

# İFLASTA TAKAS VE İFLASTA TAKASIN CAİZ OLMAMASINA İLİŞKİN BİR ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARI

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA FERENDECİ\*

Alman Federal Mahkeme'si 9. Hukuk Dairesinin 15.07.2004 tarihli ve IX ZR<sup>1</sup> 224/03 sayılı kararı<sup>2</sup>:

Kaynak (Nachschlagewerk): evet<sup>3</sup>

Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarındaki Kararları (BGHZ)<sup>4</sup>: evet<sup>5</sup>

Alman Federal Mahkemesi'nin Sistemik Derlemesi (BGHR)<sup>6</sup>: evet<sup>7</sup>

Alman İflas Kanunu'nun<sup>8</sup> (InsO)<sup>9/10</sup> § 94<sup>11</sup>, § 96 1. fıkrası bent 2<sup>12/13</sup>

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Çevirenin notu: ZR kısaltmasının açılımı, Zivilrecht.

<sup>2</sup> Kararın Almanca metni için bak. <http://www.bundesgerichtshof.de/>.

<sup>3</sup> Çevirenin notu: Karardaki bu bölüm bir değerlendirmedir. Başka bir deyişle, söz konusu kararın bir kaynaktaki yer alıp alması konusuna cevap veren kısımdır.

<sup>4</sup> Çevirenin notu: BGHZ kısaltmasının açılımı, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarındaki Kararları).

<sup>5</sup> Çevirenin notu: Bu bölümde söz konusu kararın BGHZ karar dergisinde yer alması ele alınmaktadır.

<sup>6</sup> Çevirenin notu: BGHR kısaltmasının açılımı, Bundesgerichtshofreport (Alman Federal Mahkemesi'nin Sistemik Derlemesi).

<sup>7</sup> Çevirenin notu: dn. 5'de olduğu gibi, bu kısımda bu kararın BGHR derlemesinde yer alması uygun görülmektedir.

<sup>8</sup> Çevirenin notu: Bu bölümde kararın hangi maddelere ilişkin olduğu özet şeklinde belirtilmektedir.

<sup>9</sup> Çevirenin notu: Insolvenzordnung adlı kanun, Alman Aciz Kanunu'nu olarak da tercüme edilmekte; Alman İflas Kanunu kavramı ise Alman Hukuku'ndaki eski iflas kanunu (Konkursordnung) için kullanılmaktadır, bak. Üstündağ, s. 1. Çalışmamızda Insolvenzordnung adlı kanunu, Alman İflas Kanunu olarak tercüme edeceğiz; Konkursordnung ise eski Alman İflas Kanunu olarak adlandırılacaktır. Böylece eski çalışmalarımızla bir bütünlük sağlamış olacağız, bak. Özkaya-Ferendeci, Somer'e Armağan, s. 625 ve s. 628; Özkaya-Ferendeci, HAD, s. 57 vd.

<sup>10</sup> Çevirenin notu: 1877 tarihli eski Alman İflas Kanunu (Konkursordnung) 31.12.1998'e kadar yürürlükte kalmıştır. Bundan sonra yerini 05.10.1994'de kabul edilen ve 01.01.1999'da yürürlüğe giren Alman İflas Kanunu (Insolvenzordnung) almıştır. Eski Alman İflas Kanunu'ndaki düzenlemelerin temel amacı alacaklıyı korumak ve onların subjektif haklarının yerine gelmesini sağlamaktır. Bu hedefe ulaşmak için de borçlu sadece elinde kalan mal varlığı itibarıyla önem kazanmakta ve iflas prosedürü sürecinde onun menfaatlerinden ziyade

Borçlu (müflis) ile sözleşme yapan taraf, şirket olarak bir holdinge dahil ise ve Genel İşlem Şartları'nda holdinge dahil olan başka bir şirketten borçluya karşı (müflise) alacağını devralma hakkını saklı tutmuş ise, borçlunun (müflisin) kendisinden alacağına karşı, holdingin diğer şirketinden devraldığı alacağı iflas açıldıktan sonra takas etmesi geçersizdir.

Alman Federal Mahkemesi, 15 Temmuz 2004 – IX ZR 224/03 – Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi, Frankfurt Asliye Hukuk Mahkemesi<sup>14</sup>

alacaklının menfaatleri gözetilmekteydi. Ancak yeni Alman İflas Kanunu buna ek olarak borçlunun ekonomik açıdan kurtarılması prensibini (Alman İflas Kanunu'nun 1. maddesi) benimsemektedir; bak. Özkaya-Ferendeci, Somer'e Armağan, s. 628; Özkaya-Ferendeci, HAD, s. 57 vd..

<sup>11</sup> Çevirenin notu: § 94 InsO'nun içeriği şöyledir:

§ 94 InsO Erhaltung einer Aufrechnungslage

Ist ein Insolvenzgläubiger zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kraft Gesetzes oder auf Grund einer Vereinbarung zur Aufrechnung berechtigt, so wird dieses Recht durch das Verfahren nicht berührt.

Tercümesi:

§ 94 InsO: Takas durumunun muhafaza edilmesi

İflas alacaklısının kanundan veya bir sözleşmeden kaynaklanan takas hakkı iflasın açılması anında mevcut ise, bu hak iflasın açılmasından etkilenmez.

<sup>12</sup> Çevirenin notu: § 96 InsO'nun içeriği şöyledir:

§ 96 InsO Unzulässigkeit der Aufrechnung

(1) Die Aufrechnung ist unzulässig,

1. wenn ein Insolvenzgläubiger erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens etwas zur Insolvenzmasse schuldig geworden ist,

2. wenn ein Insolvenzgläubiger seine Forderung erst nach der Eröffnung des Verfahrens von einem anderen Gläubiger erworben hat,

3. wenn ein Insolvenzgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat,

4. wenn ein Gläubiger, dessen Forderung aus dem freien Vermögen des Schuldners zu erfüllen ist, etwas zur Insolvenzmasse schuldet.

Tercümesi:

§ 96 InsO: Takasın izinli olmadığı haller

(1) Aşağıdaki hallerde takas yapılamaz.

1. İflas alacaklısı iflas açıldıktan sonra masanın borçlusu olursa,

2. İflas alacaklısı, alacağını ancak iflas açıldıktan sonra başka bir alacaklıdan edinmiş ise,

3. İflas alacaklısı, takas hakkını iptale edilebilecek bir hukuki işlem ile kazanmış ise,

4. Alacaklı, borçlunu (müflisin) masaya giren mallarından değil de, masaya dahil olmayan mallarından tatmin edilecek ise ve aynı zamanda kendisinin de masanın borçlusu olması halinde.

<sup>13</sup> Çevirenin notu: Tercümelere de anlaşılabileceği üzere § 94 ve § 96 InsO'nun içerikleri, İİK (İcra ve İflas Kanunu) m. 200 ve m. 201 benzemektedir.

<sup>14</sup> Çevirenin notu: Bu kısımda söz konusu kararın Alman Federal Mahkemesi'ne gelmeden hangi aşamalardan geçtiği kronolojik şekilde belirtilmektedir. Söz konusu ihtilaf ilk derecede

Alman Federal Mahkemesi'nin 9. Hukuk Dairesi 15 Temmuz 2004 tarihinde sözlü duruşma sonucunda, hakimler Dr. Fischer, Dr. Ganter, Raebel, Kayser ve Cierniak tarafından şu kararı vermiştir:

Davacının kanun yolu başvurusu üzerine Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 21. Hukuk Dairesinin 22 Ocak 2003 tarihinde verdiği ve Frankfurt 22. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 17 Ocak 2002 tarihinde verdiği kararların, masraflara ilişkin kısmı ve davacının ödeme talebine ilişkin ret kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.

Davalı, davacıya 58.529,89 Avro ve 10 Eylül 2001 tarihinden itibaren yıllık % 5 faiz ödemeye mahkum edilmiştir.

Davalı temyiz yargılamasının yargılama masraflarını üstlenmeye mahkum edilmiştir. İlk ve ikinci derece yargılamasının yargılama masraflarının 1/5'ini davacı, 4/5'ünü ise davalı ödemeye mahkum edilmiştir.

#### Olay (Tatbestand):

Davacı, M. şirketinin (bundan sonra borçlu / müflis olarak adlandırılacak) iflas idaresidir. Söz konusu iflas 1 Ağustos 2000'de açılmıştır. Davacı, davalının – temyiz yargılamasında menfaati kaldığı kadar – 114.474,52 DM<sup>15</sup> (= 58.529,89 Avro) ödemesini talep etmektedir.

Davalıya göre, davacının talebi, F. şirketine ait alacak ile takas edilerek son bulmuştur. Bunun açıklaması şöyledir:

Müflis, davalı F.'nin bayisiydi, ve F.'den muhtelif sözleşmelerle F., L. ve A. marka araçlar almıştır. Araçlar için F. şirketi ile leasing veya kredi sözleşmeleri yapmıştır. Bu sözleşmelerin ek 6'sında Genel İşlem Şartları'na yer verilmiş ve V.3. numaralı şartın içeriği şöyledir:

“F., bayisinin kendisinden alacaklarına karşı, F. şirketinin bayisine karşı alacağını

takas etme hakkına sahiptir.”

---

Frankfurt Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmüş, sonra istinaf aşamasında Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi'nde incelenmiş ve son olarak da temyiz aşamasında Federal Mahkeme'de hukuki denetime tabi tutulmuştur.

<sup>15</sup> Çevirenin notu: DM kısaltmasının açılımı, Deutsche Mark (Alman Markı).

F. şirketinin borçludan 6 milyon DM'dan fazla alacağı vardı. Borçlunun 29 Haziran 2000 tarihinde iflasın açılmasına yönelik talepte bulunmasından sonra, davalı F, F. şirketinin talebi üzerine, F. şirketine çek ile 114.474,52 DM (= 58.529,89 Avro) ödeme yapmıştır. 7 Eylül 2001 tarihinde davalı, F. şirketi ile yapılan hesaplaşmanın Genel İşlem Şartları'nın V.3. numaralı düzenlemeye göre yapıldığını beyan etmiştir. Davacı, söz konusu holding hesaplaşma klotunun geçersiz olduğunu ve yapılan takasın iptal edilebileceğini iddia etmektedir.

İlk ve ikinci derece mahkemelerde davacının ödeme talebi reddedilmiştir. Davacı – kabule şayan olan – temyiz talebi ile, talebini hala istemektedir.

#### Karar Gerekçesi (Entscheidungsgründe):

Temyiz talebi yerindedir.

I.

İstinaf mahkemesi (istinaf mahkemesinin kararı ZIP<sup>16</sup> 2003, s.<sup>17</sup> 1408'de yayımlanmıştır), davalının sözleşmelerinde yer alan Genel İşlem Şartları'nın V.3. numaralı düzenlemesinin geçerli olduğuna karar vermiştir. Davalının beyan ettiği takasın § 96 fıkra 1 bent 2 veya 3 InsO'ya aykırı olmadığını ve § 131 fıkra 1 bent 1, § 132 fıkra 1 InsO'ya göre de iptal edilemeyeceğini tespit etmektedir. Hukuki denetim yapıldıktan sonra bu tespitin doğru olmadığı kansına varılmıştır.

II.

Davalı tarafından beyan edilen takas § 96 fıkra 1 bent 2 InsO'nun kıyas yolu ile uygulanması ile geçersizdir. Takas geçersiz olduğu için, davacının talebi son bulmamıştır. Talebin varlığı zaten istinaf mahkemesi tarafından da isabetli bir şekilde tespit edilmiştir.

1. Alman Federal Mahkemesi'nin KO'ya<sup>18</sup> yönelik ve holding hesaplaşma klotuna ilişkin içtihatlarına göre, eğer yabancı talep iflas

---

<sup>16</sup> Çevirenin notu: ZIP kısaltmasının açılımı, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.

<sup>17</sup> Çevirenin notu: S. kısaltmasının açılımı, Seite (sayfa).

<sup>18</sup> Çevirenin notu: Bak. dn. (dipnot) 2'deki açıklamalar. KO, Konkursordnung adlı eski Alman İflas Kanunu'nun kısaltmasıdır.

açılmadan temlik edilmediyse<sup>19</sup>, iflas açıldıktan sonra yapılan takasın geçersiz olduğu şeklindeydi. Bunun dayanağı ise § 55 cümle 1 bent 2 KO idi (BHGZ 81, 15; BGH<sup>20</sup> Urteil v.<sup>21</sup> 6. Dezember 1990 – IX ZR 44/90, WM<sup>22</sup> 1991, 251, 252; Beschl.<sup>23</sup> v. 29. Februar 1996 – IX ZR 147/95, ZIP 1996, 552). Bu konuda iflas alacaklıları, temlik yapabilme yetkisinin doğduğu zamanı dayanak almaları mümkün değildir; somut olayda temlik, takasın ileri sürülmesi ile gerçekleşmiş sayılacaktır. Çünkü ancak takasın ileri sürülmesi ile, holdingden hangi şirketin alacağı devraldığı anlaşılmaktadır. Bu tarz bir takas, diğer iflas alacaklılarının menfaatine ters düşmektedir. Oysa § 55 cümle 1 bent 2 ve bent 3 KO bu şekildeki bir menfaat ihlalini engellemektedir. Diğer iflas alacaklıların menfaatinin ihlal edilmemesi için, Federal Mahkeme söz konusu düzenlemeyi kıyas yolu ile holding hesaplaşma klotlarına da uyguladı ve bu hallerde iflas açıldıktan sonra takasın ileri sürülmesini geçersiz saydı.

2. Yukarıda açıklanan görüş, InsO'nun yürürlüğe<sup>24</sup> girmesi ile de aynı şekilde devam etmektedir. § 55 cümle 1 bent 2 KO'nun yerini § 96 fıkra 1 bent 2 InsO almıştır.

§ 94 InsO takas anlaşmalarının yapılabileceğini açıkça belirtmektedir<sup>25</sup>. Bu tarz bir anlaşma ile taraflar, takasın kanunda belirtilen şartlarından farklı hususlar belirleyebilirler ve bu şekilde alacaklıya veya borçluya çok geniş takas hakkı tanınması mümkündür. Başka bir deyişle, böyle bir anlaşma ile takasın düzenlendiği §§ 387 vd. BGB'den<sup>26</sup> daha geniş imkanlar kararlaştırılabilir (BGHZ 94, 132, 135; Palandt/Heinrichs, BGB 63. Aufl.<sup>27</sup> § 387 Rn.<sup>28</sup> 19 f.<sup>29</sup>). İflasın açılmış olması hali için, karşılıklı olma şartını ortadan kaldıran holding hesaplaşma klotların da artık iflas açıldıktan sonra da geçerli

<sup>19</sup> Çevirenin notu: Başka bir deyişle, temlik, iflas açılmadan önce gerçekleşmesi gerekir, aksi takdirde iflas açıldıktan sonra yapılan takas geçerli olmayacaktır.

<sup>20</sup> Çevirenin notu: BGH kısaltmasının açılımı, Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkeme)

<sup>21</sup> Çevirenin notu: v. Kısaltmasının açılımı, vom (burada: tarihli).

<sup>22</sup> Çevirenin notu: WM kısaltmasının açılımı, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht.

<sup>23</sup> Çevirenin notu: Beschl. kısaltmasının açılımı, Beschluss (karar, ara karar).

<sup>24</sup> Çevirenin notu: InsO'nun yürürlüğe girmesine ilişkin bak. dn. 3.

<sup>25</sup> Çevirenin notu: § 94 InsO'nun tercümesi için bak. dn. 4.

<sup>26</sup> Çevirenin notu: BGB kısaltmasının açılımı, Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanun).

<sup>27</sup> Çevirenin notu: Aufl. Kısaltmasının açılımı, Auflage (bası).

<sup>28</sup> Çevirenin notu: Rn. Kısaltmasının açılımı, Randnummer (kenar notu).

<sup>29</sup> Çevirenin notu: f. kısaltmasının açılımı, folgende (devami).

olacağı konusu § 53 KO'dan farklı olan § 94 InsO'dan anlaşılmamaktadır (Rendels/Teztlaff EWIR<sup>30</sup> 2003, 773, 774, Rendels ZIP 2003, 1583, 1586 f.; Adam WM 1998, 801, 803 f.; Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis 6. Aufl. Rn. 6.146; Braun/Kroth, InsO § 94 Rn. 24; M. Wolf, in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz<sup>31</sup> 4. Aufl. § 11 Nr.<sup>32</sup> 3 Rn. 15; vgl.<sup>33</sup> auch OLG<sup>34</sup> Köln ZIP 1995, 850, 852; Erman/H.P.Westermann, BGB 11. Aufl. § 388 Rn. 24). Buna karşı olan görüş, kanunun lafzın gerekçe göstermektedir (MünchKomm<sup>35</sup>-InsO/Brandes, § 94 Rn. 39 f.; Lükein Kübler/Prütting, InsO § 94 Rn. 73, 77; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 94 Rn. 20; Blersch, in Breutigam/Blersch/Goetsch, Insolvenzrecht § 94 InsO Rn. 8; Häsemeyer, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung 2. Aufl. S. 659 f.; Luscher/Renken-Röhrs ZInsO<sup>36</sup> 2002, 611, 613 ff.<sup>37</sup>). Ancak bu karşı görüş dahi, iflas açıldıktan sonra holding hesaplaşma klotzların - § 95 § 96 InsO tarafından korunan- iflas alacaklıların eşit şekilde tatmin edilmesi hakkına ters düşmesinden dolayı, temkinli yaklaşılması gerektiğini ifade etmektedir (vgl. MünchKomm-InsO/Brandes aaO<sup>38</sup>; Lüke, aaO § 94 Rn. 73; Blersch, aaO; Häsemeyer, Insolvenzrecht 3. Aufl. Rn. 19.30).

a) Ancak § 94 InsO'nun lafzından şu anlaşılmamaktadır: takas anlaşmaları için – ve böylece holding hesaplaşma klotzları için – § 95, § 96 InsO'da düzenlenen masanın korunmasının geçerli olmayacağı sonucu çıkmamaktadır. İflas Kanunu'nun Hükümet taslağında § 106 InsO-E'de – ki bu değişmemiştir – eski kanun düzenlenmesinin (§ 53 KO, § 54 VergIO<sup>39</sup>; § 7 fıkra 5 GesO<sup>40</sup>) devam edilmesi arzulanmıştır

<sup>30</sup> Çevirenin notu: EWIR kısaltmasının açılımı, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Ekonomik Hukuku İlişkin Kararlar).

<sup>31</sup> Çevirenin notu: ABG kısaltmasının açılımı, Allgemeine Geschäftsbedingungen (Genel İşlem Şartları).

<sup>32</sup> Çevirenin notu: Nr. kısaltmasının açılımı, Nummer (numara).

<sup>33</sup> Çevirenin notu: vgl. kısaltmasının açılımı, vergleiche (karşılaştırınız).

<sup>34</sup> Çevirenin notu: OLG kısaltmasının açılımı, Oberlandesgericht (Eyalet Yüksek Mahkeme).

<sup>35</sup> Çevirenin notu: MünchKomm. Kısaltmasının açılımı, Münchner Kommentar zur InsO.

<sup>36</sup> Çevirenin notu: ZInsO kısaltmasının açılımı, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht.

<sup>37</sup> Çevirenin notu: ff. kısaltmasının açılımı, forfolgende (ve devamı).

<sup>38</sup> Çevirenin notu: aaO kısaltmasının açılımı, am angegebenen Ort (belirtilen yerde).

<sup>39</sup> Çevirenin notu: VergIO kısaltmasının açılımı, Vergleichsordnung (Konkordato Kanunu).

<sup>40</sup> Çevirenin notu: GesO kısaltmasının açılımı, Gesamtvollstreckungsordnung (Külli Takip Kanunu).

(BT-Drucks<sup>41</sup>. 12/2443 S. 140). Alman Federal Parlamentosu'nun hukuk komisyonu, § 106 InsO-E'ye “kanundan veya bir sözleşmeden kaynaklanan” ibaresini sadece “anlaşılabilir” olması bakımından eklemiştir (BT-Drucks. 12/7302 S. 165). Bu madde değişikliği uğramadan § 94 InsO olarak kanunlaşmıştır. Bu kanunlaşma hareketinden, kanun koyucunun, holding hesaplaşma klotlarına ilişkin hukuki durumu temelden değiştirme isteği olduğu anlaşılmamaktadır. Kanun koyucunun § 94 InsO'ya takas anlaşması yapabilme imkanını açıkça dahil etmesinden, bu klotların, masanın § 95, § 96 InsO uyarınca korunmasını bertaraf edeceği sonucunu ortaya çıkarmaz.

b) § 94 InsO, maddenin başlığından da anlaşıldığı üzere, alacaklının, iflas açılmadan önce mevcut olan temlik durumunu devam ettirmeyi amaçlamaktadır. Bir takas durumu ise ancak, iki talebin takas edilebilecek şekilde karşı karşıya gelmesi anında oluşmaktadır. Holding hesaplaşma klotunun dayanak teşkil ettiği takaslarda durum böyle değildir, ancak takasın dermeyeran edilmesi ile bu şart yerine getirilmektedir (BGHZ 81, 15, 19 f.; OLG Köln ZIP 1995, 850, 851; aynı şekilde Lüke, aaO § 94 Rn. 77; Häsemeyer, Insolvenzrecht, aaO; vgl. auch K.P. Berger, Der Aufrechnungsvertrag S. 3131 f.).

c) § 94 InsO'dan, holding hesaplaşma klotlarının iflas açılmasından sonra da geçerli olması görüşü, İflas Kanunu'nun diğer prensipleri ile de örtüşmemektedir. Zira bu görüşün kabul edilmesi ile, takas imkanlarını çok genişletmekte ve bu durum iflas masasının erimesine sebebiyet verecektir ki, bu husus da İflas Kanunu'nun, alacaklılara eşit muamele edilmesi için iflas masasının mevcudiyetinin korunması amacına ters düşmektedir (vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 81, 108, 140 f.; Lüke ve Wolf, her ikisi de aaO). Bu amaç değişik düzenlemelerde ortaya çıkmaktadır – örneğin iptal hukukunda da yer almaktadır – ve bu husus yeni İflas Kanunu'nda da önem taşımaktadır (BGHZ 137, 267, 290 f.). Kanun § 95 InsO ile § 54 KO'daki kolay takas şartlarını bertaraf etmiştir ve böylece “bazı alacaklıların” öncelik hakkına son vermiştir (BT-Drucks. 12/ 2443 S. 140 f.; Uhlenbruck aaO).

<sup>41</sup> Çevirenin notu: BT kısaltmasının açılımı, Deutscher Bundestag, Drucksachen (Alman Parlamentosu Baskıları).

d) Daire tarafından reddedilen bu görüş aynı zamanda Art.<sup>42</sup> 33 Nr. 17 EGIInsO<sup>43</sup> ile de ters düşmektedir. Bu düzenleme ile kanun koyucu § 455 BGB a.F.’a<sup>44</sup> ikinci bir fıkra eklemiştir ve holdingin satıcı olarak saklı tuttuğu hakkın geçersiz olduğunu düzenlemiştir (şimdi § 449 fıkra 3 BGB). Kanunun, holdinglerin teminat şekillerine ilişkin düzenlemeleri, benzer durumlara, örneğin iflas etmiş tarafın iflas masasına yönelik bu denli farklı şekilde düzenlemiş olduğu sonucuna varılması güçtür. Zira holding hesaplaşma klozları, holdingin dış ilişkilerinde mallar üzerinde teminat hakkını da hizmet etmektedir (H.P. Westermann WM Sonderbeilage Nr. 2/1986; S. 2, 3; bu yönde bak.<sup>45</sup> ayrıca Hess, InsO § 94 Rn. 34, 35).

3. İflastaki takas hakkı ekonomik bakımdan bir rehin hakkına veya teminat amaçlı mülkiyet devrine benzemekte, yani alacaklı rüçhanlı bir pozisyon elde etmektedir (Paulus, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft S. 765, 781; aynı şekilde zaten Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts 8. Aufl. S. 125); ancak anılan bu kurumların iflas hukukunda aynı şekilde ele alınması mümkün değildir. Rehin hakkı ve teminat amaçlı mülkiyet devri kurumları, alacaklının alacağı için teminat teşkil etmektedir; oysa holding hesaplaşma klozu ile, (üçüncü) bir borçluya, müflise olan borcunu ödememesi imkanı tanınmaktadır. Bunun yanı sıra Alman İflas Kanunu, takas ve teminata ilişkin konuları ve bunların değerlendirilmesi hususlarını çok farklı düzenlemektedir, hatta bu konularda kanun sistematigi bakımından da farklılık mevcuttur. Bu sistematik farklılığı burada göz ardı edemeyiz.

4. Davalı kendi borcuna karşı, F şirketinin borçludan alacağını takas etmiştir ve davalı tarafından beyan edilen bu takas § 96 fıkra 1 Bent 2 InsO kıyasen uygulandığında geçersizdir. İstinaf mahkemesinin bu konuda hatasız – ve bundan dolayı temyiz mahkemesi için bağlayıcı - bir şekilde tespit ettiği üzere, davalı takas beyanını iflasın açılmasından sonra – 7 Eylül 2001’deki yazısı ile - gerçekleştirdi. Gerçi davalı temyiz dilekçesine verdiği cevapta, “alacağım devri ve

<sup>42</sup> Çevirenin notu: Art. kısaltmasının açılımı, Artikel.

<sup>43</sup> Çevirenin notu: EGIInsO kısaltmasının açılımı, Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung (Alman İflas Kanun’a Giriş Kanunu)

<sup>44</sup> Çevirenin notu: a.F. kısaltmasının açılımı, alte Fassung (eski hali).

<sup>45</sup> Çevirenin notu: bak. kısaltmasının açılımı, bakınız.

takas beyanı” iflas açılmadan önce gerçekleştiğini ileri sürmekte, ancak bu iddia istinaf mahkemesi tarafından doğru bulunmamıştır. Davalının 29 Haziran 2000 ve 20 Temmuz 2000’de yazdığı yazılardan da farklı bir sonuca varmak mümkün değildir.

5. Bu tespitlerden sonra, tarafların çözümlenmesi istediği diğer bir husus olan, davalının holding hesaplaşma klozunun Genel İşlem Şartları’na ilişkin Kanunu’na göre (burada uygulanması gereken Art. 229 § 5 EGBGB<sup>46</sup>) geçerli olup olmadığı konusunun cevaplandırılmasına gerek kalmamıştır (bak. aynı şekilde BGHZ 81, 15, 17 f.).

### III.

Buna göre ilk ve ikinci derece mahkemelerin verdiği kararların, davacının ödeme talebini reddettikleri ölçüde kaldırılmaları gerekmektedir (§ 562 ZPO<sup>47</sup>). Daire bu konuda kendisi karar verebilecektir (§ 563 fıkra 3 ZPO), zira ihtilaf, karar verilebilecek haldedir.

74

Faiz talebinin yasal dayanağı §§ 284, 288 fıkra 1 BGB a.F., Art. 229 § 5 cümle 1, § 7 fıkra 1 cümle 1 bent 1, fıkra 2 EGBGB’dir; davalı 7 Eylül 2001’deki yazısı ile ödemeyi kesinkes reddetmiştir ve davacının bu yazıyı 10 Eylül 2001’de aldığı da dair beyanını da kabul etmiştir. Bundan dolayı daire, netice talebi şöyle yorumlamıştır: faiz talebinin yasal dayanağı geçici Art. 229 § 7 fıkra 1 cümle 1 bent 1 EGBGB uyarınca, 1 Ocak 2002’den itibaren § 1 fıkra 1 Diskont-Geçici-Kanun yerine Alman Medeni Kanunu’daki temel düzenleme dikkate alınması gerekmektedir; hüküm fıkrasında belirtilmesine ihtiyaç yoktur.

Yargılama masrafları ve harçları için verilen kararın yasal dayanağı § 91 fıkra 1, § 92 fıkra 1, § 97 fıkra 2 ZPO’dur<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Çevirenin notu: EGBGB kısaltmasının açılımı, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Alman Medeni Kanun’a Giriş Kanunu)

<sup>47</sup> Çevirenin notu: ZPO kısaltmasının açılımı, Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu).

<sup>48</sup> Çevirenin notu / değerlendirmesi: Görüldüğü üzere Alman Hukuku’ndaki iflasta takas düzenlemesi Türk Hukuku’ndaki uygulamaya benzemektedir. Kural olarak her iki sistem iflasta takasın dermeyer edilmesini kabul etmektedir. Ancak diğer iflas alacaklıların menfaatlerini ve özellikle iflasta alacaklıların eşit muamele görmesi ilkesi uyarınca, iflasta takas her iki hukuk sisteminde yasal bir dayanağa sahiptir. Bu yasal dayanağın uygulama alanı bilinçli bir şekilde dar / sınırlı tutulmuştur: Her iki hukuk sisteminde, iflasta takasın ileri sürülebilmesi için, takas halinin, iflas açıldığı anda mevcut olması gerekmektedir (m. 200 İİK, § 94 InsO).

Fischer

Ganter

Raebel

Kayser

Cierniak<sup>49</sup>

\*\*\*

---

Bu bağlamda tercüme ettiğimiz Federal Mahkeme Kararı, yukarıda belirtilen bu takas halinin iflasın açıldığı anda mevcut olmasının önemini vurgulamaktadır. Holding hesaplaşma klozu örneğinden yola çıkarak, takas halinin iflasın açıldığı anda mevcut olma şartının istisnası olamayacağı özellikle ifade edilmektedir. Bu bağlamda yasal düzenlemenin dışına çıkılmasına izin verilmemektedir ve gerekçe olarak iflastaki alacaklıların eşitliği vurgulanmaktadır. Görüldüğü üzere, iflastaki alacaklıların eşit muamele görmesi prensibi, iflasta takasın kanuni düzenlemenin dışında uygulama alanı bulmasına izin vermemektedir. Bu durumun, iflasta takasın ileri sürülmesinin, takası ileri süren alacaklı ve aynı zamanda borçlu olan taraf için çok özel bir hak olduğunu vurgulamaktadır. Nitekim, takası beyan eden alacaklı / borçlu, diğer iflas alacaklılarından daha iyi bir konumda olmakta, zira borcunu tam öderken, alacağını da iflastaki hisseden ziyade, kendi borcu oranından tam olarak almaktadır. Bu denli olumlu bir uygulamanın gerçekten istisna olduğu ve bunun genişletilmesinin iflastaki prensiplere aykırı düşeceği, yukarıda tercüme edilmiş olan Alman Federal Mahkemesi Kararı ile de yeniden ifade edilmektedir ve bu bağlamda Türk Hukuku'ndaki düzenleme ile örtüşmektedir.

<sup>49</sup> Çevirenin notu: Kararı veren hakimlerin isimleri.

## BİBLİYOGRAFYA

- Özkaya-Ferendeci, H. Özden      Alman Hukuku'nda Ödeme  
Güçlüğü İçindeki Şirketlerin  
Yapılandırılmasına İlişkin  
Düzenlemeler  
Doç. Dr. Mehmet Somer'e  
Armağan  
İstanbul, 2006  
(kısaltma: Özkaya-Ferendeci,  
Somer'e Armağan)
- Özkaya-Ferendeci, H. Özden      Alman Hukuku'nda Tüketici  
İflası ve Bakiye Borçtan  
Kurtulma İmkânı  
Marmara Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi, Hukuk Araştırmaları  
Dergisi cilt: 14 Sayı: 1 - 2,  
İstanbul 2008, s. 57 vd.  
(kısaltma: Özkaya-Ferendeci,  
HAD)
- Üstündağ, Saim      İflas Hukuku (İflas, Konkordato,  
İptal Davaları)  
8. Bası, İstanbul 2009  
(kısaltma: Üstündağ)