

Özel Hukuk

**ALMAN HUKUKUNDA GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ
VE ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARI*
(BGH, Az. IV ZR 422/12 v. 26.3.2014) İŞİĞİNDA ŞEFFAFLIK İLKESİNİN
SİĞORTA SÖZLEŞMELERİNDEKİ SINIRLARI**

Cannur ÇITAKLAYIM**

ÖZET

Çalışmamızda sigorta komisyoncusunun somut olaya uygun araştırma ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek mesleki sorumluluk sigortası sözleşmelerinde kullanılacak genel sigorta koşullarının, sigortalının mesleki rizikolarına uygun seçilmemesinden doğan sorumluluğuna ilişkin BGH kararı incelenmiştir. Bu bağlamda sözleşmede kullanılan ve sigortacının edimini belirleyen “sigortalanan olay” ve bununla bağlantılı olarak “zarara yol açan olay” tanımlarını içeren genel sigorta koşulunun, ilk bakışta net olmasından kaynaklanan içerik kontrolü ve şeffaflık denetimine tabi olup olmasına ilişkin tartışmalar ele alınmıştır. Söz konusu tartışmaların ve inceleme konumuzu oluşturan BGH kararının daha net ortaya konması açısından ilk bölümde genel işlem koşulları, genel sigorta koşulları ve bu koşulların yorumlanması, denetlenmesi ve şeffaflık kontrolüne tabi tutulmasına ilişkin genel bilgilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Genel sigorta koşulları, sigorta komisyoncusu, mesleki sorumluluk sigortası, sigortalanan olay, zarara neden olan olay, şeffaflık ilkesi, varsayımsal koruma

* 2014-2015 kış s6mestrinde Prof. Dr. Roland Michael Beckmann danışmanlığında sunulan seminer çalışmasının Türkçeleştirilmiş ve genişletilmiş halidir.

** 1416 sayılı Kanun uyarınca resmi burslu statüde Saarland Üniversitesi doktora öğrencisi.

**CONTENT CONTROL OF LIGHT GENERAL TRANSACTION CONDITIONS
IN GERMAN LAW AND IN LIGHT OF THE DECISION OF THE GERMAN
FEDERAL COURT OF JUSTICE (BGH, Az. IV ZR 422/12 v. 26.3.2014)
THE LIMITS OF TRANSPARENCY IN INSURANCE CONTRACTS**

ABSTRACT

The BGH decision based on the liability arising from not selecting the general insurance conditions, which are to be used in professional liability insurances, in compliance with insurance holder's occupational hazards as a result of the insurance agent's not fulfilling the due diligence liability appropriate to the concrete case was examined. Within this context, the content control of the general insurance provision -which includes the definition of "insured case" used in the insurance and which determines the deed of the insurer and, in conjunction with this, the definition of "case leading to loss"- which arises from its non-clarity and the discussions regarding its being or not subject to transparency were discussed. In order to clearly reveal the BGH decision, which constitutes the aforementioned discussions and our subject of study, general information on general transaction conditions; general insurance conditions and their interpretation, inspection, and their being subject to a transparency control was presented.

Keywords: General insurance conditions, insurance agent, professional liability insurance, insured case, case leading to loss, transparency control, hypothetical protection

GİRİŞ

“Sigortalanan olayın (*Versicherungsfall*)” yasal bir tanımı mevcut değildir. Kanun koyucu tarafından bilinçli olarak düzenlenmeyip taraf iradelerine bırakılmıştır. İnceleme konumuz açısından Sorumluluk Sigortası Genel İşlem Koşulları (*Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung, AHB 2008*¹) Nr. 1’de “Sigortanın Konusu, Sigortalanan Olay” başlığı altında bir tanım mevcut olmakla birlikte doktrin ve mahkeme kararlarında içeriği tartışmalıdır ve bundan doğan uyuşmazlıklara farklı şekillerde çözümler getirilmiştir. “Sigortalanan olay”ı tanımlayan genel işlem koşulu, sigorta kapsamında korunan riziko ile sigorta şirketinin edimini belirleyerek söz konusu sigortanın koruma sınırlarını (*Versicherungsschutzrahmen*) çizdiğinden, özellikle genel işlem koşulu kullanıcısı karşısında sözleşmenin zayıf tarafı olan sigortalanan açısından önem taşır.

Sigortanın konusunda belirtilen rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti açısından önem taşıyan, Nr. 1. 1 AHB’de tanımlanan “zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)” kavramının içeriği de net olmayıp, burada zarara neden olan olayın kendisinin mi yoksa zarar neticesinde ortaya çıkan ve devam etmekte olan olayın mı (*Kausal- oder Folgeereignis*) anlaşılması gerektiği doktrinde ve mahkeme içtihatlarında tartışmalıdır. Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof, BGH*) IV. Hukuk Dairesi ise çalışmamıza konu olan kararında bu tür genel işlem koşullarının mahkemece denetlenemeyeceğine hükmetmiştir.

Söz konusu mahkeme kararı, genel sigorta koşullarını içerik denetimi ve şeffaflık kontrolü bakımından değerlendirerek şeffaflık kontrolünün sınırlarını çizdiğinden ayrıca bir öneme sahiptir. Uyuşmazlık konusu olayda bunların yanı sıra atık sular sebebiyle ortaya çıkan maddi zararın sigorta korumasından yararlanıp yararlanamayacağı, sözleşmede kullanılabilir farklı genel sigorta koşulları açısından ele alınmış ve sigortalı açısından en iyi korumayı sağlayacak genel sigorta koşulunun komisyoncusu tarafından araştırılarak sigortalıya sunulmadığına hükmedilmiştir. Federal Mahkeme bu nedenle kararında sigortalananı, sigorta komisyoncusu tarafından sözleşmede kullanılan genel işlem koşulu kapsamının dışında kalan risklere ilişkin aydınlatma yükümlülüğü “sanki ihlal edilmemiş” ve kapsam ve içerik olarak sigortalının kendi risk durumuna uygun sigorta türü kendisine sunulmuş gibi bir hukuki konuma

1 Musterbedingungen des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft.

getirerek sigorta komisyoncusunun sorumluluğuna hükmetmiştir. Sigorta komisyoncusunun bu yükümlülüğünü yerine getirmiş gibi varsayılması Alman doktrininde “*Quasideckung*” (varsayımsal koruma) olarak ifade edilir. Bu korumanın gündeme gelmesi için öncelikle sigorta komisyoncusunun yükümlülüğüne aykırı olarak belirli bir riski göz ardı etmesi ve riskin sigorta kapsamı dışında kalması gerekir.

Çalışmamızda, ilgili BGH kararı ve ağırlıklı olarak şeffaflık kontrolünün sınırları değerlendirilecektir. Kararın daha net anlaşılması açısından çalışma iki bölümde ele alınmıştır. İlk bölümde kavram olarak genel sigorta koşulları ve mahkeme kararının gerekçesinde ele alınan hükümlerden § 305c ile § 307 I 2 BGB'nin uygulama alanlarının belirlenmesi; ikinci bölümde ise 26.3.2014 tarihli BGH kararının ve bu kararın olası etkilerinin açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır.

I. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ VE ŞEFFAFLIK İLKESİ

Alman Hukukunda genel işlem koşulları ilk olarak 1977 yılında mahkeme içtihatları doğrultusunda kaleme alınan “Genel İşlem Koşullarının Düzenlenmesi Hakkında Kanun, *AGBG*”² ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Kanunun § 9 hükmü, içerik kontrolünü düzenlemektedir. 2002 yılındaki Alman Borçlar Hukuku modernizasyonu (*Schuldrechtsmodernisierung*) ile birlikte hüküm aynen BGB içerisine alınmış olmakla birlikte, ilk paragrafa şeffaflık ilkesini açıkça düzenleyen 2. bir tümce eklenmiştir. Aşağıda genel işlem koşulları kavram olarak kısaca ele alındıktan sonra şeffaflık ilkesini düzenleyen ilgili hükmün içeriğine, genel işlem koşullarının içerik denetimi ve yorumlanmasına ilişkin diğer hükümlerle bağlantısına değinilecektir.

A. KAVRAM OLARAK GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE GENEL SİGORTA KOŞULLARI

Kanun koyucu tarafından genel işlem koşulu, önceden hazırlanmış çok sayıdaki benzer sözleşmenin, sözleşmenin bir tarafınca (genel işlem koşulu kullanıcısı) sözleşme kurulması sırasında diğer tarafa sunulması olarak düzenlenmiştir (§ 305 I 1 BGB). Genel işlem koşulu nitelendirmesi, önceden belirlenmiş şekli kriterlere göre yapılmaz (Bkz. § 305 I 2 BGB). Nitelendirmede, önceden hazırlanmış bir koşulun sözleşmenin kurulması sırasında taraf-

2 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9.12.1976, BGBl. I S. 3317. AGBG, 26.11.2001 tarihli kanun (BGBl. I S. 3138) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

lardan birince ileri sürülmesi esastır.³ Sözleşmenin kurulması sırasında genel işlem koşulları taraflar arasında detaylarıyla müzakere edildiyse artık genel işlem koşullundan bahsedilemez (§ 305 I 3 BGB).

Böylece genel işlem koşulları karşımıza çoğunlukla “Genel Sözleşme Koşulları”, “Genel Alışveriş Koşulları” veya “Genel Satım Koşulları” şeklinde çıkar⁴. Bu tür sözleşme koşullarında somut bir meselenin sözleşmenin bir tarafınca önceden matbu şekilde düzenlenmesi esastır⁵. Özel sigorta sözleşmelerinde ise sigortacının genel işlem koşullarının görünümü “genel sigorta koşulları” şeklindedir⁶. Genel sigorta koşulu, “*bir sigorta sözleşmesi için yasal çerçeve düzenlemeyi hazır bulundurur*”⁷. Tarafların edimleri genel sigorta koşulu ile tayin edilir. Genel sigorta koşulları böylece sözleşmenin kurucu unsurlarını, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını içerir⁸. Sigorta sözleşmesi ile sigortacı kural olarak “sigortalanan olay (*Versicherungsfall*)”da belirtilen riziko gerçekleşikten sonra belirli bir para edimini yerine getirme yükümlülüğünü üstlenir. Bu edim, sigortalının ihtiyacı ile örtüşmelidir⁹. Mahkeme içtihatları her ne kadar açıkça, sigortacının ediminin “riski taşımak” (*Gefahrtragung als seine Leistung*) olduğunu dile getirmese de kararlardan, sözleşmenin kurulmasıyla sigortacının bir “*tehrlike*”¹⁰ özellikle “*risk*”¹¹ sorumluluğu üstlendiği sonucuna varılmaktadır¹².

B. GENEL SİGORTA KOŞULLARININ SÖZLEŞMEYE DÂHİL EDİLMESİ

Genel işlem koşullarının, çalışma konumuz açısından spesifik olarak *genel sigorta koşullarının* sözleşmeye dâhil edilmesi üç koşulun varlığını gerektirir¹³.

3 Schmitt&Ulmer (2010) Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verträge für Unternehmen, Berlin Heidelberg, Springer Verlag, s. 4.

4 Schmitt&Ulmer, s. 2.

5 Schmitt&Ulmer, s. 2; Schwab, Martin (2014) AGB-Recht, 2. Auflage, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, Verlag C. F. Müller, s. 14, Nr. 60 vd.

6 Präve, Peter (1998) Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz, München, Verlag C. H. Beck, s. 1; Schaffrin, Daniel (2016) Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Ein Vergleich, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, s. 1.

7 Dreher, Meinrad (1991) Die Versicherung als Rechtsprodukt, Tübingen, Mohr, s. 162.

8 Hofmann, Edgar (1996) Die neuen Kfz-Versicherungsbedingungen nach der Deregulierung, NZF, XXV, s. 12, 13 vd.

9 Ayrıntılı bilgi için bkz. Präve, s. 2 vd.

10 BVerwG VersR 1981, 221, 223.

11 BVerwG VersR 1987, 273, 274.

12 Ayrıntılı bilgi için bkz. Präve, s. 3, Nr. 5.

13 Ayrıntılı bilgi için bkz. Präve, s. 55, Nr. 140 vd; Schaffrin, s. 3 vd.

İlk olarak, sözleşmenin diğer tarafı sözleşmenin kurulması sırasında sözlü olarak veya sözleşmenin kurulma şekli nedeniyle nispeten oranda zorluk oluşturacaksa sözleşmenin kurulma yerine açıkça görülecek şekilde asarak genel işlem koşullarına dikkat çekmelidir (§ 305 II, Nr. 1 BGB).

Genel sigorta koşulu kullanıcısının bu ikazı sözleşme koşulları haricinde ve kural olarak sözlü olmalıdır. Sözlü yapılmasının gerekliliği, sigorta alanında genel sigorta koşullarını bir yere asarak duyurma imkânının bulunmamasından¹⁴. İstisnaen genel sigorta koşullarının asılması ve bu şekilde duyurulması mümkün ise (örneğin bir tiyatrodaki giysi dolaplarının sigortalanması¹⁵), sözleşmenin kurulduğu yere ilgili koşulların asılması da yeterli sayılacaktır¹⁶. Böyle bir durumda genel sigorta koşulu kullanıcısının başkaca bir şey yapmaksızın müşterilere ulaşması mümkün olmalıdır¹⁷.

İkinci olarak genel sigorta koşulları kullanıcısı kendisinden beklenebilecek şekilde, sözleşmenin diğer tarafının dışarıdan anlaşılabilen fiziksel engeli de makul bir şekilde gözeterek, bu koşullardan bilgi edinmesine imkân sunulmalıdır (§ 305 II, Nr. 2 BGB). Genel işlem koşullarından makul bilgi edinmeyi kolaylaştırmak adına, kural olarak sözleşme kurulduktan sonra da genel sigorta koşulları erişilebilir olmalıdır. Bu da sözleşmenin bitimine genel sigorta koşulları eklenerek mümkün kılınabilir¹⁸. Genel sigorta koşulları muhatabının fiziksel engeli gözetilerek bu koşullardan bilgi almasının sağlanması noktasında, genel sigorta koşulu kullanıcısının muhtemel muhatapları görme engelli ise bu koşullardan bilgi almalarını kolaylaştırmak adına söz konusu koşulları içeren sözleşmenin kabartmalı harflerle hazırlanmış olması gereği örnek olarak düşünülebilecektir.

Üçüncü koşul sigortalının, genel sigorta koşulunu kabul ettiğine ilişkin rıza beyanıdır. Bu beyan açık veya zımni olabilir¹⁹. § 309 Nr. 12, b BGB hükmü uyarınca genel sigorta koşulu kullanıcısının sigortalının rıza beyanına dair bir koşulu (*Einverständnisklauseln*) sözleşmeye dâhil etmesi ve diğer sözleşme koşullarıyla aynı şekilde karşı tarafın onayına sunması halinde rıza geçersizdir. Buna karşın rıza beyanı içeren koşul ayrıca imzalanmışsa veya özel bir elektronik imza ile onaylanmışsa § 309 Nr. 12, b BGB hükmü geçerli değildir (§ 309 Nr. 12 b, 2. fıkra BGB).

14 Präve, s. 56, Nr. 150.

15 Präve, s. 56, Nr. 150.

16 Schaffrin, s. 6.

17 Präve, s. 56, Nr. 150.

18 OLG München NJW-RR 1992, s. 350.

19 Stein, Ursula (1991) Kommentierung, Soergel-Stein-BGB, Band 3, 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln, § 2 Nr. 27; Wolf, Manfred (1994) Kommentierung, Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 3. Auflage, München, § 2 Nr. 43.

Genel sigorta/işlem koşullarının sözleşme kapsamına alınmasına ilişkin bu koşullardan kural olarak vazgeçilemez²⁰. Vazgeçme, istisnaen haklı bir durumun varlığı halinde ve taraflar arasında bizzat müzakere edilerek kararlaştırıldıysa geçerli kabul edilebilir. Telefonda kurulan seyahat sigortası sözleşmeleri haklı sebebin varlığına örnektir.²¹

C. ŞEFFAFLIK KONTROLÜ

Çalışma konumuzun ağırlık noktasını oluşturan 26.03.2014 tarihli Alman Federal Mahkemesi kararında²² mesleki sorumluluk sigortası (*Betriebshaftpflichtversicherung*) sözleşmelerinde şeffaflık kontrolünün sınırları değerlendirilmiştir. Bu nedenle karar incelemesine geçmeden önce birbiriyle karıştırılmaya müsait kavramlar olan şeffaflık kontrolü, *genel işlem koşullarının yorumlanması ve belirsizlik kuralı* arasındaki ilişki ele alınacaktır.

1. Kavram Olarak Şeffaflık İlkesi

Şeffaflık ilkesi uyarınca bir sözleşmedeki bütün düzenlemeler açık ve anlaşılır olmalıdır²³. Genel işlem koşulu/genel sigorta koşulu kullanıcısı sözleşmeyi, özellikle karşı tarafın hukuki konumunu ve onun aleyhine sonuçlar doğurabilecek bir hükmü, başkaca bir açıklama veya hukuki bir danışmanlık gerekmeksizin anlayabilmesini mümkün kılacak şekilde açık ve anlaşılır düzenlemekle yükümlüdür²⁴. Bu, dürüstlük ilkesinin de gereğidir (Bkz. § 307 I 2 hükmü ile bağlantılı olarak § 307 I 1 BGB).²⁵

Önceden matbu şekilde düzenlenmiş koşullar içeren bir sözleşme, karşı tarafın aleyhine hükümler içerebilir. Oysa sözleşme hükümlerini hazırlayan taraf her zaman düşünme ve koşulları kendisine göre ayarlayabilme imkânına sahiptir. Bu nedendir ki şeffaflık ilkesi, genel işlem koşulu kullanıcısına karşı tarafın hak ve yükümlülüklerini mümkün olduğunca açık ve anlaşılır bir şekilde düzenleme yükümlülüğü getirir²⁶. Henüz sözleşmenin kurulması aşamasında sigorta sözleşmesinin içerik ve kapsamı hakkında sigorta yaptırmanın bilgilendirilmiş olması gerekir²⁷.

20 Präve, s. 62, Nr. 169.

21 Präve, s. 62, Nr. 169, karş. Nr. 158.

22 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12.

23 Bkz. Basedow, Jürgen (1999), VersR, Heft 25, 1045 vd.

24 BGH, Urt. vom 16.05.2007-XII ZR 13/05, NJW 2007, 2176.

25 § 307 BGB hükmüne ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda I C, 2.

26 Şeffaflık koşulunu sağlamayan durumlara örnekler hakkında bkz. Krienbaum, Birgit (1998) *Transparenz und AGB-Gesetz*, Berlin, Duncker und Humboldt, s. 25 vd.; Pilz, Knut (2010) *Missvertständige AGB*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, s. 164-165.

27 Pilz, s. 165.

Şeffaflık ilkesi ilk kez BGH'nın birbirini izleyen 1988 ve 1989 yıllarındaki içtihatlarıyla geliştirilmiştir. BGH III. Hukuk dairesinin içtihadına göre: «Genel işlem koşullarını kullanan taraf, diğer tarafın hak ve yükümlülüklerini mümkün olduğunca açık ve anlaşılır şekilde ortaya koymaya dürüstlük kuralı uyarınca yükümlüdür.»²⁸ Aynı şekilde XI. Hukuk dairesi 17.01.1989 tarihli bir valör uygulamasına ilişkin kararında (*Wertstellungsurteil*) şeffaflık ilkesini şöyle ifade etmektedir: “Genel işlem koşullarını kullanan taraf dürüstlük kuralına göre diğer tarafın hak ve yükümlülüklerini, genel işlem koşullarının hukuki kapsamının sözleşmenin kurulması esnasında belirgin olması için net ve anlaşılır şekilde ifade etmekle yükümlüdür”²⁹. Bu kararlar sonrasında şeffaflık ilkesi doktrinde ve yargı içtihatlarında kabul görmüştür³⁰. § 307 I 2 BGB hükmü düzenlendiğinden beri içerik denetiminin kural olarak şeffaflık denetimini de kapsadığına şüphe yoktur³¹.

2. Şeffaflık İlkesine Aykırılığın Hukuki Sonuçları, İlkenin Kullanım Alanı ve Sınırları

Şeffaflık ilkesi, genel işlem koşullarının denetiminde genel bir prensiptir³². Yukarıda da değindiğimiz üzere § 307 BGB’de “içerik denetimi (*Inhaltskontrolle*)” başlığı altında kaleme alınmıştır (§ 307 I 2 BGB).

İlgili hükmün ilk fıkrası uyarınca genel işlem koşullarındaki hükümler, sözleşmenin karşı tarafını dürüstlük ilkesine aykırı olarak mağdur ediyorsa hükümsüzdür (§ 307 I 1 BGB). Ölçüsüz mağduriyet (*eine unangemessene Benachteiligung*), bir koşulun belirsiz veya anlamsızlığından anlaşılabilir (§ 307 I 2 BGB). Böylece şeffaf olmayan genel işlem koşulu bu fıkra uyarınca hükümsüz kabul edilir³³.

28 BGHZ 106, 42 (49).

29 BGHZ 106, 259 (264).

30 Önceleri doktrinde şeffaflık ilkesinin dogmatik sınıflandırması tartışmalıydı ve genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dahil edilmesine ilişkin (pozitif) kontrolü [(positive) Einbeziehungskontrolle] (Pflug, AG 1992, 1, 17 vd.; Schäfer, s. 44 vd.); koşulların şaşırtıcı olup olmadığına ilişkin kontrol (Überraschungskontrolle) [Koller, Ingo (1990) “Transparenzgebot und Allgemeine Geschäftsbedingungen”, Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am. 13 März 1990, s. 667, 681 vd.] veya içerik denetiminin kendi genel hükmünün şeffaflık ilkesini de içerdiği [Koller, s. 667 vd.; Köndgen, Johannes (1989) “Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht”, NJW, s. 943 vd.; Görüşler için ayrıca bkz. Pilz, s. 163] yönünde değerlendirilmiştir. 2002 yılındaki Alman Borçlar Hukuku modernizasyonundan çok önceleri doktrinin ağırlıklı görüşü bugünkü BGB sistematiğine uygun olarak şeffaflık kontrolünü, içerik denetimi altında sınıflandırmıştır (Pilz, s. 163).

31 Pilz, s. 164.

32 Schmitt&Ulmer, s. 29.

33 Schwab, s. 156, Nr. 651.

Sözleşme koşuluna ilişkin hükümsüzlük yaptırımını § 306 hükmünün uygulama alanı bulmasına yol açar. Hüküm uyarınca genel işlem koşulları kısmen veya tamamen sözleşmeye dâhil edilmezse sözleşme diğer hükümleriyle geçerliliğini korur (§ 306 I BGB). Koşullar sözleşmeye dâhil olmadığı oranda sözleşmenin içeriği yasal düzenlemelere göre belirlenir (§ 306 II BGB). İlgili hükmün 2. fıkrası uyarınca sözleşmede meydana gelen değişikliklere uymak sözleşmenin taraflarından birince beklenemez bir güçlük oluşturacaksa sözleşme tamamen hükümsüz kabul edilir (§ 306 III BGB). Buna göre şeffaf olmayan koşul ya yerine başka bir düzenleme gelmeksizin ortadan kalkar ya da yedek hukuk hükümlerince veya tamamlayıcı sözleşme yorumu ile tamamlanır³⁴. İstisnai hallerde sözleşme tamamen hükümsüz hale gelir³⁵.

§ 307 BGB hükmüne dönecek olursak, bir tarafın ölçüsüz mağduriyetinin varlığından şüphe edilmesi halinde hükmün ikinci fıkrası uyarınca genel işlem koşulu,

(1) yasal düzenlemenin amacından önemli ölçüde sapıyorsa,

(2) sözleşmenin niteliğine göre tarafların sözleşmeye esas teşkil eden hak ve borçlarını, sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesini tehlikeye sokacak şekilde sınırlandırıyorsa, ölçüsüz mağduriyetin ve şeffaflık ilkesine aykırılığın gerçekleştiği kabul edilir.

Şeffaflık kontrolü ile içerik denetiminin kapsamlarının belirlenmesi açısından hükmün 3. fıkrası önemlidir. § 307 III 1 BGB uyarınca hükmün ilk ve ikinci paragrafı, genel işlem koşullarındaki “yasal düzenlemeden farklılaşacak veya onu tamamlayacak şekilde kararlaştırılan” düzenlemeler için geçerlidir.

§ 307 III 2 BGB’de ise ilk tümcede kapsam dışı bırakılan “diğer koşulların (*andere Bestimmungen*)” da aynı hükmün ilk paragrafının ikinci tümcesinin yine aynı hükmün ilk paragrafının ilk tümcesiyle olan bağlantısıyla (§ 307 I 1 uyarınca) hükümsüz kılınabileceği belirtilmektedir. Burada “diğer koşullar” ifadesinden anlaşılması gereken, § 307 III 1 BGB’nin aksine, ne kanun hükmünü tamamlayan ne de onu değiştiren genel işlem koşullarıdır. Daha açık bir ifadeyle burada sözleşmede taraf iradeleri ile sözleşme serbestisi kapsamında belirlenebilecek, dolayısıyla kanunda yer alması mümkün olmayan genel işlem koşulları kastedilmektedir.

34 Pilz, s. 234.

35 Pilz, s. 234.

Ne kanun hükmünü tamamlayan ne de ondan farklılaşan ve bu yüzden içerik kontrolüne tabi olamayacağı halde şeffaflık ilkesine tabi olan düzenlemelerin başında **sözleşmenin esaslı unsurları** (*essentialia negotii*) gelir. Bunlar, sözleşme ile borçlanılan edim (sözleşme konusu) ve sözleşme bedelidir.

İlk bakışta anlaşılması güç olan hükmün son fıkrasını daha net açıklayacak olursak; § 307 III 1 BGB sözleşmenin kurucu unsurlarını, özellikle sözleşme konusu ile sözleşme bedelinin birbirine denk olup olmadığını *içerik kontrolüne* tabiiyetten muaf tutarak taraf iradelerine karışmamakta; ancak 2. tümce ile şeffaflık denetiminden de uzak tutulamayacağını öngörmektedir³⁶. Nitekim § 307 III 1 BGB genel işlem koşullarının BGB sistematigi içinde düzenlenmesinden önce yürürlükte olan ve içerik kontrolünün sınırlarını çizen AGBG³⁷'nin 8. maddesi ile birebir örtüşmektedir. Her ne kadar § 307 III 2 BGB içeriğindeki bir düzenleme AGBG'de bulunmasa da 8. maddesi uyarınca içerik kontrolünden muaf tutulan sözleşme bedeli ve edimin şeffaflık kontrolüne tabi olması gereği § 8 AGBG hükmünün şeffaflık kontrolü yolunu kapatmayan anlam ve amacıyla gerekçelendirilmiş ve o zamanki hâkim görüş tarafından da doktrinde kabul görmüştür³⁸.

Buna karşın Mahkeme içtihatları şeffaflık kontrolü meselesinde doktrine göre daha az nettir. BGH şimdiye kadar karara tesir edecek derecede önemi (*Entscheidungsrelevanz*) bulunmadığından meseleyi açık bırakmıştır. Mahkeme kararlarında da birlik yoktur. Bir kısım kararlarda sözleşme bedeli ve edimi içeren koşullar şeffaflık denetimine tabi tutulurken diğer bir kısım bu tarz

36 Mahkeme içtihatlarına göre “sözleşmeden doğan esas edimin türünü, kapsamını, sınıfını doğrudan belirleyen” koşullar içerik denetiminden muaftr. Buna karşın “esas edimi değiştiren, sınırlayan, genişleten veya yeniden düzenleyen koşullar” içerik denetimine tabidir. Böylece denetimden muaf tutulan “edim tasviri (*Leistungsbeschreibung*)” sadece yokluğu halinde sözleşmenin esas içeriğinin belirlenememesi nedeniyle artık sözleşmenin geçerli kabul edilemeyeceği koşullarla sınırlı kalmaktadır (BGHZ 100, 157, 173; NJW 2001, s. 1934, 1935; NJW 2003, s. 294). İçerik denetiminin uygulama alanının sınırlarını belirleyen bu formül, çoğunlukla Genel Sigorta Koşullarının kullanılmasında da uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. Präve, s. 117, Nr. 332 vd.

37 Genel İşlem Koşulları Hukukunun Düzenlenmesi Hakkında Kanun (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB-Gesetz*). Genel işlem koşullarının 1.1.2002'den itibaren BGB § 305-310 arasında düzenlenmesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

38 Ayrıntılı bilgi için bkz. Pilz, s. 232 ve dn. 1107'deki yazarlar. Brandner, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG Nr. 8a; Staudinger/Coester, Michael (2006) *Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)*, Berlin, Verlag Sellier-de Gruyter, § 8 AGBG Nr. 16; Präve, Peter (2000) “Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot”, VersR, s. 138-139. Aynı görüşü Tüketici Sözleşmeleri m. 4/2 ile gerekçelendiren görüş için bkz. Prölss (2010) *Versicherungsvertragsgesetz*, in: Prölss/Martin, 28. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, Vorbemerkung (Önsöz) I Nr. 54.

koşulların denetimini reddetmektedir³⁹.

Kanaatimizce § 307 III 2 BGB uyarınca şeffaflık ilkesinin genişleyerek kanun hükümlerinden farklılaşmadığı veya onu tamamlar nitelikte düzenlemeler içermediği için yasa gereği içerik kontrolüne tabi tutulamayan sözleşmeler içermediği için yasa gereği içerik kontrolüne tabi tutulamayan sözleşmelerin esaslı unsurlarını içeren genel işlem koşullarını da kapsadığı yönünde değerlendirilmesi, kural olarak BGB'nin hukuk tekniğine uygundur. Buradan da anlaşıldığı gibi şeffaflık ilkesi genel işlem koşullarının *içerik denetiminden* daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Sözleşmenin kurucu unsurlarının şeffaflık denetiminin aksine içerik denetiminden muaf tutulması, sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucudur. Buna göre taraflar sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçmede özgür oldukları gibi, sözleşmenin konusu ve bedelini belirlemede de özgürdürler. Meğerki yasa gereğince şeffaflık kontrolünün koşulları gerçekleşsin.

Genel işlem koşullarında yer verilen “açıklayıcı koşulların (*deklaratorische Klauseln*)” da şeffaflık kontrolüne tabi olup olmadıklarına ayrıca değinmek gerekir. Genel işlem koşullarında bulunan “açıklayıcı koşullar”dan ya taraflar arasında uygulanacak kanun hükümlerinin değiştirilmeksizin tekrarlanması ya da geçerli olacak belirli kanun hükümlerine atıf verilmesi anlaşılır⁴⁰. “Açıklayıcı koşullar” dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılır. Dar anlamıyla açıklayıcı koşullar, belirli bir kanun hükmünün kelimesi kelimesine, birebir aktarılmasını ifade ederken, geniş anlamıyla açıklayıcı koşullar kanun hükmünün genel işlem koşullarını düzenleyen tarafça kendi kelimelerini kullanarak aktarılmasını ifade eder⁴¹. § 307 III 2 BGB hükmü bu nedenle dar anlamıyla açıklayıcı koşulları kapsamaz. Bir başka deyişle sadece birebir kanun hükmünü aktaran veya kanun hükmüne atıf yapan genel işlem koşullarının şeffaflık kontrolüne tabi değildir; kaldı ki buna gerek de yoktur⁴². Buna karşın geniş anlamıyla açıklayıcı koşullar -inceleme konumuzu oluşturan sigorta sözleşmelerinde sigorta yaptırmanın şeffaf olmayan sözleşme koşulları ile muhatap olmamasında bir çıkarı bulunacağı gerekçesiyle- şeffaflık kontrolüne tabidir⁴³.

BGH'ya göre “dar anlamıyla genel işlem koşulları” da tamamlanmaya muhtaçsa ve sigortalının söz konusu koşulla ilgili bilgilendirilmesinde göz ardı

39 Ayrıntılı bilgi için bkz. OLG Hamburg, Urt. vom 11.3.1998 – 5 U 211/96, VersR 1998, 627; Karş. BGH Urt. vom 24.3.1999 IV ZR 90/98.

40 Pilz, s. 223.

41 Pilz, s. 223-224.

42 Pilz, s. 232.

43 Pilz, s. 232.

edilemeyecek bir menfaati bulunuyorsa şeffaflık kontrolü yapılabilirdir⁴⁴. Buradan da anlaşılmalıdır ki şeffaflık kontrolünün yapılabilmesini mümkün kılan, genel işlem koşulu kullanıcısının düzenleme ve biçimlendirme sorumluluğunun bulunmasıdır⁴⁵. Genel işlem koşulu kullanıcısının (sigortacının) genel işlem koşullarını düzenlemeden dolayı sorumluluğu, bir kanun hükmünü kendince tamamlayıp düzenlediyse vardır. Aksi durumda, inceleme konumuz açısından genel işlem kullanıcısı olan sigortacı, kanun hükmünü kendi ifadeleriyle aktarıyor veya sadece yasal bir düzenlemenin geçerliliğine atıf yapıyorsa kanun koyucunun şeffaflık ilkesi ile korumak istediği değer zarar görmez, dolayısıyla şeffaflık denetimi gerekmez⁴⁶.

D. GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE GENEL SÖZLEŞME KOŞULLARINDAKİ HER BİR KOŞULUN YORUMLANMASI VE ŞEFFAFLIK KONTROLÜ İLE İLİŞKİSİ

Tıpkı şeffaflık ilkesi gibi genel işlem koşullarının yorumlanması da yanlış anlaşılmaya müsait (*missverständliche-*) veya birden çok anlam taşıyan koşulların (*mehrdeutige Klauseln*), genel işlem koşulları hukukuna özgü şekilde açıklığa kavuşturulmasına hizmet eder. Genel işlem koşullarındaki belirsizliklerin giderilmesi sırasında sıkça karşılaşılan bir durum, bu iki kurumun birbirine karıştırılması ve uygulama alanlarının birbirinden ayırt edilememesidir⁴⁷. Yanlış anlaşılabilir bir sözleşme koşulu öncelikle yoruma tabi tutulmalı, bulunan sonuca göre şeffaflık ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı tespit edilmelidir. Sözleşmenin yorumlanması ile şeffaflık denetimine tabi tutulmasının neticeleri birbirinden farklı olduğundan her ikisinin uygulama alanlarının tespiti oldukça önem taşır. Bir koşulun anlamı belirsizse § 305c II BGB uygulanacak ve koşul, genel işlem koşulu kullanıcısının aleyhine yorumlanarak sadece anlam değişmesine (*Bedeutungsverschiebung*) uğrayarak geçerliliğini korumaya devam edecektir. § 307 I 2'de düzenlenen şeffaflık ilkesine aykırılık halinde ise ilgili koşul geçersiz olur ve yukarıda da bahsettiğimiz gibi § 306 BGB hükmü gündeme gelir. Böylece yanlış anlaşılabilir bir genel işlem/genel sigorta

44 BGH, Urt. vom 9.5.2001 – IV ZR 138/99, BGHZ 147, 373 = NJW 2001, 2012, 2013; BGH, Urt. vom 9.5.2001 – IV ZR 121/00, BGHZ 147, 354, 358 vd. = NJW 2001, 2014, 2015.

45 Armbrüster, Christian (2004) “Transparenzgebot und deklaratorische Klauseln”, Festschrift für Kollhoser, Band II, s. 3, 7 vd.

46 Armbrüster, s. 3, 11.

47 BGH, Urt. vom 30.9.2003 – X ZR 244/02, NJW 2004, 681, 683; Urt. vom 11.5.2005 – IV ZR 25/04, VersR 2005, 976, 977 vd.; Baumann, Horst (2004) “Die Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Auslegung von Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen”, Privatrecht und Methode Festschrift für Ernst A. Kramer, s. 477, 458.

koşulunun neticeleri birbirinden farklı olabilir⁴⁸. Nitekim ikinci bölümde inceleyeceğimiz BGH kararına da genel sigorta koşulunda tanımı yapılan ve sigortanın koruma kapsamının belirlenmesinde kritik öneme sahip “sigortalanan olay” ve “zarara yol açan olay”dan ne anlaşılması gerektiği konu olmuştur. Söz konusu genel sigorta koşulunun içeriği, daha önce de mahkeme kararlarında farklı şekillerde çözümlenmiş, ilgili *koşulun yorumlanması* ile *şeffaflık kontrolüne* ilişkin BGB hükümlerinin birbiriyle ilişkisi ve sınırları çizilemeyerek iki kurum birbirine karıştırılmıştır.

Önceden hazırlanmış sözleşme koşullarının yorumlanması, kural olarak irade beyanının yorumlanmasında geçerli olan genel ilkelere tabidir (§§ 133, 157 BGB). Ancak bunun için genel işlem koşullarına özgü bir yorum ilkesinin kullanılmasını gerektirecek durumun bulunmaması şarttır⁴⁹. Doktrinde ve mahkeme içtihatlarında kural olarak hukuki işlemlerin kurulmasında gerekli olan irade beyanının yorumunda kabul edilen ilkelerin (§§ 133, 157 BGB) ayrıca araştırılıp değerlendirilmeksizin genel işlem koşullarının yorumlanmasında uygulanmaması gereği kabul görmektedir⁵⁰. Bir genel işlem koşulu yorumlanırken her zaman bu tür kayıtların önceden hazırlanmış çok sayıda benzer sözleşmeler olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Aynı formdaki birden fazla sözleşmenin pratikte kullanılması, genel işlem koşullarının yorumundaki yeknesaklığın önemine işaret eder. Bu nedenle sözleşme taraflarının istek ve amaçları genel işlem koşulunun yorumuna tesir etmez; somut olayın koşulları dikkate alınmaz⁵¹.

Alman Federal Mahkemesi özellikle 80’li yıllardan itibaren kararlarında objektif yorum ilkesini benimsemektedir. Mahkeme, genel sigorta sözleşmesi koşullarını kararlarında sigorta yaptırmak isteyen ortalama bir kişi makul bir değerlendirme (*bei verständiger Würdigung*), dikkatli bir kontrol (*aufmerksamer Durchsicht*) ve öngörülebilir bir anlamsal ilişkinin dikkate alınmasıyla (*Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhanges*) nasıl anlayacaksa o şekilde yorumlamaktadır⁵². Objektif yorum ancak yorum yapmaya elverişli, güvenilir bir bakış açısı oluşturulduktan sonra başarılı neticeler verir⁵³. Bu da

48 Pilz, s. 2.

49 Staudinger&Schlosser, Peter (2013) Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin, Verlag Sellier-de Gruyter, § 305c Nr. 138.

50 Staudinger&Schlosser, §305c Nr. 101.

51 BGHZ 7, 365, 368; BGH NJW 1960, 1661. Sözleşmenin kurulması aşamasındaki koşullar istisnai olarak göz önünde bulundurulabilir. Genel işlem koşulları kullanıcısının veya yardımcı şahıslarının yoruma muhtaç genel işlem koşullarını aydınlatıcı bilgiler vermesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Bkz. Schwab, s. 99, Nr. 396 vd.

52 Bkz. BGH Urt. vom 18.3.1992 – IV ZR 87/91, VersR 1992, 606, 607; BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12.

53 Schwab, s. 101, Nr. 407.

özellikle hitap edilen müşteri kitlesinin tipik bakış açısı (*sogenannte durchschnittliche Verständnishorizont des Versicherungsnehmers*; sigorta yaptırmak isteyen kişilerin ortalama kavrayış ufku) ölçü alınarak sağlanabilir. Buradan da anlaşılacağı üzere öncelikle genel işlem koşulu kullanıcısının, hitap etmek istediği işlem çevresi (*Verkehrskreise*) tespit edilmelidir⁵⁴.

Koşulların içeriğinin yorumlanmasında ölçüt kabul edilen “sigorta yaptırmak isteyen kişilerin ortalama kavrayış ufku” ilkesinin iki istisnası mevcuttur: İlki, genel işlem koşulunda kullanılan mesleki kavramlar ve ifade formleri; ikincisi ise tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla uyuştukları noktalardır. Anlaşılabilir ve açık bir şekilde kanundan alınan hukuki kavramlara yüklenen anlam, ilgili kanun hükmü ile örtüşmelidir⁵⁵. Yorum ancak o zaman objektiftir ve somut olaydan bağımsızlaşır⁵⁶. Kullanıcı, kanun hükmünü kendi cümleleriyle aktarmaya çalışırsa kendi aktarımlarının kanun hükmü ile örtüşmesini sağlamakla yükümlüdür⁵⁷. Kanunda düzenlenmeyen mesleki kavramların yorumunda ise dilin genel kullanımı ölçü kabul edilir. Bu tür kavramlar dilin genel kullanımında mevcut olduğu ve orada kendisine hukuki kullanımdan farklı bir anlam yüklendiği müddetçe, muhataplarının hukuk diline hâkim olmaları beklenemeyeceğinden, genel anlamları esas alınır⁵⁸. Bunun yanı sıra genel işlem koşullarında kullanılan kavramların, bu koşullar oluşturulurken kendilerine yüklenen anlam değil sözleşmeye dâhil edildikleri andaki anlamları dikkate alınır⁵⁹.

İkinci istisna yukarıda da değindiğimiz gibi karşılıklı ve birbiriyle örtüşen taraf iradeleridir (§ 305b BGB). Somut olayda taraflar müzakere ederek tartışmalı genel işlem koşullarına objektif yorumdan farklılaşan bir anlam yüklediyse her ne kadar somut olayın özelliklerinin yorumda dikkate alınması objektif yorum ilkesi uyarınca yasak da olsa istisnaen bu tür kararlaştırmalar dikkate alınır⁶⁰.

1. Belirsizlik Kuralı

§ 305c II BGB’deki “belirsizlik kuralı (*Unklarheitenregel*)”, şüphe halinde genel işlem koşulu yorumunun, kullanıcısının aleyhine yapılmasını düzenler. Böylece hükümlerle, bir yorum ilkesi kaleme alınmıştır. Hükmün hukuki neti-

54 Schwab, s. 101, Nr. 407. “İşlem çevresi (*Verkehrskreise*)” kavramı hakkında ayrıca bkz. BGH NJW 1960, 1661.

55 Staudinger&Schlosser, § 305c Nr. 138.

56 Pilz, s. 14.

57 Schwab, s. 102, Nr. 141; Staudinger&Schlosser, § 305c Nr. 104.

58 Schwab, s. 102, Nr. 423.

59 Schwab, s. 101, Nr. 410.

60 Schwab, s. 104, Nr. 435.

cesi genel işlem koşulu kullanıcısı bakımından en dezavantajlı yorumun esas alınmasıdır⁶¹. Genel sigorta koşulları bakımından ise söz konusu sigorta altına alınan rizikonun tanımı olduğunda § 305c II BGB hükmü daha geniş bir kullanım alanına sahiptir⁶².

Belirsizlik kuralı BGB'deki yasal düzenlemesinden çok önce eski § 5 AGBG'deki haliyle 1976 yılında Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi kararlarında değerlendirilmiştir⁶³. Hâkim görüşüne göre bu hükmün uygulanması sigortalı açısından yapılabilecek yorum metodları uygulanmasına rağmen genel işlem koşuluna yeknesak anlam verilememesi, *objektif anlam çokluğunun*⁶⁴ devam etmesi halinde gündeme gelir. Bir başka deyişle burada tali (subsidiär) bir yorum ilkesi söz konusudur⁶⁵.

§ 305c II BGB hükmünün sözleşmenin kurucu unsurlarına uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır. Doktrindeki hâkim görüş sözleşmenin kurucu veya yan unsurunu diye bir ayırım gözetmemektedir⁶⁶. Azınlıktaki görüş ise bu hükmün sözleşmenin sadece tali unsurlarına uygulanabileceğini savunur⁶⁷. Doktrinde Pilz'in de haklı olarak belirttiği gibi § 305c II BGB hükmünün anlam ve amacından kanun koyucunun genel işlem koşulu kullanıcısının muhataplarının korunmasına yönelik olarak sözleşmenin esaslı unsurları (*essentialia negotii*) veya tali unsurları (*accidentalia negotii*) şeklinde bir ayırım gözetmediği çıkarılamamaktadır⁶⁸.

2. Yorumu Elverişli Olmadığından Anlaşılamayan Genel Sigorta Koşulları

Anlaşılamayan (*unverständlich*) sigorta koşulları kendilerine artık hiç-

61 Schwab, s. 105, Nr. 436.

62 Schwab, s. 115, Nr. 489.

63 BGHZ 5, 111, 115 = NJW 1952, 657, 658; RG, Urt. V. 19.5.1927-IV 847/26, RGZ 117, 102, 107.

64 "*Objektive Mehrdeutigkeit*", BGH, Urt. 7.7.1982-IVa ZR 50/81; NJW 1982, 2662, 2663.

65 Pilz, s. 131. Belirsizlik kuralının fonksiyonları hakkında bkz. Pilz, s. 129 vd.

66 Basedow, Jürgen (2012) Münch/Komm-BGB, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München, Verlag C. H. Beck, §305c Nr. 28; Raiser, Ludwig (1935) Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg, s. 260 vd.; Roth, Herbert (1991) Funktion und Anwendungsbereich der Unklarheitenregel des § 5 AGBG Teil I, WM, 2085.

67 Grabau, Fritz-René (1993) Über die Normen zur Gesetzes- und Vertragsinterpretation, Berlin, s. 143 vd.; Krampe, Christoph (1983) Die Unklarheitenregel, Berlin, s. 45 vd. Belirsizlik kuralının sınırlı kullanım alanına sahip olmasının nedeni 1927 tarihli İmparatorluk Mahkemesi kararıdır. Kararda genel sigorta koşullarındaki ilgili koşul, tarafların özel kararlaştırması (*Individualvereinbarung*) olarak görülmüştür (Konu hakkında bkz. Pilz, s. 134).

68 Pilz, s. 134.

bir şekilde anlam yüklenemeyen koşullardır⁶⁹. Genel sigorta koşulları objektif yoruma tabi tutulduktan sonra (hatta § 305c II BGB uyarınca “belirsizlik kuralı” da uygulandıktan sonra) dahi sigorta yaptırmak isteyen ortalama bir kişi, ilgili sigorta koşulundan anlaşılabilir bir mana çıkaramıyorsa, yukarıda bahsettiğimiz objektif yorum ilkesinin istisnaları da mevcut değilse, “yoruma elverişli olmayan koşul (*Auslegungsunfähigkeit*)⁷⁰”dan bahsedilir. Bir başka deyişle söz konusu koşul, yorumlanmasına rağmen hala birden fazla anlam taşır ya da tamamen anlamsızdır.

Eski mahkeme içtihatları ve doktrindeki bir kısım görüşler uyarınca anlaşılamayan (*unverständlich*) veya belirsiz (*unklar*) koşullar hukuken hükümsüzdür⁷¹. Şeffaflık ilkesinin kaleme alındığı § 307 I 2 hükmü BGB’de düzenlendikten sonra bu tür koşullar ağırlıklı olarak şeffaf olmayan (*Intransparenz*) koşul şeklinde nitelendirilmiştir⁷². Nadiren ise § 307 I 2 hükmünün atfıyla § 307 I 1 BGB olarak sınıflandırılmış, böylece artık “şeffaf değildir” nitelendirmesinin açık bir biçimde tespitine gerek kalmamıştır⁷³. Kısmen savunulan bir diğer görüşe göre ise yoruma elverişli olmayan koşullar, hem § 305 II Nr. 2 BGB’ye göre sözleşme kapsamına alınmamış hem de § 307 I 2 BGB’ye göre hükümsüz sayılmaktadır⁷⁴. Bir genel sigorta koşulunun birden fazla anlam taşıması § 305c II BGB hükmü ile de giderilememişse, böyle koşulların artık § 307 I 2 BGB uyarınca şeffaf olmadığına hükmedilir⁷⁵.

II. 26.03.2014 TARİHLİ ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARI: SİGORTA KOMİSYONCUSUNUN ADETA SÖZLEŞMENİN KORUMA ALANI GENİŞLETİLEREK SORUMLU SAYILMASI (*QUASIDECKUNG*)

İnceleme konumuzu oluşturan 26.3.2014 tarihli Federal Mahkeme kararı (BGH, Az. IV ZR 422/12 v. 26.3.2014), yukarıda da belirtildiği gibi karara esas oluşturan gerekçeler (*Entscheidungsgründe*) bakımından özel bir öneme sahiptir. Konumuz açısından bu gerekçelerin en önemlisi, genel sigorta koşullarının doğrudan sigortalayanın edimine ilişkin olmayıp, sadece bu edimi sınırladığı, değiştirdiği veya yeniden düzenlediği ölçüde § 307 III 1 uyarınca

69 Pilz, s. 101.

70 Staudinger&Schlosser, §305c Nr. 105; Schäfer, Jürgen (1992) Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Frankfurt a. M., s. 17 vd.

71 BGH, Urt. vom 29.2.1984 – ZR VIII 350/82, NJW 1985, 53, 56.

72 BGH, Urt. vom 24.3.1999 – IV ZR 90/98, BGHZ 141, 137, 143 vd. = NJW 1999, 2279, 2280; OLG Köln, Urt. vom 17.7.2001 – 9 U 3/01, VersR 2002, 182, 183.

73 Lange, Oliver (2004) “Auslegung, Unklarheitenregelung und Transparenzgebot”, ZGS, s. 208, 211 vd.

74 OLG Hamm, Urt. vom 18.6.1993 – 12 U 43/93, NJW-RR 1994, 888; Karş. Staudinger&Schlosser, § 305c Nr. 105.

75 Lange, ZGS 2004, s. 208, 211 vd.

yargısal denetime tabi kılınmasıdır.⁷⁶ Karara konu olayda kullanılan genel sigorta koşulu niteliğindeki AHB 2008 Nr. 1`de tanımlanan, aynı zamanda sigortalayanın esas edimini belirleyen “sigortalanan olay (*Versicherungsfall*)”, bu nedenle her ne kadar içerik kontrolü bakımından yargısal denetimden muaf tutulmuşsa da şeffaflık kontrolüne tabi olmuştur. Karara ilişkin detaylar aşağıdaki gibidir.

A. KARAR

“Davalının hükmü temyizi üzerine Brandenburg istinaf mahkemesi 11. Hukuk dairesinin 23.10.2012 tarihli kararı iptal edilmiş ve dosya tekrar görülmek üzere temyiz masrafları ile birlikte istinaf mahkemesine geri gönderilmiştir.”⁷⁷

B. OLAY

Karar uyarınca uyuşmazlık konusu olay şöyledir: Mesleği kapsamında fayans döşemesi de yapan serbest meslek sahibi fırın ustası, sigorta komisyoncusuna zararının tazminine ilişkin tespit davası açmıştır. Her ne kadar sigorta komisyoncusu fırın ustasına, ustalığına ilişkin mesleki sorumluluk sigortası (*Betriebshaftpflichtversicherung*) konusunda aracılık yapmış olsa da zanaatçı, fayans döşemesi de yaptığını vurgulamasına rağmen fayans döşeme işi sigorta kapsamına alınmamıştır. Sigorta komisyoncusu tarafından doldurulan ve davacı tarafından imzalanan 2.09.2009 tarihli güvence notunda (*Deckungsnote*) icra edilen meslek soba imal ve tamiri olarak belirtilmiştir. İçeriği taraflarca tartışmalı bir telefon görüşmesi neticesinde komisyoncu, belgeyi sigorta şirketine göndermeden önce el yazısı ile “*mesleğin icrası ile ilgili fayans döşeme işini de kapsar*” cümlesini ilave eder.

Sigorta şirketi tarafından düzenlenen sigorta belgesinde, sigorta başlangıç tarihi 3.9.2009’dan itibaren; sigortalanan rizikolar ise “soba-, şömine-, ocak montajı; ateşleme- ve hava ile ısıtma sistemi inşası” olarak belirtilmiştir.

Sigortaya esas teşkil eden Sorumluluk Sigortası Genel İşlem Koşulları (*Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung, AHB 2008*) Nr. 1. 1 AHB’de “sigortalanan olay (*Versicherungsfall*)” tanımlanmıştır. İlgili koşul uyarınca “*sigortalanan riziko kapsamında sigortalının, sigortanın geçerliliği sırasında ortaya çıkan, neticesi bir kişiye, eşyaya veya bunlardan kaynaklanan malvarlığı zararına yol açan olay nedeniyle (Schadeneignis/Versicherungsfall), yasal sorumluluk hukuku hükümleri uyarınca üçüncü bir kişi tarafından özel hukuk içerikli tazminat taleplerinin dikkate alınacağı durumlar için sigorta koruması mevcuttur.*”

⁷⁶ Aynı yönde NJW 2001, 1935, Nr. 3.

⁷⁷ BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12, Nr. 1.

İkinci fıkra uyarınca zarara yol açan olay (*Schadenereignis*) ise “neticesinde üçüncü kişinin zararının doğrudan ortaya çıktığı olaydır. Zararı doğuran olaya sebep olunan an (*die Zeitpunkt der Schadenverursachung*) dikkate alınmaz” (Nr. 1. 1, 2. fıkra AHB). “Sigortalanan olay” ve “zarara yol açan olay” kavramlarının içeriği doktrinde ve yargı içtihatlarında tartışmalı olup aydınlatılmaya muhtaçtır. Bu konuya aşağıda detaylı olarak değinilecektir.

Aynı genel işlem koşullarının Nr. 7. 14 AHB’de ise aksi taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe sigorta kapsamı dışında tutulan durumlar sayılmıştır. Somut olay açısından Nr. 7. 14 (1) AHB’deki durum önem taşır. Buna göre “evsel atık suları haricindeki atık sular” sigorta koruması dışında tutulmuştur. Nitekim somut olaydaki su taşkını da evsel atık suyu değildir. Bu konu da aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır.

Davacı, sigortacıya 25.10.2009’da su taşkını neticesinde ortaya çıkan bir zarar (*Schadenfall*) bildirmiş; zarara esas teşkil eden işçilik Temmuz 2009’da icra edilmiştir. Davacı, zararın meydana geldiği binanın kilerinde pompa aleti ve tesisatının yer aldığı küçük bir alan ile üzerine diyaliz muayenehanesinin muhtelif makinelerinin konulduğu yüksek basamağın yüzeyinin izolasyonunu ve fayanslarını yapıştırma işini yapmıştır. Pompa aleti tesisatının yer aldığı kısmın izolasyonu çözüldüğünden su gideri borusunun alt kısmında sızıntı meydana gelerek dışarı sürekli su taşmış, kilerin bütün zemini, duvarların muhtelif yerleri ve asansör boşluğu su çekmiştir. Su taşkını ilk olarak 7.10.2009’da asansör boşluğunda fark edilmiştir.

Zanaatçı, fayans döşemesi sırasında ortaya çıkmış olan su taşkını mesleki sorumluluk sigortacısına (*Betriebshaftpflichtversicherer*) bildirdiğinde sigortacı, zararın karşılanması talebini –fayans yapıştırma işi ile bağlantılı olarak ortaya çıkan zararın sigorta sözleşmesi kapsamında bulunmadığı ve sigorta korumasından yararlanamayacağı gerekçesiyle– reddetmiştir. Bunun üzerine fırın ustası dava açarak sadece ek iş olarak değil, esas mesleği dâhilinde fayans yapıştırma işi yaptığını belirtmesine rağmen sigorta komisyoncusunun kusurlu olarak sigorta korumasından yararlanmasını sağlamadığını ileri sürmüştür. Davacı, bu tür işler yaptığını ve bunun da sigortalananması gerektiğini davalıya açıkça beyan ettiğini, davalının da bununla ilgileneceğini bildirdiğini iddia etmiş; davalı (komisyoncu) gereken özeni gösterip fayans yapıştırma işi için de gerekli sigorta korumasını sunsa idi sahip olacağı hukuki konumun sağlaması (*Quasideckung*) gerektiğinin tespitini talep etmiştir.

Yerel mahkeme (Frankfurt an der Oder) 2010 yılında komisyoncunun, davacıya sigorta koruması varmış gibi bir güvence sağlama yükümlülüğünün olduğuna hükmetmiştir. İkinci derece mahkemesi (OLG Brandenburg) dava-

lının ilk derece mahkemesini temyizini reddetmiştir. Bunun üzerine davalı, dosyayı BGH'ya götürmüş ve temyiz başvurusu, kabul şartları açısından başarılı görülerek dosya incelenmiş ve istinaf mahkemesine iade edilmiştir⁷⁸.

C. KARARIN GEREKÇELERİ

İnceleme konumuzu oluşturan BGH kararında, IV. Hukuk dairesi kararını aşağıda belirtilen gerekçelere dayandırmıştır.

1. Sigorta Komisyoncusunun Sorumluluğunun Gerekçeleri

Davacının tespit davası açması hem istinaf mahkemesi hem BGH tarafından yerinde bulunmuş ve somut olayda davacının tazminat talebi sigorta komisyoncusunun yetersiz bilgilendirmesi nedeniyle Sigorta Sözleşmesi Kanunu (*Versicherungsvertragsgesetz, VVG*) §§ 63, 61 I uyarınca onanmıştır. § 63 VVG komisyoncunun tazminat yükümlülüğünü düzenler. Hükme göre sigorta komisyoncusu § 60 veya § 61 VVG da düzenlenen yükümlülüklerinin ihlali halinde sigortalının ortaya çıkan zararlarını tazminle yükümlüdür. § 60 I VVG sigorta komisyoncusunun danışmanlık hizmetinin esasına ilişkin düzenlemeyi içerir. Hüküm uyarınca sigorta komisyoncusu, sigortalayanlar tarafından piyasaya sunulan sayısız sigorta sözleşmelerinden hangisinin sigortalının mesleki kriterlerine uygun olacağına ve ihtiyaçlarını karşılayacağına yönelik danışmanlık yapmakla yükümlüdür.

§ 61 VVG, sigorta komisyoncusunun danışmanlık ve belgelendirme yükümlülüğünü düzenler. Hüküm uyarınca sigorta komisyoncusu sigortalıyı sunulan sigorta hizmetinin zorluğu nispetinde değerlendirmeli veya sigortalının şahsını ve durumunu gözetip istek ve ihtiyaçlarına ilişkin ekstra bilgi alınması gerekip gerekmediğini, sunulan danışmanlık hizmetinin külfeti ve sigortalı tarafından ödenen primler arasındaki makul ilişkiyi gözeterek bilgilendirmeli, ayrıca somut olayda belirli bir sigorta yapılmasına ilişkin nedenler mevcutsa gerekli tavsiyelerde bulunmalıdır. Komisyoncu ayrıca sunulan sigorta sözleşmesinin karmaşıklığını (*Komplexität*) göz önünde bulundurarak § 62 VVG uyarınca bu yükümlülüklerini belgelendirmelidir (§ 61 I 2 VVG).

Uyuşmazlık konusu olayda komisyoncu, sigortalının ihtiyaçlarını hangi içerikteki bir sözleşmenin tam olarak kapsayacağını yeterince araştırmadığını-

78 Bkz. BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12; Littbarski, Sigurt (2014) “Schadenergebnis in der Haftpflichtversicherung und Haftung des Versicherungsmaklers” NJW, s. 2038 vd.

dan kusurlu bir şekilde bu yükümlülüğünü ihlal etmiş ve ortaya çıkan zarar karşı tarafa sunduğu sözleşmenin koruması dışında kalmıştır. Sigorta komisyoncusunun yükümlülükleri arasında meselenin özüne uygun risk denetimi yaptıktan sonra sigorta yaptırmak isteyeninin ihtiyaçlarına uygun kapsamda bir sigortayı sunma yükümlülüğü de dâhildir⁷⁹. Komisyoncu bu yükümlülüğünü yerine getirmemiştir⁸⁰. Sigorta yaptıranın komisyoncudan talep ettiği yükümlülükler, komisyoncunun aynı zamanda sigortalının çıkarlarının temsilcisi ve iş bitiren temsilci (*Abschlussvertreter*) olarak görülmesi nedeniyle genişlemektedir⁸¹.

Davacı, telefon görüşmesi sırasında ocak inşası yanı sıra fayans yapıştırma işi yaptığını da dikkat çektiğinden § 254 I BGB uyarınca ortak kusuru gündeme gelmez. BGH'ya göre davalı bunun üzerine davacıya muhtemelen daha özel bir sigorta kapsamına ihtiyaç duyacağını açıklamalı idi. Davalı bu nedenle davacıyı, sigorta şirketi sigortasız kalan riskleri de üstlenmiş gibi bir konuma kavuşturmakla yükümlüdür (§ 249 I BGB)⁸².

BGH'nın görüşüne göre istinaf mahkemesi böylece davalının kusurlu şekilde sorumluluğunu ihlal ettiğini hukuken tamamen doğru bir kararla kabul etmiştir.

2. Davacının Tespit Davası Açmasının Yerindeliği

Tespit davası açılmasını yerinde bulan istinaf mahkemesi kararını BGH da isabetli bulmuştur. İstinaf mahkemesi kararına göre sorumluluk sigortası yaptıran, genel olarak sorumluluk sigortası alacaklısının zarar tazminini (*die Befriedigung des Haftpflichtgläubigers*) talep edemez; aksine ortaya çıkan zarara ilişkin sigorta korumasının mevcudiyetinin tespitini isteyebilir.

Davacının bizzat zararının bulunmadığı ve zarara yol açan olayın sigorta sözleşmesinin geçerlilik süresinde gerçekleşmediği gerekçesi ile davalı, hükümü temyizinde BGH'ya göre haksızdır.

79 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12; Littbarski, NJW 2014, 2041, Nr. 50.

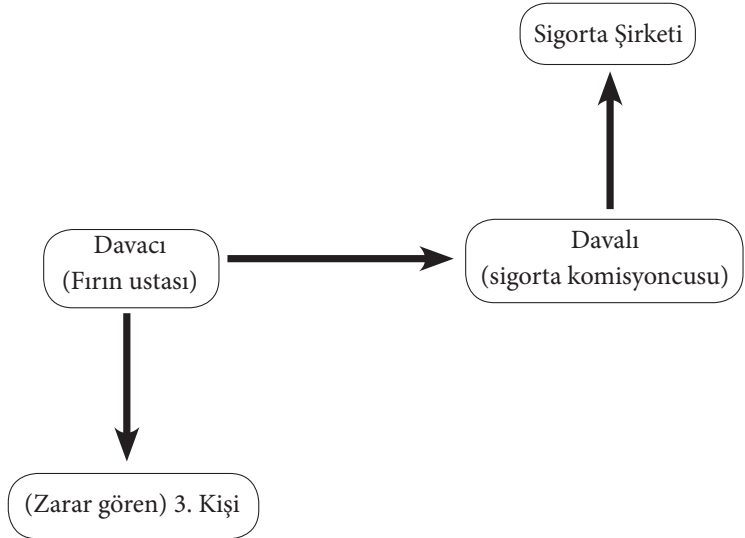
80 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12.

81 Littbarski, NJW 2014, 2039, Nr. 25. Geniş kapsamlı yükümlülükleri nedeniyle sigorta komisyoncusu, sigorta ilişkileri alanında kendisinin danışmanlığını yaptığı sigortalının güven ilişkisine dayanan vekili olarak (*als dessen treuhänderischer Sachwalter*) tanımlanmış ve diğer danışmanlarla bu ölçüde kıyaslanmıştır (Senat, BGHZ 94, 356 [359] = NJW 1985, 2595; BGH NJW-RR 2009, 1688 = VersR 2009, 1495 Nr. 8; NJW-RR 2007, 1503 Nr. 10; BGHZ 162, 67 [78] = NJW 2005, 1357).

82 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12.

Sorumluluk sigortası yapan sigorta şirketi, sigortalısına karşı ileri sürülen talepleri yerine getirmek veya tazminat talebine karşı bir savunma ileri sürmekte serbesttir. Sigortalı (fırın ustası) bu nedenle 3. kişinin zararının tazminini değil, sadece ortaya çıkan zararın kendi yaptırdığı sigorta kapsamında yer alıp almadığının tespitini dava edebilir. Aynı şekilde davalı (sigorta komisyoncusu) da kendi sorumluluğuyla ilgili olarak fırın ustasının mesleğini icrası neticesinde zarar gören 3. kişinin sigortalı fırın ustasından olan tazminat taleplerini yerine getirmek veya davacı fırın ustasının, zarara uğrayana karşı hukuki savunmasının masraflarını kendisi üstlenerek zarar tazmini talebine karşı bir savunma ileri sürmekte serbesttir⁸³. Bu nedenle gerekli somut hukuki ilişkinin varlığı, zarar gören 3. kişinin ileri sürdüğü tazminat talebini hukuken gerekçelendirip gerekçelendirmediğinden bağımsız olarak, mahkemece tespit edilmiştir⁸⁴.

BGH'ya göre istinaf mahkemesi haklı olarak davacı fırın ustasının, gerçekte işverenine karşı sorumluluğunun olup olmadığına kararında yer vermemiştir. Sigorta koruması gerekçelendirilmemiş taleplere karşı da savunmaya hizmet ettiğinden, bu durumun karara herhangi bir etkisi yoktur.



83 “Her ne kadar mali sorumluluk hukukunda kural olarak sadece sigortalı tarafından detaylarıyla tam olarak belirtilen mali sorumluluktan doğan talepler korunacak olsa da somut olaydaki uyumsuzlukta ilk derece mahkemeleri, tarafların anlaşmalarından hareketle, davacının, sigorta korumasının reddi sonrasında zarar görene dava edilen tutarı ödemediğini ve davalıdan bu bedelin tazminini istediğini varsaymışlardır... Bu durumda davacı, ödemenin kendisine yapılmasını istemekte haklıdır...” NJW 1984, 370; BGHZ 79, 76 [78].

84 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12; Littbarski, NJW 2014, 2039, Nr. 21.

3. Sözleşme Kapsamına Dâhil Edilen Genel İşlem Koşulu Olarak Sigortalanan Olay (*Versicherungsfall*) ve Zarara Yol Açan Olay (*Schadenereignis*) Kavramları

“Sigortalanan olayın (*Versicherungsfall*)” yasal bir tanımı mevcut değildir. Bu nedenle tanım, ilgili sözleşmede kullanılan genel sigorta koşullarında aranacaktır. Nr. 1. 1 AHB'deki “zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)” kavramı, çalışmanın ilk bölümünde uygulama alanı olarak birbirinden farklılaşan yönleriyle bahsettiğimiz *genel işlem koşullarının yorumu* ve şeffaflık denetimine tabi tutulması noktasında, iki kurumun birbirine karıştırılarak doktrinde ve yargı içtihatlarında her ikisi için neredeyse aynı kriterlerin kullanılmasına tipik bir örnektir⁸⁵.

Uyuşmazlık konusu olayda kullanılan Nr. 1. 1 AHB'de düzenlenen “zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)” kavramının içeriği net olmayıp zarara neden olan olayın kendisinin mi yoksa zarar neticesinde ortaya çıkan ve devam etmekte olan olayın mı (*Kausal- oder Folgeereignis*) anlaşılması gerektiği doktrinde ve mahkeme içtihatlarında tartışmalıdır ve farklı şekillerde çözüme kavuşturulmuştur⁸⁶. Yukarıda da belirttiğimiz gibi ilgili koşul uyarınca sigortalanan riziko kapsamında sigortalının sigortanın geçerliliği sırasında ortaya çıkan, neticesi bir kişiye, eşyaya veya malvarlığı zararına yol açan olay nedeniyle (*Schadenereignis/Versicherungsfall*)⁸⁷, yasal sorumluluk hukuku hükümleri uyarınca üçüncü kişinin özel hukuk içerikli tazminat taleplerinin dikkate alınacağı durumlar için sigorta koruması mevcuttur. İkinci fıkra uyarınca “zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)” ise neticesinde üçüncü kişinin zararını doğrudan ortaya çıkaran olaydır. Zararı doğuran olaya sebep olunan an (*die Zeitpunkt der Schadenverursachung*) dikkate alınmaz.

İlgili sigorta koşulunu uyuşmazlık konusu olaya uygularsak, olaydaki sigorta sözleşmesinde sigortalanan olay (*Versicherungsfall*), fırın ustasının mesleki yükümlülüğünü ihlal ettiği pompa aleti tesisatının su geçirmemesi için izolasyonunun yapımı ve fayans yapıştırma işinin tarihinden bağımsız olarak, zarara yol açan olayın ortaya çıktığı an olarak öngörülmüştür. Böylece sigorta-

85 Pilz, s. 1-2.

86 Baumann, in: BK-VVG, § 149 Nr. 166 vd. (*Folgeereignis*); NJW-RR 2004, 1331, 1332 (*Kausalereignis*).

87 “Zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)”, sigorta sözleşmesi bakımından aynı zamanda “sigortalanan olayı (*Versicherungsfall*)” ifade ettiğinden, söz konusu genel sigorta koşulunda “zarara yol açan olay” kavramının yanına, parantez içinde “sigortalanan olay” yazılarak açıklanmıştır.

lanan açısından somut olaydaki sigorta sözleşmesi uyarınca “sigortalanan olay (*Versicherungsfall*)”, bir başka ifadeyle “zararı doğuran olay (*Schadenereignis*)” sigortalının fayans yapıştırırken göstermesi gereken özeni ihlal ettiği tarihten bağımsız olarak bu fiil neticesinde 3. kişinin doğrudan zararına yol açan su taşkınında görülmüştür. Sonuç olarak sigorta sözleşmesi her ne kadar fayans yapıştırma işi tamamlandıktan sonra yapılsa da su taşkını sözleşmenin geçerlilik tarihi dâhilinde ortaya çıkmış ve BGH’ya göre zarar, sigortalanan olay (*Versicherungsfall*) kapsamında gerçekleşmiştir.

“Zarara yol açan olay”ın Nr. 1. 1. AHB’ye göre sigorta sözleşmesi kapsamında gerçekleştiğine ve sigorta komisyoncusunun sorumluluğuna hükmeden istinaf mahkemesi kararını her ne kadar BGH sonuç olarak doğru bulsa da izlenen yol açısından yerinde bulmamıştır.

İhtilafa konu olayda fırın ustası diyaliz muayenehanesindeki su taşkınına yol açan fayans döşeme işini sigorta başlangıcından önce yapmasına rağmen zarar, sigorta sözleşmesinin başlangıcından sonra ortaya çıktığından her ne kadar BGH ya göre “zarar (*Schadensfall*)” sigorta kapsamında gerçekleşmişse de alt derece mahkemelerinde sözleşmede yer alan “sigortalanan olay (*Versicherungsfall*)” tanımını içeren genel işlem koşulunun geçerli olup olmadığı ve sigorta belgesinde sonradan yapılan değişikliğe rağmen yapılan işin sigorta kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrindeki bir kısım görüş gibi istinaf mahkemesi de Nr. 1. 1 AHB’deki genel işlem koşulunu § 307 I 2 BGB uyarınca şeffaf olmadığı (*Intransparenz*) gerekçesi ile hükümsüz olarak değerlendirmiştir⁸⁸. Bir diğer görüşe göre ise bu düzenleme birden fazla anlam taşımamaktadır ve geçerlidir.⁸⁹

BGH kararına göre Nr. 1 AHB’deki “sigortalanan olay” tanımı ne şeffaf olmadığı (*intransparent*) ne de belirsizliği (*unklar*) nedeniyle geçersiz kabul edilemez. BGH kararında bir kez daha genel sigorta koşullarının, yargı içtihatları uyarınca ortalama bir sigortalının makul bir değerlendirme (*bei verständiger Würdigung*) ve görülebilir anlam bütünlüğünü gözeterek nasıl anlaması gerekiyorsa o şekilde yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu da özel bir sigorta bilgisi bulunmayan ortalama bir sigortalının anlayış imkânları (*Verständnismöglichkeiten*) ve çıkarları gözetilerek olur⁹⁰. Somut olayda bunun ne-

88 Lücke in Pröls&Martin, § 100 VVG, Nr. 31; Schmikowski in HK-VVG, AHB 1 Nr. 13.

89 MünchKomm-VVG/Littbarski, § 100 Nr. 117 vd.; Versicherungsrechts-Handbuch&Schneider 2. Aufl. § 24 Nr. 22; Langheid in Römer/Langheid, VVG 4. Aufl. § 100 Nr. 61 vd.)

90 Senatsurteil vom 23. Juni 1993 – IV ZR 135/92, BGHZ 123, 83, 85 ve BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12.

ticesi, “zarara yol açan olayın (*Schadenereignis*)” yorumu tabi tutularak, bundan işin icra edildiği anın değil, su taşkınının ortaya çıktığı anın anlaşılmasıdır. BGH’ya göre su sızıntısının ilk olarak ne zaman ortaya çıktığının tespiti her ne kadar güç olsa da pompa tesisatından sızan suyun belli bir süre boyunca akarak nemden dolayı ortaya çıkan zarar fark edilene kadar devam ettiğinden sözleşme kapsamında gerçekleştiğine şüphe yoktur. Böylece söz konusu sözleşme koşulu her ne kadar yorumu muhtaç olsa da yorum neticesinde ne yoruma elverişsiz olduğuna ne de şeffaf olmadığına dair bir şüphe bırakmamaktadır. Dolayısıyla koşulun geçersizliğine hükmedilemez.

4. Somut Olayda Kullanılan Genel İşlem Koşulları Sigorta Komisyoncusu Tarafından İsbetli Seçilmemiştir

Yukarıda ele alınan genel işlem koşulundaki “sigortalanan olay (*Versicherungsfall*)” ve “zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)” tanımları her ne kadar yorumla geçerliliği korunabilecek olsa da söz konusu sigorta sözleşmesinde tercih edilen genel işlem koşulları, sigortalının mesleki risklerini kapsayarak ona yeterli güvenceyi sunmaktan uzaktır. İnceleme konumuzu oluşturan karara dönecek olursak, BGH son olarak, istinaf mahkemesinin kararında Nr. 7. 14 AHB’de sayılan sigorta sözleşmesi ve dolayısıyla sigorta koruması dışında bırakılan hallere somut olaydaki su taşkınının dâhil olmadığı gerekçesiyle sigorta korumasının bulunduğu hükmetmesini yerinde bulmamıştır.

Senato, istinaf mahkemesinin belirttiğinin aksine kararında Nr. 7. 14 (1) AHB’deki koşulun ortalama bir sigortalının bakış açısı ile ancak sigortalı, suyu bizzat kendisi kanalize ettiyse ya da en azından buna kendisi sebebiyet verdiyse uygulama alanı bulacağı yönünde sınırlı olarak yorumlanamayacağını belirtmiştir. Nr. 7. 14 (1) AHB’de evsel olmayan, kullanımından sonra göz ardı edilemeyecek şekilde yapısı değişen ve içerisinde kimyasal maddeler, mikrop-lar veya çürümüş maddeler barındırabileceği gerekçesiyle tehlike arz eden atık sular sözleşme koruması dışında bırakılmıştır. Hükmün lafzından ve amacından bu tür atık suların Nr. 7. 14 (1) AHB uyarınca sigorta koruması dışında bırakılması için sigortalı tarafından bizzat kanalize edilmiş olmasına dair bir sınırlama çıkarılamamaktadır. Nitekim sigorta şirketi de bu tür evsel olmayan atık suların kendi sorumluluğuna yol açacak tipik ve göz ardı edilemeyecek tehlikelerinin sorumluluğunu üstlenmek istemez⁹¹.

91 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12; BGH, VersR 1973, 170.

Bu nedenle BGH'ya göre Nr. 7. 14 (1) AHB uyarınca sigorta kapsamı dışında bırakılan durum objektif olup su sızıntısının ortaya çıkışının kimin fiili ile gerçekleştiğinden bağımsız olmalıdır. Sigortalı böylece atık suların tehlike potansiyelini ve neden belirli durumlarda sigorta korumasının dışında kalacağını ilgili koşul uyarınca [Nr. 7. 14 (1) AHB] anlayabilecek ve endüstriyel (*gewerblich*) veya işletmesel (*betrieblich*) atık suları arasındaki sınırı çizen “evsel atık suları (*häusliche Abwässer*)” kavramından ne anlaşılması gerektiğini öngörebilecektir. Olaydaki pompa aleti tesisatının yer aldığı kısımda olduğu gibi tıbbi cihazların kullanımıyla ortaya çıkan sular bu nedenle Nr. 7. 14 (1) AHB'deki anlamıyla evsel atık suları olarak görülemeyecektir. Ancak davacı tarafından bildirilen zararın Nr. 7. 14 (1) AHB'nin uygulanmasıyla davacının işletmesi kapsamında icra ettiği işin kendisine bildirilen cevap esas alınarak sigorta korunmasının bulunmadığı hemen söylenemeyecektir. Bunun için başka tespitler de yapılmalıdır. Şöyle ki:

Kararlaştırılan “Özel Durumlar ve İşletme ve Yan Sanayi Kuruluşlarında Riziko Tanımı” II 3. 3 maddesine göre “Nr. 7. 14 AHB (1), (3) ve (4)'te sayılan durumlardan kısmen farklılaşarak, atık sular (...) nedeniyle ortaya çıkan zararlardan doğan sorumluluk sigortası talepleri sigortalının atık su tesisatının planlaması, yapımı, sevkiyatı ve atık su tesisatından veya açıkça ona ait olduğu anlaşılan parçaların bakımından doğanlar hariç olmak üzere birlikte sigortalıdır.” Böylece atık suların doğan maddi zararlara ilişkin talepler Nr. 7. 14 AHB'den farklılaşarak tekrar kapsama alınmış; ancak içinden diyaliz muayenehanesinin atık sularının geçtiği pompa aleti tesisatının yalıtımının yapımı burada da sigorta kapsamı dışında bırakılan istisnalar arasında kalmıştır⁹².

İstinaf mahkemesinin kararında davalının görevini ihmal ettiği tespit edilmiş olmakla birlikte, davacının atık sular nedeniyle ortaya çıkan zararlarını yukarıdaki gibi bir istisna olmaksızın kapsamına alan bir sigorta korumasını davalı sigorta komisyoncusunun önerip önermemesi gerekliliğine ilişkin bir tespit yapılmamıştır.

Yukarıda da belirtildiği gibi sigorta komisyoncusunun yükümlülüklerine işin özüne uygun risk denetimini yapmak ve özellikle icra edilen işin koşulları piyasada alışıl gelmiş olan koşullardan farklılaşıyorsa buna uygun sigorta korumasını tedarik etmek de dâhildir. Bu nedenle sigorta komisyoncusu 2007 tarihli örnek tarifinin⁹³ “Endüstri, Ticaret ve Esnaflık” işlerini düzenleyen Ta-

92 Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (*Versicherungsvertragsgesetz, VVG*) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Beckmann&Matusche-Beckmann, § 1a, Nr. 5 vd.

93 “Tarif I: Industrie, Handel und Gewerbe des” Mustertarifs 2007.

rif I i dikkate almalı idi. Tarifenin nr. 1. 2. lit. b) Yan sanayi kuruluşlarında atık sular nedeniyle ortaya çıkan zararlardan doğan talepler –bunlar arasında nr. 1. 2. 5 uyarınca fırın ustaları ve aynı şekilde fayans yapıştırma işi yapanlar da dâhildir– 7. 14. (1) AHB'den farklılaşmakta ve orada sayılan istisnalar olmaksızın koruma kapsamına alınmaktadır⁹⁴. Sigorta komisyoncusu fırın ustasının icra ettiği işten doğabilecek sorumluluğu yeterince araştırıp rizikoları gözetmediğinden ve bahsi geçen 1 numaralı tarifeyi sigorta sözleşmesinde dikkate alması gerekirken AHB 2008 'i sözleşmeye dâhil edip, böylece esas koruma kapsamına alınması gereken rizikonun sözleşme kapsamı dışında kalmasına sebebiyet verdiğinden BGH kararında kendisinden beklenen özen yükümlülüğünü yerine getirmedeği gerekçesi ile sorumluluğuna hükmedilmiştir. AHB 2008 her ne kadar fırın ustasının mesleki rizikolarını ve sorumluluğunu kapsıyor gözükmese de 7. 14. (1) AHB ve “Özel Durumlar ve İşletme ve Yan Sanayi Kuruluşlarında Riziko Tanımı” II 3. 3 maddeleri uyarınca somut olayda ortaya çıkan zarar, sigorta sözleşmesinin koruma kapsamı dışında kalmaktadır.

D. KARARIN ÖNEMLİ NETİCELERİ ve OLASI ETKİLERİ

1. Varsayımsal Koruma (*Quasideckung*) ile Komisyoncunun Sorumluluğunun Genişletilmesi

BGH'ya göre § 249 I BGB uyarınca sigorta komisyoncusu tıpkı sigortalıya fayans yapıştırma işini de kapsayan bir mesleki sorumluluk sigortası sunmuş gibi sorumlu tutulmalıdır⁹⁵. Böylece komisyoncunun sorumlulukları arasına bir yenisi daha eklenmiştir.

Sigorta komisyoncusu sigorta sözleşmelerine aracılık ettiğinden öncelikli vazifesi sigortalıyı bilgilendirmektir⁹⁶. İş yaşamı koşullarının karmaşası ve belirsizliği nedeniyle sigorta yaptırmak isteyen ve konuyla ilgili yeterli sahibi olmayan pek çok ilgili, komisyoncunun danışmanlığına ve aydınlatmasına ihtiyaç duymaktadır. Bu doğrultuda BGH haklı olarak, kararında sigorta komisyoncusunun davalı fırın ustasına hangi kapsam ve koşullarda işini icra ettiğini ve davalının fayans yapıştırma işinden doğan rizikonun da sigortalanmasına ilişkin talebini sorarak aydınlığa kavuşturmuş olması gerektiğini vurgulamaktadır.

94 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12.

95 “*Quasideckung*”, Bkz. Prölss&Martin, VVG, 28. Auflage, § 63 VVG, Nr. 16; MünchKomm-VVG/Reiff, § 63 Nr. 19; HK-VVG/Münkel, 2. Aufl. § 6 Nr. 46; Schwintowski in Bruck/Möller, VVG 9. Aufl. § 63 Nr. 20.

96 Prölss/Martin, § 61, Nr. 3.

BGH böylece sigorta komisyoncusu için yerine getirilmediği takdirde varsayımsal koruma (*Quasideckung*) ile sorumlu tutulacağı kapsamlı bir denetleme yükümlülüğü (*Prüfpflicht*) tayin etmiştir. Karar neticesinde komisyoncunun bundan böyle danışmanlık ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesinin yanı sıra bu yükümlülüklerini hakkıyla yerine getirdiğini detaylı bir şekilde ispatlaması gereği de görüş olarak savunulabilecektir. Sigorta komisyoncusu ancak yazılı ispat yükümlülüğünü yerine getirerek ilgisinin taleplerine uygun olarak muhtemel rizikoları öngördüğünü ve buna uygun sigorta güvencesinin koşullarını sunduğunu ispatlayabilir. Somut olay ne kadar kompleks ise komisyoncu da yazılı ispat ve belgelendirme yükümlülüğünü o kadar detaylı şekilde yerine getirmelidir. BGH'ya göre sigorta komisyoncusu sigortalının çıkarlarının temsilcisi olup sözleşmenin kurulmasına aracılık ettiğinden ve söz konusu varsayımsal koruma ile sorumluluğu genişletildiğinden daha yüksek ihtimam (*höhere Sorgfalt*) göstermekle yükümlüdür. Böylece kanaatimizce BGH kararının en önemli neticelerinden biri, sigorta komisyoncusunun yükümlülüğünün genişletilerek sorumluluğunun daha da arttırılmasıdır.

2. Şeffaflık İlkesinin Sınırlarının Belirlenmesi

Somut olayda BGH ayrıca sorumluluk sigortası sözleşmelerine dâhil edilen ve “sigortalanan olayın (*Versicherungsfall*)” tanımını içeren genel işlem koşullarının mahkemelerce denetlenip denetlenemeyeceğini, denetlenebilecekse hangi oranda bunun mümkün olduğunu aydınlığa kavuşturmak istemiştir. Nr. 1. 1 AHB uyarınca “sigortalanan olayı” içeren koşulda zarara neden olan olayın (*Schadenereignis*) zamansal açıdan sigortanın kapsamına dâhil olup olamayacağı tartışmasına ilişkin olarak BGH § 307 I 2 BGB uyarınca koşulun şeffaf olup olmadığını veya § 305c II BGB deki anlamıyla belirsiz (*unklar*) bir koşulun varlığı gerekçesi ile geçersiz görülüp görülemeyeceğini de ele almış, kararın neticesinde her iki olasılığı da reddetmiştir⁹⁷.

Böylece Mahkemeye göre genel sigorta koşulundaki “sigortalanan olayın tanımı (*Versicherungsfalldefinition*)” ne belirsizliği ne de şeffaf olmadığı gerekçesi ile geçersiz kabul edilemez. “Zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)” kavramı, ilgili sözleşme koşulu yoruma tabi tutularak değerlendirildiğinde işin icrası, bir başka deyişle somut olayda fayansların yapıştırılması değil, bu fa-

97 Karş. Prölss&Martin, VVG, § 100 VVG, Nr. 31.

yanslardan suyun ortaya çıkışı olarak görülmelidir. Ortalama bir sigortalı Nr. 1. 1. II AHB'nin lafzından öncelikle “zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)” kavramını, mesleki icranın yapıldığı an olarak değil, bu fiilin sonucunda üçüncü kişinin doğrudan zararının ortaya çıktığı an olarak değerlendirecektir. Fayans yapıştırma ve su geçirmemesi için yapılan izolasyon işleri bu nedenle zaman olarak birbirinden ayrılmaktadır. Zarara yol açan olay (*Schadenereignis*), neticesinde üçüncü kişinin “doğrudan (*unmittelbar*)” zararının ortaya çıkmasına yol açan olaydır (Nr. 1. 1. II AHB). Burada zarara yol açan olaya sebebiyet veren fiil gündeme gelmez (Nr. 1. 1. II 2 AHB). Somut olayda üçüncü kişinin doğrudan zararına yol açan fayansların yapıştırılması işi değil, fayanslardan suyun sızmasıdır. Bir başka deyişle üçüncü kişinin zararı fayanslar yapıştırıldığı için değil su sızdırdığı için ortaya çıkmıştır.

Kararın devamında BGH kanun koyucunun zarara yol açan olayı (*Ver sicherungsfall*) bilinçli olarak kanunda düzenlemeyip, bunu taraf iradelerine bırakmak istediğini belirtmiştir. Zira “zarara yol açan olay” tanımı, sözleşmeden doğan edimin esasını (*Kern der Leistungsbeschreibung*) oluşturur ve genel işlem koşullarının tabi olduğu içerik denetiminden muaftır⁹⁸. Ancak ilgili sözleşme koşulunun lafzı ve öngörülebilir amacı, edimin esasını belirlemek yerine onu tamamlıyor, değiştiriyor, sınırlıyor veya genişletiyor ise bu koşul, yargısal içerik denetiminden muaf tutulamaz⁹⁹. Ancak somut olayda böyle bir durum söz konusu değildir¹⁰⁰.

BGH'ya göre her ne kadar § 307 III 2 BGB uyarınca şeffaflık ilkesi sözleşmenin esaslı unsurlarını (*Hauptleistungsversprechen*) kapsıyor olsa da somut olayda şeffaflık kontrolü yapılamaz. Nr. 1. 1 AHB'deki koşul, hükümsüzlüğüne yol açacak bir denetime kapalıdır. Aksi halde “sigortalanan olay (*Ver sicherungsfall*)” yasal olarak tanımlanmadığından sorumluluk sigortası sözleşmesinde sözleşmenin esaslı unsurlarından (*essentialia negotii*) birini oluşturan bu tanımın hükümsüzlüğü, bütün sigorta sözleşmesinin geçersizliğine yol açacak ve sözleşme ile korunması gereken taraf korumasız kalacaktır. Genel işlem şartları içeren bir sözleşmenin açık, anlaşılabilir hükümler içermesi gereği özellikle sözleşmenin zayıf tarafını, bir başka deyişle genel işlem koşullarını sözleşmede kullanan tarafın hitap ettiği kitleyi koruması gerekirken, böyle bir yorumla Nr. 1. 1 AHB'nin hükümsüzlüğüne hükmedilmesi şeffaflık kontrolü ilkesinin amacını aşar.

98 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12; Pröller&Martin, § 100 Nr. 26.

99 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12 (karş. Senat, NJW-RR 2008, 189 = VersR 2007, 1690 Nr. 13 ve BGHZ 127, 35 [41] = NJW 1994, 2693).

100 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12.

Sonuç olarak yüksek mahkeme sorumluluk sigortası sözleşmelerinde “sigortalanan olayın tanımının (*Versicherungsfalldefinition*)” sözleşmenin birincil derecedeki edimlerin esasını oluşturduğuna (*Kern der primären Leistungsbeschreibung*) ve genel işlem koşullarına uygulanan denetime tabi tutulmayacağına hükmetmiştir. Sözleşmenin esasının kati bir şeffaflık denetimine tabi tutulması sözleşme özgürlüğü ilkesine göre de mümkün değildir. Aksi halde yukarıda da belirttiğimiz gibi sigortalanan, sigorta korumasını kaybeder. BGH kararında, aynı gerekçe ile § 305c II BGB uyarınca da Nr. 1. 1 AHB'nin belirsiz (*unklar*) olduğuna hükmedilemeyeceğini belirtmiştir.

3. Kararın Olası Etkilerine Somut Bir Örnek: D&O Sigorta Sözleşmelerindeki *Claims-Made* İlkesini İçeren Genel İşlem Koşullarına Etkisi

BGH'nin mesleki sorumluluk sigortalarında sözleşmenin esaslı unsurlarından birini oluşturan “sigortalanan olay” tanımının şeffaflık kontrolü ve içerik denetiminden muaf olduğuna hükmeden bu kararı, başka sorumluluk sigortası türlerinde de etkili olacaktır. Yönetici sorumluluk sigortalarında (*D&O Versicherung, Directors-and-Officers-Versicherung, auch Organ- oder Manager-Haftpflichtversicherung*)¹⁰¹ *Claims-Made-Prinzip*, bir başka deyişle talebin ileri sürülmesi ilkesi (*Anspruchserhebungsprinzip*) olarak adlandırılan koşullar içeren yönetici sorumluluk sigortaları buna bir örnektir. Kararın bu tür koşullar üzerindeki etkisi kendisini, söz konusu koşulların yine içerik denetiminin yanı sıra şeffaflık kontrolünden de muaf tutulmaları yönünde gösterecektir.

Kısaca bahsetmek gerekirse *Claims-made-Prinzip* ile kastedilen, sözleşmenin geçerliliği süresince ileri sürülen tazminat taleplerinin sigorta koruması bakımından dikkate alınacak olmasıdır. Bu tür koşullar içeren sigorta sözleşmelerinde, sözleşme bitiminden sonra ileri sürülen talepler dikkate alınmaz, sözleşme koruması dışında kalır¹⁰². Söz konusu koşul uyarınca, incelediğimiz BGH kararına konu uyuşmazlığın aksine ne yükümlülüğün ihlal edildiği zaman (*Pflichtverletzung*) ne de zararın ortaya çıktığı zaman (*Scha-*

101 Yönetici sorumluluk sigortası sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Beckmann/Matusche-Beckmann (2009) *Versicherungsrechts-Handbuch*, 2. Aufl., München, Verlag C. Beck, § 28, Nr. 1.

102 Koch, Robert (2011) “Das Claims-made-Prinzip in der D&O-Versicherung auf dem Prüfstand der AGB-Inhaltskontrolle”, *VersR*, Heft 7, s. 297. Yönetici sorumluluk sigortası sözleşmelerinin kapsamı ve sigorta korumasının zaman bakımından uygulama alanı hakkında bkz. Beckmann/Matusche-Beckmann, § 28, Nr. 84 vd.; Nr. 98 vd.

denseintritt) önem taşır. Bu tür sözleşmelerde her ne kadar geriye etkili bir koruma (*Rückwärtsdeckung*) söz konusu olsa da sigortalayanın sözleşmenin bitiş tarihinden sonrası için sorumluluğu gündeme gelmez¹⁰³. Bu tür genel işlem koşulunda “sigortalanan olay”, “talebin ileri sürülmesi” olarak tanımlandığından sigortalanan rizikonun zorunlu olarak sözleşmenin geçerlilik süresi içinde gerçekleşmesi gereği OLG München¹⁰⁴ ve doktrinde onu izleyen görüşler¹⁰⁵ uyarınca § 307 I 1 BGB’ye göre içerik kontrolüne kapı aralayacak şekilde sigortalının ediminin değiştirilmesi (*Modifizierung*) olarak görülmüştür. Nitekim çalışmanın ilk bölümünde de değindiğimiz üzere şeffaflık kontrolüne tabi olduğu halde içerik denetiminden muaf tutulan sözleşmenin esaslı unsurları değiştirildiği, genişletildiği veya sınırlandırıldığı zaman içerik denetiminden de kurtulamayacaktır. Oysaki yukarıda da açıklığa kavuşturulduğu üzere mesleki sorumluluk sigortasındaki genel işlem koşullarına ilişkin BGH kararı uyarınca sigortalayanın edimini içeren “sigortalanan olay” tanımı, sözleşmenin esaslı unsurlarından birini oluşturmakla birlikte, her ne kadar BGB’nin hukuk tekniği bakımından şeffaflık denetimine tabi tutulabilecek idiye de bundan böyle içerik denetiminin yanı sıra şeffaflık denetiminden de muaf olacaktır.

Yönetici sorumluluk sigortaları açısından bu, yönetici sorumluluk sigortalarında “sigortalanan olay”ı, dolayısıyla sigorta şirketinin edimini tanımlayan *Claims-made* koşulları açısından, bu ilkeyi içeren genel işlem koşulunun da sözleşmenin esasını, çekirdeğini oluşturduğu gerekçesi ile genel işlem koşulları denetimine ve ayrıca ve şeffaflık kontrolüne tabi tutulamamasında kendini gösterecektir.¹⁰⁶

Somut olayda taraflar sigortanın koruma kapsamını genişleterek geriye etkili sigorta yapmayı kararlaştırdıysalar burada sigortalayanın ediminin belirlenmesine ilişkin bir koşul söz konusu olduğundan sözleşmenin esaslı unsurudur ve içerik denetimi ve şeffaflık kontrolüne tabi tutulamayacaktır¹⁰⁷. Bu nedenle daha önceleri tartışmalı olan § 307 I 2 BGB anlamında karşı tarafın “ölçüsüz mağduriyeti (*eine unangemessene Benachteiligung*)” unsurunun

103 Bkz. Baumann, Horst (2012) “AGB-rechtliche Inhaltskontrollfreiheit des Claims-made-Prinzip? –Zugleich Grundsatzbetrachtungen zum Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung–“ VersR, Heft 34, s. 1461, 1462.

104 OLG München VersR 2009, 1066.

105 Baumann, VersR 2012, 1461(1465); Graf v. Westphalen VersR 2011, 145 (152 vd.)

106 Kubiak, Simon (2014) “Zur AGB-Kontrolle der Versicherungsfalldefinition und zu den Auswirkungen auf das Claims-made-Prinzip in der D&O Versicherung –Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 26.3.2014 (IV ZR 422/12)” VersR, Heft 22, s. 933.

107 Görüş için bkz. Kubiak, VersR 2014, s. 933.

gerçekleşip gerçekleşmediği veya hangi kapsamda gerçekleştiği meselesi artık anlamını yitirmiştir¹⁰⁸.

26.03.2014 tarihli BGH kararından sonra bahsettiğimiz görüş savunulmaya devam edilirse BGH ile çelişkili duruma düşecektir¹⁰⁹. Sigortalanan olay olarak talebin zorunlu şekilde sözleşmenin geçerliliği süresince ileri sürülmesini öngören genel sigorta koşulları, (*Anspruchserhebungsprinzip*) bundan böyle içerik denetimine kapı aralayacak şekilde sigortalayanın ediminin değiştirilmesi olarak değil, Claims-Made koşullarındaki “sigortalanan olayın tanımına ait ayrılmaz bir unsur” (*integraler Bestandteil der Versicherungsfall-definiton des Claims-made-Prinzips*) olarak görülmeli ve yargı denetiminden muaf olmalıdır¹¹⁰.

SONUÇ

Genel işlem koşullarının şeffaflık denetimi, içerik denetimini de kapsar. Bir başka deyişle BGB'nin hukuk tekniği bakımından her ne kadar sözleşme serbestisi gereğince sözleşmenin esaslı unsurları içerik denetimine tabi tutulmasa da § 307 III 2 uyarınca şeffaflık kontrolünden muaf değildir. Ancak inceleme konumuzu oluşturan 26.03.2014 tarihli kararında BGH, mesleki sorumluluk sigortası sözleşmelerinde sigortacının edimini belirleyen Nr. 1. 1 AHB'de “sigortalanan olayı (*Versicherungsfall*)” düzenleyen genel sigorta koşulunun şeffaflık kontrolüne dahi tabi tutulamayacağına hükmetmiştir. Bunun nedeni, şeffaflık kontrolü neticesinde söz konusu genel sigorta koşulunun hükümsüzlüğüne hükmedilerek, sözleşmenin esaslı unsurunu içeren koşul geçersiz kılınırsa § 306 BGB uyarınca sigorta sözleşmesinin tamamen ortadan kalkmasını ve sigortalının korumasız kalmasını engellemektir. Öte yandan somut uyuşmazlık açısından Nr. 1. 1 AHB'de düzenlenen “sigortalanan olay” ve “zarara yol açan olay” kavramları her ne kadar yoruma muhtaç olsa da doktrin ve mahkeme içtihatlarındaki tartışmaların aksine BGH, tanımların yorum neticesinde ne belirsiz (*unklar*) ne de anlaşılabilir (*unverständlich*) olmadıklarına hükmetmiştir.

Kararda ayrıca ortaya çıkan zarar sigorta koruması dışında kalmasına rağmen sigorta komisyoncusu piyasada alışılabilenin aksine firın inşası yanı

108 Bkz. Koch, VersR 2011, s. 297.

109 Bkz. Kubiak, VersR 2014, s. 933.

110 Kubiak, VersR 2014, s. 933. Karş. Baumann, VersR 2012, 1465; Koch, VersR 2011, 297.

sıra fayans yapıştırma işi de icra eden davacının ihtiyacına cevap verecek genel sigorta koşullarını gereğince araştırıp önermediğinden sorumluluğuna hükmedilmiştir. Ayrıca sigortanın koruma kapsamı genişletilerek atık sular sebebiyle ortaya çıkan maddi zarar sanki sigorta kapsamında yer almış gibi bir hukuki durum (*Quasideckung*) sağlanarak sigorta komisyoncusunun sorumluluğu genişletilmiştir.

KAYNAKÇA

Armbrüster, Christian (2004) "Transparenzgebot und deklaratorische Klauseln" Festschrift für Kollhosser Bd. II, s. 3-13.

Baumann, Horst (2004) "Die Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Auslegung von Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen" Privatrecht und Methode Festschrift für Ernst A. Kramer, s. 447-461.

Baumann, Horst (2012) "AGB-rechtliche Inhaltskontrollfreiheit des Claims-made-Prinzips? –Zugleich Grundsatzbetrachtungen zum Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung–" VersR, Heft 34, s. 1461-1500.

Basedow, Jürgen (2012) Münch/Komm-BGB, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München, Verlag C. H. Beck.

Beckmann/Matusche-Beckmann (2009) Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Auflage, München, Verlag C. H. Beck.

Koch, Robert (2011) "Das Claims-made-Prinzip in der D&O-Versicherung auf dem Prüfstand der AGB-Inhaltskontrolle" VersR, Heft 7, s. 295-302.

Koller, Ingo (1990) "Transparenzgebot und Allgemeine Geschäftsbedingungen" Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, s. 667-686.

Kubiak, Simon (2014) "Zur AGB-Kontrolle der Versicherungsfalldefinition und zu den Auswirkungen auf das Claims-made-Prinzip in der D&O-Versicherung –Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 26.3.2014 (IV ZR 422/12)" VersR, Heft 22, s. 932-934.

Lange, Oliver (2004) "Auslegung, Unklarheitenregelung und Transparenzgebot" ZGS, s. 208-213.

Littbarski, Sigurd (2014) "Schadenereignis in der Haftpflichtversicherung und Haftung des Versicherungsmaklers" NJW, s. 2038-2042.

Pilz, Knut (2010) Missverständliche AGB, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft.

Präve, Peter (1998) Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz, München, Verlag C. H. Beck.

Präve, Peter (2000) "Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot", VersR, Heft 4, s. 138-144.

Pröller&Martin (2010) Versicherungsvertragsgesetz, 28. Auflage, München, Verlag C. H. Beck.

Schaffrin, Daniel (2016) Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Ein Vergleich, 1. Auflage, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH.

Schäfer, Jürgen (1992) Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Frankfurt a. M.

Schwab, Martin (2014) AGB-Recht, 2. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, Verlag C. F. Müller.

Schmitt&Ulmer (2010) Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verträge für Unternehmen, Berlin Heidelberg, Verlag Springer.

Staudinger&Coester, Michael (2006) Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), Berlin, Verlag Sellier-de Gruyter.

Staudinger&Schlosser, Peter (2013) Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin, Verlag Sellier-de Gruyter.

Stein, Ursula (1991) Kommentierung, Soergel/Stein, BGB, Band 3, 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln.

Wolf, Manfred (1994) Kommentierung, Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 3. Auflage, München.