



COLLECTIO
IVRIDICA
VNIVERSITATIS
DEBRECENIENSIS
VIII.



A regressziógyények konkurenciája a kezesség és a dologi biztosítékok találkozásánál a római jogban és a BGB-ben

Bevezetés

Nem életidegen az a helyzet, amikor egy főkötelem mind kezességgel, mind pedig zálogjoggal van biztosítva egyszerre. Kérdés, hogy ha valamilyen oknál fogva az egyik mellékkötelezett kénytelen teljesíteni, élhet-e valamilyen megtérítési igényrel a többi mellékkötelezettel szemben, és ha igen, milyen mértékben. Azt, hogy ezt a kérdést mennyire nem egyszerű megválaszolni – kortól és országtól függetlenül – számos vita igazolja a jogirodalomban.

Már a római jogban sem volt teljesen egyértelmű a helyzet, de ezt a BGB meglehetősen ellentmondásos szabályozása még tovább bonyolította a német jogban, jó alapot teremtve ezzel a különféle teóriák megalkotásának a kérdéskörben.

Jelen tanulmány keretében a római jogi megoldások rövid ismertetését követően a legjelentősebb német elméletek kerülnek bemutatásra, rámutatva a római jogi párhuzamokra, de leginkább azok hiányára.

1. A római jogi szabályozás

Míg a modern polgári jogi törvénykönyvek nagy része *cessio legis* keretében elrendeli, hogy a fizető kezesre átszálljanak a hitelezőnek a főadóssal szemben rendelkezésére álló keresetei annak biztosítékaival együtt, addig az ókori Rómában hosszú ideig arra sem volt lehetőség, hogy a hitelező maga engedményezze a fizető kezesre az *actióit*, mivel a kezessel vagy a főadóssal szemben a per megindítása, és annak a *litis contestatiós* szakaszba történő eljutása felémésztette a hitelezőnek a másik féllel szembeni kereseteit.¹

Sokolowski szerint először Papinianus volt, aki elismerte, hogy a fizető *fideiusornak* igénye van arra, hogy a hitelező a főkötelem biztosítékául szolgáló

¹ Otto GEIB, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*, Tübingen, Verlag der H. Lapp'schen Buchhandlung, 1894, 157.

zálogot átengedje. Bár a klasszikus jog szerint továbbra is fennálltak az akadályok, hiszen a *fideiussor* teljesítése révén megszűnt a főadós és a hitelező közötti kötelem mindenféle maradvány nélkül. Ennek következményeként megszűnt a járulékos természetű zálogjog is, vagyis így kizárt lett annak az átruházása. Ezt azonban Papinianus méltánytalannak találta, hiszen a főkövetelmet nem az adós teljesítése szüntette meg, így a főadóssal szembeni igény anyagi jogilag fennmaradt, ha más okból és más *causa* révén is.²

A fenti korlátok ellenére Papinianus talált egy megoldást: összekötötte a kezes teljesítését a hitelező *ius distrahendī*ével egy jogügyletben. A hitelezőnek ugyanis a főkövetelés esedékessé válását követően, amennyiben az adós nem teljesített, el kellett adnia a zálogtárgyat. Így jogilag nem volt akadálya annak, hogy a kezes teljesítését ebből a szempontból a zálogtárgyért fizetett vételárnak tekintsék.³ Itt tehát egy adásvétel *fictio*járól van szó, melyet Paulus és Modestinus később⁴ a hitelezőnek az adóssal szembeni keresetére is kiterjesztett.⁵

1.1. A klasszikus kori megoldás

Arra a kérdésre, hogy mi volt abban az esetben a helyzet, amikor egy követelést egyidejűleg biztosítottak kezességgel, és egy harmadik személy által nyújtott dologi biztosítékkal, a klasszikus római jog és a iustinianusi jog eltérő választ ad. A klasszikus jog szerint a fizető kezes a hitelezőtől a harmadik személy által nyújtott zálogjog engedményezését is követelhetette.⁶ Tehát a klasszikus jogban a kezes a zálogot nyújtó harmadik személlyel szemben kedvezőbb helyzetben volt, ő ugyanis a legtöbb esetben követelhetette a hitelezőtől, hogy az engedményezze rá a főkövetelést annak minden járulékával, így a kézizálogjoggal vagy jelzálogjoggal együtt.⁷ Abból indultak ki ugyanis, hogy a kezes éppen a már nyújtott zálogra tekintettel vállalta el a kezességet, de ettől függetlenül is

² Paul SOKOŁOWSKI, *Die Mandatsbürgschaft nach römischem und gemeinem Recht*, Halle, Max Niemeyer, 1891, 117.

³ SOKOŁOWSKI, *Die Mandatsbürgschaft...*, i. m., 117-118.

⁴ Julius BINDER, *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, Leipzig, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, Nachf. (Georg Böhme), 1899, 148.

⁵ Hermann OESTERLEY, *Über das mandatum qualificatum*, Diss., Göttingen Univ. Buchdruckerei von Fr. Kaestner, 1891, 12; SOKOŁOWSKI, *Die Mandatsbürgschaft...*, i. m., 120.

⁶ Heinrich DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, 2. Bd., Leipzig, Verlag von S. Hirzel, 1864, 367; Karl BARKHAUSEN, *Der gegenseitige Regress mehrerer Sicherheitssteller für dieselbe Forderung*, Diss., Borna-Leipzig, Buchdruckerei Norbert Noske, 1906, 30; C. 8,40(41),2; C.8, 40(41), 11; C.8,40(41),21; D. 20,5,2

⁷ Erwin MUERMANN, *Die Konkurrenz von Bürgschaft, Hypothek und Pfand*, Diss., Großenhain, Verlagsdruckerei Hans Plasnik, 1932.

úgy tűnt méltányosnak, ha magára engedményeztethette a zálogjogot is. Ebből azonban logikailag arra is lehet következtetni, hogy fordított esetben a zálogadós nem követelhetette a kezessel szembeni követelések engedményezését.⁸

Az alábbi források tanúsága szerint a fizető kezes követelhetette a teljesítés időpontjában a hitelezőt megillető valamennyi kézizálog és a jelzálog engedményezését a hitelezőtől:

„*Impp. Severus et Antoninus: Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fideiussorem accepit, licet (si malit) fideiussorem convenire in eam pecuniam in qua se obligaverit. Quod cum facit, debet ius pignorum in eum transferre. Sed cum in alia quoque causa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas: non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur.*” (C.8,40(41),2)

„*Sicut eligendi fideiussores creditor habet potestatem, ita intercessorem postulatam cedi sibi hypothecae sive pignori obligata iure non prius ad solutionem, nisi mandata super hac re fuerit persecutio, convenit urgeri.*” (C.8,40(41),21)

Kérdés azonban, hogy a kezest minden esetben megillette-e a zálogjog engedményezéséhez fűződő jog, és ha nem, akkor milyen feltételeket kellett teljesítenie az engedményezéshez.

Knorr véleménye szerint, ha a hitelező csak a kezesség elvállalását követően rendelt egy zálogot, a kezes nem követelhetette a zálogjog engedményezését, a *cessio*jog csak abban az esetben illette meg a kezest, ha az a kezességet a már korábban rendelt zálogra tekintettel vállalta el.⁹ Sokolowski is egyetért ezzel a véleménnyel.¹⁰

Azt a magyarázatot adják erre a megoldásra, hogy a zálogszerződés eltérő megállapodás hiányában csak a hitelező és az adós közti jogviszonyra vonatkozik, így a szerződés a kezes vonatkozásában *res inter alios acta*, amiből azt nem illethetik meg jogok, és nem terhelhetik kötelezettségek sem. Knorr szerint az említett *constitutio*k¹¹ arra az esetre korlátozandók, ahol a kezes a már megkötött zálogszerződésre tekintettel vállalta el a kezességet.

Ezek a rendeletek ugyanis csak *rescriptum*ok, amelyek egy adott esetre vonatkozóan hoznak meg egy döntést. Így ezeket a *rescriptum*okat megszorítóan kell értelmezni, mert kiterjesztő értelmezés esetén adott esetben a hitelező kerülne hátrányos helyzetbe. Bár csak ritkán fordul elő, hogy a kötelelem

⁸ DERNBURG, *Das Pfandrecht*, 2. Bd., i. m., 367; BARKHAUSEN, *Der gegenseitige Regress...*, i. m., 30.

⁹ KNORR, *Beiträge zur Lehre von der Bürgschaft und dem Pfandrechte*, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) Bd. 28, 167-209, 170.

¹⁰ SOKOLOWSKI, *Die Mandatsbürgschaft...*, i. m., 114-115.

¹¹ C.8,40(41),2; C.8,40(41),11; C.8,40(41), 21.

biztosítékaként zálogot rendelnek, amit a kezes a kezesség elvállalásakor nem veszi figyelembe, mégis előfordulhat, hogy a hitelező a kezesség elvállalását követően, abból a célból, hogy még erősebben legyen biztosítva, egy zálogot is követel a főadóstól. Továbbá az is lehetséges, hogy a hitelezőnek a főadóssal szemben vannak más követelései is, de ezek közül csak egy van zálogjoggal biztosítva. Általában a hitelezőnek lehetősége van arra, hogy a követelések behajtása során az adós teljes vagyonát, beleértve a zálogtárgyat is igénybe vegye. Ha azonban a kezesség elvállalását követően keletkezett zálogjogot a kezesre kell engedményeznie, a zálogjog vonatkozásában a kezes elsőbbséget fog vele szemben élvezni. A C.8,40(41),² csak arra az esetre tartalmaz egy kivételt, ha a hitelező többi követelésének biztosítására is lekötötték ugyanazt a zálogtárgyat.¹²

„*Impp. Severus et Antoninus: Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fideiussorem accepit, licet (si malit) fideiussorem convenire in eam pecuniam in qua se obligaverit. Quod cum facit, debet ius pignorum in eum transferre. Sed cum in alia quoque causa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas: non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur.*” (C.8,40(41),2)

Ezen szabály alapján a hitelező, aki ugyanazt a kötelmet mind kezességgel, mind pedig zálogjoggal is biztosította, úgy is dönthet, hogy először a kezest veszi azon összeg erejéig igénybe, amely összegre az kezességet vállalt. Ebben az esetben azonban rá kell engedményeznie a zálogjogot. Ha azonban a zálogjog más kötelem biztosítékául is szolgál, akkor a zálogjogot az összes követelés kifizetése előtt nem kell engedményeznie.

Hasenbalg azonban azon a véleményen van, hogy az engedményezés valamennyi, a főkötelem biztosítékául rendelt akcesszórius követelésre kiterjed,¹³ függetlenül attól, hogy a kezes ezekre való tekintettel vállalta-e el a kezességet, vagy sem. Ez az általános jogelv szerint történik így.¹⁴ Mühlenbruch szerint, ha valaki egy követelés *cessió*jára kötelezett, akkor annak teljes mértékben, vagyis minden ahhoz kapcsolódó joggal együtt kell azt engedményeznie.¹⁵ A fenti alapelvből tehát az következik, hogy a hitelezőnek abban az esetben kell a zálogjogot engedményeznie, ha az a kezes teljesítése idején fennáll. A zálogjog *cessió*jához való jogot a kezes a fizetése alapján szerzi meg,

¹² KNORR, *i. m.*, 170-172.

¹³ Heinrich KREMER, *Die Mitbürgschaft. Mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld*, Strassburg, Karl J. Türbner, 1902, 126-127.

¹⁴ H. HASENBALG, *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts*, Düsseldorf, Verlagsbuchhandlung von Julius Buddens, 1870, 443-445.

¹⁵ C. F. MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte nach dem Grundsätzen des Römischen Rechts*, 3. Aufl., Greisswald, Ernst Mauritius, 1836, 418.

amelynek során mintegy megvásárolja a követelést annak minden járulékaival együtt.¹⁶

Knorral szemben Hasenbalg azzal érvel, hogy Knorr nem konzekvens, amikor a főkötelem esetében nem kíván meg semmilyen különleges „kapcsolatot” a kezes és az adós között, hanem pusztán méltányosságából lehetségesnek tartja az engedményezést, a zálogjog esetében azonban szükségesnek tart valamilyen kapcsolatot kettőjük között. Másrészt a hitelező és a főadós közötti, ill. a hitelező és a zálogot nyújtó harmadik személy közötti szerződés abban az esetben is *res inter alios acta* marad, ha a kezességet a zálogszerződés megkötését követően vállalták el. Ebben az esetben a kezes engedményezéshez való joga pusztán a hitelező és a *fideiussor* közötti kapcsolaton alapul, egyedül annak a ténynek van jelentősége, hogy a hitelezőt az adott biztosíték megilleti. Az engedményezés lehetővé tételének ugyanis a legfontosabb alapja a méltányosság volt: úgy méltányos, hogy a hitelező a fizető kezesre engedményezze azt, ami a kezes számára jelentőséggel bír a megtérítési igénye szempontjából.¹⁷

Ha megállapításra kerülne, hogy a hitelezőnek a mellékkötelmekből fakadó követeléseket pusztán azok járulékos természete alapján engedményeznie kellene, amennyiben a hitelező a főkötelem engedményezésére kötelezett, ebből a következtetésből komoly nehézségek adódhatnának.¹⁸ De éppen mivel a kereset engedményezéséhez való jog azon a gondolaton alapult, hogy úgy igazságos, ha a hitelező átruházza azt, ami számára már nem bír jelentőséggel, viszont a *fideiussor* számára előnyös lehet, a hitelező megtagadhatta a *cessiót*, ha bizonyítani tudta, hogy gazdasági érdekében állt, hogy az adott keresetet ne engedményezze a kezesre.¹⁹ A C.8,40(41),2 is világosan kimondja, hogy sem a főkötelemről, sem pedig a járulékos mellékkötelmekből származó keresetek engedményezéséből nem származhat kára a hitelezőnek.²⁰

A hitelezőt a következő esetekben érhetné hátrány az engedményezés következtében: Először, ha a zálogjog a teljes követelés biztosítékául szolgál, míg a *fideiussor* csak a követelés egy részéért vállalt kezességet, vagy ha a zálogjog több követelést biztosít, és ezek közül csak egyre vállalt a *fideiussor* kezességet. Ezekben az esetekben a kezes csak akkor követelheti a zálogjog engedményezését, ha a teljes tartozást, illetőleg valamennyi tartozást megtéríti a hitelezőnek. Sőt abban az esetben is, ha a hitelezőnek két, ugyanazon adóssal szemben fennálló különböző követelése biztosítékául, ugyanazon a dologon két

¹⁶ MUERMANN, *Die Konkurrenz...*, i. m., 24.

¹⁷ HASENBALG, *Die Bürgschaft...*, i. m., 447-449.

¹⁸ HASENBALG, *Die Bürgschaft...*, i. m., 452.

¹⁹ DERNBURG, *Das Pfandrecht*, i. m., 367.

²⁰ HASENBALG, *Die Bürgschaft...*, i. m., 450.

különböző zálogjoga áll fent, és a kezes csak a követelések egyikéért vállalt kezességet, csak mindkét követelés kifizetését követően követelheti a zálogjog engedményezését.²¹

Knorr szerint különösen az jelent problémát, ha a hitelezőnek a kezességgel biztosított követelés további biztosítékaul egy zálogtárgyat is átadtak, és a hitelezőnek ugyanazzal az adóssal szemben van egy másik követelése is, amelyet sem kezességgel, sem pedig zálogjoggal nem biztosítottak, mert erre az esetre nem vonatkozik a C.8,40(41),2 szabályozása.²² Gordianus császár *rescriptuma*²³ szerint azonban a hitelező ebben a helyzetben is védelemben részesült. A hitelező ugyanis az ún. *pignus Gordianum* értelmében abban az esetben is megtarthatta a zálogot, ha a teljesítették neki a kezességgel és zálogjoggal is biztosított kötelemből származó követelését, hogy a másik tartozás megtérítést is biztosítsa a zálogtárgy. Így ebben az esetben is csak akkor követelhetette a kezes az engedményezést, ha az általa nem biztosított követelést is teljesítette. A fentiekre tekintettel tehát az az alapelv állapítható meg, hogy a hitelező csak abban az esetben kötelezhető az engedményezésre, ha a másik követelés kifizetése révén mindenféle hátránnyal szemben biztosítva lesz.²⁴

Hasonlóképpen nem kell engedményezni a zálogjogot a hitelezőnek, ha azt azon valamilyen speciális retenciós jog illeti meg.²⁵

A fentiek alapján tehát megállapítható, hogy a zálogtárgy lekötésének időpontja nem befolyásolja a kezes engedményezési jogát. Nemcsak a kezességvállalás előtt, vagy azzal egyidejűleg alapított zálogjog illeti meg a fizető kezeset, hanem az azt követően alapított is. Sőt egyesek szerint még a kezes általi teljesítést követően a hitelező birtokába kerülő zálogtárgyra is vonatkozik a *cessio*, mert azt a főkövetelés járulékaként át kell ruházni az engedményesre, így a kezesre is.²⁶ A klasszikus jog a zálogot rendelő személyére, ill. a zálogbirtokos személyére tekintet nélkül mindenkivel szemben megadta ezt a jogot a fizető kezesnek. Ennek egyedüli korlátját az képezte, hogy az engedményezés nem sérthette a hitelező érdekeit.²⁷

²¹ HASENBALG, *Die Bürgschaft...*, i. m., 456-458; Fritz BROCKHUES, *Rechte und Pflichten des Zahlenden Bürgen bezüglich der vom Schuldner oder Dritten gestellten Pfänder: Zur Lehre vom beneficium cedendarum actionum*, Köln, 1896, 17-18.

²² KNORR, i. m., 170-172.

²³ C.8,26,1,2

²⁴ HASENBALG, *Die Bürgschaft...*, i. m., 456-458.

²⁵ BROCKHUES, *Rechte und Pflichten...*, i. m., 19.

²⁶ D.18,4,6

²⁷ BROCKHUES, *Rechte und Pflichten...*, i. m., 19-22.

1.2. A iustinianusi szabályozás

A kezes tehát a klasszikus jog alapján kedvezőbb helyzetben volt, mint a zálogot nyújtó harmadik személy, Iustinianus azonban a következő rendelkezésével teljesen megváltoztatta a kezes kedvező helyzetét:

„*Sed neque ad res debitorum, quae ab aliis detinentur, veniat prius, antequam transeat viam super personalibus contra mandatores, et fideiussores, et sponsores: sicque ad res veniens principalis debitoris, sive ab alio detineantur et detinentes eas conveniens, si neque inde habuerit satisfactionem, tunc veniat adversus res fideiussorum et mandatorum et sponsorum.*”
(Nov.4.2)

Iustinianus rendelkezése alapján tehát az idegen zálogadóssal szemben csak abban az esetben lehet fellépni, ha a hitelező a főadóst és a kezest eredménytelenül perelte be. Ennek megfelelően az idegen zálogadós *beneficium excussionis*-szal követelheti, hogy a hitelező először a kezest perelje be. Ha a kezes fizetését követően a hitelező rá is engedményezné az idegen zálogadóssal szembeni *actio hypothecariát*, akkor az idegen zálogadós vele szemben is élhetne ugyanazokkal a kifogásokkal, amelyek a hitelezővel szemben is megilletik, így végül eredménytelen maradna vele szemben a per. Másrészt pedig, mivel az idegen zálogadós felelőssége szubszidiárius, a kezes teljesítésével közvetlenül szabadul a kötelemből.²⁸

Dernburg és Barkhausen véleménye szerint a biztosítékot nyújtó személyek kötelezettségének sorrendjéből az következik, hogy a fizető kezes nem követelheti többé az idegen zálogadónál lévő zálogtárgyon fennálló zálogjog engedményezését. Ugyanakkor a zálogadós a megváltozott helyzet következtében követelhetette a kezessel szembeni követelés engedményezését.²⁹

A Nov. 4. 2. ugyan azt az esetet említi, amikor az eredetileg a főadós által lekötött zálogtárgy utóbb kerül valaki más tulajdonába, de ha a fizető kezes ebben az esetben nem élhet megtérítési igénnyel az idegen zálogadóssal szemben, akkor feltételezhető, hogy még kevésbé léphet fel az eredetileg is harmadik személy által nyújtott zálogjog esetében a zálogadóssal szemben.³⁰

Láthattuk, hogy a római megoldások is adtak szakirodalmi vitákra okot, ez azonban még inkább megállapítható a német jogi szabályozás esetében.

²⁸ BROCKHUES, *Rechte und Pflichten...*, i. m., 22-23.

²⁹ DERNBURG, *Das Pfandrecht*, 2. Bd., i. m., 367, BARKHAUSEN: *Der gegenseitige Regress...*, i. m., 30-31; BROCKHUES, *Pflichten...*, i. m., 23.

³⁰ BROCKHUES, *Rechte und Pflichten...*, i. m., 23.

2. A BGB szabályozása

Az 1900. január 1-jén hatályba lépő német polgári jogi törvénykönyv, a Bürgerliches Gesetzbuch (továbbiakban: BGB) a következőképpen szabályozza a kérdést:

„§ 774 Gesetzlicher Forderungsübergang. (1) Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Die Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden. Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis bleiben unberührt.

(2) Mitbürgen haften einander nur nach § 426.”³¹

Ezt a rendelkezést az alábbival együttesen kell alkalmazni a vizsgált esetben:

„§ 412 Gesetzlicher Forderungsübergang. Auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes finden die Vorschriften der §§ 399 bis 404, 406 bis 410 entsprechende Anwendung.”³²

A hivatkozott paragrafusok közül a következőnek van jelentősége a vizsgálandó kérdés szempontjából:

„401 Übergang der Neben- und Vorzugsrechte. (1) Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken, Schiffshypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über [...]”³³

Kiemelendők továbbá a BGB-ből a következő paragrafusok is:

„§ 1153 Übertragung von Hypothek und Forderung. (1) Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über.

(2) Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden.”³⁴

³¹ „774. § Törvényi engedmény. (1) Amennyiben a kezes kielégíti a hitelezőt, a hitelezőnek a főadóssal szembeni követelése át száll rá. Az engedményre nem kerülhet sor a hitelező hátrányára. A főadóst a kezes és a kezes között fennálló jogviszonyból megillető kifogások változatlanul fennmaradnak. (2) A kezesek egymással szembeni felelőssége a 426. § szerint alakul.”

³² „412. § Törvényi engedmény. A követelés törvény szerinti átszállása esetében a következő paragrafusokat megfelelően alkalmazni kell: 399 §-tól a 404 §-ig, a 406 §, és a 406§-tól a 410 §-ig.”

³³ „401. § A mellékkövetelések és az elsőbbségi jogok átszállása. (1) Az engedményezett követeléssel az azt biztosító jelzálogjog, a hajó-jelzálogjog és a kézzizálogjog, valamint az azt biztosító kezességből eredő jog is átszáll az új hitelezőre [...]”

„§ 1250 Übertragung der Forderung. (1) Mit der Übertragung der Forderung geht das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über. Das Pfandrecht kann nicht ohne das Forderung übertragen werden [...]”³⁵

A fenti rendelkezések abban az esetben bírnak jelentőséggel, ha a kezes elégti ki a hitelezőt. Hasonlóképpen szabályozva van a BGB-ben az az eset is, amikor a zálogot nyújtó harmadik személy részéről kerül erre sor:

„§ 1143 Übergang der Forderung. (1) Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltende Vorschrift des § 774 Abs 1 findet entsprechende Anwendung [...]”³⁶

„§ 1225 Vordrungsübergang auf den Verpfänder. Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltende Vorschrift des § 774 findet entsprechende Anwendung.”³⁷

Természetesen ezeket a rendelkezéseket is a BGB 412. §-ával és 401. § (1) bekezdéssel együtt kell alkalmazni.

2.1. Joghézag a törvényi szabályozásban

Amennyiben a fenti rendelkezéseket szó szerint értelmezzük, sajátosság eredményre jutunk. Ennek értelmében ugyanis, ha a kezes elégti ki a főadós helyett a hitelezőt, akkor a BGB 774.§ (1) bek. alapján törvényi engedmény keretében átszáll rá a hitelezőnek a főadóssal szembeni követelése; ezzel a követeléssel együtt pedig a BGB 401. és 412. §-a értelmében átszállnak a szerződést biztosító mellékkötelezettségek is, mit a kézizálogjog, vagy a

³⁴ „1153. § A jelzálogjog és a követelés engedményezése. (1) A követelés engedményezésével a jelzálogjog is átszáll az új hitelezőre.

(2) A követelést nem lehet a jelzálogjog nélkül, a jelzálogjogot pedig nem lehet a követelés nélkül engedményezni.”

³⁵ „1250. § A követelés engedményezése. (1) A követelés engedményezésével a zálogjog is átszáll az új hitelezőre. A zálogjogot nem lehet a követelés nélkül engedményezni [...]”

³⁶ „1143. § A követelés átszállása. (1) Ha a tulajdonos nem azonos a főadóssal, akkor, ha az előbbi a hitelezőt kielégíti, átszáll rá a követelés. A kezesre vonatkozó 774. § (1). bek.-ét megfelelően alkalmazni kell erre az esetre is [...]”

³⁷ „1225. § A követelés átszállása a zálogot nyújtó személyre. Ha a zálogot nyújtó személy nem azonos a főadóssal, akkor amennyiben az előbbi a hitelezőt kielégíti, átszáll rá a követelés. A kezesre vonatkozó 774. § (1). bek.-ét megfelelően alkalmazni kell erre az esetre is [...]”

jelzálogjog is. Ennek alapján a kezes követelheti a dologi biztosítékot nyújtó személytől, hogy az eltérje a zálogtárgy elértékesítését, és befolyt összegből kielégítést nyerjen. Ugyanakkor abban az esetben, ha a dologi biztosítékot nyújtó személy elégtű ki a hitelezőt, akkor a kézizálog esetében a BGB 1225.§ és 401, 412.§§-ok alapján, a jelzálog esetében pedig a BGB 1143.§ és 401, 412.§§-ok alapján a zálogadós a hitelezőnek a főadóssal szembeni követelése mellett *cessio legis* keretében megszerzi a kezessel szembeni követelését is.³⁸

A törvény szó szerinti értelmezése tehát egyfajta „versenyfutásra” kényszerítené a biztosítékot nyújtó személyeket: ha a kezes elégtű ki a hitelezőt, akkor a dologi biztosíték eladása révén teljes megtérítést nyerhet, míg ha a zálogadós elégtű ki korábban a hitelezőt, akkor teljes mértékben érvényesítheti a regresszjogát a kezessel szemben. Az egyébként nem bír relevanciával, hogy a zálogadós önként fizeti-e ki a főadós tartozását, vagy a hitelező a zálogtárgyból nyer kielégítést.³⁹

A jogtudósok egyetértenek abban, hogy a megtérítési igény kérdésének rendezése nem függhet pusztán a hitelező kielégítésének időbeli elsőbbségétől, hiszen ebben az esetben teljesen a véletlentől függne, hogy a kezesnek, vagy a zálogot nyújtó harmadik személynek kellene-e viselnie a főadós fizetésképtelenségének kockázatát.⁴⁰ Egy ilyen következményekkel járó értelmezés Muermann szerint nemcsak hogy nem lenne kielégítő, hanem egyenesen primitív lenne.⁴¹

A törvény szó szerinti értelmezéséből fakadó eredmény véletlenszerűségét a jogirodalomban alapvetően kétféle módon igyekeznek kiküszöbölni. Egyesek szerint a kezest kell hatékonyabb védelemben részesíteni, annak kiszolgáltatottabb helyzete miatt, míg mások szerint igazságosabb, ha a kezes és a dologi biztosítékot nyújtó személy érdekeit egyaránt szem előtt tartják, és ezek közösen viselik a terhet.⁴² A két uralkodó álláspont mellett azonban olykor egy harmadik is fellelhető, mely szerint alapvetően sem a kezesnek, sem pedig a dologi biztosítékot nyújtó személynek nincs kiegyenlítési igénye a másikkal

³⁸ Uwe HÜFFER, *Die Ausgleichung bei dem Zusammentreffen von Bürgschaft und dinglichen Kreditsicherung als Problem der Gesamtschuldlehre*, Archiv für civilistische Praxis 117 (1971), 470-485, 171-172; Dietmar SCHANBACHER, *Der Ausgleich zwischen dinglichem Sicherer (Grund-, Hypotheken- und Pfandschuldner) und persönlichem Sicherer*, Archiv für civilistische Praxis 191 (1991), 87-88.

³⁹ HÜFFER, *i. m.*, 471-472.

⁴⁰ HÜFFER, *i. m.*, 472; *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar mit EGBGB, ErbauVO, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKloG, VAHRG und WEG*, Hg. Harm Peter WESTERMANN, Münster, Köln, Aschendorf Verlag, Rechtsverlag Dr. Otto Schmidt, 2004¹¹, 2880.

⁴¹ MUEERMANN, *Die Konkurrenz...*, *i. m.*, 37.

⁴² *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar...*, *i. m.*, 2880-2881.

szemben, eltekintve attól az esettől, amikor ebben kifejezetten megállapodnak.⁴³

2.2. A kezest privilegizáló koncepció

Főként a régebbi irodalomban az volt az uralkodó álláspont, hogy a kezest illeti meg a privilegizált pozíció. E szerint, ha a kezes kielégíti a hitelezőt, akkor igényt tarthat a főkövetelést biztosító zálogjogra, míg a dologi biztosítékot nyújtó személy nem élhet megtérítési igénnyel a kezessel szemben, ha kifizette a hitelezőt, vagy adott esetben eltűrte, hogy a hitelező elértékesítse a zálogtárgyát.⁴⁴

Ezt alapvetően több tényezővel indokolták: többen úgy gondolták, hogy a kezes jobban védelemre szorul, mert míg ő a teljes vagyonát kockáztatja a főadós érdekében, a zálogadós csak egy vagyontárgya van veszélyben. A törvény pedig három szempontból is fokozottan védelemben részesíti a kezest: egyrészt a kezességvállalás formai kötöttsége révén,⁴⁵ másrészt a kezes szubszidiárius felelőssége révén⁴⁶ és végül a BGB 776. §-a által.⁴⁷

A kezes kedvezőbb helyzetét a legtöbben a BGB 776. §-ból vezetik le:

„§ 776 Aufgabe einer Sicherheit. Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek oder Schiffshypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebenene Recht erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden ist.”⁴⁸

Ezen rendelkezés értelmében tehát a kezes szabadul a kötelemből, ha a hitelező felad egy, a főkövetelmet biztosító mellékkötelezettséget, ha a kezes ezen biztosíték alapján a BGB 774. §-a értelmében megtérítési igénnyel élhetett volna.⁴⁹

⁴³ HÜFFER, *i. m.*, 474-475; SCHANBACHER, *i. m.*, 90-91.

⁴⁴ HÜFFER, *i. m.*, 474.

⁴⁵ BGB 766. §

⁴⁶ BGB 771. ff. §§

⁴⁷ Peter FINGER, *Die Konkurrenz der Rückgriffsansprüche von Pfandschuldner und Bürge*, Betriebs-Berater (1974), 1419.

⁴⁸ „776. § Egy biztosíték feladása. Ha a hitelező felad egy, a követeléshez kapcsolódó elsőbbségi jogot, egy azt biztosító jelzálogjogot, vagy hajó-jelzálogjogot, egy azt biztosító kézirzálogjogot, vagy egy kezestársal szemben fennálló jogot, akkor a kezes annyiban szabadabbá válik, amennyiben a feladott jogból a 774. § értelmében megtérítést nyerhetett volna. Ez arra az esetre is vonatkozik, ha a feladott jog csak a kezesség elvállalását követően keletkezett.”

⁴⁹ HÜFFER, *i. m.*, 475.

A jelzálogadást és az ingózálogadást hasonló kedvezményben részesítő rendelkezés nem található a BGB-ben. Míg tehát a kezesi regresszjog-értvényesítés meghíúsítása a törvény szerint jogvesztéssel jár, addig ugyanez nem mondható el a jelzálogadós és a kézizálogadós megtérítési igény-értvényesítésének meghíúsítása esetén. Ennek alapján sokan arra a következtetésre jutnak, hogy a törvény a kezes regresszjogát előnyben részesíti a dologi biztosítékot nyújtó személy regresszjogával szemben.⁵⁰

Ennek az álláspontnak az egyik leggyakrabban idézett képviselője, Strohal a következőképpen érvel: a BGB 401. és 412. §-a szerint a hitelezőt kielégítő kezesre átszáll a főadóssal szembeni követeléssel együtt a főkövetelés biztosítékául rendelt zálogjog is. Hasonlóképpen átszáll a hitelezőt kielégítő zálogadósra a főkövetelést biztosító kezességből származó jog is a kezessel szemben. Ha azonban a kezes elégti ki a hitelezőt, akkor, amikor átszáll rá a főkövetelés az azt biztosító mellékkötelemekekből eredő követelésekkel együtt, akkor a saját kezesi köteleme konfúzió révén megszűnik, így ha a kezes a zálogadóssal szemben érvényesíti a megtérítési igényét, akkor ez utóbbi teljesítése esetén csak a főkövetelést szerezheti meg, a kezességből fakadó követelést nem, mert az konfúzió révén megszűnt. (Legalábbis a fizető kezessel szemben.) Ha viszont a zálogadós fizeti ki a hitelezőt, akkor, amikor megszerzi *cessio legis* révén a főkövetelést az azt biztosító mellékkövetelésekkel együtt, két lehetősége marad. Dönthet úgy, hogy megszünteti a zálogtárgyon a zálogjogot, ebben az esetben azonban – mivel immár ő került a hitelező pozíciójába – felad egy, a kezes megtérítési igényét biztosító jogot, és így a kezes a BGB 776. §-a értelmében szabadul a kötelemből, a hitelezőt kielégítő zálogadós tehát nem tudja a kezessel szemben a regresszjogát érvényesíteni. Ennek a következménynek a kivédése érdekében a zálogadós a hitelező kielégítése után dönthet úgy is, hogy a zálogtárgyán továbbra is fent tartja a zálogjogot. Ebben az esetben nem érvényesül a BGB 776. §-a, viszont miután a zálogadós megtérítési igénnyel él a kezessel szemben, a kezes szerzi meg a főkövetelést, az azt biztosító mellékkövetelésekkel, így a fennmaradt zálogjoggal együtt a BGB 401. és 412. §-a alapján, a kezesség pedig ebben az esetben is megszűnik konfúzió révén, így a kezes viszont-megtérítési igénnyel élhet a zálogadóssal szemben, míg ez utóbbi a kezesség megszűnése miatt már nem érvényesítheti a kezessel szemben újra a regresszjogát, így végül ismételten a zálogadósnak kell a főadós fizetésektelenségének kockázatát viselni.⁵¹

⁵⁰ SCHANBACHER, *i. m.*, 90-91.

⁵¹ STROHAL, *Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB*, Deutsche Juristen-Zeitung (1903), 375-377; Ernst-Friedrich HAASE, *Ausgleichsansprüche bei der gleichzeitigen Sicherung einer Forderung durch Bürgschaft und Pfand*, Diss., 1929, Berlin, Concordia A., 42-43.

Egyetértve a jogirodalmi állásponttal azonban megállapítható, hogy Strohal elkövet egy hibát ezen levezetés folyamán. A BGB 776. §-a ugyanis csak annyit mond, hogy a kezes annyiban szabadul a kötelezettség alól, amennyiben a feladott jogból a BGB 774. §-a alapján megtérítést szerezhetett volna. Strohal ezt az „annyiban”-t nem vette figyelembe. Maga a 776. § ugyanis nem szól arról, hogy a kezes mennyiben szerezhetett volna megtérítést. Itt éppen az az eldöntendő kérdés, hogy mennyiben szerezhetett volna megtérítést a kezes.⁵² Így amikor Strohal gyakorlatilag azt vezeti le a BGB 776. §-ból, hogy a kezes mindig és – legalábbis a zálogtárgy értéke erejéig – teljes mértékben kielégítést nyerhetne, hibát követ el.⁵³

Mások szerint a fenti az érvelés már csak azért sem helytálló, mert az nem veszi figyelembe, hogy a BGB 776. §-a csak a kezes és a rosszhiszeműen eljáró hitelező (még hozzá az eredeti hitelező) közötti viszonyt akarja szabályozni, nem pedig a különböző biztosítékot nyújtó személyek közötti viszonyt.⁵⁴

Amellett, hogy egyesek formálisan a BGB 776. §-ból próbálják levezetni a kezes privilegizált helyzetét, megpróbálják azt materiálisan is megindokolni. E szerint az érvelés szerint a kezest azért kell előnyben részesíteni, mert az kiszolgáltatottabb helyzetben van a dologi biztosítékot nyújtó személlyel szemben, ő ugyanis a teljes vagyona erejéig, vagyis korlátlanul helytállásra kötelezett, míg a dologi biztosítékot nyújtó személy felelőssége csupán a biztosítékul nyújtott vagyontárgyra korlátozódik.⁵⁵

Hüffer szerint azonban pusztán az a tény, hogy a kezes a dologi biztosítékot nyújtó harmadik személyhez képest nagyobb mértékben veszélyeztetve van, és ezért erősebb védelemben kell részesíteni, önmagában még nem alapozza meg a kezes általános előnyben részesítését a másik féllel szemben. Az igaz, hogy a kezes helyt kell, hogy álljon az általa vállalt kezesség teljes mértékéig, míg a zálogadós a hitelezővel szemben akkor is szabadul, ha az elértékesített zálogtárgy értéke nem fedezi a főkövetelés teljes összegét, vagyis, hogy a felelősség adott vagyontárgyra történő korlátozása egyben a felelősség mértékének korlátozását is eredményezi. Ugyanakkor Hüffer szerint nem nagyon fordul elő a gyakorlatban, hogy a hitelező megelégedne egy nem elégséges értékű zálogtárgy lekötésével. Ha viszont erre mégis sor kerülne, még hozzá egy már fennálló kezességre tekintettel, akkor a kezesnek örülnie kellene, hogy az eredetileg általa egyedül viselt kockázatnak legalább egy részét átháríthatja a zálogadósra. Nincs ok arra, hogy utólag mentesítsék a belső jogviszonyban a teljes

⁵² HÜFFER, *i. m.*, 482.

⁵³ HAASE, *Ausgleichsprüche...*, *i. m.*, 43.

⁵⁴ Hansjörg WEBER, *Kreditsicherheiten Recht der Sicherungsgeschäfte*, 7. Aufl., München, Verlag CH Beck, 2002, 85.

⁵⁵ HÜFFER, *i. m.*, 475.

kockázat alól. Ha pedig a hitelező kezdettől fogva kezest és dologi biztosítékot is követel, mert önmagában egyik biztosíték sem lenne elegendő a kockázat teljes elhárítására, akkor a zálogadós és a kezes dolga, hogy megállapodjanak abban, hogy kinek milyen mértékben kell a köztük lévő belső jogviszonyban a kockázatot viselni.⁵⁶

Hüffer szerint, még ha igaz is az a megállapítás, hogy a kezes a dologi biztosítékot nyújtó személyhez képest kiszolgáltatottabb helyzetben van, ez még nem igazolja azt, hogy a köztük lévő belső jogviszonyban ez utóbbinak kellene minden kockázatot viselnie. Nincs ugyanis válasz arra, hogy miért lenne igazságos a kezes nagyobb kockázatát, amelyet az maga vállalt magára, az annak felvállalásában részt nem vevő dologi biztosítékot nyújtó harmadik személyre áthárítani.⁵⁷

A következő kérdés, hogy azok, akik elutasítják a kezest privilegizáló koncepciót milyen választ adnak a kezes és a dologi biztosítékot nyújtó harmadik személy egymással szembeni megtérítési igényének kérdésére.

2.3. A kifejezett megállapodáshoz kötött megtérítési igény koncepciója

A jogirodalomban fellelhető olyan álláspont is, amely szerint sem a kezes, sem pedig a zálogot nyújtó harmadik személy nem élhet megtérítési igénnyel a másikkal szemben, ha előzetesen ebben külön nem állapodtak meg. A megtérítési igénynek ugyanis hiányzik a törvényi alapja, és így a szerződést biztosító mellékkötelezettségekből származó követelések nem szállnak át a főköveteléssel együtt.⁵⁸

Ezt az álláspontot képviseli Haase⁵⁹ is. Az ő elmélete szerint egy főkövetelés több, azonos típusú mellékkötelezettséggel történő biztosítása esetén megtörik a BGB 401. és 412. §-ból származó alapelv, mi szerint a főkövetelem engedményezése esetén az azt biztosító mellékkötelezések is engedményezni kell. Ennek pedig az az oka, hogy a BGB 774. § (2) bek. kimondja, hogy a kezestársak egymással szemben csak a 426. §-a⁽⁶¹⁾ alapján tartoznak

⁵⁶ HÜFFER, *i. m.*, 482.

⁵⁷ *Uo.*, 483.

⁵⁸ SCHANBACHER, *i. m.*, 90.

⁵⁹ Vö. HAASE, *Ausgleichsansprüche...*, *i. m.*, 43-48.

⁶⁰ „§ 426 Ausgleichungspflicht, Forderungsübergang. (1) Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteil verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallene Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldner zu tragen.”

felelősséggel. A „csak” szó alkalmazása pedig, a főkövetelésnek a 774. § (1) bek. alapján történő átszállása során kizárja a 426. §-on kívül más § használatát, így a 412. §-ét is. Ennek értelmében tehát csak akkor szállhatnak át a mellék-követelések, ha fennáll egy megtérítési igény, és csak annak mértékéig, immár nem az átszálló főkövetelés biztosítékaként, hanem az adott megtérítési igény biztosítékaként. Ha ugyanis a kezestársak esetében nem alkalmazható a 412. §-a, akkor nem alkalmazható a kezes és a zálogot nyújtó harmadik személy viszonylatában sem. Míg 774. § (2) bek a kezestársakkal szemben kimondja a megtérítési igény fennállását a 426. §-ra történő utalással, egy ilyen kifejezett rendelkezés az eltérő típusú biztosítékot nyújtó személyek között nem található a BGB-ben.

Haase szerint tehát a fizető kezes pusztán azért, mert kielégítette a hitelezőt, még nem szerez megtérítési igényt a zálogot nyújtó harmadik személlyel szemben, és ez a megállapítás fordítva, a teljesítő zálogadós esetére is érvényes. A köztük lévő megtérítési igény megléte sokkal inkább attól függ, hogy van-e egyetemlegesség a kezes és a zálogadós közötti belső jogviszonyban, mert csak ebben az esetben lehet egymással szemben megtérítési igényük. Ez a belső jogviszony azonban Haase szerint pusztán a törvény alapján nem áll fent. A kezes és a zálogadós ugyan kvázi egyetemlegesen kötelezettek a hitelezővel szemben, úgy, hogy a hitelező választása szerint mind a kezestől, mind pedig a zálogtárgyból teljes kielégítést nyerhet. Ez azonban még nem jelenti azt, hogy a köztük lévő belső jogviszonyban is fennállna az egyetemlegesség.⁶¹

Ennek megfelelően meg kell különböztetni azt az esetet, amikor a kezes és a zálogadós egy megállapodást kötött a kiegyenlítési igénnyel kapcsolatosan, attól az esettől, amikor semmiféle külön megállapodás nem született. Ez utóbbi esetben ugyanis sem a kezes nem élhet megtérítési igénnyel a zálogadóssal szemben a teljesítése esetén, sem pedig fordítva. Ha viszont előzetesen megállapodtak a kockázat közös viselésében, akkor a hitelezőt kielégítő kezes megtérítési igénnyel élhet a másik féllel szemben, és ezen megtérítési igény biztosítékául megszerzi a zálogjogot is, de ebben az esetben sem a 401. §-a

(2) Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldner Ausgleich verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen den übrigen Schuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden.”

„§ 426. § Kiegyenlítési kötelezettség. A követelés átszállása. (1) Az egyetemleges kötelezettek az egymással való jogviszonyban eltérő rendelkezés hiányában azonos részre kötelezettek. Ha az egyik egyetemleges kötelezettől nem szerezhető meg a rá eső rész, akkor ezt a kieső részt a többi kiegyenlítésre kötelezett adósnak kell viselni.

(2) Amennyiben az egyik egyetemleges kötelezett a hitelezőt kielégíti, és a többi kötelezettől megtérítést követelhet, átszáll rá a hitelezőnek a többi kötelezettel szemben fennálló követelése. A követelések átszállását nem lehet a hitelező hátrányára érvényesíteni.”

⁶¹ HAASE, *Ausgleichsansprüche...*, i. m., 43-48.

alapján, hanem a felek közti előzetes megállapodás alapján. Hasonlóképpen a hitelezőt kielégítő zálogadás is megszerzi a kezességből származó jogot a megtérítési igénye érvényesítése érdekében. Mindkét esetben analógia révén száll át a szerződést biztosító mellékkötelemből származó követelés a teljesítő félre, de csak egy előzetes megállapodás megléte esetén, és csak a megtérítési igény mértékéig. Ez a megállapítás mind a jelzálog, mind pedig a kézizálog esetében igaz.⁶²

Tehát pusztán abból a tényből, hogy két kötelezett közül az egyik teljesítésével szabadul a másik is a kötelemből, mint az egyetemlegesség külső ismertetőjegyéből még nem lehet egyértelműen következtetni az egyetemlegesség tényleges fennállására, ehhez szükség van más követelmények teljesülésére is. Ennek a kérdésnek a vizsgálata azonban már átvezet a következő fejezethez.

2.4. A kezes és a dologi biztosítékot nyújtó harmadik személy kölcsönös megtérítési igénye

Az egyetemlegesség többletkövetelményeinek kapcsán nincs egyetértés a jogirodalomban. A bírósági gyakorlatban képviselt álláspont szerint már abban az esetben is szóba kerül az egyetemlegesség, ha a hitelező bármelyik adóssal szemben érvényesítheti a teljes követelést, de csak egy alkalommal kaphatja meg a szolgáltatást. Viszont különbséget kell tenni a valódi és a nem valódi egyetemlegesség között. Az előbbiről csak abban az esetben lehet beszélni, ha a kötelezettek között fennáll egy ún. célközösség, amelyet túlnyomó részt objektíven értelmeznek. Egy eltérő vélemény alapján nincs szükség célközösségre, mit többletkövetelményre, ha az alapkövetelmény teljesül, akkor fennáll az egyetemlegesség. A régebbi tanok a szolgáltatások kölcsönös kötelemszüntető hatását objektíven értelmezik, és e szerint mindegy, hogy a célt a másik kötelezett kötelmének szubjektíven is akart teljesítése révén érték-e el, vagy sem. Az újabb tanok szerint azonban a szubjektíven kell értelmezni az adott egyetemlegességet, a másik helyett tudatosan, akarva kell teljesíteni a szolgáltatást. Hüffer szerint egyedül ez az utolsó nézet helyes.⁶³

Ő úgy véli, hogy ezen egyetemlegesség-felfogás értelmébe a kezes és a dologi biztosítékot nyújtó személy nem egyetemleges adós, mert ezt sem a törvény nem írja elő, sem pedig megállapodás nem született róla. Így ha az egyikük kielégíti a hitelezőt, azt a saját kötelezettségének teljesítése érdekében teszi, nem pedig a másik biztosítékot nyújtó személy kötelezettsége teljesítése végett.

⁶² HAASE, *Ausgleichsansprüche...*, i. m., 43-48.

⁶³ HÜFFER, i. m., 475-478.

Ennek ellenére Hüffer alkalmas eszköznek tartja az analógia alkalmazását ebben az esetben. Az analógia alapjaként pedig, a BGB 769,⁶⁴ 774 és 1225. §§-t tartja alkalmazhatónak. Szerinte ugyanis ezekben az esetekben van egy közös pont: több kötelezett azonos szinten biztosítja a hitelező érdekét. Az „azonos szintűség” azt jelenti, hogy a kötelezettek közti viszonyban egyik sem élvez abban az értelemben elsőbbséget, hogy minden esetben mentesíteni kellene a teher alól. Mivel a törvény bizonyos esetekben maga is előírja különböző biztosíték típusok esetében az egyetemleges kötelezettek közti megtérítést, a kiegyenlítési igény nem függhet a kötelezettség típusától, sokkal nagyobb jelentősége van annak, hogy az egyes kötelezettek ugyanazon a szinten biztosítsák ugyanazt az érdeket. Tehát ha többen, azonos szinten biztosítják ugyanazt az idegen érdeket, akkor a köztük lévő belső jogviszonyban fennáll egy egyetemleges kötelezettek közötti megtérítési igény. A személyi és a dologi biztosítékot nyújtó személyek esetében a jogviszony tartalmilag ugyan nem azonos, de Hüffer szerint ennek nincs is döntő jelentősége ebben az esetben. Az egyedül lényeges kérdés, hogy a biztosítékot nyújtó személyek egymáshoz képest azonos rangúak-e. Mivel szerinte sem a BGB 776. § -a, sem pedig a kezes kiszolgáltatottabb helyzete nem indokolja annak nagyobb védelemben részesítését, így megállapítható, hogy a kezes és a dologi biztosítékot nyújtó harmadik személy egymáshoz képest azonos szinten van, azonos rangú. Ennek megfelelően semmi sem szól az ellen, hogy az eltérő típusú biztosítékot nyújtó személyek egymással szemben az egyetemlegesség szabályai szerint megtérítési igénnyel éljenek. Így a kezesnek és a zálogot nyújtó személynek egymással szemben megtérítési igénye van a BGB 426. § (1) bek. alapján. A kockázat viselésének kötelezettsége, – ha a felek másképpen nem állapodtak meg – a BGB 426. § (1) bek. alapján egyenlően oszlik meg a felek között, és ennek megfelelően alakul a megtérítési kötelezettség mértéke is.⁶⁵

Weber szerint hasonlóképpen kell eljárni abban az esetben is, ha a kezesség mellett egy nem járulékos biztosítékot (pl. Grundschuld) nyújtanak. A BGB 426.§ (1) bek. alapján történő egyenlő kockázatviselés egy ilyen helyzetben azonban különösen akkor tűnik megfelelőnek, ha az adott biztosítékot nyújtó személy az adós a másik személy felelősség-megosztási készségére történő utalása alapján, ennek hatására nyújtja az adott biztosítékot.⁶⁶

⁶⁴ „§ 769 *Mitbürgschaft. Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen.*”

„769. §. *Kezestársak. Ha többen vállalnak ugyanazért a kötelemért kezességet, akkor abban az esetben is egyetemlegesen lesznek kötelezettek, ha a kezességet nem közösen vállalták el.*”

⁶⁵ HÜFFER, *i. m.*, 478-484.

⁶⁶ WEBER, *Kreditsicherheiten, i. m.*, 86.

Pawlowski szerint a különböző típusú biztosítékok egymáshoz való viszonyára vonatkozó kérdésfeltevés alapvetően téves, mivel a kérdésnek sokkal inkább a biztosítékok nyújtása mögötti *causára* kellene irányulnia. Annak ellenére, hogy a kezességet egy „kauzális” kötelezettségi ügylet („kausales” Verpflichtungsgeschäft) keretében, a zálogjogot pedig egy absztrakt rendelkező ügylet (abstraktes Verfügungsgeschäft) keretében hozzák létre, a kiegyenlítési igények vonatkozásában nem az a jogügyletek közötti különbség a döntő, hogy az első kötelmi kötelezettséget, a második pedig „csupán” dologi felelősséget alapít meg, hanem sokkal inkább a jogügyletek mögötti *causa* lényeges. A kezesség magában hordozza a kauzát (idegen kötelezettség teljesítésért történő felelősségvállalás), az absztrakt zálogjog esetében viszont csak a mögötte álló kauzális viszonyból derül ki annak célja. Leggyakrabban az fordul elő, hogy az adós maga alapít zálogjogot, hogy ez által megkönnyítse egy adásvételi-, vagy kölcsönszerződés megkötését. Ebben az esetben a zálog kauzája az adott adásvételi-, vagy kölcsönszerződés. Abban az esetben azonban, amikor egy, a főadóstól eltérő harmadik személy köti le zálogként a dolgát, szükség van egy sajátos kauzára. Előfordulhat, hogy a harmadik személy először pusztán szerződésben vállal kötelezettséget a hitelezővel szemben a zálog nyújtására. Ekkor ez a kötelmi jogi szerződés jelenti a későbbi rendelkező ügylet kauzáját, ez a kötelmi jogi zálogszerződés pedig csupán annyiban különbözik a kezességet létrehozó szerződéstől, hogy a zálogadós felelőssége csak a zálogtárgyra korlátozódik. Ennek értelmében Pawlowski a zálogot nyújtó harmadik személyre a „*Sachbürgen*” („dologi kezes”) elnevezést alkalmazza. Hasonló a helyzet akkor is, ha ilyen előzetes szerződéskötés nélkül kerül sor egy harmadik személy részéről a zálogalapításra, hiszen ebben az esetben is van a rendelkező ügyletnek (Verfügungsgeschäft) – mint ahogy pl. egy készvételnek is – egy mögöttes indoka, amire – a korábban megkötött kötelezettségi ügylet (Verpflichtungsgeschäft) hasonlóan – a BGB kezességre vonatkozó szakaszait kell alkalmazni. A „dologi kezes” pedig, mivel az – a hagyományos kezeshez hasonlóan – a hitelezővel szemben pusztán azért vállalta a biztosíték nyújtását, hogy ezzel egy idegen kötelezettség teljesítését biztosítsa, kezesársnak kell tekinteni, akire az egyetemlegesség szabályai vonatkoznak. Tehát ezen teória értelmében nem azt kell vizsgálni, hogy a különböző típusú biztosítékoknak milyen az egymáshoz való viszonya, hanem sokkal inkább az a lényeg, hogy milyen célból kötötték meg a biztosítékok alapjául szolgáló szerződéseket. Ha ez a cél egy idegen kötelezettség biztosítása, a mellékkötelezetteknek – függetlenül a biztosítékok típusától – van megtérítési igénye egymással szemben, mert azok egyetemleges adósoknak számítanak.⁶⁷

⁶⁷ Hans-Martin PAWLOWSKI, *Ausgleich zwischen Bürgen und Hypothekenschuldner? Ein Beitrag zur Lehre von der causa*, Juristenzeitung (1974), 125-127.

Pawlowskihoz hasonlóan Schlechtriem is azon az állásponton van, hogy idegen tartozás biztosítása esetén a biztosítékok típusa alapvetően irreleváns a kiegyenlítési igények szempontjából, és a kezességet sem részesíti előnyben a törvény a többi biztosítékkal szemben, kivéve a kártalanító kezesség (*Ausfallbürgschaft*) esetét, amelynek lényegéből adódik a kedvezőbb pozíció. Több mellékkötelezett esetében a köztük lévő belső jogviszonyban a kiegyenlítési igény alapvetően a köztük lévő megállapodástól függ. Ilyen megállapodás hiányában azt kell megvizsgálni, hogy valamelyik mellékkötelezettnek fűződött-e jelentősebb gazdasági érdeke ahhoz, hogy a főkötelezett megkapja a kölcsönt. Egy ilyen gazdasági érdek megállapítható például abban az esetben, ha társasági tag vállal kezességet a társaság érdekében. Ebben az esetben az érdekelt mellékkötelezettnek egyedül kell viselnie a terhet a nem érdekelt mellékkötelezettekkel szemben. A német jogban – a magyar jogi szabályozással ellentétben – nincs jelentősége annak, hogy milyen időrendi sorrendben nyújtották a biztosítékokat.⁶⁸ Ennek legfeljebb annyi szerepe lehet, hogy egy későbbi mellékkötelezett külön megállapodással kizárhatja a megtérítési kötelezettségét a már meglévő biztosítékokat nyújtó személyekkel szemben. Ennek a megállapodásnak elég a hitelező és az adott mellékkötelezett között létre jönnie. Ha a fent említett tényezők (külön megállapodás, gazdasági érdek) közül egyik sem áll fent, akkor a biztosítékokat nyújtó személyeknek egymással szemben arányos megtérítési igénye keletkezik, mely arány a mellékkötelezettek kötelezettségvállalásának felső határához igazodik. Dologi kötelezetteknel ezt a lekötött dolog értéke, kezesség esetében pedig a főkötelezettség értéke határozza meg. Ha eredetileg a főkötelezett kötötte le a dolgát zálogul, majd azt elidegenítette, a vevő nem élhet megtérítési igénnyel a többi mellékkötelezettel szemben, egyrészt mert ebben az esetben általában a kockázat miatt alacsonyabb vételáron vette meg a dolgot – ha mégsem, az az ő gondatlansága miatt történt –, másrészt pedig, mert a zálogtárgy eredetileg a főadós vagyónába tartozott, és ott a teljes regresszjoggal volt terhelve. A kezesség és a zálogjogok esetében a megtérítési igény alapját a BGB 774. § (1) bek., a 1143. § (1) bek., a 1225., 412. és 401.§-a képezi. A nem akcesszórius jellegű biztosítékok esetében is fennáll a megtérítési igény, bár az ilyen biztosítékok nem *cessio legis* keretében szállnak át a fizető mellékkötelezettekre, hanem a hitelezőnek kell azokat külön jogügylettel rájuk átruházni. Amennyiben pedig egy nem járulékos biztosíték kötelezettje fizet a hitelezőnek, akkor Schlechtriem szerint a BGB 268. § (3) bek.⁶⁹ analóg alkalmazása teszi lehetővé a követelés engedményezését annak biztosítékaival együtt.⁷⁰

⁶⁸ CSEH Zoltán, *Diké kísértése*, Budapest, Gondolat Kiadó, 2005, 185.

⁶⁹ „§ 268 *Ablösungsrecht des Dritten*

Finger is azt tartja döntőnek a megtérítési igények szempontjából, hogy a biztosítékok azonos rangúak-e, vagy sem. Azonos rangúság esetén van megtérítési igény a BGB 426. §-a értelmében, viszont szerinte a mellékkötelezettek ezen § alapján fejenként egyenlő arányban viselik a terhet.⁷¹

Scharnbacher szerint is van a kezesnek és a zálogot nyújtó személynek megtérítési igénye egymással szemben, ezt azonban ő nem a BGB 426. §-ból vezeti le. Szerinte a jelzálogadós, a kézizálogadós és a kezes viszonylatában a törvény speciális rendelkezései alapján történik a teljesítő személyre az adott biztosíték átszállása. A jelzálogadós, vagy kézizálogadós teljesítése esetében a BGB 1143. § (1) bek. ill. a 1225. §-a alapján a főkövetelés és ezzel együtt a 412. és a 401. § (1) bek. alapján a kezességből származó követelés. Ha viszont a kezes fizet a hitelezőnek, akkor az a 774. § (1) bek. alapján szerzi meg a főkövetelést, és ezzel együtt a BGB 412. §, 401. § (1) bek., a 1153. § ill. 1250. § (1) bek. alapján a jelzálogjogot vagy a kézizálogjogot. Ez azonban csak abban az esetben érvényesül, ha a biztosítékot nyújtó személyek teljesítésének célja a saját – biztosíték nyújtásából eredő – kötelezettségük teljesítése volt. Az ezt követő ponton jelenik meg Scharnbacher elméletének az újszerűsége az eddigi elméletekkel szemben. Ő ugyanis a „biztosítékot nyújtó személyek versenyfutása”-problémának az „osztó igazságosság” követelményének érvényre juttatásában látja a megoldását. Az osztó igazságosság követelménye szerint ugyanis a biztosítékot nyújtó személyek arányosan kell, hogy a terhet viseljék. Így a törvényi engedményes a másik biztosítékot nyújtó személlyel szemben csak az arányosan meghatározott mértékig élhet megtérítési igénnyel. A másik által nyújtott biztosítékból származó jogok ugyan teljesen átszállnak rá, de azokat csak az arányosan meghatározott mértékig érvényesítheti. Az arányosan

(1) *Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand, so ist jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstand zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Das gleiche Recht steht dem Besitzer einer Sache zu, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren.*

(2) [...]

(3) *Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden.*

„268.§ Harmadik személyek megváltási joga

(1) *Amennyiben a hitelező végrehajtás alá akarja vonni az adós dolgát, akkor bárki, akinek a végrehajtás a dolgon fennálló valamely jogát megszüntetheti, jogosult a hitelező kielégítésére. Ez a jog megilleti a dolog birtokosát is, ha a végrehajtás a birtok megszüntését eredményezheti.*

(2) [...]

(3) *Amennyiben a harmadik személy a hitelezőt kielégíti, átszáll rá a követelés. A követelés átszállása nem sértheti a hitelező érdekeit.*

⁷⁰ Peter SCHL.ECHTTRIEM, *Ausgleich zwischen mehreren Sicherern fremder Schuld* = Festschrift für Ernst von Caemerer, Hg. H. F. FICKER, u.a., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1978, 1026-1047.

⁷¹ FINGER, *Die Konkurrenz...*, i. m., 1420-1423.

meghatározott kvótát meghaladó megtérítési igénnyel szemben a másik fél a BGB 821. §-a szerinti jogalap nélküli gazdagodás kifogásával élhet. Ebben az esetben a kifogást emelő személyt terheli annak a terhe, hogy bebizonyítsa, hogy a biztosítékot megszerző fél igénye meghaladja az arányosan meghatározott mértéket.⁷² A megtérítési igény mértékét Scharnbacher szerint a biztosítékok értékének arányában kell meghatározni, a dologi biztosítékok értéke a dolog forgalmi értékének felel meg, melynek felső korlátját képezi a főkövetelés mértéke, vagy a helyállási kötelezettség megállapított felső határa, míg a kezesség esetében a biztosíték összege a főkövetelés mértékéig igazodik, illetőleg a helyállási kötelezettség kikötött mértékéig. Az biztosítékok értékének meghatározásánál a biztosítékok nyújtásának időpontja irányadó. Az arányos teherviselés követelményétől el lehet térni külön megállapodással.⁷³

Az akcesszórius dologi és a személyi biztosítékok esetében tehát főszabály szerint a teljesítő fél megtérítési igényének a jogalap nélküli gazdagodás jelentette a korlátját. Található azonban a BGB-ben egy nem akcesszórius dologi biztosíték is, az ún. Grundschuld.⁷⁴ A Grundschuld esetében a kezes számára a törvény nem tartalmaz rendelkezéseket az engedményezésről. Ebben az esetben is sor kerülhet azonban az engedményezésre, méghozzá szintén a jogalap nélküli gazdagodás szabályai szerint. Míg tehát az előbbi esetben a jogalap nélküli gazdagodás a megtérítési igény korlátját jelentette, itt a megtérítési igény alapja lesz, méghozzá a BGB 812. §. (1) bekezdése⁷⁵ alapján. Azzal, hogy egyiküktől a hitelező teljes kielégítést nyer, mentesíti a másikat a teljesítési kötelezettség alól. Az azonban az osztó igazságosság alapján nem igazságos, hogy csak az egyik fél viseli a főadós fizetése képtelenségének kockázatát, ill. következményeit, az osztó igazságosság alapján ugyanis mindkét félnek arányosan kellene azt viselnie. Így tehát az a fél, amelyik szabadul a másik teljesítése alapján a teljesítési kötelezettség alól, azon arányosan megállapított

⁷² SCHARNBACHER, *i. m.*, 102-103.

⁷³ *Uo.*, 99-100.

⁷⁴ „§ 1191 Gesetzlicher Inhalt der Grundschuld. (1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist (Grundschuld).”

„1191. § A telekadósság törvényi tartalma. (1) Egy telket olyan módon is meg lehet terhelni, hogy annak a személynek, akinek a javára a megterhelés történt, egy meghatározott összeget kell a telekből kifizetni (telekadósság).”

⁷⁵ „§ 812 Herausgabeanspruch. (1) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.”

„812. § Kiadási igény. (1) Aki egy másik személy teljesítése révén vagy más módon annak költségére jogalap nélkül valamit megszerz, annak a kiadására köteles. A kötelezettség akkor is fennáll, ha a jogalap később szűnik meg, vagy az a teljesítéssel a jogügylet tartalma által meghatározott cél nem következett be.”

kvóta mértékéig, amelyet az osztó igazságosság alapján neki kellene teljesítenie, megszerez valamit – itt a szabadulást a teljesítési kötelezettség alól –, aminek nincs jogi alapja. Ezt a szabadulást a másik fél a dolog természete szerint nem tudja kiadni, így a BGB 818. § (2) bekezdése⁷⁶ alapján annak értékét, vagyis a teher arányosan rá eső mértékét kell megtérítenie.⁷⁷

3. A bírósági gyakorlatban alkalmazott megoldás

A Szövetségi Bíróság (Bundesgerichtshof) szerint több különböző típusú biztosíték nyújtása esetében a kölcsönös megtérítési kötelezettség nincs ugyan a törvény által szabályozva, de ez a bíróság által felállított alapelv értelmében mégis fennáll a biztosítékot nyújtó felek között az egyetemlegesség BGB 426.§ (1) bekezdésében található szabályoknak megfelelően. Tehát azonos mértékben kell a feleknek a főadós fizetéképtelenségének kockázatát viselnie. Ez mind az absztrakt, mind az akcesszórius, mind pedig a személyi biztosítékok esetére is igaz. A biztosítékot nyújtó személyeknek nem is kell egymásról tudniuk. Az egyetlen feltétel az, hogy a biztosítékot nyújtó személyek azonos szinten álljanak. A kezes nem élvez elsőbbséget a többiekkel szemben. Egyedül annak van jelentősége, hogy a biztosítékot nyújtó személyek között és a hitelező között létre jött-e egy megállapodás, arról, hogy bizonyos biztosítékoknak a többivel szemben előnyt kell élvezniük. Ilyen megállapodás hiányában, kétség esetén a biztosítékot nyújtó személyek azonos szinten állnak.⁷⁸

A Szövetségi Bíróság alapvetően a kezesség és a Grundschuld kapcsán került kapcsolatba a problémával, de döntése általánosan alkalmazandó a személyi és általában véve a dologi biztosítékok kapcsolata esetén. A bíróság az 1989. 06. 29-én hozott, IX ZR 175/88 sz. döntésének indoklásában vizsgálta az irodalomban képviselt három fő álláspontot (külön megállapodás nélkül egyáltalán nem lehetséges a belső jogviszonyban a megtérítési igény érvényesítése,

⁷⁶ „§ 818 Umfang des Bereicherungsanspruchs. [...]”

(2) Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande, so hat er den Wert zu ersetzen.”

„818. § A gazdagodási igény mértéke. [...]”

(2) Ha a kiadás a megszerzett dolog jellege miatt nem lehetséges vagy a megszerző más okból nem képes a kiadásra, akkor az értéket kell megtérítenie.”

⁷⁷ SCHANBACHER, i. m., 96-97.

⁷⁸ Ralf Eckhard RÖTTIGER, *Kreditsicherungsrecht*, 2004, Westanden, Deutscher Genossenschafts-verlag e G, 2004, 77-78; Lwowski MERKEL, *Kreditsicherheiten Grundzüge für die Praxis*, Berlin, Erich Schmidt Verlag GmbH und Co, 2003⁸, 61. BGH Urt. v. 24. 09. 1992, IX ZR 195/91; Neue Juristische Wochenschrift (1992), 3228; BGH Urt. v. 23. 11. 1999; ZIP 200, 228; BGH WM 1989, 1205.

csak a kezesnek van megtérítési igénye, ill. a kezes és a dologi biztosítékot nyújtó személyeknek kölcsönös megtérítési igénye van egymással szemben, amely nem függhet a teljesítés időbeni elsőbbségének véletlenszerűségétől), és arra a következtetésre jutott, hogy a kezest nem illeti meg kedvezmény a dologi biztosítékot nyújtó személlyel szemben. A bíróság a kiegyenlítő igazságosság követelményére hivatkozva egyenlő mértékű felelősséget állapított meg a kezes és a Grundschuldot nyújtó személy között a BGB 426. § (1) bekezdése alapján. Szerinte ugyanis a biztosítékot nyújtó személyek – külön megállapodás hiányában –, ha azok közül egyik sem azonos a főadóssal, és egymástól függetlenül azonos szinten ugyanazt a kockázatot vállalják, egyedül az egyenlő mértékű felelősség felel meg a méltányosság követelményének (BGB 242. §).⁷⁹ A bíróság így azt az elvet képviseli, hogy a véletlenszerű eredmények elkerülése érdekében a Grundschuldot nyújtó személy számára jogfejlesztés révén azt az általános jogelvet kell alkalmazni, hogy több, azonos szinten álló biztosítékot nyújtó személy, amennyiben nem született köztük ettől eltérő megállapodás, az egyetemlegesség szabályai szerint (BGB 426. § (1) bek.) egymással szemben megtérítésre köteles. Attól függetlenül, hogy a biztosítékokat megalapító szerződések tartalma egymástó teljesen eltér, valamennyi biztosítékot nyújtó személy ugyanazt a célt követi, ez a cél pedig, a hitelező főkövetelését biztosítani. Ez igazolja azt, hogy eltérő rendelkezés hiányában még akkor is helyt kell adni a kölcsönös megtérítési igényeknek, ha a felek között a kötelmek, és az abból eredő kötelezettségek (Haftung) eltérő tartalma miatt nem jön létre valódi egyetemleges jogviszony.⁸⁰

A Szövetségi Bíróság egy későbbi döntésében már kifejezetten leszögezi, hogy a kezesség és a Grundschuld törvény szerint azonos szinten lévő biztosíték, ami azzal a következménnyel jár, hogy a biztosítékot nyújtó személyek főszabály szerint egyetemleges adósként egymással szemben megtérítésre kötelezettek. Az indoklásban a bíróság kifejezetten az ellen az álláspont ellen érvel, hogy a kezest kedvezmények illetnék meg a dologi biztosítékot nyújtó személyekkel szemben. A kezes kedvezőbb pozícióját gyakran a BGB 776. §-ából, illetőleg abból a tényből vezetik le, hogy a kezes az egész vagyonával felel, és a kezességet gyakran altruisztikus okokból vállalják el. Ezzel szemben a bíróság azzal érvel, hogy a 776. § csupán a hitelező és a kezes közötti jogviszonyt szabályozza, ebből azonban nem lehet a különböző biztosítékot nyújtó személyek egymáshoz viszonyított szintjére következtetni, ennek megfelelően nincs kap-

⁷⁹ „§ 242 Leistung nach Tren und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Tren und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”

„242. § A jóhiszeműség szabályai szerint történő teljesítés. Az adós köteles a teljesítést olyan módon véghezvinni, amehelyt a jóhiszeműség a gazdasági forgalom szellemére tekintettel megköveteli.”

⁸⁰ BGH Urt. v. 29. 06. 1989 – IX ZR 175/88; NJW (1989), 2530-2531.

csolata a köztük lévő megtérítési viszonyal sem. A másik érvel szemben, mi szerint a kezes a teljes vagyonával felel, amíg a dologi biztosítékot nyújtó személy felelőssége csak az adott biztosítékra terjed ki, azzal érvel, hogy mindez jó ok lehet arra, hogy a kezeset a hitelezővel való viszonyában nagyobb mértékben részesítsék védelemben, de a többi biztosítékot nyújtó személlyel szemben ezt nem lehet figyelembe venni. Az elzálogosított tárgy is képezheti a zálogot nyújtó személy teljes vagyonát, így annak elvesztése az adott személyt éppen olyan súlyosan érintheti, mint a kezeset, ha annak vagyonából nyer a hitelező kielégítést. A kezesség privilegizálására az sem adhat okot, hogy gyakran altruisztikus okból vállalják el azt. Ez ugyanis a többi biztosíték esetében is gyakran előfordul. Ennek megfelelően arra a megállapításra kell jutni, hogy a kezes és a többi biztosítékot nyújtó személy egymás viszonylatában ugyanazon a szinten áll.⁸¹

4. A római jogi szabályozás és a német megoldások összevetése

Megállapítható tehát, hogy a német megoldás sokkal inkább különbözik a rómaintól, mint amennyiben hasonlít rá. Hasonlóságot csupán a kezeset előnyben részesítő német elmélet és a klasszikus kori római jogi megoldás között fedezhetünk fel, de ezek közül mindkettőt felváltotta egy másik (bár nem azonos) megtérítési-viszony. Az azonban fontos párhuzam, hogy mind a római jogban,⁸² mind a BGB rendelkezései alapján⁸³ csak akkor kerülhet sor a főkövetelés és a mellékkövetelések engedményezésére, ha abból semmilyen hátránya nem származik a hitelezőnek.

Alapvető eltérés viszont, hogy míg a római jogban a *beneficium cedendarum actionum* alapján kifejezetten kérnie kellett a kezesnek az engedményezést, a BGB-ben (a hatályos polgári törvénykönyveknek megfelelően) erre *cessio legis* alapján automatikusan sor kerül.

Megfigyelhető az is, hogy Iustinianusnál abban az esetben is kedvezőbb helyzetben volt az idegen zálogadós a kezessel szemben, ha az utólag vette meg a zálogot a főadóstól. A német jogban viszont – még abban az esetben is, ha az adott elmélet a mellékkötelezettek kölcsönös megtérítési igénye mellett foglal állást – csak abban az esetben élhet a zálogadós (arányos) megtérítési igénnyel a kezessel szemben, ha már eredetileg harmadik személyként kötötte le zálogul a dolgát a főkötelezett érdekében, míg ha később szerezte meg – az eredetileg a

⁸¹ BGH Urt. v. 24. 09. 1992 – IX ZR 195/91; NJW (1992), 3228-3229.

⁸² HASENBALG, *Die Bürgschaft...*, i. m., 450; BROCKHUIES, *Rechte und Pflichten...*, i. m., 16-19.

⁸³ BGB 774. §

főkötelezett által lekötött – zálogtárgy tulajdonjogát, akkor nincs regresszjoga a kezessel szemben.⁸⁴

Érdekes eltérés továbbá, hogy amíg (a hatályos Ptk-hoz hasonlóan)⁸⁵ a klasszikus római jogban – ha vitatottan is – szerepe volt a mellékkötelezettségek keletkezési idejének,⁸⁶ a BGB-ben, és annak alkalmazásában egyáltalán nem játszik szerepet a mellékkötelezettség-vállalások időbeli sorrendje.⁸⁷

A német és a római jogi megoldások közötti különbségek nem meglepőek, hiszen egy olyan kérdésről van szó, amely nem mentes az ellentmondásoktól, és amely a mai napig sok vitára ad okot a jogirodalomban. Az mindenképpen indokolt és méltányosabb, hogy – eltérően a klasszikus és a iustinianusi jogtól is – ne pusztán a biztosíték típusa, hanem sokkal inkább annak rangja és nyújtásának célja alapján dőljön el, hogy ki viselje a főadós fizetéseketlenységének kockázatát. Emellett célszerű lenne a kérdést törvényi szinten egyértelműen szabályozni, ahogy arra például a magyar jogban az új Ptk-ban⁸⁸ sor is kerül majd.

Befejezés

Az előzőek alapján látható tehát, hogy soha sem volt igazán könnyű eldönteni, hogy mi legyen a biztosítékot nyújtó kötelezettek egymással szembeni megtérítési igényének sorsa. A római jogban a jog merevsége miatt hosszú ideig az is gondot jelentett, hogy a teljesítő biztosítékot nyújtó személy magával a főadóssal szemben is megtérítési igénnyel élhessen. A biztosítékot nyújtó személyek között pedig alapvetően a kezes volt hosszú ideig privilegizálva, míg ez a helyzet úgy tűnik, Iustinianus idején teljesen megváltozott az idegen zálogadós javára.

A kétségeket a BGB hatályba lépése sem szüntette meg teljesen, sőt, ha lehet, ezt követően még élénkebb vita alakult ki az irodalomban a biztosítékot nyújtó személyek egymással szembeni megtérítése kapcsán, mely vita máig is tart. Mindennek alapvetően a BGB hiányos szabályozásából eredő joghézag

⁸⁴ SCHLECHTRIEM, *Ausgleich...*, i. m., 1030-1031.

⁸⁵ 1959. évi IV. törvény a Polgári Törvénykönyvről 276. §; CSEH, *Diké kísértése*, i. m., 187.

⁸⁶ KNORR, *Beiträge...*, i. m., 170, SOKOLOWSKI, *Die Mitbürgschaft...*, i. m., 114-115.

⁸⁷ SCHLECHTRIEM, *Ausgleich...*, i. m., 1032; CSEH, *Diké kísértése*, i. m., 185.

⁸⁸ T/5949. számú törvényjavaslat a Polgári Törvénykönyvről, Budapest, 2008.

„5:387. § [Azonos követelést biztosító kezesség és zálogjog]

Ha ugyanazt a kötelezettséget kezesség és a kötelezettől eltérő személy által alapított zálogjog is biztosítja, a kezes és a zálogkötelezett egyetemlegesen felelnek, egymás közötti viszonyukban kockázatvállalásuk arányában kötelesek helytállni. A zálogkötelezett kockázatvállalásának mértékét a zálogtárgy értéke határozza meg.”

képezi az okát. A szó szerinti értelmezés ugyanis a biztosítékot nyújtó személyek „versenyfutásához” vezetne, mivel közülük az élhetne a másikkal szemben teljes megtérítési igénnyel, amelyik előbb elégitené ki a hitelezőt.

A probléma vizsgálata során három alapkoncepció alakult ki az irodalomban. Az első szerint az eltérő típusú biztosítékot nyújtó személyek egymással szemben egyáltalán nem élhetnek megtérítési igénnyel. A második szerint csak a kezes élhet regresszjoggal a dologi biztosítékot nyújtó személlyel szemben, fordítva nem. És végül a harmadik elmélet szerint a biztosítékot nyújtó személyeknek egyenlő mértékben kell viselniük a főadós fizetésképtelenségének kockázatát, és a kezeset nem kell privilegizálni. Ezen harmadik elmélet képviselői bizonyos esetekben az egyetemleges kötelezettek közti belső jogviszonyt uraló megtérítési igénnyel, más esetben pedig az osztó igazságosságon alapuló arányos teherviseléssel, és ezzel kapcsolatosan a jogalap nélküli gazdagodás szabályaival próbálják meg igazolni a nézetüket.

A jogfejlődés tehát alapvetően az igazságosságot próbálja meg érvényre juttatni, és ennek megfelelően a biztosítékot nyújtó személyek egyenrangúságának irányába mutat.