

Mirjana Glintić, diplomirani pravnik
istraživač pripravnik
Institut za uporedno pravo, Beograd

**MAKSIMALNA HIPOTEKA I NJEN ODNOS SA
OBEZBEĐUJUĆIM ZEMLJIŠNIM DUGOM U NEMAČKOM
PRAVU**
Apstrakt

Pitanje obezbeđenja kredita je uvek aktuelno i pravnicima interesantno. Važno je da bude rešeno na adekvatan način jer može imati posledice na privredni razvoj jedne zemlje. Praktične potrebe pravnog života zahtevaju da se pravna rešenja prilagođavaju i neretko se dešava da nekadašni izuzetak postane pravilo. U radu je obrađen institut maksimalne hipoteke, kao izuzetak od načela akcesornosti kod hipoteke. Rad se sastoji od tri dela: u prvom delu su obrađene vrste i razvoj založnog prava u Nemačkoj; drugo deo je posvećen samom institutu maksimalne hipoteke; a treći deo govori o činjenici postepenog potiskivanja maksimalne hipoteke obezbeđujućim zemljišnim dugom.

Ključne reči: obezbeđenje kredita, zaloga nepokretnosti, maksimalna hipoteka, pridržavanje određenja potraživanja, obezbeđujući zemljišni dug.

Uvodna reč

Nur die tote Wirtschaft kennt Einfachheit des Kreditwesens und seiner Sicherungssysteme- R. Stuermer¹

U današnjem vremenu, veliki broj zemalja je za svoju privredu prihvatio sistem privrede slobodnog tržišta.

Svakodnevni obrt novca i potreba za njim doveli su do razvoja važnog instrumenta tržišne privrede- kredita. Sama ideja kredita zvuči prilično primamljivo i za jednu i za drugu ugovornu stranu ugovora o kreditu. Korisnik kredita dobija na raspolaganje novac, kreditor ga dobija nazad, naravno uvećanog za adekvatan iznos na ime kamata. Glavna formula kredita je- danas upotrebljavamo sutrašnju vrednost. Ali, u osnovi ovakvog instituta leži velika nesigurnost i „odličan prostor” za izigravanje bona fidesa. Uvek postoji mogućnost da onaj koji je nešto uzeo, to uzeto neće hteti ili neće moći da vrati. Jer, nije tako redak slučaj da korisnik kredita

¹ „Samo mrtva privreda poznaje jednostavnost kredita i njegovog sistema obezbeđenja.”

jednostavno nema imovinu ili sredstva iz kojih bi vratio uzeto. Pitanje obezbeđenja ugovora o kreditu reguliše posebna pravna oblast, pravo obezbeđenja kredita. Obezbeđenje može biti lično ili stvarno, u zavisnosti od toga da li se, prilikom obezbeđenja, na raspolaganje stavlja imovina još nekih lica ili se obezbeđenjem omogućava prioritet u naplati iz stvari, prava dužnika ili nekog trećeg lica.

Najznačajniji oblik obezbeđenja kredita je zaloga nepokretnosti, kojom se vrednost nepokretnosti stavlja na raspolaganje poveriocu zarad obezbeđenja njegovog potraživanja. Zaloga nepokretnosti, kao vid stvarnog obezbeđenja, traje jako dugo i ključ njenog „uspeha” jeste u vrednosti i trajnosti nepokretnosti. Bitno je da svaka zemlja pronade adekvatan način regulisanja obezbeđenja kredita. Jer, postoji direktna proporcija između pravnog okvira kreditnog obezbeđenja i razvoja privrede jedne zemlje. Jeftiniji, povoljniji krediti su, svakako, povoljniji za bolji privredni razvoj zemlje. Slabim poštovanjem finansijske discipline od strane druge ugovorne strane, poverilac dolazi u nepovoljan položaj i u, krajnjoj konsekvenci, trpi štetne posledice. Sa tog aspekta, faktički značaj založnog prava je nedvosmislen. Poverilac, nakon dospelosti potraživanja, može, u svako doba, bez teškoća realizovati svoje potraživanje. Na taj način se uvodi red u privredno poslovanje i obezbeđuje privredni rast.

Osim što omogućuje namirenje osiguranog potraživanja iz vrednosti opterećenja stvari, stvarno osiguranje potraživanja pruža i druge pogodnosti poveriocu, kao na primer, namirenje zastarelog potraživanja. Slične su pogodnosti kad vlasnik stvari koji odgovara za potraživanje padne pod stečaj, jer poverilac tog potraživanja ima pravo da traži da se ova stvar izdvoji iz stečajne mase kako bi se on namirio iz njene vrednosti.

Posmatrano sa istorijskog aspekta, razvoj založnog prava bio je uslovljen razvojem robno-novčanih odnosa i bržim prometom novca i kapitala. Kada govorimo o hipoteci, kao najviše korišćenom obliku založnog prava na nepokretnosti, ona služi ne samo obezbeđenju nepokretnosti, nego i kao sredstvo namirenja poveriočevog potraživanja. Predstavlja i sredstvo svojevrstnog pritiska na dužnika da svoju obavezu o dospelosti ispuni. Poverioci žele ne samo sigurnost u naplati potraživanja već i efikasnost u njenom namirenju. Zato je nužan što jednostavniji i brži način prodaje nepokretnosti i naplate potraživanja.

Zaloga u pravu SR Nemačke

Nemačku je uvek karakterisala inovativnost i odličan osećaj za praktično u svim oblastima života, pa tako i u oblasti prava. U slučaju regulisanja zaloge nepokretnosti dešavalo se da je pravna doktrina naknadno davala opravdanja sudskoj i poslovnoj praksi za nastanak određenog instituta. Zbog toga, logičnu primedbu da valjan pravni sistem za ostvarenje jedne svrhe treba da omogućí jedno subjektivno pravo, a ne konkurenciju više njih, treba uzeti sa rezervom, jer zakonodavac ponekad, posebno kad donosi kodifikacije koje su po prirodi stvari trajnije, ne može u trenutku stvaranja zakonika da proceni koja od više mogućnosti je najpogodnija za praksu, posebno ako se uzme i da se praktične potrebe vremenom menjaju. Nemačko iskustvo sa zemljišnim dugom to vrlo plastično pokazuje.²

Po Nemačkom građanskom zakoniku (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) postoje tri osnovna oblika zaloge na nepokretnim stvarima. To su: redovna hipoteka (Hypothek), zemljišni dug (Grundschuld) i rentni dug (Rentenschuld).

Redovna hipoteka

Postoji kada se zemljište (nepokretnost) optereti radi naplate određenog novčanog iznosa iz vrednosti predmeta hipoteke u korist poverioca tog potraživanja.³ Redovna hipoteka je akcesorno pravo u odnosu na potraživanje. Odstupanja od akcesornosti postoje ne samo u mogućnosti zasnivanja hipoteke za obezbeđenje budućeg i uslovnog potraživanja⁴, već i u mogućnosti naknadnog prestanka akcesornosti transformacijom hipoteke posle njenog zasnivanja.

Prema stepenu zavisnosti hipoteke od potraživanja koje obezbeđuje, BGB razlikuje obezbeđujuću hipoteku (Sicherungshypothek), koja je akcesorna i nije samostalno prometljiva⁵ i prometnu hipoteku (Verkehrshypothek), koja se može samostalno prenositi.⁶

Obezbeđujuća hipoteka osigurava određeno lično poraživanje i njena akcesornost se ogleda u tome što je ostvarenje hipotekarnog prava poverioca zavisno od postojanja tog potraživanja, dok se hipoteka može transformisati u svojinsku i opstati bez tog potraživanja.

Prometna hipoteka je zavisna od potraživanja samo za prvog hipotekarnog poverioca i na hipoteku deluju prigovori koji važe i za

² Miloš Živković, Akcesornost založnih prava na nepokretnosti (2010), 236

³ Paragraf 1113.BGB

⁴ Paragraf 1113., II, BGB

⁵ Paragraf 1184, I, BGB

⁶ Paragraf 1184. i paragraf 1186. BGB

potraživanje.⁷ Posle prenosa prometne hipoteke na novog savesnog imaoća, prigovori protiv potraživanja se više ne mogu uspešno istaći protiv hipoteke.⁸

Prema načinu prenosa hipoteke u nemačkom pravu, razlikuju se hipoteke sa hipotekarnom založnicom i obične knjižne hipoteke. Hipoteka sa hipotekarnom založnicom (Briefhypothek) postoji kad se prilikom upisa hipoteke izda hipotekarna založnica (Hypothekbrief), čijim se prenosom može preneti i sama hipoteka. Ako subjekti hipotekarnog odnosa ugovore da se založnica neće izdavati prilikom upisa, onda imamo knjižnu hipoteku (Buchhypothek). Hipotekarna založnica je javna isprava koja se izdaje iz zemljišne knjige i ima deklarativno dejstvo i predstavlja stvarnopravni vrednosni papir kojim se vrši prenos hipoteke.⁹

Posebne vrste hipoteke su maksimalna hipoteke (Hochsbetragshypothek), kod koje je utvrđen najviši iznos za koji nepokretnost garantuje i u okviru kog se može podići zajam, i zajednička hipoteka (Gesamthypothek).

Zemljišni dug

Zemljišni dug, prema nemačkom pravu, postoji kad se nepokretnost tako optereti da postoji obaveza plaćanja poveriocu određene sume novca iz opterećene nepokretnosti.¹⁰ Zemljišni dug se potvrđuje javnom ispravom (Grundschuldbrief), čijim prenosom se vrši i prenos zemljišnog duga. Konstituisanje zemljišnog duga ne zahteva ni označavanje potraživanja, ni njenu individualizaciju.

Iako zemljišni dug nije akcesorno pravo i može postojati nezavisno od postojanja potraživanja, u praksi on uvek služi obezbeđenju potraživanja. Eventualna naplata zemljišnog duga bez postojanja potraživanja predstavljala bi neosnovano obogaćenje.¹¹ Kad dužnik isplati zemljišni dug, on se transformiše u svojinsku zalogu, odnosno prelazi na vlasnika zemljišta.

Rentni dug

Rentni dug je posebna vrsta zemljišnog duga. Postoji samo kada se zemljišni dug tako reguliše da se u određenim pravilnim terminima ponavlja plaćanje određene novčane sume iz zemljišta.¹² Obavezuje svagdašnjeg

⁷ Paragraf 1137. BGB

⁸ Paragraf 1138. BGB

⁹ Paragraf 116, I, i paragraf 1185, II, BGB

¹⁰ Paragraf 1191. BGB

¹¹ V. Soergel- Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV deo, Stuttgart- Berlin- Koln- Mainz, (1968), 94

¹² Paragraf 1199, I, BGB

vlasnika zemljišta na određeno plaćanje. Prilikom zasnivanja rentnog duga, mora biti tačno određen iznos čijim plaćanjem nepokretnost biva oslobođena i ta suma mora biti naznačena u zemljišnoj knjizi.

Razvoj založnog prava na nepokretnosti u srednjeevropskom germanskom pravu¹³

U starom nemačkom pravu zaloga se relativno rano odvojila od svojine i počela samostalno da se razvija. Najstariji oblik obezbeđenja je obezbeđenje prenosom svojine. Pored njega razvilo je se tzv. „starije pravilo“. Nastalo je iz uslovnog prenosa svojine radi obezbeđenja, tako što se na poverioca nije prenosila svojine, već samo tzv. založna (Gewere, vrsta državine nemačkog starog prava). Predstavlja državinsku zalogu nepokretnosti uz ovlašćenje poverioca da iskoristićava založenu stvar. Zalogoprimac ima pravo i na plodove stvari (namesto kamate), a ako je vrednost plodova veća od kamate, pravo zalogoprimca se ograničava na deo plodova. Zalogodavac zadržava svojinu i svojinski državinu, Gewere. Poverilac se u početku mogao namiriti samo korišćenjem stvari, a nije je mogao prodati ili zadržati. Ali, njegovo založno pravo je bilo nasledivo i prenosivo, a predmet zaloge starijeg pravila su, pored nepokretnosti, mogla biti i neka javna ovlašćenja, što je davalo institutu i određeni politički značaj. Vremenom se is starijeg pravila razvilo „mlađe, novije pravilo“. Novo pravilo, za razliku od starijeg pravila, predstavlja bezdržavinsko založno pravo, nastalo tako što je Gewere bila prenošena pod odložnim uslovom da dužnik ne plati. Zaloga novog pravila se zasnivala svečanim aktom, uz poštovanje principa publiciteta. Poverilac je sticao stvarno pravo, a dužnik je zadržavao i svojinu i svojinski i državinski Gewere (u smislu neposredne državine na stvari). Zahvaljujući novom pravilu, dolazi do razvoja ideje o zalozi kao pravu na vrednosti (Werterecht) jer je novo pravilo omogućavalo da se jedna nepokretnost višestruko založi. Za slučaj neispunjenja, poverilac je imao pravo da se namiri iz vrednosti nepokretnosti sudskom prodajom, a pri tom je zaloga bila „izvršna“ jer se zasnivala na svečanom formalnom aktu, tako da nije imalo potrebe da se vodi parnica. Zaloga novog pravila mogla je postojati na imovini dužnika, kao vid generalne zaloge, a sve to u cilju nadomešćivanja nedostatka lične odgovornosti dužnika.

Na razvoj obezbeđenja kredita zalogom, uticalo je i jedno pravo koje nije po prirodi zaloga, već realni teret. Reč je o renti, koja se sastoji u obročnoj obavezi davanja i kao takva predstavlja realni teret koji pogađa vlasnika opterećene nepokretnosti. Renta je se vremenom razvila u samostalan institut, pre svega, zahvaljujući „kupovini rente“ (Rentenkauf),

¹³ Ovaj istorijski prikaz je u potpunosti oslonjen na „Akcesornost založnih prava na nepokretnosti“, Miloš Živković(2010), 14-19

kao samostalnom pravnom poslu. Kupovina rente se sastojala u tome što je prodavac rente (rentni dužnik i primalac kredita) dobijao određeni iznos kao kupovnu naknadu, u zamenu za koju je kupcu rente (gospodar rente, rentni poverilac i davalac kredita) na svojoj nepokretnosti zasnivao rentu. Ključ uspeha ovog pravnog posla je to što predstavljala mogućnost sigurnog ulaganja kapitala. Kanonskim pravom je bila predviđena zabrana ugovaranja kamata, ali uz pomoć ovog posla ta zabrana je mogla biti izuzeta. Rentenkauf je bila čisto privatni imovinskopravni posao. Vlasnik nepokretnosti je ustupao gospodaru rente samo „bestelesni” deo nepokretnosti, pa je zasnivanje bilo u formi prenosa svojine na bestelesnoj stvari. Pravni posao se zaključivao u svečanoj formi, ponekad se izdavalo i pismo rente, zahvaljujući kom je olakšavan promet rente. Renta je se, uglavnom, svodila na novac. Njena visina je vremenom ograničena na 5% godišnje. U slučaju neisplaćivanja rente od strane dužnika, poveriocu je bila na raspolaganju zaplena, kao vid samopomoći, a ako poverilac ne bi uspeo ni tako da se naplati, bio je moguć sudski postupak u kom je poverilac sticao nepokretnost. Kasnije je sudski postupak zamenila sudska prodaja. Renta je mogla prestati samo otkupom od stane vlasnika nepokretnosti. Tek 1600. godine poverilac rente dobija pravo na otkaz u slučaju docnje dužnika, što je učinilo rentu još atraktivnijom za ulaganje kapitala. Posle recepcije rimskog prava, kupovina rente se menja u institut koji je bliži zalozi novog pravila. Kako je vreme prolazilo, ta dva instituta su bila sve sličnija u krajnjem ishodu (uz rentu se javlja i lična obligacija, a zaloga novog pravila dobija elemente stvarnog duga). Tokom 18. veka kupovina rente skoro prestaje da postoji, ali ideja kupovine rente i dalje postoji i u nemačkom pravu se sreće u oblicima neakcesorne zaloge.

Maksimalna hipoteka u Srbiji

Jedan od razloga zbog kojeg sam odabrala obradu instituta maksimalne hipoteke u nemačkom pravu jeste, donekle, specifičan odnos srpskog prava prema njemu. 1930. godine donet je Zakon o zemljišnim knjigama i njegov član 14 je sadržao potpuno istu odredbu kao austrijski zakon. Stav 2 ovog člana glasi : Ako se založnim pravom imaju obezbediti tražbine, koje bi mogle postati usled dozvoljenog kredita, usled preduzetog posloводства ili usled jemčenja ili naknade štete, onda treba u ispravi, na osnovu koje se ima vršiti upis, navesti najviši iznos koji kredit ili odgovornost ima dostići. U svakom pogledu smo pratili austrijsko idejno rešenje, al ono što je, generalno, bio problem sa našim pravnicima i maksimalnom hipotekom je to što nisu razumeli pravnu prirodu maksimalne hipoteke. Primera radi, postavljali su zahtev da svako pojedinačno potraživanje obuhvaćeno maksimalnom hipotekom mora biti posebno upisano u zemljišne knjige, a da pri tom nisu vodili računa da se posebni

iznosi potraživanja ni na koji način ne unose u zemljišne knjige jer obim hipoteke može da varira. Unošenje u zemljišne knjige nekog po visini određenog potraživanja kao posledicu ima zasnivanje fiksne hipoteke za obezbeđenje tog potraživanja.

Novi Zakon o hipoteci ne sadrži odredbu o maksimalnoj hipoteci, koji su sadržali nacrti profesora Orlića u kojima je izričito predviđao upis najvišeg iznosa hipoteke u slučaju budućeg ili uslovnog potraživanja. Jedina dva moguća objašnjenja ovog izostavljanja su ili namerno izostavljanje ovog instituta ili redakcijska greška. Iako prema komentarima Zakona o hipoteci, maksimalna hipoteka u srpskom pravu ne postoji, očigledno je da postoji ideja o takvom institutu kod nas, a i da se naša praksa susreće sa problemima vezanim za maksimalnu hipoteku.¹⁴ Iz jednostavnog razloga- očuvanja kreditne sposobnosti vlasnika nepokretnosti, trebalo bi, možda, da postoji takav jedan institut i kod nas, s obzirom da poznajemo samo akcesorno založno pravo.

Maksimalna hipoteka

Hipoteka može biti ustanovljena tako da bude određen samo najviši iznos do kog se garantuje vrednošću nepokretnosti, a taj najviši iznos se mora upisati u zemljišne knjige. Samo naziv maksimalna hipoteka (ili hipoteka na najviši iznos) može da prevari i doveo je do mnogobrojnih zabluda u pravnom govoru i literaturi. Ono što je karakteristično za maksimalnu hipoteku je to da ona ne osigurava neki maksimalni iznos. Sve hipoteke osiguravaju najviši iznos koji je zabeležen u zemljišne knjige; kod ovih hipoteka, osigurano potraživanje može ostati ispod unetog iznosa, što usled akcesornosti dovodi do toga da hipoteka može biti samo u visini potraživanja koje obezbeđuje.

Najvažnije za maksimalnu hipoteku je da se određenje potraživanja pridržava. Dok ostale hipoteke mogu samo da služe za obezbeđenje jednog, tačno određenog potraživanja, kod maksimalne hipoteke, potraživanje koje se obezbeđuje može biti kasnije određeno. Svaka hipoteka kod koje se pridržava pravo određenja potraživanja je maksimalna hipoteka. Ukoliko treba da se obezbedi samo jedno potraživanje čija visina nije poznata, nije reč o maksimalnoj hipoteci. Bolje bi stoga bilo da se maksimalna hipoteka zove promenljiva ili globalna hipoteka.¹⁵

U praksi u prvom redu se koristi sposobnost maksimalne hipoteke da obezbedi krug potraživanja, a da pri tom, u trenutku zasnivanja hipoteke,

¹⁴ Zaključak sa savetovanja Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda, Vrhovnog suda Srbije, Vrhovnog suda Crne Gore, Višeg privrednog suda u Beogradu, Privrednog suda u Boegradu održanog 16. i 17. novembra 1993. godine.

¹⁵ V. Hans Wolfstein, J. von Staudingers Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz und Nebengesetzen,(2009), 709

pojedina potraživanja niti su određena niti su odrediva, a još uvek nemaju status budućih potraživanja. Prema tome, naknadno određenje se može odložiti, izmeniti, naknadno ustanoviti i to sve do „poslednje sekunde živote” maksimalne hipoteke. Karakteristično je da maksimalna hipoteka može da obezbeđuje različita i varirajuća potraživanja, a da pri tom nije potrebno da se vrši bilo kakva zamena potraživanja.¹⁶ Već u prvoj godini od uvođenja ovog instituta u Nemački Građanski zakonik, BGB, počela je se koristiti tzv. skrivena maksimalna hipoteka. To je vrsta hipoteke koja je upisana u zemljišne knjige kao fiksna hipoteka, a u stvari se poverilac i dužnik dogovore da upisani iznos bude maksimalni iznos, a ne stvarni iznos obezbeđene tražbine, tako da poverilac ne mora da dokazuje trenutni iznos obezbeđenog potraživanja. Ova mogućnost je sada dozvoljena u Nemačkoj. Spada u obezbeđujuće hipoteke i važi kao takva čak i kad se to ne unese u zemljišne knjige. U zemljišne knjige se moraju uneti imena stranka i maksimalni iznos. Izdavanje hipotekarnog pisma je isključeno. Nije potrebna ni izričita oznaka da se radi o maksimalnoj hipoteci, kad iz podataka u zemljišnim knjigama proizilazi da zemljište služi za obezbeđenje maksimalnog iznosa i da je određenje potraživanja pridržano. Paragraf 1138 BGBa se ne primenjuje na maksimalnu hipoteku i vlasnik zemljišta može poveriocu iz ugovora o kreditu i savesnom cesionaru hipoteke istaći sve prigovore iz osnovnog odnosa, iako to ne proizilazi iz zemljišnih knjiga.

Pridržavanje određenja potraživanja

Za maksimalnu hipoteku je bitno da je određenje potraživanja pridržano. Vezivanje potraživanja za hipoteku, kao rezultat akcesornosti, treba, dakle, kasnije da se desi. Konstitutivni element maksimalne hipoteke nije neizvesnost samog potraživanja, već neizvesnost sadržine potraživanja zbog kog će se tražiti namirenje iz nepokretnosti. Proizvod akcesornosti je potreba za ovim određenjem potraživanja.

Određenje potraživanja može biti objektivno prema utvrđenim kriterijumima iz ugovora o ustanovljavanju hipoteke ili može biti pridržano za poveioca ili neko treće lice. Zato treba definisati krug obezbeđenih potraživanja; poverilac ili treće lice biraju potraživanja iz tog kruga, čije će namirenje zahtevati. Maksimalna hipoteka ne sadrži dokaz o tome koga obavezuje određenje potraživanje, pa u slučaju sumnje, na to je ovlašćen poverilac.

Zaista nije isključena mogućnost da se potraživanje odredi kroz ugovor, da se neodređenost otklanja ugovorom. Takav je slučaj kad su stanje ili visina potraživanja zavisni od objektivnih kriterijuma. Ako se

¹⁶ Značajno je da se maksimalna hipoteka koristi u slučajevima kad postoje rizici zloupotrebe obezbeđujućeg zemljišnog duga.

neodređenost sastoji u tom da se ne zna koje od potraživanja treba da se osigura, onda poverilac i vlasnik mogu, bez pristanka dužnika da se dogovore da se samo jedno potraživanje osigura tačno određenim iznosom. Otklanjanjem neodređenosti, maksimalna hipoteka se pretvara u uobičajnu, fiksnu hipoteku. Ni u jednom slučaju određenje potraživanja ne menja karakter maksimalne hipoteke kao obezbeđujuće hipoteke; određenje potraživanja ne menja maksimalnu hipoteku u prometnu hipoteku.

1. Potraživanje neizvesno po svom nastanku

Da li postoji dovoljno određeno sadašnje potraživanje ili će nastati neko buduće potraživanje nije konstitutivno za uobičajnu hipoteku. Tako se, na primer, zahtev za naknadu svih dugova iz jedne saobraćajne nezgode, koji bi trebalo da poverilac digne prema dužniku, može biti osigurano obezbeđujućem hipotekom. U ovom slučaju nije određenje potraživanja pridržano, pa maksimalna hipoteka nije dozvoljena. Isto važi i za jemstvo, kad je glavno potraživanje određeno. Maksimalna hipoteka se dovodi u pitanje onda kad je potraživanje neodređeno pa se ne može priznati ni kao uslovno ni kao buduće potraživanje, npr. potraživanje iz ugovora o kom učesnici pregovaraju, za koji još ne znaju da li će se i sa kojom sadržinom će se ostvariti.

Ako su učesnici svojom slobodnom voljom ustanovili uobičajnu obezbeđujuću hipoteku jer su bili mišljenja da je potraživanje toliko dovoljno određeno da se može obezbediti hipotekom, ali se ispostavi da je takvo rasuđivanje netačno, onda se nedozvoljena obezbeđujuća hipoteka može bez prisile pretvoriti u maksimalnu hipoteku. Obrnuto ne postoji nikakav razlog da se dozvoli da se lažno uneta kao maksimalna hipoteka ostavi da postoji kao takva, kad se ispostavi da je potraživanje dovoljno određeno.

2. Potraživanje čija visina nije određena

Hipoteka za jedno potraživanje, čije je merilo obezbeđenja dovoljno za određenje potraživanja, a maksimalni iznos utvrđen, može se ustanoviti kao obezbeđujuća. Drugačije je kad je merilo neodređeno, kao npr. kod zatezanih klauzula ili kad mišljenje, ocena poverioca ili nekog trećeg lica igra ulogu; onda je određenje potraživanja pridržano, tako da se maksimalna hipoteka može ustanoviti. Dovoljno je da je određeno glavno potraživanje, a određenje kamate pridržano, pa da maksimalna hipoteka bude dopuštena.

Tipično polje primene maksimalne hipoteke jeste slučaj kad poverilac ima više potraživanja i zadržava pravo da kasnije odluči namirenje kog potraživanja će tražiti. Mora se voditi računa o tome da potraživanje mora biti određeno u trenutku namirenja, kao i kod svake druge hipoteke. Ako

obezbeđuje krug potraživanja, onda se on mora tačno odrediti. Može biti tako ustanovljena da obezbeđuje sva sadašnja i buduća potraživanja koja poverilac ima prema dužniku ili prema trećim licima, bez bližeg određenja ili podataka o dugu.

Maksimalna hipoteka kao pojedinačna ili zajednička

Dok je opterećenje više zemljišta za isto potraživanje kod uobičajne hipoteke moguće samo u vidu zajedničke hipoteke, moguće je za jedno te isto potraživanje ustanoviti više maksimalnih hipoteka. Moguće je ustanoviti i dodatnu maksimalnu hipoteku. Zabrana osiguranja jednog te istog potraživanja sa više hipoteka nije produkt zabrane višestrukog osiguranja, već proizilazi iz toga da je hipoteka ne samo akcesorna u odnosu na potraživanje, nego i da je, obrnuto, potraživanje vezano za hipoteku. Više hipoteka za isto potraživanje zbog ove vezanosti bi dovele do konkurencije, koja se ne bi mogla lako kontrolisati. Stav 4 paragrafa 1154 BGB otklanja ovu vezanost za maksimalnu hipoteku- potraživanje se može ustupiti i bez hipoteke.¹⁷

Moguće je da se ustanovi maksimalna hipoteka za više potraživanja prema različitim poveriocima koji nisu ni u kakvoj vrsti pravne zajednice. Maksimalna hipoteka se može naknadno proširiti na kreditni odnos jednog dužnika.

Maksimalni iznos

Potraživanje mora glasiti na novčani iznos. Ako nedostaje određenje maksimalnog iznosa, onda Katastar ne sme da izvrši upis u zemljišne knjige. Ako je upis, uprkos tome, izvršen, onda je sadržaj zemljišnih knjiga netačan.

Kamate se uračunavaju u maksimalni iznos i spadaju u krug potraživanja obezbeđenih maksimalnom hipotekom. Troškovi nisu uračunati u maksimalni iznos.

Ako iznos aktuelne hipotekom obezbeđenog potraživanja, a sa sve uračunatim kamatama, viši od maksimalnog iznosa, proizilazi ništa drugo nego kod ostalih hipoteka. Taj iznos preko je svojinski zemljišni dug, tako da ako nakon namirenja duga ostane dobitak, dodeljuje se svojinskom zemljišnom dugu.

¹⁷ V. Hans Wolfstein, J. von Staudingers Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz und Nebengesetzen,(2009), 718

Ustupanje

Ustupanje maksimalne hipoteke podleže drugačijim pravilima nego ostale hipoteke. Doduše, važi i za maksimalnu hipoteku da se može preneti samo sa potraživanjem. Ustupanje bez bar jednog potraživanja nije dozvoljeno. Iz snopa obezbeđenih potraživanja se može preneti samo jedno potraživanje bez toga da sa njim pređe i maksimalna hipoteka(ona se tad ograničava na obezbeđenje ostalih potraživanja). Obrnuto, moguće je da pojedina potraživanja budu preneti zajedno sa maksimalnom hipotekom.

Ako se prenese samo potraživanje bez hipoteke, onda se u zemljišne knjige mora uneti da maksimalna hipoteka više nije ustanovljena za ovo potraživanje.

Potraživanje obezbeđeno maksimalnom hipotekom mogu biti preneti pomoću ugovora i upisa u zemljišne knjige. Prenos ne predviđa pređašnje utvrđivanje osiguranog potraživanja. Prenos je dozvoljen već pre nastanka potraživanja, tako da se mogu preneti i buduća potraživanja, pri čemu se pojam budućeg potraživanja shvata prilično široko.

Može se preneti samo jedan deo sadašnjeg ili budućeg potraživanja iz kruga potraživanja sa posledicom da se budući krug obezbeđenih potraživanja sastoji samo od prenetih potraživanja, a ona potraživanja koja su ostala, gube svoje hipotekarno osiguranje. Isto se tako može preneti samo deo hipoteke, tako da postoje dva dela hipoteke, od čega svaka obezbeđuje deo dotadašnjeg kruga potraživanja.

Potraživanje se može preneti samo, bez maksimalne hipoteke. Ako je izvršen ovaj prenos, onda je prenos hipoteke isključen. Preneto potraživanje je isključeno iz kruga potraživanja i više nije realno obezbeđeno. Zemljište garantuje do visine maksimalnog iznosaza druga potraživanja koja su ostala. Odlučujuće za to da li se potraživanje prenosi sa ili bez hipoteke jeste volja stranaka.

Promena potraživanja

O promeni potraživanja kod maksimalne hipoteke govorimo ne samo onda kad treba da se prenese novi krug potraživanja umesto dosadašnjeg, nego i u širem smislu kad novi krug potraživanja treba da se doda potraživanjima koja su već obezbeđena. Promena potraživanja je dozvoljena bez prethodnog određenja potraživanja.

Ako se između ustanovljavanja maksimalne hipoteke i promene potraživanja promenilo vlasništvo na zemlji, onda su potrebne saglasnosti sadašnjeg vlasnika i ranijeg koji je stekao privremeni zemljišni dug po paragrafu 1163 BGB u trenutku ustanovljavanju hipoteke ili kao vlasnik u trenutku gašenja potraživanja.

Promena potraživanja nije isto što i ustupanje potraživanja. Promena, npr. kod kreditnog odnosa, jeste kad se menja lice koje daje ili prima kredit, pa je potrebno potraživanje iz kreditnog odnosa novog dužnika prema davaocu ili iz odnosa dužnika i novog poverioca da bude pokriveno hipotekom. Kod ustupanja se obezbeđuju samo ona potraživanja dotadašnjeg poverioca prema dotadašnjem dužniku.

Potiskivanje maksimalne hipoteke obezbeđujućim zemljišnim dugom u Nemačkoj

Danas u BGBu, osamdesetak paragrafa se odnosi na hipoteku, a na zemljišni dug svega osam. Ovakav odnos uopšte nije saglasan sa realnom slikom jer je hipoteka, na ugovornoj osnovi, skoro potpuno potisnuta od strane zemljišnog duga i svedena je na svoje zakonske oblike, naročito posle zakonskih izmena 2008. godine. Određene odredbe o hipoteci se shodno primenjuju na zemljišni dug.

Zemljišni dug jeste pravo poverioca da naplati iz vrednosti opterećenje stvari određenu sumu novca. Na osnovu tog prava, poverilac zahteva sudsku prodaju nepokretnosti. Obaveza dužnika jeste da trpi sudsku prodaju nepokretnosti. Može se govoriti samo o pravu, al ne i obavezi dužnika da isplati iznos zemljišnog duga. Zemljišni dug nema nikakvu unapred određenu svrhu, može se koristiti radi ulaganja u trgovinsko društvo, radi obezbeđenja kredita, ali iznos obaveze nije jednak iznosu zemljišnog duga, kao u slučaju hipoteke koja svoj iznos „pozajmljuje” od potraživanja koje obezbeđuje. Iznos zemljišnog duga je sadržan u samom pravu zemljišnog duga. U najvećem broju slučajeva imaće obezbeđujuću svrhu. Naziva se hipotekom bez potraživanja. Izvor svih razlika između hipoteke i zemljišnog duga je njegova neakcesornost i „apstraktnosti”: sve osobine hipoteke zavise od obezbeđenog potraživanja, a kod zemljišnog duga su sadržane u njemu samom.¹⁸

Konkretno obezbeđujući zemljišni dug, kao posebna vrsta zemljišnog duga, nema obezbeđujuću svrhu- nije ex lege obezbeđujući. Tu svrhu mu može dati ugovor o obezbeđenju. Postojala su mišljenja da obezbeđujući zemljišni dug nije stvarno pravo(zbog principa numerus clausus u stvarnom pravu), da u slučaju zamene maksimalne hipoteke obezbeđujućim zemljišnim dugom govorimo o zloupotrebi instituta. 2008. godine izmenama BGBa, obezbeđujući zemljišni dug je predviđen, tako da je se stalo na put shvatanjima da je zemljišni dug uvek jedan i jedinstven. Ovim izmenama je obezbeđujući zemljišni dug regulisan na poseban način.

¹⁸ Sa izuzetkom situacije kad se hipoteka pretvara u zemljišni dug; tad se dospelost određuje prema pravilima koje se odnose na potraživanje.

Ugovor o obezbeđenju je ugovor kojim se zemljišnom duga daje obezbeđujuća svrha i kojim se zemljišni dug vezuje za jedno ili više potraživanja sa ciljem njihovog obezbeđenja. Najvažniji element ovog ugovora je izjava o svrsi. Ugovorne strane su davalac i primalac obezbeđenja.

Primalac obezbeđenja je poverilac zemljišnog duga i, u najvećem broju slučajeva, i poverilac obezbeđenog potraživanja. U slučaju prenosa zemljišnog duga (sa ili bez obezbeđenog potraživanja) ne dolazi do prenosa i samog ugovora o obezbeđenju. Do 2008. godine sticaocu potraživanja nisu mogli da se ističu prigovori iz ugovora o obezbeđenju, ali od 2008. godine, ti prigovori deluju *erga omnes*.

Davalac obezbeđenja je najčešće vlasnik opterećene nepokretnosti, dužnik zemljišnog duga i dužnik obezbeđenog potraživanja.

Naravno, moguće su situacije da davalac obezbeđenja bude dužnik obezbeđenog potraživanja, ali da ne bude vlasnik nepokretnosti. Pri tom mora biti poverilac zemljišnog duga, koji je ovlašćen da prenosi.

Za zaključenje ugovora o obezbeđenju se ne zahteva posebna forma, izuzev kad se radi o obezbeđenju zajma odobrenog potrošaču.¹⁹ Davalac obezbeđenja je dužan da zasnuje zemljišni dug u korist primaoca ili da mu prenese postojeći. Kreditne organizacije često predviđaju i obavezu davaoca obezbeđenja da da dodatno obezbeđenje. U slučaju da ne bude ispunjena poslednja obaveza, primalac će moći da otkáže ugovor o zajmu.

Obaveza primaoca jeste da obezbeđujući zemljični dug koristi u skladu sa predviđenom svrhom obezbeđenja. Konkretno ova obaveza znači da će primalac moći da realizuje dug samo ako ne primi ispunjenje potraživanja.

Obezbeđujući zemljišni dug može služiti obezbeđenju širokog kruga potraživanja (sva sadašnja i buduća potraživanja između određenih poverilaca i dužnika) kad je dužnik potraživanja vlasnik nepokretnosti. Ako nije, može obezbediti samo konkretno potraživanje.

Takođe, može služiti za obezbeđenje potraživanje prema različitim poveriocima i dužnicima, po različitim osnovama. U tom slučaju ugovornici ugovora o obezbeđenju moraju precizno da urede odnose između raličitih potraživanja.

Za razliku od hipoteke kod koje potraživanje mora biti određeno po licima u odnosu i po konkretnom pravnom odnosu, kod obezbeđujućeg zemljišnog duga dovoljno je da budu određena lica čija potraživanja će biti obezbeđena.

Poverilac naplaćuje pun iznos zemljišnog duga, ali ima pravo da zadrži samo onoliko koliko iznosi obezbeđeno potraživanje; što se tiče

¹⁹ V. Miloš Živković, Akcesornost založnih prava na nepokretnosti (2010), 269

ostatka iznosa zemljišnog duga, davalac obezbeđenja ima pravo da zahteva isplatu tog ostatka.

Ono što je zanimljivo u vezi sa prenosom obezbeđujućeg zemljišnog duga je to da je dozvoljen prenos obezbeđenog zemljišnog duga zajedno sa prenosom potraživanja. Mogućnost prenosa obezbeđenog duga bez poraživanja nije dozvoljen pre nego što dužnik obezbeđenog potraživanja padne u docnju sa ispunjenjem. Posle nastupanja obezbeđenog slučaja, dozvoljen je prenos. Tako da usled neakcesornosti, obezbeđujući zemljišni dug može da se naknadno razdvoji od obezbeđenog potraživanja.

U slučaju kad je davalac obezbeđenja vlasnik nepokretnosti, a primalac obezbeđenja poverilac zemljišnog duga, onda je protiv zemljišnog duga moguće isticati sve prigovore iz ugovora o obezbeđenju. Ako se potraživanje ustupi bez zemljišnog duga koji ga obezbeđuje (izolovani prenos potraživanja), dužnik koji je davalac obezbeđenja može prigovoriti i odbiti ispunjenje i zbog toga što poverilac nije u mogućnosti da mu istovremeno sa isplatom prenese nazad zemljišni dug.²⁰

Sporno je bilo kada vlasnik nepokretnosti može isticati prigovore iz ugovora o obezbeđenju licu na koje je preneto potraživanje. U početku je bio stav da se prigovori mogu isticati ako cesionar nije znao da postoji ugovor o obezbeđenju. Mada, s obzirom na to da su gotovo svi zemljišni dugovi danas obezbeđujući, nesavesnost bi bila pravilo.

2008. godine je donet Zakon o ograničavanju rizika kako bi se poboljšao položaj dužnika iz ugovora o kreditu. Ovim Zakonom je izričito predviđeno da se prigovori iz ugovora o obezbeđenju mogu suprotstaviti svakom naknadnom poveriocu zemljišnog duga, bez mogućnosti savesnog sticanja. Na ovaj način, obezbeđujući zemljišni dug je u potpunosti približen obezbeđujućoj hipoteci, kod koje nema mogućnosti savesnog sticanja dok kod prometne hipoteke postoji mogućnost da se neki prigovori, koji se tiču obezbeđenog potraživanja, ne mogu isticati savesnom sticaocu.

Zaključak

Izmene kao svoju posledicu imaju činjenje obezbeđujućeg zemljišnog duga akcesornim, čak i u većoj meri od hipoteke. A to opet, sa druge strane, ima pozitivne posledice za dužnika/ vlasnika jer nema mogućnosti da dva puta plaća isto; za sticaoca ima negativnu implikaciju jer smanjuje prometnu sposobnost zemljišnog duga.

Međutim, najnovije izmene ne smanjuju fleksibilnost obezbeđujućeg zemljišnog duga omogućenu činjenicom da se dejstva „kvaziakcesornosti” regulišu (i menjaju) ugovorom. Imajući u vidu da su tipični korisnici obezbeđujućeg zemljišnog duga- banke i druge kreditne organizacije- već

²⁰ V. Miloš Živković „Akcesornost založnih prava na nepokretnosti,(2010), 283

ranije, odustajanjem od forme pisma zemljišnog duga, pokazale da im obeležje prometnosti nije presudno za odluku da svoje potraživanje obezbeđuju kvaziakcesornim, a ne akcesornim pravom, ne treba očekivati da će pomenute izmene nađiti rasprostranjenosti obezbeđujućeg zemljišnog duga u praksi, naprotiv. Pošto se ovim izmenama vlasniku nepokretnosti opterećenog kvaziakcesornim obezbeđenjem pruža, u ishodu, ista zaštita kao kad je nepokretnost opterećenja akcesornim obezbeđenjem(ako ne i bolja), valja očekivati da će zakonodavci lakše odlučivati da unesu zemljišni dug u svoje stvarno pravo, jer je otpao njegov osnovni nedostatak. Evolucija obezbeđujućeg zemljišnog duga, čija kvaziakcesornost se sada ostvaruje kao „obligacija apsolutnog dejstva”, pokazala je da je ključ uspeha ovog instituta u tome što je omogućio fleksibilnost u uređenju pravila koja su posledica obezbeđujuće svrhe stvarnog prava unovčenja.²¹ Ali, kao što sam već istakla, trebalo bi i dalje da postoje oba instituta paralelno jer svaka pravna situacija je osobenost za sebe i ne može se unapred predvideti šta će podobnije za konkretan slučaj.

²¹ V. Miloš Živković, Akcesornost založnih prava na nepokretnosti,(2010), 298
424

Mirjana Glintić, dipl.jur.
Forscher anwaerter
Institut für Rechtsvergleichung, Belgrad

DIE ENTWICKLUNG DER MAXIMALHYPOTHEK UND DER SICHERUNGSGRUNDSCHULD IN DEUTSCHLAND

Zusammenfassung

Die Sicherungsmodalitäten einer Forderung stellen große Herausforderung für jede Rechtsordnung dar. Die von dem Gesetzgeber geregelten Möglichkeiten der Kreditsicherung sind immer in ihrer Relevanz einzelfallübergreifend und entfalten Bedeutung für die ganze wirtschaftliche Entwicklung eines Landes. Die rechtlichen Lösungen bleiben immer anpassungsbedürftig. Es kommt nicht selten vor, dass die einst als Ausnahme bekannte Regelung im Laufe der Zeit zur Grundregel wird. Die sogenannte Maximalhypothek wird als Ausnahme vom Akzessorietätsgrundsatz erörtert. Der Beitrag untersucht die Entwicklung des Kreditsicherungswesens in Deutschland; insbesondere die Einrichtung der Maximalhypothek sowie die Sicherungsgrundschuld, die immer stärker in den Vordergrund tritt.

Schlüsselwörter: Kreditsicherung; Hypothek; Maximalhypothek; Sicherungsgrundschuld; Deutschland; BGB.

Mirjana Glintić, bachelor
Research assistant
Institute of Comparative Law, Belgrade

MAXIMUM AMOUNT MORTGAGE AND ITS RELATION TO DEBT-SECURING LAND CHARGE

Summary

The question of debt-securing is always present and for the jurists always interesting. It is very important that this problem is well solved because it has a great influence on the commercial development of one country. Practical needs sometimes require legal regulations to be changed and adjusted. It does not happen that rare that an exception becomes a rule. In this paper, maximum amount mortgage is analysed, as one of the exceptions of the mortgage's accessoriness, The paper has three parts: in the first part, different types and history of the law of pledge; second part is

dedicated to the maximum amount mortgage itself and the third part is concerning the fact that nowadays we can freely say that there is a suppression of the maximum amount mortgage by debt-securing land charge.

Keywords: debt-securing, pledge, maximum amount mortgage, reservation of the stipulation of the claim, debt-securing land charge.