

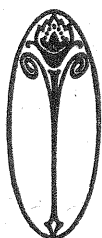
22-C-59

Vývoj a právní povaha vlastníkovy hypoteky.

NAPSAL

Dr. MILOSLAV STIEBER.

(Otisk ze Sborníku věd právních a státních r. XX. a XXI.)



SEMINÁŘ
Judicial.



KNIHOVNA
oddseni

V PRAZE 1922. - NÁKLADEM VLASTNÍM.

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PŘI PRÁVNICKÉ FAKULTĚ UJEP
STARÝ FOND
C. inv.: 010700

Koupi od M. Věrný
Darem od _____
v Průběhu za Kčs 40,-
Inv. č. 33.398
Sign. _____

Díl první:

Vývoj vlastnickovy hypoteky.

I.

Vlastnickova hypoteka římská.

§ 1. Literatura a praxe starší.

V několika případech římských pramenů nemá konfuse svých obvyklých účinků, ačkoli právo zástavní s vlastnictvím splyne. Je tomu tak u zástavního věřitele, který nabývá vlastnictví, nevěda o zástavě¹⁾ nebo ji od dlužníka koupí nebo na

¹⁾ L. 30. § 1 D. de except. rei iud. 44, 2: Paulus libro quarto decimo quaestionum. Ex sextante heres institutus, qui intestato legitimus heres esse potest, cum de iure testamenti faceret quaestionem, ab uno ex institutis dimidiam partem hereditatis petiit nec optinuit. Videtur in illa petitione etiam partem sextantis vindicasse et ideo, si coeperit ab eodem ex testamento eandem portionem petere, obstat ei exceptio rei iudicatae. Latinus Largus: cum de hereditate inter Maevium, ad quem pertinebat, et Titium, qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditariarum Maevio heredi a Titio facta est, in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo eiusdem Maevii heredis obligaverat quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit. His gestis posterior Titii creditor ius suum persecutus est et optinuit, post hoc iudicium Maevius heres repperit in rebus avitis chirographum eiusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum, cum ergo constet prius avo Maevii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Maevius superatus est, quaero, an ius avi sui, quod tunc, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita exsequi possit. Respondi: si de proprietate fundi litigatur et secundum actorem pronuntiatum fuisset, diceremus petenti ei, qui in priore iudicio victus est, obstatum rei iudicatae exceptionem, quoniam de eius quoque iure quaesitum videtur, cum actor petitionem implet. Quod si possessor absolutus amissa possessione eundem

místě placení přijme.²⁾ Je tomu dále u zástavního věřitele³⁾ nebo osoby třetí,⁴⁾ jež koupí zastavenou věc od dlužníka, aby kupní cenou zaplacen byl věřitel přední. Pravidlu, že nikdo nemůže zastavit svou věc vlastní,⁵⁾ chce se jíti z cesty. Ne zástavní věřitel, jen vlastník je to, který se proti nároku zadního věřitele chrání.⁶⁾ Že zástavní právo dále trvá, se nepraví.

Vytýká se naopak, že ani nemohlo potrvati. Je to jen žaloba zástavní, která zbývá.⁷⁾ Tyto prameny přisuzují však zástav-

ab eodem, qui prius non optinuit, peteret non obsesset ei exceptio: nihil enim in suo iudicio de iure eius statutum videretur. Cum autem pignoratitia actum est (adversus priorem creditorem), potest fieri, ut de iure possessoris non sit quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione quod meum est alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probabit sibi teneri. Et probabilius dicitur non obstare exceptionem, quoniam de iure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pignoratione competit: verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei iudicatae exceptionem. Pod pignus rozumí se také hypotheke. Viz Basil LI. tit. 2, cap. 27: *ἐπι δὲ τοῦ προκειμένου θήματος περιποιηθείσης μοι τῆς δεσποτείας τοῦ ἀγροῦ, ἡ μὲν ὑποθήκη λύεται, ἡ δὲ περὶ τῆς ὑποθήκης ἀγωγή σώζεται, ἐπειδὴ καὶ τὸ ἐνέχρον ἐδόθη καὶ τὸ χρέος οὐ κατεβλήθη.*

²⁾ L. 1. C. si ant. cred. 8. 19: Si vendidit is qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor venumdedisset: sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

³⁾ L. 17. D. qui pot. in pign. 20, 4: Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

⁴⁾ L. 3. C. de his qui in prior. 8, 18: Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores in ius eorum successisti et contra eos, qui infirmiores illis fuerunt iusta defensione te tueri potest. Dříve se sem čítaly i jiné případy viz Buchka, Die Hypothek des Eigentümers, 1875, 8, pozn. 3.

⁵⁾ L. 45. pr. D. de div. reg. iuris 50, 17: Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest. Viz též L. 33, § 5 de usurp. et usuc. 41, 3.

⁶⁾ Viz pozn. 2., (res obligatas audieris), 3. (tuendum), 4. (tueri).

⁷⁾ Viz pozn. 1.

nímu věřiteli jistý „locus“ a mluví o successi věřitelů zadních v „locus“ věřitelů předních.⁸⁾ To bylo pozdější teorii pak podnětem, že locus od zástavního práva oddělovala a také nezástavnímu právu jako na př. vlastnictví přidělovala.

Místa tato již od dob glossátorů až po naše časy byla stálým předmětem sporů a výkladů. Spor a výklad točil se o otázku, zda současně v jedné osobě i vlastnictví i zástavní právo může trvati, čili jak pozdější teorie formulovala, zda je vlastníková hypoteka možná. Názory projevené seskupují se takto v hlasy proti vlastníkové hypotece a v hlasy pro vlastníkovou hypoteku.

1. Hlasy proti vlastníkové hypotece.

Proti současnému trvání práva zástavního a práva vlastnického postavila se již glossa. Trvala slovně na pramenech. Ani jich neformulovala. Věc vlastníkovi není zastavena. Vlastník jen se chrání.⁹⁾ Zadní věřitel musí vlastníkovi dluh zaplatiti, chce-li svému zástavnímu právu zjednati průchod. Glossa je si toho vědoma, že tu není dluh, byla-li věc vlastníkovi dána na místě placení. Než ta věc nemůže mu býti na škodu. Nevzdalť se pohledávky pro ten případ, že se datio in solutum zvrhne. Právo prvního věřitele se nepohorší, přistoupí-li k němu právo věřitele druhého¹⁰⁾. Glossa snaží se rozpor rozřešiti i výkladem, že ani žádné vlastnictví neexistuje.¹¹⁾

⁸⁾ L. 3. C. de his qui in priorum creditorum loco succedunt 8, 18.

⁹⁾ Glossa ad l. 3. C. de his qui in pr. 8. 18: non ut rem habeas obligatam, sed ut te tueri possis contra omnes, ut ipse poterat. Gl. ad L. 17. D. qui pot. in pign. 20, 4: cum sit iam sublatum vinculum pignoris.

¹⁰⁾ Glossa ad l. 1. C. Si ant. cred. 8. 19: remanet mihi ius pignoris, sic tamen rem obligatam persequi potero, si debitum primo creditori solvero . . . immo non videtur necesse aliquid offerri: quia sic tua diligentia noceret, quod esse non debet. Vel dic quod non videtur recessisse ab obligatione prima si revocabilis esset datio. Sed quomodo secundus auditur contra primum vel offerendo, vel illo modo: cum primus sibi in pignore prenderit? Respond. quia licet debitori facere primi creditoris conditionem deteriore, adjiciendo secundo. Stejně také Glossa ad l. 17. D. qui pot. in pign. 20, 4.

¹¹⁾ Glossa ad l. 30 § 1. D. de except. rei jud. 44, 2: videtur autem nocere Maevio quod fuit factus dominus fundi, et sic extincta hypotheca, sed dicas quod non fuit factus dominus fundi, et sic habeat nunc actionem, hypothecariam non obstante etiam prima sententia . . . potest dici quod tradens non fuit dominus cum tradens dederit quasi rem accipientis et

Z teoretiků kloní se ke glosse (l. 3 C. 8, 18, l. 1. C. 8, 19) Jacobus de Arena. Otázku „pignus an valeat in re propria“, řeší dialektickou odpovědí: „tantum valet sibi unum sicut aliud, ut ubi non potest sibi tantum valere, tunc pignus tenet etiam in re propria“. Není vlastníkem, komu se vlastnictví může vzíti.¹²⁾

Z postglossátorů jde Cynus s Arenou. Precisuje však glossu (l. 3. C. 8, 18), že vlastník má retenci věci.¹³⁾ Náhled jich obou přijímá Albericus de Rosate,¹⁴⁾ v něčem jde s glossou.¹⁵⁾ Dle Bartola drží vlastník věc svou „loco pignoris“. To odůvodňuje její retenci.¹⁶⁾ Glosse dostává se od něho výtky, že nechce vlastnictví uznati.¹⁷⁾ Vlastnictví nabývá se jen odvolatelně. Nabývá-li se, není to na škodu věřitele. Jeho zástavní právo trvá.¹⁸⁾ Při koupi prvního věřitele (l. 1. C. 8, 19) jde Bartolus

accipiens eodem animo accepit, credens esse hereditatis . . . quid ergo si fuit factus dominus: ut quia xidens dantis accepi forte adhuc videtur idem (arg. huius literae „verum est cuius etc.“). Ergo hypothecaria durat quae talem conditionem habet: nisi soluta pecunia. Glossa cit. dle vydání: Digestum vetus cum glossa. Venetiis per Baptistum de Fortis 1494.

¹²⁾ Jacobi de Arena: commentarii in universum ius civile . . . Lugduni 1541, fol. 55, 56, si potiores, si vendidisset.

¹³⁾ Cyni . . . super codice et digesto veteri lectura . . . Lugduni 1547, fol. 340 „si potiores“, fol. 341 „si vendidisset“.

¹⁴⁾ Secunda Alberici super codice. Lugduni 1545, fol. 151, „qui potiores“ si vendidisset.

¹⁵⁾ Secunda Alberici super digesto veteri. Lugduni 1545, fol. 173, qui a debitore. Prima Alberici super digesto novo. Lugduni 1545, fol. 168, Latinus Largus.

¹⁶⁾ Bartoli prima in digestum vetus; Lugduni 1555, 159 ad l. 17. D. qui pot. in pign. 20, 4: Emptor pignoris potest ex pacto in locum prioris creditoris succedere, si ad eum pretium pervenerit. h. d. Sed quaero, quomodo potest ille emptor succedere in locum prioris creditoris, cum res efficiatur sua et res sua non obligetur ei, ut lex neque pignus, i. de reg. u. Respon. licet sit sua et non sit ei obligata, tamen loco pignoris retinetur; ut l. ex sextante § Latinus i. de exce. rei iudi. et Latinus § offerri § de act. empt. et § eodem l. 3. § 1. et C. si antiq. cred. l. 1. cum si. Quaerit glossa quid si prior creditor emit a debitore an possit succedere ipsemet in locum sui ut habeat ius retentionis. Glossa determinat quod sic: dic ut in ea.

¹⁷⁾ Viz pozn. 10.

¹⁸⁾ Bartoli super prima digesti novi. Venetiis per Joannem et Gregorium de Gregoriis fratres 1501. ad l. 30. § 1. D. de except. rei iud. 44. 2: Latinus Largus. Res sua nemini potest esse obligata, ut dicitur hic et l. neque pignus infra de reg. iur. et vide istam glossam, quae pessime soluit, quod non fuit factus dominus, sed illud est contra textum ibi dominio constituto

s glossou.¹⁹⁾ Baldus konstruuje pro osobu třetí (l. 3. C. 8, 18) „quasi pignus“.²⁰⁾ První zástavní věřitel (l. 1. C. 8, 19) má věc „commutabiliter propriam“, která zůstává v zástavě.²¹⁾ Salycetus připojuje se ke konstrukci Bartolově o retenci loco pignoris. Věc není vlastní „pleno iure propter ius hypothecae quod remanet salvum priori creditori“.²²⁾ Není však ve svém názoru jednotný. Hypoteka vzejde i vlastníkovu, má-li zadní věřitel proti němu „ius offerendi“.²³⁾ Fulgosus jde (l. 17. D. 20. 4) s glossou. Vlastnictví je sice převedeno, ale může být odvoláno. Zástava se dává, bude-li vlastnictví zrušeno. Věřitel se chrání stejně jako kupec (sicut creditor nonnunquam in locum domini, sicut dominus in locum creditoris).²⁴⁾ Ke glosse připojuje se také Paulus de Castro.²⁵⁾

Traktáty, které se zabývají výlučně zástavním právem, přijímají řešení předchozích spisovatelů. Negusantius dovolává se Bartola a Castra. Stal-li se věřitel vlastníkem věci odvolatelně, dává se mu „retentio pro suo credito et pro hypotheca non extincta“.²⁶⁾ Dle Bachovia je věc u kupce zástavy, který prv-

Item contra principium legis ibi proprium, scilicet Titii. Vera solutio est, quando res efficitur perfecte et irrevocabiliter accipientis: tunc pignus extinguitur, secus si revocabiliter, quia acquisitio domini non debet nocere creditori nec pignus extinguitur . . . Et hanc solutionem tenet hic Petrus et Jacobus de Rauen et Ly. Cynus de his que in frau. credi l. fi. C. si antiqui. credi. l. 1. in III. q.

¹⁹⁾ Lectura Bartoli. super secunda parte codicis. Venetiis 1499. fol. 112: si vendidisset.

²⁰⁾ Baldi. commentaria in VI., VII., VIII., IX., X. et XI. Codicis lib. Venetiis 1572, folio 390, si potiores: Iure proprio non habetur pignus, sed quasi pignus, unde si mea res est obligata priori creditori cui ego solvo. Creditor ergo hoc casu ius hypothecae et sic rem suam habet, et quasi obligatam.

²¹⁾ L. c. si vendidisset.

²²⁾ Salycetus super digesto veteri, Lugduni, 1541, fol. 130 „qui a debitore“.

²³⁾ Bartolomei de Salyceto quarta super septimo, octavo et nono codicis. 1541, fol. 125, si potiores.

²⁴⁾ Raphaelis Fulgosii Placentini . . . in primam pandectarum partem commentarium . . . tomus secundus. Lugduni 1554, qui a debitore, p. 170.

²⁵⁾ Pauli de Castro prima super digesto novo. Lugduni 1545, fol. 91, 92, Latinus.

²⁶⁾ Antonius Negusantius, Tractatus de pignoribus et hypothecis. Lugduni 1562, 285, I. m., 5. p., num. 55. Viz též 325 a násl. III. m. 5. p. num. 3.

ního zástavního věřitele kupní cenou splatil, „quasi cuiusdem pignoris iure“.²⁷⁾ Na jiném místě pak praví, že ze smlouvy mezi dlužníkem a kupcem, aby kupní cenou byl přední věřitel zaplacen a kupci zástava odevzdána, „quasi tacite pignus contrahi videatur“.²⁸⁾ K ochraně jeho slouží excepce.²⁹⁾ Merlinus tlumočí obecné mínění, že kupci, třeba by byl zbaven hypoteky, ze slušnosti neodjímá se právo retence.³⁰⁾ Registruje též náhled Bartolův, že věc jest „quasi obligata“.³¹⁾ Na jiném místě však zase tvrdí, že hypoteka nepomijí „stante iure hypothecae secundi creditoris“. Prodej a dání na místě placení zvrhne se nárokem zadního věřitele, a dřívější právo kupce nezůstane zrušené a uhaslé, nýbrž obživne.³²⁾

Podle pavijského právníka Costy má kupec zástavy právo excepce a retence.³³⁾ Holandský právník Sande soudí, že věc se koupí, ne aby vlastnictví se nabylo, nýbrž aby zástavní právo se zachovalo. Třeba hleděti k tomu, co se stalo, ne k tomu, co se psalo.³⁴⁾ Pro ius offerendi, které zadnímu věřiteli přísluší, konstruuje i ty subtilnosti, že vedle kapitálu třeba nabídnouti i úroky. Užitek věci je sice kompensace, ale i větší rozdíl úroků, než je užitek, třeba nahraditi. Oblaci se koupě zvrhne a dřívější pohledávka obživne.³⁵⁾ Jeho krajan Voet řeší věc podle glossy. Právo

²⁷⁾ Reinhard Bachovius, Tractatus de pignoribus et hypothecis. Francofurti et Rostochii. 1656, lib. IV., cap. 16, pag. 344.

²⁸⁾ L. c. pag. 346.

²⁹⁾ L. c. pag. 347.

³⁰⁾ Mercurialis Merlinus, De pignoribus et hypothecis. Genevae 1661. qu. 44. num. 8., qu. 43 num. 20.

³¹⁾ L. c. qu. 44 num. 9.

³²⁾ L. c. qu. 43 num. 10.

³³⁾ Joannis Costae, Tractatus novus de facti scientia et ignorantia. Francofurti, 1605, 302.

³⁴⁾ Joanne de Sande, Decisiones Frisicae. Leovardiae 1656, 206 def. XVIII: At si existentibus pluribus creditoribus eiusdem debitoris, unus eorum rem oppignoratam vel a priore creditore pignus distrahente, vel ab ipso debitore emat; ista emptio non tam dominii acquirendi, quam pignoris et crediti secundi causa fieri intelligitur, et hic non tam quod scriptum, quam quod actum est, inspicitur.

³⁵⁾ L. c. 207 def. XIX: Nam per oblationem hanc datio in solutum vel prior emptio quasi resolvitur et pristina obligatio reviviscit, perinde ac si pignus creditori in solutum datum non fuisset, quo casu sors eum usuris debetur.

předního věřitele obživuje evikcí věřitelů zadních, tak jako by se koupě ani nebyla stala.³⁶⁾

Z právníků německých někteří subtilnosti glossy pouštějí. Důraz začíná se klásti na successi věřitele zadního v právo věřitele předního a pak na successi kupce zástavy, byla-li successio tato vyjednána.³⁷⁾ Přes to má i kupec, který si to nevyjedná, právo retence věci a obrany proti zadnímu věřiteli, pokud mu kupní ceny neoferuje.³⁸⁾ Opětovně se pak konstatuje, že na vlastní věci zástavní právo míti nelze.³⁹⁾

2. Hlasý pro vlastnickovu hypoteku.

K otázce vlastnickovy hypoteky zaujímá již stanovisko A z o. Nedává se (l. 3. C. 8, 18) másti konfusí práva zástavního s vlastnictvím. Na zadního věřitele anebo osobu eizi, která kupní cenu na zaplacení předního věřitele věnovala, přecházejí „ordines et praerogativae potestates, quas habebat primus creditor in pignora“. Osoby tyto musily si však s prvním věřitelem successi tuto vyjednatí. Dluh prvního věřitele sice zanikne, ač zdá se, jakoby dále trval.⁴⁰⁾ Převezme-li přední věřitel zástavu na zaplacení (l. 1.

³⁶⁾ Joannis Voet . . commentarius ad pandectas. Hagae Comitum. 1731, 908, l. 20 tit. 5., num. 10; viz též 910, tit. 6., num. 1.

³⁷⁾ Joan. Thomae Freigii partitiones iuris utriusque, Basileae 1581, Struvius, Syntagma iuris civilis, Jenae 1668, II, 20. Heineccius Elementa iuris civilis. Amsterdami 1731, 415.

³⁸⁾ Fachineus, Consilia, Francofurti 1590, I, 116.

³⁹⁾ Joan. Schneidewini . . in quatuor Institutionum libros . . commentarii, Argentorati 1626, 438 (Improprie enim pignus dicitur rei suae), Fachineus, l. c., 116, 8.

⁴⁰⁾ Azonis summa super Codice et Institutionibus. Vēnetiis 1/6. 1498 fol. 205 C. De his qui in priorum creditorum loco succedunt: . . Scien- dum est itaque priori creditori solui pecuniam: quandoque a debitore, quan- doque ab extraneo, quandoque a secundo creditore. Si a debitore solvatur et de sua pecunia, scilicet quam non accepit ab alio mutuo non est propter talem solutionem successio in pignore, scilicet ipso iure liberatum est pignus ab illo creditore. Si autem solvat debitor creditori pecuniam, quam ad alio, puto Titio, mutuo accepit et velit Titius succedere in pignus quod fuerat obligatum ei cui solutum est, tria exiguntur ut succedat, item quod ab hoc det mutuo, ut liberetur pignus; item quod paciscatur de succedendo in ius prioris; item quod pecunia perveniat ad primum. Tunc enim succedit iste Titius in ius primi, item in potestatem vendendi pignoris, licet Titius non convenerit de pignore vendendo: imo forte convenerit ne venderet. ut D. que res pi. vel hypo. l. aristo. Item succedit in ordinem tem- poris, item ut preferatur eis quibus referebatur ille, ut D.

C. 8. 19), nezanikne ani zástavní právo, ani dluh. Zadní věřitel musí přednímu „propter auctoritatem praecedentis contractus“ dluh tento zaplatiti.⁴¹⁾ Odofredus opakuje při prvním místě Azona. Zadní věřitel nastupuje „in locum“ předního, „quantum ad orididem creditorum et quo ad ius vendendi et quantum ad privilegium, si aliquod habebat“.⁴²⁾ Nabývá-li kdo zástavy jako vlastník, nevěda o zastavení (l. 30. § 1. D. 44, 2), nepozbývá zástavního práva.⁴³⁾ Odofredus dává podle pramenů (l. 17. D. 20, 4) ochranu věřiteli, jenž zástavu od dlužníka koupil a kupní cenou prvního věřitele zaplatil. Nezdát se, že by byl chtěl upustiti od zástavy.⁴⁴⁾ Glossa, jak již uvedeno, není názorům těmto přízniva. Také postglossátoři nikoli.

qui p. in pi. k. si prior. § a Titio ad § si tertius. Item succedit in privilegium personalium actionum, ut idem de ces. bon. l. 2 et est hoc mirabile, quod ex pacto debitorissuccedit in iussu creditoris, si tamen ad creditorem primum Titii perveniat pecunia, ut probatur D. qui po. in. pig. ha. l. si prior § a Titio, sed forte hoc est, quia creditor accipiendo pecuniam eidem pacto consensit. Illud tamen non audeo dicere: quod hypothecaria, quae dabatur primo, detur secundo: quia illa est extincta, cum extinctum sit principale debitum, sed ordines et praerogativae potestates, quas habebat primus creditor in pignora, transeunt ad istum, quia idem est pignus et idem debitor, quia debitum primum cuius ratione competebunt istae praerogativae primo creditori solum est a sequenti quasi videatur idem durare debitum, quod fuerat prius. Si vero extraneus solverit primo creditori, necesse est, ut numeret pecuniam et ut paciscatur de succedendo, ut i. eo. l. 1 et si de privil. fis. l. si cum. Si vero secundus creditor solvat primo creditori vel eo non accipiente consignet et deponat etiam nullo pacto apposito succedit in ius primi.

⁴¹⁾ L. c. C. si antiquior creditor pignus vendiderit.

⁴²⁾ Odofredi . . in secundam Codicis partem praelectiones. Lugduni 1550, fol. 154—155 l. 3. C. de his qui in prior 8, 18, l. 1. C. si ant. cred. 8, 19,

⁴³⁾ Odofredi . . praelectiones in . . digestum novum, Lugduni 1552, 110, ad l. 30, § D. de exc. rei iud. 44, 2: Sed instatur hic, quomodo si traditur res Maevii, cum sit primo alii obligata, durat hypotheca, cum nemo potest habere hypothecariam etc. ut i. de rec. in l. pignus. Respondeo, speciale est hic, quia hic ignorebat; et tolerabilis est ignorantia in facto alieno. Sic et alibi habet rem suam quis obligatam, ut scil. de pig. act. l. eleganter in princ. Vel potest ita dici: haec regula est vera, quia nemo potest suam rem habere obligatam, cum sua effecta est, secus si ante erat obligata, ut hic fuit.

⁴⁴⁾ Odofredi . . in secundam digesti veteris partem praelectiones . .

Z francouzských právníků Cujacioví sukceduje první věřitel jako kupec zástavy (l. 1. C. 8, 19) ve své vlastní místo.⁴⁵⁾ Na třetí osobu, jejíž kupní cenou se první věřitel zaplatí (l. 3. C. 8, 18) převádí se za souhlasu dlužníkovy mlčky i místo zaplaceného věřitele.⁴⁶⁾ V místo prvního vstupuje i zadní věřitel, koupiv věc a zaplativ její kupní cenou.⁴⁷⁾ Také Connanovi vkročuje kupec zastavené věci v zástavní právo věřitele, jejíž kupní cenou zaplatí.⁴⁸⁾ Totéž učí Donellus. Kupec vstupuje „in pignus et locum“ prvního. Musí to s ním však vyjednat, neboť mezi jinými mimo soudní zástavu vzniká zástavní právo jen smlouvou.⁴⁹⁾ Koupí-li první věřitel, nezaniká dluh, může-li se jeho zaplacení oblací zadního věřitele zvrhnouti.⁵⁰⁾

Právnicki němečtí dávají otázce jiný směr. Kladou důraz na sukcessi zadního v právo předního a v sukcessi kupce zástavy, byla-li tato sukcesse vyjednána. Nevyjedná-li si to tento kupec, má prvý právo retence a obrany proti zadnímu věřiteli.⁵¹⁾ Vy- Lugduni 1552, 132, ad l. 17. D. qui pot. 20, 4: do věty: „quia videtur velle discessisse a vinculo pignoris“ třeba před „videtur“ připojiti omylem vypuštěné „non“.

⁴⁵⁾ Jacobi Cujacii. . Tomus nonus vel quintus operum postumorum Neapoli, 1722, 1220 ad tit. XIX, si ant. cred. pignus vend. : Emendo a debitore pignus, antiquior creditor succedit in locum suum, succedit sibi ipsi, id est, eodem iure est, quo fuit ante emptionem, puta, ut sit potior in pignoris causa, nisi sequentes offerant pecuniam debitam ad usuras.

⁴⁶⁾ L. c. 1219, ad tit. XVIII. de his, qui in primum creditorum locum succedunt: quod est, inquam, iure successisse, id sic interpretandum, cessione scilicet a translatione pignoris facta, vel auctoritate iudicis vel consensu debitoris, qui utique consensisse intelligitur, non tantum si nominatim convenerit, ut cuius pecunia creditor dimitteretur, is subiret locum illius, verum etiam si debitor eidem vendiderit rem creditori pigneratam ut ex pretio creditor dimitteretur (l. 3. h. tit.) Nam et hoc casu in ea re emptor. cuius pecunia pervenit ad creditorem hypothecarium, id est, cui ea res, erat obligata, potior erit omnibus creditoribus inferioribus . . .

⁴⁷⁾ Cuiacius, Paratitla in libros quinquaginta digestorum, Coloniae Agrippinae, 1570, l. XX. tit. 4, p. 82.

⁴⁸⁾ Francisci Connani commentariorum iuris civilis libri X, Basileae, 1557, lib. IV, cap. XVIII num. 3.

⁴⁹⁾ Hug. Donelli . . Commentarii absolutissimi ad II, III. VI et VIII libros codicis . . Francofurti 1599, 648 vid. tit. XIX. de his qui in primum: succedere in pignus et locum primi creditoris.

⁵⁰⁾ L. c. ad tit. XX si antiquior: Sed pro soluto non habetur, quod solutum potest evinci.

jedná-li si cizí kupec jen tuto successi, má docela i žalobu zástavní, aby si držbu získal. Nevyjedná-li si to tento kupec, má aspoň „*jus excipiendi et retinendi res pignori obligatam*“. I zdá se, že takto jaksi již i právo retence a excecpe i samo vlastníkovo právo zástavní kryje.⁵²⁾ Také se vykládá, že tento cizí kupec vstupuje „*quo ad retentionem et quo ad ius excipiendi ex quo possidet*“.⁵³⁾ Také *Mevius*, ač jinak kloní se ke glosse, zastává tyto názory. Jen ten kupec zástavy má právo zástavní předního, s nímž si to vyjedná anebo s jehož souhlasem právo jeho na sebe přivede.⁵⁴⁾ I vykládá se, že successi cizího kupce „*in pignus primi*“ je jedna z těch výjimek, které vylučují pravidlo „*qui prior tempore, potior est iure*“.⁵⁵⁾ „*In emptorem*“ převádí se mlčky „*ius primi creditoris*“, takže se může „*iusta defensione*“ proti zadním věřitelům bránit.⁵⁶⁾ Na smlouvě o successi při cizím kupci trvá také *Beckmann*⁵⁷⁾ a *Perez*.⁵⁸⁾ *Brunnemann* o *vi* stačí, učiní-li se jen s dlužníkem.⁵⁹⁾ Na něho odvolává se i *Lauterbach*.⁶⁰⁾ Zástavní právo přiznává prvnímu věřiteli jako kupci i *Coccejus*, pomíjíť pouze „*legitima distractione*“.⁶¹⁾

⁵²⁾ *Practicae observationes a . . Bernhardo Wurmsero a Schaffalshheim et Hartmanno Hartmanni ab Eppingen. Francofurti 1658, II, Observ. ab Hartmanno, 310, tit. 27, obs. IV.*

⁵³⁾ *Francisci Manticae . . lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus. I. Genevae 1681, lib. II, tit. 29 num. 9, 10.*

⁵⁴⁾ *Johann Michael Beuthern, Consultationum sive responsorum de iure praelationis seu prioritatis inter plures concurrentes creditores, Strassburg 1615, I, cap. 51. Viz též Hartmann, Observ. v pozn. 51.*

⁵⁵⁾ *Codicis Meviani supplementum, 1713, lib. VIII., tit. 19, dec. 18. Viz též Georgii Adami Struvii Syntagma iuris civilis. Jenae 1668, II, 16, 25., 20, 34.*

⁵⁶⁾ *Justi Meieri Collegium Argentoratense. Argentorati 1657, p. 1173 č. 5.*

⁵⁷⁾ *Georgii Frantzki commentarius in viginti et unum libros pandectarum. Francofurti et Lipsiae 1678, p. 675 qui potiores č. 95, 96.*

⁵⁸⁾ *Nikolaus Beckmann, Medulla Justiniana. Parisiis 1666, I, XX, tit. IV, th. 15, p. 485.*

⁵⁹⁾ *Ant. Perezi . . praelectiones in duodecim libros codicis. Lovanii 1651, 573. L. 8. tit. 20 si antiq. num. 5—8: in locum prioris succedit.*

⁶⁰⁾ *Johannis Brunnemanni commentarius in duodecim libros codicis. Lipsiae 1672, 979 si potiores: nam tunc tertius in locum primi succedet.*

⁶¹⁾ *Lauterbach, Collegium theoretico-practicum a libro vicesimo pandectarum, II. Tübingae 1743, 125.*

⁶²⁾ *Cocceji iuris civilis controversi pars II. Francofurti 1753, I, XX, tit. V., q. 5, p. 51.*

Teorie nalézá ohlas i v nálezech praxe. Nizozemská nejvyšší kurie rozhoduje, že zadní věřitel má oferovati kupci zástavy kapitál i s úroky.⁶²⁾ V belgiických soudech přisuzuje se cizímu kupci zástavy právo retence, zástavnímu věřiteli (l. 30, § 1 D. de exo. r. i. 44, 2, l. 17. D. qui pot. in pign. 20. 4) právo zástavní, které ožívá, provede-li se zadními věřiteli proti kupci evikce.⁶³⁾ Stejně také v Paříži.⁶⁴⁾ Retenci zástavy má také její kupec podle rozhodnutí senátu savojského.⁶⁵⁾ Musí si však dáti od předchozího věřitele právo jeho postoupiti.⁶⁶⁾ Věřitel zadní má „*ius offerendi*“ nejen proti prvnímu, ale i proti druhému kupci. Také u druhého kupce je vlastnictví stejné jako u prvního „*affectum et revocabile*“.⁶⁷⁾

Královská rada neapolská rozhoduje, že vlastník může „*retinere terram pro sua hypotheca*“.⁶⁸⁾ Před ní vede se také spor o tom, zda přísluší „*ius offerendi*“ druhému věřiteli proti kupci, který koupí věc od dědice a zaplatí kupní cenu věřitelům předchozím.⁶⁹⁾ V Neapoli rozhoduje se také, že druhému věřiteli přísluší proti prvnímu „*ius offerendi*“, třeba by věc koupil nebo „*datione in solutum*“ přijal, tak jakoby někomu jinému bylo zcizeno.⁷⁰⁾ V Římě ve svaté rotě přisuzuje se ve čtvrté instanci po čtyřech letech po koupi zadnímu věřiteli „*ius offerendi*“ proti kupci.⁷¹⁾ Ve Florencii příhází se excecpe a retence dědici, který

⁶²⁾ *Joanne de Sande, Decisiones Frisicae, Leovardiae 1656, 207 (nález z 20./12. 1611).*

⁶³⁾ *Paulus Christinaeus, Practicarum quaestionum rerumque in supremis belgicarum curiis iudicatarum observatarumque vol. IV. Antverpiae 1671, tit. XIX dec. 161, tit. XX, dec. 162.*

⁶⁴⁾ *L. c. dec. 162.*

⁶⁵⁾ *Antonius Faber, Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae senatu tractatarum. Lugduni 1661, lib. VIII, tit. X., def. VII.*

⁶⁶⁾ *L. c. dec. VIII.*

⁶⁷⁾ *L. c. tit. X, def. II.*

⁶⁸⁾ *Antonius Capycius, Decisiones S. Regii Consilii Neapolitani. Lugduni 1555, dec. XLIII. num. 5.*

⁶⁹⁾ *Vincencius de Franchis, Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani, Francofurti 1672, dec. 531.*

⁷⁰⁾ *Mathaeus de Afflictis, Decisionum sacri regii Neapolitani consilii . . centuriae quatuor. Francofurti ad Moenum 1616, 31 dec. XVI.*

⁷¹⁾ *Decisiones sscrae rotae Romanae in tractatu de pignoribus et hypothecis . . Mercurialis Martini dec. LXI (rozh. 1642): in dubio praesumitur emisse potius confirmandam suae hypothecae gratia quam acquirendi dominium (num. 2).*

zaplatil předchozího věřitele.⁷²⁾ V Granadě vztahuje královský senát předpis o koupi zastavené věci na koupi dýchodu, když danou kupní cenou provedena byla konverse vysokoúročného dýchodu na dýchod nízkouročný.⁷³⁾ Na šefním soudě lipském se rozhoduje, že toliko zaplacením dluhu, nikoli nabytím vlastnictví hypoteka pomíjí.⁷⁴⁾ Královský soud vismarský přikazuje zástavní právo věřitele předchozího věřiteli zadnímu, který zástavu na místě placení přijal a věřitel předchozího svými penězi uspokojil.⁷⁵⁾

§ 2. Novější literatura a prakse.

V pozdějších spisech německých právníků stává se zavazení vlastní věci předmětem stálé zmínky. Snadno lze to odvodnit z literatury předchozí, ale i nový výklad snaží se věc rozřešit. Westenberg žádá, aby se věc znovu dala v zástavu.⁷⁶⁾ Hofacker přisuzuje novému kupci „pignus et locum, quem prior dimisit“.⁷⁷⁾ Dabelow všimá si pouze práva „offerendi“, které zadnímu věřiteli proti kupci zástavy přísluší.⁷⁸⁾ Cizí kupec zástavy nabývá podle Thibauta práva zaplaceného věřitele ku své jistotě.⁷⁹⁾ Podle Westphala i zadní zástavní věřitel.⁸⁰⁾

⁷²⁾ Hieron. Magonius, Decisionum caussarum tam rotae Florentinae, quam rotae Lucensis . . . centuriae tres. In nob. Francofurti 1600, dec. 59 num. 3.

⁷³⁾ Dr. Joannes Bapt. Larrea, Novarum decisionum sacri regii senatus granatensis regni Castellae pars prima. Lugduni 1658, 184, disp. XX, decisio 18.

⁷⁴⁾ Carpzov, Jurisprudencia forensis. Lipsiae et Francofurti 1684, p. II const. 23, defin. 33 (r. 1634).

⁷⁵⁾ Codex Mevianus hoc est summi tribunalis regii, quod est Wismariae super quaestionibus forensibus. Augustae Vindel. Dilingae et Francofurti 1703, t. II, 662 lib. VIII, tit. 19 dec. VII (rozh. 13./10. 1658).

⁷⁶⁾ Joannis Ortwinii Westenbergii . . . principia iuris secundum ordinem digestorum seu pandectarum. I Vindobonae 1777, 770. Alique, quorum pecunia res empta est, si eadem iis specialiter pignori obligata sit.

⁷⁷⁾ B. Caroli Christophori Hofacker principia iuris civilis romano-germanici II. Tubingae 1801, 393.

⁷⁸⁾ Dabelow, Pandecten des gem. römisch-deutschen u. forensischen Privatrechts. I. Halle 1803, 334, § 839.

⁷⁹⁾ Thibaut, System des Pandecten-Rechts. II, Jena 1809, 92.

⁸⁰⁾ Westphal, Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen römischen Gesetze vom Pfandrechte. Leipzig 1800, 263, 264.

Nový kupec vstupuje v jeho právo dle Glucka.⁸¹⁾ Löhrovi však zástavní právo zaniklo. Pouze excepce dřívějšího zástavního věřitele vlastníkovu zbývá.⁸²⁾ Než literatura cesty již nastoupené neopouští. Přetřásá se již, zdá právo na vlastní věci může vzniknouti.⁸³⁾ V učebnicích pandekt již se ukazuje, že zástavní právo u nového kupce trvá, ač pohledávka zanikla.⁸⁴⁾ Zachovává se ať kupci cizímu, ať zástavnímu věřiteli zadnímu proti jiným zástavním věřitelům. Nemá žádného pozitivního účelu, aby se z věci uspokojení došlo, nýbrž jen negativní, aby se toto uspokojení jiným zamezilo.⁸⁵⁾ Konfusi zaniká sice právo zástavní. Na vlastní věci nedá se žádné zástavní právo mysliti. Než ve všech případech pramenů může kupcem právo zástavního věřitele proti zadním věřitelům býti vykonáno, bylo-li to při koupi věci vyjednáno. Jim přísluší však také proti němu „ius offerendi“.⁸⁶⁾ Na vlastních věcech nemůže právo zástavní býti nabyto. Ohledy slušnosti zavedly však anomálii, že se věřiteli přednost, které svým zástavním právem nabyt, i po nabytí práva vlastnického zachovává nebo že se naň při nabytí práva vlastnického také právo zástavní převádí anebo že stejnou skutečností i právo vlastnické i zástavní získá.⁸⁷⁾

Zástava věci vlastní stává se brzy také zorným úhlem, s něhož se hledí na samo právo zástavní. Ač ne dosti výslovně, je také již studii Büchla o „Povaze práva zástavního“.⁸⁸⁾ Právo

⁸¹⁾ Gluck, Ausführliche Erläuterung der Pandecten, Erlangen 1817, sv. 19, 374 a násl.

⁸²⁾ Dle zprávy Wening-Ingeheima v „Archiv für die civilistische Praxis“, 6, 139.

⁸³⁾ Archiv für die civilistische Praxis, VI (1823), 134 a násl. Dr. v. Wening-Ingenheim, Das Pfandrecht an eigener Sache, viz téhož Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, (1837), I, 457.

⁸⁴⁾ Valett, Ausführliches Lehrbuch des praktischen Pandecten-Rechts. Leipzig 1828, I, 300.

⁸⁵⁾ Schweppe, Das röm. Privatrecht in seiner heutigen Anwendung. Göttingen 1828, 2, 339, 340, § 367a.

⁸⁶⁾ Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, II. Giesen 1831, 148, pozn. c. a § 303 pozn. b.

⁸⁷⁾ Mühlenthal, Lehrbuch des Pandecten-Rechts, I, Halle 1839, 193, 194. Viz též jeho Doctrina pandectarum, vol. II, Halis Saxonum 1831, 178. Týž, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, Greifswald 1836, 486.

⁸⁸⁾ Büchel, Über die Natur des Pfandrechts, Marburg 1833, 85 a násl.

zástavní je „obligatio rei“ a jako při obligacích mohou i při zástavním vyskytnouti se případy, kde vlastník naproti své vlastní věci je věřitelem zástavním. Koupí-li věc zadní věřitel a zaplatí předního, trvá zástavní právo, i vlastnictví. Zástavní právo je tu silnější než samo vlastnictví.⁸⁹⁾ Zápověď splnutí zástavního práva s vlastnictvím⁹⁰⁾ obchází hravě. Zápověď vztahuje se pouze na „pignus“. To jest pouze zástava ruční. Ruční zástavní právo konfusí pomíjí. Při hypotece trvá.⁹¹⁾ Kde prameny (l. 30 § 1 D. 44, 2) dávají actionem pignoratitiam, tam je také právo zástavní. Jeť tato žaloba jen jeho vlastním obsahem.⁹²⁾ Podle Haimbergra přechází na vlastníka zastavené věci právo zástavního věřitele. Tak chrání se proti jiným zástavním věřitelům. Vyskytá se to zejména tehdy, je-li zřejmo, že by se vlastník svého zástavního práva nebyl zřekl, kdyby byl předvídal, že mu z toho škoda vzejde.⁹³⁾

Zastavení vlastní věci je problém, který stále romanisty zaměstnává. Sintenis ve své monografii o zástavním právu jedná o zastavení vlastní věci ve zvláštním §u.⁹⁴⁾ Kupec zástavy, nevěda o zástavě, nabývá i práva zástavního.⁹⁵⁾ Cizí kupec může se excepceí nebo replikou na pořad práva odvolávat, byla-li pohledávka jeho penězi zaplacená.⁹⁶⁾ Totéž právo má zástavní věřitel, který nabyl zástavy, nevěda o pozdějším zástavním právu. Ví-li o něm, pomíjí jeho zástavní právo.⁹⁷⁾ Rosshirtovi právo zástavní konfusí nezaniká. V ostatních případech vede si vlastník tak, jako by jeho právo zástavní ještě existovalo.⁹⁸⁾ Právo zástavní předpokládá pohledávku, praví Göschen. V některých případech má se však za to, že trvá, ač pohledávka zanikla. Tak

⁸⁹⁾ L. c. 88, 89.

⁹⁰⁾ Viz pozn. 5.

⁹¹⁾ Büchel, l. c. 91 a násl.

⁹²⁾ L. c. 96 a násl.

⁹³⁾ Anton Haimberger, Reines römisches Privatrecht, Wien 1835, II., 117.

⁹⁴⁾ Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1836, 96-118.

⁹⁵⁾ L. c. 100, 118.

⁹⁶⁾ L. c. 113.

⁹⁷⁾ L. c. 113.

⁹⁸⁾ Rosshirt, Gemeines deutsches Civilrecht, II. Heidelberg 1840, § 320.

přenáší se na jinou pohledávku, ač existuje bez pohledávky.⁹⁹⁾ Zadní zástavní věřitel a nový kupec zástavy, zaplativše kupní cenou prvního zástavního věřitele, sukcedují v právo zaplaceného.¹⁰⁰⁾ První zástavní věřitel, koupiv tuto zástavu, stává se vlastníkem pro svou větší jistotu. Třeba by se stal vlastníkem, podržuje si své právo zástavní.¹⁰¹⁾ Burchardi má za to, že se vzhledem k ostatním zástavním věřitelům další trvání zástavního práva finguje. Lze je proti nim prováděti nejen excepceí, nýbrž i „actione hypothecaria“.¹⁰²⁾ Dle Vangerova má se za to, že zástavní právo ještě trvá, pokud vlastníkovi ještě prostředky přísluší, kterými se může proti zadním věřitelům chrániti. Je to možno zněním formule hypotekární.¹⁰³⁾ Koupí-li první věřitel, je to jen tehdy možno, nebylo-li mu známo další zavazení.¹⁰⁴⁾ Bachofen vidí v zástavním právu zástavní žalobu. Formule zástavní žaloby rozhoduje o jeho podstatě. Tuto lze prováděti stejně dobře jak před nabytím práva vlastnického, tak po jeho nabytí. Zastavení věci vlastní je tedy možné. „Pignus“ Paulova místa vztahuje se na zástavní držbu. Zástavní držba se s vlastnictvím sloučiti nedá.¹⁰⁵⁾ První věřitel, koupiv věc od dlužníka, chrání se proti pozdějšímu zástavnímu věřiteli exceptione doli. Jeho dřívější zástavní právo zaplacením zaniklo. Odporovalo by slušnosti, kdyby postavení jeho po koupi bylo horší než před koupi. Oblace zástavního věřitele bude se vztahovati netoliko na kupní cenu, nýbrž i na zástavní sumu, původně pojištěnou. Pro tento obnos vstupuje oferent „in locum dimissi“.¹⁰⁶⁾

Dle Seufferta přenáší se na vlastníka právo uspokojeného zástavního věřitele.¹⁰⁷⁾ Jsou to výjimky z konfuse.¹⁰⁸⁾ Pověstný

⁹⁹⁾ Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, II, 2. vyd. Göttingen 1843, 318 (§ 329).

¹⁰⁰⁾ L. c. 363 (§ 341).

¹⁰¹⁾ L. c. 417 (§ 364).

¹⁰²⁾ Dr. Georg Christian Burchardi, Das System und die neuere Geschichte des röm. Privatrechts. II. Stuttgart 1844, 579.

¹⁰³⁾ Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. I, Marburg 1851, 1027.

¹⁰⁴⁾ L. c. 1028.

¹⁰⁵⁾ Bachofen, Das römische Pfandrecht, I, Basel 1847, 86 a násl.

¹⁰⁶⁾ L. c. 540.

¹⁰⁷⁾ Johann Adam Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, Würzburg 1852, 286.

¹⁰⁸⁾ L. c. 318.

je výrok Puchta v o zástavním právu na vlastní věci. Je to pojmové monstrum. Jen slušnost a účel, který se právním jednáním zamýšlí, brání při konfusi zániku práva zástavního. Má se za to, že se vlastnictví vůbec nenabylo, a právní jednání vykládá se tak, aby zástavní právo mohlo se zachovati.¹⁰⁹⁾ Puchta chce věc tedy vysvětliti jako glossa. Také Es marchovi zástavní právo konfusi bez výjimky pomíjí. V některých případech (l. 30. § D. 44, 2; l. 17. D. 20. 4) má však za to, že kupec se chrání, jakoby zástavní právo ještě existovalo.¹¹⁰⁾ Keller zařazuje koupi zastavené věci novým kupcem, prvním nebo druhým věřitelem v kapitolu o successi v zástavní právo. Nový kupec, praví zde, vstupuje v zástavní právo věřitele, jež kupní cenou zaplatil. První věřitel, koupiv věc, podrží pořad svůj, druhý, zaplativ jej, vstupuje v prioritu jeho.¹¹¹⁾ Slova tato svědčila by pro zástavní právo. Než při konfusi uvádí Keller něco zcela jiného. Na své věci nelze míti právo zástavní. Střetne-li se zástavní věřitel s vlastníkem v jedné osobě, pomíjí zástavní právo. Ze slušnosti skytá se však přece jistá procesuální ochrana, tak jakoby právo zástavní v osobě vlastníkovi nadále skutečně trvalo.¹¹²⁾ I Schmid vidí v koupi zadního věřitele a cizího kupce jen fingovanou cessi. Proti nárokům zadního věřitele chrání se však vlastník exceptione hypothecaria. Jemu přísluší na výplatu zadního věřitele „utilis hypothecaria actio“. K tomu však opravňuje i jeho vlastnictví. Hlavní pohledávky hypotekární, kterou by mohl žalovati, však nemá. Takové právo přejde i na zadního věřitele, který jej vyplatí.¹¹³⁾ Fikcí pomáhá si také Wächter. S excepcemi jedná se tu tak, jako by měl vlastník právo na vlastní věci, ač nemá pohledávky proti nějakému dlužníkovi. Jeho zástavní právo je jenom fikce, která má svůj dobrý důvod. Kupec zajišťuje se proti zadním věřitelům, kteří by mu věc na základě svého zástavního práva mohli odejmouti.¹¹⁴⁾

Jiné teorie trvají na zástavním právu, přidávajíc k důvo-

¹⁰⁹⁾ Puchta, Pandekten, 7. vyd., Leipzig 1853, 304, 305, pozn. 1). Cursus der Institutionen, II, 10. vyd., 266, 267.

¹¹⁰⁾ Es march, Grundsätze des Pandektenrechte, Wien 1860, 147.

¹¹¹⁾ Keller, Pandekten, Leipzig 1861, 456.

¹¹²⁾ L. c., 418, Leipzig 1866, 456.

¹¹³⁾ Dr. Albert Schmid, Die Grundlehren der Cession, I, Brunnschweig, 1863, 290 a násl.

¹¹⁴⁾ Wächter, Pandekten, II, Leipzig 1881, 527.

dům starým i své důvody nové. Tak podle Simona kupec zastavené věci, který kupní cenou předního zástavního věřitele vyrovnal, vylučuje zadní věřitele na základě svého vlastního práva anebo na základě práva zástavního, kterého s koupou věci nabyl. V mnohých případech pak zástavní právo trvá, aniž by tu byla nějaká pohledávka. Jinými slovy: je tu zástavní místo k ochraně proti zadním věřitelům, ale žádné zástavní právo k pojištění nějaké ještě existující pohledávky. Jeť přednostní věřitel i dlužník vyrovnán. Protože však kupec zaujal zástavu svým místem v obsahu zaplaceného věřitele, tedy jen částí zastavené věci, může proti němu „ius offerendi“ od zadních věřitelů býti vykonáno.¹¹⁵⁾ Ve Weiskově právním slovníku též se tvrdí, že první věřitel a zadní věřitel, který kupní cenou prvního zaplatí, mají z důvodu slušnosti vůči zadním věřitelům ve formě excepce právo zástavní.¹¹⁶⁾

Windscheid vidí v pramenech, že uznávají zástavní právo na vlastní věci. Přechází-li zástavní právo na vlastníka, stává se zástavním právem vázaným. Brání druhým zástavním věřitelům, aby si část hodnoty věci přivlastnili. Význam jeho jest tedy pouze negativní, ne pozitivní.¹¹⁷⁾ K Windscheidovi připojuje se také Bar.¹¹⁸⁾ Arndts pokládá za přiměřené, aby se zachovaly vlastníkovi proti zadním věřitelům tyto výhody, které mu skytá jeho právo zástavní, nikoli jeho vlastnictví. Slušnosti odporuje, aby vlastník, nabývaje vlastnictví, pozbyval své přednosti proti věřitelům zadním. Arndts odmítá náhled těch, kdož ochranu vlastníka vážou na jeho nevědomost o právech zástavních v době, kdy vlastnictví nabývá. Takového obmezení prameny neznají. Proti Puchtovi uvádí, že monstrosní pojem práva zástavního na vlastní věci je méně odsouzení hodný, než aby se jen proto neuznávalo pravidlo přiměřené, pojmu práva odporující

¹¹⁵⁾ Archiv für die civilistische Praxis, 41. sv. (1858), Gustav Simon, Über die Selbständigkeit des Pfandrechts und der Pfandrechtsstelle, als solcher, in Bezug auf nachstehende, an demselben Objekte haftende Pfandrechte, 56 a násl.

¹¹⁶⁾ Weiske, Rechtslexikon, 8., Leipzig 1854, str. 15.

¹¹⁷⁾ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, Düsseldorf 1862, 655-657.

¹¹⁸⁾ Archiv für die civil. Praxis, 53, (1870) 376, v. Bar, Über den s. g. selbständigen Charakter der Hypothek (Realobligation) im neueren Hypothekenrechte.

a vskutku důsledné, že musí se lpěti na logické konstrukci.¹¹⁹⁾ Brinz vidí v prvních případech (l. 30. § 1. D. 44, 2; l. 1 C. 8. 19) konkurenci hypotekární sukcese se zástavním právem na vlastní věci.¹²⁰⁾ Baronovi jsou všechny případy pramenů výjimkami z pravidla, že zástavní právo konfusí zaniká. Právo zástavní nezjednáva tu žádné jistoty, ale brání vzestupu zadního věřitele. Tomuto zbývá právo na hyperochu a „ius offerendi“. Výjimky ty odůvodňuje slušnost.¹²¹⁾

Při ochraně vlastníka proti zadním věřitelům kladou časem někteří spisovatelé důraz na jeho vlastnictví. Tak i Dernburg. Podle něho získává vlastnické právo cizího kupce nebo zadního věřitele stejného postavení jako zaniklé právo zástavní. Je-li vlastník v držbě, má proti zadním věřitelům ku své ochraně obranu. Není-li v držbě, zjednáva si ji proti zadním věřitelům vindikací a na obranu zástavního práva replikuje, že uspokojil předního hypotekáře.¹²²⁾ Koupí-li první věřitel věc od dlužníka, zaniká právo zástavní. Ze slušnosti není však tento zánik na prospěch zadním věřitelům. Primus má se proti nim, jakoby jeho právo ještě existovalo. Než i tito mají postavení, jako by nabytého vlastnického práva ani nebylo.¹²³⁾ Dle Paulova místa zástavní právo zaniklo. Vlastníkovi dává se však ještě „actio hypothecaria“, ježto jsou tu posavad její formální podmínky. Nestalo se „satisfactio“.¹²⁴⁾ Podle Dernburga je fundamentálním základem práva římského, že zástavní právo na vlastní věci není možné. Moderní právo je sice vytvořilo, ale právě jako pitvoru práva římského, nikoli jako jeho postupný výtvar.¹²⁵⁾

Ještě více akcentuje právo vlastnické Bremer. Vlastník má neobmezené právo vlastnické, aby věci užil nebo ji zpeněžil. Obojí právo může obmezití. Svě právo na užitek věci služebností, své právo na zpeněžení věci právem zástavním. Dvojí může být

¹¹⁹⁾ Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 14. vyd. Stuttgart, 1889, § 889, text a pozn. 2.

¹²⁰⁾ Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. vyd. Erlangen 1882, 865.

¹²¹⁾ Baron, Pandekten, 8. vyd. Leipzig 1868, 358, § 207.

¹²²⁾ Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. 1864 2, sv. 515.

¹²³⁾ L. c. 526.

¹²⁴⁾ L. c. 573. Viz též Paulus Jaekel, De successione hypothecaria. Dissert. inaug. iuridica. Wratislaviae 1868, 19 a násl.

¹²⁵⁾ Dernburg, Pandekten, I, Berlin 1902, 700, 701.

postavení práv k jeho obmezenému právu. Buď mu mohou následovati nebo jemu předcházeti. Následují-li za ním, může ten, kdo má služebnost, vykonávati ji, neruše předchozího vlastníka. Kdo má zástavní právo, nemůže přikázeti vlastníkovi, aby před ním na hodnotu věci nárok činil. Právo vlastnicko není žádné formální právo disposiční, je to vlastnické právo samo. Vsáhá-li vykonavatel služebnosti do jeho předchozího práva na užití věci, vystupuje proti němu žalobou negatorní. Vsáhá-li do jeho práva na hodnotu věci zadní věřitel, musí i jemu jakási obdobná žaloba negatorní příslušet. Totéž právo, které má zadní věřitel proti prvnímu, má i proti vlastníkovi. Vykoná-li „ius offerendi“, je mu pak věc svou plnou hodnotou zastavena.¹²⁶⁾

Právní styk a slušnost žádají, aby se kupec zástavy chránil proti pozdějším věřitelům. Podružný význam má, jak řeší věc Hofmann, zda se právo vlastnicko zove právem zástavním. Toto zástavní právo má jen význam negativní. Má se jim jen jiný vyloučiti, aby si hodnotu věci nepřivlastnil. Lhostejno je, zda se zove podle Dernburga právem vlastnickým, jež má postavení zaniklého práva zástavního, nebo podle Bremra předním právem vlastnickým.¹²⁷⁾

V Paulově místě vidí i Ihering skutečné právo zástavní. Zástavní právo a vlastnictví nekryje se zde plně. Jsout zde vedle zástavního věřitele, vlastníka, ještě jiní zástavní věřitelé. Mohou proti němu vykonati „ius offerendi“. Což on proti nim nikoli? Což prodá-li věc s výhradou práva zástavního, má míti i jeho nástupce, nikoli právo zástavní, nýbrž zase jen žalobu zástavní? Takový nešťastný náhled nemohl jistě ani Paulus míti. Jinak právo slouží subjektu ku jistému jeho účelu. Není-li přechodně tohoto subjektu, může právní určení věci prozatím potrvati. Je to podle Iheringovy teorie t. zv. pasivní účinek práv.¹²⁸⁾

Duchaplným způsobem vysvětluje Paulovo místo Buchka. Vlastník nemůže držbu věci uchovati proti zástavním věřitelům. Musí jim věc vydati. Právo jejich je tedy silnější než jeho právo.

¹²⁶⁾ Bremer, Hypothek u. Grundschuld, Göttingen 1869, 50-53.

¹²⁷⁾ Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. u. deutschen Privatrechts, X (1869), 377 Hofmann, Zur Theorie des Pfandrechts.

¹²⁸⁾ Iherings Jahrbücher, X (1871), 452 a násl. Ihering, Passive Wirkungen der Rechte.

Právo toto není ve vlastnictví obsaženo. Splyne-li proto vlastnictví s právem zástavním, nezaniká předchozímu zástavnímu věřiteli moc, aby držbu zástavy zadním věřitelům odňal. Vlastníku zůstává tedy „ius possidendi“ na základě jeho zástavního práva.¹²⁹⁾ Právo zástavní jest jednotné právo, od něhož se někdy jednotlivé účinky mohou odpojit a samostatnými právy státi. Mohou-li se ještě některá práva „iure pignoris“ vykonávati, nezašlo zástavní právo vůbec. Plnému výkonu vadí snad konfuse, ale jakmile tato cessi pomine, má cessionář všechny své zástavní výhody.¹³⁰⁾ Pro prvního věřitele jako kupce vymýšlí nemožnou konstrukci „Datione in solutum“ dostala prý se „pignora“ na srážku pohledávky jiné než zástavní.¹³¹⁾ I na zástavní pohledávku lze je počítati, když „datio in solutum“ evikcí zadního věřitele se zvrhne a dřívější zástavní pohledávka zase se uplatňovati může.¹³²⁾ Koupí-li zástavní věřitel a započítá-li kupní cenu na zástavní pohledávku, zanikne jeho právo zástavní. I musí věřitelům zadním ustoupiti.¹³³⁾ Koupí-li druhý věřitel anebo cizí osoba a zaplatí-li z kupní ceny věřitele prvního, nepřevádí se žádné zástavní právo, nýbrž jen protinárok za náklad na věc (zaplacení předního věřitele). Stojí-li v l. 3. C. 8, 18 „in ius eorum successisti“, třeba to bráti jen v praktickém smyslu.¹³⁴⁾

Algebraickou formulkou chce Muther v kritice Buchkova spisu vystihnouti význam konfuse. Označí-li se zástavní právo jako „a“, lze si mysliti zastavenou věc jako „r— a“. Žiská-li věřitel vlastnictví, má „a + r — a“, což má za následek zánik „a“. Je-li na věci ještě další právo zástavní, nedá se to naznačiti

¹²⁹⁾ Buchka, Die Hypothek des Eigenthümers, Wismar, Rostock u. Ludviglust, 1875, 16 a násl. Viz k tomu: Jenaer Literaturzeitung 1875 č. 47 (recense od Th. Muthra), Krit. Vierteljahrschrift für Gesetzgeb. u. Rechtswiss. 18., 104 a násl. (recense od Regelsbergra).

¹³⁰⁾ L. c. 26.

¹³¹⁾ L. c. 32. — Náhled tento je očividně nesprávný. L. 1. C. si antiquo-cred. 8, 19, vztahuje se na pohledávku zástavní (pignora in solutum). — Případ se rovná prodeji osobě druhé (quam si aliis eadem res debitor vendidisset). Nelze také porozuměti, jakého prospěchu by došel přední zástavní věřitel, kdyby zadluženou zástavu převzal datione in solutum na nějakou jinou pohledávku. Jak by se provedlo sčítování? — Viz též Hartmann, Rechte an eigener Sache, 47.

¹³²⁾ Viz l. c. 34 pozn. 5, kde dovolává se l. 46 pr. D. de solut. 46. 3.

¹³³⁾ L. c. 35.

¹³⁴⁾ L. 44 a násl.

formulkou „r — a — b“ nebo „r — (a + b)“, poněvadž „b“ nebylo vedle nebo společně s „a“, nýbrž teprv po „a“ vlastnictví „r“ obmezuje. Nabude-li tedy věřitel „a“ to „r“, nemá „a + r — a — b“, nýbrž „a + r — (a, za nímž následuje b)“.¹³⁵⁾

Zástavní právo na vlastní věci připouští Bekker,¹³⁶⁾ Schott,¹³⁷⁾ a Goldschmidt.¹³⁸⁾ Hypoteka vlastnickova, jak tento vykládá, jest pouze část vlastnictví, která se ze zabavení vylučuje.¹³⁹⁾ Hartmann vidí v Paulově místě skutečné zástavní právo. Paulus nešel do jádra věci. Zůstal z pohodlí při zevní formule hypotekární žaloby.¹⁴⁰⁾ Koupí-li první věřitel, pomijí osobní závazek dlužníka. Proti zadním věřitelům je ještě zástavní mocí sankcionováno staré debitum. Jeví se i v successi zadního věřitele v toto debitum, vykoná-li proti vlastníku „ius offerendi“.¹⁴¹⁾ Stejně rozhoduje pochybnosti, koupí-li osoba třetí.¹⁴²⁾ Též Roth přidává se k těm, kdož vidí u vlastníka skutečné zástavní právo. Z práv, které mu prameny skytají, dá se souditi, že zástavní právo pro jeho osobu nadále trvá.¹⁴³⁾ Kuhlmann, konstruuje právo zástavní jako věcné právo k prodeji (dingliches Verkaufsrecht). Spojí-li se vlastnictví se zástavním právem na věci, kteráž ještě pozdějšími zástavními právy jest zatížena, nabývá vlastník jen obmezeného práva k prodeji. Nemůže volně zeizovati jako vlastník. Není tedy žádného důvodu ke konfusi. Z toho tedy všeobecně již plyne, že se vlastnictví se zástavním právem docela dobře snáší.¹⁴⁴⁾ V Paulově místě stejně s Büchlem a Bachofnem vztahuje „pignus“ pouze na ruční zástavu. Ruční

¹³⁵⁾ Jenaer Literaturzeitung 1875 č. 47, 819.

¹³⁶⁾ Ernst Immanuel Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts, Berlin 1873, II, 370, 371.

¹³⁷⁾ Iherings Jahrbücher, 15 (1877), 31, H. Schott, Über die accessorische Natur des Pfandrechtes.

¹³⁸⁾ Richard Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigenthümers, Berlin, 1877, 5.

¹³⁹⁾ L. 37.

¹⁴⁰⁾ Dr. Gustav Hartmann, Rechte an eigener Sache. Freiburg 1877, (Universitätschrift), 43 a násl.

¹⁴¹⁾ L. c. 50.

¹⁴²⁾ L. c. 52.

¹⁴³⁾ Archiv f. d. civil. Praxis, 62, 119. Roth, Die hypot. Succession und die Eigenthümer-Hypothek.

¹⁴⁴⁾ Hugo Kuhlmann, Die Hypothek des Eigenthümers nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts. Leipzig 1881, 38.

zástava zjednává však takové panství jako vlastnictví. Bylo by nesmyslné, aby se činil tozdl mezi držbou „ad pignoris“ a „ad dominii causam“. Ruční zástava na vlastní věci není tedy možná.¹⁴⁵⁾ Prvnímu věřiteli jako kupci přisuzuje Kuhlmann právo zástavní na vlastní věci. Význam jeho leží v právu zadních věřitelů, jichž právo na prodej nepomíjí. Vlastníkovi se však zachovává právo zástavní, aby mohl prodej znemožnit.¹⁴⁶⁾ Koupí-li druhý věřitel nebo osoba třetí, nabývá práva zástavního na věci vlastní.¹⁴⁷⁾ Ukazuje to již Hartmann, pravě, že obmezená práva věcná nedají se definovat jako práva na věci cizí a také S o h m, že accessorita k podstatě práva zástavního nenáleží.¹⁴⁸⁾

Dle W e n d t a mluví se o zástavním právu na vlastní věci v těch případech, kde věc je vícekrát zastavena. Zanikne-li lepší právo zástavní konfusi s vlastnictvím, nemá se tím právo zástavní zadních věřitelů polepšiti, aby, vykonávajíc své právo zástavní, poškodili vlastnictví. Ani „actio hypothecaria“, ani exceptio rei pignoratiliae nemá jim býti povolena. Ale vlastník chrání se proti takovým nárokům excepce a replikou. Tento nárok má ze slušnosti, třeba by jeho lepší právo zástavní již neexistovalo, zaniknuvši konfusi.¹⁴⁹⁾ Pro zástavu na vlastní věci jest N a b e r. Vedlo by to k nespravedlivosti, kdyby se sloučení vlastnictví a zástavního práva v jedné osobě nepřipouštělo. V Paulově místě za definicí „pignus perseverare (non posse) domino constituto creditore“ následuje: „actio tamen pignoratilia competit“. Ze slov těch je zřejmo, že nemínila se věc definicí rozhodnouti.¹⁵⁰⁾ Probíraje všechna místa pramenů, hájí z nich zástavní právo na vlastní věci také W i e s s n e r.¹⁵¹⁾ G r u n d m a n n vidí ve všech případech pramenů skutečné právo zástavní. Prameny připouštějí je ze slušnosti a účelnosti. Odporovalo to sice základním zásadám práva věcného, totalitě vlastnictví a accessoritě práva zástavního. V lidovém právním vědomí zakořeněno

¹⁴⁵⁾ L. c. 43—51.

¹⁴⁶⁾ L. c. 51—52.

¹⁴⁷⁾ L. c. 64 a násl.

¹⁴⁸⁾ L. c. 82.

¹⁴⁹⁾ Dr. Otto W e n d t, Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888, 429.

¹⁵⁰⁾ Mnemosyna. Nova series, 18 [1890], 396. J. C. Naber, Observatiunculae de iure romano.

¹⁵¹⁾ Dr. jur. Alfred W i e s z n e r, Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach römischem Rechte. Breslau 1893, 3 a násl.

bylo pravidlo „pignus rei suae consistere no potest“. Než ač Římané mnoho viseli na svých právních příslovích, musili z nich přece výjimky připustiti.¹⁵²⁾

Z francouzských právníků G i r a r d drží se Dernburga. Aspoň považuje za lepší system, který připouští successi v pořad, než system se successi v hypotéku.¹⁵³⁾ Z polských právníků Z o l l připojuje se k výkladu Dernburgovu o postavení zadního věřitele a posiluje jej ještě interpretací Paulova místa. Zadní věřitel nemá právo na prodej pokud první není spokojen. Vlastník tomuto jeho právu až do svého úplného zaplacení odporuje. Tak řečené právo na vlastní věci je tedy obmezení zadního věřitele, aby nevykonal právo věřitele prvního.¹⁵⁴⁾ Z českých právníků H e y r o v s k ý má za to, že zástavní právo konfusi pomíjí. Obživne však zase, vykoná-li jeden ze zadních věřitelů proti vlastníku „ius offerendi“. Vlastník sám má proti zadnímu věřiteli postavení věřitele předního. Nevzdal se práva zástavního, když se s vlastnictvím střetlo.¹⁵⁵⁾

I některá rozhodnutí z poslední doby platnosti práva římského lze uvést. Tak rozhodla nejvyšší apelační rada v Darmštátě (3./9. 1830) podle Paulova místa pro zástavní právo.¹⁵⁶⁾ Proti němu při koupi prvního věřitele vyslovil se apelační soud v Celle (30./6. 1873).¹⁵⁷⁾

¹⁵²⁾ Otto G r u n d m a n n, Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach gemeinem und bürgerlichem Recht. Inaugural-Dissertation. Borna-Leipzig 1904, 17, 83, 84.

¹⁵³⁾ Paul Fréderic G i r a r d, Manuel élémentaire du droit romain. Paris 1911, 785.

¹⁵⁴⁾ Rozprawy i sprawozdania z posiedzeń wydziału historyczno-filozoficznego Akademii umiejętności w Krakowie, XIII [1881], 351, Dr. Fryderyk Z o l l, O prawie na rzeczy własnej (ius in re proprie) ze stanowiska prawa rzymskiego.

¹⁵⁵⁾ Dr. Leopold Heyrovský, Dějiny a systém soukromého práva římského. V Praze 1910, 510.

¹⁵⁶⁾ J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, 13 č. 310. Otec prodal synovi dům s tím, že zaplatí hypotékární dluhy. Smlouva o koupi domu se zrušila a jmění prodavače přišlo do konkursu. Nejvyšší soud přisuzuje synovi zaplacené dluhy v pořadí vyrovnaných věřitelů.

¹⁵⁷⁾ Seuffert's Archiv, 28 č. 110. Věřitel převzal datione in solutum na srážku hypotékárních dluhů dům, na němž v 1. pořadí byla jeho pohledávka. Dům tento prodal zase se stejným závazkem 3 osobě. Když tato upadla

Všechny tyto náhledy přinesly každý svou hřívnu, aby se podstata věci poznala. Ti snad přiblížili se jí nejvíce, kdo konfusi nedávali zástavnímu právu zaniknouti, byla-li věc stížena ještě jinými zástavními právy. Třeba k tomu dodati ještě několik slov. Týkají se samého pojmu zástavního práva. Romanisticky skýtá věřiteli právo, aby svou pohledávku z kupní ceny věci uhradil. V jiné části naší studie bude o tomto pojmu pověděno více. Právo zástavní vybírá tu z vlastnictví jednu jeho moc: disposici prodejem. Při vlastnictví jde tato moc na celou kupní cenu, při zástavním právu jen na část, která zástavní pohledávce odpovídá. Tato pohledávka může ji však také vyčerpávati anebo dokonce převyšovati. Je-li zde jen jediný zástavní věřitel a splyne-li právo jeho s právem vlastnickým, zanikne. Postoupí-li však věřitel před tím část své pohledávky někomu jinému, takže jsou zde dva věřitelé, nemůže již konfuse míti těchto účinků. Právo na prodej mají pak věřitelé dva. Jsou v příčině něho podílníci. Splyne-li právo jednoho podílníka s vlastnictvím, nepovstalo žádné vyrovnání, žádné odečtení. Právo obou dvou podílníků bylo by se skrylo plně s vlastnictvím. Splynutí pouze jednoho práva s vlastnictvím nechává právo druhého podílníka při plné jeho síle, ba skytlo by mu i právo silnější, kdyby splynutí přednějšího zástavního práva s vlastnictvím způsobilo zánik tohoto přednějšího práva. Prameny jsou si toho při podílnictví ve vlastnictví plně vědomy. Splyne-li služebnost se spoluvlastnictvím, trvá služebnost dále (L. 8, § 1. D. 8, 1.; L. 30, § 1. D. 8. 2).¹⁵⁵⁾ Obrátme to nyní a myslíme si, že někdo společně s jinými má ususfructus. Jeden z těchto podílníků ususfructu stane se vlastníkem. Ususfructus nezaniká. Trvá dále pro ostatní podílníky, ale také pro vlastníka-podílníka. Byl-li výkon ususfructu někomu úplatně postoupen, běže podílník, který se stal vlastníkem, svůj podíl z úplaty jako usufruktuář, nikoli však jako vlastník. Právem bylo proto na to ukázáno, že při konfusi třeba hleděti ku jejímu významu materiálnímu, ne formálnímu.¹⁵⁶⁾ Toho dotčeno

v konkurs, přisuzuje při likvidaci nejv. soud zadnímu věřiteli jeho pohledávku před pohledávkou v 1. pořadí. Tato prý zanikla.

¹⁵⁵⁾ Felix Friedmann, Die Wirkungen der confusio nach römischem Recht, 6. Heyrovský, Dějiny a system soukromého práva římského, 1903, 491.

¹⁵⁶⁾ Dr. Paul Kretschmar, Die Theorie der Confusio, Leipzig 1899, 53.

bylo i v Basilikách.¹⁶⁰⁾ Vlastnictví musí absorbovati právo, s nímž splynulo. Toho není při podílnictví v usufruktu a také nikoli při několikerém zastavení jedné a téže věci. Je-li stížena věc více zástavními právy a vlastnictví splyne s jedním z nich, nemůže býti řeči o žádné absorpci. Všichni zástavní věřitelé tvoří tu jednotu. Vykona-li se zástavní právo jedním, vykoná se pro všechny. Stanou-li se všichni zástavní věřitelé vlastníky, tu logicky přirozeně zanikne jejich právo, poněvadž nemohou jako vlastníci míti je proti sobě.¹⁶¹⁾

Některé z předpisů římského práva přešly i do moderních zákonů, tak do code Napoleon¹⁶²⁾ a do občanského zákoníka italského z r. 1865.¹⁶³⁾ Ohlas nauky glossatorů o odvolatelném vlastnictví zaznívá nám ještě z pruského Landrechtu.¹⁶⁴⁾

II.

Vlastníková hypoteka německá.

§ 3. Vznik na různých místech.

Římská hypoteka vlastníková zdála se býti anomálií a právnícký důvtip po staletí snažil se ji vyrovnati. Někteří viděli v ní nedůslednost, již slušností chtěli odůvodniti. Při německé vlastníkové hypotece nemohou takové pochyby vůbec vzejíti. Zjev její jest důsledný projev principu, z něhož moderní právo hypoteční vyšlo. Základem jeho jest zápis v pozemkové knize, jemuž odpovídá úřední příkaz kvoty nejvyššího podání podle zápisu.

¹⁶⁰⁾ Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae edidit Zacharias a Lingental, p. 113. (Steph. index l. 5, l. § 1 non etiam dominus, quia, dum proprietatis penes eum est, non potest separatim usufructum habere, potissimum quidem quia obtegitur amplitudine domini.) Kretschmar, 53.

¹⁶¹⁾ O absorpci lze mluviti, vyskytne-li se konfuse v osobě hlavního dlužníka a věřitele, nikoli však v osobě rukojmího a věřitele. Viz k tomu Archivio giuridico, 48, str. 147, Brunetti; La legge 21 § 5 Dig. de fidejussoribus et mandatoribus, XLVI, 1.

¹⁶²⁾ Art. 1251: La subrogation a lieu de plein droit . . . 2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué.

¹⁶³⁾ Art. 1253 stejného znění jako art. 1251 code civile.

¹⁶⁴⁾ P. L. R. I, 16 § 482: Auch Rechte auf die Sache erlöschen, wenn der Verpflichtete das Eigenthum der berechtigten Sache, oder der Berichtigte das Eigenthum der verpflichteten Sache aus einem unwiderruflichen Rechtsgrunde überkommt.

vého pořadu. V jedné věci podobá se římské hypotece vlastníkově. Brání vzestupu zadních věřitelů. Než i v této své podobě liší se od ní. Římská hypoteka vlastníková právě vznikla, aby tento vzestup zamezila. Vyloučený vzestup je důvod její existence. U německé vlastníkovy hypoteky je toto vyloučení její pouhý následek. Vlastníková hypoteka tu je, i když žádných zadních věřitelů není. Jsou-li, vylučuje jejich vzestup, poněvadž právě pro její existenci nemohou vzestoupiti. V druhém díle této práce bude pojednáno o tom, že německá vlastníková hypoteka vyšla z pravidelného vývoje práva hypotečního. Zde budíž v hrubých rysech jen naznačeno, jak k ní došlo.

Je příznačno, že vlastníková hypoteka vzniká souběžně a téměř současně na různých místech. Bez nějaké vzájemné spjitosti. Na jihu i na severu. Nejdříve v Prusku. Jeho zemské právo z r. 1620 a také jeho revise z r. 1685 stanoví, že nemovitosti (res soli) toliko zápisem do soudních nebo úředních knih mohou býti zastaveny.¹⁾ Ale jinak podléhá ještě vlivům římským.²⁾ Stejně hypoteční a konkursní řád ze dne 19. ledna 1725³⁾ pro Prusko a hypoteční řád ze dne 4. srpna 1750 pro Slezsko.⁴⁾ Než třeba by se obsahem trvalo na principu římském, forma zástavního práva byla jiná, a forma tato časem vyplnila i obsah jeho jinak. Akcessorita práva zástavního nemohla se dobře srovnati se zápisem, který trval, pokud se nevymazal. K tomu podle hypotečního řádu pruského ze dne 10. prosince 1783 byl oprávněn pouze věřitel, jenž ingrossovaný list ve svých rukou měl. Maje v rukou tento list, mohl pohledávkou disponovati. Tato dispositio měl i vlastník, který pohledávky nabyt, i věřitel, který stal se vlastníkem. Z názoru o akcessoritě zástavního práva vyšel také v pruském Landrechtu (LR) I, 16, § 482 o konfusi a I, 20 § 520 o zániku věcného práva věřitelova, zanikl-li jeho nárok. Než do skutečného výmazu, který I, 20, § 521 také dlužníkovi propouští, zástavní právo formálně trvá, a zánik jeho nelze dle I, 20, § 522

¹⁾ Ius provinciale ducatus Prussiae (1620), kn. 4. tit. V art. V, art. VIII jedná též „de his qui in priorum creditorum locum succedunt. Viz dále Curfürstlich Brandenburgisches revidirtes Landrecht des Herzothumbs Preussen gedruckt 1683, 4. kn., tit. V, art. V, § 1.

²⁾ L. c. art. VIII o hypot. successi, 5. kn., tit. VIII, art. II § 2 o povinnosti dědicově, aby vyvadil odkázanou zástavu.

³⁾ Meibom, Deutsches Hypothekenrecht, VIII/1, 8, 9.

⁴⁾ L. c. 13, 15.

proti třetím osobám namítati, mohly-li pozemkové knize důvěřovati.

Formálního zápisu chopila se již před vydáním pruského LR praxe a docela i se svolením vyšších úřadů postupovaly se položky již zaplacené, ale dosud nevyřazené, na jiné osoby.⁵⁾ Praxe dala i podnět k úpravě zákonodárné. V jednom poručenském případě bylo sporno, zda hypoteka, která dědictvím neb jiným právním aktem přejde na vlastníka, zaniká anebo zda může ji vlastník přes to, že je též dlužníkem, dále postoupiti. Dobrozdání zákonodárné komise, které za tím účelem bylo vyžádáno, rozhodlo, že zástavní právo zaniká na návrh držitele hypoteky pouze výmazem v knize hypoteční. Splyne-li s vlastnictvím, však nezaniká a vlastník může nevyřazené právo zástavní platně někomu jinému dále postoupiti. Různé úvahy tanuly tu zákonodárné komisi na mysli. I v obecném právu povoluje se restituce při konfusi v těch případech, kde by materiální škodu způsobila. Tato římská nauka o konfusi přešla do pruského LR se stejným smyslem. Při zástavních listech, které taktéž hypotekární pohledávky jsou, může býti vlastník hypoteky také vlastníkem zástavního listu. Svéráz zřízení hypotekárního nedává zadním věřitelům právo na vzestup. Vlastníkovi třeba tudíž skytnouti ochranu. Zákonodárná komise viděla ji v dalším trvání hypoteky i po konfusi. Vlastník je i nadále „creditor hypothecarius cum iure praelationis“. Hypoteka je mu důvodem, aby uprázdněným hypotečním místem nakládal a na ně úvěr si zjednal. Dobrozdání zákonodárné komise potvrzeno bylo královským reskriptem ze dne 11. srpna 1802 a připojeno jako § 52 dodatkem k LR, I, 16, § 484.⁶⁾ Případ týkal se tedy jen konfuse. Brzo vzešla pochybnost, zda lze předpisu o konfusi použití, zaplatí-li vlastník pozemku pohledávku, na něm zjištěnou. Otázka předložena státní radě. Zde mínění se rozcházel. Také soudy nebyly jednotné. V západních Prusích a Pomoranech soudy připouštěly postupy

⁵⁾ Archiv für die civilistische Praxis 62 (1879), 131, Roth, Die hypothekarische Succession und die Eigenthümer-Hypothek, Förster-Eccius, I. c. 446, 447, 600.

⁶⁾ Dernburg, Das bürgerl. Recht des deutschen Reichs und Preussens, III, 3. vyd. 1904, 643, Bruck, Die Eigenthümerhypothek, Jena 1903, 83, Förster-Eccius, Preuss. Privatr. III, 6. vyd. 1892, 599, Meibom, Deutsches Hypothekenrecht, VIII/2, 288, Dr. W. Bornemann, Systematische Darstellung des preussischen Civilrechts, IV, Berlin 1886, 393 a násl.

zaplacených pohledávek. Soud královský se však vyslovil proti tomu. V státní radě rozhodla úvaha, že zadním věřitelům by připadl prospěch, na který nemají nároku a s kterým nemohou počítati. Z dobrozdání státní rady, které podepsal také romanista Savigny a germanista Eichhorn⁷⁾, vyšla deklarace ze dne 3. dubna 1824 k § 52. Vlastník hypoteky, který hypotekární pohledávku zaplatí, nabývá všech práv cessionáře této pohledávky, ať o zaplacení cesse nebo kvitance byla vydána, ježto kvitance i cessi v sobě zahrnuje.⁸⁾

Trojice severoněmeckých přímořských měst Hamburg, Breme a Lubek přišla již záhy k samostatným formám pozdější německé vlastnickovy hypoteky. V Hamburku připouští již na počátku 19. stol. praxe, aby vlastník pozemku zaplacenou pohledávku na sebe převedl a tak vzestup zadních věřitelů zabránil.⁹⁾ V Bremách zastavují se nemovitosti podle handfestního řádu ze dne 19. prosince 1833 a jeho revise ze dne 30. července 1860 odevzdáním zástavních listů, hand-

⁷⁾ Gruchot, Beiträge. 48, 488 Eccius v posudku spisu „Bruck, Die Eigenthümerhypothek“, Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, III, 6, vyd., 600. pozn. 18.

⁸⁾ Anhang § 52: „Hypothekenrechte werden nicht durch die blosse Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, so lange nicht eine, von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist, und kann der Besitzer bis dahin, ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen Andern abtreten.“ Deklaration des § 52 des Antr. v. 3. April 1824 (G. S. S. 77): „Wir ect. Da sich bei den Gerichten Zweifel darüber erhoben haben, ob die im § 52 des Anhanges zu dem A. L. R. für den Fall der Vereinigung der Hypothekenrechte mit dem Eigenthum des verpflichteten Grundstücks in einer Person gegebene Vorschrift auch dann Anwendung finde, wenn von dem Eigenthümer des Grundstücks die Zahlung der darauf eingetragenen Forderungen erfolgt ist; so wollen Wir, auf den deshalb gemachten Antrag Unseres Justizministers und nach vernommenem Gutachten Unseres Staatsraths jene Vorschrift dahin deklariren: dass der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahlt, und die Forderung in dem Hypothekenbuche nicht hat löschen lassen, alle Rechte eines Cessionars dieser Hypothek geniessen soll, ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Cession oder nur eine Quittung ertheilt worden ist, indem für diesen Fall die blosse Quittung so ausgelet werden soll, als ob darin eine ausdrückliche Cession enthalten wäre.“

⁹⁾ Bruck, 26, Mascher, Das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen, Berlin 1869, 376.

festů. Zapisovati jich netřeba, ač je to možno. Zánik práva handfestního řídí se však právem římským.¹⁰⁾ V Lubeku podle městského knihovního řádu ze dne 6. června 1818 a v městském obvodu podle hypotečního řádu ze dne 22. března 1820 zaniká hypotekární pohledávka konfusi. Hypotekární dlužník může však v městě do tří měsíců, v ostatním okrsku do šesti měsíců po úplném neb částečném zániku pohledávky na její místo stejnou nebo menší pohledávku dáti zapsati. Neučiní-li tak, postupují zadní věřitelé dříve.¹¹⁾

Šlesvík a Holštýn zná již docela i pevná místa. Výmazy v protokolových knihách mohou se tu podle nařízení ze dne 26. prosince 1796 dáti dvojím způsobem, buď před čarou (vor der Linie, ad marginem) nebo za čarou (hinter die Linie). Při prvním výmazu lze zapsati na prázdné místo do výše staré pohledávky pohledávku novou. Právo toto přešlo i do pozdějšího zákonodárství holštýnského.¹²⁾

V Meklenburku nutí městský řád knihovní ze dne 22. prosince 1829 věřitele, aby svému dlužníkovi při zaplacení pohledávky vydal na jiného věřitele cessi in bianco.¹³⁾ Revidovaný hypoteční řád pro statky venkovské ze dne 18. října 1848 zřídil z hypotečního papíru samostatné věcné právo (selbständige dingliche Belastung). Osobní závazek může býti smluven, ale není jeho podmínkou. Pozdější vlastník jako takový není osobně zavázán. Vlastník může pro sebe a na své jméno hypoteku dáti zapsati a zapsanou cizí hypoteku postupem přejímati a na sebe přepsati dáti. Úroky takových položek běží teprve od té doby, kdy nemovitost nebo pohledávka na jinou osobu se převede. Pozdější předpisy počítají i působnost těchto aktů teprve od tohoto okamžiku. Položka vlastníkova nenáleží ani do konkursu ani do rozvrhu při dražbě.¹⁴⁾ Zákonodárství meklenburské zná také otevřené folium (Offenhalten des Foliums) pro příští pohledávku při zápise nového nebo výmazu starého práva zástavního.

¹⁰⁾ Bruck, 33, Mascher, 391/12, 393/18, 394/25.

¹¹⁾ Bruck, 22, Mascher, 400, 405.

¹²⁾ Mascher, 184, A. C. P., 62, Roth, Die hypothekarische Succession und die Eigenthümer-Hypothek, 126.

¹³⁾ Mascher, 324, Bruck, 38, 39.

¹⁴⁾ Mascher, 340, Bruck, 40, Meibom, Deutsches Hypothekenrecht, II, 128, 150—154.

Při zápisu nového práva zástavního se předchozí otevřené folium pro budoucí pohledávku určité výše vyhražuje.¹⁵⁾ Při výmazu zástavního práva starého musí vlastník dřívější místo vyhraditi. Podle pozdějšího zákonodárství mohl tak učiniti i když si otevřeného folia ani nevyhradil. Teprve nový vlastník byl z tohoto práva vyloučen.¹⁶⁾ O každém hypotečním zápisu vydával se hypoteční list, v němž uveden byl statek, zapsané zavazení, obnos a jméno oprávněného, výše úroková, den zápisu a suma předchozí nebo současně zapsaná.

V S a s k u vyšel hypoteční zákon ze dne 6. listopadu 1843 z formy praxe. Vlastníkovy hypoteky lze nabyti cessi anebo konsolidací. Kdo uspokojí zástavního věřitele, může od něho místo kvitance cessi žádati, pohledávku v knihách na sebe přepsati dáti a dále ji postoupiti. Totéž právo má, kdo zapsanou pohledávku jiným způsobem než cessi nebo konsolidací získá. Kvota, na vlastníka vypadající, nepřipadá mu však ani v konkursu ani při rozvrhu dražebního výtěžku. Je-li v knihách hypotečních poznamenáno, že pohledávka má býti ve lhůtách splacena a zástavní právo za ně vymazáno, zaniká hypoteka za každou zaplacenou lhůtu a nemůže býti vlastníkem nabyta.¹⁷⁾ Saský občanský zákoník z r. 1863 tyto předpisy s malými změnami recipoval. Zaplatí-li vlastník pohledávku, nepotřebuje však cesse, aby ji nabyt. Aby ji dále mohl postoupiti, převede ji zprvu na sebe. Tím rovná se pohledávce, které nabývá konsolidací. Pohledávka, která se platí po lhůtách a při každé lhůtě vymazává, převádí se na vlastníka až po poslední lhůtě.¹⁸⁾

¹⁵⁾ Meibom, II, 138.

¹⁶⁾ Meibom, II, 266, Viz k tomu A C P, 62, Roth 127, Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gestzbuches für das deutsche Reich. III, 736.

¹⁷⁾ Gesetz für das Königreich Sachsen die Grund- und Hypothekenbücher sowie das Hypothekenwesen betreffend vom 6. November 1843, §§ 117, 118 (Cession an den Besitzer des Grundstückes), §§ 119—121 (Consolidation). Viz též pro Sasko-Altenburg zákon ze dne 13. října 1852, Mascher, 274, Haubold, Lehrbuch des königlich-sächsischen Privatrechts, I. Leipzig 1847, 305, 306.

¹⁸⁾ § 442: Befriedigt der Eigenthümer des verpfändeten Grundstückes den hypothekarischen Gläubiger, so kann er, selbst wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist, verlangen, dass die eingetragene Forderung entweder gelöscht oder auf seinen Namen im Hypothekenbuche umgeschrieben werde. Im letzteren Falle hat er das Recht, die Forderung Anderen abzutreten. § 443: Auch in anderen Fällen, wo sich das Eigenthum des ver-

Ne dosti přesnou formulací pro vlastníkovu hypoteku přijalo právo bavorské. Dle § 84 hypotečního zákona ze dne 1. června 1822 může dlužník pořad (Rang) zaniklé, ale nevymazané pohledávky někomu jinému, nikoliv však pro větší sumu poskytnouti. Dále může dle § 150 téhož zákona při některé pohledávce právo si vyhraditi, že před touto pohledávkou jiné pohledávce pořad poskytne anebo může některé pohledávce jen druhou hypoteku přiznati. Zápis vyhrazené hypoteky třeba však pod zvláštním číslem, vytykajíc její sumu, zaznamenati, její přednost vysloviti a v poslední rubrice poznamenati, že stala výhrada, aby věřitel se mohl označiti. Jeho jméno zapíše se pak na příslušném místě spolu s právním titulem pohledávky.¹⁹⁾ Jak zejména z nutnosti zápisu vyhrazené hypoteky pod zvláštním číslem dle § 150 plyne,²⁰⁾ míní se pod slovem pořad (Rang)

pfändeten Grundstückes und die eingetragene Forderung in einer Person vereinigen, hat der Eigenthümer als Pfandgläubiger das Recht, die Forderung Anderen abzutreten. § 444: Hat der Eigenthümer in den in §§ 442, 443 angegebenen Fällen die Forderung nicht abgetreten und erfolgt die Zwangsversteigerung des Grundstückes, so wird der Übergang der Forderung auf den Eigenthümer den späteren hypothekarischen Gläubigern gegenüber wirkungslos. § 449: Ist eine Forderung im Hypothekenbuche so eingetragen, dass die Zahlung in Terminen erfolgen und die Hypothek wegen jeder Terminzahlung gelöscht werden soll, so kann von dem in §§ 442, 445 gedachten Rechte auf Umschreibung im Hypothekenbuche nur bei der letzten Terminzahlung Gebrauch gemacht werden. Viz též Mascher, 242, Meibom, IV, 118 a násl. Dr. Paul Grützmann, Lehrbuch des königlich sächsischen Privatrechts, I, Leipzig 1887, 323, Bruck, 52, Roth, System des deutschen Privatrechts, III, Tübingen 1886, 688.

¹⁹⁾ § 84: Der Schuldner kann nach erloschener aber im Hypothekenbuche noch nicht gelöschter Hypotek den Rang dieser Hypotek einem Andern, auch einem neuen Gläubiger jedoch für keine grössere Summe einräumen. § 150: Hat sich der Schuldner bei einer Forderung das Recht vorbehalten, noch vor derselben einer anderen Forderung den Rang einzuräumen oder hat er derselben nur einen bestimmten Platz zum Beispiel die zweite Hypothek zugestanden, so muss bei dem Eintrag jener Hypothek die vorbehaltene Hypothek unter ihrer eigenen Nummer und mit einer bestimmten Summe vorgemerkt, auch ihr Vorzug ausgedrückt, und in der letzten Columne bemerkt werden, dass die Benennung des Gläubigers noch vorbehalten sei. Wenn diese erfolgt, so wird dann am gehörigen Orte der Rechtstitel und der Name des Gläubigers eingetragen. Viz též Mascher, 412, Meibom, III, 277—290, Bruck, 46, 47,

²⁰⁾ Viz pozn. 19 „die vorbehaltene Hypothek unter . . vorgemerkt.“

nikoli vlastnost zástavního práva, nýbrž zástavní právo samo. Pořad bez zástavního práva není vůbec ničím. Je to ovšem zástavní právo vlastnicko, jehož dle § 84 může vlastník pro novou pohledávku užíti. Je to zástavní právo, kterému právě z této příčiny nemůže při dražebním rozvrhu průchodu zjednávatí. Knihovně se ovšem prováděla věc převodem pořadu.²¹⁾ Praxe špěla tu přísně na kvalitě zaniklé pohledávky. I nepřipouštěla postup pořadu na definitivní pohledávku za zaniklou pachtovní kaucí,²²⁾ pohledávky časem vázané na pohledávku časem neobmezenou, simultánní hypoteky na solohypoteku, bezúročné pohledávky na úročnou a umořitelné na neumořitelnou. Právo vlastnicko podrobovala praxe i exekuci.²³⁾ Teoreticky uvažovalo se podle cit. hypotečního zákona také o tom, zda vlastník zástavu pro dluhopisy na majitele zříditi může.²⁴⁾

Švýcarské právo jevílo před jednotnou kodifikací velikou rozmanitost. V kantonálním právu dalo se napočítati 60 různých *Vormerken* znamená zápis prozatímního neúplného právního stavu. Viz *Meibom*, III, 19/4.

²¹⁾ *Regelsberger*, Das bayerische Hypothekenrecht (*Meibom*, III), 82 navrhol pro § 84 zápis: Die unter Nr. X versicherte Forderung ist bezahlt und der Rang der hiefür eingetragenen Hypothek von Herrn N. N. (dem gegenwärtigen Liegenschaftseigenthümer) auf Herrn X. X. (den neuen Gläubiger) für ein mit vier vom Hundert verzinsliches Darlehen von dem Betrage der bezahlten Forderung übertragen worden. Pro § 150 uváděl (str. 81) tento vzor: Záznam: „Zwölfhundert Gulden zu fünf vom Hundert verzinslich werden als erste Hypothek einstweilen vorgemerkt... Do rubriky poznámek: Die Benennung des Gläubigers und des Forderungsgrunds ist vorbehalten. V rubrice poznámek k pohledávce na druhém místě zapsané, mělo se připojiti: Mit dem Range nach der am heutigen Tage unter Nr. 1 vorgemerkten Hypothek. Zadala-li se později vyhrazená hypoteka, mělo se zapsati: Die unter Nr. 1 vorgemerkte Hypothek wurde dem Herrn N. N. für ein baares Darlehen in gleichem Betrage bestellt und wird nunmehr eingetragen.“ V rubrice poznámek při č. 1: Nunmehr eingetragen. S. unten X.

²²⁾ *Blätter für Rechtsanwendung*, 18, 418, rozh. z 21/5 1853. Kauce pachtovní není prý žádnou definitivní hypotekou. Zadní věřitel může na to spoléhati, že pachtovně se ve svých lhůtách splatí. Vydavatel tohoto časopisu *Seuffert* káře toto rozhodnutí. Není zde žádného rozdílu mezi pachtovní kaucí, která ručí za pachtovně lhůty, a pohledávkou ze zápůjčky, již v částech jest platiti.

²³⁾ *Paul Roth*, *Bayrisches Civilrecht*, II, Tübingen, 1872, 465, 466.

²⁴⁾ *Blätter für Rechtsanw.* 13, 321–331, *Dr. Lotz*, Über Hypothekbestellung in Schuldbriefen, welche auf jeden Inhaber lauten.

ných způsobů, jak se nemovitosti zastavují.²⁵⁾ Vývoj práva hypotekárního běže se zde dvěma proudy. Při jednom zastavují se nemovitosti rentou (*Gültrecht*), při druhém zápisem práva zástavního na obecnoprávním základě. Při rentě již dle její povahy nemohlo se mysliti na akcesoritu. Ale i osoba určitého věřitele ustupovala při ní do pozadí. Jméno jeho se v rentových listech proto fingovalo. List zpeněžil se příležitostně dle potřeby. Z této formy přišlo se pak k rentovým listům na majitele. Někde vydával však vlastník rentový list přímo na sebe. Někde byly rentové listy, na jméno některého věřitele znějící, vlastníkem do ruční zástavy odevzdávány, jím vypláceny a zase zpět přijímány, aniž by snad nějakou konfuzí své právní existence pozbývaly. Hypoteku se zástavním listem spojuje zemský zákon ze dne 31. ledna 1857. Na způsob zástavních listů, které u nás některé ústavy podle zák. ze dne 24. dubna 1874 č. 48 ř. z. vydávají, mohl vlastník do výše zřízené hypoteky vydávati zástavní listy, akcie (*actions*) na majitele nebo na jméno.²⁶⁾ Dělo se to notářským aktem. V něm byla uvedena nemovitost, jež měla zástavním listům sloužiti za hypoteku, zároveň se svými předchozími závadami, počet zástavních listů, jejich hodnota, způsob postupu, výplaty nebo amortisace. Zástavní list měl býti opatřen podpisem zástavce a notáře. Zástavní akt měl býti zapsán do zvláštního registru jako jiné zástavní listiny zapsané v úřadě hypotekárním. Také právo na obecnoprávním základě zná náběhy ku vlastníkově hypotece. Vedle zástavní sukcese podle římského práva připouští i výhradu zástavního práva před zástavním právem vkládaným.²⁷⁾ Jednotná kodifikace švýcarského práva zjednodušila kantonální zastavování na trojí způsob: zástavním zápisem (*Grundpfandverschreibung*, *hypothèque*, *ipoteca*), zástavním zápisem s dlužním listem (*Schuldbrief*, *cédule hypothécaire*, *cartella*

²⁵⁾ *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Erläuterungen zum Vorentwurf. III. Heft: Das Sachenrecht, Bern, 1902, 139.

²⁶⁾ *Eugen Huber*, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*, III, Basel 1859, 438–444, 500–504, *Bruck*, 62–67, *KSZ*, IV, *Carl Wieland*, *Das Sachenrecht des schweiz. Zivilgesetzbuchs*, Zürich 1909, 236.

²⁷⁾ *Huber*, l. c., 500, § 26 knih. zák. baselstadského: Titel, die frühere zu ersetzen bestimmt sind, geniessen auch bei späterer Eintragung das Vorgangsrecht des Titels, an dessen Stelle sie treten. Ebenso, wenn in einem Überbesserungstitel vorgehende Pfandrechte vorbehalten und vorangestellt sind, behalten dieses ihr Vorgangsrecht, auch wenn sie vielleicht erst später als diese Überbesserung eingetragen sind.

ipotecaria) a zapsanou rentou (Gült, lettre de rente, rendita fondiaria). Při dvou prvních je soukromoprávní poměr, renta je bez něho. Dlužní list a renta mobilisují zástavu. Lze ji listem převáděti.²⁸⁾ Zastavení vázáno jest při všech těchto třech způsobech na pevné místo (Pfandstelle, case hypothécaire, posto del pegno), které se věřiteli přikáže. Může to již při prvním místě býti místo druhé i následující, udá-li se suma, jež pořadem má předcházeti.²⁹⁾ Zadní věřitelé na místo vymazaného práva zástavního nenastupují. Místa toho může se použití pro nové zástavní právo. Smlouvy o nástupu zadních věřitelů, mají-li míti účinek věčný, musí se do knih zaznamenati.³⁰⁾ Při dražebním roku se však neužitá zástavní místa nečitá.³¹⁾ Vlastníkovi náleží tedy dispoice uvolněným místem. Není-li vlastník osobním dlužníkem, nabývá po zaplacení jako cessionář i pohledávky.³²⁾ K uvedeným třem způsobům zástavy řadí švýcarský občanský zákoník ještě zápis práva zástavního za celkový obnos dluhu, který rozvržen je na dlužní úpisy, znějící na věřitele nebo majitele.³³⁾

²⁸⁾ Viz spis v pozn. 25, 190, 191 a §§ 193, 877, 851, 859, 869 švýcarského občanského zákona ze dne 10. prosince 1907.

²⁹⁾ Švýcarský občanský zákoník ze dne 10. prosince 1907, § 813: Die pfandrechtliche Sicherung ist auf die Pfandstelle beschränkt, die bei der Eintragung angegeben wird. Grundpfandrechte können in zweitem oder beliebigem Rang errichtet werden, sobald ein bestimmter Betrag als Vorgang bei der Eintragung vorbehalten wird.

³⁰⁾ § 814: Sind Grundpfandrechte verschiedenen Ranges auf ein Grundstück errichtet, so hat bei Löschung eines Grundpfandes der nachfolgende Grundpfandgläubiger keinen Anspruch darauf, in die Lücke nachzurücken. An Stelle des getilgten vorgehenden Grundpfandes darf ein anderes errichtet werden. Vereinbarungen über das Nachrücken von Grundpfandgläubigern haben nur dann dingliche Wirkung, wenn sie vorgemerkt sind. *Wieland*, 325 a násl.

³¹⁾ § 815: Ist ein Grundpfandrecht ohne Vorhandensein eines vorgehenden in späterem Rang errichtet, hat der Schuldner über einen vorgehenden Pfandtitel nicht verfügt, oder beträgt die vorgehende Forderung weniger, als eingetragen ist, so wird bei der Pfandverwertung der Erlös aus dem Pfande ohne Rücksicht auf die leeren Pfandstellen den wirklichen Pfandgläubigern nach ihrem Range zugewiesen. *Wieland*, 331.

³²⁾ § 827: Ist der Grundeigenthümer nicht Schuldner der Pfandforderung, so kann er das Pfandrecht unter den gleichen Voraussetzungen ablösen, unter denen der Schuldner zur Tilgung der Forderung befugt ist. Befriedigt er den Gläubiger, so geht das Forderungsrecht auf ihn über. Viz též § 845. *Wieland*, 349.

³³⁾ §§ 875—883.

§ 4. Vlastnickova hypoteka pruská.

Politické poměry, které vedly od pruského státu ku německé říši, vedly i vlastnickovu hypoteku z pruského základu k vlastnickové hypotece občanského zákoníka německého. Jest se nám proto vývojem jejím v Prusku zabývatí blíže. Vlastnickova hypoteka prožívá tu mnohé fase. Pruský LR přesně rozeznával mezi právem věčným a pohledávkou.³⁴⁾ V I 16 § 484 spojoval obě v označení „das subjectiv-dringliche Recht“. Dodatek k němu v § 52 zdál se obě vyjadřovati slovem „Hypothekenrecht“.³⁵⁾ Deklarace § 52 ze dne 3. dubna 1824 rovnala hypoteku pohledávce, kvitanci cessi, platícího dlužníka cessionáři. Deklarací touto dán vlastnickově hypotece směr obligačně právní. Nabývala se zaplacená pohledávka. Praxe nebyla si z počátku jista. Podle reskriptu pruského ministerstva spravedlnosti ze dne 24. března a 13. května 1831 uvolňovalo se místo (locus), na něž se mohla nová hypoteka zapsati.³⁶⁾ Pruský vrchní soud zemský měl za to, že vlastník, není-li osobním dlužníkem, může nabývatí pohledávky. Pruské ministerstvo spravedlnosti jej však reskriptem ze dne 25. února 1833 poučuje, že nelze lišiti případy, kdy vlastník je osobním dlužníkem a kdy jím není. Zaplacením nabývá povždy pohledávky, nikoliv hypotečního místa.³⁷⁾

³⁴⁾ I 20 § 520: So weit der Anspruch, für welchen die Hypothek bestellt worden, getilgt wird, so weit erlöscht zwar in der Regel auch das dingliche Recht des Gläubigers. § 521: Der Schuldner ist daher auch befugt, auf die Löschung der getilgten Post im Hypothekenbuche nach Vorschrift der Hypothekenordnung anzutragen. Viz též I 16 § 482.

³⁵⁾ Viz pozn. 8.

³⁶⁾ *Bornemann*, 394.

³⁷⁾ *A. J. Mannkopff*, Allg. Landrecht für die preuss. Staaten, II, Berlin, 1837, 228: Weder das bezogene noch irgend ein anderes Gesetz, noch der Sprachgebrauch, kennt einen Unterschied zwischen Hypothek und hypothekarisch versicherter Forderung. Eine Forderung wird zur Hypothek, wenn sie hypothekarisch versichert, d. h. im Hypothekenbuche eingetragen wird. Die hypothekarische Versicherung ist die Handlung, Hypothek das Produkt derselben. Unter der Bezeichnung: Eigenthümer Cessionar einer Hypothek wird stets der Eigenthümer, der Cessionar der hypothekarisch versicherten Forderung verstanden. Hätte das Gesetz mit den Worten: „alle Rechte eines Cessionars der Hypothek“ den Sinn verbinden wollen, dass der zahlende Eigenthümer nur Cessionar nicht der Realforderung, sondern des locus habe sein sollen, so müsste dieser Sinn auch in dem Falle gelten, wo er eine fremde Schuld zahlt. Das Gesetz distinguirt durchaus nicht zwischen dem Eigenthümer des verpfändeten Guts, der zugleich

persönlich verpflichteter Schuldner ist, giebt vielmehr beiden alle Rechte eines Cessionars, und Cessionar heisst allgemein bei eingetragenen Forderungen derjenige, der diese Forderung durch Cession erworben hat. Wenn der Hypothekengläubiger dem zahlenden Schuldner ausdrücklich jura cessa erteilt hätte, so wäre derselbe, obgleich sich in seiner Person Creditor und Debitor vereinigt hätten, schon nach der Bestimmung des Anhanges zum ALR § 52 Eintragung seines Eigenthumsrechts an der cedirten hypothekarischen Forderung zu verlangen berechtigt gewesen. Durch die Deklaration vom 3. April 1824 ist die Quittung der ausdrücklichen Cession ganz gleich gestellt. Durch diese Declaration ist die Erwerbung der Hypothek an das Dasein einer Quittung, also eines Documents geknüpft, welches sich keineswegs auf die Hypothekenstelle beschränkt, sondern wesentlich auf Forderung bezieht; wenn gesagt ist, dass diese Quittung als ausdrückliche Cession gelten soll, so kann dies nie anders ausgelegt werden, als dass die Quittung als ausdrückliche Cession der hypothekarischen Forderung selbst gelten soll, und man würde den Worten des Gesetzes offenbar Gewalt anthun, wenn man denselben den natürlichen und sprachgemässen Sinn nur in dem Falle beilegen wollte, wenn der Eigenthümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, ihnen aber eine ganz entgegengesetzte Deutung geben wollte in dem Fall, wo er zugleich persönlicher Schuldner ist. Kann das Königl. O. L. Ger. selbst nicht in Abrede stellen, dass Cessionar der Hypothek, im ersten Fall, Cessionar der hypothekarisch versicherten Forderung heissen soll, so ist es auch klar und unzweideutig ausgesprochen, dass der zahlende Eigenthümer, sei er Schuldner, sei er Nichtschuldner, durch die Zahlung selbst Gläubiger des Grundstücks wird, und die doppelte Qualität von Schuldner und Gläubiger bei Hypothekarforderungen so auseinander gehalten werden sollen, dass die Vereinigung beider entgegengesetzter Qualitäten in einer Person möglich ist. Kann es nun nicht zweifelhaft sein, dass die Cession dem Cessionar das Recht giebt, über die cedirte Forderung nach Willkür zu disponiren und dieselbe auch für ein minderes Quantum als den Nominalwerth zu cediren; so kann, da der bezahlte Debitor „alle“ Rechte des Cessionars geniessen und die Quittung dieselbe Wirkung haben soll, wie eine ausdrückliche Cession, dies Recht auch dem Eigenthümer, der eine hypothekarische Forderung befriedigt und darüber löschungsfähige Quittung erhalten hat, sei die bezahlte Schuld ursprünglich eine fremde, sei sie eine Schuld, nicht streitig gemacht werden. Die eingesehenen Akten über die Veranlassung zu der Deklaration vom 3. April 1824 ergeben, dass es unzweifelhaft in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat, nicht blos das Recht auf die Hypothekenstelle, sondern das Recht auf die Forderung selbst dem zahlenden Eigenthümer zu übertragen. Denn nicht allein, dass diese Ansicht bereits in dem von dem Justizministerium ausgegangenen Antrage ausgesprochen ist, so ist auch bei der Prüfung des Antrags im Staatsrathe sehr vollständig untersucht, ob eine solche Aufhebung des Consolidations-Principis zulässig sei, und diese Frage sowohl nach römischem als preussischem Rechte bejahend entschieden; demnächst aber haben sich die Abtheilungen des Staatsraths über die Frage: ob bei einer Zahlung durch den Eigenthümer die Absicht zu kaufen oder zu tilgen,

Míněni toto ovládalo judikaturu. Podle pohledávky posuzuje se nabytí vlastníkovy hypoteky. Žádá se, aby to byla pohledávka platná, nevázaná na výminku,³⁸⁾ nikoli uvolněná kauce, nikoli pohledávka zvržitelná námitkou neobdržené valuty.³⁹⁾ Osobní dlužník, který pohledávky nabývá a ji dále postupuje, zůstává i nadále zavázán osobně.⁴⁰⁾ Pohledávka nabývá se jak cessi, tak i placením. I bývalý dlužník-vlastník může jí disponovati.⁴¹⁾ Pohledávka tvoří vlastníkovo „activum“. Případá dědici po zůstaviteli na odkázaném statku.⁴²⁾ Je předmětem exekuce,⁴³⁾ položkou exekučního rozvrhu⁴⁴⁾ a částí aktiv konkursní podstaty.⁴⁵⁾ Reskript ze dne 16. července 1836 povoluje pak již docela vlastníkovu, aby položku tu na své jméno přepsal.⁴⁶⁾

Nicméně vyskytují se i nálezy, jež vycházejí s jiného právního hlediska. Příkazují vlastníkovu pohledávku, kterou někdo jiný zaplatil.⁴⁷⁾ Jemu uvolňuje se místo, zanikne-li pohledávka

zu präsumiren sei, in zwei gleiche Hälften getheilt, von denen die erste die jetzt in der Gesetzsammlung befindliche C. O., die zweite aber anderweitige Bestimmungen in Vorschlag brachte, und in gleicher Art hat sich diese Verschiedenheit der der Ansicht im Staatsrath selbst kund gethan; Se. Majestät haben aber nicht allein durch Vollziehung der von den Vertheidigern der ersten Meinung in Vorschlag gebrachten C. O., sondern noch durch eine zweite an den Staatsrath gerichtete, nicht publicirte C. O. de eodem dato und hier ganz ausdrücklich ausgesprochen geruht: „dass Allerhöchst Dieselben der Meinung des Staatsrathes dahin beitreten, dass der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Forderung befriedigt, und diese Forderung im Hypothekenbuche nicht hat löschen lassen, auch ohne förmliche Cession, durch die blosser Quittung alle Rechte eines Cessionars „dieser“ Hypothek erhalte“, wobei es durch den Ausdruck „dieser Hypothek“ ganz unzweifelhaft festgestellt ist, dass damit die in dem Vorgehenden erwähnte, hypothekarische Forderung gemeint ist.

³⁸⁾ Dr. C. F. Koch, Allg. Landrecht für die preuss. Staaten. I/2, 3. vyd. Berlin 1862, 519/II/1, 520/e.

³⁹⁾ Bornemann, 395, Koch, Allg. L. R., 520/d.

⁴⁰⁾ Koch, Allg. L. R., 517/1, 524/3 a—γ. Viz k tomu Schollmeyer, Die Hypotek des Eigenthümers, Inaug.-Diss., Halle a. S. 1874, 11 a násl.

⁴¹⁾ Koch, I. c., 521/2a.

⁴²⁾ Koch, I. c., 525/aa.

⁴³⁾ Koch, I. c., 525/cc.

⁴⁴⁾ Koch, I. c., 526/cc.

⁴⁵⁾ Koch, I. c., 525/bb.

⁴⁶⁾ Koch, 524.

⁴⁷⁾ Berthold Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte, Berlin 1853, 63.

výminkou, anebo propustí-li se zástava, osobní závazek zachová-
vají. ⁴⁸⁾ Také „protestatio pro conservando iure et loco“ zakládá
právo vlastnickovo, aby po zaplacení pohledávky dal protest
v řádnou hypoteku přepsati. ⁴⁹⁾

Teorie snaží se pomoci praxi právníkou konstrukcí. Učí se,
že je zde dvójí, závazek, osobní a věcný. Jen osobní závazek zaniká
zaplacením. Věcná povinnost statku (Gutsobligation, dingliches
Forderungsrecht, Realmitschuld des Grundstücks) zůstává. Statek
je fingovaný dlužník. ⁵⁰⁾ Rozlišuje se obligace a dluh. Je-li tu dluh
věci vedle dluhu osobního, může při konfusi zůstatí v passivech
i jako pohledávka v aktivech. Skutečnost, že „activum“ a „passi-
vum“ splyne v jedné ruce, se ignoruje. ⁵¹⁾ Hledí se jen k hypo-
tece, která není accessorium osobní pohledávky, ale samostatná
reální obligace. ⁵²⁾ Někde se jen fikcí cesse blíží theorie praxi,
věcně však se od ní odchyluje. Dovojuje se, že ne věc, ale
její v budoucnosti dosažitelná kupní cena je zástavou postižena,
pro každého věřitele jen to, co po uspokojení přechozího zbudě.
Každému je tedy něco jiného zastaveno. Poměr mezi zástavami
určuje dvojí moment: místo jejich zápisu a výše obnosu. Na
zadní zástavě nestane se žádná změna, vyplatí-li se zástava
přední. Zástava sice zaniká, ale nevymazaná trvá zevně dále.
Formálně je to sice vlastnickova hypoteka, ale materiálně jeho
vlastnické právo. Může uvolněný díl hodnoty k zástavě nové za-
brati a při rozvrhu účtovat. V konkursu mohou tak za něho
učiniti konkursní věřitelé. Dispoice vlastnickova provádí se fikcí
ve formě cesse. Cessí touto zjednává si vlastník své přední
právo. Děje se tak z pohodlí. Bylo by to zdoluhavé, kdyby se
provedl výmaz a pak teprve nový zápis. ⁵³⁾ Zápis zaniklé zástavy

⁴⁸⁾ Koch, l. c., 522/c.

⁴⁹⁾ Koch, l. c., 520/c.

⁵⁰⁾ Koch, l. c., 518/2, týž, Lehrbuch des preuss. gemeinen Privatrechts,
Berlin 1857, 621, týž, Recht der Forderungen nach gemeinem und preussi-
schem Rechte, Berlin 1859, II, 796/11.

⁵¹⁾ Delbrück, 63 a násl.

⁵²⁾ Meyer, Die preuss. Hypotheken u. Substitutions-Gesetzgebung,
Berlin 1854 cit. podle Schletters Jahrbücher der deutschen Rechtswissen-
schaft und Gesetzgebung, 1 (1855), 366.

⁵³⁾ Dr. von der Hagen, Die Hypothek des Eigenthümers, Arnsberg
1836. Knihu tuto nebylo možno v Praze opatřiti. Cituje se podle spisu
„Friedrich Schollmeyer, Die Hypothek des Eigenthümers. Inaug-
Diss. Halle a. S. 1874, 26—31.

považuje se za skořápku, pro niž vlastník novou hypotekou ve
formě cesse hypoteky staré vytvoří jádro. Nová hypoteka má
přednosti hypoteky staré, předcházejíc všem hypotekám zadním.
Nezaloží-li se hypoteka nová, není vlastnickova hypoteka svou
podstatou pranic. Nelze ji likvidovati ani v rozvrhu dražebním,
ani konkursním. ⁵⁴⁾

Dispoice vlastnickova zaplacenou zástavou souvisí se zřízením
hypotekárním. Jako zástava vzniká zápisem, tak zaniká zase jen
výmazem. Zaplacením pojištěná pohledávka zanikne. V knihách
zbudě jen akcessorní právo, které svou určitou formou jí dříve
sloužilo, které však je nyní zbaveno svého principale, konkrétní
hypoteka. Touto určitou hypotekou může vlastník disponovati a
nový závazek s ní spojití. Nová pohledávka musí souhlasiti s po-
hledávkou starou. Nový závazek nelze zapsati, není-li starý zá-
vazek platný a cesse schopný. Pokud se nový závazek nezapiše,
postrádá zástava vůči třetím osobám vší reality, je rovna prázd-
nému místu. Nejsouc způsobilá pro rozvrh exekuční a konkursní,
nemůže býti také předmětem exekuce vlastnickových věřitelů. Exe-
kuce tato odňala by vlastníkovi právo, aby dal pohledávku vy-
mazati anebo aby novou pohledávkou úvěr si zjednal. Užije-li se
při tom formy cesse, není vlastník cedentem, nýbrž původním
dlužníkem nového hypotekárního věřitele. ⁵⁵⁾

Jak již uvedeno, chce se vlastnickova hypoteka vyložiti z toho,
co jest předmětem zastavení. Zavadí-li se pozemek hypotekami,
je to sukcessivní parcelace jeho hodnoty. Vymaže-li
se předchozí hypoteka a postoupí-li zadní věřitel na její místo,
nabývá jiného lepšího dílce, než který mu byl přikázán. Na vlast-
níkovi jest, zda mu tento zisk popřeje anebo hned nebo později
na místo položky staré novou umístí. Tato jeho dispoice o místu
předním má touž povahu jako jeho dispoice o místech za všemi
hypotekami ⁵⁶⁾ Zástavní kvoty mohou se zadávati pořadem libo-
volným. Některá předchozí může se zůstaviti dispoici vlastní-
kově a potrvati v ní i při dražbě. ⁵⁷⁾

⁵⁴⁾ Hinschius, Preuss. Anwaltszeitung, 1866, 698 a násl., cit. dle
Schollmeyera, 21.

⁵⁵⁾ Bornemann, l. c., 390—408.

⁵⁶⁾ Göppert, Preuss. Anwaltszeitung, 1864, 279, cit. die Scholl-
meyera, 30. Viz též Horn, die Eigentümerhypothek, Breslau 1906, 28.

⁵⁷⁾ Bremer, Hypothek und Grundschuld, Göttingen 1869, cit. dle
Schollmeyera, 33 a násl.

Vlastníkovou hypotekou zabývaly se také německé právnické sjezdy. Již na prvním r. 1860 byl podán návrh, aby se zřídila komise, která by zkoumala, zda se má obligační poměr od hypotečního zplna odloučiti a zda mohou se vydávati listy hypoteční na majitele (hypothèques au porteur).⁵⁸⁾ Od druhého sjezdu žádalo se totéž, ale věc se přesně formulovala. Zástavní právo má se zkonstruovati jako právo samostatné, jež soukromý závazek, je-li zde vůbec takový, za sebou táhne.⁵⁹⁾ Nový nabyvatel, jež hypoteku přejímá, zavazuje se osobně.⁶⁰⁾ Spojí-li se vlastnictví s hypotekou buď její výplatou nebo jiným způsobem, zaniká soukromý závazek. Potrvává jen, pokud je tu k tomu zvláštního důvodu (versio in rem, negotiorum gestio atd.). Nevymazané právo po zániku pohledávky, ať je vlastník na sebe přepsal čili nic, nedá se realizovati. Je to jen předmět, kterého lze prakticky využití, převede-li jej vlastník na jiného věřitele nebo při prodeji zástavy na sebe.⁶¹⁾ Je to movitý kus jmění, jímž může volně naložiti.⁶²⁾ V dražebním a konkursním rozvrhu účtovatí jej nelze. Jeť subhastát a konkursant osobním dlužníkem, jehož přednost před zadními věřiteli „exceptione doli“ lze odmítnouti.⁶³⁾ S vlastníkovou hypotekou souvisí také požadavek, aby se převáděla hypoteka na listě, na základě něhož stal se původní zápis.⁶⁴⁾ Sjezd se usnesl, aby stála jeho deputace další materiál sebrala a jemu předložila.⁶⁵⁾ Dobrozdání, které bylo stálou deputací předloženo třetímu právnickému sjezdu, nevyčerpávalo návrhů.⁶⁶⁾ Sjezd, jednáje o věci, nepřišel k pozitivním výsledkům.⁶⁷⁾ Při-
pojil jen ku svému protokolu návrhy řečníka z Meklenburku, které mimo jiné vztahovaly se také na vlastníkovu hypoteku. Navrhovalo se, aby se závady na vlastníka zapisovaly a prepisovaly a výhrady vymazaných míst pro nové položky povolovaly

⁵⁸⁾ Verhandlungen des ersten deutschen Juristentages, Berlin 1860, 125

⁵⁹⁾ Verh. des II. deutschen Jur.-Tages, I, Berlin 1861, 230/4, Antrag des zweiten Präsidenten des kgl. Obertribunals Dr. Bornemann zu Berlin.

⁶⁰⁾ L. c. 234/11, Antrag des Ober-Tribunalraths Meyer zu Berlin.

⁶¹⁾ L. c. 231/8, Antrag Bornemann.

⁶²⁾ L. c. 235/13, Antrag Meyer.

⁶³⁾ L. c. 231/8, 235/13.

⁶⁴⁾ L. c. 230/6.

⁶⁵⁾ L. c. I/2, 251.

⁶⁶⁾ Verh. d. III. d. Juristentages, Berlin 1832, 71—97.

⁶⁷⁾ L. c. II., 142—203.

a aby proti cessionářř, jež zástavní list ve svých rukou má, námitky dřívějších dlužníků se nepřipouštěly.⁶⁸⁾

Ráz, který vtiskla vlastníkovu hypoteka pruskému právu zástavnímu, je podnětem ku jeho stváření v nových zákonodárných pracích. Přimyká se ku kodifikacím knihovním. Ty sahají do r. 1864. Osnova z tohoto roku přijala formulaci vlastníkovy hypoteky z literatury a t. zv. dogma samostatnosti hypoteky z meklenburského práva.⁶⁹⁾ Knihovní zápis nějaké pohledávky zakládá reální obligaci (Realobligation). Nové osnovy o nabytí práva vlastnického a věcném zavazení pozemků předloženy byly pruské poslanecké sněmovně ke konci r. 1863.⁷⁰⁾ Motivы přimkly se o samostatnosti hypoteky ku zákonodárství meklenburskému. Odhodlaly se řešiti i její právnickou povahu. Pojmenování „reální obligace“ má v sobě odpor. Osobním závazkem označuje se dlužnický poměr, při němž osobního dlužníka není a při němž jeho roli pozemek přejímá. Lépe lze užiti slova „věcné obtížení (dingliche Belastung)“, které má meklenburské právo. Samostatné obtížení beze vztahu k osobnímu závazku lze jako příbuzný institut postaviti vedle reálního břemena a staré vymřelé již koupě renty. Samostatné obtížení není na dluhu závislé. Vyskytuje se i při dluhu neplatném. Má své odůvodnění samo v sobě. Dlužní důvod se jím pohlcuje. Místo něho je zde hodnotou pozemku pojištěná povinnost, aby se nějaká suma zaplatila. Platnost hypoteky jest zřejma z její formy: ze zápisu. Hledá-li se mimo zápis, přestane býti hypoteka znatelná. Obchod s hypotekami musí vážnouti. Kdo chce jich nabyti, musí se pustiti do obtížné práce, aby po osobním závazku pátral. Kdo hypoteku povolí, vzdává se všech námitek. Účelem svým je hypoteka akcessorní stipulací, formálně je však samostatná a neodvislá. Je to tak řečená „reální směnka.“⁷¹⁾ Osnova z r. 1863 zná pouze jednu formu zástavního

⁶⁸⁾ L. c. 196, pozn. 12, 13.

⁶⁹⁾ Ac. P. (Arch. f. d. civ. Praxis), V, 53 [1870], 362 Dr. v. B a r, Über den s. g. selbständigen Charakter der Hypothek (Realobligation) im neueren Hypothekenrechte mit besonderer Berücksichtigung des neuen preuss. Gesetzentwurfs. Viz tamže 366 z osnovy z r. 1864 § 23: Die Eintragung einer Forderung begründet eine selbständige Realobligation.

⁷⁰⁾ Alexander Achilles, Die preuss. Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872. Berlin 1872, 11 a násl.

⁷¹⁾ Franz Förster, Preussisches Grundbuchrecht, Berlin 1872, 125 až 133.

práva „hypoteku“, ať povstane volně anebo nuceně.⁷²⁾ O každé zapsané hypotece má se vlastníkovu vydati list hypoteční.⁷³⁾ Vlastník může si ji dáti také na své jméno zapsati. Tím nabývá práva, aby hypotekou nakládal, na třetí osoby plně právo hypotekárního věřitele převáděl ji a při rozvrhu nejvyššího podání a také po převodu vlastnictví uplatňoval.⁷⁴⁾ Hypoteka převádí se postupem, který není třeba zapsati, hypoteka, znějící na jméno vlastníkovu, také in bianco a to buď zase in bianco anebo vyplnic jméno věřitele.⁷⁵⁾ Hypoteku lze převésti i bez osobního závazku. Tento při tom zanikne.⁷⁶⁾ Zaplatí-li vlastníku hypoteku nebo zanikne-li nějakým jiným způsobem, má věřitel po vůli vlastníkovu buď kvitanci nebo výmazné svolení vydati nebo hypoteku, neruče za správu, postoupiti. Vlastník může na základě kvitance nebo výmazného svolení hypoteku na své jméno přepsati anebo ji nakládati.⁷⁷⁾ Totéž platí, nabude-li hypoteky dědictvím aneb konfusí.⁷⁸⁾ Jakkoli ještě zákon pro Nové Pomořany a Rujanu ze dne 21. března 1868 se vyslovil, že vlastníku při své hypotece v po-

⁷²⁾ J. B. f. D., 11, 12, O. B ä h r, Die preussischen Gesetzentwürfe über die Rechte an Grundvermögen, § 14 osnovy.

⁷³⁾ L. c. 88 a násl. O počátcích hyp. listu viz AbR. 14 (1898) 286 a násl. Dr. Max F i s h e r, Der Hypothekenbuch im neuen Rechte.

⁷⁴⁾ L. c. 13, § 22: Der Eigenthümer kann auf seinen Namen Hypothek eintragen lassen. Er erlangt dadurch das Recht, über diese Hypothek zu verfügen und dadurch auf dritte Personen die vollen Rechte eines Hypothekengläubigers zu übertragen. Bei der Vertheilung der Kaufgelder in Folge eines gerichtlichen Zwangverkaufs kann er die Hypothek für sich geltend machen. § 23: Hat der Eigenthümer das Eigenthum des Grundstücks abgetreten, so erlangt er an der auf seinen Namen eingetragenen Hypothek alle Rechte eines Hypothekengläubigers.

⁷⁵⁾ L. c. 19, 20, § 49—51.

⁷⁶⁾ L. c. 19, § 48: Das mit einer Hypothek verbundene persönliche Recht kann nur gemeinsam mit der Hypothek, diese dagegen ohne das persönliche Recht abgetreten werden. Geschieht Letzteres, so erlischt der persönliche Anspruch.

⁷⁷⁾ L. c. 21, § 61: Wenn eine Hypothek von dem eigentragenen Eigenthümer bezahlt oder auf sonst eine Weise getilgt worden, so ist der bisherige Hypothekengläubiger nach der Wahl des Eigenthümers verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu erteilen, oder die Hypothek ohne Gewährleistung abzutreten. § 62: Der eigetragene Eigenthümer ist berechtigt, auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Hypothek auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen (§§ 22, 28).

⁷⁸⁾ L. c. §§ 63, 64.

měr hypotekárního věřitele vstupuje, osnova stála na stanovisku, že vlastníku nabude svou hypotekou pouze práva, aby jí dále disponoval.⁷⁹⁾

Osnova došla ocenění v literatuře. Proti výlučně platné samostatné hypotece hájila se římská akcessorní hypoteka buď vůbec⁸⁰⁾ anebo vedle samostatné hypoteky.⁸¹⁾ Panská sněmovna pruského sněmu v opozici proti osnově přistoupila na dvoji formu: hypoteku přísně akcessorickou a samostatnou. Při akcessorické mohly se i proti bezelstnému nabyvateli námítky z osobního poměru dlužníka k cedentovi činiti. Poslanecká sněmovna podrobila tyto námítky principu publicity. Byla-li pohledávka nabyta úplatně, mohly se činiti, pokud byly nabyvateli známy anebo z knihy pozemkové zřejmy. Tím zřízeny dva druhy zástavního práva ku nemovitostem: hypoteka a dluh pozemkový. Takto upravená osnova stala se zákonem ze dne 5. května 1872.⁸²⁾

Vlastníkovu hypoteka jevila se v tomto zákoně ve dvoji podobě, v primerní a sekunderní. Primerní vzniká dluhem pozemkovým, dá-li si jej vlastníku na své jméno zapsati a o něm dlužní list pozemkový vydati.⁸³⁾ Není to vlastně hypoteka vlastníkovu,

⁷⁹⁾ Förster-Eccius, III, 904. Zde citují se také motivy osnovy: Es fehlen dem Eigenthümer die wesentlichsten Rechte des Hypothekengläubigers; er kann auch nicht die Zahlung des Kapitals durch den Antrag auf Subhastation gegen sich erzwingen und etwa dadurch ein bequemes Mittel erlangen, sich von den dann ausfallenden Hypotheken zu befreien. Die Hypothek ruht, so lange sie sich in seinen Händen befindet, sie ist kein selbständiges Vermögensobjekt für ihn, und hat nur den negativen Werth, dass der Eigenthümer Kapital und Zinsen der Hypothek keinem Dritten schuldet. Nur ein Recht hat er, und nur dieses verlangt das praktische Bedürfnis, ihm zu geben: im Interesse seines Credits muss ihm gestattet werden, die Hypothek zu veräußern und sich dadurch Kapital zu verschaffen, er muss über dieselbe verfügen können. In dem Moment, wo er die Hypothek veräußert und das Grundstück behält, wird er Hypothekenschuldner. Umgekehrt in dem Moment, wo er aufhört, Eigenthümer des Grundstücks zu sein und die Hypothek behält, wird er Hypothekengläubiger.

⁸⁰⁾ Ac P, 53 (1870), B ä r 373 a násl.

⁸¹⁾ JBfD (Jahrb. f. Dogmatik) 11 (1870) B ä h r, 55 a násl.

⁸²⁾ M e i b o m, Deutsches Hypothekenrecht, VIII/2, 56 a násl., Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich, Berlin u. Leipzig, III, 606.

⁸³⁾ § 27: Der Eigenthümer kann auf seinen Namen Grundschulden eintragen und sich Grundschuldbriefe ausfertigen lassen. Er erlangt dadurch das Recht, über diese Grundschuld zu verfügen und auf dritte Person die vollen Rechte eines Grundschuldgläubigers zu über-

nýbrž vlastníkův dluh pozemkový (Eigentümergrundschuld), jak se teorií zove.⁸⁴⁾ Sekunderně vzniká, zaplatí-li vlastník nebo jiným způsobem vyrovná⁸⁵⁾ neb konfusi nabude hypoteky nebo dluhu pozemkového.⁸⁶⁾ Nově připojeno, že předpisy o vlastníkové hypotece se na kauční hypoteku nevstahují.⁸⁷⁾ Přes tuto formulaci lze i v samém zákoně nalézt stopy dřívější názorů o reálním zavazení pozemku. Mluví se v něm o dispoici položkou (Post), nikoliv hypotekou nebo dluhem pozemkovým.⁸⁸⁾ Nedůslednost jeví se v tom, že při konfusi potrvává ve stejných rukou „hypoteka“ a „dluh pozemkový“, nikoli „položka“.⁸⁹⁾ Princip pevných míst se zákonem ze dne 5. května 1872 odmítl. Na místo vymazané hypoteky nebo vymazaného dluhu pozemkového nemůže nová hypoteka nebo nový dluh pozemkový býti zapsán. Zadní položky tu postupují do předu.⁹⁰⁾

Hypoteka svými účinky rovná se dluhu pozemkovému. Oba

tragen. Bei der Vertheilung der Kaufgelder in Folge einer gerichtlichen Zwangsversteigerung kann er die Grundschuld für sich geltend machen. § 28: Hat der Eigenthümer das Eigenthum des Grundstücks abgetreten, so erlangt er an der auf seinen Namen eingetragenen Grundschuld alle Rechte eines Grundschuldgläubigers.

⁸⁴⁾ Meibom, VIII/2, 299.

⁸⁵⁾ § 63: Wenn eine Hypothek oder Grundschuld von dem Eigenthümer bezahlt oder auf andere Weise getilgt worden ist, so ist der bisherige Gläubiger nach der Wahl des Eigenthümers verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu erteilen, oder die Post ohne Gewährleistung abzutreten. § 64: Der eingetragene Eigenthümer ist berechtigt auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Post auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen.

⁸⁶⁾ § 65: Ein gleiches Recht hat der eingetragene Eigenthümer, welcher die Hypothek oder Grundschuld von Todeswegen erworben hat, auf Grund des Testaments, des Erbvertrages oder der Erbbescheinigung. Hat derselbe die Post als Vermächtnisnehmer erworben, so darf es zu Umschreibung der Einwilligung des Erben oder seiner rechtskräftigen Verurtheilung zu derselben. § 66: Erwirbt der Gläubiger das verpfändete Grundstück, so kann er die Hypothek oder Grundschuld auf seinen Namen stehen lassen oder über sie verfügen.

⁸⁷⁾ § 66.

⁸⁸⁾ Viz § 63—66.

⁸⁹⁾ Viz § v pozn. 86 §§ 65 a 66.

⁹⁰⁾ § 62. Viz též Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich, III, 737. Nechtělo se právo zástavní zatižiti novým pojmem, knihovní řízení novou manipulací; „der leere locus überdies ein Nichts ist, über welches zu disponiren unmöglich erscheint“.

vznikají zápisem, oba cílí k tomu, aby zapraven byl kapitál, při obou připouští praxe námítky z osobního poměru mezi stranami.⁹¹⁾ Při obou vydávají se listy, při hypotece list hypoteční (Hypothekenbrief), při dluhu pozemkovém dlužní list pozemkový (Grundschuldbrief), ač hypotečního listu možno se vzdáti.⁹²⁾ Teprve tímto listem nabývá věřitel práva z dluhu pozemkového a hypoteky.⁹³⁾ Oba převádějí se neknihovní cessí, dluh pozemkový též in bianco. Postup lze však zapsati i knihovně.⁹⁴⁾ Při obou je stejná exekuce. V některých věcech liší se od sebe podstatně. Při hypotece třeba uvéstí právní důvod dluhu. Vznikáť vzhledem ku nějakému jednání s třetí osobou a třeba o něm předložiti dlužní list knihovnímu úřadu (§ 10). Při dluhu pozemkovém je to pojmově vyloučeno. Vzniká i zápisem vlastníka. Jen pozemkový dluh může hned, jak povstal, zapsán býti na jeho jméno nikoli hypoteka (§ 27).

Prakse pojímala nový zákon dle svých dřívějších názorů. Z jejich nálezu plynulo, že předpisy o vlastníkové hypotece v zákoně ze dne 5. května 1872 jsou jen důsledný vývoj deklarace ze dne 3. dubna 1824.⁹⁵⁾ Jako v mnohých letech dřívějších i nyní uznávalo se proti teorii, že nabývá se s vlastníkovou hypotekou i původní pohledávka a že touto původní pohledávkou vlastník disponuje⁹⁶⁾. Tato povaha pruské vlastníkové hypoteky, jak ji praxe pojímala, souvisela s pruským knihovním zřízením. Dle § 19 zák. ze dne 5. května 1872 musil při hypotece i právní důvod dluhu býti zapsán.⁹⁷⁾ Za tím účelem bylo při zápisu

⁹¹⁾ Meibom, l. c. 59 a násl.

⁹²⁾ Meibom, l. c. 82, 83. O formě a obsahu těchto listů viz Achilles, 204 a násl. Rechtsatlas.

⁹³⁾ Meibom, l. c. 133.

⁹⁴⁾ Meibom, l. c., 209 a násl. Förster, 169.

⁹⁵⁾ ERC (Entsch. des Reichsger. in Civilsachen), 2, 207 (1880) 5, 326, (1880), Meibom, VIII/2, 293, Gruchot, Beiträge, 27, 471 (1882) 1040 (1883).

⁹⁶⁾ ERC, 7, 219 (1882), Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht, III, 607.

⁹⁷⁾ Achilles, 194 Zápis v oddělení III (Hypotheken und Grundschulden) zní na př. takto: Auf Nr. 1 bis mit 5 (Běžné číslo pozemku v oddělení I.). Eintausend Thaler Kaufgeld, mit 5 Prozent Zinsen vom 1. Januar 1871 gegen dreimonatliche Kündigung, eingetragen für den Rentier Karl Schein zu Berlin auf Grund des Kaufvertrages vom 1. Oktober 1870 am 2. Oktober 1870, Gruchot, 27, 472 (1882).

knihovnímu úřadu list o právním důvodu předložiti, ač ovšem takový list existoval.⁹⁸⁾ Znění zápisu bylo uvedeno v hypotečním listě, který se o něm vydal, a zároveň také předmět zástavy, její hodnota a seznam závad předchozích neb současných. S hypotečním listem spojí se dlužní list, který při zápisu byl předložen, šňůrou pod pečeti.⁹⁹⁾ Na tomto hypotečním listu provedou se také všechny změny hypoteky, musí za účelem těchto změn knihovnímu úřadu býti předložen.¹⁰⁰⁾ Tímto způsobem zůstane původní zápis hypoteky i s jejím právním důvodem trvalým jejím základem. I s hypotekou radikuje se na pozemku. Právní důvod hypoteky je trvalým jejím znakem na titulu hypotečního listu. Není se tedy diviti, že táž formálnost, která přetrvala v knize pozemkové všechny mimoknihovní změny, a vedla ku vytvoření vlastnickovy hypoteky, sformovala i tuto vlastnickovu hypoteku podle právního důvodu původní pohledávky.¹⁰¹⁾ Vlastnickova hypoteka jevila se praksi svou povahou jako akcesorická.¹⁰²⁾ Jako akcesorium pohledávka připadala vlastníkovu i s pohledávkou v celém svém obsahu, při simultánní hypotece i na vedlejších hypotekách jako jejich jednota.¹⁰³⁾ Oprávněovala pak vlastníka, aby některou hypoteku propustil a ostatní hypoteky nebo snad jen solohypoteku si ponechal.¹⁰⁴⁾

Tento zakořeněný náhled praxe měl již jakýsi ohlas i v samém zákoně. Jako dle dřívějšího pruského práva nemohla i nyní vzejítí vlastnickova hypoteka, nebyla-li původní pohledávka platná,¹⁰⁵⁾ nebyla-li na ni valuta vyplacena,¹⁰⁶⁾ nebo nebyla-li původní její neplatnost aktem mezi věřitelem a dlužníkem zho-

⁹⁸⁾ Meibom, VIII/2, 98.

⁹⁹⁾ Achilles, 211, § 122 knih. ř. Meibom, VIII/2, 138.

¹⁰⁰⁾ Knih. ř. § 129, Meibom, VIII/2, 138.

¹⁰¹⁾ Meibom, VIII/2, 296 Dernburg k tomu s posměchem vytýká, že osobní pohledávka je nutným příslušenstvím hypoteky.

¹⁰²⁾ Gruchot, 27, 472 (1882).

¹⁰³⁾ Gruchot, Beiträge, 27, 1040, (1888), 41, 218 (1898) § 42 zák. z 5./5. 1872, dle něhož zanikají zaplacením z jednoho simultánního objektu hypoteka a dluh pozemkový na druhých, vztahuje se na případ dražby.

¹⁰⁴⁾ Förster-Eccius, III 611.

¹⁰⁵⁾ ERC, 3, 269 (1880), Förster-Eccius III, 608, Bendix, Das preuss. Gesetz über den Eigentumserwerb, 116/2, ERC, 3, 266 (1880).

¹⁰⁶⁾ ERC, 32, 309 (1894).

jena¹⁰⁷⁾. I subtilnost dřívější praxe se vycitovala.¹⁰⁸⁾ Jako dříve, začalo se rozeznávat, zda vlastník, který pohledávku platí nebo jinak vyrovnává nebo konsolidací nabývá, jest také osobním dlužníkem čili nic. Vlastník, který nebyl osobním dlužníkem, nabýval pohledávky proti osobnímu dlužníkovi. Byl-li zároveň osobním dlužníkem, nabýval ji sice také, ale právo jeho zatím spalo, bylo zdánlivě mrtvé. Obživlo vůlí vlastníkovou, zocíl-li statek nebo hypoteku, proti jeho vůli, byl-li statek exekučně prodán nebo exekuce ve vlastníkovu hypoteku vedena.¹⁰⁹⁾

Teorie se těmto názorům vzpírala. Osobní pohledávka zanikala jí zaplacením, jen reální právo zůstalo. Dřívější právo vidělo ve vlastníkově hypotece anomálii. Zákonem ze dne 5. května 1872 byla tato anomálie povýšena na pravidlo. Vlastnickova hypoteka formálně zůstala hypotekou, materiálně byla dluhem pozemkovým.¹¹⁰⁾ Ve formě římské successe hledala se pro vlastníkovu hypoteku cesta.¹¹¹⁾ Stejně jako o hypotece, dovozovalo se i o dluhu pozemkovém, že je jen akcesorním právem.¹¹²⁾ Byly však i náhledy, které chtěly stanovisko praxe odůvodniti v celé jeho podstatě. Právní formy mohou způsobiti, že se zapsaný věřitel s vlastníkem v jedné osobě střetne. Hypoteka proto nezaniká a z logického důsledku plyne, že vlastník z toho proti sobě žádného práva vyvozovati nemůže.¹¹³⁾ Pozdější nálezy pruské přibližovaly se však přece již stanovisku, že zaplacením osobní pohledávka zaniká a že se jen hypoteka převádí.¹¹⁴⁾

Ze zákona ze dne 5. května 1872 lze již sestaviti jisté podstatné znaky vlastnickovy hypoteky. Pojmově předpokládá knihovní zápis práva zástavního. Podle dřívějšího práva stačil k tomu

¹⁰⁷⁾ ERC, 44, 294 (1899), 48, 53 (1901).

¹⁰⁸⁾ Koch, Allg. Landrecht, 517/I.

¹⁰⁹⁾ Förster-Eccius, III, 605, ERC, 5, 325 (1880).

¹¹⁰⁾ Achilles, 86, 87, Förster-Eccius, III, 607, Schollmeyer, Die Hypothek des Eigenthümers, 51. ERC, 5, 321 (1881), 23, 251 (1888).

¹¹¹⁾ Meibom, VIII/2, 290.

¹¹²⁾ Pütter, Die Grundschuld des preuss. Gesetzes, über den Eigentumserwerb etc. vom 5./5. 1872 v Magazin für das deutsche R. der Gegenwart, Bd. IV. V 78-153 Hannover 1884 (cit. podle Centralblatt für Rechtswissenschaft, IV, 206).

¹¹³⁾ Buchka, Die Hypothek des Eigenthümers, 98-100.

¹¹⁴⁾ ERC, 45, 185 (1899).

protest, kterým kdo své právo chránil,¹¹⁵⁾ podle zákona ze dne 5. května 1872 i záznam (Vormerkung),¹¹⁶⁾ i záznam obstarávky (Vormerkung des Arrestes).¹¹⁷⁾ Pohledávka, zástavou pojištěná, nebo část její¹¹⁸⁾ musí býti zaplacená nebo jinak (deposicí, odevzdáním na místě placení, assignací, kompensací, vzdáním se atd.) vyrovnána nebo střetem věřitele a dlužníka v jedné osobě nabyta. Zaplacení nebo vyrovnání musí provést vlastník nebo spoluvlastník nebo za něho někdo jiný (n. př. vnucený správce, pojišťovací společnost při vyhoření).¹¹⁹⁾ Vlastník nabývá jí okamžikem, kdy pohledávku platil nebo jinak vyrovnal. To plyne již z § 52 dodatku a deklarace ze dne 3. dubna 1824. Zákon z 5. května 1872 to nezměnil.¹²⁰⁾ Slova § 64 „auf Grund der Quittung oder Lösungsbeiwillingung“ předpokládají zašlé již právo materiální. Kvitance a cesse jsou jen legitimací, které je potřeba pouze pro návrhy a změny v knize pozemkové.¹²¹⁾ Disponovati zaplacenou nebo vyrovnanou hypotekou na základě kvitance nebo výmazného prohlášení může jen zapsaný vlastník,¹²²⁾ který zaplatil nebo vyrovnal. Dřívější vlastník může to provádět cessí. K cessi není oprávněn věřitel, jen vlastník. Ovšem může se státi také věřitelem, svolil-li k tomu vlastník.¹²³⁾ Kvitance a výmazné prohlášení, které bylo dáno dřívějšímu vlastníku, opravňuje nového vlastníka pouze ku výmazu.¹²⁴⁾

Vlastník může se svého práva disposičního vzdáti, zaváže-li se na př. při zápisu pozdější hypoteky, že hypoteku předchozí po jejím zaplacení vymaže.¹²⁵⁾ Vlastníková hypoteka není nová,

¹¹⁵⁾ Dr. Johannes Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht. Jena 1901, 4. Viz též § 289 II pruského hyp. ř. z 20./12. 1788 a LR I 20, § 418.

¹¹⁶⁾ Biermann, 26.

¹¹⁷⁾ Meibom, VIII/2, 293.

¹¹⁸⁾ Také amortisací, viz Meibom, VIII/2, 293.

¹¹⁹⁾ Meibom, VIII/2, 294, Bendix 116/3 ERC. 47, 267 (1900).

¹²⁰⁾ Meibom, VIII/2, 295, Förster-Eccius, III, 610.

¹²¹⁾ Gruchot, 22, 782 (1877), Meibom, l. c. Bendix, 117/10.

¹²²⁾ § 64: „Der eingetragene Eigenthümer“ ve srovnání s § 63.

¹²³⁾ ERC, 38, 222 (1896), Förster-Eccius, III, 612, Bendix 117/10.

¹²⁴⁾ Förster-Eccius, III, 610.

¹²⁵⁾ ERC, 19, 59 (1837).

má pořadí staré, stejně třeba s nezaplacenou ještě částí.¹²⁶⁾ Poněvadž však výměna míst může se díti bez svolení vlastníka, mohou jí věřitelé právo vlastníkové poškoditi.¹²⁷⁾ Dluh pozemkový, na jeho jméno znějící, hypoteka, na jeho jméno přepsaná, jemu napadlá a při konsolidaci na jeho jméno znějící, po převodu vlastnictví mu zůstávají.¹²⁸⁾

Hypoteka vlastníková jeví svůj účinek v dražebním, sekvestračním a konkursním rozvrhu.¹²⁹⁾ Předchází-li vymáhajícímu věřiteli, třeba ji pojatai do nejvyššího podání.¹³⁰⁾ Vlastníková hypoteka je také předmětem postihu soukromých věřitelů vlastnickových.¹³¹⁾ Zájemné usnesení doručuje se vlastníkovi před příklepem i po příklepu.¹³²⁾

Zákon ze dne 27. května 1873 pro Šlesvík a Holštýn připojuje vlastníkovu hypoteku na ústav otevřených folií. Jako o vyhrazených hypotekách může vlastník disponovati také prázdným nebo vyhrazeným hypotečním místem. Při obou zapisují se v pozemkových knihách formule, že obnos, který se uvádí, stojí k vlastníkově disposici. Zápisy takovéto jsou při zakládání knihovního listu osvobozeny od kolků a poplatků.¹³³⁾

¹²⁶⁾ Meibom, VIII/2, 296, ERC, 2, 207 (1880).

¹²⁷⁾ ERC, 9, 251 (1883). Viz § 35 zák. z 5./5. 1872.

¹²⁸⁾ § 28, 64—66 zák. z 5./5. 1872.

¹²⁹⁾ Förster-Eccius, III, 612, Meibom VIII/2, 295.

¹³⁰⁾ Meibom, VIII/2, 295.

¹³¹⁾ Meibom, VIII/2, 266, Förster-Eccius, III, 612.

¹³²⁾ ERC, 43, 431 (1899), Dr. L. Gaupp, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich. Tübingen u. Leipzig 1901, 639.

¹³³⁾ Gesetz über das Grundbuchwesen und die Verpfändung von Seeschiffen in der Provinz Schleswig-Holstein v. 27./5. 1873 § 22: Der Eigenthümer hat über leere von ihm vorbehaltenene Hypothekenstellen und über die vor der Linie getilgten Hypotheken die Verfügung, wie über eine Hypothek des Eigenthümers nach Massgabe des Gesetzes über den Eigenthüms-erwerb vom 5. Mai 1872.

§ 23: Die Übertragung der vorbehaltenen Stellen und der vor der Linie getilgten Hypotheken in das Grundbuch geschieht mit der Formel: No — — — Thlr. (Mark u. s. w.) mit . . . von Hundert verzinslich stehen zur Verfügung des Eigenthümers.

§ 24: Wenn der Eigenthümer gleich bei Anlegung des Grundbuchblattes oder Artikels beantragt, die leeren Stellen oder die vor der Linie getilgten Posten als Hypotheken oder Grundbuchschulden auf seinen Namen einzutragen, so erfolgt diese Eintragung stempel- u. kostenfrei.

III.

Vlastníková hypoteka podle německého občanského zákonníka.

§ 5. Zákonodárné přípravy.

Na podkladu pruském buďovalo říšské zákonodárství německé. Říšská ústava ze dne 16. dubna 1871 (Art. 4/13) a zákon ze dne 20. prosince 1873 stanovily občanské právo jako společnou zákonodárnou věc říšskou. Usnesením ze dne 22. července 1874 zřídila spolková rada za tím účelem zvláštní komisi. Z porad jejích vyšla osnova občanského zákonníka pro německou říši z r. 1888.¹⁾ Chtěla zavést čtyři druhy zástavního práva: hypoteku bez hypotečního listu, zvanou také knihovní hypotekou (Buchhypothek), hypoteku s hypotečním listem, zvanou listovní hypotekou (Briefhypothek), zjišťovací hypoteku (Sicherungshypothek) a dluh pozemkový (Grundschuld).²⁾ Rozmanitými druhy hypoteky chtěl se šetřiti dosavadní místní vývoj.³⁾ Knihovní hypoteka byla stará obecnoprávní hypoteka akcesorická, ovšem se změnami, způsobenými hypotekou vlastníkovou. Vznikala a převáděla se zápisem v pozemkové knize. Zápis v knize chránila publicita.⁴⁾ Od knihovní hypoteky lišila se listovní hypotečním listem, jehož odezdáním se převáděla. Publicita přenášela se tu na list, který koloval mezi cessionáři.⁵⁾ Zjišťovací zahrnovala hypoteku úvěrní nebo kauční (Kredit-, Kautionshypothek), vnučenou (Zwangshypothek) a stavnou (Arresthypothek),⁶⁾ dluh pozemkový hypoteku samostatnou.⁷⁾

Při těchto všech druzích zástavního práva mohlo dojiti ku vlastníkově hypotece. Osnova pojem její precisovala. Měla naň vliv pruská praxe, rozeznávající, kdy je vlastník osobním dlužníkem a kdy není. Platil-li vlastník dluh, který sám dlužen nebyl,

¹⁾ Entwurf eines bürg. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin u. Leipzig, 1888, III a násl.

²⁾ L. c., 241—260, §§ 1062—1144.

³⁾ Verhandlungen des zwanzigsten deutschen Juristentages, III, 267, Gutachten Levy, Motive zu dem Entwurfe eines bürg. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin u. Leipzig 1888, III, 603, 608, 609, 617.

⁴⁾ L. c., § 1083, Motive, III, 603, 617, 633 a násl.

⁵⁾ Motive, III, 616, 742 a násl.

⁶⁾ Motive, III, 619—628, 764 a násl.

⁷⁾ Motive, III, 604 a násl., 779 a násl.

vstoupil v právo věřitele, nabývá jeho pohledávku a zároveň její accessorium, zástavní právo. Platil-li vlastník dluh, který byl dlužen, střetl se osobní dluh s vlastnictvím, na němž byl pojištěn. Dluh zanikl a vzešla vlastníková hypoteka.⁸⁾ Střetl-li se dluh jen svou částí s vlastnictvím, připadala i hypoteka vlastníkově jen částečně.⁹⁾ Při zjišťovací hypotece osnova vlastníkovu hypoteku vyloučila, platil-li pohledávku vlastník jako osobní dlužník. Sloužit vlastníková hypoteka, jak to motivy nedostatečně vysvětlují, úvěru, hypoteka zjišťovací však tohoto účelu nemá.¹⁰⁾ Dluh pozemkový stane se vlastníkovým dluhem pozemkovým (Eigentümergrundschuld) hned, jak se na jméno vlastníkové zřídí, anebo později, dá-li si jej vlastník na sebe přepsati.¹¹⁾

Dluh pozemkový je základní tvar vlastníkovy hypoteky. Osnova ji zaň považuje. Mohla proto předpisům o dluhu pozemkovém býti podrobena. Přes to jest hypotekou, která svého původu nemůže zapřítí. Je hypotekou, ale zvlášť kvalifikovanou hypotekou. Obrana, že pohledávka zanikla, jest proti ní vyloučena. Osnova pořádá ji zvláštními předpisy.¹²⁾ Osnova odmítá proto jiné náhledy o konstrukci vlastníkovy hypoteky. Tak zejména pruský, že nabývá se původní pohledávka. Vedě jeho strojenost

⁸⁾ § 1094: Die Hypothek erlischt dadurch nicht, dass der Gläubiger von dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes befriedigt wird. Ist der den Gläubiger befriedigende Eigenthümer nicht zugleich der persönliche Schuldner, so wird die Forderung mit der Hypothek auf ihn übertragen. Ist der den Gläubiger befriedigende Eigenthümer zugleich der persönliche Schuldner, so wird nur die Hypothek auf ihn übertragen (E i g e n t h ü m e r h y p o t h e k). Die Eigenthümerhypothek erstreckt sich auch auf das mitbelastete Grundstück eines Dritten. Die Übertragung tritt in beiden Fällen mit der Befriedigung kraft des Gesetzes ein. § 1097: Erlischt die Forderung dadurch, dass sie und die Verbindlichkeit in der Person des Eigenthümers des belasteten Grundstückes sich vereinigen, so bleibt die Hypothek als Eigenthümerhypothek bestehen. Srovn. s tím § 291, dle něhož obligační právo při konfusi zaniká a § 835, dle něhož právo věcné na pozemku při konfusi dále trvá.

⁹⁾ Motive, III, 733.

¹⁰⁾ § 1128, Motive, III, 766. Zapomnělo se tu na kauční hypoteku.

¹¹⁾ § 1142: Die Grundschuld kann auch für den Eigenthümer des Grundstückes begründet werden. Zu der Begründung ist die gegenüber dem Grundbuchamte abzugebende Erklärung des Eigenthümers, dass die Grundschuld auf seinen Namen in das Grundbuch einzutragen sei, und Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Motive, III, 792 a násl.

¹²⁾ Motive, III, 729.

ku mnohým pochybnostem, jež nelze zákonem rozřešiti a neuspokojuje také praksi. Osnově nezamlouval se také náhled, že vlastníkovi hypoteka zůstává a že může ji pro novou pohledávku nebo pro dluh pozemkový použiti. Dostávat hypoteka změnou pohledávky v podstatě jiný obsah, kterým zadním právům může způsobena býti újma.¹³⁾ Vlastník převádí ji sice na jiné, jako se zapsané pohledávky převádějí, ale jen s obsahem, jaký měla v jeho ruce, tedy jako dluh pozemkový, třeba by nominálně ještě zůstal hypotekou. Převodem nespojí se s ní žádná nová pohledávka.¹⁴⁾ Zaváže-li se vlastník při převodu hypoteky ku placení sumy při hypotece zapsané, přistupuje tato pohledávka ku hypotece, tato se však nestane jejím akcessoriem, nýbrž zůstane i dále samostatnou.¹⁵⁾

V mnohém i vlastníková hypoteka osnovy byla jen pokračováním pruské vlastníkové hypoteky. Tak zejména žádalo se pro vlastníkovou hypoteku, aby byla zaplacená platná pohledávka. Nebylo-li jí, nevzešla hypoteka a nemohla vlastníkem býti nabyta. Jen pozemková kniha je tu nesprávná a každý, kdo má na tom zájem, může žádati za její opravu.¹⁶⁾ Jako v pruské praxi měla se i podle osnovy nabytí hypoteka uspokojením věřitele. Motivy odmítly převod zápisem. Rozhodly se pro okamžik, kdy věřitel byl uspokojen, ať již byl vlastník zároveň dlužníkem, kde tedy podle motivů šlo o pravou vlastníkovou hypoteku,¹⁷⁾ anebo ať dlužníkem nebyl.¹⁸⁾ Nabytí toho děje se „Kraft des Gesetzes“,

¹³⁾ Motive, III, 728, 729.

¹⁴⁾ § 1100: Die Übertragung der Eigenthümerhypothek bestimmt sich nach den Vorschriften, nach welchen die Übertragung der eingetragenen Forderung sich bestimmte. Durch die Übertragung der Eigenthümerhypothek wird mit derselben eine neue Forderung nicht verbunden.

¹⁵⁾ Motive, III, 735.

¹⁶⁾ Motive, III, 726.

¹⁷⁾ Motive, III, 730: In dem geltenden Rechte überwiegt die Auffassung, dass es einer Abtretung der Hypothek an den Eigenthümer nicht bedarf, der Rechtsübergang vielmehr eine unmittelbare Folge der Befriedigung des Gläubigers ist. Diese Lösung gewährt den Vortheil, dass sie die Frage, wem das für den Gläubiger erledigte Recht in der Zeit bis zur Eintragung der Übertragung zustehen soll, abschneidet und, wenn der befriedigte Gläubiger in der Zwischenzeit zu Gunsten eines dritten verfügt, dem Eigenthümer den Anspruch auf Richtigstellung des Grundbuches wenigstens dann auch gegen den Dritten giebt, wenn dieser vor seiner Eintragung Kenntnis von der Befriedigung des bisherigen Gläubigers erlangt hat.

¹⁸⁾ Motive, III, 727; Wollte man den Übergang von einer Abtretung

tedy jakoby šlo ještě o pruskou cessi staré pohledávky. Je-li vlastník jako solidární dlužník jen k dílu pohledávky povinen, nabývá zaplacením celé pohledávky v příčině dlužného dílu jen hypoteky, v příčině ostatního dílu s hypotekou i pohledávky.¹⁹⁾ Hypoteky nabývá také vlastník, který neznámého věřitele, složiv valutu pohledávky k úřadu, veřejným vyzývacím řízením z hypo-

des befriedigten Gläubigers und also auch von der Eintragung in das Grundbuch abhängig machen, so würde dies allerdings mit den Vorschriften der §§ 1086 und 1087 über die rechtsgeschäftliche Übertragung in Einklang stehen. Aber der Eigenthümer würde dann durch die Befriedigung des Gläubigers auch nur den obligatorischen Anspruch gegen denselben erlangen, dass die Eintragung der Übertragung bewilligt werde, und dieser Anspruch könnte, wenn vor der Eintragung die Forderung von dem befriedigten Gläubiger oder im Wege der Zwangsvollstreckung gegen denselben auf einen Dritten übertragen würde, gegen den Dritten überhaupt nicht und, wenn inzwischen der befriedigte Gläubiger in Konkurs gerieth, gegen die Konkursgläubiger nur auf Entschädigung gerichtet werden. Dieses Ergebniss mag auch der Auffassung entsprechen, dass der Eigenthümer den Gläubiger befriedigt, um die Forderung zu erwerben. Der Billigkeit gegen den Eigenthümer aber entspricht es nicht. Das Gesetz könnte freilich dem Eigenthümer dadurch gerecht werden, dass es den Anspruch desselben auf Übertragung gegen den Dritten, wenn diesem die Befriedigung des Gläubigers bei der Erwerbung bekannt gewesen wäre, und auch gegen die Konkursgläubiger zuliesse. Allein eine solche Lösung wäre wenig angemessen, weil sie nicht blos höchst umständlich sein, sondern mit dem gegen Dritte und im Konkurse wirksamen Ansprüche zugleich eine dem Entwurfe sonst fremde Kategorie von Ansprüchen in das System des Sachenrechtes einführen und obendrein das in der Konk. O. § 2 ausgesprochene Prinzip der gleichmässigen Befriedigung der persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners verletzen würde. Wird dagegen mit dem § 1094 Abs. 4 vorgeschrieben, dass die Hypothekenforderung kraft des Gesetzes auf den Eigenthümer übertragen wird, so werden die gedachten Unzuträglichkeiten vermieden. Es bedarf dann keiner besonderen Vorschriften zum Schutze des Eigenthümers. Weigert sich der befriedigte Gläubiger, die Eintragung des Überganges zu bewilligen, so kann der Eigenthümer um sich gegen Verfügungen zu Gunsten Dritter zu sichern, eine Vormerkung gemäss § 844 in das Grundbuch eintragen lassen; der ihm im § 843 zustehende Anspruch auf Richtigstellung des Grundbuches findet im Falle des Konkurses in Gemässheit der Konk. O. § 35 zweifellos auch gegen die Konkursmasse statt. Der Übergang der Forderung kraft des Gesetzes entspricht überdies der Regelung des analogen Verhältnisses der Bürgschaft in dem § 676 des Entwurfes. Dass er zugleich die Übertragung der Hypothek auf den Eigenthümer vermitteln muss, ist eine nicht abzuweisende Konsequenz des Grundgesetzes, welcher in dem § 1086 zur Anerkennung gelangt ist.

¹⁹⁾ Motive, III, 730.

teky vyloučí.²⁰⁾ Po 30 letech došlo se však vylučovacím rozsudkem při zaniklé pohledávce proti neznámému věřiteli toliko výmaz pohledávky. Hypoteka se nezíská.²¹⁾

Z pruského práva vzata též jednota vlastnickovy hypoteky simultánní. Vlastník, který pohledávku zaplatí, nabývá hypoteky na všech spoluzavazaných objektech.²²⁾

Osnova rozřešila pochybnosti pruského práva²³⁾ o pořadu vlastnickovy hypoteky s hypotekou za nezaplacenou část pohledávky. Vlastnickova hypoteka nemůže být vykonána na její úkor a má pořad až za ní.²⁴⁾ Osnova nemohla ponechat volnému počínu věřitele, aby si přednost nezaplaceného zbytku vyhradil, ježto převod pohledávky provádí se bez jeho vůle.²⁵⁾

Pozemková kniha, když vlastník uspokojením věřitele hypoteky nabyl, musí být opravena. Za tím účelem musí věřitel vydati vlastníkovi všechny k tomu potřebné listiny.²⁶⁾

Z pruského práva přešel do osnovy také obsah vlastnickovy hypoteky. Vlastník může ji likvidovat při dražebním řízení a nucené správě. Sám však ani dražbu, ani nucenou správu pro svou hypoteku nemůže zahájit.²⁷⁾ Původní pohledávka, třeba zanikla, radikuje na vlastnickou hypoteku i své úroky i způsob placení úroků a kapitálu. Úroky podle motivů může vlastník teprve žádat, když se mu nucenou správou užívání pozemků odejme.²⁸⁾ Původní pohledávka i potud vtiskuje vlastnickové hypotece svůj charakter, že nerozšiřuje ji i na zadržené úroky a útraty, jimiž se pohledávka vymáhala.²⁹⁾

²⁰⁾ § 1104, Motive, III, 740 a násl.

²¹⁾ § 1103, Motive, III, 738 a násl.

²²⁾ § 1094 v pozn. 8.

²³⁾ Meibom, VIII/2, 296.

²⁴⁾ § 1095: Wird der Gläubiger von dem Eigenthümer nur wegen eines Theiles der Forderung befriedigt, so finden in Ansehung dieses Theiles die Vorschriften des § 1094 mit der Massgabe Anwendung, dass der Eigenthümer die Übertragung nicht zum Nachtheil des Gläubigers geltend machen kann, insbesondere dem Gläubiger in Ansehung des anderen Theiles der Vorrang zusteht.

²⁵⁾ Motive, III, 730.

²⁶⁾ § 1096, Motive, III, 731.

²⁷⁾ §§ 1098, 1099, 1076.

²⁸⁾ §§ 1098, 1099, Motive, III, 734. Viz pro pruské právo Meibom, VIII/2 290.

²⁹⁾ § 1101, 1090, 1066, Motive, III, 736.

I při principu pevných míst zůstala osnova na pruském stanovisku. Na místo jednou vymazané nemůže žádná nová hypoteka být zapsána.³⁰⁾ Osnova nepřijala teorie hodnot, některými právníky hájené. Hodnota různě zavazeneho pozemku není rozdělena na dílce, jež zánikem pohledávky vyprošťují se z hypoteky a připadají ku nové dispozici vlastnickově. Podle osnovy je věc ve své totalitě se všemi svými díly postižena. Hypoteka přední staví hypoteku zadní, aby plně mohla se rozvinouti. Zanikne-li přední hypoteka, pomíjí toto stavení a zadní hypoteka nabývá lepšího pořadu, postupuje do předu. Pro osnovu nebylo důvodu, aby šla dále, než co jí škýtá vlastnickova hypoteka. Z té příčiny nepřijala také výhrady místa.³¹⁾

§ 6. Právnícké sjezdy a literatura.

Dvacátý právnícký sjezd německý r. 1889 ve Strassburku zabýval se osnovou. Klád si otázku, zda je podržeti všechny druhy práva zástavního, které osnova zavést zamýšlí. Ke sjezdu došlo dobrozdání od justičního rady M. Levyho.³²⁾ Vyslovilo se pro dva druhy práva zástavního: listovní hypoteku jako čistě věcnou peněžní pohledávku spolu s vlastnickovou hypotekou a zjišťovací hypoteku bez hypotečního listu jako accessorium peněžní pohledávky osobní. Osnova, jak uvedeno, označuje vlastnickovou hypotekou jen ty případy zániku pohledávky zaplacením nebo konfuzí, kde vlastník byl osobním dlužníkem. Levy doporučuje toto jméno pro všechny případy, jak je to v Prusku obvyklo. Na základě své 25-leté praxe odporuje i námitkám z kruhu právních zástupců. Kde existuje, osvědčila se vlastnicková hypoteka a přešla z pruského práva do mnohých práv partikulárních.³³⁾ Na sjezdu vystupuje Dernburg jako referent pro jednotnou hypoteku. Nechtě dá se jí, co je na pozemkovém dluhu dobrého a zhostí se z ní, co jí činí těžkopádnou. Nechtě zavede se hypoteka listovní. Vlastnickově hypotece odporují jen předsudky, které vycházejí z římského práva. Referent diví se, že osnova nepřipouští vlastnickovy hypoteky i při zjišťovací hypotece.³⁴⁾ Někteří

³⁰⁾ § 1102.

³¹⁾ Motive, III, 736 a násl. Viz též tamže str. 204.

³²⁾ Verhandlungen des zwanzigsten deutschen Juristentages, Berlin 1889, III, 261 a násl.

³³⁾ L. c. 270.

³⁴⁾ L. c. IV, 239 a násl.

ze sjezdových řečníků vyslovili se na to pro osnovu, někteří pro podržení hypoteky knihovní.³⁵⁾ Poněvadž nezbyvalo dosti času, aby věc byla všestranně uvážena, odročena byla ku příštímu právníckému sjezdu.³⁶⁾ Byl to až sjezd 22. K otázce reformy hypotekárního práva došla k němu dvě dobrozdání prof. Dra. Frant. Kleina z Vídně³⁷⁾ a říš. soudního rady z Lipska.³⁸⁾ První z nich vyslovil se pro knihovní, druhý pro listovní hypoteku. Na sjezdu jednáno o reformě v obšírných debatách.³⁹⁾ Gierkem navržena ještě nová forma „dluh důchodový (Rentenschuld)“.⁴⁰⁾ I na stinné stránky navrhovaných forem ukazováno. Dluh pozemkový skrývá svůj materiální základ. Je zejména venkovskému obyvatelstvu nebezpečný. Podvod lze stíhati žalobou až příliš pozdě. Její výsledek rovná se začasto milosti, která dojde odsouzeného až po popravě. Pozemkového dluhu používalo se i v Prusku málo, skoro výhradně jen pro veliké místní operace. Při něm a při listovní hypotece překládá se princip publicity z pozemkové knihy do listu. Ne z pozemkové knihy, jen z listu seznává se, kdo je věřitelem. Nezná ho často ani dlužník, aby mu mohl platiti úroky, ani exekuční soudce, aby mu mohl exekuční usnesení doručiti. Bez listu nelze pohledávku převésti, zastaviti a vymazati.⁴¹⁾ Předpisy osnovy o vlastníkové hypotece nezdály se býti dosti široké. Žádalo se, aby vlastník i v jiných případech, než jak osnova navrhovala mohl ji disponovati, tak při výmince a kauční hypotece. Vlastníkovi má býti povoleno, aby hned při prvním zápisu jako dluh pozemkový mohl si ji zříditi.⁴²⁾ Byla by tím sice třeba zápůjčka u prvního držitele fingována, ale ku žádné přece škodě. Fingovaná zápůjčka stala by se v druhé ruce zápůjčkou skutečnou.⁴³⁾ Zatím přijata byla již osnova v druhém čtení. To snad mělo i vliv na jednání sjezdu.⁴⁴⁾

³⁵⁾ L. c. 269 a násl.

³⁶⁾ L. c. 277.

³⁷⁾ Verhandlungen des zweiundzwanzigsten deutschen Juristentages, Berlin 1892, I, 431.

³⁸⁾ L. c. 491.

³⁹⁾ L. c., IV, 22—55.

⁴⁰⁾ L. c., IV, 30.

⁴¹⁾ L. c., IV, 40.

⁴²⁾ L. c., 48.

⁴³⁾ L. c., 51.

⁴⁴⁾ L. c., 28.

Přijal většinou hlasů formy osnovy, připojiv k nim dluh důchodový.⁴⁵⁾

Osnova byla přetřásána také v literatuře. Vlastníková hypoteka označovala se jako institut plný právních nesnází. Rozsudky, které o ní vycházejí, náležejí k nejneutěšenějším zjevům právníckým. Navrhovalo se, aby se obmezila jen na případy, kde ji římské právo připouštělo, ale ani v plném toho rozsahu. Vlastník měl mít právo na zaplacený obnos předchozí pohledávky, nebyl-li zadním věřitelům osobně zavázán, a to platiti mělo i pro konfusi.⁴⁶⁾ Z advokátního stavu označovala se vlastníková hypoteka jako právnícký „nonsens“. Je v nesmířitelném sporu s hypotekou, odporem sobě samé, na výsměch každému vřadění v nějaký druhový pojem. Není žádné platební povinnosti vůči sobě samému a žádného zpeněžení věci vůči sobě. Zákonodárce může sice důsledek práva zlomiti, má však hranici, kterou mu logika předepisuje. Nemůže naříditi, co je logicky nemožno. Ještě více než vlastníková hypoteka je pojmově nemožný i její bratr, vlastníkův dluh pozemkový. Je nemožné, aby někdo byl povinen, by sám sobě platil. V stejném dechu, v němž tyto výtky se pronášely, navrhovalo se však, aby zákonodárce pozitivním předpisem vzestup zadních věřitelů zabránil. Zadní hypoteky skytly by pak pouze nárok na podíl dražebního výtěžku, který není předními hypotekami vyčerpán. Vymazané místo zůstalo by pro nové obtížení volné.⁴⁷⁾ Právě z důvodu vlastníkové hypoteky doporučovala se osnovou odmítnutá výhrada míst. Vždyť vlastníková hypoteka, ukazovalo se, není nic jiného než uměle zakuklená tato výhrada. Všechny důvody, kterými motivy podpirají vlastníkovu hypoteku, jsou důvody pro výhradu místa. Hypoteka jako věcné obtížení pozemku ve prospěch vlastníka, je přece jenom pouhá fikce. Co ve skutečnosti trvá, jest jen objektivní kvalifikace nemovitostního jmění, z něhož díl určitého pořadí se pro případ, bude-li zástava zpeněžena, vylučuje a disposici vlastníkově zachovává. Je-li vlastníková hypoteka něčím více než technická forma zachovaného otevřeného místa (Offenhaltung der

⁴⁵⁾ L. c., 55.

⁴⁶⁾ AbR (Archiv f. bürgerl. Recht) 1889, II. O. B ä h r, Ein weiterer Beitrag zum bürgerl. Gesetzbuch, 161, 167—170.

⁴⁷⁾ AbR, 1891, H. Staub, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, 45 a násl.

Stelle), pak je výtvarcem, který odporuje sám sobě. Neporušitelnost dogmatu zdá se býti sice zachována, ale jurisprudencí nutí ku lživým konstrukcím. Jednodušší a rozumnější byl by právní řád, který by vyslovil, že po zániku věcného až do definitivního výmazu v knize pozemkové zůstává uvolněné místo vlastníku otevřeno a že může je zase zadlužit. Jako zvláštní forma, kterou se právo na určitém místě zachovává, může se vždy ještě vlastníková hypoteka připustiti. Třeba však vysvětliti, že spočívá na onom všeobecném principu. Ukáže-li se, že princip tento nedá se srovnati s ostatními principy, třeba od nich upustiti. Zákoník, který je pro staletí určen, nemá za úkol, aby se křečovitě „dosavadních“ školních pojmů držel a povstalé díry systému příštípkařsky vyspravoval. Myšlenku právního vývoje má rozvinouti volně a samostatně. Institut výhrady míst není, jak motivy se domnívají, zbytečný. Vyzývacím řízením může vlastník podle § 1104 pohledávku po 30 letech jen vymazati, nikoli však jí nabýti. Místa jejího může nabýti toliko tehdy, tvrdí-li, že pohledávka existuje. Tu třeba její valutu složit k úřadu.⁴⁸⁾

Proti hlasům, které odporovaly vlastníkově hypotece, byly hlasy, které ji obhajovaly a také dluh pozemkový, jenž z ní vyšel.⁴⁹⁾ Uvádělo se, že v severoněmeckém hypotečním právu nelze ji postrádati. Zákonodárství vykazalo jí ve svých zákonech místo, třeba by konstrukce její byla těžká. Dluh pozemkový provádí jen důsledek právní myšlenky, kterou vlastníková hypoteka vyjadřuje: již od prvopočátku lze pozemek obtížiti, aniž by tu bylo nějakého vztahu k osobní pohledávce.⁵⁰⁾

Kruhy agrární se proti vlastníkově a dluhu pozemkovému vyslovily. Nové formy hypotekárního úvěru nemají se zaváděti.⁵¹⁾ Za to pozvedly svůj hlas pro dluh důchodový, který také teorie odporučovala.⁵²⁾ Pruské zákonodárství zavádělo tehdy právě

⁴⁸⁾ Schollers Jahrbuch, 13 (1899), Otto G i e r k e, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches und das deutsche Recht, 745 a násl.

⁴⁹⁾ Beiträge zur Erläuterung u. Beurtheilung des Entwurfes eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 14., Dr. Johannes K r e c h. Die Rechte an Grundstücken, 112.

⁵⁰⁾ L. c., 115.

⁵¹⁾ L. c., 115.

⁵²⁾ Schollers Jahrbuch, 13 (1889) 18, G i e r k e, Der Entwurf, 15 (1891); 817, K l e m m, Die Rentenhypothek, AbR, 13 (1897) Brettner, Die Renten-

rentové statky v západních Prusech a v Poznaňsku z protipolských snah hakatistických.⁵³⁾

§ 7. Dokonané dílo v občanském zákoníku.

Dne 4. prosince 1899 usnesla se německá spolková rada, aby se osnova německého občanského zákoníka podrobila druhému čtení a aby za tím účelem nová komise byla zřízena. Komise tato sestávající z právníků a zástupců různých hospodářských zájmů, skončila r. 1895 svůj úkol.⁵⁴⁾ Ovoceem jeho byla osnova II. čtení.⁵⁵⁾ Říšský kancléř předložil tuto osnovu spolkové radě, která odkázala ji justičnímu výboru. Na návrh jeho byla osnova r. 1896 spolkovou radou schválena a říšskému sněmu spolu se zvláštním pamětním spisem říšských justičních úřadů předložena. Říšský sněm přikázal ji zvláštní komisi a po jejích opravách ukončil její čtení 1. ledna 1896. Když byla dne 14. července dala spolková rada usnesenému zákoníku své svolení, byl dne 24. srpna 1896 v říšském zákoníku publikován.⁵⁶⁾

Vlastníková hypoteka, jak upravena byla osnovou druhého čtení, tak přešla do osnovy, která říšskému sněmu byla předložena a tak také do občanského německého zákoníku. Totéž platí o formách práva zástavního. Jsou to hypoteka, dluh pozemkový a rentový. Při všech vydává se list, jehož odevzdání právo z nich se nabývá.⁵⁷⁾ Při všech může se vydání jeho vyloučiti. Z hypoteky listovní stane se tím hypoteka knihovní.⁵⁸⁾ Jako zvláštní druh hypoteky přijata přísně akcesorická hypoteka zjišťovací (Sicherungshypothek) pro papíry na řád a papíry majitelů svědčící, pro nejvyšší obnosy (Höchst-, Maximal-, Ultimat-schuld im B. G. B. und in seinen Nebengesetzen, 308, Georg J o h l, Die Rentenschuld nach dem bürgerl. Gesetzbuch. (Inaug.-Diss., Univ. Greifswald, 9 a násl.

⁵³⁾ Schollers Jahrbuch, 15, 821.

⁵⁴⁾ Denkschrift zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches. Berlin 1890, 2, R e a t z, Die zweite Lesung des Entwurfes eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, I, Berlin 1894, V.

⁵⁵⁾ R e a t z, l. c., viz též Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Beilageheft, 1892, 1893, 1894, 1895.

⁵⁶⁾ P l a n c k s Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch, I, Berlin 1913, XXXIV a násl.

⁵⁷⁾ § 1026 o. II (= osnovy II. čtení) = § 1100 oř (= osnovy předložené říšsk. sněmu) = § 1117 noz (= něm. obč. zákoníku).

⁵⁸⁾ 1025 o. II = 1099 oř = 1116 noz.

hypotek), ku provedení exekuce a obstarávk. Při ní se list nevydává.⁵⁹⁾ Při ní princip důvěry nebo veřejné víry neúčinkuje. Vše řídí a určuje se pouze podle pohledávky.⁶⁰⁾

Dluh pozemkový, který z vlastnickovy hypoteky vyšel, vzal ji nyní na svá bedra. Nemá žádného zjevného vztahu ku nějaké pohledávce. Je pouze reální zavazení pozemku, které vlastník kdykoli sám může způsobiti. Na něho může hned z počátku dluh pozemkový býti zapsán⁶¹⁾ a s jiného oprávněného na něho zase spadnouti. Poněvadž dluh pozemkový přece jen pojmově má býti dluhem kohosi jiného než vlastníka, je spojení jeho s vlastníkem stav mimořádný, a teorie označuje na způsob vlastnickovy hypoteky i dluh pozemkový jako pozemkový dluh vlastníkův (Eigentümergrundschuld).⁶²⁾ Dluh pozemkový měl býti důsledně při úpravě hypotekárního práva východiskem. Měl mu státi v čele. Pro význam, jaký dosavad měla akcesorická hypoteka, dostala se v čelo tato. Předpisy, které o ní platí, zejména také všechny předpisy o vlastnickově hypotece, platí také o dluhu pozemkovém.⁶³⁾ Dluh pozemkový je povahou svou roveň dluhu rentovému. U prvního je plnění jediné, u druhého se plnění opakuje. V bezprostřední souvislosti dluhu pozemkového jedná proto něm. obč. zákoník také o dluhu rentovém. Při něm musí býti uvedena suma výplaty (Ablösungssumme).⁶⁴⁾ Výplata tato jest pouze vlast-

⁵⁹⁾ §§ 1184—1190, D e r n b u r g, III, 703 a násl.

⁶⁰⁾ ABR, 1906, 2, Anton K o b a n, Das Vertrauensprinzip bei der Amortisationshypothek.

⁶¹⁾ § 1196: Eine Grundschuld kann auch für den Eigenthümer bestellt werden. Zu der Bestellung ist die Erklärung des Eigenthümers gegenüber dem Grundbuchamte, dass die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, und die Eintragung erforderlich; die Vorschrift des § 878 findet Anwendung.

⁶²⁾ E n d e m a n n, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II/1, Berlin 1900, 527.

⁶³⁾ § 1192: Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, dass die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt.

⁶⁴⁾ § 1199: Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, dass in regelmässig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist. (Rentenschuld). Bei der Bestellung der Rentenschuld muss der Betrag bestimmt werden, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann. Die Ablösungssumme muss im Grundbuch angegeben werden.

níkovi volna.⁶⁵⁾ Výplatou touto povstane vlastníkův dluh rentový (Eigentümerrentenschuld).⁶⁶⁾

Dluhem pozemkovým je i vlastnickova hypoteka bez osobní pohledávky.⁶⁷⁾ Jako to bylo dříve v právu pruském při osobní pohledávce, která se i se svým právním důvodem na hypoteku radikovala, byl nyní radikován na vlastnickovu hypoteku i způsob placení, míra úroková, výpověď, čas a místo platební z akcesorické hypoteky.⁶⁸⁾

Vydání německého občanského zákoníka musilo míti v zápětí změnu mnohých předpisů procesních a exekučních. Z porad o nich vyšla novela ze dne 17. května 1898.⁶⁹⁾ Vzhledem ku § 1163 n. z. o. připojen k právnímu řádu nový § 868. Zruší-li se rozhodnutí, jež se má vykonati, nebo prohlásí-li se exekuce za nepřijatelnou anebo zastaví-li se, nabývá hypoteky vlastník.⁷⁰⁾ Totéž platí i při zrušených aktech exekuce stavné (Arrest).⁷¹⁾

Teorie a praxe vyvíjejí na předpisech něm. obč. zákoníka vlastnickovu hypoteku dále.

Vlastnickova hypoteka v širším smyslu může se vyskytovat i při hypotece, dluhu pozemkovém a rentovém. Jak již uvedeno, vyšel při ní zákon z akcesorické hypoteky. Ta, jsouc v knize

⁶⁵⁾ § 1201.

⁶⁶⁾ 1200 2. odst.: Die Zahlung der Ablösungssumme an den Gläubiger hat die gleiche Wirkung wie die Zahlung des Kapitals einer Grundschuld. Viz též Georg J o h l, Die Rentenschuld nach d. deutschen Bürgergesetzbuch. Inaug. Diss. Greifswald 1902, 59.

⁶⁷⁾ § 1177. Viz níže pozn. 101.

⁶⁸⁾ BGB (Das bürgerl. Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichtes erläutert von . . . Reichsgerichtsräten) § 1163/3, § 1177.

⁶⁹⁾ G a u p p - S t e i n, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, Tübingen u. Leipzig 1901, I, 12 a násl., G r o t e f e n d, Das gesammte preussisch-deutsche Gesetzgebungs-Material, 1898, 202 a násl.

⁷⁰⁾ § 868: Wird durch eine vollstreckbare Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben oder die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet, so erwirbt der Eigenthümer des Grundstücks die Hypothek. Das Gleiche gilt, wenn durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmassregeln angeordnet wird oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt. G a u p p - S t e i n, II, 671.

⁷¹⁾ G a u p p - S t e i n, II, 777, § 932 n. s. ř.

pozemkové zapsána, jest jejím základem.⁷²⁾ Pozemkový nebo rentový dluh, zapsaný hned z prvopočátku na vlastníka, měl by tu ukazovati cestu. Měl by stačiti pouhý zápis hypoteky, který stal se s vůlí vlastníka. Praxe však lpí na slově zákona. Žádá podle §§ 873 a 1113 něm. obč. z., aby zápis byl pravoplatně sjednán mezi vlastníkem a věřitelem. I považuje hypoteku za neplatnou a odporovatelnou třeba jen z vady, která byla pouze na straně věřitele, na př. pro jeho nezpůsobilost k právnímu jednání, pro omyl a podvod.⁷³⁾ Neplatná hypoteka, na př. zřízená plnomocníkem šileného, stane se platnou teprve důvěrou v pozemkové knihy a může pak v dalším důsledku vésti ku vlastníkově hypotece.⁷⁴⁾ V souvislosti s pruskou praxí a také teorií musí stačiti i záznam (Vormerkung) dle § 883 n. o. z., aby se hypoteka založila.⁷⁵⁾ Považuje-li se však německý záznam pouze za osobní nárok, aby se hypoteka zřídila, pak se jím hypoteka nenabývá a také ani vlastníková hypoteka.⁷⁶⁾ Způsobilým základem je také hypoteka zjišťovací v řízení exekucním a stavném, jestliže se akty zjišťovací, exekuce nebo obstarávka zruší, za nepřipustné prohlásí, zastaví nebo po složení jistoty odvrátí.⁷⁷⁾ Při zjišťovací hypotece pro papíry na řád a na maji-

⁷²⁾ B r u c k, 165.

⁷³⁾ BGB, Kommentar von Landgerichtsräten, I., § 1163/1 § 1177/1 DJZ, 1910, 120. Spruchsammlung, 247, § 1177. Jinak správně Gr. Beitr. 47, 328 Oberneck. V každém úvěrním zavazení pozemku dává vlastník na jevo svou vůli, že chce položku eventuelně jako svou hypoteku nabýti. Viz též Dr. Curt Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs, 1899, 81 dle recense Paula Oertmanna v ABR, XVIII (1900), 391. Dr. Carl Crome, System des deutschen Bürgerl. Rechts, III, Tübingen 1905, 740 nechává sanovati neplatné právo zástavní souhlasným míněním stran při pozdějším zastavování, že místo, neplatným zástavním právem zaujaté, je obsazeno. Obsazení působí proti nim jako výhrada pořadu. Důmyslně rozhoduje spor Dr. Otto Schreiber, Schuld und Haftung als Begriffe der pfandrechtlichen Dogmatik. I, Leipzig 1914, 335. Vlastník měl úmysl učiniti o svém reálném úvěru disposici. Tak, jak to zamýšlel, jest však dispositio jeho neplatna. Poněvadž je zde však návrh a zápis, musí dispositio jako vlastníkův dluh pozemkový býti zachována.

⁷⁴⁾ ERC, 69, 268 (1908).

⁷⁵⁾ AbR, 28 (1904), W. Othmer, Bemerkungen zu §§ 883, 886, 887, 1163 BGB, 169 a násl. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, 196, B r u c k, 170 a násl. Jinak Gr. Beitr. 47, 324, Oberneck.

⁷⁶⁾ BGB, § 883/3, ABR, XXII (1903), Dr. Oskar Priester, Die alte und die neue Vormerkung, 180/16.

⁷⁷⁾ BGB, § 1163/1, G a u p p - S t e i n, Die Civilprozessordnung für das

tele jenom tehdy, pokud je papír v rukou vlastníka hypoteky anebo do jeho ruky se vrátí anebo zničí anebo za neúčinný prohlásí.⁷⁸⁾ Při zjišťovací hypotece za nejvyšší obnos podle teorie ihned, nezmaří-li jí vznik pohledávky, podle praxe je-li jisto, že z poměru mezi stranami věřitele již žádná pohledávka nevzejde.⁷⁹⁾ Základem pro vlastníkovu hypoteku může býti také hypoteka simultánní (Gesamthypothek), o níž platí zvláštní předpisy.⁸⁰⁾ Též amortisační, pokud ji statuty hypotečních ústavů neobmezují (čl. 167 uvoz. z. k obč. zák.).⁸¹⁾ Nezpůsobilá je však hypoteka za zadrželé platy, úroky a útraty, které kauční hypotekou se zjišťují.⁸²⁾

Důvodem vzniku vlastníkovy hypoteky je volnost hypoteky, je-li prosta všeho svazku s pohledávkou. Je to, buď že se vůbec do tohoto svazku nedostala nebo z něho vyšla. V obou skupinách jsou zase možny dva případy. Pohledávka existuje nebo vůbec ještě ani neexistuje. Podle § 1117 n. o. z. nabývá věřitel hypoteky teprve tehdy, až se mu vydá list hypoteční. Pokud má vlastník list tento ve svých rukou, nevstupuje hypoteka ve svazek s pohledávkou, nýbrž náleží vlastníkově.⁸³⁾ Pohledávka však již existuje. Hypoteka nedostane se dále do svazku s pohledávkou, poněvadž tato pohledávka ještě neexistuje. Případy tyto mohou býti různé. Valuta při zápůjčce se nevyplatila, odkládací výminka nesplnila, právní jednání bylo neplatné nebo bylo odporem zvrženo. Jak výše již uvedeno, táhne praxe někdy tyto účinky na samu hypoteku.⁸⁴⁾ I hypoteka podle dřívějšího práva neplatná, ku př. nevaluovaná hypoteka pruská, stala se podle čl. 192 civ.

Deutsche Reich, II, 671 a násl., § 868 civ. ř. soud. 777, § 932, B r u c k, 178. Zápis ovšem nesmí býti zmatečný, viz Friedrich S t e i n, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, II, 1913, 753. Takový jest exekucní neb stavný zápis po vyhlášení konkursu, JDR (Jahrbuch f. d. R.), 12, 306.

⁷⁸⁾ B r u c k, 179.

⁷⁹⁾ BGB, § 1163/1, JDR, 11, 393.

⁸⁰⁾ BGB, § 1163/1 §§ 1172—1175.

⁸¹⁾ BGB, § 1163 odst. 2, JDR, 11, 381, 382.

⁸²⁾ BGB, § 1163/1, B r u c k, 184.

⁸³⁾ Gruchot, Beitr., 50 (1906), Oberneck, Die Pfändung der Eigentümerhypothek, praví tu pro první případ, že věřitelova hypoteka materiálně (materielle Gläubigerhypothek) nepovstala (§ 1163: Die Hypothek steht dem Eigentümer zu), pro druhý případ, že věřitelova pohledávka materiálně povstala, ale není vymazána. (Der Eigentümer erwirbt die Hypothek).

⁸⁴⁾ BGB, § 1163/2, DJZ, 1904, 29, KG (Kammergericht). 14/12 1993.

zák. hypotekou vlastníkovou.⁸⁵⁾ Z povahy věci plyne, že při pohledávkách, které vznikají teprve v budoucnosti, povstane jakýsi neurčitý stav, který rozhodne buď dispozice vlastníkovou nebo dodatečný vznik pohledávky na př. při zápůjčce, vyplatí-li se valuta.⁸⁶⁾ Jakousi vlastníkovou hypotekou je také výhrada pořadí dle § 881 n. o. z. pro právo určitého objemu, zavazuje-li se pozemek právem jiným. Vyhrazeným pořadím obmezuje se však pouze zapisované právo, poněvadž musí ustoupiti právu vyhrazenému. Vyhrazeným pořadím nevznikne žádné pevné místo. Vsune-li se proto mezi právo obmezené a právo s vyhrazeným pořadím jiná závada, pozbude vyhrazené pořadí svého účinku.⁸⁷⁾ Není-li bezúčinné, přechází na nového nabyvatele nemovitosti, také na vydražitele. Vlastník sám v dražebním rozvrhu likvidovati je nemůže.⁸⁸⁾

I v druhé skupině může se hypoteka uvolniti, i když pohledávka existuje nebo neexistuje. Za trvání pohledávky uvolňuje se hypoteka tím, vzdá-li se věřitel hypoteky. Vzdání toto může být dobrovolné⁸⁹⁾ anebo nedobrovolné.⁹⁰⁾ Vzdání je vázáno na určitou formu. Musí se státi buď vůči vlastníkovu nebo knihovnímu úřadu a musí se zapsati do pozemkových knih.⁹¹⁾ Na věřiteli může se však také žádati, aby se hypoteky vzdal, převezme-li

⁸⁵⁾ ERC, 50, 80 (1902), 52, 103 (1902) 55, 219 (1903) nevyčerpaná saská nominální hypoteka, DJZ, VI, 213 (1900), RGC, 52, 116 (1902) odmítá to při nevyčerpané saské kauční hypotece, poněvadž prý je pouze zdánlivé právo (Scheinrecht). RGC 54. 83 (1903) při pruské hypotece v odpor vzaté pro omyl a podvod.

⁸⁶⁾ DGB, § 1163/4.

⁸⁷⁾ Planck, III, 93. § 887, Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II/1, § 43

⁸⁸⁾ Gr. Beitr., 47, 326, Oberneck.

⁸⁹⁾ § 1168: Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigentümer. Der Verzicht ist dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber zu erklären und bedarf der Eintragung in das Grundbuch. Viz též BGB, § 1168.

⁹⁰⁾ § 1169: Steht dem Eigentümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, so kann er verlangen, dass der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Viz BGB § 1169 případy, kdy se to vyskytuje. Srov. dále Bruck, 188 a násl. ABR 1900, 192 a násl. Dr. F. Rathenau, Der Übergang der Kautions-(Ultimat)-Hypothek nach BGB § 1190.

⁹¹⁾ Bruck, 185 a násl.

dluh, hypotekou zjištěný, osoba třetí bez vlastníkovou souhlasu,⁹²⁾ anebo svolí-li věřitel, aby jeho hypoteka na pohledávku jiného věřitele byla převedena, tato nová pohledávka však nevznikne.⁹³⁾ Vzdá-li se věřitel svého práva až po dražbě, nevznikne vlastníkovou hypoteka.⁹⁴⁾

Hypoteka se dále uvolní, zbaví-li se dlužník pohledávky všemi těmi způsoby, kterými pohledávky zanikají, jako zaplacením, dáním na místě placení, veřejným složením, kompensací, prominutím, vyloučením neznámého věřitele vyzývacím řízením, rozvazovací výminkou, doložením času a konfusi.⁹⁵⁾ O uvolnění hypoteky nemůže být řeči, činí-li k pohledávce ještě cizí osoby nějaké nároky, na př. přihlásí-li se na vyzývací řízení, jímž má být věřitel vyloučen, ještě některé osoby jako dědicové a věřitelé.⁹⁶⁾ Na paměti mítí sluší, že placení jiného osobního dlužníka než vlastníka, prospívá tomuto dlužníkovi a na něho přechází i hypoteka, může-li se pro své placení na vlastníkovu náhrady dožadovati.⁹⁷⁾ Jinak však i placením třetí osoby pohledávka zaniká a hypoteka vlastníkovu připadá.⁹⁸⁾ Uvolnění hypoteky za existence pohledávky i bez této existence může se vyskytnouti i v řízení exekučním a stavném.

Placení vlastníkem, konfuse v jeho osobě a jiné zapravení vede k jeho hypotece jenom tehdy, je-li sám osobním dlužníkem. Jenom tyto případy zahrnuje něm. obč. zákonník pod pojem vlastníkovy hypoteky. Po pruském vzoru a také podle vzoru osnovy prvního čtení nespadá pod tento pojem, kdy vlastník platí či jiným způsobem zapraví nebo konfusi ve svém vlastnictví a věřitelství spojí dluh, nejsa osobním dlužníkem. Jak výše uvedeno⁹⁹⁾, kladla to osnova do takového kontrastu proti sobě, že nemohlo býti nejasno, že případy tyto pod pojem

⁹²⁾ § 418 n. z. o. Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II/1, Marburg 1913, 515, Bruck, 188.

⁹³⁾ BGB § 1180/1.

⁹⁴⁾ ERC 55, 264 (1903) Věřitel byl spokojen z dražebního řízení simultánně zavazovaných nemovitostí ve Švýcarech.

⁹⁵⁾ BGB § 1163/5. Viz §§ 158, 163, 362, 364, 378, 389, 397, 1171, 1188. 1195 n. z. o. Wolff, 515, Bruck, 190 a násl.

⁹⁶⁾ ERC 67, 95 (1907).

⁹⁷⁾ § 1164 n. z. o. Wolff, 515.

⁹⁸⁾ BGB § 1143/3.

⁹⁹⁾ Viz pozn. 8.

vlastníkovy hypoteky nepočítá. Stejně také něm. obč. zákoník jedná o placení tohoto druhu pohledávek na jiném místě¹⁰⁰⁾ a také při konfusi případy tyto výslovně od sebe rozlišuje.¹⁰¹⁾ Než třeba by hypoteka tohoto posledního druhu byla jiná než vlastníková hypoteka svrchu uvedená, vlastníkovou hypotekou je také. Jeť na jeho vlastní věci. Teorie ji proto rovněž pod pojem vlastníkovy hypoteky zařazuje. Rozdíl obou ovšem pocituje a proto jim dává různá jména. Tak na př. „Eigentümerhypothek mit Forderung“ a „forderungslose Eigentümerhypothek“¹⁰²⁾ „forderungsbekleidete“ a „forderungsentkleidete Eigentümerhypothek“.¹⁰³⁾ Také se první chtěla zvatí „Hypothek des Eigentümers“ a druhá /na rozdíl od ní „Eigentümerhypothek“,¹⁰⁴⁾ nebo první „Eigentümerhypothek im weiteren“ a druhá „Eigentümerhypothek im engeren Sinne“¹⁰⁵⁾, první „Eigentümerhypothek“, druhá „Eigentümergrundschuld“,¹⁰⁶⁾ první „echte Eigentümerhypothek“ a druhá „verkappte Eigentümergrundschuld“¹⁰⁷⁾. I hypotece, z které obě tyto hypoteky povstaly, dává se jméno. Je jejich mateřskou hypotekou (Mutterhypothek).¹⁰⁸⁾ Hledíc ku stanovisku pruského práva, dle něhož se vlastníková hypoteka nabývala i s pohledáv-

¹⁰⁰⁾ § 1143: Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über . . .

¹⁰¹⁾ § 1177: Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne dass dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen massgebend. Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu, so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften.

¹⁰²⁾ Gr. Beit., 47, 314, Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis.

¹⁰³⁾ Dernburg, III, (1904) 647.

¹⁰⁴⁾ Gr. Beit. 47, 315, Bruck, 147, Kreck, Die Rechte an Grundstücken nach dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889, 134 a násl.

¹⁰⁵⁾ Dr. Ernst Erh. v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes, Jena 1899, 116, 117, Matthias, Lehrbuch des bürgerl. Rechtes, II, Berlin 1900, 172.

¹⁰⁶⁾ Wolff, 517.

¹⁰⁷⁾ Konrad Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechtes, II/1, Jena 1911, 284.

¹⁰⁸⁾ Kreck, 138.

kou, staly se i pruské vlastníkovy hypoteky dnem 1. ledna 1900 vlastníkovými hypotekami s pohledávkou.¹⁰⁹⁾

Vlastník může nabýti hypoteky částečně s pohledávkou a částečně bez pohledávky.¹¹⁰⁾ Může jí také částečně nabýti vedle dosavadního věřitele, nikoli však na úkor jeho pořadu.¹¹¹⁾ Přední pořad zůstává věřiteli i když vlastníková hypoteka dispozicí vlastníkovou do rukou třetích osob přejde.¹¹²⁾

Při simultánní hypotece je lišiti, zda simultánně zavazeny pozemek náleží jednomu vlastníkovu nebo více vlastníkům. Příklad první řeší se dle shora uvedených zásad, rozeznávajíc při tom, zda je vlastník dlužníkem osobním či jím není.¹¹³⁾ V druhém případě třeba zase lišiti nejprve skupinu, kde hypoteka je volna, nedostavši se do svazku s pohledávkou a dále, kde z tohoto svazku vyšla. V této poslední skupině různí se zase případy, kde hypoteka vychází ze svazku s pohledávkou právním jednáním jen jednoho z vlastníků, jichž pozemky jsou simultánně zavazeny nebo konfusi, která se jen v osobě tohoto jednoho vlastníka uskutečňuje. Takovéto právní jednání je na př. placení, dání na místě placení, složení dlužné sumy k úřadu, kompensace. V těchto posledních případech nabývá vlastník, jenž toto právní jednání předsevzme, nebo v jehož osobě se věřitelství a dlužnictví střetne, hypoteky pouze na svém vlastním pozemku. Hypoteka na pozemcích ostatních vlastníků zaniká. Má-li však nárok na náhradu od některého ze simultánních vlastníků nebo jeho předchůdce, do výše této náhrady zůstává mu simultánní hypoteka jak na jeho vlastním pozemku, tak na pozemku tohoto vlastníka. Ustanovení toto zahrnuje tedy i případy,

¹⁰⁹⁾ Gr. Beit., 47, 318, Oberneck.

¹¹⁰⁾ BGB § 1143/1.

¹¹¹⁾ § 1176: Liegen die Voraussetzungen der §§ 1163, 1164, 1168, 1172 bis 1175 nur in Ansehung eines Teilbetrages der Hypothek vor, so kann die auf Grund dieser Vorschriften dem Eigentümer oder einem der Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner zufallende Hypothek nicht zum Nachtheile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden. DJZ 1905, 884 vrch, s. z. v Drážďanech z 10./11. 1905.

¹¹²⁾ DJZ (Deutsche Juristenzeitung) 1905, Fuchs, Rangstellung der Eigentümer- und Gläubiger-Hypothek, § 1176 BGB 253; viz tamže 115 nesprávné mínění odchýlné.

¹¹³⁾ BGB § 1173/2, Bruck, 207.

kdy vlastník je spoludlužníkem (§ 426), i kdy jím není.¹¹⁴⁾ Zákon mluví zde o náhradním nároku (Ersatzanspruch), ale označení toto je jen zdánlivé, vskutku zůstává vlastníku původní pohledávka. Jeť vázána poutem simultánního zavazení i na pozemku vlastnickově a tím dokazuje svou totožnost. Čistě náhradním nárokem by byla, kdyby se byl vyprostil ze zavazení jeho pozemek. V této anomálii ožívá staré pruské právo, že i osobní dlužník nabývá svého dluhu, jako nabývá své pohledávky. Co přes tento domnělý náhradní nárok, simultánně zjištěný, přebývá, zůstává na vlastnickově pozemku jako jeho hypoteka, čili podle názoru zákona jako jeho dluh pozemkový.¹¹⁵⁾

Ve všech ostatních případech, kde nezanikne svazek hypoteky s pohledávkou právním jednáním jednoho z vlastníků nebo konfusí v jeho osobě, připadá hypoteka simultánní v š e m v l a s t n í k ů m simultánně zavazeneho pozemku s p o l e č n ě.¹¹⁶⁾ Vlastníci tvoří touto hypotekou společnost. Jednotlivý společník nemůže o svém podílu disponovati, jej prodávati, zavazovati, obsah jeho měniti, jeho se vzdávati a na nové pohledávky převáděti. Dotýkal by se tím práv ostatních. Takovéto dispozice mohou se díti jen všemi společně. Nesmluví-li se, může každý vlastník žádati, aby na jeho pozemku byla hypoteka omezena na dílčí obnos, který odpovídá poměru hodnoty jeho pozemku k hodnotě ostatních pozemků v čase vzniku simultánního pozemkového

¹¹⁴⁾ § 1173: Befriedigt der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird, oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers vereinigen. Kann der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen, so geht in der Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstück Gesamthypothek. BGB § 1173/6, Dr. B. Wolff, Das bürgerl. Gesetzbuch Hand-Kommentar. Halle a. S. 1908, § 1173.

¹¹⁵⁾ Stejně to plyne i z § 1182 n. z. o. Jinak B r u c k, 210 a násl., který tu zůstává při lišení, zda je vlastník osobním dlužníkem či není. V tomto posledním případě nabývá hypoteku s pohledávkou.

¹¹⁶⁾ Gr. Beit., - 46 (1902), 65 Dr. v. J a c u b e z k y, Der § 27 Abs. 1 BGB im Verhältnisse zu § 1182 Abs. 2 § 1175 Abs. 1 Satz-a BGB o vzdání se simultánní hypoteky.

dluhu, odpočítávajíc na těchto pozemcích závady předchozí.¹¹⁷⁾ Ze simultánního dluhu pozemkového stane se jeho rozdělením na jednotlivých pozemcích vlastníkův dluh pozemkový. Vystoupení jednoho simultánního vlastníka však nepředpokládá, že i ostatní ze společnosti vystoupí. S nimi může společnost dále pokračovati.¹¹⁸⁾ Byl-li simultánní dluh pozemkový dluhem listovním, zřídí se pro dílce zvláštní pozemkové dlužní listy. Simultánní dlužní list pozemkový se zničí.¹¹⁹⁾ Vlastníci mohou, když již jim hypoteka společně připadla, jiným způsobem, než jak zákon stanoví, simultánní dluh pozemkový mezi sebou rozdělit. Příští vlastníky to váže jen tehdy, bylo-li to v knize pozemkové zapsáno.¹²⁰⁾ Ujednání mezi simultánními vlastníky o rozdělení simultánního pozemkového dluhu dříve, než jim připadl, má jen účinky mezi nimi a nelze je žádným záznamem pojistiti.¹²¹⁾ Je-li některý ze simultánně zavazenech pozemků závadami přetížen, má teorie za to, že neoddrží dotyčný vlastník žádné vlastnickovy hypoteky.¹²²⁾ Tento náhled pokládáme za nesprávný. Rozdělení simultánní hypoteky mezi společníky není žádným rozvrhem exekučním. Třeba by toho času hypoteka neměla hodnoty, může ji míti následkem fluktuace hodnoty v budoucnosti. Na dotyčném předluženém pozemku jsou případně za simultánní hypotekou ještě nové závady, které by pak po odpadnutí hypoteky simul-

¹¹⁷⁾ § 1172: Eine Gesamthypothek steht in den Fällen des § 1163 den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. Jeder Eigentümer kann, sofern nicht ein anderes vereinbart ist, verlangen, dass die Hypothek an seinem Grundstück auf den Teilbetrag, der dem Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht, nach § 1182 Abs. 2 beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugeteilt wird. Der Wert wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesamthypothek im Range vorgehen. § 1175: Verzichtet der Gläubiger auf die Gesamthypothek, so fällt sie den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu; die Vorschriften des § 1172 Abs. 2 finden Anwendung. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek an einem der Grundstücke, so erlischt die Hypothek an diesem. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger nach § 1170 mit seinem Rechte ausgeschlossen wird. BGB § 1172/1, 4, 1175/1—4. B r u c k, 203.

¹¹⁸⁾ B r u c k, 204.

¹¹⁹⁾ BGB § 1172/2.

¹²⁰⁾ BGB § 1172/3. Může se tak státi dle § 873 a 879 n. z. o. B r u c k, 205 navrhuje pro to méně účinný § 1179 n. z. o.

¹²¹⁾ BGB § 1172/3.

¹²²⁾ BGB § 1163/6. Viz dále §§ 1172—1175 n. z. o.

tánní místo její zaujaly a za změněných hospodářských poměrů třeba zaplacení došly. Příklad prodlužených jedných aneb všech simultánně zavazovaných pozemků třeba řešiti jiným způsobem. Poměr pro toto řešení dává sám § 1172. Hodnoty jednotlivých pozemků tvoří zde čitatele, od nichž se závady odečítají. Při prodlužení pozemku jednoho nebo více pozemků musí tvořiti hodnoty čitatele, k nimž se závady, hodnotu převyšující, připočítávají. Za nezadlužený pozemek nastupuje pak jeho hodnota.

Vlastník, simultánní vlastník nebo simultánní vlastníci nabývají hypoteky po samém zákonu (Kraft des Gesetzes) okamžikem, kdy povstala hypoteka volná anebo kdy se ze svazku pohledávkou uvolnila. Je to okamžik, kdy zřízena byla hypoteka pro neplatnou pohledávku, kdy vlastníkovu při listovní hypotece hypoteční list byl odevzdán, kdy pohledávka právním jednáním vlastníka, konfusí, vzdáním se věřitele nebo jeho vyloučením ve vyzývacím řízení zanikla,¹²³⁾ při zrušení nebo zastavení exekuce, kdy rozhodnutí o tom bylo vydáno,¹²⁴⁾ při maximální hypotece podle praxe kdy se zjistilo, že žádné pohledávky více vzniknouti nemohou.¹²⁵⁾ Z té příčiny přednost poskytnutá maximální hypotece týká se jen skutečně vzešlé pohledávky, na nevaluovanou vlastníkovu hypoteku se nevztahuje.¹²⁶⁾ Při spoluvlastnicích, jichž

¹²³⁾ BGB, §§ 1145/6, 1163/3, 1168/2, 1169, 1170/7, 1171/5, 1172, 1173/3, 1175/3, 1177, Bruck, 217 a násl.

¹²⁴⁾ Gaupp-Stein, II, § 868.

¹²⁵⁾ Dernburg, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preussens, III, 710. Bruck, 181 a násl., Richard Cohn, Die Kautionshypothek des bürgerl. Gesetzbuches. In.-Diss. Leipzig 1902, 35. Jsou však náhledy, že maximální hypoteka jest hned od počátku vlastníkův dluh pozemkový. Viz DJZ, 1905, 803, Du Chesne, Das Recht des eine Höchsthypothek bestellenden Eigentümers, Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechtes, II/1, Marburg 1913, 554. Musí-li se však připustiti, že vlastník bez vůle věřitele knihovně maximální hypoteku na svůj dluh pozemkový převésti nemůže, jest z toho zřejmo, že trvá až do skončení poměru jako hypoteka i při novém vlastníku do celé sumy svého nejvyššího obnosu. Z podstaty její třeba také odmítnouti náhled, že zaplacením jednotlivých obnosů dle § 1163 vznikají vlastníkovy pozemkové dluhy. Srov. též Planck Bürgerl. Gesetzbuch, III, 625, Arthur Hecking, die Maximalhypothek, Borna-Leipzig 1902 (Inaug.-Diss.), 32 a násl. ERC 51, 117 (1902). Rozhodnutí toto odmítá zabavení vlastníkovy hypoteky nevaluované maximální hypoteky, pokud se nezjistí pohledávka dle § 1190 n. z. o. Viz též ERC 61, 41 (1905).

¹²⁶⁾ ERC, 61, 38 (1905).

podily jsou pro tutéž pohledávku zvlášť zavazeny, třeba užiti předpisů o pohledávkách simultánních.

Subjektem vlastníkovy hypoteky je ten, kdo v čas, kdy volná hypoteka povstala nebo se uvolnila, byl vlastníkem. Při hypotece pro budoucí pohledávku, která nepovstala, je to vlastník v čas zřízení hypoteky.¹²⁷⁾ Je to případně jen spoluvlastník, vázne-li hypoteka jen na podílu vlastnického práva.¹²⁸⁾ Více spoluvlastníkům přísluší hypoteka podle poměru jejich vlastnických podílů.¹²⁹⁾ Pro hypoteku dřívějšího práva je subjektem ten, kdo byl vlastníkem, kdy něm. obč. zákonník v platnost vešel.¹³⁰⁾ Byla-li stavná hypoteka zrušena, je to vlastník v čas, kdy byla zapsána. Zrušení deklaruje pouze, že tu v čas zápisu nebylo podmínek pro hypoteku. Nemá tedy významu konstitutivního.¹³¹⁾ Při maximální hypotece je to vlastník v čas, kdy se zjistí, že již pohledávky žádné nepovstanou. Poněvadž tu jde o budoucí pohledávku, přisuzují někteří hypoteku pro pohledávky nepovstalé vlastníkovu při vzniku hypoteky, pro pohledávky zaplacené vlastníkovu v čas zaplacení.¹³²⁾ Podle statutu hypotekárních ústavů, které podle čl. 167 uvoz. zák. k obč. zákonníku v platnosti zůstaly, je subjektem při amortisovaných pohledávkách teprve ten vlastník, který celou pohledávku umo-

¹²⁷⁾ Gr. Beitr., 47 (1903), Oberneck, 331, KG 30/5 1904 připouští i kupce nemovitosti, který zaplatí pohledávku mezi vzdáním a zápisem práva vlastnického (DJZ, 1905), Spruchsammlung, 32 § 1163.

¹²⁸⁾ BGB § 1163/6, ERC 51, 398 (1902).

¹²⁹⁾ BGB § 1163/4, 6.

¹³⁰⁾ ERC 51, 398 (1902), Gruchot Beitr. 46 (1902), 322 a násl. Stegemann, Bemerkungen betreffend die vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen Kautionshypotheken des preussischen Rechtes.

¹³¹⁾ JDR (Jahrbuch für deutsches Recht) 11, 38, 12, 307, Seuff. A. 67, 171.

¹³²⁾ Gr. Beitr. 47 (1903), Oberneck, 331. Postup ten je naprosto nesprávný. Maximální hypoteka ručí do svého nejvyššího obnosu až do ukončení právního poměru za nároky z něho. Vždyť zaplacení a nové povstání pohledávek může jiti v sterém koloběhu. Mysleme si úvěrní hypoteku poměru desítiletého! To správně vystihuje Planck, III., 625, pravě, že do nejvyššího obnosu ručí pozemek za každý díl pohledávky. Vždyť tato se teprve účtováním zjistí! Zvláštním způsobem konstruuje maximální hypoteku Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek 1 ABR, 1905, 222 a násl. Je to předběžná vlastníkovu hypoteka (vorläufige Eigentümerhypothek) bez práva na dražební výtěžek (ohne Surrogationsbefugnis). Skýtá čekatelství na konečnou vlastníkovu hypoteku u vlastníka a na plnou hypoteku u věřitele.

řil.¹³³) Při jiných amortisačních pohledávkách je subjektem každý vlastník, který amortisační kvotu zaplatil. V jeho osobě povstane vlastníkův dluh pozemkový. Jej třeba při převodu nemovitosti převést na nového nabývatele, nemají-li z různých původů vzniknouti a vedle sebe trvati pozemkové dluhy různých vlastníků.¹³⁴) Mnohé stesky do těchto účinků amortisačních hypotek ukazují na svízele, které z tohoto rozdrobení vlastníkovy hypoteky povstávají. Nelze ji ani někdy vymazati, je-li dřívější vlastník neznám. I na věřitele, jehož pohledávka se umocněním zmenšila, musí dřívější vlastník hypoteku, již nabyt, převést, má-li nové pohledávce věřitelově sloužiti. I navrhuje se odpomoc tu novou cestou zákonodárnou,¹³⁵) tu novou právníkou konstrukcí,¹³⁶) tu prostředkem běžného práva.¹³⁷)

Obsah vlastníkovy hypoteky týká se jednak samé povahy práva, jehož vlastník nabyt, jednak jeho výkonu. Právo, kterého vlastník nabyt bez pohledávky, je jeho dluh pozemkový. S pohledávkou je to sice hypoteka, ale pokud spojení trvá, stejných vlastností jako vlastníkův dluh pozemkový.¹³⁸) Stane-li z dosa-

¹³³) Gr. Beiträge, 47 (1903), Oberneck, 332, Planck, III, 556/6, Viz též ABR, XXIV (1904) 358 Paul Winter v recenzi spisu Oberneckova, JDR, 11, 381, 382.

¹³⁴) DJZ, 1902, 433, Harnier, Eigentümer-Grundschild und Amortisations-Hypothek, Gr. Beitr., 47 (1903) Oberneck, 331 a násl., DJZ 1904, 319 rozh. vrch. z. soudu v Stuttgartě z 2/10 1903, Gr. Beitr. 49 (1905), 766 a násl. Dr. Richard Hirsch, Zur Frage der Entstehung der Eigentümerhypotheken bei den Amortisationsdarlehen. ABR XXIX (1906), 4, Koban, Das Vertrauensprinzip bei der Amortisationshypothek.

¹³⁵) DJZ, 1905, 593, Harnier, Eigentümer-Grundschild und Amortisationshypothek, navrhuje dodatek k zákonu: Beim Eigentumsübergang geht eine Eigentümer-Grundschild, welche nicht als solche im Grundbuche eingetragen ist, kraft Gesetzes auf den neuen Eigentümer über.

¹³⁶) DJZ, 1902, 243, Dronke, Tilgungsbeiträge als Nebenleistungen einer Amortisationshypothek, DJZ, 1903, 331 a násl. Kretschmar, Die Entstehung der Eigentümerhypothek bei den Amortisationshypotheken, Amortisační kvoty považují se za přírůžku úroků, z níž tvoří se umořovací fond, kterýž teprve svým plným obnosem pohledávku umořuje. Hypoteky nabývá teprve ten vlastník, který umocnění dokončí.

¹³⁷) DJZ, 1905, 977, Immler, Die Amortisationshypothek navrhuje, aby ústav, který druhou amortisační hypoteku povoluje, dal si zříditi od vlastníka pro ni přednost před vzniklým nebo teprve ještě vzniknoucím jeho dluhem pozemkovým z-amortisačních kvot pohledávky první. Ukazuje také na závazek ku výmazu zaplacené hypoteky dle § 1179.

¹³⁸) BGB, § 1177/3, 6, § 1143/6.

vadní hypoteky dluh pozemkový, je kniha pozemková, znějíc posud ještě na hypoteku, nesprávná. I třeba ji opravit. Kdo je zapsán, musí k tomu dáti svolení. Byla-li pohledávka zaplacená, stačí k tomu kvitance. Při pohledávce listovní je nad to ještě potřebí, aby list se odevzdal; byla-li zaplacená jen část pohledávky, aby zřízen byl list dílčí.¹³⁹) Prosté výrazné prohlášení neosvědčuje akt nabytí a proto nepostačuje.¹⁴⁰) Tento nabytý dluh pozemkový liší se od jiného dluhu pozemkového, že některé vlastnosti dřívější hypoteky naň z této hypoteky přecházejí. Tento nový dluh pozemkový je buď knihovní nebo listovní, byla-li dřívější hypoteka knihovní nebo listovní. Podle hypoteky řídí se úroková míra, způsob placení úroku, výpověď kapitálu a místo platební. Tyto poslední modalities vztahují se i na případ, až zase dluh pozemkový nebo statek z rukou vlastníka na jiného přejde.¹⁴¹) Vlastník může dluh pozemkový nebo hypoteku s pohledávkou na sebe dáti přepsati.¹⁴²) Vlastník může svým dluhem pozemkovým nebo svou hypotekou nakládati jako každý jiný věřitel. Může je zciziti zcela nebo částečně.¹⁴³) K převodu není ovšem potřebí, aby mezitím byla kniha pozemková opravena zápisem vlastníkovy dluhu pozemkového nebo jeho hypoteky. K převodu stačí listina, která jej samého opravňuje ku zápisu jeho vlastního práva. Při převodu třeba však výslovně uvést, že se hypoteka dosavadní změnila v dluh pozemkový. K převodu je při knihovní pohledávce potřebí smlouvy o knihovní změně mezi vlastníkem a postupníkem a zápisu převodu, při pohledávce listovní písemného převodního prohlášení na listu nebo zápisu převodu a odevzdání listu.¹⁴⁴) Jak již výše při amortisační pohledávce bylo uvedeno, je postupu tohoto potřebí, chce-li vlastník dluh pozemkový nebo hypoteku s pohledávkou zase na dosavadního věřitele převést.

¹³⁹) BGB, § 1163/3, DJZ, 1901, 213 (rřs z 2/3 1901), ERC, 48, 54., Gr. Beitr., 47., 320, Oberneck.

¹⁴⁰) Gr. Beiträge 47, Oberneck, 320. Nestačí k dispoziční vlastníkovi, prohlásí-li věřitel: Ich bekenne, Valuta empfangen zu haben und bewillige die Löschung der Post.

¹⁴¹) BGB § 1177/3, 4.

¹⁴²) §§ 1196, BGB § 1177/6.

¹⁴³) BGB § 1177, 1196/2.

¹⁴⁴) BGB § 1163/3, § 1154, 873, Gr. Beitr., 47, 319 Oberneck, Převodního prohlášení § 1155: (Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung) jest potřebí, aby se případně dle § 1155 n. o. z. nezádal předchozí zápis vlastníka. Viz též Planck, III, 535, § 1155.

I tu v převodních prohlášeních musí se změny, které po samém zákonu nastaly, výslovně konstatovati. Vlastník může však, místo aby dluh pozemkový převáděl, buď s dosavadním věřitelem anebo s novým věřitelem sjednatí, že se dluh pozemkový mění v hypoteku za novou pohledávku věřitele nového nebo starého. Změna ta musí do pozemkových knih býti zapsána.¹⁴⁵⁾ Ku postupu pohledávky na osobu třetí zaplacený věřitel, jak to pruské právo připouštělo, povinen není.¹⁴⁶⁾

Na vlastníkův dluh pozemkový nebo jeho hypoteku s pohledávkou může se vésti exekuce jako na každé jiné věcné právo.¹⁴⁷⁾ I při vlastníkově hypotece může ze změnití pořad.¹⁴⁸⁾ Neplatí to však o vlastníkově hypotece, která teprve vznikne, pověďž tu jest k tomu jen věřitel se svolením vlastníka oprávněn.¹⁴⁹⁾ Vlast-

¹⁴⁵⁾ BGB §§ 1163/3, 1198/1 Gruchot Beitr. 47, 317 O b e r n e c k uvádí pro to formulář prusk. ministerstva spravedlnosti: Abgetreten mit den Zinsen seit . . . unter Umwandlung der zunächst als Grundschuld auf den Eigentümer übergebenen Hypothek in eine Hypothek aus einem Darlehen von . . . mit Zinsen u. s. w. Pro listinu postupní navrhuje schema: Die mir durch Verwandlung in eine Grundschuld zustehende, im Grundbuche von . . . eingetragene Post trete ich mit den Zinsen seit . . . an X ab und wandle sie zugleich in eine Hypothek für eine Darlehensforderung desselben im Betrage von . . . um . . . Pro hypoteku s pohledávkou navrhuje znění postupní listiny: Die im Grundbuch . . . Abth. 3. Nr. . . eingetragene Hypothekenforderung, welche ich auf Grund der anliegenden, notariell beglaubigten Quittung und des notariellen Kaufvertrages als nicht persönlicher Schuldner bezahlt habe, trete ich hiermit mit den Zinsen, von . . . an X ab.

¹⁴⁶⁾ Gr. Beiträge, 47, 321, O b e r n e c k. V pruském spolku právních zástupců navrhovala se do notářských dlužních listů z této příčiny tato doložka: Bei Fälligkeit der Forderung ist auf Verlangen des Eigentümers der Gläubiger verpflichtet, gegen Empfang des Betrages, für welchen das Grundstück haftet, die Hypothekenforderung ohne Gewährleistung und auf Kosten des Eigentümers an einen von diesem zu benennenden Dritten abzutreten (u listovní hypoteky: „und diesem den Hypothekenbrief und die Legitimationsurkunden auszuhändigen“, u knihovní hypoteky: und in die Umschreibung auf den Dritten zu willigen). Praxe záznamy takového druhu pro jich malou určitost nepřipouští. I teorie vede o ně spor. Viz O b e r n e c k, 321, 322 tamže.

¹⁴⁷⁾ BGB § 1196/2. K tomu viz § 1069, 1154, 1274, 1291 n. o. z. a § 857 odst. 6, § 880 c. ř. s.

¹⁴⁸⁾ ERC, 10, 197, H o r n, Die Eigentümerhypothek, Breslau 1906, 45.

¹⁴⁹⁾ BGB, § 880/3.

nickova hypoteka pokládá se za jeho majetkové právo¹⁵⁰⁾ a běže se do jeho pozůstalosti.¹⁵¹⁾ Vlastník nemusí ovšem hypotekou ani disponovati, nýbrž může ji dáti vymazati.¹⁵²⁾ Závazek tento může v příčině své příští hypoteky na sebe také vzíti smlouvou¹⁵³⁾ anebo posledním pořízením.¹⁵⁴⁾ Ujednati to může s vlastníkem osoba, která na pozemku vůbec ještě oprávněna není, anebo věřitel, o jehož pohledávku se jedná, anebo může to zníti na prospěch kteréhokoli příštího věřitele (des jeweiligen Gläubigers) zadnější pohledávky.¹⁵⁵⁾ Vyhraditi si to může zejména ten, kdo postoupil přednost některé pohledávce v příčině této pohledávky.¹⁵⁶⁾ Vyjednati se to může pouze o hypotece, nikoli o jiném právě, a sice o hypotece, která je již zapsána nebo která se právě zapisuje, také o více hypotekách a všech již zapsaných hypotekách.¹⁵⁷⁾ Závazek proti vlastníkově, aby provedl výmaz, týká se jeho hypoteky, které nabude, když se s vlastnictvím v jedné osobě spojí. Předpokládá to tedy mimo případ § 1177 n. o. z. i všechny ostatní případy, kdy hypoteka ze svého pouta s pohledávkou vyjde anebo do tohoto svazku se vůbec nedostane.¹⁵⁸⁾ Ujednání nemůže se týkati hypoteky pouze zaznamenané. Záznam má jen účinky obligační, nikoli věcné. Pojišťuje se jím právní zájem některé osoby. Nelze jej rozšířiti všeobecně

¹⁵⁰⁾ ABR (Archiv. f. bürgerl. Recht) XIX (1901), 70, Dr. H e y e r, Die Selbsthülfe.

¹⁵¹⁾ ABR, XIX (1901), 160, 166, Dr. S a l i n g e r, Die Nacherfolge nach dem bürgerl. Gesetzbuch.

¹⁵²⁾ BGB, § 1163/3.

¹⁵³⁾ § 1179: Verpflichtet sich der Eigentümer einem anderen gegenüber, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

¹⁵⁴⁾ D e r n b u r g III., 647.

¹⁵⁵⁾ BGB, § 1179/3.

¹⁵⁶⁾ Na př. při přednosti stavěbnímu úvěru. Viz DJZ, 1905, 1225. B u d d e, Kann der § 648 BGB zu einem genügenden Schutze für die Realgläubiger ausgestaltet werden? Viz tamže 1308 S t e i n i t z k témuž článku, že k záznamu dle § 1179 je u věřitelů málo důvěry a že se spíše dává přednost každé splátce stavěbního úvěru postupně. Viz též DJZ, 1913, 1432, H e i n i t z, Grundschuld und Löschungsvormerkung, a k tomu DJZ 1914, 226, Ricks, již ukazují, že záznam dle § 1179 je při dluhu pozemkovém bez významu. Nevztahuje se § 1163 odst. 1 na dluh pozemkový.

¹⁵⁷⁾ BGB, § 1179/3.

¹⁵⁸⁾ BGB, § 1179/6.

na zájem, který v čas záznamu ještě neexistoval. Obyčejně je tento zájem lepší jistota pohledávky. Tedy jen pro tuto pohledávku může být záznam uplatněn, nikoli dále.¹⁵⁹⁾ Věcně vznik vlastnickovy hypoteky vyloučiti se nedá.¹⁶⁰⁾ Nárok na výmaz zajišťuje se záznamem.¹⁶¹⁾ Judikatura nutí správce konkursní podstaty, aby jej uznal.¹⁶²⁾ Judikatura váže i konkursního správce, aby uznal nárok na poskytnutou přednost, záznamem pojištěnou, poněvadž prý se za částečný výmaz pokládati může.¹⁶³⁾ Záznam nebrání vlastníkov, aby hypotekou disponoval a třetí osoba následkem této dispozice práva nabude, ale nabytí toto je vůči osobě, které záznam svědčí, bezúčinné a od třetí osoby, jež proti záznamu právo nabyla, může se žádati, aby ku výmazu svých práv přivolila.¹⁶⁴⁾ Záznam nebrání, aby z nejvyššího podání hypoteka vlastníkov byla přikázána. Pojišťuje se jím pouze nárok na výmaz, který před rozvrhem podání žalobou na vlastníkov vynucen být musí.¹⁶⁵⁾

Předmětem exekučního nebo stavného postihu je hypoteka vlastnickova ihned, jak po zákonu povstane.¹⁶⁶⁾ Při knihovní hypotece je potřebí, aby zabavení zapsalo se do knih pozemkových, při listovní hypotece, aby list věřiteli se odevzdal anebo soudním vykonavatelem odňal. Zapisuje-li se zabavení, je zprvu nutno, aby

¹⁵⁹⁾ ERC, 63, 155 (1906), Gr. Beitr. 47, 338 O b e r n e c k.

¹⁶⁰⁾ Gr. Beitr., 747, 325 O b e r n e c k.

¹⁶¹⁾ BGB, § 1179/3. Viz též ERC, 63, 153 (1906). Záznam takový má n. př. toto znění: Zu Nr. 5 230.000 M Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des jeweiligen Gläubigers, der 20.700 M Nr. 4 gegen den Eigentümer, diese Hypothek löschen zu lassen, falls sie sich ganz oder teilweise mit dem Eigentum vereinigt.

¹⁶²⁾ BGB, § 1179/5. Viz též o významu záznamu (Vormerkung) § 883 n. z. o. v pozn. 164.

¹⁶³⁾ BGB, § 1179/5, DJZ, 1914, 944.

¹⁶⁴⁾ § 883 odst. 2: Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. § 448: Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Wirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist.

¹⁶⁵⁾ ERC, 57, 209 (1904), jinak BGB § 1179/7.

¹⁶⁶⁾ BGB, § 1163/3, DJZ, 1904, 121 (rřs 3 17/10 1903), 1109 Gr. Beitr. 50, 551 a násl. O b e r n e c k, Die Pfändung der Eigentümerhypothek.

hypoteka na vlastníka se přepsala.¹⁶⁷⁾ Zabavena může být i vlastnickova hypoteka, která snad teprve příště povstane. Zabavení toto nelze však zapsati, aniž záznamem zajistiti.

Vlastnickova hypoteka, která vznikla před vyhlášením konkursu, náleží do konkursní podstaty. Do ní patří také, byl-li její vznik z prostředků konkursní podstaty konkursním správcem způsoben. Případne-li však úpadci teprve po vyhlášení konkursu na př. konfusí při dědictví, náleží jeho dispozici.¹⁶⁸⁾

Předchází-li vlastnickova hypoteka vymáhajícímu věřiteli, počítá se v dražebním řízení do nejnižšího podání a přejímá se vydražitelem jako obtížení vydražené nemovitosti. Jde-li za vymáhajícím věřitelem, zaniká přiklepem a přikazuje se z nejvyššího podání subhastatovi, jeho konkursní podstatě anebo nadzástavním věřitelům.¹⁶⁹⁾ Vlastníkovi však nepřísluší právo, aby dražební řízení sám provedl. Při vnučené správě přísluší mu úroky z jeho hypoteky teprve od té doby, kdy byla vnučená správa zavedena, až do jejího skončení. Totéž platí i vůči osobám, pro něž je jeho hypoteka zabavena. Provádí-li se vnučená správa a současně dražební řízení, lze úroků pouze z výtěžku vnučené správy, nikoli z dražebního podání žádati.¹⁷⁰⁾

Vlastnickova hypoteka, podle německého obč. zákonníka, nehledíc ku vlastníkově hypotece s pohledávkou, vlastně vlastníkův dluh pozemkový, vzniká z hypoteky. Vlastníkův dluh pozemkový může vzejíti také ze samého dluhu pozemkového nebo důchodového. Třeba tedy všechny tyto předpisy na dluh pozemkový a důchodový vztáhnouti, pokud povaha těchto dluhů to nevyklučuje.¹⁷¹⁾ Vlastníkův dluh pozemkový vzniká zejména při zajišťovacích fiduciárních obchodech. Poskytuje-li se stavební úvěr, zřizuje se ku jeho krytí dluh pozemkový na celý jeho obnos. Úvěr sám vyčerpává se podle potřeby postupně. Pro obnos

¹⁶⁷⁾ DJZ, 1909, 333 (r. mnichov. z. soudu).

¹⁶⁸⁾ BGB, § 1163/3, DJZ, 1905, 460 (KG z 16/1. 1905), 852, ERC. 61, 374 (1905), DJZ, 1906, 64, 883; 1909, 546, 655 H e y m a n n, Gibt es Mittel zur Sicherung der Pfändung einer Eigentümerhypothek vor Eintragung oder Briefwegnahme? Gr. Beitr. 50, 576 a násl. O b e r n e c k.

¹⁶⁹⁾ BGB, § 1177/3.

¹⁷⁰⁾ BGB, § 1177/3, 1197/1.

¹⁷¹⁾ P l a n c k, § 1192 4d, ERC, 78, 61 (1911) § 1163 odst. 1 se na dluhy pozemkové nevztahuje.

nevyčerpaný připadá dluh pozemkový vlastníkovi.¹⁷²⁾ Vlastníkům dluh pozemkový se hned z počátku zřídka zřizuje. Chce-li se nějaké místo zajistiti, používá se spíše výhrady pořadí. Při nekalé praxi užívá se ho, aby se zabránilo exekuční zápisy na výhodném místě. V Meklenbursku postupuje jej otec těm svým dětem, které statku nenastupují.¹⁷³⁾

Vlastník může nakládati svou hypotékou také tím způsobem, že ji vymaže. Prohlášením, které za tím účelem u knihovního úřadu učiní, je vázán, i než se knihovně provede. Nemůže je vzít zpět.¹⁷⁴⁾

Předpisy o vlastnickově hypotéce jsou povahy imperativní. Nelze jich nešetřiti. Vlastník nemůže se vlastnickovy hypoteky vzdáti.¹⁷⁵⁾ Jen předpisy zemských a rytířských úvěrních ústavů (landschaftliche, ritterschaftliche Creditanstalten), které snad vlastnickovy hypoteky vylučovaly, zůstávají i za něm. obč. zákonníka v platnosti. Jen potud připouští judikatura zápis doložky, která dispozici vlastnickovu vylučuje.¹⁷⁶⁾

¹⁷²⁾ DJZ, 1906, 1000 Dr. Weidemann, Zur Behandlung fiduziarischer Sicherungsgeschäfte. Viz tamže. 257, Hinsberg, zur Lehre von der nicht valuierten Grundschuld, 297—298 Haachenburg, DJZ, 1907, 929 Güthe, Wie ist die nicht valuierte Grundschuld im Falle der Zwangsversteigerung zu behandeln, ERC, 60, 251 (1905) nesprávně přisoudilo nevaluovanou část zadním věřitelům. Gruchot Beiträge, 50, 596, Dr. Jäckel, Die nicht valuierte Grundschuld und der Verzicht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse; tamže 51, 162 Dr. Eccius, Noch einmal die ins Freie fallende Grundschuld, Bruck, 174, ERC 78, 61 nechává i při nevaluovaném dluhu pozemkovém tento nedotčeným, ježto vůbec nějakou pohledávku nepředpokládá. Přisoudilo proto nelikvidovanou část držiteli dluhu pozemkového.

¹⁷³⁾ ABR, XXXII (1908), 424, Martin Segall, Das bürgerliche Recht und die Lebensgewohnheiten.

¹⁷⁴⁾ § 875 n. o. z. Viz k tomu ERC, 66, 285 (1907).

¹⁷⁵⁾ Gr. Beitr., 47, 325, 336 a násl. Oberneck.

¹⁷⁶⁾ Gr. Beitr., 47, 337 Oberneck uvádí tuto usnesením komorního soudu z 28./5. 1900 připuštěnou doložku: Der Eigentümer soll bis zur Tilgung des Kapitals nicht befugt sein, über den abgetragenen Theil des Kapitals zu verfügen, insbesondere denselben löschen zu lassen.

IV.

Vlastnickova hypoteka rakouská.

§ 8. Literární příprava.

Povahu zápisů v českých zemských deskách vyjadřovaly české deklaratorie a novely, ustanovující, že vše, co bylo do knih zapsáno, zase jen zápisem může býti vymazáno.¹⁾ Toliko pro testament a darování na případ smrti připouštěla se výjimka. Mimodesková kvitance musila míti doložku, že dlužník může ji sám do desk vtěliti a tolik dlužní sumy odepsati dáti, kolik bylo kvitováno. O kvitanci bez této doložky vyslechla dříve dvorská kancelář nebo čeští místodržící kvitujícího a pak teprve učinili k deskám relaci.²⁾ Codex Theresianus s jakousi změnou tento předpis převzal³⁾ a Hortenův návrh jej podržel.⁴⁾ Na tomto zá-

¹⁾ Decl. u. Nov. Ee. XIV: Gestalt wir dann hingegen geordnet haben wollen, dass was mit der Landtaffel verschrieben und aufgerichtet, auch nicht anders als mit der Landtaffel wiederum aufgehebt, quittirt, und kassirt werden soll...

²⁾ Ee XV. Viz též Haan, Studien über Landtafelwesen, Wien, 1866, II.

³⁾ Philipp Harras R. v. Harrasowsky, Codex Theresianus, III. Caput VI., § XV, 159: Gleiwie eine Hypothek nicht anderst, als durch die wirkliche Einverleibung der Pfandverschreibung in die Landtafel, Stadt- oder Grundbücher bestellt wird, also kann dieselbe auch nur durch die daraus bewirkende Auslöschung getilget und aufgelöset werden, wofern solche nicht auf eine gewisse Zeit beschränket worden wäre, als mit deren Verlauf sie auch von selbst erlöset. Viz dále č. 161 tamže a pak cap. XXIV, § XI, 161: Alle beschriebene Tilgungsarten heben die unvorgemerkten Schulden und Forderungen ohne weiters für sich selbst auf; dahingegen landtäfflich, stadt- oder grundbücherlich vorgemerkte Haftungen und Verbindungen nicht anders, als

kladě zůstal i zákoník západohaličský, maje již v § 149 II. díl závěrečnou větu: »Ein Hypothekargut bleibt solange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist.« Redaktoři občanského zákoníka trvali sice na romanistickém stanovisku,⁴⁾ ale mínění jejich nenašlo v § 469 o. z. o. rozhodného výrazu, jak závěrečná věta jeho ukazuje. Basis dřívějšího tabulárního práva došla ještě většího upevnění, když při poradě dne 14. prosince 1807 vsunuty byly § 1443 o kompensaci při zapsané pohledávce a § 1446, že zapsané právo nekonfuzí, ale jen výmazem zaniká.⁵⁾ Takovýto stav zákonodárství dal, jak přirozeno, podnět k různému výkladu. Praxe disponovala uvoňenými zástavními právy a teorie to odůvodňovala. Podává o tom svědectví i dv. dekret ze dne 22. dubna 1825 č. 2090 sb. z. s., který zapověděl, aby zapisována byla cesse prominuté pohledávky, třeba by prominutí stalo se ve formě darovací listiny.

Textování občanského zákoníka (§§ 469, 1446) zavdávalo příčinu ku mnohému sporu. Trojí mínění se celkem vyskytlo. Jedni připouštěli při § 449 o. z. o. beze všeho omezení proti movému nabyvateli zapsané pohledávky námitku, že pohledávka je již zaplacená. Druzí chránili důvěru osoby třetí ve veřejné knihy. Důvěrou touto zaniklá pohledávka obživne. Třetí kladli důraz

durch die Auslöschung aus der Landtafel, Stadt- oder Grundbüchern getilgt werden können. 163: Die Auslöschung einer landtäflichen, stadt- oder grundbücherlichen Haftung geschieht auf dreierlei Art, entweder durch einen wider die Verschreibung in der zu Recht ausgesetzten Zeit eingebrachten Widerspruch und hierauf erfolgtes richterliches Urtheil, wodurch dieselbe für vernichtet erkannt wird, oder durch Einverleibung derjenigen Urkunde, wodurch die erstere Verbindlichkeit aufgelöst und getilgt wird, oder endlich durch die Quittung. 176: Landtäfliche, stadt- u. grundbücherliche Quittungen aber wirken noch in sonderheit die Aufhebung und Auflösung der landtäflichen, stadt- oder grundbücherliche Haftung für denjenigen Betrag der Schuld, worüber sie ausgestellt werden.

⁴⁾ L. c. IV, 25. Cap., § 120—124.

⁵⁾ Dr. Adolf Exner, Das Publizitätsprinzip. Wien, 1870, 24. Viz též Dr. Julius Ofner, Der Urentwurf, I, Wien 1889, 298. Místo slov »Zur Aufhebung des Hypothekarrechtes« v § 249 prvotního návrhu (západohaličského zákoníka) jest lépe říci »Zur Aufhebung der Hypothek«, poněvadž vyrovnáním dluhu právo povždy pomíjí. Správně věc charakterisuje Krasnopolski, Gr. Z. S, 522 a násl. v článku »Zur Lehre von der Prioritätsabtretung nach österr. Recht.

⁶⁾ Ofner, II, 448.

na knihovní zápis. Vyjadřuje existentní právo, pokud se nevymaže.

Mínění první zastával Krupariz.⁷⁾ Předpis šu 469 o. z. o. je pouze formálního rázu. Na ruční zástavě není znáti, že je zastavena. Na hypotece je to však zřejmo z knihovního zápisu. Proto se nařizuje, aby dlužní list z pozemkových knih byl vymazán. Zákon nepraví, že dluh může se ještě jednou žádati, nýbrž pouze, že hypoteka se neodstranila. Důvěra ve veřejné knihy týká se jen priority pohledávky a dále její dobytosti, která plyne z priority. O pohledávce samé musí platiti §§ 1395 a 1396 processu a §§ 317 a 318 jos. s. ř. pro exekuční odevzdání. Potvrzuje to i § 928 o. z. o., právě, že dluhy a nedoplatky musí se vždy zastoupiti. Krupariz kloní se tedy z §§ 1395 a 1396 o. z. o. k názoru, že držitel hypoteky může promotantovi, cedentovi a exekventovi zapravené pohledávky vůbec všechno to namítati, co mu z námitky proti prvnímu věřiteli příslušelo, jedině kompensaci nikoli, poněvadž to § 1443 o. z. o. výslovně zapovídá. Poněvadž však věc mezi vědci, soudci a právními zástupci je sporná, mělo by to od zákonodárce prohlášeno býti. K náhledu Kruparizovu připojil se výslovně Gspan.⁸⁾ Věta § 469 o. z. o., že zástavní právo zapravením pohledávky zaniká, má obecnou platnost. Jeho pozdější věta neobsahuje z ní prázdné výjimky. Zůstává-li statek až do té doby zavazen, pokud se dlužní list z knih nevymaže, praví Pivetz, musí se to považovati za formální předpis. Zaplacená pohledávka nemusí se znovu proto platiti, že formálně v knihách ještě trvá.⁹⁾ To je také mínění Lekischovo. Zásada šu 469 o. z. o., že zapravením dluhu právo zástavní zaniká, platí všeobecně i pro ruční zástavu, i pro hypoteku.¹⁰⁾ Cessionář nabývá pouze práv cedentových, prohlašuje k této věci Sturm.¹¹⁾ Právo převodcovu i nabyvatelovo je stejné. Smlou-

⁷⁾ Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit u. politische Gesetzkunde (ZRG), 1826/2., 267 a násl. Franz Krupariz, Ueber den § 469 des allg. bürgerl. Gesetzbuches.

⁸⁾ Peter Erasmus Gspan, Abhandlung über die gesetzmässige Befriedigung concurrirender Gläubiger, I, Grätz, 1837.

⁹⁾ Archiv für Civil-Justizpflege, 1837, 353, Franz Pivetz, Civil-Rechtsfall.

¹⁰⁾ ZRG, 1844/I, 157 a násl. Dr. Anton Lekisch, Ueber die Haftung einer Hypothek nach getilgter Schuld.

¹¹⁾ Gerichts-Zeitung (GZ), 1855, č. 52, 53, Dr. Eduard Sturm,

vou postupní vzniká pouze poměr mezi cedentem a cessionářem, nikoli nová pohledávka mezi cessionářem a cessem. Ústav knih pozemkových, jak míní S w o b o d a,¹²⁾ slouží jen k evidenci věcného práva. Genesis jeho leží mimo ně, meskýtá žádného práva. Nemůže svou právně policejní povahou právo, které zaniklo, více z mrtvých probuditi. Zaniklo-li právo zaplacením, stačí k důkazu toho pouhá kvitance. I podle § 14 deskového patentu ze dne 22. dubna 1794 č. 171 sb. z. s. není potřebí pro kvitanci »clausula intabulandi.«

Ú čele skupiny druhé stojí sám spoluredaktor občanského zákonníka Zeiller.¹³⁾ Vyrováním pohledávky a konfusí zástavní právo zaniká, ale poctivý nabyvatel chrání se ve své důvěře ve veřejné knihy. Stejného mínění je i Scheidlein.¹⁴⁾ O právech, ve veřejných knihách zapsaných, musí se míti za to, že trvají tak dlouho, pokud se z těchto knih nevymažou. Pro třetího, kdo v důvěře v knihy veřejné jedná, trvá hypoteka potud, pokud není vymazána, praví i Winiwarter.¹⁵⁾ Dluh, pro který byla zřízena, obživne. Zástavní právo začne zase účinkovati.¹⁶⁾ Pokud trvá konfuse, nemůže se sice právo vykonávati, ale stane se tak, jakmile věc nebo právo na jinou osobu se převede.¹⁷⁾ Po zaplacení pohledávky trvá hypoteka formálně (der Form nach), nejsou vymazána, dále a může témuž nebo jinému věřiteli pro jinou pohledávku býti poskytnuta. Potvrzuje to analogie § 526 o. z. o., kterého se také § 1446 o. z. o. dovolává.¹⁸⁾ Zadní věřitelé nemohou se tím cítiti dotčeni. Vztahují se jejich práva jen tak daleko, co přebývá přes právo dřívější. Zklamou se sice ve své naději, nemohou-li postoupiti do předu, ale z té pří-

Ob dem Cessionar einer getilgten Hypothekar-Forderung die an den Cedenten geleistete Zahlung von dem Schuldner gültig eingewendet werden könne?

¹²⁾ Der Jurist, 1845, 262 a násl. Dr. Johann S w o b o d a, Ueber die Erfordernisse löschungsfähiger Urkunden.

¹³⁾ Franz Edler v. Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerl. Gesetzbuch, II, Wien u. Triest, 1842, § 469, IV, 1813, § 1446.

¹⁴⁾ Georg Scheidlein, Handbuch des österreichischen Privatrechts, Wien u. Triest, 1814, §§ 469, 1446.

¹⁵⁾ Joseph Winiwarter, Das österr. bürgerl. Recht, system dargestellt u. erläutert, 2, Wien, 1832, 264.

¹⁶⁾ Týž, II, vydání, 2, Wien, 1839, 282.

¹⁷⁾ L. c. 5, 1838, 120.

¹⁸⁾ L. c. 2, (1832) 263; (1839) 289.

činy to není ještě nespravedливо. Byli by si to musili dáti také líbiti, kdyby pohledávka, místo aby byla zaplácena, na jiného věřitele cessí byla přešla.¹⁹⁾ Pro princip publicity vyslovuje se též K o p e z k y. Z něho plyne, že hypoteka, která vyrovnáním dluhu zaniká, vůči třetím osobám jako samostatné právo se považuje. Je to fikce, které zákon musil užiti, aby chránil důvěru ve veřejné knihy. Právo hypotekární musí se zde považovati za právo samostatné. Je působno ze své vlastní síly, ačkoli ve skutečnosti není zde více ani žádné pohledávky. Je však samostatno jen vůči osobám třetím. Poněvadž pak věcné právo hypoteční vždy nějaké osobní právo předpokládá a jen potud jako existentní může býti myšleno, pokud je zde nějaké pohledávky, plyne z toho nutně, že se hypoteka ve svých vlastnostech, ve svém objemu a svých právních účincích řídí podle osobního práva, které je jejím základem a které je v pozemkových knihách zapsáno. I třeba míti za to, že pohledávka existuje, třeba byla zaplácena.²⁰⁾ Kopecky káře praksi, že nevyřazenou hypoteku, ač pohledávka byla vyrovnána, témuž nebo jinému věřiteli pro jinou pohledávku postupuje.²¹⁾ Případ tento nerovná se zástavě ruční. Dají-li se někomu zápůjčkou do zástavy (kapesní hodinky, a zaplatí-li se pak zápůjčka, mohou hodinky i dále za jinou zápůjčku v zástavě býti ponechány. Zástavní právo tu sice zaniklo, ale úmluva povstala znovu a není potřebí nového odevzdání věci. Při knihách pozemkových, zanikne-li pohledávka, musí se staré právo zástavní vymazati a nové zapsati. Na staré místo, nesvolí-li zadní věřitelé, nelze zapsati právo nové. Při postupu takovémto zaměňuje se pořadí, místo, locus s hypotekou. Pořadí a místo nevyřazené hypoteky lze postoupiti, ale rakouské právo nemá o tom ještě žádných předpisů, jako pruský LR v § 52 svého dodatku.²²⁾

Wildner srovnává hypoteční právo s ruční zástavou. I cizí věci nabývá poctivý zástavní věřitel (§ 456 o. z. o.). Stejně se to má, zapraví-li hypoteční dlužník svůj dluh, nevyřazen z veřejných knih dlužního listu. Držitel hypoteky svěruje tím dřívěj-

¹⁹⁾ L. c. 2 (1832), 263.

²⁰⁾ ZRG, 1835/1, 287 a násl. Franz Johann K o p e z k y, Ob und inwiefern das Hypothekarrecht nach dem § 469 des österr. b. G. B. als ein selbständiges dingliches Recht anzusehen und zu behandeln sey?

²¹⁾ ZRG, 1834/2, 24 a násl.

²²⁾ ZRG, 1835/1, 306 a násl.

šmu hypotekárnímu věřiteli zástavní právo a musí si dáti líbiti, nabude-li ho kdosi třetí v důvěře ve veřejné knihy. Hypotekární věřitel nemůže ovšem zástavní právo, které vůči němu zaniklo, na jiného převáděti, ale může pro poctivou osobu třetí vytvořiti nové právo zástavní (§§ 367, 456 a 469 o. z. o.). Positivní předpis zákona, chráně právní obchod a důvěru ve veřejné knihy, předpokládá o takovémto právu, že vskutku trvá.²³⁾ Ellinger obmezuje princip publicity na mezázavní věřitele. Zástavní dlužník nemůže zástavní právo, byla-li pohledávka zaplacená, zapisovati. Musí se vůči němu považovati za zaniklé.²⁴⁾ Jen pro důvěru třetích osob zachovávají platnost zákona zaplacení hypoteky Stubenrauch,²⁵⁾ Füger,²⁶⁾ Haan²⁷⁾ a Kirchstetter.²⁸⁾

Radu spisovatelů skupiny třetí zahajuje r. 1826 Nippel. Příležitost k projevu dal mu jeden praktický případ k § 469 o. z. o, který praxe rozhodla ve smyslu romanistickém. Věta §u 469 o. z. o.: »Ein Hypothekargut bleibt solange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist« jest jen samostatným pravidlem pro právo hypotekární v knihách pozemkových. Věta první: »Durch Tilgung der Schuld hört das Pfandrecht auf« je však předpisem o právu mobiliárním. Věta druhá neplatí pouze pro případ, kdy jedná někdo v důvěře ve veřejné knihy. Kdyby byl měl zákonodárce tuto důvěru na mysli, byl by platnost práva zástavního výslovně jen pro ni zachoval.²⁹⁾

²³⁾ Der Jurist, 1839 (Wien), 158 a násl., Dr. Ignaz Wildner, Versuch einer Auslegung des § 469 a b. G. B.

²⁴⁾ Dr. Joseph Ellinger, Handbuch des österr. allgem. Zivil-Rechtes, Wien, 1851, 233.

²⁵⁾ Dr. Moritz v. Stubenrauch, Commentar zum allg. österr. bürgerl. Gesetzbuche, 2. vyd. Wien. 1864, 656.

²⁶⁾ Max Füger von Rechtborn, Systematische Darstellung der Rechtswirkungen der Einträge in die öffentlichen Bücher, Wien, 1865, 102 a násl.

²⁷⁾ Ludwig Frh. v. Haan. Studien über Landtafelwesen, Wien, 1866, 239.

²⁸⁾ Dr. Ludwig Ritter v. Kirchstetter, Commentar zum österr. allg. bürgerl. Gesetzbuche, Leipzig u. Wien, 1868, 233.

²⁹⁾ ZRG, 1826/I, 145 a násl., F. H. Nippel, Zivilrechtsfall mit Bemerkungen. Mínění Nypplovo o dvou samostatných předpisech pro právo mobiliární a hypotekární v § 464 o. z. o. dá se i dobře doložití dvěma samostatnými předpisy o konfusi pro práva. v pozemkových knihách zapsaná (§ 1446) a nezapsaná (1445).

Náhled tento hájí Nippel také ve svém komentáři.³⁰⁾ Zástavní právo může býti zřízeno také pro budoucí pohledávku. Nemí tedy protismyslně, zůstane-li zástava i po zapravení pohledávky věřiteli zavazena. Snadna je myšlenka, že mohlo se mluvit o nějaké příští zápůjčce, když stará se vyrovnávala a stará hypoteka měla se pro ni zachovati. Namítá se sice, že by pozdější zástavní věřitel mohl býti poškozen, poněvadž pozdější zápůjčku jen proto poskytl, ježto zaplacení předchozího dluhu předpokládal. Než z čeho vzhází mu tu škoda? Jen z víry, že vyrovnáním dluhu hypoteka zaniká. Ne předpis zákona, jen nesprávný jeho výklad přivádí jej do škody. Nippel odmítá také náhled Zeillerův, že toliko vírou ve veřejné knihy po konfusi knihovní práva dále trvají. Zákon tohoto obmezení nezná a vědomost nového nabyvatele o konfusi je nerozhodná.³¹⁾

K o p e z k y, jak shora uvedeno, zastává sice mínění, že hypoteka vyrovnáním pohledávky zaniká a že jen třetí osoba pro svou důvěru se chrání, pro konfusi je však náhledu jiného. Hájí pro dlužníka »jus offerendi«. Zdá se to býti sice právníkou nemožností, má-li se státi dlužník současně věřitelem ve své vlastní osobě. Ale zdání toto přestane zarážeti, přihlédně-li se blíže ku zvláštnosti a podstatě hypotečního zřízení. Vždyť i podle pruského zákona může býti vlastník pozemku zároveň věřitelem pohledávek, na něm zapsaných, ať záležejí v zástavních listech anebo hypotekách. Již podle § 1445 o. z. o. nezanikají práva a závazky konfusi, naskytou-li se poměry zvláštního druhu, a podle § 1446 o. z. o. nezaniká zapsané právo ani konfusi ani podle § 469 o. z. o. vyrovnáním dluhu, nýbrž pouze výmazem. Právo sloučí se s povinností zhusta jen dočasně. S věcí stane se hned změna nebo se zejí. Kdo koupí dům ve veřejné dražbě, nemusí míti ani úmyslu, aby jej podržel. I nenamáhá se ani, aby svou hypoteku vymazal. Kupec domu, zaplativ na něm váznoucí dluhy, dá si na ně místo kvitance vydati cessi a podrží je při dalším prodeji pro sebe. Převede-li dlužník pohledávku na sebe, nestane se tím žádná újma věřitelům zadním. Mají však nárok na přednost podle pořadu zápisu. Pokud je hypoteka ještě zapsána a není skutečně vymazána,

³⁰⁾ Franz Xaver J. F. Nippel, Erläuterung des allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches. III, Grätz, 1831, 537, 538.

³¹⁾ Týž, VIII/2, Grätz, 1836, 239 a násl.

nemá žádný věřitel nějakého nároku na jinou prioritu.³²⁾ V pozdějším článku Kopecky své náhledy ještě rozvádí. Hypoteční zřízení a platný zákon připouštějí, aby věřitel, když mu dlužník jeho zapsanou pohledávku platí, anebo i později shodl se s dlužníkem, že má po nějakém čase zaplacenou pohledávku jako zápujčku pod váznoucí ještě hypotekou opět obdržeti. A není potřebí, aby se tato dohoda zapsala do knih veřejných. Zaplacení děje se mezi stranami. Vůči osobám třetím je to »res inter alios acta«. Zaplacení může se dít s podmínkou příští zápujčky. Strany nemusí je považovati za úplné vyrovnání dluhu. Na jiného věřitele může pak dlužník zaplacenou hypoteku tím způsobem převést, že ji nejprve cessí neknihovně na sebe převede. Až třetího cessionáře pak získá, převede pohledávku na něho knihovně. I tu je to »res inter alios acta«, proti níž nikdo třetí ničeho namítati nemůže. Knihovní věřitelé proto ne, poněvadž cesse není zapsána. Taková cesse často se v praxi vyskytuje a pak do veřejných knih se zapisuje. Poněvadž však ani v praxi, ani v doktríně není shody, navrhuje Kopecky, aby jako v bavorském a pruském právu i v rakouském právu otázka byla zákonem řešena a dlužníkovi bylo volné nakládání nevymazanou hypotekou povoleno v té způsobě, že se nové pohledávce pořad nebo místo hypoteky za zaplacenou pohledávku po jejím výmazu poskytne a aby se to při zápisu nové pohledávky ve veřejné knize výslovně poznámenalo.³³⁾

S Nippem souhlasí částečně také Aussez. Mezi kontrahenty zanikají práva knihovní zaplacením, kompensací, vzdáním se, konfusí atd. Hypoteka na pozemku trvá však tak dlouho, až z veřejných knih se vymaže.³⁴⁾ Aussez prohlašuje však za bludné omo mínění, že dlužník může již zaplacenou, ale nevymazanou položku témuž nebo jinému věřiteli za jinou pohledávku poskytnouti. Takové řešení priority je tabulárnímu zákonu úplně nezná-

³²⁾ ZRG, 1834/2, II, 24 a násl. Franz Johann Kopecky, Ueber das Rechtsverhältnis der Hypothekargläubiger bey nothwendigen gerichtlichen Feilbiethungen unbeweglicher Güter und über das jus offerendi.

³³⁾ ZRG, 1846/1, 185 a násl. Franz Johann Kopecky, Die Berechtigung des Hypothekarschuldners bei oder nach der Zahlung der Forderung über die nicht gelöschte Hypothek zu verfügen.

³⁴⁾ Dr. F. S. Aussez, Darstellung der Landtafel- und Grundbuchsordnung, Wien u. Klagenfurt, 1847, 313 a násl.

mé a dle manipulačních předpisů vůbec neproveditelné. Položka sestává z pohledávky věřitele, zástavního práva ku pojištění této pohledávky, a chce-li se ještě, z přednostního práva věřitelova před všemi zadními věřiteli. Položka je tedy agregát práva věřitelského, a nic na ní nelpí, čím by dlužník mohl disponovati. Nemá žádného aktivního podílu na položce a kvitance nedává mu žádného jiného práva, než aby položku vymazati dal.³⁵⁾

Na Kopeckého odvolává se také Unger. Závěrečná věta v § 469 o. z. o. (Ein Hypothekargut bleibt solange verhaftet), jak se zdá, nevztahuje se na poměr k třetím osobám. Vyvozuje se z ní právo dlužníka, aby nevymazanou hypoteku na sebe převedl a pak pro pohledávku, stejně velkou s pohledávkou vyrovnanou, jinému věřiteli postoupil.³⁶⁾

Ze spisovatelů o knihovním právu prohlašuje Klepsch hypotekámí pohledávky za zvláštní tabulární objekty, o jejichž převodech, zástavách a výmazech platí obecné předpisy jako o nemovitých věcech.³⁷⁾ Zánik práva zástavního rovná se v podstatě zániku práva vlastnického. Vyrovná-li se pohledávka, odpadne osobní povinnost dlužníka a zároveň i důvod pro další trvání práva zástavního. Než knihovní právo zástavní nepřestává, pokud zánik osobní pohledávky v knihách se neprovede. Zánik hypotekární pohledávky předpokládá zánik pohledávky a výmaz dlužního listu z knih. Pokud hypotekámí pohledávka není vymazána, může, ač byla držitelem hypoteky zaplacená, přece právoplatně zavazena a dále býti postoupena. Držitel hypoteky jako takový bude nucen, aby se opětovně práva placení ze statku podrobil.³⁸⁾

³⁵⁾ L. c., 273.

³⁶⁾ Dr. Joseph Unger, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Königreich Sachsen, Wien, 1853, 252. Unger ve svém systemu (Dr. Joseph Unger, System des österr. allgem. Privatrechts, I, Leipzig, 1856, 531/78) považuje pohledávku pro třetí osoby za fingoanou a z té příčiny trvá i pro ni zástavní právo. Ve svých přednáškách z r. 1868 však již zastával náhled, že pro rak. právo hypoteka svůj obecnoprávní akcesorní charakter principiálně ztratila, ačkoli zákonník nebyl si tohoto stanoviska vědom a neprovedl ho také důsledně (GZ., 1868, 102/2, Aus den Vorlesungen des Prof. Unger, Die materielle Seite des Instituts der öffentlichen Bücher).

³⁷⁾ Dr. Adolf Klepsch, Das österreichische Tabularrecht, Prag, 1862, 35.

³⁸⁾ L. c. 95.

Obzvláštní význam pro naši otázku a formulaci práva knihovního má Krainz. Seřaduje náhledy, o věci projevené, do tří skupin. Buď se považuje zástavní právo po přísně římském způsobu za právo akcesorické, anebo zapsaná pohledávka za právo vázané (gebundenes Recht)³⁹⁾ nebo zástavní právo za samoostatné, na pohledávce nevisící. První náhled odporuje zákonu (§§ 445, 455, 469). Byl již Winiwartrem podrobně vyvrácen a sotva má někde ještě stoupence. Třetí náhled podle zkušeností ve právech cizích musí se prohlásiti za nejlepší. Musí býti cílem příštího rakouského zákonodárství, nemá-li je cizina zcela předstihnouti. Dosavadnímu rakouskému právu odpovídá však náhled druhý. Dle něho nemůže knihovní právo zástavní bez pohledávky ani vzniknouti, ani trvati, ani se zaváděti.⁴⁰⁾ Přes to musíme Krainze zařaditi do této skupiny. Uvádí v témže článku na jiném místě, že slovo »Tilgung« v § 469 o. z. o. nemůže se pojímati jako absolutní zrušení hypotekární pohledávky, nýbrž jenom jako skutečnost, která sice při nezapsaném dluhu jeho skutečné zrušení způsobí, ale při dluhu zapsaném pouze nárok na toto zrušení založí. Knihovně váznoucí pohledávky nabývá i ten, kdo své nabytí na důvěře v knihy pozemkové nezakládá. Než žalobě jeho stojí nárok na zrušení jako exceptio in cessu.⁴¹⁾ Konfusi knihovní právo nezanikne. Majitelský papír vrací se do rukou dlužníka a vychází z nich, jako by se konfuse ani nebyla stala. Indosací může směnka na dlužníka a od něho zase na jiného přejíti. Důsledkem toho musí se i přepsání intabulované pohledávky na jméno dlužníkovo a s něho zase na třetího připustiti. Předpisuje-li § 1446 o. z. o., že knihovní právo konfusi nezanikne, nelze z něho vybrati nějaký zužující výklad, jako by to při zapsaných pohledávkách nebylo možno. § tento, odvolává se na § 469 o. z. o., má i hypoteku na zřeteli. Trvá-li tato i po konfusi, musí to po rakouském principu akcesority platiti také o pohledávce. Či měl by hypotekární věřitel, jenž se stane dědicem svého dlužníka, proto svého práva na cessu býti zbaven? Kdyby se mělo tomu přisvědčiti, mejen proti znění zákona, i proti

³⁹⁾ O Krainzově nauce o »vázaných právech« viz G. Z. 1868, č. 95 v jeho článku Das leitende Princip der bürgerlichen Rechte.

⁴⁰⁾ G. Z. 1869, č. 14. Dr. Joseph Krainz, Das leitende Princip der bürgerlichen Rechte.

⁴¹⁾ L. c. č. 26, 31.

povaze věci by se jednalo. Krainz má proto za to, že dlužník, který platí, má na vůli, zda chce žádati kvitanci nebo cessu, aby si dal v tomto posledním případě přepsati pohledávku na sebe a pak na někoho jiného. Dostane-li se mu kvitance, nemůže ovšem, jak dle některých práv možno, pohledávku na sebe dáti přepsati. To je jediný význam dv. dekr. ze dne 22. dubna 1825 č. 2090 sb. z. s. Komu nebyla pohledávka cedována, nýbrž prominuta, nemá ničeho, co by dále postupoval. Proti podobnému rozhodování věci uvádí se často t. zv. právo na vzestup (Vorrückungsrecht) pozdějších věřitelů. Právo toto není však vůbec žádným právem. Je pouze následkem výmazu předchozích položek. Druhá položka musí se státi první, odpadne-li tato první. Některý žalobní nárok na to, aby předchozí položka odpadla, zadní věřitel nemá.⁴²⁾

Krainz je si také důsledný ve svém systému rakouského soukromého práva, které po jeho smrti L. P f a f f obstaral. Akcesorický zánik práva zástavního (§§ 469 a 1446 v.-s.-o.) dává nárok na výmaz. Vyrovnaná, ale nevymazaná pohledávka může hypotekárním dlužníkem učiněna býti působnou na prospěch dřívějšího nebo nového věřitele.⁴³⁾ Stanovisko Krainzovo je již v II. vydání Pfaffem rozváděno. Zaplacením nebo vyrovnáním zapsaná pohledávka nezaniká. Povstává jen nárok na výmaz a na to, že nebude se vymáhati. Vráti-li se tedy, co bylo zapláceno, může se státi zase působivou a stejně může i při konfusi nabytí své dřívější účinnosti.⁴⁴⁾

E h r e n z w e i g v novém vydání Krainze se od něho poněkud odchyluje. Vyrovnaná pohledávka dle § 469 o. z. o. znamená, že pohledávka materiálně zanikla, formálně však trvá. Materiální zánik znamená, že zástavní věřitel nemůže pohledávku vymáhati a naopak že může vlastník na její výmaz žalovati. Formální trvání pak značí, že se se zapsaným věřitelem jedná až do výmazu jako s věřitelem. Jako takový je též vůči soudu legitimován a oprávněn, aby hypotékou knihovně nakládal. Toto nakládání nabude plných účinků, pokud toho žádá zásada důvěry ve veřejné knihy. Formální trvání hypoteky znamená dále, že hypotekární

⁴²⁾ L. c. č. 26, 27.

⁴³⁾ Dr. Josef Krainz, System des österr. allgem. Privatrechts. Aus dessen Nachlass herausgegeben u. redigirt von Prof. Dr. L. Pfaff, II, Wien 1889, 125.

⁴⁴⁾ II, Aufl., I, Wien, 1894, 703 a násl.

dlužník může pohledávce již vyrovnané, ale nevymazané buď na prospěch dřívějšího nebo jiného věřitele dřívější působnost zjednat. Pohledávka, která byla již zaplacená nebo prominuta, může vrácením zaplaceného atd. v plném objemu se státi účinnou, aniž by zadní věřitelé mohli proti tomu vznésti nějaké námitky.⁴⁵⁾

Krainz odůvodňuje také blíže svou theorii o vázaných právech. Mnohé dluhy váznou na pozemku již ze samého zákona. U jiných je potřebí umělého media, aby dle potřeby na pozemek byly připjaty. Toto medium je zápis. Dlužní poměr spojí se s pozemkem tím způsobem, že každý držitel stane se pasivním subjektem poměru, pokud držba jeho trvá. Krainz odvolává se tu na náhled Gerbra, Mittermaiera a Genglera o reálních břemenech. Uvádí však sám z rakouského práva příklady, kde myšlenka tato ještě rozhodněji vystupuje. Jsou to na př. demoliční reversy, reversy vlastníků vůči úřadům vojenským a veřejným, výměnky, renty pro vojenské svatební kauce atd. Zapiše-li se do veřejných knih nějaký obligační poměr, nikoli za tím účelem, aby se zástavní právo nebo jiné věcné právo získalo, nýbrž aby byl účinný proti kterémukoli držiteli, povstává tím vázaný dluh (gebundene Schuld). Zápisem nestává se tento dluh ani věcným, ani absolutním, nýbrž zůstává i nadále jen relativním právem vůči jisté osobě. Krainz zove takovýto dluh dle Meiboma a Gerbra dluhem reálním (Realschuld, obligatio rei). V dluh reálním může se přeměnit dluh každý, pokud jej může plnit každý vlastník. Připouští-li zákonodárství jen některé případy, vysvětluje se to tím, že věc přišla jen příležitostně, nikoli jako uzavřená jednota.⁴⁶⁾ Reální dluh vzniká pouze intabulací. Bez ní nebyl by dluhem reálním. Obligační poměr ovšem existuje již před zápisem. Tímto zápisem spojí se pouze jeho pasivní stránka s pozemkem. Tím změní se také způsob, jak se dluh převádí. Forma převodní je proň charakteristická. S držbou statku přechází také dluh. Děje se tak, aniž by k tomu věřitel svolil.⁴⁷⁾ Reální dluh je s to, aby potrvál, i kdyby pozemek je opuštěn. Konfuse jeho výkon pouze zastaví. Zaplacení, kompensace, promlčení založí proti ně-

⁴⁵⁾ IV. Aufl. besorgt v. Dr. Armin Ehrenzweig, I, Wien, 1905, 869 a násl.

⁴⁶⁾ GZ, 1869, č. 29.

⁴⁷⁾ GZ, 1869, č. 30.

mu námitku, již ovšem proti tomu, kdo v důvěře v knihy pozemkové jedná, vznésti nelze.⁴⁸⁾

Exnerovi každý korektní knihovní akt je právním aktem formálním. Akt tento způsobí právní změnu sám. Jeho právní obsah odpoutává se od svého materiálního základu. Je samostatný sám sebou. Stav knihovní je stavem právním. Právo zástavní se zřídí, převede, změní a vymaže, jakmile se dotýčná dispozice ve správné formě v knihách objeví.⁴⁹⁾ Zástavní věřitel může svou vyrovnáním již zaniklou pohledávku platně postoupiti a zastaviti. »Knihovní vlastnictví« k pohledávce stačí vůči poctivému nabyvateli, aby mu platně mohla býti zastavena.⁵⁰⁾ Normami §§ 469, 1443 a 1446 o. z. o. dokumentuje se hluboká propast mezi mimoknihovním a knihovním právem zástavním. Mimoknihovní je akcesorní podle obecnoprávní teorie. Zápis knihovní zástavní práva zakládá a »contrarius actus« (výmaz) je ničí. Až do té doby trvá.⁵¹⁾ Vyrovnání zástavního dluhu zařazuje proto Exner ve své monografii o rakouském právu zástavním do rubriky »Löschungstitel«.⁵²⁾ Zástavní dluh netvoří přímo a přísně právně vzato ani vůbec obsah knihovního práva zástavního. Je mu pouze důvodem. Je jeho materiální causa a tím také míra jeho obsahu. Kdo vznese nárok na hypotekární uspokojení při rozvrhu nejvyššího podání, nevystupuje jako věřitel, nýbrž jako hypotekář. Nemusí ani dokazovati, ba ani tvrditi, že dluh zástavní trvá. Jeho odpůrce zmaří však jeho nárok, dokáže-li, že dluh zanikl, poněvadž z toho prima facie plyne, že přestal právní důvod, aby se zástavní právo dále držeti mohlo. Plyne to »prima facie«, poněvadž z jiného důvodu může zástavní právo trvati dále. Stane se tak, substituuje-li se mezi stranami místo vyrovnaného dluhu dluh jiný. Při nové nedalo by se zástavní právo na novou

⁴⁸⁾ GZ, 1869, č. 31.

⁴⁹⁾ Dr. Adolf Exner, Das Publizitätsprinzip, Wien, 1870, 70 a násl. Viz od téhož D. H. V., Das österreichische Hypothekenrecht, Leipzig, 1876, I, 83. Srvn. Botho von Salpius, Novation u. Delegation nach römischem Recht, Berlin, 1864, 212: die obligatio verbis contracta ist ein von ihrem Rechtsgrunde unabhängiges Abstractum.

⁵⁰⁾ Exner, Das Publizitätsprinzip, 43.

⁵¹⁾ Dr. Adolf Exner, Das österreichische Hypothekenrecht, Leipzig, 1876, I, 46, 72.

⁵²⁾ L. c. II, Leipzig, 1881, 604 a násl.

pohledávku přenést, kdyby se hypoteka a dluh nedaly od sebe oddělit. Co je při novaci možno »uno actu«, musí ne méně býti možno při právních aktech, které za sebou následují.⁵³⁾ Konfusi podle § 1446 o. z. o. nevzejde vlastníkově-hypotekáři žádný zvláštní titul výmazný. Máť ve své dvojí vlastnosti právo, aby hypoteku zrušil anebo jí dále nakládal. Nějaký titul výmazný nevzejde ani zadním hypotekářům, poněvadž tito ani při zaplacení přední pohledávky nejsou oprávněni, aby za výmaz její žádali.⁵⁴⁾ Vlastníkově hypotece slouží v rak. právu výhrada pořadí. Na své jméno vlastník hypoteku přepsati si nemůže. Dílčí dlužní úpisy, pojištěné zástavním právem, tvoří však vlastníkovu hypoteku, pokud nevejdou v oběh. Totéž platí o železničních prioritách. O poměru vlastníka k hypotece při konfusi jedná Exner pod rubrikou »Rechtlich zufällige Konfusio«, o poměru jeho k hypotece po zaplacení pod rubrikou »Konfusio durch Einlösung«. Těžký problém rak. práva, jak je to možno, že pohledávka konfusi pomíjí a přeče dle § 1446 o. z. o. zase na jiného převedena býti může, řeší Exner dosti uměle. Nelze tu mluvit o obmyslném nabývání. Takové je jen tehdy možno, jde-li o újmu práva některé osoby. Zde však o žádné újmě nemůže býti řeči. Postoupí-li věřitel pohledávku na plátce, nevzejde mu z toho újma, ale prospěch. Plátce pak postupem na jiného vytvoří vždy jen právo proti sobě. Okruhu cizích práv se nedotkne. Cedovaná pohledávka zanikla zaplacením a nemůže nikdy více se vzkřísit. Jen zástavní právo se zachovává, aby sloužilo nové pohledávce, která se pro »cessionáře« zřizuje. Ve skutečnosti je zde tedy jen hypotekární succe, která, poněvadž rak. právo tohoto ústavu nezná, musí se odít v roucho cesse.⁵⁵⁾ Při dražebním rozvrhu má materiální právo volný průvod. Vlastník jako hypotekář musí výjít na prázdno.⁵⁶⁾

Jak již z Exnera vidno, dala se právnická literatura rakouská směrem romanistickým. Brali se jím zejména ti, kdož zápis

⁵³⁾ L. c. II, 613 a násl.

⁵⁴⁾ L. c. II, 627 a násl.

⁵⁵⁾ L. c. II, 663 a násl.

⁵⁶⁾ L. c. II, 670, 674. Exnerovu náhledu při recensii jeho spisu odporuje Fuchs, Jur. Bl., 1881, č. 31 hroze docela trestním zákonem tomu, kdo by si dal zaplacenou pohledávku postoupiti. Jen superkondicent je bez trestu.

jako formální akt zcela zamítali. Tak zvláště R a n d a. Podle něho nemá zápis jiné funkce než tradice nebo jiný způsob nabývací podle římského práva. Zápis není žádným formálním aktem ve smyslu nové pravovědy. Nezakládá žádného práva. Je pouze článkem v řetěze skutečností, kterých je ku nabytí práva potřeba.⁵⁷⁾ Pojímání tabulární akt jako akt formální není historicky ani dogmaticky správné.⁵⁸⁾ Historicky kladlo již obnovené zřízení zemské (P XXI) a novela declaratoria (Pp. 21) důraz na bezelstnost nabyvatele,⁵⁹⁾ a český deskový patent z r. 1794 (§ 1) zakládal zápis na listinách, které dosvědčují správnost zápisu.⁶⁰⁾ Západohaličský zákonník pojímal knihovní zápis pouze jako materiálněprávní důvod nabývací. Zásady jeho převzal také občanský zákonník.⁶¹⁾ Také knihovní zákon ze dne 27. července 1871 nezná intabulace jako formálního aktu.⁶²⁾ Knihovní zápis práva sám o sobě, nehledíc ku jeho materiálněprávnímu základu, ani nezakládá, ani nemění, ani neaničí. Ochrana publicity nejde bezelstnému nabyvateli povždy a bez výjimky k dobru, nýbrž jen tehdy, kdy právo, materiálně a formálně založené, skutečností, z veřejných knih neznámými (§§ 469, 469, 527, 1500) se zruší anebo přemění.⁶³⁾ V cit. §§ našla ochrana bezelstnosti svůj výraz. Zastaralé znění §u 469 o. z. o., postrádajíc zmínky o bezelstnosti, zůstalo z přehlédnutí nezměněno.⁶⁴⁾ Zaplacením, uplynutím času, konfusi atd. právo zástavní zaniká.⁶⁵⁾ Randa zaujímá proto stanovisko, že rak. právo vlastníkovy hypoteky nezná.⁶⁶⁾

D a v i d přiznává docela zadním věřitelům právo, aby materiální zánik formálně ještě trvajících hypoteky žalobou na její výmaz prováděli. Tomuto žalobnímu právu zadních věřitelů nestojí v cestě právo vlastníkové, aby disponoval hypotekou ma-

⁵⁷⁾ GZ, 1871, č. 39. R a n d a, Das Publicitätsprincip.

⁵⁸⁾ GZ, 1871, č. 42.

⁵⁹⁾ GZ, 1871, č. 37, 1872, č. 33.

⁶⁰⁾ GZ, 1871, č. 42.

⁶¹⁾ GZ, 1871, č. 42.

⁶²⁾ GZ, 1872, č. 35.

⁶³⁾ GZ, 1876, č. 94.

⁶⁴⁾ Dr. Anton R a n d a, Das Eigenthumsrecht, I, Leipzig, 1893, 541, č. 1. Bezelstný nabyvatel práva na vkladu původně neplatném nabývá ho za podmínek § 61 kn. z., I. c. 342.

⁶⁵⁾ GZ, 1871, č. 39, Randa, Eigenthumsrecht, 547.

⁶⁶⁾ R a n d a, Eigenthumsrecht, 548.

teriálně neúčinnou anebo místem, které zaujímá. V rak. právu není o tom předpisu a ze zásady publicity nedá se právo toto odvozovati. Toliko sjednotí-li se právo zástavní s vlastnictvím, je zde výjimka. Princip publicity způsobuje i tu, že hypoteka až do výmazu formálně trvá. Spojení toto dává pouze vlastníkovu právo, aby výmaz hypoteky provedl. Neuzije-li tohoto práva, odpočívá hypoteční právo, pokud pozemkové vlastnictví a hypoteka jsou v jedné osobě spojeny. Nabývá zase působnosti, rozjednou-li se, buď že pozemek se zcizí anebo hypoteční právo převede. Proti výmazné žalobě zadních věřitelů je vlastník tím chráněn, že hypoteka sjednocením materiálně nezanikla, nýbrž jen v klid se dostala, z něhož může do plné působnosti přijíti, zruší-li se spojení. Trvá-li sjednocení při dražbě, nemůže se hypoteka vlastníkem prováděti, poněvadž nikdo jako věřitel nemůže hledati zaplacení sám u sebe.⁶⁷⁾

Horlivým průkopníkem vlastníkovi hypoteky v rak. právu byl Strohal. V nazírání na knihovní zápis stál však na stanovisku Randově. Zápisem vytvoří se jistý právní stav jen tehdy, jsou-li zde formální a materiální podmínky. Princip publicity pak způsobí, že tabulární stav považuje se za správný, jakoby se od skutečného právního stavu ani neodchyloval.⁶⁸⁾ Zaplacením pohledávky a konfusí zaniká proto právo zástavní, ale vlastník jest podle §§ 469 a 1446 o. z. o. oprávněn, aby zástavním místem (Hypothekarposten) dále disponoval. Dokládá tento svůj náhled příbuzností §u 1446 o. z. o. s § 52 dodatku k pruskému L. R. z 11. dubna 1803. § 1446 o. z. o. v západohaličském zákonníku ještě scházel a během prvního čtení byl vsunut. Příbuznost tuto potvrzuje i nápadná podobnost § 1443 o. z. o. s § 53 cit. dodatku o kompensaci. Rak. právo nemá sice předpisu, že se může díti výmaz pouze na návrh vlastníka, ale nemá také předpisu, že se může státi na jednostranný návrh hypotekáře. Věc proto třeba rozhodnouti podle pozitivní povahy věci.⁶⁹⁾ Třeba by rak. právo pozitivních předpisů o disposičním právu vlastníkově uprázdně-

⁶⁷⁾ GZ, 1879, č. 2, Dr. Hugo von David, Studien zum österr. Hypothekenrecht.

⁶⁸⁾ Emil Strohal, Zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien. Graz, 1876, 3 a násl., Jenaer Literaturzeitung, 1877, 168.

⁶⁹⁾ Strohal, Die Prioritätsabtretung nach heutigem Grundbuchrecht, Graz, 1880, 49 a násl.

nými hypotekami (erledigte Hypotheken) nemělo, není mu přece právo toto cizí. Je-li vlastník osobním dlužníkem, nezpůsobí konfuse zániku hypotekárního práva. Vůči jistým osobám jeví se sice pohledávka jako uspokojena. Účinky tyto nevzcházejí však vůči zadním věřitelům. Tito nemají žádného práva na to, aby přední hypoteka kryta byla z jiného fondu než z užitků statku nebo výtěžku dražebního podání. Slova §u 469 o. z. o., že i po vyrovnání dluhu zůstává statek zavazen, nemohou míti smyslu, že zůstává zavazen pro zaplaceného věřitele nebo pro třetí osoby, které zápisu věří. Smysl slov těch je jedině, že zůstává zavazen pro vlastníka. Cesse, kterou si od zaplaceného věřitele na sebe vydáti dává, není vlastně žádná cesse. Je to listina, která skýtá vlastníkovu formální legitimaci k tomu, co mu již materiálně beztak přísluší. Právo vlastníka, který pohledávku vyplatí, je při rozvrhu nejvyššího podání totéž, jako při § 1446 o. z. o. Bude mu náležeti i z hypotek, které povstaly pro neplatné pohledávky. Stejně bude dle § 61 kn. ř. ve svém knihovním právu porušen jen vlastník. Neplatnost může vždy zhojena býti potomně. Vlastník může také neplatného hypotekáře k tomu přiměti, aby mu své právo postoupil a může jím pak dále nakládati dle své vůle. Je-li toto disposiční právo dosti silné, aby zadní hypotekáře až do exekuční draby zadržovalo, nelze pochopiti, proč by toto zadržování nemělo zde býti i v době dražebního rozvrhu.⁷⁰⁾

Krasnopolski⁷¹⁾ stojí na historickém základě rak. knihovního práva. Cituje nov. decl. Ee XIV. Co bylo deskami založeno, může jen zase deskami býti zrušeno. Zásadu tuto zachoval Codex Theresianus. Redaktoři obč. zákonníka záměnou slov »Hypothekargut« a »Hypothek«⁷²⁾ ničeho nezískali. Při § 469 o. z. o. třeba činiti rozdíl mezi právem, které možno realizovati a právem, které »ope exceptionis« může se zvrhnouti. Jen to první mohli redaktoři míti na mysli. Toto právo nemůže, když dluh hypotekárního věřitele byl vyrovnán, někomu býti postoupeno. Uznává-li prakse převod zaplacených hypotek za platný, má spíše za to, že vyrovnáním dluhu hypoteční právo materiálně

⁷⁰⁾ Centralblatt (CB), 1883, 261 a násl. Strohal, Die Eigenthümer-Hypothek im österreichischen Recht.

⁷¹⁾ Grünhuts Zeitschrift, (GrZ) 1881, 522 a násl. Dr. H. Krasnopolski, Zur Lehre von der Prioritätsabtretung nach österreich. Recht.

⁷²⁾ Strohal, Die Prioritätsabtretung, 53.

nezaniklo, a že jeho bezúčinnost pouze držitel hypoteky a jeho universální nástupce může namítati, než aby v tom viděla nějaké právo vlastníkovo. Krasnopolski má za to, že vyrovnání dluhu žádné absolutní, nýbrž jen relativní bezúčinnost způsobuje. »Das Hypothekargut bleibt verhaftet« znamená ničeho jiného, než že právo zástavní trvá tak dlouho, až atd. Nesmí se také přehlédnouti, že by se z § 469 o. z. o. mohlo souditi na trvalé dispoziční právo hypotekárního věřitele o zaplacené, ale nevymazané pohledávce. Než mezi hypotekou, která tu potrvává, není tu ještě žádného spojení s právem dlužníka, aby hypotekou touto nakládal. Toto své stanovisko proti vlastníkově hypotece rozvádí Krasnopolski ještě ve zvláštní stati. Je celkem jen polemická. Obačí se proti těm, kdo ji z rakouského práva svízelně chtěli konstruovati, zvláště proti Strohalovi. Z §u 1446 o. z. o. neplyne nic jiného, než co plyne z § 469 o. z. o. Vyrovnání pohledávky účinkuje na hypoteku stejně jako konfuse. § 469 o. z. o. stanoví, jaký význam má vyrovnání pohledávky. Tento význam měl v § 249 II. záp. hal. obč. zákonníka a měl jej i v osnově obč. zákonníka. Nenabyl významu jiného, když později připojen byl teprve § 1446 o. z. o.⁷³⁾ S Krasnopolskim o vlastníkově hypotece v rak. právu souhlasil i Burckhard.⁷⁴⁾ Steinlechner shrnuje všechnu rak. literaturu o vlastníkově hypotece. Literatura tato snaží se rozvinouti zákonné zárodky hypoteky na vlastní věci, aby dala jistý základ kolísavé judikatuře. Z odpůrců vlastníkovy hypoteky stojí prý (Krasnopolski na stanovisku, které třicet let před tím zastával Kopetzky.⁷⁵⁾

Sernec⁷⁶⁾ ohražoval se proti předloze konversního zákona, která r. 1886 v panské sněmovně byla předložena. Otřásá občanským právem. Posavad platila podle § 469 o. z. o. zásada, že vyrovnáním dluhu právo zástavní zaniká, a že tedy věřitelé zapsaní

⁷³⁾ Grünhuts Zeitschrift, 1884 (II), 43 a násl., Dr. Horaz Krasnopolski, Zur Lehre von der Eigenthümerhypothek im österr. Recht.

⁷⁴⁾ Dr. Burckhard, System des österr. Privatrechts, III, Wien, 1889, 363.

⁷⁵⁾ Kritische Vierteljahresschrift für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 26, 1884, Steinlechner, Uebersicht der neueren Literatur über die Hypothek an eigener Sache nach österr. Rechte.

⁷⁶⁾ Gerichtschule (GH), 1886, č. 12, Dr. Johann Sernece, Die Novelle zum Grundbuchsgesetze.

za intabulosovou položkou pořadem do předu postupují. Jediná výjimka platila pro třetího bezelstného nabyvatele. V jednání obmyslného nabyvatele zaplacené pohledávky musil by soud podvod spatřovati. Sernece chválí novelu, že přiznává zadním věřitelům právo, aby popírali likvidnost položek předchozích. Právo toto musí býti jiné než z důvodu vyrovnání dluhu, poněvadž by jinak novela nesměla ani povstati. Dle jejího hlavního účelu přestane platiti zásada, že vyrovnáním dluhu zástavní právo zaniká. Dosavad soudy rozhodují, že zadním věřitelům vůbec ani právo nepřísluší, aby se o likviditě předchozí pohledávky vyslovili, neřku-li, aby i zvláštní žalobou mohli ji popírat.

Fleischer⁷⁷⁾ vyslovuje se pro germanistický směr, dle něhož hypotekární dlužník hypoteky na vlastní věci nabývá. Tento směr má znění zákona, potřebu praxe a většinou i judikaturu pro sebe. Není-li tato jista, mělo by se zákonem vysloviti, že hypotekární dlužník má právo, aby knihovní pořad vyrovnané, ale nevymazané položky jiné pohledávce mohl poskytnouti. Tím by se nac nového nevytvořilo, než co se již děje. Jen pochybnostem učinil by se konec. Vůči nadějím zadních věřitelů cituje Fleischer případná slova rozhodnutí ze dne 20. května 1880: Počítá-li věřitel ještě s jinými okolnostmi než s pozemkovou knihou, na př. s tím, že pohledávka bude nebo byla již zaplacená, nedbá pevného základu, na němž hypotekární úvěr spočívá. R. 1890 hájí dr. Wilhelm Hacker v přednášce své v něm. právn. spolku v Praze názor, že zadní věřitelé žádného práva na vzestup nemají. Tento vzestup je odvislý od předchozího výmazu, jsa následek okolnosti, že zástavní právo se vztahuje na celý objekt. Zadní věřitelé nemají práva, aby předchozí položce odporovali. Právo toto přísluší jim pouze při rozvrhu dražebního výtěžku.⁷⁸⁾

Právo zástavní předpokládá sice platnou pohledávku (§ 449). Předpoklad ten vztahuje se však pouze na vznik práva zástavního, vykládá Schiff.⁷⁹⁾ Podle rak. práva neexistuje proto žádná původní vlastníkovy hypoteky. Později může však bez pohledávky existovati. Její existence je hypotetická. Závísí na podmínce,

⁷⁷⁾ GH, 1886, č. 23, Dr. V. Fleischer, Zu § 469 a. b. G. B.

⁷⁸⁾ Jurist. Vierteljahrschrift, VI (1891), 173 a násl.

⁷⁹⁾ Zeitschrift für Volkswirtschaft, Socialpolitik u. Verwaltung, 1893/II, 519, Dr. Walter Schiff, Die Convertierung der Hypothekarschulden und das österr. Civilrecht.

že ještě před exekucí na místo dřívějšího odpadlého dluhu nový platný dluh vstoupí. Kdyby z formálního trvání hypoteky neplynuly právnícké důsledky, byl by § 469 o. z. o. prázdnou tautologií. Pokud hypoteka není vymazána, trvá v pozemkové knize. Taková plochosť výrazů nemůže být od žádného zákonodárce očekávána a tím méně od redaktorů občanského zákonníka. Na bezelstné nabytí nelze zaniklou hypoteku obmezovat. Při § 1446 o. z. o. nemůže se ani na takovéto nabytí mysliti. Nemělo by to smyslu, kdyby směla hypoteka přes nastalou konfusi dále trvati. Je-li osoba vlastníková s osobou věřitelovou totožná, nemohlo by se právo zástavní v nezalostí, že nezaniklo, nabytí. A přece se stává toto právo plně účinné, zruší-li se později sjednocení věřitele a dlužníka. Autor hlásí se ke Krainzově teorii o vázaných právech. Civilněprávní akty nestačí ku jich vzniku, změně a zániku. Jsou jen jejich titulem. Musí dojít ke skutečnosti, na které je právo vázáno. Tou jest u knihovního práva knihovní zápis. Stejně děje se tak při papírech na řád. K aktu civilněprávnímu je potřebí ještě odevzdání papíru. Vlastníku nestojí nic v cestě, aby hypoteku na sebe přepsati dal. Hypoteka tato nezaniká konfusi a může se dalším převodem ku krytí nového úvěru použiti. Jen osobní dluh zanikne, pojišťuje-li jej hypoteka. Hypoteka pak trvá, pojišťuje-li dluh cizí. Vlastník může ji také proti někomu třetímu likvidovati. Vlastníková hypoteka v této obměně je nutný důsledek tabulárního principu a pojmu rak. práva zástavního.⁸⁰⁾

Fischer-Colbrievovi je směrodatným princip publicity. Z něho plyne stav nejistoty v případech §§ 469 a 1446 o. z. o. Zákonodárce stanovil tyto předpisy pro poctivé nabyvatele proti vlastníkovu zavazeného statku. Proti němu směřuje jejich hrot. Jsou daleky toho, aby vlastníkovu samému nějaké právo poskytovaly. V §§ 469 a 1446 o. z. o. nelze tedy spatřovati pravou vlastníkovu hypoteku. Přes to znění těchto §§ umožňuje stranám, aby vyrovanou, ale nevymazanou hypoteku na novém dluhu založily anebo dalším převodem jí novou účinnost zjednały. Předpis, který by to zapovídal, neexistuje. Platný dluh musí tu býti aspoň v době exekuce (§ 449).⁸¹⁾ Založení nového dluhu

⁸⁰⁾ L. c., 522, 523 a násl.

⁸¹⁾ GZ, 1901, 242, Dr. Eduard Fischer-Colbrie, Zur Frage der Anfechtung von Hypotheken durch Nachhypothekare.

připouští obdoba novace. I další převod je při konfusi beze všeho možný. Při §u 469 o. z. o. pomocí cesse, kterou dlužník hypoteku na sebe nebo snad na osobu třetí převede. §§ 469 a 1446 o. z. o. neskýtají však možnosti, aby vlastník hypoteku na sebe převést dal anebo ji při exekuci prováděl.⁸²⁾ Založí-li se dluh na nové hypotece, nelze to knihovně vykonati. Hypoteka se tu ani nenabývá, ani nepřevádí, ani nezrušuje. Při hypotekární žalobě a při dražebním rozvrhu provádí ovšem hypotekární věřitel nárok, který na místo zaniklé pohledávky nastoupil.⁸³⁾ Na úvěrní hypoteky se toto právo vlastníkovu nevztahuje. Zadní věřitelé byli by jimi ve své důvěře a ve svém počtu pravděpodobnosti zklamáni.⁸⁴⁾

Demeliovi zaniká právo zástavní pouze výmazem, ne vyrovnáním pohledávky a ne konfusi.⁸⁵⁾ Systemu pevných míst (locusovy teorie) rak. právo však nezná. Zadní věřitelé naopak postupují v přední místa zaplacených věřitelů, která se uprázdnila. To děje se však jen tehdy, pokud vlastník položkou (obnova hypoteky) nenaložil, dále jí neodevzdav. Toto disposiční právo má potud, pokud položka není vymazána. Práva zástavního na své vlastní věci však nemá. Nemůže hypoteku na sebe dáti přepsati a při rozvrhu nejvyššího podání nárok na jeho přiděl vznésti. Hypoteka vznikne vlastníkovu přirozeně při konfusi, pokud není osobním dlužníkem, a pohledávka osobní tedy nezanikne. Zde přísluší vlastníkovu nejen právo, aby hypoteku dále prováděl, nýbrž také, aby ji při rozvrhu dražebního výtěžku uplatňoval a důsledně tedy aby si také na sebe přepsati dal.⁸⁶⁾

Adler⁸⁷⁾ klade pro platnost tabulárního aktu jako podmínku, aby byly tu všechny materiální náležitosti jeho platného vzniku. Jakmile se tak stane, je pak prost všech materiálních vlivů. Hypoteku proto nezmaří ani konfuse, ani vyrovnání pohledávky. Rak. právo nezná sice dluhu pozemkového. Jakmile však jednou hypoteka za některou pohledávku povstane, odpoutá se ve

⁸²⁾ L. c., 252, 268.

⁸³⁾ L. c., 269.

⁸⁴⁾ L. c., 270.

⁸⁵⁾ Dr. E. Demelius, Grundriss des Sachenrechts, Leipzig, 1900, 58, 59.

⁸⁶⁾ L. c., 67.

⁸⁷⁾ Dr. Emanuel Adler, Das Publicitätsprinzip im österreichischem Tabularrechte, Wien, 1899, 94 a násl.

svém dalším trvání tou měrou od pohledávky, že hypoteka trvá dále, byť i pohledávka zajde. Hypoteka ručí ipso iure vždy ještě nejen za původní sumu, nýbrž také za původní pohledávku, ať již byla vyrovnána nebo ujednáním stran novou nahrazena. Zrušovací důvody materiální mohou hypoteku ipso iure trvajíc, nejvýše jen ope exceptionis zbaviti síly. Důvody tyto mají jen obligační účinek mezi zúčastněnými. Proti třetím osobám lze je jen tehdy vznésti, pokud proti nim exceptio dolí může platiti. Námitka zaplacení může také replikou býti vyvrácena, byla-li zaplacená suma zase zpět vrácena nebo založily-li strany hypoteku novou pohledávkou, anebo byla-li s vůlí a vědomím dlužníka hypoteka, ač pohledávka byla vyrovnána, někomu třetímu postoupena. Zadních věřitelů se to nedotýká. Zabrání se tím pouze, aby zlepšili své postavení, kdyby hypoteka byla vymazána. Na toto zlepšení však nemají práva. Kdyby se tvrdilo nějaké právo zadních hypotekářů na vzestup, nemělo by žádného zákonného podkladu. Přednost hypotek řídí se tabulárním stavem. Teprve, odpadne-li hypoteka předchozí, vzestupují zadní hypotekáři sami sebou. § 469 o. z. o. sám to nezpůsobí. Dle něho ke zrušení hypoteky vyrovnání pohledávky nestačí. Hypoteka zůstává jím nedotčena. Trvá po právu i mezi stranami, mezi nimiž vyrovnání bylo provedeno. Vyrovnání a nárok z něho na výmaz mohou strany zase odstraniti, sjednajíce mezi sebou, aby stará hypoteka za novou pohledávku vázla. Ale i když se ujednání toto nestalo, může hypoteka od samotného věřitele aneb od něho s vědomím a svolením dlužníka na jiné osoby převedena a jimi právoplatně býti nabyta, ať o vyrovnání věděly anebo nevěděly. § 469 o. z. o. jde tedy dále než pruský L. R. I. 20, § 522, který se s tím spokojuje, že jen chrání dobrou víru osoby třetí, která vyrovnané, ale nevymazané pohledávky nabývá. Potomní nabyvatel takovéto hypoteky musil by si ovšem i podle rak. práva námitku dáti líbiti a ve výmaz hypoteky svoliti. Po vyrovnání pohledávky netrvá právo zástavní i s pohledávkou dle § 469 o. z. o. jako fikce. Odpovídá tomu jeho znění, že trvá až do výmazu. Pohledávka vyrovnáním zaniká definitivně. Co trvá, je hypoteka. Jen hypoteka se také třetími osobami nabývá a jimi také převádí. Pohledávka má jen ten význam, že žalobu funduje a objem práva zástavního ohraničuje.

Právo na vzestup neustančvil ani čl. XXVIII. uvoz. zák.

k ex. ř. Jeť nárok dle tohoto čl. omezen na právo exekuční a provádí pouze právo vlastnicko. Dohodou vlastníka s dlužníkem může toto právo býti zrušeno.

Podle Brucka⁸⁸⁾ opakuje § 469 o. z. o. jenom myšlenku, kterou se projevuje princip publicity ve všech knihách pozemkových. Zánik zápisu může jenom jeho výmaz způsobiti. Jako vyrovnání obligačního práva nedotýká se hypoteky, nemá na ni vlivu také konfuse. Zadní věřitelé nemají žádného práva na vzestup. Nemohou žalovati na výmaz zástavního práva za zaniklou pohledávkou. Vlastník může jí však disponovati. Nemůže jí však dáti na sebe přepsati, kdyby i osobním dlužníkem nebyl. K tomu bylo by potřebí zvláštního zákonného předpisu. Cesse, které rakouská praxe používá, je jen prostředek z nouze, který vlastníkovu umožňuje, aby na svém vlastním pozemku hypoteku získal. Lze se vyhnouti povážlivé fikci, rozumí-li se vlastnickou hypotekou vlastnictví a nikoli hypoteka. Hypoteční list, jež má vlastník k dispozici, jest pak legitimačním papírem, který jej opravňuje, aby v mezích vyskytujících se závad provedl svou moc jako vlastník. Vlastnickova hypoteka zápasí v rak. právu ještě o zákonné uznání své existence. Jak tento zápas dopadne, o tom nemůže býti žádné pochybnosti. Ohled na hospodářské zájmy vlastnickovy musí jí dopomoci ku vítězství.

Nabytí nadzástavního práva na zaplacené pohledávce exekucí bylo leckdy posuzováno zvláště. Tak Kavčič⁸⁹⁾ nepřipouští při exekuci důvěry v pozemkové knihy. Nemůže se tato důvěra při ní uskutečniti. S Kavčičem souhlasí také Reinhold.⁹⁰⁾ O důvěře lze podle nálezu č. 8646 mluvit jen tehdy, odhodlá-li se někdo ku právnímu jednání jen vzhledem ku knihovnímu zápisu. Při exekuci takové důvěry není.⁹¹⁾ Novým exekučním řá-

⁸⁸⁾ Bruck, 58 a násl.

⁸⁹⁾ CB, 1887, 257 a násl., Dr. J. Kavčič, Executionsführung auf bereits gelegte Hypothekarforderungen.

⁹⁰⁾ GH, 1898, č. 28, 29, Dr. F. Reinhold, Zwei Executions-Fragen.

⁹¹⁾ GH, 1898, č. 42, 43, Dr. F. Reinhold, Rechtserwerb im Vertrauen auf das öffentliche Buch. Viz také jeho článek: Die Execution auf eine gezahlte, aber noch nicht gelöschte Hypothekarforderung, GH, 1900, č. 47. Proti tomu GZ, 1901, č. 23 a 24, Dr. Emanuel Adler, Die Execution auf getilgte, jedoch noch nicht gelöschte Hypothekarforderungen.

dem odůvodňuje toto vyloučení Weiskopf. Dle § 320 ex. ř. zapovídá se dlužníkovi, aby věřiteli platil. Touto záповědí se pohledávka zabaví. Není-li tu žádné povinnosti platební, nemůže býti nic zabaveno.⁹²⁾ Proti novému věřiteli může se s úspěchem vznést námitka zaplacení.⁹³⁾ Petschek⁹⁴⁾ naproti tomu soudí, že zabavení pohledávky třeba posuzovati dle dobré víry v knihy. Pro další stupně exekuce, příkázání ku vybrání nebo na místě placení nelze již nijak rozlišovati. Spočíváť obě na zabavení. Petschek hájí také právo vlastníka, aby vyrovnanou hypotekou disponoval. Šířit se stále více a více nauka, že zadní věřitelé musí trpěti, aby se začiklá závada zase obnovila.⁹⁵⁾ Také Suess⁹⁶⁾ se vyslovuje pro to, aby § 469 platil i pro nabytí exekučního práva nadzástavního. Téhož náhledu je také Schimm.⁹⁷⁾ Beisser⁹⁸⁾ považuje § 469 za výjimku z § 1394, která stámovena byla pro jistotu právního obchodu, zejména pro publica fides pozemkových knih. Naproti tomu jest Mayerovi⁹⁹⁾ převod zaplacené hypoteky na hypoteku s novou pohledávkou vůči knihovním věřitelům bez účinku. Tersch¹⁰⁰⁾ vykládá, že po zaplacení pohledávky zůstane v knihách jen stav (Zustand),

⁹²⁾ CB, 1901, 115 a násl., Dr. Emil Weiskopf, Die Execution in eine gezahlte, aber noch nicht gelöschte Hypothekarforderung.

⁹³⁾ GZ, 1901, č. 12, Dr. Emil Weiskopf, Erklärungspflicht nach § 301 C. P. Viz téhož: Der Umfang der executiven Forderungspfandrechtes v GrZ, 1901, 290 a násl.

⁹⁴⁾ Dr. Georg Petschek, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen nach österr. Rechte, I, Wien 1901, 43 a násl. Téhož mínění je také Adler, ač jeho náhled o tabulárních aktech vede ještě dále. Viz GZ, 1901, č. 23 a 24.

⁹⁵⁾ GZ, 1906, 287, Dr. Georg Petschek, Der Schutz der Nachhypotheken gegen die Konversion einer bereits getilgten Schuld nach dem neuen Regierungsentwurf eines grundbuchsrechtlichen Konvertierungsgesetzes.

⁹⁶⁾ GZ, 1909, č. 38, Dr. Emil Sness, Zur Frage der Auslegung des § 469 ABGB.

⁹⁷⁾ Jur. Blätter (JB), 1896, č. 25, 26, Dr. Schimm, Grundbuchsrechtliche Streitfragen.

⁹⁸⁾ GZ, 1918, č. 37, Dr. Moritz Beisser, Zur Frage der executiven Pfändung einer indebile haftenden bürgerlichen Forderung.

⁹⁹⁾ GZ, 1908, č. 7, Karl Mayer, Zur Frage des Umfangs des Pfandrechtes.

¹⁰⁰⁾ GZ, 1909, č. 22, Dr. F. Tersch, Zur Frage der Auslegung des § 469 ABGB mit Bezug auf die Judikatenbuchentscheidung Nr. 188.

zápis, poněvadž zástavní právo zaplacením zaniklo. Tento zápis nemůže se na nikoho přenést, poněvadž předmětem převodu jsou jenom práva. § 442 stanoví jasně i pro zástavní právo: nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet.

§ 9. Přípravy judikatury.

Tabulární prakse stála na stanovisku českého deskového práva. Hasner ve své příručce o deskovém zřízení cituje Nov. decl. Ee XIV. a vedle toho § 469 o. z. o., pravě, že deskové právo zástavní může se zrušiti pouze deskovým výmazem.¹⁰¹⁾ Musí se to státi také při konfusi. Držitel může pak kapitál někomu jinému postoupiti.¹⁰²⁾ Pouhá kvitance bez tabulární doložky nepostačovala.¹⁰³⁾ Ale vedle toho již romanistické názory prokmitávaly. Při konfusi dostačovala pouhá žádost vlastníkov, aby se právo vymazalo.¹⁰⁴⁾ Pro kvitanci nebylo třeba výmazného prohlášení.¹⁰⁵⁾ Anebo se aspoň na kvitanci, k níž připojen byl rozsudek o exekučním právu zástavním, zahajoval sumární spor o tom, že pohledávka je zcela splněna, a že se extabulace může provésti.¹⁰⁶⁾

Sporná judikatura sdílela z počátku stanovisko deskové prakse. Mezi lety 1858—1869 vyšlo několik rozhodnutí, která stála na formalistické povaze zápisu. Zápis trvá, pokud se nevymaže. Žádá toho účel i povaha knih veřejných. Pohledávka

¹⁰¹⁾ Josef Hasner, Handbuch der landtällichen Verfahrens im Königreiche Böhmen, Prag, 1824, 897.

¹⁰²⁾ L. c., 402. Spisovatel užívá zde nesprávně místo »Konfuse« slova »Kompensace«.

¹⁰³⁾ Franz Johann Kopecky, Anleitung zu dem Verfahren in Grundbuchssachen, Wien, 1817, Függers adeliches Richteramt, 6. Aufl., v. F. E. Kalessa, Wien, 1842, 361.

¹⁰⁴⁾ Johann Michael Schein, Von der Grundbuchsführung, Grätz, 1820, 126.

¹⁰⁵⁾ Der Jurist, 1845, 268, Dr. Johann Swoboda, Ueber die Erfordernisse löschungsfähiger Urkunden. (Dekret dolnorak. apelačního soudu z 22. VIII. 1843, č. 10.673.)

¹⁰⁶⁾ Zeitschrift für Rechtsgelährsamkeit (ZRG), 1845/1. 339 a násl., Dr. Franz von Minasiewicz, Bemerkungen über die Frage: Wie ein Hypothekarschuldner nach der im Executionswege geleisteten völligen Befriedigung seiner Hypothekarschuld die Extabulirung derselben zu bewirken habe.

zaniká jen mezi stranami. Pro třetí osoby trvá zapsané právo až do svého výmazu.¹⁰⁷⁾ § 469 o. z. o. není obmezen jen na ty případy, má-li někdo ve veřejné knihy důvěru. Kdyby se to bylo zamýšlelo, bylo by se to v něm řeklo.¹⁰⁸⁾ I neplatí § 469 o. z. o. tam, kde veřejných knih není, jako v lombardském království¹⁰⁹⁾, Tyrolsku a Vorarlberku.¹¹⁰⁾ Ani podle § 1446 o. z. o. nezaniká právo zástavní, sjednotí-li se dlužník i věřitel v jedné osobě.¹¹¹⁾

Víru ve veřejné knihy chránily rakouské rozsudky hned po vydání občanského zákoníka.¹¹²⁾ V druhé polovici 19. století tato důvěra v rozsudcích převládá.¹¹³⁾ Není ovšem žádné víry u dědice¹¹⁴⁾ a obdarovaného,¹¹⁵⁾ nabývali-li zaniklé pohledávky. Je však i při kaucní hypotece. Její maximum je rozhodno, třeba by pohledávka zanikla. Jeť právě účel této hypoteky, aby pohledávka, již kryje, opětně vznikala a zanikala.¹¹⁶⁾ Víra se chrání také při neplatné pohledávce,¹¹⁷⁾ při pohledávce bez valuty,¹¹⁸⁾ rozsudkem oduznané¹¹⁹⁾ a promlčené.¹²⁰⁾ Někdy žádá se i víra při konfusi.¹²¹⁾ Nemůže ovšem býti řeči o víře cessionáře, zruší-li trestní nález vedle pohledávky i jeho právo v cessi.¹²²⁾ Také ne při zaznamenaném právu zástavním, poněvadž nebyl záznam

¹⁰⁷⁾ G.U.W., 611 (1/9 1858), 618 (15/9 1858), 1051 (10/1 1860), 1345 (18/6 1861), 1778 (1/9 1863).

¹⁰⁸⁾ G.U.W., 3557 (4/11 1869).

¹⁰⁹⁾ G.U.W., 2688 (29/3 1859).

¹¹⁰⁾ G.U.W., 10326 (10/12 1879), 11601 (18/5 1887).

¹¹¹⁾ G.U.W., 3842 (4/8 1870), 10455 (4/3 1885), 11966 (10/11 1886), 11246 (10/11 1886).

¹¹²⁾ Peitler, Sammlung von Entscheidungen, 187 (1837).

¹¹³⁾ G.U.W., 1782 (3/9 1863), 2021 (23/11 1864), 2196 (31/5 1865), 2940 (4/12 1867), 3288 (11/2 1869), 3395 (28/4 1869), 4012 (11/1 1871), 4153 (4/5 1871), 4165 (11/5 1871), 4430 (9/1 1872), 4880 (18/2 1873), 6111 (21/4 1876), 6681 (4/12 1877), 7163 (3/10 1878), 8981 (10/5 1882), 11394 (5/1 1887), 13031 (3/12 1889).

¹¹⁴⁾ G.U.W., 3070 (20/5 1868).

¹¹⁵⁾ G.U.W., 7004 (29/5 1878).

¹¹⁶⁾ SINF., 6939 (7/5 1914).

¹¹⁷⁾ G.U.W., 5377 (29/5 1874), 7644 (6/11 1879).

¹¹⁸⁾ G.U.W., 8020 (17/6 1880).

¹¹⁹⁾ G.U.W., 6681 (4/12 1877).

¹²⁰⁾ G.U.W., 7835 (20/1 1880).

¹²¹⁾ G.U.W., 7058 (9/7 1878), 10589 (29/5 1889).

¹²²⁾ G.U.W., 13379 (27/8 1890).

spraven. Musí se vymazati i všechny na něm povolené zápisy.¹²³⁾

S názory o povaze zápisů souviselo, že hned při vydání rakouského občanského zákoníka praxe ze zaplacených hypotečních míst zase úvěr si zjednává.¹²⁴⁾ Judikatura to na začátku 19. století odmítá,¹²⁵⁾ v druhé polovici tohoto století však již připouští. Právo zástavní lze na jiného převésti, třeba by mezitím bylo ve výmaz jeho svoleno.¹²⁶⁾ Kvitance může se vrátiti a vrácený dlužní úpis zase přijmouti.¹²⁷⁾ Strany mohou i beze všech formalit mezi sebou zástavní právo na jinou pohledávku převésti.¹²⁸⁾ Mohou právní poměr, který zaplacením pohledávky povstane, změnit, pohledávku obnoviti a na jiného převésti.¹²⁹⁾ Podle §§ 469 a 1446 o. z. o. může dlužník zaplacenou pohledávku dáti si postoupiti a a postoupenou pohledávku se zástavním právem nebo i bez něho na někoho jiného převésti. Stejně je proto možno, aby se tento postup provedl hned mezi starým a novým věřitelem, je-li tu dlužníkův souhlas.¹³⁰⁾ Právo změnit obligacní poměr mají však jen původní strany. Byla-li pohledávka osobnímu dlužníkovi zaplacená, a přešel-li pak statek na nového držitele, nemůže tento i v dohodě s věřitelem zástavního práva zaplacené pohledávky ku krytí nového právního poměru použiti.¹³¹⁾ Držitel zástavy nabývá však hypoteky, zaplatí-li ji, nejsa osobním dlužníkem. Dáváť mu zaplacení nárok na odstoupení práva dle § 1422 o. z. o.¹³²⁾ Jednoty v judikatuře však není, a jedno rozhodnutí stranám právo na disposici zaplacenou pohledávku odpírá.¹³³⁾ Zejména se nepřipouští, aby osobní dlužník od věřitele cesse žádal. Má pouze právo na kvitanci.¹³⁴⁾

Pro exekuční právo zástavní nastalo v judikatuře rozdvojení.

¹²³⁾ G.U.W., 7360 (4/3 1879).

¹²⁴⁾ ZRG., 1826, 1, 145, ZRG., 1846, 1, 180.

¹²⁵⁾ ZRG., 1826, 1, 145.

¹²⁶⁾ G.U.W., 1109 (28/3 1860).

¹²⁷⁾ G.U.W., 10378 (14/1 1885).

¹²⁸⁾ G.U.W., 14748 (27/6 1893).

¹²⁹⁾ G.U.W., 1659 (24/2 1863), 3067 (14/5 1868), 5084 (18/3 1873), 8749 (26/5 1880).

¹³⁰⁾ G.U.W., 3557 (4/11 1869).

¹³¹⁾ G.U.W., 13085 (4/1 1890).

¹³²⁾ G.U.W., 9950 (26/3 1884).

¹³³⁾ G.U.W., 13835 (24/6 1891).

¹³⁴⁾ G.U.W., 15723 (10/2 1896).

Z počátku se trvalo na mínění, že i exekvent jedná v důvěře v knihy veřejné, bera hypoteční pohledávku do exekuce, jak ji v knihách zapsanou zří.¹³⁵⁾ Některá rozhodnutí však tomu odporovala, poněvadž prý exekvent na důvěru ve veřejné knihy odvolávati se nemůže.¹³⁶⁾ Zastavený statek musí se vyhraditi pohledávkám majitele. Mezi ním a superkondicentem není žádného vztahu, který by superkondicentovu důvěru ve veřejné knihy odůvodňoval.¹³⁷⁾ Na tuto důvěru může se odvolati jen ten, kdo se dal knihovním zápisem pohnouti k nějakému jednání a plnění. Toho není u exekventa.¹³⁸⁾ Rozpory tyto rozhodl judikát č. 143 na prospěch exekventa.¹³⁹⁾

Novým exekučním řádem nabyly však tyto rozpory nové posily. I za jeho platnosti rozhodovalo se z počátku, že v důvěře v knihy pozemkové nabývá se i zaplacená pohledávka.¹⁴⁰⁾ Ale v celku zaujato stanovisko nové. Kdo si dával pohledávku přikazovati ku vybrání, byl »procurator in rem suam« anebo mandátář, který vykonával jen práva věřitelova.¹⁴¹⁾ Odchylné stanovisko odůvodňovalo se někde jako dříve, že důvěra ve veřejné knihy platí jen tomu, kdo se jimi k nějakému jednání neb plnění pohnouti dal.¹⁴²⁾ Mohlo se proto právo superkondicentovo, který právním jednáním mimo exekuci na zaplacené pohledávce svého práva nabyt, státi způsobilým předmětem další exekuce.¹⁴³⁾ Posléz rozhodl věc judikát č. 188. § 469 o. z. o. nemá platnosti, nabývá-li se na knihovním objektu zástavní právo exekuční. V důvodech jeho obmezuje se § 469 o. z. o. pouze na případ, kdy nabývá se právo zástavní právním jednáním. Takové obmezení platí i podle § 367 o. z. o. pro movitosti. Kdo uzavírá právní

¹³⁵⁾ GUW, 3865 (6/9 1870), 4012 (11/1 1871), 4153 (4/5 1871), 4165 (11/5 1871), 8456 (26/7 1881), 8981 (10/5 1882), 9252 (10/1 1883), 9318 (21/2 1883), 9797 (21/6 1882), 10252 (18/11 1884), 10379 (11/1 1885), 11813 (3/11 1887), 11823 (8/11 1887), 12273 (19/7 1888), 14735 (13/6 1893).

¹³⁶⁾ GUW, 6345 (5/1 1877), 11993 (11/1 1888).

¹³⁷⁾ GUW, 8346 (29/3 1881).

¹³⁸⁾ GUW, 8646 (10/7 1870).

¹³⁹⁾ GUW, 12359 (25/9 1888).

¹⁴⁰⁾ SINF, 887 (14/2 1900), 1175 (7/11 1900).

¹⁴¹⁾ SINF, 742 (8/11 1899), 2255 (10/2 1903), 2895 (16/9 1903), 3767 (8/5 1907).

¹⁴²⁾ SINF, 1277 (7/2 1901).

¹⁴³⁾ SINF, 3908 (24/9 1907).

jednání o knihovním objektu, může věřiti knihovnímu zápisu o tomto objektu. Pozemková kniha není zpravodajství o majetku. Exekuce postihovala by tu jmění hypotekárního dlužníka, ne věřitele. Kdo má pohledávku přikázanou ku vybrání, jedná sice ve svém prospěchu, ale přece ne jako mandátář věřitelův. Proti němu lze tedy všechny námitky vznést, které proti věřiteli mohou se činiti.¹⁴⁴⁾ Majitel hypoteky může proto naproti superkondicentovi žalobou o výmaz nastoupiti.¹⁴⁵⁾

Právo na vzestup zádních věřitelů (Vorrückungsrecht), zanikla-li přední pohledávka, judikatura zadním věřitelům nepřiznávala. Z § 469 o. z. o. neplyne, že ipso facto po tomto zániku vzestupují a právo na výmaz její mají. Spíše opak je z něho zřejmý.¹⁴⁶⁾ Hypotekární věřitelé nestojí mezi sebou v žádném právním poměru. Kdo se zapisuje později, seznává z pozemkové knihy, co již je před ním zapsáno. Přednost některé pohledávky je pouze nutný následek toho, že byla zapsána dříve.¹⁴⁷⁾ Zadní věřitelé si také ani nikdy netroufali, aby brali předchozí pohledávky v odpor. Činili tak pouze při rozvrhu nejvyššího podání.¹⁴⁸⁾ Jiný ojedinělý pokus judikatura odmítla.¹⁴⁹⁾ Toliko v stadiu rozvrhovém přiznávala legitimaci zadního věřitele, aby na základě kvitance sám za výmaz předchozího práva zástavního žádal,¹⁵⁰⁾ poněvadž prý jako tabulární věřitel na výmazu knihovní položky je interesován.¹⁵¹⁾ I v rozvrhovém stadiu odpíraly již soudy zadním věřitelům právo, aby předchozí pohledávku brali v odpor, neučinil-li tak sám dlužník. Nemohli namítati, že je pohledávka tato nepravá, na př. jenom na oko.¹⁵²⁾ Nepovažovali se za legitimovány ku námitce, poněvadž se ani na původní smlouvě o pohledávce, ani při cessi nijak nesúčastnili.¹⁵³⁾ Byla-li pohledávka

¹⁴⁴⁾ SINF, 4499 (13/1 1909), Jud. č. 188.

¹⁴⁵⁾ SINF, 6435 (6/5 1913).

¹⁴⁶⁾ GUW, 5084 (18/9 1873).

¹⁴⁷⁾ GUW, 1051 (10/1 1860), 7163 (3/10 1878).

¹⁴⁸⁾ GUW, 1051, 1659, 3361, 3557, 5084, 6504, 7163, 8341, 8384, 8558, 8633, 8749, 9231, 9423, 13361, 13085, 13779, 14748, 15609, N. F. 785.

¹⁴⁹⁾ GUW, 10025 (6/5 1884). Viz též o poznámce spornosti 8760 (22/6 1880).

¹⁵⁰⁾ GUW, 10627 (8/7 1885).

¹⁵¹⁾ GUW, 10658 (6/8 1885).

¹⁵²⁾ GUW, 1051 (10/1 1860), 6504 (19/6 1877), 7417 (16/4 1879).

¹⁵³⁾ GUW, 7163 (3/10 1878), 14748 (27/6 1893).

zaplacená, a zaplacení mezi stranami změněno, dotýkalo se to jenom poměru mezi stranami, a zadní věřitelé nemohli to naříkatí.¹⁵⁴⁾ Co se v rámci zástavního práva mezi dlužníkem a zástavním věřitelem jedná, nedotýká se jiných zástavních věřitelů. Nemohou-li novaci bráti v odpor, nelze nahlédnouti, proč by mohli odporovati ujednání věřitele a dlužníka, kterým se zástavní právo za dřívější pohledávku zachovává pro pohledávku novou.¹⁵⁵⁾ Naopak ovšem zase se uznává, že novace týká se pouze poměru existentního. Zákonu odporuje, aby se zaniklé právo zase obnovovalo. Zadní věřitelé mohou proto, třeba by nebyli dlužníky, vznést nárok, že předchozí pohledávka zaplacením zanikla.¹⁵⁶⁾

Třeba by se však zadní věřitelé vylučovali, aby do právního poměru mezi stranami zasahovali, připouštěli se k námitkám proti zástavnímu právu. Mohli se tomu brániti, aby část nejvyššího podání byla někomu k jich škodě přikázána, komu pohledávka v knihovní výši nepřislušela.¹⁵⁷⁾ I připouštělo se, aby pro neplatnost bylo v odpor bráno předchozí právo zástavní s pohledávkou¹⁵⁸⁾ a docela i vedle pohledávky i právo nadzástavní.¹⁵⁹⁾

Legitimace zadních věřitelů k odporu chtěla se i odpůřím zákonem ze dne 16. března 1881 č. 36 ř. z. podepřítí.¹⁶⁰⁾ Než tento odpůřící zákon práv zadních věřitelů nijak nepolepšil. Práva na vzestup mimo exekuci jim nezjednal. Mohli předchozím právům teprve tehdy odporovati, bylo-li zřejmo, že je poškozují. To zjistilo se však teprve až při exekuci.¹⁶¹⁾ Někdy se také ovšem i mimo exekuci žaloba připouštěla.¹⁶²⁾ Protistrana odporovatele mohla však nabyté právo při samém dražebním rozvrhu tím způsobem zmařiti, že se svého zástavního práva vzdala. Rozvrh provedl se pak podle knihovního stavu bez ohledu na právo navrhovatele.¹⁶³⁾

¹⁵⁴⁾ G.U.W., 1659 (24/2 1863), 3067 (14/5 1868), 3557 (4/11 1869), 5084 (18/9 1873).

¹⁵⁵⁾ G.U.W., 8749 (26/5 1880).

¹⁵⁶⁾ G.U.W., 13085 (4/1 1890), N. F. 3224 (22/11 1905).

¹⁵⁷⁾ G.U.W., 8384 (4/5 1881), 8558 (17/11 1881), 13361 (30/7 1890).

¹⁵⁸⁾ G.U.W., 8633 (19/6 1879).

¹⁵⁹⁾ G.U.W., 14103 (3/2 1892).

¹⁶⁰⁾ G.U.W., 15609 (30/10 1895).

¹⁶¹⁾ G.U.W., 11419 (1/2 1887), 15145 (13/6 1894).

¹⁶²⁾ G.U.W., 13716 (9/4 1891).

¹⁶³⁾ N.F. 2599 (4/2 1904).

Ani dle čl. XXVIII. uvoz. zákona k ex. řádu nepřiznávala judikatura zadním věřitelům právo na vzestup. Vidělat v tomto článku jen právo zadního vymáhajícího věřitele, aby provedl právo vlastnickovo na výmaz předchozí pohledávky, zanikla-li zaplacením nebo jiným způsobem. Vydal-li již předchozí vymáhající věřitel kvitanci nebo výmazné prohlášení, vyhověl své povinnosti.¹⁶⁴⁾ Podle čl. XXVIII. bylo také lze výmazu jen tehdy se domáhati, nemuselo-li se na neplatnost právního titulu pohledávky žalovati,¹⁶⁵⁾ ač jiné rozhodnutí zase připouštělo, aby se všechny důvody neplatnosti práva zástavního prováděly.¹⁶⁶⁾

§ 10. Zákonodárné přípravy.

Jakousi přípravnou formu vlastnickovy hypoteky v poznámce pořadí pro příští zápůjčku zavedl v Rakousích pod Enží, nad Enží a v Solnohradě zákon ze dne 12. srpna 1851 č. 184 ř. z. Notářský řád ze dne 29. září 1850 č. 368 ř. z. předpisoval ve svém § 3, že zápisy do veřejných knih mají se díti pouze na základě notářských spisů anebo veřejných listin. Poněvadž však při dlužních úpisech teprve po jejich zapsání do veřejných knih valuta jejich byla vyplácena, nemohli notáři dlužní listy o zápůjčkách sepisovati, poněvadž v notářských spisech vyplacení zápůjček potvrzovati nesměli. Nařízení ze dne 12. srpna 1851 č. 184 ř. z. pro svrchu uvedené země vydané mělo těmto svízělům odpomoci. Připouštělo poznámku pořadu pro zápůjčky, které se měly uzavřítí. Musilo však již jméno věřitelovo býti uvedeno. Obmezení toto odpadlo v nařízení pro uherské země ze dne 4. srpna 1859 č. 147 ř. z. Byl to vzor pro pozdější poznámku pořadu v § 53—55 knih. zák. Podle výslovného znění cit. zákona (§ 6) mohl do lhůty 60 dní v pořadí poznámky pořadu zapsati právo zástavní každý vlastník, na něhož nemovitost mezitím byla převedena.¹⁶⁷⁾ V těchto případech nejde tedy o vlastnickovu

¹⁶⁴⁾ N. F. 2897 (5/9 1903).

¹⁶⁵⁾ N. F. 1783 (26/2 1902).

¹⁶⁶⁾ N. F. 1256 (8/1 1901).

¹⁶⁷⁾ Ludwig Freiherr von Haan, Studien über Landtafelwesen, Wien, 1866, 240 a násl., Dr. Adolf Klepsch, Das österreichische Tabularrecht, Prag, 1862 93, Dr. Aussez, Handbuch über Tabular-Verfahren, Klagenfurt, 1857, 19, Exner, Das österr. Hypothekenrecht, II, 664, Bruck 17.

hypoteku již hotovou. Je zde pro ni teprve zřízeno pořadí. Pořadí, který se pro ni zakládá, zjednává jí v knihách pozemkových místo. Vlastník jím však dle své vůle disponuje.

Také založený již pořadí zástavního práva, které se mezitím vymazalo, chtěl se pro novou pohledávku rakouským zákonodárstvím zachovati. Když podávána byla r. 1869 v panské sněmovně předloha mynší platného knihovního řádu, byla v jejím § 16 za poznámku přednosti (nyní § 30) zařaděna poznámka výhrady pořadí (Anmerkung des Vorbehaltes der Rangordnung) vymazání práva zástavního pro pohledávku novou. Hypotekární dlužník mohl za ni žádati před tím, než výmaz práva zástavního byl vložen a vložit do 60 dnů nové právo zástavní v pořadí vyhrazeném.¹⁶⁸⁾ Právnická komise panské sněmovny poznámku tuto odmítla. Byla jí polovičním opatřením a odporovala platné soustavě hypotekární.¹⁶⁹⁾ Člen komise svob. pán S y m o n o w i c z podal pro poznámku minoritní votum a hájil je při debatě. Mínění jeho zastával i P r a t o b e v e r a a ministr spravedlnosti H e r b s t. Odpůrci trvali na akcesorní povaze práva zástavního a poukazovali na naději zadních věřitelů, že pohledávka, která jim předchází, časem bude zaplácena. Symonowicz spatřoval v tom výhodu, ponechá-li se dlužníkovi staré místo, aby ho pro sebe užil, peníze si opatřil a tak exekuci a křidě ušel. Herbst citoval příslušný § pruského návrhu o vlastníkovi hypotece a dluhu pozemkovém. Předloha nejde tak daleko. Chce pouze to provést, co se fakticky děje, když totiž dlužník cessionáře najde. V takovém případě odstupuje hypotekární věřitel svou pohle-

¹⁶⁸⁾ K a s e r e r, Die Reichsgesetze, XV. 141, Regierungs-Vorlage des Grundbuchgesetzes: § 16.: «Wird das für eine Forderung auf einer Liegenschaft oder auf einer Forderung haftende Pfandrecht gelöscht, so kann der Hypothekarschuldner, wenn er vor der Einverleibung der Löschung darum ansucht, die Anmerkung des Vorbehaltes der Rangordnung für seine neue Forderung erwirken. Diese Anmerkung ist nur auf 60 Tage wirksam, und nach dem Ende ihrer Wirksamkeit von Amtswegen zu löschen. Innerhalb der bezeichneten Frist kann vom Hypothekarschuldner oder mit Zustimmung desselben die Eintragung des Pfandrechtes in der Rangordnung des gelöschten Pfandrechtes für die neue Forderung erwirkt werden, wenn diese an Capital und Nebenverbindlichkeiten die Höhe der Forderung, für welche das gelöschte Pfandrecht eingetragen war, nicht übersteigt.»

¹⁶⁹⁾ K a s e r e r l. c., 250.

dávku. Jsou však věřitelé hypotekární, kteří ze zlomyslnosti, svévole aneb z té příčiny, aby držitele hypoteky zničili, k tomu nepřivolí. Chtějí exekvovati. Proč by nemělo to, co všichni konají a co vlastně jen v jiné formě se děje, nyní také v legální formě se dít? Osnova není v odporu s řízením hypotekárním. Při důvěře v knihy pozemkové nabývá se pohledávka i zaniklá, proč by to nemělo platit i pro dlužníka, na kterého přece v první řadě třeba hledět! Nikdo se tím nepoškodí, naopak mnoho výhod se získá. Zadní věřitelé nemohou zabránit, aby pohledávka nebyla postoupena, stejně nic se na ní nezmění. zůstane-li v rukou dlužníka. Hypoteka se tím nepohorší. Nabude-li se hypoteka v naději, že stoupne v hodnotě, ježto kolem pojede dráha, nebo na blízku bude stavěti se továrna, nedává sklamaná naděje žádného nároku na náhradu. Tak i vyhlídka, že předchozí pohledávka bude uspokojena a zanikne, nemůže býti rozhodnou. Věřitel nemá žádného práva na postup. Toto právo i dlužník může zmařit, že jeho pohledávku zaplatí. Věřitel zadní nemá práva na postup, má jen právo nástupu na místo vskutku uvolněné. Není však překážky, aby zákon tento nástup oddálil. Osnova omezuje to na 60 dní, a tím padá všechno nebezpečí zneužití. I dnes se to již všude děje. Zhotovují se listiny, které pravému stavu věci neodpovídají, a praktická potřeba nutně k tomu vede. Upraví-li se však to zákonem, přijde věc do knih, jak se jeví ve skutečnosti, a v tomto jest podstatný pokrok. V závěrku upozorňuje Herbst, že sněmovna přijala poznámku pořadí a že v podstatě poznámka tato rovná se poznámce, která má býti usnesena. Jest to stejné, zachová-li se pořadí pohledávce před pohledávkami, dosavadě nezapsanými, aneb užije-li se k tomu pohledávka, budoucně zapsaná, ostatním budoucně zapsaným předcházející. Minoritní návrh Symonowiczův byl však dne 22. března 1870 zamítnut a dnešní znění § 30. knihov. zák. o poznámce přednosti přijato.

Vlastníková hypoteka musela býti spatřována také podle § 50 zák. ze dne 19. května 1874 č. 70 ř. z. v zástavním právu dráhy pro prioritní železniční obligace. Toto zástavní právo musí býti zřízeno dříve, než tyto obligace přijdou do oběhu. Tedy pokud je má dráha ve své držbě, má zástavní právo na své vlastní věci.¹⁷⁰⁾ Vlastníková hypoteka jeví se dále v zástavním právu,

¹⁷⁰⁾ B r u c k, Die Eigentümerhypothek, 56, Zeitschr. f. Notariat

kteří dlužník zřídí pro majitele dílčích dlužních úpisů podle § 11 zák. ze dne 24. dubna 1874 č. 49 ř. z. Úpisy tyto nesmějí býti dříve vydány, pokud zástavní právo není pro ně na zastavených objektech zapsáno. Získá-li jednotlivec dílčí dlužní úpis, získá i zástavní právo (§ 13). Zástavní právo zapíše se všeobecně pro pohledávky z těchto dlužních úpisů. Pokud se dlužníkem nevydají, je tu vlastníková hypoteka.¹⁷¹⁾ Naproti tomu nelze vlastníkovu hypoteku spatřovati ve vojenské svatební kauci, již vlastník na svém majetku pojistil. Zajišťuje tato kauce vedlejší příjem a případně výživu vdovy. Není tedy zřízena pro vlastníka a nepodléhá také jeho dispozici.¹⁷²⁾

Další průprava vlastníkovy hypoteky připojuje se ke konverzi soukromých pohledávek. Konverse tato vyšla z konverse dluhů státních. Stát chtěl jí ulehčiti úrokové břímě svých dluhů. Konverzi soukromých pohledávek chtělo se ulehčiti úrokové břímě dluhů soukromých. Státní správa vyšla jim vstříc, osvobozujíc konverse od kolků a poplatků.¹⁷³⁾ Ve schůzi říšské rady dne 9. prosince 1880 vyzývá hr. H o h e n w a r t vládu, aby ještě v IX. zasedání podala předlohu zákona, kterým by se polepšilo povážlivé postavení selského lidu. Min. předseda hr. T a a f f e zodpověděl toto vyzvání ve schůzi dne 25. ledna 1881. Jedna z příčin, proč je selský lid zadlužen, jest vysoký úrok jeho dluhů. Vláda chce proto ulehčiti konverzi selských dluhů v dluhy s nižší mírou

(ZN), 1910, 336. Dr. Heinrich T o u a i l l o n, Die Anmerkung der Rangordnung, Zeitschr. f. Volksw., Sozialwiss. u. Verwaltung 1893, II, 519. Dr. Walter Schiff, Die Convertierung der Hypothekarschulden und das österr. Civilrecht, Exner Das österr. Hypothekenrecht, II, 1881, 665.

¹⁷¹⁾ Schiff, l. c. 519, Bruck 57, ZN, 1910, 336 T o n a i l l o n, Dr. Heinrich Bartsch, Das allgem. Grundbuchgesetz, 3. Aufl., 688 GZ, 1901, č. 31, 32, Dr. Eduard Fischer-Colbrie, Zur Frage der Anfechtung von Hypotheken durch Nachhypothekare.

¹⁷²⁾ GZ, 1901, č. 32, 33, Fischer-Colbrie, l. c., Dr. Ferdinand Schmid, Das Heeresrecht der österr.-ungar. Monarchie, Wien-Leipzig, 1803, 138, Bartsch, l. c. § 207, Krausz-Ehrenzweig, System der österr. allgem. Privatrecht, Wien 1917, 37 a násled.

¹⁷³⁾ Elster, Wörterbuch der Volkswirtschaft, Jena, 1911, II, 931, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Jena, 1910, VI, 160 a násled. Konversionen, Mischler-Ulbrich, Oesterreichisches Staatswörterbuch, Wien 1909, 4, 204, Schuldenkonvertierung.

úrokovou a sleviti z ní poplatky.¹⁷⁴⁾ Vynikající úvěrní ústavy rakouské, tak rakouskouherská banka, kreditní ústav pozemkový a banky haličské jsou ku snížení úrokové míry ochotny.¹⁷⁵⁾ O konverzi snaží se obzvláště haličské volební okresy. Na říšskou radu podává se za tím účelem 51 petic. V poslanecké sněmovně dne 30. března 1881 činí hr. S t a r z e ů s k i dotaz na min. financí Dunajewského, jak se má věc s poplatkovou úlevou při konverzi. Poslanecká sněmovna odkazuje dotaz poplatkovému výboru.¹⁷⁶⁾ Návrh jeho přijímají obě sněmovny¹⁷⁷⁾ a stává se z něho zákon ze dne 11. června 1881 č. 59 ř. z. Zákon tento má ráz výjimečný. Finanční správa skýtá jím pro konverzi poplatkové výhody. Chce ji vyvolati. Jak se má prováděti, o tom se však nevyslovuje. Není to také úkol zákona. Jeť to pouze zákon poplatkový. Praxe provádí konverzi, je-li zde nový věřitel, cessi. Než již průvodní poznámky osnovy zmiňovaly se o tom, že stará položka může se vymazati a nová zapsati.¹⁷⁸⁾ V zákoně samém osvobozovala se od poplatků kvitance, vtělili-li se do pozemkových knih za stejný obnos nové právo zástavní. (§ 1 odst. 1.). Toto nové vtělení bylo patrně jen tehdy možno, nenásledovaly-li nové závady za zástavním právem, které se vymazalo. Konverse musila věsti také ke formám knihovním. Běžné formy nemohly jí vyhověti. Brzy počítávalo se to i v praxi. Peněžní ústavy skoro bez výjimky žádaly, aby se při konversích zapsalo zástavní právo za pohledávku novou na základě nových dlužních úpisů. I bylo třeba, aby se závady mezi starým a novým právem zástavním buď vymazaly nebo před nimi přednost získala. Poněvadž to namnoze nebylo možno, minulo se poplatkové dobrodiní pro konverse svého cíle. I bylo nutno, aby se konverse umožnila novou formou knihovní.¹⁷⁹⁾ V Krakově, kdež dříve platil »code civile«, připadlo se na myšlenku, aby se knihovní obdobou francouzské »sub-

¹⁷⁴⁾ Stenograph. Protokolle des Abgeordneten-Hauses, IX. Session, IV., 3440.

¹⁷⁵⁾ L. c., V., 4709.

¹⁷⁶⁾ L. c. VI., 5015.

¹⁷⁷⁾ L. c. VI, 5898, Beilagen des Abgeordnetenhauses 362, Stenograph. Protokolle des Herrenhauses, IX. Session, 579, Beilagen, 154, 163.

¹⁷⁸⁾ Beil., Abgeordn., IX. Session, 332, 3.

¹⁷⁹⁾ Stenographische Protokolle des Abgeordnetenhauses, IX. Session, 9151.

rogace« dle čl. 1251 cod. civ. odpomoc zjednala.¹⁸⁰⁾ I vyzval r. 1882 haličský sněm vládu zvláštní resolucí, aby ke knihovnímu zákonu podala zvláštní novelu o knihovní subrogaci dle čl. 1251 cod. civ., ve velkovévodství krakovském kdysi platného. Vláda však přenechala iniciativu poslancům haličským.¹⁸¹⁾ V poslancecké sněmovně podává tedy dne 16. února 1883 Dr. R a c z y ů s k i návrh zákona, kterým mají býti předpisy knihovního zákona ze dne 25. července 1871 č. 95 ř. z. o knihovních poznámkách rozšířeny. Byla to poznámka konverse, zachovávající do 60 dnů pořadí práva nevyřazeného novému právu za pohledávku hypotečního úvěrního ústavu, spořitelny a ústavu ve veřejné správě nebo veřejného účtování, jakož i podobného fondu, je-li úrok nové pohledávky trvale snížen.¹⁸²⁾ Odůvodňuje svůj návrh v poslancecké sněmovně ukazoval Raczynski na přechod zástavního práva při novacích dle § 1378 o. z. o. a na svrchu uvedený § 16 o poznámce výhrady pořadí pro novou pohledávku, navrhované při knihovním zákoně.¹⁸³⁾ Návrh Raczynského přikázán byl justičnímu výboru.¹⁸⁴⁾ Tento uvažoval zase o tom, aby obnovil se § 16, jež panská sněmovna dne 22. března 1870 odmítla. Než nepřistoupil na to, poněvadž platné právo stojí na zásadě, že zástavní právo je accessorium pohledávky. § 16 zavedla by se do něho, jemu odporující novota. Výbor se také obával, že by postavení zadních věřitelů ještě více se pohoršilo. Této nové formy ještě snáze, než se děje cessemí, dalo by se zneužívatí ke konversí zaplacených, ale nevyřazených pohledávek. Samostatný návrh, který justiční výbor vypracoval, v jakési tuše příštího

¹⁸⁰⁾ Viz I. díl, § 2 pozn. 162.

¹⁸¹⁾ CB, 1883, 261, Dr. Emil Strohal, Die Eigenthümer-Hypothek in österr. Recht.

¹⁸²⁾ Beil., Abgeordn., IX. Session, 652: § 1: Wird auf eine Liegenschaft oder auf eine Forderung, welche auf einer Liegenschaft pfandrechtlich sichergestellt ist, das Pfandrecht für eine neue Forderung eingetragen, so kann der Hypothekarschuldner verlangen, dass gleichzeitig mit deren Eintragung die beabsichtigte gänzliche oder theilweise Löschung des Pfandrechtes für eine in der bürgerlichen Rangordnung vorangehende Forderung mit dem Vorbehalte dieser Rangordnung für die neue Forderung angemerk't werde (Anmerkung der Convertierung) . .

¹⁸³⁾ Stenographische Protokolle, Abgeordnetenhaus. IX. Session, 9151. Viz též pozn. 168.

¹⁸⁴⁾ Stenogr. Prot., 9151.

vývoje, předstihuje již účely konverse. Knihovní formy, které navrhuje, nejsou vázány na to, aby nová pohledávka měla nižší úrokovou míru než pohledávka stará. Jen to má býti z listiny patrné, že zápůjčka byla u určitých ústavů kontrahována, aby jí zaplacená byla pohledávka stará. Knihovní forma je hypotekární succe. Provádí ji vlastník nebo s jeho svolením někdo jiný. Nově vtělené právo zástavní má míti pořad starého práva zástavního, vymaže-li se toto současně se zápisem nového anebo aspoň do 60 dnů po provedení poznámky, že nové právo zástavní vstupuje v pořadí starého, jakmile se toto vymaže.¹⁸⁵⁾ Tato poslední forma stížena byla tím, že při včasné podání žádosti za výmaz starého práva zástavního, musilo býti ještě zvlášt vysloveno, že nové zástavní právo v pořadí starého vstupuje.¹⁸⁶⁾ Justiční výbor řešil ve svém návrhu i případy superkonkordic¹⁸⁷⁾ a simultánního zavazení¹⁸⁸⁾ při starém právu zástavním. Posla-

¹⁸⁵⁾ Beilagen des Abgeordnetenhauses, IX. Session, 964, 3, Gesetz vom ... betreffend die grundbücherliche Eintragung eines neuen Pfandrechtes in der Rangordnung eines bereits haftenden Pfandrechtes. L. c., 2, 3 § 1: Wird auf eine Liegenschaft, welche einen Gegenstand des Grundbuches bildet, das Pfandrecht für eine neue Forderung eingetragen, so kann der Hypothekarschuldner, oder mit dessen Zustimmung ein Dritter begehren, dass das neue Pfandrecht in der Rangordnung eines auf derselben Liegenschaft bereits einverleibten Pfandrechtes, bezüglich dessen zugleich die Einverleibung der Löschung erfolgt, eingetragen werde. Wird die Einverleibung der Löschung des bereits einverleibten Pfandrechtes nicht zugleich mit der Eintragung des neuen Pfandrechtes erwirkt, so kann der Hypothekarschuldner oder mit dessen Zustimmung der Dritte zugleich mit der Eintragung des neuen Pfandrechtes die bürgerliche Anmerkung verlangen, dass im Falle die Einverleibung der Löschung des bereits haftenden Pfandrechtes binnen sechzig Tagen nach Bewilligung der Anmerkung erwirkt wird, das neue Pfandrecht in die Rangordnung des zu Löschung gelangenden Pfandrechtes eintrete.

¹⁸⁶⁾ L. c., § 3, § 2.

¹⁸⁷⁾ L. c., § 3: Ist das zu löschende Pfandrecht belastet, so kann die Eintragung des neuen Pfandrechtes in der Rangordnung des ersteren beziehungsweise der Eintritt des neuen Pfandrechtes in diese Rangordnung nur bewilligt werden, wenn die Löschung der Belastung einverleibt, oder die Belastung mit Zustimmung der Beteiligten auf das neu eingetragene Pfandrecht einverleibt wird.

¹⁸⁸⁾ L. c., § 4: Haftet das zu löschende Pfandrecht auf mehreren Liegenschaften, so kann die Eintragung des neuen Pfandrechtes in der

necká sněmovna návrh justičního výboru dne 24. května 1884 v druhém i třetím čtení přijala.¹⁸⁹⁾ Panská sněmovna přikázala návrh poslanecké sněmovny právnícké komisi. Tato vyslovila se proti návrhu. Zdálo se jí, že výhrada knihovního pořadí práva zadních věřitelů příliš se dotýká, a naopak, že není dostatečného důvodu, aby se tato výhrada jen některým věřitelům skytala, jiným však odpírala. Navrhla protož, aby panská sněmovna přes návrh poslanecké sněmovny přešla k dennímu pořádku. Zároveň však vyzvala vládu, aby sama podala pro konversi hypotečních kapitálů s vysokými úroky návrh zákona, který by se se zákonem knihovním, pokud možno, formálně i materiálně shodoval.¹⁹⁰⁾ Debata, která o tomto návrhu právnícké komise dne 27. února 1885 v panské sněmovně se rozpředla, vynesla mnohé i pro konversi, i pro vlastníkovo hypoteku. Proti návrhu mluvil Jiří kníže Lobkovic. O návrhu poslanecké sněmovny vyslovilo se v soukromém rozhovoru, že se hodí jen na poměry jedné země. Řečník promlouvá však o stejných poměrech v Čechách. Dlužní 5%ní úpisy hypoteční banky stojí nad pari. Hypoteční banka má právo vydávati úpisy 4%ní, kterých však lze užití jen při nových zápůjčkách. V osnovu nového statutu hypoteční banky pojal se také předpis, že zadní věřitelé v konversi svoliti musí, a že svolení toto majitel hypoteky musí si od nich opatřiti. Dle zprávy komise hypoteční banky ze dne 7. srpna 1883 zamýšlí však vláda ulehčiti konversi zachováním pořadí starých pohledávek poznámkou konverse. Při debatě vzpomínal i správce ministerstva spravedlnosti baron Pražák zase § 16 knih. zákona, panskou sněmovnou odmítnutého. Vláda jím chtěla již tehdy vyhověti nutkové potřebě, aby se vysoké úroky pohledávek v nižší konvertovaly. Neopomenul také připomenouti, že v justičním výboru poslanecké sněmovny poslanec, který místo Raczyňského referát převzal, reasunování § 16 žádal. Vláda přispívala justičnímu vý-

Rangordnung des ersteren, beziehungsweise der Eintritt des neuen Pfandrechtes in diese Rangordnung nur dann bewilligt werden, wenn das ältere Pfandrecht hinsichtlich aller Liegenschaften, auf welchen es haftet, gelöscht wird, und wenn die neue Belastung, falls sie nicht bloss hinsichtlich einer dieser Liegenschaften erwirkt wird, durch eine simultan haftende Forderung erfolgt.

¹⁸⁹⁾ Stenograph. Protokolle, Abgeordnetenhaus, IX. Session, 13.143.

¹⁹⁰⁾ Beilagen, Herrenhaus, IX. Session, 521.

boru blahovolnou pomocí. Ve zvláštní anketě vyslechla vrchní zemské soudy, které se pro návrh vyslovily.¹⁹¹⁾ Velice významné bylo i proslovení samého zpravodaje panské sněmovny. Převzal jej, nikoli s nadšením kníže Lobkovic, chtěje loyálně zastávati návrhy komise. Účel, který se navrhuje poslaneckou sněmovnou, jak uvádějí, může se dosáhnouti i samostatnou hypotekou podle jejího vzoru v Meklemburku, Bréma a Lubeku, hypotekární sukcesí anebo prepisem zaplacené hypoteční pohledávky na své jméno.¹⁹²⁾ Panská sněmovna návrh komise přijala.¹⁹³⁾

Vláda, vyhovujíc výzvě panské sněmovny, podala v této sněmovně dne 16. února 1886 novou předlohu »o knihovním zápisu

¹⁹¹⁾ Stenograph. Protokolle, Herrenhaus, IX. Session, 1623—1628.

¹⁹²⁾ L. c., 1629: Was der Zweck des Beschlusses des Abgeordnetenhauses bei dem hier beantragten Gesetze war, ist dem hohen Hause bekannt. Dieser Zweck kann nun, abgesehen vom Detail der Ausführung, im Grossen und Ganzen auf mehrfache Weise realisiert werden. Zunächst, wie der Beschluss des Abgeordnetenhauses vorschlägt, durch den sogenannten Vorbehalt der Rangordnung, welcher darin besteht, dass, sobald eine vorangehende Hypothek gelöscht wird, binnen einer bestimmten Zeit an Stelle der gelöschten Hypothek eine andere billig zu verzinsende Hypothek eingetragen werden kann. Dieser Zweck kann aber auch noch dadurch erreicht werden, dass sich die Gesetzgebung nach dem Vorgange anderer Gesetzgebungen, namentlich der in dieser Richtung gewiss mustergiltigen Hypothekengesetzgebung für Mecklenburg, dann jener in Brämen und Lübeck entschliesst, geradezu die Selbständigkeit der Hypothek auszusprechen, so dass der Hypothekarbesitzer berechtigt wäre, auf seinem eigenen Besitz auf eigenen Namen eine Hypothek eintragen zu lassen, den Hypothekarschein zu beheben und sodann durch Weiterbegebung desselben, zu einer Zeit, wo ihm dies notwendig und wünschenswerth erscheint, sich das erforderliche Geld zu verschaffen. Derselbe Zweck könnte aber auch dadurch erreicht werden, dass ohne Anerkennung der Selbstständigkeit der Hypothek mindestens eine Succession in der Hypothek gesetzlich anerkannt würde, welche im österreichischen Rechte gleichfalls bisher unbekannt ist. Endlich liesse sich dieser Zweck auch noch dadurch erreichen, dass dem Hypothekarbesitzer das Recht gewährt würde, auf Grund der Quittung über eine rückgezahlte Hypothekarschuld die Letztere auf seinen Namen umschreiben zu lassen, und die also auf seinen Namen umschriebenen Hypothekarforderung im Wege der Cession weiter zu begeben.

¹⁹³⁾ L. c., 1630.

nového práva zástavního v pořadí práva zástavního již váznoucího». Přijala návrh poslanecké sněmovny za svůj, jednak jej zlepšujíc a jednak zhoršujíc. Zlepšila jej, vyloučivši obmezení jeho pouze na jisté ústavy. Zhoršila jej, skytnuvši zadním věřitelům pro rozvrh nejvyššího podání právo odporu proti novému právu zástavnímu z důvodu, který proti starému zástavnímu právu mohl býti vznášen. V motivech vrací se vláda zase k odmítnutému § 16, ale nechce jej obnoviti. Účel návrhu Raczýnského, k němuž předloha poukazuje, byl pouze, aby se konverse ulehčila.¹⁹⁴⁾ Panská sněmovna přikázala osnovu právnícké komisi, která ji přepracovala. Z osnovy »Gesetz vom ... betreffend die Grundbücherliche Eintragung eines neuen Pfandrechtes in der Rangordnung eines bereits haftenden Pfandrechtes« stala se nyní osnova »Gesetz vom ... betreffend die Convertierung von Hypothekarforderungen der zur Ausgabe von Pfandbriefen berechtigten Anstalten und die Grundbücherliche Eintragung eines neuen Pfandrechtes in der Rangordnung eines bereits haftenden Pfandrechtes«.¹⁹⁵⁾ Právnícká komise panské sněmovny spojila ve svém návrhu obě, i konversi, i vklad nového práva zástavního v starém pořadí, ale v jiných formách a v starém obmezení na ústavy. Konverse pohledávky některého ústavu s vyššími úroky ma pohledávku téhož ústavu s úroky nižšími provádí se poznámkou v knihách pozemkových.¹⁹⁶⁾ Zápis práva zástavního za novou pohledávku v pořadí práva zástavního za pohledávku starou provádí se za současného výmazu práva zástavního za tuto pohledávku aneb což bylo významnou novotou návrhu, zápisem nového práva zástavního v pořadí práva zástavního za pohledávku starou pod tou výminkou, že zapisované právo zástavní nabývá účinnosti, vloží-li se výmaz práva zástavního za pohledávku starou do šesti měsíců.¹⁹⁷⁾ Hlavním vodítkem bylo

¹⁹⁴⁾ Beilagen, Herrenhaus, X. Session, 20, Stenograph. Protokolle, Herrenhaus, X., Session 63.

¹⁹⁵⁾ Beilagen, Herrenhaus, X. Session, 238.

¹⁹⁶⁾ L. c., § 1.

¹⁹⁷⁾ L. c., § 2: Wenn bezüglich eines auf einem Grundbuchsobjecte zu Gunsten einer unter öffentlicher Aufsicht stehenden, nach ihren statutarischen Zwecken Creditgeschäfte betreibenden Anstalt haftenden Pfandrechtes die Einverleibung der Löschung begehrt wird, so kann der Hypothekarschuldner gleichzeitig das Begehren stellen, dass auf demselben Grundbuchsobjecte in der Rangordnung des zur Löschung gelang-

právnícké komisi při tomto návrhu, aby nebylo užito zaplacených již pohledávek ani ke konversi, ani ku zápisu nového práva zástavního v pořadí práva starého. Jiné náhledy chtějí hypotekární úvěr mobilisovati, zástavní zápis od každé konkrétní, jeho podklad tvořící pohledávky vyprostiti, zásadu, která v § 449 o. z. o. je vyslovena, zrušiti a v rakouském právu knihovním radikální novotu zavésti, jak byla zamýšlena v § 16 vládou navrženého knihovního zákona, v panské sněmovně však odmítnuta.¹⁹⁸⁾ Osnova má však na mysli, jak praví, »den realen Bestand« pohledávky.¹⁹⁹⁾ To ji vede také k tomu, že obmezuje konversi pouze na ústavy, které mají právo vydávati zástavní listy a zápis nového práva zástavního v pořadí starého na tyto ústavy a dále na ústavy, pod veřejným dohledem stojící a podle stanov úvěrní obchody provozující. Ale ani tato jejich vlastnost jí nedostačuje. Žádá ještě u každého z těchto ústavů, aby připojily ku knihovní žádosti legalisovaný výtah ze svých knih o skutečné výši konvertované nebo vymazané pohledávky.²⁰⁰⁾ Vynikajícím zástupcem samosprávy Jiřím knížetem z Lobkovic musil pak k tomuto jejímu požadavku v plenu panské sněmovny dne 11. května 1888 býti navrhován dodatek, aby zůstalo při ulehčení legalisace podle zákonu ze dne 4. června 1882 č. 62 ř. z., kde jde o dohled zemí a okresů.²⁰¹⁾

V něčem nelpí právnícká komise na »skutečném stavu« pohledávky. Chce chrániti zájem zadních věřitelů, ale při tom běře ohled na to, že zástavní listy s nižším úrokem budou kursovně převyšovati konvertovanou pohledávku s vyššími úroky.

genden Pfandrechtes für eine andere Anstalt der bezeichneten Art das Pfandrecht für eine neue Forderung eingetragen werde. Auch ohne gleichzeitiges Begehren um Einverleibung der Löschung des haftenden Pfandrechtes kann der Hypothekarschuldner das Begehren stellen, dass in der Rangordnung dieses Pfandrechtes das Pfandrecht für eine neue Forderung zu Gunsten einer Anstalt der bezeichneten Art mit der Beschränkung eingetragen werde, dass derselbe nur für den Fall Rechtswirksamkeit erlange, als binnen sechs Monaten nach der Bewilligung der Eintragung des neuen Pfandrechtes die Löschung des älteren Pfandrechtes einverleibt wird.

¹⁹⁸⁾ L. c., str. 2, 3.

¹⁹⁹⁾ L. c., str. 3.

²⁰⁰⁾ L. c., § 1—14.

²⁰¹⁾ Stenographische Protokolle, Herrenhaus, X. Session, 642.

I má, jak praví, ve svém návrhu »zur Sicherung der nachfolgenden Gläubiger« předpis, že nová pohledávka může starou o 5% převyšovati.²⁰²⁾ Formálně vadný je v tomto návrhu předpis, že po včasné podané žádosti za výmaz starého práva zástavního soud v povolovacím výměru vyslovuje, že nové právo zástavní stalo se účinným. Splnění podmínky nastupuje samo sebou, a není k tomu třeba žádné deklarace materiálního práva úřadem, který zápis povoluje.²⁰³⁾ Z dřívější osnovy s malou změnou přešly do nového návrhu i předpisy o superkondicích a simultánním zavazení starého zástavního práva.²⁰⁴⁾

Panská sněmovna se svrchu uvedeným dodatkem Jiřího knížete Lobkovice návrh zákona ve schůzi dne 11. května 1888 ve třetím čtení přijala.²⁰⁵⁾ To stalo se na návrh justičního výboru²⁰⁶⁾ dne 2. června 1888 také v poslanecké sněmovně.²⁰⁷⁾ Když se mu dostalo sankce, stal se zákonem ze dne 14. června 1888 č. 88 ř. z. Pro knihovní formy, které se pro konversi vytvořily, vyšel zákon o konversi z poplatkového zákona ze dne 11. června 1881 č. 59 ř. z. Osvobození poplatků pro konversi šlo odtud svou samostatnou cestou.²⁰⁸⁾ Skýtalo se jen na čas, až zákon ze dne 22. února 1907 č. 41 ř. z. stanovil je všeobecně pro budoucnost vůbec.

Když se dne 6. prosince 1899 jednalo v poslanecké sněmovně o další prodloužení poplatkových výhod pro konversi, usnesla se tato sněmovna na resoluci, aby vláda podala novou předlohu konversního zákona.²⁰⁹⁾ Vláda podává takovouto předlohu této sněmovně dne 20. září 1905.²¹⁰⁾ Trvá v ní zase na

²⁰²⁾ L. c., str. 3, § 1, 4.

²⁰³⁾ L. c., § 6.

²⁰⁴⁾ L. c., § 7, 8.

²⁰⁵⁾ Stenographische Protokolle, Herrenhaus, X. Session, 644, Beilagen 253.

²⁰⁶⁾ Beilagen, Abgeordnetenhaus, X. Session, 638.

²⁰⁷⁾ Stenograph. Protokolle, Abgeordnetenhaus, X. Session, 9143.

²⁰⁸⁾ Viz zákon ze dne 2. března 1886 č. 36 ř. z., 9. března 1889 č. 30 ř. z., 26. prosince 1893 č. 209 ř. z., 27. prosince 1899 č. 202 ř. z.

²⁰⁹⁾ Stenographische Protokolle, Abgeordnetenhaus, XVI. Session, 1615 a násl. Poslanec Naxera zmínil se tu ve své řeči také o návrhu hypoteční banky království Českého, aby se zavedlo zvláštní provokační řízení o výši pohledávek, jež se mají konvertovati. Beilagen, 209.

²¹⁰⁾ Stenogr. Protokolle, Abgeordnetenhaus, XVII. Session, 31.601, Beilagen, 2430.

akcesoritě zástavního práva.²¹¹⁾ Obmezuje však vklad nového práva zástavního v pořadí starého jenom na účely konverzní. Nová pohledávka musí být nejméně o 1/8% nižší, umořitelná a věřitelem, není-li to sirotčí pokladna nebo spořitelna podle regulativu, nevypověditelná. Konverse snížením úrokové míry děje se u ústavů, oprávněných ku vydávání zástavních listů, poznámkou konverse. Konverse vkladem nového práva zástavního v pořadí starého může se provésti kterýmkoli dlužníkem a kterýmkoli věřitelem. Faktický stav staré pohledávky prokazuje ústav, pod veřejným dohledem úvěrní obchody provozující, výpisem ze svých knih, jako v zákoně dřívějším, soukromníci, uvádějice skutečný obnos staré pohledávky v dluhopise. Konvertuje-li se zástavními listy krytá pohledávka, která dílčími splátkami byla částečně již uplácena, může nová pohledávka zbytek staré o 8% převyšovati. Zadní věřitelé mohou nové právo zástavní v pořadí starého podle čl. XXVIII. uvoz. zák. k ex. ř. a podle § 128, 165 a 213 ex. ř. vzítí v odpor, bylo-li jim a novému věřiteli, když pohledávka jejich vznikla, známo, že stará pohledávka již zanikla. Pohledávku, na niž vydány byly zástavní listy, však takto v odpor bráti nelze. Šestiměsíční lhůta pro výmaz starého práva zástavního mohla se z jistých důvodů o dalších šest měsíců soudem prodloužit.²¹²⁾ Poslanecká sněmovna přikázala osnovu justičnímu výboru, který ji s nepatrnými změnami schválil.²¹³⁾ Takto změněná byla pak přijata dne 12. ledna 1907 ve sněmovně poslanecké²¹⁴⁾ a dne 28. ledna 1907 také ve sněmovně panské.²¹⁵⁾ Otázka vlastnickovy hypoteky byla při jednání o tomto zákoně přetřásána jak v poslanecké, tak v panské sněmovně. Při debatě ve sněmovně poslanecké brojil Dr. O f n e r proti odporu zadních věřitelů vůči konvertované pohledávce, poukazuje na německou vlastnickovu hypoteku. I v justičním výboru projevil se názor, aby se toto německé stanovisko přijalo. Výbor podrobil se však přání ministerstva spravedlnosti, aby tato otázka ponechána byla reformě občanského zákonníka.²¹⁶⁾ Do něho bude se museti po-

²¹¹⁾ Beilagen, XVII. Session, 2430, str. 14.

²¹²⁾ Beilagen, XVII. Session, 2430, 31—26.

²¹³⁾ Beilagen, Abgeordn., XVII. Session, 2718.

²¹⁴⁾ Stenograph. Protokolle, Abgeordn., XVII. Session, 41.526.

²¹⁵⁾ Stenograph. Prot., Herrenhaus, XVII. Session, 15.389.

²¹⁶⁾ Stenogr. Protokolle, Abgeordn., XVII. Session, 41.518.

hati, jak vyslovil se ministr spravedlnosti Klein, i dispozice vlastníkovou zásadní položkou.²¹⁷⁾ Tytéž pochybnosti vzešly i v právnické komisi panské sněmovny. Uvažovalo se o tom, zda by nebylo lépe, aby se zákon přepracoval a právo zadních věřitelů na postup odmítlo. Zadnímu věřiteli dostává se vzestupem zisku beze vší protináhrady. Právo vzestupu brání vlastníkovu, aby svého vlastnictví plně využil. Hypoteky, které snad s těžkými obětmi zaplatil, nemůže užiti, aby lacinější kapitál získal a zadní vysokoúročnou tíživou hypoteku zaplatil. Musí-li se jen na to dívat, jak zadní věřitelé vzestupují, bere se mu všechna pobídka, aby přední hypoteku vyplatil. Z legislativně politického stanoviska je pouze a jediné správné, aby každá hypoteka obdržela své určité místo. Ani rakouská pravověda nezná práva zadních věřitelů na vzestup, nýbrž jen právo, aby při rozvrhu nejvyššího podání, tedy v jakémsi partiálním konkursu pravost a pořad účastněných věřitelů brali v odpor. Právo zadních věřitelů na vzestup podle rakouského práva také ani neexistuje. Mohouť přední věřitel a vlastník ujednat, aby zástavní právo za zaplacený dluh se nevymazalo, a mohou je převésti dále cessí anebo na jinou svou pohledávku. I v právnické komisi panské sněmovny žádal ministr spravedlnosti, aby se tato otázka při zákoně konversním neřešila. Revisi občanského zákonníka musí býti vyhrazeno, aby system pevných míst hypotečních, který ministr také zásadně za správný a žádoucí považuje, do rakouského práva zavedla. Ve vedlejších zákoně, jako je zákon konversní, bylo by povážlivé, tak důležitou otázku rozhodnouti, která do hypotekárního úvěru a exekučního práva tak hluboce zasahuje. Osnova sama vyšla již principu pevných míst tím vstříc, že zadní věřitelé musí dokazovati, že měli vědomost o indebitní přední pohledávce, chtějí-li provésti svůj odpor. Nová konstrukce zákona konversního v souhlase se systemem pevných míst musí se tedy až budoucnosti vyhraditi.²¹⁸⁾

Sankcí císařskou stalo se usnesení obou sněmoven zákonem ze dne 22. února 1907 č. 48 ř. z. Do něho přešly s dřívějších osnov také předpisy o nadzástavním a simultánním zavazení starého práva zástavního.²¹⁹⁾

²¹⁷⁾ L. c., 41.521.

²¹⁸⁾ Beilagen, Herrenhaus, XVII. Session, 419, 3—4

²¹⁹⁾ § 8 a 9. Viz též poznámku 187) a 188).

Slibovanou reformu občanského práva zahájila vláda v panské sněmovně návrhem novely k občanskému zákonníku roku 1907,²²⁰⁾ kterou následkem uzavření říšské rady předložila beze změny téže sněmovně také r. 1909,²²¹⁾ v XX. zasedání pak r. 1909²²²⁾ a v XXI. zasedání r. 1911.²²³⁾ Vlastníkovu hypoteka byla tu pořádána v 5. titulu pod názvem »Verfügung des Eigentümers über die Hypothek« v §§ 63—69.²²⁴⁾ V motivech označuje se toto »Verfügungsrecht« jako »Eigentümerhypothek«.²²⁵⁾ Dispozice hodnotou, která se při zastavené nemovitosti zánikem zástavní položky uvolní, dává vlastníkovu jeho právo materiální.²²⁶⁾ Vlastníkovu hypoteka osnovy je vybudována jednak na základě německém, jednak na domácích základech zákona konversního, jednak na § 16 návrhu knih. zákona, který panská sněmovna odmítla.²²⁷⁾ Objevuje se nám v pateré způsobě: 1. při konfusi,²²⁸⁾ 2. při zániku pohledávky,²²⁹⁾ 3. při konverzi pohledávky

²²⁰⁾ Beilagen, Herrenhaus, XVIII. Session, 29.

²²¹⁾ Beil., Herrenhaus, XIX. Session, 3.

²²²⁾ Beil., Herrenhaus, XX. Session, 2.

²²³⁾ Beil., Herrenhaus, XXI. Session, 2.

²²⁴⁾ Z návrhu právnické komise panské sněmovny X. zasedání přešla do těchto §ů malá změna. V textu v pozn. 187) vsunuta byla za slovo »beziehungsweise« ještě slova »die Rechtswirksamkeit des neuen Pfandrechtes und«. Viz Beilagen, Herrenhaus, X. Session, 238, §§ 7, 8.

²²⁵⁾ Erläuternde Bemerkungen, Nr. 96, 98.

²²⁶⁾ L. c., 97.

²²⁷⁾ Viz výše pozn. 168).

²²⁸⁾ § 63: Solange ein grundbücherlich eingetragenes Pfandrecht mit dem Eigentum der Liegenschaft in einer Person vereinigt ist, kann es vom Eigentümer oder im Wege der Exekution gegen den Eigentümer rechtswirksam auf einen Dritten übertragen werden.

²²⁹⁾ § 64: Ist die Forderung, für die ein Pfandrecht grundbücherlich eingetragen ist, erloschen, so kann der Eigentümer der Liegenschaft auf Grund einer löschungsfähigen Quittung oder einer anderen das Erlöschen der Pfandschuld dartuenden eintragungsfähigen Urkunde das Pfandrecht auf seine Person umschreiben lassen oder einem Dritten für eine neue Forderung einräumen. Die neue Forderung darf den Betrag der früheren Pfandforderung nicht übersteigen. Ist die pfandrechtlich sichergestellte Forderung in Annuitäten rückzahlbar, so erwirbt der Eigentümer erst nach Erlöschung der ganzen Forderung dieses Verfügungsrecht. Die Anwendung der Bestimmungen der vorhergehenden Absätze kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden.

s úroky vyššími v pohledávku s úroky nižšími,²³⁰⁾ 4. při zachování pořadí vymazaného práva zástavního,²³¹⁾ 5. při vkladu nového práva zástavního v pořadí starého, vloží-li se jeho výmaz do šesti měsíců.²³²⁾ Těchto pět forem dá se však zařadit do tří skupin. Vlastník buď nabývá práva zástavního anebo zřizuje pro ně zástavní místo anebo je společně s věřitelem převádí na konvertovanou pohledávku (§ 67). Při konfusi zániku pohledávky ho nabývá a může při zániku pohledávky na sebe dáti přepsati. Při výhradě pořadí a zápisu v pořadí je převádí.²³³⁾

Podle doslovného znění osnovy nabývá vlastník pouze zástavního práva bez pohledávky.²³⁴⁾ Při konfusi a při přepisu na

²³⁰⁾ § 67: Das auf einem Grundbuchsobjekte haftende Pfandrecht für eine Pfandbriefforderung wird dadurch, dass für sie zur Herabsetzung des Zinsfusses neue, niedriger verzinsliche Pfandbriefe in einem höheren als dem tatsächlich aushaftenden Betrage ausgegeben werden, in seinem Bestande und in seiner Wirksamkeit und Rangordnung dann nicht berührt, wenn die neue Pfandbriefforderung die grundbüchlich eingetragene Höhe der früheren Forderung an Kapital und Nebenverbindlichkeiten nicht überschreitet. Die Konvertierung ist auf Grund der von den Parteien darüber errichteten Urkunde im Grundbuche anzumerken.

²³¹⁾ § 68: Im Falle der Löschung des Pfandrechtes kann der Eigentümer zugleich die Anmerkung im Grundbuche erwirken, dass die Eintragung eines neuen Pfandrechtes in der Rangordnung des gelöschten Pfandrechtes und bis zur Höhe derselben vorbehalten bleibt. Dieser Vorbehalt ist auch im Falle eines Eigentumswechsels zu Gunsten des neuen Eigentümers wirksam. Bei Zwangsversteigerung der Liegenschaft bleibt jedoch der Vorbehalt unberücksichtigt, wenn von ihm bis zur Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens kein Gebrauch gemacht wurde.

²³²⁾ § 69: Der Eigentümer einer Liegenschaft kann begehren, dass in der Rangordnung eines auf der Liegenschaft haftenden Pfandrechtes das Pfandrecht für eine neue Forderung mit der Beschränkung eingetragen wird, dass es für den Fall Rechtswirksamkeit erlangt, als binnen sechs Monaten nach der Bewilligung der Eintragung des neuen Pfandrechtes die Löschung des älteren Pfandrechtes einverleibt wird. Die neue Forderung darf die grundbüchliche Höhe jener Forderung für die das Pfandrecht bereits haftet, nicht übersteigen.

²³³⁾ Viz §§ 63 a 64 v pozn. 228) a 229).

²³⁴⁾ Motivy osnovy docela nesprávně zmiňovaly se o tom, že ve dvou skupinách, které se upravují, a sice: »1. Die Fälle der Konfusion (§ 63), jsou také 2.: die Fälle der Erlöschung der Hypothek durch Erlöschen der Pfandschuld (§ 64). Viz Erläuternde Bemerkungen,

své vlastní jméno může se však od něho nebo exekucí proti němu na někoho třetího převést. Pro zástavní právo bez pohledávky nebylo v knihovním řádě posavad žádné formy. Podle § 14 kn. ř. může zástavní právo býti zapsáno »nur für eine ziffermässig bestimmte Geldsumme.« Při konfusi je to ostatně samozřejmo, že zůstává právo zástavní i nadále zapsáno za vlastnickou pohledávku. Tato podle § 1446 o. z. o. vůbec ani nezaniká. Má-li vlastník podle § 63 osnovy právo zástavní na sebe přepsati, učiní tak takovým způsobem, že výsledek se rovná konfusi. Převede na sebe pohledávku. Dobře vystihla to prakse pruská, již podle dodatku pruského LR, akomodujíc se formě, v jaké se pohledávka v knihách jevila, ne jak to myšleno bylo v romanistické abstrakci. Doslovné znění novely bylo by vyžadovalo opravy knihovního řádu. Byla by se musela snad zavést nová poznámka, že pohledávka zanikla, a že se vkládá převod práva zástavního na vlastníka.

Osnova obmezila dispoici vlastnickou až do zavedení vnučené správy a dražebního řízení. Nepřevedel-li vlastník až do té doby své právo na někoho jiného, nebere se na ně při rozvrhu výtěžku správy nebo nejvyššího podání žádného zřetele a obnos, na jeho zástavní právo vypadající přikáže se věřitelům zadním.²³⁵⁾ Osnova dále vylučovala dispoici vlastnickou hypotekou při umořitelných pohledávkách až do zaplacení poslední splátky. Chtěla zameziti, aby z umořeného dluhu nepovstala nová konkurující hypoteka a stav břemen nestal se příliš spleťitý. Naproti tomu chránila zase vlastnickou hypoteku. Zapovídala smlouvy mezi vlastníkem a věřitelem, dle nichž se předpisů o vlastnickové hypotece užiti nesmělo. Dle jejích návrhů však smlouvy s určitým zadním věřitelem byly možny. Smlouvou takovou se vlastník svého práva nevzdává, nýbrž je vykonává. Textem dlužních formulářů nemůže se toto jednání státi typickým, poněvadž se musí v každém případě zvláště stanoviti.²³⁶⁾

Čl. XXVIII. uvoz. zák. k exekučnímu řádu nemohl při této úpravě zástavního práva potrvati a proto navrhovala osnova, aby se zrušil. Po stránce legislativní techniky bylo povážljivo, že

str. 97, dále tamže 98: »Verfügungsrecht des Eigentümers über erloschene Hypothek.«

²³⁵⁾ § 65.

²³⁶⁾ Viz § 64 v pozn. 229) a Erläuternde Bemerk., 98.

osnova zachovávala z konversního zákona čtyři §§ zejména o nadzástavním a simultánním zavazení práva zástavního, domnívající se omylně, že předpisů o nadzástavním a simultánním právu je pouze při konversi pohledávek potřebí, nikoli vůbec i při vlastníkovi hypotece.²³⁷⁾

Osnova stála na stanovisku, že vlastník nabývá hypoteku, zanikne-li zástavní dluh zaplacením nebo jiným způsobem. Nezdála se tedy postihovati i případy, kdy dluh zástavní vůbec neznikl.²³⁸⁾

Subjektem výkonu dispozičního práva byl dočasný vlastník, nikoli jen ten, kdo pohledávku zaplatil aneb za jehož vlastnictví zanikla.²³⁹⁾ Totéž platilo i pro výhradu pořadí vymazaného práva, bylo-li poznámkou zachováno.²⁴⁰⁾

Osnova novely našla odezvu, jak přirozeno, i v literatuře. Ozvaly se hlasy proti ní, i pro ni. Těchto bylo více. Proti ní byly hlasy z Bukoviny a Haliče. Pro ni z Vídně a Čech. Proti ní vyslovil se *L a s t, T i l l a D o l i ň s k i*.

Zadní věřitelé mají podle *L a s t a* čekatelské právo na díl z realizované kupní ceny, která na uvolněnou hypoteku vypadne. Lhostejno, je, nemožou-li předchozí zápis odstraniti, pokud ku realizaci nedojde.²⁴¹⁾ Uvolněná hypoteka více neexistuje. Výjimky jsou jen při konversi, novaci a principu publicity.²⁴²⁾ Bylo-li nutno, aby se od principu akcesority práva zástavního ustoupilo, mohlo se tak státi jako v právu římském hypotekární successi a hypotekou na vlastní věci.²⁴³⁾ Podle některých jeho námitek byla osnova později změněna.²⁴⁴⁾ Již *Last* se obával, že se stanou doložky o upuštění od vlastníkovi hypoteky trvalou součástí bankovních dluhopisů.²⁴⁵⁾ Jeho návrh, aby se obligační ná-

²³⁷⁾ § 69.

²³⁸⁾ Erläut. Bemerk., 98.

²³⁹⁾ Viz § 64: V pozn. 229). Jen přehlédnutím bylo stanoveno o anuitách: »so erwirbt der Eigentümer erst nach Erlöschung der ganzen Forderung dieses Verfügungsrecht«. I zde asi mohl toto právo vykonati i pozdější vlastník, maje kvitanci.

²⁴⁰⁾ Viz § 68 v pozn. 231).

²⁴¹⁾ JvJ, 40 (1908), 43 a násl., Dr. Adolf Last, Das Verfügungsrecht des Pfandgutseigentümers über die freigewordene Hypothek.

²⁴²⁾ L. c., 59.

²⁴³⁾ L. c., 62.

²⁴⁴⁾ L. c., 66, 67.

²⁴⁵⁾ L. c., 68.

rok na výmaz na způsob § 1179 n. z. o. v knihách poznamenal, zvrhl se zmatkem zákonodárce v poznámku s účinky absolutními.²⁴⁶⁾ Votum *Lastovo* vyznělo proto proti vlastníkovi hypotece.²⁴⁷⁾ Míneň *Tillovo*, jež proslovil již r. 1908 v Právnické Společnosti ve Vídni, sěznáváme asi z jeho článku po novele.²⁴⁸⁾ Logický rozpor mezi § 447 a 469 o. z. o. nedá se odstraniti. Zanikla-li pohledávka, není tu více věřitele. § 469 o. z. o. mluví o »Verhaftung« věci, ale toto »Verhaftung« není zástavní právo. O výkladu § 469 o. z. o. vytvořila se celá legenda. Občanský zákonník zmiňuje se o důvěře ve veřejné knihy jen jedinkrát při promlčení (§ 1500). Tento příležitostný, zákonodárcem jen letmo dotknutý předpis stal se praxi i teorii východiskem principu důvěry ve veřejné knihy. Ne každý právní obrat, jen poctivý obrat měl býti chráněn. Ale zaniklým právem zástavním nedá se disponovati. Disponuje se pouze místem, kde dříve bylo. Zmatená a matoucí konstrukce o logicky neudržitelné dispoziční právo, které neexistuje, dá se jednodušeji formulovati výhradou přednosti před zadními hypotékami. Právo zadních věřitelů na vzetup je podstatou práva zástavního. Vlastníkovi dispoziční se tomu odporuje a zadním věřitelům ukládá, aby vlastníkovi ustoupili. Také *D o l i ň s k i*²⁴⁹⁾ je proti osnově. Způsob, jak se tu jedná s právy (očekáváním nebo nadějí) nástupných věřitelů musí otřásti právní bezpečností. Právní jistota toho vymáhá, aby nástupní věřitel věděl pevně, zda může počítati se zlepšením hypoteky čili nic. Věřitel, který úvěr povoluje, bere to za základ svého výpočtu. Malá hodnota může hypoteky podražiti. Amortisační hypotek se nemovitost oddlužuje. Hypoteka vlastníkovi tomu brání.

Z obhajců vlastníkovi hypoteky vítá osnovu *Wellspacher*. Staví hypoteční právo na moderní základ. Konečně ustalo se s příležitostnými konversními zákony. Autor s ní však nesouhlasí, pokud odpírá vlastníkovi uspokojení z nejvyššího po-

²⁴⁶⁾ L. c., 69.

²⁴⁷⁾ L. c., 78.

²⁴⁸⁾ Zeitschr. f. Notariat, 1918, 165, Dr. E. v. Till, Verfügung über Hypotheken u. Vorrückungsrecht.

²⁴⁹⁾ Przegląd prawa i administracyi, 1814, 191 a násl., Dr. Aleksander *D o l i ň s k i*, Hypoteka właściciela w projekcie noweli do kodeksu cywilnego i jej wpływ na kredyt hypoteczny.

dání a přikazuje obnos zadním věřitelům. Právem vzestupu zadních věřitelů přichází do reálního úvěru aleatorní moment. Věřitelé budou se snažiti, aby provedli exekuci dříve, než bude vlastník hypotekou disponovati a vlastník se bude zase snažiti, aby hypoteku nastrčenou osobou zakryl. Autorovi je nejasný § 64 osnovy. Namítá, že věřitel, pro něhož se zástavní právo zřizuje, nemá žádného zájmu na tom, bude-li vlastník tímto zástavním právem disponovati. Netřeba se proto báti nějaké takové doložky v dluhopisech.²⁵⁰⁾ Předloha panské sněmovny ze zárodků občanského zákonníka chce dosíci výsledků, ke kterým přišlo o vlastníkove hypotece zákonodárství cizí. Návrh novely neučinil nic jiného, než že důsledky Strohalových vývodů proti odporům zajištil. §§ 469 a 1446 o. z. o. jsou svou novou formulací jen výrazem vkladního principu. Hypoteka po svém sjednocení a vyrovnání trvá tak dlouho, pokud se nevymaže. Při § 1446 o. z. o. je jasno, že náleží vlastníkov. Ale i při § 469 o. z. o. mu náleží, poněvadž ne věřiteli, nýbrž pouze vlastníkov. Uznává-li novela hypoteku s pohledávkou a bez pohledávky, vyskytuje se vlastníkov hypoteka vlastně ve čtyřech případech: 1. Nabude-li jí vlastník konfusí, nejsa osobním dlužníkem, 2. zanikne-li pohledávka konfusí, poněvadž je osobním dlužníkem, 3. zanikne-li vyrovnáním, 4. zanikne-li sice, ale je-li tu nárok náhradní. Povážlivé je, že okolnosti, podle nichž se toto rozdělení řídí, nejsou z pozemkové knihy znatelné. Rozlišování hypoteky s pohledávkou a bez pohledávky není žádný rozhodný moment pro zásah legislativní. Jinak vytvoří se právo, kterého nelze upotřebiti.²⁵¹⁾

Ani občanský zákonník, ani jiné zákony, ani čl. XXVIII. ex. ř., líčí K a f k a, nezjednali zadním hypotekářům právo na vzestup. Ale když se mluví o možnosti vzestupu anebo o vzestupním právu, vždy je to něco překerního a nejistého, a motivy zcela správně praví, že hypotekáři mohou ve vzestup doufati, nikoli s ním počítati. Strach před průlomem akcesority práva zástavního, ač již se stal, bránil, aby se učinil krok rozhodný. Není

²⁵⁰⁾ GZ, 1908, č. 11, Dr. Moritz Wellspacher, Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle.

²⁵¹⁾ GZ, 1913, č. 20, Wellspacher, Die Eigentümerhypothek im Entwurfe der Zivilgesetznovelle

nebezpečí, že se bude do dluhopisů pojímati doložka, že vlastník vzdá se dispozice hypotekou, kterou věřiteli právě zřizuje. Věc ta je zástavnímu věřiteli přece lhostejna. Ale naproti tomu je pravděpodobno, že do dlužních listů pojímati se bude doložka, kterou se vlastník bude ve prospěch věřitele vzdávati dispozice předcházejícími hypotekami a že tato doložka stane se typickou součástí dlužních formulářů. Je možno, že se takovým způsobem účinek § 63 úplně zmaří.²⁵²⁾

Praksi, která užívala pro úvěr zaniklých hypotek, stál v cestě konversní zákon, praví E h r e n z w e i g. Návrh novely chce potřebě praxe vyhověti.²⁵³⁾ Vlastníkova hypoteka měla by se rozšířiti i na hypoteky, hned od počátku neplatné, ale vyloučiti při hypotekách exekučních. Měla by se zjednodušiti.²⁵⁴⁾ Přednost zbytku pohledávky před vlastníkovou hypotekou mohla by se stanoviti judikátem; nikoli podle § 1176 n. o. z. Stačilo by doplniti § 1416 o. z. o. Švýcarské obligacní právo stanoví (čl. 85), že dlužník není oprávněn, aby si placenou část na zajištěný nebo lépe zajištěný díl pohledávky započítal. Tím získalo by se směrodatné hledisko. Hypoteka může se pojímati, jakoby byla rozdělena v dílečné pohledávky se snižující se jistotou. Rozřešení pořadu dalo by se tím samo sebou.²⁵⁵⁾

Vnitřní rozpor rakouského hypotečního práva odhaluje se dle B a r t s c h e smírným pokusem osnovy v celé své hloubce. Osnova je však upřímná. Zaujímá pevné stanovisko vůči příležitostnému zákonodárství dřívějšímu. Hospodářský vývoj nutikal, aby se vzestup věřitelů potlačil. Byl hospodářsky nespravedlivý a dal se jen historicky vysvětliti. Vzestup tento je nadobro odbyt.²⁵⁶⁾

Steiner stojí sice na stanovisku odpůrců vlastníkove hy-

²⁵²⁾ CB, 1908, 625, Dr. Bruno A. Kafka, Die sachenrechtlichen Bestimmungen im Entwurfe der Zivilgesetznovelle.

²⁵³⁾ XI. Oesterr. Advokatentag, Dr. Armin Ehrenzweig, Gutachten über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum allgem. bürgerl. Gesetzbuche.

²⁵⁴⁾ Dr. Armin Ehrenzweig, Die Zivilrechtsreform in Oesterreich, Wien, 1918, 14.

²⁵⁵⁾ I. c., 15, 16.

²⁵⁶⁾ GZ, 1908, 22, Dr. Robert Bartsch, Die Reform des österr. Privatrechts.

poteky, ale zahrnuje mínění Lastovo, aby se předloha vzala zpět anebo, což je totéž, důkladně přepracovala. Vystačilo by se tu s dodatky.²⁵⁷⁾ Vyvozuje-li se však vlastníková hypoteka z občanského zákoníka, je to umělostka, kterou se do zákona vkládá, co v něm není. Zaniklá hypoteka dle § 469 a 1446 o. z. o. trvá jen pro důvěru třetích osob. V zástavním právu za dílčí úpis a při konversi lze spíše spatřovati ústav kauční hypotece podobný než vlastníkovu hypoteku. Zadní hypotekáře třeba chrániti. Vlastník měl by se v přední řadě na ně obrátiti, kdyby chtěl svým zástavním právem disponovati. Zadní hypotekáři měli by míti proti fraudulosním převodům právo odporu. Vlastník měl by užití své hypoteky, aby ji polepšil. Meliorační zákon ze dne 6. VII. 1896 č. 144 ř. z. mohl by tu býti vzorem. Osnova respektuje práva zadního hypotekáře, připouštějíc, ovšem jen v motivech, smlouvy, jimiž se v jejich prospěch disposiční právo vlastníkovu vylučuje.²⁵⁸⁾

Právo odporu, které měli zadní hypotekáři, praví Ofner, když vlastník cessí místo kvitance zaplacené místo někomu postupoval, vedlo k vlastníkově hypotece. Statek je suma hodnot, z nichž některé vlastník jiným postupuje, některé sobě ponechává. Každý hypotekář zůstane trvale připoután na své místo. Také Ofner ukazuje na chybu argumentace motivů o doložce, kterou se vlastník dispoicce hypotekární vzdává. Věřitel, jehož pořadím má se po zaplacení nakládati, nemá žádného zájmu, aby odpíral vlastníkově hypotece. Nebezpečí nalézá se u hypotekářů zadních. V dlužních listech bude trvalá formule, kterou se příjemce zápujčky vzdává práva, aby dle § 469 o. z. o. předchozími hypotekami nakládal. Postavení vlastníka se zhoršilo. Dříve mu judikatura propouštěla, aby předchozí položkou nakládal. Nyní bude na tom hůře.²⁵⁹⁾

Osnova novely byla pro uzavření říšské rady, jak uvedeno, panské sněmovně poznovu předkládána a panskou sněmovnou komisi pro věci justiční příkazována. Z XXI. zasedání vyšla také

²⁵⁷⁾ Zeitschrift für Notariat, 1908, 205, Johann Steiner, Die Regierungsvorlage betr. Aenderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgem. bürgerl. Gesetzbuches.

²⁵⁸⁾ L. c., 172.

²⁵⁹⁾ Jur. Bl., 1913, Dr. Julius Ofner, § 469 in der Novelle.

r. 1912 její správa s novou osnovou,²⁶⁰⁾ jejíž části staly se pak postupem času zákonem. Právo vlastníkovu nakládati hypotekou kodifikováno pak v §§ 33—49 III. novely k občanskému zákoníku ze dne 19. března 1916 č. 69 ř. z.

Chceme-li oceniti zásluhu panské sněmovny na struktuře vlastníkovy hypoteky, můžeme se jen odvolati na její legislativní vývoj, jak dříve byl vylíčen. Již od § 16 knih ř. byla to vždycky panská sněmovna, která každému pokusu o hypotekární reformu zatarasila cestu. Od romanistických konservativců, kteří plnili panskou sněmovnu, vyšlo povždy jen torso. Tak je tomu i při III. novele k obč. zákoníku. Vládní předloha neřešila sice vlastníkovu hypoteku bezvadně. Než i to, co na ní bylo dobré, zkaženo bylo ještě panskou sněmovnou. Co při konfusi je možno, není možno při zaplacení. Při konfusi může zníti položka na vlastníka, při zaplacení musí zůstat zapsána na dosavadního věřitele.

Osnova nechtěla, jak motivy panské sněmovny uvádějí,²⁶¹⁾ zkonstruovati dluh pozemkový a tím mobilisovati právo zástavní. Nechtěla také zavésti položku vlastníkovu jako »activum« pro rozvrh výtěžku vnučené správy a nejvyššího podání a pro zasáhání vlastníkových věřitelů. Oba důvody snadno lze vyvrátiti. I dluhem pozemkovým nemusí se hypoteka vždy mobilisovati. Vedle listovního dluhu pozemkového, který převádí se odevzdáním listu, je možný též knihovní dluh pozemkový, který převádí se knihovním zápisem. Activum pro rozvrh výtěžku vnučené správy a nejvyššího podání dá se přece pozitivním předpisem práva vyloučiti.

Motivy osnovy domnívají se, že našly prostředek, aby nepoctiví věřitelé zaplacených pohledávek nepřeváděli a aby jejich věřitelé důvěrou v knihy jich nepostihovali.²⁶²⁾ Vlastník může právo zástavní s výhradou pořadí dáti vymazati.²⁶³⁾ Tím vlastně tedy účelnost nové formy negují a ji krátkodechou, jen tři léta životnou jinou formou nahražují. Tato forma vyskytovala se již

²⁶⁰⁾ Beilagen, Herrenhaus, XXI. Session, 78.

²⁶¹⁾ L. c., str. 56.

²⁶²⁾ Podle plenissimárního rozh., Slg., 4499, se exekuce na zaplacenou pohledávku více nepřipouští. Viz též Oesterr. Centralblatt für die jurist. Praxis, 1887, 257 a násl., Dr. J. Kavčič, Executionsführung auf bereits getilgte Hypothekarforderungen.

²⁶³⁾ L. c., str. 59.

v předloze vládní a dojistá ne za takovým účelem, bylo-li tomu možno, aby vlastník právo zástavní za zaniklou pohledávku na sebe dal přepsati.²⁶⁴⁾

Vládní osnova byla dále zhoršena rozdvoujením vlastnickovy hypoteky na hypoteku s pohledávkou a bez pohledávky. Vládní osnova na prospěch jednoduchosti věci toho neznala.²⁶⁵⁾ Motivy ospravedlňují to odůvodněným zájmem vlastníka.²⁶⁶⁾ Zájem tento záleží patrně v tom, aby se na něho při rozvrhu nejvyššího podání dostalo a aby také, předpokládajíc jeho nesobeckou obětavost, jeho věřitelé hypoteku s pohledávkou postihli. Je tedy velice problematický. Postih věřitelů novými útratami zhorší spíše stav dlužů, než aby mu ulehčil. Hypoteka i bez pohledávky stačí k ochraně zájmů vlastnických s dostatek. Dojde odškodněné, užije-li uvolněného místa. Podle osnovy a také novely je na tom vlastník s hypotekou bez pohledávky lépe než vlastník hypoteky s pohledávkou. Vlastnickova hypoteka s pohledávkou může totiž od vlastnickových věřitelů býti zabavována.²⁶⁷⁾ Při hypotece bez pohledávky je to vyloučeno.

Vládní osnova zhoršena dále časovým obmezením výhrady pořadí vymazaného práva zástavního na tři léta. Bez tohoto obmezení mohla výhrada pořadí vésti ku samostatnému vývoji. Mohla dáti vlastnickově hypotece svůj charakter. Časovým obmezením bylo to zastaveno.²⁶⁸⁾

§ II. Zákonodárná formulace.

Vlastnickova hypoteka podle III. novely ze dne 19. března 1916 č. 69 ř. z. nejví jednotného charakteru. Zrazuje na sobě tu klopotnou práci různých příležitostí, kde výjimkou, takřka násilně proti romanistickým překážkám průchodu si zjednávala. Pro tyto překážky zdravý princip jen ve zrůdách zrůstal a v no-

²⁶⁴⁾ Viz § 64 a 68 vládní osnovy v pozn. 229) a 231).

²⁶⁵⁾ Beilagen, Herrenhaus, XXI. Session, 78, str. 60, 63.

²⁶⁶⁾ L. c., str. 62.

²⁶⁷⁾ L. c., 60: dieses Recht weiter nicht nur seiner eigenen Verfügung, sondern auch der Beschlagnahme durch Zwangsvollstreckung unterworfen bleibt. Viz též Oesterr. Centralblatt für die jurist. Praxis, 1908, 625. Kafka, Die sachenrechtlichen Bestimmungen im Entwurfe der Zivilgesetznovelle.

²⁶⁸⁾ Kafka, I. c., 633.

vele v ně také vzrostl. Šest různých prostředků slouží jednomu cíli. Kdyby se pak z nich vytvořiti chtěla jednota, i teorie sama tomu brání. Ostýchá se slova »vlastnickova hypoteka«. Vidí ji jen tam, kde je při hypotece také pohledávka.²⁶⁹⁾ Jinak podle ní je tu jen dispoziční právo vlastnickovo, jak se sám i zákon v § 469 a o. z. o. vyslovuje.

Vlastník nakládá svým právem: 1. převede-li dle § 469 o. z. o. právo zástavní za zaniklou pohledávku na pohledávku jinou, 2. zapíše-li do tří let po vyhrazeném pořadí vymazaného práva zástavního podle § 37 III. nov. v tomto pořadí nové právo zástavní, 3. zapíše-li podle § 38 III. nov. nové právo zástavní v pořadí zástavního práva starého a vymaže-li toto do roka a 4. zapíše-li v pořadí poznámky pořadu dle § 44 III. nov. do roka zástavní právo. Vlastník má zástavní právo s pohledávkou: a) dle § 469 a 470 o. z. o., přísluší-li mu postih za vyrovnanou pohledávku, b) podle § 1446 o. z. o., vyrovnal-li pohledávku, nejša dlužníkem osobním.²⁷⁰⁾

Dříve již vylíčeným vývojem dají se tyto různé prostředky vysvětliti. Právo vlastnickovo ad 1. jevílo se již v nesmělé formě §u 2 konverzního zákona ze dne 14. června 1888 č. 88 ř. z. a ze dne 22. února 1907 č. 48 ř. z. Z tohoto §u cit. zákona vzato také právo ad 3. Právo ad 2. byla novota, kterou panská sněmovna již od § 16 osnovy knih. řádu propustiti nechtěla. Právo ad 4. bylo již v § 53 knih. ř. Práva ad a) i b) vyšly z historie vlastnickovy hypoteky pruské, bezdůvodné v právu rakouském.

Tyto rozdrobené formy dají se zařaditi do různých skupin podle hlediska, které se zaujme. Takovými jsou i dvě skupiny hořejší. Nám zdá se býti přirozenější, rozřadí-li se podle toho, zda tu již jde o nabyté právo zástavní nebo teprve pouč o jeho místo. (§ 41 III. nov. »Stelle«.) Podle toho jest nám základem první skupiny zapsaná hypoteka a druhé skupiny její časové zástavní místo.

A) Zapsaná hypoteka.

I. Základ. Uznáním vlastnickovy hypoteky přesunul se poměr mezi hypotekou a pohledávkou. Pohledávka není více zá-

²⁶⁹⁾ Dr. Maximilian Hendel, Die Verfügung der Eigentümers über die Hypothek, Graz u. Leipzig. 1920, 77.

²⁷⁰⁾ L. c., 80.

kladem hypoteky, nýbrž jejím akcesoriem. Základem stala se hypoteka. To plyne z jejího zachovaného (§ 37 a 38 III. nov.) i přípravného (§ 44 III. nov.) místa. Plyne to také z povahy nového vlastnickova práva. Nakládá hypotekou anebo se dle § 469 a tohoto práva zříká.

Zápis hypoteky může býti v první řadě vklad, zřízený dobrovolně nebo nuceně. Nestačí však založení úkojného práva poznámkou dražebního řízení.²⁷¹⁾ Poznámka tato zachovává sice pořadí přede všemi pozdějšími právy knihovními (§§ 104, 133 ex. ř.). Než jest to právo věřitelské, které pouze na exekuci směřuje, s ní trvá a zaniká. I přeměna úkojného práva v hypoteku podle § 208 ex. ř., zastaví-li se dražební řízení, může se státi pouze na návrh věřitele. Teprve takto povstalá hypoteka může pak býti způsobilým základem pro vlastnickou hypoteku. Opatrní dlužníci budou tedy žádati na vymáhajícím věřiteli, aby dražební řízení zastavil, zástavní právo podle § 208 ex. ř. pro sebe zapsati dal. Na to jej teprve uspokojí a tím zástavní právo za uspokojenou pohledávku získají. Než i při samém úkojném právu mohou se vyskytnouti případy, analogické vlastnickově hypotece. I při úkojném právu může věřitel a dlužník spojit se v jedné osobě. Dražební řízení musí se tu zastaviti. Stane se tak na návrh vlastníkův. I jemu nemůže však odepřeno býti právo, aby ve lhůtě dle § 207 odst. 1 právo zástavní za svou vymáhanou pohledávku v pořadí poznámky dražebního řízení vložil. To plyne samozřejmě i z principu § 1446 o. z. o. To platí i tehdy, bylo-li dražební řízení na návrh více vymáhajících věřitelů zahájeno a jde-li v příčině nich dále. Vlastník, jemuž dražební řízení se zastaví, má pak možnost, aby použije uvolněného místa nové prostředky na zaplacení ostatních vymáhajících věřitelů získal. Neučiní-li tak až do provedení dražby, pomine ovšem jeho právo, je-li osobním dlužníkem, trvá však dále, je-li dlužníkem neosobním. Níže bude uvedeno, že teorie trvá na tom, že vlastník hypoteku na sebe přepsat nesmí. Ale v našem případě přišel by tím o své právo. Musil by záповěď obcházeti cessí svého úkojného práva na nějakou osobu nastrčenou.

Jako základ vlastnickovy hypoteky stačí i záznam práva

²⁷¹⁾ Sborník věd práv. a stát., IV. (1904), 163, můj článek: Původ a povaha úkojného práva dle rak. ex. řádu.

zástavního, provedený na základě titulu soukromého (§ 35 kn. ř.) nebo úředního (§ 38 kn. ř.). Záznam může se spraviti, dříve než se zástavní právo na jinou pohledávku převede anebo tehdy, když se bude na tuto pohledávku převáděti. Byla-li vyrovnána pohledávka z veřejného titulu, nebude se moci veřejnými listinami spravení prováděti, ježto jde již o právo vlastnickovo. Zpravidla spraví se záznam, když bude se převáděti zástavní právo na jinou pohledávku anebo podle § 1446 o. z. o. zástavní právo s pohledávkou na jiného věřitele. Poněvadž i záznamem vlastník hypoteky nabude, neměl by se více tabulární soudce spokojiti dle § 45 kn. ř. s pouhou žádostí prenotáta, aby nespravený výmaz se vymazal. Nejméně mělo by se aspoň žádati, aby podpis vlastníka na žádosti byl ověřen.²⁷²⁾ Tato žádost mohla by stačiti, aby se zástavní právo zaznamenané na někoho jiného převedlo. Než § 469 o. z. o. žádá výslovně kvitance nebo jiné listiny, která zánik zástavního dluhu prokazuje. Na pouhou žádost muselo by se ostatně i řízení dle 2. odst. § 45 kn. ř. zavésti. Také § 47 kn. ř. je s novým právem v nesouhlasu. Na tento důsledek pro knihovní zákon se novelou zapomnělo.

Základem vlastnickovy hypoteky může býti dále zástavní právo simultánní. Ovšem povstávají zde při různém vlastnictví zavazených objektů jisté komplikace, o nichž jednáno bude později.

Základem vlastnickovy hypoteky může býti i zapsané zástavní právo za veřejné dávky. Při tom ovšem osobní priorita státu nemá významu, nýbrž právo zástavní posuzuje se pouze podle svého zápisu.²⁷³⁾

Základem hypoteky může býti také zástavní právo, které dle § 38 III. novely k obč. zák. do jednoho roku má býti vymazáno. Výminka, pod kterou bylo nové právo zástavní podle §u toho vloženo, se tím nesplní. Vloží-li vlastník nové právo zá-

²⁷²⁾ Eisner, Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek nach der dritten Teilnovelle zum ABGB, GZ. 1917, 21 záznam vylučuje. Řídí se tu Dernburgem, který i pro něm. obč. zákoník záznamu nepřipouští. Než německý záznam zakládá dnes jen osobní nárok, aby se hypoteka zřídila. Viz náš spis. I. díl, § 7, pozn. 75 a 76.

²⁷³⁾ GZ., 1917, 296 a násl. Ohmeyer, Das Verfügungsrecht über die zwangsweise begründete Hypothek, vylučuje i tu dispositi vlastnickovu, poněvadž prý zápis má jen význam deklarativní.

stavní pod výminkou výmazu starého, nevzdává se tím ještě dispozice nad starým právem zástavním dle § 469 o. z. o. Právo toto může dle II. odst. § 39 III. nov. přijíti v kolísi s právem nového zástavního věřitele, aby staré právo zástavní vymazal. Mohl by dispozicí vlastníkovou potud býti poškozen, pokud na zaplacení staré pohledávky valutu nové pohledávky věnoval. § 39 byl vzat z konversního zákona ze dne 22. února 1907 č. 48 ř. z. (§ 7 odst. 3). Tam byl na místě, poněvadž šlo o konversi. Výmaz starého práva zástavního měl se státi za konversních podmínek § 3, tedy jen k účelům konversním. V novele těchto podmínek není. Je tekstována všeobecně. Opačný náhled, který by dispozici vlastníkovi odnímal, vedl by k nesrovnalosti, že by tak činiti mohl až po roce, kdy nové zástavní právo z úřední moci se vymaže.

Základem vlastníkovy hypoteky mohou býti i časově obmezená práva zástavní, která se z úřední moci vymažou, poněvadž předpoklady, za nichž byly zapsány, odpadnou (§§ 49, 133 kn. ř., § 88 ex. ř., § 39 III. nov.). Z úřední moci vymaže se tu pak také, co se z dispozice vlastníkovy zapsalo.

Základem vlastníkovy hypoteky může býti též zástavní právo, ohledně něhož podle knihovního řádu byla podána žaloba na výmaz (§§ 61, 69 kn. ř.) a o němž trestní soud uznal, že může se vymazati (§ 67 kn. ř.). Máť podle § 65 2. odst. vlastník výmazné právo sám. I může podle příznivého rozsudku soudu civilního nebo trestního právo zástavní na jinou pohledávku převésti. Kdyby se i stálo na úzkém výkladu §u 469 o. z. o., že za hrnuje pouze případy, kdy zástavní pohledávka platně vzejde, mohou se i tyto případy za okolností §§ 61—67 kn. ř. vyskytnouti.

Základem vlastníkovy hypoteky může býti i nuceně zřízené právo zástavní za vykonatelnou pohledávku²⁷⁴⁾ a také záznam za účelem exekuce ku zjištění. Vzhledem ku III. novele nemá více vymáhající věřitel práva, aby sám exekuci zrušil.²⁷⁵⁾

Nezpůsobilým základem pro vlastníkovu hypoteku jest právo zástavní, je-li při něm ve veřejné knize poznamenáno, že vlastník zavázal se je vymazati (§ 469 a o. z. o.).

Nezpůsobilým základem pro vlastníkovu hypoteku je právo

²⁷⁴⁾ L. c., 292.

²⁷⁵⁾ L. c., 293.

zástavní superkondikované. Stává se jím, má-li vlastník také výmazné prohlášení na superkondikci anebo svolí-li superkondicent, aby jeho právo (nadzástavní nebo užívací) na nové právo bylo převedeno. Novela se o tom nezmiňuje, ale stanovila to v § 40 pro případ § 38.

Nezpůsobilým základem pro vlastníkovu hypoteku je dále zástavní právo vymazané s výhradou § 51 kn. ř. Výmazem, třeba s touto výhradou, vyňato bylo z knihovního obchodu. Výhradou je zachováno pouze pro superkondicenta; pro nikoho jiného, také ne pro vlastníka. Vzdyť vlastník dal je s touto výhradou vymazati anebo soud tuto výhradu povolil, když vlastník za definitivní výmaz žádal. Výmaz je výminečný. Výminka pomine, jakmile se provede výmaz superkondikce.

Nezpůsobilým je dále zástavní právo, kterého vydražitel na srážku z nejvyššího podání nepřevzal (§ 237 ex. ř.). Exekuční dražbou došlo právo zástavní svého uskutečnění. Vyčerpalo se. Na místě něho nastupuje nárok na kvotu nejvyššího podání.

Nezpůsobilým základem je zástavní právo za pohledávku na kapitalisovaných úrocích a annuitách, na něž podle zákona ze dne 15. února 1916 č. 43 ř. z. pořadí původní pohledávky bylo rozšířeno. Toto zástavní právo zaniká podle zákona po dvou letech po zaplacení poslední splátky a vymazává se z úřední povinnosti (čl. VIII. cit. zák.). Nezpůsobilým základem je také právo zástavní za zbytek původní pohledávky, pokud výše uvedené kapitalisované úroky a annuity spolu se zbytkem původní pohledávky převyšují (čl. IX. cit. zák.).

II. Poměr hypoteky k pohledávce. Výklad opírající se o princip důvěry ve veřejné knihy, dal rak. právu hypotečnímu romanistický charakter. Teorie i judikatura v něm vězela, a vězí v něm i novela. To jest ovšem jen jeho zevní nátěr. Podstata je jiná. Proto dle úmyslu zákonodárce²⁷⁶⁾ a dle náhledu teorie²⁷⁷⁾ předpokládá § 469 o. z. o., že pohledávka, kterou zá-

²⁷⁶⁾ 2 der Beilagen zu den sten. Protok. des Herrenhauses, XXI. Session, 1911, 96.

²⁷⁷⁾ GZ, 1916, 217. Schey, GZ, 1917, 19. Hendel, 33. Toliko Ohmeyer, GZ, 1918, 116 v recenzi spisu Klangova vyslovuje se pro to, aby obdobou (§ 7 o. z. o.) připuštěno bylo disposiční právo vlastníkovu při neplatné pohledávce. Úmysl zákona, i praktická potřeba mluví pro to.

stavní právo pojišťuje, musila při jeho zřízení platně vzejít a pak teprve zaniknouti. Vylučují se proto případy, kdy pohledávka nebyla vůbec platna anebo byla sice platna, ale zástavní právo od pohledávky odpadlo, na př. vzdáním se nebo převzetím dluhu jinou osobou dle § 1405 o. z. o. Náhled tento zdá se býti na první pohled bezesporný. Svědčí mu několikeré opakování slov »Schuld«, »Tilgung der Schuld«, das Erlöschen der Pfandschuld« v §u 469 o. z. o. a pak i znění § 470 o. z. o. Přes to všechno nemohou nám býti tyto výrazy a toto pojmání směrodatno, je-li podstata vlastnickovy hypoteky jiná.

Jak bylo již uvedeno, je základem vlastnickovy hypoteky zástavní právo. Na pohledávce, jaká jím měla býti pojištěna, nezáleží. Stačí pouze, aby v čas dispozice vlastnickovy tato pohledávka neexistovala, aby zástavní právo bylo volné. V pruském právu to bylo jinak. Tam zvláštním vývojem, o němž výše bylo již řeči, nabýval vlastník i pohledávky. Měl-li jí tedy nabýti, musila býti platná. Jinak však při struktuře vlastnickovy hypoteky, kde předmětem vlastnickovy dispozice je pouze zástavní právo bez pohledávky. Podle § 469 o. z. o. má právě uvolněné zástavní právo na »jinou pohledávku« býti převedeno. Zákonodárce, zaváděje nový institut do rakouského práva, nebyl si toho dosti vědom, oč vlastně jde. I ponechal staré znění §u 460 o. z. o. a rozvedl je ještě v jeho romanistických přežitcích. Pro dispozici vlastnickovu právem zástavním je přece pohledávka úplně lhostejna. Pro tuto dispozici je to stejné, zda pohledávka tu nebyla hned od počátku anebo zda odpadla teprve později. Z účinků, které disposiční právo vlastnickovo má, je také zřejmo, že platné pohledávky tu vůbec potřebí není. Může zde jíti o pohledávky, po samém zákonu neplatné, kde věřitel činí nárok na valutu (věno ve formě zápůjčky) nebo nároku toho vůbec nemá (nevaluovaná zápůjčka). V prvním případě není možno ani zpět žádati, co bylo placeno (§ 1432 o. z. o.). Placení je tedy platné a přece je pohledávka neplatná. Platná je tu také kvitance, a proto platná i dispozice vlastnickova zástavním právem o zaplacené neplatné pohledávce. Neplatnou pohledávku může kromě toho zaplatiti i hypotekární dlužník, který nebyl dlužníkem osobním, a tím nabude hypoteky i s neplatnou pohledávkou. I při druhém případě může se vyskytnouti více variant. Starý věřitel odmítnul vyplatiti valutu, ale nový je k tomu ochoten. Starý

věřitel převede tedy na něho právo zástavní i s neplatnou pohledávkou. Zápůjčka stane se valuací platnou a po zaplacení jejím spadne případ řádně pod § 469 o. z. o. i podle jeho úzkého výkladu. Než starý věřitel chce dáti výrazné prohlášení, a právo zástavní bude se moci převést na pohledávku nového věřitele, který ku valuaci bude ochoten. Kdyby se chtěla tato možnost odmítnouti, lpělo by se na nepodstatné věci, která má při disposičním právu vlastnickově význam pouze podružný, vedlejší. Zneuznával by se institut »dispozice vlastnickovou hypotekou«, jen hypotekou a to hypotekou bez pohledávky. Při částečném valuování zápůjčky přišlo by se k subtilnostem, že by se část zástavního práva dle valuované pohledávky pro dispozici vlastnickovu propouštěla, část na prospěch zadního věřitele nechávala. Při amortisovaných pohledávkách dle §§ 118—121 kn. ř. musel by nový věřitel pro svou jistotu zkoumati, zda amortisovaná pohledávka byla před 50 lety platná.

Ani neplatná pohledávka, hypotekou zajištěná, není vyňata z účinků veřejné víry v pozemkové knihy. Vlastníkovi by se tedy odpíralo, aby použil zástavního práva pro neplatnou pohledávku, a třetím osobám by to bylo volno. Teprve až by se důsledkem principu publicity neplatná pohledávka zaplatila, mohl by užití zástavního práva. To jsou nesrovnalosti, které způsobuje nesprávné stanovisko. Třeba vycházeti ne z pohledávky, ale z hypoteky. Pro hypoteku je to stejné, zda zástavní právo vážne indebite hned od počátku nebo od pozdějška. Ani zákonodárce, ani původce těchto předpisů Schey nezmiňuje se o tom, zda také § 37 a 38 III. novely vyžadují si těchže podmínek jako § 469 o. z. o., totiž dříve platné pohledávky. Podle cit. §§ vymaže se jakékoli právo zástavní, ať vážne pro platnou nebo neplatnou pohledávku.²⁷⁸⁾

Shora již dotčený výklad § 469 o. z. o. svědčí taktéž tomuto názoru. Nemovitost ručí (haftet) tak dlouho, dokud se dluh nevyplatí. Dotud trvá její ručení, ať je dluh platný nebo neplatný. Dluh je spjat s ručením v zástavní dluh, »Haftung«. Zástavní dluh zůstává, třeba by osobní dluh zanikl. Tak třeba vykládati »das Erlöschen der Pfandschuld«. Terminologie tato odpovídá

²⁷⁸⁾ GZ, 1917, 20 Eisner to již vyvozuje, jak níže bude uvedeno. Jinak CB, 1908, 633 K a f k a.

době, kdy občanský zákoník vznikl. Tak stojí v »Codex Theresianus«, že vypočítávané tam »Tilgungsarten« nevztahují se na zaznamenané zástavní dluhy. »Landtäglich oder stadt- oder grundbücherlich vorgemerkte Haftungen« mohou jenom výmazem z knih vyhlazeny (getilgt) býti.²⁷⁹⁾ Redaktoři občanského zákoníka užili sice výrazů své doby, ale nerozuměli jim, dávajíce jim smysl romanistický. Tak lze také jen chápati § 43 III. nov., připouštějící předpisy o vlastnickově hypotece jen při starších právech zástavních, »als die Pfandschuld am 1. Jänner 1917 noch ausgehftet hat«.

III. D ů v o d v z n i k u. Vlastník může nabýti hypoteku buď bez pohledávky nebo s pohledávkou. Bez pohledávky nabývá ji z trojího důvodu, buď že hypoteka ze svazku s pohledávkou vyšla, poněvadž tato pohledávka zanikla, buď že z tohoto svazku vystoupila anebo konečně že se do tohoto svazku vůbec nedostala. První případ je výklad doslovného znění § 469 o. z. o. Druhé dva případy vztahují se na náš rozšířený jeho výklad. Pohledávka zaniká, platí-li osobní dlužník, ať již je vlastníkem zastavené nemovitosti čili nic, dále také platí-li osoba třetí, která cessí pohledávky nabýti nechce. Pohledávka zaniká dále hrazením (datio in solutum, § 1414), plní-li se jiná věc²⁸⁰⁾, spraveným složením k soudu, kompensací, konfusí, novací, vzdáním, převzetím dluhu se souhlasem věřitele, promlčením, amortisací dle §§ 118—121 kn. ř., rozvázáním z výminky a konečnou lhůtou.²⁸¹⁾

²⁷⁹⁾ Codex Theresianus, III, Cap. XXIV, § 161, 163, 176. Schey GZ, 1916, 211/9 má za to, že »Haftung« je jen »něco« z hypoteky, ne hypoteka sama. Chce je vyložiti z teorie »Schuld und Haftung«. Podle jeho náhledu nebylo by to »Sachhaftung«, které je zástavním právem, ale snad jen »Vermögenshaftung«, které jest jakousi generální hypotekou; ale bez technické formy. Nahlédnutí do pozemkové knihy by Scheye přesvědčilo, že je to »Sachhaftung«.

²⁸⁰⁾ GZ, 1917, 19 E i s n e r.

²⁸¹⁾ Schey, I. c., 208, 209. Kam vedou subtilnosti, trvá-li se na požadavku pohledávky dle § 469 o. z. o., dokazuje Schey při vzdání se dluhu, převzetí jeho a promlčení. Dle jeho výkladu § 469 o. z. o. nemohlo by vzdání se hypoteky, nechávajíc v platnosti osobní závazek buď vlastníka hypoteky nebo osoby třetí, nikdy vésti ku založení dispozičního práva vlastnickova. Pohledávka nezanikla. Vlastník by se nemohl vykázati listinou, která prokazuje »das Erlöschen der Pfandschuld«. Vízme však, jakou umělou argumentací musí si pomáhati, aby důsledek své vlastní teorie a svého vlastního textu § 469 (Beilagen, Herrenhaus,

Zástavní právo vychází ze svazku s pohledávkou, propustí-li zástavní věřitel hypoteku z tohoto svazku, rozváže-li jej výminkou nebo ukončí čas, jež se jen na pohledávku, nikoli na zástavní právo vztahují. Uvolnění nastává také ex lege, převezme-li kdo třetí se svolením věřitele závazek dlužníkův (§ 1405 o. z. o.) nebo rozsudkem soudním o žalobě na výmaz dle § 61 kn. ř., o odporu správce konkursní podstaty pojištění věna dle § 29 a pohledávky dle § 30 konk. ř., pak také rozsudkem trestním dle § 67 kn. ř.

78, str.) vyloučil: (Schey, I. c., 216) Besondere Betrachtung verdient — namentlich der Verzicht des Gläubigers auf das Pfandreht und zwar nur das Pfandreht, nicht auch die persönliche Schuld. Ist auch diese erlassen, so steht der Fall zweifellos unter § 469 (I. c. č./5.). Den hier zu erörternden Fall regelt also dem Wortlaute nach weder der neue § 469, noch der neue § 1446; so bleibt er eine Frage der Gesetzesanalogie. Auf den ersten Blick scheint die Analogie des § 1446 die nähere, handelt es sich doch um einen das Pfandreht selbst und nicht die Schuld treffenden Aufhebungsgrund. Demnach führt die Beachtung der »Gründe der Gesetze« auf § 469. Ist der Eigentümer zugleich Personalschuldner, so muss er, wenn seine Liegenschaft durch den Verzicht von der Pfandlast befreit ist, aus sonstigem Vermögen zahlen, zuletzt also: »Tilgung der Schuld« auf Kosten des Eigentümers, wie sie als Normalfall § 469 voraussetzt; — ist er nicht Personalschuldner, so hat er entweder den Verzicht des Gläubigers auf das Pfandreht durch irgend eine Gegenleistung erkaufte, was einer indirekten Zahlung nahekommt, oder der Verzicht geschah ohne Entgelt, dann fehlt ihm jeder Anspruch gegen einen Dritten, der durch die fort-dauernde Haftung der Liegenschaft zu decken wäre — mit anderen Worten: Ueberall fehlt gerade das charakteristische der Rechtslage, die § 1446 voraussetzt. Damit ist die sinngemässe Anwendung des § 469 gerechtfertigt: Recht des Eigenthümers zur Verfügung über die Hypothek durch Uebertragung auf eine neue Forderung-Ausschliessung des Zugriffes anderer Gläubiger. Schey cituje dále protokoly k něm. obč. zákoníku (Protok. der zweiten Lesung, III, S. 603), které potvrzují sice jeho speciální stanovisko k této věci, nikoli však obecně o významu pohledávky při § 469 o. z. o.: Jedenfalls sei anzuerkennen, dass der Eigentümer, falls der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, vielleicht weil er von dem Eigentümer andere Sicherheit erhalten habe, ein Interesse daran haben könne, die Hypothek nicht zur Löschung bringen zu lassen. O převzetí dluhu pak Schey (I. c. 209) argumentuje takto: Die Schuld ist zwar nicht »getilgt« worden, sondern »übernommen«, aber die persönliche Haftung, für welche das Pfand einzustehen hatte, ist weggefallen. Při promlčení promlouvá o promlčení zástavního práva (I. c. 209), kde pohledávka uznáním dlužníkovým nepromlčela: Der

Zástavní právo nedostane se do svazku s pohledávkou, jde-li o hypotéku neplatnou anebo o pohledávku, která vůbec nevzešla, poněvadž na př. při zápůjčce valuta nebyla vyplacena. Zahrnouti sem třeba i nevyčerpanou kauční hypoteku a také nejvyšší obnosy pro vedlejší závazky (§ 14 kn. ř.), dosaváde nevzešlé, při pohledávkách zástavním právem zjištěné.²⁸²⁾ Spadají sem dále všechny případy shora uvedené; pokud platná pohledávka vůbec nevzešla.

Hypoteky s pohledávkou nabývá vlastník podle § 470 o. z. o., trvá-li pohledávka ještě proti někomu třetímu anebo přísluší-li vlastníkovu náhrada za její vyrovnání. Trvá-li pohledávka ještě

Eigentümer hat auf Grund der abgelaufenen Verjährung der Hypothek gemäss § 1499 ABGB das Recht, die Löschung des Pfandrechtes zu begehren, so lange ihm nicht ein Dritter, der die Hypothek im Vertrauen auf das Grundbuch erworben hat, entgegensteht. Die ratio des (novelierten) § 469 drängt deshalb hier geradeso wie bei Tilgung der Schuld dahin, ihm die volle »Verfügung« über die Hypothek nicht nur durch Löschung, sondern auch durch ihre Uebertragung oder durch Vorbehalt des Ranges für ein anderes Pfandrecht zu sichern, das heisst, die Verjährung der Hypothek soll »genau so wirken, wie die Tilgung der Schuld nach § 469.« Argumentace Scheyova při všech těch případech může v plném znění užita býti pro náš výklad § 469 o. z. o. Ipři neplatné pohledávce má vlastník právo dispoicce výmazem. Proč by se mu mělo tedy brániti, aby zástavním právem také ještě jiným způsobem nedisponoval, Langer, GZ, 1918, 88 má za to, že vzdáním se zástavy dispoiční právo vlastníkovu nevznikne. Znáť zákon důvod pro ně jen vyrovnání pohledávky (§ 469) a sjednocení (§1446).

²⁸²⁾ Spisovatelé, kteří dávají se másti cizím vzorem, nepřipouštějí ovšem, aby vlastník zástavního práva mohl užiti, nevzešla-li pohledávka. Křiklavý je tu rozpor při kaučních hypotekách. Kauční hypoteku lze přece převést na jiného věřitele. I po novele mohl by to tedy učiniti vlastník za přispění věřitele pomocí cesše, tak jak se to dělo před novelou při zaplacených pohledávkách. V teorii (Eisner, l. c. 21) žádá se, aby prý v žádosti o přepsání listinou se prokázalo, jak veliká pohledávka vzešla. Tedy zase cesta pro fikce a nepravé údaje, poněvadž se tvrdošijně lpí na nesprávném právnickém teoremu. Uvažme ty technické nesnáze! Všechny vlastníkovy hypoteky jsou pro obchod bezcenné, poněvadž útraty do výše, pokud nevzejdou, musí se při převodu vymazati. Jeť tu zakládací pravidlo, že jen to právo zástavní lze převést, v příčině něhož pohledávka vzešla. Na tomto stanovisku stojí Schey l. c., 209, Klang 151, Hendel, 34. I pro německé soukromé právo má Semmelmann Beiträge zum praktischen Rechte der Eigentümerhypothek, Bayreuth, 1906, 69 za to, že teprve při skončení kreditního poměru je jisto, že maximální hypotéka zanikla.

proti někomu třetímu, jest případ rovný § 1143 n. z. o.²⁸³⁾ a § 1446 o. z. o. starého i nového znění. Vlastník zaplatil tu cizí pohledávku, jsa pouze hypotekářem, ne osobním dlužníkem. Zástavní právo trvá tu i s pohledávkou.²⁸⁴⁾ Je-li vlastník dlužníkem osobním, zaniká sjednocením pohledávka, a má tu pak místo § 469 o. z. o.²⁸⁵⁾ Přísluší-li vlastníkovu náhrada za to, že pohledávku vyrovnal, zanikla tato, a je tu také případ § 469 o. z. o.²⁸⁶⁾ Trvá-li při sjednocení vlastnictví a hypoteky pohledávka a má-li vlastník nárok na náhradu za vyrovnání pohledávky, má nárok na podíl rozvrhu výtěžků vnučené správy a dražby. Při rozvrhu výtěžků vnučené správy jsou to tedy podle § 124 odst. 3. ex. ř. jen úroky z pohledávek vlastníkových, nikdy pohledávky samy, poněvadž vlastník nemůže proti sobě vésti exekuci. Tento jeho nárok konstruuje již teorie jako zvláštní právo podílnické (Teilnahmerecht).²⁸⁷⁾ Sjednocení při § 1446 o. z. o. může býti zřejmo z pozemkových knih, ale převodem pohledávky na vlastníka nelze je přivoditi, poněvadž to zákonem dovoleno není.²⁸⁸⁾ Při nároku na náhradu podává o podílnickém nároku povždy zvěst jen vnitřní poměr mezi stranami. Nenašel-li zákonodárce pro nárok, který má se při rozvrhu z nucene správy nebo dražby uplatniti, knihovní formy, je to jistě poměr neutěšený. Novela nechtěla převzítí německou hypoteku vlastníkovu. Chtěla vytvořiti ústav, který by se od akcesority práva zástavního příliš neodchyloval. Do jejího systému se podílnické právo vlastníkovu nehodí. V pruském a německém právu má své organické místo. V pruském právu nabýval hypoteky s pohledávkou ten vlastník, který pohledávku zaplatil. I podle dnešního německého práva nabývá hypoteky ve formě dluhu pozemkového po samém zákonu ten vlastník, jenž jde k dobru

²⁸³⁾ § 1143: Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, so weit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

²⁸⁴⁾ GZ, 1917, 12, Eisner, Hendel, 109.

²⁸⁵⁾ Eisner, l. c., Schey, 208/3, 215/2.

²⁸⁶⁾ Schey, 214/8, Dr. Heinrich Klang, Bemerkungen zu den sachenrechtlichen Bestimmungen der Zivilnovellen, Wien, 1917, 134.

²⁸⁷⁾ Eisner, l. c., 11, Klang, 135 a Hendel, 107: Teilnahmeanspruch-, Wellspacher, GZ, 1913, 219.

²⁸⁸⁾ Schey, 207/a, 215/2.

fakt, který hypoteku uvolňuje. Uvolněnou hypotekou podle III. novely může však disponovati každý dočasný vlastník. Toliko při § 1446 o. z. o. zůstává tato dispozice vyhrazena vlastníkovu, v jehož osobě se věřitelství a dlužnictví sjednotilo. Ale jak tu naložiti s právem vlastníka, který má nárok na náhradu, že pohledávku vyrovnal? Vlastník ten nabývá tohoto nároku sám. Toliko on může disponovati právem zástavním a bráti podíl na výtěžku vnučené správy nebo dražby. Na jeho nástupce ve vlastnictví toto právo přejíti nemůže, leda že by mu aktem mimoknihovním zvláště bylo postoupeno.

Tento zmatek vede k velikým nesnázím teorie, jak tento náhradní nárok skonstruovati. Vždyť by zde vlastně nebyl, pokud k rozvrhu výtěžků vnučené správy nebo dražby nedošlo. Podílnické právo vlastníkovu má prý po samém zákonu sílu, kterou při tomto rozvrhu zazáří. Dříve neexistuje. Vznikne prý až v té chvíli.²⁸⁹⁾ Nesprávnost náhledu toho ovšem dokazuje poukaz na vlastníkovu hypoteku německou, která jest vzorem podílnického práva vlastníkovu. Doba vyrovnání pohledávky je tu rozhodna, ne teprve náhodná chvíle rozvrhu. Důvody panské sněmovny chtějí toto právo ještě podepřítí poukazem na právo římské,²⁹⁰⁾ ale není tu žádné vývojové souvislosti. Není tu také potřebí konstruovati nárok náhradní jen pro rozvrh, je-li tu možnost, aby se dispozicí vlastníkovou využítkovalo právo zástavní ve svém plném rozsahu.²⁹¹⁾

IV. Vyloučení vlastníkovy dispozice. Strany mohou dispozicí vlastníkovu vyloučiti. Legislativci přihodila se tu však konstruktivní chyba. Chtěl zameziti, aby se v dlužných listech nevyskytovala pravidelná doložka, že se vlastník své budoucí hypoteky zřiká. Dal však své záповědi nesprávný směr. Spatřoval takového nebezpečí u zástavního práva, které se nově zřizovalo, a to nesmělo býti zbaveno naděje, že se ho ku příští

²⁸⁹⁾ Hendel, III.

²⁹⁰⁾ Bericht der Kommission für Justitzgegenstände, 62.

²⁹¹⁾ CB 1917, 564. Hecht odmítá princip novely, aby se na úkor zadních hypotekářů vlastníkovu ku krytí jeho náhrady při rozvrhu něco přikázalo. Navrhuje (567), aby se konečná věta § 470 o. z. o. škrtila. Viz též NZ, 1910, č. 13. Randa, a 1916, č. 31. Dr. W., Die Eigentümerhypothek, Wellspacher, I. c., 221.

vlastníkově hypotece použije.²⁹²⁾ Zatím však nebezpečí leželo u hypotek předchozích. Trvalou existencí těchto hypotek je přirozeně povždy dotčen zástavní věřitel, který své zástavní právo teprve zapisuje. Budou-li hypoteky před ním prostřednictvím hypoteky vlastníkovy stále se obnovovati, nepolepší se pořadí jeho hypoteky nikdy. Dosaváde mimo málo účinný článek XXVIII uv. zák. k ex. ř. neměl zadní hypotekář pro své domnělé právo na vzestup žádných prostředků. Zákomodárce dal mu k tomu prostředek. Je to poznámka v knihách pozemkových, kterou se všechny příští vlastníkovy hypoteky při příležitosti, když se některé právo zástavní za nimi zapisuje, znemožní a zničí. Legislativci dal tedy zadním hypotekářům více, než dříve měli. Ve vlastníkově hypotece zřídil sice ústav, který vzestupu brání, ale zároveň dal zadním věřitelům možnost, aby si tento vzestup zajistili.

Zákomodárce chtěl docíliti jen to, co lze získati § 1179 n. z. o. a § 814 zák. švýc.²⁹³⁾ Užil však prostředku, který účinky § 1179 n. z. o. předčí. Z § 1179 n. z. o. vzniká oprávněnému nárok, aby vlastník hypoteku vymazal, jakmile se s jeho vlastnictvím sjednotí. Tento nárok může býti záznamem (Vormerkung) zajištěn. Záznam tento nebrání vzniku vlastníkovy hypoteky. Tato je právě jeho podmínkou. Nárok vzniká teprve tehdy, až hypoteka vlastníkovu povstane. Nárok tento nebrání, aby vlastník hypotekou disponoval, tudíž dluh pozemkový na nějakého jiného věřitele převedl. Záznam činí nárok účinným i proti této osobě. Jistě i podmínka, jakou má § 1179 n. z. o. měla býti i podmínkou § 469a

²⁹²⁾ GZ, 1918, 194, Dr. Hans Hecht, Das Verfügungsrecht des Eigentümers über bestehende Hypotheken, připomíná také, jak již jiní vytkli, že se u zřizované hypoteky zřídka vyskytne zájem věřitele, aby vlastníka ku vyloučení jeho disposičního práva přiměl. Vyloučení toto je ostatně zapovězeno jen při zřízení hypoteky, ale nikoli kdykoli potom. Mínění komise panské sněmovny, že se vylučovaná doložka nestane typickou součástí dlužných listů bylo optimistické, poněvadž velký zájem na vyloučení předních hypotek měly hypoteky zadní. Úprava novely neodpovídá tedy věci. Svoboda smluvní zneužívá se tu na škodu celého institutu. Srvn. JB, 1916, 25 O f n e r, Zur Novelle des a. b. G. B. Závěrečná věta § 469 a o. z. o. je rána do vody. Tamže na str. 181 předpovídá, že se stane předpis § 469 a o. z. o. trvalou formulí dluhopisů.

²⁹³⁾ 78. der Beil. zu den stenogr. Prot. des Herrenhauses, XXI. Session 1912, 62.

o. z. o. Nebyla však vyslovena. V tomto §u nestojí, že osoba, již slib na výmaz hypoteky svědčí, má tento nárok, když dluh způsobu dle § 469 o. z. o. zanikl. Stojí tam naopak všeobecně, že vlastníkův depurační závazek v příčině nějaké hypoteky má ten účinek, že vlastník touto hypotekou disponovati nemůže. Účinek tento je pak dále ještě vázán na podmínku, že tento depurační závazek byl v knihách poznamenán. Dle § 1179 n. z. o. cílí závazek vlastníkův, že hypoteku vymaže, k tomu, aby se právě jeho provedením (výmazem) další dispozice vlastníkovy znemožnila. Podle § 469a o. z. o. již pouhé poznamenání závazku na výmaz má účinek, že se tu hypotekou nemůže disponovati. Účinků § 1179 n. z. o. bylo by se dosáhlo stylisací, že nárok na výmaz uvolněné hypoteky může být v pozemkových knihách poznamenán. Dnešní stylisace může sloužiti ještě účelům, které sahají přes § 469 o. z. o. Vlastník a také všichni jeho nástupcové mohou býti zavázáni, aby některou hypoteku vymazali dříve, než by snad sami se k tomu byli odhodlali. V pozemkových knihách může býti poznamenán také závazek, aby některá ještě trvající hypoteka do určité doby byla vymazána.

Poznámka depuračního závazku má účinky absolutní. Zne-možňuje vlastníkovu disposici. Knihovní soudce musí ji respektovati a všelikou vlastníkovu disposici odmítnouti. Smlouva, na výmaz nesmí býti uzavřena o zástavním právu, které se zřizuje, ale může býti uzavřena o všech hypotekách předchozích a současných. Může býti uzavřena s osobami, které teprve chtějí nějaké věcné právo na nemovitosti získati. Také s těmi, o jichž zapsané již hypoteky jde. Tak lze vyložití slova § 469 o. z. o. »einem andern gegenüber«, která doslovně byla vzata z § 1179 n. z. o.²⁹⁴⁾ V zákoně není však zmínka o tom, že poznámka tato je vázána na existenci práva, v jehož prospěch se získala. Jde-li o interesenta, který své právo teprve zapsati chtěl, nemusilo

²⁹⁴⁾ BGB, § 1179/7. Může to býti také prodáváč nemovitosti, maje zájem na tom, aby pozdější hypoteky došly úhrady. Také rukojmě zadní hypoteky. Viz GZ, 1918, 196 H e c h t. K l a n g, GZ, 1918, 265 připouští k vylučovací smlouvě jen zapsané interessenty. Také věřitel, jehož právo zástavní se právě zapsalo, dá-li si za ním další položku zapsati a při ní výmaz předchozí přislíbíti a knihovně poznamenati. Viz JB, 1916, 386, Dr. P. S., Bemerkungen zu den Teilnovellen zum allgemeinen bürgerl. Gesetzbuche.

k tomuto zápisu vůbec dojiti. Ale může se státi, že právo takové zanikne dříve ještě než pohledávka předchozí. Podle doslovného znění zákona není poznámka tato na existenci takového práva vázána a bude trvat i po jeho výmazu. Přes to klonili bychom se k názoru, že by bylo možno, aby ve kvitancích a výmazných prohlášeních na práva, pro něž poznámka byla získána, na výmaz její mohlo se svolovati. Také O h a n o w i c z váže poznámku na úmluvu s věřitelem, kterému se má dostati lepšího postavení. V dohodě s ním může býti tato poznámka vymazána.²⁹⁵⁾ H e c h t naproti tomu považuje to za nemožné. Pro pozdější hypotekáře nemusí se zapisovati poznovu.²⁹⁶⁾

V. Pořad zbytkové hypoteky, nového práva zástavního a práva vlastníkovy. Nedostatek podobného předpisu jako je § 1164 a 1176 n. z. o. vedl již teorii, aby jej z povahy věci sama doplnila. S c h e y²⁹⁷⁾ vyslovuje se pro přednost zbylé hypoteky před nově povstalým nebo převedeným právem zástavním. Důvod, který pro svůj náhled uvádí, je zcela případný. Disposiční právo vlastníkovy brání vzestupu zadních věřitelů. Jeho dírot obrací se proti hypotekáři. Rakouská judikatura, i teorie podobné případy již dříve stejným způsobem řešila. Tak rozhodnutí nejv. soudu ze dne 25. srpna 1880 č. 9861 (GW, 8073) připustilo pro práva zástavní, zapsaná za sebou successivně v pořadí poznámky pořadu successivní prioritu. Není § 29 kn. ř. s § 53 kn. ř. v nijaké kollisi. Poznámka chrání pouze pořad před zápisy následujícími. Jak vyhrazené pořadí, tak uvolněné právo zástavní jsou rámcem, v němž v řadě svých zápisů (§ 29 kn. ř. odst. 1) jdou práva za sebou.²⁹⁸⁾ I pro vlastníka s podílnickým

²⁹⁵⁾ Przegląd prawa i administracyi, 1917, 315, Dr. Alfred O h a n o w i c z, O rozrządzeniu właściciela hypoteką.

²⁹⁶⁾ GZ, 1918, 197 H e c h t. Viz proti tomu GZ, 1918, 266 Dr. Heinrich K l a n g, Zur Auslegung des § 34, III. Teilnovelle (§ 469 a ABGB). Úmysl novely je chrániti jen jednotlivce. Novela zásadně odírá právo zadních věřitelů na vzestup. Klang je proto stejného náhledu jako O h a n o w i c z.

²⁹⁷⁾ GZ, 1916, 209/3.

²⁹⁸⁾ Viz k tomu GZ, 1910 č. 35, Dr. Georg T r a m m e r, Die Wirkung der Rangordnungsvormerkung, Dr. Heinrich B a r t s c h, Das österr. allgem. Grundbuchgesetz 3. Aufl., Wien, 1898, 531, Proti polcení pořadí se vyslovuje ZN, 1910, č. 41 Dr. Heinrich T o u a i l l o n, Die Anmerkung der Rangordnung, a GZ, 1910, č. 23 a 43 Dr. Leo E l s n e r, Die Wirkung der Rangordnungsvormerkung.

nárokem dle § 470 o. z. o. vystačí se s hájeným principem. Když vlastník právo zástavní zřídil, dal mu pořadí před sebou. Tento pořadí trvá, ať pro hyperochu z celé nemovitosti, ať pro jeho hypoteku, která mu připadá, poněvadž se právě vyrovnáním pohledávky uvolnila.

S v o b o d a²⁹⁹⁾ chce tu zavést »podpořadí«. Ale této nové formy není potřeby, vždyť jde jen o obyčejné pořadí mezi jednotlivými právy dle § 29 kn. ř.³⁰⁰⁾ H e n d e l jde ještě dále. Vlastník nemůže ničeho předsevzít, čímž by zástavní právo na jeho obsahu a objemu zmenšil. Jemu náleží, aby při převodu práva zástavního na novou pohledávku zbylé pohledávce přednost zapsal. Neučiní-li tak, může dřívější věřitel nový zápis dle § 61 kn. ř. v odpor vzít a žalobou za zápis poznámky přednosti žádati.³⁰¹⁾

Někteří spisovatelé jsou ovšem náhledu, že princip §u 1176 n. z. o. nedá se jen tak zholat z pojmu rak. práva zástavního dovodit. I navrhuji jiné prostředky. Tak K l a n g doporučuje, aby si věřitel již v dluhopise vyhradil, že právo převedené má pořadí až za jeho zbylou pohledávkou.³⁰²⁾ Praxe se takovýchto způsobů chopila a užívá při dluhopisech doložek, jimiž dlužník svoluje, aby do dílečné kvitance vzalo se ustanovení, že převod práva zástavního za vyrovnání díl jen za současné poznámky přednosti za zbytek může být proveden, a že se dlužník vzdává dílečné kvitance, v které by této poznámky nebylo. Tyto výhrady zavazovaly by dlužníka jen obligačně. Knihovně nebyly by účinné, poněvadž přednost musí být poskytnuta od toho, jehož právo se jí obmezuje.³⁰³⁾ O h a n o w i c z činí rozdíl mezi hypotekou, při níž pohledávka zůstala, a hypotekou, při níž pohledávka zanikla. Hypoteka s pohledávkou bude konkurovat s hypotekou zbytkovou. Bude-li z dispozice vlastníkovy zapsána pohledávka nová, bude mít pořadí až za zbytkem pohledávky.³⁰⁴⁾ Praxe

²⁹⁹⁾ Právník, 1916, 690. Dr. Emil S v o b o d a, O vlastníkově právu nakládati hypotekou.

³⁰⁰⁾ Viz též T r a m m e r, l. c.

³⁰¹⁾ H e n d e l, 73.

³⁰²⁾ K l a n g, 142.

³⁰³⁾ GZ, 1916, 428, Julius L a n g e r, Das Verfügungsrecht des Eigentümers nach § 33 der III. Teilnovelle.

³⁰⁴⁾ Przegląd, 1917, 309.

korutanská připouštěla knihovní poznámku, že po částečném zaplacení bude mít nové právo zástavní pořadí za pohledávkou zbytkovou. Strany mohly ji zapsati z opatrnosti, třeba by zbytková pohledávka již po zákonu měla přednost.³⁰⁵⁾ Také praxe česká schvalovala tuto poznámku, aby se příštím sporům předešlo.³⁰⁶⁾

Takováto právní nejistota zbytkových hypotek přiměla v rakouské republice v červnu r. 1919 státní úřad pro spravedlnost, aby vyžádal si dobrého zdání od nejvyššího soudu. Nejvyšší soud prohlásil pak svým usnesením ze dne 8. října 1919 č. 600 tuto zásadu: »Nakládá-li vlastník podle předpisů třetího oddílu 6. titulu III. dílčí novely k obč. zákoníku (cís. nař. ze dne 19. března 1916 č. 69 ř. z.) zástavním právem za zaniklou část zástavní pohledávky, přísluší zástavnímu právu za zbytkovou pohledávku přednost před zástavním právem za pohledávku novou.«³⁰⁷⁾ Důvody usnesení jsou obšírné. Vyjímáme z nich jen některá místa. Zákon jedná pouze o převodu zástavního práva jako celku. Převede-li se právo jen částečně, nelze z něho učiniti si nijaký úsudek, že pořadí zůstává jednostejné. Zástavní dlužník, který zřídil věřiteli právo zástavní na všechny díly svého svobodného vlastnictví, nemůže na jeho škodu jeho nabyté zástavní právo poškozovati a umenšovati. Přejde-li díl hypoteky bez vůle věřitele na někoho jiného, nemůže mu z toho vzejíti žádná újma. Podle § 469 o. z. o. musí zástavní dluh být vyrovnán, aby mohlo být zástavní právo na novou pohledávku převedeno. Právo tohoto věřitele nemá stejného pořadí s právem věřitele zbytku. Vede-li nový věřitel exekuci vnučenou dražbou, může věřitel zbytku žádati, aby prozatímne zjištěn byl stav břemen, a podati pak odpor proti příklepu, nebude-li proň dostatečné úhrady. Dispoziční právo vlastníkovy předpokládá, že právům věřitele bylo dosti učiněno. Práva

³⁰⁵⁾ GZ, 1919, 179, Dr. Max H a n t s c h, Teilzahlungen und das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek.

³⁰⁶⁾ NZ, 1917, 246, Dr. Eduard H a l l a, Zur Eigentümerhypothek.

³⁰⁷⁾ Deutsche Sparkassenzeitung, 1920, 16, Dr. Ernst D u r i g, Pfandvorrang der Resthypothek vor der an die Stelle eines getilgten Teilbetrages tretenden neuen Forderung (Gutachten des Obersten Gerichtshofes). Dobré zdání uveřejněno bylo také ve »Verordnungsblatt des Staatsamtes für Justiz« z 30/12 1919, str. 149 a násl. Shora uved. časopis byl mně dán ku dispozici p. Drem Srbem, koncipistou v ministerstvu spravedlnosti, začož mu zde děkuji.

tato podle náhledu zákonodárce nemají spolu přijíti do kolise. Co platí o celé pohledávce, musí platiti také o její části. Část pohledávky nemůže míti horší právo než pohledávka celá. Částečným splacením nemůže se právní postavení hypotekárního věřitele zhoršiti. Právo vlastníkovo týká se dispozice uprázdněným zástavním místem. Do nabytých práv zbytkového hypotekáře nesmí se jím zasahovati. Kdyby se pořadí rozdělilo, dalo by se nabyté právo věřitele starého věřiteli novému. Výhradné právo věřitele starého by se tím zničilo. Má-li však stará pohledávka míti prioritu před novou, musí ji podle § 29 kn. ř. pořadem předcházeti. Totéž platí i pro všechny nové dílčí pohledávky, které postupně zaujmou místo staré pohledávky. Stejně tak má i náhradní nárok zadního věřitele dle § 222 ex. ř. pořad za zbytkem simultánní hypoteky na hypotekách vedlejších. I zde má simultánní věřitel přednost přede všemi věřiteli zadnějšími, a v tomto právu nemůže býti zkrácen aktem soudním, který provede se bez jeho vůle.

VI. Subjekt disposičního práva. Podle obč. zákonníka německého nabývá hypoteky ten vlastník, za jehož vlastnictví se nějaký její nabývací důvod uskuteční. Podle novely je subjektem jejím každý dočasný vlastník. Vázne-li právo zástavní na podílu spoluvlastnickém, tedy ten který spoluvlastník. Je-li více spoluvlastníků, jsou jejichmi subjekty všichni spoluvlastníci. Právě tak, jako nelze bez jejich společného souhlasu nemovitost zaváditi, nelze ji také zaváditi pohledávkou novou. Někaké rozdělení vlastníkovi hypoteky mezi ně není možné. Neznát zákoní žádného počátečního založení vlastníkovi hypoteky, nýbrž teprve vznik její potomní. Kdyby se hypoteka na celé věci mezi spoluvlastníky rozdělila, zřizovala by se na podílech vlastnických nově. Jsouť tyto podíly jiný zástavní předmět než věc celá. Při simultánním právu zástavním je subjektem vlastník, kterému všechny simultánně zavazené nemovitosti patří, při různém vlastnictví všichni vlastníci. O subjektu s podílnickým právem stała se zmínka pod č. III.

VII. Dispozice hypotekou simultánní. Poměr simultánních hypotek řešíme v díle II. Zde stůžž několik rysů, jak jej řeší teorie. Náhledy se hlavně rozcházejí, jaký poměr nastane, jsou-li tu různí simultánní vlastníci. Jedni na způsob něm. obč. zákonníka (§ 1172) mají za to, že povstane mezi nimi společ-

čerství. Právo disposiční připadne všem vlastníkům nedílně.³⁰⁸⁾ Všem dohromady náleží jim dispozice hypotekou. Společenství toto posuzuje se podle § 825 o. z. o. Jiní se domnívají, že zánikem pohledávky zaniklo nedílné právo zástavní. Každý vlastník může disponovati jen v hranicích § 222 ex. ř. na svém vlastním pozemku. Tuto mez může soudce určití nespornou cestou.³⁰⁹⁾ Zastanci tohoto názoru dospívají k tomuto řešení z povahy vlastníkovi práva disposičního. Tak K l a n g míní, že nikoli vlastníkovi hypoteka, nýbrž jen toto právo disposiční vlastníkovi připadne. Výkon práva toho jedním nebo všemi vlastníky na všech simultánně zavazených nemovitostech je pojmově vyloučen.³¹⁰⁾ Při tom ovšem přehlíží, že slovy »právo disposiční« není ničeho řečeno, poněvadž dispozice je výkon nějakého práva, které tu již je. Stejně H e n d e l řeší poměr simultánních hypotek. I jemu jest východiskem povaha vlastníkovi práva, o níž v II. díle bude zmínka. Ale Hendel sám přiznává, že není vyloučeno, že vlastníci simultánně zavazených pozemků i po zániku dluhu při dalším zavazení svých nemovitostí společně setrvají.³¹¹⁾ Je se tedy diviti, že Hendel odpírá tomuto společnému činu všech vlastníků také společný právní základ.

Uvolní-li se hypoteka na simultánně zavazených nemovitostech jednoho vlastníka, nemůže rozděliti svou dispozici na jednotlivé pozemky, jak to při dluhu mohl učiniti simultánní věřitel.³¹²⁾ Vzdá-li se³¹³⁾ věřitel zástavního práva na jednom ze simultánně zavazených pozemků, tu podle Hendla nepovstane žádná změna mezi hypotekami. Zůstanou zadním věřitelům i nadále zavazeny ku postihu.³¹⁴⁾ Vlastník nabude teprve po vyrovnání postužní pohledávky svého práva disposičního.

Provede-li se rozdělení vlastníkovi hypoteky dle § 222 ex. ř.,

³⁰⁸⁾ GZ, 1918, 85, Julius Langer, Das Verfügungsrecht des Eigentümers nach der III. Teilnovelle bei Simultanhypotheken.

³⁰⁹⁾ H e n d e l, 123. Je-li neshody, soudí Langer, GZ, 1918, 86, může se tak státi jen sporem.

³¹⁰⁾ K l a n g, 149.

³¹¹⁾ H e n d e l, 124, jinak E i s n e r, 137, K l a n g, 151.

³¹²⁾ E i s n e r (GZ, 1917, 137) rovná tu vlastníka zástavnímu věřiteli. Správně na poměr dle § 222 ex. ř. odkazuje vlastníka H e n d e l, 122.

³¹³⁾ H e n d e l, 104—106.

³¹⁴⁾ H e n d e l, 125.

musí se na každé hypotece právo zástavní za zbytek pohledávky vymazati.³¹⁵⁾

Nabude-li vlastník, nejso osobním dlužníkem podle § 1446 o. z. o. simultánní hypoteky i s pohledávkou, je věřitelem, který z povahy věci jenom tím je omezen, že nemůže na své vlastní věci proti sobě exekuci vésti. Ke všem jiným dispozicím je oprávněn. Může se také zástavního práva vzdáti, což ovšem na právu zadních věřitelů dle § 222 ex. ř. ničeho nezmění. Stejný účinek by mělo i jeho rozdělení hypoteky, kdyby je činil mimo jiný poměr než dle § 222 ex. ř.³¹⁶⁾

Převzme-li kdo s jednou ze simultánně zavazených nemovitostí podle § 1408 o. z. o. na sebe dluh simultánní, má to jen vliv pro osobní poměr mezi ním a věřitelem. Na simultánní hypotece se tím ničeho nezmění. Hypoteka na ostatních nemovitostech se neuvolní.

VIII. Výkon práva disposičního. Výkon disposičního práva vlastníkova bude se lišiti podle toho, zda půjde o § 469 nebo o § 1446 o. z. o. V prvním případě převede se zástavní právo na novou pohledávku, v druhém zapsané zástavní právo se starou pohledávkou. Důsledek romanistického názoru je, že při § 469 o. z. o. považuje se pohledávka za zaniklou sama sebou. Neděje se proto o ní při knihovním převodu práva zástavního žádná knihovní zmínka. Je to povážlivé vzhledem k tomu, že co je zapsáno, zůstává stále zapsáno, pokud se to nevymaže. Ale dalo by se to odůvodniti ještě jiným způsobem. Zápisem zástavního práva za osobní pohledávku nebyla osobní pohledávka na nemovitost nijak radikována. V její výši a se všemi jejími modalitami byla tam radikována pohledávka reální, která má samo-

³¹⁵⁾ H e n d e l, 126.

³¹⁶⁾ H e n d e l, 127. se domnívá, že je jediný vlastník více simultánně zavazených pozemků na rozdělení dle § 222 ex. ř. vázán. Zadní věřitelé měli prý by dle § 61 a násl. kn. ř. právo žaloby. Stejného mínění je H e n d e l, 129, nabude-li vlastník, nejso osobním dlužníkem, na více cizích simultánně zavazených nemovitostech simultánní pohledávky, ač pohledávku tuto může v celku na jiného převésti. Když rozvrhne pohledávku podle klíče § 222 ex. ř. na jednotlivé vlastníky, musí prozatím na jméno dřívějšího simultánního věřitele na svém pozemku pohledávku nechat (!). Tato teoreticky důsledná dedukce ukazuje jen technicky pochybenou konstrukci zákonodárce, který ani tu nechce připustiti přepis pohledávky na vlastníka.

statnou na zápis vázanou existenci. Zápisem takovéto reální pohledávky přistupuje tato samostatně k osobní pohledávce, tvoříc s ní jakousi korrealitu.³¹⁷⁾

Převod práva zástavního může se díti jen na základě listin vkladu schopných. Taková musí býti kvittance nebo i jiná listina, která prokazuje, že zástavní dluh zanikl nebo vůbec nepovstal. Ze znění §u 469 o. z. o. nelze dedukovati, že by stačila listina prostá. Listina musí míti všechny náležitosti, aby podle ní i plný výmaz práva zástavního mohl býti proveden. Poněvadž se převodem starého práva zástavního na pohledávku novou vlastník zase zavazuje, musí býti připojen vkladu schopný list o nové pohledávce.³¹⁸⁾ Stejným způsobem povede si vlastník, který má podle § 470 o. z. o. postižní nárok proti někomu. Bude-li jej moci uplatniti mimo knihy, přijde mu k dobru. Jinak najde ve valutě nové pohledávky svou odškodněnou.

Zástavní dluh, při prvním zápisu práva zástavního zapsaný, je pro novou pohledávku se všemi jejími vedlejšími povinnostmi nepřekročitelná mez. Při rozvrhu bude třeba jen tohoto rámce si všimati a nové pohledávky jen potud, pokud rámce nedosahuje.

Právo, aby za předchozí zjištění stavu závad žádal, vlastník nemá.³¹⁹⁾ Právo toto dává se §em 164 ex. ř. pouze věřiteli. Je podkladem práva odporu proti příklepu dle § 190 ex. ř. I tento § chce chrániti jen pohledávku, pro niž zástavní právo na dražebné nemovitosti vázne. Na výši hypoteky vlastnickovy přes to třeba vzíti zřetel, zjišťuje-li se stav břemen, poněvadž vlastník až do příklepu svým právem zástavním může disponovati. Poněvadž však vždy je možno, že tak neučiní, musí se poříditi dva stavy břemen, jeden se zástavním právem vlastnickovým a jeden bez tohoto práva zástavního. To plně odpovídá také principu, vyslovenému v § 166 ex. ř., že pohledávky neurčité výše mají se po-

³¹⁷⁾ Viz díl I, § 4. K pozn. 50).

³¹⁸⁾ Dr. E m i l S v o b o d a, O vlastnickově právu nakládati hypotekou, str. 9. (Právník, LV, seš. 18.) G m e y n e r, JB, 1918, 195, spokojuje se s ověřenou žádostí, poněvadž prý kvittance je podle § 469 o. z. o. převodní titul. Zástavní svolení není potřebí, poněvadž tu zástavní právo již je. Je-li pohledávka nová totožna se starou, není potřebí ničeho více. Není-li, stačí prostý dluhopis bez zástavního svolení. Opis jeho dá se do sbírky listin, aby se zásadě veřejnosti pozemkové knihy vyhovělo. Převodním důvodem, který se dle § 26 kn. ř. žádá, je sám zákon

³¹⁹⁾ H e n d e l, 87 a násl.

čítati podle svého nejvyššího obnosu. Poněvadž při § 469 o. z. o. není vlastníkovo právo disposiční z knih pozemkových zřejmo, přesvědčí se o něm soudce teprve ze spisů, které mu budou předloženy. Stav závad bude složitý, bude-li se vlastníkovo právo disposiční několikrát vyskytovat. Doporučovalo by se, aby se vlastníkovu právo na předchozí zjištění stavu břemen přiznalo. Vždyt jeho hypoteka svou podstatou právě obrací se proti hypotekářům, kteří jdou za ní. Třeba dosavad věřitele neměla, musí již napřed míti právo, aby právo jeho chránila.

Je-li spojen s disposičním právem vlastnickým nárok proti někomu třetímu, je vlastník také věřitelem, a pak má také všechna práva, která se jeho prostému právu disposičnímu od-pírají. Vlastník bude moci zejména žádati, aby závady byly prozatímně zjištěny a bude moci dle § 128 odst. 2. a 213. odst. 1 ex. ř. proti příklepu podati odpor. Poněvadž poměry, které se týkají náhrady vlastníkovu za vyrovnání pohledávky dle § 470 o. z. o., nejsou z veřejných knih znatelné a poněvadž může vlastníkovu příslušet disposiční právo, ačkoli formálně je na někoho jiného právo zástavní zapsáno, musí býti vlastník povzdy podle § 171 ex. ř. vyzván,³²⁰⁾ aby soudu, nejpozději při dražebním roku před počtím dražby oznámil, jak veliký je jeho podíl na náhradu za vyrovnání pohledávky a zda jeho hotové zaplacení žádá. Učinil-li tak teprve při rozvrhovém usnesení, bude přihlášená pohledávka vydražitelem převzata. Jakým způsobem se to v knihách provede, zákon nepovídá. Patrně by asi podle rozvrhového usnesení musel býti vložen převod práva zástavního za pohledávání zaniklé na pohledávání dřívějšího vlastníka, dotyčně pouze za část tohoto pohledávání spolu s výmazem části druhé.

Otázka, zda disposiční právo vlastníkovu exekuci podléhá, je v teorii sporná. Již důvody panské sněmovny a podle nich celá řada spisovatelů ji vylučuje. Stejným způsobem nemůže prý vytrženo býti z práva vlastnického některé jeho oprávnění, jako ku zcizení, zastavení atd., aby exekuci mohlo býti postiženo.³²¹⁾ Disposiční právo vlastníkovu je výronem totality práva vlastnického, i nemůže, leč se samým vlastnictvím na někoho býti pře-

³²⁰⁾ Eisner (GZ, 1917), 42.

³²¹⁾ Bericht der Kommission des Herrenhauses, 60, Schey, 211/6, Klange, 132, Hendel, 56.

vedeno.³²²⁾ Jiní naopak chtějí toto právo exekučním prostředkům podrobiti.³²³⁾ I ti, kdo vylučují exekuci, připouštějí přece disposici správcem konkursní podstaty.³²⁴⁾ Není tedy příčiny, aby nebylo přiznáno i jednotlivé exekuci, co při vespole exekuci v konkursním řízení je možno. Exekuční řád měl by však býti doplněn novým druhem exekuce, exekučním převodem vlastníkovu práva zástavního na pohledávku vymáhajícího věřitele.

Nárok náhradní dle § 470 o. z. o. je pohledávka neknihovní. Lze tedy naň jako na pohledávku neknihovní vésti exekuci. Nárok se zabaví a přikáže se na místě placení. Proč nelze jej přikázati ku vybrání, bude uvedeno níže při § 1446 o. z. o. Poněvadž právo zástavní vážne podle § 470 o. z. o. za pohledávku vlastníkovu, třeba by se to v knihách neobjevovalo, přechází tento nárok i s právem zástavním na vymáhajícího věřitele. Dosavadní zaplacený věřitel je povinen vydati mu o tom prohlášení. Nevyhoví-li, může nárok tento žalobou a pak podle § 350 ex. ř. i exekucí býti vymožen.³²⁵⁾

Jako doba, do kdy vlastník může své disposiční právo provést, uvedena je v § 470 o. z. o. dražba a povolení vnucené správy. Tento druhý konečný termín zbyl s malou změnou z původní vládní předlohy. Tato jak při dražbě, tak i vnucené správě určovala jej faktem zavedení těchto exekučních aktů. Moment vydražení určen správně jako konečný termín pro disposici vlastníkovu. Vydražením přestává býti vlastníkem. Při vnucené správě však takového momentu není. Komise panské sněmovny se domnívala, že při vnucené správě termín vlastníkovu dispozice určí přesně, stanoví-li jej okamžikem povolení vnucené správy. Tu bylo však přehlédnuto, že toto povolení může se vyskytnouti několikrát (§ 103 ex. ř.), ovšem při později příšlých věřitelích jen

³²²⁾ GZ, 1918, 235, Dr. Julius Langer, Die Zwangsvollstreckung in das Verfügungsrecht des Eigentümers.

³²³⁾ Last, 70, Wellspucher, GZ, 1913, 222, Kafka, 628, Grünzweig, Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek als Exekutionsobjekt, JB, 1917, 265, připouští všeobecné zabavení všech vlastnickových hypotek. Též CB, 1918, 10, Dr. Leo Geller, Erlöschung und Erledigung des Pfandrechts.

³²⁴⁾ Eisner, 134, Hendel 65.

³²⁵⁾ Langer, GZ, 1918, 236, nepřipouští ani exekuce na nárok náhradní dle § 470 o. z. o. Jen nárok na přiděl nejvyššího podání mohl by se zabaviti.

přístupem k zahájenému již řízení. Poněvadž však řízení o vnučené správě řídí se podle prvního návrhu a je pak až ke skončení jednotné, třeba termin vylučovací určovati jen podle prvního povolení. Než třeba by tu nový nástupce vlastníka vylučován byl z podílu na rozdělení výtěžků, měl by přece jen, ovšem někdy dost obtížnou možnost, aby sám k exekuci přistoupil a tím si podílnictví zajistil. Vzhledem tedy na nástupce vlastníka bylo by bývalo rozumnější, aby se o vnučené správě žádná zmínka nebyla stala. Byl by tu byl úplně stačil předpis, že vlastníku nárok na rozdělení výtěžků vnučené správy nepřisluší.

Bylo-li právo zástavní nabyto podle § 1446 o. z. o. spolu s pohledávkou, disponuje jím vlastník právě tak, jako každý jiný věřitel. Převede je i s pohledávkou na někoho jiného. Teorie přiznává tu vlastníku právo, aby i při sjednocení dle § 1446 o. z. o. disponoval, chce-li, dle § 469 o. z. o., totiž místo aby zástavní právo se starou pohledávkou na nového věřitele převedl, převedl právo zástavní na pohledávku novou.³²⁶⁾ Pak stav, který nastane, rovná se plně § 469 o. z. o., ačkoliv materiálně se od něho liší. Vždyť při § 469 o. z. o. pohledávka zanikla, při § 1446 o. z. o. však trvá. Svůj význam konstruktivní však tento náhled potud má, že se tu klade důraz na právo zástavní, při němž je pohledávka pouhým jeho aksesoriem, které vlastník, disponuje podle § 469 o. z. o., úplně ignoruje. Vlastník může také zástavní právo s pohledávkou dále zastaviti. Není to možno tehdy, nesjednotí-li se vlastnictví s hypotekou zevně i v pozemkových knihách. Nemůžeť podle panujícího názoru právo zástavní na vlastníka býti přepsáno, a tedy také nikoli dle § 78 kn. ř. pouze za účelem zápisu práva nadzástavního.³²⁷⁾

Jako zástavní věřitel má vlastník všechna jeho práva. Toliko právo žaloby a exekuce proti sobě nemá. Také podání při dražbě nemůže dle § 180 ex. ř. činiti.³²⁸⁾ Jinak přísluší mu zejména i právo, aby po zahájení dražebního řízení dle § 164 ex. ř. za

³²⁶⁾ GZ, 1916, 215, Schey, Hendel, 91.

³²⁷⁾ GZ, 1917, 42, Eisner, Hendel, 86, uznává, že by se tu nadzástavního práva mohlo zneužití za tím účelem, aby se hypoteka na vlastníka přepsala a nadzástavní právo pak vymazalo. Odporuje tedy prepis na vlastníka s právem nadzástavním a současně výmaz hypoteky vlastníkovy s výhradou § 51 kn. z. To je jistě veliká umělostka.

³²⁸⁾ GZ, 1917, 42, Eisner.

prozatímní zjištění stavu břemen žádal, a kdyby nebyla jeho pohledávka kryta, dle § 190 ex. ř. proti příklepu odpor podal. Na něho půjde také vyzvání dle § 171 ex. ř., aby prohlásil, zda si přeje zaplacení hotové. Poněvadž mimo některé případy z knih pozemkových není patrné, zda se některá hypoteka s vlastnictvím sjednotila, musí se vyzvání dle § 171 ex. ř. na vlastníka povždy státi, pokud na exekvované nemovitosti nějaké hypoteky jsou zapsány. Vlastníkovi bude také příslušet podle § 128 odst. 2. a § 213 odst. 1. ex. ř. právo odporu proti hypotekářům předchozím.

Vlastníkovo právo zástavní bude moci i s pohledávkou exekucí na jiného býti převedeno. Je to samozřejmé, a zákon sám se o tom v § 1446 o. z. o. zmiňuje. Je to exekuce na knihovní pohledávky. Bylo by to tedy zabavení a pak příkázání pohledávky na místě placení nebo ku vybrání. § 1446 o. z. o. tento druhý způsob vylučuje. Klade definitivní převod z ruky nebo exekuci vedle sebe. Při obou stejně má se právo zástavní na třetího převést. Při exekuci může se to tedy dít jen příkázáním na místě placení.³²⁹⁾ Také by při příkázání ku vybrání vykonával vymáhající věřitel v příčině pohledávky jen práva zástavní. Při hypotekárním žalobě byl by tedy vlastník, zastoupený vymáhajícím věřitelem, současně žalobcem a žalovaným.³³⁰⁾

Není-li sjednocení hypoteky s vlastnictvím v pozemkových knihách patrné, lze vésti exekuci jen způsobem, jak se neknihovní pohledávky zabavují. O příkázání ku vybrání platí totéž, co řečeno bylo již shora. Při tom ovšem třeba mít na paměti, že dlužník vymáhajícího věřitele a poddlužník je jedna a táž osoba. Vedle exekuce na pohledávku třeba také zabavit nárok dlužníkův proti osobě, v pozemkových knihách zapsané, na vydání listiny převodní. Opatří-li si věřitel podle §§ 306, 346 a 347 ex. ř. vyhotovené již listiny převodní, lze pak provést exekuci knihovní. Podle § 320 ex. ř. se účelu toho také dojde, když zabavený nárok na vydání převodní listiny se podle § 350 ex. ř. proti zapsanému věřiteli žalobou provede.³³¹⁾

³²⁹⁾ Hendel, 102.

³³⁰⁾ Hendel, 101, má sice také tyto pochybnosti, ale přenáší se přes ně, poněvadž prý vymáhající věřitel jedná ve svém zájmu pro sebe. Viz tamže, 99.

³³¹⁾ Hendel, 93 a násl., poněkud jinak. Viz též GZ, 1918, 234, Dr. Julius Langer, Die Zwangsvollstreckung in das Verfügungsrecht des Eigentümers.

Totéž, co řečeno bylo o nároku náhradním dle § 470 o. z. o. při rozvrhovém usnesení, platí i pro vlastníka při nezapsaném sjednocení hypoteky s pohledávkou.

B) Časová zástavní místa.

I. Výhrada pořadí vymazaného práva zástavního. System novelty vydává na cizí osoby psané hypoteky vlastníkovy nebezpečí z důvěry v pozemkové knihy. Aby se tomu čelilo, umožnilo se vlastníkovi, aby vymazal právo zástavní a zachoval jeho pořadí zástavnímu právu novému. Tak aspoň odůvodňují tento institut důvody osnovy. Výhrada pořadí, kterou si vlastník takto získá, je však omezena na dobu tři let. Právo toto je však úplně samostatné. Podmínky jeho musí se tedy posuzovati zvláště. Pořadí má každé zástavní právo, ať jeho pohledávka vzešla nebo nevzešla. Vymaže-li se proto toto právo, je úplně lhostejno, jaká byla pohledávka, kterou pojišťovalo. Snad právě proto bylo vymazáno, poněvadž tato pohledávka byla neplatná. Pořadí jeho však se zachovává, poněvadž to jest právě to nejcennější při každém právu zástavním, i také při zástavním právu za pohledávku neplatnou.³²²) Bylo by to prapodivné, aby se při »vymazaném« právu zástavním, které přece již zaniklo, mělo ještě přetřásati, zdali i tehdy, kdy vymazáno nebylo, za platnou i neplatnou pohledávku vázlo. Výmazem je všechna právní existence dřívější pohledávky jednou pro vždy odbyta. Kdyby tu měla být mezi §§ 469 o. z. o. a 37 III. nov. jednota předpokladů, musila by také být při § 38 III. nov. I tu musilo by se žádati, aby právo zástavní, v jehož pořadí má nové právo být vloženo, toliko platnou pohledávku pojišťovalo. Právě opačné důsledky vedly nás k tomu, že jsme právě z §§ 37 a 38 III. nov. na to poukazovali, že ani § 469 o. z. o. nevyžaduje platné pohledávky. Zákon jistě nemínil vypustiti hypoteky kaučnické z dispozice dle § 37 III. nov. Při staré kaučnické hypotece nemusila vůbec ani žádná pohledávka vzejíti. Právo zástavní se prostě vymaže, a pořadí jeho na novou kaučnickou hypoteku pro jiný snad právní poměr anebo na vzešlou již pohledávku převede. Vždyť i samo zachované pořadí svou povahou — a svědčí o tom i slova »im Rang

³²²) GZ, 1917, 21, Eisner, žádá stejných podmínek i pro § 469 o. z. o., i pro § 37 III. nov. Také Klange, 161.

u. bis zur Höhe des gelöschten Pfandrechtes« — jest rámeček, který kaučnické hypotece se podobá.

§ 37 III. nov. má dva předpoklady: 1. musí tu být vymazání práva zástavního a 2. poznámka v pozemkové knize, že zápis nového práva zástavního v pořadí a do do výše vymazaného práva zástavního zůstává do tří let po povolení poznámky vyhrazen. Poznámka tato musí se státi současně s výmazem (§ 37 III. nov.: »zugleich«).

Z povahy věci plyne, že jen tehdy může si vlastník při výmazu starého práva zástavního pořadí pro nové právo zástavní vyhraditi, má-li dispozici výmazu. Vyloučeny jsou tedy všechny ty případy, kde se právo zástavní, nikoli na návrh vlastníka, nýbrž z úřední moci vymaže (§§ 49, 123 kn. ř., § 88 ex. ř., § 39 III. nov.). Ovšem může před tím, než k úřednímu výmazu dojde, tuto dispozici činiti. Zůstane platna, neprovede-li se výmaz úřední, vymaže se, dojde-li k němu. Ale i tam, kde má sice vlastník dispozici výmazem, ale nemá dispozici pro vklad nového práva zástavního, nemůže se pořadí starého práva zástavního vyhraditi. Je-li při hypotece dle § 469a o. z. o. depurační poznámka, nelze jí ani pro výhradu dle § 37 III. nov. použiti.

Také nestačí výmaz zaznamenaného práva zástavního. Záznam je výmínečný zápis práva zástavního, zakládající již pořadí pro vklad. Potřebuje spravení. Bylo by tedy aspoň potřebí, aby se záznam spravil a pak zástavní právo s tříletou výhradou pořadí vymazalo. Pořadí může být také vyhrazeno, vymaže-li se právo zástavní, v jehož pořadí a do jehož výše bylo dle § 38 III. nov. nové právo zástavní vloženo. Kdyby se to nemělo připouštět, byl by vlastník velice obmezen, mohl snad vyčkávati, až lhůta jednorozční dle § 38 III. nov. uplyne. Vklad v pořadí dle § 38 III. nov. neukládá mu žádné jiné povinnosti, než aby staré zástavní právo vymazal. Neučiní-li tak, nesplní se výmínka, pod kterou bylo nové zástavní právo zapsáno, a vymaže se z úřední povinnosti. Totéž musí platiti, vymaže-li sice vlastník staré zástavní právo, ale s výhradou pořadí do tří let. Výmínka se ovšem splní, vymaže-li ve lhůtě jednorozční poznámku vyhrazeného tříletého pořadí.

Také pořadí práva zástavního, které se vymazává s výhradou § 51 kn. ř., může do tří let být zachováno. Vlastník nebude moci však do té doby právo své vykonat, dokavad nebude snad zástav-

ní právo vymazáno. Jeť právě ještě pro toto právo nadzástavní hypoteka zachována. Vymazávají-li se práva zástavní, kterých vydražitel nepřevzal na srážku z nejvyššího podání, nelze pořadí jich vyhraditi. Výmazy těmi provádí se jen rozvrhové usnesení. Vydražitel neprovádí jich jako vlastník.

S výhradou § 37 III. nov. může býti vymazána i hypoteka simultánní. Poznámka výhrady pořadu bude se museti provésti ve všech vložkách, poněvadž v každé má simultánní právo zástavní svůj pořad zvláštní. Ve vedlejších vložkách budou při tom dvě poznámky: poznámka výmazu a poznámka pořadu. Případy, které tu nastanou, třeba řešiti stejným způsobem, jako zůstalo-li po zániku pohledávky simultánní právo zástavní i nadále ve veřejných knihách váznouti. Vlastník všech simultánních objektů nebo různí jich vlastníci společně mohou v pořadí a do výše vymazaného práva zástavního nové právo zástavní zapsati. I zde tvoří různí vlastníci mezi sebou společenství. I tu mohou dle § 222 ex. ř. mezi sebe pořadí rozvrhnouti. Mohlo by se však tak státi pouze u příležitosti zápisu nových solohypotek na jednotlivých tabulárních objektech. Není technicky možno, aby se na ně samo vyhrazené pořadí takovýmto způsobem rozvrhovalo. Není proto žádná tabulární forma. Při zápisu solohypoteky objeví se pak na jednotlivých objektech číselně menší hypoteka. Solohypoteka bude pak ukazovati, že se v pořadí staré simultánní hypoteky pořad její získal.

Pořad starého simultánního práva může býti také vyhrazen při jeho výmazu částečném, propustí-li se jen jedna nebo jen některé vložky ze společného závazku. Praktický význam to ovšem bude míti jen tehdy, pokud do tříleté lhůty bude moci pořad celého simultánního práva převeden býti na nové simultánní právo zástavní nebo rozvržen dle poměru § 222 ex. ř.

Při § 37 III. nov. není potřebí podobné vylučovací doložky, jakou zná § 469 a o. z. o. Je-li ještě zapsáno právo zástavní, postačí tu doložka dle § 469a o. z. o. Je-li již zapsán jeho výmaz s poznámkou výhrady pořadí, stačí poznámku tuto vymazati. Také může se vlastník k tomu obligačně zavázati anebo přislíbiti, že vyhrazeného pořadí nepoužije. Slib tento neváže ovšem jeho singulárního nástupce.

Pochybnosti o pořadu zbytkové hypoteky a hypoteky, zapsané ve vyhrazeném pořadí vymazaného práva zástavního, mo-

hou vzjeiti i zde. Musí se však stejně řešiti. Co platí o pořadí zbytkové hypoteky, zůstalo-li právo zástavní zapsáno, platí i zde, zapíše-li se nové zástavní právo v pořadí starém.

O druhém předpokladu § 37 III. nov., poznámce výhrady pořadí vymazaného práva zástavního, nemá zákon podrobných předpisů. Z obdoby § 53 kn. ř. lze rádati, aby podpis vlastníkův na žádosti za výhradu pořadí byl legalisován.³³³⁾ Z předpisů knih. řádu lze také usuzovati, že se poznámka, výhrady pořadí po marném uplynutí lhůty tříleté z úřední moci vymaže.³³⁴⁾ Vložili-li se v tříleté lhůtě zástavní právo nové, zůstává zapsána, prokazujíc jeho řádný pořad. Byl-li výmaz starého práva zástavního jen zaznamenán, nelze poznámku výhrady pořadu povolit. Z povahy celého institutu je vidno, že se žádá definitivní výmaz, nikoli podmíněčný, jakým by byl pouze jeho záznam. Byl-li povolen pouze záznam výmazu, lze až při jeho spravení žádati o poznámku výhrady pořadí. Naproti tomu vyhoví se jistě tříleté době, do které výhrada pořadí trvá, bude-li v této době nové právo zástavní aspoň zaznamenáno (§ 37: Eintragung eines neuen Pfandrechtes). Poněvadž pak lhůta ku spravení záznamu může býti prodloužena, zachová se tím pořad starého práva zástavního i přes lhůtu tříletou.

Subjektem práva práva dle § 37 III. nov. je každý vlastník. Každý nástupce ve vlastnictví může užiti pořadí vymazaného práva zástavního, které dřívější vlastník si byl vyhradil a v pozemkové knize poznamenal. Každý simultánní vlastník vstupuje sám sebou v poměr simultánní. Je-li více spoluvlastníků, mohou právo dle § 37 III. nov. vykonati společně. O výkonu toho práva platí vše to, co řečeno bylo o zápisu práva dle § 469 o. z. o. Je nepostupitelné a nezabavitelné.³³⁵⁾

§ 37 III. nov. na rozdíl od § 34 mluví, nikoli o veřejné, nýbrž o pozemkové knize. Ale nelze míti jistě žádných pochybností, že § 37 III. nov. lze užiti i v knize horní a železniční.

Právo dle § 37 III. nov. má dvojí končící lhůtu, jednu obec-

³³³⁾ Kl a n g, 161, JB, 1917, 196, G m e y n e r, Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek, und die grundbücherliche Durchführung desselben, H e n d e l, 41.

³³⁴⁾ Kl a n g, 162 H e n d e l, 41.

³³⁵⁾ N Z, 1919, 124, Dr. Egon Weissberger, Ranganmerkung u. Rangvorbehalt.

nou do tří let, a jednu zvláštní v tomto tříletí, do povolení dražebního řízení. Vlastník může právo své vykonati jen až do té doby, kdy na nemovitosti zahájení dražebního řízení bylo poznamenáno. Tato odchylka od podobné lhůty § 470 o. z. o. zbyla přehlédnutím zákonodárce z vládní předlohy.³²⁶⁾ Nějaká dispozice vlastníkova po poznámce je pro dražební řízení, které je v běhu, bezúčinnou. Jinak ovšem, kdyby dražební řízení bylo zrušeno. Zdá se však, že § 37 III. nov. nevylučuje, aby se během dražebního řízení zástavní právo s výhradou pořadí vymazalo. Nové právo zástavní může pak až do příklepu býti zapsáno. Odtud počíná pak nová úprava tabulárního stavu podle skutečných práv zástavních. Výhrada svědčila by nyní vydražiteli a při něm pojmově o ní řeči býti nemůže. Při rozvrhu nejvyššího podání bude vždy hleděti k rámci, který se získal dřívějším právem zástavním a k novému právu zástavnímu jen potud, pokud rámce toho nedosáhá.

Podle § 41 III. nov. může nové právo zástavní vstoupiti v místo dvou neb více starých práv zástavních, v pořadí bezprostředně za sebou jdoucích. To předpokládá, že mezi zástavními právy není žádného rozdílu. Jsou-li zde vedle solohypoteky různá simultánní práva zástavní, nemůže býti také nové zástavní právo jednotné, nýbrž musí shodně podle starých práv zástavních býti rozděleno.

II. Zápis nového práva zástavního v pořadí starého práva zástavního. Zápis tento předpokládá zapsané již právo zástavní. Stačí jakékoliv právo zástavní, i za pohledávku neplatnou, na př. zápůjčku nevaluovanou. Ukazuje na to již sám § 38 III. nov., poněvadž mluví o pořadí a výši na nemovitosti váznoucího práva zástavního. Stojí tam sice dále, že v pořadí a do výše tohoto práva zástavního má se zapsati právo zástavní za novou pohledávku, takže to logicky předpokládá již také pohledávku starou. Ale právo zástavní se vůbec jinak nezapisuje než za nějakou pohledávku, ať již je platná čili nic. Povahou svou rovnají se vlastníkovo dispozice dle § 37 a 38 III. nov. poznámce pořadu dle § 44 III. nov. Při ní pak o pohledávce, která má povstati (§ 44 III. nov.: eine Schuld) ani ještě vůbec

nic známo býti nemusí. Právo zástavní staré i nové mohou do-
cela dobře býti i hypoteky kaučovní.

Pro staré právo zástavní, v jehož pořadí nové se zapisuje, stačí jen záznam. Záznam tento musí však býti dříve než dojde ku jeho výmazu, spraven. Jeť záznam jen zápis výmínečný (§ 40 kn. ř. §§ 166 a 228 ex ř.). Nové právo zástavní má získati pořadí definitivní. Také nové právo zástavní může býti jen zaznamenáno. (§ 38 III. nov.: »Eintragung« a § 8 kn. ř.) Naproti tomu výmaz starého práva zástavního musí býti vložen. (§ 38 nov. »einverleibt wird.)

Staré zástavní právo nesmí býti vázáno depurační poznámkou dle § 469a o. z. o. Vyloučení dispozice vlastníkovo stalo by se tím illusorním. Třebas se § 38 III. nov. pro staré právo zástavní zamýšlí jen výmaz, je to přece výmaz, který vylučuje disposici hypotekou. V § 38 III. nov. disponuje se však pořadem hypoteky staré na prospěch hypoteky nové.

Nové právo zástavní zapíše se s tím obmezením, že dosáhne účinnosti právní, bude-li do jednoho roku po povoleném zápisu nového práva zástavního výmaz starého práva zástavního vložen. Na splnění této výminky je závislá platnost nového práva zástavního. Výminka tato se nepoznamená, nýbrž uvede prostě při zápisu nového práva zástavního. Zákon žádá pro splnění výminky, aby výmaz byl vložen. To nevylučuje však, aby v mezidobí byl tento výmaz pouze zaznamenán a do roka po povoleném vkladu nového práva zástavního spraven. Za záznam může se třeba z opatrnosti žádati, je-li nebezpečí, že by staré zástavní právo superkondicemi mohlo býti stíženo. Vklad nového práva zástavního v pořadí starého nevylučuje disposici starým právem zástavním dle § 469 o. z. o. nebo také cessí. Nestojí také v cestě exekučnímu postihu. Zákon nestanovil podobných účinků pro zápis nového práva zástavního dle § 38 III. nov., jaké zná § 57 kn. ř. při poznámce pořadu. Pro praksi by se proto doporučovalo, aby se zápis práva nového práva zástavního kombinoval s poznámkou pořadu pro výmaz starého práva zástavního. Také nové právo zástavní může býti v mezidobí cessí neb exekucí na jiného převedeno. I jím, ač to bude nepraktické, může se dle § 469 o. z. o. a § 37 III. nov. disponovati. Nesplní-li se výminka, nebude to míti ovšem žádných účinků a podle § 39 III. nov. vymaže se právo zástavní se všemi na ně se vztahujícími zápisy z úřední

³²⁶⁾ GZ, 1917, 23, pozn. 63/1, Eisner. Jinak Hendel, 41.

povinnosti. Výminka se splní, vloží-li se výmaz starého práva zástavního do roka po povoleném zápisu nového. Toto splnění výminky se současně s výmazem poznamená.³³⁷⁾ Lhůta jednoho roku počítá se ode dne povolovacího usnesení o zápisu nového práva zástavního.

Zákon stanoví pro platnost nového práva zástavního ještě dvě další podmínky. Zástavní právo superkondikované musí býti superkondicí zbaveno nebo tyto se svolením účastníků na nové právo převedeny, a staré zástavní právo simultánní musí býti ve všech vložkách vymazáno. Tyto obě dvě podmínky jsou úplně zbytečné. Z povahy věci plyne, že superkondikované právo zástavní může býti vymazáno, vymaže-li se také superkondice. Vymaže-li se právo zástavní s výhradou § 51 kn. ř., není vymazáno. Převede-li se však superkondice se svolením účastníků na jiné objekty nebo snad na nové právo zástavní, pak může se staré právo zástavní vymazati. Stejně má se věc při výmazu simultánního práva zástavního. Simultánní právo zástavní je jednotné. Pokud není ve všech vložkách vymazáno, nemůže se výminka § 38 III. nov. splniti. Poněvadž však § 40 III. nov. mluví o »další výmince«, může vzejíti pochybnost, zda-li i podmínky dle § 40 III. nov. musí při novém právu zástavním v patrnost býti uvedeny a zda také o nich musí býti v knihách veřejných poznamenáno, že výminka se splnila. Jeť § 38 III. nov. v § 40 III. nov. výslovně citován. Máme za to, že přes to toho potřeby není, poněvadž oběma účelům plně stačí výminka dle § 38 III. nov.

Zmínka o výmazu simultánního práva zástavního mohla by naopak svým textem vésti ku domněnce, že snad vlastník je oprávněn, aby pouze na jednom ze simultánně zavazených objektů nové právo zástavní mohl zapsati. To by však plně odporovalo požadavku § 38 III. nov., že nové právo zástavní má býti vloženo v pořadí a do výše zástavního práva starého. Tím způsobem by si vlastník na úkor zadních věřitelů vytvořil třeba solohypoteku, a tito zadní věřitelé neměli by ani podobného nároku, jaký jim zachovává § 222 ex. ř. při rozvrhu nejvyššího

³³⁷⁾ Poznámka tato provede se z úřední povinnosti. Tak poučil se srozuměním ministerstva spravedlnosti ze dne 17. III. 1917 č. 9114 štyrskohradecký vrchní zemský soud nižší soudy.

podání za všechny nebo jen za některé ze simultánně zavazených objektů. Třeba by simultánní věřitelé byli oprávněni, vykonávajíce své právo, kterýkoli ze spoluzavazených objektů si vybrati, vlastník tak učiniti nemůže. Vlastník může zapsati jen zástavní právo, které ve všem odpovídá zástavnímu právu starému. Obojí zástavní právo musí se matematicky i prostorově krýti. Zásada, která platí o zástavním právu simultánním při § 469 o. z. o., platí i zde. Nové právo zástavní na všechny objekty mohli by zapsati souhlasně jen všichni vlastníci. I tu mohlo by se nové právo zástavní dle poměru § 222 ex. ř. jen na jednotlivý objekt omeziti. Uvolněné podíly na druhých objektech připadly by k dispozici jejich vlastníků.

§ 38 III. nov. mluví pouze o právu zástavním novém i starém jako celku. Jistě lze ho užiti i pro zápis práva nového zástavního i jen za část pohledávky. O prioritě hypoteky zbytkové před hypotekou novou platí vše to, co řečeno bylo již při § 469 o. z. o. Taktéž i vše, co uvedeno bylo o významu § 41 III. nov. pro hypoteky simultánní.

Subjektem práva dle § 38 III. nov. je ten který vlastník. Přejde-li nemovitost zatím, než se vloží výmaz starého práva zástavního, na někoho jiného, může jej provést jen nový nástupce. To plyne již z povahy disposičního práva vlastnickova. § 39 III. nov. tu připojuje, že je k tomu oprávněn i věřitel, pro něhož nové právo zástavní bylo zapsáno. To je anomálie, která disposičnímu právu vlastnickovu odporuje. Je to přežitek doby, kdy podobný § sloužil jen účelům konverzním. Dnes jest znění jeho všeobecné. Slouží dispozici vlastnickové.

Právo dle § 38 III. nov. nemá žádné jiné lhůty konečné než jednoroční lhůtu po povoleném zápisu nového práva zástavního. Dražební řízení se práva toho nedotkne. Výmaz starého práva zástavního může býti proveden i po dražbě. Při prozatímním zjištění stavu zásad je počítati vždy staré právo zástavní. Při rozvrhu nejvyššího podání zachová se do jednoroční lhůty staré i nové právo zástavní dle § 220 ex. ř. Rozvrh pro ten neb onen případ může se provést již napřed.

III. P o z n á m k a p o ř a d u. Výše již v § 10 vylíčený vývoj zavedl do rak. zákonodárství poznámku pořadu, Povahou svou podobá se poznámka pořadu poznámce výhrady pořadí starého. Obě zachovávají pořad příštímu zástavnímu právu. Ale jinak

liši se od sebe podstatně. Subjektem práva z poznámky výhrady starého pořadí je ten který vlastník. Subjektem práva z poznámky pořadu je buď ten, kdo si poznámku vymohl, tedy vlastník nebo dřívější vlastník nebo i pozdější vlastník nebo i věřitel, pro něhož se v pořadí jejím právo zapíše, mají-li tyto osoby od původního vlastníka ve svých rukou usnesení o poznámce, které se vydá v jediném vyhotovení. Při výhradě starého pořadí se usnesení s takovýmto významem nevyskytuje. Výhrada pořadí trvá časově déle. Platí tři léta, poznámka pořadu jenom rok. Pro zápisy práva zástavního prodloužila novela dřívější lhůtu šesti na jeden rok. Výhrada pořadí má však ještě jedno časové omezení. Trvá jen do zahájení dražebního řízení. Poznámka pořadu takto omezena není. Teorie proto doporučuje, aby se vedle poznámky výhrady pořadí současně užila i poznámka pořadu.³³⁸⁾

Právo vlastnicko z poznámky pořadu, jako jiné jeho disposiční právo, nemůže býti předmětem exekuce. Jsou však náhledy, které připouštějí jeho zabavení dle § 331 ex. ř. a zápis práva věřitelova dle § 350 ex. ř.³³⁹⁾

Přehlednutím zákonodárce zbyl v § 53 odst. 2 předpis, který propouští poznámku pořadu také věřiteli pro výmaz jeho zástavního práva. Zákonodárství, které zavedlo vlastnickou hypoteku, nemůže výmaz věřiteli, nýbrž jen vlastníku povolit.

Pořad může se také pro simultánní právo zástavní v různých vložkách poznamenati. Dřívější znění § 53 kn. ř. připouštělo poznámku pořadu jen pro příští zápůjčku. Nynější jeho text pro jakýkoli dluh. Může to býti pohledávka, která již vzešla nebo která teprve později povstane. Může to býti také hypoteka kaucní. Poznámky pořadu může s úspěchem býti užito při kupních dobírkách, které do roka mají býti splaceny. Nemusí býti zástavním právem zjišťovány. Stačí pro ně poznámka pořadu.³⁴⁰⁾

Jak již výše bylo uvedeno, pro více práv zástavních, která successivně byla v pořadí poznámky zapsána, platí podle rozhodnutí nejv. soudu ze dne 25. srpna 1880 č. 9360 (GIU 8073) pořadí podle § 29 kn. ř.³⁴¹⁾

³³⁸⁾ NZ, 1919, 124, Weissberger.

³³⁹⁾ Weissberger, l. c. 123.

³⁴⁰⁾ L. c. 23.

³⁴¹⁾ Heinrich Bartsch, Das österr. allg. Grundbuchgesetz, III.

Při předchozím zjištění stavu závad jest právo z poznámky pořadu dle § 166 ex. ř. počítati, jakoby šlo o bezvýmínečnou pohledávku. Při rozvrhu nejvyššího podání nezbývá než obdoba 3. odst. § 56 kn. ř. Jen listiny s ověřeným datem před dražbou mohlo by se užiti pro zápis práva zástavního po dražbě. Jsou však náhledy, které ještě po dražbě připouštějí zápis práva zástavního v pořadí poznámky.³⁴²⁾

V.

Vlastnickova hypoteka československá.

§ 12. Zákonodárné přípravy.

Nový stát československý zaujal do svých hranic i části, které patřily dříve koruně svatoštěpánské. Je tedy vhodné také v bývalém Uhersku sledovati přípravy zákonodárné. První osnova uherského občanského zákoníka vyšla z prací komise, kterou zřídilo r. 1895 ministerstvo spravedlnosti. Komise tato ukončila své práce r. 1899. Na to byly jednotlivé díly osnovy r. 1900 ještě přezkoumány.¹⁾ Již na této osnově byl znatelný vliv práva pruského. Při vlastnickově hypotece vložilo se těžiště na zaplacenou pohledávku. Vlastník nabýval jí cessi od zaplaceného zástavního věřitele. Tak to stanovil § 891 osnovy a tím přiblížil se pruskému názoru, podle něhož bylo možno nabýti i osobní pohledávky. Věc nebyla však dobře promyšlena. Bylo stanoveno, že vlastník není povinen, aby zaplacenou pohledávku vymazal. Nebylo však stanoveno, že může své právo zástavní na někoho jiného převést. Toliko tehdy, když zástavní věřitel svou hypotekární pohledávku na vlastníka převedl, mohl ji tento na jiného i tehdy převést, byl-li dlužníkem osobním. Věřitel však k této cessi povinen nebyl. Vlastník mohl dále převést svou hypotekární pohledávku, nabyl-li práva vlastnického jako hypotekární věřitel.²⁾ Nepřevědli vlast-

Aufl. 531, GZ, 1910, 279, Dr. Georg Trautner, Die Wirkung der Rangordnungsvermerkung. Viz výše poznámku 298.

³⁴²⁾ Not. Zeitschr., 1910, 344, Touaillon.

¹⁾ Zeitschrift für ungar. öffentliches und Privatrecht, 1901, 3 a násled.

²⁾ § 891: Hat auch der Eigentümer einen Hypothekargläubiger befriedigt, so ist er zur Bewirkung der grundbücherlichen Löschung der Hypothek nicht verpflichtet. Hat der Gläubiger die hypothekarische

ník pohledávky až do doby, kdy v dražebním řízení stanoví se pořad pro uhrazení, jest hypoteka vůči zadním hypotečním pohledávkám bez účinku.³⁾

Poněvadž osnova nejevila jednotného charakteru, byla podrobena přepracování a z něho vyšla r. 1913 osnova nová.⁴⁾ Ve vlastníkovi hypotece přimkla se tu k občanskému zákoníku německému, ač jeho předpisů o dluhu pozemkovém a rentovém, jakož i hypotece listovní nepřevzala. Osnova činí rozdíl mezi placením dlužníka a nedlužníka. Platí-li vlastník, který dlužen není, přejde pohledávka na něho.⁵⁾ Platí-li dlužník, který však není vlastníkem, přechází hypoteka jen potud na něho, pokud od vlastníka nebo jeho předchůdce má nárok na náhradu.⁶⁾ Hypoteka přechází s pohledávkou náhradní. Platí-li vlastník, který je osobním dlužníkem, může hypoteku bez pohledávky vyrovnanému věřiteli na nějakou jinou jeho pohledávku postoupiti nebo ji na někoho třetího převésti. Neučiní-li toho, nehledí se na hypoteku v řízení dražebním.⁷⁾

Osnova zůstala tu obsahově vězeti ve vlastníkovi hypotece

Forderung infolge der Befriedigung auf den Eigentümer übertragen, so kann dieser die Forderung selbst dann auf einen andern übertragen, wenn er zugleich der persönliche Schuldner war. Der Eigentümer kann eine hypothekarische Forderung auch dann übertragen, wenn er das Eigentumsrecht als Hypothekargläubiger erworben hat.

³⁾ § 892: Hat der Eigentümer die hypothekarische Forderung in Gemässheit des § 891 nicht übertragen, so ist im Falle einer auf die belastete Sache gerichteten Zwangsvollstreckung bei Feststellung der Rangordnung der Befriedigung die zur Sicherung der ausbezahlten Forderung grundbücherlich eingetragene Hypothek gegenüber den in der Rangordnung nachstehenden hypothekarischen Forderungen unwirksam.

⁴⁾ Gesetzentwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für Ungarn, Budapest, 1914, I a násl.

⁵⁾ § 679 osn. 1. odst. z § 1143 n. o. z. Tak i stará osnova v § 890.

⁶⁾ § 679 osnovy 2. odst. z § 1164 n. o. z. Tak i stará osnova v § 887.

⁷⁾ § 679 osn. 3. odst.: Der Eigentümer des Grundstückes, der zugleich persönlicher Schuldner ist, kann, wenn er den Hypothekargläubiger befriedigt die Hypothek in Ansehung einer anderen Forderung dem befriedigten Gläubiger abtreten, oder sie einem Dritten übertragen. Macht er von diesem Rechte keinen Gebrauch, so kommt die Hypothek bei einer Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück nicht in Betracht.

německé, ale vzala k ní formu z osnovy rakouské. Tím povstaly důležité odchylky od osnovy rakouské, jichž si skladatelé uherské osnovy snad ani vědomi nebyli, ale které osnovu uherskou od osnovy rakouské podstatně liší.

Podle něm. občanského zákoníka nabývá po samém zákonu hypoteky každý ten vlastník, za jehož vlastnictví se hypoteka uvolní. Podle osnovy uherské může taktéž postoupiti hypoteku na jinou pohledávku vyrovnaného věřitele nebo ji na třetího převésti ten vlastník, který pohledávku, je osobním dlužníkem, vyrovnal. Podle III. novely rak. je však subjektem práva disposičního každý vlastník, nejen kdo pohledávku vyrovnal, nýbrž i každý jeho nástupce ve vlastnictví. Podle uherské osnovy může nástupce vlastníka, který pohledávku vyrovnal, převésti hypoteku jen tehdy, bylo-li mu toto právo dřívějším vlastníkem postoupeno. S něm. obč. zákoníkem má osnova i to společné, že se mluví v § 679 odst. III. o tom, že vlastník »hypoteku« postupuje. V něm. obč. zákoníku je ovšem tato hypoteka již dluhem pozemkovým. V uherské osnově není jasno, co se touto hypotekou myslí.

Při simultánní hypotece má věřitel sice svobodnou volbu, ale jinak přispívají účastníci na ni dle poměru státní daně, která na jejich pozemky vypadá, a nepodléhají-li pozemky dani, podle své hodnoty. Hypoteční břímě, v něm. překladu »Last der Hypothek« se tu mezi hypoteky rozvrhuje. Hypoteční břímě se nemění, rozšíří-li se hypoteka. Vlastníci mohou hypoteční břímě i jiným způsobem rozdělit. Jen je-li to knihovně zapsáno, musí si to ostatní knihovní účastníci dáti líbiti, je-li jim to k újmě.⁸⁾

⁸⁾ § 663: Im Falle einer Gesamthypothek wird die Last der Hypothek von den einzelnen Grundstücken in Ansehung des Verhältnisses der grundbücherlichen Interessenten zueinander, den Hypothekargläubiger nicht mitinbegriffen im Verhältnisse der den Grundstücken auferlegten direkten Staatssteuer, unterliegen sie aber einer solchen Staatssteuer nicht, im Verhältnisse ihres Wertes getragen. Ist die Gesamtheit der Hypothek dadurch entstanden, dass die schon bestehende Hypothek nachträglich auf ein anderes Grundstück erstreckt wurde, so trägt die Last der Hypothek im Verhältnisse der früheren und der neueren grundbücherlichen Interessenten zueinander anschliesslich das früher belastete Grundstück. Die Eigentümer können eine von den Vorschriften des Absatzes 1 und 2 abweichende Vereinbarung treffen. Die abweichende Vereinbarung wirkt zum Nachtheile der übrigen grund-

Poměr simultánních hypotek také rozhoduje, jak nabývá vlastník hypoteky podle § 679 osnovy, vyrovná-li se simultánní dluh. Vyrovná-li dluh vlastník, který osobně dlužen není, přejde na něho simultánní hypoteka dle poměru hypotek. Také na osobního dlužníka přejde, který není vlastníkem, ale jen do výše náhrady, která mu přísluší proti vlastníku nebo proti jeho předchůdci. Vyrovnal-li pohledávku vlastník, který je osobním dlužníkem, může nakládati hypotekou na svém pozemku dle poměru hypotek, na ostatních pozemcích také dle rozvrhu hypotek, pokud mu proti vlastníkům nebo jich předchůdcům přísluší náhrada (§ 680). Osnova nemá však předpisů, zda ostatní vlastníci mají dle rozvrhu hypotek na svých pozemcích právo disposiční.

Jak v předešlé kapitole uvedeno, v bývalých zemích rakouských došla zákonodárná práce o vlastnické hypotece III. novelou k obč. zákoníku svého ukončení. V Čechách nebyla tato novela vítána přívětivě. Když dne 1. ledna 1917 měla vejíti v platnost, podal v prosinci svaz českých spořitelů spolu s jednotou záložen, hypoteční bankou království českého, zemskou, živnostenskou a českou průmyslovou bankou pamětní spis rakouskému ministerstvu práv. Peněžní ústavy si stěžovaly, že předpisy novely zasahují příliš hluboce do dosavadního právního stavu a zavádějí novoty, které budou mít značný vliv na poměry veřejného obchodu a úvěrnictví, na př. rozhodování vlastnicko o hypotece. Vyslovena tu obava o pořadí zbytkových hypotek a o výkladu slov »*einem andern gegenüber*«, vylučuje-li se úmluvou stran vlastnicko právo disposiční, a pak o absolutním účinku poznámky depuračního závazku.⁹⁾

Tabulární praxe šla zatím svými cestami. Není se co diviti, že zlepšení hypotek musí uvítati každý, kdo, zabývá se po živnostensku hypotekárním obchodem, nese risiko ztráty. V této věci jde však i o zájem jiný. Ode dávna byly předpisy, aby nouze dlužníka se silným věřitelem nevykořisťovala. V době nové má toto kořistění jen jiné formy. Vlastníka hypoteka vyšla z povahy práva zástavního, ale také z péče o dlužníka. Kdo měl

jen sebe na zřeteli, bránil se tomu. Z těchto snah vyvinul se prostředek, který novému ústavu zatarasil cestu.

Doložky, kterými se disposiční právo vlastnicko o hypotece vylučovalo, staly se pravidelnou součástí dluhopisů. Ačkoli účelu věci musila stačiti doložka depurační dle § 469a o. z. o. a III. novela žádné jiné doložky nezná, žádalo se nad to ještě od dlužníka, aby se vzdal i práv dle §§ 37 a 38 III. nov. Ani konverse, kterou dřívější zákonodárství v zájmu dlužníkově favorisovala, nesmí se nyní prováděti. Vedle toho přijímaly se do dluhopisů také ještě doložky o pořadí zbytkových hypotek. § 469a o. z. o. zapovídal sice, aby se kdo, zřizuje právo zástavní, disposičního práva o něm vzdával. Doložky v dluhopisech chtěly toto vzdání se tím obmezovati, že se právo toto může jen potud vykonati, dá-li se současně zbytkové pohledávce přednost. V dluhopisech projevoval dlužník také svůj souhlas, aby v kvitancích a postupních listech o dílčích obnosech bylo stanoveno, že právo zástavní za kvitovanou nebo postoupenou část má býti přeneseno jen tehdy, je-li zbytkové pohledávce přednost poskytnuta.¹⁰⁾ Poněvadž dílčí splátky, ke kterým byl dlužník při umořitelných pohledávkách povinen, mohla podle § 1422 a 1423 o. z. o. s do-

¹⁰⁾ V dluhopisech české hypoteční banky vyskytují se odstavce:

V. Zavazujeme se za sebe a své právní nástupce, že právem zástavním ohledně splacené části této zápůjčky disponovati budeme jen tím způsobem, že zjednáme a vyhradíme právo knihovní přednosti pro zbývajíc část bankovní zápůjčky a že jen s touto výhradou dáme svolení, aby osoba třetí zaplatila část bankovní pohledávky. Svolujeme proto, aby do každé bankovní kvitance nebo postupní listiny na dílčí obnosy bankovní zápůjčky pojata bylo ustanovení, že právo zástavní za kvitovanou nebo postoupenou část smí přeneseno býti jen tehdy, bude-li současně vloženo právo přednosti pro zbývajíc část bankovní zápůjčky. Konečně svolujeme, aby knihovně byl poznamenán závazek vlastníkův, že jenom s výhradou knihovní přednosti pro zbývajíc část bankovní zápůjčky budeme disponovati uvolněným právem zástavním za část bankovní zápůjčky, jakož i dávat svolení k tomu, aby část bankovní pohledávky placena byla osobou třetí.

VI. Vzdávajíc se práv vlastníka dle §§ 33, 37 a 38 III. dílčí novely ku všeob. obč. z. příslušejících, zavazujeme se po rozumu druhé věty § 469a obč. zák. bankovní zápůjčky starší, zjištěné na této hypotece, jakož i ostatní pohledávky, zápůjčce předcházející, vymazati, a svolujeme, aby tento závazek, převzatý oproti hypoteční bance království českého při právech zástavních, zjištěných v položkách, byl knihovně poznamenán.

bücherlichen Interessenten (Absatz 1) nur dann, wenn dieselbe in das Grundbuch eingetragen ist.

⁹⁾ Spořitelni Obzor, 1916, č. 24.

rozuměním jeho i třetí osoba platiti, byly do dluhopisů vedle závazků o přednosti dílčích hypotek pojímány i závazky o přednosti těchto postoupených dílčích obnosů.¹¹⁾ Při tom všem málo se na to hledělo, zda všechny takovéto závazky jsou platné a zda knihovní soudce může poznámky jejich povoliti. Co platno bylo dávat do kvitancí a postupů doložky o přednostech, měla-li tuto přednost skytnouti teprve osoba třetí, na kterou se právo převádělo. Znění zákona přibližují se depurační doložky některých dluhopisů a ráz obligacních závazků mají povinnosti, které dlužník o přednostech zbytkových hypotek na sebe bere.¹²⁾ Nejsprávnější bez mnohých slov jsou doložky, aby se při pohledávce předchozí poznamenalo, že se dá vymazati, a dále, že se opatří přednost zbytkové pohledávky, sice že se stane splatnou bez výpovědi.¹³⁾

¹¹⁾ Viz poznámku 10), pak z dluhopisu české spořitelny pol. 6.: Třetími osobami na místě dlužníka a s dorozuměním tohoto placené obnosy postupují se platiteli jenom tehdy, dá-li tento zároveň s výhradou postupu své svolení, že zbývající pohledávka české spořitelny s všemi příslušnými právy požívati má knihovního práva přednosti před obnosy, jež postoupeny býti mají. Stejně také v dluhopisech záložny českých profesorů.

¹²⁾ Z dluhopisu městské spořitelny v Praze: Kdybychom práva vyhrazeného nám v §§ 33, 37, 38 novely ze dne 19. března 1916 č. 69 r. z. při pohledávání, které pro městskou spořitelnu pražskou na základě tohoto dlužního listu se zjišťuje, použili, a buď právo zástavní za část tohoto zástavního dluhu převedli na jinou hypoteku nebo dali vložití nové právo zástavní ve výši a v pořadí uplacené částky tohoto pohledávání, zavazujeme se, že dáme současně vložití přednost zbytku tohoto pohledávání městské spořitelny pražské před převedenou nebo nově vloženou splacenou částkou tohoto pohledávání. K těmto účelům má městská spořitelna pražská právo do každé dílčí kvitance o tomto pohledávání, jež nám nebo našim právním nástupcům vydá, vložití výhradu, že platnost kvitování vázána jest na podmínku, že případný převod práva zástavního ohledně kvitované částky za pohledávku novou dle §§ 33, 37 a 38 novely ze dne 19. března 1916 č. 69 r. z. může se uskutečnit jen za současného vkladu poznámky (!) přednosti zbytku pohledávání městské spořitelny pražské před tímto převedeným právem zástavním. Zároveň svolujeme k tomu, aby při této hypotece byl podle § 34 III. dílčí novely poznamenán závazek, že předchozí pohledávání v pol. dáme mazati, jakmile bude splaceno a že tedy nepoužijeme práva vyhrazeného v §§ 33, 37 a 38 novely. Podobně i v dluhopise spořitelny města Soběslavi.

¹³⁾ Z dluhopisu ústřední záložny českého hostinstva.

Takovéto doložky a poznámky přinesly i mnohé požeňání našim knihám pozemkovým. Celé listy popisovaly se depuračními poznámkami o hypotekách předchozích. Pak se to aspoň zjednodušilo, že se poznamenával jenom depurační závazek o pohledávkách, zapsaných v těch kterých položkách. Soudy se také domnívají, má-li hypoteční banka ve svých dluhopisech svolení k nějaké poznámce, že jí to povoliti musí. I vyskytují se pak poznámky, že se dá budoucně přednost zbytkové pohledávce hypoteční banky, ač žádné naše zákony takové poznámky neznají.

Po převratu zůstalo v jednotlivých dílech československého státu v platnosti právo dřívější. V bývalých zemích rakouských bylo právo rakouské, na Slovensku a v Podkarpatské Rusi právo uherské. Jednotný stát vyžádal si také právní jednoty. K příkazu ministra dra S o u k u p a byl proto vypracován překlad rak. občanského zákoníka, při němž se přihlíželo již k zákonodárství československému a ku zvláštním poměrům na Slovensku. Elaborát odevzdán k posudku prof. dra K r č m á ř e a S v o b o d y. Tito uznali, že sice není doba, aby se provedla úplná revize občanského zákoníka, ale že překlad také nestačí. Práci měla by provést odborná komise, složená ze zástupců ministerstva spravedlnosti, universitních profesorů a praktiků. Na poradě dne 6. března 1920 za předsednictví ministra dra V e s e l é h o bylo usneseno, aby se vyzal za základ občanský zákoník z r. 1811 a na něm provedly se pouze nejnútnejší opravy. Ve schůzi dne 16. března 1920 za předsednictví ministra dra M e i s s n e r a byla rozdělena práce mezi referenty. Prof. K r č m á ř převzal část všeobecnou a právo obligacní, prof. K a f k a právo rodinné, prof. S v o b o d a právo dědické a já právo věcné. Později přibyl k referentům ještě prof. W e i s s, který převzal část práva obligacního. Pro práci zřízeno pět subkomitétů.¹⁴⁾

Na veřejné vyzvání došlo do subkomitétů více návrhů. Zmíníme se jen o těch, které v subkomitétu o právu věcném dotýkají se naší otázky. Notář Stanislav H a v l í č e k navrhoval, aby se zavedl dřívější stav automatického postupu hypotek. Německými zákony sem zavlečený modus I., II. a III. hypotek je velice nepraktický. Starý způsob byl jednoduchý. Vžil se. Byl oblíben. Majitel následujících hypotek věděl, že umorěním prvních dostane

¹⁴⁾ Data tato děkují p. minist. koncipistovi Dru Srbovi.

se do předu. Úvěr byl otevřený a bezpečný. Dnes do III. hypoteky majitel zápůjčku sotva dostane, což bude mít velký dosah při obmyslených novostavbách. Člen subkomitétu notář dr. Antonín Mokřý prohlásil ve svém návrhu, že se pro změnu § 33 až 45 III. nov. nemůže rozehráti. Neshledává její nutnosti. Je pouze slabým prostředkem, aby se na krátkou dobu uměle prodloužil dech předluženého vlastníka nemovitosti. Poněvadž by se však naši prestiži zadalo, kdybychom odstranili, co zavedeno je ve všech téměř s námi sousedících státech, upozornil na některé nedostatky cit. zákonných předpisů. Tak žádal, aby zbytková hypoteka měla přednost před novou pohledávkou a více pohledávek nových přednost podle svých zápisů. § 37 III. novely budiž škrtnut a místo něho přijde toto znění: »Vlastník může podle listiny, jež jest způsobila ku vkladu výmazu věcného práva knihovně zapsaného, vymoci sobě knihovní poznámku zániku tohoto práva.« Dle stávajícího znění zákona dlužno rozeznávat dvě skupiny vlastníků: ty, kdo nemají obavy, že věřitel se zaplaceným zástavním právem něco podnikne, a dále ty, již mu nedůvěřují. Pro první mohlo by zůstatí při příležitostné dispoici dle § 469 o. z. o. Proti druhým bylo by se zabezpečiti navrženou poznámkou. Proti těmto druhým věřitelům je vlastníkově zachován prostředek dle § 37 III. nov. jenom na tři léta.

Člen subkomitétu notář dr. Jaroslav Čulík žádal, aby se dispoiční právo vlastníkově vyloučilo při umořitelných pohledávkách, poněvadž věřitel, který půjčuje do pořadí druhého nebo dalšího, předpokládá, že se umořováním přednější pohledávky jeho pořadílepší. Je to důležité při domech, které stářím na ceně ztrácejí. Nyní každý věřitel bez výjimky v dluhopise vlastníkově dispoici vylučuje. Tím stává se předpis o vlastníkově hypotece illusorním.

Člen subkomitétu profesor dr. Egon Weiss podal k reformě občanského zákonníka obšírné memorandum. Zástavní právo občanského zákonníka nehodí se již na dnešní poměry. Chce sloužiti spotřebnímu úvěru, který odpovídal době, kdy občanský zákonník povstal. Stav, který zavedl tento zákonník, potrvál až do novel, které k němu byly vydány. Jen něco změněno bylo exekucním řádem. Velká kodifikace německá a švýcarská musely dáti popud i kodifikaci rakouské. Německá poskytla úvěru mnoho typů. Reformace rakouská jich nezavedla. Zůstala při jediné for-

mě, hypotece. Zkušenost naučila, že je to vždy věřitel, který, skýtaje úvěr, stanoví i jeho podmínky. Bylo docela případno, že reforma rakouská zůstala tu na českém deskovém právu. Právo zástavní, nehledíc ku hypotece kaučovní, musí se povždy posuzovati jen podle knihovního stavu. Třeba by se však nové formy nezavedly, musí se přece mysliti na nějaký samostatný útvar, který by je nahradil. Dvě základní zásady měly by při tom přijíti v úvahu: Ius succedendi zadních věřitelů a osobní ručení hypotekáře musí se vyloučiti. Vzestup zadních věřitelů je nespravedlivý. Zadní hypotekář s výhodným úročením dostane se automaticky do pořadí, v němž by byl své úročení nikdy nedostal. Zaplatí-li se dřívější hypotekář, přejde hypoteka jako právo na hodnotu pozemku do jmění dlužníkově a může býti na jeho jméno přepsána. Novelu ovládají historické reminiscence. Pojímá vlastníkovou hypoteku jako provisorní stav. Kdyby zde nebylo časového omezení, přišlo by se ku systému pevných míst, který je s povahou hypoteky jako práva na hodnotu v plné shodě. Namítá se, že vlastníkově hypoteka stěžuje, aby se nemovitosti dluhů zbavily. Věřiteli druhého pořadí nemá se jí zabrániti, aby se do prvního pořadí dostal. Ale má se státi tak dohodou s vlastníkem, nikoli na jeho útraty. Úvěr nepotřebuje, aby se mu pomáhalo vyhlídkou na vzestup. Až na nějaké příležitostné poklesy je kapitálu dost. Bude-li se ukládati na II. hypoteku, povznese se její rentabilita. Pojmově nestojí nic v cestě, aby měl dlužník při dražebním řízení ze své hypoteky právo na kvotu. Výtka, že povstanou tím dostihy věřitelů, není na místě. Dnešní stav jen způsobuje, že tuto kvotu dostává hypotekární věřitel. Dlužník, vyplácejí hypoteku, umenšil své jiné jmění a odňal část jeho svým osobním věřitelům. Je slušno, aby jim pro exekuci zůstala jeho hypoteka. Poněvadž nyní každý věřitel ujednává s dlužníkem, že předchozích hypotek pro sebe užiti nesmí, měla by se tomuto ujednání veškerá účinnost odejmouti. Sezná-li se z úmluvy, že má vlastníkovou hypoteku vyloučiti, musí se prohlásiti za bezúčinnou. Jinak by bylo na př. při spoluvlastnících, při manželích, již dědickou smlouvu uzavírají, a při společnících práva občanského a obchodního. Reální kredit skýtá věřitel jen vzhledem k hodnotě nemovitosti. Není proto slušno žádati od dlužníka, aby ručil ještě osobně. Situaci zhoršuje ještě nové znění § 1408 o. z. o. Věřitel může nového vlastníka jako osobního dlužníka zamít-

nouti, a starý vlastník zůstane v ručení osobním. Tím stala by se ovšem hypoteka dluhem pozemkovým, ale terminologie nemusila by se změnit. Prof. Weiss proto navrhuje pro § 469 a toto znění: »Práva disposičního nelze se vzdát. Zaváže-li se vlastník někomu jinému než hypotekárnímu věřiteli, že některou hypoteku vymaže, nemůže hypotekou nakládati, je-li toto vzdání ve veřejné knize při hypotece poznamenáno.« Pro § 470 žádá znění, aby v dražebním řízení byla vlastníkovu kvota jeho hypoteky přikázána a aby lhůta tří let v § 37 III. nov. byla škrtnuta.

Proti vlastníkovi hypotece vyslovila se česká advokátní komora. Přistoupila k náhledu komitétu advokátní komory dolnorakouské o osnově novely k obč. zákoníku. Praktické potřeby, aby se vlastníková hypoteka zavedla, není. Praktické potřebě vyhoví předpis o poznámce zamýšleného zadlužení a zákon ze dne 22. února 1907 č. 48 ř. z. o konversi hypotekárních dluhů. Dobrodzání tehdejší uvádělo, že novou institucí nebude hypotekární úvěr usnadněn. Kdo budou poskytovat úvěr do druhé nebo ještě zadnější hypoteky, budou na vlastníku hypoteky žádati závazku, aby předchozí hypoteky, až budou zaplacené, vymazal, a dají si tento závazek poznamenati. Tím stane se vlastníková hypoteka bezvýznamnou. Bude jen mít za následek, že do knihy veřejné bude zapsáno množství nových poznámek, již nyní dosti četných, a kniha veřejná ztratí na přehlednosti. Jen věřitelé nezkušené a neopatrné nebudou snad žádati takového závazku, a vůči těmto vyuzítují nesolidní majitelé hypoteky této nové instituce jen k tomu, aby exekuce na část jejich nemovitého majetku byla zmařena anebo aspoň stížena a oddálena.

Námítkám těmto nelze se diviti. Vycházejí z kruhů, které povždy proti vlastníkově hypotece se ohrazovaly. Činily tak v Německu a také bývalém Rakousku. Jsou to kruhy, které většinou zastupují právě ty osoby, jež měly ze vzestupu hypotek nezasloužené zisky. Z těchto kruhů hájila se teorie tohoto vzestupu. Právo věřitelů, právo silných, kteří chtějí těžit z tísně dlužníkovy, akcentuje se v těchto protihlasech. Na dlužníka se tu nemyslí. Vlastníková hypoteka naznačuje již svým jménem, komu má sloužiti. Je to hypoteka, kterou chce získati úvěru vlastník jako dlužník. Jeho hypoteka má jej zachraňovati, je-li v hospodářské tísně. Zadlužený vlastník nikdy již úvěru nezíská, třeba by první hypoteku zaplatil, oloupí-li jej o její zisk svým

vzestupem věřitelé z hypotek druhých a třetích. Zbude-li mu však uvolněná hypoteka pro jeho disposici, může mu dáti základ k jeho hospodářské obnově.

Zkušenosti českého deskového práva a zkušenosti se zástavním právem rakouským objasnily s dostatek podstatu práva zástavního, které se do veřejných knih zapisuje. Třeba by redaktori občanského zákoníka této podstatě nerozuměli, dnes musí se již přiznati. To byla jedna premisa pro reformu občanského zákoníka. Druhá byla akcesorita zástavního práva. Slouží osobní pohledávce. Tato jeho funkce měla býti i nadále zachována. To byly směrnice, které mne vedly, když podával jsem v subkomitétu pro opravu občanského práva návrh na změnu vlastníkovy hypoteky. Návrh můj chce se povaze zástavního práva přiblížiti více než to učinilo zákonodárství německé. Zákonodárství toto, vycházejíc z pruské vlastníkovy hypoteky, připíjalo ji k pohledávce. I vlastník má dluh na svém pozemku. Dluh ten jest jeho actívum. Německé zákonodárství vytvořilo skutečný reálný dluh. Naše právo zástavní chce sloužiti povždy jen úvěru osoby. I německý dluh pozemkový mu slouží. Vždyť nikdo se nezavazuje, nejsa dlužen, nebo se aspoň zavazuje za dluh cizí nebo příští. U pozemkového dluhu je tento úkol zakryt. Naše zákonodárství toho nepotřebuje. Sahá otevřeně ku zástavnímu právu, kdy je ho nutno pro osobní pohledávku.

Zástavní právo, třeba by sloužilo osobní pohledávce, stává se zápisem do veřejných knih reálním dluhem. Povahu tu seznáme snadno, uvedeme-li si na paměť, z jakého důvodu platí nový vlastník zapsanou pohledávku, které nevzal na sebe. Osobně není k věřiteli v žádném poměru. Pohledávku platí pouze proto, že je vlastník, který je povinen k plnění, poněvadž pohledávka na jeho nemovitosti vázne jako reálný dluh. Když se tedy zástavní právo zapisuje, nelze se nijak klamati, že se pouze asi tolik provádí, co se děje, zřizuje-li se o nějakém dluhu dlužní list. Vedle osobní pohledávky zřizuje se zápisem i zástavní právo za pohledávku reální. Je-li vlastník a dlužník jedna osoba, jsou obě pohledávky skonsolidovány v jednotu. Rozejde-li se vlastník s dlužníkem, rozejdou se i pohledávky.

Zanikne-li nebo nevznikne-li osobní pohledávka, schází pro reální pohledávku její přirozená funkce, aby sloužila pohledávce

osobní. Pohledávka reální vrací se k vlastníkovi. Nezaniká sama sebou, poněvadž má zjevný tvar. Je zapsána v knihách veřejných a má tam jistý pořad. Pohledávka osobní vtiskne svůj charakter pohledávce reální, tak svou splatnost a úrokovatelnost. Charakter tento může reální pohledávku dosti obmezovati. Může způsobovati obtíže, chce-li jí vlastník použití dále pro jinou pohledávku. Každému praktikovi je známo, jaké nesnáze působí na př. cesse nějaké pohledávky z ruky soukromé do ruky peněžních ústavů. Při zápisu soukromé pohledávky nemyslí se nikdy na všechny ty různé kautely, kterých peněžní ústavy vyžadují pro sebe, na př. expansi úrokovou podle peněžního trhu, úroky z prodlení, náhradu výloh a pod. I bylo třeba hypoteku tak vypraviti, aby byla kdykoli způsobilou pro peněžní trh, jakmile se od osobní pohledávky odpoutá a ku vlastníkovi zpět vrátí. I navrhl jsem, aby zástavní právo, ve veřejných knihách zapsané, vztahovalo se i na úroky, úroky z úroků, útraty vkladu, výpovědi, kvitance, jakož i útraty procesní a exekuční spojené s ním osobní pohledávky. Na čas spojení s osobní pohledávkou mohl ovšem tento normální obsah hypoteky býti obmezen.¹⁵⁾ Podle osobní pohledávky dávala by se také výpověď, řídila splatnost a určovala povinnost náhrady útrat vkladu, výpovědi a kvitance.¹⁶⁾ Když se na tomto základě měla vlastníková hypoteka vybudovati, byla směrodatna tato hlediska. Mělo se zůstatí na domácím podkladě. Do běžného zástavního práva mělo se zasáhnouti tak neznatelně, aby z něho vyšla vlastníková hypoteka jako přirozený jeho útvar. Bylo třeba se vyvarovati konstrukce pruského a německého práva, podle nichž nabývá hypoteky ten vlastník, za něhož se uvolnila. Uvolněná hypoteka měla býti zachována kterémukoli z těch po sobě následujících vlastníků, který z nich úvěru bude potřebovati. Takováto hypoteka nemusí se, převádí-li se nemovitost, od kupní ceny odpočítavati. Lpí na nemovitosti, je jejím příslušenstvím. Ale posléz

¹⁵⁾ § 461 a návrhu: Právo zástavní, ve veřejných knihách a zástavním rejstříku (§ 452 a) zapsané, vztahuje se i na běžné úroky peněžního trhu, úroky z úroků, útraty vkladu, výpovědi, kvitance, jakož i útraty procesní a exekuční. Když se právo zástavní nově zapisuje, může se tento jeho obsah rozšířiti a pro dobu spojení s osobní pohledávkou také obmeziti. Osobní pohledávka může býti vázána na čas a výmíru. Odpadne-li od zástavního práva, odpadnou od něho i tato obmezení.

¹⁶⁾ § 460 c návrhu.

bylo se vyvarovati i knihovně nemožného stavu, aby zástavní právo, kterým vlastník má disponovati, zůstalo váznouti i nadále pro vyrovnaného věřitele. Rozřešení těchto problémů bylo docela snadné. Zástavní právo, dosavad ve veřejných knihách zapsané, zbavilo se vztahu k osobní pohledávce. Svazek s osobní pohledávkou naznačovalo jméno věřitele, které se při pohledávce vyskytovalo. Vymazalo-li se toto jméno, zbavila se hypoteka tohoto vztahu a tím vymazala se také osobní pohledávka. Zápis stane se tím bezejmenný. S dobrým úmyslem bezejmenný, poněvadž svědčí každému vlastníkovi, který na listu B) je zapsán, také spoluvlastníkům, rozdrobí-li se zatím vlastnictví. Bezejmenné hypoteky bude moci pro svůj úvěr použití kterýkoli vlastník, jakmile úvěru toho bude potřebovati.

Klade-li se důraz na zástavní právo, které se k osobní pohledávce připíná a od ní zase odpíná, je úplně lhostejno, zda tato pohledávka je platna či neplatna. Zástavní právo je zde věcí, která osobní pohledávce slouží. Věc tato nepřestává existovati, nemá-li existence pohledávka, kterou má pojišťovati. To je právě podstata vlastníkovy hypoteky, že je to hypoteka, bez pohledávky a že může býti vlastníkem určena pro jinou pohledávku. Postup, který se děje, spojí-li se zapsané zástavní právo s osobní pohledávkou, jest týž, dá-li se fysická věc v zástavu ruční. Je-li pohledávka neplatná, nemá to žádného vlivu na věc. Jen vlastníkovi třeba ji vrátiti, a to se děje také při zapsaném zástavním právu.¹⁷⁾

Také simultánní hypoteka může se takovým způsobem uvolniti. Nedoporučuje se však, aby se vzaly o tom do zákona podrobné předpisy. Je lépe, nechá-li se praxi a teorii, aby tuto těžkou otázku řešily. Jinak snadno kodifikuje se nesprávný princip. Takovým je na př. § 1173 n. z. o. Vyrovná-li vlastník zástavního věřitele, nabývá hypoteky pouze na svém pozemku. Na ostatních pozemcích tato hypoteka zaniká. Poměr mezi hypotekami

¹⁷⁾ § 460 návrhu: Vlastník může na základě vkladu schopné listiny, která prokazuje, že osobní pohledávka zástavního věřitele zanikla anebo ani vůbec nevznikla, právo zástavní vůbec anebo jen osobní pohledávku zástavního věřitele vymazati a zástavní právo buď ihned nebo kdykoliv později na základě své vkladuschopné dlužní listiny na pohledávku téhož nebo jiného věřitele převésti. Osobní pohledávka, na kterou vlastník právo zástavní takto převede, nesmí jíti dále, než jak stanoví § 451 a.

se tím úplně poruší. Místo simultánního práva zástavního vytvoří se na jediném pozemku solohypoteka na škodu všech pozdějších zástavních věřitelů.¹⁸⁾ Takovým nešťastným principem je také § 663 nové osnovy uherské¹⁹⁾ o tom, že při simultánní hypotece nesou dřívější pozemky zástavní břímě, třeba by se hypoteka později rozšířila. Vždyť přece rozšířením hypotek se břemeno na další objekty přesune. Naproti tomu třeba stanovit aspoň takové zásady, které zákonodárství, i povaze simultánního práva zástavního odpovídají. Patří-li jednomu vlastníkovu všechnym simultánně zavazené objekty, může disponovati hypotekou simultánní sám, převéstí tedy simultánní právo zástavní na jinou pohledávku. Jsou-li vlastníci různí, může výmaz osobní pohledávky dojísta vykonati každý z nich. Vlastníci tito tvoří o simultánním právu zástavním jednotu. Teorie chce ji posuzovati jako společenství podle § 825 o. z. o. Při převodu práva zástavního na jinou pohledávku mohla by tedy dle § 833 o. z. o. rozhodovati většina, která by se dle účastnických podílů počítati měla. Poněvadž se jedná o převod knihovní, nemohl se pro technické obtíže tento způsob doporučiti. I žádá se souhlas vlastníků všech. Každý vlastník může však žádati, aby se simultánní právo zástavní podle daňových hodnot na jednotlivé pozemky rozvrhlo. Pro zjednodušení věci vyhradilo se to řízení nespornému.²⁰⁾ Právo simultánního vlastníka musí se však obmeziti, propustí-li věřitel některý ze simultánně zavazených pozemků, ponecháváje si ručení ostatních. Kdyby se tu vytvořila nová samostatná vlastníková hypoteka, zvětšilo by se obtížení na úkor zadních věřitelů. Ale ani podle poměru daňových hodnot nelze vytvořiti novou vlastníkovou hypoteku, pokud zástavní právo celkově na ostatních

¹⁸⁾ Také 2. odst. § 1173 n. o. z. o náhradě proti ostatním simultánním věřitelům je nešťastná konstrukce. Toho dotčeno bylo již výše.

¹⁹⁾ Viz tekst § 663 v pozn. 7).

²⁰⁾ § 469 a návrhu: Právo dle § 469 může vykonati i vlastník pozemků simultánně zavazených. Jsou-li vlastníci různí, může výmaz vyrovnané osobní pohledávky věřitelovy vykonati každý z nich, převod zástavního práva na pohledávku některého věřitele může se státi jen za souhlasu všech. Každý z vlastníků simultánně zavazených pozemků může však žádati, aby se podle daňových hodnot simultánní právo zástavní na jejich pozemky jednotlivě rozvrhlo. O tom rozhodne soudce v řízení nesporném.

pozemcích ještě vázne.²¹⁾ Také tu nesmí býti případný rozvrh mezi hypotekami porušen.²²⁾

Právo vlastníkovu má jednu končící lhůtu, příklep zastavené nemovitosti v exekučním řízení. Z důvodů, které byly uvedeny při kritice III. novely, odmítla se nějaká lhůta pro rozdělení výtěžků vnučené správy. Převede-li totiž vlastník své právo na někoho, není příčiny, proč by tato osoba na výtěžku vnučené správy podílu nebrala. Vlastník sám, nemaje osobní pohledávky, nemá naň nároku žádného.²³⁾

Při nové úpravě musily se také rozřešiti pochybnosti o pořadí zbytkových hypotek. Starší právo má přednost.²⁴⁾

Způsobu, jakým se úmluva s vlastníkem, že předchozí hypotekou nebude disponovati, vykořisťovala, musilo se zákonem čelit. Byl naň obecný stesk jak od úradů, tak notářů i advokátů. Shora stala se o tom podrobná zmínka. I bylo každou depurační poznámku odstraniti a ponechati to stranám mezi sebou, zda ta která hypoteka se vymaže. Peněžní ústavy mají dosti prostředků k tomu, aby dlužníka k tomu přiměly. Jedním z neúčinnějších je výpověď pohledávky. Bude-li to však ponecháno obligačnímu ujednání, bude i samým peněžním ústavům tím umožněno, aby pro sebe výhod vlastníkovy hypoteky užily. Budou moci na žádost dlužníkovu depurační závazky zrušovat a na uvolněné místo samy své kapitály umísťovati. Ve svém neprozíravém odporu proti vlastníkově hypotece docela na to zapomněly.²⁵⁾

²¹⁾ § 469 b návrhu: Vzdá-li se věřitel ručení na některém ze simultánně zavazených pozemků, ponecháváje si ručení ostatních, nelze, pokud ručení to trvá, právo dle § 469 a 469 a vykonati.

²²⁾ H e n d e l, 125.

²³⁾ § 470 návrhu: Neprevede-li vlastník do příklepu zastavené nemovitosti právo zástavní na některého věřitele, nepočítá se s tímto právem zástavním při rozvrhu nejvyššího podání.

²⁴⁾ § 470 a návrhu: Právo zástavní, které dle § 469 vlastník na některou pohledávku převede, má pořadí za právem zástavním za nezaplacenou ještě pohledávku. Pořadí převodů dalších řídí se dle jejich zápisů.

²⁵⁾ § 470 b odst. 2. návrhu: Zřizuje-li se zástavní právo, nemůže se vlastník práva dle § 469 vzdáti. Zaváže-li se některému zástavnímu věřiteli, že v příčině některé předchozí zástavy práva toho nevykoná, má to jen účinky mezi stranami a nemůže to ve veřejných knihách a zástavním rejstříku býti poznamenáno, ani v listiny, na základě nichž se některá práva do veřejných knih neb zástavního rejstříku zapisují, býti pojato.

Novela III. opomenula přizpůsobiti i předpisy exekučního řádu nově zavedenému institutu. I při zrušení nebo změně exekuce (§§ 41, 376 a 377 ex. ř.) může se zástavní právo uvolniti. I bylo navrženo, aby byly §§ o tom přiměřeně doplněny. Nemožouť zůstati ve svém původním znění, má-li vlastník právo uvolněným zástavním právem disponovati. I zrušení nebo změna exekuce může se tedy provésti jen výmazem osobní pohledávky vymáhajícího věřitele, nikoli vůbec i zástavního práva.²⁶⁾

Novela III. nepovšimla si dále práva úkojného, které sice vymáhajícímu věřiteli propouští, aby podle § 208 ex. ř. v pořadí poznámky dražebního řízení právo zástavní za svou vykonatelnou pohledávku vložil. I dlužníku musí býti zachováno, uspokojí-li věřitele, aby aspoň zástavní právo za reální pohledávku v pořadí poznámky vložil a pak na pohledávku některého věřitele převedl.²⁷⁾

Nová konstrukce práva vlastníkova umožnila i nový způsob exekuce na právo dle § 469 o. z. o. Lze je převésti na pohledávku vymáhajícího věřitele. Ovšem toliko jednou. Právě jako vlastník nemůže své právo převésti mež jednou, nemůže se tak státi i jinak, převede-li se toto právo v exekuci. Tím zamezí se souběh věřitelů, který by tu byl, kdyby se nějaká jiná forma navrhla.

²⁶⁾ Za § 41 ex. ř. navrhl se nový §: «Provede-li se exekuce zápisem práva zástavního na některé nemovitosti, stane se její zrušení nebo obmezení výmazem osobní pohledávky vymáhajícího věřitele nebo její části. Vlastník může však ověřenou žádostí navrhnouti, aby zástavní právo bylo zcela nebo z části vymazáno. Při částečném obmezení má zástavní právo za pohledávku vymáhajícího věřitele přednost před zástavním právem vlastníka nebo jeho nástupce. Ku § 376 ex. ř. navrhl se nový odstavec: «Nenavrhne-li dlužník ověřenou žádostí zrušení zánamu práva zástavního vůbec, vykoná se zrušení jeho výmazem osobní pohledávky věřitelovy.» Jako 3. odst. § 377 ex. ř. se navrhlo: Zrušení neb obmezení práva zástavního provede se dle posledního odstavce § 376. Při částečném obmezení má zástavní právo za pohledávku vymáhajícího věřitele přednost před zástavním právem vlastníka nebo jeho nástupce.

²⁷⁾ Navrhlo se, aby se do prvního odstavce § 208 ex. ř. jako druhá věta vsunulo: V téže lhůtě může i dlužník na základě vkladuschopné listiny, kterou se prokazuje, že vymáhajícího věřitele spokojil, navrhnouti, aby v pořadí této poznámky právo zástavní za vymáhanou pohledávku bylo vloženo a může hned nebo kdykoli později právo toto dle § 469 o. z. o. na pohledávku některého věřitele převésti.

Nějaké eventuelní zabavování není možné, poněvadž se exekuce vede právě jen tím způsobem, že se právo vlastníkovo na pohledávku vymáhajícího věřitele knihovně převede. Nevyčerpá-li se reální pohledávka pohledávkou vymáhajícího věřitele, může zástavní právo až do svého vyčerpání na více pohledávek býti převedeno. Pořad mezi nimi již stanoví všeobecný předpis § 470 a, ale vytkl se poznovu podle času, kdy žádost dojde ke knihovnímu soudu. Technicky nebylo možno vyhnouti se nesnadnému případu, střetne-li se při exekuci více věřitelů v stejném čase. Povstane tu mezi nimi společenství dle § 825 o. z. o. a násl.²⁸⁾ Nastane tu poměrné hrazení jako v konkursu.

Svrchu bylo již řečeno, že při zápisu skonsoliduje se osobní pohledávka s pohledávkou reální. Reální ji skorem absorbuje. Osobní v ní mizí. Stává se spolu s ní věcí. Věci této může i vlastník nabýti, aniž by se tím něco na její podstatě změnilo. Jen to z povahy věci plyne, že vlastník nemůže od sebe plnění žádati, sebe žalovati a exekvovati. Jakmile ale dá tuto věc zase dále, vykoná se zástavní právo podle svého obsahu. Takový smysl měl § 1446 o. z. o. před novelou a takový bude jeho smysl podle návrhu.²⁹⁾ Ovšem vlastník může vždy, bude-li chtíti, právo zkonfuzi provésti a právo zástavní na pohledávku jiného věřitele převésti nebo jen svou osobní pohledávku vymazati. To je však jen případ školský. Ve skutečnosti neučiní tak vlastník žádný.

Novela III. nedotkla se také předpisů o amortisovaných knihovních pohledávkách. Dle § 121 kn. ř. povoluje soud, jakmile ediktální lhůta projde, na návrh žadatele amortisaci vkladu a zároveň také již jeho výmaz. Může-li vlastník právo zástavní na nějakou jinou pohledávku převésti, musí to jeho vůli býti ponecháno, zda právo zástavní vymaže.³⁰⁾

²⁸⁾ Ku § 320 ex. ř. navrhl se odstavec: Na zástavní právo vlastníkovo dle § 469 o. z. o., při němž osobní pohledávka věřitelova byla vymazána, vede se exekuce tím způsobem, že se toto právo převede na pohledávku vymáhajícího věřitele. Několika věřitelům lze postupně povoliti tuto exekuci, pokud nominální pohledávka, při zástavním právu zapsaná, stačí. Pořad mezi nimi rozhoduje čas, kdy žádost ke knihovnímu soudu dojde. Dojde-li současně více žádostí, převede se právo zástavní na všechny pohledávky věřitelů společně. Jejich právní poměry řídí se pak dle pravidel o spoluvlastnictví.

²⁹⁾ § 1446 návrhu: Práva a povinnosti, která jsou ve veřejných knihách zapsána, nezanikají, sjednotí-li se v osobě vlastníkove.

³⁰⁾ Navrhla se tato změna 2. odst. § 121 kn. ř.: Projde-li marně

Konstrukcí vlastnickovy hypoteky je na výmazu práva zástavního interesován vlastník. Je tedy třeba, aby se také jemu propustila poznámka pořadu pro jeho zamýšlený výmaz. O tuto poznámku rozšířeny tedy předpisy o pořadu. Naproti tomu odešlo se to věřiteli, poněvadž je to s institutem vlastnickovy hypoteky v odporu. Jen nedopatřením zákonodárce zůstalo to ještě, jak již uvedeno, v § 53 kn. ř.³¹⁾

Když se upravila vlastnickova hypoteka takovýmto způsobem, není více potřeba, aby se ještě přijímal předpis o výmazu práva zástavního s tříletou výhradou jeho pořadí pro příští právo zástavní. Jak uvedeno, navrhla se tato forma, aby vlastník vyloučil zásah třetích osob na zaplacenou pohledávku. Ale nyní bude tento zásah vyloučen výmazem osobní pohledávky věřitele a kromě toho ještě před jejím vyrovnáním vlastnickovou poznámkou pořadu pro zamýšlený výmaz. Poznámka tato bude sloužiti i výmazu úplnému, i neúplnému, výmazu zástavního práva vůbec, i výmazu osobní pohledávky věřitelovy.

Naproti tomu ponechal se vklad zástavního práva nového v pořadí starého, vymaže-li se starší právo do roka, poněvadž je to potřeba k účelům konverzním. Výminka byla však zde připjata pouze na staré pořadí, nikoli na samý zápis práva zástavního. Stranám musí býti na vůli ponecháno, aby právo zástavní, nevymaže-li se do roka právo starší, nechaly v pořadí běžném. Vlastníkovi musí býti také zůstaveno, aby i nového práva zástavního ku dispozici dle § 469 o. z. o. použil.

Poněvadž se děje zpravidla zápis nového práva zástavního v pořadí práva staršího za účelem konverzním, propuštěn i výmaz věřiteli, pro něhož nové právo zástavní bylo zapsáno, ač to ústavu vlastníkovi hypoteky odporuje. Účinky § 58 kn. ř. vztaženy však také na staré právo zástavní, vymaže-li se toto do roka. Zároveň s ním mohou býti vymazána všechna práva, která

lhůta ediktální, vysloví soud usnesením, že se hypotekární pohledávky a všechny na ně se vztahující zápisy amortisují a že vymazány býti mohou. Vlastník může pak zápisy buď vůbec nebo jen pohledávky s právy na nich zapsanými vymazati a právem zástavním dle § 469 o. z. o. nakládati.

³¹⁾ I navrženo, aby se v § 53 odst. 2. kn. ř. vypustila slova »nebo výmazu« (oder der Löschung) a aby zařaděn byl jako jeho třetí odstavec: »S těmito účinky může také vlastník žádati za poznámku zamýšleného výmazu pohledávky některého věřitele.«

po zápisu nového práva zástavního na staré práva zástavní byla zapsána.

Při částečném výmazu starého práva zástavního navržena přednost zbytkové hypoteky před hypotekou novou a pro nové hypoteky dle jejich zápisů.

DÍL DRUHÝ.

Právní povaha vlastnickovy hypoteky.

I.

Řešení v životě a teorii.

§ 13. Příbuzné zjevy.

Vlastnickova hypoteka je dnes historickým a přítomným faktem. Vyrostla a roste. Leckomu zdála se zrudou. Zůstal mu skryt kvas, z něhož se zrozovala.

Právo římské dávalo tu rozluštění těžké. Muselo se zůstati ve vývoji domácího práva, aby se vlastnickově hypotece porozumělo. Vytvořila se sice v době novější, ale byla jen starou formou s obsahem novým. Forma její je středověké právo vlastnické, které svůj přiléhavý výraz nalezlo v středověké držbě (gewere). Všechna věcná práva byla nám v ní patrna. Obsahem svým dávala jim větší nebo menší sílu a tím jejich individualitu. S obsahem širším vyjadřovala vlastnictví, s obsahem užším právo lenní, selské, zástavní nebo jiné právo užívací. Tímto obsahem, širším nebo užším, vyrovnávala práva věcná jedno druhým. Činila z nich zjevy souřadné, soudružné.¹⁾ Tento právní názor mohl beze všech právních násilností připustiti současné zhromadění těchto různých práv v rukou vlastnickových. Právu vlastnickému s obsahem užším nedostalo se tím obsahu širšího. Ku právu vlastnickému přiřadilo se jen právo jiné.

¹⁾ Dr. Andreas Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, II, Leipzig, 1886, 15, Alex. Franken, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Leipzig, 1894, 168, Gierke, Deutsches Privatrecht, II, 331.

Případy podobné vyskytují se zejména v právu lenním. Při personální unii manství s královstvím byl král v jedné osobě lenním pánem, i manem. Lucemburkové a Habsburkové byli jimi svými domácími lény. Objevovalo se to i při jiných lénech, církevních i světských. Ač tu docházelo ku konsolidaci v rukou krále, osoby duchovní neb knížecí, odporovala jí teorie, hájíc názor, že léna trvají »penes universitatem, ecclesiam, principatum.«²⁾ Tam, kde léno jako uvolněné jen na čas spadlo na pána, mluvíla pak teorie o konsolidaci časové (consolidatio temporaria) jako protivě konsolidace trvalé (consolidatio perpetua), kde svazek lenní zanikal nadobro.³⁾ Pruský Landrecht projevil to v zákonném předpisu.⁴⁾

Právo věcné se svým užším obsahem, jsouc s vlastnictvím souřadno, dává nám naučení ještě jiné. Skýtá nám poučku, že z vlastnictví lze část práva vyloučiti a jako samostatné právo vytvořiti. Takovou povahu má právo lenní, selské, zástavní a horní. Je to jen projev téhož principu, vytvořil-li vlastník na svém pozemku ve vlastníkově hypotece předmět způsobilý pro zastavení.

Ještě další příbuznost jeví se v rentách. I prameny samy, ne snad jen teorie kladou je na roveň jiným předmětům právního obchodu. Zřízení rent jako převod nemovitostí dalo se vzdáním (Auflassung)⁵⁾ a také jejich další převody.⁶⁾ I když

²⁾ Georgii Ludovici Boehmeri Principia juris feudalis. Francofurti et Lipsiae, 1790, 267. Týž cituje tamže Clemens Vaillant Opuscule, que par l'Élevation du Vassal à la dignité Royale les Fiefs, qu'il avoit auparavant, ne sont unis au Domaine public.

³⁾ Boehmer, l. c., Dr. Andreas Christian Johannes Schmid, Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts, II, 261 a násl. Dr. Georg Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, II, Berlin, 1885, 778.

⁴⁾ P.L.R. I, § 677: Dadurch das die Rechte des Lehnherrn und Vasallen, auf einige Zeit, in der Person eines Repräsentanten des Lehnherrn oder des Beliehenen, vereinigt werden, wird die Lehenseigenschaft der Sache nicht geändert.

⁵⁾ Dr. Ludwig Duncker, Die Lehre von den Reallasten, Marburg, 1837, 70, Göschen, Die Goslarischen Statuten, Berlin, 1840, 24. ZDR. 19 (1859). O. Stobbe, Zur Geschichte u. Theorie des Rentenkaufes, 186, Dr. Wilhelm Theodor Kraut, Grundriss zu Verlesungen über das Deutsche Privatrecht. Bearb. v. F. Frensdorff, Berlin u. Leip-

se pak později používalo výrazu »koupě a prodej renty«,⁷⁾ i tato slova ukazovala jen na samostatný předmět, který se kupuje a prodává anebo také zase zpět kupuje.⁸⁾ Je to zřejmo také na »gewere«, která se na rentě nabývá.⁹⁾ Renta je způsobilý předmět pro vlastnictví,¹⁰⁾ léno,¹¹⁾ zástavu¹²⁾ a odkaz.¹³⁾ Pro právní nedostatek dává se při rentě správa.¹⁴⁾ O její samostatnosti svědčí také její trvalost.¹⁵⁾ Příznačný bývá také její název

zig. 1886, 267, Paul Rehme, Das Lübecker Oberstadtbuch, Hannover, 1895, 44, 82.

⁶⁾ Stobbe, l. c. 198.

⁷⁾ Stobbe, l. c., 195, Kraut 269, Rehme 83. V Lubeku se za rentu nemovitosti vzdávaly. Kdo chtěl ze svého pozemku míti rentu, vzdal jej někomu a přijal jej zase od něho zpět, zavazuje se mu platiti rentu. Viz Dr. Carl Wilhelm Pauli, Die s. g. Wieboldsrenten oder die Rentenkaufe des Lübischen Rechts, Lübeck, 1865, 6, 7, 15 16.

⁸⁾ Dr. Wilhelm Eduard Albrecht, Die Gewere, Königsberg, 1828 157, Meklemburgisches Urkundenbuch (UB) 2231 (1293): quos X marcas... (reemere poterit, 2515 (1298) 2533 (1299).

⁹⁾ Beseler, System des gem. deutschen Privatrechts, I, Berlin, 1885, 318.

¹⁰⁾ Albrecht, 158, Duncker, 96 a násl., Stobbe, 189, a násl. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, II, Regensburg, 1847, 35.

¹¹⁾ Mehl. UB, 920 (1261), Duncker, 67.

¹²⁾ Bremisches UB V, 367 (1428): hebben gesattet unde vorpendet den ergenanten borgemesteren rade unde der stad Bremen jarlike rente unde tinte achtenlich Bremer mark, de de veer dorpe in deme lande to Vy, alse Wolstorpe, Schipdorpe, Bramele unde Ghastendorfe jarlikes up winachten uns unde unsem stiche pleghen to ghevende.

¹³⁾ Meklemburg. Urkundenbuch, IV, 2438 (14/2 1297 Wismar) Domina Engelburgis uxor quondam Johannis Persic concordavit taliter cum privigna eius, moniali de Rune, quod ipsa dabit dicte moniali singulis annis unam marcam denariorum de magna domo... Que si moritur, tunc dicta domus hereditabit dicte moniali; et tunc ipsa monialis erogabit, cuicumque dicta domina assignaverit, singulis annis in purificatione beate Marie unam marcam denariorum, quosque omnes redditus, quos ante morem dicte domine sustulit, fiant totaliter persolite. Ambabus vero mortuis debent dicti redditus distribui sex ecclesiis in Wismaria.

¹⁴⁾ Duncker, 67.

¹⁵⁾ Mehl. UB. 852 (1260): Dominus Symerus in morte constitutus assignavit. S. Mariae duarum marcarum redditus ad vinum et lumen singulis annis. Ille due marce dabuntur de area illa, que apud scolas iacet. Quicumque illam aream possidet, dabit illas perpetuo 1567 (1281):

»Ewiggeld« (census perpetuus).¹⁶⁾ Právo,¹⁷⁾ i teorie¹⁸⁾ považují rentu za věc nemovitou a toliko splatnou rentu za věc movitou.¹⁹⁾ Renty nabyly ještě větší samostatnosti, když se jaksi v listy vtělily, které přinosec k rentě opravňovaly.²⁰⁾ Listy měly někdy konstitutivní povahu, znějící na dědice, nástupce a přinosec.²¹⁾ I samy renty podle listů zvaly se Handfeste,²²⁾ Briefe,²³⁾ Ewiggeldbriefe.²⁴⁾ Takto osamostatněny nemusely renty pomíjeti, když zpět na prodavače spadaly.²⁵⁾ I jsou dosvědčeny příklady, když někdo má rentu »in sua propria domu« nebo že ji jako vlastník po příbuzných dědí.²⁶⁾ Také monografistovi reálních břemen Friedliebovi tanou na mysli případy, kde konfuse zánik reálních břemen nezpůsobí. Můžeť zde býti zindividualisovaný účel reálního břemene, na př. ve prospěch jiného pozemku, který

redditus duarum marcarum perpetuo in hereditatem 2323 (1295) Gerhardus Monachus emit XVIII. tremodia reddituum singulis annis de Rodenbeke et suis liberis. Hoc cessit iure hereditario super liberos ipsius Gerhardi, videlicet Johannem et Ermegadim filiam eius et tutorem eius Hassonem de Crukov iuvenem, in villa, que dicitur Soverdorp. Modo vendidit suam porcionem ipse Johannes filius Gerhardi domine Benedicto de Roden (dem) beke iuniori.

¹⁶⁾ Stobbe, 184.

¹⁷⁾ Duncker, 64, Auer, Das Stadtrecht von München, München, 1840, CXXX.

¹⁸⁾ Consiliorum Gasparis Klocki, Tomus II. Norimbergae, 1783, cons. 40, 340/47.

¹⁹⁾ L. c. III, cons. 104, 70/61.

²⁰⁾ Brem. UB. II 255 (1325). Dlužníci vyznávají, že prodali Wolterovi, vikáři sv. Mikuláše v Brémách za 12 m. stř. důchod jedné marky ve svém domě a pozemku. Platiti se má Wolterovi »vel quicumque presentem literam habuerit«. Nesplní-li se v čas, extunc idem Wolterus vel qui presentem literam habuerit prefatas domum et aream, cuicumque voluerint, locandi habebunt plenam et liberam potestatem. 467 (1340) důchod určité osoby nebo držitele listu.

²¹⁾ Dr. Paul Rehme, Zur Geschichte des münchener Liegenschaftsrechtes, Berlin 1900 (Festgabe für Heinrich Dernburg), 25. Vlastník slibuje, že bude »Ewiggeld« platiti kupci, »seinen erben und nachkommen oder wer den prief mit seinen guten willen innhats«.

²²⁾ Bruck, 29 a násl.

²³⁾ Stobbe, 187.

²⁴⁾ Rehme, l. c. 25.

²⁵⁾ Mehl. UB. 2330 (1295). Qui omnes annuales redditus eo mortuo liberi nobis erunt.

²⁶⁾ Bruck, l. c. 19, 21.

v majetkové subjektivitě toho kterého vlastníka nezaniká.²⁷⁾ Renta někde přechází v úročnou zápůjčku. Do vůle věřitele se klade, zda rentu nebo kapitál se zadrželou rentou, vlastně nyní úrokem, chce míti zaplacen.²⁸⁾ Nelze tu však míti za to, že by rozšířením platební povinnosti i na kapitál samostatná povaha renty vzala za své. Tak tomu bylo zejména ve Švýcarech, kde v jedné skupině kantonů, jak již bylo uvedeno, statky rentami se zastavovaly, a kde tato forma zastavení ještě dnes je platná. Týž charakter jako renta má i vedle ní se vyskytující dlužní list (Schuldbrief). Vedle důchodů »Gült«, které jsou »liegende Zedel«, byly zde pohledávky, splatné po lhůtách »Terminzedel« nebo v určité jedné lhůtě »Handwechselzedel«, někde »Zahlungsbriefe« pro dluhy kupní a dědické.²⁹⁾

Jakási vlastnicková hypoteka objevuje se již i v zemském právu českém. Je to však hypoteka pouze na oko, vskutku je to dědický zápis statku příbuzným. Podle českého zemského práva nedělili po zůstaviteli dědicové, kteří od něho statkem byli odděleni a, nejsouce nedílné, i ženy již vybyté. Statek spadal tu jako odúmrtí na krále.³⁰⁾ Jeden z prostředků, kterými se tomu čelilo, byl nápadný zápis s místem. Kdo tak učiniti chtěl, zapisoval svůj statek některé osobě v zemské desky dluhem, připojuje ku jménu této osoby prázdne místo.³¹⁾ Toto prázdne místo

²⁷⁾ Ernst Friedlieb, Die Rechtstheorie der Reallasten, Jena, 1860, 349.

²⁸⁾ Max Neuman Geschichte des Wuchers in Deutschland, Halle 1865, 274 a násl.

²⁹⁾ Eugen Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts III, 438 a násl.

³⁰⁾ JUDr. Jaromír Čelakovský, Právo odúmrtí k statkům zpupným v Čechách. V Praze. 1882, 5; R.Č.A. III, 1, Josef Kalousek, O staročeském právu dědickém a královském práve odúmrtím na statcích svobodných v Čechách i v Moravě. V Praze, 1894, 26. Kapras, K dějinám českého práva zástavního. V Praze, 1903, 75. Dr. Rudolf Rauscher, O zvolené posloupnosti v českém právu zemském. V Praze, 1921, 15 a násl.

³¹⁾ Všehrd, O právicích země české knihy devatery, VI, 38. Způsob zápisu s místem a s uvázáním: »Břeněk z Ronšperka přiznal se před úředníky, že jest dlužen tisíc kop českých Alšovi z Konecchlumie že diel' mrtvého na jiného má připadnouti: pakli by oba umřela, prvé nie, kdyby bez nich býti nechtěli. Pakli by nezaplátil, tehdy oni samým komorníkem nebo bez komorníka moci svú s pomoci kterýžkoli lid

mohl vlastník, kdykoli se mu zlíbilo, vyplniti jménem osoby své důvěry, o níž byl jist, že mu statek propustí. Propuštění její platilo pak i pro zápis první. Statek stal se volný. Prázdné místo tedy bylo vyhrazeno dispozičnímu vlastníkově dluhem, v účincích svých dědickým zápisem.³²⁾ Nemohl žádný nápadný zápis ve desky jinak býti zapsán než dluhem. Dluh tento však nikdo dlužen nebyl, takže nemohl ani nikdy býti zaplacen.³³⁾ Právnícká forma zápisu s místem je simulovaný dluh, aby na základě něho pak v cestě exekuce zápisník v nemovitosti mohl se uvázati. Vlastnictví případně mu ze simulovaného dluhu.³⁴⁾ Umře-li vlastník, děti maje, mohou ještě tyto prázdné místo vyplniti osobou, která by jim zápis propustila.³⁵⁾ Dispoziční vlastníková

budú se moci uvázati v dědictví jeho v Kamenici — (atd.) A to budú moci držeti, prodati, zastaviti, zapsati, a učiniti z toho, co se jim zdáti bude jako z svého vlastního dědického. Umře-li by pak který z nich, že dieť mrtvého na jiného má připadnouti: pakli by oba umřelo, prvé než svrchupsaný Břeněk, tehdy týž Břeněk zápisu toho bude prázděn a svoboden. A kdyby jeden z nich jemu Břeněkoví zápis tento propustil, zase má mocno býti jakoby oba propustila. Zapsáno to léta božieho 1496 v úterý po Sv. Kříži. Viz Čelakovský, l. c. 9/19 latinské znění podobného zápisu.

³²⁾ Všehrd, VI, 36: Jménem »miesta v zápisích jiného se nic nemieni než moc pozostavená k změněni toho zápisu, kterýž s místem jest, když se zapisujícímu zdá. Neb komuž se zapisuje, těch se jména ve desky hned piší; než jménu toho, ktož by ten zápis měl propustiti, miesto se pozostavuje.

³³⁾ Všehrd, VI, 39/4: Žádný zápis nápadní jinak ve desky zapsán býti nemož než dluhem, poněvadž jsou tak ustanovili ktož jsou desky najprvé nalezli a vymyslili. A jest to takový dluh, že jeho žádný zaplatiti nemož, a z té příčiny se tak zapisuje aby zaplacen býti nemohl. A poněvadž zaplacen býti nemož od toho, ktož jej zapisuje, nad to od žádného (čehož se mnozí tomu nedostatečně rozumějice obávají) zplacen býti nemůže. Neb pod p o d p o s o b e m t o h o d l u h u n e s u m m a p e n ě ž i t á k zaplacení, než dědictví, dno a gruntové k dědičnému držení se zapisují.

³⁴⁾ ZZ z r. 1530, 151: Kdo chce dědictví své zapsati po smrti své »s místem« výš než nad sto kop grošův českých, jestli že by umřel bez dědicův; tehdy ten, komuž se zápis, stojí-li s komorníkem uvázání, má se k dědictví uvázati s komorníkem v ty dědiny. A když se uváže tak s komorníkem, tehdy jemu v té summě dědicky zůstati má. Viz též ZZ z r. 1549 H. 23.

³⁵⁾ ZZ z r. 1549, H. 7: Item, kdož by koli udělal zápis »s místem« a tím zápisem dědictví své že by někomu zapsal a v tom že by umřel

nad zápisem s místem má tedy dvojí obsah. Vlastník může jednak v prázdné místo zapsati osobu novou, takže pak vedle starého zápisníka i jí dědictví připadne. Jednak má od té osoby právo žádati, aby mu zápis uvolnila. Pokud se tak nestane, nelze na celé dědictví učiniti zápis nový.³⁶⁾

V českém právu městském tvořily nezaplacené peníze za prodaný grunt způsobilý předmět pro jakýkoli právní obchod. Mohla si je koupiti osoba třetí, ale také sám vlastník pozemku, který je dluhoval. Jemu musily se také nabídnouti, chtěl-li je věřitel někomu prodati. Prodal-li je věřitel, neučiniv této nabídky, mohl dlužník v tento prodej vstoupiti a peníze od kupce převésti na sebe.³⁷⁾

Zjevy příbuzné vlastníkově hypotece vyskytují se také ve Slezsku. Zde byla již v 16. stol. zvykem, že knížecí kancelář vydávala o právních jednáních stran pergamenové listy se svou pečeti.³⁸⁾ Zněly také na zápisy statků a zvaly se podle svého pergamentu koženými listy (lederne Briefe). Vydávaly se pouze nejvýše do poloviny hodnoty statku, a zemský nebo zeměpanský úřad je stvrzoval. Požívaly proto obzvláštní víry a jistoty. Při koupi statků platilo se jimi místo peněz a prodejem snadno zjednala se za ně běžná mince.³⁹⁾ Na tyto kožené listy

a děti rádně že by po sobě nechal; tehdy děti nebo jedno z nich, přijdouce k letom spravedlivým, muože na prázdné místo doložiti, kohož se jemu zdáti bude, aby jemu nebo jim ten zápis propustil. ZZ z r. 1564 E 35. —

³⁶⁾ ZZ z r. 1549 H 12 = 1564 E. 40. Viz též Koldín, GL.

³⁷⁾ Koldín, H XXII.

³⁸⁾ Weingarten, Fasciculi diversorum iurium. Nürnberg, 1690, II, 317, Rechte und Lands-Ordnung des Fürstenthums Teschen z. 30/7 1590. Cantzeley: Articulus II: Allerley Pergamene Briefe zu den Verkaufffen, erbliche Güter und Contracten, Heyratsguts-Bekräftigungen, Uebergaben, Abtretungen, Ansprüche und alle andere Bekräftigungen, sollen aus der Fürstlichen Cantzeley unter dem Fürstlichen Insiigel und dessen Hand-Unterschrift ausgefertigt werden, und soll in der Cantzeley hiervon nicht mehrers genommen werden, ale von ein hundred Goldgulden einen Goldguden, und von ein hundred Gulden-Müntz, ein Gulden-Müntz, Heyrats-gütl. Verschreibungen aber, von ein hundred Goldgulden, nur ein Gulden-Müntz.

³⁹⁾ Gruchot Beiträge, 28 (1884). Dr. Wilhelm v. Brunnec k, Beiträge zur Geschichte und Dogmatik der Pfandbriefsysteme nach preussischen Recht, 69 a násl. (Suarez), Gedanken eines Patrioten über

zejména v knížectví svídnickém a javorském ukazuje pruský Friedrich II., zaváděje v Slezsku kabinetním rozkazem ze dne 29. srpna 1769 pro panující tam nedostatek peněz, zvláštní ústav, kterým již i braniborští stavové svému úvěru pomohli.⁴⁰⁾ Stavové jednotlivých knížectví slezských mají tvořiti zemský sbor, který místo dřívějšího úředního stvrzování kožených listů má převzít ručení za zástavní listy, které kdokoli na své statky může bráti do polovice jejich hodnoty. Ze zástavních listů měl dlužník zvláštní zemské komisi platiti 5%ní úroky. Komise tato měla je pak odváděti držitelům zástavních listů, když jí je v půlletních termínech předkládali. Čekali, že se tím nedostatkem peněz odpomůže, ježto při značných kapitálových splátkách každý spíše zúročitelné kožené zástavní listy než peníze bude bráti.⁴¹⁾ Tím způsobem bylo každému umožněno, aby jako při pozdějším dluhu pozemkovém na svůj statek do zásoby kožené zástavní listy přijímal a jimi teprve při příležitosti disponoval. V tomto mezidobí nebyl by ovšem musil zemské komisi úroky platiti.⁴²⁾ Skutečně

den Entwurf zur Wiederherstellung des allgemeinen Credits des schlesischen Adels, Breslau, 1770, 18, Dr. Arthur N u s s b a u m, Lehrbuch des deutschen Hypothekenwesens, Tübingen 1921, 220 a násl.

⁴⁰⁾ V Prusku podal r. 1767 berlínský kupec Büring Friedrichovi II. návrh na zřízení šlechtických úvěrních spolků. Viz Hirth's Annalen des Deutschen Reichs, 1898, 546, Ed. Wegener, Die Landschaften. V literatuře se uvádí, že návrh Büringův byl pro Prusko odmítnut, a teprve pro Slezsko proveden. Na to pak zaveden r. 1777 i v Měrkách. (Viz Wegener, 549). Než Friedrich II. v kabinetním rozkaze ze dne 29/8 1769 výslovně praví: »...so habe Ich... mich resolvirt, Meine getreue Schlesische Stände in eben die vortheilhafte Verfassung zu setzen, in welcher Meine Churmärkische Landschaft ihren Credit und gemeinschaftliches Wohl bisher unterhalten und befördert hat. I zdá se, že v Měrkách té doby tento system již byl zaveden.

⁴¹⁾ (Suarez), l. c. I. a násl., 79 a násl. Viz též tamže 113 a násl. otisk kabinetního rozkazu ze dne 29/8 1769.

⁴²⁾ L. c. 111: Es ist wahrscheinlich, dass diejenigen, welche ihren Vortheil einsehen, einen Theil ihrer Güter, ohnerachtet sie keine Schulden darauf haben, in Pfandbriefe verschreiben zu lassen, und solche in ihren Kasten zu legen Lust bekommen möchten. Der Nutzen, den sie davon ziehen würden, kan sich auf vieleley Art (ussern. Sie sind dadurch gegen alle unvermuthete Zufälle gedeckt, und können durch keinen derselben aus Mangel an baarem Gelde in Verlegenheit gesetzt werden. Sie können bey manchen Gelegenheiten sich grosse Vortheile damit verschaffen, profitable Käuffe thun und andre Geschäfte vornehmen,

zavedení zemských zástavních listů stalo se pak reglementem ze dne 15. července 1770.⁴³⁾

Vývoj středověkého listovnictví nesl s sebou, že se listu a pečeti obzvláštní význam dával, tak že se list docela za veřejnou listinu považoval.⁴⁴⁾ Pohledávka tou měrou zhušťovala se v tyto listy, že byl-li list za neplatný prohlášen, byla tím i pohledávka zahrnuta. Byl-li list na soudě povolán, a nikdo se nehlásil, prohlašoval se za mrtvý a neplatný.⁴⁵⁾ V Bremách vydával jej vlastník docela na osobu fingovanou, uschoval doma a vydával teprve skutečnému věřiteli, až peněz potřeboval. Ještě v 19. stol. bylo zde zvykem, že soudní prokurator v těchto listech jako nastrčená osoba fungoval.⁴⁶⁾

Také ve Francii zamýšlelo se zákonem hypotečním ze dne 9. messidora III (27./6. 1795) zavésti institut h y p o t e k y » s u r s o i - m ê m e«,⁴⁷⁾ ale zákon z 11. brumairu VII to odstranil.⁴⁸⁾

die sie jetzt bloss nur desswillen unterlassen müssen, weil sie das erforderliche baare Geld nicht gleich zur Stelle haben können. Es ist kein Zweifel, dass dieses nicht angehe, und es versteht sich von selbst, dass von diesen Grundbriefen, so lange sie bey dem Eigenthümer des Gutes im Kasten liegen oder der Landschafts-Casse nicht praesentiert werden, auch keine Zinsen gezahlt werden dürfen. Weil aber die Landschaft ihre Register, nach welchen künftig die Interessen eingezogen und berechnet werden sollen, nach den ausgefertigten Pfandbriefen einrichten muss, so werden diese, nur blos auf den Nothfall ausgefertigte Briefe in denen gewöhnlichen Terminen entweder praesentirt, oder in der Landschafts-Casse gegen eine Bescheinigung so lange deponirt werden müssen, bis der Eigenthümer einen ihrer fernern Bestimmung gemässen Gebrauch davon zu machen gesonnen ist.

⁴³⁾ Wegener, l. c., 547 a násl.

⁴⁴⁾ Wilhelm Ewald, Siegelkunde, München u. Berlin. 1914, 44.

⁴⁵⁾ Dr. Ferdinand Bischoff, Steiermärkisches Landrecht Mittelalters. Graz, 1875, 184.

⁴⁶⁾ Dr. Heinrich von Poschinger, Beitrag zur Geschichte der Inhaberpapiere in Deutschland. Erlangen, 1875, 4.

⁴⁷⁾ Art. 36: ... accorde à Tout propriétaire de biens et droits susceptible d'hypothèque, la faculté prendre hypothèque sur lui-même, pour un temps déterminé, qui ne peut excéder dix années, par la voix, de cédules hypothécaires, jusqu'à concurrence néanmoins des trois quarts de la valeur capitale ou prix vénal de ses biens présents désignés dans la cédule... Le conservateur des hypothèques... est garant de la valeur capitale annoncée par la cédule... Cette cédule hypothécaire est transmissible, non point au porteur inomé, mais par la voie de l'endossement à ordre... Il n'y a aucun recours de garantie d'un endosseur

Již při zavádění pruské vlastnickovy hypoteky bylo poukázováno na obdobu moderních cenných papírů. Nauka o konfusi musila se při nich úplně pustiti. Starší systémy směnečného práva mluví ještě o konfusi nebo konsolidaci.⁴⁸⁾ Odpovídalo to tehdejšímu směnečnému zákonodárství, které se ještě na obecné předpisy občanského práva o konfusi a konsolidaci odvolávalo.⁴⁹⁾ Ale již osnova směnečného řádu pro Prusy, kterou vzala lipská konference za základ pro obecný směnečný řád německý, připouštěla v § 11 indosaci na trasáta a akceptanta.⁵¹⁾ Motivy uvažovaly následky konfuse pro takovéto indosamenty, ale znalci z kruhů obchodních vyslovovali se pro úplnou platnost takových indosamentů. Odpovídát to, jak výslovně uváděly, povaze i potřebě směnečného obchodu. Směnečné zvláštnosti nenedopouštějí konfuse, i kdyby vůbec byla možna.⁵²⁾ Z porad komise vyšel dnešní čl. 10 směnečného řádu.

à l'autre, excepté seulement en cas de faux. Cit. dle Frankena, Lehrbuch des deutschen Privatrechtes, Leipzig, 1894, 240.

⁴⁸⁾ Bruck, 68.

⁴⁹⁾ Dr. Georg Carl Treitschke, Alphabetische Encyklopaedie der Wechselrechte u. Wechselgesetze, Leipzig, 1831, II, 758, Dr. Franz Eduard Kalesa, Handbuch des österreichischen Wechselrechts, Wien, 1844, 106. Týž, Handbuch des österreichischen und gesammten deutschen Wechselrechts, Wien, 1859, 136.

⁵⁰⁾ Treitschke, l. c., 758 hannoverský sm. ř. § 41, výmarský § 184, brémský z r. 1712 § 30, frankfurtský § 44.

⁵¹⁾ Protokolle der zur Berathung einer allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung, Leipzig, 1848, VII.

⁵²⁾ L. c. XLII: Die Einlösung unter Giro als Zahlung aufzufassen, dazu hat man kein Recht, eben weil sich der Acceptant nicht quittiren, sondern giriren lässt, auch vor Verfall überhaupt nicht zahlen soll; überdies setzt das Giro nicht nothwendig eine Einlösung voraus; es kann auch ein Act der Freigebigkeit sein. Die Confusion aber, diese civilbrechtliche Aufhebungsart, kann man vor Verfall selbst dann, wenn sie hier nach Strenge des Civilrechts behauptet werden könnte, nach der Eigenthümlichkeit des Wechsels nicht zulassen. Der Wechsel soll bis zur Verfallzeit umlaufen; der Austeller und alle Indosanten haben sich jedem künftigen Inhaber verpflichtet; das Recht des Inhabers gegen die Garantien ist ein unmittelbares, von dem besonderen Verhältnisse eines Vorbesitzers unabhängiges; es muss deshalb ganz gleichgültig sein, durch wessen Hände inmittelst der Wechsel gegangen ist. Bei einem in Blanco girirten Wechsel, welcher ohne neues Giro an den Acceptanten gelangt, kann man die Confusion ohne hin nicht anerkennen: der Acceptant kann ihn ohne Bedenken weiter geben, und was sonach hier rechtlich möglich ist, kann man auch bei einer Begebung durch Indos-

Vzhledem ku těmto novým předpisům odpadají ovšem v nových systémech zmínky o konfusi⁵³⁾ anebo se tvrdí, že účinky její nevzniknou.⁵⁴⁾ Indosuje-li se směnka na akceptanta, praví se zde, dává se indosamentem na jevo, že strany si nepřejí, aby zanikla.⁵⁵⁾ Je-li ještě někde zmínka o civilněprávní konfusi, jeví se to jen jako reminiscence z příruček předchozích.⁵⁶⁾

I v akci, která byla dříve jen potvrzením o zaplaceném vkladě, zhustila se práva akcionárova.⁵⁷⁾ Akcie stala se jich nositelem.⁵⁸⁾ Přicházejíc do držby podniku, nemohla způsobiti svou neplatnost. Zakazuje-li novější zákonodárství, aby podnik nabýval svých vlastních akcií,⁵⁹⁾ tato záповěď ukazuje sama, že pojmově lze jich nabývatí. Záповěď nezpůsobuje neplatnosti nabytí, má jen tresty pořádkové v zápětí.⁶⁰⁾ Záповědi tyto nevycházejí z příčin právních, nýbrž spíše z hospodářských. Nabýváním vlastních akcií zmenšuje se základní kapitál, který podle stanov, i zákona má se věřitelům zachovati jako jistota.⁶¹⁾

Když prakse do oběhu parcielní dlužní úpisů zaváděla, začala teorie o nich hájiti, že na majitele lze je i v po-

sament gelten zu lassen keinen Anstand nehmen. Die Sicherheit des Wechselverkehrs würde auch zu sehr leiden, wenn jeder Erwerber sich erst die Ueberzeugung verschaffen müsste, dass unter den Indossanten nicht der Acceptant vorkomme.

⁵³⁾ C. S. Grünhut, Wechselrecht, I, Leipzig, 1897, 350.

⁵⁴⁾ Dr. Johannes Emil Kuntze, Deutsches Wechselrecht, Leipzig, 1862, 84.

⁵⁵⁾ Dr. Heinrich Thöl, Das Handelsrecht, II, Leipzig, 1878, 779, 780.

⁵⁶⁾ M. v. Stubenrauch, Die neue Wechselordnung, Wien, 1850, 48.

⁵⁷⁾ Dr. Karl Lehmann, Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechtes bis zum Code de Commerce, Berlin, 1895, 77.

⁵⁸⁾ Lehmann, 81.

⁵⁹⁾ Čl. 215 d, 226 noz., § 32 akc. regulation z 20. IV. 1899 č. 175 ř. z.

⁶⁰⁾ Dr. Carl Gareis — Otto Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, Berlin, 1891, 500. Dr. Ludwig Weyl, Handbuch des Deutschen Actiengesellschaftsrechtes, II, Freiburg i. B. u. Leipzig, 1896, 78.

⁶¹⁾ Gareis — Fuchsberger, 500, Konrad Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes, Stuttgart, 1898, 634, Dr. Walther Landauer, Das österreichische Actienrecht, Wien, 1900, 69.

zemkových knihách zapisovati. Pokud nebyly vydány, byl jím i sám vlastník.⁶²⁾

Tyto všechny zjevy ukazují, že právo ve svém vývoji směřuje k tomu, že připoutává pohledávky na jistou formu a tvoří si tím pro právní obchod objekty. V českém právu byly jimi docela i zápisy na statky, počítané mezi nemovitosti.⁶³⁾ V rak. obč. zákoníku jsou pohledávky, ve veřejných knihách zapsané, věcmi movitými (§ 299). Novější právo zove listy, v nichž se pohledávky ztělesnily, cennými papíry a rozšířilo jimi právo o nový druh věcí.⁶⁴⁾ Vidí-li se v takovýchto papírech věc, nemůže věc tato pozbyti své podstaty, dostane-li se do rukou toho, od něhož pochází. Cenný papír v rukou dlužníka neztratí nic na své existenci.⁶⁵⁾

§ 14. Literární projevy.

Jako v právu římském byly předpisy o vlastníkovi hypotece těžkým problémem teorie, jsou jimi i v právu moderním. Právo ji vytvořilo, a teorie až do dnes pokouší se o její jasnou formulaci. Každý náhled odporoval nějaký rys její povahy. Některé z nich byly i vodítkem zákonodárci. Byla o nich již dříve učiněna zmínka. Zde buďtež ještě vedle sebe srovnány a některé blíže vytčeny.

Někteří z teoretiků zůstali státi na romanistickém

⁶²⁾ Blätter für Rechtsanwendung, 1848, 321 a násl., Dr. Lotz, Ueber Hypothekbestellung in Schuldbriefen, welche auf jeden Inhaber lauten.

⁶³⁾ OZZČ, O 28, Declaratorien u. Novellen Kk. 28, Reskript ze 17. III. 1688 (Weingarten, Codex Ferdinando-Leopoldinus, č. 366).

⁶⁴⁾ Gierke, Deutsches Privatrecht II, 105, Dr. Richard Koch, Geld und Werthpapiere (Beiträge zur Erläuterung u. Beurtheilung des Entwurfes eines Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 4), 1 a násl., Dr. Ernst Jacobi, Die Werthpapiere im Bürgerlichen Recht des Deutschen Reiches (Abhandl. zum Privatrecht u. Civilprozess des Deutschen Reiches, VIII/1), 102 a násl., Dr. Karl Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig, 1908, 523 a násl., Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 151, Kohler, Encyclopädie der Rechtswissenschaft, I, 1904, 480, Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts.

⁶⁵⁾ Jacobi, 235, Gierke, 120, Ihering, Passive Wirkungen der Rechte (IhJ, 10, 447, 454, 455), vysvětluje to svou teorií o pasivní vázanosti pro budoucí účel.

základě. Jsou proto jejími protivníky anebo jen s výhradou ji připouštějí. Tak vidí v ní Bar⁶⁶⁾ výhradu otevřeného místa (Offenhaltung einer Stelle). Obecně se uznává, že lze zříditi právo zástavní za pohledávku budoucí. Vznikne-li pohledávka, má její právo zástavní pořad hned ode svého zřízení. Připouštějí-li se však kreditní hypoteka s věřitelem jedním, nelze nahlédnouti, proč by to nebylo možno s více věřiteli nebo vůbec s každým možným věřitelem. Zřídí-li se zástava pro budoucí pohledávku, není to nic jiného než výhrada jejího zástavního práva. Výhrada tato nepředpokládá smlouvu s věřitelem budoucí pohledávky, nýbrž jen smlouvu s věřiteli nově nastupujícími, kterou se své priority v jisté výši vzdávají. Ani podle nejprísnejší teorie římského práva nedal by se nalézti žádný důvod, proč by se nemělo uznati, že pořadu s věcnými účinky lze se vzdáti. Nebylo-li to v římském právu výslovně uznáno, lze to vysvětliti tím, že nebylo pozemkových knih a tudíž stability dnešních zapsaných hypotek. Dovoluje-li se vlastníkovu, aby na místě zaplacené nebo jinak, na př. konfusi zaniklé pohledávky novou hypoteku zřídil, zřizuje ji jen na místě staré. I cesse zaplacené nebo jinak zaniklé pohledávky je pouze zřízení nové hypoteky na starém místě. Zcizuje-li vlastník pozemek, jde jeho právo na vlastníka nového. Z vůle kupce může však na starém místě poskytnuta býti hypoteka prodáváči.

Z romanistického stanoviska je proti vlastníkovi hypotece Staub⁶⁷⁾ Je to právnícké nonsens. Je odporem sama sobě jako jus in re aliena, které vázne na vlastní věci.⁶⁸⁾

Někteří spisovatelé se vůbec do konstrukce vlastnickovy hypoteky ani nepouštěli. Tak Rech konstatuje pouze, že se vžila, a že prakse ví, jak má s ní nakládati. Její předpoklad, i účinek je předpisem určen přesně a jasně.⁶⁹⁾ Endemann ve dřívěj-

⁶⁶⁾ Archiv für civil. Praris (ACP), 53 (1870), 362 a násl., Dr. v. Bar, Ueber den s. g. selbständigen Charakter der Hypothek (Realobligation) im neueren Hypothekenrechte mit besonderer Berücksichtigung des neuen preussischen Entwurfes.

⁶⁷⁾ Archiv für bürgerl. Recht (ABR), 5, 46 (1891) a násl., Dr. Hermann Staub, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte nach geltendem Recht und dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs.

⁶⁸⁾ Jeho votum proti osnově německého občanského zákonníka vyznívá pro systém volných míst. Viz tamže 47.

⁶⁹⁾ Beitr. zur Erläut. u. Beurt. des Entw. des B. G. (BEBG), 14.

ších vydáních obmezuje se pouze na reprodukci zákona. I praví, že vlastník zákonem (Kraft Gesetzesvorschrift) uznává se jako zástavní věřitel na vlastní věci. Jeho hypoteka, dotkne-li se konfuse pohledávky, stává se abstraktním obtížením (abstrakte Belastung) pozemku, měnic se v dluh pozemkový.⁷⁰⁾

Jiní spisovatelé zastávají náhled, že předpisy o vlastníkové hypotece jsou předpisy práva formálního, postrádající výplně práva materiálního. Zákon připustil, jak pro mecklenburské právo tvrdí Meibom, aby se hypoteka mohla zapsati i pro vlastníka. Akt, kterým se zástavní právo zakládá, provádí se tu jen částečně, pokud totiž spolupůsobí knihovní úřad. Zástavní právo z této příčiny tedy ještě nevznikne. Působnost zápisu je tu odsunuta až do té doby, kdy tu bude věřitele. Bude to buď vlastník sám, prodá-li nemovitost, aneb jiná osoba, které pohledávku postoupí.⁷¹⁾ Pro právo saské učí Grützmann,⁷²⁾ že podle § 444 obč. zák. sas.⁷³⁾ nemůže vlastník hypoteku, která na jeho jméno je zapsána, proti zástavním věřitelům nikdy prováděti. Tato přepsaná hypoteka nepovažuje se tedy za žádné právo v klidu. Přepsání na zástavního dlužníka a postup s jeho strany jsou jen formy, které přizpůsobily se zřízení hypoteční knihy, aby v nich vlastník uprázdněným pořadovým místem mohl nakládati. Celá nauka není tedy soukromoprávní, nýbrž spadá do řízení o formě, jakou se vyhláší nové hypoteky. Gengler⁷⁴⁾ má za to, že vlastníková je pouze předběžné zaknihování (Vcr-läufige Verbuchung) pohledávky, která příště snad vznikne.

Pro vlastníkovu hypoteku hájila se dále nauka o uprázdněných místech. Pro dřívější pruské právo učil Hinrich-

Dr. Johannes Krech, Die Rechte an Grundstücken nach dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 137.

⁷⁰⁾ Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II/1, 7. Aufl., Berlin, 1900, 37, 456.

⁷¹⁾ Deutsches Hypothekenrecht (DH, II), Dr. V. v. Meibom, Das Mecklenburgische Hypothekenrecht, Leipzig, 1871, 150—154. Viz k tomu DH, IX, P. von Kühlewein, Ergänzungsband: Das Mecklenburgische Hypothekenrecht seit dem Jahre 1871, Leipzig, 1889, 31.

⁷²⁾ Dr. Paul Grützmann, Lehrbuch des königlich sächsischen Privatrechts, I, Leipzig, 1887, 320.

⁷³⁾ Viz díl I, § 3 pozn. 18).

⁷⁴⁾ Dr. Heinrich Gottfried Gengler, Das deutsche Privatrecht, Erlangen und Leipzig, 1892, 260.

us,⁷⁵⁾ že hypoteka vlastníkem zaplacená pomíjí. Zůstává však její skořápka, zápis, který může zase nové jádro získati, zřídí-li se nová hypoteka ve formě hypoteky staré. Zákon opravňuje vlastníka, aby pořad staré pohledávky před pohledávkami zadními poskytl za těchže podmínek pohledávce nové. Pro novější pruské právo zastává locusovou teorii také Achilles.⁷⁶⁾ Zápisem pozemkového dluhu na své jméno nezaloží vlastník žádné právního poměru, dá mu jen možnost, aby vznikl. Záhaví jako při obstarávkách pro pozemkový dluh jen místo. Právní poměr vznikne, až pozemkový dluh převede na jinou osobu. Až do tohoto okamžiku brání věřitelům později zapsaným, aby nastoupili na okupované místo. Tak i Siegmannovi pro právo saské⁷⁷⁾ žádává vlastník jen uvolněné zástavní místo (offen gewordene Pfandstelle).

S prázdnyými místy souvisí i nauka o výhradě pořadu nebo přednosti. Drží se jí Bähr.⁷⁸⁾ Povaze zástavního zápisu je jméno věřitele něco relativně úplně lhostejného. I úplně bezejmenná hypoteka, při níž by se jméno věřitele teprve později zapsalo, byla by myslitelná. Osnova pruského knihovního zákona, kterou kritizuje, zavedla jen její surogát, zápis hypoteky na vlastníka. Nalézá-li se hypoteční list zatím v jeho ruce, nemá to významu prázdného. Teprve až jej dále dá, zřídí hypoteku. Byla-li hypoteka na jeho jméno zapsána, zatlačujíc další hypoteky nebo jiná věcná práva, pak znamená jeho hypoteka výhradu pořadí (vorbehaltener Vorzug) na výtěžku pozemku vůči osobám později zapsaným. Přednost tuto může i na jiné osoby převést. Týmž význam má i vlastníková hypoteka, převede-li vlastník právo předchozího zástavního věřitele na sebe.

Příčina vlastníkovy hypoteky viděla se také v tom, že věc je jaksipasivně zavázána. Nejdříve to projevil Del-

⁷⁵⁾ Preuss. Anwaltszeitung, 1866, 693 a násl. dle zprávy Schollmayera (Hypothek des Eigenthümers, 21).

⁷⁶⁾ Alexander Achilles. Die preuss. Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht, Berlin, 1872, 45. Viz též str. 37, kde praví, že vlastníková hypoteka formálně je hypotekou, materiálně dluhem pozemkovým.

⁷⁷⁾ DH, IV, Dr. G. Siegmann, Das sächsische Hypothekenrecht, Leipzig, 1875, 121.

⁷⁸⁾ Iherings Jahrbücher (IhJ), II (1871), 95, Otto Bähr, Die preuss. Gesetzentwürfe über die Rechte an Grundvermögen.

berück.⁷⁹⁾ Třeba činiti rozdíl mezi obligací a dluhem. Obligace, pokud je poměrem mezi osobami, konfusí zaniká. Dluh však, pokud jest věcí, může potrvati. Vůle věřitelova neb dlužníkovy může zachovati pohledávku, třeba by obligace zanikla. Věřiteli nebo dlužníkovi je zůstaveno, aby pohledávka jako část jmění aktivního, dluh jako část jmění pasivního v platnosti zůstaly. Než vůle tato musí v okamžiku konfuse býti tak vyslovena, aby jiným byla znatelná. Projev vůle s takovým účinkem musí se dít prostředky řádu hypotečního. Vlastník projevuje jimi veřejně, že jest jeho úmyslem, aby pohledávka jako předmět právního obchodu nadále potrvála, zůstávajíc nevymazána. Zevně jaksi podobně, ale s jiným odůvodněním řeší věc Ihering⁸⁰⁾ ve své nauce o pasivních účincích práv. Věc jest k jistému účelu pro budoucí právo pasivně zavázána. Je zde již zárodek jeho, pasivní stránka. S Iheringem souhlasí i Lehmann v novém vydání Stobbova díla. Zápisem vlastníkovy hypoteky nevstává žádná obligace. Jeho hypoteka neznamená, že jest svým vlastním věřitelem, nýbrž že chce býti dlužníkem za tu kterou sumu, přejde-li hypoteka na osobu jinou, resp. že chce býti věřitelem, převede-li se vlastnictví na někoho jiného. Jeho závazek je tedy výminečný. Z praktických důvodů se připouští, aby obsah obligace, která snad příště vznikne, již před tímto vznikem do pozemkových knih se zapsal, aby se tedy pasivní stránka již s tímto účinkem fixovala. Najde-li se pro její obsah věřitel, vzniká obligace používajíc knihovních forem, cessi na oko, vskutku však zápisem cessionáře jako prvního věřitele. Tak jako se obecně uznává, že pro nejistou ještě pohledávku může hypoteka býti zřízena (kauční hypoteka), tak je to také možno i při této nejistotě, kdy se ještě žádný určitý subjekt pro aktivní stránku obligace nenalezl.⁸¹⁾ Dlužník, který si hypoteku dává postoupiti a nevymaže ji, dává tím na jevo vůli, že chce zůstat dlužníkem dále, právě tak jako když vydatel listu na majitele papír zpět

⁷⁹⁾ Berthold Delbrück, Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinen und preussischen Rechte, Berlin, 1853, 65.

⁸⁰⁾ JhJ, 10 (1869), 452, 492, Ihering, Passive Wirkungen der Rechte.

⁸¹⁾ Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, II/2, Berlin 1897, 199.

koupí a nezničí. Pohledávka může se ovšem proti dlužníkovi teprve tehdy prováděti, když na nového věřitele přejde.⁸²⁾

Byly také náhledy, že vlastníkovy hypoteka je skutečná hypoteka, ovšem samostatná, pohledávky zbavená. § 52 dodatku k pruskému LRtu, praví Bornemann⁸³⁾, uznal právo zástavní jako samostatné právo reální (selbständiges Realrecht). Vzniká zápisem, zaniká výmazem. Ačkoli je pouze právem akcesorickým, nepomíjí zánikem pohledávky, již pojišťuje, ale trvá až do svého výmazu v knize pozemkové dále. Je to nutný následek hypotečního zřízení, a zákonodárnou komisí bylo to učiněno právem. Co v knihách trvá, není hlavní pohledávka, ježto konfusí nebo jiným vyrovnáním zanikla, je to spíše akcesorické právo s vlastností pojištěné pohledávky (das durch die Beschaffenheit der versicherten Hauptverbindlichkeit näher bestimmte accessorische Recht), tudíž konkrétní hypoteka, která je od svého »principale« odloučena. Skutečnou hypoteku vidí v hypotece vlastníkově pro saské a meklemburské právo také Buchka.⁸⁴⁾ Stanoví-li se zákonem, že vlastník pro sebe a na své jméno může zápisy prováděti a uznává-li se při tom ještě jako samozřejmé, že takové zápisy mají svou plnou působnost teprve od toho okamžiku, až pozemek na nového vlastníka přejde anebo až taková položka na někoho jiného se převede, je tím řečeno, že hypotekární právo i tehdy má povstati, zapíše-li vlastník hypoteku na své jméno, a že spojení vlastnosti věřitelské a dlužnické v jedné osobě není působnosti práva zástavního k újmě. Stejně i úplně působivé právo paralysováno bývá stranou, která mu stojí v cestě. Jakmile spojení přestane, není zde více ničeho proti plné působivosti tohoto práva, a není více potřebí, aby se ony skutečnosti opakovaly, kterými se právo hypotekární zakládá. Plnou hypotekou je vlastníkovy hypoteka Rothovi.⁸⁵⁾ Je však v klidu, pokud nalézá se v rukou vlastníka, a teprve tím okamžikem učin-

⁸²⁾ L. c. 237.

⁸³⁾ Dr. W. Bornemann, Systematische Darstellung des preuss. Civilrechts, IV, Berlin, 1836, 394 a násl.

⁸⁴⁾ Dr. Gerhard Buchka, Die Hypothek des Eigenthümers, Wismar, Postock u. Ludwigslust, 1875, 100.

⁸⁵⁾ ACP, 62 (1879), 143, Dr. Paul v. Roth, Die hypothekarische Succession und die Eigenthümer-Hypothek. V pozdějším svém spise »System des deutschen Pfandrechtes«, III, Tübingen, 1886, 691, stojí Roth na teorii reální obligace.

na, jakmile se právo vlastníka a hypotekárního věřitele rozdělí. Ve votu k osnově o občanském zákoníku něm. vyslovuje se pro hypoteku také W e n d t.⁸⁶⁾ Motivy osnovy dělají si těžkosti s aksesorní povahou hypoteky a míní, že zápis na jméno vlastníka nelze povolit, poněvadž pak požadavek zástavního dluhu naprosto schází. Z toho lze viděti, kam dogma o samostatnosti hypoteky vede! Zdá se, že jméno působí tu kouzelnou mocí. Co jako hypoteka je nepřirozeno, jako dluh pozemkový je úplně nezávadné. Kdo však pro zápis hypoteky průkaz o obligaci úplně škrtne a hypoteku tím způsobem samostatnou učiní, může i vlastníka hypoteku beze všech výčitek svědomí připustiti. Jeť již samo sebou o to postaráno, že tato zatím ku žádnému aktivnímu oprávnění nevede a jen právo v klidu v sobě zahrnuje. I D e r n b u r g o v i⁸⁷⁾ je vlastníková hypoteka skutečným právem zástavním. Konfuse tu nenastává. Hypoteka a dluh pozemkový nezanikají ve vlastnictví, poněvadž skytají práva, jež ve vlastnictví nejsou obsažena. Účinky zástavního práva jsou však, pokud nalézá se v rukou vlastníka, částečně suspendovány. Pojmem subjektivního práva chce vysvětliti právo zástavní na vlastní věci G r u n d m a n n.⁸⁸⁾ Každé subjektivní právo je moc chtěná (Willensmacht), tedy vztah osoby k osobě. Obligační právo směřuje proti určité osobě. Věcné právo proti každému. Pojem třeba bráti negativně. Jsou to vylučovací práva vůči osobám třetím. Bylo-li vylučovací právo vlastníka jinými věcnými právy obmezeno, není to nic nepřirozeného, dopustilo-li se vlastníku, aby nabyl ku svému takto pozmeněnému právu vlastnickému samostatné právo, které jeho vylučovací práva vůči osobám třetím rozšiřuje. Moc vlastníka, dosavad mocí zástavních věřitelů neobmezená, může jí v budoucnosti býti obmezena. Profylakticky může proto jemu pro ten případ již napřed ku jeho chtěné moci vlastníkově i jiná chtěná moc v právu zástavním na vlastní věci býti poskytnuta.

⁸⁶⁾ JhJ, 29 (1890), 105, Dr. Otto W e n d t, Rechtssatz und Dogma. Glossen zum Entwurf des bürgerl. Geszbuches.

⁸⁷⁾ DH, VIII, Dernburg, Das preussische Hypothekenrecht, II, Leipzig, 1891, 295.

⁸⁸⁾ Otto G r u n d m a n n, Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach gemeinem und bürgerlichem Recht. Inaug.-Diss. Borna-Leipzig, 1904, 81.

Skutečným zástavním právem je vlastníková hypoteka H i r s c h f e l d o v i.⁸⁹⁾ Aby mohl vlastník v dražebním řízení požadovati určité části výtěžku od některého zástavního věřitele, potřebuje k tomu sám práva zástavního. Vlastnictví nemůže mu toto právo poskytnouti. Poněvadž dluh pozemkový, kdyby byl i samojedinou pozemkovou závadou, pojmově má pořad přede všemi pozdějšími závadami, nemůže se nijak jako »zástavně zbarvená sféra vlastníka« pojímati, nýbrž jako skutečný dluh pozemkový. Zástavní právo, pokud trvá spojení s vlastnictvím, nalézá se ovšem v částečném klidu.

Podle S c h r e u e r a⁹⁰⁾ je hypoteka úlolek vlastnictví. Může ji míti také vlastník. Exekuci proti sobě ovšem vésti nemůže. Vlastník jí zamezuje vzestup pozdějších hypotek, které s větším risikem za vyšších úroků povstaly. Mimo to může je zciziti, používaje ji ku nové pohledávce ze zápůjčky.

Při vlastníkově hypotece schází třetí jako věřitel, praví H a c h e n b u r g.⁹¹⁾ Je hypotekou. Vlastník nemůže ji však vykonávati. Bere se na ni ohled, když stanoví se nejnižší podání. Výhody, které má z ní vlastník, dojde-li ke dražbě, nejsou jejím výkonem. Schází osoba, v jejíž prospěch se zavazení provádí. Ten, k jehož tíži se to děje, jest vlastník. Je zde právní objekt, ale schází právní subjekt. Vlastníková hypoteka není tedy zvláštní modifikace hypoteky, nýbrž jest částí hypoteky, jest h y p o t e k o u n e ú p l n o u, (unvollkommene), hypotekou, která čeká na své doplnění, přistoupí-li aktivní stránka práva. Značí, že nadešel již závazek, ale nadešlo ještě právo.

N e ú p l n o u h y p o t e k o u (unvollkommene Hypothek) aneb neúčinný plně dluh pozemkový (nicht vollwirksame Grundschuld) vidí také H o r n⁹²⁾ ve vlastníkově hypotece nebo ve vlastníkově dluhu pozemkovém. Skytá vlastníku proti pozdějším právům zástavním jen negativní obranu, nikoli pozitivní, aktivní právo lepšího předchozího práva zástavního. Aktivní právo záleželo by v tom, aby se mohlo ze zástavy žalovati a dražební

⁸⁹⁾ Otto Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück. Inaug.-Diss. 1914, 39 a násl.

⁹⁰⁾ Dr. Hans S c h r e u e r, Deutsches Privatrecht, Stuttgart, 1921, 24.

⁹¹⁾ Dr. Hermann H a c h e n b u r g, Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Mannheim, 1900, 523, 524.

⁹²⁾ Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts, 19, Dr. Richard H o r n, Die Eigentümerhypothek, Breslau, 1906, 49 a násl.

řízení provést. Obrana práva pak jen v tom spočívá, že vlastník může hypotekou nebo dluhem pozemkovým nakládati a svým právem zástavním, i jeho převodem nástup zadních hypotek, jakož i nárok jich na výtěžkovou kvotu svého práva zástavního vylučovati. Vlastníková hypoteka je skutečnou hypotekou a vlastníkův dluh pozemkový je skutečným dluhem pozemkovým. Jejich prvé účinky jsou však suspendovány, pokud trvá spojení vlastnictví s právem zástavním. Právo toto ve formě zástavy náleží ku jmění vlastníkovu, tvoří část jeho konkursní podstaty. Vlastník může je zastavovati a jeho věřitelé mohou je zabavovati. Může se jako rádná hypoteka nebo jako plně účinný dluh pozemkový na třetí osoby převáděti. V dražebním řízení, které někdo jiný zahajuje, pojímá se do nejnižšího podání a v rozvrhový počet dražebního výtěžku. Jeho pořad může zadní hypotece nebo zadnímu dluhu pozemkovému býti postoupen. Právo s těmito účinky nemůže býti pokládáno za nějakou tabulární formu anebo pouhý právní zárodek. Nelze proto říci, že se vlastnictví jisté oprávnění propůjčuje, které mu jinak nepřisluší, nýbrž že právo zástavní se svým negativním oprávněním trvá.

Někteří badatelé skonstruovali pro vlastníkovu hypoteku právo nové, různě je nazývajíce. Pojem takto skonstruovaný kryl se pak i s novým ústavem, který zákonodárství pruské zavedlo, s dluhem pozemkovým. Koch dovozuje pro starší pruské právo, že zástavní dluh je původně dluhem korreálním. Podle právního názoru, na němž je založen pruský LR, považuje zastavený pozemek jako při reálních břemenech za subjekt dluhu, který se v této vlastnosti dočasným držitelem pouze reprezentuje. Převede-li držitel, jsa osobním dlužníkem pohledávku na sebe, musí osobní závazek konfusí zaniknouti. Subjektivně věcná obligace (subjectivdingliche Obligation), dluh pozemku, zůstává stejně tak nedotčen jako závazek nějakého jiného korreálního slibce. Tak jako ten z více korreálních dlužníků, jenž se stane dědicem věřitele, může proti druhým spoludlužníkům pohledávku prováděti a tedy také postupovati, stejně tak může zástavní dlužník pohledávku, která na něho přešla, dále postoupiti, ačkoli jeho osoba konfusí z obligačního svazku na dobro a neodvolatelně vyšla.⁹³⁾ Tento dluh pozemku označuje Koch také

⁹³⁾ Dr. C. F. Koch, *Recht der Forderungen nach gemeinem und preussischem Rechte*, II, Berlin, 1859, 795 a násl.

jako reální spoludluh (Realmitschuld)⁹⁴⁾ anebo také věcnou pohledávku (dingliches Forderungsrecht).⁹⁵⁾ Co vlastník nabývá nebo zřizuje, není tedy žádné místo nebo locus, poněvadž pojem tento neznáčí nic právníckého, nýbrž jen cos prostorového v pozemkové knize. Je to pohledávka s příslušnou k ní hypotekou.⁹⁶⁾ Také Achilles, ač, jak výše uvedeno, pro vlastníkovou hypoteku locusovou teorii hájí, vyjadřuje se pro novější pruské právo podobně. Dle pruského zákona z r. 1872 zaniká povždy osobní nárok, uspokojí-li se hypotekární věřitel anebo spojili se právo věřitele a povinnost osobního dlužníka v jedné osobě. Jen právo reální trvá dále. Vlastníková hypoteka podřazuje tedy jen formálně vlastnost hypoteky, materiálně je totožna s dluhem pozemkovým.⁹⁷⁾ Při konstrukci vlastníkovy hypoteky rozhoduje se pro dluh pozemkový Eccius. Vlastníková hypoteka odpovídá jeho povaze, zůstane-li při ní přes zánik osobního závazku samostatné obtížení pozemku s peněžní povinností platební.⁹⁸⁾ Bernhöft označuje již vlastníkovou hypoteku jako knihovní pohledávku vlastníkovu. Výraz »vlastníková hypoteka« neodpovídá systému německého obč. zákoníka. Vlastníková hypoteka ani vlastníkovu náležeti nemůže, poněvadž se v jeho rukou mění v dluh pozemkový. Vlastník má větší zájem na dluhu s pozemkem než na hypotece. Pozemkový dluh dává mu práva, aby si určitou sumu z dražebního výtěžku před zadními věřiteli vybral. Hypoteka má však sloužiti ku jistotě pohledávky, a poněvadž věřitel nemůže míti pohledávku proti sobě samému, může míti hypoteka pro něho jen potud význam, pokud mu skytá jistotu pro pohledávku, kterou má proti někomu.⁹⁹⁾ Pro pohledávku na pozemku jako dluh pozemkový vážnoucí měla teorie také název »reální obligace.¹⁰⁰⁾ Pů-

⁹⁴⁾ Dr. C. F. Koch, *Lehrbuch des preuss. gemeinen Privatrechts*, I, Berlin, 1857, 621.

⁹⁵⁾ Dr. C. F. Koch, *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, I/2, Berlin, 1862, 518/2.

⁹⁶⁾ Dr. C. F. Koch, *Lehrbuch*, 621.

⁹⁷⁾ Achilles, I. c., 87.

⁹⁸⁾ Förster-Eccius, *Preussisches Privatrecht*, III, Berlin, 1892, 607.

⁹⁹⁾ Birkmeyer, *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, 1904, Bernhöft, *Das bürgerl. Recht*, 535.

¹⁰⁰⁾ Otto Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, II, Berlin, 1883 336.

vodce osnovy pruského zákona z r. 1872 Förster¹⁰¹⁾ neměť toto pojmenování za správné. Věc má při něm přejímání roli osoby. To nelze si však jinak mysliti než obrazně nebo v podobě, ježto věc nemůže býti osobou a ježto osobní závazek vždy nějakou vůli předpokládá. V takových pojmových videch ztěžuje se pozitivní právo fikcemi, které jsou vždy jen symptomem toho, že pro praktickou potřebu správná teoretická formulace se ještě nenalezla, a jsouce nepravdivy, vedou jen ku nejasné představě. Förster navrhl proto výraz »věcné obtížení« (dingliche Belastung), jehož užilo meklemburské právo. Vzniká a trvá na rozdíl od dřívější hypoteky, na pohledávce závislé, samostatně bez pohledávky. I možno je jako příbuzný ústav postaviti vedle reálních břemen a vyhynulých již koupí rentových.

Poněvadž běžný pojem hypoteky předpokládá její odvislost ode dluhu, vypouští se toto jméno. Gerber¹⁰²⁾ mluví o čistě věcném právě na vlastní věci. Oprávnění, které zástavní právo vlastníkovi skytá, není obsaženo v jeho právu vlastnickém. Stejný poměr je při právu horním. Vlastník nemá ze svého vlastnictví právo na hory. Může si však ještě ku svému právu vlastnickému právo horní, tedy právo na vlastním pozemku dáti udělyti. Stejně jako zástavní právo nějakého věřitele cílí i horní právo k tomu, aby se z pozemku nějaký kapitál dosáhl. Vlastník nemůže sice dražbu navrhovati, ale učiní-li tak jiný věřitel, má jeho právo zástavní totéž postavení jako každé jiné právo zástavní.

Také Kohlerovi je dluh pozemkový a vlastníkův dluh pozemkový čistě věcné právo na hodnotu (blankes dingliches Wertrecht)¹⁰³⁾ Právo na hodnotu postihuje věc, aby z ní jistou hodnotu získalo. Jeho pravzor je právo zástavní. Od něho třeba lišiti právo na podstatu (Substanzrecht), které postihuje věc v její všeobecnosti nebo její nekonečnosti, pokud může panství jednotlivce býti podrobena. Jeho pravzor je vlastnictví.¹⁰⁴⁾ Kdo je oprávněn k podstatě, může nabýti práva na

¹⁰¹⁾ Franz Förster, Preussisches Grundbuchrecht, Berlin, 1872, 129. —

¹⁰²⁾ Gerber, System des deutschen Privatrechts, neubearbeitet von Konrad Cosack, Jena, 1895, 274 a násl.

¹⁰³⁾ Kohler, Encyclopädie der Rechtswissenschaft, Leipzig-Berlin, 1903, 616, J. Kohler, Bürgerliches Recht.

¹⁰⁴⁾ ACP, 91 (1901), 155 a násl., J. Kohler, Substanzrecht und Wertrecht.

hodnotu, a obojí právo jde pak vedle sebe, každé svou vlastní cestou. Tato právní dvojakost má své důsledky. Vlastník jako držitel pozemkového dluhu vstupuje v konkurenci s držiteli ostatních pozemkových dluhů. Je jimi jako vlastník přetěžován a přemáhán. Může míti proto první dluh pozemkový a jím jiné pozemkové dluhy srážeti. Může míti dluh pozemkový v stejném postavení s druhými a tyto obmezovati. Může svým dluhem pozemkovým dle pravidel dluhů pozemkových nakládati.¹⁰⁵⁾ Stejně může býti dlužník z papíru na majitele jeho vlastníkem a tudíž sám sobě věřitelem. Je-li dluh pozemkový na některé věci, nezáleží na tom, v koho vlastnictví se nalézá. I může býti dluh pozemkový na věci, která nikomu nepatří, jako na věci, která patří vlastníkovu.¹⁰⁶⁾

Největšího rozšíření získaly si teorie, které vidí základ vlastnickovy hypoteky ve vlastnictví.

První z jejich zastánců je Hagen.¹⁰⁷⁾ Předmětem hypoteky není pozemek, nýbrž takový díl jeho hodnoty, který věřitel ku svému uspokojení potřebuje. Jen tento dílec hodnoty dá se s pohledávkou měřiti. Hodnota tvoří právnícký předmět zástavního práva. Zasahuje-li se na věc jinak, děje se to jen proto, aby se hodnota její pro pojištění udržela. Přednější zástavou je část hodnoty odňata. Zadnímu věřiteli zastaven je ze zbytku hodnoty další díl, tedy zcela jiný než prvnímu. Odpadne-li první věřitel, nepůsobí to v právu zadního věřitele žádné změny. Právo na eventuelní pozdější rozšíření se mu neposkytlo. Když bylo jeho právo zřízeno, byl jeho předmět určen. Tento předmět se nezvětšil, odpadlo-li to, co jej omezovalo. Díl ceny, který se odpadnutím věřitele uvolní, připadá ku dispozici vlastníkově. Fikcí zákona stalo se uvolnění právo vlastníkově právem hypotečním. Akt, kterým se nová hypoteka vytváří, je cesse starého hypotečního práva, které se až do výmazu zachovává. Podle teorie pruského práva je hypoteka akcesorické právo. Pruské zákony nevytvořily žádného skutečného zástavního práva vlastníkovu. Chtějí chrániti jen právo vlastníkovu, které nese jméno hypoteky.

¹⁰⁵⁾ ACP, 91, 167.

¹⁰⁶⁾ Kohler, Encyclopädie, 616.

¹⁰⁷⁾ Albert Friedrich von der Hagen, Die Hypothek des Eigentümers, Arnsberg, 1836, 28, 31, 35, 42, 283, 284.

Jen toto nové samostatné právo vytvořily. A právo toto nemá ještě samostatného jména. Ale najde si ho. Kdyby se měla klásti otázka, k jaké formě zástavní právo spěje, byl by to papír na majitele. Hagenův náhled přijal Göppert.¹⁰⁸⁾ Zavazení pozemku hypotekami jeví se jako sukcesivní parcelace pozemkové hodnoty. Každý z hypotekářů může díl hodnoty dle jeho řádového postupu jako předmět svého práva považovati. Právě na tento dílec běre se zpravidla zřetel, když kapitál se ukládá. Vstupuje-li na uvolněnou položku zadní věřitel, nabude místo dílce který mu byl dosavad podroben, jiný s větší jistotou, na nějž při vkládání kapitálu vůbec nemyslí a o němž vůbec ani žádné smlouvy neučinil. Dostane se mu tedy nepředvídaného zisku, k němuž jej právní jednání o jeho právu zástavním vůbec neopravňuje. Neleží v tom tedy žádné porušení práva, neposkytne-li mu zákon této výhody jen tak zhořa, nýbrž učiní-li to závislým na vůli vlastníka, zda mu toto lucrum nechá anebo díl hodnoty, o němž jde, jinak zcizí, na místo staré položky novou položku buď ihned nebo později umístí. Vyhrazená dispozice nad místem má touz povahu jako právo vlastníka za uvolněné již položky zapisovati nové.

Bremer odvozuje povahu vlastnickovy hypoteky ze své vlastnické teorie. Věc je podrobena vlastníku buď svým užitekem nebo svou hodnotou.¹⁰⁹⁾ Právo vlastnicko na užití věci nebo na její zpeněžení je neobmezené. Může mu však býti obmezeno. Právo na užití služebností, právo na zpeněžení právem zástavním. Tato práva mohou právu vlastnicko předcházeti nebo míti pořad až teprve za ním. Právo vlastnicko, které se jako jeho hypoteka označuje, není tedy nějakým právem formálním. Má-li však materiální obsah, není žádným právem samostatným, nýbrž jen právem, které plyne ze samého práva vlastnického. Tak zvaná hypoteka vlastnicko je pouze právo vlastnické, které je právem zástavním obmezeno. Význam poměru toho pak jest, že právo vlastnické směřuje nikoli na první, nýbrž teprve na pozdější kvotu hodnoty. Je účelno, aby právo vlastnicko na díl hodnoty mělo své zvláštní pojmenování. Bremrovi

¹⁰⁸⁾ Preuss. Anwaltszeitung, 1864, 279 (citováno podle Schollmeyera, 31. Viz pozn. III).

¹⁰⁹⁾ Dr. F. P. Bremer, Hypothek und Grundschuld, Göttingen, 1869, 23 a násl.

zdá se nejsprávnější výraz »právo na přednost vlastníkovu« (Vorrecht des Eigentümers).¹¹⁰⁾

Schollmeyer¹¹¹⁾ stojí na teorii o dělitelnosti hodnoty. Každému věřiteli je zavazena věc hodnotou, která odpovídá místu v řadě a zapsanému obnosu pohledávky. Zadní věřitel nemá žádného práva na postup. Díl, který mu předchází, se uvolňuje a vlastník může buď novou hypoteku na něm zříditi anebo při dražbě pro sebe odpočísti. V každém jiném směru zůstává vlastnictví svobodno. Vlastník má hodnotu užítkovou. Může věc zcizovati. Jen hodnota věci je zástavním věřitelům zavazena. Hypoteka vlastnicko jeví se tedy býti výhradou svobody vlastnictví vůči zástavním věřitelům. Touto konstrukcí lze se vyhnouti protismyslým větám, že pohledávka zaplacením nezaniká, že vlastník má ještě nějaké zvláštní věcné právo na své vlastní věci.

Pro právo bavorské dle § 84 hyp. řádu ze dne 1. června 1822¹¹²⁾ hájí Regelsberger¹¹³⁾ vlastnickou teorii. Právo vlastnicko plyne z jeho práva vlastnického a přechází při zcizování na nového nabyvatele. Právo toto má povahu formálního práva disposičního. Oprávnění na hodnotu věci neskytá. Právo toto nespočívá na žádné hypotece vlastnicko na jeho vlastní věci. Bavorské právo nedává vlastníku žádného oprávnění, které by v zástavním právu leželo. Není to cesse starého práva zástavního. Pohledávka nového věřitele je základem obnoveného práva zástavního. Hospodářský účel obnovy zástavního práva může ovšem i cessí býti dosažen.

Ve vlastnicko hypotece, jak ji formuluje Richard Goldschmidt, vylučuje vlastník ve formě hypotek přidělený díl ze zavazení. Díl tento nepodléhá výminečnému zcizení, za jaké považuje Goldschmidt zřízení práva zástavního.¹¹⁴⁾ Kühnast

¹¹⁰⁾ L. c. 51 a násl.

¹¹¹⁾ Friedrich Schollmeyer, Die Hypothek des Eigenthümers nach dem Gesetz über der Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung von Grundstücken u. s. w. vom 5. Mai 1872, Inaug.-Diss.-Halle a. S., 1874, 39 a násl.

¹¹²⁾ Viz díl I., § 3, pozn. 19).

¹¹³⁾ DH, III, Dr. Ferdinand Regelsberger, Das bayerische Hypothekenrecht, Leipzig, 1874, 283 a násl.

¹¹⁴⁾ Richard Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigenthümers, Berlin, 1877, 28 a násl.

operuje s národohospodářskými pojmy. Vychází z důvodu pozemkového vlastníka, který mu skýtá pozemkovou rentu (Grundrente). Reální břemena a hypoteky jí vážou. Zapiše-li si vlastník pro sebe dluh pozemkový, odnímá úrokem jeho hodnoty část pozemkové renty. V každém dluhu pozemkovém manifestuje vlastník pouze své právo vlastnické, vytváří pro své právo na pozemkovou rentu zvláštní specificky právnícké zařízení (Apparat). Netvoří tedy žádného práva na vlastní věci, které by leželo mimo jeho vlastnické právo, nýbrž vyjadřuje jen právnícky samostatný hospodářský obsah vlastnictví uzavřenou jeho součástí. Tímto sestrojením (Verkehrsmaschinerie) vzniká i pozemkový dluh vlastníka teprve jeho zapsáním.¹¹⁵⁾

V dobrozdání ku 20. německému právníckému sjezdu označuje Levy vlastnickou hypoteku jako dílec obchodní hodnoty (Verkehrswert) pozemku, který z něho byl vyloučen a který má vlastník ve své držbě a ku své dispozici. Ve vlastnickově hypotece mobilisuje zákon částečně pozemkové vlastnictví, pokud toto se považuje jako předmět obchodu a jako takové jemu slouží. Pozemek, který do úhrnné výše své hodnoty je obtížen vlastnickovými hypotekami (pozemkovými dluhy), je tedy jaksi, pokud má obchodu sloužiti, v mobilní hodnotové dílce rozdělen.¹¹⁶⁾

Stelling zakládá svou teorii na pruské knihovní položce. Vzniká zápisem a zjednává vlastníkovi vlastnictví ku položce.¹¹⁷⁾ Položka zahrnuje v sobě právo věc zciziti.¹¹⁸⁾ Vlastník odděluje právo toto od svého vlastnictví. Povstává dvojitá práva, z nichž každé má za obsah nakládati vlastnictvím a jiné z práva toho vyloučiti. Položkové právo platí pro případ, který obsah položky určuje, vlastnictví pro případ, který zbývá po položce.¹¹⁹⁾ Vlastnictví k položce (Posteigentum) dá se srovnati s vlastnictvím ku směnce.¹²⁰⁾ Vlastnictví ku položce má širší ob-

¹¹⁵⁾ L. Kühnast, Untersuchung des Grundschuldbegriffs, Berlin, 1878, 55 a násl.

¹¹⁶⁾ Verh. d. 20. Juristentages, Berlin, 1889, III, 272, Gutachten Levy.

¹¹⁷⁾ Amtsgerichtsath Stelling, Ueber die preussische Post (hypothekarische Post, Grundschuldbest), Leipzig, 1893, 17.

¹¹⁸⁾ L. c., 18.

¹¹⁹⁾ L. c., 34 a násl.

¹²⁰⁾ L. c., 39.

sah než cizí právo, které se hypotekou nebo dluhem pozemkovým zřídí k položce. Vlastník nakládá tu jen dílem svého zapsaného zcizovacího práva. Pro něho zůstává zejména právo na výmaz položky. Lze tedy říci, že buď díl pozemkového vlastnictví pustil anebo že si díl jeho pro sebe vyhrazuje.¹²¹⁾ Při zániku cizího práva konfusí rozleje se obsah cizího práva, pozemkového dluhu nebo hypoteky do položkového vlastnictví, z kterého práva tato vyšla. Kdo tedy zapisuje položku na své jméno nebo na jméno někoho jiného, zřizuje tím základ, na němž držitel cizího práva, pozemkového dluhu nebo hypoteky anebo celá řada takových držitelů může vystupovati, roli hráti a jí se vzdávati. Položka jako základ je takto schopna, aby tímto způsobem často dle vůle a chuti mohla býti použita.¹²²⁾ Vlastníkův dluh pozemkový a vlastnicková hypoteka jsou tedy položkou vlastnictví zapsaného vlastníka nebo jeho dědiců, z něhož cizí práva, dluh pozemkový nebo hypoteka nebyly postoupeny anebo vyhrazeny. Jméno vlastníkův dluh a vlastnicková hypoteka nejsou tedy přiléhavé. Hypoteka je přece cizí právo a také dluh je právo jiného, nikoli zapsaného vlastníka. Jména tato nemohou ovšem pravou povahu těchto práv přeměnit.¹²³⁾ Pro nový občanský zákoník německý navrhuje autor, aby se připustila položka beze jména.¹²⁴⁾

Schwind nevidí ve vlastnickově hypotece ani dluh, ani zavazení, nýbrž pouze disposiční výhradu na určitou hodnotovou kvotu. Nebude se moci popřít, že vlastnickovu dluhu pozemkovému ony živly scházejí, které jako podstatné znaky při dluhu pozemkovém se vyskytují.¹²⁵⁾ Důvodem vlastnickova dluhu pozemkového jest úmysl, aby hodnotové kvoty, když věcné zavazení odpadne, spadly ku prospěchu vlastníka, ne zadního věřitele.¹²⁶⁾

Oberneckovi¹²⁷⁾ je vlastnicková hypoteka právní fikce, ale žádná hypoteka. Zástavnímu věřiteli příkazují se při zasta-

¹²¹⁾ L. c., 29, 43.

¹²²⁾ L. c., 49.

¹²³⁾ L. c., 53 a násl.

¹²⁴⁾ L. c., 88.

¹²⁵⁾ Dr. Ernst Freih. v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes, Jena, 1899, 146.

¹²⁶⁾ L. c., 144, 145.

¹²⁷⁾ Gruchot Beiträge, 47, 306 a násl. Dr. Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis.

vení určité kvoty hodnoty. Při vlastníkově hypotece spadají tyto kvoty zpět na vlastníka. Vlastníková hypoteka plyne tedy jenom z vlastnictví. Při vlastníkově hypotece praví Puntschart,¹²⁸⁾ vylučuje se pro vlastníka pozemku dílec jeho hodnoty, který zápisem do pozemkové knihy dostává právní určení, aby jako předmět zástavy pro případný dluh sloužil. Dílcem tímto může vlastník tím způsobem nakládati, že dluh založí a věřiteli zástavní předmět zastaví. Ne učiní-li žádné dispoice, trvá tento vyloučený dílec hodnoty jako zvláštní díl jeho jmění a vlastník může jej také z dražebního výtěžku žádati. Nezaložil-li žádného dluhu a nezastavil svého hodnotového dílce žádnému věřiteli. Toto pojmání platí mutatis mutandis také pro vlastníkův dluh pozemkový. Jako vlastníková hypoteka není ještě žádná skutečná hypoteka a také žádný dluh pozemkový, tak také není vlastníkův dluh pozemkový ještě žádný dluh pozemkový. Pádný důkaz nalézá se v předpisu § 1197 n. z. o., dle něhož vlastník jako věřitel nemůže dražební řízení za účelem svého uspokojení prováděti. Tím je právě to vyloučeno, co je podstatou dluhu pozemkového, jak jej zákon určuje z myšlenky exekučního výkonu, jejímž výrazem je »placení z pozemku« (Zahlen aus dem Grundstücke). Ústav vlastníkovu dluhu pozemkového má své kořeny v praktických záměrech, které s dluhem pozemkovým pro vlastníka jako oprávněného nic co činiti nemají. Vlastníkův dluh pozemkový není přípravné právní jednání pro dluh pozemkový. Vlastníková hypoteka a vlastníkův dluh pozemkový nejsou nic než zavazení pozemku za eventuelní dluh.

Dr. Julian Goldschmidt označuje vlastníkovu položku jako technickosprávní zařízení (verwaltungstechnischer Apparat), kterým může vlastník dle své potřeby ten neb onen účinek docílit. Opětovně nabytá dispoiční moc vlastníkovu nad hypotekou není svým základem nic jiného než zánikem věřitelského práva zase nabyté právo vlastníkovu, aby dotýčný podíl na dražebním výtěžku zase někomu jinému poukázal.¹²⁹⁾ Označení »hypoteka vlastníkovu« spisovatel odmítá. Je to »kvadratura kruhu«. Hypoteka, která není hypotekou. Zápisem povstává jen »schrán-

¹²⁸⁾ Dr. Paul Puntschart, Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechtes in Gesetz und Literatur. Graz, 1906, 63 a násl.

¹²⁹⁾ ABR, 20, Dr. Julian Goldschmidt, Noch einmal die Eigentümerhypothek, 26.

ka« (Hülle). Věci vlastníkovou je, aby jí dal určitý právní obsah, zřídě dluhem a zavazením poměr osobní a věcný mezi sebou a někým jiným. Pokud tohoto obsahu ještě není, záleží funkce tohoto aparátu pouze v patrnosti na venek. Jeho obsah není však žádné právnícké »vacuum«, nýbrž je vyplněn právně, z vlastnictví plynoucí podstatou.¹³⁰⁾

Bruck odůvodňuje vlastnickou teorii takto: Vlastník, který svůj pozemek zavazuje, osamostatňuje pomocí forem, jaké mu skytá pozemková kniha, jednotlivá práva. Vylučuje ze svého mocenského panství nějaké oprávnění. Jeho vlastnictví jest jimi, pokud náležejí někomu jinému, zkráceno, stenceno, omezeno. Jakmile je však zase zpět obdrží, zceleno. Proto je také podle obč. zákona úplně lhostejno, zda služebnost pozemková nebo nějaké jiné věcné právo vlastníku pozemku připadne nebo v jaké formě se hypoteka vyskytuje. Každé zřízení hypoteky zavírá v sobě případné zřízení dluhu pozemkového. Vlastníková hypoteka není tedy v podstatě nic jiného než vlastnictví, jež závady bylo sprostěno. Lze to zřejmě seznati z toho, představíme-li si, že na pozemku nalézá se jen jediná hypoteka, která stane se hypotekou vlastníkovou. Postavení vlastníkovu se nijak nemění, nechá-li jí státi nebo ji vymaže. Zůstane-li státi, jest omezeným vlastníkem a nespojuje v sobě žádné role vlastníka, hypotekárního věřitele a dlužníka. Zda je závada spojena s vlastnictvím prvopočátečně nebo teprve potomně, je pro konstrukci práva na vlastní věc lhostejno. Vlastník vylučuje ze své vlastnické moci, používaje aparátu pozemkových knih, jistou hodnotu, která v jeho ruce má jen formální existenci, asi jako směnečný formulář, který podepsán v svých rukou se nalézá. Něm. obč. zákonník přimkl se tu k německoprávnímu pojmu zavazení pozemku s ideálními dílci hodnoty (ideelle Wertsteile). Vyprostí-li se pozemek odpadnutím hypoteky nebo dluhu pozemkového ze svého zavazení, zdvihne se vlastnictví svou vlastní pružností do toho objemu, z jakého bylo zavazením stlačeno, až k vlastnictví neobmezenému. Ze zavazení stane se vyvazení. Pak zde není právo nikoho jiného na tomto uvolněném dílci pozemku než vlastníka. Jemu přísluší nad ním v hranicích pozdějších hypotek moc dispoiční. Formálně zachovaná hypoteka (dluh pozemkový) pomáhá mu, aby vykonal

¹³⁰⁾ L. c. 30.

práva, která přísluší mu jako vlastníkov. Stane-li se jediná hypoteka hypotekou vlastníkovou, není zde rozdíl. V obou případech získává se vlastníkovou hypotekou zase neobmezeného vlastnictví. Dostávají se zpět ideální dílece hodnoty, o něž vlastnictví bylo zmenšeno. Obnos, který vlastníkov při dražbě připadá, je tedy jen na peníze přeměněný dílec pozemkového vlastnictví.¹³¹⁾ Bruck hláše se k nauce o dluhu a ručení (Schuld und Haftung), vidí v zástavním právu ručení věci (Sachhaftung), ať již je to dluh pozemkový nebo hypoteka. Oba jsou zástavními právy. Jsou tedy i vlastníkov hypoteka i vlastníkův dluh pozemkový právy zástavními. U obou je ručení věci, ale jen pro budoucí dluh.¹³²⁾ Bruck dospívá takto ku pojmu počátečního a nápotomního dluhu pozemkového. Při prvním formalisuje se ideální dílec hodnoty pro ručení za případný dluh. Při druhém nabývá se zpět ideální dílec hodnoty, který za dluh již ručil.¹³³⁾

Gierke¹³⁴⁾ mluví o vlastníkově zástavním právu pozemkovém (Eigentümergrundpfandrecht). Rozeznává při něm subjektivní a objektivní stránku. Po subjektivní stránce nemá zástavní právo na vlastní věci žádné samostatnosti vůči vlastnictví. Neskytá vlastníkov žádného panství nad věcí, které by nebylo již ve vlastnictví obsaženo. Vlastník nemůže oprávnění, které obmezené věcné právo proti němu zakládá, míti sám proti sobě. Vůči cizím nedostává se mu žádné věcné právní moci, které by již neměl jako vlastník. Hledíc ku subjektivnímu právnímu poměru, nepraví vlastníkov pozemkové právo zástavní, že je zde nějaké obmezení vlastnictví, nýbrž že takového obmezení tu vůbec není. Objektivně objevuje se tu však zvláštní od vlastnictví oddělené právo na pozemku. Obsahově je pozemkovému právu zástavnímu podobno. Je z vlastnictví vyňato a jako samostatný majetkový předmět ustaveno. Knihovním zřízením je tento právní ústav vůči každému patným učiněn a věcnou silou nadán. Vlastník má takto oddělený díl svého pozemkového majetku v podobě zástavy. Může tímto dílem nakládati, jako se

¹³¹⁾ Abhandlung zum Privatrecht u. Civilprocess (APC), X, Ernst Bruck, Die Eigentümerhypothek, Jena, 1903, 133 a násl.

¹³²⁾ L. c., 152.

¹³³⁾ L. c., 154.

¹³⁴⁾ Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, II, Leipzig 1905, 922 a násl.

právo zástavní převádí. Nakládá-li však pozemkovým vlastnictvím, nevztahuje se to na tento dílec. Jemu přísluší, dojde-li ku dražbě pozemku, díl hodnoty, který jeho zástavním právem byl vyloučen. Věcného dluhu vlastníka proti sobě samému však tu není. Je zde však objektivní poměr, dle něhož pozemek jako nositel dluhu je obtížen a vyloučený dílec jako nositel práva, které dluhu odpovídá, nadán. Jako v papíru na majitele, jenž do ruky dlužníka se dostane, dluh je stělesněn, tak i zde objektivní dlužní poměr stává se knihovním předmětem, jehož subjektivní dlužní poměr ještě je v klidu. Vlastníkov pozemkové zástavní právo může takovýmto způsobem všechny ty, ale jenom ty účinky pozemkového práva zástavního prováděti, které subjektivního právního poměru nepředpokládají, a jest beze všeho dalšího způsobité, aby se rozvinulo ku plně působivému pozemkovému právu zástavnímu, jakmile se subjekty rozdvojí.

Z různých teorií o vlastníkově hypotece uspokojuje názor Gierkův i Simeona.¹³⁵⁾ Vlastníkov hypoteka nepřináší vlastníkov jako věřiteli, nýbrž právě jako vlastníkov. V novém vydání své učebnice prohlašuje se pro vlastnickou teorii také Endemanna.¹³⁶⁾ Hypoteka vlastníkov, není ani žádnou hypotekou, ani dluhem pozemkovým, nýbrž je to právo vlastnické zvláště sformovaného tvaru. Jeví se jako právo, vylučující hypotekáře, již za otevřeným místem pořadem následují. Obsahem nejde tu tedy o obtížení. Vlastnictví jako neobmezená právní moc nemůže v některém vztahu býti se svým obsahem jako obmezené právo. Obmezeným jeví se býti spíše v tom smyslu, že mu zvenčí věcnými právy osob třetích jisté meze jsou vytčeny. Právní ochrany může však dojiti tím způsobem, že 1. vezme na sebe podobu práva, které má stejnou hodnotu jako pozemkové právo zástavní, neboť jen takovým způsobem je pak s to, aby proti platným hypotekám své účinky jevílo a aby se také na dražebním výtěžku uplatňovalo, a že 2. toto právo vlastnické po způsobu obmezených práv věcných určitý pořad zaujme, ačkoli právo vlastnické samo je bezpořadné a obmezenými právy osob třetích jinak samo ztláčováno bývá. Význam vlastníkov dluhu pozem-

¹³⁵⁾ Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, I. Dr. P. Simeon, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, II, Berlin, 1909, 716.

¹³⁶⁾ Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Gesetzbuches, 8. a 9. vyd. II, Berlin, 1905, 738.

kového záleží dle všeho v tom, že část obsahu práva vlastnického, právo totiž na dražební výtěžek, určené obsahově i pořadově, jako samostatný předmět majetkový se vyloučí. Tento zobjektisovaný kus práva vlastnického vystupuje v knihovní podobě pozemkového práva zástavního.

Z práva vlastnického vychází také Hirsch,¹³⁷⁾ vytykáje povahu vlastnickovy hypoteky, ale dává jí obsah podle jejích účinků. Ode dávna uznává se jako právní pravidlo, kterého ani žádný zákonodárce vynálezti nepotřeboval, že provedením nucené dražby nastupuje na místě věci dražební výtěžek. Tento surrogační princip přijalo moderní právo pro všechny druhy nuceného zcizení. Vlastník, zřizuje hypoteku, převádí na hypotekárního věřitele právo na dražební výtěžek dílcem, který při tom určuje. Hirsch zove je právem surrogačním (Surrogationsbefugnis). Vlastnickova hypoteka není proto ani dluh pozemkový ani hypoteka, nýbrž jen surrogační právo vlastnickovo na určitý dílec a pořad, projevený v knize pozemkové.

Vlastnictví, praví Kindel, sestává z množství práv, která osoba nad nějakou věcí mít může. Vlastník, který zřizuje služebnost, postupuje obmezené právo užívací, ponechávaje si užívání sám, pokud to nabývateli není na škodu. Vlastník, který hypoteku zřizuje, vylučuje ze svého vlastnictví obmezené právo prodeje, ponechávaje si své právo prodeje, pokud není hypotekárnímu věřiteli na škodu. Tato práva zaujmou jisté formy, které při svém návratu zase odloží. Forma, která je čini zjevnými, je zápis. Jím brání se nástupu věřitelů zadních. To může býti i u neplatné hypoteky. Hypoteka vlastnickova je úhrn oprávnění, která vrátila se do vlastnictví z propuštěné, ale nevyřazené hypoteky, nebo která ze zapsané, ale neplatné hypoteky u vlastníka zůstala a jemu proti zadním věřitelům se zachovala. Je to právo vlastnickovo a všechno jiné než hypoteka. Hypotekou stává se teprve postupem nebo výhradou, postoupí-li se vlastnictví.¹³⁸⁾

Při recenzi spisu Hornova přihlašuje se také Hedemann k vlastnické teorii. Hypotekou vstupuje do obchodu samostatná

¹³⁷⁾ ABR, 25 (1905), 224 a násl. Dr. Hans Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek.

¹³⁸⁾ Festgabe der jurist. Gesellschaft zu Berlin zum 50jähr. Dienstjubiläum von Richard Koch, 1907. Wilhelm Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek, 77 a násl.

hodnota, která trvá i tehdy, když se do jmění vlastníka pojme.¹³⁹⁾ Rabeovi je vlastnickova hypoteka vlastnické oprávnění, které se stalo samostatným, takže buď od počátku anebo po nápadu vedle vlastnictví může pro vlastníka potrvati.¹⁴⁰⁾ Wolffovi je právo vlastnické nikoli úhrnem, nýbrž pramenem obmezených práv věcných. Obsah jich dá se pozitivně vytknouti. Obmezené právo lze označiti jako osamostatněný dílčí obsah vlastnictví. Neobsahuje ničeho než to, co se již v neobtěženém vlastnictví nalézalo. Konkurenci obmezených práv mezi sebou a s vlastnictvím povstane pořadový poměr mezi nimi. Přední pořad obmezeného práva neplyne z vlastnictví, ježto toto samo nemá žádného pořadu a teprve mnohost práv způsobuje jejich pořad. Aby však vlastnictví také nějaký pořad mělo, může vlastník jeho dílčí obsah osamostatniti a ve svých rukou podržeti. Oprávnění, jež obmezené právo na vlastní věci skytá, bylo již v neobtěženém vlastnictví obsaženo, ale osamostatněno dává kusu vlastnictví, hledíc ku jeho zbytku nebo ostatním jeho třístím (závadám), přednost, kterou by bez tohoto osamostatnění nemělo. Jako obmezené právo vlastnickovo neliší se od jiných obmezených práv, která na věci mají osoby jiné.¹⁴¹⁾ I vlastníkův dluh pozemkový je tedy jako každé jiné obmezené věcné právo třístí vlastnictví (Eigentumssplitter).¹⁴²⁾ Obsah jeho je právo na zpeněžení jako při každém jiném dluhu pozemkovém. Při dražebním řízení provede se tak, jako by patřilo ne vlastníkovu, nýbrž někomu třetímu. Vlastník nemůže sice dražbu provést, ale tím není právo jeho na zpeněžení popřeno, jen na jisté předpoklady připiáto. Podobně konstatuje věc du Chesne.¹⁴³⁾ Založí-li se na pozemku právo na hodnotu, myslí se na jeho hodnotu směnou. Při dluhu pozemkovém myslí se tedy na peněžní jednotky

¹³⁹⁾ ABR, 31 (1908), 406. J. W. Hedemann, Zivilistische Rundschau 1906—1907.

¹⁴⁰⁾ Heinz Rabe, Die rechtliche Natur der Grundschuld im Lichte der Schuld- und Haftungstheorie, Inaug.-Dis., Halle a. S., 1912, 82.

¹⁴¹⁾ Dr. Martin Wolf, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II/1, Marburg 1913, 148, 527 a násl. Viz tž IV. vyd. 192, 514.

¹⁴²⁾ Slovo toto pochází od Gierkeho, Deutsches Privatrecht, II, 359.

¹⁴³⁾ Zeitschrift des deutschen Notarvereines, 7, du Chesne. Der Gegenstand des Wertbezugsrechtes.

z výtěžku pozemku. Při hodnotě pozemku musí se tedy mysliti na množství hodnotových jednotek (Werteinheiten). Právnicky mohou se tyto jednotky považovati za movité věci. Zápis hypoteky nebo pozemkového dluhu vyjadřuje tyto jednotky. Zápis je schránka práva na hodnotu. Je to forma u obsahu. Na podstatě práva na hodnotu nic se nezmění, není-li zde pohledávky, pro kterou povstalo, je-li zde vlastnickova hypoteka. Tato liší se od nezavazeneho vlastnictví tím, že směnná hodnota je při ní rozložena na hodnotové jednotky, od dluhu pozemkového tím, že při něm spojení s nevlastníkem chybí. Je tedy vlastnictvím, ale vlastnictvím, které je myšleno rozdělené. *Predari*¹⁴⁴⁾ považuje vlastnickovu hypoteku za samostatné právo na přisvojení si určitého dílu majetkové hodnoty nějakého pozemku. *Nussbaum*¹⁴⁵⁾ vidí ve vlastnickově hypotece osamostatněný díl práv vlastnickových, který má podobu hypoteky a podle jejích pravidel se spravuje. Zavedl ji pevný pořad hypotek, který činí z I. a II. hypoteky zcela rozdílné věci. II. hypoteka byla jako taková dána a přijata. Kdyby se z ní stala hypoteka I., přišel by věřitel ku nezaslouženému zisku a vlastník snad značně škodě. Římský vzestup hypotek neodpovídá modernímu úvěru reálnímu. Hypoteka přestala býti dluhem a je ukládacím kapitálem. Vidí se v ní břemeno trvalé, na jehož zánik se nečeká.

Vlastnickova hypoteka, zprvu jako výjimka, v pozdějším zákonodárství německém jako pravidlo připouštěná, musila vésti k tomu, že teorie počala se snažiti, aby ji pod jednotný pojem práva zástavního zařadila. *Cosack* ve vydání Gerbrova systému německého práva soukromého definuje proto již právo zástavní jako věcné oprávnění, aby se z pozemku nucenou dražbou peněžitého kapitál vymohl.¹⁴⁶⁾ Souhlasně s tím označuje *Cosack* ve své učebnici německého práva občanského pozemkové zástavní právo (*Grundstück- nebo Grundpfandrecht*) jako věcné právo, na nějakém pozemku váznoucí, vedle něhož smí si oprávněný peněžitou sumu z pozemku a z jistých k němu náležitých předmětů vnučenou dražbu vymoci.¹⁴⁷⁾ Podle toho vytýká také, že

¹⁴⁴⁾ *Predari*, Die Grundbuchordnung, Berlin, 1913, 120.

¹⁴⁵⁾ *Nussbaum*, Lehrb. des d. Hypothekenwesens, 59 a násl.

¹⁴⁶⁾ *Gerber*, System des deutschen Privatrechts, 1895, 274.

¹⁴⁷⁾ *Konrad Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerl. Rechtes, II/1, Jena, 1911, 219.

nejčastěji vyskytuje se pozemkové právo zástavní u nějaké cizí osoby jako zástavního věřitele. To jest věřitelské právo zástavní (*Gläubigerpfandrecht*). Vedle toho vyskytují se však také práva zástavní, kde vlastník sám je věřitelem. To jest zástavní právo vlastnickové (*Eigentümpfandrecht*).¹⁴⁸⁾

Dernburg používá rozlišení mezi »Schuld« a »Haftung« pro právo zástavní. Pozemkové právo zástavní občanského zákoníka německého je ručení věci (*Sachhaftung*). Věcné obtížení, z pozemku peněžitou sumu platiti, ručení za povinnost platební (*Leistensollen*) je i při vlastnickově hypotece a vlastnickově dluhu pozemkovém odůvodněno. »Platební povinnost« je zde však pouze eventuelní pro ten případ, že vlastníkův dluh pozemkový nebo jeho hypoteka přistě do jiných rukou se dostane než vlastnictví anebo že vedením exekuce výnos na položku připadne, který vlastníkově patří. Věcné zavazení za eventuelní platební povinnost není nic podivného. Vyskytuje se také při hypotece za budoucí pohledávku. Jednota pojmu zástavního práva není tedy vlastnickovým dluhem pozemkovým otřesena.¹⁴⁹⁾ Také *Cromovi* jest všechno nemovitostní právo zástavní (*Immobilienpfandrecht*) svou nejvniternější podstatou totožné. Přistoupí-li k hypotece pohledávka, určuje se tím jen oprávněná osoba, má to tedy jen význam pro otázku, kdo hypoteky nabývá. Trvání osobní pohledávky není předpokladem pro trvání hypoteky. Tato je spíše (jakož i dluh pozemkový) věcné právo samostatné hodnoty, vedle práva vlastnického stojící i tehdy, patří-li vlastníkově samému. Zadržuje pak dle svého pořadu druhé konkurující věřitele v jejich postihu na pozemku.¹⁵⁰⁾

Jednotný pojem zástavního práva i pro vlastnickovu hypoteku hájí se též v kruzích praktiků. Krajský soudce *Lenhard*¹⁵¹⁾ dovozuje, že vlastník zcela sám je s to, aby nabyl věcného práva zástavního na svém pozemku. Překážka, která stála této konstrukci v cestě a na níž se vždycky ztroskotala, byla vždy akcesorická povaha hypoteky, na níž ji zákon zakládal. Zmizela-li pohledávka, musila zajíti i hypoteka, a pohledávka zanikla, byl-li

¹⁴⁸⁾ L. c., 234.

¹⁴⁹⁾ *Heinrich Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens, III, Halle a. d. S., 1904, 617.

¹⁵⁰⁾ *Dr. Carl Cromé*, System des deutschen bürgerlichen Rechts, III, Tübingen, 1905, 657.

věřitel uspokojěn. Proti sobě samému nemůže vlastník žádné pohledávky nabýti a ji prováděti. Svou successí vstupuje vlastník v řadu věřitelů jako hypotekář vlastnický, oprávněný ze závady věcně. Pohledávka je mrtva a kde toho není, jde svou odchylnou cestou. Vlastník nežádá zaplacení sám od sebe, nýbrž uspokojení z pozemku jako čistě věcný věřitel. Hypoteka s pohledávkou nebo bez pohledávky stojí tu úplně neodvisle od pohledávky. Pojmově hypoteka i dluh pozemkový jsou stejné povahy. I vlastníková hypoteka a vlastníkův dluh pozemkový jsou totožné tvary. Jsou úplná věcně věřitelská práva, u kterých se nejen pasivní, ale i aktivní stránka nalézá. Spojení věřitelství a vlastnictví, které brání, aby se z těchto stránek nárok mohl provést a klid jeho způsobují, je pouze dočasné. Klid tento zaveden je z policejné právního důvodu, aby vlastník nemohl se na zadluženém pozemku sám hypotek zbaviti. Podstatě práva není to však k nijaké újmě. Vlastníková hypoteka (dluh pozemkový) jest tedy obtížením pozemku na prospěch vlastníkův v ten způsob, že má jako každý jiný věcný věřitel nárok na uspokojení z výtěžku dražby a plodů dle svého zápisu.

Vlastníková hypoteka jeví ještě jiné důsledky. Vyvívá se. Pěstuje se teoreticky. Bavorský vrchní soud zemský vyslovil již zásadu, že každá hypoteka svým obsahem je k tomu určena, aby se stala hypotekou vlastníkovou. Za věřitelem stojí vlastník jako druhý oprávněný, bez jehož svolení nemůže býti hypoteka vymazána. To je t. zv. teorie dvojitého oprávnění (Theorie der Doppelberechtigung). Dle ní je zápis hypoteky zápisem se dvojím oprávněním, přítomným pro věřitele, budoucím pro vlastníka.¹⁵¹⁾ Vzhledem ku příští hypotece smluví se o vlastníkově čekatelství (Anwartschaft). Přiznává se mu majetková hodnota a podrobuje se mimoknihovnímu zabavení.¹⁵²⁾

Pro vlastníkovu hypoteku něm. občanského zákonníka třeba želeť, že jeho pojem práva zástavního není tu jednotný. Dále jsou

¹⁵¹⁾ ABR, 35, 401, 402, Alfred Lenhard, Landrichter in Wiesbaden, Die Eigentumsaufgabe von Grundstücken, die Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld), ihr Verhältnis zueinander.

¹⁵²⁾ Dr. Hermann Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl., Berlin, 1909, II, 28., Bruck, 133 a násl.

¹⁵³⁾ Nussbaum, I. c., 71.

tu směrodatny některé stavy a události, které ani z pozemkových knih, ani ze zástavního listu, který je jaksi nahrazuje, nejsou patrný. Tak sama vlastníková hypoteka nabývá se »Kraft des Gesetzes« aktem mimo knihy. Nabude-li jí vlastník bez pohledávky, mimo knihy změní se v jeho dluh pozemkový. Strany musí tyto změny v listinách konstatovati a za opravu knihovního stavu žádati¹⁵⁴⁾ a soud pak to, co se mimo knihy stalo, v knihách vyznačí.¹⁵⁵⁾ Jistě je neutěšené, musí-li vlastník prohlašovati, že hypoteka přešla na něho jako dluh pozemkový a že dluh pozemkový zase mění v hypoteku a hypoteku věřiteli postupuje. Proto se stává, že strany soudu ani pravého stavu věci nesdělí. Zjednoduší si věc tím, že hned hypoteku převedou.¹⁵⁶⁾ I jsou hlasy teoretiků, aby se tyto předpisy do knih nezapisovaly, na nejvýše jen poznámkou vyznačily.¹⁵⁷⁾

¹⁵⁴⁾ Oberneck, I. c., 735, No. 71: Abtretung einer Hypothek des Eigentümers: Auf dem zu Berlin in der...? Strasse... Grundstück ist in Abt. III Hypothek von 20.000 M zu 4 vom Hundert jährlich verzinslich für den Kaufmann Heinrich Lehna zu Berlin eingetragen. Diese Hypothekarforderung, welche auf mich, den Eigentümer des Grundstückes, dadurch übergegangen ist, dass ich dieselbe als nichtpersönlicher Schuldner bezahlt habe, trete ich hiermit mit den Zinsen seit 1. 1. 1900 an den Rentner Gustav Schultze in Berlin ab und beantrage die Abtretung in das Grundbuch einzutragen und den hiermit überreichten Hypothekenbrief an den neuen Gläubiger auszuhändigen. Die Kosten übernehme ich. Notariell begl. Quittung vom... u. notariellen Kaufvertrag vom... betr. lie lastenfreie Verschaffung des Eigentums des belasteten Grundstückes an mich füge ich bei. Es folgt der Beglaubigungsvermerk. Viz tamže form. č. 72: ...Hypothek von 22.000 M... die aber unter Verwandlung in eine Grundschuld auf mich dadurch übergegangen ist, dass ich, wie die überreichte Quittung ergibt, den Gläubiger befriedigt habe. Ich bekenne dem Paul Krüger 22.000 M als Darlehen zu schulden... Die oben bezeichnete Grundschuld trete ich... an Paul Krüger ab und wandle... sie zugleich in eine Hypothek für die angegebene Forderung um.

¹⁵⁵⁾ L. c. Verfügung. 1. Einzutragen in das Grundbuch. Zur lfd. Nr. der Eintragung 37 22.000 M, Abgetreten an Paul Krüger... unter Umwandlung der zunächst als Grundschuld auf den Eigentümer... übergebenen Hypothek in eine Hypothek für eine Forderung aus dem Darlehen... Viz také Meikel, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, München u. Berlin, 1912, 66.

¹⁵⁶⁾ Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit u. Notariat, 10. 192 a násl., Herold., Die Eigentümergrundschuld bei der Buchhypothek u. den Sicherungshypotheken.

¹⁵⁷⁾ Kindel, I. c., 83.

I s německé strany kritisuje se vlastníková hypoteka něm. obč. zákonníka nepříznivě. Její forma není šťastná. Je příliš složitá. Způsobuje praxi mnohé obtíže. Novější zákony, švýcarský a rakouský proto jejího vzoru nenápodobily.¹⁵⁸⁾

Vlastnické teorie mnoho spojují vlastníkovu hypoteku něm. obč. zákonníka s vlastnictvím. Má s ním jistě spojení, poněvadž vlastníkovi patří, ale nezapírá také svého charakteru jako hypoteka, poněvadž vlastník nabývá jí jako dluh pozemkový. S tím, kdo ho však nabude, je dluh pozemkový již osobně spojen. Je tedy připoután k osobě, za jejíhož vlastnictví se hypoteka uvolnila. To liší podstatně vlastníkovu hypoteku něm. obč. zákonníka od vlastníkovy hypoteky rakouské a navržené vlastníkovy hypoteky československé. Tato přísluší vlastníkovu i každému, předchůdci i nástupci. Tím jsme také při hlavním důvodu III. rak. novely, proč přepis hypoteky na vlastníka odmítl. Chtěla vlastníkovu hypoteku zachovati každému vlastníkovi. Učinila tak ovšem ve formě ne dosti bezvadné. Nechala vlastníkovu hypoteku váznouti pro dosavadního věřitele. Návrh pro československou republiku chce zavésti a novým způsobem, který by svědčil tomu, kdo je zapsán na listu B.

I právní povaha rak. vlastníkovy hypoteky byla již předmětem právní konstrukce. W e l l s p a c h e r¹⁵⁹⁾ považuje ji za pravou hypoteku. Vlastník jí nakládá, i musí mu patřiti. Za pravou vlastníkovu hypoteku pokládá ji také E i s n e r.¹⁶⁰⁾ Dispoziční právo vlastníkovo srovnává s obnovou hypoteky dle bavorského hypotečního zákona. Vlastníková hypoteka sama je mu výronem práva vlastnického.¹⁶¹⁾ S c h e y o v i¹⁶²⁾ je »Haftung« §u 469 o. z. o. podle nauky o »Schuld und Haftung« pouze »Vermögenshaftung«, tedy žádné »Sachhaftung«, žádné zástavní právo.¹⁶³⁾ Pro výklad slova »haften« cituje Schey § 150 o. z. o. Míst se slovem »haften« je více (na př. §§ 549, 686, 785, 1337 o. z. o.). Jsou to přežitky pojmů dřívějšího práva, které slovem »haften«

¹⁵⁸⁾ N u s s b a u m, l. c., 71 a násl.

¹⁵⁹⁾ G. Z. 1913, 218.

¹⁶⁰⁾ G. Z. 1917, 13.

¹⁶¹⁾ G. Z. 1917, 134.

¹⁶²⁾ G. Z. 1916, 211/9.

¹⁶³⁾ G i e r k e, Deutsches Privatrecht, III., 20, 25.

zpravidla generální hypoteku vyjadřovalo,¹⁶⁴⁾ tedy také zástavní právo. Speciální zástavu vyjadřuje slovem »haften« v § 469 o. z. o. sám jeho tekst. K l a n g¹⁶⁵⁾ podle Scheye praví, že dispoziční právo vlastníkovo je účinek věcné vázavosti statku. Způsobuje ji knihovní zápis, který trvá, ač nadešly okolnosti, které přivodily zánik práva zástavního. Podle H e n d l a¹⁶⁶⁾ nezavedla III. novela nic nového, než co stanovil již starý tekst § 469 o. z. o. Zaplacením dluhu i podle ní zástavní právo zaniká. Stojí-li v § 469 o. z. o. »Bis dahin kann der Eigentümer... das Pfandrecht auf eine neue Forderung übertragen«, užívá se tím jen slov obč. zákonníka, které se každým chápou. Formelní knihovní zápis má tvořiti most, aby se nové právo zástavní založilo. Vlastník může je buď zříditi anebo výmazem knihovního zápisu zadní věřitele do předu pustiti. Všude, i v římském právu, vlastníková hypoteka nástup zadních věřitelů tarasila, Hendlovi jest vedle obnovy práva zástavního pozitivním obsahem vlastníkovy práva dispozičního. Zápis jest mu jen forma. Proti Hendlovi lze námitnouti, že právo užívá formy vždy tam, kde jí potřebuje pro obsah.

II.

Pokus o konstrukci.

§ 15. Dluh a ručení.

Nauka o dluhu (Schuld) a ručení (Haftung) vrhla jasné světlo na hypoteku. Teoretikové často k ní se blížili.¹⁾ Přesně vyřkl ji pro římské právo B r i n z.²⁾ Snad by byla jeho formulace uvázla, ale A m i r a³⁾ historickými doklady z nordického

¹⁶⁴⁾ Můj spis, K vývoji správy, 106, 107.

¹⁶⁵⁾ K l a n g, 136.

¹⁶⁶⁾ H e n d e l, 43 a násl.

1) Berthold D e l b r ü c k, Die Uebernahme fremder Schulden nach gem. u. preuss. Rechte, Berlin 1853, 10 a násl., C. J. B e k k e r, Aktionen des römischen Privatrechts, I, Berlin, 1871, 7, G. H a r t m a n n, Die Obligation. Erlangen, 1875, 125.

2) Dr. Alois B r i n z, Lehrbuch der Pandekten, II/1, Erlangen 1879, 2 a násl.

3) K. A m i r a, Nordgermanisches Obligationenrecht, Leipzig, I, 1882, 22 a násl., II, 53 a násl. Týž. Grundriss des germanischen Rechts. Strassburg, 1913, 211 a násl.

práva, P u n t s c h a r t⁴⁾ z práva saského skytli jí silnou posilu. Zmocnila se jí i právní historie, i dogmatika. Byly pro ní doklady hledány i v právu řeckém⁵⁾ a docela i v assyrskobabylonském.⁶⁾ G i e r k e proto o ní tvrdí, že je to dědictví indogermánské.⁷⁾ Dogmatika vidí v ní logický pojem a myšlenkovou formu, podle níž může býti soukromé právo tříděno, třeba by jeho systémem výslovně na ní nespočíval.⁸⁾

Dluh je Brinzovi jednak dlužníkovou morální povinnost, aby plnil (Leisten sollen), jednak věřitelova touha, aby plnění obdržel (Bekommen sollen).⁹⁾ Ručení je stav, který osobu neb věc ku satisfakci chystá.¹⁰⁾ Brinzovi při osobách splývá dluh s ručením. Obé tvoří celek.¹¹⁾ Část obligační má v jeho pandektách nadpis »Personenhaftungen«.¹²⁾ Amira to rozdělil. Dluh a ručení jsou od sebe odlišné. Při ručení se za něco stojí, při dluhu má se plniti.¹³⁾ Dluh jeť díl jmění věřitelova, jeho activum, dlužníkův dluh jest jeho passivum. Obzvláště plasticky vystupuje to při reálních břemenech, jak v kapitole I § 13 ukázáno. Zadrželi-li dlužník věřiteli tento díl jeho jmění, dopouští se bezpráví, které smíruje pokutou a odškodněnou.¹⁴⁾ To, co se za touto příčinou skytá nebo slibuje, je něco odlišného od dluhu. Toto rozlišování odpovídá i vývoji exekučních prostředků, které osobu a jmění jímaly. Nebylo jich v dnešním smyslu. Kdo rozsudku nevyhověl, vyvrhnul

4) Dr. Paul Punschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter, Leipzig, 1896, 99 a násl., RGA II, 360, Haftung.

5) R. J. Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht I, Leipzig u. Berlin 1907, 7 a násl.

6) R. P. Koschaker, Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht, Leipzig-Berlin 1911, 109.

7) Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht, III, München u. Leipzig, 1917, 8.

8) JhJ, 57 (1910), Emil Strohal, Schuldübernahme, 290. Dr. Otto Schreiber, Schuld und Haftung als Begriff der privatrechtlichen Dogmatik, Leipzig, 1914, 2 a násl.

9) Brinz, l. c. 8.

10) Brinz, 2.

11) Brinz, 7.

12) Brinz, 20.

13) Amira, Nordg. Oblig., I, 22 a násl.

14) Amira, Grundriss, 212.

se ze společnosti. Byl bez míru (friedlos).¹⁵⁾ Teprve časem od dělila se konfiskace jmění dlužníkovou jako exekuce od ztráty míru (Friedlosigkeit).¹⁶⁾

Dnešní nauka zná ručení osobou, jměním a věcí (Personenhaftung, Vermögenshaftung, Sachhaftung).¹⁷⁾ Z nich ručení jměním sprostředkovala osoba, jsouc z neplnění dluhu zavázána odškodněnou.¹⁸⁾ Pokud nebylo exekuce do jmění, nemohlo se ani ručení jměním vyvinouti. I bylo přirozeno, že se ručení slibovalo a zřizovalo. Jméno »zástava« (Satzung) výrazně vyjadřuje tyto zvláštní akty.¹⁹⁾ Ale byly dluhy, kde žádného zaručení nebylo.²⁰⁾ Byly také dluhy, které sice na věci utkvěly, ale věc za ně neručila. Pro platy na selských pozemcích mohla zabavovati vrchnost svršky dlužníkovy. Bylo zde tedy obecné ručení jmění dlužníkovou, ne ručení statku. Tento nemohl také proto ručiti, poněvadž patřil samému věřiteli, vrchnosti, Spadal na ni, byl-li dlužník vytrvale liknavý.²¹⁾ Jinak tomu ovšem bylo při rentách na cizích pozemcích. Vedle dluhu utkvěly na statku. Statek ručil za ně a mohl pro ně věřitelem býti zabaven.²²⁾

Odlišování dluhu od ručení čas stírá. Jedno je odkázáno na druhé. Vyskytují se zpravidla pospolu. Sdružují se. Stává se normou, že za dluh se ručí.²³⁾ V recipované římské obligaci, jak to Brinz dobře postihl, obojí splýnulo.²⁴⁾ V obligaci této přijalo je

15) Heinrich Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, I, Leipzig, 1906, 229, 231, 266, Dr. Hans Planitz, Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht, Leipzig, 1912, 7, 40, Dr. Viktor v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht, Marburg, 1867, 39.

16) Amira, Grundriss, 281, Planitz, 7 a násl.

17) Gierke Unt., 100, Otto Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht insbesondere die Form der Schuld- u. Haftungsgeschäfte, Breslau, 1910, 21 a násl.

18) Gierke, Schuld u. Haft., 77, týž, Deutsches Privatrecht, III, 20, Heinrich Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, München u. Leipzig, 1912, 214.

19) Meibom, l. c., 248 a násl.

20) Gierke, D. Priv., 26, Schuld u. Haftung, 98.

21) Gierke, Schuld u. Haftung, 48, D. Priv. II, 742.

22) ZDR, 19, 201, Stobbe, Zur Geschichte u. Theorie des Rentenkaufs, Gierke, D. Priv. II, 759.

23) Gierke, D. Priv. III, 27, Schuld u. Haftung, 98.

24) Gierke, D. Priv. III, 29.

dnešní právo, a teorie v logickém a psychologickém jennocitu snaží se je v ní tříditi.²⁵⁾

Do německého práva věcného uvedl nauku o dluhu a ručení *Dernburg*.²⁶⁾ Navazuje již v I. díle své učebnice pruského soukromého práva na *Brinze*, připouštěl podstatnou příbuznost hypoteky a dluhu pozemkového s osobními pohledávkami. Zástavní právo i pohledávka spočívají na úvěrním právním jednání. I pro zástavní povinnost lze slova »dluh« použítí, rozuměli se tím založení úvěrního poměru. Přes to trval na tom, že zástavní právo pozemkové má za obsah, aby se ze zástavy zástavní suma vymohla. Klade-li se při zástavní žalobě prosba žalobní na zaplacení, je to nepřesné. Mělo by se žádati o právo, aby se mohla žalovaná suma, nebude-li zaplacená, exekucí z pozemku vymáhati.²⁷⁾ V 3. vydání změnil svůj náhled ze vlivu *Sohmova*. *Sohm* popřel při moderní hypotece vůbec všechen charakter nějakého věcného práva. Věřitel nemá při ní žádné moci nad pozemkem. S exekucí, kterou veřejná moc provádí, jest jeho vlastní jednání zcela vyloučeno. Pro jeho zástavní žalobu je pasivně vlastník legitimován. Petit její směřuje na zaplacení. Moderní právo hypoteční je pouze právo obligacní. Zřízení hypoteky je formální kontrakt, kterým vzniká zástavní pohledávka (*Hypothekenforderungsrecht*), vstupující dle mnohých práv hypotečních ku stávající již pohledávce v solidární poměr a odvislost od ní, jsouc dle jiných práv hypotečních docela samostatné existence schopné.²⁸⁾ *Dernburg* navazuje na *Sohma*, uznává, že nárok, který věřitel proti vlastníkovu provádí, má ráz obligace. Petit žaloby zástavní jde na zaplacení. Žaloba tato je asi taková jako římské »*actiones in rem scriptae*«. Osoba zavázaného není již na-

²⁵⁾ Viz pozn. 8) a dále *JhJ*, 54 (1909), 355 a násl. *Erich Dümichen*, *Schuld und Haftung*, insbesondere bei den Grundpfandrechten. Die Reallasten. Pro rak. právo viz *Dr. Egon Weiss*, *Zur Lehre von Schuld u. Haftung im österreich. Recht*. (Sonderabd. aus österr. Zentralblatt für die juristische Praxis, [1913]), *Dr. Hans Reichmayer*, *Die Idee der Gläubigeranfechtung*, Wien u. Leipzig, 1913, 22.

²⁶⁾ *Dr. Heinrich Dernburg*, *Das bürgerl. Recht des Deutschen Reiches u. Preussens*, III, Halle, 1904, 617.

²⁷⁾ *Dr. Heinrich Dernburg*, *Lehrbuch des preuss. Privatrechts*, I, Halle, 1875, 690 a násl.

²⁸⁾ *GrZ*, V (1878), *Dr. Rudolph Sohm*, *Ueber Natur und Geschichte der modernen Hypothek*, 21 a násl.

před určena, nýbrž dána teprve měnivou skutečností, na př. držbou. Přes to v tomto nároku hypoteka nezaniká. Zůstává vlastníkovu i po zaplacení zapsané sumy. Má svou přednost, která teprve v dražebním řízení se uplatní a je tedy i právem věcným.²⁹⁾ *Dernburg* přijímá pro zástavní právo rozdělení mezi »dluhem« a »ručením« a praví v novém svém spise o něm, a) pruském občanském právu, že nemovitostní právo zástavní zakládá se na zástavním dluhu (*Pfandschuld*), nepojí se však vždy k nějaké osobní pohledávce. Při dluhu pozemkovém je zavazena pouze věc při hypotece také osoba.³⁰⁾

Ne tou měrou otevřeně ale v podstatě stejně přijímá nauku o »*Schuld*« a »*Haftung*« pro něm. právo zástavní i *Schwind*. Při dluhu pozemkovém a rentovém je, jak samo jméno naznačuje, na straně vlastníka dluh, za nějž dlužník osobně neručí, nýbrž pouze jen zavazený statek. Za dluh ručí pouze ten který vlastník, jenž toho času statek drží.³¹⁾ Při hypotece zůstal něm. obč. zákonník na stanovisku římském. Pojišťuje akcesorně nezaplacenou pohledávku.³²⁾ Ale obč. zákonník něm. zná celou řadu předpisů, které se snáze vysvětlí, hledí-li se k vlastníkovu jako hypotekárnímu dlužníkovu a plátcí. Vlastníkovu dává věřitel výpověď, a vlastník také věřitelovi. U vlastníka zakládá prodlení povinnost, aby platil úroky. Z těchto zjevů třeba poměr tak pojímati, že vlastník, neručí sám osobně, vedle osobního dlužníka do pojištěné obligace vstupuje. Jedině nutný výklad to však není, i lze tato pravidla i bez této pomůcky vysvětliti. Na všechen způsob musí se však dluh pozemkový tehdy předpokládati, ztratí-li hypoteka principem publicity svůj akcesorní charakter. To pojímání musí však vésti k tomu, že stejnou měrou, jako ručení statku je při hypotece akcesorním právem, je jím v stejné míře akcesorním i dluh vlastníkův, přistupuje ku hlavnímu dluhu. Jen tam, kde pro tabulární

²⁹⁾ *Dr. Heinrich Dernburg*, *Lehrbuch des preuss. Privatrechts u. der Privatrechtsnormen des Reichs*, I, 3. Aufl., Halle a. S., 1880, 770, 771.

³⁰⁾ *Dernburg*, *Das bürgerl. Recht d. d. Reiches u. Pr.*, III, 616.

³¹⁾ *APC*, II/1, *Dr. Ernst Frt. v. Schwind*, *Wesen und Inhalt des Pfandrechts*, 132.

³²⁾ *L. c.*, 124, 140.

zásady se hypoteka osamostatní, vyjde z této souvislosti a reální ručení dojde ve své izolaci pravého významu.³³⁾

Nikoli za použití nauky o »Schuld« a »Haftung« řeší podstatu zástavního práva Cosack v novém vydání Gerbrova systému něm. soukr. práva. Gerber sám viděl v samostatném právu zástavním jen odchylky od běžného systému římského. Pruský dluh pozemkový podle zák. z r. 1872 je mu čistý dluh sumový (reine Summenschuld), který převodem blanco nabývá charakteru majitelského papíru.³⁴⁾ Zástavním právem nabývá věřitel práva, aby prodejem věci svou pohledávku uspokojil.³⁵⁾ Reální břemena zařazuje Gerber do práva obligačního. Váhou vlastníka jako dlužníka držbou zástavního statku.³⁶⁾ Cosack se svojí konstrukcí náhledu Gerbrovu o reálních břemenech připojil. Reální břemena a zástavní práva jsou obligace, reální břemena na plnění se opakující, právo zástavní na plnění toliko jednou.³⁷⁾ Obligace při zástavním právu je osobní pohledávka, která směřuje proti dočasnému vlastníkovi zastaveného pozemku a jde na zaplacení nějakého peněžního kapitálu z prostředků pozemku. Dlužník této pohledávky není již napřed individuálně určen. Změní se, jakmile se vlastník změní. Pohledávka tato nezavazuje všechno soukromé jmění dlužníkovu, nýbrž jen zastavený pozemek. Spojímáním zástavního práva jako obligace souvisí i jméno držitele zástavního práva jako zástavního věřitele a vlastníka zástavního pozemku jako zástavního dlužníka. Vyskytuje se při ní prodlení a vyrovnává se jako každá jiná pohledávka placením, složením k soudu a kompensací. Nelze tedy pochybovati, že s každým zástavním právem je spojena osobní obligace. Od toho třeba však lišiti jinou obligaci, která, nevyskytující se při každém zástavním právu, nesměruje proti dočasnému vlastníku pozemku, nýbrž proti osobě třetí jako dlužníku. Za obligaci tuto neručí pouze pozemek, nýbrž zároveň i ostatní jmění dlužníkovu. Tuto obligaci označuje Cosack jako »osobní pohledávku«.

³³⁾ L. c., 140—142.

³⁴⁾ C. F. Gerber, System des deutschen Privatrechts, 15. Aufl., Jena, 1886, 278, týž, 16. Aufl., Jena, 1890, 248.

³⁵⁾ Viz, l. c., 1890, 275.

³⁶⁾ Viz, l. c., 1890, 242.

³⁷⁾ Gerber, System des deutschen Privatrechts, neubearbeitet von Konrad Cosack, 17. Aufl., Jena, 1895, 280.

kdežto obligaci, která se svým zástavním právem nerozděleně je spojena, proti dočasnému vlastníku směřuje a pouze pozemek zavazuje, zove jako »reální obligaci«. Tato nevyčerpává však obsah práva zástavního. Zástavní věřitel má ještě bezprostřední panství nad pozemkem s určitým obsahem. Může způsobem, který je přesně stanoven, zástavní sumu z pozemku vymáhati. Zástavní právo nepostihuje tedy pouze osobu vlastníka pozemku, nýbrž i pozemek sám. Je tedy vedle obligace vlastníka pozemku také věcným právem na pozemku (ius in re aliena).³⁸⁾

Cosack taktéž ve své učebnici občanského práva něm. zaujímá podobné stanovisko. Pozemkové právo zástavní (Grundstückpfandrecht) je sice věcné, ale nikoli vždy výlučné věcné právo. Zpravidla je v něm zahrnuta i pohledávka proti dočasnému držiteli zástavního pozemku. Obsah této pohledávky jest, že vlastník pozemku, pokud je to potřebno, musí při tom spolupůsobiti, vymáhá-li zástavní věřitel sumu z pozemku. Vzhledem k tomu, že tato pohledávka, nikoli proti individuálně určité osobě, nýbrž, jak uvedeno, proti dočasnému zástavnímu dlužníku směřuje a nikoho jiného než tohoto ku plnění zavazuje, budiž označena jako reální obligace. Prakticky má reální obligace za následek, že zástavní dlužník je povinen opatřiti věřiteli na svůj náklad vykonatelný titul, aby se exekuce do pozemku nebo jeho příslušenství umožnila. Reální obligace odpadá při zástavních právech vlastnických a při zástavních právech na pozemcích bez pána. Cosack připomíná, že je docela pochybno, zda zástavnímu věřiteli skutečně nějaká reální obligace přísluší. Sám několikrát svůj náhled o tom změnil. V souvislosti s tím stojí nově probíraná otázka o rozdílu mezi dluhem a ručením. Teoretická obtížnost problému nestojí však v žádném poměru ku praktické jeho důležitosti.³⁹⁾

Obligační povahu vidí v zástavním právu též Lehmann v přepracované příručce Stobbeho o něm. právu soukromém. Zápisem v knize pozemkové spojuje se s dotyčným pozemkem pohledávka tím způsobem, že každý vlastník jeho jeví se býti

³⁸⁾ L. c., 251—254.

³⁹⁾ Konrad Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts, II/1, 5. Aufl., Jena, 1911, 220.

dlužníkem a věřiteli pozemkem do výše pohledávky zavazen. Hypotekární věřitel má proti vlastníkovu pozemku samostatné, svého dlužního důvodu sprostěné právo na zaplacení určité sumy. Charakteristickým znakem moderní hypoteky jest tedy vedle věcné vázanosti pozemku ještě primerní obligační závazek pozemkového vlastníka. Tento je obligačně zavázán, neboť nárok na zaplacení určité sumy je nárokem obligačním, nikoli věcným. S hypotekou je tedy spojena »obligatio in rem scripta« proti každému vlastníkovu. Tato obligace jako taková je však nezávazatelnou, naturální obligací. Proti pozemkovému vlastníkovu přísluší zástavnímu věřiteli jen věcná žaloba, která směřuje na vnucenou dražbu nebo správu pozemku, aby se z něho uspokojení docílilo. Při hypotečním právu jsou tedy dvě od sebe neoddělitelné složky, naturální obligace proti každému vlastníkovu a věcné právo. Hypoteka zřizuje se pro pohledávku, přítomnou nebo budoucí. Od ní je odvislá a bez ní neexistuje. Odvislosti pozbývá, je-li dlužníkem, nikoli dlužník původní, nýbrž nějaký pozdější, úplatný nabyvatel hypoteky. Hypoteka je formálním právem obligačním, zbavena své materiální causy. Stejně je to i při dluhu pozemkovém. Je a b s t r a k t n í o b l i g a c í, pohledávkou na určitou sumu.⁴⁰⁾

Nauku o »Schuld« a »Haftung« přijímá pro zástavní právo také G i e r k e.⁴¹⁾ Akcentuje však při tom ručení věci (Sachhaftung). Tvoří primerní obsah nemovitostního práva zástavního. S ním spojen je proti dočasnému vlastníkovu také věcný dluh (dingliche Schuld). Poněvadž každé ručení předpokládá dluh, za který se ručí, je potřeba tam, kde není dluhu osobního, dluhu věcného. Proto již dluh pozemkový svým vlastním jménem vyslovuje existenci dluhu věcného. Než i při hypotece trvá vedle dluhu osobního dluh věcný, který hledě ku svému subjektu, svému trvání a svému obsahu zvláštního osudu dojiti může. Dle jednotné struktury nemovitostního práva zástavního vězí tedy i v hypotece dluh pozemkový, který zpravidla osobním dluhem se jen doplňuje, jednak obsahově určuje. Věcný dluh je nerozděleně spojen s vlastnictvím pozemku a po právu přechází také na kaž-

⁴⁰⁾ Otto Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Neu bearbeitet von H. O. Lehmann, II/2, Berlin, 1897, 164 a násl.

⁴¹⁾ Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, II, Leipzig, 1905, 852 a násl.

děho nového vlastníka. Směřuje na zaplacení obnosu, za nějž pozemek ručí. Placení není jen vlastníkovu právo. Každé nemovitostní zástavní právo zakládá pro vlastníka povinnost, aby platil (Zahlen sollen) a tedy dluh, pro oprávněného, aby to dostal (Bekommen sollen), tedy nárok na zaplacení. Než splnění věcného dluhu lze pouze vynutiti, uskuteční-li se věcné ručení. Proto se nemůže žalobou žádati pouhé placení, nýbrž placení z pozemku (Zahlung aus dem Grundstücke). V nemovitostním právu zástavním obsažený dluh jest věcně právního rázu. Není to žádná, ve věcné právo zasazená »obligace«, také žádný, mimo zástavní právo stojící »čistý dluh«. Moderní zástavní právo nemovitostní není žádný z věcného a obligačního práva složený tvar. Věcný dluh je spíše podstatná součást věcného poměru. Doplňuje věcné ručení, samo o sobě samostatnosti neschopné. K dokonalému věcnému právu, které se sice může (jako hypoteka) o obligační právo podpírat, ale též (jako dluh pozemkový) této podpory postrádati. Věcný dluh nezakládá žádné povinnosti osoby jako takové, nýbrž vázne na pozemku a jako pasivní součást pozemkového jmění nalézá nutně svůj subjekt v každém vlastníku zavazeného pozemku. Oprávněnému neskytá žádné pohledávky, nýbrž věcné právo věřitelské, které zcela jeví se jen býti právem na pozemku a jen právě proto směřuje proti každému jeho vlastníkovu. Z těchto příčin nelze všech obligačních pravidel o poměrech dlužních užiti na věcný dluh, ač v mnohém směru se tak děje.

Podobně se vyslovuje také D ü m c h e n, aplikuje nauku o »Schuld« a »Haftung« na zástavní právo. Otázka, zda nemovitostní právo zástavní a reální břemena v nějakém věcném zpeněžovacím právu (Verwertungsrecht) se vyčerpávají, anebo zda jsou to útvary, složené z práva věcného a primerní povinnosti ku splnění, musí býti pro moderní právo rozhodnuta ve prospěch alternativy druhé. Je to zřejmé z pojmových předpisů v §§ 1103, 1113, 1191, 1199. Všude v nich stanoví se právní imperativní norma. I veškeré jiné druhy výrazů ukazují, že vlastník nemá býti ku plnění pouze oprávněn, ale i povinen. (§§ 1070, 1073, 1111, 1193, 1194, 1275.) Pouhá slova nedokazují ovšem mnoho, ale jim odpovídá také právní skladba. Obligační ústavy, které předpokládají osobní povinnost ku placení, úpravu plnění, a jeho surrográty, úročitelnost, splatnost, výpověď, prodlení, námítky

atd. přenesly se všechny beze změny na poměr mezi oprávněným a vlastníkem. Kdyby se to mělo odůvodnit, musela by se vlastníková povinnost ku plnění fingovati. Takováto fikce by však věc jen ztížila. Je-li zde úmysl, aby věcné právo povinnost ku plnění pojišťovalo, lze je nejjednodušeji tak zkonstruovati, že se na tuto povinnost připojí. Útvar tento je možný a zákonodárce jím nejsnáze svou vůli uskuteční. Útvar tento odpovídá také právnímu vědomí a potřebě obecnstva. Jak hypoteka, tak i dluh pozemkový a reální břemena jsou povahy aksesorní. Vedle věcného práva je zde také nějaká povinnost ku plnění. Právo ovšem tohoto poměru při dluhu pozemkovém a reálních břemenech se nedotýká, a také praxe si ho nevšímá. Jinak při hypotece. Vedle osobního dlužního poměru je zde také samostatná povinnost, dluh zástavní. Ač obsah osobní obligace zpravidla i zástavní dluh určuje, přece má tato jakousi samostanost. Výpověď a prodlení postihují každou povinnost zvláště. Břemeno průvodní je upraveno různě. Může se žalovati z hypoteky, třeba by se soukromý právní poměr ani neprováděl. Námitky mohou býti pro každý poměr různé. Zástavní dluh může se vlivem veřejné víry v knihy zcela odlišně od soukromého dlužního poměru utvářiti. Při všech nemovitostních právech zástavních a břemenech reálních trvá vedle věcného práva také primerní povinnost vlastníková ku plnění, která při hypotece je zpravidla odvislá od osobní obligace, jinak však samostatná.⁴²⁾ Nikoli v kausálnosti, nýbrž v odvislosti od osobní pohledávky je rozdíl mezi hypotekou a dluhem pozemkovým. Jako je »Haftung« pro dluh vždycky abstraktní, tak je také abstraktní dluh zástavní.⁴³⁾

V náhledech těchto vrací se nám, co dávno již o povaze hypoteky projevil někteří badatelé z těch podnětů, které jim dala hypoteka vlastníková.⁴⁴⁾ Neznali ještě nauky o dluhu a ručení za dluh, ale vystihli již dobře právní poměr. Vlastníková hypoteka jim jej osvětlila. Vlastníkovou hypotekou pravá povaha moderního práva zástavního vysvobodila se z romanistické příítěže. Jeho rysy dosud zamlžené se vyjasnily.

⁴²⁾ JhJ, 54 (1909), 361 a násl., Erich Dümichen, Schuld und Haftung, insbesondere bei den Grundpfandrechten.

⁴³⁾ L. c., 416—418.

⁴⁴⁾ Koch, Das Recht der Forderungen, II, Berlin, 1859, 759. Koch, Allgem. Landrecht für die Preussischen Staaten, 1/2, Berlin, 1862, 518.

V té bezpočetné řadě spisovatelů, kteří o vlastníkově hypotece se vyslovili, každý přispěl svou hřívnou. Každý viděl v ní cosi zvláštního a každý svým způsobem snažil se ji vysvětliti. Právní historie ukázala na zjevy, jí podobné, jinde. Odkryla její stejné principy, třeba na různých místech. Literární formulace vyvodila nám je právníkou spekulací. A tak nezbyvá, než aby se to co je roztroušeno, sebralo v celek.

V kapitole o příbuzných zjevech bylo uvedeno, že středoevropské právo vytváří si pro své právní poměry zvláštní předměty. Právní poměr vtělí se v hmotný tvar a nabude tím trvalé existence. I ze zástavního práva bral statek své jméno a zval se »Pfandschaft«.⁴⁵⁾ Když nová doba zavedla, v knihovních zápisech nové formy, vyvíjelo se v nich právo ve svém duchu starém. Knihovnickými zápisy nabyly právní poměry jen ještě větší přesnosti. Původci jich domnívali se, že je zakládají mezi stranami. Vskutku však vážali je na pozemky. Radikovali je. Knihovnickými zápisy utkvívaly právní poměry na pozemcích, jako dříve i bez knihovních zápisů strnuly na nich renty. Právní poměry, nabyvše zápisy pevného ohraničení, staly se jako renty samostatnými právními předměty. Pokračoval v tom jen právní vývoj, jak jsme jej viděli v právu dřívějším a nejplastičtěji v rentách. Moderní právní formulace, i když ku této souvislosti s dřívějším nehleděla, musila sama pravou podstatu věci právnícky pročititi.⁴⁶⁾

Zápisem zástavního práva vytváří vlastníkem nový předmět pro právní obchod, který sloužití má jeho úvěru hypotekárnímu. Tento předmět podržuje svou existenci, pokud tato nepomine. Pomínouti může však jen tím, že se zástavní právo z knih pozemkových vymaže. Předmět tento má svůj právní obsah. Jsa v ruce osoby třetí, opravňuje ji, aby od vlastníka zaplacení zapsané sumy žádala, a nezaplátí-li, z pozemku exekucí si ji vymohla. V obsahu tomto obsažen je tedy dluh (Schuld) a ručení za nezaplacený dluh (Haftung). Obsah tento trvá i v ruce vlastníka, buď že předmět v koloběh právního obchodu nepřišel anebo z něho do rukou jeho se vrátil. Obsah tento je

⁴⁵⁾ Meibom, Das deutsche Pfandrecht, Marburg, 1867, 4, Zeumer, Quellensammlung, Tübingen, 1913, 309, Wahlkapitulation Karls V, § 4, tamže 408, JPO, V, § 26: oppignorationes imperiales.

⁴⁶⁾ Gierke, Deutsches Privatrecht, III, 923, Wolff, l. c. 528.

podstatou tohoto předmětu. Jím stal se samostatným. Jest jeho účelem a existenčním důvodem. V rukou vlastníka rovná se předmět tento všem jiným věcem, ohledně nichž se mohou zakládati práva. Dá se srovnati se směnkou, kterou chce vydatel její na někoho převésti, anebo která se snad na čas v ruce jeho indosací vrátila. Rovná se bankovce, která je v rukou vydávací banky. Rovná se akcií podniku, která od něho vychází a jím se zase nabývá. Předmět tento je tedy jako každá jiná věc, která dotud trvá, dokud zkázy nevezme. Jeho zkázou jest jeho výmaz.

Zápis zůstává stejný, ať je v rukou vlastníka nebo osoby třetí. Účinky jeho jsou však jiné. V rukou vlastníka je to předmět, připravený pro zástavu, jako věc pro zástavní ručení, můžeme tedy říci: předmět zástavní. V rukou osoby třetí je to však věc, která jí dle svého obsahu legitimuje ku právu proti vlastníkovi a pak docela i proti jeho vůli k exekuci na pozemek. Je-li předmět v rukou vlastníka, nelze tedy mluvit o konfusi, poněvadž tato na zápisu pranic nezmění. Nemá vlastností, které by se zápisu dotkly. Zápis může měniti zase jen zápis. Ovšem i konfuse má v rukou vlastníka své přirozené, logické důsledky. Vlastník od sebe žádného dluhu neřádá. Podrůže pouze předmět ve svých rukou až do té doby, až jej zase dá do rukou druhých. Vlastník zřizuje si jej ve svém dluhu pozemkovém pro příležitost anebo má jej, když se mu z uvolněné hypoteky zpět vrátí. Tento zástavní předmět neztrácí ničeho na své objektivní povaze, ať je v rukou vlastníka nebo osoby jiné.⁴⁷⁾

Z historie pruského práva, zástavního víme, po jakých cestách musila jíti jeho právní konstrukce, než se vypracovala z romanistického pojmání. Ještě dnes nezjednal si pravý názor uznání všeobecného. Jako dříve ještě nyní utkvívá se často na představě, jakoby zřízení hypoteky byla jen forma zástavního práva za osobní a nikoli také jiný dluh. Vskutku však jde, jak to již výše bylo uvedeno, o osobní dluh, který vzešel mezi stranami z uzavřeného právního jednání, a dále o dluh věcný, který se při té příležitosti na pozemek radikuje. Srovnání s rentou osvětlí nám věc jasně. Vlastník je povinen platiti nějaké osobě doživotní důchod, zavázav se jí k tomu osobně. Později

⁴⁷⁾ Gierke, l. c., 922 a násl., mluví tu o subjektivním a objektivním stavu vlastníka práva zástavního.

však sjedná s ní, že místo tohoto důchodu bude jí platiti rentu, která dříve již pro někoho jiného na jeho pozemku byla zapsána. Tím způsobem dává jí za dřívější předmět plnění předmět jiný. Věc je však táž, zřizuje-li vlastník hned od počátku pro tento doživotní důchod v knihách zapsaný rentový dluh. I tu dává něco jiného než slíbil, něco jiného proto, že dluh je připoután k pozemku a že přechází s ním také na nabyvatele nového. Při hypotece nemá se to jinak. Vlastník pro osobní dluh zřizuje na svém pozemku dluh věcný a zároveň ručení za tento dluh. Někteří spisovatelé dobře to vystihovali, pravíce, že je zde takto jakási solidárnost dvojího dluhu, osobního a věcného. K této dvojitosti se nehledělo, poněvadž z osobního dluhu braly se jeho vlastnosti a radikovaly se na pozemku. Vskutku však se zapisoval jen věcný dluh právě s těmito vlastnostmi a zbytečně i s causou dluhu osobního, ač dluh věcný má causu jinou. Jeho causa záleží v tom, že každý majitel stíženého pozemku je tímto dluhem povinen. Vyjadřuje ji jeho označení jako dluh věcný.

Vedle dluhu má moderní hypoteka ještě jinou složku: ručení za dluh. S tímto ručením je zapsána a podle něho má svůj pořad. Pořadem projevuje se ručení určitou silou. Zápisem v určitém pořadí nabývá ručení určitých hranic. Stává se hodnotou, která se dá přesně určití a také právnicky zkonstruovati.

Chťejíce tak učmiti, musíme vyjítí z pojmu práva vlastnického. Pojem vlastnictví, jak známo, rozlišilo nám právo římské v pojem právní absolutna,⁴⁸⁾ právo německé a vůbec stře-

⁴⁸⁾ Dr. F. C. Gesterding, Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen, Greifswald, 1817, 10 a násl., rozeznává ve vlastnictví jura primaria: jus re sua fruendi, utendi, abutendi, pak jura secundaria: jus possidendi a vindicandi. Str. 13 uvádí, že se všechna ve vlastnictví obsažená práva dají uvéstí na právo volného nakládání věci a právo zabránití tuto dispozici druhému. Právním vytyká Randa, Das Eigentumsrecht, Leipzig, 1893, 7, pozn. 8), že vyloučení třetích jest jen důsledek vlastnictví. Panující mínění vidí ovšem ve vlastnictví jednotnost moci (Randa, 6), svrchovanou vládu nad věcí (L. Arndts, Učební kniha pandekt, Praha, 1886, 213), všeobecné právní panství nad věcí (Heyrovský, Dějiny a systém soukromého práva římského, 1910, 312), úplnou právní moc (Dr. Josef Vančura, Agrární právo římské republiky, 1908, 100), panství individualistické libovůle (Alex Franken, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Leipzig, 1894, 105), nejobsáhlejší panství, které se na věci míti může (Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II/1, Marburg,

doevropské v pojem konkrétního skutečna.⁴⁹⁾ Poznání, že absolutno se ve skutečnosti obmezuje, sprostředkovává kompromis mezi názorem římským a středoevropským. Právo vlastnické jest podle něho pouze ta nejširší právní moc nad věcí, kterou právní řád někomu skytá. Pojem vlastnictví jde proudem hospodářského a kulturního vývoje a mění se s ním a v něm.⁵⁰⁾ I mohlo se dřívější teorii jevit jako úhrn různých oprávnění.⁵¹⁾ V právním styku se tak projevovalo, a některé zákony je podle toho tak pojímaly.⁵²⁾ Tak zvaná práva na věci cizí nebo obmezená práva

1913, 147), plnost práva na věci (Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, Frankfurt am Main, 1906, I, 857, každou moc nad věcí, která po přirozenosti a právu je možná (Dernburg, Pandekten, I, Berlin 1902, 444). Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigentum, Heidelberg, 1857, 4, praví: právní obsah vlastnosti nedá se specialisovati, omezen je pouze fysicky. Římský pojem vlastnictví má tedy asi takový význam jako absolutno ve filosofii.

⁴⁹⁾ Dr. Andreas Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, II, Leipzig, 1886, 15, 47, Alex Franken, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Leipzig, 1894, 169, Gierke, Deutsches Privatrecht, II, 349 a násl., Rudolf Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, Leipzig, 1908, 223, Dr. Claudius Frh. v. Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, Leipzig u. Berlin, 1912, 42, Hoops, Reallexicon der germanischen Altertumskunde, 531 (Herbert Meyer, Eigentum), Dr. Przemysław Dąbkowski, Prawo prywatne polskie, II, we Lwowie, 1911, 136.

⁵⁰⁾ Dr. August Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, Weimar, 1878, 161, Adolf Samter, Das Eigentum in seiner sozialen Bedeutung, Jena, 1879, 36, Dr. F. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 1900, 266: svým právnickým obsahem neobmezená moc nad věcí v hranicích zákona a oprávnění osob jiných, Dr. Carl Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts, III, 1905, 254: právní moc nad věcí, sahající tak daleko, pokud po právu a přirozenosti může se vyskytovat. Viz též čl. 641 švýc. obč. zák.: Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen. § 903 n. o. z.: Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschliessen. Podle těchto posledních slov určuje pojem práva vlastnického Schloßmann, Ueber den Begriff des Eigentums (Jh. Jb., 45, 338). Právo vlastnické jest právem vylučovacím (Ausschliessungsrecht), jež není svým účelem obmezeno. Obmezená věcná práva jsou naproti tomu vylučovacími právy pro jistý vymezený účel. Jak patrně, vytýká tento pojem jen účinek práva vlastnického a nepraví ničeho o něm samém.

⁵¹⁾ Samter, 33, Gierke, Deutsches Privatrecht, II, 347 a násl.

⁵²⁾ Code civil art. 544: La propriété est le droit de jouir et disposer

věcná zabírala pro sebe také tato oprávnění. Týkala se buď faktické (služebnosti) nebo právní (zástavní právo) dispozice věcí. Vlastník, zřizuje tato obmezená práva věcná, činí takto oprávněného jaksi spoluvlastníkem s vlastnickým obsahem pro diviso.⁵³⁾ Při služebnosti nebo jiném podobném právě lze věci v tom kterém směru užívat. Při zástavním právu lze věc nebo její plody prodati. Běžná právní formulace nevidí ovšem v těchto právech nějakého spoluvlastnictví, ale nebylo tomu tak povždy. V dřívějším německém právu vlastnickými právy se zvala.⁵⁴⁾ Ať tedy dnes zovou a formulují se jinak, svou povahou jsou dílčími i právy vlastnickými. Podle přirozené své povahy staví se toto dílčí právo vlastnické ku vlastnictví různě. Služebnost odejme svůj obsah vlastnictví zcela. Také zástavní právo při vnučené správě. Právo na vnučený prodej zastaveného statku může trvat vedle práva vlastnického na prodej a vedle oněch jiných práv zástavních, která postupně na zavazeném statku byla zřízena.

Z oprávnění vlastnických má právo zástavní za svůj obsah malou tříšť: právo na prodej pozemku a disposici jeho plody. Jako vlastnictví má právo i na jejich surrogáty: docílenou kupní cenu. Svou povahou se tu práva tato od sebe neliší. Jen formálně. Prodej i dispozice plody děje se při každém z těchto práv jiným způsobem. Při právu vlastnickém z ruky volné, za spolupůsobení soudu nejvýše jen při dražbě dobrovolné. Při právu zástavním jen dražbou vnučenou, při disposici plody vnučenou správou. Vlastník při své hypotece práva toho nemá. Z důvodu svého vlast-

des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemens.

⁵³⁾ Gierke, II, 598 a násl. Podobně vyslovil se i Richard Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigentümers, Berlin, 1877, 10: Chce-li se dáti jistota nějakým předmětem majetku, nemůže se mimo něj ničeho dáti, nýbrž musí předmět tento sám převeden býti, ovšem nikoli přes svůj účel, jen pro pojištění, pod podmínkou tedy, buď odkládací neb rozvazovací. Odkládací nebude-li pohledávka zaplacená. Rozvazovací, bude-li věřitel uspokojen. 21: Zástavní právo v subj. smyslu je tedy podmíněčně nabytí ideálního, neurčitého, ale určitého dílu zcizeného majetkového předmětu. 25: Uspokojení z kupní ceny charakterisuje právo zástavního věřitele jako spoluvlastnictví. Z něho plyne nutně jeho právo na zcizení věci.

⁵⁴⁾ Gierke, II, 349 a násl.

nictví má právo na prodej z ruky volné. Nemůže se mu propu-
stiti prodej z práva dílčího, který by vykonal proti těm, jichž
práva buď on sám nebo jeho předchůdce do knih zapsal. Nebylo
by slušno, aby je dražbou té jistoty zbavoval, kterou jim on sám
nebo jeho předchůdce kdysi poskytl. Důvody tyto odpadají, upad-
ne-li vlastník v konkurs. Tu konkursní správce jako jeho zákonný
zástupce provádí již beze vší překážky prodej vnučenou draž-
bou.⁵⁵⁾ Při vnučené dražbě provádí se však i surrogační právo
vlastníka. Z dražebního výtěžku připadá mu všechno to, co po
srážce surrogačních práv dílčích na něho zbývá. Vlastnictví má
tu tedy pořad za těmito dílčími právy. Takovýmto dílčím prá-
vem jest i vlastnickova hypoteka. Podle jejího pořadu připadá na
ni část dražebního výtěžku.

Při spoluvlastnictví v běžném smyslu je podíl v právu ma-
tematickým zlomkem určen. I dílčí spoluvlastnické právo v na-
šem smyslu je vymezeno. Při služebnostech a jiných podobných
právech vymezuje se jejich obsah in natura. Při zástavním právu
stanoví se taktéž matematicky. Má svůj výraz ve kvotě, která
připadá jako surrogační nárok na právo zástavní dle jeho po-
řadu.⁵⁶⁾ Kvota tato je známa teprve, až surrogace nastane, až je
zde již docílený dražební výtěžek a právoplatný jeho rozvrh. Te-
prve dražebním výtěžkem a podrobným účtem předchozích práv
je dána pevná základna pro hodnotu zástavního práva. Jde-li
o pozemek předlužený, může býti tedy kvota výtěžková docela

⁵⁵⁾ Dr. Aug. Sigm. Schultze, Das deutsche Konkursrecht in
seinen juristischen Grundlagen, Berlin, 1880, 39. Dr. Sarwey, Die Kon-
kurs-Ordnung für das Deutsche Reich vom 10. Februar 1877, Berlin,
1882, 30/4 467/1, 468/3, 14. Dr. Georg Kleineller, Lehrbuch des
deutschen Konkursrechts, Berlin, 1912, 24. Dr. Rudolf Pollak, Das
Concursrecht, I, Berlin, 1896, 138. Dr. Arthur Skedel, Die Grundlagen
des österreichischen Konkursrechtes in ihrer historischen Entwicklung,
Leipzig, 1913, 19 a násl. Omylný názor konkursního řádu rak. z 25. XII.
1868 č. 1 ř. z. 1869, že věřitelstvo konkursní sukceduje ve všechna práva
úpadcovy (§ 1, odst. 2), nový konkursní řád ze dne 10. prosince 1914
č. 447 ř. z. opustil (viz §§ 1, 4, 6 a 7 nového konk. ř. ve srovnání s §§ 1,
4, 6 až 7 starého konk. ř. Místo »Gläubigerschaft« je zde položeno slovo
»Masseverwalter«). Jinak Rintelen, Handbuch des österr. Konkurs-
u. Ausgleichsrechtes, München u. Leipzig, 1915, 63.

⁵⁶⁾ Také Dr. Julian Goldschmidt (ABR, 20, 26) uvádí při
vlastnickové hypotece, že vlastník nabývá jí práva, aby příslušný podíl
dražebního výtěžku zase někomu jinému poukázal.

imaginární. Matematicky je kvota tato již před tím určena výši
pojištěné pohledávky.⁵⁷⁾ Má však jistou rozpínavost zdrženými
úroky, soudními, exekučními a vedlejšími útratami.⁵⁸⁾

Dílčí spoluvlastnické právo na prodej má za účel generální
surrogaci. Na místo zastaveného pozemku nastupuje pro všechny
věřitele, i pro vlastníka surrogát tohoto pozemku, docílený dra-
žební výtěžek. Při vnučené správě jde pouze o surrogaci speciální
za vytěžené plody.⁵⁹⁾

Složky obligačního práva »dluh a ručení« přimkly se v jeho
vývoji k sobě. Staly se nezbytnými soudružkami, že až spolu sply-
nuly. Byl-li tu dluh, bylo tu i ručení za tento dluh. Moderní hy-
poteka musila již s tímto taktém počítati. Když proto zápisem
radikovala dluh na pozemek, radikovala jej v obou jeho
složkách, jako dluh a jako ručení za dluh. Komu se
tedy hypoteka zřídí, tomu svědčí i věcný neboli zástavní dluh
a ručení za tento dluh. Vývojem moderních exekučních prostřed-
ků má toto ručení povahu spoluvlastnického práva, jehož obsa-
hem je právo na prodej ať již samého pozemku nebo jen plodů
jeho.

§ 16. Důsledky.

Vylíčená povaha zástavního práva má pro jeho skladbu a
jeho poměr k osobní pohledávce důležité důsledky. Zástavní právo
přivede se tím na jediný typ. Je jím dluh věcný, reální nebo
zástavní, na nemovitosti radikovaný (Schuld), za nějž nem-
ovitost tato ručí (Haftung). Německý občanský zákonník
má již pro tento typ svůj obzvláště akcentovaný tvar. Je to dluh

⁵⁷⁾ S našeho stanoviska musíme se tedy vysloviti proti teorii
o právu na podstatu (Substanzrecht) a na hodnotu (Wertrecht) (viz
ACP, 91, 155. Kohler, Substanzrecht und Wertrecht), pokud by se
vlastnictví označovalo pouze jako právo na podstatu a toliko právo zá-
stavní a jiná podobná práva právy na hodnotu (viz Cromé, System
des deutschen bürgerl. Rechts, III, 1905, 254 a násl. Substanzrechte: Ei-
gentum, Nutzungsrechte, Wartrechte; Wertrechte: Reallasten, Pfand-
recht). Právo vlastnické je stejně tak právo na podstatu jako na hod-
notu a s obmezenějším obsahem je tomu tak i při právu zástavním.

⁵⁸⁾ Obč. zák. něm. v § 1178 rozumně stanovil, že hypoteka za za-
drželé úroky a vedlejší útraty konfusí pomíjí. Na budoucí úroky a
útraty se to nevztahuje. Viz BGB, § 1178.

⁵⁹⁾ § 126 r. ex. ř., §§ 142, 158 n. ř. z. o nucené dražbě a správě.

pozemkový (Grundschuld). Jiné právo, na př. naše a rakouské ho ještě postrádá, ač reální břemeno jej již vyznačuje. Skonstruujeme-li nemovitostní právo zástavní na tento typ, mnohé pochybnosti, mnohé nedůslednosti rozřeší se nám samy sebou. Různé druhy něm. zástavního práva ku nemovitostem seskupí se nám pouze ve dva, v prostý dluh věcný bez pohledávky a dluh věcný spojený s osobní pohledávkou. Prostého dluhu věcného jsou pak dva způsoby, dluh pozemkový a reálný. Dluh věcný spojený s pohledávkou jest buď hypoteka nebo pojišťovací hypoteka.

Hypoteku, ať již obyčejnou nebo pojišťovací, charakterizuje tedy dvojice dluhů, dluh věcný a osobní. Spojení jich prostředkovává zpravidla dlužník a vlastník v jedné osobě. Nad to je tu ještě svazek mezi těmito dvěma dluhy, který činí jeden dluh závislým na dluhu druhém. Je tu spojitost, která upomíná na zástavní právo simultánní. Stejně námitky, které mohou býtí činěny proti osobní pohledávce, mohou býtí činěny i proti hypotece (§ 1137). Pohledávka nemůže býtí bez hypoteka a hypoteka bez pohledávky postoupena. Postoupením pohledávky přechází i hypoteka (§ 1153). Odvislost od osobní pohledávky je zejména znatelná při t. zv. kaučníc neboli maximální hypotece (Höchstbetragshypothek). Pozemek při ní ručí za dluh, který teprve vznikne (§ 1190). Spojitost dluhu věcného s dluhem osobním jeví se v tom, že dluh osobní způsobuje vznik dluhu věcného.

Dluh věcný může se s dluhem osobním rozejítí, takže zůstane bez něho. To jsou všechny případy vlastníkovy hypoteka, kde po samém zákonu hypoteka mění se v dluh pozemkový. Než i jinde ve všech případech, kde se osobní dluh rozejde s dluhem věcným, měl by vzejítí dluh pozemkový, ač to zákon neuvádí anebo i nadále o hypotece mluví. Je tomu vždy, kdy vlastník a osobní dlužník jsou různé osoby bez společného vztahu k osobní pohledávce. Obrátí-li se věřitel na vlastníka a provádí-li proti němu své vtělené právo, může provádětí jen čistý dluh věcný, poněvadž žádného jiného dluhu tu není. Provádí tedy vlastně dluh pozemkový. Ob. zákonník něm. není toto rozdvojení neznámo. Zmínil se o něm na mnohých místech (§§ 1137, 1138, 1141—1146, 1160, 1161, 1164, 1167, 1174, 1180). Něm. obč. zákonník nepřiznává tu ovšem existenci dluhu pozemkového, poněvadž jej skonstruoval jako abstraktní ústav, prostý vší souvislosti s pohledávkou. Tato souvislost nesmí býtí sprostředko-

vána ani osobou cizího dlužníka, který stojí úplně mimo knihy. Tím ovšem má dluh pozemkový podle něm. obč. zákona jinou povahu nežli dluh věcný. Při dluhu pozemkovém není žádného zřejmého svazku s nějakou osobní pohledávkou, a ani ho býtí nemusí, byl-li dán pozemkový dluh na př. darem. Mohl však tu býtí, byla-li ještě dříve nějaká pohledávka, mezi stranami. Ale tato pohledávka právě zanikla, když pro ni dluh pozemkový byl zřízen. Zanikla datione in solutum, jsouc vyrovnána dluhem pozemkovým. Dluh pozemkový má pro ni též význam, jako kdyby ku jejímu zapravení dána byla směnka. Poněvadž tu není žádné spojitosti s pohledávkou, odpadají také námitky, které by se z pohledávky činiti mohly. Naproti tomu po rozloučení z dřívější osobní jednoty v subjekty dva, vlastníka a osobního dlužníka, trvá svrchu dotčená spojitost mezi oběma dluhy i dále. Tak je tomu zejména při zrůdě německé vlastníkovy hypoteka, t. zv. »forderungsbekleidete Eigentümerhypothek«. Tato hypoteka je totiž přežilá struktura pruské vlastníkovy hypoteka. Podle pruské praxe, jak bylo v I. díle vylíčeno, nabývala se i osobní pohledávka. I když správný názor přivedl techniku legislativní k dluhu reálnímu, jakým je dluh pozemkový, přece zde ještě zbyla hypoteka s pohledávkou, nabývala-li jí sám vlastník. O těchto případech zmiňuje se § 1177 2. odst. a § 1143 n. z. o. Zaplatí-li vlastník nedlužník věřiteli pohledávku nebo spojí-li se nedlužníkovo vlastnictví, hypotekou obtíženě, s právem věřitelským v jedné osobě, povstane podle nauky o dluhu a ručení za dluh poměr. 1. mezi vlastníkem věřitelem a osobním dlužníkem a 2. mezi vlastníkem věřitelem a jím samým jako reálním dlužníkem. § 1177 n. z. o. tu praví, že se má hypoteka vlastníka s pohledávkou posuzovati podle předpisů o dluhu pozemkovém. Sjednocením tímto nezmění se na poměru ničeho. Příklad je stejný, jsou-li vlastník a věřitel osoby různé. Osobní pohledávka nezanikne, poněvadž má svou existenci mimo knihy. Proč by tedy měl zaniknouti dluh reální? Slouží osobní pohledávce a pokud tato trvá, zůstává s ní ve dvojici. Vlastník může své právo vykonati mimo knihy. Proti sobě v knihách nikoli. Právo mu to nedovoluje, a je to logické, poněvadž by nevykonával osobní dluh. Placemím z jiné podstaty získal by jen to, co již má, nárok proti osobnímu dlužníkovi.

Nauka o dluhu a ručení za dluh musí zasáhnouti také do

simultánních, nebo, jak něm. obč. zákonník naznačuje, vespolečných hypotek (Gesammthypotheken), zejména do postihu jich mezi sebou. Nárok ze simultánní hypoteky může být upraven podle dvou hledisek. Buď může mít hypotekární věřitel úplnou volbu, které ze simultánně zavazených hypotek chce se držeti, tak jako při závazku solidárním. Anebo může být ve své volbě vázán. Takové stanovisko zaujalo české právo, odkazujíc věřitele při komorním platu na každý ze spoluzavazených statků rovným dílem.⁶⁰⁾ Ale také obecné právo začalo již simultánního věřitele vůči interessovaným osobám při konkursu a dražebním řízení v jeho volbě omezovati. Ze samých pramenů se odvozovalo, že právo se nesmí tím způsobem vykonati, aby druhému škodilo.⁶¹⁾ Co obecnoprávní teorie formulovala, některé zákonodárství již provádělo, tu věřitele obmezujíc, tu toliko zadním věřitelům proti účinkům svobodné volby některé prostředky skytají.⁶²⁾ To je také stanovisko rak. zákonodárství. Simultánní věřitel má právo volby (§ 15 kn. ř., § 222 ex. ř.). Nevykoná-li ho, přispívají na jeho pohledávku po úhradě předchozích závad zbytky rozdělovacích podstat poměrně. Užije-li práva své volby, mají zadní věřitelé postih na uvolněný dílec druhých podstat. Nebyly-li pak všechny hypoteky prodány, mají náhradní nárok v pořadí uvolněné hypoteky ve výši, vypočtené podle daňových hodnot jednotlivých hypotek (§ 222 ex. ř.).

Německý obč. zákonník zůstal zásadně státi na svobodné volbě věřitele. Jeho motivy pocítují příkrost toho, ale řešení zdá se jim těžké. Stěží dal by prý se naléztí způsob vyrovnávací, který by se dal prakticky provéstí a odpovídal by spravedlnosti. Stejně právo, které se žádá pro zadní hypotekáře, musilo by se žádati i pro vlastníka. Jeho zájem je často plně divergentní, zejména ručí-li jedněm zadním věřitelům osobně a druhým jenom

⁶⁰⁾ DH, V, Dr. Adolf Exner, Das österreichische Hypothekenrecht, Leipzig, 1881, II, 289.

⁶¹⁾ ZZ z r. 1530, č. 118, z r. 1549 G. 33, z r. 1504 E. 21, OZZČ, G. LVIII, LIX. Viz též Exner, l. c. 309, pozn. 7) a Haan, Studien über Landtafelwesen, Wien, 1866, 133. Tento však chybuje, domnívaje se podle nejasného textu německého G. LIX, že se podíl prikazoval podle poměru hodnoty. OZZČ praví v G. LIX jasně: »podle rovného z jednoho každého statku dílu.«

⁶²⁾ Exner, l. c., 310, pozn. 12). Motive, III, 684, ACP, 89 (1899), 261 a násl., Walther Lang, Die Gesammthypothek.

jako vlastník. Kdyby jen jedna nemovitost nebo jen některé nemovitosti byly v dražebním řízení zcizovány, musily by se hodnoty druhých vypočítavati a exekuce, by se tím stěžovala. Vyrovnání bylo by pak nespravedlivé, kdyby se při pozdější dražbě vyšší nebo nižší hodnota docílila, než by činila hodnota odhadní. Zákonodárství učinilo dosti, povolilo-li korreální hypoteku vlastníkům malých pozemků, aby reálního úvěru mohli užíti. Nemá však žádné další příčiny, aby na útraty právní a správní jednoduchosti zabývalo se parcelou, která simultánní hypotekou je stížena ještě dále. Je-li v některém kraji sklon k tomu, že se pozemky zastavují společně s jinými, pak zase jednotlivě a posléz snad ve dvojí nebo trojí kombinaci, není jistě radno, aby se takovýto, jen ku zmatku jdoucí směr podporoval.⁶³⁾

Princip věřitelovy svobodné volby jeví své účinky jednak aktivní, pro věřitele, jednak pasivní, pro hypoteku. Simultánní věřitel může z kteréhokoli ze spoluzastavených pozemků zaplacení zcela nebo z části žádati, na ně podle své libovůle pohledávku rozdělití (§ 1132), na kterémkoli pozemku se jí vzdáti a na ostatní ji obmeziti (§ 1175). Uvolní-li se hypoteka podle § 1163, takže různým vlastníkům společně připadne, mohou si jí i tito vlastníci podle své libovůle mezi sebou rozvrhnouti (§ 1172).⁶⁴⁾ Postih vlastníka nebo osobního dlužníka (§ 1174) proti jednomu ze simultánních vlastníků nebo jeho předchůdci může získati hypoteku na jednom anebo na některých, uspokojí-li věřitele sám nebo spojí-li dluh s pohledávkou ve své osobě (§ 1173) anebo uspokojí-li se věřitel z dražebního výtěžku vlastnickova pozemku (§ 1182). Nabude-li se hypoteka na jednom pozemku nebo jen na některých, musí to ovšem míti v zápětí, že zaniká na pozemcích ostatních. Vlastníci jich zbavují se jí beze všeho svého souhlasu. Nápad vlastnickovy hypoteky se tím ruší (§§ 1173, 1174). Vlastníkovi uniká také hypoteka, které se simultánní věřitel vzdá anebo v příčině které se se svým právem vyloučí (§ 1175). Předpisy tyto tedy hluboce zasahují jak do práva vlastnickova, tak i do práva zadních věřitelů. Do práva těchto věřitelů zasáhl zejména německý obč. zákonník tím, že náhradní nárok osobního dlužníka (§ 415, 421, 420) proti jednomu ze simultánně zavaze-

⁶³⁾ Motive, III, 686.

⁶⁴⁾ Lang, l. c., 299, BGB, § 1172/3.

ných vlastníků a také docela proti jeho předchůdci s hypotekou těchto osob sepial (§ 1176) a pro tyto nároky jakousi jeho postihovou zajišťovací hypoteku (Rückgriffshypothek) vytvořil.⁶⁵⁾

Teorie káře v obč. zákoníku něm. nedostatek rozvrhu mezi hypotekami.⁶⁶⁾ Jakýsi náběh k němu má však již sám anebo aspoň ve spojení se zákonem o dražebním řízení ze dne 24. března 1897. Případně-li podle § 1163 simultánní hypoteka všem vlastníkům společně, může každý z nich žádati, aby byla na jeho pozemku obmezena na ten dílčí obnos, který odpovídá hodnotě jeho pozemku a hodnotě všech pozemků, předchozí závady na nich odpočítávají (§ 1172). Předpis tento je však podpurný. Vlastníci mohou mezi sebou něco jiného ujednat (§ 1172). Nevykoná-li pak simultánní věřitel své právo volby dle § 1132, má se do rozdělovacího plánu pojeti u každého pozemku jen ten obnos, který odpovídá poměru dražebního výtěžku, předchozí závady odpočítávají (§ 122 zák. o draž. říz.).⁶⁷⁾ V některých případech však simultánní věřitel právo své dle § 1132 ani vykonati nemůže. Je to při exekuci na nemovitosti, kde nároku vymáhajícího věřitele předchází simultánní hypoteka, pojme-li se na návrh některého účastníka (vlastníka nebo zadního hypotekáře) do nejnižšího podání při každém pozemku ze simultánní pohledávky jen dílčí obnos, který hodnotě všech pozemků odpovídá, předchozí závady, jež potrvati mají, odpočítávají (§ 64 cit. z.). Příklepem stane se toto příkázání definitivním a simultánní hypoteka rozdělí se podle tohoto poměru na jednotlivých pozemcích v jednotlivé hypoteky. Hypoteky za další obnosy na těchto pozemcích zanikají (§ 91 odst. 1. cit. zák.).⁶⁸⁾ Rozvrhem tímto bere i postihová hy-

⁶⁵⁾ Wolfgang Robert, Die Rückgriffshypothek, Inaug.-Diss., Halle a. S., 1906, 13 a násl., 51 a násl., Lang, l. c., 310 a násl.

⁶⁶⁾ DH, VIII, Dr. H. Dernburg, Das preuss. Hypothekenrecht, 179 a násl., t ý ž, Das bürgerl. Recht (1904), III, 675 a násl., Lang, 321 a násl., Dr. Martin Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II/1, Marburg, 1913, 533. Motive, III, 686, utěšují zadního věřitele těmito slovy: Rechnete der eine oder der andere Betheiligte auf eine Minderung dieser Belastung durch die Mithaft anderer Grundstücke, so rechnete er auf einen Vortheil, dessen Erlangung für ihn vom Zufalle abhing, und wenn er dann hierin getäuscht wird, so liegt der Grund davon lediglich in dem Vertrauen auf eine Berechnung, deren Voraussetzungen der Gewissheit ermangelten.

⁶⁷⁾ Lang, 274.

⁶⁸⁾ Lang, 277 a násl.

poteka dle § 1182 svého konce.⁶⁹⁾ Rozvrhem je rámeček simultánní hypoteky vyčerpán a pro postih není tam více místa. K postihu dlužníka dle § 1174 ani v budoucnosti již dojíti nemůže, poněvadž příkazem pohledávky z dražebního výtěžku byla tato zapravena (§ 118 zák. o draž. říz.) a všichni dlužníci svého závazku sprostěni.

Přístupme nyní k užití nauky o dluhu a ručení za dluh na simultánní hypoteku. Z povahy věcného dluhu, který stejnou sumou vázne na všech spoluzavázaných realitách, plyne, že povinnost jejich vlastníků je solidární. Stav tento kryje se se zájmem věřitele, aby nijak obmezován nebyl, a s právem jeho svobodné volby, kterou mu běžné právo přiznává. Jednostejný závazek každého vlastníka, aby dluh platil, způsobuje mezi různými simultánními vlastníky stejný poměr, jako kdyby všichni byli osobními solidárními dlužníky. Reálně jimi jsou, třeba by nebyli osobně. Tato dvojitost má také různé účinky. Je-li soukromý poměr mezi stranami, dluh reálně bere jej na svá bedra. Je to jeho úkol. Ukládá povinnost reální tam, kde je nějaká povinnost osobní (Schuld). Není-li takového soukromoprávního poměru, je zde pouze poměr ručících hypotek (Haftung). Rozdíl ty jsou zejména zřejmy při postihu. Může býti druhu dvojího. Volbou simultánního věřitele mohou býti zkráceni z a d n í h y p o t e k á ř i. Vzejde jim proto p o d r a ž b ě postih mezi hypotekami. Rakouské zákonodárství ukázalo mu cestu v § 37 konk. řádu ze dne 25. prosince 1868 č. 1 ř. z. z r. 1869 a v § 222 ex. ř. Právo těchto hypotekářů má býti však chráněno již p ř e d d r a ž b o u. Právem simultánního věřitele, aby jednoho neb i více simultánních dlužníků ze simultánního ručení propustil, nemůže býti postih mezi hypotekami změněn. Také p r á v o v l a s t n í k a n a h y p o t e k u nesmí jím býti dotčeno.⁷⁰⁾ Simultánní závazek měl by i nadále zůstatí na propuštěné hypotece pro postih hypotek a vlastnickovu hypoteku zachován. Třeba by běžné zákonodárství proto ještě formy nemělo, snadno by se našla na př. v knihovně poznámce, že propuštěná hypoteka pro postih hypotek a vlastnickovu hypoteku se

⁶⁹⁾ Hypoteka tato, jdouc pořadím za všemi právy na pozemku, k rozvrhu povinným, je více než problematická. Viz Wolff, l. c. 533.

⁷⁰⁾ Viz výklad Wolffa, l. c., 537 o nesrovnalostech, k nimž § 1175 n. z. o. vede.

zachovává.⁷¹⁾ Aby však knihovní stav nestal se neurčitým, byla by tu vhodná časová prekluse. Poznámka zapsala by se na návrh zájemníka, zakročil-li o ni do 14 dnů potom, kdy byl o propuštění hypoteky vyrozuměn.

Ale postih může míti i vlastník, který simultánní pohledávku zaplatil, ať již jako osobní nebo jen reální dlužník. Povahou svou je takovýto postih povždy nárokem náhradním. Dává mu jej smlouva nebo zákon, plní-li širším obsahem, než jak mu slušnost ukládá. Jest sice tímto plněním povinen, ale vyhrazuje se mu odškodněná. Nárok jeho je tedy pohledávka. Vymáhá ji v simultánní hypotece. Úkol hypoteky, aby sloužila nějaké pohledávce osobní, obzvláště tu vyniká. Simultánní hypoteka dává se tu do služby pohledávky nové, náhradní. Simultánní hypoteka stane se tu jakousi hypotekou zjišťovací.⁷²⁾ Výše náhrady může býti stanovena různě. Mezi osobními dlužníky podle jejich osobního poměru (§ 426 n. z. o., § 890 o. z. o.). Vlastník rovná se tu při výkonu svého práva simultánnímu věřiteli. Poměrem mezi osobními dlužníky jest však obmezen. Je naň vázán, nemá práva volby. Tento soukromoprávní postih může převyšovati míru postihu mezi hypotekami. Zadní hypotekáři nemohou mu však odporovati. Provedou své právo na přiděl podle poměru hypotek až při rozvrhu po dražbě. Postih může míti: 1. vlastník spoludlužník proti simultánním dlužníkům jako spoludlužníkům osobním, 2. vlastník nedlužník proti spoludlužníkům a 3. vlastník nedlužník proti nedlužníkům. Ad 1. a 2. posuzuje se podle zákona nebo smlouvy. Vlastník nedlužník má ad 2. nárok na náhradu, učiniv náklad, k němuž podle smlouvy nebo zákona osobní dlužníci byli povinni. V třetím případě jsou tu dva poměry, jako při hypotece jednoduché, a) mezi vlastníkem a osobním dlužníkem mimo hypoteku a b) mezi vlastníkem a reálními dlužníky simultánními, mezi něž i vlastník patří. Zaplatí-li jeden ze simultánních vlastníků, nastane poměr jako při jednoduché hypotece, platí-li nedlužník. Platí-li vlastník, nabývá celé simultánní hypoteky a zároveň osobní pohledávky za dlužníkem mimo knihy. Nedostane-li tu vlastník od soukromého dlužníka náhradu, má

⁷¹⁾ Princip tento hájí se teorií k § 1175 n. z. o. Viz ABR, 40, 324. Dr. Johannes Biermann, Pfandrechte und Hypotheken bei Gesamtschulden, Gesamtforderungen und gemeinschaftlichen Forderungen.

⁷²⁾ Wolfgang Robert, Die Rückgriffshypothek, 55.

nárok na postih. Výši náhrady neurčuje tu žádný speciální soukromoprávní poměr. Třeba ji hledati ne v dluhu simultánních dlužníků, ale v ručení hypotek. Nastane tedy čistý postih mezi hypotekami podle jejich hodnot.

Navržená konstrukce míněna je pro futuro, až dojde k zákonodárné úpravě. Na právo rakouské a československé dala by se však aplikovat již dnes. Zákonodárce nestanovil zvláštních předpisů pro simultánní hypoteku. Ponechal to formulaci teorie. Jinak je tomu podle něm. zákona obč. Mnohé předpisy jeho stojí tu podobné aplikaci v cestě. Tak zejména § 1172, že vlastníci mohou při simultánní hypotece rozdělovací kvoty libovolně upravit, a teprve není-li to ujednáno, že se mají upravit podle hodnot hypotek, předchází závady odpočítavajíc. Stanovisku našemu odporují také všechny ty předpisy, které vlastnickou hypoteku ničí (§§ 1173—1175), dále i ten, podle něhož jen jediný vlastník hypoteku získá (§ 1173). Kardinálním nedostatkem pak vůbec je, že německé zákonodárství regresu mezi hypotekami vůbec postřádá.

Teprve po výkonu postihu připadla by simultánní hypoteka společně všem vlastníkům. Mohli by jí buď společně disponovati nebo žádati, aby se podle zásad § 222 ex. ř. mezi ně rozvrhla.

DÍL PRVNÍ.

Vývoj vlastnickovy hypoteky.

I. Vlastnickova hypoteka římská.	
§ 1. Literatura a prakse starší	1
§ 2. Novější literatura a prakse	12
II. Vlastnickova hypoteka německá.	
§ 3. Vznik na různých místech	25
§ 4. Vlastnickova hypoteka pruská	35
III. Vlastnickova hypoteka podle německého občanského zákonníka.	
§ 5. Zákonodárné přípravy	50
§ 6. Právnícké sjezdy a literatura	55
§ 7. Dokonané dílo v občanském zákoníku	59
IV. Vlastnickova hypoteka rakouská.	
§ 8. Literární přípravy	79
§ 9. Přípravy judikatury	103
§ 10. Zákonodárné přípravy	109
§ 11. Zákonodárná formulace	132
V. Vlastnickova hypoteka československá.	
§ 12. Zákonodárné přípravy	167

DÍL DRUHÝ.

Právní povaha vlastnickovy hypoteky.

I. Řešení v životě a teorii.	
§ 13. Příbuzné zjevy	185
§ 14. Literární projevy	196
II. Pokus o konstrukci.	
§ 15. Dluh a ručení	223
§ 16. Důsledky	239

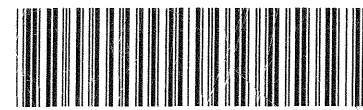
SEMINÁRNÍ
Judiciál.



KNIHOVNA
oddělení

REV15

ÚK PrF MU Brno



3 1 2 9 S 1 0 7 0 0

190, -