

Bodzási Balázs

A hitelbiztosítékok jogi szabályozása és a gazdasági versenyképesség összefüggései¹

TM 53. sz. műhelytanulmány



BCE VÁLLALATGAZDASÁGTAN INTÉZET
VERSENYKÉPESSÉG KUTATÓ KÖZPONT

¹ A műhelytanulmány a TÁMOP-4.2.1.B-09/1/KMR-2010-0005 azonosítójú projektje, *A nemzetközi gazdasági folyamatok és a hazai üzleti szféra versenyképessége* címet viselő alprojektjének kutatási tevékenysége eredményeként készült.

Jelen műhelytanulmány A versenyképesség és a gazdaságpolitika c. műhelyben készült.

Műhelyvezető: Boda György

A tanulmány szakmai tartalma a forrás megjelölésével és a hivatkozási szokások betartásával felhasználható és hivatkozható.

Tartalomjegyzék

Tartalomjegyzék	3
Absztrakt	5
Abstract	5
I. RÉSZ	6
A hitelbiztosítéki jog gazdasági összefüggései	6
I. Biztosítékok és gazdasági rizikó	6
1. 1. A biztosítékok szerepe a banki működésben	6
1. 2. A rizikó fogalma	7
1. 3. A rizikó elkerülésének lehetséges módjai	7
1. 4. A biztosítékok fogalma	8
1. 5. A dologi biztosítékok közgazdasági analízise	9
II. Hitelezés és a biztosítékok	11
2. 1. A hitel közgazdasági és jogi fogalma	11
2. 2. A biztosítékok szerepe a hitelezés különböző formáinál	12
2. 3. A biztosítéknyújtás és a hitelezés feltételeinek összefüggései	13
2. 4. A hitelezési igény növekedésének hatása a hitelbiztosítékok szabályozására	14
2. 5. A bankhitel speciális jellemvonásai	15
III. A biztosítékok és a fizetésektelenségi eljárások kapcsolata	15
3. 1. A fizetésektelenségi jog gazdasági funkciói	16
3. 2. A fizetésektelenségi eljárásokban alkalmazandó elosztási szabályok összevetése	17
3. 3. Az anyagi jog és az eljárási jog összefüggései	19
IV. Versenyjogi aspektusok	19
II. RÉSZ	22
A zálogjog és a gazdaság összefüggéseinek bemutatása konkrét példákon keresztül	22
I. A jelzálogjogi szabályozás 19. századi átalakulásának gazdasági háttere	22
1. 1. A reform gazdasági háttere	22
1. 2. A reform céljai	23
1. 3. A magánjog megváltozott szerepe	24
1. 4. A nyilvántartás jelentősége – a jóhiszemű jogszerző védelme	25
1. 5. A tulajdonosi jelzálogjog és a fix ranghely	26
1. 6. Részösszefoglalás	27
II. A strukturált finanszírozási formák megjelenésének következményei	27
2. 1. Strukturált finanszírozás versus hagyományos vállalatfinanszírozás	27
2. 2. A strukturált hitelszerződés általános jellemzői	28
2. 3. Biztosítékok	29
III. RÉSZ	31
A követeléstvásárláshoz kapcsolódó jogi problémák – elemzés a német jog alapján	31
I. A tőke- és hitelpiacok legújabb tendenciái	31
II. A követeléstvásárláshoz kapcsolódó jogi problémák	33

III.	Jogpolitikai vita	33
IV.	A Risikobegrenzungsgesetz célja	34
V.	A Grundschuld szabályait érintő változások	35
5. 2.	A felmondás szabályainak kógensé tétele	37
VI.	A Risikobegrenzungsgesetz értékelése	38
VII.	Következtetések a magyar jogra vonatkozóan	41
7. 1.	A zálogjogi szabályozás háttere és jövőbeni lehetséges irányai	41
7. 2.	A zálogkötelezett védelme	42
7. 3.	A biztosítéki szerződés szerepe	44
7. 4.	A kifogások	44
7. 5.	Felmondás	46
7. 6.	Az önálló zálogjog beillesztése a zálogjogi szabályozás rendszerébe	46
IV.	RÉSZ	48
	<i>A kezességi jog néhány aktuális kérdése a versenyképesség szempontjából</i>	48
I.	A kezességi szerződés létrejöttéhez és érvényességéhez kapcsolódó kérdések	48
1. 1.	A kezességi szerződés létrejötte	48
1. 2.	A kezességi szerződés tárgya és jogi jellege	49
1. 3.	A jogosultat a kezes irányában terhelő tájékoztatási kötelezettség	51
1. 4.	A biztosított követelés, illetve a kezességvállalás érvénytelensége	54
2. 1.	A kifogások	57
2. 2.	A sortartás kifogása	58
2. 3.	A kötelezettségek feltételeinek azonossága	59
2. 4.	A szerződésszegés egyes esetei	60
2. 5.	Egymásra tekintettel történő kezességvállalás	61
2. 6.	Kezesség és zálogjog együttes fennállása	63
III.	A kezességi szerződés megszűnéséhez kapcsolódó kérdések	66
3. 1.	A teljesítő kezeset megillető megtérítési igény biztosítása	66
3. 2.	A kezes szabadulása	68

Absztrakt

A hitelbiztosítékok gazdasági hátterének a vizsgálata során elemezni kell a biztosítékok és a hitelezés, illetve a hitelezési piac kapcsolatát, valamint a biztosítékok és a fizetésképtelenségi eljárások viszonyát.

A biztosítékok közül a zálogjog kötődik leginkább a tőke- és hitelpiacokhoz. Ezt a viszonyt a tanulmány konkrét történeti példákon keresztül is megvizsgálja. Különösen fontos ebből a szempontból a német jelzálogjogi szabályozás legutóbbi, 2008-as változásainak bemutatása. Ebből a magyar jogalkotó számára is hasznos következtetéseket lehet levonni.

A zálogjog mellett a tanulmány bemutatja a kezesség intézményét is. A kezesség hatályos jogi szabályozása több szempontból hiányos, nem felel meg a gazdasági élet igényeinek. A dolgozat ehhez kapcsolódóan javaslatokat is megfogalmaz a jövőbeni jogi szabályozásra vonatkozóan.

Kulcs szavak: zálogjog kezesség, magyar jog, német jog, fizetésképtelenségi eljárások

Abstract

The assessment of the economic background of loan guarantees demands an analysis of the interplay between guarantees and lending and loan market, on one hand and between the guarantees and bankruptcy, on the other hand.

Pledges are most connected to capital and loan markets. In this context is specifically important the German law on pledge, including the amendments from 2008. German law offers useful lessons for the Hungarian legislator.

Besides the pledge the research presents the institution of suretyship as well. The legal framework on suretyship has many gaps and does not comply with the needs of economy. The paper makes recommendations on future legislation

Key words: pledge, suretyship, Hungarian law, German law.

I. RÉSZ

A hitelbiztosítéki jog gazdasági összefüggései

I. Biztosítékok és gazdasági rizikó

1. 1. A biztosítékok szerepe a banki működésben

A modern gazdaság működése elképzelhetetlen lenne pénzügyi közvetítő intézmények nélkül. Ezek a pénzügyi intézmények működtetik a világ országai közötti globális kereskedelem egyik alappilléret képező fizetési és elszámolási rendszereket. A gazdasági szereplők közötti pénzmozgások és elszámolások lebonyolítása a bankok és más pénzügyi intézmények egyik legrégebbi és legalapvetőbb funkciója, amely nélkül a mai gazdaság nem lenne képes működni.

A pénzügyi közvetítők tevékenységük során számos kockázatot vállalnak. Ezek közül kiemelkedik a hitelkockázat, a piaci kockázat, a likviditási kockázat és a kamatkockázat. A pénzügyi intézmények ezen kockázatok kezelésére sajátos eszköztárat alakítottak ki és erre a célra ma már az ügyletek széles tárháza áll rendelkezésre. Ezen eszközök révén a pénzügyi közvetítők képesek a kockázatokat újra elosztani a gazdasági szereplők között.²

A bankok által vállalt kockázatok közül a legnagyobb és így a legfontosabb a hitelkockázat. Ennek során a bank a saját visszafizetési kockázatává transzformálja azt a kockázatot, amely abból származik, hogy az általa meghitelezett ügyfelek a hitelt és annak kamatait nem tudják határidőben visszafizetni, illetve egyáltalán nem fizetik azt vissza. A hitelkockázat ugyanakkor a gazdasági élet természetes velejárója, hiszen a vállalkozások egy részének tönkremenetele, illetve a hitelfelvevő magánszemélyek vagyoni helyzetének változásai (pl. munkanélkülivé válás) miatt törvényszerűen bekövetkeznek be a fizetéseketelenséghez vezető okok.

A bankok ennek a kockázatnak a kezelésére többféle eszközt dolgoztak ki és alkalmaznak. Ezek közé tartoznak a megfelelő hitelnújtási- és hitel-nyomonkövetési folyamatok, a hitelek kockázati árazása, vagyis kockázati felárak alkalmazása.³ Ebbe a körbe tartoznak azonban a szerződéses biztosítékok is.

² Erdős Mihály-Mérő Katalin: Pénzügyi közvetítő intézmények. Bankok és intézményi befektetők. Akadémiai Kiadó, Budapest, 2010, 22.

³ Erdős/Mérő: i.m. 78.

1. 2. A rizikó fogalma

A biztosítékok alkalmazása egy meghatározott gazdasági rizikóra adott logikus válaszlépésnek tekinthető. Másként megfogalmazva: rizikó nélkül nincs igény biztosítékokra sem.

Általános meghatározás szerint a rizikó egy hátrányos következmény bekövetkeztének a lehetősége.⁴ A hátrányos következmény azt jelenti, hogy a rizikó bekövetkezte esetén kár keletkezik. Emiatt a rizikót a kár előtti stádiumnak is nevezik. Amennyiben a rizikó realizálódik, az érintett vagyonában csökkenés áll be, vagy legalábbis a vagyon nem az előre eltervezett mértékben gyarapszik.

Ebből a szempontból a rizikó mást jelent közgazdasági értelemben és mást abban az értelemben, amelyet a polgári jog a tulajdonjog körében használ (tulajdonosi veszélyviselés). Gazdasági rizikó mindenegybes szerződéshez kapcsolódik.⁵

1. 3. A rizikó elkerülésének lehetséges módjai

A gazdasági rizikót csak akkor lehet teljesen kiküszöbölni, ha az ügylet által elérni kívánt cél megvalósult. Mivel ez gyakran elmarad, ezért a piaci szereplők megpróbálnak védekezni a rizikóval, illetve annak hátrányos következményeivel szemben. A rizikóval szemben úgy lehet a legsikeresebben védekezni, ha számolunk a bekövetkeztével.

Ha az érintett tudomásul veszi, hogy a veszély bekövetkezhet, különböző lehetőségek között választhat. A választható megoldások természetesen függenek attól is, hogy milyen típusú rizikóval állunk szemben. Ebből az is következik, hogy nincs olyan választási lehetőség, amellyel az összes szóba jöhető rizikót el lehetne kerülni.

A rizikó elkerülésének egyik lehetséges módja az ún. *risk-management*, más néven rizikópolitika. Ennek a lényege, hogy a vállalkozás a múltbeli tapasztalatok és a jövőbeni fejlődésre vonatkozó információk alapján megkísérli a lehetséges veszélyforrásokat az üzleti tervében számításba venni. A rizikópolitikának is több típusa létezik, így megkülönböznnek egymástól az okokra koncentráló, illetve a következményekre összpontosító rizikópolitikát.

Egy másik lehetőség a rizikó szerződéses úton történő áthárítása egy harmadik személyre. Az ilyen jellegű szerződéses veszélyátruházásra jellemzően ellenszolgáltatás fejében, visszterhesen kerül sor. Valójában ebben az esetben sem magának a rizikónak az átruházásáról van szó, hanem arról,

⁴ Duttler, Josef: Ökonomische Analyse dinglicher Sicherheiten. Marchal und Matzenbacher Wissenschaftsverlag, Krefeld, 1986, 33.

⁵ A rizikó fogalma polgári jogi szempontból mindazonáltal alaposabb elemzést igényel.

hogy a következményeket más viseli. Az ilyen jellegű rizikó következmény-átruházásra számos szerződéstípus alkalmas lehet. A legjellemzőbb természetesen a biztosítás. Ugyanaz az eredmény érhető el azonban kezességi és garanciaszerződés útján is.⁶ Amennyiben a hátrány egy adott vagyontárgy elvesztésében, elvonásában jelentkezik, a zálogjog is egy megfelelő eszköz a rizikó elkerülésére. Erre alapvetően a zálogjog dologi jogi jellege nyújt lehetőséget.

Bár a biztosítás és a biztosítékok között számos hasonlóság mutatható ki, a biztosítás egy alapvetően különböző jogintézmény, amely eltérő jogdogmatikai alapokon nyugszik.

1. 4. A biztosítékok fogalma

A rizikóra tekintettel a biztosítékok olyan előnyt, elsőbbséget jelentenek, amelyek esetében meghatározott előkészületi intézkedésekre kerül sor, amelyek célja egy jövőbeni kívánt eredmény elérése, illetve a nem kívánt kizárása. Mivel azonban bizonytalan jövőbeni eseményekről van szó, melyeket teljes mértékben a jelenben nem tudunk befolyásolni, ezért ezeknek az előkészületi intézkedéseknek csak az lehet a célja, hogy növeljék a kívánt fejlemények bekövetkeztének a valószínűségét.⁷

A biztosíték jogosultja úgy óvja meg magát egy esetlegesen bekövetkező károsodástól, hogy a gazdasági döntéseiért egy másik személy tulajdonában lévő egy vagy több vagyontárgy felel. Ez azt jelenti, hogy vagy egy konkrét vagyontárgyat értékesíthet, vagy egy másik személy teljes vagyonához nyer hozzáférést, végső soron állami segédlettel, bírósági végrehajtás útján.⁸ A biztosítékot kapó felet fenyegető veszély és károsodás ennek megfelelően egy idegen vagyontárgy, vagy vagyontárgyakban rejlő érték kiaknázásával kerül kiegyenlítésre.

A biztosíték jogosultját veszélyeztető rizikó a biztosított alapügyletből származik. Amíg az alapügyletből származó rizikó ténylegesen be nem következik, addig a biztosítéki ügylet csupán kisegítő szerepet tölt csak be és ennek megfelelően a háttérben marad.⁹

Biztosított alapügyletként elméletileg bármilyen szerződés, illetve jogviszony szóba jöhet, amelyből az egyik félre nézve gazdasági rizikó származhat. A gyakorlatban azonban alapvetően azokat az ügyleteket látják el a felek biztosítékkal, amelyekből követelések keletkeznek. Ezek rendszerint pénzkövetelések, de lehetnek más követelések is.

⁶ A kezesség és a biztosítás összehasonlításáról ld.: *Bodzási Balázs: A kezesség.* in: *Osztovíts András (szerk.): A Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény magyarázata.* Opten Kiadó, Budapest, 2011. 949. A garancia és a biztosítás közötti kapcsolatról ld.: *Bodzási Balázs: A kezesség.* in: *Osztovíts (szerk.):* i.m. 814.

⁷ *Becker-Eberhard, Ekkehard: Die Forderungsgundenheit der Sicherungsrechte.* Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1993, 3-4.

⁸ *Bülow, Peter: Recht der Kreditsicherheiten.* C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelber, 1984, 2.

⁹ *Bülow:* i.m. 1.

A biztosítékok célja ehhez kapcsolódóan az, hogy ha az alapügylet - amelyből a biztosítandó követelések keletkeztek - nem az eredeti elvárások szerint megy teljességbe, akkor a követelésekből származó jogosult igények gazdasági értelemben minél gyorsabban kielégítésre kerüljenek.¹⁰

Az alapügylet és a biztosítékok közötti jogi kapcsolat különbözőképpen jelenhet meg. A leggyakoribb, hogy a két jogügylet a járulékoság elvén keresztül kapcsolódik egymáshoz. Mind a személyi, mind pedig a dologi biztosítékok körében van azonban példa nem-járulékos – más néven: absztrakt – biztosítékokra is. Ez utóbbiaknál az alapügylet és a biztosíték között sokkal lazább a kapcsolat, amit gyakran egy újabb kötelmi jogi megállapodás teremt meg. Valamennyi biztosíték közös jellemvonása azonban, hogy különbséget kell tenni az alapügyletből származó hitelezői igény és a biztosítéki jog között. Tágabb értelemben ezt a hitelezői igényt tekinthetjük a biztosíték tárgyának. A hitelezői igénytől elkülönülő biztosítéki jog csak akkor gyakorolható, ha a biztosított alapügyletből származó rizikó bekövetkezik.

A biztosítékok ennek alapján azok a jogintézmények, amelyek segítségével a biztosítékot nyújtó fél meghatározott gazdasági kockázatok következményeit átvállalja. Ennek eszköze a biztosítékok szűkebb értelemben vett tárgya, vagyis az az idegen vagyontárgy, amelyre vonatkozóan a jogosult kielégítési jogát gyakorolhatja.

A biztosítékokat két nagy csoportba sorolhatjuk aszerint, hogy a jogosult kielégítési joga egy meghatározott vagyontárgyra korlátozódik, vagy pedig kiterjed egy adott személy teljes vagyonára. Az előbbi esetben dologi biztosítékokról, az utóbbiban pedig személyi biztosítékokról beszélünk. A dologi biztosítékok dogmatikai struktúrájukat tekintve lényegesen eltérnek a személyi biztosítékoktól. Ez alapvetően abban jelenik meg, hogy a dologi biztosítékoknál kevésbé jelentős a kötelmi jogi kötőerő, ezzel szemben azonban megjelenik és előtérbe is kerül a dologi jogi kapcsolódás.

A dologi biztosítékok lényege az, hogy a hitelezői igényt az adós vagy egy harmadik személy tulajdonában álló, meghatározott vagyontárgyra irányuló dologi értékesítési jog (kielégítési elsőbbség) biztosítja.¹¹

1. 5. A dologi biztosítékok közgazdasági analízise

A dologi hitelbiztosítékokat közgazdasági szempontból az ún. neoklasszikus finanszírozási elmélet vizsgálta alaposabban. Ez az elmélet egy piaci teória, amelynek középpontjában a piaci struktúrák vizsgálata áll. Az elmélet többek között az irreleváns piaci struktúrákat elemzi, alapjait pedig

¹⁰ *Becker-Eberhard*: i.m. 17.

¹¹ A kielégítési jogról részletesebben ld.: *Bodzási Balázs*: A zálogjog. in: *Osztovits András* (szerk.): i.m. 828-836.

Franco Modigliani (1918-2003), valamint *Merton H. Miller* (1923-2000) közgazdászok munkássága teremtette meg.¹²

A *Modigliani-Miller* szerzőpáros szerint egy vállalkozás eladósodottságának a mértéke nem gyakorol hatást a vállalkozás összértékére. Elméletük abból indul ki, hogy valamennyi piaci szereplő homogéne viselkedik. Ez többek között azt jelenti, hogy ugyanolyan hozzáférési lehetőségük van a releváns információkhoz, illetve azonos információkkal is rendelkeznek.

Ez a feltételezés azonban nem teljesen felel meg a valóságnak. Az adós és a hitelező az információszerzés szempontjából is különböző helyzetben vannak, köztük tehát egy aszimmetrikus viszony áll fenn az információelosztás tekintetében. Ez azt jelenti, hogy a hitelviszonyon belül a hitelfelvevő általában pontosabb információkkal rendelkezik a tervezett beruházással kapcsolatos kilátásokról, mint a hitelnyújtó. A hitelfelvevő előre tudhatja azt is, hogy a jövőben milyen változtatásokat tervez üzleti politikájában. Emellett azonban a hitelnyújtó is tudja, vagy legalábbis feltételezi, hogy a hitelfelvevő üzleti terveiről, illetve a hitel segítségével megvalósítandó beruházásról a valóságosnál kedvezőbb képet fest. Ebből következően a hitelfelvétel után sokszor vagyoneleírásra kerül sor. Az adós és hitelező közötti információs aszimmetria miatt a felek eltérően viselkednek és ugyanazon tényezőkkel (pl. a beruházáshoz kapcsolódó nettó pénzáramlások) kapcsolatban is eltérőek az elvárásaik.¹³

Az aszimmetrikus információelosztásra tekintettel a hitelezőt fenyegető megghiúsulási rizikó és a dologi biztosítékok közötti kapcsolat sokkal komplexebbé válik. Ez a kapcsolat attól is függ, hogy a hitelező milyen mértékű rizikót hajlandó átvállalni. Amennyiben a hitelező kizárólag rizikómentes hitel nyújtására mutat készséget, akkor ennek feltétele, hogy a hitelnyújtás időpontjában biztos elvárásai legyenek a visszafizetésre vonatkozóan. Ennek pedig az lehet az egyik alapja, ha a hitelfelvevő rendelkezik olyan szabad vagyontömeeggel, amelyre vonatkozóan olyan megfelelően kialakított dologi biztosítékot lehet létrehozni, amely a hitel futamidejének minden egyes periódusában a még fennálló hitelezői visszafizetési igényt teljes mértékben lefedti.¹⁴

Az ilyen típusú rizikómentes hitelnyújtás és teljes biztosítás a legtöbb esetben nem lehetséges. Ezért a hitelező az esetek többségében számításba veszi a megghiúsulási rizikó bekövetkeztének a lehetőségét, amely részben a hitel futamidejétől függ. Ennek egyik következménye, hogy a hitelező a számításba vett rizikót kifejezésre juttatja a kamatlámban. Ez a kamatláb magasabb, mint egy

¹² *Modigliani, Franco-Miller, Merton H.*: The cost of capital, corporation finance and a theory of investment. The American Economic Review. June 1958, 261-297.

¹³ *Dutt*: i.m. 22.

¹⁴ *Dutt*: i.m. 33.

rizikómentes hitel kamata lenne. Egy másik következmény, hogy a hitelezőnek a biztosítékokat is úgy kell kialakítania, hogy azok a számításba vett rizikóhoz jobban illeszkedjenek.

A neoklasszikus elmélet a dologi biztosítékokat olyan polgári jogi szerződéseként határozza meg, amelyek a hitelezőnek egy feltételes hozzáférési jogot biztosítanak egy meghatározott vagyontárgyra (dologra, vagy jogra), amelyből a biztosított hitelező más hitelezői igényektől függetlenül kielégítést kereshet.¹⁵ Ezen keresztül a biztosítékok alapvető gazdasági funkciója a hitelnyújtásból származó meghiúsulási rizikó redukálása.¹⁶ Ennek egyik lényeges hatásaként csökkenthetőek az ügylethez kapcsolódó tranzakciós költségek is.

II. Hitelezés és a biztosítékok

2. 1. A hitel közgazdasági és jogi fogalma

A hitelezés és a biztosítékok közötti szoros gazdasági kölcsönhatás megértéséhez először a hitel fogalmát kell tisztázni. A hitel kifejezés – amely etimológiailag a hit, bizalom szavakra vezethető vissza¹⁷ -, mást jelent közgazdasági és mást jogi értelemben.

Közgazdasági értelemben a hitel a vásárlóerő ideiglenes átengedése. A vásárlóerő átengedése azért tekinthető ideiglenesnek, mert a hitelfelvevő a neki átadott vásárlóerőt egy meghatározott időtartam után köteles visszaadni a hitelezőnek.

Egy vállalkozás akkor vesz igénybe hitelt, ha a szükséges beruházások megvalósítása, illetve a fizetőképesség fenntartása saját eszközök felhasználásával nem biztosítható. Előfordulhat azonban olyan eset is, amikor a saját tőkéből történő finanszírozás valamilyen okból kifolyólag (pl. adózási vagy kockázatalosztási szempontok miatt) költségesebb, mint az idegen tőkéből történő finanszírozás.¹⁸

A hitelnyújtó oldalán a hitel rendelkezésre bocsátása befektetésnek tekinthető. Ez közgazdasági szempontból jelenthet egyrészt készpénz-, illetve számlapénz hitelt, másrészt azonban fizetési halasztást, vagy kezességvállalását is.¹⁹ A hitelnyújtás tehát számos cselekvési formát fog át. Ezek a különböző hitelformák alapvetően két nagy csoportba sorolhatóak. Az egyik a fizetési típusú hitelek, a másik pedig a felelősségi típusú hitelek csoportja.

¹⁵ Duttle: i.m. 9.

¹⁶ Duttle: i.m. 85.

¹⁷ Számos nyelvben a hitel szó a latin *credere* kifejezésre vezethető vissza, amely szintén hitet, bizalmat jelentett.

¹⁸ Duttle: i.m. 70.

¹⁹ Meincke, Eberhard-Hingst, Kai-Michael: Der Kreditbegriff im deutschen Recht. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier-Mitteilungen (WM), 14/2011, 633.

Fizetési hitel esetén tényleges hitelnyújtásra kerül sor olyan értelemben, hogy a hitelező vagy egy meghatározott pénzösszeget ad a hitelfelvevőnek, vagy az egyik fél a saját szolgáltatását időben korábban teljesíti, esetleg halasztást ad az ellenszolgáltatást teljesítésére. Ezzel szemben felelősségi típusú hitelnyújtásnál a hitelező arra tesz ígéretet, hogy a helytáll egy olyan kötelezettségért, amely a hitelfelvevőt egy harmadik személy irányában terheli.²⁰ Felelősségi típusú hitelnyújtás például a kezesség-, vagy garanciavállalás, melyeket aval-hitelnek is neveznek. Ebbe a csoportba tartozik azonban a váltóleszámítolás is, amikor a hitelező arra vállal kötelezettséget, hogy a hitelfelvevő által kiállított váltót egy meghatározott összeghatáron belül elfogadja.

Ezzel szemben polgári jogi értelemben hitel alatt a hitelszerződésből származó főszolgáltatást értik. Bonyolítja a helyzetet, hogy a hatályos magyar Ptk. különbséget tesz hitel- és kölcsönszerződés között. Ebből az következik, hogy a hatályos magyar polgári jogban a hitel és a kölcsön két különböző fogalom. Emellett utalni kell arra is, hogy mást jelent a hitel polgári jogi, társasági jogi, büntetőjogi és bankfelügyeleti jogi szempontból.²¹

2. 2. A biztosítékok szerepe a hitelezés különböző formáinál

A biztosítékok sem közgazdasági, sem jogi értelemben nem fogalmi elemei a hitelnek. Ennek ellenére a hitelek többségét biztosítékokkal látják el a felek. Ez közgazdasági értelemben az erőforrások felhasználásának egy meghatározott módja.

Biztosítékkal természetesen nemcsak a pénzhitel látható el, hanem az összes olyan jogügylet, amely hitelezési elemet tartalmaz. Ez minden olyan szerződés esetében megállapítható, amikor az egyik fél a saját szolgáltatását időben korábban teljesíti, mint a másik. Ilyenkor az ellenszolgáltatás teljesítésére későbbi időpontban kerül sor. Ez megállapítható egy egyszerű adásvétel, vagy egy vállalkozási szerződés esetében is, ha a vételár, illetve a vállalkozói díj kifizetésére utóbb kerül csak

²⁰ *Meincke/Hingst*, WM 2011, 633.

²¹ *Meincke/Hingst*, WM 2011, 634.

sor. Az ilyen ügyletekhez kapcsolódó hitelt áruhitelnek, valamint előteljesítési hitelnek nevezzük, szemben a kölcsönszerződésből származó pénzhittel.

Az ellenszolgáltatás későbbi időpontban történő teljesítése kockázatot jelent a saját szolgáltatását korábban teljesítő fél számára, aki ennek a rizikónak a csökkentését biztosítékok alkalmazásával kívánja elérni. A biztosítékokra előteljesítési hitelnél az időben később sorra kerülő ellenszolgáltatás, pénzhitel esetén pedig a tőkét és a kamatot is magában foglaló pénzvisszafizetési igény biztosítása miatt van szükség.²²

A vállalkozásoknak nyújtott hitelektől gyökeresen eltérő tulajdonságokkal rendelkeznek a fogyasztóknak nyújtott hitelek.²³ A hitelek különböző típusainál lényegesen eltérnek egymástól a hitelnyújtás és a biztosítékok alapításának a feltételei.²⁴

2. 3. A biztosítéknyújtás és a hitelezés feltételeinek összefüggései

A biztosítékok fontos szerepet játszanak a hitelnyújtással kapcsolatos döntésben. Ebben a kontextusban a hitelé a főszerep, a biztosítéknak csak mellékszerepe jut. A biztosítékok léte és értéke azonban visszahat a főszolgáltatásra. Ennek megfelelően a valóságban nem létező, vagy hiányos biztosítékok a hitelnyújtást meg is hiúsíthatják, illetve lényegesen megnehezíthetik és megdrágíthatják azt.²⁵

A hitelnyújtásra vonatkozó döntés mellett tehát közgazdasági szempontból a biztosítékok fontos szerepet játszanak a hitelezés feltételeinek meghatározásában is. Kapcsolat áll fenn a biztosítékok és a hitel árának, a kamatnak a mértéke között. Ez a kapcsolat jól tükröződik abban is, hogy a biztosítékkal ellátott, valamint a biztosíték nélküli hitelek kamata különböző.²⁶

A kamatszint meghatározása több tényezőtől függ, de ebben szerepet játszik – a refinanszírozási költségek mellett – az is, hogy a hitelezőnek milyen mértékben kell számolnia az adós

²² *Bülow*: i.m. 2.

²³ Az európai uniós jogban a fogyasztói hitelekre jelenleg a 2008/48/EK irányelvet kell alkalmazni, amelyet a magyar jogba a fogyasztónak nyújtott hitelről szóló – azóta többször módosított – 2009. évi CVXII. törvény ültetett át. Az uniós jogról ld.: *Bodzási Balázs*: A fogyasztói hitelszerződések európai uniós szabályozása. *Külgazdaság Jogi Melléklet*, 2011/5-6. sz. 49-77. A magyar jogról ld. *Bodzási Balázs*: A fogyasztói hitelszerződések új szabályai. *Hitelintézeti Szemle*, 2011/3. sz. 262-280.

²⁴ *Drobnig, Ulrich*: *Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform des Mobiliarsicherheiten?* Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentagen. Band I (Gutachten), Teil F., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1976, 19.

²⁵ *Drobnig*: i.m. 15.

²⁶ *Drobnig*: i.m. 23.

fizetéseképtelenségével. A kamatszintet meghatározó tényezőket *del-credere* rizikónak nevezik. A hitelező a *del-credere* rizikó kiegyenlítésére felárat kalkulál.²⁷

A biztosítékokat figyelembe kell venni a szavatoló-tőke számítása során is. Ezen keresztül a biztosítékok hatással vannak a kamatfelárra (kamatmarzsra) is.

Ha az ügyletet több biztosítékkal is ellátták és egy releváns biztosíték kiesik, akkor az jelentős költségtöbblettel járhat a hitelező számára, ami ugyancsak drágíthatja a hitelt.

Összességében azt mondhatjuk, hogy azon keresztül, hogy a biztosítékok alkalmazásával csökkenthető a hitelező fenyegető kockázat, csökkenthetőek az ügylethez kapcsolódó tranzakciós költségek is. A biztosítékok alkalmazása tehát hatással van a hitelfeltevőt terhelő költségekre is. Ez azt jelenti, hogy a biztosítékok felhasználásának ár- és költségátalakulása van.²⁸

2. 4. A hitelezési igény növekedésének hatása a hitelbiztosítékok szabályozására

A gazdaságban mutatkozó hiteligeny és a hitelbiztosítékok szabályozása szoros kapcsolatban áll egymással. Olyan időszakokban, amikor a hiteligeny megnő, a hitelbiztosítékok jogi szabályozásának kiszélesedése, bővülése figyelhető meg. Erre jó példa a jelzálogjogi szabályozás 19. századi átfogó átalakulása egész Európában, illetve a II. világháború utáni időszak is.

1945 után Európában a gazdasági szereplők saját tőke bázisa radikálisan lecsökkent. Az újjáépítéshez szükséges tőkét csak új lehetett megteremteni, hogy a vállalkozások számára hozzáférést biztosítottak a tőkepiacokhoz. Ezen keresztül sikerült elérni, hogy a tőkeigeny a hitelnyújtás különböző formái útján nyerjen kielégítést. A hitelezés kereteinek a szélesítéséhez az is nagymértékben hozzájárult, hogy új hitelbiztosítéki formák jelentek meg a gyakorlatban.²⁹

A magyar jogirodalomban is igen korán felismerték, hogy a biztosítékoknak, különösen pedig a jelzálogjognak fontos szerep jut a forgalom megkönnyítésében, gyorsításában. A 20. század elején már egyértelmű volt, hogy a már akkor is meglehetősen élénk gazdasági versenyben nagy forgalmi tőkékre volt szükség, a szükséges pénzüsszegeket gyorsan kellett előteremteni, ennek a célnak pedig

²⁷ Schäfer, Hans-Bernd-Ott, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts. 4. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2005, 591.

²⁸ Duttler: i.m. 97.

²⁹ Schäfer/Ott: i.m. 602. Hasonló kérdések merültek fel a német jogban az 1970-es és 80-as években, amikor napirendre került a bírói gyakorlat által elismert, de a BGB-ben nem szabályozott és nem is nyilvános ingó dologi hitelbiztosítékok reformja.

tökéletesen megfelelt a jelzálogjog intézménye. A jelzálogjog lehetővé tette, hogy a tulajdonos az ingatlanában rejlő hitelt könnyen hasznosíthassa.³⁰

A történeti példák is azt mutatják, hogy a biztosítékok közül a zálogjog kapcsolódik a legszorosabban a tőke- és hitelpiacokhoz. Ez a kapcsolat jogdogmatikai szempontból azonban még ma sincs teljes mértékben feldolgozva. Emellett hiányoznak az állam gazdasági berendezkedése és hitelbiztosítéki szabályozása közötti viszonyt feltáró elemzések is.³¹

2. 5. A bankhitel speciális jellemvonásai

A hitelezés alapvető formája a bankhitel, pontosabban a hitelintézetek által nyújtott hitel. A bankhitel sajátosságai szoros összefüggésben állnak a hitelnyújtó, vagyis a hitelintézet működéséből fakadó jellemvonásokkal. Az egyik ilyen alapvető jellegzetesség, hogy a bank a betétesek pénzét helyezi ki hitelként, vagyis az ügyfelei pénzéből hitelez. A másik, hogy a hitelnyújtás – ideértve annak speciális típusait, így a kezesség- és a garanciavállalást is – a bank számára a legfontosabb ún. aktív ügylet.

A hitelintézetekre emellett folyamatosan szigorodó felügyeleti előírások is vonatkoznak. Ezek alapján a hitelnyújtó köteles körültekintően megvizsgálni a hitelfelvető fizetőképességét, sokszor pedig a hitel felhasználásának a célját is.

A bankhitel további jellegzetessége az is, hogy a hitelnyújtó bank gazdasági szempontból általában jóval erősebb, mint a hitelfelvevő. Ez alól részben a nagyszámú konzorciális hitelek jelentenek kivételt. A bank gazdasági erőfölényéből az is következik, hogy a hitel- és biztosítéki szerződések megkötésénél kiemelkedő szerepet töltenek be a bank üzletszabályzatai, általános szerződési feltételei.³² A bankok által a biztosítékok körében alkalmazott általános üzletszabályzatok speciális értékelést igényelnek.³³

III. A biztosítékok és a fizetéseképtelenségi eljárások kapcsolata

³⁰ *Jehlicska Ferenc Rezső*: A modern polgári jog és a kath. keresztény erkölcsstudomány. Stephaneum Nyomda, Budapest, 1913. 249-250.

³¹ *Dorndorf, Eberhard*: Kreditsicherungsrecht und Wirtschaftsordnung. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1986, 15.

³² *Drobnig*: i.m. 20.

³³ Átfogóan ld.: *Fuchs, Andreas*: Banken (Kreditinstitute). 6. Sicherheiten. in: *Ulmer/Brandner/Hensen*: AGB-Recht. Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz. 10. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2006, 1301-1307. Kezességgel kapcsolatban ld.: *Föster, Christian*: Problematische Bürgschaftsverpflichtungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier-Mitteilungen (WM), 36/2010, 1677-1684. Zálogjoggal összefüggésben ld.: *Piekenbrock, Andreas*: Das AGB-Pfandrecht am Kundenguthaben in der Klauselkontrolle. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier-Mitteilungen (WM), 2/2009, 49-54.

3. 1. A fizetéseképtelenségi jog gazdasági funkciói

A hitelnyújtás egyik mozgatórugója, hogy a hitelező esedékes követelését végső soron állami kényszercelemek útján, az adós vagyonára vezetett bírósági végrehajtás keretében elégítheti ki. Az ennek során érvényesülő alapelv, hogy a jog – néhány kivételes korlátozástól eltekintve - a hitelező számára az adós összes vagyoni értékéhez hozzáférést biztosít. Működőképes és fejlődő hitelpiacokról csak akkor lehet szó, ha az adós tulajdonára nézve feláll a lehetősége annak, hogy a tulajdonjog kényszerátruházás útján másra – például a hitelezőre – szállhat át.³⁴

Előfordulhat, hogy a fennálló és jövőbeni hitelek fedezésére az adós teljes vagyona nem elegendő. Ilyen esetben eladósodásról, illetve fizetéseképtelenségről beszélünk, amely vállalkozások esetében gyakran felszámolással, vagyis a vállalkozás megszüntetésével ér véget. Ehhez kapcsolódóan a fizetéseképtelenségi jog alapvető feladata a nemzetgazdasági szintű károk korlátozása. A fizetéseképtelenségi szabályok egyik legitimációs oka tehát magából a versenyre épülő piacgazdaságból következik. Azokat a vállalkozásokat ugyanis, amelyek már nem képesek a piacgazdasághoz kapcsolódó versenyképesség feltételeit kielégíteni, végső soron kényszerrel kell a piacról való távozásra rákényszeríteni. Ehhez kapcsolódóan azonban a fizetéseképtelenségi jog fontos hitelezővédelmi funkciót is betölt.³⁵

A fizetéseképtelenségi szabályok olyan eszközt adnak a hitelező kezében, amely révén szankcióval – végső soron a megszüntetés kilátásba helyezésével – fenyegetheti a nem teljesítő adóst. Ezek a szabályok keresztül az adós a fizetéseképtelenségi eljárásokon keresztül elveszíti döntési kompetenciáját és tőkéjét. Ebből ideális körülmények között az következik, hogy az adós arra törekszik, hogy a fizetéseképtelenség beálltát megakadályozza.³⁶

A fizetéseképtelenségi eljárásokban olyan elosztási szabályokat kell rögzíteni, amelyek révén a hitelezői kockázat csökkenthető, illetve elkerülhető. Ebbe a körbe tartoznak azok a megtámadási jogok is, amelyek révén azokat az adós által még a fizetéseképtelenség beállta előtt tett ügyleteket lehet érvényteleníteni, amelyek célja a fizetéseképtelenségi rendelkezésekben foglalt elosztási szabályok megkerülése volt.³⁷

³⁴ Schäfer/Ott: i.m. 589.

³⁵ Duttle: i.m. 62.

³⁶ Duttle: i.m. 62.

³⁷ Ilyen megtámadási jogot biztosít a felszámoló számára a csődeljárásról és a felszámolási eljárásról szóló 1991. évi XLIX. törvény (Cstv.) 40. §-a is.

A fizetésképtelenségi jognak ez a funkciója már jóval a fizetésképtelenség beállta előtt hat, befolyásolhatja ugyanis a hitelnyújtásról szóló döntést. Emellett az elosztási szabályok a tranzakciós költségeket is csökkentik.³⁸

Fontos célja azonban ezeknek az elosztási szabályoknak az is, hogy elkerülhetővé tegye a hitelezők között a fizetésképtelenség beálltát követően kirobbanó vagyon elosztási harcot. Ez ugyancsak a tranzakciós költségét csökkentését eredményezi.³⁹

3. 2. A fizetésképtelenségi eljárásokban alkalmazandó elosztási szabályok összevetése

Az előzőek alapján felmerül a kérdés, hogy milyen elvek alapján történjék az adós fizetésképtelensége során az egymással ütköző hitelezői érdekek összeegyeztetése. Másként megfogalmazva: milyen elosztási szabályokat rögzítsen a fizetésképtelenségi jog.

A hitelezői érdekek kiegyenlítésére elvileg több alapelv figyelembevételével is sor kerülhet:

- a) a hitelezők egyenlő mértékű kiegyenlítésének az elve (*par condicio creditorum*): eszerint a hitelezők olyan arányban kapnának megtérítést, amilyen arányban a követelésük az adós teljes vagyonával áll;
- b) a hitelezők olyan sorrendben kapnának kielégítést, amilyen sorrendben a hitelt nyújtották;
- c) a hitelezők közötti sorrendiséget az határozná meg, hogy az adós vagyonára milyen időpontban indították meg a végrehajtási eljárásokat;
- d) a biztosítékkal rendelkező hitelezők privilegizált kielégítésének az elve: ennek alapján a biztosítékkal rendelkező hitelezők a többi hitelezőt megelőzően kapnának megtérítést, az egymás közötti sorrendiséget pedig a biztosítékok létesítésének az időpontja határozza meg;
- e) végül az is elképzelhető, hogy bizonyos követeléseket a törvény előnyben részesít.

A d) ponthoz kapcsolódik az a további kérdés, hogy a fizetésképtelenségi eljárások során a hitelbiztosítékokat egyáltalán figyelembe lehet-e venni, illetve, hogy nem ütközik-e más alapelvekbe a biztosítékkal rendelkező hitelezők privilegizált kielégítése. A hitelezők egyenlőségének az elve alapján a biztosítékok elismerését és privilegizált szabályozását ugyanis el kellene utasítani.

A biztosítékkal – mindenekelőtt zálogjoggal – rendelkező hitelezők privilegizálása a felszámolási eljárásban ugyanakkor gazdasági szükségszerűség. Ha ugyanis a hitelbiztosítékokat a

³⁸ Duttle: i.m. 63.

³⁹ Duttle: i.m. 64.

jogrendszer az adós fizetése képtelensége során nem részesítené előnyben, az egész hitelélet összeomlana.⁴⁰

A vázolt elvek közötti választást az határozza meg, hogy közgazdaságilag milyen célokat kell szem előtt tartani. Az egymással ütköző hitelezői érdekek jogi szabályozása során arra kell törekedni, hogy a biztosítéki célokat minél hatékonyabban lehessen elérni. Ennek során számolni kell a fent említett *del-credere* rizikóval is. Ennek alapján pedig az egyes szabályozási elvek közötti választás befolyásolja egyrészt a kihelyezett hitel mértékét, másrészt a hitelezőnek az adós fizetése képtelensége esetén tanúsított viselkedését.⁴¹

Az adós fizetése képtelensége esetén a hitelező alapvetően kétféle magatartást tanúsíthat. Egyrészt dönthet az adós megszüntetése mellett, de biztosíthatja az adós számára tevékenységének tovább folytatását is. Az adós megszüntetése mellett akkor dönt a hitelező, ha az adós által hasznosított erőforrások a jövőben az adós vállalkozáson kívül hatékonyabban kerülhetnek felhasználásra. A tevékenység tovább folytatása ezzel szemben akkor indokolható, ha ugyanezeknek az erőforrásoknak az adós vállalkozáson belüli hasznosítása továbbra is hatékonynak minősül. A hitelezői érdekek kiegyenlítésére irányuló szabályozási elvek közötti döntés attól is függ, hogy az adós fizetése képtelensége esetén az egyes hitelezők milyen döntést hoznak az adós sorsáról.⁴²

A szabályozási alapelvek közötti választás ezen túlmenően hatással van a hitelszerződés közgazdasági értelemben vett hatékonyságára is. Egy hitelszerződés akkor hatékony, ha a kizárni szándékozott *del-credere* rizikó a kamatszintben tükröződik és az nem más hitelezőkre lesz áthárítva.⁴³ Ebből a szempontból pedig a biztosítékkal rendelkező hitelezők privilegizálása a legmegfelelőbb választás.

Mindezek alapján a jogrendszerek lehetővé teszik a hitelezők számára, hogy az általuk nyújtott hiteleket biztosítékokkal lássák el és ennek alapján az adós fizetése képtelensége esetén az adós vagyonából történő előnyös kielégítésre tartsanak igényt. A biztosítékok felhasználásával az adós jövőbeni hitelfelvételeiből származó *del-credere* rizikó csökkenthető.⁴⁴

A hitelek biztosítékokkal való ellátása mindazonáltal más lényeges következményekkel is jár a fizetése képtelenségi eljárásokra nézve. Egy ilyen lényeges következmény, hogy felszámolási eljárás során a biztosítékokkal nem rendelkező hitelezők kielégítésére fordítható vagyon jelentős mértékben

⁴⁰ Dorndorf: i.m. 6.

⁴¹ Schäfer/Ott: i.m. 591.

⁴² Schäfer/Ott: i.m. 591. Mindez elvezet a vállalatértékelés kérdéséhez, amelynek több modellje alakult ki.

⁴³ Schäfer/Ott: i.m. 592.

⁴⁴ Schäfer/Ott: i.m. 594.

csökken. Ezen hatások ellenére is igazolást nyert az a nézet, hogy közgazdasági szempontból a biztosítékkal rendelkező hitelezők privilegizálása indokolt.⁴⁵

3.3. Az anyagi jog és az eljárási jog összefüggései

A felszámolási eljárás során a hitelbiztosítékok – elsősorban a zálogjog – kiemelkedő jelentőséggel bírnak. A biztosítékoknak a felszámolási eljárásban betöltött kiemelkedő szerepét ezen jogintézmények gazdasági jelentősége magyarázza.⁴⁶

A zálogjog fogalmi elemét alkotó kielégítési elsőbbség a fizetéseképtelenségi eljárási szabályokban ölt testet. Valójában ugyanannak a társadalmi és gazdasági problémának két különböző aspektusáról van szó. Ebből következik az is, hogy az anyagi zálogjogi szabályozás nagyon szorosan kapcsolódik a fizetéseképtelenségi (eljárási) joghoz.

IV. Versenyjogi aspektusok

A biztosítékok és a hitelnyújtás közötti szoros kapcsolatból következik, hogy összefüggés mutatható ki a biztosítékok és a hitelezési piac működése között. A hitelezési piacon esetlegesen kialakuló gazdasági erőfölény – kivételes esetben monopolhelyzet – a biztosítékok alkalmazására is hatással van. Különösen a jogszabály által nem szabályozott, de a bírói gyakorlat által elismert biztosítékok esetén fordulhat az elő, hogy az erőfölényben lévő hitelnyújtó ezeknek a szerződéses biztosítékoknak a tartalmát a hitelfelvevőre hátrányosan határozza meg. Zálogjognál ennek természetesen kisebb a jelentősége, de ennek ellenére a zálogszerződés is tartalmazhat olyan kikötést, amely a gazdasági erőfölényes helyzetből adódóan a hitelező számára egyoldalú előnyt jelent.

Ezeket a szerződéses kikötéseket a polgári jog érvénytelennek tekintheti, feltéve, hogy általános szerződési feltételnek minősülnek, vagy ennek hiányában fogyasztói szerződésben kerülnek alkalmazásra. Más esetekben azonban az érvénytelenségi szankciók alkalmazhatósága már nem ilyen egyértelmű.

A polgári jogi értékeléstől elválik a versenyjogi minősítés. Versenyjogi szempontból a biztosítékok alkalmazására irányuló szerződéses kikötések gazdasági erőfölénnyel való visszaélést valósíthatnak meg. Ezzel kapcsolatban kérdéses, hogy a gazdasági erőfölénnyel létrehozott szerződéshez a versenyjogi szankciókon kívül fűződhetnek-e polgári jogi jogkövetkezmények. Kérdéses mindenekelőtt, hogy egy ilyen szerződést érvényesnek lehet-e tekinteni.

⁴⁵ Schäfer/Ott: i.m. 602.

⁴⁶ Drobniq: i.m. 24.

A versenyjog egy másik nagy területén belül, a kartelltilalom körében az érvénytelenség (semmisség) és más polgári jogi jogkövetkezmények alkalmazása ma már széles körben elismert. Nem ennyire egyértelmű azonban a helyzet gazdasági erőfölénnyel való visszaélés esetén. *Darázs Lénárd* ezzel kapcsolatban arra az álláspontra helyezkedik, hogy amennyiben a gazdasági erőfölénnyel való visszaélés szerződéses rendelkezésekben testesül meg, akkor az érvénytelenség – ezen belül a semmisség – jogkövetkezménye alkalmazásra kerülhet. Nézete szerint mind az európai, mind a magyar versenyjog alapján a szerződésen keresztül megvalósított erőfölénnyel való visszaélésnek minden további nélkül lehet semmisség a szankciója.⁴⁷ Az európai versenyjog vonatkozásában az erőfölénnyel való visszaélésnek minősülő szerződéses kikötés semmisségét más szerzők is elismerik.⁴⁸

A hitelpiacon akkor beszélhetünk erőfölényes vagy monopolhelyzetről, ha egy adott vállalkozásnak lehetősége van arra, hogy egyoldalúan meghatározza, uralja a hitelkínálatot. Ebben az esetben a szerződéses szabadság feltételei nem adóttak, a piac nem működik hatékonyan. Ugyanakkor önmagában az a tény még nem zárja ki a versenyt, hogy jelentős számú hitelfelvevő tárgyalási pozíciója a piacon gyenge.

A hitelpiac elsősorban a hitel mint speciális termék jellegzetességei alapján különbözik más piacoktól. Jellemzője azonban a hitelpiacoknak az is, hogy a versenykorlátozásoktól nem mentesek. Erre azonban a biztosítékok szabályozásának nincs tényleges hatása, vagyis a hitelezési piacokon fennálló verseny erősítése elsődlegesen nem a hitelbiztosítéki szabályozáson keresztül érhető el. A biztosítékok dologi jogi, illetve a fizetéseketelenséghez kapcsolódó eljárásjogi szabályainak módosítása, szűkítése a hitelpiaci versenyt csak csekély mértékben befolyásolja. Ennek a célnak az eléréséhez más gazdasági eszközök állnak rendelkezésre.⁴⁹

Az egy másik kérdés, hogy ha a hitelpiacokon a verseny gyakorlatilag teljes mértékben megszűnne, akkor a felek szerződési szabadsága a biztosítékok alkalmazásához kapcsolódóan is kérdésessé válna, sőt önmagában a biztosítékok felhasználása is újragondolásra szorulna.⁵⁰ Ebben az esetben azonban a biztosítékok szabályozásánál már jóval többről lenne szó. Ha ugyanis a verseny

⁴⁷ *Darázs Lénárd*: A kartellek semmissége. Complex Kiadó, Budapest, 2009, 35. Bonyolultabb azonban a helyzet, ha a versenyeljárás során a hitelintézet önkéntes kötelezettségvállalást tesz. Erre került sor például a Vj-41/2006/60. eljárásban. Az ilyen önkéntes kötelezettségvállalások polgári jogi értékelése rendkívül bizonytalan. Erről ld.: *Fejes Gábor*: Versenyjogi jogsértés - Polgári jogi szankció: érvénytelenség, teljesítésre kötelezés és kártérítés versenyjogi alapon. in: *Boytha Györgyné* (szerk.): Versenyjogi jogsértések esetén érvényesíthető magánjogi igények. HVGORAC Kiadó, Budapest, 2008, 79-93.

⁴⁸ *Wish, Richard*: Versenyjog. HVGORAC Kiadó, 2010, 310.

⁴⁹ *Dorndorf*: i.m. 51.

⁵⁰ Erre példa a volt szocialista országokban fennálló állami hitelmonopólium, illetve zárt hitelrendszer. Ebben a rendszerben a hitelbiztosítékok vagy feleslegessé váltak, vagy teljesen más funkciót töltöttek be, mint a piaccgazdaságban. Ld.: *Drobnig*: i.m. 15.

megszűnik és az nem is állítható helyre, akkor a verseny funkcióit az államnak kell átvennie. Ebben az esetben természetesen a biztosítékok alkalmazásával kapcsolatos kérdéseket sem a piac hozná meg.⁵¹

A versenyjog és a biztosítékok kapcsolatát illetően röviden arra is utalni kell, hogy a biztosítékok érvényesítése során fennáll a veszélye annak, hogy a hitelintézetek a tisztességtelen verseny tilalmába ütköző módon értékesítik a biztosítékul lekötött vagyontárgyakat.⁵²

⁵¹ *Dorndorf*: i.m. 52.

⁵² *Massari, Philipp*: Das Wettbewerbsrecht der Banken. De Gruyter Recht, Berlin, 2007, 187-190.

II. RÉSZ

A zálogjog és a gazdaság összefüggéseinek bemutatása konkrét példákon keresztül

I. A jelzálogjogi szabályozás 19. századi átalakulásának gazdasági háttere

1. 1. A reform gazdasági háttere

A 19. század folyamán a legtöbb európai országban a jelzálogjog – és ezen keresztül az egész ingatlanjog – átfogó átalakuláson ment keresztül. Ennek a jelzálogjogi reformnak a mozgatórugója az volt, hogy az ingatlanhoz kapcsolódó ún. reálhitel számára kedvezőbb jogi kereteket kellett teremteni. Ezt a törekvést az indokolta, hogy a tőke – leszámítva az államkötvényeket - szinte kizárólag az iparba áramlott. Az iparban működő vállalkozások számára ugyanis a jog lehetővé tette forgalomképes, könnyen átruházható és értékesíthető befektetési eszközök kibocsátását. A részvények és kötvények révén az ipar tőkevonzó képessége sokkal kedvezőbb volt, mint a mezőgazdaságé. A mezőgazdaság hátrányba került az iparral szemben, az egyes mezőgazdasági termelőknek nem volt kapcsolata a tőkepiaccal.

Mindemellett a mezőgazdasági hitelezés jogi feltételei is áttekinthetetlenek voltak. A hitelezők egyrészt nem lehetettek biztosak abban, hogy az ingatlan tényleges tulajdonosának nyújtanak hitelt, másrészt nem volt rálátásuk arra sem, hogy az ingatlan mennyire volt megterhelve. A tőke emiatt távol tartotta magát a mezőgazdaságtól, holott erre a mezőgazdaságnak is nagy szüksége lett volna.⁵³

Az ingatlan- és jelzálogjog 19. századi nagy átalakulását csak a korabeli gazdasági folyamatokhoz kapcsolódva lehet értelmezni. Ebben az időszakban zajlott ugyanis le a termelés, a tőke és a föld teljes körű mobilizálása. Ennek hatására a korábbi feudális, illetve merkantilista kötődésű gazdasági felfogás helyébe egy szabad és expanzív vállalkozói kép lépett. Ez a mobilizálódás nemcsak az árucserét érintette, hanem az egész társadalmi újraelosztást, beleértve a hitelezést, valamint a tőke- és pénzforgalmat is.⁵⁴

⁵³ Coing, Helmut: Die Neugestaltung des Liegenschaftsrechts. in: Coing, Helmut (Hrsg.): Studien zur Einwirkung der Industrialisierung auf das Recht. Dunkler&Humblot, Berlin, 1991, 9-10.

⁵⁴ Wieacker, Franz: Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution. in: Erdsiek, Gerhard (Hrsg.): Juristen-Jahrbuch, 9. Band, 1968/69, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln-Marienburg, 2.

A mezőgazdasági igények mellett arra is utalni kell, hogy a jelzálogjogi szabályozás megújítása a városi ingatlantulajdonosok számára is fontos volt. A 19. század második felében a városok gyors növekedésnek indultak. Annak ellenére, hogy a 19. századi jelzálogjogi törvényekhez fűzött indokolásokban ez az érv nem jelenik meg, a városok terjeszkedésének finanszírozását is könnyebbé tették a megreformált jelzálogjogi szabályok.⁵⁵

A jelzálogjogi reformok végül még egy célt szolgáltak: hozzájárultak ugyanis ahhoz, hogy nagyobb földrajzi területeken a jelzáloghitelek piaca egységessé váljon és a hitelfeltételekben megmutatózó különbségek az egyes országrészek között kiegyenlítődjenek.⁵⁶

Ezen célkitűzések ellenére a jelzálogjogi reformoknak komoly ellenzői is voltak. Az ellenérvek arra összpontosultak, hogy az ingatlanok mobilizálása számos veszélyt rejtett magában, mindenekelőtt azt, hogy a földtulajdonosok eladósodnak. Ezek az érvek nem nélkülöztek minden alapot. A mezőgazdaságba áramló tőke ugyanis számos esetben egyszerűen spekulációs célokat szolgált. A jelzálogjogi reformokat azonban ezek az ellenérvek nem tudták megakadályozni.

1. 2. A reform céljai

A 19. századi jelzálogjogi reformok elsődleges célja tehát az volt, hogy a mezőgazdaságot olyan helyzetbe hozzák, hogy az a tőkepiacon képes legyen versenyre kelni az iparral. Az ingatlantulajdonosnak biztosítani kellett, hogy az ingatlanában rejlő értéket tőkebefektetés formájában hasznosítani tudja. Mivel a tőkebevonás jogi eszköze a mezőgazdaság számára a jelzálogjog volt, ezért a jelzálogjogi szabályozást kellett a hitelezők számára olyan mértékben vonzóvá tenni, mint amit az ipari és közlekedési vállalkozások kínáltak. Ehhez a jelzálogjogot könnyen bejegyezhetővé, átruházhatóvá és érvényesíthetővé kellett tenni.⁵⁷

A helyzet annyiban volt némileg összetettebb, hogy jogpolitikailag a reformok valójában két fő célkitűzést szolgáltak:

a) egy forgalomképes jelzálogjog megteremtését, amelyen keresztül a tőkepiachoz való hozzáférés lehetővé válik az ingatlantulajdonosok számára; valamint

b) olyan hitelintézetek létrehozatalát, amelyek ellátják a hitelfelvevő földtulajdonosok és a tőkepiac közötti közvetítői szerepet.⁵⁸

⁵⁵ Coing: i.m. 13.

⁵⁶ Coing: i.m. 13.

⁵⁷ Coing: i.m. 12.

⁵⁸ Coing: i.m. 14-15.

Ez utóbbi célkitűzés azért volt lényeges, mert a jogalkotók belátták, hogy önmagában az anyagi jelzálogjog megújítása nem elegendő. Az államnak tehát a célnak megfelelő hitelintézeteket kellett létrehozni – ezek lettek a jelzálogbankok. Ebből a szempontból a poroszok jártak az élen, az első jelzálogbankot ugyanis a 18. század végén Sziléziában alapították.

Emellett azonban az anyagi jelzálogjog reformja sem maradhatott el. Az ingatlanhitelezés feltételeinek javítása érdekében ez a reform elsődlegesen arra irányult, hogy a kölcsöntartozás fejében megterhelendő ingatlanra vonatkozó egyéb jogviszonyok megismerhetővé, nyilvánossá váljanak. A hitelnyújtó kockázatát olyan módon is csökkenteni akarták, hogy számukra az ingatlant terhelő egyéb zálogjogokat és tulajdonviszonyt megismerhetővé teszik. Mindezek a célkitűzések éles ellentétben álltak a korabeli tényleges állapotokkal, amelyek alapján az ingatlant terhelő zálogjogok közötti rangsor gyakorlatilag áttekinthetetlen volt. Legtöbbször a végrehajtás során derült csak ki, hogy pontosan milyen terhei is vannak az ingatlanoknak.⁵⁹

1. 3. A magánjog megváltozott szerepe

A 19. században kialakuló új gazdasági rend új feladatok és új kihívások elé állította a magánjogot. Egyrészt jogi kereteket kellett teremteni a vállalkozások szervezeti formái számára, másrészt szabályozni kellett a vállalkozások egymás közötti versenyét, illetve a munkavállalók alkalmazásának feltételeit. A közvetítő kereskedelem elterjedésének hatására ekkor került előtérbe a teljesítési segédért való felelősség kérdése is. Mindemellett addig sosem látott mértékű hiteligeny alakult ki. Az új gazdasági feltételek a hitelezés új formáinak a létrehozatalát igényelték. Ez egyrészt a rövidlejáratú váltóhitelek elterjedését, másrészt a reálhitelek mobilizálását eredményezte. Ezt egészítette ki az a folyamat, amelynek során az adósság-jogcímek, illetve a tartozásról kiállított okiratok üzleti alapokra helyeződtek.⁶⁰

Az ipari és közlekedési vállalkozások részvényei és kötvényei olyan előnyöket nyújtottak a hitelezők számára, amelyeket az ingatlant terhelő jelzálogjog meg sem tudott közelíteni. Az iparban elterjedt befektetési formák magas kamatot és nyereséget kínáltak a befektetőknek, amely mellett a tőke mindenkor kivonható volt, vagyis a hitelezőket nem kötötték hosszú felmondási idők. Az ipari részvények és kötvények vásárlói különösebb fáradság és időráfordítás nélkül bármikor újabb kedvező befektetési lehetőség mellett dönthettek. A 19. századi gazdasági szakemberekben és jogászokban megszületett a felismerés, hogy az ingatlanhitelnek is ehhez hasonló kedvező feltételeket kell teremteni.

⁵⁹ Coing: i.m. 17.

⁶⁰ Wieacker: i.m. 3.

Ennek pedig az volt a feltétele, hogy a jelzálogjogi szabályozás is olyan garanciákat nyújtson a hitelezők számára, mint például a váltójog.⁶¹

1. 4. A nyilvántartás jelentősége – a jóhiszemű jogszerző védelme

A jelzálogjogi reformok a fentiekből kiindulva két alapelv meghonosítását tűzték ki célul. Ezek a specialitás és a nyilvánosság elvei voltak. A specialitás elve azt jelentette, hogy a jelzálogjog kizárólag egy számszerűen meghatározott követelés biztosítására és kizárólag egy meghatározott ingatlanra nézve volt alapítható. Ebből következően a nem meghatározott követelések biztosítására szolgáló az ún. generális jelzálogjogokat – melyeket a középkori jog elismert – nem lehetett létrehozni.

Ezt egészítette ki a nyilvánosság elve, amely alapján az ingatlanhoz kapcsolódó jogviszonyok kizárólag akkor jöhettek létre, ha azokat egy állami regiszterbe bejegyezték. Ez a nyilvántartás az érdekeltek számára nyilvános és hozzáférhető volt, amelyhez továbbá a törvény által deklarált bizalmi elv is kapcsolódott. A bizalmi elv rögzítése azt jelentette, hogy a törvény a jóhiszemű jogszerzőt védelemben részesíti. Mindezt együtt formális és materiális nyilvánosságnak nevezték.⁶²

A nyilvántartások ugyan különböző formában jelentek meg, de a legtöbb európai ország ennek létrehozatala során az ún. reálfólió elvét vette alapul. Ez azt jelentette, hogy minden egyes ingatlant egy külön lapon tartottak nyilván, amelyre az adott ingatlanra vonatkozó valamennyi dologi jogot – elsősorban természetesen a tulajdonjogot és a jelzálogjogokat – feljegyezték. Ennek a rendszernek a kiépítése azonban azt feltételezte, hogy egy adott terület valamennyi ingatlanát kataszterszerűen fel kellett mérni. Megbízható kataszter nélkül ez a rendszer nem működhetett. Ez azonban több országot távol tartott az ilyen jellegű nyilvántartás bevezetésétől, ahol pedig ezt megvalósították, ott is hosszú időt vett igénybe, mire ez a rendszer kiépült. A kataszteri nyilvántartások a kezdeti időszakban meglehetősen hiányosan működtek.

A nyilvántartás tartalmától függetlenül ezeknek a regisztereknek az érintettek számára hozzáférhetőnek kellett lenniük (*formális nyilvánosság*). Emellett védelemben kellett részesíteniük azt a személyt, aki a nyilvántartás tartalmában bízva szerzett az ingatlanra vonatkozó jogot, illetve aki ilyen jogról rendelkezett (*anyagi nyilvánosság*). Az anyagi nyilvánosság elve tehát a jóhiszeműséghez kapcsolódott, a jóhiszemű jogszerző védelmét szolgálta.⁶³

A jóhiszemű jogszerző védelmét az a szükségszerűség indokolta, hogy gyakorlatilag lehetetlen volt azt elérni, hogy a nyilvántartás tartalma és a valós jogi helyzet teljes mértékben fedje egymást.

⁶¹ Coing: i.m. 11.

⁶² Coing: i.m. 19.

⁶³ Coing: i.m. 20.

Előfordulhatott például, hogy a nyilvántartási bejegyzés alapjául szolgáló jogügylet érvénytelen volt. Emellett pedig mindig is voltak olyan szerzőmódok, melyek nyilvántartáson kívüliek voltak, például az öröklés. A teljes átfedést tehát annak ellenére sosem sikerült elérni, hogy a legtöbb jogrendszer a nyilvántartásokat konstitutív hatállyal ruházta fel, vagyis az ingatlanhoz kapcsolódó jogok csakis a nyilvántartási bejegyzés által jöhettek létre. Ez alól azonban mindig is volt kivétel. Ennek alapján a kérdés sokkal inkább az volt, hogy hogyan és milyen mértékben részesüljön védelemben az, aki a nyilvántartás tartalmában bízva járt el. A jognak a tényleges, de be nem jegyzett jogosult és a nyilvántartás tartalmában bízó harmadik fél közötti érdekkonfliktust kellett feloldania.

A 19. századi vitákból kétféle megoldás fejlődött ki. A védelem egyik formája az ún. negatív publicitás elve volt, amely szerint a nyilvántartásba be nem jegyzett jogok a jóhiszemű harmadik féllel szemben nem érvényesíthetőek. Egy másik megoldást az ún. pozitív publicitás elve jelentett, amely szerint, aki a nyilvántartás pozitív tartalmában megbízott, az védelemre tarthatott igényt. Az első megoldás a francia jogban terjedt el, a másodikat pedig a német telekkönyvi- és jelzálogjog vette át. A német jogkörön belül is különböző megoldások alakultak ki aszerint, hogy a védelem rögtön a bejegyzéstől megillette-e a jóhiszemű harmadik felet, vagy a védelem beálltához egy meghatározott időszakra kellett elteltetnie. Ez utóbbit az osztrák jog írta elő. További különbség volt kimutatható az alapján, hogy bármelyik jóhiszemű harmadik igényt tarthatott-e a védelemre, vagy csak az ellenérték fejében jogot szerző.⁶⁴

1. 5. A tulajdonosi jelzálogjog és a fix ranghely

A megfelelő nyilvántartás kiépítése mellett a 19. századi jelzálogjogi reformok két további fontos kérdése a tulajdonosi jelzálogjog és a fix ranghely intézményeihez kapcsolódott. Ezekkel a kérdésekkel kapcsolatban abból indultak ki, hogy a tulajdonos az ingatlanában rejlő értéket a maga teljes terjedelmében kívánja kihasználni. Ennek során pedig a különböző ranghelyek közötti értékkülönbséget figyelembe kellett venni. Az első helyen álló jelzálogjog természetesen nagyobb értéket képviselt, mint a későbbi ranghelyeken állók, melyeknél már nem volt teljesen biztos a követelésnek az ingatlan általi teljes mértékű fedezete. Ebből következően a tulajdonos a különböző ranghelyekhez kapcsolódóan különböző feltételek szerint vehetett igénybe hitelt. Ez a gazdasági szükségszerűség abba az irányba hatott, hogy egyes jogrendszerek a mozgó ranghely elve helyett a fix ranghely elvére helyezkedtek, illetve emellett elismerték a tulajdonosi jelzálogjog intézményét is, amely a járulékoság elvének jelentős mértékben ellentmondott.⁶⁵

⁶⁴ Coing: i.m. 20.

⁶⁵ Coing: i.m. 21-22.

További elvárás volt, hogy a jelzálogjogot forgalomképesé tegyék. Ez az igény a német jog mellett a francia jogban is megjelent. Az 1798-as francia jelzálogtörvényhez kapcsolódó vitákban többször felmerült a jelzálogjog értékpapírba foglalásának a lehetősége.⁶⁶ A német jogban ez az igény vezetett a tulajdonosi *Grundschild* elismeréséhez. A jogalkotókat az az elképzelés vezérelte, hogy az ingatlanhitel számára egy olyan forgalomképes jogintézményt hozzanak létre, amely hasonló funkciókat lát el, mint a váltó, a részvény, illetve a kötvény, vagyis a tőkepiacon azonos megítélés alá esnek.

1. 6. Részösszefoglalás

A jelzálogjogok 19. századi átalakulása a német és a francia jogrendszerek által befolyásolt kontinentális jogok mellett Nagy-Britanniát sem hagyta érintetlenül. Ennek jele, hogy 1830-ban a brit parlament elé került egy reformjavaslat, amely az ingatlanhitelezés feltételeinek javítása érdekében - többek között - a jelzálogjogok okiratba foglalására irányult.⁶⁷

Az ingatlanjog a 18. század végén, a 19. század elején valamennyi német államban gyors fejlődésen ment keresztül. Az ingatlanjog átalakulásához a 18. század végi háborúk okozta államcsődök épp úgy hozzájárultak, mint a jobbágyfelszabadítás. Az egészen az 1830-as évekig tartó agrárválságok hatására a mezőgazdasági területek tulajdonosainak a személyében nagyarányú változás ment végbe. A kelet-porosz területeken például az 1820-30-as években a nemesi birtokok mintegy 80%-a új tulajdonos kezébe került.⁶⁸

Mindemellett a mezőgazdasági technika fejlődése is megfigyelhető. Ennek következtében a mezőgazdasági termelés struktúrájában a 19. század első felétől jelentős változások indultak meg.⁶⁹ Ennek egyik jele, hogy a mezőgazdaságban is megnőtt a hiteligény. Elsődlegesen a meliorációs hitelek iránti kereslet élénkült meg, amelyek a gazdálkodás színvonalának tartós javítására irányultak. A meliorációs hitelek nyújtását az állam is támogatta, például erre szakosodott hitelintézetek alapításával. Növekedett azonban az igény az ettől eltérő jellegű üzemi hitelek, valamint a termelők más jellegű személyi kölcsönei iránt is.⁷⁰

II. A strukturált finanszírozási formák megjelenésének következményei

2. 1. Strukturált finanszírozás versus hagyományos vállalatfinanszírozás

⁶⁶ Coing: i.m. 22.

⁶⁷ Coing: i.m. 11.

⁶⁸ Buchholz, Stephan: Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht – Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschild. Klostermann Verlag, Frankfurt a. M., 1978, 203.

⁶⁹ Buchholz: i.m. 201.

⁷⁰ Buchholz: i.m. 202.

A strukturált finanszírozási tranzakciók a klasszikus vállalatfinanszírozás alternatívájaként alakultak ki a 20. század végén. Hagyományos vállalatfinanszírozás esetén a finanszírozás rendszerint a befektetést megvalósító szponzor mérlegén belül történik, vagyis a finanszírozott befektetés által termelt pénzáramlás csak nehezen különíthető el a vállalat egyéb tevékenységeitől. A hagyományos vállalatfinanszírozási tranzakciók a cég mérlegére, illetve az abban szereplő termelőeszközök és tevékenységek által előállított pénzáramlásra támaszkodnak.

Ezzel szemben strukturált finanszírozás esetén a finanszírozott eszközöket és a beruházást elkülönítjük a vállalat egyéb tevékenységeitől és azok hitelképességét és finanszírozhatóságát önmagukban vizsgáljuk. Az eszközön alapuló strukturált finanszírozási tranzakciók és a hagyományos, mérlegen alapuló tranzakciók tehát alapvetően a befektetést végző szponzor és a finanszírozó közti kapcsolatban különböznek egymástól.⁷¹

Strukturált finanszírozásnál a finanszírozási ügylet legtöbbször egy céltársaságon keresztül valósul meg, ami azt jelenti, hogy a hitelfelvevőnek az adott befektetés végrehajtásán és kezelésén kívül nincs más tevékenysége. Ebben az esetben a finanszírozott eszközök, illetve a segítségükkel előállított cash-flow egyértelműen elkülöníthető a szponzor egyéb üzletmenetétől. Ebből az is következik, hogy strukturált finanszírozásnál a finanszírozott tranzakciót leválasztják a szponzor esetleges fizetéképtelenségétől. Pénzügyi nehézségek esetén jellemzően csak a finanszírozott ügylet eszközállománya áll rendelkezésre a fennálló hitelkövetelés visszafizetésére. A hitel visszafizetése tehát a finanszírozott eszközök által megtermelt pénzáramlásból történik.⁷²

A strukturált finanszírozási ügyletek összeállítása jelentős tranzakciós költséggel jár, ezért alkalmazásuk csak meghatározott méret felett kifizetődő. Ezzel áll összefüggésben az is, hogy a strukturált ügyleteket sokszor több bankból álló hitelkonzorciumok finanszírozzák. Az ilyen ügyleteknél a hitelszerződés és az ahhoz kapcsolódó biztosítékok is egyedi sajátosságokkal rendelkeznek.

2.2. A strukturált hitelszerződés általános jellemzői

A strukturált finanszírozási gyakorlatban hitelszerződés alatt egy olyan atipikus szerződést értünk, amely magában foglalja a bankhitelszerződés és a kölcsönszerződés elemeit, valamint minden olyan jogviszonyt, amely a felek közötti együttműködés szabályozásához szükséges (pl. letét, ügynök és bankok megbízása).

⁷¹ Nádasy Bence-Horváth S. Attila-Koltai József: Strukturált finanszírozás Magyarországon. Alinea Kiadó, Budapest, 2011, 31.

⁷² Nádasy/Horváth/Koltai: i.m. 40.

A strukturált ügyletekhez kapcsolódó hitelszerződések jellegét alapvetően az a tény határozza meg, hogy a strukturált hitelek egyediek és jellemezően hosszú futamidejűek. Ezeknél a tranzakciónál nincsenek a fogyasztói kölcsönöknél megszokott blankettaszerződések, valamint ezek a hitelszerződések általában nem is utalnak a banki üzletszabályzatokra és általános szerződési feltételekre. Gyakori azonban a nemzetközi gyakorlatban kialakult minták alkalmazása. Ilyen például az amerikai *Loan Market Association (LMA)* által kidolgozott dokumentáció.⁷³

2.3. Biztosítékok

A strukturált ügyletek biztosítékai közé nemcsak a magyar jogrend által hagyományos elismert biztosítékok tartoznak. Ennek részben az áll a háttérben, hogy a biztosítékok egy része nem a fizetéseképtelenségi eljárásokhoz kapcsolódóan, hanem már az ilyen eljárások megindítása előtt kívánja elérni a célzott hatást.⁷⁴

Ezzel összefüggésben a strukturált finanszírozási ügyleteknél nemcsak a szerződést biztosító mellékkötelezettségeket és az egyéb Ptk. alapú biztosítékokat tekintik biztosítékoknak, hanem a biztosítéki céllal használt szerződéses konstrukciókat is. Ptk. alapú finanszírozási biztosíték többek között a vételi jog, az engedményezés, az elővásárlási jog, az elidegenítési és terhelési tilalom és a tulajdonjog-fenntartás is. Szerződéses alapú finanszírozási biztosíték pedig a biztosítéki célú tulajdonátruházás, a komfortlevél, a biztosítéki ügynök közbeiktatása és az ún. biztosítéki pool-megállapodások is.⁷⁵

A strukturált ügyletek hitelezői olyan biztosítékokra szeretnének szert tenni, amelyek érvényesítéséhez nem kell szétrombolni a projekt értékeit, nem kell megszüntetni az adóst. Olyan biztosítékokra tartanak igényt, amelyek optimálisan illeszkednek a tovább működő adós által meghatározott struktúrákba. A hitelezők elsődleges érdeke, hogy ellenőrző jogosítványaik és biztosítékaik segítségével gondoskodni tudjanak a megtérülésről, az adós szerződéses vállalásainak betartásáról, vagyis az adós és a projekt folyamatos és megfelelő működéséről. Egy jól felépített nagy beruházáshoz, projektügylethez kapcsolódó szerződésszegéskor a hitelezőknek a legritkább esetben előnyös egy csőd vagy felszámolási eljárás megindítása. A megtérüléshez szükséges érték ugyanis jóval biztosabban elérhető a biztosítékokhoz – elsődlegesen a zálogjoghoz – kapcsolódó kielégítési elsőbbség gyakorlása nélkül.⁷⁶

⁷³ Az LMA hitelszerződés főbb elemeiről ld.: *Nádasdy/Horváth/Koltai*: i.m. 222-230.

⁷⁴ *Nádasdy/Horváth/Koltai*: i.m. 255.

⁷⁵ *Nádasdy/Horváth/Koltai*: i.m. 299-358.

⁷⁶ *Nádasdy/Horváth/Koltai*: i.m. 257.

A hatályos csőd- és felszámolási szabályok nem szolgálják az eljárás alá vont adós működőképességének és az eljárás alá vont vagyona tartozó eszközök értékének megőrzését. A fizetési képtelenségi eljárások alá vont vagyontárgy ugyanis éppen azt a sajátos értékét veszíti el, aminek fenntartását csak egy működő projekt teheti lehetővé. A kizárólag az eszköz értékesítésére koncentráló végrehajtás tehát egy zsákutca. Ezért a hitelezők a hagyományos biztosítékok mellett olyan biztosítéki céllal használt struktúrákra tartanak igényt, amelyek elsődleges szerepe a fizetési képtelenségi eljárások megindítását megelőzően alkalmazható biztosítékok létrehozása. Ezek a jogintézmények egyébként nem konkurálnak az esetlegesen párhuzamosan kikötött hagyományos biztosítékokkal, például zálogjoggal. Sokkal inkább kiegészítik azokat.⁷⁷

A modern gazdaságban létrejött bonyolult szerződéses kapcsolatokat és finanszírozási struktúrákat a hazai jogalkotás és a jogtudomány eddig nem volt képes kellő gyorsasággal követni és értelmezni. Emellett az esetleg korlátozó jövőbeni jogalkotás jelentősen megnövelheti a tranzakciós költségeket. Mindez oda vezethet, hogy a nagy értékű beruházások és projektek finanszírozására, illetve biztosítékaira a szerződő felek olyan irányadó jogot választanak, amely kiszámíthatóbb és magasabb szintű védelmet ad.⁷⁸

⁷⁷ *Nádasdy/Horváth/Koltai*: i.m. 258.

⁷⁸ *Nádasdy/Horváth/Koltai*: i.m. 259.

III. RÉSZ

A követelésvásárláshoz kapcsolódó jogi problémák – elemzés a német jog alapján

I. A tőke- és hitelpiacok legújabb tendenciái

Az elmúlt évtizedben a tőke- és hitelpiacokon jelentős változások mentek végbe, amelyek révén a hitelnyújtás új formái alakultak ki.⁷⁹ Mindez hatással volt a hitelszerződések jogára is.⁸⁰ Az elmúlt évtized egyik legfontosabb tőkepiaci jelenségévé a bankokat, illetve más vállalkozásokat megillető követelésállománnyal való tömeges kereskedés vált.⁸¹ Ezeknek a tranzakcióknak egy sajátos típusa az ún. értékpapírosítás. Ennek során a követeléseket úgy értékesítetik, hogy menet közben értékpapírba foglalásukra kerül sor.⁸² Ezeknek az ún. *Asset-Backed-Securities* (ABS) tranzakcióknak számos megjelenési formája és altípusa alakult ki.⁸³ Európában 2010-ben 363 milliárd euró értékben történt valamilyen ABS tranzakció keretében kibocsátás.⁸⁴

Ezeknek az értékpapírosított ügyleteknek a szerződéses szabályozása és általában a jogi háttere meglehetősen összetett.⁸⁵ Ez már megjelenik az ügylet első lépésénél, amikor is a bank követelésállományát egy kizárólag az értékpapírba foglalás céljából alapított céltársaságra ruhazza át. Ez adójogi szempontok miatt jellemzően nem abban az országban kerül bejegyzésre, ahol a bank működik.⁸⁶ Mivel az ügyfél általában nem értesül arról, hogy tartozását a bank értékesítette, ezért a teljesítésre továbbra is a bank javára kerül sor. Kivételes azonban előfordulhat, hogy egy harmadik fél

⁷⁹ Erről részletes áttekintést ld.: *Habersack, Mathias/Mülbert O. Peter/Schlitt Michael*: Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt. 5. Teil: Sonderformen. 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, 515-644.

⁸⁰ *Bitter, Georg*: Kreditverträge in Umwandlung und Umstrukturierung. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR), 173. Band, Mai 2009, 379-435.

⁸¹ A német jogirodalom már a 2000-es évek elejétől foglalkozik ezeknek a tranzakcióknak – és általában az új hitelezési struktúráknak – a jogi vonatkozásaival. Ld.: *Früh, Andreas*: Abtretungen, Verpfändungen, Unterbeteiligungen, Verbriefungen und Derivate bei Kreditforderungen vor dem Hintergrund von Bankheimnis und Datenschutz. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht Wertpapier Mitteilungen (WM), 10/2000. 497-504.

⁸² Ezekről magyar nyelvű áttekintést ld.: *Jánoskúti Levente*: Eszközök által fedezett értékpapírok. Bankszemle, 2001/1-2. sz. 27-40.

⁸³ *Klüwer, Arne/Marshall, Fabian*: Whole Business Securitisation. Die Verbriefung eines Unternehmenscashflows. Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB), 4/2005, 255-265.; *Reiner, Günter/Schacht A. Johann*: Credit Default Swaps und verbriefte Kreditforderungen in der Finanzmarktkrise. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht Wertpapier Mitteilungen (WM), 8/2010, 337-346., 9/2010, 385-395.;

⁸⁴ <http://www.true-sale-international.de/abs-im-ueberblick/marktindeutschland/situation.html?L=0>

⁸⁵ Ezeknek az ügyleteknek van egy büntetőjogi vonulata is. Erről ld.: *Ransiek, Andreas*: Asset Backed Securities und Strafrecht. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht Wertpapier Mitteilungen (WM), 19/2010, 869-875.

⁸⁶ Ezeknek a céltársaságoknak egy kedvelt bejegyzési helyévé Luxemburg vált.

(servicer) átveszi a hitelek, illetve az azokhoz kapcsolódó biztosítékok kezelését. Tovább bonyolítja a tranzakcióhoz kapcsolódó jogi kérdéseket, ha az egyes ügyletekre különböző jogok alkalmazását kötötték ki a felek.

Az, hogy a banki követelésekkel való kereskedelem Európában - és azon belül Németországban - a 2000-es években ilyen mértékűvé vált, több okra vezethető vissza. Ezek közül talán az a legfontosabb, hogy a követelés-átruházás a hitelintézetek számára számos előnnyel jár. Ez a konstrukció egyrészt felhasználható refinanszírozási eszközként, másrészt viszont ezen keresztül a bank csökkenteni tudja a saját tőke-terhelését, illetve elő tudja segíteni hitelezési kockázatának a szétterítést. A követelésállománnyal együtt ugyanis a hitelkockázat is kikerül a banki mérlegekből és szétterítődik a nemzetközi tőkepiacokon.⁸⁷

A bankok a követeléseikkel együtt rendszerint az azokhoz kapcsolódó biztosítékokat is értékesítik. Az engedélyes tehát nemcsak a követelés, hanem a biztosíték feletti rendelkezési jogot is megszerezi.⁸⁸ Mivel elsősorban ingatlan-jelzáloghitelekből származó követelések vásárlására kerül sor, ezért a követelésekkel együtt átruházásra kerülő biztosíték Németországban jellemzően a jelzálogjog nem-járuelkos formája, a *Grundschuld*.⁸⁹ A *Grundschuld* fő jellegzetessége, hogy esetében a biztosítéki jog és a biztosított követelés közötti viszonyban hiányzik a törvényi járulékoság.⁹⁰ Ezt kötelmi jogi eszközökkel – biztosítéki szerződéssel – pótolják. Ennek alapján *Grundschuld* esetén a zálogkötelezett védelmét alapvetően a biztosítéki szerződés és az abból származó kifogások biztosítják.

A német jogirodalom⁹¹ és bírói gyakorlat⁹² ezeket a tranzakciókat érvényes jogügyleteknek ismerte el. A kezdeti általános vélekedés ezzel kapcsolatban az volt, hogy a követelésvásárlás nem jelenthet jogi hátrányt a biztosítékot nyújtó fél számára.⁹³

Jellemzően a már felmondott, illetve az adós szerződésszegése miatt felmondható hitelek értékesítésére kerül sort (*non-performing loans: NPLs/notleidende Darlehen*). Előfordul azonban – bár

⁸⁷ Ezeknek az előnyöknek a fokozottan kihasználása ösztönözte arra a német bankokat, hogy közösen alapítsanak az értékpapírosítással foglalkozó céltársaságot. Így jött létre 2004 májusában a True Sale International GmbH, amelyet 13 német nagybank alapított. Erről részletesebben ld.: www.true-sale-international.de

⁸⁸ *Fridgen, Alexander*: Die Sicherungsgrundschuld beim Forderungsverkauf. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht Wertpapier Mittelungen (WM), 40/2008, 1863.

⁸⁹ A német *Grundschuld*-ról részletesebben ld.: *Bodzási Balázs*: A jelzálogjog absztrakt formája a német jogban: a *Grundschuld*. Themis – az ELTE Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola elektronikus folyóirata. 2008/1. szám június, 4-19. Interneten elérhető: <http://www.ajk.elte.hu/file/Themis-2008Junius.pdf>

⁹⁰ A járulékoság fogalmáról részletesebben ld.: *Bodzási Balázs*: Járulékoság és absztrakció a zálogjogban. In: *Fazekas Marianna* (szerk.): Jogi tanulmányok 2011. ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, Budapest, 2011, 27-59.

⁹¹ *Nobbe, Gerd*: Bankheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht Wertpapier Mittelungen (WM), 33/2005, 1537-1548.

⁹² BGH WM 2007, 643., BVerfG WM 2007, 1694.

⁹³ *Fridgen*, WM 2008, 1863.

jóval kisebb mértékben -, hogy szerződészerűen teljesített hiteleket (*performing loans*) is értékesítenek a hitelintézetek.⁹⁴

II. A követelésvásárláshoz kapcsolódó jogi problémák

2007-től kezdve a német sajtóban egyre több híradás foglalkozott azzal a kérdéssel, hogy a szerződészerűen teljesítő ingatlan-jelzálogadósok azért veszítették el otthonukat, mert a bank a tartozásukat eladta.⁹⁵ A követelések megvásárlói általában nem bankok voltak, hanem olyan pénzügyi befektetők, akik az adósok helyzetére egyáltalán nem voltak tekintettel, csupán az ingatlanok gyors és nyereséges értékesítésében voltak érdekeltek. A követeléseket megvásárló, nem banki pénzügyi befektetők számára a biztosítékok értékesítése volt az elsődleges.⁹⁶

Járuvékos biztosítékok esetén nem mutatkoztak különösebb problémák. Ezek ugyanis csak a követeléssel együtt kerülhetnek átruházásra, önálló engedményezésük kizárt. Ebből következik, hogy a követelés és a biztosíték együttes átruházásakor a biztosítékot nyújtó felet megillető kifogások változatlanul fennmaradnak. Kezesség esetén a kezes az engedménnyel szemben is érvényesítheti a biztosított követelés esedékességének hiányából származó kifogását.⁹⁷

Kezesség esetén a követelést megvásárló engedményes jóhiszemű jogszerzésére csak kivételesen kerülhet sor.⁹⁸ Ehhez hasonló a helyzet kézizálogjognál is. Járuvékos *Hypothek* esetében azonban a telekkönyvhöz kapcsolódóan ettől részben eltérő elvek érvényesülnek. A főszabály itt is az, hogy a követelés és a jelzálogjog együtt száll át és a kifogások is fennmaradnak. Nem hivatkozhat azonban a tulajdonos ezekre a kifogásokra, ha azok korábban nem lettek a telekkönyvbe bejegyezve. Ebben az esetben az engedményes jóhiszemű jogszerző lesz, akivel szemben a kifogásokat nem lehet érvényesíteni.⁹⁹

III. Jogpolitikai vita

⁹⁴ *Dörrie, Robin*: Immobilienfinanzierungen und Verkauf von Kreditforderungen nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes. Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB), 5/2008, 292.

⁹⁵ Ld.: Süddeutsche Zeitung 2006.11.4.-ai szám, 2008.3.6-ai szám, továbbá FAZ 2008.1.23-ai szám

⁹⁶ *Redeker, Philipp*: Renaissance der Hypothek durch Abschaffung des gutgläubigen einredefreien Erwerbs bei der Grundschuld? Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 5/2009, 209.

⁹⁷ BGB 271. § (2) bekezdés

⁹⁸ Egy ilyen kivételes esetkört szabályoz a BGB 405. §-a.

⁹⁹ *Friedgen*, WM 2008, 1866.

Az észlelt szabályozásbeli hiányosságok és visszaélési lehetőséget miatt 2007-től Németországban heves politikai és jogpolitikai vita bontakozott ki a követelésvásárlásról. Ez a vita sokszor nélkülözte a szakmai ismereteket és a sajtóhíradásokban szereplő esetekről a pontos információkat is.¹⁰⁰ Mivel azonban a fogyasztók széles körét érintette, a jogalkotó úgy érezte, hogy lépnie kell.

Ezt csak erősítette az a másik tény, hogy a vállalkozások körében is egyre nőtt az aggodalom amiatt, hogy a bankkal szemben fennálló tartozásait a bank értékesíti. Őket elsősorban az aggasztotta, hogy a vevő az általa megvásárolt követelésekkel együtt az adósokra vonatkozó adatokat is megszerezhetett, amelyek révén befolyást gyakorolhatott az érintett vállalkozásokra.¹⁰¹

IV. A Risikobegrenzungsgesetz célja

Minderre tekintettel a német jogalkotó 2008. augusztus 12-én megalkotta a pénzügyi befektetésekkel összefüggő kockázatok csökkentéséről szóló törvényt (ún. *Risikobegrenzungsgesetz*).¹⁰² A jogszabály célja nem a követelésvásárlás ellehetetlenítése, vagy megnehezítése volt, annak gazdasági jelentőségét ugyanis maga a törvény indokolása is elismeri.¹⁰³

A jogalkotó szeme előtt sokkal inkább a kölcsönfelvevők fokozottabb védelme lebegett, különös tekintettel arra az esetre, amikor a hitelezőt megillető követelés - biztosítékkal együtt - engedményezésre kerül. A kölcsönadósok védelme során elsősorban a mezőgazdasági termelők és a kis- és közepes vállalkozások helyzetének biztosítását helyezte előtérbe a jogalkotó.¹⁰⁴ Ezt részben a hitelezőt terhelő tájékoztatási kötelezettség szintjének emelésével kívánták elérni, részben pedig a felmondási szabályok szigorításával.¹⁰⁵

Az új törvény számos jogszabályt módosított, így többek között az értékpapír-kereskedelemről szóló törvényt, a részvényekről szóló törvényt és egyéb értékpapírrégi normákat is. Változásokra került sor a bírósági végrehajtás szabályait illetően is.

¹⁰⁰ Dörrle, ZBB 2008, 293.

¹⁰¹ Ehhez kapcsolódóan kell utalni arra, hogy a BGH egy 2007.02.27-én hozott döntésében kimondta, hogy a követelések bankok általi átruházása nem sérti a banktitkot és nem áll ellentétben az adatvédelmi törvénnyel. Ld.: BGHZ 171, 180. A döntéssel kapcsolatban kritikus véleményt fogalmaz meg: Schwintowski, Hans-Peter/Schantz, Peter: Grenzen der Abtretbarkeit grundpfandrechtl. gesicherter Darlehensforderungen. Neu Juristische Wochenschrift (NJW), 8/2008, 472-476.

¹⁰² Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken. Vom 12. August 2008, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2008, Teil I. Nr. 36. 1666.

¹⁰³ Dörrle, ZBB 2008, 293.

¹⁰⁴ Derleder, ZIP 2009, 2221.

¹⁰⁵ Langenbacher, Katja: Kredithandel nach dem Risikobegrenzungsgesetz. Neu Juristische Wochenschrift (NJW), 44/2008, 3170-3171.

A legnagyobb jelentőségű azonban a BGB rendelkezéseinek a módosítása volt. A BGB-t érintő változások alapvetően a jelzálogjoggal biztosított kölcsönszerződéseket érintették, összefüggésben a fogyasztói hitelszerződésekre irányadó rendelkezésekkel. A törvény emellett a *Grundschild* egyes szabályait is módosította. Változatlan maradt azonban a biztosított követelésre vonatkozó jogi szabályozás.¹⁰⁶

Ezeknek a módosításoknak, illetve az azok háttérében álló gazdasági mozgatórugóknak a részletesebb bemutatása magyar szempontból azért lényeges, mert 1996-ban az önálló zálogjog konstrukciójának a megalkotásakor - a svájci jog mellett - a német *Grundschild* volt az a szabályozási minta, amelyet a magyar jogalkotó alapul vett. Erre tekintettel a német szabályozást érintő legújabb módosításokból is levonhatóak olyan következtetések, amelyek a magyar jogban is hasznosíthatóak.

V. A Grundschild szabályait érintő változások

5. 1. A jóhiszemű jogszerzés lehetőségének kizárása

A Risikobegrenzungsgesetz 6. cikkének 7. pontja egy új bekezdéssel egészítette ki a BGB 1192. §-át. Az új 1192. § (1a) bekezdése így szól: „Ha a Grundschild-ot követelés biztosítására hozták létre (biztosítéki Grundschild), a tulajdonos az őt a biztosítéki szerződés alapján a korábbi jogosulttal szemben megillető azon kifogásait, amelyek vagy a Grundschild-al szemben hozhatók fel, vagy a biztosítéki szerződésből származnak, a Grundschild későbbi megszerzőivel szemben is érvényesítheti. A BGB 1157. § (2) bekezdése ebben az esetben nem kerül alkalmazásra. Egyebekben a BGB 1157. § változatlan marad.”

Ennek a módosításnak a háttérében az a jogalkotói félelem állt, amely szerint a hitelező a *Grundschild*-ot izoláltan, vagyis biztosított követelés nélkül is átruházhatja. Ezzel szemben korábban azt az érvet hozták fel, hogy a banki gyakorlatban a hitelintézet a tulajdonos beleegyezése nélkül a *Grundschild*-ot csak a biztosított követeléssel együtt, a követelés mindenkor mértékének megfelelően ruházza át.¹⁰⁷ Tekintettel azonban az újabb finanszírozási struktúrákra ez az érvelés a német jogalkotót nem győzte meg. A törvényhozó ezzel szemben arra az álláspontra helyezkedett, hogy a biztosítékot nyújtó felet meg kell óvni azoktól a veszélyektől, amelyeket a *Grundschild* izolált engedményezése rejt magában. Ezek a kockázatok akkor realizálódtak, amikor az engedményező az új jogszerzőt nem tájékoztatta a biztosítéki szerződés tartalmáról, illetve, hogy nem léptette be őt a biztosítéki

¹⁰⁶ Redeker, ZIP 2009, 209.

¹⁰⁷ BGH NJW 1972, 1464.

szerződésbe. Márpedig ezt a követeléseiket átruházó bankok gyakran az adóssal kötött kölcsönszerződés, illetve biztosítéki szerződés megszegése árán sem tették meg.¹⁰⁸

Ha az engedményes nem tudott a biztosítéki szerződés tartalmáról, akkor – tekintettel a BGH 1972-es ítéletében foglaltakra – jóhiszemű jogszerzőnek minősült, vagyis vele szemben a tulajdonos kifogásait nem érvényesíthette. Jóhiszemű jogszerzés esetén pedig fennállt a lehetősége annak, hogy az engedményes a *Grundschild* alapján úgy indít végrehajtást az ingatlanra, hogy a kölcsönösszeg az adósnak még nem lett átadva, illetve a kölcsön részben vagy egészben már vissza lett fizetve. Az adós számára ilyen esetben csak az engedményezővel szemben érvényesíthető kártérítési igény állt rendelkezésre.¹⁰⁹

Ezt a veszélyt a *Risikobegrenzungsgesetz* úgy próbálta meg kizárni, hogy lehetővé tette a tulajdonost megillető kifogások érvényesítését az új (jóhiszemű) jogszerzővel szemben is. Ennek nem feltétele az sem, hogy a jogszerző a *Grundschild* biztosítéki karakteréről tudomással bírjon.¹¹⁰ A kifogások felhozatalának csupán az a feltétele, hogy azok a *Grundschild* ellen irányuljanak, illetve a biztosítéki szerződésből származzanak. Elsődlegesen az összegszerűsítés hiányára irányuló kifogás, a biztosított követelés megszűnésére vonatkozó kifogás, illetve az engedményezés érvénytelenségét állító kifogás jöhet szóba.

Kérdés azonban, hogy a kifogások felhozatalának feltétele-e az, hogy azok az engedményezés időpontjában már fennálljanak? A német jogirodalom álláspontja ebben a kérdésben nem egységes. A többségi vélemény a korábbi, 2008 előtti jogi helyzethez kapcsolódóan az volt, hogy a BGB 1157. §-a csak azokat a biztosítéki szerződésből származó kifogásokat fogja át, amelyek esetében a létrejövetelhez szükséges összes tényállási elem a *Grundschild* átruházásakor már teljesült. Ebből pedig az következik, hogy a biztosított követelés utólagos megszűnésére vonatkozó kifogást az engedményessel szemben nem lehet érvényesíteni.¹¹¹ Az új szabályozás szempontjából ennek a kérdésnek azonban már azért nincs jelentősége, mert a törvény csak azt a feltételt írja elő, hogy a kifogások a biztosítéki szerződésből származzanak, a kifogás létrejöttének időpontja azonban irreleváns.¹¹² A törvényjavaslat indokolása kifejezetten utal is arra, hogy a jogalkotó azoknak a kifogásnak az érvényesítését is lehetővé kívánta tenni, amelyeknél az összes tényállási elem csak a *Grundschild* átruházása után jön létre. A jogalkotó természetesen elsődlegesen a biztosított

¹⁰⁸ *Langenbucher*, NJW 2008, 3172.

¹⁰⁹ *Langenbucher*, NJW 2008, 3172.

¹¹⁰ *Langenbucher*, NJW 2008, 3172. A 2008-as módosítás tehát jóval tovább megy a RG 1917-es ítéletében meghatározott szinten, hiszen a kifogások felhozatalát teljesen függetleníti a jogszerző rosszhiszeműségétől.

¹¹¹ *Bülow*, ZJS 2009, 4.

¹¹² *Redeker*, ZIP 2009, 210. A szerző ezzel kapcsolatban a törvény indokolását is idézi.

követelésnek a *Grundschild* átruházása után bekövetkező megszűnésére vonatkozó kifogást tartotta szem előtt.¹¹³

A BGB új 1192. § (1a) bekezdéséből az következik, hogy az engedményes a biztosítéki *Grundschild*-ot akkor is a biztosítéki szerződésből származó kifogásokkal terheltten szerzi meg, ha egyébként jóhiszeműnek minősül. Ez azt jelenti, hogy vele szemben ezeket a kifogásokat a tulajdonos akkor is felhozhatja, ha az engedményes még a *Grundschild* biztosítéki jellegéről sem tudott. Ebből pedig az következik, hogy az engedményes a kifogásokkal terhelt *Grundschild*-ot nem ruházhatja át kifogásmentesen.¹¹⁴ Az új szabályozás tehát egyértelműen kizárja a *Grundschild* jóhiszemű megszerzésének a lehetőségét.¹¹⁵

A kiegészített törvényszöveg kapcsán arra is fel kell hívni a figyelmet, hogy a BGB-ben ezen módosítás nyomán jelentek meg először a biztosítéki *Grundschild* (*Sicherungsgrundschild*) és a biztosítéki szerződés (*Sicherungsvertrag*) kifejezéseket. A *Grundschild* biztosítéki jellegét a német bírói gyakorlat már 1917-ben elismerte,¹¹⁶ az általános megítélés szerint azonban a biztosítéki karaktert a telekkönyvbe nem lehetett bejegyezni.¹¹⁷ Az új szabályok alapján nemcsak a biztosítéki szerződésből származó, már fennálló kifogásokat lehet bejegyezni a telekkönyvbe, hanem a *Grundschild* biztosítéki jellegét, sőt a biztosítéki szerződés lényeges tartalmi elemeit is. Mindez azonban csak egy lehetőség, nincs ugyanis olyan jogszabályi előírás, amely a *Grundschild* biztosítéki karakterének nyilvánosságra hozatalát kötelezővé tenné.¹¹⁸

A BGB új 1192. § (1a) bekezdésével kapcsolatban arra is utalni kell, hogy ez az új szakasz a törvényjavaslat eredeti szövegében még egyáltalán nem szerepelt. Ez a módosítás a német parlament felsőháza (*Bundesrat*) által az alsóháznak (*Bundestag*) visszaküldött észrevételekben jelent meg először. A *Bundesrat* által visszaküldött anyagba pedig a Bajor Szabadállam képviselői által tett indítvány nyomán került be a BGB 1192. §-ának módosítására irányuló szövegrész, amelyet ezt követően a *Bundestag* pénzügyi bizottsága az utolsó pillanatban vett csak fel a *Risikobegrenzungsgesetz* végleges szövegjavaslatába. A törvényalkotási folyamat ezen fordulatára tekintettel az új szabályozásra tett javaslatot nem előzte meg szakértői értékelés.¹¹⁹

5. 2. A felmondás szabályainak kógensé tétele

¹¹³ Meyer, WM 2010, 59.

¹¹⁴ Bülow, ZJS 2009, 5.

¹¹⁵ Redeker, ZIP 2009, 210.

¹¹⁶ RGZ 91, 223.

¹¹⁷ Meyer, WM 2010, 62. Másként ítélték meg azonban a biztosítéki jelleggel összefüggő, már fennálló, konkrét kifogásokat, amelyeknek a telekkönyvbe történő bejegyezhetőségét elismerték.

¹¹⁸ Meyer, WM 2010, 62.

¹¹⁹ Meyer, WM 2010, 59.

A *Grundschild* szabályozását érintő további változás, hogy a törvény 6. cikkének 8. pontja egy mondattal kiegészítette a BGB 1193. § (2) bekezdését. A BGB 1193. §-a a *Grundschild* felmondásáról rendelkezik. Ennek (1) bekezdése szerint a *Grundschild* esedékessé válásához felmondásra van szükség. A felmondási jog a tulajdonost és a jogosultat egyaránt megilleti. A felmondási idő 6 hónap. A (2) bekezdés korábbi szövege szerint az (1) bekezdésben foglaltaktól érvényesen el lehetett térni. A (2) bekezdés kiegészítése szerint, ha a *Grundschild* pénzkövetelés biztosítására szolgál, akkor az (1) bekezdésben foglaltaktól nem lehet eltérni.¹²⁰

Ez a kiegészítés azért jelent lényeges változást, mert érvénytelennek minősíti a banki gyakorlatban korábban használt szerződéses kikötéseket, amelyek a felmondási idő nélküli, azonnali felmondást és ezen keresztül a *Grundschild* azonnali esedékessé válását rögzítették.¹²¹

A módosítást követően a *Grundschild* felmondási ideje kötelezően 6 hónap, amelytől a felek megállapodásukban nem térhetnek el. Ebből a szempontból a BGB 1193. § (2) bekezdése preventív funkciót lát el. Az izolált, nem biztosítéki jellegű *Grundschild* esetében azonban a korábbi gyakorlat szerinti felmondási kikötések változatlanul megmaradhatnak.¹²²

Ez a felmondás rendes felmondásnak tekintendő, amelyet nem kell indokolni. Másrészt azonban ez a felmondási jog erre irányuló különös ok nélkül is gyakorolható. Ezt a jogirodalomban arra hivatkozással kritizálták, hogy a felmondás védelmi funkciójával az lett volna összeegyeztethető, ha a felmondást tételesen meghatározott okokhoz kötik.¹²³

Más kérdés, hogy a felek a kamat esedékessé tételében ettől eltérő módon, külön is megállapodhatnak.¹²⁴ Az új szabályozás tehát a kamat és a mellékszolgáltatások esedékességére nincs hatással.¹²⁵

VI. A Risikobegrenzungsgesetz értékelése

Általános az a jogirodalmi nézet, amely szerint az új rendelkezések meglehetősen átgondolatlanok.¹²⁶ Ennek egyik oka, hogy az új szabályozás nem terjed ki a járulékos forgalmi

¹²⁰ § 1193 (2) Satz 2: *Dient die Grundschild zur Sicherung einer Geldforderung, so ist eine von Absatz 1 abweichende Bestimmung nicht zulässig.*

¹²¹ *Langenbacher*, NJW 2008, 3172., *Meyer*, WM 2010, 59. 12. lábjegyzet

¹²² *Derleder*, ZIP 2009, 2223.

¹²³ *Derleder*, ZIP 2009, 2225.

¹²⁴ *Langenbacher*, NJW 2008, 3172.

¹²⁵ *Derleder*, ZIP 2009, 2224.

jelzálogjog (*Verkehrshypothek*) jóhiszemű megszerzésére. A forgalmi jelzálogjogot ugyanis mindenképp be kellett volna vonni az új szabályozás hatókörébe.¹²⁷ Emellett az új rendelkezések nem terjednek ki arra az esetre sem, ha a *Grundschild* által biztosított követelés visszafizetésre került és ennek következtében a *Grundschild* a jogosulttól visszakövetelhetővé válik.¹²⁸

Az új szabályozás következtében az a nem kívánt helyzet állt elő, hogy a forgalmi jelzálogjogot továbbra is meg lehet szerezni jóhiszeműen, kifogásoktól mentesen, miközben erre a nem-járlékos biztosítéki *Grundschild* esetében nincs többé lehetőség.

Kérdés, hogy ez mennyire felel meg a jelzálogjogok szabályozása során a BGB megalkotásakor szem előtt tartott rendszernek. A jelzálogjogok eredeti szabályozási koncepciója szerint mind a mérsékelt járulékos forgalmi jelzálogjog, mind pedig az önálló *Grundschild* esetén biztosított volt a jelzálogjog jóhiszemű megszerzésének a lehetősége.¹²⁹ Az új szabályozás biztosítéki *Grundschild* esetén ezt a lehetőséget megszüntette. Ennek révén azonban az az ellentmondásos helyzet állt elő, hogy az eredetileg jóval forgalomképesebb jogként statuált *Grundschild* a hatályos szabályok szerint a biztosítéki szerződésen keresztül szorosabban kapcsolódik a biztosított követeléshez, mint az egyébként járulékos forgalmi jelzálogjog.¹³⁰ A szorosabb járulékoság következtében a *Grundschild* - a BGB eredeti koncepciójával szemben – forgalomképességéből drasztikusan veszített, az új szabályozás hatására ugyanis a forgalmi jelzálogjog már egy forgalomképesebb alakzatnak tekinthető, mint az új biztosítéki *Grundschild*. Az új szabályozás alapján a biztosítéki *Grundschild* sokkal inkább a szigorúan járulékos biztosítéki jelzálogjog (*Sicherungshypothek*) intézményéhez került közelebb, amelynél a jóhiszemű jogszerzés a BGB 1185. §-a alapján kezdettől fogva kizárt.¹³¹ Van azonban olyan jogirodalmi értékelés is, amely szerint a forgalomképesség szempontjából az új szabályozás révén a biztosítéki *Grundschild* valójában a biztosítéki *Hypothek*-nél is kedvezőtlenebb megítélés alá esik.¹³² Mindezek alapján pedig az állapítható meg, hogy a BGB új 1192. § (1a) bekezdése ellentmond a jelzálogjogi szabályozás eredeti koncepciójának.¹³³

¹²⁶ *Wolfsteiner, Hans*: Grundschild. in: J. von Staudingers - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Sellier-de Gruyter, Berlin, 2009, 875.

¹²⁷ *Meyer*, WM 2010, 60.

¹²⁸ *Habersack*, NJW 2008, 3176.

¹²⁹ Ennek alapját a BGB 1157. §-a jelentette.

¹³⁰ *Meyer*, WM 2010, 62.

¹³¹ A BGH 1972-es ítéletében ez volt az egyik érv, amikor a RG korábbi gyakorlatától eltért. A BGH szerint ugyanis a korábbi gyakorlat valójában kizárta a *Grundschild* jóhiszemű megszerzésének a lehetőségét, amely ellentmondott a *Grundschild* absztrakt jellegének. Ld. BGH NJW 1972, 1464.

¹³² *Wolfsteiner*: i.m. 876.

¹³³ *Redeker*, ZIP 2009, 211. továbbá *Meyer*, WM 2010, 61.

Az új rendelkezések célja az volt, hogy az ingatlan tulajdonosa számára biztosítsák azt, hogy a *Grundschild* engedményezésekor a biztosított követeléshez kapcsolódó ellenjogait, kifogásait ne veszítse el. Emellett ki akarták zárni, hogy a *Grundschild* jóhiszemű megszerzője dologi jogát annak ellenére érvényesíthesse, hogy a biztosított követelést az adós szerződés szerűen teljesíti.¹³⁴ Másképpen megfogalmazva: a jogalkotó a kétszeres teljesítés veszélye ellen kívánta védelemben részesíteni a tulajdonost. A jogalkotó ennek alapján az ingatlantulajdonos védelmét még a forgalomképesség rovására is előtérbe kívánta helyezni.¹³⁵

Kérdés azonban, hogy ezzel a BGB alapkoncepciójával ellentétes, rendszeridegen megoldással a jogalkotónak sikerült-e elérnie eredeti célját? Ennek megválaszolása során abból kell kiindulni, hogy ha a bankok továbbra is egy relatíve forgalomképes biztosítékot kívánnak alkalmazni, akkor lehetőségük van átállni a forgalmi jelzálogjogra (*Verkehrshypothek*). A biztosítékok alkalmazásában történő ilyen jellegű váltás korántsem kizárt.¹³⁶

A *Grundschild* ugyan az új szabályozás ellenére továbbra is egy rugalmas biztosítéki forma, amely azonban forgalomképességből jelentősen veszített. A mai banki gyakorlatban a refinanszírozási lehetőségek minél hatékonyabb és költségkímélőbb kihasználása tölt be központi szerepet. Ebből a szempontból pedig a biztosíték forgalomképessége és átruházhatósága fontosabb cél annál, minthogy a biztosítéki cél megváltoztatásával, kicserélésével rugalmas legyen. Ha pedig a bankoknak a rugalmasság és a forgalomképesség között kell választaniuk, akkor a mai gazdasági viszonyok között nagyobb a valószínűsége annak, hogy a forgalomképesség mellett döntenek.¹³⁷ A *Grundschild* helyett a forgalmi jelzálogjogra történő átállás tehát egy nagyon is valószínű lehetőség.

További probléma, hogy mivel a forgalmi jelzálogjog esetében az új szabályozás alapján is fennáll a jóhiszemű jogszerzés lehetősége, így adott esetben fennállhat a kétszeres teljesítés veszélye is. A jogalkotónak nyilván nem ez volt a szándéka. Erre tekintettel a BGB új 1192. § (1a) bekezdése nemcsak rendszeridegen, de ezen keresztül valójában az eredeti jogalkotói célt sem sikerült elérni.¹³⁸

Ezt az értékelést a német jogirodalomban azzal is kiegészítik, hogy a jogalkotáshoz vezető alapprobléma megoldása valójában nem az anyagi ingatlanjogban, hanem az eljárási szabályokban keresendő. A bírósági végrehajtási szabályok teszik ugyanis lehetővé a *Grundschild* megszerzője számára az ingatlanra vezetett azonnali végrehajtást. Ezen a lehetőségen azonban a BGB új 1192. (1a) bekezdése nem változtatott semmit. Az alapproblémát a felmondásra vonatkozó új szabályok és a

¹³⁴ Habersack, NJW 2008, 3176.

¹³⁵ Bülow, ZJS 2009, 4.

¹³⁶ Erről az átállási lehetőségről részletesebben ld.: Heinze, Christian: Die abstrakte Verkehrshypothek. Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 211 (2011), 105-152.

¹³⁷ Redeker, ZIP 2009, 211.

¹³⁸ Redeker, ZIP 2009, 211.

végrehajtási rendelkezések módosítása sem oldották meg. Részben azért sem, mert az új felmondási szabályok a *Grundschild* absztrakt jellegével nem igazán egyeztethetők össze.¹³⁹ Ehhez képest a jogalkotónak azt a lehetőséget kellett volna kizárnia, hogy a *Grundschild* engedményese az azonnali végrehajtásra irányuló alávetéssel élni tudjon.¹⁴⁰

A BGB új 1192. § (1a) bekezdésével kapcsolatban arra is rámutatnak, hogy az új szakasz nyelviileg is pontatlan, rosszul megfogalmazott.¹⁴¹

A fenti indokok alapján a német jogirodalomban a *Grundschild* szabályozását 2008-ban alapvetően módosító új rendelkezések mielőbbi korrekcióját javasolják.¹⁴²

VII. Következtetések a magyar jogra vonatkozóan

7. 1. A zálogjogi szabályozás háttere és jövőbeni lehetséges irányai

A zálogjogi szabályozás és a gazdasági élet összefüggéseinek elemzése után felmerül a kérdés, vajon milyen következtetéseket lehet mindebből levonni a magyar jogra vonatkozóan, különösen a vége felé közeledő Ptk. kodifikációra vonatkozóan.

Az első lényeges észrevétel, a zálogjog rendkívül szorosan kötődik a tőke- és hitelpiacokhoz. A jogi szabályozás kialakítása során emiatt nem hagyatóak figyelmen kívül a legújabb piaci folyamatok, finanszírozási struktúrák és ehhez kapcsolódóan a megváltozott piaci igények. Minderre tekintettel a zálogjognak az új Polgári Törvénykönyvben történő szabályozása során figyelembe kell venni azt, hogy az elmúlt évtizedben a magyar piacon is a strukturált finanszírozás, illetve a hitelnyújtás új formái jelentek meg.¹⁴³

Azt a következtetést is levonhatjuk, hogy a zálogjogi szabályozás akkor felel meg leginkább a gazdasági élet igényeinek és elvárásainak, ha kellőképpen sokszínű. Ezzel kapcsolatban csak arra utalunk, hogy a német BGB a jelzálogjogoknak olyan szerteágazóan sok típusát szabályozza, amely már a német jogirodalom értékelése szerint is több annál, mint amennyire a gyakorlati igények kielégítéséhez szükség lenne.¹⁴⁴

¹³⁹ *Derleder*, ZIP 2009, 2225.

¹⁴⁰ *Meyer*, WM 2010, 60.

¹⁴¹ *Meyer*, WM 2010, 63.

¹⁴² *Wolfsteiner*: i.m. 876.

¹⁴³ Erről ld.: *Nádasdy Bence/Horváth S. Attila/Koltai József*: Strukturált finanszírozás Magyarországon. Alinea Kiadó, Budapest, 2011, 561. p.

¹⁴⁴ *Baur, Fritz*: Lehrbuch des Sachenrechts. 15. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1989, 328.

A zálogjogi szabályozás sokszínűsége azt jelenti, hogy a polgári jog számos választási lehetőséget biztosít a felek számára, amelyekből a piaci szereplők megfelelő mérlegelés után ki tudják választani az aktuális gazdasági igényeinek leginkább megfelelő zálogjogi konstrukciót. A zálogfajták nagy száma tehát önmagában egy fontos szempont és elvárás.

Mindebből a magyar jogra nézve elsődlegesen az következne, hogy a Ptk. zálogjogi rendelkezései egyrészt a járulékos zálogjognak is több típusát ismerje és szabályozza, másrészt pedig az, hogy a járulékos zálogjog mellett kodifikálja a zálogjog nem-járlékos fajtáját is. Erre egyrészt a magyar jogtörténeti hagyományok adhatnak alapot, másrészt az, hogy az alapjaiban megváltozott gazdasági és társadalmi körülmények között a járulékos elvének kizárólagosságát az eredeti formában már nem indokolt fenntartani.¹⁴⁵

A zálogjog nem-járlékos formájának elismerése és szabályozása melletti legfontosabb érv, hogy a jog egy olyan zálogfajtát is kínáljon a felek számára, amely egyrészt forgalomképes, könnyen átruházható, másrészt pedig rugalmas. A rugalmasság és a forgalomképesség a jogi szabályozás szintjén úgy érhető el, ha a törvény elválasztja egymástól a biztosítéki jogot és a biztosított követelést. Amíg egyszerű (közönséges) zálogjog esetében ezt a kapcsolatot maga a törvény hozza létre a járulékos elvén keresztül, addig az önálló zálogjognál hiányzik ez a törvényi kapocs. Ezt a felek közötti kötelmi jogi megállapodás, az ún. biztosítéki szerződés helyettesíti.

A német jelzálogjog legújabb módosításainak ismerete alapján azonban arra is határozottan fel kell hívni a figyelmet, hogy a zálogjog nem-járlékos típusának a szabályozására csak megfelelő dogmatikai alapok figyelembevételével kerülhet sor. Ezek a dogmatikai keretek akkor adóttak, ha a nem-járlékos zálogjog szabályozása során szem előtt tartott fenti kettős célkitűzés – a rugalmasság és a forgalomképesség – egyike sem sérül. A BGB 2008-as módosítása nyomán az absztrakt zálogjog jelentős mértékben veszített a forgalomképességéből. A fentiek alapján látható, hogy ez a megoldás egyrészt rendszeridegen, diszfunkcionális, másrészt az eredeti jogalkotói célt sem érte el. Erre a magyar jogalkotónak is figyelemmel kell lennie.

Az alábbiakban röviden összefoglaljuk azokat a főbb csomópontokat, amelyeket az önálló zálogjog szabályozása során felmerülhetnek.

7. 2. A zálogkötelezett védelme

¹⁴⁵ Harmathy Attila: A szerződést biztosító mellékkötelezettségek. In: Petrik Ferenc (szerk.): Polgári jog. Kommentár a gyakorlat számára. Budapest, HVG-ORAC, 2009. 441.

A nem-járuelkos zálogjog szabályozásakor biztosítani kell, hogy a zálogkötelezett – aki rendszerint, de nem feltétlenül azonos a biztosított követelés személyes adósával – ne kerüljön hátrányosabb helyzetbe, mint amilyenben járulékos zálogjog alkalmazása esetén lenne. A zálogkötelezettet megillető védelmi eszközök azonosak kellene, hogy legyenek mindkét zálogfajta esetén.

A zálogkötelezettek védelmének azonos szintje azáltal teremthető meg, ha a járulékos elve alapján a törvény által biztosított védelmi eszközöket a nem-járuelkos zálogjog kötelezettje kifogások formájában érvényesítheti a hitelezőjével szemben. Ezeknek a védelmi eszközöknek – kifogásoknak – a jogalapját nem-járuelkos zálogjog esetében nem a törvény, hanem a zálogkötelezett és a hitelező közötti kötelmi jogi megállapodás, a biztosítéki szerződés teremti meg. A biztosítéki szerződésnek tehát az a legfontosabb funkciója, hogy jogalapot szolgáltatson a zálogkötelezett számára arra az esetre, ha a hitelező alaptalanul próbálna meg kielégítési jogát gyakorolni. Nem-járuelkos zálogjog esetében a hitelező az őt megillető kielégítési jogot – amely valamennyi zálogfajta lényegi sajátossága, a zálogjog fogalmának egyik alkotóeleme – kizárólag a biztosítéki szerződés keretei között gyakorolhatja. Hiába van tehát az ingatlan-nyilvántartásba ennél magasabb összeg a biztosított követelés mértékeként bejegyezve, a hitelezőnek tisztában kell lennie azzal, hogy végrehajtást az ingatlanra kizárólag a biztosítéki szerződésben meghatározott összeg erejéig kezdeményezhet. Ezzel a forgalomban részt vevőnek általában tisztában kell lenniük, így a nem-járuelkos zálogjog megszerzőinek is, attól függetlenül, hogy a követelésnek a biztosítéki szerződésben szereplő pontos összegét nem feltétlenül ismerik. Ez egyben azt is jelenti, hogy az üzleti életben, a kereskedelmi forgalomban túlnyomórészt kizárt az önálló zálogjog jóhiszemű, kifogásoktól mentes megszerzése.

A zálogkötelezettek védelmének azonos szintjéből az azonban nem következik, hogy a zálogkötelezettek helyzete minden szempontból azonos kell, hogy legyen. A nem-járuelkos zálogjog által kínált előnyök (rugalmasság, forgalomképesség) indokoltá teszik, hogy a kötelezett helyzete más szempontból eltérjen a járulékos zálogjog kötelezettjének a helyzetétől. Ez következik abból is, hogy a biztosítéki jog és a biztosított követelés közötti kapcsolatot nem a törvény, hanem egy kötelmi jogi szerződés teremti meg. Ezzel áll összefüggésben az is, hogy a nem-járuelkos zálogjog kötelezettjétől a jog aktív magatartást vár el annak érdekében, hogy ugyanabban a védelemben részesüljön, mint a járulékos zálogjog kötelezettje. Ez azt jelenti, hogy a nem-járuelkos zálogjog kötelezettjének a biztosítéki szerződésből származó kifogásait perben kell érvényesítenie a jogosulttal, vagy annak jogutódjával, engedményesével szemben. Ez adott esetben felpereskénti perindítást is jelenthet. Mindezt azonban nem tekinthetjük indokolatlan méltánytalanságnak. A nem-járuelkos zálogjog előnyei ugyanis ellensúlyozzák azt, hogy a kötelezettnek aktívan kell fellépnie annak érdekében, hogy jogait

megvédhesse. Emellett a járulékos zálogjog kötelezettje sem lehet teljesen passzív, adott esetben neki is kezdeményezően kell fellépnie.

7. 3. A biztosítéki szerződés szerepe

A nem-járlékos zálogjog szabályozásának egyik kulcskérdése a biztosítéki szerződés kodifikálása. Ez elsősorban azért fontos, mert ezáltal jelentősen csökkenthető, gyakorlatilag ki is zárható a nem-járlékos zálogjog jóhiszemű megszerzése. Amennyiben ugyanis a törvény kötelezővé teszi biztosítéki szerződés kötését, akkor arról annak, aki egy nem-járlékos zálogjogot megszerez (megvásárol) tudnia kell, hogy kielégítési jogát kizárólag a biztosítéki szerződés tartalmi keretei között, arra tekintettel gyakorolhatja. A jóhiszemű jogszerzés feltételei ilyen esetben nem állhatnak fenn. Ennek alapján pedig a jogszerző a vele szembeni kifogás-korlátozásra sem hivatkozhat. Ez megfelelő védelmet jelent a zálogkötelezett számára, hiszen kizárja a kétszeres teljesítés kockázatát a nem-járlékos zálogjog átruházása esetén.

Ehhez képest a kifogás-korlátozás intézményének a törvényben történő megszüntetése – amit a 2008-as német BGB módosítás gyakorlatilag majdnem megvalósított – nemhogy szükségtelen, de kifejezetten hátrányos lépés lenne. Mivel a kereskedelmi forgalomban, a banki gyakorlatban az önálló zálogjog jóhiszemű megszerzésére csak egészen kivételes esetben kerülhet sor, ezért egy ilyen törvényi rendelkezéssel csak azt érné el a jogalkotó, hogy a nem-járlékos zálogjog forgalomképessége nagymértékben csökkenne. Ezzel viszont ennek a zálogfajtának az egyik fontos előnye szűnne meg.

A biztosítéki szerződés kapcsán az is kérdés, hogy milyen mélységig kell ezt a megállapodást a törvényben szabályozni. Minél több részletszabályt tartalmaz ugyanis a jogszabály, az annál jobban megköti a felek kezét. A jogalkotó döntésén múlik, hogy megelégszik-e azzal, hogy csak nevesíti a biztosítéki szerződést és kötelezővé teszi annak megkötését – mint a BGB új 1192. (1a) bekezdése -, vagy pedig meghatározza annak minimálisan kötelező tartalmi elemeit is.

7. 4. A kifogások

A nem-járlékos zálogjog kötelezettjét megillető védelmi eszközökhöz kapcsolódóan felmerül a kérdés, hogy vajon kifogások útján el lehet-e azt érni, hogy a zálogkötelezettet megillető védelem szintje azonos legyen, mint járulékos zálogjog alkalmazása esetén lenne. Másként megfogalmazva: kötelmi jogi eszközökkel hogyan lehet biztosítani ugyanazt a védelmet, mint amit a járulékos elve nyújt a kötelezett számára?

A kérdés megválaszolásához érdemes visszautalni a régi magyar magánjog szabályaira, azon belül is az 1918 előtti időszak magánjogára. Ez azért fontos, mert akkor a magyar jog még nem ismerte a zálogjog nem-járulékos fajtáját, hiszen azt a jelzálogjogról szóló 1927. évi XXXV. törvény szabályozta először. 1918 előtt még közvetlenül alkalmazásra kerültek az Osztrák Polgári Törvénykönyvnek a jelzálogjogra vonatkozó rendelkezései, ami azért fontos, mert az osztrák jog sokkal jobban ragaszkodott a zálogjog járulékoságának az elvéhez, mint a német.

A korabeli magyar jog elemzése során arra a következtetésre juthatunk, hogy a járulékoság elve már akkoriban is csak korlátozásokkal, kivételekkel érvényesült. Ehhez kapcsolódott, hogy néhány esetben a zálogkötelezettet ért hátrányt már akkoriban is kötelmi jogi eszközökkel orvosolta a jogrend. Erre az egyik példa, hogy a jelzálogjog a korabeli jog szerint a követeléssel együtt *ipso iure* nem szűnt meg, azt ugyanis csak a telekkönyvi törlés szüntette meg. A jelzálogjog tehát a biztosított követelés hiányában vagy utólagos megszűnése esetén is érvényesen fennállt mindaddig, amíg annak telekkönyvi törlésére sor nem került. Ilyenkor fennállt a lehetősége annak, hogy a zálogjogosult átruházza, engedményezi a jelzálogjogot, az engedményes pedig jóhiszemű jogszerzőnek fog minősülni. A zálogkötelezett ilyen esetben megtámadhatta a jelzálogjogot, de önmagában a követelés hiánya, vagy utólagos megszűnése a jelzálogjogot sem nem szüntette meg, sem érvénytelenné nem tette azt. *Imling Konrád* ezzel kapcsolatban azt emelte ki, hogy ebben az esetben a kötelmi jog nyújtott jogorvoslatot a kötelezetteknek, aki a dologi jogcselekmény hatálya által károsodott, annak érdekében, hogy ez a joghátrány ne maradjon végleges.¹⁴⁶

Nemcsak a biztosított követelés hiányában követte azonban ezt az elvet a korabeli jog. A zálogjog megszerzésének feltétele – a tulajdonjoghoz hasonlóan – az érvényes jogcím és a szerzőmód volt. A jogcímet jellemzően a zálogszerződés jelentette. Amennyiben a jelzálogjog telekkönyvi bejegyzésére érvényes jogcím hiányában került sor, az magát a jelzálogjogot nem tette semmissé. A jogrendszer ebben az esetben is a megtámadás lehetőségét - mint a kötelmi jog által biztosított jogorvoslatot - biztosította a zálogkötelezett számára.¹⁴⁷

A kifogások kapcsán természetesen arra is utalni kell, hogy ezek egy része a járulékos zálogjog kötelezettjét is megilletik. Az ő esetében azok a kifogások hiányoznak, amelyek nem-járulékos zálogjognál a biztosítéki szerződésen alapulnak. A járulékos zálogjog kötelezettje számára azonban ezekre nincs is szükség, mert ezeket a védelmi eszközöket a járulékoság elve alapján maga a törvény biztosítja.

¹⁴⁶ *Imling Konrád*: A zálogjog. in: *Fodor Ármin* (szerk.): Magyar magánjog. II. kötet: Dologjog. Budapest, Singer és Wolfner kiadása, 1905, 626.

¹⁴⁷ *Imling*: i.m. 676.

A nem-járlékos zálogjog kötelezettjének azért van szüksége a biztosítéki szerződésen alapuló kifogásokra, mert ő – a járlékosság hiánya miatt – nem hivatkozhat azokra a törvényi rendelkezésekre, amelyek a járlékos zálogjog kötelezettjének a védelmét szolgálják. Ilyen kifogás például, hogy a zálogjog érvényesítésére azért nem kerülhet sor, mert a biztosított követelés teljesítés következtében már megszűnt.

A nem-járlékos zálogjog kötelezettje ugyanazt védelmet, ami a járlékos zálogkötelezettet a járlékosság elvéből következően megilleti, a biztosítéki szerződés és az abból származó kifogások útján érheti el.

A nem-járlékos zálogjog kötelezettjétől elvárt aktív fellépésre, igényérvényesítésre tekintettel azt mondhatjuk, hogy a kétféle zálogtípus kötelezettjének a helyzete nem az őket megillető védelmi eszközök tekintetében tér el egymástól, hanem kizárólag abban, hogy milyen fokú aktivitást vár el a jogalkotó az egyiktől, illetve a másiktól.

7. 5. Felmondás

A kifogás-korlátozás megszüntetésénél sokkal hatékonyabb adósvédelmi eszköz, ha a törvény kötelezővé teszi a felmondás intézményét és eltérést nem engedő felmondási időt határoz meg. Erre példa a német BGB új 1193. § (2) bekezdése. Ennek értelmében a felek a felmondástól nem térhetnek el, vagyis a nem-járlékos zálogjog esedékessé tételét nem köthetik más jogcselekményhez. Emellett a BGB egy 6 hónapos felmondási időt határoz meg, amelytől a felek szintén nem térhetnek el.

Ezt a megoldás mintaként szolgálhat a magyar jogalkotó számára is. A 6 hónap egy olyan optimális időtartam, amely alatt a zálogkötelezett fel tud készülni a végrehajtásra. Ez számára valójában kedvezőbb helyzetet teremt, mint amilyenben járlékos zálogjog esetén kerülne. A járlékos zálogjog ugyanis a törvény erejénél fogva a követeléssel együtt esedékessé válik. A kölcsönszerződésre vonatkozó hatályos szabályaink azonban nem írnak elő a hitelező számára 6 hónapos kötelező felmondási időt, sőt számos esetben lehetővé teszik a kölcsönszerződés azonnali hatályú felmondását. Ezzel szemben a nem-járlékos zálogjog kötelezettje fokozottabb védelemben részesülne.

7. 6. Az önálló zálogjog beillesztése a zálogjogi szabályozás rendszerébe

A hatályos magyar jog is azt tükrözi, hogy az önálló zálogjognak a zálogjogi szabályok között történő elhelyezése nem okoz dogmatikai nehézséget. Ennek alapját a zálogjog fogalmában kell

keresni. A zálogjognak két lényeges fogalmi elemét emelhetjük ki: a zálogjog által biztosított elsődleges kielégítési jogot, valamint a zálogjog dologi jogi jellegét.¹⁴⁸

A járulékoság ennek megfelelően nem fogalmi eleme a zálogjognak. Ennek egyik oka, hogy valamennyi jogrendszerben található kivételek a járulékoság elve alól. A járulékoság elve valójában sosem érvényesült a maga teljességében. A zálogjog járulékos természetét a római jogban fejtette ki a leghatározottabban, de még a római jog sem tartotta fel sértetlenül ezt az elvet, vagyis a gyakorlati igényeknek engedve, némely esetekben nem követte a zálogjog és a követelés közötti szoros összefüggést. A 19. századi jogokban aztán – a dologi hitel igényeinek szem előtt tartásával – még több kivételt tettek a zálogjog járulékos jellege alól, vagyis azt, amit a római jog csak egyes esetekben engedett meg, általános szabály szintjére emelték.¹⁴⁹

Nem tartható tehát az az álláspont, amely a zálogjogot kizárólag járulékos jogként határozza meg. A gyakorlati igényeknek engedve ez alól az elv alól akkor is számos esetben kivételt kell tenni, ha a jog kizárólag a zálogjog járulékos formáját szabályozza. Erre tekintettel azonban semmiféle dogmatikai ellentmondást nem jelent a zálogjog nem-járulékos fajtájának az elismerése.

Kérdés lehet azonban, hogy az önálló zálogjogot pontosan hogyan is definiáljuk. Ha a *Grundschuld*-al akarjuk párhuzamba állítani, akkor az önálló zálogjognak is két típusát kell megkülönböztetni: a követelés nélküli, izolált önálló zálogjogot, illetve a követeléshez kapcsolódó biztosítéki zálogjogot. Az izolált önálló zálogjogot valójában egy önállósult dologi adóssággént határozhatjuk meg. Kérdés azonban, hogy ez zálogjognak tekinthető-e? Másként megfogalmazva: létezhet-e zálogjog bármiféle személyes követelés nélkül? Ez felvet egy további kérdést: fennállhat-e egy dologi jogi kielégítési elsőbbség biztosítandó követelés nélkül? Ha ezt elismerjük, akkor az izolált önálló zálogjog intézményét is el kell ismernünk.

Annak ellenére, hogy a gyakorlatban az önálló zálogjog is szinte minden esetben valamilyen személyes követelést biztosít, nem feltétlenül indokolt ennek a jogintézménynek a célját kizárólag a biztosítéki célra korlátozni. Ennek megfelelően azonban az önálló zálogjog szabályozásának két szintből kellene állnia: az izolált önálló zálogjogra vonatkozó általános szabályokból, illetve a biztosítéki önálló zálogjogra irányadó speciális szabályokból. Ebben az esetben a biztosítéki szerződésre, a jóhiszemű jogszerzésre és a felmondásra vonatkozó fenti megállapítások is a biztosítéki önálló zálogjogra lennének csak irányadóak.

¹⁴⁸ Harmathy: i.m. 438.

¹⁴⁹ Imling: i.m. 626.

IV. RÉSZ

A kezességi jog néhány aktuális kérdése a versenyképesség szempontjából

Az új Polgári Törvénykönyv a kezesség intézményét is újraszabályozza. Egy törvényi szabályozás azonban sosem lehet teljes körű, mindig lesznek az adott jogintézményhez kapcsolódóan olyan kérdések, amelyekre a jogalkalmazói gyakorlatnak, illetve a jogirodalomnak kell választ adnia.

Az alábbi áttekintésnek nem célja a kezesség intézményének mindenre kiterjedő bemutatása. Olyan kérdéseket kívánunk felvetni, amelyek több éve-évtizede foglalkoztatják a jogirodalmat és a bírói gyakorlatot és amelyek gazdasági szempontból is relevánsak. A bemutatás során a kezességi szerződés egyes létszakai szerint haladunk, vagyis a szerződés létrejöttétől annak megszűnéséig vizsgáljuk meg a fontosabbnak ítélt kérdéseket.

I. A kezességi szerződés létrejöttéhez és érvényességéhez kapcsolódó kérdések

1. 1. A kezességi szerződés létrejötte

A jogirodalom egységes álláspontja szerint a kezességi szerződés létrejöttéhez, illetve érvényességéhez nincs szükség a főadós hozzájárulására, vagy utólagos beleegyezésére.¹⁵⁰ Ennek oka, hogy a főadós helyzete a kezesség elvállalása által nem súlyosbodik. Abban az esetben ez nyilvánvalóan nem okoz problémát, amikor a kezesség elvállalása a főkötelezett felkérésére történik. Bizonyos esetekben azonban megfontolandó lehet a főadós beleegyezésének, illetve jóváhagyásának az előírása. Ha például egy versenytárs tudomást szerez arról, hogy konkurense kölcsönt vett fel és ennek visszafizetéséért a hitelező hozzájárulásával, de a konkurens adós tudta és beleegyezése nélkül készfizető kezességet vállal, akkor fennáll a lehetősége annak, hogy megszerezze a versenytárs tartozását, és ezáltal adósává tegye őt. Könnyen belátható, hogy ez nem kívánt helyzethez vezethet.

További kérdés, hogy a kezességi szerződés érvényességi feltétel-e a főadósnak a kezességvállalásról történő tájékoztatása? Bár ezt a Ptk. kifejezetten nem mondja ki, az

¹⁵⁰ Csehi Zoltán: A kezesség fogalmához. in: Harmathy Attila (szerk.): Jogi Tanulmányok 1997. Budapest, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, 1997. 40., Leszkoven László: A kezességi szerződés. HARTA MAG Kft., Miskolc, 2009, 101.

együttműködési és tájékoztatási kötelezettség alapelvéből ez levezethető. Főként a fent leírt eset elkerülése érdekében célszerű lenne a törvényben előírni, hogy a jogosult tájékoztassa az adóst a kezességvállalásról. Ebben az esetben a hitelezőnek a főadós – és nem a kezes - felé állna fenn tájékoztatási kötelezettsége, aki azonban a kezességi szerződésnek nem alánya.

Kérdés az is, hogy mi a következménye annak, ha az adós tiltakozik a kezességvállalás ellen. Következhet ebből a kezességi szerződés létre nem jött volta, vagy érvénytelensége? Erre irányuló törvényi rendelkezés hiányában nem. Ennek törvényi kimondása azonban ugyancsak indokoltnak tűnhet. Ehhez kapcsolódóan érdemes a Ptk. 215. § (1) bekezdésében foglalt szabályra utalni, amely szerint, ha a szerződés létrejöttéhez harmadik személy beleegyezése vagy hatóság jóváhagyása szükséges, ennek megtörténteig a szerződés nem jön létre, de a felek a nyilatkozatukhoz kötve vannak. Ezt a szabályt azonban jelenleg – erre irányuló törvényi rendelkezés hiányában – kezességvállalás esetén nem lehet alkalmazni.

1. 2. A kezességi szerződés tárgya és jogi jellege

A kezességi szerződés tárgyához kapcsolódó kérdés, hogy a kezességi szerződés alapján a kezes milyen jellegű szolgáltatásra köteles? Kizárólag pénzszolgáltatással tartozik, vagy akár természetben is teljesíthet a főadós helyett? Mivel ebben a tekintetben a Ptk. nem tartalmaz megszorítást, így azt mondhatjuk, hogy a kezes nemcsak *dare* szolgáltatásra, illetve nemcsak pénzszolgáltatás teljesítésére vállalhat kötelezettséget.

Fontos azonban kiemelni, hogy nem pénzszolgáltatás kezességgel történő biztosítása esetén az alapjogviszonyból fakadó kötelezettségvállalás vagyoni természetű kell, hogy legyen. Még ebben az esetben is gondot okozhat azonban, ha az alapjogviszony kötelezettjét olyan – egyébként vagyoni jellegű – szolgáltatás terheli, amelyet az adósnak személyesen kell teljesítenie. Nem zárható ki, hogy a felek egy ilyen ügyletet biztosítsanak kezességgel, de ebben az esetben a kezesi helytállás tartalma nem egyezhet meg a főkötelezett által vállalt szolgáltatás tartalmával. Ez azt jelenti, hogy ha a főkötelezett nem teljesít, akkor a kezes kártérítés megfizetésére lesz köteles.

Ennek megfelelően egy vállalkozási szerződés is biztosítható kezességgel, amely alapján a megrendelő a kezestől követelheti a vállalkozási szerződésben meghatározott eredmény (mű) előállítását és megvalósítását. Ha erre a kezes nem képes, akkor kártérítésre kötelezhető. A kártérítésre kötelezés alapja ebben az esetben a kezességi szerződés megszegése.¹⁵¹

¹⁵¹ Csehi idézi a BH 1997/9/439. jogesetet, amelyben tartási szerződésből eredő természetbeni szolgáltatásokért vállalt az egyik fél kezességet. Ld.: Csehi: i.m. 40.

A tipikus azonban az, hogy a kezes a főadóst terhelő fizetési kötelezettség teljesítéséért vállal kötelezettséget. Ez jellemzően hitel-, vagy kölcsönszerződésből származó pénzfizetési kötelezettség. A pénzfizetési kötelezettség azonban származhat más szerződésből is. Ennek megfelelően mezőgazdasági termékértékesítési szerződés is biztosítható kezességgel (IH 2009/3/117.).

A fizetési kötelezettséghez kapcsolódik a biztosítandó követelés jellegének, meghatározhatóságának a kérdése. A Ptk. erről hallgat, vagyis nem állapít meg korlátozást a kezességgel biztosítható követelések tekintetében. A jogirodalom¹⁵² és a bírói gyakorlat (pl. BH 1994/4/205., BH 1995/2/108.) ennek alapján már évtizedek óta elismeri a feltételes és jövőbeli követelések kezességgel történő biztosításának a lehetőségét. Erre a régi magyar magánjog szerint is sor kerülhetett (ld. 1928-as Magánjogi Törvényjavaslat 1196. §-a), de utal rá az 1959-es Ptk. miniszteri indokolása is.¹⁵³ Ehhez kapcsolódik, hogy az írásbeli kezességvállaló nyilatkozatban gyakran hiányzik a főkötelezettség összegszerű meghatározása, illetve az eltér a hitelező által ténylegesen nyújtott kölcsöntől.¹⁵⁴

Pénztartozásért vállalt kezesség esetén is van lehetőség arra, hogy a kezes meghatározott jogcím alapján keletkező tartozásért vállaljon helytállást, más tartozásokért azonban kizárja a felelősségét. Ennek tipikus esete, ha a kezes a kártérítésért nem vállal helytállást.

A jövőbeni kötelezettségek biztosítása esetén fontos kívánalom a kezeset védő garanciális szabályok beépítése a törvénybe. A kezesről ugyanis nem várható el, hogy átvegye a főadós gazdasági szerepét, vagyis még a biztosított főkötelezettség érvényessé válása előtt meg kell nyitni előtte a kezességből való szabadulás útját. Mindez elsősorban akkor kell, hogy a kezes számára fennálljon, ha a főadós gazdasági helyzetében lényeges romlás következett be. Ellenkező esetben nem kezességről, hanem egyetemleges adóstársakról beszélhetnénk.

Globális kezességnél vetődik fel legelősebben az a kérdés, hogy meddig lehet tágítani a biztosítandó követelés meghatározott voltának, meghatározottságának a követelményét. A meghatározottság követelménye önmagában annak nem akadálya, hogy valaki feltételes, vagy jövőbeli kötelezettségért vállaljon kezességet,¹⁵⁵ az ilyen kezességvállalás tehát nem érvénytelen. Kérdés azonban, hogy a főadósnak a hitelezővel szemben keletkező valamennyi fennálló és jövőbeli kötelezettségéért milyen feltételek mellett lehet érvényesen kezességet vállalni. Ez ugyanis már

¹⁵² Zoltán Ódön: A szerződést biztosító mellékkötelezettségek. in: *Eörsi Gyula/Gellért György* (szerk.): *A Polgári Törvénykönyv magyarázata*, 2. kötet, Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1981, 1289.

¹⁵³ A Magyar Népköztársaság Polgári Törvénykönyve – Az 1959. évi IV. törvény és a törvény javaslatának miniszteri indokolása. Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1963, 292.

¹⁵⁴ *Salamonné dr. Solymosi Ibolya*: A szerződések biztosítékai. Budapest, AGROCENT Kiadó, 1999, 172.

¹⁵⁵ *Harmathy Attila*: A szerződést biztosító mellékkötelezettségek. in: *Petrik Ferenc* (szerk.): *Polgári jog - Kommentár a gyakorlat számára*. 2. kiadás, Budapest, HVG-ORAC Kiadó, 2009, 463.

nemcsak a meghatározottság követelményébe ütközhet, de az ilyen szerződés jóerkölcsbe ütközés miatti semmis lehet.¹⁵⁶ Ebben az esetben ugyanis a hitelező gyakorlatilag egy új adóst nyer, vagyis nem járulékos kezesség, hanem egy adóstársaság, kötelezetti egyetemlegesség jön létre.¹⁵⁷

A jogirodalomban ezzel kapcsolatban felmerült, hogy különösen a valamennyi jövőbeni kötelezettségért történő kezességvállalás esetén lenne indokolt a kezes számára biztosítani a szerződésmegszüntetés jogát.¹⁵⁸

A kezes által elvállalt kötelezettség jellegétől meg kell különböztetni magának a kezességnek a jellegét. A kezeset ugyanis mindig *praestare* jellegű szolgáltatási kötelezettség terheli.¹⁵⁹ Ennek alapján több hasonlóság is kimutatható a kezesség és a biztosítás között. A kezességhez nagymértékben hasonlít a hitelbiztosítási szerződés is, amellyel a biztosító arra vállal kötelezettséget, hogy megtéríti azoknak a károknak egy részét, vagy egészét, amelyek a biztosított kereskedelmi szerződéseinek teljesítése során amiatt keletkeznek, hogy a kötelezett a vele szemben fennálló fizetési kötelezettségének nem tesz eleget.¹⁶⁰

1. 3. A jogosultat a kezes irányában terhelő tájékoztatási kötelezettség

A kezességi szerződés egyoldalúan kötelező/jogosító jogügylet.¹⁶¹ A Ptk. 272. § (1) bekezdésének fordulata - miszerint „a kezes arra vállal kötelezettséget” – azt tükrözi, hogy a kezességi szerződés alapján a főszolgáltatásra a kezes válik kötelezetté. Ez azonban nem azt jelenti, hogy a hitelezőt/jogosultat egyáltalán semmilyen kötelezettség sem terheli. A hitelezőt/jogosultat terhelő kötelezettségeket járulékos, másodlagos kötelezettségeknek nevezzük. Ilyen másodlagos kötelezettség például a tájékoztatási kötelezettség, vagy az, ha a jogosult vállalja a kezes felé, hogy tovább hitelez a főadósnak.

A hitelezőt a kezes irányában terhelő tájékoztatási kötelezettség mértéke a magyar jogban jelenleg nem egyértelműen körülhatárolt. A bírói gyakorlat szerint például nem minősül a tájékoztatási kötelezettség megszegésének, így szerződésszegésnek, ha a jogosult a főadóssal kötött

¹⁵⁶ Erre utal Csehi is az olasz jog kapcsán. Ld.: Csehi: i.m. 78. Ennek alapja, hogy egy ilyen tartalmú kötelezettségvállalás a kezeset egész életére szólóan járulékos kötelezetté teheti, amely valójában már nem kezesség, sokkal inkább egyetemleges adóstársaság. A német Alkotmánybíróságnak (BVerfG.) és Legfelsőbb Bíróságnak (BGH) is vannak olyan döntései, amelyek ilyen kötelezettségvállalások esetén eljutnak a semmisség kimondásáig: BVerfG Beschl. vom 19.10.1993 (1BvR 567/89) = BVerfGE 89, 214. = NJW 1994, 36-39.; BVerfG Beschl. vom 05.08.1994 (1BvR 1402/89) = NJW 1994, 2749; BGHZ 25, 318., WM 1990, 969, ZIP 2003, 796., ZIP 2005, 432.

¹⁵⁷ A járulékos jellegű, mögöttes felelősség, valamint a kötelezetti egyetemlegesség közötti különbségekre utal az 1/2007. Polgári Jogegységi Határozat indokolásának III. pontja is (ad. 2.).

¹⁵⁸ Gulyásné Csekő Katalin: Az új kezességi jog ellentmondásai. Hitelintézeti Szemle, 2008. 2. sz. 169.

¹⁵⁹ Csehi: i.m. 39., 52.

¹⁶⁰ A hitelbiztosítási szerződés és a kezesség elhatárolása jelenik meg a BDT 2010/10/165. jogesetben is. A hitelbiztosítási szerződéshez kapcsolódó kérdésekről ld. még a BDT 2011/2/28. jogesetet.

¹⁶¹ Csehi: i.m. 39.

kölcsönszerződés felmondása előtt nem tájékoztatja a kezest az adós mulasztásáról, késedelméről (EBH 2009/2/2057., BH 2010/9/252.). Más esetekben azonban a kezességi szerződés szigorúbb tájékoztatási-értesítési kötelezettséget írhat elő – akár a jogosult bank üzletszabályzatára való utalással is –, amelynek megsértése esetére a felek az elállás jogát is kiköthetik a kezes számára.¹⁶²

Indokoltnak tűnik annak elismerése, hogy a jogosult a tájékoztatási kötelezettség keretében köteles a kezest a főadós – hitelező által ismert – anyagi helyzetéről tájékoztatni. A kezes ugyanis alapvetően a főadós anyagi helyzetének az ismeretében dönt a kezességvállalásról, erről azonban magától a főadóstól nem mindig kaphat pontos információt. Bár a Ptk. ezt kifejezetten nem írja elő, a Ptk. 4. § (1) bekezdésében foglalt kölcsön együttműködés alapelvéből mindez levezethető. Következik ez továbbá a Ptk. 205. § (3) bekezdéséből is, melynek második mondata szerint a feleknek a szerződéskötést megelőzően is tájékoztatniuk kell egymást a megkötendő szerződést érintő minden lényeges körülményről. A főadós vagyoni-pénzügyi helyzete kétségkívül olyan lényeges körülménynek tekinthető, amely a kezességi szerződést, a kezességvállalást érinti. Ennek a tájékoztatási kötelezettségnek a megszegése a hitelező oldalán kártérítési felelősséget alapol meg, deliktuális alapon.

Kérdés, hogy a hitelezőt terhelő tájékoztatási kötelezettség kiterjed-e arra az esetre, ha a kezességvállalás időpontja után a főadós vagyoni-pénzügyi helyzetének jelentős romlása következik be? A Ptk. 4. § (1) bekezdése alapján ezt is indokoltnak tartjuk elismerni. Ez azt jelenti, hogy ha a főadós anyagi helyzete a kezességvállalás időpontja után jelentősen romlik, és arról a jogosult tudomással bír, arról tájékoztatnia kell a kezest is. Ehhez kapcsolódóan merült fel a jogirodalomban annak az igénye, hogy meg kellene nyitni a kezes számára a szerződéstől való szabadulás lehetőségét, ha a főadós vagyoni helyzetében lényeges rosszabbodás állna be.¹⁶³

Ezzel kapcsolatban érdemes utalni az osztrák jog megoldására. Eszerint ugyanis, amennyiben a hitelezőnek ismerete van arról, hogy a főadós közvetlenül a gazdasági összeomlás előtt áll, vagy, hogy egy rossz minőségű régi hitel biztosításáról lenne szó a kezesség által, akkor köteles erről a kezest informálni. Az osztrák bírói gyakorlat szerint általánosságban akkor áll fenn a hitelező

¹⁶² A hitelintézetek által használt általános szerződési feltételekben, üzletszabályzatokban alkalmazott hitelbiztosítékokhoz kapcsolódó jogi problémákat a magyar jog vonatkozásában még nem igazán vizsgálták. A kérdést a német jogirodalom azonban kimerítően tárgyalja. Ld.: *Schimansky/Bunte/Lwowski*: Bankrechts-Handbuch, 17. Kapitel: Kreditsicherung, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2007, München, 2021-2520., *Förster, Christian*: Problematische Bürgschaftsverpflichtungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht Wertpapier Mitteilungen (WM), 36/2010. 1677-1684., továbbá *Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus*: Kreditsicherung. Luchterhand, 2006, 185-199. A legújabb német bírói gyakorlatból ld.: BGH Urteil vom 27. Mai 2010 (WM 26/2010, 1215-1217.)

¹⁶³ *Gulyásné*: i.m. 169.

tájékoztatási kötelezettsége, ha a kezes számára különösen veszélyes szituációt fel kellett (volna) ismernie. A tájékoztatási kötelezettség megsértése kártérítési igényt alapoz meg a kezes oldalán.¹⁶⁴

Utalni kell továbbá az Európai Bizottság által életre hívott munkacsoportok részéről kidolgozott *Draft Common Frame of Reference*¹⁶⁵ elnevezésű tervezetre is. Ez a IV. Könyv G. Részében külön foglalkozik a személyi hitelbiztosítékokkal. Ebben a hitelezőt a kezessel szemben terhelő tájékoztatási és információnyújtási kötelezettségek kimerítően szabályozásra kerülnek. A DCFR IV.G.-2:107. cikke ennek megfelelően kimondja, hogy a hitelező késedelem nélkül köteles tájékoztatni a kezest, ha a főadós kötelezettségét nem teljesítette, illetve, ha a főadós fizetése képtelenné vált. A DCFR által főszabálynak tekintett készfizető kezesség esetén a hitelező ezen túlmenően a biztosított követelés növekedéséről is tájékoztatni köteles a kezest, amennyiben ennek a növekedésnek a mértéke a 20 %-ot eléri.

A jogosultat a kezes irányában terhelő tájékoztatási kötelezettség párhuzamba állítható a hitelezőt a hitel-, illetve kölcsönszerződés alapján terhelő tájékoztatási kötelezettséggel. A hitelező a kölcsönnyújtás során szakszerűen köteles eljárni, vagyis fel kell ismernie, hogy az adós nem lesz képes a kölcsönt visszafizetni. A felelős hitelezés részét képező ezen kötelezettséget a fogyasztónak nyújtott hitelről szóló 2009. évi CXLI. törvény (Fht.) ki is mondja. Ennek alapján egyfajta felvilágosítási kötelezettséget a hitelező terhére - a hitelképességi vizsgálat eredményére tekintettel - mindenképp meg lehet állapítani. Kérdés, ha a hitelező ennek a felvilágosítási kötelezettségnek nem tesz eleget, és a fogyasztó utóbb fizetési késedelembe esik, akkor a tájékoztatás hiánya alapot nyújt-e a kármegosztásra. Ez megalapozottnak tűnik.

Ezzel párhuzamba állítva felmerül a kérdés, hogy kérhet-e a kezes a jogosultat terhelő tájékoztatási kötelezettség megsértésére hivatkozással – amennyiben a főkötelezett nem teljesít – kármegosztást. Ezt szintén indokoltnak tartjuk elismerni.

Megnyugtató megoldást azonban az jelentene, ha az Fht. védelmi szintjét a fogyasztói kezesi szerződésekre is kiterjesztené a jogalkotó. Erre az Fht. európai uniós jogi alapját képező 2008/48/EK irányelv kifejezetten lehetőséget biztosít a tagállami jogalkotó számára.¹⁶⁶ A kielégítő szintű védelem megteremtése fogyasztói kezesség esetén azért lenne különösen fontos, mert erre vonatkozóan jelenleg nincs európai uniós jogszabály, a hitelezők pedig sokszor nemcsak a hitelfelvevő, de a kezes teljesítőképességét sem vizsgálják megfelelően, illetve tévesen mérik fel azt.

¹⁶⁴ Bydlinski, Peter. § 1346. In: Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund (Hrsg.): *Kurzkommentar zum ABGB*. 3. Auflage, Springer-Verlag, Wien, 2010, 1596.

¹⁶⁵ V. Bar, Christian/Clive, Eric/Schulte-Nölke, Hans (ed.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Interim Outline Edition, Munich, 2009.

¹⁶⁶ A 2008/48/EK irányelvről részletesebben ld.: Bodzási Balázs: A fogyasztói hitelszerződések európai uniós szabályozása. *Külgazdaság Jogi Melléklet*, 2011/5-6. sz. 49-77.

Az Fht. védelmi szintjének a kiterjesztése elsősorban a jogosultat terhelő, a szerződéskötést megelőző tájékoztatási kötelezettség szintjének emelésével járna együtt. Ezzel kapcsolatban ki kell emelni az Fht. 11. §-át, amely kezességvállalás esetén azt jelenti, hogy jogszabályi alapja lenne annak, hogy a kezes alaposabban megismerje a biztosítandó alapügyletet. Lényeges emellett az Fht. 14. §-a is, amely a fogyasztó hitelképességének értékelésére vonatkozó kötelezettséget ír elő a hitelnyújtó számára. Utolni kell továbbá az Fht. 21. § (2) bekezdésére is, amely egy további, speciális szankciót fűz az előzetes tájékoztatás megszegéséhez. Ez a szakasz ugyanis kimondja, hogy ha a fogyasztó a hitelezőt a szerződéskötést megelőzően terhelő tájékoztatást a szerződéskötést követően kapja kézhez, akkor elállási (felmondási) jogát a tájékoztatás kézhezvételétől számított 14 napig gyakorolhatja.¹⁶⁷

1. 4. A biztosított követelés, illetve a kezességvállalás érvénytelensége

A kezesség egy járulékos jellegű személyi hitelbiztosíték, ami azt jelenti, hogy a kezes kötelezettsége ahhoz a kötelezettséghez igazodik, amelyért kezességet vállalt. Az 1/2007. Polgári Jogegységi Határozat indokolása is utal arra, hogy a járulékoság „egyirányú” abban az értelemben, hogy csak a járulékos kötelezett helyzete igazodik a főkötelezett helyzetéhez, fordítva azonban ez nincs így. Ezt emeli ki a BDT 2010/7-8/124. eseti döntés is.

A járulékoság elvéből következik, hogy biztosítandó jogviszony, illetve követelés nélkül kezesség nem jöhet létre. Kérdés azonban, hogy létrejött, de érvénytelen jogügylet alapján keletkező követelést lehet-e kezességgel biztosítani?

A korábbi jogirodalmi nézet az volt, hogy ha a biztosítandó kötelezettség érvénytelen, akkor az ilyen kötelezettségért vállalt kezesség is érvénytelen.¹⁶⁸ Indokolt azonban ezt a kérdést ennél alaposabban is megvizsgálni.

Ennek alapján különbséget kell tenni a semmis szerződésből származó kötelezettségért vállalt kezesség, illetve a megtámadható szerződéshez kapcsolódó kezességvállalás között. Az vitathatatlan, hogy semmis ügyletből származó kötelezettségért nem lehet érvényesen kezességet vállalni. Ha tehát az alapügylet semmis, akkor a kezességvállalás is érvénytelen lesz.

Ezzel szemben önmagában az alapszerződés megtámadhatósága a kezességi szerződés érvényességét nem érinti. Ha a megtámadásra jogosult főkötelezett a megtámadási jogával él, a kezes fizetési kötelezettsége a megtámadás sikerétől függ.

¹⁶⁷ Az Fht.-ről részletesebben ld.: *Bodzási Balázs: A fogyasztói hitelszerződések új szabályai. Hitelintézeti Szemle, 2011/3. sz. 262-280.*

¹⁶⁸ *Zoltán: i.m. 1294.*

A megtámadható szerződéshez kapcsolódó kezességvállalással kapcsolatban felmerül az a kérdés is, hogy a kezes megtámadhatja-e az alapügyletet. A jogirodalom álláspontja nem egységes. Van olyan nézet, amely szerint a megtámadás joga a főkötelezett olyan személyes joga, amelyet helyette a kezes nem gyakorolhat. A kezes ennek alapján a megtámadás jogát önálló keresetként nem, legfeljebb kifogás útján érvényesítheti, amennyiben a kifogásolás joga a főkötelezettet is megilletné.¹⁶⁹

Más álláspont szerint nehezen tartható az a megközelítés, amely szerint a megtámadási jog a szerződő fél olyan személyes joga, amelynek gyakorlására a kezes nem jogosult. A kezes - eszerint az álláspont szerint - olyan harmadik személy, akinek törvényes érdeke fűződhet az alapügylet érvénytelenné válásához, ezért a kezes megtámadási jogát el kell ismerni.¹⁷⁰

A megtámadási jog gyakorlásához kapcsolódóan azt kell kiemelni, hogy az egyes megtámadhatósági okoknál a Ptk. az érdekelt személyi kört gyakorlatilag a szerződő félre szűkíti. Ez a helyzet tévedésnél, megtévesztés és jogellenes fenyegetés esetében, és valójában feltűnő értékaránytalanságnál is. Ezek alapján kérdéses, hogy a kezes – aki a megtámadandó alapügyletben nem szerződő fél - mely megtámadhatósági ok esetében tudná ezt a jogát gyakorolni. Ha el is fogadjuk, hogy a kezes meg kell, hogy illesse a megtámadási jog, ehhez a Ptk.-ban megfelelő szövegmódosítást kellene végrehajtani.

Az alapügylet érvénytelenségéhez kapcsolódik az a kérdés is, miszerint kiterjed-e a kezes helytállási kötelezettsége arra az esetre, ha a bíróság megállapította az alapszerződés érvénytelenségét, de mivel az eredeti állapot természetben már nem volt helyreállítható, ezért a dolog pénzellenértékének megtérítésére kötelezte a főadóst. Hasonló eset állhat elő, ha a bíróság az érvénytelen szerződést hatályossá nyilvánítja. Kérdés, hogy ilyen esetben mentesül-e a kezes? A kezes ugyan eredetileg nem erre vállalt helytállást, de komoly érvek hozhatók fel amellet, hogy ilyenkor is indokolt a kezes helytállási kötelezettségét megállapítani.

Az alapügylet semmisségétől, illetve érvénytelenségétől elkülönül az az eset, amikor maga a kezességvállalás minősül semmisnek. A Legfelsőbb Bíróság egy korábbi döntése szerint a jóerkölcsbe ütközik és ezért semmis a kezességi szerződés, ha a kezességet vállaló cég igazgatója és annak a gazdasági társaságnak az ügyvezetője, akiért a kezességvállalás történt, azonos személy (BH 1998/3/138.). A bírói gyakorlat az utóbbi években megváltozott, az újabb döntések szerint ugyanis önmagában az a tény, hogy a kezességet vállaló gazdálkodó szervezet vezetője ugyanaz a személy, mint az egyenes adós gazdálkodó szervezet vezetője, nem teszi a kezesi szerződést semmissé (BDT 2009/9/84.).

¹⁶⁹ *Salamonné*: i.m. 176-177.

¹⁷⁰ *Leszkoven*: i.m. 23.

A kezesi szerződés megtámadása a semmisségnél több kérdést vet fel. Ezek elsősorban tévedés és megtévesztés körében jelentkeznek. A sikeres megtámadásnak az az egyik előfeltétele, hogy a kezes tévedését, illetve megtévesztését a hitelező – a kezesi szerződés másik alanya – okozza, vagy legalábbis felismerje. Gyakori azonban, hogy a kezességvállaló személy tévedését, megtévesztését a főadós okozza. Ennek alapján azonban a kezes nem tudja sikeresen megtámadni a kezességi szerződést, hiszen annak a főadós nem alanya. Ez jelenik meg az IH 2009/3/117. jogesetben is.

A kezességvállalás érvénytelenségével kapcsolatban a Ptk. 238. § (2) bekezdésének azon rendelkezésére is fel kell hívni a figyelmet, amely szerint, aki érvénytelen szerződés fennállásában jóhiszeműen bízott, a felektől a szerződés megkötéséből eredő kárának megtérítését követelheti; ha azonban az érvénytelenség az egyik fél magatartására vezethető vissza, a bíróság a másik fél marasztalását mellőzheti. Ha a felek valamelyike a harmadik személlyel szemben rosszhiszemű volt, teljes kártérítéssel tartozik akkor is, ha az érvénytelenség nem az ő magatartására vezethető vissza. Ezt a kártérítést a bíróság a szerződés teljes vagy részleges hatályban tartása útján is nyújthatja. Ebben az esetben az érvénytelenség beáll ugyan, de az érvénytelenség okozásáért fennálló felelősség tartalma az érvénytelen szerződés tartalma lesz. Ez hasonló esetkör, mint az érvénytelenség jogkövetkezményeként - a Ptk. 237. § (2) bekezdése alapján - a szerződés hatályossá nyilvánítása, amennyiben az eredeti állapot nem állítható helyre. A Ptk. 238. § (2) bekezdésének alkalmazási körében azonban az érvénytelen szerződés tényleges hatályosulására felelősségi úton kerül sor.

Ez a felelősségi alakzat abból a szempontból speciális, hogy - ellentétben a Ptk. 339. § (1) bekezdésével - nem szól a károkozó vétkességéről. A teljes kártérítést ugyanis a rosszhiszeműséghez kapcsolja, a jóhiszemű szerződő fél pedig a szerződés megkötéséből eredő kár (*negatív interesse*) megtérítésére kötelezhető. Külön kérdés, hogy felelősségi szempontból milyen a viszony a Ptk. 238. § (2) bekezdése és a 339. § (1) bekezdése között. A részletek kifejtése nélkül itt csak utalunk arra, hogy ez a szabály az álképviselő felelősségét kimondó Ptk. 221. §-ával állítható párhuzamba. Mindkét esetben vétkességtől független felelősségről van szó. A károkozó felelősségének a vétkességtől történő függetlenítése a károkozóval szerződő harmadik személy védelmét szolgálja. Ha ugyanis a károkozó felelőssége a vétkességhez kapcsolódna, a károkozó adott esetben még akkor is ki tudná menteni magát, ha egyébként rosszhiszemű volt, de úgy járt el, ahogy az adott helyzetben általában elvárható. A felelősségnek a vétkességtől való függetlenítése tehát megnehezíti a kimentést, így fokozottabban védi

a harmadik fél érdekeit. *Harmathy Attila* hívja fel a figyelmet arra, hogy a vétkesség nélküli felelősség magyarázataként legtöbbször a rizikó viselése szolgál.¹⁷¹

A BH 1998/3/138. eseti döntésben a Legfelsőbb Bíróság kimondta a készfizető kezességi szerződés semmisségét, de a kezes kártérítési felelőssége alapján, a Ptk. 238. § (2) bekezdésére hivatkozással az érvénytelen szerződés teljesítésére kötelezte.

II. A kezességi szerződés tartalmához és jogi jellegéhez kapcsolódó kérdések

2.1. A kifogások

A járulékoság elvével szorosan összefügg a kifogások felhozatalának a lehetősége. A kezes ugyanis érvényesítheti az őt saját személyében - a kezességi szerződés alapján - megillető kifogásokon túl azokat a kifogásokat is, amelyeket a főkötelezett érvényesíthet a jogosulttal szemben. A kezes nem veszti el a kifogásolási jogát akkor sem, ha a főkötelezett a kezességvállalás után lemond ezekről a kifogásokról. Ebben a vonatkozásban tehát nem érvényesül a járulékoság.¹⁷²

Kérdés, hogy ez az elv irányadó-e a főadóst megillető beszámítási jogra is, vagyis a kezes érvényesítheti-e a beszámítási jogát, ha arról a főkötelezett utóbb lemondott. A Legfelsőbb Bíróság az EBH 2000/1/219. döntésében ezt nem ismerte el, amikor kimondta, hogy a készfizető kezes nem illeti meg az a jog, hogy a hitelezővel szemben beszámítsa az adóst megillető – és a hitelezővel szemben fennálló – ellenkövetelést. A jogirodalomban újabban megjelent álláspont szerint azonban ez az okfejtés nem helytálló.¹⁷³

Ehhez kapcsolódik az a további kérdés, hogy a kezes érvényesítheti-e kifogásként a főkötelezettet a jogosult szerződésszegése alapján megillető jogait, így például a szavatossági, elállási, felmondási jogokat? *Salamonné dr. Solymosi Ibolya* szerint a kifogásolás joga nem terjeszthető ki olyan mértékben, hogy ezáltal a kezes a főadóst megillető követeléssel rendelkezessen. Különösen igaz ez szerinte a beszámítási kifogásra.¹⁷⁴

A kezes természetesen lemondhat az őt megillető kifogásokról. Aggályos azonban az a gyakorlat, amely alapján a kezes az őt megillető összes kifogásról lemond. Más kérdés, hogy egy ilyen

¹⁷¹ *Harmathy Attila*: Felelősség a közreműködőért. Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1974, 50-53.

¹⁷² A kifogásokhoz kapcsolódóan kell kitérni az 1/2010. Polgári Jogegységi Határozatra, amely értelmében a készfizető kezes nem hivatkozhat a készfizető kezesség jogi jellegével ellentétes kifogásokra. Így nem hivatkozhat a főkötelezettel szemben annak folytán bekövetkező jogvesztésre, hogy a jogosult a követelését a főkötelezettel szemben indult felszámolási eljárásban határidőn belül nem érvényesítette. Ezzel kapcsolatban ld.: *Leszkó László*: A készfizető kezesség jogi jellegéről – egy jogegységi határozat kapcsán. *Gazdaság és Jog*, 2010/11. 14-19.

¹⁷³ *Leszkó László*: A kezességi szerződés, 96.

¹⁷⁴ *Salamonné*: i.m. 179.

kötelezettségvállalás valószínűleg már nem is kezességnek, hanem inkább garanciavállalásnak minősül.

2. 2. A sortartás kifogása

A kezesség törvényi szabályozása során nemcsak a jogosult, hanem a kezes érdekeire is figyelemmel kell lenni. Ezt a célt szolgálja, hogy a kezesség nemcsak járulékos, de egyúttal másodlagos, szubszidiárius kötelem is. Ennek megfelelően a jogosultnak először a főadóstól kell megkísérelni behajtani a követelést és ha ez nem vezet eredményre, csak akkor fordulhat a kezes ellen.

A jogosultnak ez a sortartási kötelezettsége azokra a kezesekre is kiterjed, akik a szóban forgó kezest megelőzően, reá tekintet nélkül vállaltak kezességet, vagyis nem egyetemlegesen kötelezett kezestársak (BDT 2010/10/165.). Ha egymásra tekintettel történt a kezességvállalás, akkor a Ptk. 275. §-ában foglalt szabályt kell alkalmazni, vagyis kétség esetén a kezestársak egyetemlegesen felelnek a jogosulttal szemben.

Az egyszerű kezes mindaddig megtagadhatja a teljesítést, amíg a követelés a főkötelezettől és az olyan kezesektől, akik őt megelőzően, reá tekintet nélkül vállaltak kezességet, behajtható. Más biztosítékot nyújtó személyekkel szemben azonban a sortartás kifogása nem érvényesíthető. A kezes nem hivatkozhat arra, hogy a követelés az azt biztosító más mellékkötelezettségek igénybevételével – például zálogjog, óvadék vagy vételi jog érvényesítésével - behajtható volna. A jogosult ilyen esetben szabadon választhat, hogy melyik kötelezettel szemben érvényesíti a követelését. A hitelező fordulhat először a jelzálogkötelezett ellen, annak ellenére, hogy a kölcsönt készfizető kezességvállalás is biztosítja (BH 1996/6/308.), de fordulhat közvetlenül a kezes(ek)el szemben is, a jelzálogkötelezett helyett (BH 1998/11/546.). A felek azonban a kezesi szerződésben ettől eltérően is megállapodhatnak. Lehetséges tehát olyan szerződéses kikötés, amely alapján a jogosult a kezes igénybevétele előtt köteles zálogjogát érvényesíteni.

A bíróság a sortartás hiányát hivatalból nem veheti figyelembe, vagyis a kezesnek minden egyes esetben hivatkoznia kell a sortartás kifogására. Ezen kifogás alapján a kezes mindaddig megtagadhatja a teljesítést, amíg a jogosult nem igazolja a követelés behajtásának lehetetlenségét.

Kérdés azonban, hogy a hitelezőnek meddig kell elmennie a sortartás kifogásával szembeni védekezés során? Kell-e a jogosultnak ennek alapján azt igazolnia, hogy a követelés behajtása végett a főkötelezett vagyonára végrehajtást indított, de a végrehajtás során a követelés nem nyert kielégítést? Ez a főadós teljes vagyonára vezetett végrehajtási eljárás(ok) sikertelenségének, vagyis a főkövetelés

behajthatatlanságának az igazolását jelentené. A gyakorlat szerint nem szükséges a teljes behajthatatlanság kimutatása. Erre kizárólag az ún. kártalanító kezesség esetében kell csak, hogy sor kerüljön, amikor is a hitelezőnek igazolnia kell a főkötelezett teljes vagyonhiányát.¹⁷⁵ Ennek alapján egyszerű kezesség esetében a jogosult részéről elegendő annak bizonyítása, hogy a végrehajtás a főkötelezettel, illetve a nem egyetemlegesen kötelezett kezestársakkal szemben folyamatban van. A mai bírói gyakorlat tehát engedményeket tesz a hitelezőnek. Ezzel szemben az 1945 előtti bírói gyakorlat a főadós vagyonára vezetett végrehajtás egyszerű eredménytelenségét nem tekintette elegendőnek, hanem a teljes fizetőkép telenség kimutatását követelte meg.¹⁷⁶

Más vélemény szerint a jogosultnak a tartozás sikertelen behajtására tett kísérletet hitelt érdemlően igazolnia kell.¹⁷⁷

A legtisztább helyzetet természetesen az eredményezhet, ha a felek a kezességi szerződésben határozzák meg azokat a feltételeket, amelyek teljesülése esetén a kezes már nem védekezhet a sortartás kifogásával, vagyis amikor a hitelező a kezes ellen fordulhat. Ez jelentheti azt is, hogy a kezességi szerződés meghatározza, hogy a hitelezőnek milyen végrehajtási cselekményeket kell megtennie, mielőtt a kezes ellen fordul.

A sortartás kedvezménye nem érvényesül akkor, ha a hitelező igénye más jogviszony alapján esetleg behajtható. A kezes tehát nem hivatkozhat arra, hogy a biztosítási esemény bekövetkezésére vállalt fizetési kötelezettség (hitelbiztosítási szerződés) az ő teljesítését megelőzi (BDT 2010/10/165.).

Kérdés, hogy mi történik akkor, ha a főkötelezett ismeretlen helyre távozik. A jogirodalomban korábban megjelent nézet szerint ilyen esetben a jogosult közvetlenül fordulhat a kezes ellen.¹⁷⁸ Az újabb jogirodalomban megjelent álláspont szerint ezzel szemben ilyen esetben is igazolási kötelezettséget kell megkövetelni a jogosulttól. A kezes jogainak a védelme ugyanis az igazolási kötelezettséget akkor is megköveteli, ha a főadós lakóhelyének vagy székhelyének megváltozása miatt nem lelhető föl. Ez összhangban áll az utóbbi időben jelentősen megszigorodott cégbejegyzési eljárási szabályokkal.¹⁷⁹

2. 3. A kötelezettségek feltételeinek azonossága

¹⁷⁵ Leszkoven: i.m. 18.

¹⁷⁶ Villányi László: Kezesség. in: Szladits Károly (szerk.): A magyar magánjog. Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1941, 110.

¹⁷⁷ Gulyásné: i.m. 174.

¹⁷⁸ Zoltán: i.m. 1295.

¹⁷⁹ Gulyásné: i.m. 174.

Kérdés, hogy a járulékoságból következik-e a kezest és a főadóst terhelő kötelezettségek feltételeinek azonossága? Másként fogalmazva, következik-e a járulékoság elvéből - illetve abból a törvényi megfogalmazásból, hogy a kezes kötelezettsége a biztosított kötelezettséghez „igazodik” -, hogy a jogosult a kezest csakis a főadóssal szemben fennálló, és a kezességgel biztosított kötelezettség feltételei szerint veheti igénybe? Részletfizetés biztosítása esetén például a kezes is igényelheti ezt a kedvezményt?¹⁸⁰

A hatályos jog nem tartalmaz kifejezett rendelkezéseket erre vonatkozóan. Van olyan jogirodalmi nézet, amely szerint a feltételek azonosságát a kódexben kellene kimondani, tehát a Ptk.-ban kellene szabályozni azt, hogy a kezes kötelezettségének feltételei a főadós kötelezettségének a feltételeivel azonosak.¹⁸¹ A kötelezettségek feltételeinek azonossága melletti érvelés elsősorban kezesvédelmi indokokkal támasztható alá. Törvényi rendezés hiányában azonban a bírói gyakorlatra hárul annak a kérdésnek az eldöntése, hogy alkalmazza-e ezt az elvet.

Indokoltnak tűnik ugyanakkor, hogy a kötelezettségek feltételeinek azonossága elvét a készfizető kezességre ne terjesszék ki. Ebben az esetben ugyanis a kezes annak ismeretében vállalta a kezességet, hogy a jogosult nem köteles először a főadóstól teljesítést követelni. Ha a kezes tisztában van azzal, hogy a jogosult adott esetben közvetlenül ellene fordulhat, akkor nem feltétlenül indokolt azoknak a kedvezményeknek az igénybevétele sem, amelyek a főadós számára egyébként fennállnak. Ezt tükrözi a BH 2010/9/252. eseti döntés is, amelyben a főadósnak a kölcsönt 10 év alatt részletekben kellett volna visszafizetnie, a kölcsönszerződés felmondása következtében azonban a készfizető kezestől a hitelező egy összegben követelte a tartozást.

2. 4. A szerződésszegés egyes esetei

A járulékoság alóli kivételnek tekinthetők, amikor a kezes többel tartozik a jogosultnak, mint a főadós. Erre akkor kerülhet sor, ha a kezes kötelezettsége a saját szerződésszegése következtében utóbb növekszik.

Ettől eltér az az eset, amikor a főadós követel el szerződésszegést. Ennek kapcsán kérdéses lehet, hogy a kezességvállalás kiterjed-e a főkötelezett szerződésszegése folytán keletkező károkra, ideértve a jogosult esetleges elmaradt hasznára. A magyar jogirodalom álláspontja nem egységes.

¹⁸⁰ A kérdés más vonatkozásban már felmerült a bírói gyakorlatban is. Ld.: *Zoltán*: i.m. 1296.

¹⁸¹ *Gulyásné*: i.m. 169.

Villányi László szerint a járulékoság arra az esetre is kiterjed, ha a főkötelezettség a főadós vétkessége, vagy késedelme következtében módosul. Ebben az esetben a kezes a főadós ellen fordulhat amiatt, mert kötelezettsége a főadós vétkessége miatt megnövekedett.¹⁸²

Az 1959-es Ptk. miniszteri indokolása szerint a kezes nemcsak a kötelezettség teljesítéséért, hanem annak szerződés szerinti teljesítéséért vállalt kötelezettséget. Ennek megfelelően a szerződésszegéséért való helytállási kötelezettséget – anélkül, hogy ezt a Ptk. külön kimondta volna – a járulékoság elve alóli kivételnek tekintették, de elismerték.¹⁸³

Az újabb jogirodalom azonban elutasítja a kezesség kiterjesztését a főadós szerződésszegése folytán keletkező károkra. Ezt tükrözi a BH 1994/1/42. eseti döntés is. *Harmathy Attila* szerint ennek az az alapja, hogy ebben az esetben nem érvényesül a meghatározottság követelménye.¹⁸⁴

Zoltán Ödön szerint a kezes helytállási kötelezettségének a kiterjesztése a késedelmi kamatot meghaladó károkra azért nem volna helyénvaló, mert az ilyen igénnyel a kezesnek nem kellett számolnia a kezesség elvállalásakor. A felek szerződési akarata tehát nem az ilyen jellegű jogkövetkezményekért való kezesi helytállási kötelezettségre irányult.¹⁸⁵

Ezzel szemben *Leszkoven László* úgy foglal állást, hogy a kezes kötelezettsége a nem-teljesítés miatti kártérítésre is kiterjed. Ezt azzal támasztja alá, hogy kezességet nemcsak pénzszolgáltatásért, hanem más szolgáltatásért (pl. tevékenység végzésért) is lehet vállalni, amelynek nem-teljesítése esetén a kezes felelőssége értelemszerűen a teljesítés elmaradása miatti kártérítésben áll.¹⁸⁶

2. 5. Egymásra tekintettel történő kezességvállalás

A Ptk. a kezesség speciális típusai közül a 275. §-ában azt az esetet szabályozza, amikor ugyanazért a kötelezettségért egyidejűleg, vagy egymásra tekintettel többen vállalnak kezességet.

Ugyanazért a követelésért háromféleképpen lehet kezességet vállalni:

- a) egymást követően, egymástól függetlenül;
- b) egymást követően, egymásra tekintettel;
- c) egyidőben (egymásra tekintettel).¹⁸⁷

¹⁸² *Villányi*: i.m. 92-93.

¹⁸³ A Magyar Népköztársaság Polgári Törvénykönyve – Az 1959. évi IV. törvény és a törvény javaslatának miniszteri indokolása. Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1963, 293.

¹⁸⁴ *Harmathy*: i.m. 463.

¹⁸⁵ *Zoltán*: i.m. 1292.

¹⁸⁶ *Leszkoven*: i.m. 32.

¹⁸⁷ *Zoltán*: i.m. 1297.

A Ptk. 275. §-a a b) és c) pontokra nézve tartalmaz speciális szabályozást. A kezesek ilyen esetben – kétség esetén – egyetemlegesen felelnek. Ez azt jelenti, hogy a jogosult bármelyik kezestől követelheti a teljesítést, vagy pedig egyidejűleg fordulhat valamennyiük ellen. Az egyetemlegesség azonban csak kétség esetén áll fenn. Ha azonban fennáll és az egyetemleges kezestársak egyike az egész tartozást kifizette, akkor őt a többiek ellen arányos kielégítési jog illeti meg.

A Ptk. 275. §-ban foglalt szabály sortartó, illetve készfizető kezesség esetén egyaránt alkalmazható. Ez azt jelenti, hogy a készfizető kezesek egymás közötti viszonyában az egyetemlegesség és az ahhoz kapcsolódó elszámolási szabály nem automatikusan érvényesül, hanem csak akkor, ha a készfizető kezesek ugyanazért a követelésért egyidejűleg vagy egymásra tekintettel vállaltak közösen kezességet. Más vélemény szerint azonban a készfizető kezesek felelőssége minden esetben egyetemleges, vagyis abban az esetben is, ha nem egyidejűleg vagy egymásra tekintettel vállaltak kezességet.¹⁸⁸

Amennyiben a kezesek ugyanazért a követeléséért egyidejűleg vagy egymásra tekintettel közösen vállaltak helytállási kötelezettséget, akkor egymás közti viszonyukban a Ptk. 338. § (1) bekezdése szerinti elszámolási elv az irányadó.

Ezzel kapcsolatban akkor merülhet fel probléma, ha az egymásra tekintettel történő kezességvállalás nem bizonyítható. Későbbi időpontban, alapvetően eltérő feltételekkel létrejött külön kezesi szerződések esetén a kezesek közötti szándékegység nem állapítható meg. Ebben az esetben a kezesek egymás közötti belső viszonyában a Ptk. 338. § (1) bekezdése nem kerülhet alkalmazásra, ehelyett a kezesi jogviszonyra vonatkozó speciális rendelkezést, a Ptk. 276. § (1) bekezdését kell alkalmazni.

Eszerint az egyetemlegesség nem alkalmazható, ha a kezesek valamelyike nem közös szándékegységben, vagyis nem egyidejűleg és nem egymásra tekintettel vállalt kezességet, hanem későbbi időpontban, eltérő feltételekkel, külön köt kezesi szerződést. Ilyen esetben, ha a kezes a hitelezőt kielégíti, a követelés az azt biztosító és a kezességvállalást megelőzően keletkezett jogokkal együtt – teljes terjedelmében – reá száll át (IH 2009/3/118.). Ugyanezt mondta ki a Pécsi Ítéltábla a BDT 2010/1/3. jogesetben. Ennek megfelelően, ha a kezességet nem egyidejűleg, vagy egymásra tekintettel vállalták, egyetemlegességről nem lehet szó, így a kezesek egymás közötti viszonyában sem az egyetemleges kötelezettek belső jogviszonyára irányadó elszámolási elvet kell alkalmazni, hanem a Ptk. 276. § (1) bekezdése értelmében a főadós helyett teljesítő kezes a jogosultnak megfizetett teljes

¹⁸⁸ Salamonné: i.m. 185. illetve 188.

követelését igényelheti a többi kezestől. Ez azt jelenti, hogy a Ptk. 338. § (1) bekezdésében foglalt, illetve a Ptk. 276. § (1) bekezdése szerinti elszámolási rend együttesen nem alkalmazható.

Ennek megfelelően a jogosult egyetemlegesség hiányában a kötelezettségvállalás sorrendjében követelhet teljesítést a kezesektől. Amennyiben a kezesek egyetemleges felelőssége nem áll fenn, a fizető kezesre a hitelezőnek csak az előző kezesekkel szembeni jogai szállnak át, a Ptk. 276. § (1) bekezdése szerint. Ebből az következik, hogy a kezestársak belső viszonyában a kötelezettség egyedül azt terheli, aki a kezességet korábban vállalta.¹⁸⁹

2. 6. Kezesség és zálogjog együttes fennállása

Előfordulhat, hogy ugyanazt a követelést kezesség és zálogjog együttesen biztosítja. Ezen belül két esetcsoport különböztethető meg egymástól.

Az egyik esetben a zálogjogot a főkötelezettől eltérő személy alapítja. Ez azt jelenti, hogy a főkötelezett személyes adós lesz, a zálogjogot alapító harmadik személy pedig dologi kötelezett. Ehhez járul a kezességvállalás, vagyis az ügyletek a hitelezőn és a főkötelezeten (személyi adós) kívül érintik még a dologi kötelezettet és a kezest is.

Zálogjog és kezesség együttes fennállása esetén is érvényesül az az alapelv, hogy a hitelező szabadon dönthet a kötelezettek igénybevételének sorrendjéről, vagyis a kezes nem hivatkozhat arra, hogy a zálogjogosult hitelezőnek először a zálogkötelezettől kellett volna megkísérelni behajtani a követelést (BDT 2010/1/3.). Ez azt jelenti, hogy ilyen esetben a zálogjogosult hitelező maga dönti el, hogy a követelést az egyenes adóssal, a készfizető kezesrel, vagy pedig a dologi kötelezettel szemben érvényesíti. A hitelező nem köteles érvényesíteni a zálogjogát sem a személyes adós, sem a készfizető kezes mentesülése érdekében. A bírói gyakorlat szerint ez a megállapítás irányadó abban az esetben is, ha a hitelező követelését a kezességvállalás mellett vételi jog kikötése is biztosítja. Ilyen irányú szerződéses megállapodás hiányában ekkor sem köteles a hitelező először a vételi jogát gyakorolni, kötelező sorrendiséget ugyanis jogszabály nem ír elő (IH 2007/3/113.).

A felek a kezességi szerződésben azonban megállapodhatnak abban, hogy a hitelező először a zálogjogát érvényesíti, vagyis, hogy a főadós nem-teljesítése esetén először a zálogtárgyból kísérel meg követelését kielégíteni, és csak ennek sikertelensége után fordul a kezes ellen. Ilyen sortartási kötelezettséget kimondó szerződéses megállapodás hiányában azonban a hitelező jogosult dönteni arról, hogy milyen sorrendben érvényesíti a követelését. Nincs tehát olyan jogszabályi előírás, amelynek

¹⁸⁹ *Salamonné*: i.m. 185.

alapján ilyen esetben a hitelezőnek először a zálogtárgyból kellene kielégítést keresnie, illetve, hogy a zálogjogáról ilyenkor nem mondhat le a kezes elleni igényérvényesítés előtt.

Az EBH 2000/2/327. számú elvi döntésében a Legfelsőbb Bíróság azt mondta ki, hogy a zálogjog a hitelező részére biztosít fedezetet a követelése visszafizetésére, nem pedig a kezesnek nyújt valamiféle „garanciát”. Ha ilyen esetben a hitelező a jelzálogjogot törölteti a kölcsön összegének visszafizetése előtt, akkor ez kizárólag az ő kockázata, de ezzel nem veszti el azt a jogát, hogy a kölcsönszerződés alapján a főadóssal, illetve kezessel szemben érvényesítse a követelését.

A hatályos Ptk. az egyidejűleg vállalt kezesség és zálogkötelezettség között nem állít fel vélelmet az egyetemlegesség mellett. Ehhez képest az új Ptk. Szakértői Javaslat¹⁹⁰ szerint (5:400. §) a fenti esetben a kezes és a zálogkötelezett (dologi kötelezett) egyetemlegesen felelnének, egymás közötti viszonyukban pedig kockázatvállalásuk arányában lennének kötelesek helytállni. A dologi kötelezett kockázatvállalásának mértékét a zálogtárgy értéke határozná meg. Ebből a szempontból figyelemre méltó *Szladits Károly* korabeli javaslata, mely szerint a zálogkötelezett és a kezes közötti viszonyra az egyetemleges jelzálogjog szabályát kellene alkalmazni.¹⁹¹

A másik lehetőség, hogy a zálogjogot a főadós létesíti és a kezes emellett vállal helytállási kötelezettséget (IH 2009/3/117.). A Szakértői Javaslat 5:394. § (3) bekezdése szerint a kezes ilyen esetben megtagadhatná a teljesítést, amíg a jogosult nem igazolja, hogy a zálogjog érvényesítése során a követelés nem nyert kielégítést. A hitelezőnek tehát ebben az esetben először a zálogjogot kellene megpróbálni érvényesíteni és csak ennek sikertelensége után fordulhatna a kezes ellen. Ki kell azonban emelni, hogy ez a kedvezmény nem vonatkozna arra az előző esetre, amikor a zálogjogot nem a főkötelezett, hanem egy harmadik személy alapítja. Ekkor ugyanis a kezes és a dologi kötelezett egyetemlegesen felelnének a követelés teljesítéséért.

Akár a főadós alapította a kezességgel együtt fennálló zálogjogot, akár a főadóstól különböző személy, a kezes teljesítése következtében a többszörösen is biztosított követelés nem szűnik meg, hanem a Ptk. 276. § (1) bekezdése alapján az azt biztosító - és a kezességvállalást megelőzően keletkezett - jogokkal együtt a kezesre száll. Ez vonatkozik a kezességvállalás előtt keletkezett zálogjogra is, az említett időbeli korlátra való tekintettel.

A jogosultnak teljesítő kezesre átszálló zálogjog nem új zálogjog, csupán a zálogjogosult személyében következik be változás. Hatályos jogunk szerint a jogosultat kielégítő kezes a jelzálogjogot a törvény rendelkezése alapján, ingatlan-nyilvántartáson kívül szerzi meg. Ilyenkor a zálogjog eredeti ranghelyét megtartva száll át a kezesre. Az ingatlant terhelő jelzálogjog átszállásának tehát ebben az

¹⁹⁰ *Vékás Lajos* (szerk.): Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez. Budapest, Complex Kiadó, 2008, 1281.

¹⁹¹ *Szladits Károly*: Jelzálogjog és kezesség. Jogtudományi Közlöny, 1927/24. sz., 218.

esetben az ingatlan-nyilvántartásba való bejegyzés nem feltétele, az eredeti jogosultat kielégítő kezes - hasonlóan a Ptk. 259. § (2) bekezdésében írt harmadik személyhez - a jelzálogjogot a törvény rendelkezése alapján, ingatlan-nyilvántartáson kívül szerzi meg. Az új zálogjogosult természetesen követelheti a jelzálogjognak a javára való ingatlan-nyilvántartási bejegyzését, ez a bejegyzés azonban csupán deklaratív hatályú. Ebből pedig az is következik, hogy a zálogkötelezett ellen indított felszámolási eljárásban a hitelezői igényt bejelentő kezes követelése zálogjoggal biztosított követelésnek minősül, azt a felszámolónak ilyen igényként kell nyilvántartásba vennie és kielégíteni (BDT 2006/9/139.).¹⁹²

Más a helyzet azonban, ha a jogosultat a zálogkötelezett elégíti ki. Ha a zálogkötelezett egyben a személyes adós is, akkor a teljesítés által a követelés megszűnik, tehát a továbbiakban a kezest sem terheli helytállási kötelezettség. Amennyiben azonban a zálogkötelezett csak dologi kötelezett, de nem személyes adós, akkor a Ptk. 259. § (1) bekezdése szerint teljesítése esetén a zálogjog megszűnik, a követelés pedig egyéb biztosítékaival (pl. kezesség) együtt a kielégítés erejéig a zálogkötelezett tulajdonosra száll át. A zálogjog megszűnésére azért kerül sor, mert hatályos jogunk a tulajdonosi zálogjogot nem, csupán annak egy nagyon sajátos formáját ismeri el. Ennek az a sajátossága, hogy csak a sorrendben hátrább álló zálogjogosultak irányában bír jogi relevanciával, a vagyoni forgalom más résztvevői számára azonban nem létezik.¹⁹³ Ez azonban nem változtat azon, hogy a jogosultat kielégítő dologi kötelezett a követelést és annak a megszűnő zálogjogon kívüli egyéb biztosítékait – így a kezességet is – megszerzi. Ez azt jelenti, hogy a megtérítési igény a különböző mellékkötelezetteket egymással szemben is megilleti. A következő pontban vizsgáljuk meg azt részletesebben, hogy a megtérítési igény biztosítékaira vonatkozóan milyen eltérés mutatható ki a zálogjogi, illetve a kezességi szabályok között.

Amennyiben a zálogkötelezett és a kezes egy időben, egymásról tudva, egymásra tekintettel kötelezték el magukat, akkor a Ptk. 253. § (2) bekezdése, valamint 275. §-a alapján felmerülhet, hogy egyetemlegesen felelnek. A fentiek alapján azonban egyértelmű, hogy hatályos jogunk nem állít fel vélelmet az egyetemlegességre az egyidejűleg vállalt kezesség és zálogkötelezettség esetére. Egyetemlegesség csak akkor állapítható meg, ha ez a szándékuk a szerződésből kitűnik. Ha a szándékegység nem bizonyítható, a kezes és a zálogkötelezett között egyetemleges kötelezettséget nem lehet megállapítani (BH 1998/4/172.).

¹⁹² Erről ld.: *Bodzási Balázs*: A zálogjog néhány alapkérdéséről. *Themis – az ELTE Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola elektronikus folyóirata*. Szerk.: *Fazekas Marianna*, 2011. július, 33-35.

¹⁹³ *Nemes András*: A zálogjog lényege, keletkezése, érvényesítése, megszűnése, az értékesítés. in: *Anka Tibor/Gárdos István/Nemes András*: A zálogjog kézikönyve. HVG-ORAC, Budapest, 2003, 31.

III. A kezességi szerződés megszűnéséhez kapcsolódó kérdések¹⁹⁴

3. 1. A teljesítő kezest megillető megtérítési igény biztosítása

A kezességi szerződés alapján a kezesnek kell teljesítenie, ha a főkötelezett az alapügyletet nem teljesítette. A járulékoság elvéből következik, hogy ha a kezes a jogosult követelését kielégíti, a követelés az azt biztosító jogokkal együtt a kezesre száll. Ez azt is jelenti, hogy a kezes teljesítésével a követelés nem szűnik meg.

A megtérítési igény azt jelenti, hogy ha a kezes a jogosultat kielégíti, rá száll a követelés, a követelést biztosító és a kezességvállalást megelőzően keletkezett jogok, valamint a végrehajtási jog is. Ezek a jogok a megtérítési igény erejéig szállnak át a főkötelezett helyett teljesítő kezesre. A teljesítő kezes a reá átszálló jogokat azonban nem érvényesítheti a későbbi biztosítékot nyújtókkal (kezesekkel, zálogkötelezettekkel) szemben. A kezességvállalás után kötött jelzálogszerződés tehát a kezes kielégítését nem biztosítja (BH 1998/4/172.).

Részben ehhez az időbeli korláthoz kapcsolódóan merült fel annak az igénye, hogy a kezes számára törvényi szinten kellene azt a lehetőséget biztosítani, hogy ha megtérítési igényének érvényesítése veszélybe kerül, elállhasson a kezességi szerződéstől.¹⁹⁵

Érdemes azonban arra is utalni, hogy a kezes nemcsak a törvényi engedményként rá átszállt jog – a megtérítési igény – alapján léphet fel a főkötelezettel szemben, hanem abból a jogviszonyból (fedezeti viszony) származó jog alapján is, amely közte és az adós között keletkezett.¹⁹⁶ Kétszeres teljesítésre természetesen nincs lehetőség, így a kezesnek el kell döntenie, hogy a két igény közül melyiket érvényesíti. Ebből a szempontból a törvényi engedményként rá átszálló megtérítési igény kedvezőbb, mert azt maga a Ptk. látja el biztosítékokkal, a megtérítési igény ugyanis az esetleges biztosítékokkal együtt száll át a kezesre.

A kezest megillető megtérítési igényt már a 19. századi magánjogunk is elismerte, majd a bírói gyakorlat analógia útján ezt kiterjesztette a hitelezőt kielégítő dologi kötelezetre is. A jelzálogjogról szóló 1927. évi XXXV. törvény 9. § (1) bekezdése alapján a jelzálogos hitelezőt kielégítő dologi kötelezett jogi helyzetére a kezesre irányadó szabályokat kellett alkalmazni.

¹⁹⁴ A kezesség megszűnéséhez kapcsolódóan az elévülésre terjedelmi okok miatt külön nem térünk ki. Az elévüléssel kapcsolatban azonban utalni kell az 1/2007. Polgári Jogegységi Határozatra, amelynek 3. pontja értelmében az elévülést a főkötelezettel szemben megszakító jogcselekmények nem szakítják meg az elévülést a mögöttesen felelős személlyel szemben.

¹⁹⁵ *Gulyásné*: i.m. 170.

¹⁹⁶ *Salamonné*: i.m. 181.

Ha a hitelezőnek teljesítő készfizető kezes érvényesíti a teljesítés folytán a Ptk. 276. § (1) bekezdése folytán rá átszállt zálogjogát, a kielégítési joga a jelzálogjog átszállásával nyílik meg, ez egyben a dologi kötelezett tūrési kötelezettségének kezdő időpontja is. A jelzálogjog átszállásának időpontja a kezes teljesítésének időpontja. Ha a kezes teljesített a főadós helyett, a követelés a teljesítése (tőke és kamat) erejéig száll át rá, ezt követően megtérítési igénye nem a hitelszerződésben meghatározott, hanem a törvényi előírás mértéke szerint kamatozik (BDT 2009/11/195.).

Bonyolultabb a helyzet, ha a kezes a főadós követelésének csak egy részét egyenlíti ki. A Ptk. 276. § (1) bekezdésében foglalt törvényi engedmény ebben az esetben is bekövetkezik, a kezes azonban a követelésnek és az azt biztosító mellékjogoknak csak azt a részét szerzi meg, amennyit ő maga a hitelezőnek már teljesített. Ez jelzálogjog esetében azt jelenti, hogy az egyszerre szolgálja az eredeti jogosult és a fizető kezes igényét. Kérdés lehet azonban a rangsor. Az ingatlan-nyilvántartásról szóló 1997. évi CXLI. törvény végrehajtásáról szóló 109/1999. (XII. 29.) FVM rendelet (Inyvhr.) 90. §-a szerint az eredeti jogosultat megillető részjelzálogjog rangsorban megelőzi a törvényi engedmény folytán a kezesre szálló részjelzálogjogot.

További problémát jelenthet, ha a jogosult követelését több jelzálogjog is biztosítja, vagyis egyetemleges zálogjogról van szó. Ilyenkor kérdéses lehet, hogy milyen módon és arányban történik meg a jelzálogjogot átszállása, illetve megosztása. Ilyenkor a kezes a részleges teljesítéssel valamennyi zálogtárgy felett részjelzálogjogot szerez, melyet azonban a hitelező részjelzálogjoga a rangsorban megelőz.

Arra már az előző pontban is kitértünk, hogy a fizető kezes megillető megtérítési igény több szempontból is hasonlóságot mutat a jogosultat kielégítő nem személyes adós zálogkötelezett megillető megtérítési igénnyel. Még szembetűnőbb a hasonlóság azonban azzal az esetkörrel, amikor a jogosultat sem nem a személyes adós, sem nem a dologi zálogkötelezett, hanem egy rajtuk kívül álló harmadik személy elégíti ki. Ezt az esetkört a Ptk. 259. § (2) bekezdése szabályozza. Ennek alapján a zálogjog a követelés, illetőleg a megtérítési igény erejéig a kielégítő harmadik személyre száll át. Ez a személy követelheti a zálogtárgy átadását, illetőleg a zálogjognak a javára való bejegyzéséhez szükséges nyilatkozat kiadását. Ennek jogalapját a Ptk. 286. §-a jelenti, amelynek (2) bekezdése azt is kimondja, hogy a követelés biztosítékai ilyenkor fennmaradnak, amennyiben a követelés a teljesítő harmadik személyre átszáll, vagy e harmadik személy a kötelezettől megtérítést igényelhet.

A hasonlóságok ellenére a fizető kezes, a jogosultat kielégítő dologi zálogkötelezett, illetve harmadik személy jogi helyzete között lényeges eltérések mutatkoznak. Az eltérések közül a legfontosabb, hogy a Ptk. 276. § (1) bekezdése szerint a főkötelezett helyett teljesítő kezes csak a kezességvállalást megelőzően keletkezett biztosítékokat szerzi meg, a jogosultat kielégítő

zálogkötelezettre, illetve harmadik személyre azonban valamennyi biztosíték átszáll. A Ptk. 259. § (1) bekezdése alapján a jogosultat kielégítő zálogkötelezett megszerzi az ugyanazon követelést biztosító kezességből eredő jogokat, függetlenül attól, hogy a kezesség létrejötte megelőzte-e a zálogjog keletkezését. Nem tartalmaz időbeli korlátot a Ptk. 259. § (2) bekezdése sem. Ilyen korlátozást csak a Ptk. 276. § (1) bekezdése mond ki a fizető kezesre nézve.

Különösen a Ptk. 259. § (2) bekezdése és 276. § (1) bekezdése közötti eltérés nehezen érthető, hiszen a jogosultat kielégítő harmadik személy természetesen lehet a kezes is. A fizető kezesre azonban a Ptk. 276. § (1) bekezdése speciális szabályt állapít meg.

A jogosultat kielégítő zálogkötelezett jogi helyzetét szabályozó Ptk. 259. § (1) bekezdése és a fizető kezesre irányadó Ptk. 276. § (1) bekezdéséhez kapcsolódóan merült fel a jogirodalomban az a kérdés, hogy szándékos jogalkotói akarat, vagy csak tévedés az oka a két törvényi rendelkezés közötti különbségtételnek?

A jogirodalomban megjelent vélemény szerint a törvényhely helyes értelmezése az, hogy a zálogkötelezett – teljesítése esetén – csak a zálogjogot megelőzően keletkezett biztosítékokat szereznék meg, ugyanúgy, mint a fizető kezes.¹⁹⁷ Ennek megfelelően a zálogkötelezett csak akkor léphet fel a kezessel szemben, ha a zálogjog a kezességvállalás után keletkezett. Ekkor ugyanis a zálogkötelezett abban a tudatban ajánlotta fel a tulajdonában lévő vagyontárgyat elzálogosításra, hogy olyan követelés kielégítését kell tűrnie, amely már más módon is biztosítva van. Ilyenkor a kezes helyzete sem súlyosbodik. Ez azonban már nem lenne elmondható abban az esetben, ha a zálogszerződés korábbi, mint a kezességi szerződés. Ez a megoldás emellett összhangban van a Ptk. 276. § (1) bekezdésével is, amely szerint a kezesre csak a kezességvállalás előtt keletkezett biztosítékok szállnak át.¹⁹⁸

Ennek alapján azt mondhatjuk, hogy az időbeliségnek a zálogkötelezett és a kezes egymás közötti viszonyában a megtérítési igény szempontjából meghatározó jelentősége van. Az a mellékkötelezett ugyanis, aki időben a másikat megelőzően vállalt helytállási kötelezettséget, nem fordulhat a későbbi mellékkötelezett ellen. Ettől azonban a felek eltérhetnek. *Csehi Zoltán* azonban felhívja a figyelmet arra, hogy ezt a szabályt áttöri a főkötelezett által adott dologi biztosíték, amelynél nem vizsgálendő, hogy a többi kötelezettet megelőzően vagy őket követően történt a biztosíték alapítása.¹⁹⁹

3. 2. A kezes szabadulása

¹⁹⁷ *Salamonné*: i.m. 186.

¹⁹⁸ *Salamonné*: i.m. 151.

¹⁹⁹ *Csehi Zoltán*: *Diké kísértése. Magánjogi és kultúrtörténeti tanulmányok*. Budapest, Gondolat Kiadó, 2005, 188.

Ha a jogosult lemond a követelést biztosító valamely jogáról, a kezes szabadul annyiban, amennyiben a követelés átszállása következtében a követelést biztosító jog alapján kielégítést kaphatott volna. A kezes szabadul akkor is, ha a követelés a jogosult hibájából a kötelezettel szemben behajthatatlanná vált.

A kezes szabadulásának a hatályos jog által elismert két esete nem tekinthető megszűnési okoknak. A Ptk. 276. § (2) bekezdésében foglalt rendelkezések háttérben az áll, hogy a kezesnek törvényes érdeke fűződik ahhoz, hogy abban az esetben, ha a főkötelezett helyett teljesít, a főadóssal szemben törvényi engedményen alapuló megtérítési igényét sikerrel érvényesíthesse. Ebből következik, hogy a mentesülés csak akkor állhat be, ha a kezesnek van megtérítési igénye a főkötelezettel szemben. Előfordulhat ugyanis, hogy a kezes és a főkötelezettel között fennálló fedezeti viszonyból az következik, hogy a kezes nem illeti meg a főadóssal szembeni igényérvényesítés joga. Erről ugyanis a kezes le is mondhat. Ilyen esetben a kezes helytállási kötelezettsége nem függhet a nem létező megtérítési igénytől.²⁰⁰

A Ptk. 276. § (2) bekezdése kompenzációs jellegű szabály, amely szoros kapcsolatban áll a jogosultat a kezességi szerződés alapján terhelő óvó- és védőkötelezettségekkel. Ez a szakasz a nem jogszerűen eljáró, vagy mulasztó hitelezővel szemben mentesíti a kezeset annyiban, amennyiben a kezes megtérítési igénye lehetetlenné vált. A hitelező csekély súlyú mulasztása vagy biztosítékról való lemondása azonban nem eredményezheti a kezes mentesülését. Ezzel kapcsolatban *Leszkoven László* arra utal, hogy a kezes szabadulásának kérdését eldöntő perek bizonyos szempontból a kártérítési perekhez hasonlíthatnak, amely összefügg azzal, hogy a Ptk. 276. § (2) bekezdése egyfajta előzetes kompenzációt tesz lehetővé.²⁰¹

Amennyiben a Ptk. 276. § (2) bekezdésében foglalt feltételek fennállnak és erről a kezes tudomással bír, a kezes a teljesítést a jogosulttal szemben megtagadhatja. Ha a kezes csak utóbb szerez tudomást ezeknek a feltételeknek, vagy azok egyikének a teljesüléséről, és a jogosultnak már teljesített, akkor kártérítési igényt érvényesíthet a jogosulttal szemben. Mivel a jogosult a kezesi szerződésből származó kötelezettségeit sértette meg ebben az esetben, ezért a kezes szerződésszegéssel okozott kár címén érvényesíthet vele szemben igényt. Kérdés, hogy a kezes ilyen esetben a jogalap nélküli gazdagodás szabályai szerint visszakövetelheti-e a hitelezőtől az általa kifizetett összeget? A köztük fennálló szerződéses jogviszony alapján a jogalap nélküli gazdagodás szabályainak alkalmazhatósága kérdéses, de van olyan nézet, amely elismeri ezt.²⁰²

²⁰⁰ *Leszkoven*: i.m. 130.

²⁰¹ *Leszkoven*: i.m. 131.

²⁰² *Leszkoven*: i.m. 131.

A Ptk. 276. § (2) bekezdése diszpozitív szabály, vagyis attól a felek a kezességi szerződésben eltérhetnek. Nincs tehát akadálya annak, hogy a felek úgy állapodjanak meg, hogy a kezes helytállási kötelezettsége akkor is fennmarad, ha a jogosult lemond valamely, a kezesre egyébként átszálló biztosítékról. Ilyen esetben a kezes a mentesülésre nem hivatkozhat (BDT 2007/1604.). Az más kérdés, hogy a kezességi szerződés ilyen tartalmú joglemondó klauzulása érvényességi szempontból külön vizsgálendő. Különösen általános szerződési feltételbe foglalt ilyen tartalmú kikötés lehet aggályos.

Ha a hitelező a hitelszerződés megkötésekor nem győződött meg a biztosíték tényleges meglétéről, valós értékéről és érvényesíthetőségéről, vagyis a biztosíték ténylegesen nem is létezik, akkor a kezes jogosan hivatkozhat a Ptk. 276. § (2) bekezdés első fordulatra (BH 2007/317.). Ez azt jelenti, hogy a kezes nemcsak akkor szabadul, ha a hitelező meglévő biztosítékról mondott le, hanem akkor is, ha a biztosítéknyújtás során nem járt el körültekintően.

A biztosítékokról a hitelező természetesen csak a kezes teljesítésének időpontjáig rendelkezhet, hiszen ebben az időpontban a biztosítékok a törvény alapján a kezesre szállnak át, vagyis felettük a hitelező többé nem tud rendelkezni. Ez jelzálogjog esetében ingatlan-nyilvántartási bejegyzés nélkül is igaz.

Sajátos esetkör, ha a hitelező a követelését biztosító zálogtárgyról úgy mond le, hogy egyúttal egy újabb zálogtárgy felett létesítenek a felek zálogjogot, amely ugyanazt a követelést biztosítja. Ilyen esetben a kezes mentesül, hiszen az új zálogjog a kezességvállalás után keletkezik, amely a kezesre – teljesítése esetén - nem száll át. Így bár a hitelező biztosítékai fennmaradnak, a kezesre utóbb átszálló biztosíték mégis megszűnt.

A kezes szabadulására csak akkor kerülhet sor, ha a jogosultat terhelő behajtási gondosság elmulasztása és a kezes igényérvényesítési lehetőségének az elnehezülése, lehetetlenné válása között összefüggés áll fenn. Ennek vizsgálata során vissza kell utalni a kezességi szerződés alapján a jogosultat terhelő óvó- és védőkötelezettségekre. Ezeket ugyan a kezes közvetlenül nem tudja kikényszeríteni, de a kezes szabadulása elkerülése érdekében a jogosultat ezek alapján tevőleges, pozitív kötelezettség is terheli. Különösen akkor állapítható ugyanis meg, hogy a követelés a jogosult hibájából vált behajthatatlanná, ha a jogosult indokolatlanul késlekedett a behajtással, vagy esetleg a főkötelezettnek a kezes hozzájárulása nélkül haladékot adott a teljesítésre. A jogosult tehát tevőlegesen is köteles a kezes megtérítési igényének, valamint az azt biztosító jogoknak a megóvására. Ha ezt elmulasztja, akkor az őt terhelő behajtási gondosság elmulasztása és a kezes igényérvényesítésének az elnehezülése, megszűnése közötti összefüggés egyértelműen kimutatható.

Kérdés, hogy készfizető kezes hivatkozhat-e a Ptk. 276. § (2) bekezdésében foglalt kifogásra, vagy az csak a sortartó kezest illeti meg. Ebben a kérdésben a jogirodalom nem egységes. Ha abból indulunk ki, hogy a kezest megillető, törvényi engedményen alapuló megtérítési igény nem attól függ, hogy a kezes milyen formában vállalta a helytállási kötelezettséget, illetve, hogy a kezes minden esetben mást terhelő szolgáltatás teljesítését vállalja, akkor a kezes szabadulását kimondó szabályoknak készfizető kezesség esetében történő alkalmazhatóságát el kell ismerni. A Ptk. szabályaiból egyébként sem következik ezzel ellentétes rendelkezés.

Ki kell emelni azonban, hogy a Ptk. 276. § (2) bekezdésének alkalmazása során figyelembe kell venni a Ptk. 276. § (1) bekezdésében foglalt rendelkezést is. Eszerint ugyanis a kezesre csakis a kezességvállalást megelőzően keletkezett jogok szállnak át. Ennek alapján, ha a jogosult egy olyan biztosítékról mond le, amely a kezességvállalás után keletkezett, és amely ennek megfelelően teljesítés esetén nem szállna át a kezesre, a kezes a Ptk. 276. § (2) bekezdésére hivatkozással nem szabadulhat a felelősség alól. Ennek megfelelően, ha a hitelező egy másik kezest kienged a kötelemből, vizsgálni kell, hogy az érintett kezes kezességvállalása mikor keletkezett. Minden olyan további kezes hivatkozhat a Ptk. 276. § (2) bekezdésére, aki a mentesített kezes után vállalt kezességet a főkötelezett tartozásának teljesítéséért. Feltétel tehát, hogy ne egyidőben történjenek a kezességvállalások.

Sajátos helyzetben vannak az egy időben, egyetemlegesen helytállási kötelezettséget vállaló kezesek. Ilyenkor ugyanis egyik kezességvállalás sem előzi meg időben a többit. Ez azt jelenti, hogy a Ptk. 276. § (1) bekezdése alapján – más, a kezességvállalás előtt keletkezett biztosíték hiányában – az egyidőben helytállási kötelezettséget vállaló kezeseknek nem a kezességi szabályok, hanem az egyetemleges kötelezettségről szóló rendelkezések szerint keletkezik egymással szemben megtérítési igényük. A Ptk. 338. § (1) bekezdésének második mondata szerint, ha valamely társkötelezett a jogosultnak a kötelezettségét meghaladó szolgáltatást teljesített, a többi társkötelezettel szemben – a követelésnek őket meghaladó része erejéig – megtérítési követelése támad. A (3) bekezdés szerint a jogosultnak teljesítő kötelezettre a jogosultat megillető és a többiek teljesítésének biztosítására szolgáló jogok átszállnak, amennyiben a többi kötelezettől megtérítést követelhet. Ha azonban ilyen biztosítékok (pl. zálogjog) nincs, akkor a Ptk. 276. § (2) bekezdése nem nyerhet alkalmazást. Az ugyanis, hogy a többi kötelezett is kezességet vállalt, ebből a szempontból nem tekinthető többletbiztosítéknak, hiszen a teljesítő kötelezett enélkül is, a Ptk. 338. § (1) bekezdése alapján a többi társkötelezett ellen fordulhat. Számára a többiek kezességvállalása nem jelent többletbiztosítékot. Az más kérdés, hogyha a hitelező egy egyetemleges kezestársat enged ki a kötelemből, akkor eggyel csökken azoknak a száma, akiktől a teljesítő kezestárs megtérítést követelhet.

Már történt arra utalás, hogy a Ptk. 338. §-a és 276. §-a egyidejűleg nem nyerhet alkalmazást. Az IH 2009/3/118. jogesetben a Szegedi Ítéltábla úgy foglalt állást, hogy a Ptk. 338. §-a az általános, a Ptk. 276. §-a a kezességre vonatkozó speciális rendelkezés. Ez azt jelenti, hogy ha a kezesek belső viszonyában nincs egyetemlegesség, akkor nem a Ptk. 338. §-a, hanem a 276. § az irányadó. Ugyanezt mondta ki a BDT 2010/1/3. jogesetben a Pécsi Ítéltábla is. Ennek megfelelően, ha a kezesek kötelezettsége nem egyetemleges, akkor egymás közötti viszonyukban nem az egyetemleges kötelezettek belső jogviszonyára irányadó elszámolási elvet kell alkalmazni, hanem a Ptk. 276. §-át. A két szakasz együttes alkalmazásra kizárt. Ebből pedig az következik, hogy ha a kezesek egyetemleges kötelezettek és egymás közötti viszonyukra a Ptk. 338. §-át kell alkalmazni, akkor a Ptk. 276. § (2) bekezdése sem kerülhet alkalmazásra, és erre hivatkozva az egyetemleges kötelezett kezestársak nem mentesülhetnek a jogosulttal szemben. Ez magyarázható egyébként azzal is, hogy egyetemlegesség esetén a jogosult nem a kötelezettségvállalás sorrendjében követelhet teljesítést a kezesektől, hiszen a kezességvállalásra egyidőben került sor. Ezért logikailag is kizárt, hogy a fizető kezesre a hitelezőt a korábban kötelezettséget vállalt kezesrel szembeni jogai átszálljanak a Ptk. 276. § (1) bekezdése szerint. Ezzel egyébként párhuzamba állítható az is, hogy az egyetemleges kezestársakat a sortartás kifogása sem illeti meg.

Jelen tanulmány a VERSENYKÉPESSÉG KUTATÁS MŰHELYTANULMÁNYSOROZAT kötetét képezi.

BCE Versenyképesség Kutató Központ

Kiadásért felelős: Chikán Attila igazgató

ISSN 1787-6915