

Bestemmelser om arv og gave efter ægtefællelovens § 23



Kandidatspeciale udarbejdet af:

Camilla Vittrup Nielsen (20193153)

Pernille Busk (20194210)

Vejleder:

Gitte Meldgaard Abrahamsen



Titelblad

Uddannelse:	Aalborg Universitet, Jura
Fagområde:	Familieformueret
Afhandling:	Kandidatspeciale
Projekttitel:	Bestemmelser om arv og gave efter ægtefællelovens § 23
Engelsk titel:	Provisions regarding inheritance and gifts according to ægtefællelovens § 23
Forfattere:	Camilla Vittrup Nielsen (studienr. 20193153) Pernille Busk (studienr. 20194210)
Vejleder:	Gitte Meldgaard Abrahamsen
Antal anslag:	142.497

Abstract

This thesis examines provisions regarding inheritance and gifts according to ægtefællelovens § 23 and whether spouses can change such provisions. This is regulated by ægtefællelovens § 23, which will be the center for the analysis. Prior to the adoption of ægtefælleloven, spouses' economic relations were regulated by retsvirkningsloven from 1925. However, society had changed significantly since its adoption, prompting consideration of whether the existing rules remained contemporary. In connection with this, a commission was established. One of the purposes of the new law was that the rules should be simple, clear, and written in a plain language so that spouses can understand their legal status. The commission published a report with their considerations, which, however, were largely rejected by the ministry. Therefore, it can be questioned how many of the commission's considerations are meaningful today.

The problem with not being able to use the commission's report is, that the reach of ægtefællelovens § 23 is unclear. Although ægtefællelovens § 23 seems easily understandable upon initial reading, there are many questions of doubt. The legislative history of the law is also does not contribute significantly to the understanding of the law. Neither is there any case law that address the subject. Therefore, it is difficult to answer the questions of doubt associated with the provision. These questions of doubts include, among others, the issue of who constitutes a third party according to the provision, which conditions can be set up and can separate property reappear? However, the thesis offers its own proposals for possible solutions to these questions.

The conclusion of the thesis states that the purpose with the new law, which aimed for the rules to be simple and easy to understand, has not been achieved. This is largely due to the fact that the wording of the law and its preparatory documents appear to be incomplete. Due to the absence of relevant case law surrounding this subject, it is particularly important that the law does not leave unanswered questions. The consequence of this is that it is difficult for spouses and legal practioners to derive applicable law. We must therefore await the unanswered questions to be addressed in case law. The legal literature, however, has thoroughly addressed these questions of doubt, which can be used as interpretive contributions until we have a final clarification.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1: Indledning.....	6
Kapitel 2: Metode.....	8
Kapitel 3: Terminologi	10
Kapitel 4: Den legale ordning for arv og gave	11
Kapitel 5: Hvem er arvelader eller gavegiver?	14
5.1. Bestemmelser truffet af gavegiver	14
5.2. Bestemmelser truffet af arvelader.....	16
5.3. Ægtefællers indbyrdes gavedispositioner efter ægtefællelovens § 23	18
Kapitel 6: Grænserne for arvelader og gavegivers bestemmelser.....	21
6.1. Hvad kan arvelader og gavegiver bestemme om formuestatus for arv og gave?	21
6.1.1. Hvilke former for særeje kan arvelader og gavegiver træffe bestemmelse om?	21
6.1.2. Arvelader og gavegivers bestemmelse om sumsæreje og sumdeling.....	22
6.1.3. Kan arvelader og gavegiver træffe bestemmelse om delingsformue?	23
6.2. Hvilke betingelser kan arvelader og gavegiver fastsætte for særejebestemmelsen?.....	24
6.2.1. Kan arvelader og gavegiver begrænse særejebestemmelsen til kun at angå ét bestemt ægteskab?	24
6.2.2. Hvilke øvrige betingelser kan arvelader og gavegiver fastsætte for selve særejebestemmelsen?	26
6.2.3. Hvilke betingelser kan arvelader og gavegiver fastsætte for ægtefællernes ændringsadgang? ...	29
Kapitel 7: Ægtefællernes adgang til at ændre arvelader eller gavegivers bestemmelse om særeje.....	31
7.1. Hvilke muligheder har ægtefællerne for at mindske betydningen af særejebestemmelsen?	32
7.1.1. Forbrug af det modtagne	33
7.1.2. Kan modtagerægtefællen forære aktivet til sin ægtefælle?	34
7.1.3. Salg af det modtagne	35
7.1.4. Aftaler om gæld m.v.	37
Kapitel 8: Genopståen af tredjemandsbestemt særeje	39
8.1. Kan et tredjemandsbestemt særeje overleve et skifte?	39
8.2. Kan et ændret tredjemandsbestemt særeje genopstå i et nyt ægteskab?	42

8.2.1. Kan arvelader og gavegiver formulere sig, så et særeje ændret ved ægtepagt genopstår i et nyt ægteskab?	44
Kapitel 9: Delarv og delgave	46
9.1. Midler anvendt ved erhvervelsen	47
9.1.1. Hvilke beløb kan indgå ved fastsættelsen af brøken?	48
9.1.2. Sammenblanding af midler	52
9.2. Baggrunden for ægtefællelovens § 24	53
9.3. Er der overhovedet tale om en arv eller gave?	56
Kapitel 10: Retspolitiske betragtninger	58
Kapitel 11: Konklusion	60
Bilag: Litteraturliste	64

Kapitel 1: Indledning

Når et par indgår et ægteskab, er det oftest en glædens tid, præget af kærlighed, forventning og fejring. I lyset af denne glæde kan de mere praktiske aspekter af ægteskaber nemt overses, herunder de økonomiske forhold. Ikke desto mindre kan de økonomiske forhold senere vise sig at være af stor betydning for ægtefællerne, økonomisk såvel som personligt. Et aspekt, der i relation til dette, synes at kunne skabe splittelse mellem to ægtefæller, er, når en arv eller gave forårsager en for ægtefællerne måske uforudset forrykkelse af deres økonomiske forhold. Helt centralt heri, er derfor arvelader og gavegivers bestemmelser for arv og gave.

I 2023 blev hele 12.862 ægtepar skilt.¹ I mange af disse ægteskaber kan der hos en eller begge ægtefæller være aktiver, der er modtaget ved arv eller gave, og disse aktiver kan vise sig at være af væsentlig økonomisk værdi. Ved et skifte kan det derfor være af stor betydning, hvorvidt arvelader eller gavegiver har truffet bestemmelse vedrørende et sådant aktivs formuestatus, idet dette som udgangspunkt er bestemmende for, hvorvidt aktivet skal inddrages på et skifte. Er der hverken af arvelader, gavegiver eller af ægtefællerne truffet bestemmelse om, at arv eller gave skal være modtagerens sær-eje, er den legale ordning for arv og gave delingsformue, og dermed ligedeling. Arvelader eller gavegivers bestemmelse om sær-eje har muligvis størst økonomisk betydning i tilfælde af et skifte. Bestemmelsen kan imidlertid også medføre stor utilfredshed hos ægtefællerne under ægteskabet. Dette kan f.eks. være tilfældet, såfremt de i øvrigt har delingsformue i ægteskabet, og bestemmelsen strider mod ægtefællernes ønske. Det kan også tænkes i de tilfælde, hvor den ikke-modtagende ægtefælle klart har bidraget mest til familiens underhold og som derfor finder arvelader eller gavegivers bestemmelse urimelig.

Den retlige regulering af arvelader og gavegivers adgang til at træffe bestemmelse for arv eller gave findes i ægtefælleloven § 23.² Bestemmelsen har i forbindelse med det lovforberedende arbejde været under behandling af Retsvirkningslovsudvalget³. Henset til, at samfundet har ændret sig væsentligt siden den oprindelige bestemmelse i retsvirkningsloven blev vedtaget i 1925, fik udvalget bl.a. til opgave at overveje, om arv og gave, der er modtaget før eller under ægteskabet, som legal ordning skal holdes uden for ligedelingen.⁴ På trods af dette omfattende udvalgsarbejde, ses lovgiver i vidt omfang at have videreført den hidtil gældende ordning, hvorfor ægtefællelovens § 23 i grove træk

¹ Stagnering i antallet af skilsmisser, Danmarks Statistik

² Lov om ægtefællers økonomiske forhold, senest bekendtgjort i lovebkendtgørelse nr. 774 af den 7. august 2019

³ Betænkning nr. 1552/2015

⁴ Kommissorium for Retsvirkningslovsudvalget, s. 1

ses at være en videreførsel af forgængerens i retsvirkningslovens § 28 a.⁵ Bestemmelsen har i dag følgende ordlyd:

“§ 23. Arvelader og gavegiver kan træffe samme bestemmelser om særeje, som ægtefæller kan aftale efter § 12, dog ikke om sumsæreje eller sumdeling efter § 12, stk. 2, nr. 4 og 5.

Stk. 2. Arvelader og gavegiver kan bestemme, at modtageren og dennes ægtefælle skal kunne ændre en bestemmelse om særeje efter stk. 1, og kan fastsætte betingelser herfor. Stk. 3. Bestemmelse efter stk. 1 og 2 vedrørende arv skal træffes ved testamente.”

Ved en umiddelbar gennemlæsning af bestemmelsen synes det ukompliceret, hvad arvelader og gavegiver kan bestemme vedrørende arv og gave. Imidlertid er der knyttet talrige tvivlsspørgsmål hertil, som vil søges besvaret i det følgende. Her vil det således blive behandlet, *hvem* der i medfør af ægtefællelovens § 23 kan træffe bestemmelser for arv eller gave, *hvad* der kan bestemmes, om en bestemmelse gælder i *alle* modtagerens ægteskaber, hvad der gælder, når der ydes en *modydelse*, og om ægtefællerne kan *ændre* på arvelader eller gavegivers bestemmelse. I forbindelse hermed er nedenstående problemformulering udarbejdet:

“Hvilke muligheder har arvelader og gavegiver for at træffe bestemmelse om arv eller gave efter ægtefællelovens § 23? Og har ægtefællerne mulighed for at ændre på en sådan bestemmelse?”

⁵ Lov om ægteskabets retsvirkninger, senest bekendtgjort i lovebkendtgørelse nr. 1814 af den 23. december 2015

Kapitel 2: Metode

Til besvarelse af afhandlingens problemformulering vil den *retsdogmatiske metode* blive anvendt. Den retsdogmatiske metode består i at *analysere, systematisere og beskrive gældende ret*.⁶ Metoden vil blive anvendt til at analysere og beskrive retstilstanden for arvelader og gavegivers mulighed for at træffe bestemmelse om arv eller gave efter ægtefællelovens § 23, samt ægtefællernes muligheder for at ændre herpå. Bestemmelsen er imidlertid i grove træk en videreførelse af retsvirkningslovens § 28 a. Det ses således stadig relevant at inddrage kilder, der tager udgangspunkt i en analyse af den tidligere bestemmelse, idet der ikke er foretaget indholdsmæssige ændringer.⁷

Analysen vil først og fremmest tage udgangspunkt i *ægtefælleloven*, eftersom loven er den højst prioriterede retskilde.⁸ Af andre retskilder vil også *retspraksis* blive inddraget. For så vidt angår ægtefællelovens § 23, har denne ikke givet anledning til nævneværdig trykt retspraksis. Det ses derimod at være tilfældet vedrørende andre aspekter af problemformuleringen, herunder særligt vedrørende delarv og delgave, hvor retstilstanden før indførelsen af ægtefællelovens § 24, var fastsat i retspraksis. I den forbindelse vil U1984.564H, U1987.763H og U2017.462/2H blive inddraget.

Foruden retskilder findes det tillige relevant at inddrage andre kilder, herunder *forarbejderne* til ægtefælleloven. Disse kan være af forskelligartet karakter, og ikke alle forarbejder er lige væsentlige.⁹ I afhandlingen er der inddraget flere typer af forarbejder, bestående af ministeriets bemærkninger til lovforslaget og Retsvirkningslovsudvalgets betænkning nr. 1552/2015.¹⁰ Bemærkningerne til lovforslaget er inddraget gennem hele afhandlingen, men disse fremkommer på flere punkter ikke med en direkte stillingtagen til de behandlede problemstillinger, hvorfor disse kun sjældent kan stå alene. For så vidt angår betænkninger, blev der i forbindelse med det lovforberedende arbejde til ægtefælleloven afgivet en nummereret betænkning af Retsvirkningslovsudvalget, betænkning nr. 1552/2015. Denne betænkning er en kommissionsbetænkning, hvilket defineres som en større rapport afgivet af et ekspertudvalg, som skal danne baggrund for og udkast til et kommende lovforslag.¹¹ En del af de foreslåede ordninger blev imidlertid forkastet under udarbejdelse af det endelige lovforslag, hvilket giver anledning til nogle metodiske overvejelser. Dette gør sig eksempelvis gældende for Retsvirkningslovsudvalgets behandling af spørgsmålet om, hvad den legale formueordning for arv og gave

⁶ Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 211

⁷ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 130

⁸ Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 264

⁹ Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 269

¹⁰ Betænkning nr. 1552/2015

¹¹ Hvad er forskellen på en udvalgsbetænkning og en kommissionsbetænkning, Folketinget

fra tredjemand skulle være. På dette punkt er betænkningen således af mindre betydning i relation til fastlæggelse af gældende ret, men kan inddrages til at beskrive nogle af overvejelserne bag udformningen af den legale formueordning for arv og gave. På andre punkter ses lovgiver i høj grad at have fulgt den af udvalget foreslåede ordning, eksempelvis for så vidt angår problematikken vedrørende delarv og delgave. Her ses betænkningen således at være af mere væsentlig værdi, omend alle problematikker ikke ses behandlet heri. Udover betænkningen afgivet af Retsvirkningslovsudvalget, ses også Udkast til Lov om ægteskabets retsvirkninger af 1918 inddraget i afhandlingen i snævert omfang.¹² Anvendelsen af dette udkast giver også anledning til nogle metodiske overvejelser. Først og fremmest førte udkastet ikke til nogen lovgivning. Det var således 1923-udkastet, der førte til Retsvirkningsloven af 1925. Dette udkast indeholdt imidlertid kun få bemærkninger, der ikke fremgik af 1918-udkastet.¹³ Som følge heraf, og som følge af, at ét specifikt spørgsmål i relation til afhandlingens problemformulering ikke ses omtalt siden 1918-udkastet, må udkastet for så vidt angår dette spørgsmål, fortsat kunne anvendes.¹⁴

Det findes ligeledes relevant at inddrage den *juridiske litteratur*, herunder særligt lærebøger, artikler og kommenterede udgaver af ægtefælleloven. Den juridiske litteratur ses således inddraget i et betydeligt omfang i mange af afhandlingens kapitler, på baggrund af, at loven og bemærkningerne til lovforslaget ikke ses fyldestgørende at besvare de uafklarede spørgsmål i relation til bestemmelsen. Forfatterne heraf savner imidlertid legitimitet til at fastlægge ret, og under hensyntagen hertil, vil den juridiske litteratur alene blive anvendt som et supplerende fortolkningsbidrag.¹⁵

I afhandlingen vil der til slut anføres nogle *retspolitiske overvejelser* om emnet. Retspolitikken opgave er at undersøge muligheden for og beskrive anvisninger til en ny, anden eller mere entydig ret ud fra givne hensyn. Retspolitiske forslag til nye regler betegnes *de lege ferenda*, hvilket er udtryk for, hvordan de ønskværdige fremtidige retsregler udformes.¹⁶

¹² Udkast til lov om ægteskabets retsvirkninger (1918-udkastet)

¹³ Betænkning nr. 1552/2015, s. 170

¹⁴ Munck og Taksø-Jensen, Særeje – Nye særejeformer og deres betydning ved generationsskifte, s. 116

¹⁵ Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 397

¹⁶ Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 79

Kapitel 3: Terminologi

Under arbejdet med retsområdet vedrørende ægtefællelovens § 23, ses der anvendt et ikke ensartet brug af terminologi i både loven, bemærkningerne til lovforslaget og i den juridiske litteratur. Dette gør sig navnlig gældende for udtrykkene ”*arvelader og gavegiver*” samt ”*tredjemand*.”

I nærværende afhandling vil begge begreber blive anvendt. Afgørende for, hvornår de forskellige udtryk vil blive anvendt er, hvad der sprogligt synes at passe bedst ind i den pågældende kontekst. Det skal i den forbindelse bemærkes, at afhandlingen ved brug af ordet ”*tredjemand*” ikke derved har forsøgt at definere, hvem der kan, og ikke kan, træffe bestemmelse om arv eller gave efter ægtefællelovens § 23. Lignende overvejelser gør sig gældende for så vidt angår formuleringerne ”*tredjemands bestemmelse om særeje*” og ”*tredjemandsbestemt særeje*.” Med denne formulering skal ikke forstås, at afhandlingen alene begrænser sig til at behandle arvelader eller gavegivers bestemmelser om *særeje*, idet det ligeledes vil undersøges, hvorvidt der kan træffes bestemmelse om *delingsformue*.

Kapitel 4: Den legale ordning for arv og gave

Når et par beslutter at indgå ægteskab i Danmark, medfører dette en række retsvirkninger. Ægteparrets økonomiske forhold bliver underlagt reglerne i ægtefælleloven, der trådte i kraft den 1. januar 2018. Af loven følger *den legale formueordning*, hvilket er den ordning, ægtefællernes økonomiske forhold automatisk bliver underlagt, såfremt de ikke indgår aftale om andet. Den legale formueordning er i medfør af ægtefællelovens § 5, stk. 1, 1. pkt. *formuefællesskab*, der indebærer, at ægtefællerne deler deres formuer lige ved et skifte i anledning af separation eller skilsmisse, medmindre andet følger af § 26, eller ægtefællerne ved en aktuel skilsmisse aftaler andet, jf. § 32. Ved en ægtefælles død og ved skifte af et uskiftet bo, deles ægtefællernes formue på samme vis lige mellem den længstlevende ægtefælle eller dennes dødsbo og den førstafdøde ægtefælles dødsbo, medmindre andet følger af § 51, jf. ægtefællelovens § 5, stk. 1, 2. pkt. Den formue, der efter ægtefællelovens § 5, stk. 1 ligedeles, betegnes *delingsformue*, jf. bestemmelsens stk. 2. Denne legale ordning indebærer også, at arv og gave, som ægtefællerne hver især har modtaget før eller under ægteskabet, indgår i den formue, der skal ligedeles, medmindre andet er bestemt af arvelader, gavegiver eller af ægtefællerne selv.

Forud for ægtefælleloven fandtes den retlige regulering af ægtefællers formueforhold i retsvirkningsloven fra 1925. Med henblik på at foretage en samlet gennemgang af reglerne om ægtefællers formueforhold og overveje, om reglerne burde ændres, blev Retsvirkningslovsudvalget nedsat i 2009, og et kommissorium blev udarbejdet.¹⁷ Baggrunden herfor var, at samfundet væsentligt havde udviklet sig siden vedtagelsen af retsvirkningsloven, herunder var der sket en betydelig ændring i familiemønstrene og en væsentlig stigning i hyppigheden af skilsmisser. Denne samfundsudvikling gjorde det aktuelt at overveje, om der var behov for at ændre reglerne om ægtefællers formueforhold, herunder reglerne om arv og gave fra tredjemand.¹⁸

I forbindelse med udvalgets arbejde, blev der bl.a. foretaget nogle undersøgelser af befolkningens holdning til, hvorvidt der skulle ske en deling af arv og gave ved separation og skilsmisse.¹⁹ Resultatet heraf viste et udbredt ønske i befolkningen om, at arv og gave skulle holdes uden for ligedelingen ved separation og skilsmisse.²⁰ 28 % af de adspurgte svarede, at der skulle ske en ligedeling, mens 47 % svarede, at modtageren skulle beholde arven eller gaven, og 19 % svarede, at det afhænger af ægteskabets varighed. Der ses at være en forskel mellem kønnene, hvor 33 % af mændene og 24 %

¹⁷ Betænkning nr. 1552/2015, s. 146

¹⁸ Kommissorium for Retsvirkningslovsudvalget, s. 1

¹⁹ Betænkning nr. 1552/2015, s. 210

²⁰ Betænkning nr. 1552/2015, s. 281

af kvinderne svarede, at der skulle ske en lighedeling af arv og gave. Der ses at ske en større tilslutning til lighedeling med alderen og, hvis man er gift, med ægteskabets varighed. Der ses endelig en større opbakning til lighedeling for arv og gave hos gifte personer, end hos ugifte og fraskilte. En anden undersøgelse viste, at 60 % af de adspurgte mente, at arv og gave bør holdes uden for lighedeling, og 33 % mente, at arv og gave bør lignedes.²¹ En indholdsmæssig undersøgelse af tinglyste ægtepagter viste dog, at befolkningens ønske ikke afspejlede sig i antallet af ægtepagter, der indeholdt en bestemmelse om, at arv og gave skulle være særeje. Ud af 731 tinglyste ægtepagter indeholdt kun 27 af disse bestemmelse om, at arv og gave skulle være særeje, hvilket procentmæssigt svarer til 5,1 %.²²

Som et resultat af, at der ikke er mange ægtefæller, der selv aftaler, at arv og gave skal være særeje, fandt Retsvirkningslovsudvalget, at opretholdelse af den gældende lighedelingsordning vil betyde, at delingen af arv og gave i de fleste tilfælde vil afhænge af, hvad ægtefællernes forældre m.v. har bestemt - eller ikke har bestemt.²³ Det vil således ofte bero på tilfældigheder, om en ægtefælle kan holde et større eller mindre beløb uden for lighedelingen, hvilket kan medføre urimelige situationer. På den baggrund fandt udvalget, med undtagelse af én, at den legale ordning for arv og gave fra tredjemand burde være, at det modtagne i et vist omfang kunne holdes uden for lighedelingen. Der var dog ikke enighed om, hvordan ordningen skulle udformes. Flertallet foreslog en ordning, hvorefter modtageren kunne holde et beløb svarende til værdien ved modtagelsen af arven eller gaven uden for deling i det omfang, det var i behold. Det ene mindretal var enig med flertallet i, at arv og gave fra tredjemand skulle holdes uden for lighedelingen, men fandt, at også værdistigninger og indtægter skulle kunne holdes uden for, idet modtageren ellers risikerede at skulle betale for at udtage eksempelvis et arvet aktiv ved et skifte.²⁴ Det sidste mindretal foreslog en ordning, hvorefter arv og gave fra tredjemand som legal ordning skulle indgå i lighedelingen, hvilket skal ses i den kontekst, at dette mindretal havde foreslået en generel regel om skønsmæssig skævdeling. Efter denne foreslåede regel skulle det indgå som et element i vurderingen af, om der skulle foretages en skønsmæssig skævdeling, hvor meget hver ægtefælle havde erhvervet ved arv eller gave.

Ministeriet var ikke enige med Retsvirkningslovsudvalget i, at arv og gave fra tredjemand som legal ordning skulle holdes uden for lighedelingen. Ministeriet henviste til, at forslaget bryder med lighedelingsordningen, og at det bør være op til ægtefællerne at aftale, at deres formue helt eller delvist skal

²¹ Ibid

²² Betænkning nr. 1552/2015, s. 206

²³ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 63

²⁴ Betænkning nr. 1552/2015, s. 290

være særeje og dermed bryde lighedelingen i deres ægteskab.²⁵ Ministeriet videreførte således den hidtil gældende ordning for arv og gave fra tredjemand.

²⁵ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 63 f.

Kapitel 5: Hvem er arvelader eller gavegiver?

Ægtefællelovens § 23 foreskriver indledningsvis, at “*Arvelader og gavegiver kan træffe samme bestemmelser om særeje, som ægtefæller kan aftale efter § 12 (...)*.” Dette medfører, at en given person kun kan træffe bestemmelse i medfør af ægtefællelovens § 23, såfremt vedkommende enten er *arvelader* eller *gavegiver*. I det følgende søges det klarlagt, hvilken personkreds, der omfattes af disse begreber, samt hvilke formkrav, der skal iagttages for gyldigt at kunne træffe bestemmelse for arv og gave.

5.1. Bestemmelser truffet af gavegiver

Gavebegrebet er ikke defineret nærmere i loven, og varierer alt afhængigt af det pågældende retsforhold. Ifølge litteraturen på området, skal gavebegrebet efter bestemmelsen forstås som *en vederlagsfri overdragelse af et formuegode, hvor ydelsen erlægges på giverens bekostning og ikke sker til opfyldelse af en retspligt, fx underholdspligt*.²⁶ Dette indebærer, at en gave også kan bestå i f.eks. gælds-eftergivelse, og at en overdragelse også kan have karakter af en gave, såfremt den sker til opfyldelse af en moralsk pligt uden gavehensigt.²⁷ Gavebegrebet ses i øvrigt indgående behandlet i *gavebegrebet* af Eigil Lego Andersen.²⁸

Ved *fuldt ud gensidigt bebyrdende aftaler* anses den, der præsterer en given ydelse mod fuldstændigt vederlag, *ikke* for gavegiver efter bestemmelsen. En sådan situation vil f.eks. kunne forekomme, såfremt en forælder sælger sit hus til et af sine børn.²⁹ Her vil den pågældende forælder således ikke kunne bestemme, at huset skal tilhøre barnet som sit særeje, idet forælderen her er *sælger* og ikke gavegiver. Er der derimod tale om en overdragelse mod delvist vederlag eller mod gældsovertagelse, en delgave eller delarv, forholder det sig imidlertid anderledes. Dette er nærmere behandlet under afhandlingens kapitel 9.

Der gælder ingen *formkrav* for bestemmelser truffet af en gavegiver vedrørende gaven. Der stilles imidlertid krav om, at bestemmelsen skal være truffet senest samtidigt med gaveløftet, eller i mangel herpå senest ved overgivelsen af gaven til modtageren.³⁰ På trods af, at der ikke stilles nogen formkrav, må det af bevismæssige grunde anses for hensigtsmæssigt, at bestemmelsen nedfældes på skrift, idet praksis på området illustrerer, at der stilles strenge krav til bevisbyrden, for at der er truffet

²⁶ Nielsen & Kronborg, Skilsmisseret - de økonomiske forhold, s. 298 og Munck & Taksøe-Jensen, Særeje – Nye sær-ejeformer og deres betydning ved generationsskifte, s. 135

²⁷ Nielsen & Kronborg, Skilsmisseret - de økonomiske forhold, s. 298

²⁸ Andersen, Gavebegrebet – Gavereglerne og deres anvendelsesområde

²⁹ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 165

³⁰ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 166

bestemmelse for gaven. I U1967.249H havde F således i en årrække overdraget betydelige aktieposter til sine børn, herunder til sin søn, M, hvor der ved størstedelen af overdragelserne var optaget særejebestemmelser i de respektive gavebreve. Ved to af overdragelserne til M var der imidlertid ikke optaget bestemmelse om særeje, hvorfor tvisten angik, hvorvidt de pågældende aktieposter ved M's død tilhørte ham som sit særeje. Under sagen forklarede F's advokat gennem en årrække, at han var af det indtryk, at F betragtede de overdragne aktier som M's særeje. Han understøttede dette med, at der mellem F og børnene var en fast aftale om, at aktierne skulle være deres særeje, og at F flere gange havde udtalt, at hvad børnene fik, skulle være deres særeje. Denne opfattelse gav også M's søstre udtryk for i deres forklaringer. Derudover havde F ved testamentet bestemt, at arven efter ham skulle være børnenes særeje. Højesterets flertal fandt, at vidneforklaringerne og bestemmelsen i F's testamentet understøttede den antagelse, at F generelt havde tilsigtet, at aktierne til børnene skulle være deres særeje, og det fandtes således godtgjort, at F *ønskede* at aktierne skulle være M's særeje. På trods af dette fandt flertallet det ikke godtgjort, at der af F faktisk var *truffet* bestemmelse om særeje ved de i sagen omhandlede aktieoverdragelser.

I en udtalelse til dommen anføres det af Jørgen Trolle i U1967B.250, at Højesterets afgørelse formentlig har medført, at der næsten stilles krav om skriftlighed for at kunne løfte bevisbyrden for at der er truffet bestemmelse om særeje for gaven.³¹ I den juridiske litteratur er det hertil blevet anført, at Trolle, ved at udlede et skriftlighedskrav af Højesterets afgørelse, synes at strække dommens præjudikatsvirkning for vidt.³² Dette synspunkt begrundes i det faktum, at F i den omtalte sag ikke konkret havde tilkendegivet, at de to aktieposter skulle være M's særeje, og at det ikke er tilstrækkeligt til at stifte et tredjemandsbestemt særeje, at gavegiver *ønsker*, at gaven skal være modtagerens særeje. Videre anføres det, at det ville medføre stor retsusikkerhed, såfremt et tredjemandsbestemt særeje kunne stiftes ud fra *blotte antagelser* om gavegiverens ønsker, og at det endvidere ville være vanskeligt at praktisere en sådan retsstilling i praksis. Afgørelsen synes således ikke at implicere et krav om skriftlighed, men derimod et krav om, at gavegiver faktisk konkret *tilkendegiver*, at gaven skal være modtagerens særeje - og at dette kan bevises.³³ Afgørelsen fastslår tillige, at det ikke er tilstrækkeligt til at statuere særeje, at gavegiveren generelt har udtalt, at gaver givet til f.eks. hans børn skal være særeje.³⁴

³¹ Trolle, U1967B.250: Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden januar-juni 1967, s. 3

³² Munck & Taksøe-Jensen, Særeje – Nye særejeformer og deres betydning ved generationsskifte, s. 136

³³ Munck & Taksøe-Jensen, Særeje – Nye særejeformer og deres betydning ved generationsskifte, s. 136. Dette understøttes også af Nielsen & Kronborg, Skilsmisseret - de økonomiske forhold, s. 299

³⁴ Også anført af Bormann, Stæger & Trabjerg, i Ægtefælleloven med kommentarer, s. 166 f.

En nyere landsretsdom underbygger tillige, at det ikke er udelukket at løfte bevisbyrden for, at en særejebestemmelse er truffet mundtligt. Dette var tilfældet i U2013.664V, hvor det ansås for godt-gjort, at forældrene A og B ved en gaveoverdragelse af et sommerhus til datteren H mundtligt havde truffet bestemmelse om særeje senest ved underskrivelsen af skødet. I den konkrete sag tillagde landsretten vidneforklaringerne vægt, herunder en forklaring fra revisor R, der var til stede ved underskrivelsen af skødet, og derfor kunne understøtte de øvrige vidneforklaringer om, at særeje for sommerhuset havde været drøftet i årevis og meddelt mundtligt ved selve underskrivelsen. Derudover tillagde landsretten det vægt, at forældrene under deres forklaringer havde udtalt, at de nogle år forud for overdragelsen af sommerhuset oprettede testamente med en bestemmelse om, at børnenes arv skulle være særeje.

En særlig problemstilling opstår, når en *gave er ydet i et andet land*, hvor lovgivningen tilsiger, at gaver fra tredjemand som legal ordning er modtagerens særeje.³⁵ Denne problemstilling blev behandlet i U2017.858H, hvor H, der var italiensk statsborger, i 1977 og 1982 erhvervede to boliger i Italien ved gave fra sine forældre. H flyttede senere til Danmark og blev gift med M, men senere blev parret skilt. I forbindelse med skiftet, der skulle behandles efter dansk ret, gjorde H gældende, at de to ejendomme var hendes særeje, idet det følger af italiensk ret, at alt, hvad ægtefællerne erhverver ved arv eller gave, er særeje. Højesteret fandt, at det oplyste om italiensk ret ikke kunne sidestilles med en bestemmelse om særeje efter den dagældende bestemmelse i retsvirkningsloven § 21, stk. 1, nr. 2, hvorfor de to ejendomme ikke kunne anses for at tilhøre H som sit særeje. At gaven fra tredjemand er ydet i et land, hvor gaven som legal ordning er modtagerens særeje, er således ikke tilstrækkeligt til at statuere særeje efter dansk ret - der kræves en udtrykkelig bestemmelse fra tredjemand herom.³⁶

Såfremt der ydes et *arveforskud*, og vedkommende ønsker, at dette skal være modtagerens særeje, følger dispositionen reglerne for tredjemandsbestemt særeje ved gaver. Dette medfører, at bestemmelsen om særeje skal træffes senest samtidigt med arveforskuddets ydelse, og det er derfor ikke tilstrækkeligt, at der træffes bestemmelse herom ved testamente.³⁷

5.2. Bestemmelser truffet af arvelader

Arvelader kan ved testamente bestemme, at både friarv og tvangsarv skal være arvingens særeje efter ægtefællelovens § 23. Det fremgik udtrykkeligt af den tidligere bestemmelse i retsvirkningsloven § 28 a, at arveladers bestemmelse om særeje også kan omfatte tvangsarv. Formuleringen er ikke

³⁵ Som behandlet under kapitel 4, er den legale ordning for arv og gave i Danmark formuefællesskab

³⁶ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 166

³⁷ Nielsen & Kronborg, Skilsmisseret - de økonomiske forhold, s. 299

videreført i ægtefællelovens § 23, men bestemmelsen er en videreførelse af den hidtil gældende retstilstand, hvorfor arvelader også kan træffe bestemmelse om særeje for tvangsarv efter ægtefællelovens § 23.³⁸

Arveladers bestemmelser om særeje skal efter ægtefællelovens § 23, stk. 3 træffes ved testamente. Hvis særejebestemmelsen er indeholdt i et formløst testamente, vil bestemmelsen om særeje dog være gyldig, såfremt der ikke er rejst indsigelse om dets gyldighed af nogen, som i medfør af arvelovens § 79 vil være berettiget dertil, jf. analogien af arvelovens § 79.³⁹ Efter arvelovens § 79 kan enhver, som vil arve eller arve mere, hvis testamentet erklæres ugyldigt, gøre indsigelse mod dets gyldighed. Dette rejser spørgsmålet om, hvorvidt en arving efter bestemmelsen kan gøre indsigelse mod en særejebestemmelse i et formløst testamente, idet en tilsidesættelse af bestemmelsen kun har betydning for arvens formuestatus og ikke for arvens eksistens eller størrelse. Ud fra ordlyden af arvelovens § 79 vil en arving således ikke kunne anfægte en bestemmelse om særeje i et formløst testamente. Det må, som også anført af Anne Louise Bormann m.fl., imidlertid anses for tvivlsomt, at arvingen er tvunget til at acceptere en begrænsning i retten til at råde over sin egen arv, som ikke er formgyldig, hvorfor denne selv må kunne gøre indsigelse. I praksis forekommer det imidlertid sjældent, at arvingen ønsker at gøre indsigelse.⁴⁰ En anden problemstilling i relation til arvelovens § 79 er, hvorvidt arvingens *ægtefælle* kan gøre indsigelse mod en formløs testamentarisk bestemmelse om, at arven skal være arvingens særeje. Der er imidlertid enighed i den juridiske teori om, at arvingens ægtefælle formentlig ikke kan gøre indsigelse herimod, idet ægtefællen ved en tilsidesættelse ikke vil arve, men alene opnå et større boslodskrav.⁴¹

Kravet om testamente gør sig også gældende for bestemmelser efter ægtefællelovens § 23, stk. 2, om at arvingen og dennes ægtefælle skal kunne ændre arveladers bestemmelse om særeje, samt for eventuelle betingelser for ændring. Det bør desuden være indeholdt i testamentet, hvorvidt bestemmelsen om særeje skal angå hele arven eller alene nogle bestemte aktiver, og om bestemmelsen skal omfatte alle arvinger, herunder dem, der skal arve, hvis en arving dør inden testator, eller om den alene skal omfatte en eller flere bestemte arvinger.⁴²

Bestemmelsen giver ligeledes mulighed for, at en arvelader i relation til sin ægtefælle kan bestemme særeje for ægtefællens arv uden oprettelse af ægtepagt. Den testamentariske bestemmelse om særeje

³⁸ Adolphsen, Naur & Sørensen, *Familieret*, s. 197

³⁹ Arvelov, senest bekendtgjort i lovbekendtgørelse nr. 1347 af den 15. juni 2021. Adolphsen, Naur & Sørensen, *Familieret*, s. 197, fodnote 81

⁴⁰ Bormann, Stæger & Trabjerg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 175

⁴¹ Ibid

⁴² Ibid

kan træffes både med henblik på særeje for længstlevende ægtefælle i sit nye ægteskab, men også med henblik på, at den længstlevendes ægtefælles arv fra førstafdødes særeje og af længstlevendes eventuelle friarv af delingsformuen ikke skal indgå i et potentielt uskiftet bo.⁴³

5.3. Ægtefællers indbyrdes gavedispositioner efter ægtefællelovens § 23

Ved en umiddelbar gennemlæsning af ægtefælleloven og bemærkningerne hertil, kan det ikke uden videre gennemskues, *hvem* der kan træffe bestemmelse for arv eller gave efter ægtefællelovens § 23. Det følger af bestemmelsens ordlyd, at det er "*arvelader*" og "*gavegiver*", der kan træffe bestemmelse for arv eller gave, og begrebet "*tredjemand*" ses således ikke nævnt i bestemmelsen. Dette giver anledning til at undersøge, om også ægtefællerne ved indbyrdes gavedispositioner kan anvende ægtefællelovens § 23.

Som nævnt ovenfor under afsnit 5.2., kan ægtefæller for så vidt angår arv i relation til hinanden træffe bestemmelse herom efter ægtefællelovens § 23, men det ses derimod uafklaret ved gavedispositioner. Såfremt dette tillige er tilfældet ved indbyrdes gavedispositioner, vil ægtefællerne kunne bestemme særeje ved gavens overdragelse og herved omgå det krav om ægtepagt, der ellers gælder for ægtefællers aftaler om særeje efter ægtefællelovens § 12. En ægtepagt er en aftale mellem ægtefæller og kommende ægtefæller, der for at være gyldig skal opfylde de formkrav, der er foreskrevet i ægtefællelovens § 20, 1. pkt. Af denne bestemmelse følger det, at en ægtepagt kun er gyldig, såfremt den er oprettet skriftligt, underskrevet af begge parter og tinglyst. Disse formkrav er alle med til at sikre, at der skabes klarhed om det, der måtte være aftalt mellem ægtefællerne.⁴⁴ Det må derfor også forventes at kunne medføre nogle bevismæssige vanskeligheder, såfremt ægtefællerne kan anvende ægtefællelovens § 23 til at omgå kravet om ægtepagt, hvorfor betydningen af problemstillingen ikke må undervurderes. Før ægtefællelovens ikrafttræden i 2018 var det en gyldighedsbetingelse efter retsvirkningsloven § 30, stk. 1, at gaver mellem ægtefæller skulle ske ved ægtepagt, hvorfor indbyrdes gavedispositioner mellem ægtefællerne efter de dagældende regler altid skulle ske ved ægtepagt. Dette gjorde sig dog ikke gældende for så vidt angik sædvanlige gaver, hvis værdi ikke stod i misforhold til giverens kår. Problemstillingen om, hvorvidt ægtefællerne i medfør af ægtefællelovens § 23 kan træffe bestemmelse om særeje for en gave, og derved omgå kravet om ægtepagt, ses således at være en ny problemstilling, der er opstået med indførelsen af ægtefælleloven i 2018.

⁴³ Adolphsen, Naur & Sørensen, Familieret, s. 197

⁴⁴ Nielsen & Kronborg, Skilsmisseret - de økonomiske forhold, s. 293

Hverken ægtefællelovens § 23 eller bemærkningerne til lovforslaget ses at fremkomme med en direkte stillingtagen til, hvorvidt ægtefællerne ved indbyrdes gavedispositioner kan se sig omfattet af bestemmelsen. Flere af lovgivers ordvalg i bestemmelsen og i bemærkningerne hertil åbner imidlertid op for forskellige fortolkninger. For så vidt angår det synspunkt, at ægtefællerne *ikke* er omfattet af bestemmelsens personkreds, kan der indledningsvist argumenteres ud fra, at det af bestemmelsens ordlyd følger, at: *“Arvelader og gavegiver kan træffe samme bestemmelser om særeje, som ægtefæller kan aftale efter § 12 (...)”*. Denne formulering kan føre til den opfattelse, at ægtefællerne netop er henvist til at aftale særeje efter ægtefællelovens § 12, og dermed under iagttagelse af kravet om ægtepagt. Dette synspunkt understøttes videre af, at lovgiver i pkt. 3.11. i de almindelige bemærkninger til lovforslaget har anvendt overskriften *“Arv og gave fra tredjemand”*, og derudover ses formuleringen *“modtageren og dennes ægtefælle”* anvendt flere steder.⁴⁵ Disse formuleringer synes begge at bygge på forudsætningen om, at der, for gyldigt at kunne træffe bestemmelse om særeje ved arv eller gave, ses *tre* personer involveret - og ikke kun *to*, som ved ægtefællernes indbyrdes gavedispositioner.⁴⁶ Derudover ses begrebet *“tredjemand”* anvendt i ægtefællelovens § 14 vedrørende ægtefællernes adgang til at ændre et tredjemandsbestemt særeje, hvilket også synes at indikere, at ægtefællerne ikke er omfattet af personkredsen. Dette synspunkt møder i øvrigt opbakning i litteraturen af Nikolaj Maul Sørensen, der anfører: *“Det er kun gaver givet af tredjemand, der formløst kan gøres til særeje for en ægtefælle. Skal en gave givet fra den ene ægtefælle til den anden gøres til særeje, skal ægtefællerne oprette ægtepagt om særeje, jf. ægtefællelovens § 12.”*⁴⁷ Dette synspunkt indtages også af Linda Nielsen og Annette Kronborg.⁴⁸ Der bliver imidlertid ikke af nogle af forfatterne argumenteret yderligere for, hvorfor ægtefællerne ifølge dem ved indbyrdes gavedispositioner ikke kan være omfattet af ægtefællelovens § 23. Forfatterne lægger det uden videre til grund, at det kan de ikke, og at ægtefællerne i stedet er henvist til at iagttage kravet om ægtepagt i ægtefællelovens § 12.

For så vidt angår det modsatte synspunkt om, at ægtefællerne *er* omfattet af bestemmelsens personkreds, kan brugen af udtrykkene *“arvelader”* og *“gavegiver”* i ægtefællelovens § 23 synes at tale herfor. Derudover er overskriften til kapitel 7 i ægtefælleloven *“Arveladers og gavegivers bestemmelser om særeje”*, hvilket adskiller sig fra overskriften til kapitel 5 i Retsvirkningslovsudvalgets lovudkast i betænkning nr. 1552/2015, som er *“Arv og gave m.v. fra tredjemand”*.⁴⁹ Herved synes lovgiver aktivt at have besluttet at fravige udvalgets forslag om, at reglerne kun skulle gælde for arv

⁴⁵ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 61 f.

⁴⁶ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 171

⁴⁷ Adolphsen, Naur & Sørensen, Familieret, 5. udgave, s. 196

⁴⁸ Nielsen & Kronborg, Skilsmisseret - de økonomiske forhold, s. 298

⁴⁹ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 170 f. og Grønborg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 171 f.

og gave fra tredjemand. Derudover følger det som ovenfor beskrevet hverken af ordlyden af ægtefællelovens § 23 eller af bemærkningerne til lovforslaget, at det udelukkende er tredjemand, der er omfattet af bestemmelsen.⁵⁰ Som også anført af flere forfattere i den juridiske litteratur, kan ægtefællerne efter bestemmelsen desuden ved testamente træffe bestemmelse om særeje for arven til den længstlevende ægtefælle, hvorfor der ikke burde være noget til hinder for, at ægtefællerne også kan træffe en sådan bestemmelse ved gave.⁵¹ For så vidt angår argumentet om, at formuleringen i ægtefællelovens § 23 “(...) *som ægtefæller kan aftale efter § 12* (...)” skulle medføre, at ægtefællerne dermed kun kan bestemme særeje ved ægtepagt, bemærkes det, at ægtefællelovens § 23 regulerer *ensidige* dispositioner. Modsat regulerer ægtefællelovens § 12 den situation, hvor ægtefællerne i fællesskab *aftaler* særeje. Det må derfor anses som usikkert, hvor meget vægt, denne fortolkning kan tillægges, idet der er tale om to grundlæggende forskellige typer af dispositioner.

Ud fra ovenstående synes der ikke at være noget entydigt svar på, hvorvidt ægtefællerne ved indbyrdes gavedispositioner kan anses for omfattet af personkredsen i ægtefællelovens § 23, og dermed træffe særejebestemmelser uden iagttagelse af det krav om ægtepagt, der ellers gælder efter ægtefællelovens § 12. Begge synspunkter er i høj grad baseret på en ordlydsfortolkning af såvel ordlyden af ægtefællelovens § 14 og § 23, overskrifterne i loven, bemærkningerne og betænkningen, samt lovgivers anvendte formuleringer i bemærkningerne til lovforslaget. Ud fra disse betragtninger synes mest at tale for, at også ægtefæller kan være omfattet af ægtefællelovens § 23 ved indbyrdes gavedispositioner. Retstilstanden på området er imidlertid fortsat uafklaret, og indtil spørgsmålet bliver afklaret i retspraksis, anbefales ægtefællerne - såfremt en gave fra den ene ægtefælle skal tilhøre den anden som sit særeje, at der oprettes en ægtepagt herom.⁵²

⁵⁰ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 170 f.

⁵¹ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 171 og Grønborg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 172

⁵² Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 171 og Grønborg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 172

Kapitel 6: Grænserne for arvelader og gavegivers bestemmelser

Hvis arvelader eller gavegiver ønsker at træffe bestemmelse om arv eller gave, kan vedkommende gøre dette i medfør af ægtefællelovens § 23. Adgangen hertil er imidlertid ikke uden begrænsninger. Dette afsnit har til formål nærmere at klarlægge, hvilke bestemmelser for arv eller gave, arvelader og gavegiver kan træffe, herunder hvilke former for særeje og om der kan bestemmes delingsformue. Derudover vil det blive undersøgt, hvilke betingelser, arvelader og gavegiver gyldigt kan opsætte for særejebestemmelsen og for ægtefællernes ændringsadgang.

6.1. Hvad kan arvelader og gavegiver bestemme om formuestatus for arv og gave?

Arvelader og gavegivers kompetence til at bestemme særeje for arv eller gave følger som også ovenfor beskrevet af ægtefællelovens § 23. Efter denne bestemmelse kan arvelader og gavegiver træffe de samme bestemmelser herom, som ægtefæller kan aftale efter ægtefællelovens § 12, dog ikke sumsæreje eller sumdeling. Ud fra en simpel ordlydsfortolkning synes det således simpelt, hvad arvelader og gavegiver kan træffe bestemmelse om. Til denne problemstilling ses der imidlertid en række gråzoner med uafklarede spørgsmål, som vil blive behandlet i det følgende.

6.1.1. Hvilke former for særeje kan arvelader og gavegiver træffe bestemmelse om?

Ægtefællelovens § 12 indeholder en udtømmende liste over de forhåndsaftaler om formuedelingen, som ægtefællerne gyldigt kan indgå. Eftersom arvelader og gavegiver i medfør af ægtefællelovens § 23 kan træffe de samme bestemmelser om særeje som ægtefællerne kan aftale efter § 12, skal også deres bestemmelser have hjemmel heri for at være gyldige. Dette betyder, at arvelader og gavegiver kan træffe bestemmelse om, at arven eller gaven skal være modtagerens særeje, enten som *skilsmis-sesæreje*, *fuldstændigt særeje* eller som *kombinationssæreje*. Af bestemmelsens stk. 2 følger, at særejet kan begrænses til at angå en *brøkdelt* eller *procentdel*, hvilket arvelader og gavegiver også kan træffe bestemmelse om. Det kan f.eks. være ved at bestemme, at halvdelen af et arvet sommerhus skal være delingsformue og den anden halvdel skal være skilsmis-sesæreje. Efter bestemmelsen har arvelader og gavegiver også mulighed for at *tidsbegrænse* eller *aftrappe* et særeje. Dette kan f.eks. ske ved at arven eller gaven skal være modtagerens særeje indtil ægtefællerne har været gift i 10 år, hvorefter den skal være modtagerens delingsformue. Når arvelader eller gavegiver træffer bestemmelse om særeje, gælder der ikke noget specifikationskrav. Det er således f.eks. muligt for en arvelader at bestemme, at alt, hvad hans arvinger modtager som arv efter ham, skal være deres

skilsmisssæreje.⁵³ Det er ligeledes muligt for arvelader og gavegiver at begrænse en særejebestemmelse til at angå *ét eller flere bestemte aktiver*. Herefter gælder der et krav om, at de aktiver, der skal være særeje, skal kunne identificeres.⁵⁴ Dette kan medføre nogle vanskeligheder, herunder hvis en arvelader ved testamente har bestemt, at hans sommerhus skal gå i arv til sin søn, som sønnens fuldstændige særeje, og hvor sommerhuset er solgt på tidspunktet for arveladerens dødsfald. Denne situation må, i mangel på holdepunkter for det modsatte, skulle løses ved, at arveladers bestemmelse om særeje er uden virkning. Dette må også gælde, såfremt salgssummen fra sommerhuset stadig ses i behold.⁵⁵

Er der af arvelader eller gavegiver truffet bestemmelse om, at arven eller gaven skal være modtagerens "*særeje*", men hvor den konkrete særejeform ikke ses nærmere præciseret, opstår spørgsmålet om, hvilken form for særeje denne bestemmelse skal fortolkes som. Hertil fremgår det af de specielle bemærkninger til ægtefællelovens § 12 såvel som § 23, at udgangspunktet for fortolkningen af en sådan særejebestemmelse er, at der alene sigtes til *skilsmisssæreje*. Det fremgår videre af forarbejderne, at udtrykket "*fuldstændigt særeje*" således skal være anvendt, for at man kan antage, at arven eller gaven skal være modtagerens fuldstændige særeje.⁵⁶

6.1.2. Arvelader og gavegivers bestemmelse om sumsæreje og sumdeling

En begrænsning i arveladers og gavegivers mulighed for at bestemme særeje ses direkte i ordlyden af ægtefællelovens § 23. Det følger heraf, at arvelader og gavegiver ikke kan træffe bestemmelse om, at arven eller gaven skal tilhøre modtageren som sumsæreje eller sumdeling. Baggrunden for denne begrænsning kan findes i de specielle bemærkninger til bestemmelsen. For så vidt angår sumsæreje, skyldes begrænsningen ifølge bemærkningerne, at en bestemmelse herom bl.a. vil betyde, at en arving vil kunne forbruge hele arven og stadig kunne udtage sumsærejet ved formuedelingen. Tilsvarende vil arvingen ved en bestemmelse om sumdeling kunne forbruge arven og alligevel ved formuedeling kunne udtage den del af arven, der overstiger delingsformuen.⁵⁷

Bemærkningerne til lovforslaget forekommer både mangelfulde og vanskelige at forstå. For meningsfuldt at kunne diskutere indholdet af bemærkningerne, skal der sondres mellem *genstandsrelateret* sumsæreje og sumdeling samt *abstrakt* sumsæreje og sumdeling. Ved genstandsrelateret sumsæreje og sumdeling knytter bestemmelsen sig til et bestemt beløb af værdien af et eller flere aktiver, og ved

⁵³ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 168

⁵⁴ Munck & Taksøe-Jensen, Særeje – Nye særejeformer og deres betydning ved generationsskifte, s. 146

⁵⁵ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 168

⁵⁶ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 124 og 130

⁵⁷ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 130

abstrakt sumsæreje og sumdeling knytter bestemmelsen sig til hele ægtefællens formue. I relation til bemærkningernes begrundelse for at undtage genstandsrelateret sumsæreje og sumdeling, forekommer denne ikke korrekt, idet værdien af aktivet ikke ville være tilstede, såfremt ægtefællen forbruger hele arven eller gaven. Denne opfattelse deles også af Nikolaj Maul Sørensen, der hertil anfører, at såfremt en ægtefælle forbrugte hele arven eller gaven, ville værdien heraf, som et sumsæreje- eller sumdelingsbeløb ifølge tredjemands bestemmelse skulle knytte sig til, være væk. Herefter ville det ikke være muligt for den modtagende ægtefælle at undtage det bestemte beløb eller den del, der overstiger sumdelingsbeløbet ved en bestemmelse om sumdeling, fra delingen.⁵⁸

For så vidt angår abstrakt sumsæreje eller sumdeling synes også denne begrundelse mangelfuld, idet arvelader og gavegiver kun kan træffe bestemmelse vedrørende arv eller gave ydet af vedkommende, og derfor ikke over ægtefællernes formuer. Dette må gælde uanset begrænsningen i ægtefællelovens § 23. Også dette synspunkt deler Nikolaj Maul Sørensen. I den forbindelse anfører han, at begrundelsen i bemærkningerne savner mening, idet et forbud herimod ville være gældende, uanset om det fremgik af ordlyden af ægtefælleloven § 23, stk. 1, eller af forarbejderne. Han anfører, at arvelader og gavegiver alene har mulighed for at træffe bestemmelser om særeje vedrørende arv og gave og kan derfor ikke træffe bestemmelser om en ægtefælles formue, som abstrakte sumordninger omhandler. Han argumenterer derefter ud fra, at arvelader og gavegiver jo heller ikke kan bestemme, at en brøkdel af en ægtefælles formue skal være særeje, selv om en sådan begrænsning hverken fremgår af ordlyden af ægtefællelovens § 23, stk. 1, eller er beskrevet i forarbejderne.⁵⁹

6.1.3. Kan arvelader og gavegiver træffe bestemmelse om delingsformue?

Det er uomtvistet, at arvelader og gavegiver efter ægtefællelovens § 23 kan træffe bestemmelse om særeje, idet dette følger direkte af ordlyden af bestemmelsen. Det omtales derimod ikke, hvorvidt arvelader og gavegiver har mulighed for at bestemme, at en arv eller gave skal tilhøre modtageren som *delingsformue*. Dette kan tænkes relevant i de situationer, hvor ægtefællerne ved ægtepagt har aftalt særeje for alt hvad de ejer og fremtidigt erhverver i ægteskabet, og arvelader eller gavegiver ikke er interesseret i kun at begunstige den ene ægtefælle, men derimod familien som helhed. Træffer arvelader eller gavegiver i denne situation ikke bestemmelse om aktivets formuestatus, vil denne blive særeje, da ægtefællerne ved ægtepagt har aftalt denne formueordning. Det kan ligeledes tænkes relevant i den situation, hvor ægtefællerne har delingsformue i ægteskabet, og arvelader eller gavegiver derfor ikke finder anledning til at træffe bestemmelse om aktivets formuestatus, da de netop ønsker, at denne skal være delingsformue. Her vil ægtefællerne i medfør af ægtefællelovens § 12 have

⁵⁸ Sørensen, Sumsæreje og sumdeling, s. 72 f.

⁵⁹ Ibid

mulighed for senere at aftale særeje for arven eller gaven, og gør de dette, vil ønsket fra arvelader eller gavegiver ikke blive iagttaget, idet det ikke eksplicit er udtrykt.

Bemærkningerne til lovforslaget ses ikke at behandle spørgsmålet. Der er imidlertid enighed i den juridiske litteratur om, at arvelader eller gavegiver må kunne træffe bestemmelse om, at arven eller gaven skal være modtagerens delingsformue, selvom det ikke fremgår direkte af bestemmelsens ordlyd eller bemærkningerne til lovforslaget.⁶⁰ En bestemmelse herom vil således gå forud for ægtefællernes eventuelle aftale om særeje i ægteskabet, medmindre arvelader eller gavegiver har tilladt en sådan bestemmelse.⁶¹ Baggrunden for denne fortolkning er, at det af 1918-udkastet til retsvirkningsloven tydeliggøres, at tredjemand i forbindelse med arv eller gave, kan bestemme, at aktivet skal tilhøre modtageren som delingsformue.⁶²

6.2. Hvilke betingelser kan arvelader og gavegiver fastsætte for særejebestemmelsen?

I tilfælde af, at en arvelader eller gavegiver ønsker at træffe bestemmelse for arven eller gaven, kan spørgsmålet om, hvilke betingelser der kan fastsættes for denne, opstå. Spørgsmålet er todelt og angår både om der kan fastsættes betingelser for *selve* særejebestemmelsen, eksempelvis at denne kun skal angå ét bestemt ægteskab, men også om der kan fastsættes betingelser for ægtefællernes adgang til at ændre arvelader eller gavegivers bestemmelse, eksempelvis at ægtefællerne kan ændre bestemmelsen efter 10 års ægteskab. I det følgende vil arvelader og gavegivers muligheder for at fastsætte sådanne betingelser blive undersøgt, herunder grænserne for denne adgang.

6.2.1. Kan arvelader og gavegiver begrænse særejebestemmelsen til kun at angå ét bestemt ægteskab?

Et af de spørgsmål, der kan opstå ved fastlæggelsen af, hvilke betingelser arvelader og gavegiver kan træffe for arven eller gaven er, hvorvidt særejebestemmelsen kan begrænses til kun at angå ét bestemt ægteskab. En sådan bestemmelse kunne eksempelvis lyde som følger:

*“Min datters arv skal tilhøre hende som sit fuldstændige særeje, men kun så længe hun er gift med
Mogens Petersen.”*

⁶⁰ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 168, Nørgaard, Formueordninger mellem ægtefæller efter gennemførelsen af særejereformen i 1990, s. 301 og Grønborg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 171

⁶¹ Grønborg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 170 f.

⁶² Udkast til Lov om ægteskabets retsvirkninger (1918-udkastet), s. 171

Hverken ordlyden af ægtefællelovens § 23, retspraksis eller bemærkningerne til lovforslaget ses at behandle dette spørgsmål. Spørgsmålet er imidlertid behandlet af flere forfattere i den juridiske litteratur. Noe Munck og Finn Taksøe-Jensen omtaler spørgsmålet i relation til de dagældende regler i retsvirkningsloven § 28 a, der imidlertid fortsat må anses for relevante i dag. Hertil anfører forfatterne, at en bestemmelse om særeje, der kun skal gælde i ét konkret ægteskab, er ugyldig.⁶³ Forfatterne behandler spørgsmålet ud fra følgende eksempel: *“Et testamente bestemmer, at datterens (betydelige arv) skal være fuldstændigt særeje, men kun så længe hun er gift med N.N. Det er oplyst, at testator altid har opfattet N.N. som en golddigger. Betingelsen er ugyldig (...)”*⁶⁴ Noe Munck og Finn Taksøe-Jensen ses ikke nærmere at begrunde deres synspunkt.

I modsat retning går både Jørgen U. Grønborg og Irene Nørgaard, der begge er af den opfattelse, at arvelader og gavegiver formentlig kan bestemme, at særejebestemmelsen kun skal gælde i et bestemt ægteskab.⁶⁵ Irene Nørgaard anfører som kommentar til Noe Munck og Finn Taksøe-Jensens modsatrettede synspunkt, at forfatterne måske anser eksemplet om datterens arv for ugyldigt, fordi tidsbegrænsningen af særejet i deres eksempel ikke er fastsat på forhånd. Hun finder dog ikke grund til at anse en særejebestemmelse, der kun vedrører ét bestemt ægteskab, som en ugyldig betingelse. Hun anfører videre, at når man ikke kan knytte særejets ophørstidspunkt til en uvis begivenhed, så er det bl.a. af hensyn til ægtefællernes muligheder for at kunne forudse det økonomiske forløb under ægteskabet og ved et skifte. Har arvelader eller gavegiver begrænset bestemmelsen til kun at gælde i ét bestemt ægteskab, følger særejet imidlertid netop hele ægteskabet, hvorfor ægtefællerne nemt kan forudse det økonomiske forløb. Derudover anfører hun, at arvelader eller gavegiver kan træffe tilsvarende bestemmelser som ægtefællerne, og at ægtefællerne ved ægtepagt kun kan aftale særeje vedrørende ét bestemt ægteskab - deres eget. Irene Nørgaard er således ikke af den opfattelse, at de betænkeligheder, der ellers ofte vil kunne være forbundet med en betingelse om en uvis begivenhed, gør sig gældende i denne situation.⁶⁶

Spørgsmålet ses også omtalt af Anne Louise Bormann m.fl., der dog er tilbageholdende med at drage nogen endelig konklusion. De beskriver, at hvis ikke en særejebestemmelse er begrænset til ét bestemt ægteskab, gælder den generelt. Ud fra denne formulering må det således kunne udledes, at arvelader

⁶³ Munck & Taksøe-Jensen, Særeje – Nye særejeformer og deres betydning ved generationsskifte, s. 144

⁶⁴ Ibid

⁶⁵ Grønborg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 171 og Nørgaard, Formueordninger mellem ægtefæller efter gennemførelsen af særejereformen i 1990, s. 288

⁶⁶ Nørgaard, Formueordninger mellem ægtefæller efter gennemførelsen af særejereformen i 1990, s. 288

og gavegiver ifølge forfatterne må kunne begrænse en særejebestemmelse til kun at vedrøre ét bestemt ægteskab. De argumenterer alene for Irene Nørgaards synspunkt og anfører, at ægtefællerne jo selv kan aftale særeje for ét bestemt ægteskab, og at arvelader og gavegiver derfor også bør kunne det samme. De anfører videre, at en bestemmelse om, at særejet kun skal gælde for ét bestemt ægteskab, ikke medfører samme usikkerhed som en mere uvis fremtidig begivenhed ville medføre for ægtefællerne med hensyn til deres formueordning, eksempelvis fødslen af et fælles barn.⁶⁷

Ved en gennemgang af litteraturen på området synes mest således at indikere, at arvelader og gavegiver gyldigt kan begrænse en særejebestemmelse til kun at vedrøre ét bestemt ægteskab. Videre kan det mere åbenlyse argument anføres: Hvorfor skulle arvelader eller gavegiver gyldigt kunne træffe bestemmelse vedrørende *alle* modtagerens ægteskaber, men ikke blot for *ét* ægteskab? En bestemmelse, der knytter sig til *alle* de ægteskaber, modtageren måtte indgå i løbet af livet, må umiddelbart kunne opleves som noget mere indgribende for modtageren, end en bestemmelse, der alene knytter sig til ét bestemt ægteskab. Et lignende argument af praktisk karakter ses i øvrigt belyst af Irene Nørgaard. Hun anfører således, at såfremt en bestemmelse om særeje skal forstås på den måde, at den knytter sig til *alle* modtagerens ægteskaber, og således ikke begrænset til ét ægteskab, kan det komme til at volde ganske mange bevismæssige problemer. Hun anser det derfor som temmeligt uklogt at udelukke arvelader og gavegiver fra at bestemme særeje for ét bestemt ægteskab. Dette synspunkt forekommer velbegrundet, og fra et praktisk synspunkt synes mest således også at indikere, at arvelader eller gavegiver gyldigt kan begrænse sin særejebestemmelse til kun at angå ét bestemt ægteskab.

6.2.2. Hvilke øvrige betingelser kan arvelader og gavegiver fastsætte for selve særejebestemmelsen?

Når arvelader eller gavegiver træffer bestemmelse om særeje for arv eller gave, kan det tænkes, at visse omstændigheder vil kunne ændre på denne beslutning. Det kan f.eks. være tilfældet ved overdragelse af et familiesommerhus, hvor gavegiver ønsker at se modtagerens ægtefælle an, og derfor betinger bestemmelsen til ægteskabets varighed, hvorefter særejet efter en årrække bortfalder. Det kan også tænkes, at gavegiver vil betinge særejebestemmelsen, så den alene gælder, indtil ægtefællerne har fået deres første fælles barn. I relation til dette opstår der imidlertid tvivl om, hvilke betingelser arvelader og gavegiver kan fastsætte for selve særejebestemmelsen. Der er således ikke tale om en gennemgang af reglerne for arvelader og gavegivers adgang til at fastsætte betingelser for ægtefællerne ændringsadgang, dette ses derimod behandlet nedenfor under 6.2.3.

⁶⁷ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 169

Det fremgår ikke af ordlyden af ægtefællelovens § 23, hvilke betingelser arvelader og gavegiver kan fastsætte for selve særejebestemmelsen. Den anvendte formulering i ordlyden, hvorefter: “*Arvelader og gavegiver kan træffe samme bestemmelser om særeje, som ægtefæller kan aftale efter § 12 (...)*” synes dog at indikere, at der alene kan fastsættes de samme betingelser, som ægtefællerne kan. Som nævnt ovenfor under afsnit 6.1.1., har ægtefællerne, og dermed også arvelader og gavegiver, i medfør af ægtefællelovens § 12, stk. 5, mulighed for at tidsbegrænse eller aftrappe særejet over en bestemt periode. Det er efter bestemmelsens ordlyd en betingelse, at tidspunktet, hvorfra tidsbegrænsningen eller aftrapningen skal regnes fra, fremgår af aftalen. De specielle bemærkninger til ægtefællelovens § 12 præciserer, at der ikke kan aftales, at bortfald af et særeje gøres afhængig af *uvisse fremtidige begivenheder*, som f.eks. at ægtefællerne får (flere) børn, køber hus sammen eller går på pension.⁶⁸ Ægtefællerne kan således alene aftale, at særejet skal begrænses i tid.

I forlængelse heraf opstår spørgsmålet, om arvelader og gavegiver er underlagt de samme begrænsninger som ægtefællerne. Spørgsmålet herom må anses for at være af væsentlig betydning for arvelader og gavegiver, da det i givet fald ville være en væsentlig indskrænkning i deres mulighed for at bestemme bortfald af særejebestemmelsen. Det forekommer imidlertid vanskeligt at udlede et entydigt svar herpå. Der ses ingen praksis på området, og bemærkningerne til lovforslaget behandler heller ikke spørgsmålet. En umiddelbar betragtning af bestemmelsens ordlyd, synes dog som ovenfor beskrevet at indikere, at arvelader eller gavegiver alene kan træffe de samme bestemmelser som ægtefællerne kan, og dermed tillige er underlagt de samme begrænsninger. Dette synspunkt er også i overensstemmelse med størstedelen af den juridiske litteratur.⁶⁹

For det modsatte synspunkt, at arvelader og gavegiver har en friere adgang end ægtefællerne til at fastsætte betingelser for særejebestemmelsen, taler derimod, at arvelader eller gavegivers betingede særejebestemmelse må anses som “*det mindre i det mere.*” Arvelader eller gavegiver kunne jo bare helt undlade at give (fri)arven eller gaven, hvorfor de også må kunne vælge at yde en arv eller gave med en særejebestemmelse og hertil fastsætte betingelser - også andre betingelser end ægtefællerne kan. Dette synspunkt er i litteraturen indtaget af Linda Nielsen og Annette Kronborg. De henviser til, at arvelader og gavegiver indtil særejereformens ikrafttræden i 1990 kunne gøre en særejebestemmelse betinget, eksempelvis ved at særejeklausulen kun skulle være gældende, så længe modtageren

⁶⁸ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 125

⁶⁹ Grønborg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 170 og Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 168 f. og Adolphsen, Naur & Sørensen, Familieret s. 195.

var barnløs.⁷⁰ Der blev dengang henvist til den frie adgang til at fastsætte betingelser i forbindelse med arv eller gave. Såfremt ægtefællelovens § 23 skal forstås således, at arvelader og gavegiver *ikke* skal tilkendes en videregående adgang til at fastsætte betingelser for særejebestemmelsen end ægtefællerne, ville det ifølge forfatterne medføre et temmelig stort indgreb i grundsætningen om *viljesprincippet ved ensidige dispositioner*. Dette har ifølge dem formentlig ikke været tilsigtet. De argumenterer herefter for, at det synes velbegrunder at fastholde en udvidet adgang for arvelader og gavegiver til at fastsætte betingelser for arv eller gave. De argumenterer videre ud fra, at der ikke i motiverne til retsvirkningslovens § 28 a findes belæg for, at retstilstanden er ændret, hvorfor det er vanskeligt at se, at helt legitime og fornuftige betingelser ikke skal kunne fastsættes.⁷¹ Argumentationen synes velbegrunder. Forfatterne synes imidlertid at undervurdere betydningen af ændringen af bestemmelsens ordlyd med særejereformen i 1990. Før særejereformen var tredjemandsbestemt særeje reguleret i retsvirkningslovens § 21, stk. 1, nr. 2, hvor formuleringen var væsentlig anderledes end efter reformen, og således ikke indeholdte en henvisning til, at arvelader og gavegiver kan træffe samme bestemmelser om særeje som ægtefællerne. Efter særejereformen blev reguleringen placeret i retsvirkningslovens § 28 a, der på samme vis som ægtefællelovens § 23, stk. 1, indeholdte en sådan henvisning. Lovgiver ses ikke i bemærkningerne til lovændringen at fremkomme med en stillingtagen til, hvorvidt en ændring af retstilstanden har været tilsigtet. Hertil anfører Linda Nielsen og Annette Kronborg, at dette næppe kan have været tilfældet.⁷² Idet lovgiver ikke har taget stilling til spørgsmålet, og idet retspraksis ligeledes ikke har behandlet det, findes der ikke noget endeligt svar herpå. Vi er imidlertid af den opfattelse, at en sådan fundamental ændring af bestemmelsens ordlyd alt andet lige må indebære, at lovgiver må have haft til hensigt at indskrænke arvelader og gavegivers adgang til at fastsætte betingelser for særejebestemmelsen. Såfremt dette ikke har været hensigten, ville lovgiver formentlig i højere grad have fastholdt bestemmelsens tidligere formulering.

Det ses således, at der argumenteres overbevisende for begge synspunkter. Der synes dog at være mest, der taler for at fortolke bestemmelsen ud fra dens ordlyd i ægtefællelovens § 23, hvorefter arvelader og gavegiver alene kan træffe *de samme bestemmelser* om særeje, som ægtefællerne kan aftale efter ægtefællelovens § 12, dog ikke om sumsæreje og sumdeling. Dette må føre til, at arvelader og gavegiver *ikke* kan fastsætte betingelser for særejebestemmelsen, som ægtefællerne ikke selv ville kunne aftale ved ægtepagt.

⁷⁰ Se hertil Adolphsen, Naur & Sørensen, Familieret, s. 195, fodnote 73. Heraf fremgår, at det indtil 1990 - under betydelig tvivl - blev antaget, at tredjemand kunne bestemme særlige særejeordninger, herunder tidsbegrænse særejet, selvom ægtefællerne ikke på dette tidspunkt kunne indgå en sådan aftale.

⁷¹ Nielsen & Kronborg, Skilsmisseret - de økonomiske forhold, s. 292 f.

⁷² Nielsen & Kronborg, Skilsmisseret - de økonomiske forhold, s. 292 f.

6.2.3. *Hvilke betingelser kan arvelader og gavegiver fastsætte for ægtefællernes ændringsadgang?*

Det følger af ægtefællelovens § 23, stk. 2, at arvelader og gavegiver kan træffe bestemmelse om, at modtageren og dennes ægtefælle skal kunne ændre en bestemmelse om særeje efter stk. 1, og at der kan fastsættes *betingelser* for adgangen hertil. Dette kunne eksempelvis være udformet som en bestemmelse om fuldstændigt særeje, men hvor ægtefællerne ved ægtepagt kan ændre denne, den dag de får et fælles barn. Et spørgsmål, der opstår i relation hertil er, *hvilke* betingelser, arvelader eller gavegiver kan fastsætte for ægtefællernes ændringsadgang af en særejebestemmelse. Dette vil blive behandlet i det følgende.

Ægtefællelovens § 23, stk. 2 er en lovfæstelse af den hidtil gældende ulovbestemte ordning. Det fremgår ikke klart af ordlyden, hvilke konkrete betingelser arvelader eller gavegiver kan fastsætte, ligesom det ikke ses anført i bemærkningerne til lovforslaget. I bemærkningerne ses der således alene anført ét konkret eksempel på hvilke betingelser, der kan fastsættes. Heraf følger det således, at en arvelader eksempelvis kan bestemme, at arven skal være modtagerens fuldstændige særeje, men at modtageren og dennes ægtefælle kan aftale, at arven i stedet skal være delingsformue, forudsat at ægteskabet på det tidspunkt, hvor modtageren og ægtefællen indgår en sådan aftale, har været mindst 10 år.⁷³ Der ses således ingen begrænsninger i bestemmelsens ordlyd eller i bemærkningerne til lovforslaget, hvilket synes at kunne indikere, at arvelader og gavegivers adgang til at fastsætte betingelser for ægtefællernes ændringsadgang ses uden begrænsninger. Adgangen hertil er således ikke underlagt de samme begrænsninger, som ovenstående diskussion viser formentligt er tilfældet for arvelader eller gavegivers adgang til at fastsætte betingelser for selve særejebestemmelsen, se ovenfor under 6.2.2. Ud fra denne argumentation må arvelader og gavegiver således frit kunne fastsætte betingelser for ægtefællernes ændringsadgang. Synspunktet møder i øvrigt opbakning i den juridiske litteratur. Her ses der enighed om, at arvelader og gavegiver frit kan fastsætte betingelser for ændringsadgangen, også betingelser, som ægtefællerne ikke selv vil kunne aftale i en ægtepagt. Denne adgang er ifølge litteraturen alene begrænset af DL 5-1-2, hvorefter arvelader og gavegiver ikke kan fastsætte betingelser, der strider mod lov og ærbarhed.⁷⁴

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt arvelader eller gavegiver også vedrørende en bestemmelse om *delingsformue* kan fastsætte betingelser for ægtefællernes ændringsadgang, fremgår dette ikke ordlyden eller af bemærkningerne til lovforslaget. Bestemmelsen må imidlertid kunne anvendes

⁷³ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 62

⁷⁴ Bormann, Stæger & Trabjerg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 173, Grønborg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 180 og Adolphsen, Naur & Sørensen, *Familieret*, s. 199

analogt på en bestemmelse om, at arv eller gave skal være delingsformue, således at der også kan fastsættes betingelser for ægtefællernes adgang til at ændre en sådan bestemmelse til særeje.⁷⁵

Såfremt ægtefællerne er interesserede i at få kendskab til udformningen af sædvanlige ændringsklausuler, forefindes eksempler herpå i Ægtefælleloven med kommentarer af Jørgen U. Grønborg. Eksemplerne synes illustrative for forståelsen af, hvordan udformningen af ændringsklausuler kan se ud i et testamente, hvorfor de er medtaget i nærværende afsnit.

Eksempel på en ændringsklausul for fuldstændigt særeje:

“Det skal stå den pågældende frit for ved ægtepagt oprettet efter det fyldte 50. år helt eller delvist at overføre de ejendele, der tilhører livsarvingen som fuldstændigt særeje, til den pågældendes skilsmisssæreje - eventuelt kun gældende ved den enes død - eller til den pågældendes delingsformue. En sådan overførsel er dog betinget af, at den pågældendes ægteskab inkl. forudgående samliv på samme folkeregisteradresse har bestået uafbrudt i mindst 15 år.”⁷⁶

Eksempel på en ændringsklausul for kombinationssæreje:

“Det skal stå den pågældende frit for ved ægtepagt helt eller delvist at overføre de ejendele, der tilhører livsarvingen som skilsmisssæreje på de ovenfor anførte vilkår, til den pågældendes fuldstændige særeje eller - efter det fyldte 50. år - til den pågældendes bodel. En sådan overførsel til den pågældendes bodel er dog betinget af, at den pågældendes ægteskab inkl. forudgående samliv på samme folkeregisteradresse har bestået uafbrudt i mindst 15 år.”⁷⁷

⁷⁵ Udkast til lov om ægteskabets retsvirkninger 1918, s. 171

⁷⁶ Grønborg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 179

⁷⁷ Grønborg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 179 f.

Kapitel 7: Ægtefællernes adgang til at ændre arvelader eller gavegivers bestemmelse om særeje

At arvelader eller gavegiver træffer bestemmelse om særeje for en arv eller gave, er ikke nødvendigvis altid udtryk for, at modtageren og dennes ægtefælle er enige i eller glade for beslutningen. Dette kan f.eks. tænkes, hvis ægtefællerne i øvrigt har delingsformue i ægteskabet, og ikke ønsker at have aktiver med forskellig formuestatus. Rent personligt kan arvelader eller gavegivers særejebestemmelse have stor betydning i ægtefællernes relation til hinanden, men også i relationen til arvelader eller gavegiver. I denne situation vil ægtefællerne naturligt kunne have et ønske om at ændre arvelader eller gavegivers bestemmelse, hvorfor spørgsmålet om, i hvilket omfang ægtefællerne har mulighed for dette, kan opstå. Svaret på dette spørgsmål kan være af afgørende betydning for ægtefællernes økonomiske situation ved et skifte. Dette vil navnlig kunne være tilfældet, hvor én af ægtefællerne har erhvervet den væsentligste del af sine aktiver ved arv eller gave med særejebestemmelse, og hvor formueordningen i ægteskabet i øvrigt er delingsformue. På trods af, at ønsket om at ændre arvelader eller gavegivers bestemmelse om særeje for arv og gave kan have stor betydning for ægtefællerne, er adgangen hertil ikke uden begrænsninger.

Adgangen for ægtefællerne til at ændre arvelader eller gavegivers bestemmelse om særeje findes i ægtefællelovens § 14, stk. 1. Heraf følger, at ægtefællerne ved ægtepagt kan aftale, at et tredjemandsbestemt særeje helt eller delvist skal være en anden form for særeje efter ægtefællelovens § 12, eller at det skal være delingsformue. Dette skal imidlertid læses i sammenhæng med bestemmelsens stk. 2, hvorefter det er en gyldighedsbetingelse for ægtefællernes ændring, at aftalen er i overensstemmelse med tredjemands bestemmelser om særeje efter § 23. Ved en umiddelbar gennemlæsning af ægtefællelovens § 14, kan udgangspunktet synes at være, at ægtefællerne kan ændre særejebestemmelsen, medmindre arvelader eller gavegiver udtrykkeligt har truffet bestemmelse om det modsatte. De specielle bemærkninger til bestemmelsen tydeliggør dog, at et tredjemandsbestemt særeje kun kan ændres, såfremt arvelader eller gavegiver aktivt har bestemt, at bestemmelsen kan ændres. Såfremt ægtefællerne opretter en ægtepagt i strid med arvelader eller gavegivers bestemmelse, følger det videre af bemærkningerne, at ægtepagten er ugyldig.⁷⁸

Efter ægtefællelovens § 23, stk. 2, har arvelader og gavegiver som nævnt mulighed for at bestemme, at modtageren og dennes ægtefælle skal kunne ændre en bestemmelse om særeje, ligesom at der kan

⁷⁸ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 126

fastsættes betingelser for ændringsadgangen.⁷⁹ For en nærmere gennemgang af, hvilke betingelser arvelader og gavegiver kan fastsætte for ægtefællernes ændringsadgang, se ovenfor under afsnit 6.2.3. Her skal det alene fremhæves, at såfremt arvelader eller gavegiver i medfør af ægtefællelovens § 23, stk. 2 har fastsat én eller flere betingelser for ændringsadgangen, kan ægtefællerne kun ændre særjebestemmelsen, såfremt disse er opfyldt.

Det må anses for at være i strid med arvelader eller gavegivers bestemmelse efter ægtefællelovens § 23, stk. 2, såfremt ægtefællerne ved ægtepagt aftaler, at et tredjemandsbestemt skilsmisssæreje skal ændres til en bestemmelse om fuldstændigt særje eller kombinationssæreje.⁸⁰

Er ægtefællerne utilfredse med arveladers eller gavegivers bestemmelse om særje, kan de muligvis få tilladelse til at ændre bestemmelsen. Ved arv vil dette ofte fremgå direkte af det testamente, hvori særjebestemmelsen fremgår. Det er ligeledes muligt for arveladeren at bemyndige en anden person til at give tilladelse til, at ægtefællerne kan ændre bestemmelsen, f.eks. arveladerens ægtefælle eller advokat. For så vidt angår gave, kan tilladelse til ændring gives samtidig med at bestemmelse om særje træffes.⁸¹ Det er også muligt for gavegiver *efter* fuldbyrdsen af gaven at give tilladelse til, at ægtefællerne kan ændre den oprindelige særjebestemmelse ved ægtepagt.⁸² Er der ikke truffet bestemmelse om mulighed for ændring, og er arvelader eller gavegiver død, eller kan samtykke til ændring ikke indhentes, kan ægtefællerne ikke ændre på særjebestemmelsen.⁸³

Det er som nævnt en betingelse for ændring af arvelader eller gavegivers bestemmelse om særje, at der oprettes en ægtepagt herom, jf. ægtefællelovens § 14, stk. 1. Det er således ikke muligt for arvelader, gavegiver eller den, vedkommende har bemyndiget hertil at ændre formueordningen *efter*, at arven er falden eller gaven er givet, uden ægtefællernes medvirken.

7.1. Hvilke muligheder har ægtefællerne for at mindske betydningen af særjebestemmelsen?

Hvis arvelader eller gavegiver ikke vil eller kan give tilladelse til, at ægtefællerne kan ændre særjebestemmelsen, opstår spørgsmålet, på hvilke måder, ægtefællerne da kan disponere over aktivet, så

⁷⁹ Som også fremhævet under afsnit 6.2.3., må bestemmelsen kunne anvendes analogt på en bestemmelse om delingsformue

⁸⁰ Grønberg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 180

⁸¹ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 134

⁸² Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 126

⁸³ Nielsen & Kronborg, Skilsmisseret - de økonomiske forhold, s. 310

særejebestemmelsen får mindst mulig betydning i ægteskabet. Dette kan særligt være af betydning i en situation, hvor arvelader eller gavegiver er død, og ikke har bemyndiget en anden til at kunne give tilladelse til ændring. Det kan ligeledes være af betydning, såfremt der for en gave er bestemt særeje, og hvor gavegiveren er fast besluttet på, at gaven skal være særeje, og således nægter at give tilladelse til ændring. Det bliver her interessant, hvorvidt modtageren kan forære aktivet væk, sælge det, eller på anden vis kan indgå aftaler vedrørende aktivet, så særejebestemmelsens betydning minimeres. Spørgsmålet ses ikke omtalt i ordlyden af ægtefællelovens § 14 eller i bemærkningerne til lovforslaget, men ses indgående behandlet i den juridiske litteratur. Dette vil derfor blive behandlet i det følgende.

7.1.1. Forbrug af det modtagne

Indledningsvist kan det fastslås, at arvelader eller gavegivers bestemmelse om særeje ikke er til hinder for, at modtagerægtefællen frit kan disponere over det modtagne ved at forbruge det.⁸⁴ Ægtefællen kan altså tilrettelægge sit forbrug på en sådan måde, at særejemidlerne forbruges før anden formue. Dette kan arrangeres på flere måder. Såfremt modtageren i arv eller gave har fået et sommerhus med en bestemmelse om særeje, kan denne vælge at sælge sommerhuset og indsætte salgssummen på en bankkonto, hvorfra pengene forbruges. Modtagerægtefællen kan herefter eksempelvis vælge at forkæle den anden ægtefælle ved at anvende særejemidlerne på fælles rejser, restaurantbesøg, lejlighedsgaver, mv., eller ved at betale for fælles udgifter, eksempelvis foreningskontingenter eller daginstitution.⁸⁵ Det kan også gøres ved blot at forbruge sin formue som hidtil, men hvor modtagerægtefællen bevidst vælger at forbruge af særejemidlerne forud for anden formue, og eventuelt samtidigt foretager opsparring af midler af delingsformue. Ved forbrug af det modtagne, skal ægtefællerne imidlertid være opmærksomme på at *surrogationsprincippet*⁸⁶ medfører, at indkøb af eksempelvis varige forbrugsgoder, fast ejendom, mv. vil blive til særeje af samme form som den oprindelige særejebestemmelse. Princippet ses således at sætte en begrænsning for muligheden for at forbruge særejet. En mulig måde at omgå dette, er ved at forbruge af særejemidlerne, og i stedet foretage opsparring med midler af delingsformue, hvorefter denne opsparring kan anvendes ved erhvervelsen af sådanne aktiver, der således vil blive delingsformue.⁸⁷

Der kan imidlertid også tænkes den situation, at en ægtefælle ved arv har modtaget et sommerhus med en særejebestemmelse uden ændringsadgang, hvor modtageren i sin barndom og i sit voksenliv

⁸⁴ Grønborg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 180

⁸⁵ Holdgaard, U2005B.153: Tredjemandsbestemt særeje - ægtefællernes mulighed for at etablere fælleseje, s. 4

⁸⁶ Surrogationsprincippet ses kodificeret i ægtefællelovens § 25, stk. 1, og er udtryk for et almindeligt anerkendt princip, jf. Nørgaard, Adolphsen & Naur, Familieret, s. 151

⁸⁷ Holdgaard, U2005B.153: Tredjemandsbestemt særeje - ægtefællernes mulighed for at etablere fælleseje, s. 4

har brugt utallige somre, og hvor dette sommerhus derfor har stor affektionsværdi for denne. Her kan man forestille sig, at modtageren er utilfreds med særejebestemmelsen, men dog ikke ønsker at sælge sommerhuset, for derved at kunne forbruge salgssummen. Her kan det i stedet være muligt at optage lån i sommerhuset, hvorefter lånet kan anvendes til at betale udgifter til løbende forbrug. Samtidigt kan ægtefællerne således foretage opsparing med deres delingsformue, hvorefter de opsparede midler kan anvendes til køb af vedvarende forbrugsgoder, der således i medfør af surrogationsprincippet bliver til delingsformue. Sommerhuset vil i denne situation fortsat være ægtefællens særeje, men samtidigt er der måske erhvervet aktiver med delingsformue for en væsentlig sum.⁸⁸

7.1.2. Kan modtagerægtefællen forære aktivet til sin ægtefælle?

Det er omdiskuteret i den juridiske litteratur, hvorvidt ægtefællerne kan tilsidesætte arvelader eller gavegivers særejebestemmelse ved eksempelvis at *forære* halvdelen af det modtagne til sin ægtefælle. Ved en sådan disposition vil den halvdel, der foræres til ægtefællen, blive til delingsformue, og samtidigt vil der ikke blive præsteret nogen modydelse, der i medfør af surrogationsprincippet ville være blevet til særeje.

Det kan indledningsvis diskuteres, hvorvidt en sådan disposition ud fra bemærkningerne til lovforslaget kan anses for gyldig. Lovgiver har i de specielle bemærkninger til ægtefællelovens § 14 anført, at: "*Tredjemandsbestemt særeje kan således kun ændres, hvis tredjemand har bestemt at dette kan ske*",⁸⁹ og til § 23: "*Har en arvelader eller gavegiver bestemt, at arven eller gaven skal være særeje, kan gavemodtageren og dennes ægtefælle (...) ikke aftale noget, der strider mod særejebestemmelsen.*"⁹⁰ En disposition, hvor modtageren helt eller delvist forærer aktivet til sin ægtefælle, vil netop medføre, at der ændres på aktivets formuestatus, og at ægtefællen ved et skifte får del i aktivet. Derfor må en sådan disposition, ud fra en umiddelbar formålsfortolkning af bemærkningerne til ægtefællelovens § 14 og § 23, ikke kunne tillades. Der ses også overvejende enighed i den juridiske litteratur om, at modtageren *ikke* kan forære det modtagne væk til sin ægtefælle.⁹¹

Det modsatte synspunkt, at modtagerægtefællen gyldigt kan forære aktivet til ægtefællen, ses imidlertid anført af Anne Louise Bormann m.fl., et synspunkt, der i den grad har givet anledning til diskussion i litteraturen. Som begrundelse for dette synspunkt anføres det, at denne retstilstand synes at være forladt med ægtefællelovens ikrafttræden i 2018. Til støtte herfor gøres gældende, at det tidligere

⁸⁸ Ibid

⁸⁹ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 126

⁹⁰ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 130

⁹¹ Bl.a. Nielsen & Kronborg, Skilsmisseret - de økonomiske forhold, s. 310, Adolphsen, Naur & Sørensen, Familieret, s. 199, Holdgaard, U2005B.153: Tredjemandsbestemt særeje - ægtefællernes mulighed for at etablere fælleseje, s. 3 og Grønberg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 181

fulgte af retsvirkningslovens § 28 b, stk. 2, at der ikke *ved ægtepagt* kunne træffes nogen bestemmelse, der stred mod gavegivers eller arveladers bestemmelse om særeje. Før ægtefællelovens ikrafttræden krævede gavedispositioner mellem ægtefæller oprettelse af gaveægtepagt, hvorfor det tidligere ville stride mod arvelader eller gavegivers særejebestemmelse, såfremt den modtagende ægtefælle ved gaveægtepagt forærede halvdelen til sin ægtefælle. Efter ægtefælleloven stilles der *ikke* længere krav om gaveægtepagt ved gaver mellem ægtefællerne, og det eneste forbud mod aftaler i strid med tredjemands særejebestemmelse findes i ægtefællelovens § 14, stk. 2. Forfatterne finder det derfor vanskeligt at se nogen hjemmel til at forbyde, at modtageren af arven eller gaven helt eller delvist forærer aktivet til sin ægtefælle. Derudover argumenteres der ud fra den omstændighed, at den modtagende ægtefælle råder frit over aktivet og i øvrigt kan forære aktivet til en hvilken som helst anden person, herunder til en samlever, vedkommende senere indgår ægteskab med.⁹²

Vi finder det ikke hensigtsmæssigt med en retstilstand, hvor modtageren af et tredjemandsbestemt særeje gyldigt kan forære aktivet til sin ægtefælle og derved omgå særejebestemmelsen. Som ovenfor anført, taler en formålsfortolkning af forarbejderne samt almindelige omgængelsesbetragtninger imod en tilladelse af, at modtageren kan forære et aktiv, som arvelader eller gavegiver har gjort til særeje, til sin ægtefælle - et synspunkt, der i øvrigt møder opbakning af Kristian Gammelgaard Møller i *TFA 2022.234*.⁹³ Såfremt det stod modtageren frit for at forære aktivet til ægtefællen, ville en arving eller gavemodtager altid kunne ophæve et tredjemandsbestemt særeje formløst ved blot at forære aktivet til ægtefællen. Arvingen eller gavemodtageren ville på denne måde kunne gøre særejebestemmelsen illusorisk, hvilket må anses for yderst betænkeligt.⁹⁴ Vi mener, at en sådan retsstilling ville udhule hele formålet med at arvelader og gavegiver i loven overhovedet er tillagt adgang til at kunne træffe bestemmelse om særeje, hvilket næppe kan have været lovgivers intention med ophævelsen af kravet om gaveægtepagt. Synspunktet understøttes tillige af Marianne Holdgaard i *U2005B.153*, der dog åbner op for, at en del af særejet i konkrete situationer gyldigt kan overdrages til den anden ægtefælle, hvis det sker som et led i et samlet økonomisk arrangement.⁹⁵

7.1.3. Salg af det modtagne

For så vidt angår salg af et aktiv, der er modtaget som arv eller gave med en dertil knyttet særejebestemmelse, kan dette frit ske til en *udenforstående tredjemand*. Salgssummen bliver herefter i medfør af surrogationsprincippet særeje af samme form, som aktivet oprindeligt var, men denne kan eventuelt

⁹² Bormann, Stæger & Trabjerg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 174

⁹³ Møller, *TFA2022.234*: Genopståen af ophævet tredjemandsbestemt særeje, s. 3

⁹⁴ Grønborg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 181

⁹⁵ Holdgaard, *U2005B.153*: Tredjemandsbestemt særeje - ægtefællernes mulighed for at etablere fælleseje, s. 3

som beskrevet under 7.1.1. forbruges, således at betydningen af særejebestemmelsen minimeres. En problemstilling i relation hertil, der ses omdiskuteret i den juridiske litteratur, er, hvorvidt den modtagende ægtefælle kan sælge aktivet til *sin ægtefælle*. Indledningsvist kan betydningen af problemstillingen diskuteres, da salgssummen jo også ved salg til ægtefællen, i kraft af surrogationsprincippet, vil blive til særeje af samme form som aktivet. Dispositionen vil imidlertid, forudsat at ægtefællerne i øvrigt har delingsformue i ægteskabet, medføre, at aktivet bliver til delingsformue hos modtagerens ægtefælle, hvilket næppe kan have været tilsigtet af arvelader eller gavegiver. Hvorvidt ægtefællerne gyldigt kan foretage et sådant salg, er uafklaret i retspraksis og ses ikke behandlet, hverken i ordlyden af ægtefællelovens § 14 eller i bemærkningerne til bestemmelsen. Som nævnt ses problemstillingen derimod behandlet i den juridiske litteratur, hvilket vil blive inddraget i det følgende.

Et argument, der er anført til støtte for synspunktet om, at ægtefællerne *ikke* kan tilsidesætte arvelader eller gavegivers bestemmelse om særeje ved at sælge aktivet til ægtefællen, er, at salget ses at have betydning for det kvalitative skifte i de tilfælde, hvor der i øvrigt er delingsformue i ægteskabet.⁹⁶ Dette synspunkt kan illustreres med et eksempel: Hvis en ægtefælle har modtaget et sommerhus i arv med en bestemmelse om særeje, og ægtefællerne senere bliver skilt, vil modtageren som følge af de kvalitative regler i ægtefællelovens § 48, stk. 1, kunne holde aktivet udenfor ligedelingen.⁹⁷ Såfremt vedkommende derimod under ægteskabet har solgt sommerhuset til den anden ægtefælle, medfører denne disposition, at sommerhuset nu indgår i ligedelingen og dermed også på det kvalitative skifte. Dette medfører i praksis, at såfremt begge ægtefæller ved skiftet skulle have et ønske om at udtage sommerhuset, så har modtagerens ægtefælle i medfør af ægtefællelovens § 48, stk. 2, som udgangspunkt fortrinsret hertil, idet denne nu ejer aktivet. Dette kan være af væsentlig betydning, eksempelvis hvor der er tale om et sommerhus, der har været i modtagerens familie i generationer. På baggrund af dette finder Linda Nielsen og Annette Kronborg ikke, at modtagerægtefællen kan tilsidesætte arvelader eller gavegivers særejebestemmelse ved at sælge aktivet til den anden ægtefælle.⁹⁸ Denne argumentation synes logisk, men som også anført af Marianne Holdgaard i *U2005B.153*, må det afgørende synes at være, om ægtefællelovens § 14, stk. 2 skal fortolkes således, at den alene indeholder en kvantitativ beskyttelse, det vil sige en beskyttelse imod at aktivets værdi deles, eller om den også indeholder en kvalitativ beskyttelse, hvorefter særejebestemmelsen også beskytter selve aktivet.⁹⁹ Hertil anfører Marianne Holdgaard fornuftigt, at efter en gave er givet, eller en arv er faldet, får

⁹⁶ Nielsen & Kronborg, Skilsmisseret - de økonomiske forhold, s. 310 f.

⁹⁷ Dette gælder dog ikke for aktiver, der i medfør af ægtefælleloven § 24 er brøkdels-særeje, jf. lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 153

⁹⁸ Nielsen & Kronborg, Skilsmisseret - de økonomiske forhold, s. 310 f.

⁹⁹ Holdgaard, U2005B.153: Tredjemandsbestemt særeje - ægtefællernes mulighed for at etablere fælleseje, s. 5.

modtageren jo, uanset særejebestemmelsen, som udgangspunkt fri rådighed over aktivet, og det står dermed modtageren frit for at forbruge aktivet eller sælge det til andre end ægtefællen. Dette synes at indikere, at ægtefællelovens § 14, stk. 2 skal fortolkes primært som indeholdende en kvantitativ beskyttelse af aktivet.¹⁰⁰ At et salg til ægtefællen medfører en ændring i de kvalitative regler, synes således ikke at fremkomme som et stærkt argument imod, at modtagerægtefællen skulle kunne tilsidesætte arvelader eller gavegivers særejebestemmelse gennem salg til dennes ægtefælle. Såfremt modtagerægtefællen ikke ønsker at aktivet skal kunne udtages af den anden ægtefælle på et skifte, kan denne blot undlade at sælge aktivet til ægtefællen.

I litteraturen ses det endvidere anført af Nikolaj Maul Sørensen, at en ægtefælle som udgangspunkt ikke kan sælge aktivet til sin ægtefælle. Forfatteren er dog ikke helt afvisende, overfor at dispositionen kan anerkendes, såfremt salget er *reelt*, og at dispositionen i sin helhed ikke kan karakteriseres som *omgåelse*.¹⁰¹ Dette kunne eksempelvis være tilfældet i en situation, hvor køberægtefællen har brug for aktivet i sin personligt drevne erhvervsvirksomhed eller som led i sin hobby.¹⁰² I modsætning hertil synes et salg ikke at skulle anerkendes, såfremt salget fremstår som værende tilrettelagt alene for at omgå arvelader eller gavegivers særejebestemmelse.¹⁰³

Synspunktet om, at modtagerægtefællen gyldigt kan sælge aktivet til sin ægtefælle, såfremt der er tale om et reelt salg, synes overbevisende. Den modtagende ægtefælle vil jo stadig have sit særeje i behold, der nu som surrogat består af salgssummen. Der er således ikke sket en omgåelse af arvelader eller gavegivers bestemmelse om særeje. Dette synspunkt møder i øvrigt opbakning i den juridiske litteratur,¹⁰⁴ hvor det af Anne Louise Bormann m.fl. tillige anføres, at der er god grund til ikke at fortolke tredjemands begrænsninger på modtageren udvidende, og at arvelader eller gavegiver i stedet må være henvist til at båndlægge arven eller gaven, såfremt de ikke stoler på, at modtageren kan råde fornuftigt over denne.¹⁰⁵

7.1.4. Aftaler om gæld m.v.

En anden måde, hvorpå ægtefællerne kan mindske betydningen af arvelader eller gavegivers særejebestemmelse er ved at bestemme, at en gældspost af samme størrelse som særejet ikke skal fradrages

¹⁰⁰ Ibid

¹⁰¹ Adolphsen, Naur & Sørensen, Familieret, s. 199 f.

¹⁰² Møller, TFA2022.234: Genopståen af ophævet tredjemandsbestemt særeje, s. 3

¹⁰³ Ibid

¹⁰⁴ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 174 f. og Møller, TFA2022.234: Genopståen af ophævet tredjemandsbestemt særeje, s. 3

¹⁰⁵ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 174 f. Dette synspunkt indtager også Marianne Holdgaard på s. 5 i U2005B.153: Tredjemandsbestemt særeje - ægtefællernes mulighed for at etablere fælleseje.

i delingsformuen hos den modtagende ægtefælle. I denne situation vil gælden således belaste det tredjemandsbestemt særeje. Muligheden for denne omgåelse af arvelader eller gavegivers bestemmelse om særeje er opstået som følge af indførelsen af ægtefællelovens § 18.¹⁰⁶

Ægtefællerne kan også minimere betydningen af arvelader eller gavegivers særejebestemmelse ved at aftale, at et tilsvarende beløb skal være særeje for den anden ægtefælle. Dette er imidlertid under den forudsætning, at der er tilstrækkelige midler i ægtefællernes delingsformue til en sådan aftale kan indgås. Dette vil formentligt ikke altid være tilfældet, eksempelvis i de situationer, hvor friværdien i et arvet sommerhus er meget stor. Der vil også kunne forekomme den situation, at ægtefællerne i deres ægteskab har fælles økonomi, og har indrettet sig med fælles bankkonto, fælles indkøb af varige forbrugsgoder osv., og at de slet ikke har noget ønske om at adskille deres formuer.¹⁰⁷ I et sådant tilfælde er dette måske ikke den bedste løsning, men muligheden er eksisterende, hvorfor den skal nævnes.

¹⁰⁶ Adolphsen, Naur & Sørensen, Familieret, s. 200 og Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 174

¹⁰⁷ Holdgaard, U2005B.153: Tredjemandsbestemt særeje - ægtefællernes mulighed for at etablere fælleseje, s. 3

Kapitel 8: Genopståen af tredjemandsbestemt særeje

Det forekommer, at modtageren af et tredjemandsbestemt særeje i løbet af livet indgår ægteskab flere gange. Det vil tillige kunne forekomme, at dette særeje af forskellige årsager er ophørt i et af modtagerens foregående ægteskaber. Dette kan skyldes flere faktorer. Et tredjemandsbestemt særeje kan således være ophørt som følge af, at der er truffet bestemmelse om eksempelvis skilsmisssæreje, og hvor aktivet således er blevet til delingsformue ved et dødsboskifte. Særejet kan imidlertid også være ophørt som følge af, at arvelader eller gavegiver har bestemt, at dette skal ske efter f.eks. 10 års ægteskab. På samme vis kan den *oprindelige* særejebestemmelse være ophørt i det tilfælde, hvor ægtefællerne ved ægtepagt har ændret en særejebestemmelse til en anden særejeform eller til delingsformue. I disse forskellige situationer vil spørgsmålet om, hvorvidt et tredjemandsbestemt særeje genopstår på ny i et senere ægteskab, således kunne melde sig. På baggrund heraf vil der i det følgende blive indledt en todelt undersøgelse. Først vil det blive undersøgt, hvorvidt et tredjemandsbestemt særeje, der er blevet til delingsformue, kan “overleve” et skifte. Dernæst vil det blive undersøgt, hvorvidt et oprindeligt tredjemandsbestemt særeje, ændret ved ægtepagt, genopstår i et nyt ægteskab - eller om ændringen derimod har virkning for bestandig. I forbindelse med sidstnævnte, vil det tillige blive behandlet, hvorvidt arvelader og gavegiver i sin særejebestemmelse kan formulere sig således, at ægtefællernes ændring alene har virkning i det pågældende ægteskab.

8.1. Kan et tredjemandsbestemt særeje overleve et skifte?

Såfremt arvelader eller gavegiver har truffet en generel bestemmelse om, at arven eller gaven skal være modtagerens skilsmisssæreje, indebærer dette, at aktivet bliver til delingsformue ved et dødsboskifte. Særejet vil ligeledes være delingsformue ved et skifte, såfremt arvelader eller gavegiver har tidsbegrænset særejet, så det kun gælder de første 10 år af modtagerens ægteskab. I disse situationer vil aktivet herefter blive inddraget på skiftet og ligedelt, hvorfor der opstår en problemstilling i forhold til, hvorvidt den resterende del af aktivet på ny bliver til særeje i et eventuelt senere ægteskab, eller om bestemmelsen har udspillet sin rolle i det øjeblik, den mister sin særejestatus. Problemstillingen er således relevant i en lang række situationer, og den bliver da heller ikke mindre relevant af den omstændighed, at arvelader eller gavegivers bestemmelse om “særeje” skal fortolkes som en bestemmelse om skilsmisssæreje.¹⁰⁸

Problemstillingen ses hverken behandlet i ægtefælleloven eller i bemærkningerne hertil, ligesom retspraksis ikke har taget stilling til spørgsmålet, der således i høj grad ses uafklaret. Der findes

¹⁰⁸ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 130

umiddelbart ikke noget simpelt svar på problemstillingen, idet modstridende hensyn gør sig gældende. På den ene side er hele formålet med arvelader og gavegivers bestemmelse om særeje, at der ikke skal ske en lighedeling af aktivet. Har arvelader eller gavegiver truffet bestemmelse om skilsmis-sesæreje eller tidsbegrænset særejet, har de ved deres disposition udtrykkeligt tilkendegivet, at aktivet skal tilhøre modtageren, og at det kun skal være genstand for lighedeling under nogle bestemte forudsætninger. Disse forudsætninger må ud fra viljesprincippet gøre sig gældende for *alle* modtagerens ægteskaber, hvilket taler for, at særejet genopstår i et nyt ægteskab. Dette synspunkt understøttes af, at det flere steder i litteraturen er anført, at såfremt en særejebestemmelse ikke er begrænset til kun at angå ét bestemt ægteskab, må den gælde generelt.¹⁰⁹ Ud fra denne argumentation må svaret på spørgsmålet om, hvorvidt et særeje kan overleve at være blevet inddraget på et skifte, være, at særejebestemmelsen genopstår for de fremtidige ægteskaber, modtageren måtte indgå. En sådan løsning vil imidlertid være forbundet med en række problemer.

Disse problematikker er behandlet af Irene Nørgaard i *Formueordninger* ud fra den tidligere bestemmelse i retsvirkningslovens § 28 a, en behandling, der imidlertid fortsat ses relevant i dag, idet lovgiver i det væsentligste har videreført den tidligere retstilstand.¹¹⁰ Irene Nørgaard er af den opfattelse, at såfremt et tredjemandsbestemt særeje én gang har mistet sin særejestatus i et foregående ægteskab, hvad enten det er som følge af at særejet var tidsbegrænset eller som følge af et dødsboskifte af skilsmis-sesæreje, bliver aktivet *ikke* til særeje igen i et nyt ægteskab. Til støtte herfor anfører hun, at der vil opstå problemer ved et skifte i et senere ægteskab, når arven eller gaven tidligere har været inddraget ved et skifte. Dette begrundes hun først og fremmest i den omstændighed, at den kvantitative del af skiftet medfører, at arven eller gaven beløbsmæssigt set halveres. Derudover argumenterer hun for, at skiftets kvalitative side medfører, at modtagerægtesfællen måske afleverer hele arven eller gaven (eller dele heraf) til vedkommendes ægtesfælle. Disse omstændigheder bevirker, ifølge Irene Nørgaard, at der samlet opstår en række tvivlsspørgsmål ved et skifte i et eventuelt nyt ægteskab. I tilfælde af, at modtagerægtesfællen ved det første skifte beholder *alle* aktiverne, finder hun det uklart, om det da er alle genstandene, eller halvdelen af genstandene (og hvilke), der er tredjemandsbestemt særeje i et senere ægteskab. Og modsat, hvis modtagerægtesfællen *ikke* beholder nogen af aktiverne, anses det tredjemandsbestemte særeje da blot for forbrugt? Irene Nørgaard finder, at den modtagende ægtesfælle i givet fald, gennem udøvelsen af sin kvalitative udtagelse i høj grad selv bestemmer, hvor stort et tredjemandsbestemt særeje, vedkommende ønsker i et eventuelt senere ægteskab. Hun anfører

¹⁰⁹ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtesfælleloven med kommentarer, s. 169 og Grønborg, Ægtesfælleloven med kommentarer, s. 171

¹¹⁰ Nørgaard, Formueordninger mellem ægtesfæller efter gennemførelsen af særejereformen i 1990, s. 286

derfor, at såfremt arvelader eller gavegiver ønsker, at særejebestemmelsen skal gælde, også i et senere ægteskab, bør der træffes bestemmelse om fuldstændigt særeje uden tidsbegrænsning.

Irene Nørgaards synspunkt møder i øvrigt opbakning i den juridiske litteratur. Både Jørgen U. Grønborg og Anne Louise Bormann m.fl. er således af den opfattelse, at særejeklausulen *ikke* gælder i et nyt ægteskab, hvis arven eller gaven først er blevet til delingsformue i et foregående ægteskab.¹¹¹ Det er da også meget korrekt, at det vil skabe en yderst kompliceret retstilstand, såfremt den del af aktivet, der ses i behold efter et skifte, igen bliver skilsmisssæreje eller tidsbegrænset særeje i et nyt ægteskab. Disse bevismæssige problemer vil formentligt kunne medføre, at særejet ofte ikke vil kunne identificeres, og dermed vil gå fortabt i et nyt ægteskab.¹¹² Det er imidlertid, som også fremhævet af Kristian Gammelgaard Møller i *TFA2022.234*, et anerkendt princip, at et særeje kan håndhæves på et skifte, såfremt det kan identificeres. Han fremhæver i sin artikel et konkret eksempel på en type af aktiver, hvor dette er tilfældet - nemlig kapitalandele i selskaber. Hertil anfører han, at uanset at en del af kapitalandelene måtte være udtaget af den anden ægtefælle ved et skifte, vil det tydeligt kunne dokumenteres via selskabets ejerbog, såfremt en del af kapitalandelene er i behold. Ved disse typer af aktiver finder han det vanskeligt, på baggrund af reglerne om lighedeling og de af Irene Nørgaard beskrevne bevismæssige vanskeligheder, at se nogle juridiske argumenter imod, at de tilbageværende kapitalandele på ny skulle være særeje i et nyt ægteskab. Dette synspunkt stiller vi os særdeles anerkendende overfor.

Almindelige identifikationsprincipper, viljesprincippet samt selve formålet med, at arvelader og gavegiver i ægtefælleloven er tilkendt adgang til at kunne træffe bestemmelse særeje, taler således alt sammen for, at et særeje, der én gang er blevet til delingsformue og inddraget på et skifte, genopstår i et nyt ægteskab. På den anden side har Irene Nørgaard en væsentlig pointe i, at det bliver en vanskelig retsstilling, såfremt et særeje, der én gang er blevet til delingsformue, genopstår i et nyt ægteskab. Hun har ligeledes en pointe i, at modtagerægtefællen gennem udøvelsen af sin kvalitative udtagelse i høj grad selv bestemmer, hvor stort et tredjemandsbestemt særeje vedkommende ønsker i et nyt ægteskab. Der ses således begrundet argumentation både for og imod, at et særeje, der én gang er blevet til delingsformue, genopstår i et nyt ægteskab. Såfremt et aktiv, der én gang er blevet til delingsformue, i et nyt ægteskab kan identificeres, taler mest formentligt for, at særejet genopstår i dette ægteskab. Det er dog en uafklaret retstilstand, hvorfor det endegyldige svar må afklares i retspraksis.

¹¹¹ Bormann, Stæger & Trabjerg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 169 f. og Grønborg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 171

¹¹² Møller, *TFA2022.234*: Genopståen af ophævet tredjemandsbestemt særeje, s. 2

8.2. Kan et ændret tredjemandsbestemt særeje genopstå i et nyt ægteskab?

Problematikken om, hvorvidt et tredjemandsbestemt særeje, der én gang har mistet sin særejestatus, kan genopstå i et nyt ægteskab, ses ikke kun relevant i de tilfælde, hvor aktivet er blevet til delingsformue og inddraget på et skifte. Spørgsmålet om genopståen kan således tillige opstå i de tilfælde, hvor arvelader eller gavegiver i medfør af ægtefællelovens § 23, stk. 2 eksempelvis har tilladt, at modtageren efter 10 års ægteskab kan ændre en bestemmelse om fuldstændigt særeje, og hvor modtageren og dennes ægtefælle ved ægtepagt har ændret aktivets formuestatus til skilsmisssæreje. I tilfælde af, at ægteparret herefter bliver skilt, beholder modtageren hele aktivet uden deling. Indgår modtageren herefter ægteskab på ny, opstår spørgsmålet, hvorvidt aktivet i det nye ægteskab er fuldstændigt særeje med ændringsadgang baseret på arvelader eller gavegivers oprindelige bestemmelse, eller om det bliver skilsmisssæreje, alene baseret på ændringen i det forudgående ægteskab.

Betydningen af problemstillingen må ikke undervurderes. Det er væsentligt, hvorvidt en særejebestemmelse truffet af arvelader eller gavegiver alene følger aktivet indtil det tidspunkt, hvor det bliver ændret til en anden formuestatus, eller om bestemmelsen følger aktivet i *alle* modtagerens fremtidige ægteskaber. Såfremt modtagerægtefællen er utilfreds med arvelader eller gavegivers særejebestemmelse og derfor én gang har ændret denne, kan det formentligt opleves som generende, såfremt bestemmelsen opstår på ny i et senere ægteskab. Modtageren har måske ventet 10 år i det første ægteskab på at kunne ændre bestemmelsen, og kan i et nyt ægteskab være henvist til på ny at vente 10 år, såfremt den oprindelige særejebestemmelse genopstår.

Problematikken tager afsæt i ægtefællelovens § 14 og § 23, stk. 2. Af ægtefællelovens § 23, stk. 2, følger: *“arvelader og gavegiver kan bestemme, at modtageren og dennes ægtefælle skal kunne ændre en bestemmelse om særeje efter stk. 1, og kan fastsætte betingelser herfor.”* Det følger endvidere af ægtefællelovens § 14, at: *“Ægtefæller kan ved ægtepagt aftale, at særeje bestemt af tredjemand helt eller delvis skal være en anden form for særeje, jf. § 12, eller skal være delingsformue. En aftale efter stk. 1 er kun gyldig, hvis den er i overensstemmelse med tredjemands bestemmelser om særeje, jf. § 23.”* Det fremgår imidlertid ikke af ordlyden af nogen af bestemmelserne, hvorvidt en ændring foretaget i ét ægteskab, også har virkning for fremtidige ægteskaber. Dette er heller ikke direkte omtalt i bemærkningerne til ægtefælleloven, ligesom det ikke er behandlet i retspraksis. Litteraturen på området ses ligeledes yderst sparsom.

Kristian Gammelgaard Møller ses i TFA 2022.234 at sætte problemstillingen på spidsen ved at opstille et konkret eksempel på, hvordan hændelsesforløbet ville se ud, såfremt en ændring foretaget ved ægtepagt i ét ægteskab antages at have virkning, også for fremtidige ægteskab:

“(...) hvis en arvelader har bestemt fuldstændigt særeje med ændringsadgang, og modtageren og dennes ægtefælle efterfølgende har lempet særejet til et kombinationssæreje. Hvis ægtefællerne her efter bliver skilt, vil modtageren af arven fortsat have hele det modtagne i behold efter skilsmissen. Hvis man her antager, at ændringen til kombinationssæreje har virkning for bestandig, vil det arve i modtagerens næste ægteskab være kombinationssæreje baseret på et samspil mellem arveladerens testamente (om fuldstændigt særeje med ændringsadgang, og modtagerens ægtepagt fra det foregående ægteskab (om kombinationssæreje). (...).”¹¹³

Dette forekommer, ifølge ham, som en uhensigtsmæssig løsning, fremfor at arven i det nye ægteskab på ny er fuldstændig særeje med ændringsadgang baseret alene på arveladerens bestemmelse. Det af Kristian Gammelgaard Møller anførte, synes meningsfuldt. At tillægge arvelader eller gavegivers oprindelige særejebestemmelse virkning i et nyt ægteskab synes endvidere at harmonere med viljesprincippet - ud fra arvelader eller gavegivers vilje. Såfremt arvelader eller gavegiver har truffet en generel bestemmelse om, at ægtefællen kan ændre en særejebestemmelse efter eksempelvis 10 års ægteskab, må det antages at have været arvelader eller gavegivers vilje, at modtagerens ægtefælle *ikke* skal have del i arven eller gaven, førend ægteskabet har varet i en årrække. Dette må tillige, i mangel på modsatrettet bestemmelse, antages at gøre sig gældende for samtlige ægteskaber, modtageren måtte indgå. Det kan i øvrigt problematiseres, at en ægtepagt i et forudgående ægteskab, skulle kunne tillægges vægt i et senere ægteskab. En ægtepagt er en aftale mellem to ægtefæller om hvilke formueforhold, der skal være gældende under ægteskabet,¹¹⁴ og således en aftale, der ud fra formueretlige principper kun bør tillægges virkning inter partes. Derudover er det, som også anført af Kristian Gammelgaard Møller, et faktum, at der i forhold til ændring af arvelader eller gavegivers bestemmelse alene er tale om en ret til at gøre en *undtagelse* til særejebestemmelsen. Det vil derfor være en uheldig retstilstand, såfremt denne ændring i det første ægteskab nu skal anses for den nye hovedregel i det nye ægteskab - fremfor den oprindelige bestemmelse. Dette understøtter synspunktet om, at det er arvelader eller gavegivers bestemmelse, der bør tillægges vægt, og ikke ægtepagten fra et tidligere ægteskab.

¹¹³ Møller, TFA2022.234: Genopståen af ophævet tredjemandsbestemt særeje, s. 2

¹¹⁴ Adolphsen, Naur & Sørensen, Familieret, s. 217

Meget synes således at tale for, at et tredjemandsbestemt særeje, der er ændret ved ægtepagt i henhold til arvelader eller gavegivers tilladelse hertil, genopstår i et nyt ægteskab. Der ses heller ikke de samme bevismæssige problematikker forbundet med dette spørgsmål, som for spørgsmålet om, hvorvidt et tredjemandsbestemt særeje kan overleve et skifte (se ovenfor under afsnit 8.1.) Det skal imidlertid understreges, at der også på dette punkt er tale om en uafklaret retstilstand, idet lovgiver som beskrevet ovenfor ikke har taget stilling til problemstillingen. Derfor må det endegyldige svar herpå fastlægges i retspraksis.

8.2.1. Kan arvelader og gavegiver formulere sig, så et særeje ændret ved ægtepagt genopstår i et nyt ægteskab?

Som fastslået ovenfor ses det uafklaret, hvorvidt et tredjemandsbestemt særeje ændret ved ægtepagt i henhold til arvelader eller gavegivers tilladelse hertil, genopstår. Derfor opstår spørgsmålet også, hvorvidt arvelader eller gavegiver i sin bestemmelse kan formulere sig således, at ægtefællernes ændring af særejet alene har virkning i det pågældende ægteskab. Og omvendt; om bestemmelsen kan formuleres således, at ægtefællernes ændring får virkning, også for fremtidige ægteskaber. Såfremt det er tilfældet, vil arvelader eller gavegiver på denne måde kunne formulere sig således, at der tages stilling til spørgsmålet om genopståen. Dette spørgsmål vil blive behandlet i det følgende.

Som anført af Kristian Gammelgaard Møller i *TFA 2022.234*, kunne en sådan bestemmelse lyde som følger, omend den altså også kunne være udformet, således at ændringen havde virkning også for eventuelle senere ægteskaber:

“Uanset bestemmelsen om fuldstændigt særeje skal modtageren være berettiget til ved ægtepagt at bestemme, at aktivet i det konkrete ægteskab, men ikke med virkning for eventuelle senere ægteskaber, skal tilhøre modtageren som skilsmisssæreje, kombinationssæreje eller delingsformue, forudsat at ægteskabet har bestået i mindst 15 år.”¹¹⁵

Heller ikke dette spørgsmål ses direkte besvaret i bemærkningerne til lovforslaget eller behandlet i retspraksis. I ordlyden af ægtefællelovens § 23, stk. 2, samt i bemærkningerne hertil, ses der imidlertid ikke at være noget til hinder for arvelader eller gavegivers adgang til at træffe sådanne bestemmelser. Det følger således af ordlyden, at: *“arvelader og gavegiver kan bestemme, at modtageren og dennes ægtefælle skal kunne ændre en særejebestemmelse, og der kan fastsættes betingelser*

¹¹⁵ Møller, TFA2022.234: Genopståen af ophævet tredjemandsbestemt særeje, s. 4

herfor.”¹¹⁶ Herefter ses der i bemærkningerne nævnt ét eksempel på en betingelse, nemlig at ægtefællerne kan ændre en særebestemmelse efter 10 års ægteskab. Dette er dog kun et eksempel, og der kan således, som også behandlet under afsnit 6.2.3., også fastsættes andre betingelser for ægtefællernes ændringsadgang. Kristian Gammelgaard Møller anfører hertil, at idet der ikke i bemærkningerne ses defineret grænser for adgangen til at fastsætte betingelser, og i anerkendelse af princippet om testations- og gavefrihed, er der ikke grundlag for en indskrænkende fortolkning af adgangen til frit at fastsætte betingelser.¹¹⁷ Han mener derfor, at arvelader og gavegiver har fået tildelt en bred adgang til at fastsætte betingelser for ægtefællernes ændringsadgang, og derfor også må kunne betinge ændringsadgangen af, at ændringen kun skal have virkning for det pågældende ægteskab; eller omvendt, at den har virkning også for et nyt ægteskab.

Ud fra disse overvejelser må det antages, at arvelader og gavegiver har en vid adgang til at definere betingelser for modtageren og dennes ægtefælles ændringsadgang, og at arvelader og gavegivers formulering derfor også vil blive afgørende for, om et ved ægtepagt ændret særeje vil genopstå i et nyt ægteskab. Dette ses i høj grad understøttet af bemærkningerne til ægtefællelovens § 23, der dog ikke indeholder en direkte stillingtagen til spørgsmålet. Retstilstanden ses derfor også uafklaret, men meget synes at indikere, at arvelader og gavegiver, ved at være overladt en bred adgang til at fastsætte betingelser for ægtefællernes ændringsadgang, også kan formulere en sådan betingelse så særejet genopstår - eller ikke genopstår - efter ændring.

¹¹⁶ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 130

¹¹⁷ Møller, TFA2022.234: Genopståen af ophævet tredjemandsbestemt særeje, s. 3

Kapitel 9: Delarv og delgave

Tidligere i afhandlingen er gavebegrebet blevet defineret som *en vederlagsfri overdragelse af et formuegode, hvor ydelsen erlægges på giverens bekostning og ikke sker til opfyldelse af en retspligt, fx underholdspligt*.¹¹⁸ Ud fra denne definition ydes der ingen modydelse ved en gaveoverdragelse. Tilsvarende gør sig gældende for arvelader, hvor udgangspunktet må være, at der ydes en arv uden modydelse. Det er således med dette udgangspunkt, at reglerne for arveladers og gavegivers ret til at træffe bestemmelse om arv eller gave er blevet behandlet igennem afhandlingen - de såkaldte *rene* tilfælde, hvor der ikke har været præsteret nogen modydelse. Kompetencen til at bestemme særejet for aktivet udspringer i disse situationer af rollerne som henholdsvis *arvelader* eller *gavegiver*. Såfremt man ikke kan defineres som henholdsvis arvelader eller gavegiver, kan man således ikke træffe bestemmelse om formuestatus for aktivet. En sælger kan f.eks. ikke bestemme, at det solgte aktiv skal være køberens særeje efter ægtefællelovens § 23. Dette giver i almindelighed ikke anledning til problemer. En situation, der derimod kan give anledning til tvivl, er, når der ydes en arv eller gave, men hvor der samtidigt præsteres en delvis modydelse. For så vidt angår gave, kan dette være tilfældet, hvor en mor ønsker at overdrage en fast ejendom til sin søn, og sønnen betaler et delvist vederlag af midler, der er delingsformue til sine søskende. For så vidt angår arv, kan det tænkes, at en person arver et aktiv, der er behæftet med gæld, og eventuelt tillige skal betale et beløb med delingsformue til dødsboet, fordi aktivets værdi overstiger den pågældendes arv.¹¹⁹ I sådanne situationer er det relevant, hvorvidt arvelader og gavegiver kan træffe bestemmelse om særeje eller delingsformue for *hele* aktivet, nu hvor der jo er præsteret en modydelse.

Besvarelsen af dette spørgsmål skal ske med udgangspunkt i ægtefællelovens § 24, der udover at finde anvendelse på aftalt særeje, også omfatter arv og gave fra tredjemand i de tilfælde, hvor der ved erhvervelsen sker en sammenblanding af særeje, delingsformue, gældsovertagelse eller lånoptagelse.¹²⁰ Det følger af bestemmelsens stk. 1, at såfremt et aktiv erhverves for både særeje og delingsformue, er aktivet brøkdels-særeje. I relation til arv og gave fra tredjemand har det den betydning, at arvelader eller gavegiver alene kan fastlægge formuestatus for selve arve- eller gaveandelen. Dette kan også illustreres med følgende eksempel:

¹¹⁸ Nielsen & Kronborg, Skilsmisseret - de økonomiske forhold, s. 298 og Munck & Taksøe-Jensen, Særeje – Nye særejeformer og deres betydning ved generationsskifte, s. 135

¹¹⁹ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 62

¹²⁰ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 131

En mor ønsker at give sin søn familiens sommerhus i gave. Sønnen er gift og ægtefællerne har delingsformue i ægteskabet. Sommerhuset har en værdi på 1,5 mio. kr. og der er ikke gæld heri. Moderen ønsker, at sommerhuset skal tilhøre sønnen som sit fuldstændige særeje. Moderen har to andre børn, og ønsker ikke, at der skal forfordes mellem børnene. Hun betinger derfor gaven af, at sønnen skal betale samlet 1 mio. kr. til sine søskende. Sønnen betaler beløbet med delingsformue. Sommerhuset bliver derfor brøkdels-særeje med $\frac{1}{3}$ fuldstændigt særeje og $\frac{2}{3}$ delingsformue.

Ægtefællelovens § 24 regulerer for så vidt angår arv og gave fra tredjemand ikke kun den situation, hvor der sker en sammenblanding af midler ved erhvervelsen, men regulerer tillige, hvad der gælder i det tilfælde, hvor en ægtefælle modtager en arv eller gave mod at overtage gæld i aktivet. Det følger således af ægtefællelovens § 24, stk. 2, at såfremt et aktiv erhverves for særeje og ved gældsøvertagelse eller lånoptagelse, er aktivet særeje af samme art som det anvendte særeje. I relation til arvelader og gavegiver, medfører bestemmelsen, at hvis en ægtefælle får et aktiv i gave mod at overtage gæld i aktivet i forbindelse med modtagelsen, er aktivet særeje i sin helhed, såfremt arvelader eller gavegiver har truffet bestemmelse herom, jf. ægtefællelovens § 23, stk. 1, jf. § 24, stk. 2. I disse situationer vil således selv en beskeden gaveandel eller arvet andel af et aktivs værdi være afgørende for aktivets formuestatus.¹²¹

Ovenstående fortolkning af bestemmelsen kan udledes på baggrund af en umiddelbar gennemlæsning af bestemmelsens ordlyd, og ud fra dette synes retstilstanden afklaret. Dette er imidlertid en sandhed med modifikationer. En nærmere gennemlæsning af bestemmelsens ordlyd samt litteraturen på området åbner op for flere interessante problematikker, som vil blive behandlet i det følgende.

9.1. Midler anvendt ved erhvervelsen

Det er fastslået ovenfor, at såfremt et aktiv erhverves for delvis særeje og delvis delingsformue, er aktivet brøkdels-særeje, jf. ægtefællelovens § 24, stk. 1. Fastsættelsen af brøken sker ifølge bestemmelsens ordlyd efter forholdet mellem de midler, der er *anvendt ved erhvervelsen*. Denne formulering forekommer interessant, idet det ikke nærmere defineres, hvad der skal forstås herved. I den forbindelse synes det særligt relevant at undersøge, hvilke betalinger, der kan indgå i vurderingen.

Indledningsvis skal det fastslås, at hvis en ægtefælle *efter* erhvervelsen anvender særejemidler til at forbedre et aktiv, der er delingsformue, eller omvendt, ændrer dette ikke på fordelingen af brøkerne,

¹²¹ Adolphsen, Naur & Sørensen, Familieret, s. 228

også selvom midlerne er anvendt i umiddelbar forlængelse af erhvervelsen af aktivet, fx ved renovation af en netop erhvervet ejendom. Det samme gælder for midler anvendt til betaling af gæld relateret til aktivet. Sådanne dispositioner åbner derimod op for muligheden for, at der kan tilkendes den ene ægtefælle et *reguleringskrav* efter ægtefællelovens § 38 eller § 39.¹²²

9.1.1. Hvilke beløb kan indgå ved fastsættelsen af brøken?

For så vidt angår hvilke betalinger, der kan indgå i vurderingen ved fastsættelsen af brøken, er dette en problemstilling, der er af særlig relevans for arvelader og gavegiver. Her opstår spørgsmålet således, hvorvidt det kun er betalingen for *selve* aktivet, eller om andre udgifter i forbindelse med arven eller gaven også kan indeholdes i brøken. Dette kan eksempelvis, men ikke udtømmende, være handelsomkostninger og bo- og gaveafgifter. Problemstillingens betydning må ikke undervurderes. Står en arving eksempelvis til at skulle arve en landbrugsejendom til en værdi af 1 mio. kr., hvor arvelader har truffet bestemmelse om, at ejendommen skal være arvingens fuldstændige særeje, og hvor der ikke er gæld i heri, kan det have stor betydning, hvorvidt eksempelvis betaling af boafgift skal indgå ved vurderingen. Såfremt arvingen i eksemplet betaler en boafgift på 100.000 kr. med delingsformue-midler, og såfremt denne udgift skal indgå ved fastsættelsen af brøken, vil ejendommen komme til at tilhøre arvingen som 1/10 delingsformue og 9/10 fuldstændigt særeje. Stiger landbrugsejendommens værdi herefter til 2 mio. kr., vil denne værdistigning både forøge arvingens formue, der er delingsformue, og den formue, der er fuldstændigt særeje. Ved et eventuelt skifte i anledning af skilsmisse vil denne værdistigning således ikke kun komme arvingen til gode, men også arvingens ægtefælle. Dette kan næppe have været tilsigtet fra arveladers side, idet denne jo havde truffet bestemmelse om fuldstændigt særeje for landbrugsejendommen. Situationen vil derimod være en anden, såfremt betaling af boafgiften *ikke* skal indgå ved fastsættelsen af brøken. Herefter vil værdistigningen alene komme arvingen til gode, idet der ikke ved betalingen af boafgiften opstår brøkdels-særeje. I en sådan situation vil den anden ægtefælle i stedet kunne tilkendes et reguleringskrav efter ægtefællelovens § 38.¹²³ Denne problemstilling ses hverken behandlet i ordlyden af ægtefællelovens § 24, i bemærkningerne til lovforslaget eller i retspraksis. Ud fra en ordlydsfortolkning af bestemmelsen fremgår det, at det afgørende for spørgsmålet er, hvorvidt disse udgifter kan anses for at være *anvendt ved erhvervelsen*. Det forekommer imidlertid svært nærmere at definere, hvad der reelt ligger i denne formulering. Det er således vanskeligt for arvelader, gavegiver samt ægtefællerne at udlede deres retsstilling alene ud fra bestemmelsens ordlyd. Problemstillingen ses dog i begrænset omfang behandlet i den juridiske litteratur, hvor den bl.a. er behandlet af Anne Louise Bormann m.fl. og af Jørgen U. Grønberg.

¹²² Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 181 og Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s.

¹³¹

¹²³ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 185

For så vidt angår *handelsomkostninger*, herunder tinglysningsafgift, advokatomkostninger, låneomkostninger eller udgifter til en ejerskifteforsikring, synes meget at tale for, at disse *skal* indgå ved fastlæggelsen af brøken. Baggrunden herfor er, at disse betalinger må anses for at være anvendt ved erhvervelsen. Anne Louise Bormann m.fl. anfører indledningsvis i deres behandling af spørgsmålet, at det ikke fremgår af bemærkninger til lovforslaget, hvilke betalinger der skal indgå i fastsættelsen, herunder om også handelsomkostninger og bo- eller gaveafgifter skal indgå, hvorfor spørgsmålet er overladt til retspraksis. I relation til handelsomkostninger anfører forfatterne, at *“I den situation, hvor en ægtefælle erhverver et aktiv, uden at der er tale om arv eller gave, og anvender delvis særejmidler og delvis midler af delingsformue, vil det formentlig være vanskeligt at udskille, hvilke midler, der er anvendt til betaling af købesummen og hvilke midler, der er anvendt til betaling af handelsomkostninger m.v.”*¹²⁴ Forfatterne anfører derefter, at det i denne situation forekommer rigtigst at se på forholdet mellem det samlede beløb, der er anvendt ved handlen, inklusiv handelsomkostninger m.v., uden at det er afgørende, præcis hvad særejet er anvendt til.

Også Jørgen U. Grønberg omtaler spørgsmålet om, hvorvidt handelsomkostninger skal indgå ved fastsættelsen af brøken. Forfatteren ses imidlertid ikke at fremkomme med en direkte stillingtagen hertil. Han anfører indledningsvis, at handelsomkostninger *muligvis* må anses som en omkostning ved erhvervelsen. Jørgen U. Grønberg ses imidlertid også at fremkomme med det modsatte synspunkt, baseret på et eksempel anført af Retsvirkningslovsudvalget i betænkning nr. 1552/2015. Eksemplet fra udvalget lyder som følger:

“M og H har aftalt, at M’s sommerhus skal være hans særeje. Ægtefællernes øvrige formuer indgår i delingen. M sælger sommerhuset for et nettoprovenu på 500.000 kr. Han har derudover en opsparing på 250.000 kr. Med disse midler som udbetaling køber han et nyt sommerhus til 2 mio. kr., idet resten finansieres med lån. Det nye sommerhus er nu brøkdels-særeje, således at særejebrøken er 2/3 svarende til forholdet mellem de indskudte særejmidler og de indskudte midler, der ikke er særeje.

*Også gælden er brøkdels-særeje, med en særejebrøk på 2/3.”*¹²⁵

Jørgen U. Grønberg anfører i relation hertil, at der ikke i eksemplet er taget hensyn til, hvordan handelsomkostninger skal finansieres, hvilket ifølge ham kan tale for, at et eventuelt brøkdels-særeje

¹²⁴ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, s. 184

¹²⁵ Betænkning nr. 1552/2015, s. 332

udelukkende skal fastsættes på baggrund af udbetalingen og *ikke* på baggrund af udbetalingen inklusiv handelsomkostninger eller øvrige omkostninger ved erhvervelsen.¹²⁶

Der ses således ikke nogen rigtig stillingtagen i litteraturen til, hvorvidt handelsomkostninger skal - eller ikke skal - indgå ved fastlæggelsen af brøken. Meget synes imidlertid at tale for, at handelsomkostninger *skal* indgå ved vurderingen af brøkerne. Dette finder vi da også forekommer som den mest logiske løsning, idet der er tale om omkostninger, der i høj grad må anses for naturligt forbundet med selve erhvervelsen af en lang række aktiver, og således udgifter, der kan betragtes som en del af *den samlede økonomiske transaktion*. Der findes dog intet endegyldigt svar herpå, og spørgsmålet er derfor overladt til endelig afklaring i retspraksis.

For så vidt angår *bo- og gaveafgifter* skal der indledningsvis anføres nogle eksempler på situationer, hvor betaling af disse kan forekomme relevant. Der er tale om udvalgte eksempler fra *Ægtefælleloven med kommentarer* af Anne Louise Bormann m.fl.

Eksempel, hvor der sker betaling af boafgift:

“M arver sin far, som alene efterlader sig et sommerhus til en værdi af 3 mio. kr., som er behæftet med gæld for 2 mio. kr. Faderen har bestemt, at arven skal være særeje. M udtager sommerhuset og betaler boafgiften med delingsformuemidler.”¹²⁷

Eksempel, hvor der sker betaling af gaveafgift:

“M køber faderens sommerhus for 2,5 mio. kr., betaler 500.000 kr. i delingsformue, overtager gælden på de 2 mio. kr. og modtager samtidig en gave på 500.000 kr. Gaveafgiften betales med delingsformuemidler.”¹²⁸

Der ses enighed imellem Anne Louise Bormann m.fl. og Jørgen U. Grønborg omkring, at bo- og gaveafgifter formentlig *ikke* skal indgå ved brøkfastsættelsen efter ægtefællelovens § 24.¹²⁹ Denne opfattelse vil i praksis medføre, at såfremt en ægtefælle modtager et sommerhus med bestemmelse om særeje, men hvor bo- og gaveafgifter samtidigt betales af dennes midler af delingsformue, vil

¹²⁶ Grønborg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 188 f.

¹²⁷ Bormann, Stæger & Trabjerg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 184

¹²⁸ Bormann, Stæger & Trabjerg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 184

¹²⁹ Grønborg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 188 og Bormann, Stæger & Trabjerg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 184

sommerhuset *ikke* være brøkdelsæreje efter ægtefællelovens § 24. Den anden ægtefælle vil derimod kunne få et reguleringskrav efter ægtefællelovens § 38. Som også anført af Anne Louise Bormann m.fl., vil det ofte være svært at vurdere, om den modtagende ægtefælles betaling med delingsformue er blevet anvendt til at betale bo- og gaveafgifter, eller til betaling af et delvist vederlag. Dette vil f.eks. være tilfældet i de situationer, hvor en arving betaler et beløb til boet eller en medarving, fordi arvingens arvelod er mindre end det udtagne aktivs værdi. Denne argumentation peger i retning af, at bo- og gaveafgifter *skal* indgå ved brøkfastsættelsen.

Argumentet *imod*, at bo- og gaveafgifter skal indgå i vurderingen er ifølge Anne Louise Bormann m.fl., at det fremgår af betænkning nr. 1552/2015, s. 160 samt af pkt. 3.11.3. i bemærkningerne til lovforslaget, at en væsentlig forudsætning for udformningen af lovforslaget var, at arvelader og gavegiver som hidtil skal kunne bestemme særeje for *hele* aktivet, herunder også for eventuelle værdistigninger. Det var ligeledes en af begrundelserne for, at ministeriet afviste Retsvirkningslovsudvalgets flertals forslag om den legale ordning for arv og gave.¹³⁰ Såfremt bo- og gaveafgifter skal indgå ved brøkfastsættelsen, vil arvelader eller gavegiver *ikke* kunne bestemme særeje for hele aktivet, i de tilfælde, hvor den modtagende ægtefælle betaler bo- og gaveafgifter med delingsformue. Hvis arvelader eller gavegiver vil sikre sig dette, må de sørge for, at der enten er tilstrækkelige midler i boet til at betale boafgiften, eller, for så vidt angår gaver, betale gaveafgiften. Argumentationen fra forfatterne synes velbegrundet, idet det ikke kan have været lovgivers intention, at arvelader eller gavegiver ikke skulle kunne bestemme særeje for hele aktivet, blot fordi modtageren med delingsformue betaler en bo- eller gaveafgift. Det er imidlertid vores opfattelse, at argumentationen anvendes tilfældigt. Dette særligt henset til, at argumentationen vil kunne relatere sig til alle omkostninger, der kan opstå i forbindelse med en arv eller gave, herunder også handelsomkostninger. Anne Louise Bormann m.fl. fremkommer imidlertid herefter med et væsentligt argument; at betaling af bo- eller gaveafgifter ikke anses som et vederlag i relation til vurderingen af, om arv eller gave er særeje, stemmer overens med, hvad der blev antaget før ægtefælleloven.¹³¹ Forfatterne henviser i den forbindelse til *Gavebegrebet* af Eigil Lego Andersen. Han anfører i sin afhandling, at modtagerens betaling af en gaveafgift ikke er et vederlag, og at det er utvivlsomt, at en overdragelse af en ubehæftet ejendom må betragtes som en ren gave, selvom den udløser en gaveafgift, der kun kan dækkes af modtagerens øvrige formue.¹³² Eigil Lego Andersen ses alene at tage stilling til gaveafgifter og således ikke boafgifter, men det samme må gøre sig gældende også for boafgifter. Det fremgår ikke af bemærkningerne til

¹³⁰ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 64

¹³¹ Bormann, Stæger & Trabjerg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 185

¹³² Andersen, *Gavebegrebet – Gavereglerne og deres anvendelsesområde*, s. 564 f.

lovforslaget, at det er tiltænkt at ændre på denne retsstilling, hvorefter bo- og gaveafgifter ikke anses for et vederlag, hvilket må tale for, at betaling af disse ikke skal indgå i vurderingen.

Sammenligner man bo- og gaveafgifter med handelsomkostninger, må sidstnævnte anses for at være udgifter, der er direkte relateret til selve erhvervelsen af aktivet, hvilket ikke på samme måde er tilfældet for så vidt angår bo- og gaveafgifter. Der ses således meget der taler for, at bo- og gaveafgifter *ikke* skal indgå i vurderingen af fastsættelsen af brøkerne, men den endelige afklaring herpå må vi afvente i retspraksis.

9.1.2. Sammenblanding af midler

Ægtefællelovens § 24, stk. 1, der statuerer brøkdelsæreje ved oprindelig sammenblanding af midler, tager efter ordlyden alene sigte på at regulere den situation, hvor der sker en sammenblanding af midler, der er henholdsvis *delingsformue* og *særeje*. Det fremgår imidlertid ikke af bestemmelsen, hvordan sammenblanding af forskellige særejeformer eller sammenblanding med øvrige midler skal håndteres. Dette vil blive behandlet i det følgende.

I forhold til spørgsmålet om, hvorledes sammenblanding af *forskellige former for særeje* skal håndteres, kan en afklaring herpå findes i de specielle bemærkninger til ægtefællelovens § 24. Det fremgår heraf, at bestemmelsen også finder anvendelse på sammenblanding af midler, der er forskellige former for særeje. Såfremt et aktiv erhverves for ½ midler, der er fuldstændigt særeje, og ½ midler, der er skilsmisssæreje, bliver aktivet brøkdelsæreje, således at halvdelen er fuldstændigt særeje og halvdelen er skilsmisssæreje.¹³³

Bemærkningerne ses derimod ikke at behandle, hvad der gælder, såfremt der sker en *sammenblanding af anden formue*. Ifølge ægtefællelovens § 26, jf. § 5, er der nogle midler, der hverken har status af delingsformue eller særeje. Dette følger af den omstændighed, at ægtefællelovens § 5, stk. 2 definerer delingsformue som den formue, der skal ligedeles efter § 5, stk. 1, og af § 5, stk. 1 følger det, at ægtefællernes formue skal ligedeles, medmindre andet følger af § 26. De aktiver, der ses oplyst i § 26, har således ikke status af delingsformue. Det følger imidlertid af pkt. 3.2. i de almindelige bemærkninger til lovforslaget, at særeje er defineret som "*Formue, der ikke er omfattet af ægtefællernes eventuelle delingsformue*".¹³⁴ Dette bør således føre til, at de aktiver, der ses oplyst i ægtefællelovens § 26, alle har karakter af særeje. Idet særeje imidlertid ses særskilt oplyst i § 26, stk. 1, nr. 1, må det heraf kunne udledes, at de i øvrigt oplyste aktiver heller ikke er særeje. Vi har således med

¹³³ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 131

¹³⁴ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 24

ægtefællelovens nuværende terminologi en række aktiver, der hverken kan anses for delingsformue eller særeje. Dette gælder blandt andet for pensioner omfattet af ægtefællelovens § 34 og § 35 og for personlige erstatninger omfattet af ægtefællelovens § 36.¹³⁵ Den situation, hvor der sker en sammenblanding af midler, der hverken er delingsformue eller særeje, ses hverken omtalt i bestemmelsens ordlyd eller i bemærkningerne til lovforslaget. I praksis kunne en sådan situation opstå, hvor arvelader eller gavegiver vil overdrage en fast ejendom i gave til sin datter med bestemmelse om fuldstændigt særeje, og hvor datteren yder en delvis betaling med midler hidrørende fra hendes personlige erstatning efter ægtefællelovens § 36. Der ses imidlertid at være enighed i litteraturen om, at bestemmelsen, eller dens analogi, finder anvendelse ved sammenblanding af disse midler, hvorfor der også her vil opstå brøkdels-særeje.¹³⁶ For en nærmere gennemgang af emnet se *U2018B.46* af Gitte Meldgaard Abrahamsen¹³⁷ og *Ægtefælleloven med kommentarer* af Anne Louise Bormann m.fl. s. 187 f.

9.2. Baggrunden for ægtefællelovens § 24

Ægtefællelovens § 24 er en nyskabelse i loven, og der fandtes således ikke en tilsvarende bestemmelse i retsvirkningsloven. Forinden ægtefællelovens ikrafttræden, var retsstillingen for delarv og delgave fastslået i retspraksis. Den dagældende retstilstand ses imidlertid stadig relevant, idet der i ægtefællelovens § 76 er indsat en overgangsregel, hvorefter følger: *“Ved vurderingen af, i hvilket omfang aktiver, der er erhvervet før lovens ikrafttræden for både særeje og delingsformue eller for særeje og ved gældsovertagelse eller lånoptagelse, er særeje, finder de hidtil gældende regler anvendelse.”* Arv og gave, der er præsteret før den 1. januar 2018, skal således, i medfør af denne overgangsregel, bedømmes efter de tidligere regler. De tidligere regler og baggrunden for den nye bestemmelse vil derfor blive behandlet i det følgende.

Forud for ægtefælleloven var det uafklaret, i hvilket omfang arvelader og gavegiver kunne træffe bestemmelse om særeje for et aktiv, der blev præsteret som en delarv eller delgave, idet der som nævnt ikke fandtes svar herpå i retsvirkningsloven. Spørgsmålet blev behandlet flere gange i retspraksis, herunder i *U 1984.564 H* og *U 1987.763 H*. I *U 1984.564 H* overdrog en mor en landbrugs-ejendom til sin datter som særeje, hvilket blev fastsat i skødet. Datteren havde formuefællesskab i sit ægteskab. Ejendommen var vurderet til 210.000 kr., og købesummen blev fastsat til 200.000 kr., hvorefter 60.000 kr. blev givet som et arveforskud. Den resterende del af købesummen blev berigtiget ved overtagelse af pantegæld, livsvarig livrente til svigerforældrene, udstedelse af sælgerpantebrev,

¹³⁵ Bormann, Stæger & Trabjerg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 187

¹³⁶ Bormann, Stæger & Trabjerg, *Ægtefælleloven med kommentarer* s. 187 f. og Grønborg, *Ægtefælleloven med kommentarer*, s. 189

¹³⁷ Abrahamsen, Gitte, *U2018B.46: Begrebsafklaring eller begrebsforvirring?*

modregning af udgifter til ejendommens forbedring mv. Efterfølgende dør datteren, og hendes mand overtager hendes særbo som enearving. Sagen omhandlede herefter, hvorvidt *hele* ejendommen kunne anses som særeje. Parterne var enige om, at gaveandelen udgjorde 51,1 % af værdien af ejendommen. Ud fra dette anfører Højesteret i præmisserne, *at der med overdragelsen af ejendommen utvivlsomt var forbundet et så væsentligt gavemoment, at ejendommen i sin helhed må anses for af dødes særeje*. I U 1987.763 H havde et ægtepar overdraget en gård til deres søn for omkring 1.475.000 kr., hvoraf 208.000 kr. var en gave. Som en del af købesummen overtog sønnen forskellige gældsposter, og forældrene optog et realkreditlån i ejendommen til deres fordel. Sønnen skulle skilles, og i forbindelse hermed ønskede hustruen ejendommen med undtagelse af gavebeløbet inddraget i fællesboet. Sønnen gjorde gældende, at ejendommen i sin helhed tilhørte ham som særeje, idet det fremgik af skødet, at ejendommen var overdraget til ham som særeje fra hans forældre. Gavemomentet blev opgjort til 13,67 % af ejendommens værdi. Højesteret fandt også her, *at overdragelsen af landbrugsejendommen til indstævnte efter en samlet vurdering af sagens omstændigheder indeholdt et så betydeligt gavemoment, at hele ejendommen måtte anses som indstævntes særeje*. Det kan således udledes af præmisserne til dommene, at det afgørende for arvelader eller gavegivers adgang til ved en delarv eller delgave at kunne bestemme særeje for hele aktivet var, hvorvidt der ved dispositionen forelå et *betydeligt gavemoment*.

I U1985B.36 fremkom Mogens Hornslet med sine kommentarer til højesteretsafgørelsen fra 1984. Heri anførte forfatteren, at Højesterets afgørelse ikke er udtryk for, at gavemomentet mindst skulle udgøre 50 % af det overdragnes værdi (hvilket den senere dom fra 1987 tillige understreger), for at aktivet i sin helhed kan godkendes som særeje. Han anfører videre, at: *“det i det hele taget nok ikke er muligt at tilkendegive en bestemt minimumsprocentsats for gavemomentet som eneafgørende for, om en særejebestemmelse må respekteres for hele det overdragnes værdi eller kun for et beløb svarende til gaveandelen.”*¹³⁸ Efter dagældende ret måtte det således, ifølge Hornslet, bero på en konkret vurdering af samtlige forhold, hvorvidt arvelader eller gavegiver kunne bestemme særeje for hele aktivet.¹³⁹ Dette er ligeledes i tråd med begrundelsen i den senere afgørelse i U 1987.763 H, hvor der i præmisserne henvises til en *“samlet vurdering.”*

Fra indførelsen af særejereformen i 1990 og frem til 2016, har der ikke været forelagt tilsvarende sager for Højesteret, og det var derfor i denne periode omdiskuteret, hvorvidt retsstillingen havde ændret sig som følge af særejereformens indførelse af brøkdelsæreje som en mulig særejeform. Som

¹³⁸ Hornslet, U.1985B.36: Højesterets dom af 29. maj 1984. Om særeje bestemt af tredjemand ved ejendomsoverdragelse med gavemoment, s. 1

¹³⁹ Ibid

opsummeret i betænkning nr. 1552/2015 kapitel 6, afsnit 2.1.1., herskede der to fortolkninger af retstilstanden. Den ene var, at retstilstanden var uændret i forhold til Højesterets afgørelserne fra 1984 og 1987, og at retstilstanden kunne opsummeres til at være, at når gavementet var tilstrækkeligt stort, formentlig på ca. 20 % eller mere, kunne gavegiver bestemme, at hele aktivet skulle være særeje. Var gavementet relativt lille, måske under 10 %, var gavegiver efter denne fortolkning afskåret fra at bestemme særeje. Når gavementet var i intervallet mellem ca. 10 % og ca. 20 %, fandt man, at det afhang af en konkret vurdering, hvori det skulle indgå, om gavementet absolut set var betydeligt, hvordan overdragelsessummen skulle berigtiges, og hvor stor usikkerhed der var om værdiansættelsen m.v. Den anden fortolkning gik på, at når et aktiv blev overdraget delvist som arv eller gave, der skulle være særeje, og delvist ved vederlag fra delingsformue eller ved gældsovertagelse, opstod der et *anpartssæreje*, således at kun den del af aktivet, der svarede til gavementet, var særeje, mens resten var delingsformue (forudsat modtageren i øvrigt havde delingsformue).¹⁴⁰ Efter Retsvirkningslovsudvalget fremkom med betænkningen i 2015, har Højesteret igen taget stilling til spørgsmålet ved i U2017.462/2H. Sagen omhandlede en datter, der havde fået overdraget en andel af en ejendom til hende med bestemmelse om særeje. Overdragelsessummen var 680.000 kr., hvoraf 300.000 kr. blev givet som gave. Datteren solgte efterfølgende ejendommen og købte samme år en ny ejendom for ca. 3,5 mio. kr., hvoraf ca. 2,1 mio. kr. blev betalt med provenuet fra salget af den første ejendom. I forbindelse med et skilsmissekifte påstod datterens ægtefælle, at ejendommen tilhørte datteren som anpartssæreje, hvorefter ca. 27 % var særeje og resten delingsformue. Datteren gjorde gældende, at ejendommen var hendes særeje som helhed, og at ægtefællen alene havde et vederlagskrav. Gavementet i forbindelse med erhvervelsen blev opgjort til ca. 44 %. Højesteret fandt, at *ejendommen måtte anses som datterens særeje i sin helhed. Det forhold, at en del af købesummen bestod af fælles ejemidler, kunne alene give grundlag for et vederlagskrav, og således ikke for et såkaldt anpartssæreje*. Højesteret fastslog med denne afgørelse, at det afgørende for, hvorvidt arvelader eller gavegiver kan bestemme særeje for *hele* aktivet, er at overdragelsen af aktivet indeholder et *betydeligt gaveelement*. Herefter var der ikke længere den samme tvivl om retstilstanden.

Denne retstilstand blev imidlertid ændret ved indførelsen af ægtefællelovens § 24, der som også beskrevet ovenfor gælder for tredjemands bestemmelse om særeje ved delarv og delgave. Baggrunden for denne ændring kan findes i bemærkningerne til lovforslaget. Det fremgår heraf, at ministeriet er af den opfattelse, at arveladere og gavegivere, der træffer særejebestemmelse, forventer, at hele aktivet er særeje, selvom det er behæftet. Ligeledes må det forventes, at modtageren og dennes ægtefælle går ud fra, at hele aktivet er særeje. Denne opfattelse er også i overensstemmelse med Højesterets

¹⁴⁰ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 62, der henviser til Betænkning 1552/2015

dom i U 2017.462/2 H, som imidlertid ikke afklarer, om der foreligger et betydeligt gavemoment, hvis gaveandelen er mindre end 44 %. Der blev af Retsvirkningslovsudvalget ene mindretal foreslået en lignende skønsmæssig bestemmelse. Ministeriet fandt dog, at en sådan retstilstand ikke var i overensstemmelse med ønsket om, at reglerne i den nye lov skulle være enkle og tydelige sådan, at ægtefæller, arveladere og gavegivere har mulighed for at få oplyst reglerne om særejebestemmelse for arv og gave. Det vil samtidig betyde, at en arvelader ikke ville kunne være sikker på, at en særejebestemmelse om et behæftet aktiv med en beskeden friværdi ville være gyldig, navnlig hvis arvelader først dør flere år efter oprettelsen af testamentet, hvor aktivets værdi er faldet. Dette fandt ministeriet derimod ikke var tilfældet for så vidt angår udvalgets flertals forslag, hvorefter et aktiv, der erhverves dels for særejemidler og dels ved gældsovertagelse eller lånoptagelse, er særeje, og at aktiver, der erhverves delvis for særeje og delvist for delingsformue, er brøkdelsæreje. Ægtefællelovens § 24 ses således at være en gennemførelse af det af Retsvirkningslovsudvalgets flertal foreslåede.¹⁴¹

9.3. Er der overhovedet tale om en arv eller gave?

På trods af, at ægtefællelovens § 24 gør op med den tidligere uklare retstilstand, hvorefter der skulle være et *betydeligt gavemoment* førend arvelader eller gavegiver kunne bestemme særeje for aktivet, er problemstillingen muligvis ikke helt afskaffet. Det gøres i den forbindelse gældende af Nikolaj Maul Sørensen, at der jo stadig skal være en gave- eller arveandel, og at problemstillingen dermed er flyttet fra at omhandle, hvorvidt der er et betydeligt gavemoment til, om der overhovedet er tale om en gave. Dette vil ifølge ham formentlig resultere i, at der efter bestemmelsen vil blive stillet krav om, at gavemomentet skal være *utvivlsomt*, idet tredjemand ikke har kompetence til at bestemme særeje, medmindre der er givet en gave. Et eksempel, hvorved denne problemstilling kan forekomme relevant er, såfremt der ydes en gave, der er overbehæftet med gæld, og derfor ikke indeholder et reelt gavemoment. Nikolaj Maul Sørensen problematiserer herefter, at der ved gavesalg ikke er tale om to uafhængige parter, men at hvis der er indgået en gaveanmeldelse til myndighederne, kan det være rimeligt at tage udgangspunkt i disse oplysninger.¹⁴² Problemstillingen ses i øvrigt ikke problematiseret i litteraturen. Bemærkningerne italesætter ikke problematikken direkte, men anfører, at bestemmelsen vil give en ægtefælle mulighed for egenhændigt at erhverve et aktiv ved en beskeden udbetaling af særejemidler med den konsekvens, at aktivet i sin helhed er særeje, hvorefter at også hele aktivets værdistigning er særeje.¹⁴³ Det fremgår i øvrigt heraf, at der ikke er grænser for, hvor små

¹⁴¹ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 64 f.

¹⁴² Adolphsen, Naur & Sørensen, Familieret, s. 228 f.

¹⁴³ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 64

brøkerne kan være, hvorfor der vil kunne opstå situationer, hvor et aktiv er brøkdelsæreje, selvom særejemidler kun udgjorde 1 procent af købesummen.¹⁴⁴

Spørgsmålet ses omtalt i betænkning nr. 1552/2015, hvorefter det fremgår, at udvalget havde overvejet, om der skulle stilles et mindstekrav til størrelsen på særejeindskuddet i forhold til aktivets værdi, før der opstår brøkdelsæreje. Udvalget forsøgte at udarbejde en bestemmelse, men opgav, idet denne blev for kompliceret. De foreslog herefter, at der ikke skulle fastsættes en mindstegrænse, og at der således i teorien ville kunne opstå situationer, hvor et aktiv er 1 % særeje. De anfører afslutningsvis, at det er den ægtefælle, der gør en bestemmelse om brøkdelsæreje gældende, der har bevisbyrden herfor, og at denne vil være vanskelig at løfte, hvis indskuddet af særejemidler er meget beskedent.¹⁴⁵

Det er således klart, at arvelader og gavegiver alene kan bestemme særeje for et aktiv, hvis der reelt set er ydet en arv eller en gave. Problemstillingen er således rigtigt set af Nikolaj Maul Sørensen. Der kan imidlertid sættes spørgsmålstejn ved, hvor store vanskeligheder dette må antages at volde i praksis. I de tilfælde, hvor der gives en gave, der er overbehæftet med gæld, må dette formentligt forholdsvis nemt kunne konstateres. Dette skal sammenholdes med, at det fremgår af bemærkningerne, at der ikke er grænser for, hvor små brøkerne kan være. Det er imidlertid korrekt, som også påpeget af Retsvirkningslovsudvalget, at bevisbyrden kan være vanskelig at løfte, såfremt indskuddet af særejemidler er meget beskedent.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 131

¹⁴⁵ Betænkning nr. 1552/2015, s. 331

¹⁴⁶ Betænkning nr. 1552/2015, s. 331

Kapitel 10: Retspolitiske betragtninger

Det følger af de indledende bemærkninger til lovforslaget, at et af hovedprincipperne bag moderniseringen af reglerne om ægtefællers økonomiske forhold var, at reglerne skulle være *enkle, tydelige* og skrives i et *klart sprog*, så ægtefællerne kunne forstå deres retsstilling. Det følger videre heraf, at loven så vidt muligt skulle give præcise svar på, hvordan ægtefællers formuer skal deles ved separation, skilsmisse og død, herunder hvilke aktiver, der ikke skal indgå i delingen, f.eks. særeje, pensionsordninger, m.v.¹⁴⁷ Dette er meningsfuldt, idet reglerne regulerer ægtefællernes økonomiske forhold under ægteskabet såvel som ved ægteskabets ophør, hvorfor reglerne har stor betydning for ægtefællers private forhold. Det er således afgørende, at reglerne er tilgængelige og overskuelige, særligt for ægtefællerne, men også for retsudøvere, der beskæftiger sig med området. Dette gør sig gældende for ægtefælleloven som helhed, herunder også for reglerne om tredjemandsbestemt særeje. Der kan imidlertid sættes spørgsmålstegn ved, om dette er tilfældet.

Afhandlingen har således haft til formål at fastlægge, hvilke muligheder arvelader og gavegiver har for at træffe bestemmelse om arv eller gave efter ægtefællelovens § 23, samt hvorvidt ægtefællerne har mulighed for at ændre på en sådan bestemmelse. Under udarbejdelsen heraf blev det imidlertid tydeliggjort, at der ses adskillige tvivlsspørgsmål i relation til bestemmelsen. Baggrunden for disse tvivlsspørgsmål ses primært at bestå i, at bemærkningerne til lovforslaget ikke ses at tage stilling til disse. Det fremgår eksempelvis ikke af bemærkningerne, hvorvidt ægtefællerne ved indbyrdes gave-dispositioner er omfattet af personkredsen i ægtefællelovens § 23. På samme måde ses bemærkningerne til lovforslaget ikke at forholde sig til, hvilke betingelser, arvelader eller gavegiver kan fastsætte for særejebestemmelsen, eller om et tredjemandsbestemt særeje kan genopstå. Dette kompliceres yderligere ved, at lovgiver på en række vigtige punkter har givet ægtefælleloven et andet indhold end de forslag, som blev fremsat i betænkning nr. 1552/2015 af Retsvirkningslovsudvalget. Dette kan give anledning til fortolkningstvivl, da man ved fortolkningen af bestemmelsen ikke på samme måde kan finde bidrag i betænkningen, som hvis udvalgets forslag var blevet fulgt. Der ses desuden en minimal retspraksis på ægtefællelovens område, hvorfor en klar og præcis lovgivning i særdeleshed ses af afgørende betydning for en ensartet retsanvendelse. Besvarelsen af problemformuleringen har således i høj grad været afhængig af, hvad der i den juridiske litteratur er anført omkring de enkelte problemstillinger. Dette er yderst retssikkerhedsmæssigt betænkeligt og kan ikke anses for at være en hensigtsmæssig retstilstand.

¹⁴⁷ Lovforslag nr. L 178 (2016-2017), s. 22

Hvis der er én ting, der ud fra ovenstående analyse af retsområdet kan siges at være afklaret, er det, at det meste er uafklaret. Som nævnt var et af hovedprincipperne bag lovrevisionen, at reglerne skulle være *enkle, tydelige* og skrives i et *klart sprog*, så ægtefællerne kunne forstå deres retsstilling. Dette kan lovgiver ud fra ovenstående ikke siges at være lykkedes med, for så vidt angår reglerne om tredjemandsbestemt særeje. Det forekommer således i høj grad uklart for arveladere og gavegivere, hvad der kan træffes bestemmelse om vedrørende arv og gave, ligesom det er uklart for ægtefællerne, hvad de kan gøre for at ændre på en bestemmelse herom. Afklaringen af tvivlsspørgsmålene afhænger i høj grad af, at retspraksis fremkommer med en stillingtagen til spørgsmålene, og man kan derfor frygte, at dette vil tage lang tid. Den årelange diskussion om anpartssæreje efter vedtagelsen af særejereformen i 1990'erne, der først blev afsluttet med Højesterets dom i U 2017.462/2 H, synes at indikere, at denne frygt har sin berettigelse.¹⁴⁸ Der ses derfor i høj grad et behov for lovgivers stillingtagen til de utallige tvivlsspørgsmål, der er forbundet med ægtefællelovens § 23, det være sig i selve ordlyden af bestemmelsen eller i bemærkningerne hertil.

¹⁴⁸ Bormann, Stæger & Trabjerg, Ægtefælleloven med kommentarer, forord s. 10

Kapitel 11: Konklusion

Ægtefælleloven indeholder den retlige regulering af ægtefællers økonomiske forhold, herunder reglerne om, hvad arvelader og gavegiver kan træffe bestemmelse om for arv og gave efter ægtefællelovens § 23. Efter bestemmelsens stk. 1, har arvelader og gavegiver mulighed for at træffe de samme bestemmelser om særeje, som ægtefællerne kan aftale efter § 12, dog ikke sumsæreje og sumdeling. Efter bestemmelsens stk. 2, kan arvelader og gavegiver bestemme, at modtageren og dennes ægtefælle skal kunne ændre en bestemmelse om særeje, og kan fastsætte betingelser herfor. Ordlyden fremstår præcist formuleret. Der synes derfor ikke umiddelbart at være nogen problemer forbundet med besvarelsen af spørgsmålet om, hvilke muligheder arvelader og gavegiver har for at træffe bestemmelse om arven eller gaven, samt hvilke muligheder ægtefællerne har for at ændre på denne. En nærmere analyse af bestemmelsen viser imidlertid, at dette på ingen måde er tilfældet. Der ses således talrige tvivlsspørgsmål forbundet med bestemmelsen. Flere af spørgsmålene lader sig ikke endegyldigt besvare, idet hverken bestemmelsens ordlyd eller bemærkningerne hertil ses at fremkomme med en stillingtagen hertil. En endelig afklaring af disse må derfor afvente retspraksis. I denne konklusion forsøges det at komme så tæt på en afklaring som muligt, med det væsentlige forhold for øje, at svarene i høj grad er baseret på den juridiske litteraturs behandling af spørgsmålene, som jo næppe kan anses for en retskilde.

Et af de behandlede tvivlsspørgsmål omhandler, hvorvidt ægtefællerne i relation til hinanden kan anses for arvelader og gavegiver efter ægtefællelovens § 23. Dette er af særlig relevans for spørgsmålet om, hvorvidt ægtefællerne på denne måde ved indbyrdes gavedispositioner kan omgå det krav om ægtepagt, der ellers i medfør af ægtefællelovens § 12 gælder for ægtefællers særejeaftaler. Afklaringen heraf må ske ud fra en fortolkning af de anvendte formuleringer i ordlyden og i bemærkningerne til lovforslaget. Der kan ud fra dette ikke udledes et klart svar, men mest synes at tale for, at ægtefællerne kan være omfattet af bestemmelsen også ved gavedispositioner.

Helt centralt for afhandlingens problemformulering er spørgsmålet om, hvilke bestemmelser om arv eller gave, arvelader og gavegiver kan bestemme. For så vidt angår særejeformer står det klart, at der kan bestemmes skilsmisssæreje, fuldstændigt særeje og kombinationssæreje. Derudover kan der træffes bestemmelse om, at særejet skal begrænses til at angå ét eller flere bestemte aktiver eller en brøkdelt eller procentdel. Det fremgår ikke af bestemmelsens ordlyd, om arvelader og gavegiver kan bestemme delingsformue. Dette må imidlertid antages at være tilfældet, jf. 1918-udkastet.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Udkast til lov om ægteskabets retsvirkninger (1918-udkastet), s. 171

Det ses derimod uafklaret, i hvilket omfang arvelader eller gavegiver kan fastsætte betingelser for henholdsvis særejebestemmelsen og for ægtefællernes ændringsadgang. For så vidt angår adgangen til at fastsætte betingelser for selve særejebestemmelsen, opstår særligt spørgsmålet om, hvorvidt denne kan begrænses til kun at angå ét bestemt ægteskab. Baseret på litteraturen samt bagvedliggende hensyn synes mest at indikere, at en sådan betingelse gyldigt kan fastsættes. I forhold til, hvilke øvrige betingelser, arvelader og gavegiver kan fastsætte i forbindelse med selve særejebestemmelsen, er det uklart, om der kan fastsættes andre betingelser end begrænsning i tid, idet ægtefællerne ikke selv kan fastsætte andre betingelser. Mest synes at tale for, at ægtefællelovens § 23, stk. 1 skal fortolkes ud fra dens ordlyd, hvorefter at *arvelader og gavegiver kan træffe de samme bestemmelser om særeje som ægtefællerne*. Arvelader og gavegiver kan herefter formentligt ikke fastsætte andre betingelser for selve særejebestemmelsen end begrænsninger i tid. I forhold til spørgsmålet om arvelader og gavegivers adgang til at fastsætte betingelser for ægtefællernes ændringsadgang, følger det af ægtefællelovens § 23, stk. 2, at der kan fastsættes betingelser herfor. Adgangen til at fastsætte betingelser for ændringsadgangen ses noget bredere, end den gør for selve særejebestemmelsen, hvilket navnlig er begrundet i den omstændighed, at hverken bestemmelsens ordlyd eller bemærkningerne på dette punkt ses at fremkomme med nogle begrænsninger. Arvelader og gavegiver kan herefter frit fastsætte betingelser for ægtefællernes ændringsadgang, og er formentligt alene begrænset af, at disse ikke må stride mod lov og ærbarhed, jf. DL 5-1-2.

Et andet centralt spørgsmål omhandler, hvilke muligheder ægtefællerne har for at ændre på arvelader eller gavegivers bestemmelse om arv eller gave. Hjemlen hertil findes i ægtefællelovens § 14, hvorefter ægtefællerne ved ægtepagt kan ændre på særejebestemmelsen, såfremt den er i overensstemmelse med tredjemands bestemmelse herom. Af de specielle bemærkninger til § 14 fremgår det, at denne bestemmelse skal forstås således, at et tredjemandsbestemt særeje kun kan ændres, såfremt tredjemand aktivt har bestemt, at dette kan ske. En sådan tilladelse kan både fremgå af den oprindelige bestemmelse, men kan også gives efterfølgende - for så vidt angår arv kan der eksempelvis bemyndiges en anden person til at kunne give tilladelse *efter* arven er falden. Har arvelader eller gavegiver opsat betingelser for ændringsadgangen, skal disse være opfyldt, førend ægtefællerne kan ændre bestemmelsen.

Hvis arvelader eller gavegiver ikke vil eller ikke kan give tilladelse til, at ægtefællerne kan ændre særejebestemmelsen, opstår spørgsmålet, på hvilke måder ægtefællerne da kan disponere over aktivet, så særejebestemmelsen får mindst mulig betydning i ægteskabet. Modtageren kan frit disponere over det modtagne ved at *forbruge* det eller ved at *sælge det til en tredjemand*. Ud fra en

formålsfortolkning af bemærkningerne til lovforslaget, samt ud fra almindelige omgængelsesbetragtninger, må det derimod ikke være muligt for modtageren gyldigt at *forære* aktivet til sin ægtefælle. Situationen ses derimod en anden for så vidt angår *salg til den anden ægtefælle*. Såfremt salget er reelt og ikke kan karakteriseres som omgængelse af særejebestemmelsen, må en sådan disposition gyldigt kunne foretages. Den modtagende ægtefælle vil jo stadig have sit særeje i behold, der nu som surrogat består af salgssummen. Ægtefællerne kan også mindske særejets betydning ved at træffe bestemmelse om, at en *gældspost* af samme størrelse i medfør af ægtefællelovens § 18 ikke skal fradrages i den modtagende ægtefælles delingsformue, men derimod belaste særejet. Endeligt kan ægtefællerne træffe bestemmelse om, at et beløb af samme størrelse skal være *særeje for den anden ægtefælle*, forudsat at der er tilstrækkelige midler i ægtefællernes delingsformue til en sådan aftale.

En særlig kompliceret problemstilling omhandler, hvorvidt et tredjemandsbestemt særeje kan genopstå, en problemstilling der ses todelt. For så vidt angår problemstillingen om, hvorvidt et særeje kan overleve én gang at være blevet til delingsformue og inddraget ved et skifte, vil det medføre en række bevismæssige problemstillinger, såfremt særejet på ny skulle genopstå i et nyt ægteskab. Almindelige identifikationsprincipper, viljesprincippet samt hele formålet med, at tredjemand er tilkendt adgang til at kunne træffe bestemmelse om særeje for arv og gave, taler alt sammen for, at et særeje genopstår i et nyt ægteskab i en sådan situation. I de tilfælde, hvor ægtefællerne ved ægtepagt har ændret aktivets formuestatus, er hensynene nogle andre, idet aktivet her ikke er blevet ligedelt. Problematikken omkredser spørgsmålet om, hvorvidt tredjemands *oprindelige* særejebestemmelse genopstår i et nyt ægteskab, når den i et foregående ægteskab er blevet ændret. Spørgsmålet ses uafklaret, men det mest hensigtsmæssige må være, at løsningen baseres alene på tredjemands bestemmelse, og ikke på et samspil mellem tredjemands bestemmelse og en ægtepagt fra et foregående ægteskab - en løsning, der også ses i overensstemmelse med viljesprincippet. En ægtepagt bør kun tillægges virkning inter partes, og det ses ikke at harmonere med formueretlige principper at tillægge denne vægt i et andet ægteskab. Dette understøttes videre af den omstændighed, at en ændring alene er en *undtagelse* til tredjemands bestemmelse om særeje, og på ingen måde bør blive den nye hovedregel. For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt arvelader og gavegiver kan vælge at formulere sin særejebestemmelse således, at et af ægtefællerne ændret særeje skal - eller ikke skal - genopstå i et nyt ægteskab, ses meget at tale herfor. Dette understøttes i høj grad af, at bemærkningerne til lovforslaget ikke ses at fremkomme med nogle begrænsninger i arvelader eller gavegivers muligheder for at fastsætte betingelser for ægtefællernes ændringsadgang. Arvelader eller gavegiver kan således formentlig ved udformningen af deres særejebestemmelse tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt et ændret særeje skal genopstå i dets oprindelige form.

En yderligere problemstilling er, hvilke muligheder arvelader eller gavegiver har for at træffe bestemmelse om særeje for *hele* aktivet i en situation, hvor der foreligger en delarv eller delgave. Med vedtagelsen af ægtefællelovens § 24, er problemstillingen vedrørende delarv og delgave forsøgt løst. Heraf fremgår det af stk. 1, at et aktiv, der erhverves for både delingsformue og særeje, er brøkdels-særeje, og af stk. 2, at et aktiv, der erhverves dels for særejemidler og dels ved gældsovertagelse eller lånoptagelse, er særeje. For så vidt angår stk. 1, hvorefter der opstår brøkdels-særeje, fastsættes brøken efter forholdet mellem de midler, der er *anvendt ved erhvervelsen*. Bestemmelsen giver anledning til tvivl, for så vidt angår, hvilke betalinger, der kan indgå heri, herunder om handelsomkostninger og bo- og gaveafgifter skal indgå. Spørgsmålet er uafklaret, men meget synes at tale for, at *handelsomkostninger* skal indgå i vurderingen, idet det er omkostninger, som i høj grad må anses for naturligt forbundet med selve erhvervelsen, og således betragtes som en del af den samlede økonomiske transaktion. I forhold til *bo- og gaveafgifter*, synes mest at tale for, at disse ikke skal indgå ved brøkfastsættelsen, særligt henset til, at betaling af disse ikke inden vedtagelsen af ægtefælleloven blev anset som et vederlag, og at det ikke fremgår af bemærkningerne, at der er tiltænkt en ændring i denne retsstilling. Foruden dette, kan bo- og gaveafgifter, i modsætning til handelsomkostninger, ikke på samme måde anses for at være udgifter, der er direkte relateret til selve erhvervelsen af aktivet. Det endegyldige svar på spørgsmålet må imidlertid afvente retspraksis.

Bilag: Litteraturliste

Love:

- Arvelov, senest bekendtgjort i lovbekendtgørelse nr. 1347 af den 15. juni 2021
- Lov om ægtefællers økonomiske forhold, senest bekendtgjort i lovbekendtgørelse nr. 774 af den 7. august 2019
- Lov om ægteskabets retsvirkninger, senest bekendtgjort i lovbekendtgørelse nr. 1814 af den 23. december 2015

Forarbejder og andet lovforberedende arbejde:

- Betænkning nr. 1552 af 2015 om ægtefællers økonomiske forhold afgivet af Retsvirkningslovsudvalget
- Forslag til lov om ægtefællers økonomiske forhold, nr. 178 fremsat den 29. marts 2017.
- Kommissorium for Retsvirkningslovsudvalget, den 3. september 2009
- Udkast til lov om ægteskabets retsvirkninger afgivet af den ved kgl. resolutioner af 25. juli 1910, 19. juni 1912 og 29. december 1914, 1918

Retspraksis:

- U 1967.249 H
- U 1984.564 H
- U 1987.763 H.
- U 2013.664 V
- U 2017.462/2 H
- U 2017.858 H

Juridisk litteratur:

- Adolphsen, Caroline, Eva Naur og Nikolaj Maul Sørensen, ”*Familieret*”, 5. udgave, Djøf Forlag, 2023
- Andersen, Eigil Lego, ”*Gavebegrebet – Gavereglerne og deres anvendelsesområde*”, G. E. C. Gads Forlag, 1988
- Bormann, Anne Louise, John Hartmann Stæger og Ib Hounsgaard Trabjerg ”*Ægtefælleloven med kommentarer*”, 1. udgave, Karnov Group, 2019
- Grønborg, Jørgen U., ”*Ægtefælleloven med kommentarer*”, 1. udgave, Synopsis.dk, 2021

- Munck, Noe og Finn Taksøe-Jensen, ”Særeje – Nye særejeformer og deres betydning ved generationsskifte”, GadJura, 1996
- Munk-Hansen, Carsten, ”Retsvidenskabsteori”, 3. udgave, Djøf Forlag, 2022
- Nielsen, Linda og Annette Kronborg, ”Skilsmisseret – de økonomiske forhold”, 5. udgave, Karnov Group, 2021
- Nørgaard, Irene, ”Formueordninger mellem ægtefæller efter gennemførelsen af særejereformen i 1990 – særligt om ægtefællers indbyrdes aftalemuligheder”, 1. udgave, Djøf Forlag, 2001
- Sørensen, Nikolaj Maul, ”Sumsæreje og sumdeling”, 1. udgave, Djøf Forlag, 2023

Ugeskrift for retsvæsen:

- Abrahamsen, Gitte Meldgaard, ”Begrebsafklaring eller begrebsforvirring?”, Ugeskrift for retsvæsen (UfR) 2018B.46
- Holdgaard, Marianne ”Tredjemandsbestemt særeje - ægtefællernes mulighed for at etablere fælleseje”, Ugeskrift for retsvæsen (UfR) 2005B.153
- Hornslet, Mogens, ”Højesterets dom af 29. maj 1984. Om særeje bestemt af tredemand ved ejendomsoverdragelse med gavemoment”, Ugeskrift for retsvæsen (UfR) 1985B.36
- Trolle, Jørgen, ”Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden januar-juni 1967”, Ugeskrift for retsvæsen (UfR) 1967B.250

Tidsskrift for familie- og arveret:

- Møller, Kristian Gammelgaard, ”Genopståen af ophævet tredjemandsbestemt særeje”, Tidsskrift for familie- og arveret (TFA) 2022.234

Anden litteratur:

- Danmarks Statistik. ”Stagnering i antal skilsmisser i 2023”, den 12. februar 2024
- Folketinget. ”Hvad er forskellen på en udvalgsbetænkning og en kommissionsbetænkning”