

IV.

Vlastníková hypoteka rakouská.

§ 8. Literární přípravy.

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 kvitanice musila míti doložku, že dlužník může ji sám do desk vtělit a tolik dlužní sumy odepsati dáti, kolik bylo kvitováno. O kvitanici bez této doložky vyslechla dříve dvorská kancelář nebo českí 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 aufgehbt, 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: Gleichwie eine Hypothek nicht anderst, als durch die wirkliche Einverleibung der Pfandverschreibung in die Landtafel, Stadt- oder Grundbücher bestellet wird, also kann dieselbe auch nur durch die daraus bewirkende Auslöschung getilget und aufgelöset werden, wofern solche nicht auf eine gewisse Zeit beschränct 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 landtäflich, stadt- oder grundbücherlich vorgemerkte Haftungen und Verbindungen nicht anders, als

kladě zůstal i zákoník západohaličský, maje již v § 149 II. díl závěreční větu: »Ein Hypothekargut bleibt solange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist.« Redaktoři občanského zákoníka trvali sice na romanistickém stanovisku,⁵⁾ 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 nekonfusí, ale jen výmazem zaniká.⁶⁾ Takovýto stav zákonodárství dal, jak přirozeno, podnět k různému výkladu. Praxe disponovala uvoznými 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.

Tekstování občanského zákoníka (§§ 469, 1446) zavdávalo příčinu ku mnohému sporu. Trojí mínění se celkem vyskytlo. Jedni připouštěli při § 449 o. z. o. beze všeho obmezení proti movému nabyvateli zapsané pohledávky námitku, že pohledávka je již zaplácena. 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 getilget 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 aufgelöset 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. 8, 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 K r u p a r z.⁷⁾ Předpis §u 469 o. z. o. je pouze formálního rázu. Na ruční zástavě není znáti, že je zástavena. Na hypotece je to však zřejmě 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 exekuci odevzdání. Potvrzuje to i § 928 o. z. o., právě, že dluhy a nedoplatky musí se vždy zastoupiti. Kruparz kloní se tedy z §§ 1395 a 1396 o. z. o. k názoru, že držitel hypoteky může prenotantovi, cedentovi a exekventovi zapravené pohledávky vůbec všechno to namítati, co mu z námitek 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 sporna, mělo by to od zákonodárce prohlášeno býti. K náhledu Kruparzovu připojil se výslovně G s p a n.⁸⁾ Věta § 469 o. z. o., že zástavní právo zapravením pohledávky zaniká, má obecnou platnost. Jeho pozdější věta neobsahuje z ní pražádné výjimky. Zůstává-li statek až do té doby zavazen, pokud se dlužní list z knih nevymaže, praví P i v e t z, 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 L e k i s c h o v o. Zásada §u 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 S t u r m.¹¹⁾ Právo převodcovo i mabyvatelovo je stejné. Smlou-

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

8) Peter Erasmus Gspan, Abhandlung über die gesetzmässige Befriedigung concurrirender Gläubiger, 1, Grätz, 1837.

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

10) ZRG, 1844/1, 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. Ustav 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.«

V čele skupiny druhé stojí sám spoluredaktor občanského zákonníka Z e i l l e r.¹³⁾ Vyrovnáním pohledávky a konfusí zástavní právo zaniká, ale poctivý nabyvatel chrání se ve své důvěře ve veřejné knihy. Stejného mínění je i S c h e i d l e i n.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 W i n i w a r t e r.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 právo 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 giltig angewendet 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. Z e i l l e r, Commentar über das allgemeine bürgerl. Gesetzbuch, II, Wien u. Triest, 1842, § 469, IV, 1813, § 1446.

¹⁴⁾ Georg S c h e i d l e i n, Handbuch des österreichischen Privatrechts, Wien u. Triest, 1814, §§ 469, 1446.

¹⁵⁾ Joseph W i n i w a r t e r, 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 nespravedlivě. 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 nevymazanou hypoteku, ač pohledávka byla vyrovnána, témuž nebo jinému věřiteli pro jinou pohledávku postupuje.²¹⁾ Případ tento merovná 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 pořad, místo, locus s hypotekou. Pořad a místo nevymazané hypoteky lze postoupiti, ale rakouské právo nemá o tom ještě žádných předpisů, jako pruský LR v § 52 svého dodatku.²²⁾

W i l d n e r 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, nevymazav z veřejných knih dlužního listu. Držitel hypoteky svěřuje 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.

šimu 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 mezizástavní věřitele. Zástavní dlužník nemůže zástavní právo, byla-li pohledávka zaplácena, 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 prakse 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 mobilární a hypotekární v § 464 o. z. o. dá se i dobře doložiti 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. Není tedy protismyslno, zůstane-li zástava i po zapravení pohledávky věřiteli zavazena. Snadná 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 Zeillierův, že toliko vírou ve veřejné knihy po konfusi knihovní práva dále trvají. Zákon tohoto obmezení nezná a vědomost nového nabyvatele o konfusi je nerozhodna.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, přihlédne-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. nezamikají práva a závazky konfusi, naskytnou-li se poměry zvláštního druhu, a podle § 1446 o. z. o. nezamiká 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 zcizí. 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 vážnoucí 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 Kopezky 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 zápůjčku pod váznoucí ještě hypotekou opět obdržeti. A není potřeba, 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 zápůjčky. Strany nemusí je považovati za úplné vyrovnání dluhu. Na jiného věřitele může pak dlužník zaplacenou hypoteku tím způsobem převést, že ji nejprve cesse neknihovně na sebe převede. Až třetího cessionáře pak získá, převede pohledávku na něho knižně. I tu je to »res inter alios acta«, proti níž nikdo třetí ničeho namítati nemůže. Knižní 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 Kopezky, aby jako v bavorském a pruském právu i v rakouském právu otázka byla zákonem řešena a dlužníkovi bylo volné nakládání nevyřazenou 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 poznamenalo.³³⁾

S Nipplem souhlasí částečně také A u s s e z. Mezi kontrahenty zanikají práva knižní 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 ono mínění, že dlužník může již zaplacenou, ale nevyřazenou položku témuž nebo jinému věřiteli za jinou pohledávku poskytnouti. Takové řešení priority je tabulárním zákonu úplně nezná-

³²⁾ ZRG, 1834/2, II, 24 a násl. Franz Johann K o p e z k y, 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 K o p e z k y, Die Berechtigung des Hypothekarschuldners bei oder nach der Zahlung der Forderung über die nicht gelöschte Hypothek zu verfügen.

³⁴⁾ Dr. F. S. A u s s e z. 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 Kopezkého odvolává se také U n g e r. 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 K l e p s c h hypotekární 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 dlužníková 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 hypotekární pohledávka není vymazána, může, ač byla držitelem hypoteky zaplácena, 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 U n g e r, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Königreich Sachsen, Wien, 1853, 252. Unger ve svém systému (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 K l e p s c h, 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 převésti, 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 v cestě.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 přepsaná 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, odvolávaje 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 cessi býti zbaven? Kdyby se mělo tomu přisvědčiti, nejen 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⁾ GZ. 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 cessi, 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 cedlována, 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. Nějaký 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 nabýti 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 potrval, i když pozemek je opuštěn. Konfuse jeho výkon pouze zastaví. Zaplacení, kompensace, promlčení založí proti ně-

⁴⁵⁾ IV. Aufl. besorgt v. Dr. Armin E h r e n z w e i g, 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 korrektní 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 dotyčná 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 mírá 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 novaci 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. Mát 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 přece 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 vzkřísiti. Jen zástavní právo se zachovává, aby sloužilo nové pohledávce, která se pro »cessionáře« zřizuje. Ve skutečnosti je zde tedy jen hypotekární sukcesse, 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 vyjít na prázdno.⁵⁶⁾

Jak již z Exnera vidno, dala se právnická literatura rakouská směrem romanistickým. Bralí 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 recenssi jeho spisu odporuje Fuchs, Jur. Bl., 1881, č. 31 hrozí docela trestním zákonem tomu, kdo by si dal zaplacenou pohledávku postoupiti. Jen superkondicient 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 neničí. 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, konfusí atd. právo zástavní zaniká.⁶⁵⁾ Randa zaujímá proto stanovisko, že rak. právo vlastnickovy hypoteky nezná.⁶⁶⁾

D a v ě d přiznává docela zadním věřitelům právo, aby materiální zánik formálně ještě trvající 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., l. c. 342.

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

⁶⁶⁾ R a n d a, Eigenthumsrecht, 548.

terielně neúčinnou anebo místem, které zaujímá. V rak. právu není o tom předpisu a ze zásady publicity nedá se právo toto odvozovati. Tožliko 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 vlastníkoví právo, aby výmaz hypoteky provedl. Neužije-li tohoto práva, odpočívá hypoteční právo, pokud pozemkové vlastnictví a hypoteka jsou v jedné osobě spojeny. Nabývá zase působnosti, rozjedou-li se, buď že pozemek se zcizí anebo hypoteční právo převede. Proti výmazné žalobě zadních věřitelů je vlastník tím chráněn, že hypoteka sjednocením materielně 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 vlastníkovy hypoteky v rak. právu byl S t r o h a l. 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, nemožou míti smyslu, že zůstává zavazen pro zaplaceného věřitele nebo pro třetí osoby, které zápisu věří. Smysl slov těch je jediné, že zůstává zavazen pro vlastníka. Cesse, kterou si od zaplaceného věřitele na sebe vydati 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 dispoziční 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⁾

K r a s n o p o l s k i⁷¹⁾ 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 vlastnicko. Krasnopolski má za to, že vyrovnání dluhu žádné absolutní, nýbrž jen relativní bezúčinnost způsobuje. »Das Hypothekargut bleibt verhaftet« meznamená 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 disposiční 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 vlastníkovi hypotece rozvádí Krasnopolski ještě ve zvláštní stati. Je celkem jen polemická. Obrací 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. Nenašel významu jiného, když později připojen byl teprve § 1446 o. z. o.⁷³⁾ S Krasnopolskim o vlastníkovi hypotece v rak. právu souhlasil i Burckhard.⁷⁴⁾ Steinlechner shrnuje všechnu rak. literaturu o vlastníkovi hypotece. Literatura tato snaží se rozvinouti zákonné zárodky hypoteky na vlastní věci, aby dala jistý základ kolísavé judikatuře. Z odpůrců vlastnickovy 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. Otrásá 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 Sernec, 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. Ser nec 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 nepřisluší, aby se o likviditě předchozí pohledávky vyslovili, neřku-li, aby i zvláštní žalobou mohli ji popírati.

Fleischer⁷⁷⁾ vyslovuje se pro germanistický směr, dle něhož hypotekární dlužník hypoteky na vlastní věci nabývá. Tento směr má znění zákona, potřebu prakse 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 nic 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 Haker 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 vlastníková hypoteka. Později může však bez pohledávky existovati. Její existence je hypotetická. Závisí 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 výrazu nemůže býti od žádného zákonodárce očekávána a tím méně od redaktorů občanského zákonníka. Na bezelstné nabytí nelze zaniklou hypoteku obmezovati. Při § 1446 o. z. o. nemůže se ani na takovéto nabytí myslet. 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 neznalosti, že nezaniklo, nabýti. 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 konfusí a může se dalším převodem ku krytí nového úvěru použít. 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 vyrovnanou, ale nevymazanou hypoteku na novém dluhu založily anebo dalším převodem jí novou účinnost zjednaly. 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 vlastnickovo nevztahuje. Zadní věřitelé byli by jimi ve své důvěře a ve svém počtu pravděpodobnosti zklamáni.⁸⁴⁾

Demelioví 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 příděl vznésti. Hypoteka vznikne vlastníkovi přirozeně při konfusi, pokud není osobním dlužníkem, a pohledávka osobní tedy nezanikne. Zde přísluší vlastníkovi 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 trvající, 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 doli 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. Zabráni 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 vážla. 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 nevyřezané 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 neustanovil ani čl. XXVIII. uvoz. zák.

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

Podle *Brucka*⁸⁸⁾ 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 vzešup. Nemohou žalovati na výmaz zástavního práva za zaniklou pohledávku. 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 prakse používá, je jen prostředek z nouze, který vlastníkovu umožňuje, aby na svém vlastním pozemku hypoteku získal. Lze se vyhnouti povážlivé fikci, rozumí-li se vlastnickovou 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 *Kavčič*⁸⁹⁾ nepřipouští při exekuci důvěry v pozemkové knihy. Nemůžeť se tato důvěra při ní uskutečniti. S *Kavčičem* souhlasí také *Reinhold*.⁹⁰⁾ O důvěře lze podle nálezu č. 8646 mluvíti 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 *Weisskopf*. 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⁾ *Petschek*⁹⁴⁾ 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. Šíříť se stále více a více nauka, že zadní věřitelé musí trpěti, aby se zaniklá závada zase obnovila.⁹⁵⁾ Také *Suess*⁹⁶⁾ se vyslovuje pro to, aby § 469 platil i pro nabytí exekučního práva nadzástavního. Téhož náhledu je také *Schimm*.⁹⁷⁾ *Beisser*⁹⁸⁾ považuje § 469 za výjimku z § 1394, která stanovena byla pro jistotu právního obchodu, zejména pro publica fides pozemkových knih. Naproti tomu jest *Mayerovi*⁹⁹⁾ převod zaplacené hypoteky na hypoteku s novou pohledávkou vůči knihovním věřitelům bez účinku. *Tersch*¹⁰⁰⁾ vykládá, že po zaplacení pohledávky zůstane v knihách jen stav (*Zustand*),

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

⁹³⁾ GZ, 1901, č. 12, Dr. Emil Weisskopf, 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 Suess, 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 Umfanges 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: *mem plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet.*

§ 9. Přípravy judikatury.

Tabulární prakse stála na stanovisku českého deskového práva. *H a s n e r* 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 vlastníka, 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 H a s n e r*, Handbuch der landtäflichen Verfahrens im Königreiche Böhmen, Prag, 1824, 897.

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

¹⁰³⁾ *Franz Johann K o p e z k y*, Anleitung zu dem Verfahren in Grundbuchssachen, Wien, 1817, *F ü g e r s* adeliches Richteramt, 6. Aufl., v. *F. E. Kalessa*, Wien, 1842, 361.

¹⁰⁴⁾ *Johann Michael S c h e i n*, Von der Grundbuchsführung, Grätz, 1820, 126.

¹⁰⁵⁾ *Der Jurist*, 1845, 268, *Dr. Johann S w o b o d a*, Ueber die Erfordernisse löschungsfähiger Urkunden. (Dekret dolnorak. apelačního soudu z 22. VIII. 1843, č. 10.673.)

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