verträgen für den Schaden, den durch den Vertragsbruch ein Dritter erleidet, J. J. 41, s. 251—288.
- SAVIGNY, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts II, Berlin 1853, s. 74—88.
- SCHERER, Unterliegt die Lebensversicherungssumme dem Zugriff der Gläubiger? J. J. 20 s. 149—200.
- SCHEY, Begriff und Wesen der Mora Creditoris im österr. und im gem. Rechte, Wien 1884.
- SCHLOSSMANN, Die Lehre von der Stellvertretung, I Leipzig 1900 s. 57—69.
- SCHOLLMAYER, Kommentar z. B. G. B., Recht der Schuldverhältnisse, München 1899/1900. §§ 328—335.
- SIEGEL, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, Berlin 1873, särskildt s. 142 ff.
- STANG, Den norske Obligationsrets almindelige Del, 2 Udg. Kria.
- THUR, Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen, G. Z. 25, s. 529—584.
- THUR, Anmälan af Hellwigs ofvannämnda arbete »Verträge etc.» i Kr. V. 43, s. 542—589.

- TORP**, Om Retshandler til Fordel for Tredjemand i T. f. R. III, s. 1—60.
- TRYGGER**, Om fullmakt såsom civilrättsligt institut. Upsala 1884.
- UNGER**, Die Verträge zu Gunsten Dritter, J. J. 10, s. 1—109.
- WINDSCHEID**, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9 Aufl. bearb. von Kipp. Frankfurt a. Main 1906. Särskildt § 316.
- ZAUN**, Zur Lehre von der s. g. fingirten Cession, der Stellvertretung, den s. g. Verträgen zu Gunsten Dritter und der Schuldübernahme i Archiv für praktische Rechtswissenschaft, N. F. I.
- ZIMMERMANN**, Über die Verbindlichkeit Desjenigen, der mit einem Commissionär, ohne dass dabei des Commissionsverhältnisses Erwähnung geschah, contrahirt hat, zum Ersatze des aus seiner Vertragswidrigkeit dem Committenten erwachsenen Schadens i Neues Archiv für Handelsrecht I, Hamburg 1858 s. 48—82.
- ZIMMERMANN**, Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, Strassburg 1876.
- Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für des deutsche Reich, II, Berlin und Leipzig 1888, s. 265—273.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Berlin 1897 s. 749—769.
-

Öfversikt af innehållet.

	sid.
Förkortningar.....	III
Inledande anmärkingar.....	V
<i>Första afdelningen.</i> Skillnaden mellan det berättigande ¹⁾ tredjemansaftalet och ett kontraherande, hvori promissaren blott är tredjemans ställföreträdare. Kritisk jämförelse mellan de olika åsikterna	1—30
Windscheid och Unger s. 2. Emot dem Zimmermann s. 4. Emot Zimmermann, Steinlechner, Trygger och Ogonowski s. 7. Danz s. 11. Thurs uppfattning af spörsmålet med hänsyn till ett konkret fall s. 13. Ehrenzweig (emot Zimmermann) s. 15. Leonhard s. 17. Ehrenberg s. 18. Schlossmann (emot Zimmermann) s. 24. Dniestrzanski (emot Zimmermann) s. 24. Egen åsikt s. 25.	
<i>Andra afdelningen.</i> Kritiskt anförande af teorierna om uppkomsten af en fordringsrätt för tredjeman jämte en öfverblick af den hithörande lagstiftningen	31—79
Härledningsteorier	32
Strippelmann s. 32, Buchka s. 35, Zaun s. 36 och Bähr s. 39.	
Den s. k. acceptationsteorien.....	45
Beseler s. 45 och Busch s. 49.	
Savignys teori	53
Kreationsteorien	55
Unger s. 55, Regelsberger s. 61, Gareis s. 64.	
Siegels teori	67
Behrends teori	69
Ehrenzweigs teori	70
Dniestrzanskis teori	74
Lagar och lagförslag	76
<i>Tredje afdelningen.</i> Om det icke berättigande ¹⁾ tredjemansaftalet... Bemötande af åsikten, att tredjeman vore borgenärens mot-tagningsombud.....	80—164 81

¹⁾ Se s. 81 n. 1.

	Sid.
Aftalets uppdelning i hufvud- och biaftal	88
Åtskilliga här nedan uppräknade detaljfrågor:	90—101
<p>Antingen går gäldenärens förpliktelse rätt och slätt ut på prestation till tredjeman eller ock kan han vara skyldig att prestera till borgenären eller tredjeman s. 90. I senare fallet har antingen borgenären eller gäldenären val rätt s. 90. Kan borgenären i förra fallet fordra prestationer åt sig själf? Betydelsen för denna fråga af den omständigheten, om prestationens utgörande till tredjeman betingats i borgenärens eller gäldenärens intresse s. 92. Betydelsen af klausulen att tredjemans utnämning ej finge återtagas s. 94. Särskilda regler beträffande möjligheten för borgenären att återtaga tredjemans utnämning vid aftal, som ej låta uppdelas i hufvud- och biaftal s. 99.</p>	
Om gäldenärens befogenhet att framställa invändningar mot sin skyldighet att prestera till tredjeman	101
Kan tredjeman med rättslig verkan anställa kraf mot gäldenären?	105
Rättsverkningarne af att gäldenären presterar till borgenären i stället för till tredjeman	110
Tredjemans befogenhet att disponera öfver prestationen i vissa fall	115
Gäldenärens ansvar för skada som tredjeman lider genom hans kontraktsbrott	117
<p>Olika åsikter: Zimmermann och Windscheid s. 119 och s. 147 f., Crome s. 119, Thure s. 120, Regelsberger s. 121, Hellwig s. 123. Kritik af dem s. 124. Kritik af den allmänna skadeståndsregeln s. 130. Egen åsikt s. 134.</p>	
Råkar borgenären i mora genom att tredjeman ej i rätt tid mottager prestationen?	149
Rättsverkan af tredjemans definitiva vägran att mottaga prestationen	156
<i>Fjärde afdelningen.</i> Det berättigande ¹⁾ tredjemansaftalet. Hufvsakligen om förklaringen till uppkomsten af en rätt för tredjeman.....	165—245
Behovvet i svensk rätt af en juridisk konstruktion af tredjemansaftalet med afseende å uppkomstens af tredjemans fordringsrätt	165
Skäl för påståendet att gäldenären i visst afseende uppträder såsom tredjemans negotiorum gestor	167
Betydelsen för vår konstruktion af det romerska källstället 1 5 § 4 (6 § 2) D. de neg. gest. 3. 5.	173
Scherers tillämpning af det nämnda stället å liförsäkringsaftalet.....	179

¹⁾ Se s. 81 n. 1.

	Sid.
Uttalande af betydelse för vår konstruktion af Kohler.....	182
Om fraktaftalet och anvisningen i anledning af inom den svenska doktrinen uttalade åsikter	182
Skadar det vår konstruktion, att tredjeman först efter ratihabition af gäldenärens för hans räkning utförda rättshandling kan blifva fordringsberättigad?	197
Tidpunkten för fordringsrättens uppkomst blir alltid det ögonblick, då tredjeman kan sägas hafva ratihaberat gäldenärens för hans räkning afgifna accept	208
Aftal om prestation till obeständ eller ej existent person ...	212
När föreligger ett berättigande tredjemansaftal?.....	219
Borgenären kan efter öfverlåtelsen behålla ett anspråk mot gäldenären.....	231
Är tredjemans fordringsrätt irrevocabel eller icke?	236
Befogenheten för gäldenären att framställa invändningar mot tredjeman	243
- Använd literatur	247

Rättelser.

S. 9 r. 29 står	Des	läs	Das
› 31 › 6 ›	› blott	›	› företrädesvis blott
› 48 n. 1 ›	› collectionoffert	›	› kollektivoffert
› 80 r. 15 ›	› tredjeman	›	› tredjeman i egentlig mening
› 88 › 16 ›	› gäldenären	›	› borgenären
› 93 › 7 ›	› här	›	› här i regeln
› 93 › 10 ›	› Men etc. grund	›	› Redan detta är tillräckligt
› 93 › 12 ›	› När etc. mena	›	› Men dessutom mena vi
› 93 › 14/15 ›	› så etc. detta	›	› på den grund
› 96 › 22	Punkten ›Har bestämmelsen etc›	› bör börja med ny rad.	
› 121 r. 10 står	par	läs	per
› 165 › 17 ›	› <i>juridiskt</i>	›	› juridiskt
› 200 n. 3 ›	› MITTEIS	›	› Se äfven MITTEIS
› 202 › 2 ›	› fremden	›	› fremder

