

# Slovenski Pravniki.

Leto XXXI. V Ljubljani, 15. novembra 1915. Št. 10. in 11.

## Lastnikova hipoteka.

Spisal dr. Fran Mohorič.

### I. Pravno razmerje med dolžnikom in hipotekarjem vobče.

Izhodišča v stvarnem oziru je za spoznanje problema o lastnikovi hipoteki iskati v deljivosti tvarine, ki jo obsega hipotečno pravo v svojem vsestranskem pomenu. Predpogoj nastanku hipoteke je osebna zaveza, namreč osebna terjatev, odnosno osebni dolg.

Zavarovanje osebne terjatve se da doseči na dvojen način, namreč z osebnim jamstvom, to je poroštvom (§ 1344 o. d. z.) in stvarnim jamstvom. Poroštveno jamstvo je izključno omejeno na obseg in čas glavnega dolga, ne da se ločiti od njega in ugasne samoobsebi, kadar ugasne glavni dolg. (§ 1363).

Povsem drugačnega pomena je stvarno jamstvo, bodlisi da je ročna zastava, ali pa nepremičninska, knjižna zastava — hipoteka.

Že pri ročni zastavi lahko ugasne osebna dolžnikova zaveza, zlasti potom zastaranja, dočim ostane zastavna zaveza ne-

### Viri.

1. Exner Dr. A.: Das österr. Hypothekenrecht. — 2. Burkhard Dr.: System des österr. Privatrechtes. — 3. Bartsch Dr.: das österr. Grundbuchsrecht, 5. izd. — 4. Krasnopolski Horaz Dr.: Wiener Zschrift, zv. 8. — 5. Strohal Emil Dr.: Über die Eigenthümerhypothek, Zentr. Bl. 1884, in predavanju. — 6. Demelius Dr.: Grundriss des österr. Sachenrechtes. — 7. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig: System des österr. Privatrechtes, 4. izd. — 8. Canstein: Das österr. Civilprozessrecht, Komp. II. 1885 str. 655. — 9. Kosnutku novele obč. drž. zakonika. a) Steinlechner; b) Seeman, Kafka 1908; b) Last: Prager Jur. Vjschr. 1908; c) Steiner: Not. Z. 1909/21—26. — 10. Nemški državljanski zakonik. — 11. Švicarski državlj. zakonik. — 12. Osnutek ogrskega drž. zakonika. — 13. Glej nekaj podrobne književnosti v poročilu komisije za justične zadeve št. 78 prilog k stenogr. zapisniku gosp. zbornice, XXI. zasedanja 1912. — 14. Pfersche: Grundriß des österr. Sachenrechtes, IV, str. 87. — 15. Pravosodje: glej navedbe tekom razprave.

dotaknjena. Zlasti pa lahko gresta svojo posebno pot osebna zaveza dolžnikova in zastavna zemljiškoknjižna zaveza dolžnika samega ali stranskega zastavljalca, in je torej možno, da hipotekarna zaveza doseže nasproti dolžnikovi osebni zavezi istočasno ali naknadno neodvisno samostojnost.

Važen za rešitev problema o lastnikovi hipoteki je konstitutivni pomen knjižnega vpisa za pridobitev, premenitev in razveljavitev (ugasnitev) vseh stvarnih, zemljiškoknjižnih pravic (§ 4 o. z. z.), torej tudi hipoteke.

Vendar se izjemoma tudi pridobi ali ugasne hipoteka izven in brez knjižnega vpisa.

V tem oziru naj služijo za izvenknjižno pridobitev hipoteke nekateri primeri: a) pridobitev hipoteke vsled dedovanja, ker tu pridobi dedič z dedščino ob enem tudi hipoteko že pred knjižnim prepisom; b) enako je po starem sodnem redu mogel upnik dolžnikovo hipoteko izdražiti in je postal z domikom (ustanovitvene veljave) že lastnik hipoteke. Sedaj je izdražitev hipoteke v §-u 321 izvrš. r. prepovedana, pač pa je ob določbi §-ov 294<sup>b</sup>, 303, 324 možno, da se hipoteka, pridobivna že z vročbo prepovedi dolžnikovemu dolžniku, zarubi in preodkaže namesto plačila istočasno v enem sklepu, in dejansko je tudi možno (vsaj potom spregledanja), da se zaht. upniku in tretjemu dolžniku dostavi ločen preodkaz hipoteke pred njeno vknjižbo; v tem slučaju bi pridobil zaht. upnik preodkazano hipoteko pred knjižnim vpisom.

V tej zvezi je omenjati tudi važnega slučaja po § 1358 o. d. z., ko prehaja hipoteka izven knjižnega vpisa na novega upravičenca; porok namreč, ki plača, stopi ipso iure v vse pravice plačanega upnika zoper dolžnika, torej tudi v pravico upnikove hipoteke. Bilo bi sicer domnevati, da po plačilu ugasne glavna terjatev (osebna zaveza) s poroštvom vred, toda državljansko pravo daje poroku vse pravice glavnega upnika zoper dolžnika na razpolago. Če je po poroku plačani dolg zavarovan z ročno zastavo ali hipoteko, onda pridobi porok s terjatvijo glavnega upnika tudi ročno zastavo in zlasti hipoteko. Zbok splošnega besedila §-a 1358 o. d. z. («kdor plača . . .») velja ta določba tudi za vsakega stranskega plačnika<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Tako zlasti tudi Strohal, nasprotno v najnovejšem času judikat številka 208.

V vseh teh slučajih ima knjižni vpis prenos hipoteke samo deklarativni pomen.

Zanimiva je zlasti varščińska hipoteka. S knjižnim vpisom je le zasiguran okvir za morebitno bodočo hipoteko, ni pa še ž njim dosežena dejanska hipoteka. V slučaju zemljiške dražbe je v zmislu § 171<sup>3</sup> izvrš. r. pozvati hipotekarja, da najpozneje na dražbenem naroku pred začetkom dražbe prijavi dejanski obstoj in obseg nastale terjatve.

Ali je za prenos varščińske hipoteke potreben vpis? Zakon razun § 171<sup>3</sup> nima nobene določbe, do kdaj naj varščiński hipotekar izkaže svojo dejansko terjatev. Zato tudi za prenos te terjatve ni merodajen vpis, odstopojemnik pa se s prevzeto terjatvijo lahko izkaže šele končno pred dražbo ali tudi še pzneje, ker § 171<sup>3</sup> ne ustanavlja nobene sankcije.

Enak je položaj pri hipotekah, ki so vknjižene na korist imetnikov vrednostnih papirjev. Tukaj hipoteka ni vknjižena na ime hipotekarja, upravičenci so vsakokratni imetniki vrednostnih papirjev, in s pravico na papirju prehaja ob enem hipotekarna pravica na novega imetnika.

Kakor za pridobitev ali premenitev, tako so tudi za ugasnitev hipoteke možni slučaji izven in brez knjižnega vpisa; toda pokazalo se bo, da le v najmanjšem obsegu, in da ima načelo knjižnega vpisa zlasti glede na ugasnitev hipoteke prav dalekosežen pomen.

V tem oziru je strogo razločevati med stvarnopravno (materijalno) in knjižnopravno (formalno) ugasnitvijo hipoteke.

Materijalnopravno bi imela ugasniti in često tudi ugasne pravica hipotekarja s plačilom ali plačilnim nadomestkom (*datio in solutum*); s tem ugasne redno tudi materijalno njegova hipoteka, toda ni malo slučajev, ko se to ne zgodi, tako na primer:

a) osebna tožba more zastarati, medtem ko hipotečna tožba ne zastara; z zastaranjem ugasne sicer osebni, ne pa hipotekarni zahtevek;

b) enako se lahko upnik odreče pogodbenim potom terjatvi in tožbi osebnega dolga, a si pridrži veljavo in izterjevanje hipotekarnega dolga;

c) osebni dolžnik more biti zlasti tudi juristična oseba; možno je zastaranje osebnega dolga zoper njo; krivično bi bilo, če bi obenem morala ugasniti tudi hipoteka.

d) Pri izvršilni dražbi je možno, da hipotekarni upnik dogovorno z izdražiteljem ali že glasom dražbenih pogojev pusti terjatev tudi za naprej vknjiženo na zemljišču (§§ 171<sup>2</sup>, 223 izvrš. r.), in tako je prvotni dolžnik oproščen vsake nadaljnje osebne zaveze.

Formalno pravno pa nasprotuje ugasnitvi materialno ugasle hipoteke njen knjižni vpis in sicer deloma že sam obsebi, deloma pa v zvezi z drugimi naknadnimi pravnimi dejstvi.

Eden sam slučaj je tak, da z materialno ugasnitvijo hipoteke ugasne hipoteka tudi formalno brez vknjižnega vpisa. To je slučaj pri varščinski hipoteki v zmislu § 14 o. z. z. za varnost kredita, posloводства, jamstva ali odškodnine itd. Če po vknjižbi varščinske hipoteke ni nastala nikaka dejanska terjatev, je postala varščinska hipoteka brezpredmetna, in so v tem slučaju tudi poznejšnji hipotekarji upravičeni zahtevati izknjižbo varščinske hipoteke in napredovati za njeno mesto v vrstnem redu. Varščinska hipoteka je ustanovljena samo »sub conditione iuris«, da v njenem obsegu zares nastane dejanska terjatev.

## II. Pravni položaj »de lege lata«.

Po tem splošnem pregledu se je ozirati na stališče naših zakonov.

Načelo konstitutivnosti knjižnega vpisa, ki je izrečeno v § 4 o. z. z. tudi za ugasnitev vknjiženih terjatev, ima stvojo neposredno popolnitev v dveh mestih obč. drž. zakonika, in posredno še v nadaljni točki.

V prvi vrsti je o tem navajati določbo §-a 469 o. d. z.: »S poravnanjem dolga neha zastavna pravica. Zastavodavec je pa zavezan poravnati dolg samo, če se mu hkrati zastava vrne. Za razveljavljenje hipoteke ne zadošča samo poravnanje dolga. Hipotekarno posestvo ostane zaseženo tako dolgo, dokler ni zadolžnica izbrisana iz javnih knjig.«

Z drugimi besedami pomeni ta določba, da z materialno ugasnitvijo hipotekarne pravice še ne preneha hipoteka v formalnem

oziru. Hipotekarni upnik sicer nima več pravice do plačila, vendar pa ostane še neizknjižena hipoteka činitelj juristične veljave, razun v edinem slučaju neizrabljene kreditne hipoteke.

Materijalno ugasla, a neizknjižena hipoteka pa obdrži veljavo v dvojnem oziru, a) nasproti poznejšnim hipotekarjem in b) nasproti lastniku hipotekarnega zemljišča.

Ad a) Nasproti poznejšnim hipotekarjem ostane materijalno ugasla hipoteka na svojem vrstnem mestu — in poznejšnji hipotekarji se ne morejo pomakniti v vrsti naprej, tudi v obče nimajo pravice terjati izbrisa te hipoteke tako dolgo, dokler ostane dolžnik še sam lastnik zemljišča. To pravico pa imajo takrat, kadar se je zemljišče prodalo na prisilni dražbi izdražitelju, ki pridobi z domikom na izviren način lastnino izdraženega zemljišča. Z domikom namreč izgubi lastnik vsako razpolago glede poprej lastnega zemljišča, in tudi vsak vpliv na materijalno ugaslo, a še naprej vknjiženo hipoteko (§§ 213, 231, 232 izvrš. r.).

Ad b) Možna je pridobitev materijalno ugasle a neizknjižene hipoteke iz razloga zaupanja v javno knjigo. N. pr. poplačani hipotekar odstopi neizknjiženo hipoteko dobrovernemu odstopojemniku, ki pridobi popolnoma veljavno hipoteko, čeprav je ni imel odstopnik.

Pa tudi izven slučaja zaupanja v javno knjigo je lahko ugasla, a neizbrisana hipoteka predmet veljavnega razpolaganja. N. pr. hipotekarna tožba je zastarana, lastnik pa se odreče pravici uveljavljati zastaranje. Ali: lastnik plača hipotekarja, hipoteka pa se ne izknjiži; pozneje najde lastnik kredit v obsegu prve hipoteke. Dogovorno z lastnikom izda sedaj hipotekar odstopnico za plačano terjatev na korist novemu upniku, in na podlagi te odstopnice se prenese prvotna, vmes materijalno ugasla, a na novo oživljena hipoteka na novega hipotekarja kakor odstopojemnika. Pravosodje vrhovnega sodišča je takšno rešitev v prilog lastnika pripoznalo brez zadržka.<sup>1)</sup> V sodni praksi se smatra, da je plačana hipoteka sedaj na razpolago lastniku samemu, namreč tedaj in le tedaj, če je hipotekar s tem zadovoljen. Če pa ta noče dati odstopnice, ampak samo pobotnico v zmislu § 1426 o. d. z., pa po sodni praksi stvar nikakor ne gre.

<sup>1)</sup> V odločbi 4./11. 1869 štev. 8088. Pozneje so izšle pač nasprotno določbe, kakor zlasti v. 24./6. 1891 št. 7681 in 4./1. 1891, št. 11.494.

Razlogi, iz katerih ugasne pravica vknjiženega hipotekarja, so se navajali zgoraj pod I.

3. Drugo važno določbo ima naš o. d. zakonik v §-u 1446: »Pravice in obveznosti, ki so vknjižene v javnih knjigah, se po spojitvi v eni osebi ne razveljavijo, dokler se ne izvrši izbris iz javnih knjig (§§ 469, 526)«. Ista misel je izražena v § 526 glede služnosti in realnih bremen.

Kadar torej postane hipotekarni upnik lastnik zemljišča, ali postane lastnik zemljišča tudi hipotekar, tedaj vsled te spojitve hipoteka ne preneha, marveč obstaja naprej, in upniki v poznejšnji vrsti nimajo pravice zahtevati napredovanja v boljši vrstni red.

Nastane torej vprašanje, ali more lastnik zemljišča s hipoteko, pridobljeno potom spojitve in naprej obstoječo v knjigi razpolagati, torej razpolagati s svojo — to je: lastnikovo hipoteko?

Za lastnika, ki plača hipoteko, bi se končno vsaj v nekem oziru dala uporabljati določba § 1358 o. d. z.: »kdor plača dolg drugega, stopi v pravice upnika in . . .«. Samo besedico »drugega« je zamenjati z besedico »svoj« dolg, in recimo, da lastnik plača »iz drugih sredstev«, iz drugega fonda, trgovec bi dejal iz drugega konta. V tem slučaju odpade iz tročlanske verige (lastnik, hipotekar, prevzemnik - plačnik) tuji plačnik, tako da ostaneta samo lastnik in hipotekar, a vstopi »drugi fond«. — Slično prikazen imamo pri rubežu terjatve, če dolžnik zarubi upnikovo terjatev proti sebi; tudi tukaj odpade iz tročlanske verige (zavezanec, zahtevajoči upnik, dolžnikov dolžnik) eden in sicer zadnji in ostaneta samo: sedanji zahtevajoči upnik (prvotni dolžnik) in zavezanec (prejšnji upnik, naknadni dolžnik). Zahtevajoči upnik si dá preodkazati svoj lastni knjižni dolg. V le - tem slučaju obstojate pač dve nasprotujoči si terjatvi, dočim gre v prvem slučaju pravzaprav le za eno terjatev, ki pa se ne plača iz hipoteke, ampak iz povsem drugega fonda, kar je zlasti uvaževati tedaj, kadar hipotekar ni posebni dolžnik, ampak jamči samo s hipoteko.

### III. K zgodovini nastanka §§ 469, 1446 o. d. z.

Ti določbi so redaktorji obč. drž. zakonika v zadnjem stadiju posvetovanja posneli iz dodatka k pruskemu deželnemu

zakonu (Preussisches Landrecht). Nastavki za lastnikovo hipoteko so torej tu in tam isti. Pruska praksa je temeljem § 52 brez zadržka razlagala zakon dosledno v zmislu lastnikove hipoteke. Izšla pa je naknadno še posebna naredba, da se more lastnik, ki je plačal hipoteko — seveda ne iz fonda hipoteke same, ampak iz drugega, čeprav svojega fonda — dati prepisati odstopojemnikom, tudi brez odstopnice hipotekarja in že na podlagi izknjižbene pobotnice. Posledica te strogo dosledne zakonite prakse na Pruskem je torej to, da poznejšnji hipotekarji ne morejo napredovati v vrstnem redu in zahtevati izknjižbe plačane prednje hipoteke, nadalje pa, da tudi pri razdelitvi izkupila za izraženo zemljišče dobi lastnik izplačan svoj delež na hipoteki, katero je bil poprej izplačal iz drugih svojih sredstev.

Novi občni državljanski zakon za celo nemško državo je vsprejel lastnikovo hipoteko v popolnem obsegu in s tem na novo potrdil dosedanjo sodno prakso.

Na Avstrijskem pa se je razvilo vprašanje čisto v drugi smeri, čeprav iz istotne pravne podlage. Naša sodna praksa si ni upala izvajati iz pozvanih zakonovih določeb vseh posledic in priti v končnem zaključku do lastnikove hipoteke. Pač pa je odobraval, da lastnik sme z dovoljenjem dosedanjega hipotekarja prenesti hipoteko na novega upnika, ako je le-ta plačal prejšnjega upnika. Dovoljevala je prenos hipoteke tudi, če je lastnik plačal hipotekarja sam, to pa samo takrat, kadar je dosedanji hipotekar dal prenosno dovoljenje v obliki prepisne odstopnice namesto obligatorne izknjižbene pobotnice. Bilo je torej samo od poljubnosti dosedanjega hipotekarja zavisno, ali se doseže nameravani knjižni prepis hipoteke na novega hipotekarja, ali na lastnika, morda ne. To niso zdrave pravne razmere, ker mora lastnik znabiti odstopnico posebej odkupiti.

Avstrijsko zakonodavstvo je pa posredno in dejansko oviralo razvoj lastnikove hipoteke.

V nekem slučaju je hipotekarni upnik odpustil lastniku zemljišča in obenem osebnemu dolžniku hipoteko s terjatvijo vred in dovolil izbris hipoteke. Lastnik zemljišča je na podlagi izknjižbenega dovoljenja prosil za prenos hipoteke na svoje ime.

Na Pruskem je veljala takrat že zgoraj navedena naredba in praksa. Avstrijsko sodišče je pa imelo pomisleke in vprašalo mini-

strstvo. To je izreklo, da na podlagi pobotnice sploh ni možen prepis terjatve (dvor. dekret 22./4. 1825 št. 2090 zbirke pr. zakonov).

Avstrijsko zakonodavstvo se je še enkrat oddaljilo od določeb §§-ov 1446 o. d. z. in uprlo lastnikovi hipoteki, ko je namreč v členu XXVIII. uvodnega zakona k izvršilnemu redu podelilo vsakemu upniku, ki ima izvršilno hipoteko ali vodi izvršbo na zemljišče s prisilno dražbo (ali tudi že s prisilno upravo?), pravico, da sme zahtevati izknjižbo poprednje, materijalno ugasle hipoteke tožbenim ali amortizacijskim potom.

#### IV. Nadaljnji razvoj v Avstriji.

Prva konkretna prilika za ureditev vprašanja o lastnikovi hipoteki je bila dana pri sklepanju obč. zemljiško-knjižnega zakona z dne 25./7. 1874 št. 96 drž. zak.

Poizkus za tako ureditev se je storil z vladno predlogo za obč. zemljiškooknjižni zakon z dne 12./2. 1869 v § 16, ki je določala, da je možno pred izbrisom obstoječe zastavne pravice doseči zaznambo pridržka vrstnega reda za novo nadomestno terjatev.<sup>1)</sup>

Vendar je bil ta paragraf v seji gosposke zbornice dne 23./3. 1870 odklonjen iz razlogov: a) taka določba bi ne soglašala z obstoječim temeljnim naukom, namreč da je zastavna pravica le accessorium terjatve same; b) tudi bi povečala nevarnost za pravice poznejšnih hipotekarnih upnikov, ker bi se v tej zakoniti obliki šela žje prikrivala zloraba, da bi že poravnana in neizknjižena hipoteka bila predmet konverzije, kakor se to godi že dosedaj z odstopom; in c) se taka določba ne priporoča iz praktičnih ozirov, ker noben hipotekarni zavod ne sme

<sup>1)</sup> § 16. Kadar se na zemljišču ali na terjatvi vknjižena zastavna pravica izknjižuje, more hipotekarni dolžnik, ako pred vknjižbo za to prosi, doseči zaznambo pridržka vrstnega reda za novo terjatev.

Ta zaznamba je veljavna samo 60 dni in jo je koj po končani veljavnosti izbrisati uradoma.

Trajanje veljave je z označbo koledarskega dneva, s katerim določeni rok končuje, navesti v odloku, izdanem v rešitvi predloga za zaznambo.

Tekom navedenega roka more doseči hipotekarni dolžnik ali z njegovim privoljenjem stranic, vpis zastavne pravice v vrstnem redu izknjižene hipoteke za novo terjatev, ako na glavnici in po stranskih obveznostih ne presega višine terjatve, za katero je bila vpisana izknjižena zastavna pravica.



po svojih pravilih pred vknjižbo zadolžnice izplačati posojila in pred plačilom dati dovoljenja za izbris terjatve; konverzija bi bila torej slej kakor prej nemogoča brez posredovanja stranca - pomočnika in brez novih, s tem poslovanjem združenih stroškov.

Vsi ti pomisleki niso ostali prikriti sodni praksi in za poznejšnji čas je imela izvedba nauka o lastnikovi hipoteki še težje stališče.

Nova konkretna prilika za zakonito ureditev problema o lastnikovi hipoteki se je avstrijskemu zakonodavstvu nudila leta 1883 in še večkrat kasneje v dobi konverzijskih zakonov.

Gališki poslanci so skušali pomoči gališkim zemljiškim lastnikom, ki so ječali pod težo oderuških hipotek z obrestmi po 8% do 14%<sup>1)</sup>. Šlo je za to, da se tudi proti volji oblastnih hipotekarjev lastniki rešijo oderuških hipotek, ali da se oderuške hipoteke zamenjajo z zakonito obrestnimi ali vsaj ugodnimi hipotekami.

V to svrho se je ustanovila kreditna banka, ki naj bi prevzela vse oderuške hipoteke in potem zanje izdala zastavne liste. Vsa akcija pa bi bila brezuspešna, če bi se odstopna hipoteka morala držati v istem obsegu stare hipoteke in istih oderuških obresti. Lastnik zemljišča se je mogel sprijazniti s premembo le tedaj, če je svoj položaj iz hipoteke znatno izboljšal. Pri izvrševanju teh prememb so se pojavile razne težkoče s starimi hipotekarji in v sodnem poslovanju, kajti pravno pravilo, da je moči na mestu stare hipoteke vknjižiti novo hipoteko, kadar nova hipoteka ne dosega stare po obsegu, v avstrijskem pravu sicer ni tuje, vendar pa ni nikjer izraženo z zadostno jasnostjo. Banka pa je mogla poslovati le pod pogojem popolne sigurnosti.

Treba je bilo reforme in prvi dotični osnutek zakona je predložil poslanec Raczinski s tovariši dne 10./2. 1883 v poslanski zbornici (zasedanje IX., št. 652 prilog k št. 2)<sup>2)</sup>

1) Take in še hujše oderuške hipoteke so se pojavljale tudi drugod, zlasti na Kranjskem. V nekem izpisku Krške zemljiške knjige sem videl vknjiženo terjatev s 30% obrestmi, in reklo se mi je, da taki oderuški slučajji niso bili redki.

2) Justični odsek je podal o njem poročilo 23./5. 1884 (št. 964 pril.) in odsekov osnutek je bil sprejet v posl. zbornici 24./5. 1884 v tretjem branju.

Prof. dr. E. Strohal v Gradcu je o tem osnutku razpravljal in sam sestavil načrt zakona, ki je v nekaterih §-ih rešil ves problem v zmislu lastnikove hipoteke in zlasti v zmislu lastnikove pravice, ustanoviti v vrstnem redu prvotne hipoteke novo hipoteko. Ta Strohalov osnutek je vlada predložila v gosposki zbornici, ki ga je tudi sprejela. Poslanska zbornica pa ni soglašala in je zavrгла predlogo.

Prišlo je potem do prvega jako zamotanega zakona o konverziji hipotek z dne 14./6. 1888 št. 88 drž. zak., ki se je kmalu izkazal nedostatnim in ga je bilo treba popravljati in izboljševati zopet in zopet. Zakon iz leta 1888 je dal pravico konverzije samo na korist zavodom, ki imajo pravico izdajati zastavne liste, a takih zavodov v mnogih kronovinah sploh ni. Pa tudi sicer so bile omejevalne določbe tolike, da se je konverzija izplačala in izvršila le redkokdaj.

Zato se je čutila vlada primorano v XVII. zasedanju poslanske zbornice (1905) predložiti nov načrt zakona, ki se je v njem raztegnila pravica konverzije tudi v prid skupnih sirotinskih blagajnic in pravilniško urejenih hranilnic; tudi je ta načrt dal sodišču pravico, podaljšati 6mesečni rok za izbris stare terjatve za daljnih 6 mesecev, in sploh določil tudi nekatere druge olajšave pri poslovanju. V tem zmislu je izšel zakon od 22./2. 1907, št. 48 drž. zak.

Kako malo pa je zadoščal tudi ta konverzijski zakon, kaže pač najbolje dejstvo, da je vlada v XVIII. zasedanju gosposke zbornice še istega leta 1907 vložila načrt zakona, ki obenem zahteva premenitev in dopolnitev nekaterih določeb občega drž. zakona po Ungerjevem nasvetu iz leta 1904.

Ta vladna predloga urejuje celo vprašanje v §§ 63 do 69 pod naslovom: »Razpolaga lastnikova s hipoteko« v zmislu lastnikove hipoteke, temeljno določajoč, (a) da more lastnik, na katerega zemljišču je vpisana ugasla hipoteka, prepisati to hipoteko na svoje ime ali (b) ustanoviti novo hipoteko za stranca v

---

Justični odsek gosp. zbornice je svoje pomisleke zbral v poročilu 8./2. 1885 (št. 521 pril.) osnutek odklonil (27./2. 1885) in sklenil predložiti nov osnutek (1886). Poskusilo se je posredovanje med zbornicama, da bi se obnovila vladna predloga iz leta 1869 (§ 18), končno se je podarjalo, da se taka ureditev ne vjema s predlogom poslanca Raczinskega . . . . .

vrstnem redu prvotne hipoteke in sicer (c) na podlagi izknjižbene pobotnice ali druge vknjižbene listine, seveda vse to pač samo v obsegu prvotne hipoteke.

S tem osnutkom so naenkrat prevržena doseđanja načela, a) da je hipoteka samo accessorium glavne terjatve, b) da brez odstopnice ali brez konverzijske zaznambe ni možen prenos hipoteke na novega hipotekarja ter c) da je izključen prenos hipoteke zgolj na zemljiškega lastnika in zlasti celo izključen na podlagi izknjižbene pobotnice.

Ta vladna predloga je prišla v drugič v gosposko zbornico v XIX. zasedanju in bila izročena komisiji za justične zadeve, koje petčlanski pododsek je sestavil osnutek in ga objavil l. 1909. Vsled zaključenja zasedanja je vlada svojo predlogo zopet obnovila v gosposki zbornici v zasedanju XX., l. 1909, isti pododsek je predložil zopet svoj osnutek I., ki je bil predelan in v plenarni seji jurišične komisije sprejet kot osnutek II. Ta, z vladno predlogo obnovljen v XXI. zasedanju, je v končni redakciji iz l. 1912 v tisku razmnožen.

Zanimivo je pri tem osnutku dejstvo, da, različno od vladne predloge v XIX. zasedanju, zametuje prepis ugasle hipoteke na ime lastnika, češ, da je nesistematičen in da povzroča zmote, pač pa dovoljuje lastniku z aznambopridržka (konverzijske) uporabe za eno leto. Zametuje tudi uvedbo po Ungerju nasvetovanega sistema trdnih stavkov, po katerem poznejšnji hipotekarji tudi po izknjižbi prednje hipoteke ne morejo napredovati v vrstnem redu.

Nižjeavstrijska odvetniška zbornica je izdelala posebno mnenje k osnutku II.

Zaključek tega razvoja je pridržan uzakonjenju vladne predloge o preosnovi občega drž. zakona.

## V. Dejstveni odnošaji pri ustanovitvi hipotek.

Pri veljavi lastnikove hipoteke so za upnika merodajna nastopna uvaževanja:

1.) Upnik daje posojilo, ne oziraje se na osebo dolžnikovo, ampak samo z ozirom na varnost dolga na dolžnikovem zemljišču.

Upnik, ki da dolžniku posojilo na drugo ali zadnje mesto, računi in mora računiti že naprej s tem, da pride do plačila iz zem-

ljišča šele po izplačilu prednjih hipotekarjev in da zato nima pravice terjati plačila na drugem mestu, kakor na svojem. Zlasti torej poznejšnji hipotekar ne računi in ne sme računiti, da bo prednja hipoteka poprej izplačana in izknjižena, in da on pride s časom morda na boljše ali celo na prvo mesto. Čestokrat se nahaja med ljudstvom naziranje in izražanje: Vzel sem posojilo, dal sem posojilo na drugi, tretji stavek, in se v takem pojmovanju vsaj na prvi pogled dozdeva, kakor bi posojevalec dal posojilo zares samo na zemljišče in pri tem kar nič ne mislil na osebno obveznost dolžnikovo.

2.) Toda posojevalec, ki bi posojal samo na zemljišče, bi moral dobro znati preceniti stalno vrednost zemljišča, dobro preračunati vse prednje vknjižene dolgove, presoditi zlasti pupilarno varnost zemljišča in tako ozir jemati na zakoniti ali pričakovani dejstveni najmanjši ponudek.

Tega preračuna pa zaradi nedostatnih pripomočkov tudi ugovolj več posojevalec ne more napraviti zanesljivo; potrebno natančnejšo precenitev morejo napraviti samo posojilni zavodi, ki jemljejo za podlago davčno, sodno ali vsaj izvensodno zanesljivo cenitev in ki za take poizvedbe zaračunajo dolžniku dotične stroške. To tudi traja navadno dalje časa, dolžniku pa je čestokrat sila za takojšnje posojilo.

3.) Sicer pa upnik ne pričakuje plačila samo iz dolžnikovega zemljišča.

Po navadnem je upniku prvo, da sploh za svojo posojilno terjatev dobiva redne obresti in da se mu v doglednem času vrne brez zamude in škode. Ali dobi svoje plačilo iz hipoteke ali iz osebne fonda dolžnikovega, to je za njega brez pomena. Vsakdanja izkušnja kaže, da tudi zavodi, ko imajo zadostno hipotekarno varnost, uvajajo premičninsko izvršbo zlasti za zaostale obresti in letnine, kakor tudi za celo glavnico.

To je pač najboljši dokaz, da hipotekar ne pušča v nemar osebne obveznosti dolžnikove. Seveda, če bi zakon enkrat ustanovil zgolj zemljiško obveznost, takozvani zemljiški dolg, onda bi bil vsak posojevalec primoran računiti zgolj na plačilo iz hipoteke in njenega vrstnega reda.

Resnica je torej tudi tu največ na sredi. Včasih računi posojilodajalec, zlasti obrtnik, več ali manj na knjižno jamstvo, včasih pa v

pretežni meri na osebno jamstvo in služi zlasti slaba hipoteka le za vse slučaje. Posojilnice, pri katerih odločuje hitri kredit, čestokrat zahtevajo jamstvo porokov in le za nameček samo prednamujejo zastavno pravico na zemljišča — za vse slučaje.

4.) Toda pod 1.) navajano naziranje o zgol zemljiških posojilih ima nekako oporo v obč. zemljiškoknjižnem zakonu.

Po §§ 53 in nasl. je namreč lastnik upravičen zahtevati knjižno zaznambo, da namerava najeti določeno posojilo v zavarovanem vrstnem redu tekom 60 dni po dovolitvi zaznambe z močjo, da v navedeni dobi ni možna nobena druga vknjižba v prednosti zavarovanega vrstnega reda. Tukaj je pač posojilodajalec obvezan ravnati se po določeni ponudbi, a bo v večini slučajev istotako uvaževal osebni in knjižni dolg dolžnikov z isto opreznostjo.

5.) Izdatno bi se podražil kredit pri vseh poznejšjih posojilih, če bi upnik bil vezan zgol na izterljivost svoje hipoteke. Zlasti v časih gospodarskih kriz tudi zemljiška cena nenadoma pada in poprej trdna hipoteka postane nezanesljiva. Sicer je že sedaj tako, da poznejšnja posojila dajajo le zavodi, ki zahtevajo višje obresti poleg osebnega jamstva, in da se poznejšnji zasebni upnik skuša za morebitno nesigurnost zavarovati z višjimi obrestmi.

Stališče absolutnega zemljiškega dolga je torej v marsikaterem oziru negospodarsko, ali vsaj otežkočeno.

6.) Za državo imajo glaven in trajen pomen zemljišča in zdrave gospodarske razmere zemljiških posestnikov. Država ima torej dolžnost, skrbeti za kolikor možno nezadolžena zemljiška, zlasti kmetijska gospodarstva, in po močeh pospeševati razdolženje zemljiških gospodarstev.

Za zemljiškega lastnika je nedoglednega pomena, če more izrabiti — brez posebnih stroškov — ravno ponujajoči se ugodni kredit, in nadomestiti drago hipoteko s cenejšo in lažjo obvezo in na tak način vsaj polagoma razdolževati posestvo. V tem oziru pa naše sedanje pravno stanje ne zadostuje, treba je tem nujnejše pomoči, čim bolj je zadolženo zemljiško gospodarstvo. Zlasti velja to s socialnega stališča, ker navsezadnje je dolžnik po naravnih odnošajih objektivno slabši, upnik pa močnejši del.

7.) Sicer pa je uvaževati, toda le za prihodnost, da se upnik mora ravnati po zakonu, ki bi enkrat priznal lastnikovo hipoteko. Takrat bi bil upnik dejansko primoran, dati posojilo ali sploh kredit

zgol na dotični zemljiškoknjižni stavek, in moral bi se s tem zadovoljiti, da mu daje varnost za svoječasno vrnitev posojila sam vrstni stavek hipoteke, ter da sicer osebno nima od dolžnika nič terjati.

Toda tako enostavna pa tudi ta zadeva ni. Gospodarski odnošaji hodijo svojo pot, in kadar je ta pot naravno pravilna, je zakon ne sme motiti. Tudi lastnikova hipoteka po sedanjem stanju sama na sebi ni zadostna in zadovoljljiva v Nemčiji. Tudi na Pruskem dela pravosodju preglavice, tudi tam ni mogla zakonita ureditev lastnikove hipoteke izpodriniti, pa tudi ne nadomestiti prave, akcesorne hipoteke.

### VI. Še nekateri pravni odnošaji v prilog razvoju lastnikove hipoteke.

Lastniku je konverzija terjatve olajšana, kadar pomaga — dajatelj novega posojila, ko da denar na razpolago predno se izvede vknjižba prenosa. Seveda denarni zavod, ki se ravna strogo po pravilih, ne sme izplačati posojila pred izvršeno vknjižbo in tudi zasebnik bo le redkokdaj voljan dati denar pred izvedeno vknjižbo.

V praksi nastopa navadno pravni zastopnik, ki lastniku realizuje posojilo in začasno založi svoj denar. Tako posredovanje pa ni zastoj, in s tem je zopet razdolženje zemljišča za dotične stroške pomaknjeno nazaj.

Ugodnejši je položaj, kadar nastopa uradni posredovatelj — sodišče, zlasti varstveno ali skrbstveno sodišče.

V nekaterih slučajih se dá svota za plačilo hipoteke v zmislu §-a 1425 o. d. z. ali sicer iz skrbstvenih razlogov sodno založiti. Kadar je vse jasno in zanesljivo, izda sodišče izknjižbeno ali prenosno dovoljenje in se stvar izvrši enostavno brez vseh ovir. Tukaj ni zavisno od plačanega hipotekarja, ali je voljan dati odstopnico ali samo pobotnico, kajti njegovo odstopnico nadomestuje sodna dovolitev prenosa v prilog varovanca ali oskrbovanca.

Zanimiv je pač nastopen, širši praksi nepoznan slučaj.

Na Kranjskem obstoja pravni običaj, da mati — zemljiška lastnica izroči ženinu hčere posestvo, katero je bila prevzela po umrlem možu navadno proti fideikomisarni substituciji,

da zemljišča izroči svojčas enemu izmed otrok. Hči - nevesta ima v takih slučajih zavarovano očetno dedščino na materinem zemljišču in prinaša to svojo hipoteko ženinu za doto.

Izročevalka mati določi svoje dedščinske odpravke otrokom in sebi primeren izgovor, kar se ima vse knjižno zavarovati o b e n e m s knjižnim prepisom lastninske pravice na zeta.

Po §-u 1227 i. f. o. d. z. preide nevestina, v terjatvi obstoječa dota v soprogovo lastnino. Po §-u 1245 o. d. z. je dopustno, a pri varovancih obvezno (§ 236 o. d. z.) zavarovanje dote.

V danem slučaju<sup>1)</sup> je bilo ščititi vrstni red nevestine dote, vknjižene pupilarnovarno na prvem stavku. Načrt ženitne pogodbe je dovojeval kijižni izbris nevestine terjatve (ki je služila za doto) in njen ponovni vpis v zavarovanje dote, a tu bi njen vrstni red šel v izgubo, kajti s prepisom lastnine na ženina naj bi se istočasno vknjižil preživitek izročevalke in njeni dedni odpravki za vse številne otroke, tako da bi nevestina terjatev ne imeia več pupilarne varnosti. Jasno je bilo, da ima sodišče dolžnost čuvati vrstni red nevestine dote; nejasno pa je bilo, kako. Da bi mali in drugi otroci dali prednost nevestini doti pred preživitkom in materinimi odpravki, to se ni dalo doseči, zlasti, ker so bili zopet nedoletni varovanci vmes.

Rešitve je bilo iskati v določbi §§-ov 526 in 1446 o. d. z. Zlasti važen je § 526, ki sicer izrečno velja samo za služnosti, vendar pa zaradi pozivanja v § 1446 analogno tudi za hipoteke, in se glasi: Kadar se lastnina služečega in gospodujočega zemljišča spoji v eni osebi, preneha služnost sama po sebi. Ako pa se poslejš eno teh spojenih zemljišč zopet otuji, ne da bi se bila med tem služnost izbrisala iz javnih knjig, onda je novi posestnik gospodujočega zemljišča upravičen, izvrševati služnost.

Takaj torej nahajamo nauk, da služnost, ki ob spojitvi materialno ugasne, zopet dobi materialno veljavo, kadar preneha spojitev, in sicer zato, ker naprej-traja formalna knjižna vez.

V rečenem slučaju ugasne materialno nevestina hipoteka, ker kot dora preide v soprogovo last, kakor hitro se knjižno prepíše soprog na zemljišče, zlasti ako tudi nevesta v ženitnem pismu dá izknjižno dovoljenje, katero zaradi njene nedoletnosti mora biti nadvarstveno potrjeno.

<sup>1)</sup> Iz leta 1908; takih slučajev je v ljubljanskem okolišu razmeroma mnogo.

Praktično bi se dala ta zadeva najenostavneje rešiti na ta način, da ženin pusti nevestino dotno hipoteko v knjiženo, akoravno ima zanjo izknjižno dovoljenje. Kadar bi nehal biti lastnik zemljišča, bi nehala spojitev, in nevestina hipoteka — ki po določbi §-a 1229 o. d. z. po soprogovi smrti kot dota »z a p a d e« soprogi, odnosno njenim dedičem — bi zopet oživila.

Toda kadar se kdo priženi k tuji hiši, zahteva previdnost in običaj, da se vse pravilno in natančno uredi med mladima zaročencema, zlasti to zahteva nadvarstveno oblastvo glede nedoletnikov. Knjižna ureditev pa je tudi sicer nujno potrebna: prvič s stališča ženina, ker bi nevesta — soproga mogla naknadno svojo hipoteko prenesti na koga drugega; drugič s stališča neveste, ker bi ženin — soprog naknadno lahko samolastno prezadolžil zemljišče z vsemi možnimi posledicami.

Če bi se dala prenesti knjižno nevestina hipoteka obenem s prepisom lastninske pravice na soproga kot lastnika hipoteke, mogel bi zemljiškknjižni lastnik — soprog na prenešeni hipoteki dovoliti zavarovanje te dote (§ 1245 o. d. z.) z v knjižbo na d z a s t a v n e p r a v i c e na dotni hipoteki. V tem slučaju bi torej dotna hipoteka vzlic spojitvi zemljišča in hipoteke v eni in isti osebi ne ugasnila in bi imela bivša lastnica hipoteke vsled take »spojitve« nadzastavno pravico na svoji lastni »bivši« dedni in pozneje dotni (dedščinski) hipoteki. Seveda bi ta zadnja spojitev ne bila popolna, ker je bremenila nevestina dota poprej iz razloga dedščine, vmes pa iz razloga dote; tudi je prvotna hipoteka nevestina bila »lastninska«, kolikor se pri hipotekarni terjatvi dá govoriti o »lastnini«, ona je vmes postala sprogova<sup>1)</sup>, in zanaprej govoriti o »lastnini«<sup>1)</sup>, ona je vmes postala sprogova<sup>2)</sup>, in zanaprej jamči samo iz razloga zavarovanja dote, to je za svoječasno vrnitev, nekako podobno razlogu obogatelosti (§ 1431 o. d. z.). Konečno se svoječasna vrnitev ne more zahtevati v isti obliki hipoteke, ampak samo v gotovini enake vrednosti.

Pri tej priliki je seveda po obstoječi sodni praksi nemogoče, da bi se prepisala lastninska pravica za spojeno, čeprav vrnljivo hipoteko na korist lastnika, kakor dolgo traja spojitev. Vendar je ta slučaj najugodnejši, v katerem

1) §§ 1227, 353 lastnina na netelesnih stvareh, 292.

2) Z razveznim in obenem obrokovnim pogojem svoječasne vrnitve.



bi se lahko dovolil začasni prepis hipoteke na lastnika, ker bi se v prenosu obenem poočutil pravni razlog svoj čas vrnljive dote (. . . dovoli se vknjižba prenosa zastavne pravice iz razloga začasne dote v smislu §§-ov 1227, 1245 o. d. z. na ime lastnika). Če bi se kar v prvem času o. drž. zakonika bilo nakopičilo takih slučajev mnogo, bi se na podlagi §§ 469, 526, 1446 o. d. z., ki v tem oziru ne delajo pravne ovire, tudi v avstrijskem pravosodju mogla razviti vsaj izjemoma lastnikova hipoteka kakor na Pruskem.

Še jedna rešitev je bila v navedenem slučaju možna in sicer celo še enostavnejša, kakor z navedeno prednostno izjavo.

Nevestina dota bi lahko ostala vknjižena na svojem mestu, ako bi se poočutilo na njej, da je bremenila dosedaj iz razloga dedščine in da bremeni odslej iz razloga dote v zmyslu §§ 1227, 1446 o. d. z.

Toda tukaj je zopet nastalo sporno vprašanje, v kaki obliki naj se izvede le-ta poočitba, ali v dejanski obliki gole poočitbe, ali pa v formalni obliki obvezne zaznambe. V celem dotakratnem pravosodju ni bilo moči izslediti niti ene take rešitve. Mnenje je prevladalo, da bi se »poočitba« ali zaznamba morala odkloniti. Za varstvenega sodnika je bilo zlasti dejstvo, da je dota precejšnja, da bi sicer ne bilo toliko nevarnosti, če bi novoporočenca v zakonu imela otroke in s tem zakonite naslednike, ker bi ostalo zemljišče »pri hiši«. Če pa bi soproga poprej umrla brez otrok, bi zemljišče prišlo v tuje roke in soproginini dediči bi niti ne imeli zadostno zavarovane dote.

Pri tem položaju je varstveni sodnik govoril z notarjem, ki je delal pogodbo. Posvetovavši se s klienti je notar ostal pri svojem predlogu, vložil zoper nalog varstvenega sodišča, naj ohrani dotno hipoteko neveste bodisi s prednostno izjavo ostalih hipotekarnih udeležencev ali na drug zakoniti način (s poočitbo ali zaznambo) — opozoritev, odnosno rekurz.

In kakšna je bila rešitev potem? Prav enostavna. Prišel je nov sodnik - naslednik, ki je prvotni predlog za izbris nevestine hipoteke in za novo vknjižbo odobril. Zadeva je bila rešena s tem, da je nedoletna varovanka izgubila prvomestno hipoteko in za svojo doto pupilarno varnost. Taka so pota, križi in težave pravosodja tudi pri varstvenih sodiščih.

Katere možnosti bi bile za zaznambo glede zamenjave pravnega razloga?

Pri navadni konverziji tiči težava v tem, da je zavisno od hipotekarja, ali dovoli odstop z odstopnico ali ga zabrani, izdavi samo pobotnico. V opisanem slučaju je bila hipotekarica voljna, voljan tudi novi lastnik, voljna pa ni bila prejšnja lastnica — dožnica-izročevalka.

Sicer pa je ovira v dejstvu, da morejo biti predmet knjižne zaznambe samo stvarni odnošaji med osebo upravičenca in knjižno zadevo, in da je knjižna zaznamba izključena v svrhu označbe z gol obligatornega razmerja.

Vprašanje torej nastane, ali bi zadevala zaznamba, da naj jamči dosedanja dedščinska hipoteka zanaprej kakor dotna hipoteka, stvarno ali zgol obligatorno razmerje?

Knjiga in praksa soglašata glede knjižne zaznambe v tem, da naštevanje v § 20. o. z. z. ni taksativno. Vendar so nedopustne zaznambe, ki se ne dado uvrstiti med naštete primere, ker bi se z njimi niti ne poočitile osebne (utesnitvene) razmere knjižnega upravičenca, niti bi se ustanovile posebne pravne posledice, določene po predpisih civilnopravnega reda ali zemljiškknjižnega zakona (odl. 29. februarja 1876, št. 20 zb. 6051).

Bartsch<sup>1)</sup> razvrščuje dosedaj po pravosodju dopuščene zaznambe nastopno:

1.) Zaznambe za poočitbo osebnih (pač le utesnitvenih) razmer knjižnega upravičenca.

2.) Zaznambe za ustanovitev pravnih posledic, določenih po predpisih: a) obč. drž. zakonika (in postranskih zakonov, osobito o razlastitvi, konverziji terjatev, o agrarnih operacijah); b) civilnopravnega reda, osobito izvršilnega reda, c) o zaznambi tožbe ali spornosti.

3.) Druge vrste zaznambe, med katerimi se navaja: a) zaznamba o premenjenem plačilnem načinu hipoteke (ne sicer zaradi stvarnih učinkov, ampak zaradi dopolnitve knjižne listine); b) zaznamba o izvršljivosti notarskega zapisa po § 3. not. r.; ta zaznamba je pač povsem odveč, ker je izvršljivost »poočititi« že pri prvem

<sup>1)</sup> Das österr. Grundbuchsgesetz, 4. izdaja 1915.

vpisu: »na podlagi notarskega, v zmislu § 3. not. r. izvršljivega zapisa se vknjižuje zastavna pravica...«; taka »zaznamba« je pač zgolj popravek, oziroma dopolnek prvotnega nedostatnega vpisa in zgolj »poočitba«<sup>1)</sup>; c) zaznamba konverzije; d) zaznamba razlastitve; c) in d) spada pod točko 2.; e) zaznamba predplačila rabokupnine; f) zaznamba hišne številke; g) zaznamba hišne zgradbe; f) in g) pač niso zaznambe, ampak zgolj poočitbe, kajti brez pravnega pomena je, ali je hišna številka označena ali ne, istotako, ali je na zemljišču zgrajena hiša že razvidna iz zemljiške knjige ali ne; te spremembe v naravi — bodisi pri meri ali mejah ali glede načina obdelave ali novih naprav na zemljišču — je poočititi uradoma na podlagi uradne prijave pole brez predloga strank in jih tudi ni zaznamovati v bremenskem, ampak v posestnem listu; stvarni pravni položaj pa je pred »vpisom« in poslej povsem enak.

K točki 3. a) ugovarja Steiner (Not. Z. 1909/21-26), da gre pri premembi plačilnega načina za novacijo, ki ne dopušča zaznambe.

Po § 1376. o. d. z. pomeni prememba pravnega naslova terjatve istih strank novacijo, torej obligatorno razmerje. Pri premembi pravnega naslova nevestine dedne hipoteke v dotno hipoteko pa pride k pravni premembi dejstvo, da je ženin že po zakonu (§ 1245. o. d. z.) obvezan, doto zavarovati in da se prememba vrši pravno in dejstveno zares na hipoteki.

Prememba plačilnega načina pa sicer ni prememba ne v pravnem naslovu, niti v glavnem predmetu, zato tukaj pač ne gre za pravo zaznambo, ampak le zgolj za poočitbo in za informacijo strancev, kajti prememba plačilnega načina se sploh nič ne dotika knjižne veljave hipoteke.

Stubenrauch (8. izdaja) uči pri § 1229. o. d. z.: Če se je sprogu dotis causa odpustil dolg, ožive prvotne pravice v trenutku restitucije, kar velja osobito za dotično hipoteko v zmislu §§ 526., 1446., o. d. z.

1) Zaznamba izvršljivosti notarskega zapisa, na čegar podlagi se izvrši vknjižba, ni potrebna za učinek takojšnje izvršljivosti zoper poznejšnje pridobitelje Odl. 19/2 1913 R V 198/13, Ger. Halle 1913/33. Po odl. z dne 14/5 1912 R. V. 181/12, Evid. Bl. pri § 4—5 o. z., pridobitelj ni vezan pogledati v zbirko listin, če knjižni vpis nima nanašanja na izvršljivost (gole poočitbe).

### VII. Lastnikova hipoteka v pravni književnosti avstrijski.

Naša književnost se s problemom lastnikove hipoteke — zlasti starejša — ni dosti bavila ali samo mimogrede.

Zoper dopustnost lastnikove hipoteke po avstrijskem pravu se je izrekel Exner (Das österr. Hypothekenrecht), stoječ na stališču, da zavisi povsem od poljubnosti hipotekarnega upnika, ali da lastniku odstopnico ali izknjižno pobotnico. Exner dopušča samo eden slučaj lastnikove hipoteke, namreč pri hipoteki imetnikov delnih zadolžnic. V zmislu §§ 11. do 13. zakona od 24. aprila 1874, št. 49 drž. zak., se ustanovi skupna hipoteka za vse dolžnike, in posamezni pridobitelji delnih zadolžnic dobe samo razmeren delež na hipoteki, ustanovljeni za skupnost, in je ločeno razpolaganje s hipoteko, bremenečo za delno zadolžnico, po značaju imetniškega papirja obenem izključeno. S pravico na papirju prehaja obenem tudi hipotekarna (deležna) pravica na novega imetnika. Tukaj more lastnik dobiti delne zadolžnice in razpolagati z njimi, toda ne formalno s knjižnim vpisom, marveč z izvenknjižno izročitvijo in natura (II., str. 665).

V enakem zmislu tudi Burkhardt (System des österr. Privatrechtes, III., str. 363, 364).

Bartsch (Das österr. Grundbuchgesetz) se poziva samo na Exnerja in Burkhardta.

Proti lastnikovi hipoteki je tudi Krasnopolski (Wiener Zeitschrift, zv. 8).

Drugače pa zastopa nedavno umrli dr. E. Strohal, nazadnje profesor civilnega prava v Lipskem in soredaktor nemškega državlanskega zakonika, v svojih predavanjih kakor tudi v razpravi: Über die Eigentümerhypothek (Österr. Central-Blatt, 1884), pravilnost razvoja lastnikove hipoteke tudi po avstrijskem pravu na temelju § 7. o. z. z., in posebnih določb v §§ 469., 526., 1446., 1358. o. d. z. On se izreka zoper rešitev problema v zmislu svoječasnega predloga poslanca Raczynskega, in je, kakor že omenjeno, sestavil posebni, v gospodarski zbornici že sprejeti osnutek.

V novejšem času se je izrekel Demelius (Grundriss, št. 67) za lastnikovo hipoteko.

Enako tudi Krainz-Ehrenzweig v »System des österr. a. Privatrechtes«, 4. izdaja, str. 855.

V zmislu vladne predloge (1907), ustanovivše v izdatnem obsegu lastnikovo hipoteko, so se izjavili pisatelji Seeman, Kařka, zlasti Steilechner; enako Last (Prager Jurist. V. J. Schrift 1908) za načelno popolno dopustitev lastnikove hipoteke.

Steiner (Not. Zeitung 1909/21-26) pa se izreka zoper lastnikovo hipoteko in zlasti zoper njeno ureditev v zmislu vladne predloge, zagovarjajoč stališče poznejšnih hipotekarjev, ki da imajo pravico pričakovati napredovanje v vrstnem redu po odpadu prednjih.

V zakonodavstvu je pripoznana lastnikova hipoteka, kakor že omenjeno, najizdatnejše na Pruskem, in po novem nemškem državljskem zakoniku po celi Nemčiji; nadalje v Švici, kjer poznajo tudi pravo trdnih stavkov (813, 813), vendar z važnimi omejitvami za izvršbo, namreč tako, da pripade pri razdelitvi izkupila razmeren delež na posamezne obstoječe hipoteke brez ozira na odprte stavke in da se določajo obremenitvene meje ob jamstvu posameznih kantonov.

Osnutek o grskega državljskega prava odklanja zgol zemljiško zadolženje (nagibi III., stran 672).

### VIII. Pregled »de lege ferenda«.

1.) Veljava lastnikove hipoteke sega jako daleč:

- a) Lastnikova hipoteka ruši načelni značaj hipoteke kot akcesorija osebnega dolga;
- b) dovoljuje — v najskrajnejši posledici — lastniku hipotekarju pravico izvršbe na lastno zemljišče;
- c) spaja tako nasprotujoča si pojma upnika in dolžnika na istem dolžnikovem premoženju, kajti upnik sme voditi izvršbo in more torej dosledno biti tudi izdražitelj;
- d) lastnikova hipoteka absolutno izključuje vrstno napredovanje poznejšnih hipotekarjev tudi po materijalnem poplačilu poprednje hipoteke, plačane sicer res ne iz vrednosti zemljišča samega, ampak iz drugega premoženja hipotekarnega dolžnika; ta izključitev velja zlasti tudi za izvršilno postopanje, tako da torej dolžnik-lastnik dobi iz izkupila plačilo svoje hipoteke in pri tem še lahko ima kot izdražitelj dobiček pri ostalih hipotekah, ki ne pridejo do pokritja — kadar je največji ponudek razmeroma nizek;

e) pripušča že izprva — ustanovitev izvirne hipoteke (brez osebnega dolga) kot zgolj zemljiško (nameravano) zadolženje na trdnem stavku;

f) dovoljuje lastniku, če iz drugih sredstev poplača hipoteko, pravico prenosa hipoteke na lastno ime tako, da je tudi v formalnem oziru izkazan enočasnno: lastnik kot lastnik, lastnik kot (bivši) dolžnik in lastnik kot sedanji sam svoj zemljiški upnik in dolžnik; in sicer je možen tak knjižni prenos na podlagi pobotnice brez prenosnega dovoljenja (prim. §§ 21., 22., 32<sup>b</sup> o. z. z.).

2.) Vladna predloga iz leta 1907. pripoznava lastnikovo hipoteko — zlasti v svrhu konverzije v nastopnem obsegu

Ona dovoljuje lastniku razpolagati z materijalno ugaslo hipoteko, tako, da se ta prepíše na njegovo (lastnikovo) ime (§ 64.), vendar pa je to razpolaganje omejeno do začetka izvršbe s prisilno dražbo ali upravo; po tem in le po tem se daje poznejšnim hipotekarjem pravica do napredovanja in se na »ugaslo« hipoteko ni več ozirati. Pravica do prepisa na svoje ali ime drugega, pristoja lastniku na podlagi izknjižbene pobotnice ali druge za vknjižbo sposobne listine.

Nadalje ima, kadar se (materijalno) ugasla terjatev izknjižuje, lastnik pravico pridržka z zaznambo, da v vrstnem redu in obsegu ugasle terjatve ustanovi novo (konverzijsko) hipoteko, toda z omejitvijo, da velja pridržek šestih mesecev, in ako se poprej začne prisilna dražba zemljišča, samo do časa zaznambe uvedenega dražbenega postopanja.

3.) Najnovejši (II. 1912) osnutek pododseka gospodske zbornice je obdržal omejitev lastnikove hipoteke v svrhu konverzije. Ne dovoljuje pa prepisa ugasle terjatve na ime lastnika (ki sam sebi pač ne more konvertovati hipoteke), ampak le prepis na drugega.

Prenos je istotako dopusten na podlagi izknjižbene pobotnice ali druge za vknjižbo sposobne listine, pa tudi le do časa prisilne uprave ali dražbe zemljišča, tako da se pri razdelitvi izkupila že ni ozirati nanjo.

Osnutek je podaljšal veljavo zaznambe glede konverzijskega pridržka na eno leto, v slučaju prisilne dražbe pa do časa zaznambe uvedenega dražbenega postopanja.

4.) V teh mejah ni predlagalo zgoraj navedeno mnenje nižjeavstrijske odvetniške zbornice nobenih bistvenih sprememb.

5.) Kaj zahteva gospodarsko stališče lastnikovo?

Gospodarsko korist more imeti lastnik iz ugasle hipoteke samo tedaj, kadar si z novo hipoteko zboljša gospodarski položaj, nadomestujoč staro hipoteko z novo lažjo glede obsega obresti in načina odplačevanja, torej skratka: s konverzijo. S pojmom konverzije je že izključena izvirna ustanovitev lastnikove hipoteke in špekulacija na škodo poznejšnjih hipotekarjev. Odobravati je torej zgolj: (a) lastnikovo konverzijsko hipoteko.

Odklanjati je zato samostojni prepis ugasle hipoteke na lastnika, ob enem osebnega dolžnika, ki sam sebi ne more biti gospodarstveni konvertator, in ki je skoro vselej osebni dolžnik poznejšnjih hipotekarjev. Nazadnje takemu pravnemu »nasebovanju« (pravica lastnika takorekoč na sebe) nasprotuje načelna zahteva, da mora biti izkazana različnost knjižnega prednika in naslednika na eni in lastnika na drugi strani. Pri prenosu ugasle hipoteke na lastnika nastajajo mnoge in občutne težkoče, kakor kaže nemško novejšo pravo.

Istotako se ne vjema z zistemom prenos plačane hipoteke na novega hipotekarja na podlagi izknjižbene pobotnice, zlasti dokler velja načelna, logična določba § 32. b o. z. z., da je treba izrečne izjave onega, čegar pravica se razveljavlja, obremenjuje ali prenaša na drugo osebo.

Nagibi k vladnemu in zlasti k načrtu gosposke zbornice sicer navajajo, da formalistični pomisleki ne morejo ovirati koristne reforme. Toda tu se vpraša, za kake žrtve naj se umikajo formalni zadržki, in ali se ne da zadeva rešiti brez kršitve formalnega načela in sistematike?

(b) Istotako je odobravati povratno (regresno), takozvano jamstveno hipoteko neosebne, marveč zgolj hipotekarnega dolžnika, ki je plačal hipoteko ne iz zemljiškega, ampak iz drugega svojega fonda; in mu za to pristojna povratna pravica do osebnega dolžnika, torej do osebne terjatve in njenega jamstvenega pripadka (hipoteke) iz vidika § 1358. o. d. z.

6. Zaključek. Ob priliki, ko je treba dopolniti in nadomestiti nekatere zastarele določbe obč. drž. zakonika, pač ne more biti tolika težava, da se reši na enostaven način konverzijsko vprašanje.

a) Če ima plačani hipotekar zakonito dolžnost, dati pobotnico (§ 1426. o. d. z.) in sicer za knjižni vpis s p o s o b n o pobotnico (§ 32. b o. z. z.) — zakaj bi ne mogel imeti obveznosti, da na zahtevo ali brez zahteve izda plačniku (dolžniku, lastniku) namesto pobotnice (ali poleg pobotnice kumulativno tudi) k o n v e r z i j s k o o d s t o p n i c o na korist onemu konverzijskemu odstopojemniku, ki ga lastnik svojčas izkaže s posebno k o n v e r z i j s k o z a d o l ž n i c o, in sicer veljavno za omejen čas, morda enega leta? V ta namen bi zadostovalo samo par besed dopolnitve k § 1426., n. pr.: Pobotalac vknjižene terjatve je obvezan dati (na zahtevo ali brez zahteve) lastniku obveznega zemljišča pobotnico in konverzijsko odstopnico v prilog svoječasnemu novemu pridobitelju.

S tako določbo bi se odstranil vsak dogmatični prelom in potreba tozadevne pravne iregularne novote.

b) Glede omejitve zaznambe konverzijskega pridržka na čas do zaznambe uvedenega dražbenega postopanja se radi nedoločnosti te omejitve vpraša, kako je ravnati, kadar se je sicer vpisala zaznamba uvedenega dražbenega postopanja, pa se poslej zbok ustavljene izvršbe zbrisala. Naravno je reči v takem slučaju, da te zaznambe ni, če se je zbrisala. Če pa le ostane po naključju vpisana, se da povzročiti uradoma izknjižba na podlagi ustavitvenega sklepa.

Dogmatično je lastnik upravičen razpolagati z zemljiščem tudi tekom dražbenega postopanja do domika. Zato mu tudi v tem času ni zabranjena konverzija ugasle terjatve, zlasti ako s to konverzijo pravočasno plača in tako doseže ustavitev izvršbe s prisilno dražbo.

Kadar pa že pride do domika, takrat je pravica pridržka, ki sicer izven domika prehaja na novega lastnika (§ 68/07, 89/12), bila brezpredmetna že od časa zaznambe uvedenega dražbenega postopanja in se vrši razdelitev izkupila brez ozira na tak konverzijski pridržek. Izjemno ne pride plačana hipoteka v poštev pri ugotovitvi bremenskega stanu (§§ 164 dd. i. r.).

c) V obseg konverzije (v širšem zmislu) prav lahko spada dotna hipoteka neveste; kajti ta hipoteka, ko preide po zakonu na lastnika, ne predrugachi prvotne terjatve, marveč ostane po svojem obsegu v glavni stvari nedotaknjena; ž njo se pa olajša



lastnikova zaveza, ker mu, dokler traja zakon, ni treba plačati valute in se mu zaveza zmanjša za plačilo dotičnih hipotečnih obresti, — vse koristi hipoteke pripadajo lastniku.

Sredstvo take posredne konverzijske ureditve pa sploh odpade, ako se nevesti-soprogi dovoli z a z n a m b a a l i p o o č i t b a na dotni hipoteki, da terjatev bremeni iz d o t n e g a omejevalnega naslova dote.

V prilog take zaznambe ali poočitbe je navajati dejstvo, da se ne ustanavlja pravzaprav prememba, ampak samo dopolnitev dotnega naslova hipoteke k prvotnemu naslovu dedščine itd. Ta prvotni pravni naslov zopet oživi, kadar preneha zakon in sicer ex lege. Novi pravni naslov dote pa omejuje obseg prvotne zaveze v prid dolžniku-lastniku nasproti prvotnemu hipotekarju (nevesti-soprogi), kakor sicer potom konverzije. Iz tega torej izhaja, da tu ne gre za zgol obligatorno zavezo in zlasti ne za novacijo, ampak za omejitvev prvotne hipotekarjeve pravice na podlagi zakona in zato tudi de lege lata ni zadržka za poočitbo zakonite omejitve iz naslova dote.<sup>1)</sup>

To pa seveda ne izključuje, da bi se pri novi ureditvi zakona ta latentna rešitev ne uredila izrečno in brezdvomno.

- d) Učinek lastnikove hipoteke ne sme segati tako daleč, da bi lastnik in osebni dolžnik, ki plača hipoteko, smel terjati nadomestni delež iz dražbenega izkupila, ker bi sicer morali njegovi upniki z novo izvršbo segati na ta nadomestek, kar bi povzročilo novo postopanje in nove, neumestne stroške, ne samo za dolžnika, temveč tudi za nekatere upnike.

<sup>1)</sup> Takih slučajev se je v praksi poslej (1908) izvedlo več, v ljubljanskih notarskih pisarnah, zlasti izza 1910 l. Glej nazadnje vložek -113 Zg. Pirniče. Pod praes. 17/2' 1914 št. 523 se je temeljem ženitne in dedne pogodbe 19/1 1914 št. 12.858 v zvezi s poročnim listom pri vl. št. 72, 73 d. o. Dobrova in 176 d. o. Babna gora med drugim vpisala zaznamba, da bremeni zanaprej nevestina terjatev . . . iz prisojila 25/4 1913 A VIII 644/12/40 po 5346 K kot dote. — Vknjižba izbrisa zastavne pravice glede 4<sup>o</sup>/<sub>o</sub> obresti in 5<sup>o</sup>/<sub>o</sub> zamudnih obresti je nepotrebna, kajti za časa dote obresti že po zakonu ne teko (§ 1247 o. d. z.), teko pa s trenutkom prenehanja terjatve kot dote po zakonu naprej; sicer pa uživajo triletne zaostale obresti itak vrstni red glavnice, ali glede varščine je izbris lahko večjega pomena.

Pač pa je pripoznati lastniku, ki je zgol hipotekarni in ne tudi osebni dolžnik, nadomestni povratek za hipoteko, plačano iz osebnega fonda, ker je ta povratni nadomestek stvaren regres na vsebino hipoteke, kajti sicer bi moral plačati lastnik svojo hipotekarno zavezo dvakrat, prvič iz osebnega (čeprav ne obveznega) fonda, drugič iz zemljišča v obsegu dotične hipoteke.

Poglavitno je, da se ustanova lastninske hipoteke mora ozirati na koristi dolžnika-lastnika in na koristi zemljiških upnikov, mora torej hoditi srednjo pot med obema, ako naj se varujejo stvarne koristi obeh prizadetih strank.

- e) Pravica zadajvrstnih hipotekarjev — zahtevati izbris ne več obstoječe (izplačane, zastarane, spojitvene) hipoteke že ob začetku vsake izvršbe (z vpisom izvršbene zastavne pravice, z zaznambo uvedene prisilne uprave in dražbe — čl. XVIII. uv. z. k. i. r.) je pač prezgodna in razdolženju zemljišča kvarna, kajti zabranjuje lastniku morebitno ugodno konverzijo, ki ga lahko reši izvršbe, — torej ob času, ko lastnik ugodne konverzije najbolj potrebuje.

Stvarno je izvršbena zastavna pravica vendarle samo hipoteka, čeprav prisilna hipoteka, in ima predvsem le pomen izvršbene, zgol zavarovalne zasege v svrhu ustanovitve vrstne prednosti.

Prisilna uprava je istotako le izvršba — *salva rerum substantia*, — izvršba zgol na dohodke (*quoad fructus*); pri razdelitvi upravnih prebitkov — pa obresti »lastnikove hipoteke« lastniku sploh ne grede, ker dolžniku samemu ne morejo teči, in torej lastnikova hipoteka pri izvršbi na dohodke ne pride v poštev; povratna (regresna) pravica zaževa le določni, svoječasni izplatek.

Temu naziranju vsaj deloma pritrjuje osnutek iz leta 1907, določujoč v § 65: Kadar se v o d i (začenja) na zemljišče izvršba s prisilno upravo ali dražbo, onda pri razdelitvi predvrstna, dejstveno ne obstoječa hipoteka ne pride več v poštev in pripade njen delež sledečim hipotekam. Osnutek II. iz leta 1912 (§ 87) se izraža ugodneje: Kadar se po plačanju dolga (§ 469) ali po nastali spojitvi (§ 1446) — pred izknjižbo hipoteke — hipotečno zemljišče izdražba

ali se dovoli (začenja) njegova prisilna uprava, takrat se pri razdelitvi skupila ta (ugasla lastnikova) hipoteka ne vpošteva, razen v slučaju povratne hipoteke (§ 1358); nagibi puščajo lastniku možnost rešilne konverzije — do zadnje ure; toda pri ugotovitvi bremenskega stanu je dejanski neobstoj terjatve izkazati tekom 5 dni (§ 165), ako se hoče doseči njeno nevpoštevanje, in enako je za vpoštevanje predznamovane hipoteke potreben izkaz nepoteklega roka opravičbe ali tekoče opravičbene pravde (glej zgoraj pod b); neumljivo je, zakaj bi tudi zaznamba konverzijskega pridržka naj ne imela veljave do — zadnje ure — do domika, kajti zaznamba začasno namestuje lastnikovo (čeprav izknjiženo) hipoteko samo — tekom zakonitega pridržnega roka, in zakaj bi naj imela veljavo samo do zaznambe uvedene prisilne dražbe (§ 89), ko vendar konverzija naj povzroči ustavitev izvršbe.



## Iz pravosodne prakse.

### A. Civilno pravo.

a) **Za regresne pravice soporokov med sabo ni treba, da bi bilo poroštvo prevzeto skupno.**

(Plenis. sklep c. kr. vrhovnega sodišča z dne 27. aprila 1915, prez. 133/15. — Knjiga judikatov štev. 222.)

#### Iz razlogov:

Na vprašanje, ali je pravica, ki jo daje na povračilo § 1359. o. d. z. plačujočemu poroku proti ostalim porokom, zavisna od tega, da so bili vsi pristopili k glavni zavezi kot poroki, je različno odgovarjala teorija in tudi praksa.

Povod k tej kontroverzi sta dala Nippel in Winiwarter s svojima komentaroma.

Nippel je trdil, da je medsebojno razmerje porokov le tedaj presojeti po § 896. o. d. z., ako so glavni zavezi že začetkom pristopili skupno, ker med poroki, ki so šele kasneje pristopili k že obstoječi poroštveni zavezi ali so vsak záse brez pravega pristopa