

# Slovenski Pravniki.

Leto XXI.

V Ljubljani, 15. junija 1905.

Štev. 5. in 6.

## Se je li izvršba na že plačano, a knjižno še bremenečo hipotekarno terjatev spremenila vsled določbe §-a 308 izvrš. reda?

Spisal Fr. Pernuš.

(Konec.)

V literaturi se je kmalu pojavilo vprašanje, če se ni popisani pravni položaj spremenil vsled uvedbe novega izvršilnega reda, ki obsega natančnejše in podrobnejše določbe o izvršbi na terjatve. Z razpravo, izišlo v Gellerjevem »Centralblattu«, drugi zvezek za l. 1901, skuša dr. Weisskopf temeljem določil izvršilnega reda dokazati, da izvršba na že plačano, pa še bremenečo hipotekarno terjatev ni dopustna. Dr. Weisskopf se pri tem sklicuje na to, da zahteva veljajoči izvršilni zakon za izvršbo na hipotekarne terjatve v §-u 320 prvič rubež terjatve, drugič pridobitev nadzastavne pravice; prepoved plačila da pa ne more imeti učinka, ker je terjatev že bila poplačana. Zahtevajoči upnik da ni pridobil tudi nikake nadzastavne pravice; kajti pravica do potega, katero pridobi zahtevajoči upnik na podlagi preodkaza v poteg in ki je le »eine vorgeschrittene Phase des Pfandrechtes, in welcher die Befugnisse, die im Pfandrechte latent vorhanden sind, zur Aktivität gebracht werden,« koje temelj je torej zastavna pravica, nima vsled določil §-ov 322 in 308 izvrš. reda nikakega učinka zoper hipotekarnega dolžnika, kojega dolg je že ugasnil. Radi te relacije med pravico do potega in zastavno pravico, ter iz okolnosti, da ne ravna upnik, izvajajoč pravico do potega, kakor »in rem suam« pooblaščenec zavezanca, temveč da izvršuje le svojo lastno pravico, sklepa dr. Weisskopf, da je neveljavna nadzastavna pravica, ker je neveljavna pravica do potega, ki je prvi podlaga. Dr. Weisskopf izvaja iz zaključka, da je eksekutivna nadzastavna pravica neveljavna radi ugovora, da

je hipotekarna terjatev že plačana, nadalje, da je prenos zastavne pravice, izvršivši se temeljem preodkaza mesto plačila, neveljaven. To dedukcijo utemeljuje s tem, da se izvrši ne le preodkaz v poteg, nego tudi preodkaz mesto plačila glasom §-a 303 izvr. r. le po meri zastavne pravice, pridobljene za zahtevajočega upnika, in da je preodkaz mesto plačila »bloss die Verwertungs- und Ausübungsform des Afterpfandrechtes«, »nicht wie die vertragsmässige Cession ein primärer Rechtserwerb;« ker je torej neveljavna nadzastavna pravica, tvoreča temelj preodkazu mesto plačila, zatorej da mora biti neveljaven tudi preodkaz mesto plačila.

Dr. Weisskopf skuša, kakor je razvidno, dokazati neveljavnost nadzastavne, izvršilnim potom pridobljene pravice na »indebite« bremenečo hipotekarno terjatev le za preodkaz v poteg iz naznačenih izvršilnopравnih določil. Glede preodkaza mesto plačila ne izvaja neveljavnosti nadzastavne pravice posebej iz določil izvršilnega reda, marveč postavlja trditev, da je nadzastavna pravica neveljavna, ne da bi jo posebej dokazoval, za premiso, ter sklepa neveljavnost prenosa zastavne pravice, izvršivšega se temeljem te navidezne nadzastavne pravice.

Tej argumentaciji ter iz nje izvajanim zaključkom pa ne moremo nikakor pritrditi.

Kar se tiče najpreje trditve, da ne more imeti prepoved plačila, izdana hipotekarnemu dolžniku, nikakih učinkov, ker je dolg že poplačan, moramo poudarjati, da je imeti ravno vsled publicitetnega principa že ugaslo terjatev za zahtevajočega upnika še za pravno obstoječo; kajti izvršilni red ni nikakor spremenil dosedaj veljavnega materialnega prava. Dalje pa je treba opomniti, da je težišče oprave eksekucije pri izvršilu na hipotekarne terjatve v aktu vknjižbe nadzastavne pravice in da ima prepoved plačila, ki se izda, le namen, obvestiti hipotekarnega dolžnika, da je zahtevajoči upnik zadobil na zarubljeni terjatvi nadzastavno pravico, da pa je ta nadzastavna pravica pridobljena že v trenutku vpisa v javno knjigo; kajti za vrstni red te nadzastavne pravice je merodajen čas, ko se vloži izvršilni predlog, oziroma če ni dovoljujoče sodišče zaeno knjižno sodišče, čas, ko dospe prošnja za izvedbo vpisa k zemljiškoknjižnemu sodišču, ne glede na to, če je prepoved plačila, katero je sicer

v vsakem slučaju izdati in dostaviti hipotekarnemu dolžniku in zavezancu, ob tem času hipotekarnemu dolžniku že vročena ali ne.

Ta, izvršbo uvajajoči čin zadene neposredno le zastavno pravico, ki se v varnost terjatve drži zemljišča. Na tej zastavni pravici dobi zahtevajoči upnik povsem novo pravico, ki je docela različna od prve in katere ne ovirajo hibe, držeče se prve, ne da bi bile razvidne iz javne knjige ali da bi bile postale pridobitelju sicer znane. Posredno pa zadene ta uvodni čin tudi terjatev, za katero je osnovana zastavna pravica, ker se z ene strani omeji pravica upnika, terjatev izterjati, z druge strani pa pravica dolžnika, pravnoveljavno svojemu upniku plačati toliko, da more vršiti to svojo pravico le v sporazumljenju in s sodelovanjem nadzastavnega upnika.

Z vknjižbo nadzastavne pravice je odtegnena torej terjatev poljubni dispoziciji upnika in s tem je vse potrebno ukrenjeno, da se terjatev ohrani za zahtevajočega upnika.

Temeljem vknjižene zastavne pravice se preodkazuje potem zarubljena terjatev v svrhu vnovčenja zahtevajočemu upniku bodisi v poteg, bodisi namesto plačila.

Preodkaz v poteg pooblašča zahtevajočega upnika, da izterja terjatev svojega zavezanca zoper hipotekarnega dolžnika imenom zavezanca. Preodkaz v poteg je torej prenos zavezancu pristojajočih upniških pravic na zahtevajočega upnika. Glasom jasnega zakonovega določila uveljavlja zahtevajoči upnik te v §-u 308 izvrš. r. določneje označene pravice imenom zavezanca, toda v svojo lastno korist, vsled česar se tak zahtevajoči upnik povsem opravičeno primerja s prokuratorjem »in rem suam.«

Dr. Weisskopf oporeka, sklicujé se na določbo §-a 310, *al.* 1 izvrš. r., vsled katere je zahtevajoči upnik obvezan naznaniti zavezancu spor, da bi bilo stališče zahtevajočega upnika le stališče vedno le prokuratorja »in rem suam«; kajti v naznanitev spora »weil sie zwei Parteien (Haupt- und Nebenpartei) schaffe,« obvezan je »der Rechtsnehmer, nie der mit seinem Machtgeber identische Bevollmächtigte.« Priznati je sicer, da ni stališče zahtevajočega upnika popolnoma enako s stališčem prokuratorja »in rem suam«, ker ne sme vsled odločbe §-a 310, odst. 3 izvr. r. poljubno odlašati izterjavanja preodkazane terjatve, kar pač sme storiti pravi

prokurator »in rem suam«. Vendar pa moramo z ozirom na jasno določbo §-a 308, odst. 1 izvrš. r. in z ozirom na določbo odst. 2 istega določila, glasom koje se ugovori, izvirajoči iz pravnega razmerja med zahtevajočim upnikom in dolžnikovim dolžnikom napram prvemu ne morejo uspešno uveljavljati, zanikati, da izvršuje zahtevajoči upnik, ko iztožuje preodkazano terjatev, »nicht nur das Recht, das er namens des Verpflichteten geltend macht, sondern auch sein eigenes Pfandreht.« Temu bi mogli le tedaj pritrditi, če bi uvideli izvrševanje zastavne pravice v tem, da izvaja zahtevajoči upnik svojo legitimacijo za tožbo iz preodkaza v poteg, izvršivšega se temeljem pridobljene nadzastavne pravice. Vsekakor je pravica do potega učinek, posledica nadzastavne pravice; med obema obstoji brezdvomno neka relacija, toda to razmerje nikakor ni takšno, da bi bilo dopustno sklepati iz neveljavnosti pravice do potega, nastopivše radi ugovora hipotekarnega dolžnika, da je terjatev že plačana, na neveljavnost nadzastavne pravice, tvoreče podlago pravici do potega. Kajti to, da more hipotekarni dolžnik ugovarjati zahtevajočemu upniku, ki iztožuje v poteg mu preodkazano terjatev, z uspehom ugasnitev te terjatve, je le neizogibna konsekvence zakonovega določila §-a 308 izvrš. r., da izterjuje zahtevajoči upnik v poteg mu preodkazano terjatev v imenu zavezanca; ker torej postopa vsled izrecnega zakonovega določila kakor zastopnik zavezanca, dajo se napram njemu uveljavljati po splošnih pravnih načelih vsi ugovori, ki so utemeljeni zoper zastopanega. Sicer ne temelji to zastopniško razmerje na prostovoljnem dogovoru med zahtevajočim upnikom in zavezancem, temveč se opira na zakon; kakor v mnogih drugih slučajih, dopolnjuje zakon voljo zavezanca. Ker temu zastopniškemu razmerju ni podlaga dogovor med zavezancem in zahtevajočim upnikom, temveč nadomešča voljo prvega sodni preodkazni sklep, zatorej je umljivo, zakaj da nalaga § 310, odst. 1 izvrš. r. zahtevajočemu upniku dolžnost, da naznani zavezancu spor; kajti zavezanec bi sicer niti ne zvedel, da se njegova terjatev iztožuje. Zahtevajoči upnik, kateremu se je terjatev v poteg preodkazala, pa uveljavlja vzlic obvezi, da mora naznaniti spor, na podlagi preodkaza zavezancu pristoječo terjatev imenom zavezanca, čeprav za svoj račun. Ker je torej pravno razmerje med onim, ki je v naznanitev spora obvezan,

in onim, kateremu se naj naznani, popolno različno od pravnega razmerja, vladajočega med temi osebami v normalnih slučajih naznanitve spora, zatorej ni dopustno, iz pojma naznanitve spora izvajati sklep, da izvršuje zahtevajoči upnik, ko iztožuje preodkazano terjatev, zaeno svojo nadzastavno pravico, če se ne smatra že za izvrševanje nadzastavne pravice okolnost, da izvaja zahtevajoči upnik legitimacijo za tožbo iz preodkaza v poteg, ki se opira na nadzastavno pravico. S tožbo nastopajoči preodkazni upnik uveljavlja vsled pooblastitve sodišča, dane mu s preodkazom v poteg, le pravico zavezanca zoper hipotekarnega dolžnika po meri pravnega razmerja, obstoječega med tema dvema. Če je torej pravica zavezanca ugasnila, je povsem naravno, da učinkuje ugasnitev pravice tudi napram zahtevajočemu upniku, ki nastopa s tožbo v imenu zavezanca. Nedopustna pa se nam zdi dra. Weisskopfa konkluzija, ki izvaja iz brezuspešnosti iztoževanja hipotekarne, v poteg predkazane terjatve sklep, da ne obstoji temelj preodkaza — nadzastavna pravica. Kajti iz tega dejstva le izhaja, da zahtevajoči upnik tem potom ne pride do plačila; ta smoter pa lahko doseže na drug način. Po §-u 311 izvrš. r. se zahtevajoči upnik lahko odpove pravicam, pridobljenim po preodkazu v poteg, ne da bi vsled tega izgubil svojo izvršljivo terjatev ali zanjo osnovano nadzastavno pravico; na to zakonovo določilo se moremo sklicevati za nadaljni dokaz, da ni takšne relacije med nadzastavno pravico in med pravico do potega, kakršno zatrjuje dr. Weisskopf. Če bi namreč bilo tako razmerje, morala bi očitvidno odpoved zahtevajočega upnika, s katero se odreče pravicam iz preodkaza v poteg, imeti kak vpliv na nadzastavno pravico, osnovano za hipotekarno terjatev; toda zakon določa v §-u 311 izrecno nasprotno, ker veleva, da ostani nadzastavna pravica nespremenjena v veljavi, akoprav se je zahtevajoči upnik odpovedal pravici do potega.

Iz dosedaj navedenega izhaja, da zahtevajoči upnik potom preodkaza v poteg sicer ne doseže zaželenega smotra — plačila terjatve — če je hipotekarna terjatev, ki se nahaja v izvršilu, že ugasnila, da pa je brezuspešnost iztoževanja v poteg preodkazane hipotekarne terjatve nerelevantna za obstoj nadzastavne, na njej osnovane pravice, da marveč slednja nima s pravico do potega iste usode in da obstaja še dalje vzlic brezuspešnemu

uveljavljanju preodkazane terjatve po meri nje (nadzastavne pravice) obstoja za časa vknjižbe.

Po docela drugačnem potu hoče dr. Weisskopf dokazati, da že po določenih izvršilnega reda o preodkazu mesto plačila izvršba na »indebite« bremenečo hipotekarno terjatev ni dopustna. Dočim namreč izvaja pri preodkazu v poteg že iz določb eksekucijskega reda o tem pravnem institutu sklep, da nadzastavna pravica, pridobljena na »indebite« bremeneči hipotekarni terjatvi ni veljavna, postavlja tukaj trditev, da nadzastavna pravica ni veljavna, ne da bi to trditev posebej izvajal, za premiso ter iz te premise sklepa, da je neveljaven preodkaz mesto plačila temelječ na neveljavni nadzastavni pravici. Temu nazoru ne moremo pritrditi. Sicer smo popolnoma dr. Weisskopfovega mnenja, da je nazor Ehrenzweigov, po katerem je izvršilno na »indebite« bremeneči hipotekarni terjatvi osnovana nadzastavna pravica neveljavna, vzlic temu pa naj je preodkaz mesto plačila, ki se izvrši na podlagi te neveljavne nadzastavne pravice, vendar povsem veljaven — s tega stališča neopravičen in to radi tega, ker preodkaz mesto plačila ni primerna pridobitev pravice kakor pogodbeni cesija, marveč le oblika vnovčenja in izvrševanja nadzastavne pravice. To izhaja posebno jasno iz norme §-a 303 izvrš. r., po kateri je preodkazati zarubljeno terjatev zahtevajočemu upniku le po meri nadzastavne, na njej osnovane pravice. Zgoraj označenega mnenja dra. Weisskopfa pa zato ne odobravamo, ker tukaj ne izvaja neveljavnosti eksekutivne nadzastavne pravice na že plačani, pa še zavarovani hipotekarni terjatvi posebej iz določb izvršilnega reda glede preodkaza mesto plačila, ampak opira svoje dedukcije na trditev, da je nadzastavna pravica neveljavna, katere trditve utemeljenost je, kakor zgoraj navedeno, skušal izvesti iz določb izvršilnega reda o preodkazu v poteg. Ker pa smo že zgoraj obrazložili, da ta trditev v izvršilnopravnih določbah o preodkazu v poteg ni utemeljena in ker se nazor, da izvršba na »indebite« bremenečo hipotekarno terjatev ni dopustna, dalje tudi z določbami materialnega prava ne strinja, zatorej ne more biti sklep dra. Weisskopfa, izveden iz neprave premise, resničen.

Določbe izvršilnega reda o izvršbi na terjatve torej nikakor ne podpirajo mnenja, da izvršba na »indebite« bremenečo hipotekarno terjatev ni dopustna. Določba §-a 308 izvr. r. je vsekakor

omejila možnost vnovčenja že plačane, pa še bremeneče hipotekarne terjatve v toliko, da preodkaz v poteg zahtevajočemu upniku radi ugovora, da je zarubljena terjatev že plačana, ne pomore do plačila, ker iztožuje po §-u 308 izvr. r. zahtevajoči upnik hipotekarno terjatev imenom zavezanca. Ker pa se more glasom §-a 311 izvr. reda zahtevajoči upnik, odpovedati pravicam, pridobljenim s preodkazom v poteg brez vsake škode za svojo nadzastavno pravico in ker si more nato dati preodkazati terjatev mesto plačila ali pa uvesti na njo prisilno upravo in ker pravni institut preodkaza v poteg občemu sodnemu redu ni bil znan, zatorej ne pomeni omejitev možnosti vnovčenja, izhajajoča iz §-a 308 izvrš. r. nikake modifikacije izvršila na že ugaslo, pa še bremenečo hipotekarno terjatev.

## Iz pravosodne prakse.

### Civilno pravo.

a) Kedar je pravno opravilo enotno, postane nično in neveljavno, če se izkaže, da le eden sopogodnikov ni bil sposoben za dotično opravilo; tudi sopogodnik ima pravice iz §-ov 877 in 1435 o. d. z. — Dokazovanje slaboumnosti. — Povračilo prenosnine? — Zahteva ugotovitve po §-u 228 c. pr. r. ni, če gre za ugotovitev kakor del tožbene zahteve.

C. kr. okrožno sodišče v Celju je v pravdi Marije P. za sebe in kakor varuhinje ned. Franca, Marije, Antona, Kristine in Urše P. ter Lukeža P. kot sovaruha imenovanih ned. otrok proti tožencu Antonu Z. zaradi pripoznanja neveljavnosti dveh kupnih pogodb i. t. d. na podlagi dne 22. junija 1903 z obema strankama opravljene ustne razprave razsodilo:

I. Ugotovi se, da sta kupna pogodba z dne 31. julija 1900, s katero je toženec prodal svoje zemljišče vl. šte. 64 k. o. Spodnji Dolič s premičninami vred zakoncema Ignacu in Mariji P. za 20.000 kron, in kupna pogodba z dne 21. maja 1901, s katero sta zakonca Ignac in Marija P. nazaj prodala isto zemljišče in premičnine tožencu za 16.000 kron, neveljavni.

II. Ugotovi se, da pristojate tožnikom proti tožencu naslednji terjatvi: