

# Die Beurteilung der Nichtzahlung der Schuld trotz Vollstreckungsbefehls als direkter Konkursgrund (Art. 177 Abs. I Nr. 4 tSchKG)

Sümeyye Hilal ÜÇÜNCÜ<sup>1\*</sup> 

<sup>1</sup> Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye

## Aufsatzinformationen

## ZUSAMMENFASSUNG

### Aufsatzgeschichte

Abgabedatum: 29.03.2024

Annehmungsdatum:

15.05.2024

Erscheinungsdatum:

14.07.2024

### Schlüsselwörter:

Konkursgrund, direkter Konkurs, Vollstreckung mit Gerichtsurteil, Vollstreckungsbefehl, Nichtbezahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls

Nach Artikel Art. 177 Abs. I Nr. 4 des Vollstreckungs- und Konkursgesetzes wird die Nichtzahlung der Forderung, die Gegenstand des Urteils ist, trotz des Vollstreckungsbefehls als direkter Konkursgrund anerkannt. Ziel dieser Studie ist es, den Zweck und die Notwendigkeit dieses für das türkische Recht spezifischen und im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs nicht enthaltenen Konkursgrundes im Rahmen des Sozialstaatskonzepts und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu erörtern. Darüber hinaus wird festgestellt, dass es in der Lehre viele Diskussionen über die Voraussetzungen und das Verfahren dieses Konkursgrundes gibt und dass sich diese in der Praxis als Problem niederschlagen. Aus diesem Grund ist es das Ziel dieser Studie, jede Voraussetzung und das Verfahren von Artikel 177, f. I - b. 4 des Vollstreckungs- und Konkursgesetzes im Detail zu untersuchen und Lösungen vorzuschlagen, indem sowohl *de lege lata* als auch *de lege feranda* Bewertungen vorgenommen werden.

## Bir Doğrudan Doğruya İflas Sebebi Olarak İcra Emrine Rağmen Borcun Ödenmemesine Dair Değerlendirme (İcra ve İflas Kanunu m. 177, I-4)

## Makale Bilgisi

## ÖZET

### Makale Geçmişi

Geliş Tarihi: 29.03.2024

Kabul Tarihi: 15.05.2024

Yayın Tarihi: 14.07.2024

### Anahtar Kelimeler:

İflas sebebi, Doğrudan doğruya iflas, İlamlı icra, İcra emri, İcra emrine rağmen borcun ödenmemesi

İcra ve İflas Kanunu m. 177, f. I - b. 4 hükmünde, ilama bağlı alacağın icra emrine rağmen ödenmemesi bir doğrudan doğruya iflas sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu çalışmanın amacı, öncelikle mehz İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda yer almayan Türk hukukuna özgü bu iflas sebebinin amacı ve gerekliliğinin sosyal devlet telakkisi ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde tartışılmasıdır. Ayrıca doktrinde bu iflas sebebinin şartları ve usulüne ilişkin birçok tartışmanın bulunduğu ve bunların bir sorun olarak uygulamaya yansıtıldığı görülmektedir. Bu sebeple çalışmada İcra ve İflas Kanunu m. 177, f. I - b. 4 hükmünün her bir şartı ve usulü ayrıntılı olarak incelenerek, *de lege lata* ve *de lege feranda* değerlendirmeler yapılması suretiyle çözüm önerileri sunulması amaçlanmaktadır.

## To cite this article:

Üçüncü, S. H. (2024). "Die Beurteilung der Nichtzahlung der Schuld trotz Vollstreckungsbefehls als direkter Konkursgrund (Art. 177 Abs. I Nr. 4 tSchKG)", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cumhuriyet'in 100'üncü Yılı Armağanı*, s. 435-462. <https://doi.org/10.51120/NEUHFD.2024.125>

\*Sorumlu Yazar: Sümeyye Hilal Üçüncü, hilal.ucuncu@hbv.edu.tr



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

## **EINLEITUNG**

Der Staat hat die Aufgabe, die Regeln für das gesellschaftliche Leben festzulegen und damit den sozialen und rechtlichen Frieden zu schützen. Es ist von wesentlicher Bedeutung, dass die Rechte und Befugnisse, die dem Einzelnen durch die Rechtsnormen eingeräumt und respektiert werden. Im Falle eines Verstoßes gegen diese Regeln muss der Staat, der die gerichtliche Verantwortung übernimmt, das beschädigte Umfeld des Friedens und des Vertrauens wiederherstellen, indem er dafür sorgt, dass die Anspruchsberechtigten ihre Rechte wiedererlangen. In modernen Gesellschaften ist die primitive Methode der Selbsthilfe in der Tat verboten. Aus diesem Grund hat jeder, der behauptet, dass ein Recht verletzt oder verweigert wurde, das Recht, vom Staat den Schutz und die Gewährleistung dieses Rechts zu verlangen. In diesem Fall wird ein Antrag bei den zuständigen Justizbehörden des Staates gestellt. Dieser Antrag wird in zwei Stufen erfüllt. Die erste ist die gerichtliche Phase, in der das Bestehen des Rechts, seine Verletzung und seine Verweigerung festgestellt werden und eine Abhilfe angeordnet wird. Wird das Urteil trotz gerichtlicher Anordnung im Rahmen des Verfahrens nicht vollstreckt, muss auf die Vollstreckungsorgane des Staates zurückgegriffen werden. Unter Vollstreckung versteht man nämlich die Tätigkeit, die der tatsächlichen Verwirklichung der Ansprüche aus dem materiellen Recht mit Hilfe der Staatsgewalt dient. Insofern gehören auch die Vollstreckungs- und Konkursorgane zu den Justizbehörden im weiteren Sinne.

Im türkischen Recht gibt es zwei Arten der Zwangsvollstreckung. Dies sind die Einzelvollstreckung (Betreibungsverfahren) und die Gesamtvollstreckung (Konkursverfahren). Bei der Einzelvollstreckung stehen dem Schuldner ein oder mehrere Gläubiger gegenüber. Diese Gläubiger werden mit einem Teil des Vermögens des Schuldners befriedigt. Die Gesamtvollstreckung ist der Konkurs. Auch wenn der Konkursantrag von einem einzigen Gläubiger gestellt wird, wird der Schuldner mit der Eröffnung des Konkurses zum Konkurschuldner und sieht sich all seinen Gläubigern gegenüber. In diesem Fall bildet das gesamte Vermögen des Konkurschuldners eine Konkursmasse und wird liquidiert. Bei einem Konkursverfahren handelt es sich um eine Gesamtheit von Gläubigern und Vermögenswerten, die der Verwertung unterliegen.

Die Vollstreckung wird in zwei Bereiche unterteilt: Vollstreckung ohne Gerichtsurteil und Vollstreckung mit Gerichtsurteil. Obwohl die Vollstreckung ohne Gerichtsurteil in der türkischen Rechtspraxis häufiger vorkommt, ist die Vollstreckung mit Gerichtsurteil die wichtigste Form des Vollstreckungsrechts. Bei der Vollstreckung mit Gerichtsurteil verfügt der Gläubiger über ein Urteil oder ein Urteilssurrogat, aus dem hervorgeht, dass er ein Gläubiger ist. In diesem Fall ist die Gläubigerstellung des Gläubigers vom Gericht mit einem Urteil festgestellt worden, das für die gesamte Zukunft die Eigenschaft der absoluten Wahrheit hat, und aus diesem Grund gilt die Forderung als sicher. Im Hinblick auf die Wirkung des Urteils regelt Art. 177 Abs. I Nr. 4 des Gesetzes über Vollstreckung und Konkurs (tSchKG) die Nichtbezahlung der dem Gerichtsurteil unterliegenden Forderung trotz des Vollstreckungsbefehls als Konkursöffnungsgrund ohne vorherige Betreibung (direkte Konkursöffnung). Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) enthält keine solche Regelung. Diese Situation macht diesen nach türkischem Recht akzeptierten Konkursgrund noch bemerkenswerter. Es scheint jedoch, dass das Thema nicht im Rahmen einer individuellen Untersuchung der Lehre behandelt wird. Es gibt jedoch viele Diskussionen und Probleme bezüglich der Bedingungen und des Verfahrens der direkten Konkursöffnung gemäß Art. 177 I 4 tSchKG. In dieser Studie werden zunächst allgemeine Informationen zu den Konkursgründen im türkischen Recht gegeben. Es werden die allgemeinen Merkmale der Nichtzahlung der Schuld trotz Vollstreckungsbefehls als direkte Konkursöffnungsgrund herausgestellt. Anschließend werden die Voraussetzungen und das Verfahren der Geltendmachung der direkten Konkursöffnung wegen

Nichtzahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls untersucht. Dabei wird die Situation in der Praxis sowie die Meinungen und Diskussionen in der Lehre im Hinblick auf die geltenden *-de lege lata-* und zukünftigen Gesetze *-de lege feranda-* eingehend betrachtet.

## I. ALLGEMEINE INFORMATIONEN ZU KONKURSGRÜNDEN IM TÜRKISCHEN RECHT

Der Konkurs entsteht durch das Vorliegen bestimmter, gesetzlich festgelegter Gründe und Bedingungen. Im Wesentlichen sind dafür das Bestehen eines Schuldverhältnisses, die Eigenschaft des Schuldners als Konkursschuldner, die Verwirklichung eines der Konkursgründe und das Vorliegen einer Geld- oder Sicherungsschuld erforderlich. Der Konkursgrund ist im tSchKG nicht definiert. Obwohl es in der Lehre verschiedene Definitionen gibt<sup>1</sup>, kann der Konkursgrund als der Grund erklärt werden, der in verschiedenen Gesetzen, insbesondere im tSchKG und im türkischen Handelsgesetzbuch (tHGB), geregelt ist und der im Allgemeinen auf dem aktiven oder passiven Verhalten des Schuldners beruht und bei dessen Vorliegen das Handelsgericht eine Konkursentscheidung treffen sollte.

Die Konkursgründe können nach verschiedenen Kriterien unterschieden werden. Es handelt sich um Konkursgründe nach dem angewandten Konkursverfahren, danach, ob sie allgemein oder besonders sind, danach, ob sie materiell oder formell sind, danach, in welchen Gesetzen sie geregelt sind, nach der Zahlungsfähigkeit des Antragstellers, danach, ob die Forderung fällig ist oder nicht, und nach ihren Quellen<sup>2</sup>. In Anbetracht der Grenzen des Gegenstands unserer Studie soll hier der Konkursgrund nach dem angewandten Konkursverfahren hervorgehoben werden, der als Grundlage des Gesetzgebers gilt<sup>3</sup>.

Es besteht ein enger Zusammenhang zwischen den Konkursgründen und den Konkursverfahren<sup>4</sup>. Im türkischen Recht gibt es zwei Arten von Konkursverfahren: das allgemeine Konkursverfahren (mit einer vorgängigen Betreuung) und das direkte Konkursverfahren (ohne eine vorgängige Betreuung).

Im allgemeinen Konkursverfahren gibt es ein Betreibungsverfahren, das vor der Beantragung einer Konkursklage durchgeführt werden muss. In diesem Fall wendet sich der Gläubiger zunächst an das Vollstreckungsamt und leitet eine Konkursbetreuung ein. Daraufhin schickt das Vollstreckungsamt dem Schuldner eine Konkursandrohung für den Konkurs. Die Folgen des Rechtsvorschlages des Schuldners gegen den Konkurszahlungsbefehl sind unterschiedlich. Um über den Konkurs des Schuldners zu entscheiden, muss spätestens innerhalb eines Jahres nach Zustellung des Zahlungsbefehls ein Konkursverfahren beim Handelsgericht beantragt werden. Letztlich stellt es einen Konkursgrund dar, wenn der Schuldner die verfahrensgegenständliche Betreuung (und die Klage) trotz des vom

---

<sup>1</sup> Zu den Definitionen der Konkursgründe in der Doktrin, siehe. Berkin, Necmeddin B. İflâs Hukuku, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 13; Üstündağ, Saim. İflas Hukuku, 8. Bası, Yaylıcak Matbaacılık, İstanbul, 2009, s. 7 vd; Kuru, Baki. İcra ve İflâs Hukuku, C. III, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1993, s. 2600 vd; Kuru, Baki. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1084; Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 529 vd; Ermenek, İbrahim. İflâsın Ertelenmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 3 vd; Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 562, 563; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet. İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. 407 vd; Muşul, Timuçin. İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 734; Aşık, İbrahim/ Oruç, Yakup/ Tok, Ozan/ Saçar, Ömer Faruk. İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 534 vd; Rüzgaresen, Cumhuriyet. İflâs Sebepleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 13.

<sup>22</sup> Zu den Arten von Konkursgründen, siehe. Rüzgaresen, s. 29 ff.

<sup>3</sup> Rüzgaresen, s. 29.

<sup>4</sup> Rüzgaresen, s. 29.

Handelsgericht ausgestellten Depotbeschlusses nicht innerhalb der siebentägigen Frist begleicht<sup>5</sup>. Wie man sieht, gibt es im allgemeinen Konkursverfahren nur einen einzigen Grund für einen Konkurs, und zwar die Nichtbezahlung der Schulden trotz des Depotbeschlusses. In diesem Fall muss das Handelsgericht einen Konkursentscheid für den Schuldner erlassen.

Im direkten Konkursverfahren ist es nicht erforderlich, eine Konkursbetreibung durch Antrag an das Vollstreckungsamt einzuleiten, um über den Konkurs des Schuldners zu entscheiden. In diesem Fall kann der Gläubiger den Konkurs des Schuldners beantragen, indem er sich direkt an das Handelsgericht wendet, sofern bestimmte Gründe vorliegen. Die Gründe für den direkten Konkurs, auch besondere Konkursgründe genannt<sup>6</sup>, sind in verschiedenen Artikeln des tSchKG und in anderen Gesetzen geregelt. Art. 177 tSchKG regelt die Fälle des direkten Konkurses des Schuldners auf Antrag des Gläubigers. Dazu gehören das Fehlen eines bekannten Wohnsitzes des Schuldners, die Flucht, um sich seiner Verpflichtungen zu entledigen, die Vornahme oder der Versuch von betrügerischen Geschäften, die die Rechte der Gläubiger verletzen, oder das Verstecken seiner Güter während des Betreibungsverfahrens, die Zahlungseinstellung des Schuldners, die Nichtgenehmigung des Konkordats und die Nichtzahlung der Schuld, die Gegenstand des Gerichtsurteils ist, trotz des Vollstreckungsbefehls. In Anbetracht der vorgenannten Fälle kann gesagt werden, dass der Hauptgrund für einen nach Art. 177 tSchKG beantragten Konkurs darin besteht, dass der Schuldner seine Schulden nicht bezahlt hat<sup>7</sup>. Art. 178 tSchKG regelt den direkten Konkurs auf Antrag des Schuldners. In diesem Zusammenhang gibt es zwei Gründe für einen Konkurs: Der Schuldner ist Konkursfähig<sup>8</sup>, und das Betreibungsverfahren, das aufgrund des Verfahrens eines Gläubigers gegen einen Schuldner, der dem Konkurs unterliegt, erfolgt, führt dazu, dass der Schuldner die Hälfte seines Vermögens verliert und der Rest nicht ausreicht, um seine anderen fälligen und innerhalb eines Jahres fälligen Schulden zu bezahlen. Gemäß Art. 179 tSchKG wird die Insolvenz von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften als besonderer Konkursgrund anerkannt. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass im Rahmen von Art. 636 des türkischen Zivilgesetzbuches auch die Zahlungsunfähigkeit der Masse einen Konkursgrund darstellt.

## II. ALLGEMEINE MERKMALE DES ART. 177 I 4 TSCHKG

Art. 177 tSchKG regelt die Nichtzahlung der Forderung, die Gegenstand des Urteils ist, trotz Aufforderung durch einen Vollstreckungsbefehl als direkten Konkursgrund. Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), das das Ausgangsgesetz bildet, gibt es diesen Konkursgrund nicht. Es wird festgestellt, dass es im deutschen Recht keine solche

<sup>5</sup> Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 529, 530; Obwohl es in der Lehre heißt (bu yönde bkz. Berkin, s. 49; Rüzgaresen, s. 29), dass der Konkursgrund im allgemeinen Konkursverfahren die „Nichtbezahlung der Schuld trotz des Konkurszahlungsbefehls“ ist, entsteht der Konkursgrund in diesem Fall hauptsächlich in dem Fall, dass der Schuldner die Schuld trotz des Depotbeschlusses nicht bezahlt, was dem Schuldner, der kein rechtliches Hindernis für den Erlass eines Konkursbeschlusses hat, eine letzte Möglichkeit gibt, den Konkurs zu vermeiden.

<sup>6</sup> Rüzgaresen, s. 31.

<sup>7</sup> Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası s, 563; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 530.

<sup>8</sup> Zahlungsunfähigkeit ist kein im SchKG definierter Begriff. Zahlungsunfähigkeit bedeutet, dass der Schuldner nicht nur vorübergehend nicht über die nötigen Mittel verfügt, um seine fälligen Schulden zu bezahlen. Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 568, 569; Pekcanitez, Hakan. Anonim Ortaklıkların İflası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1991, s. 27; Atalay, Oğuz. Anonim Şirketlerin İflası, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1996, s. 36; Ermenek, İbrahim. *“İşsizlik Sigortası Kanununa Göre İşverenin Aczi ve Bunun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Doğurduğu Sonuçlar (Ücret Garanti Fonu)”*, Haluk Konuralp Anısına Armağan 2, 2009, s. 170; Sayhan, İsmet. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 59; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 600, 601; Rüzgaresen, s. 276, 277.

Regelung gibt. Nach einer Stellungnahme in der Lehre deutet die Tatsache, dass der Vollstreckung mit Gerichtsurteil als fruchtlos gilt<sup>9</sup>, darauf hin, dass sich der Schuldner in einem Zustand der Zahlungsunfähigkeit befindet, und aus diesem Grund ist ein solcher besonderer Konkursgrund im türkischen Recht anerkannt worden<sup>10</sup>. Mit anderen Worten, diese Situation wird so interpretiert, dass der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat und auf jeden Fall nicht mehr in der Lage ist, seine anderen Schulden rechtzeitig zu bezahlen<sup>11</sup>. Unserer Meinung nach liegt der Grund für die Anerkennung eines solchen Konkursgrundes im türkischen Recht jedoch nicht darin, dass die Nichtbezahlung der Schulden trotz des Vollstreckungsbefehls darauf hindeutet, dass sich der Schuldner in einem Zustand der Zahlungsunfähigkeit befindet und die Zahlungen dementsprechend eingestellt werden<sup>12</sup>. Hier ist der Grund für den Konkurs einzig und allein die Tatsache, dass der Schuldner die Schulden trotz des Vollstreckungsbefehls nicht bezahlt hat. Wie in der Lehre zu Recht festgestellt wird<sup>13</sup>, hat der Gesetzgeber einen solchen Konkursgrund aufgrund der Stärke des Gerichtsurteils und der Bedeutung akzeptiert. Da angenommen wird, dass die Forderungen, die Gegenstand eines Gerichtsurteils sind, rechtskräftig sind, wird die Gefahr der Zwangsvollstreckung gegen die Urteilsschuldner mit der vorgenannten Regelung maximiert<sup>14</sup>.

Während die Nichtzahlung der Schulden trotz des Vollstreckungsbefehls *de lege lata* ein direkter Grund für den Konkurs ist, ist die Annahme eines solchen Artikels *de lege ferande* insofern problematisch, als das Konkursinstitut ein Vollstreckungsinstrument ist, das als letztes Mittel angewandt werden sollte. Die Anerkennung eines solchen Konkursgrundes, obwohl der Gläubiger die Möglichkeit hat, seine Forderungen im Wege der Vollstreckung mit Gerichtsurteil durchzusetzen, widerspricht in erster Linie dem Konzept des Sozialstaats. Bei einem Konkursverfahren wird der Schuldner, über den der Konkurs eröffnet wurde, vom Wirtschaftsleben ausgeschlossen und unterliegt bestimmten öffentlich-rechtlichen Sanktionen. Dieser aus dem römischen Recht stammende Charakter des Konkursinstituts hat das Ziel, den Schuldner für die Nichtzahlung seiner Schulden zu bestrafen. In Art. 177 I 4 tSchKG soll die Anerkennung der Nichtzahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls als direkter Konkursgrund auch den Schuldner bestrafen. Unseres Erachtens verstößt diese Situation auch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und stört das Gleichgewicht der Interessen zwischen Gläubiger und Schuldner<sup>15</sup>. Sowohl bei der Zwangsvollstreckung als auch bei der Gesamtvollstreckung müssen nämlich einerseits das Eigentumsrecht des Gläubigers und andererseits die Grundrechte und -freiheiten des Schuldners geschützt werden.

---

<sup>9</sup> Gürdoğan, Burhan. “Kollektif Şirketin ve Ortaklarının İflası”, AÜHFD, C. 17, Sy. 1, 1960, s. 395 vd, s. 390; Rüzgaresen, s. 39.

<sup>10</sup> Postacıoğlu, İlhan E. İflas Hukuku İlkeleri, C. I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978, s. 41; Berkin, s. 180 ff.

<sup>11</sup> Postacıoğlu, 1978, s. 41.

<sup>12</sup> dies. Atalay, s. 32.

<sup>13</sup> Rüzgaresen, s. 162.

<sup>14</sup> Rüzgaresen, s. 163.

<sup>15</sup> Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Vollstreckungsrecht, siehe. Yıldırım, M. Kamil. “İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.IV, S.1-3, 1989, s.98 vd; Çiftçi, Pınar. *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 125 vd; Üçüncü, S. Hilal. “İcra ve İflas Kanunu M. 78/ I Hükümünün Alacaklı İle Borçlu Arasındaki Menfaat Dengesine Yansımaları”, Ceren Damar Şenel II. Genç Bilim İnsanları Sempozyumu 4-5 Kasım 2021 Bildiri Kitabı, Yekın Yayınları, Ankara, 2022, s. 738 vd.*



Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt die Grenzen des Eingriffs in die Grundrechte, indem er das Verhältnis zwischen Zweck und Mitteln berücksichtigt. In diesem Rahmen muss die eingesetzten Mittel geeignet und erforderlich sein, um das Ziel zu erreichen, und es muss ein angemessenes Verhältnis zwischen den Mitteln und dem Ziel bestehen. In diesem Zusammenhang kann man sagen, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit drei Elemente enthält: die Zweckmäßigkeit, die Erforderlichkeit und das die Angemessenheit<sup>16</sup>. Der Eingriff in die Grundrechte des Schuldners gemäß Art. 177 I 4 tSchKG ist jedoch im Hinblick auf alle drei Elemente des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit problematisch. Im Falle eines Konkurses erhalten alle Gläubiger des Schuldners ihre Forderungen durch die Verwertung des gesamten Vermögens des Schuldners, über den der Konkurs eröffnet wurde. Diese Situation schafft ein Problem im Hinblick auf das Element der Zweckmäßigkeit, da sie das Risiko erhöht, dass der Gläubiger nicht in der Lage sein wird, alle seine Forderungen zu erhalten. Der Zweck der Vollstreckung besteht für den Gläubiger in der Tat darin, sein Eigentumsrecht zu schützen, indem er sicherstellt, dass seine Forderungen eingezogen werden. Das Element der Erforderlichkeit erfordert die Wahl des Mittels, das unter den verschiedenen Mitteln, die zur Erreichung des Ziels eingesetzt werden können, den geringsten Eingriff oder den geringsten Schaden für den Einzelnen verursacht. Der Gläubiger, der in der Lage ist, seine Forderungen im Wege der Zwangsvollstreckung zu erlangen, ist gemäß Art. 177 I 4 tSchKG berechtigt, den Konkurs des Schuldners zu beantragen. Die Anwendung der Ersetzungsbefugnis durch den Gläubiger zugunsten des Konkurses bedeutet jedoch die Anwendung des Instruments, das den Schuldner am stärksten beeinträchtigt und den größten Schaden verursacht. In diesem Fall liegt auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der Angemessenheit vor, der besagt, dass der Zweck und die Mittel nicht in einem unangemessenen Verhältnis zueinanderstehen dürfen.

Im Rahmen all dieser Erläuterungen sollte Art. 177 I 4 tSchKG als gesetzliche Regelung überdacht werden. Dass das schweizerische und deutsche Recht die Nichtzahlung der Schuld trotz eines Vollstreckungsbefehls nicht als eigenen Konkursgrund anerkennt, liegt nicht daran, dass der Stärke des Gerichtsurteils hier keine Bedeutung beigemessen wird. Es sei darauf hingewiesen, dass die Erhöhung der Zahl der Konkursgründe das Risiko eines Konkurses des Schuldners erhöht. Betrachtet man die Rechtsvergleichung, so stellt man fest, dass die Institution des Konkurses im späteren 20. Jahrhundert mit der sozialstaatlichen Mentalität aufgegeben wurde und der Konkurs nicht mehr die Regel war, sondern die Methoden zur Rettung des Schuldners vor dem Konkurs die Regel wurden. Die Beibehaltung von Art. 177 I 4 tSchKG steht jedoch nicht im Einklang mit *de lege feranda*.

### III. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE ANWENDUNG DES ART. 177 I 4 TSCHKG

Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG ist eine Person nur dann konkursfähig, wenn sie Schuldner einer Vollstreckung mit Gerichtsurteil ist und gleichzeitig dem Konkurs unterliegt<sup>17</sup>. Es wird darauf hingewiesen, dass für die Anwendbarkeit dieses Artikels bestimmte Voraussetzungen hinsichtlich des Gerichtsurteils und der Vollstreckung erfüllt sein müssen. Diese

<sup>16</sup> Çiftçi, s. 126; Üçüncü, s. 739.

<sup>17</sup> Art. 238 II des türkischen Handelsgesetzbuches sieht eine wichtige Ausnahme von dieser Regel vor. Nach dieser Sondervorschrift kann der Konkurs der Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft beantragt werden, auch wenn sie keine Händler sind und nicht als solche angesehen werden. ausf. Gürdoğan, s. 400 ff.

Voraussetzungen werden in dieser Überschrift gesondert untersucht.

## A. Voraussetzungen für das Gerichtsurteil

Damit der Schuldner gemäß Art. 177 I 4 tSchKG für zahlungsunfähig erklärt werden kann, muss die Forderung zunächst Gegenstand eines Gerichtsurteils sein. In diesem Fall kann der Gegenstand des Gerichtsurteils nur Geld oder Sicherheiten sein. In der Lehre ist umstritten, ob das Gerichtsurteil rechtskräftig sein muss, damit der Gläubiger, der im Besitz eines Gerichtsurteils ist, den Konkurs beantragen kann. Unter dieser Überschrift werden die genannten Bedingungen bewertet.

### 1. Abhängigkeit der Forderung vom Gerichtsurteil

Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG ist die erste Voraussetzung für die Konkurseröffnung, dass die Forderung Gegenstand eines Gerichtsurteils ist. Wenn die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls, der dem Schuldner im Rahmen der Vollstreckung mit Gerichtsurteil zugestellt wurde, nicht beglichen wird, kann daher der Konkurs des Schuldners beantragt werden. Die Vollstreckung mit Gerichtsurteil ist ein Verfahren, das der Gläubiger anwenden kann, der über ein Gerichtsurteil oder ein Dokument verfügt, das den Charakter eines Gerichtsurteils hat. Gemäß Art. 301, II der Zivilprozessordnung (tZPO) ist die Abschrift des Sachurteils, die jeder Partei erteilt wird, ein Gerichtsurteil. Nicht alle Arten von Entscheidungen des Gerichts sind Gerichtsurteile. Der Gegenstand des Gerichtsurteils ist das Sachurteil. Ein Sachurteil ist ein Endurteil des Gerichts in der Hauptsache<sup>18</sup>. Außerdem sind nicht alle Gerichtsurteile vollstreckbar. Damit ein Urteil der Vollstreckung mit Gerichtsurteil unterliegt, muss es sich um ein Leistungsurteil handeln. Feststellungsurteile und Gestaltungsurteile können aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht Gegenstand einer Vollstreckung mit Gerichtsurteil sein<sup>19</sup>. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass jedes Urteil in den Urteilsformeln separat bewertet werden sollte. Unabhängig von der Art des bei Gericht beantragten Rechtsschutzes ist der Urteilsabsatz über die Urteilkosten ein Leistungsurteil und damit Gegenstand der Vollstreckung mit Gerichtsurteil. Das Gerichtsurteil bezieht sich nicht nur auf den Zivilprozess. Auch Entscheidungen, die in anderen Rechtsordnungen ergangen sind, können Gegenstand der Vollstreckung mit Gerichtsurteil sein. Dabei handelt es sich um die Entscheidungen, die als Ergebnis der Verpflichtungsklage vor den Verwaltungsgerichten ergangen sind, den Teil der Entscheidungen der Strafgerichte, der sich auf die Verfahrenskosten bezieht, die Entscheidungen des Rechnungshofs, Schiedssprüche, vollstreckte ausländische Gerichtsentscheidungen, Schiedssprüche ausländischer Schiedsgerichte und vollstreckte Schiedssprüche.

Andererseits sind die Urteilssurrogate, die von dem Privileg profitieren können, das mit Urteilen verbunden ist, da sie Gegenstand einer Vollstreckung mit Gerichtsurteil sind<sup>20</sup>. Art. 38 tSchKG trägt den Titel „*Urteilssurrogate*“. Nicht alle Urteilssurrogate sind in Art. 38 tSchKG aufgeführt. Auch in anderen Gesetzen gibt es Regelungen zum Urteilssurrogat.

In der Lehre ist umstritten, ob der Gläubiger, der eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil mit Urteilssurrogat eingeleitet hat und dessen Forderung trotz Vollstreckungsbefehl nicht bezahlt wird, den Konkurs des Schuldners nach Art. 177 I 4 tSchKG beantragen kann. Der oben genannte Artikel regelt nämlich nur die „*Forderung aufgrund eines Gerichtsurteils*“. Eine Meinung in der Lehre geht davon aus, dass der Konkurs gemäß diesem Artikel nicht nur für Forderungen aufgrund des Gerichtsurteils,

---

<sup>18</sup> Tanrıver, Süha. *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 41 ff.

<sup>19</sup> Tanrıver, s. 63 vd ve 66 ff.

<sup>20</sup> Zu den Urteilssurrogaten siehe. Tanrıver, s. 83 ff.

sondern auch für Forderungen aufgrund des Urteilssurrogats beantragt werden kann<sup>21</sup>. Nach dieser Auffassung verwendet das Vollstreckungs- und Konkursgesetz im Teil über die Vollstreckung mit Gerichtsurteil, einschließlich des Urteilssurrogats, den Begriff des Gerichtsurteils in einem weiten Sinne<sup>22</sup>. Daher wird argumentiert, dass die Nichtzahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls, unabhängig davon, ob die Grundlage des gerichtlichen Verfahrens ein Urteil oder ein Urteilssurrogat ist, einen Konkursgrund im Rahmen von Art. 177 I 4 tSchKG darstellt. Die andere Meinung, die sich an den klaren Wortlaut des Gesetzes hält, geht davon aus, dass die Grundlage der Vollstreckung mit Gerichtsurteil ein „*Gerichtsurteil*“ sein muss, damit die genannte Bestimmung anwendbar ist<sup>23</sup>. Postacıoğlu, der diese Auffassung mit einer anderen Argumentation vertritt, betont, dass Art. 177 I 4 tSchKG angesichts der Gefahr, die von der Eröffnung des direkten Konkurses ausgeht, eng auszulegen ist und dass die Urteilssurrogate, insbesondere die Nichtbezahlung der Notarurkunde, die Annahme der Vermutung, dass der Schuldner seine Zahlungen generell eingestellt hat, verhindern<sup>24</sup>. Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass es für die Beantragung eines Konkurses Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG nicht erforderlich ist, die Vermutung einer generellen Zahlungseinstellung des Schuldners anzustreben<sup>25</sup>. Wenn der Gesetzgeber jedoch eine Regelung treffen wollte, die auch die Urteilssurrogate erfasst, wäre es unseres Erachtens nicht notwendig, den Ausdruck „*Forderung aus einem Gerichtsurteil*“ zu verwenden, sondern nur „*wenn die Forderung trotz Aufforderung durch einen Vollstreckungsbefehl nicht bezahlt worden ist*“. Der Vollstreckungsbefehl ist ein Dokument, das nur im Rahmen der Vollstreckung mit Gerichtsurteil verwendet wird. Die Absicht des Gesetzgebers ist es, einen besonderen Konkursgrund nur für Forderungen anzuerkennen, die einem Gerichtsurteil unterliegen, da es der Forderung einen endgültigen Charakter verleiht<sup>26</sup>. Wenn die Forderung dem Urteilssurrogat unterliegt, sollte daher akzeptiert werden, dass der Gläubiger nicht den direkten Konkurs des Schuldners gemäß Art. 177 I 4 tSchKG beantragen kann. Es ist wichtig, nochmals zu betonen, dass der Urteilssurrogat nur das Privileg genießen kann, der Vollstreckung mit Gerichtsurteil zu unterliegen.

## 2. Notwendigkeit der Forderung, Geld oder Sicherheiten zu sein

Wir haben oben festgestellt<sup>27</sup>, dass Art. 177 I 4 tSchKG auf einer Vollstreckung mit Gerichtsurteil beruht. Bei der Forderung, die Gegenstand der Vollstreckung mit Gerichtsurteil ist, kann es sich um Geld oder Sicherheiten handeln, aber auch um andere Forderungen oder Ansprüche. Zahlt der Schuldner trotz des Vollstreckungsbefehls in der Vollstreckung mit Gerichtsurteil nicht, kann der Konkurs des Schuldners nur dann beantragt werden, wenn es sich bei dem Urteilsgegenstand um Geld oder Sicherheiten handelt<sup>28</sup>. Gemäß Art. 42 tSchKG kann ein Konkursverfahren nur über eine Geld- oder Sicherheitsforderung eröffnet werden. Der direkte Konkurs kann nicht für andere Forderungen beantragt werden<sup>29</sup>. Handelt es sich bei dem Gegenstand des Gerichtsurteils um eine Forderung, bei der es sich nicht um Geld oder Sicherheiten handelt, bleibt die gesetzlich vorgeschriebene Umwandlung der Leistung in Geld von dieser Regel unberührt. Ist beispielsweise Gegenstand des Urteils die Herausgabe

<sup>21</sup>21 Ansay, Sabri Şakir. İcra ve İflâs Usulleri, Ankara, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960, s. 211; Kırtıloğlu, S. Serhat. İflâs Davası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 49; Kuru, 1993, s. 2772; Kuru, 2013, s. 1149; Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 431; Atalay, s. 32; Rüzgaresen, s. 166.

<sup>22</sup> Rüzgaresen, s. 167.

<sup>23</sup> Berkin, s. 180; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 565.

<sup>24</sup> Postacıoğlu, 1978, s. 42.

<sup>25</sup> Siehe oben. II.

<sup>26</sup> Dass dies die Absicht des Gesetzgebers war, zeigt die Ablehnung des Vorschlages, Art. 177 I 4 tSchKG in der Novelle von 1940 wie folgt zu ändern: „*wenn die Schuld auf einem Urteil oder auf einem Urteilssurrogat beruht und trotz Aufforderung durch einen Vollstreckungsbefehl nicht bezahlt worden ist*“. Berkin, s. 180.

<sup>27</sup> Siehe oben. III, A, 1.

<sup>28</sup> Yılmaz, Ejder. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 933; Muşul, s. 743.

<sup>29</sup> Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 597; Muşul, s. 743.



einer beweglichen Sache, so wird gemäß Art. 24 tSchKG der im Gerichtsurteil festgesetzte Wert dem Schuldner abgenommen, wenn sich die besagte bewegliche Sache nicht im Besitz des Schuldners befindet. Mit anderen Worten: In diesem Fall wird die Verpflichtung des Schuldners zur Herausgabe der beweglichen Sache zu einer Geldschuld. Da jedoch in diesem Fall der Gegenstand des Urteils, der die Grundlage der Vollstreckung bildet, die Lieferung von beweglichen Sachen betrifft, kann der Gläubiger nicht den Konkurs des Schuldners gemäß Art. 177 I 4 tSchKG beantragen, auch wenn die Schuld zu einer Geldschuld geworden ist<sup>30</sup>. Das Gleiche gilt auch für die Schuldersetzung. Während Gegenstand des Gerichtsurteils die Herausgabe einer beweglichen Sache ist, kann diese Schuld durch Schuldersetzung beendet und in eine Geldschuld umgewandelt werden. Da es sich in diesem Fall jedoch um eine neue, nicht vom Gerichtsurteil abhängige Geldschuld handelt, kann der Gläubiger nicht Vollstreckung mit Gerichtsurteil beantragen<sup>31</sup>. Daher ist es in diesem Fall nicht möglich, Art. 177 I 4 tSchKG anzuwenden.

### **3. Die Frage, ob das Urteil rechtskräftig werden muss**

In der Regel muss eine gerichtliche Entscheidung nicht rechtskräftig sein, um vollstreckbar zu sein. In der Lehre ist umstritten, ob die Nichtzahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls in der durch ein nicht rechtskräftiges Gerichtsurteil eingeleiteten Vollstreckung mit Gerichtsurteil einen Konkursgrund im Sinne von Art. 177 I 4 tSchKG darstellt.

Eine Meinung in der Lehre kommt zwar zu dem Schluss, dass eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht erforderlich ist, weist aber darauf hin, dass es nicht richtig wäre, sich an die wörtliche Auslegung zu halten<sup>32</sup>. Diese Stellungnahme beruht auf dem Gedanken, dass der in Art. 177 I 4 tSchKG anerkannte Konkursgrund darin besteht, dass der Schuldner, der die Anforderungen des Vollstreckungsbefehls nicht erfüllt, so behandelt wird, als habe er seine Zahlungen eingestellt. Nach dieser Auffassung stellt die Nichtzahlung der Schuld trotz eines noch nicht rechtskräftigen Vollstreckungsbefehls, der keine andere Drohung als die Androhung der Pfändung enthält, keine ausreichende Vermutung dafür dar, dass der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat<sup>33</sup>. Darüber hinaus wird argumentiert, dass der Schuldner eine Entscheidung über den Aufschub der Vollstreckung nicht in dem Glauben erwirken kann, dass die Möglichkeit der Wiederherstellung der Vollstreckung ihn schützen wird, und dass in einem solchen Fall die Beantragung des Konkurses des Schuldners gemäß Art. 177 I 4 tSchKG mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit unvereinbar wäre. Die Entscheidung über den direkten Konkurs bei Nichtzahlung einer Forderung aufgrund eines nicht rechtskräftigen Gerichtsurteils ist daher nicht mit dem Aufschub der Vollstreckung und der Wiederherstellung der Vollstreckung zu vereinbaren<sup>34</sup>. Folglich wird in dieser Stellungnahme mit dem Argument, dass das Konkursystem im türkischen Recht auf der Vermutung der Zahlungseinstellung des Schuldners beruht, akzeptiert, dass Art. 177 I 4 tSchKG eng ausgelegt werden sollte und unter diesem Gesichtspunkt wird ein rechtskräftiges Gerichtsurteil als Grundlage für die Konkursentscheidung angestrebt<sup>35</sup>. Die andere Meinung in der Doktrin, die sich auf die allgemeine Regel stützt, akzeptiert, dass der Schuldner, wenn die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht beglichen wird, zur Konkurseröffnung aufgefordert werden kann, ohne dass ein rechtskräftiges Gerichtsurteil als Bedingung vorliegt<sup>36</sup>. Es ist bemerkenswert, dass in der Praxis unterschiedliche Urteile

---

<sup>30</sup> dies. Rüzgaresen, s. 171, 172.

<sup>31</sup> Rüzgaresen, s. 172, s. 173.

<sup>32</sup> Postacioğlu, 1978, s. 41, 42.

<sup>33</sup> Berkin, s. 181; Postacioğlu, 1978, s. 41, 42.

<sup>34</sup> Postacioğlu, 1978, s. 181.

<sup>35</sup> Berkin, s. 181.

<sup>36</sup> Atalay, s. 32; Kuru, 2013 s. 1148; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 432; Arslan/ Yılmaz/

zu dieser Frage gefällt wurden. Die *Berufungsgerichte (Bölge Adliye Mahkemesi (BAM))* akzeptieren im Allgemeinen, dass die Rechtskraft des Urteils nicht erforderlich ist, um den direkten Konkurs gemäß Art. 177 I 4 tSchKG zu beantragen<sup>37</sup>. Es ist festzustellen, dass der *Kassationsgerichtshof (Yargıtay)* in seinen früheren Entscheidungen ein rechtskräftiges Urteil als Bedingung forderte<sup>38</sup>, in seinen neueren Entscheidungen jedoch erklärt<sup>39</sup>, dass ein rechtskräftiges Urteil nicht zwingend erforderlich ist.

Unseres Erachtens ist es für die Anwendung von Art. 177 I 4 tSchKG nicht erforderlich, dass das Gerichtsurteil, das die Grundlage der Vollstreckung bildet, rechtskräftig ist. Der Wortlaut des genannten Artikels enthält keine solche Einschränkung. Da der Grund für den Konkurs formaler Natur ist, besteht keine Notwendigkeit, eine solche Einschränkung durch eine enge Auslegung des Artikels einzuführen. In diesem Fall gibt es jedoch eine Lösung, die das Risiko für den Schuldner beseitigt und dem Schutz des Interessenausgleichs zwischen Gläubiger und Schuldner dient. In diesem Zusammenhang sollte das Handelsgericht, das den Konkursantrag prüft, in Fällen, in denen ein Aufschub der Vollstreckung des Urteils, das der Vollstreckung zugrunde liegt, gewährt wurde, eine Entscheidung über die Aussetzung des Verfahrens (präjudizielles Rechtsverhältnis) für das rechtskräftige Gerichtsurteil erlassen<sup>40</sup>. Auf diese Weise kann der Erlass eines Konkursurteils trotz der Aufhebung des Urteils, das der Vollstreckung zugrunde liegt, verhindert werden. Die Lehre steht dieser Lösung jedoch skeptisch gegenüber, da die Vorlage der Forderung, die Gegenstand des Urteils ist, als Sicherheit nicht ausreicht, um die Konkursprüfung auszusetzen<sup>41</sup>. Unserer Meinung nach ist es notwendig, eine gesetzliche Regelung zu diesem Thema einzuführen, die auch das Erfordernis von Sicherheiten beinhaltet, um das Problem zu lösen.

## **B. Voraussetzungen für die Vollstreckung**

Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG muss der Gläubiger zusätzlich zu den Bedingungen, die sich auf das Gerichtsurteil beziehen, eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil eingeleitet haben, ein Vollstreckungsbefehl muss dem Schuldner im Rahmen dieses Verfahrens zugestellt werden, und der Schuldner darf die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht innerhalb von sieben Tagen bezahlen oder keine Entscheidung über Ruhen oder Aufschub des Verfahrens herbeiführen. Unter dieser Überschrift werden die genannten Bedingungen bewertet.

### **1. Einleitung der Vollstreckung mit Gerichtsurteil**

Damit Art. 177 I 4 tSchKG anwendbar ist, muss erstens eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil durch den Gläubiger eingeleitet werden. Die Vollstreckung mit Gerichtsurteil ist ein Zwangsvollstreckungsverfahren, das der Gläubiger, der ein Urteil oder ein Urteilsurrogat besitzt, anwenden kann. Die Vollstreckung mit Gerichtsurteil ist im Wesentlichen eine Fortsetzung der Klagephase. Die Partei, zu deren Gunsten das Gericht das Leistungsurteil ausspricht, hat, wenn die gerichtliche Entscheidung nicht freiwillig vollstreckt wird, ein Betreibungsbegehren beim Vollstreckungsamt einzureichen. Bei der Vollstreckung mit Gerichtsurteil beginnt das Verfahren mit

---

Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 598; Rüzgaresen, s. 169.

<sup>37</sup> İstanbul BAM 45. HD, T. 12.10.2022, E. 2022/398, K. 2022/1114, Lexpera, 15.02.2024; İstanbul BAM 17. HD, T. 24.11.2022, E. 2022/1627, K. 2022/1450, Lexpera, 15.02.2024; İstanbul BAM 17. HD, T. 03.03.2022, E. 2022/262, K. 2022/266, Lexpera, 25.02.2024.

<sup>38</sup> Yargıtay 12. HD, T. 11.02.1966, E. 1965/1547, K. 1966/1486, Legalbank, 15.02.2024.

<sup>39</sup> Yargıtay 23. HD, T. 07.03.3013, E. 2012/5687, K. 2013/1381, Lexpera, 15.02.2024; Yargıtay 23. HD, T. 18.1.2018, E. 2017/3001, K. 2018/91, Lexpera, 15.02.2024.

<sup>40</sup> İstanbul BAD 45. HD, T. 12.10.2022, E. 2022/398, K. 2022/1114, Lexpera, 15.02.2024; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 598; Aşık/ Oruç/ Tok/ Saçar, s. 568; Rüzgaresen, s. 168.

<sup>41</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 432.

der Übergabe des Gerichtsurteils an das

Vollstreckungsamt. In das Betreibungsbegehren, das gemäß Art. 58 tSchKG ausgefüllt wird, sind auch die Urteilsnummer, das Datum und die Zusammenfassung des Urteils einzutragen. Anders als beim allgemeinen Pfändungsverfahren ist der Gläubiger jedoch nicht verpflichtet, im Betreibungsbegehren anzugeben, welche Verfahrensart er gewählt hat. In Art. 37 tSchKG heißt es nämlich: „*Das Vermögen derjenigen, die ihre Schulden nicht bezahlen, obwohl die im Vollstreckungsbefehl angegebene Frist verstrichen ist, wird beschlagnahmt, oder, wenn der Schuldner zu den Personen gehört, die dem Konkurs unterliegen, und der Gläubiger dies beantragt, wird der Konkurs vom zuständigen Handelsgericht entschieden*“. Auf der Grundlage dieses Artikels kann der Gläubiger nach Ablauf der dem Schuldner im Vollstreckungsbefehl eingeräumten Frist von sieben Tagen entweder die Zwangsvollstreckung oder den Konkurs wählen. Auch wenn der Gläubiger im Betreibungsbegehren angegeben hat, dass er sich für die Zwangsvollstreckung entschieden hat, kann er, wenn die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht beglichen wird, den Konkurs gemäß Art. 177 I 4 tSchKG beantragen<sup>42</sup>.

## 2. Zustellung des Vollstreckungsbefehls

Der Vollstreckungsbefehl ist ein Dokument im Rahmen des Verfahrens der Vollstreckung mit Gerichtsurteil. Der Vollstreckungsbeamte, der das Betreibungsbegehren erhält, muss zunächst prüfen, ob das dem Betreibungsbegehren beigelegte Schriftstück den Charakter eines Urteils oder Urteilssurrogates hat. Die Zustellung eines Vollstreckungsbefehls trotz des Fehlens eines Urteils oder eines Urteilssurrogats in der Anlage des Betreibungsbegehrens ist nämlich ein Grund für eine unbefristete Beschwerde<sup>43</sup>. Erklärt der Gläubiger, dass er eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil einleiten will, legt er dem Vollstreckungsamt aber kein Urteil oder Urteilssurrogat als Anlage zum Vollstreckungsersuchen vor, sollte der Vollstreckungsleiter keinen Vollstreckungsbefehl zustellen<sup>44</sup>. Handelt es sich bei dem dem Betreibungsbegehren beigelegten Schriftstück um ein Urteil oder ein Urteilssurrogat, das jedoch widersprüchliche oder unklare Schriftsätze enthält, so soll der Gerichtsvollzieher keinen Vollstreckungsbefehl erteilen<sup>45</sup>. Dies liegt daran, dass der Gerichtsvollzieher keine Befugnis zur Auslegung, Korrektur oder Klarstellung hat<sup>46</sup>. Liegt kein Mangel und kein Problem im Sinne der vorgenannten Fälle vor, muss der Gerichtsvollzieher innerhalb von drei Tagen einen Vollstreckungsbefehl entsprechend dem Betreibungsbegehren erteilen und dem Schuldner zustellen. Das direkte Konkursverfahren kann nicht eingeleitet werden, ohne den Vollstreckungsbefehl zu beantragen<sup>47</sup>. Mit anderen Worten: Die Einforderung der Forderung durch einen Vollstreckungsbefehl ist eine besondere Voraussetzung für das direkte Konkursverfahren gemäß Art. 177 I 4 tSchKG<sup>48</sup>. Gemäß Art. 32 tSchKG wird dem Schuldner im Vollstreckungsbefehl zusätzlich zu dem, was in Art. 24 tSchKG steht, mitgeteilt, dass der Schuldner die Schuld innerhalb von sieben Tagen unter Angabe der Art und des Betrags der im Vollstreckungsbefehl beurteilten Sache zu begleichen hat, und dass der Schuldner innerhalb derselben Frist eine Entscheidung des Gerichts über das Aufschub der Vollstreckung herbeizuführen hat, andernfalls wird das Urteil zwangsweise vollstreckt, und dass er innerhalb dieser Frist sein Vermögen gemäß Art. 74 tSchKG zu deklarieren hat; unterlässt er dies, wird er mit Freiheitsstrafe bestraft, und wenn er eine falsche Erklärung abgibt, wird er mit Freiheitsstrafe

---

<sup>42</sup> Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 498.

<sup>43</sup> Atal/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 443; Rüzgaresen, s. 176

<sup>44</sup> Rüzgaresen, s. 177.

<sup>45</sup> Rüzgaresen, s. 176, 177.

<sup>46</sup> Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 485.

<sup>47</sup> Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 598.

<sup>48</sup> Yılmaz, s. 935; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 598; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 432.

bestraft. Obwohl es nicht in den Bestimmungen von Art. 24 und Art. 32 tSchKG bezüglich des Vollstreckungsbefehls enthalten ist, sollte, wie in der Doktrin richtig festgestellt wird<sup>49</sup>, für Schuldner, die dem Konkurs unterliegen, wenn die Schuld nicht innerhalb von sieben Tagen bezahlt wird, die die Androhung, dass der Schuldner gemäß Art. 37 tSchKG zum Konkurs angemeldet werden kann, ebenfalls im Vollstreckungsbefehl vermerkt werden. Auf diese Weise wird sowohl dem Recht des Schuldners auf rechtliches Gehör Genüge getan als auch der Schuldner vor dem Konkurs bewahrt, indem er seine Schulden sorgfältiger und fristgerecht bezahlt.

Nach türkischem Recht kann der Schuldner bei der Vollstreckung mit Gerichtsurteil, anders als bei der Vollstreckung ohne Gerichtsurteil, keine Einwendungen gegen die Schuld erheben. In diesem Fall erhält der Schuldner die Möglichkeit, während der Klage, die der Vollstreckung mit Gerichtsurteil vorausgeht, Rechtsvorschlag zu erheben. Nachdem das Gericht ein Urteil gegen den Schuldner erlassen hat, ist es für den Schuldner aufgrund der absoluten Wahrheit des Gerichtsurteils nicht mehr möglich, sich gegen die Forderung aus einem vor dem Gerichtsurteil liegenden Grund zu wehren. Daher enthält der Vollstreckungsbefehl im Gegensatz zum Zahlungsbefehl keine Aufzeichnungen über den Einspruch. Diese Situation sollte jedoch nicht so ausgelegt werden, dass der Schuldner sich der Vollstreckung mit Gerichtsurteil in keiner Weise widersetzen kann. Wie im Vollstreckungsbefehl angemahnt, kann der Schuldner ein Aufschub der Vollstreckung beantragen, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind<sup>50</sup>.

Wenn der Schuldner vor der Zwangsvollstreckung durch einen Rechtsanwalt das Gerichtsverfahren verfolgt hat, ist es wichtig zu bestimmen, wem der Vollstreckungsbefehl zugestellt werden soll. Gemäß Art. 73 tZPO umfasst die Vollmacht die Befugnis des Rechtsanwalts, alle für die Rechtsverfolgung und die Vollstreckung des Gerichtsurteils erforderlichen Handlungen bis zur Rechtskraft des Urteils vorzunehmen, außer in den Fällen, in denen dem Rechtsanwalt eine besondere Vollmacht erteilt werden muss. Gemäß Art. 11 des Zustellungsgesetzes erfolgt die Zustellung an den Rechtsanwalt in dem durch den Rechtsanwalt betriebenen Verfahren. Art. 32 I tSchKG sieht hingegen vor, ohne Bezugnahme auf die vorgenannten Artikel, dass der Vollstreckungsbefehl dem Schuldner zugestellt wird. Bewertet man diese Vorschriften zusammen, so ergibt sich eine widersprüchliche Situation. Aus diesem Grund ist es in der Lehre umstritten, ob der Vollstreckungsbefehl an den Schuldner oder an den Rechtsanwalt, dessen Name im Gerichtsurteil steht, zu richten ist<sup>51</sup>. Im Rahmen der Diskussionen in der Doktrin ist es bemerkenswert, dass drei verschiedene Ansichten vertreten werden und der Kassationsgerichtshof unterschiedliche Entscheidungen zu allen drei Ansichten getroffen hat.

Eine Stellungnahme in der Lehre<sup>52</sup> geht davon aus, dass der Vollstreckungsbefehl dem Schuldner persönlich und nicht dem Rechtsanwalt zugestellt werden sollte. Nach dieser Auffassung soll die Zustellung des Vollstreckungsbefehls sicherstellen, dass der Schuldner die mitgeteilten Punkte erfüllt, da ansonsten die Vollstreckung fortgesetzt wird. Wer auch immer der Adressat des Inhalts der Androhung ist, dem muss die Zustellung zugestellt werden. Die Zustellung des Vollstreckungsbefehls an den Rechtsanwalt verstößt gegen die schuldrechtliche Vertragsfreiheit und die Vorschriften über die Mandatsvereinbarung, die Vorschriften über den Anwaltsvertrag im Rechtsanwaltsgesetz, die Regelungen im Mindesthonorartarif für Rechtsanwälte und die Vorschriften des tSchKG über die

<sup>49</sup> dies. Rüzgaresen, s. 177.

<sup>50</sup> Siehe unten. III, B, 4.

<sup>51</sup> ausf. Ekecik, Şükran/ Duran, Osman. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 73 Kapsamında İcra Emrinin Vekile Tebliğ Edilmesinin Ortaya Çıkardığı Sorunlar", Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 649 ff.

<sup>52</sup> Belgesay, M. Reşit. İcra ve İflâs Hukuku, C. I, Marifet Basımevi, İstanbul, 1945, s. 85, 86; Ekecik/ Duran, s. 673.

Zwangsvollstreckung<sup>53</sup>. Daher muss der Vollstreckungsbefehl dem Schuldner persönlich zugestellt werden. In dieser Stellungnahme vertritt Belgesay die Auffassung<sup>54</sup>, dass die Vorschrift, wonach in Klagen, die über einen Rechtsanwalt verfolgt werden, die Zustellung an den Rechtsanwalt erfolgen muss, nicht auf Vollstreckungsverfahren angewandt werden sollte. In diesem Zusammenhang betont er, dass die Zustellung des Vollstreckungs-, Pfändungs- oder Verwertungsbegehrens des Gläubigers an den Schuldner und nicht an den Rechtsanwalt sicherstellt, dass der Schuldner rechtzeitig über die betreffende Maßnahme informiert wird. In Bezug auf den Gläubiger wird jedoch ein anderer Ansatz verfolgt und festgelegt, dass die Zustellung an den Rechtsanwalt des Gläubigers erfolgen kann<sup>55</sup>. Denn der Rechtsanwalt des Gläubigers ist auch zur Durchführung von Vollstreckungsverfahren befugt, und die Benachrichtigung des Rechtsanwalts des Gläubigers gewährleistet, dass die Rechte des Gläubigers rechtzeitig verteidigt werden.

Nach der anderen Meinung in der Lehre<sup>56</sup> sollte der Vollstreckungsbefehl nicht dem Schuldner, sondern dem Rechtsanwalt gemäß Art. 73 tZPO zugestellt werden<sup>57</sup>. Andernfalls muss der zugestellte Vollstreckungsbefehl aufgehoben und eine erneute Zustellung vorgenommen werden, da die Zustellung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist<sup>58</sup>. Eine andere Stellungnahme in der Lehre erklärt, dass der Vollstreckungsbefehl dem Schuldner oder seinem Rechtsanwalt zugestellt werden kann<sup>59</sup>. In einigen Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs wird festgestellt, dass der Vollstreckungsbefehl dem Schuldner zugestellt werden muss, damit die strafrechtlichen Sanktionen über die Vermögensgegenstände angewandt werden können, und es wird auch akzeptiert, dass der Rechtsanwalt ebenfalls zugestellt werden kann<sup>60</sup>.

Unseres Erachtens muss der Vollstreckungsbefehl *de lege lata* dem Rechtsanwalt zugestellt werden, während die Situation bei *de lege feranda* anders ist. Im Sinne von *de lege feranda* muss der Vollstreckungsbefehl dem Schuldner zugestellt werden. Gemäß Art. 73 tZPO, der eine zwingende Vorschrift im Gegensatz zu Art. 32 des tSchKG darstellt, und dementsprechend gemäß der Vorschrift über die Zustellung an den Rechtsanwalt in Art. 11 des Zustellungsgesetzes muss der Vollstreckungsbefehl dem Rechtsanwalt zugestellt werden. Erfolgt die Zustellung nur an den Schuldner, ist sie daher nicht ordnungsgemäß. Diese Situation ist jedoch, wie die Lehre zu Recht feststellt<sup>61</sup>, in vielerlei Hinsicht problematisch, insbesondere im Hinblick auf die Anwendung strafrechtlicher Sanktionen für die Vermögensgegenstände und die Tatsache, dass der Adressat der Aufzeichnungen, die den Inhalt des Vollstreckungsbefehls bilden, der Schuldner selbst ist. Aus diesem Grund ist in der derzeitigen Situation neben der Zustellung an den Rechtsanwalt auch die Zustellung an den Schuldner erforderlich, um die Sanktionen für die Vermögensgegenstände anwenden zu können<sup>62</sup>. Dies

---

<sup>53</sup> Ekecik/ Duran, s. 649 ff.

<sup>54</sup> Belgesay, s. 85, 86.

<sup>55</sup> Belgesay, s. 86.

<sup>56</sup> Güneş, Derya Belgin. "Tebliğ Yokluğu", İÜHF, C. 74, S.1, 2016, s. 224; Rüzgaresen, s. 178.

<sup>57</sup> Yargıtay HGK, T. 02.07.2003, E. 2003/12-442, K. 2003/445, Lexpera, 15.02.2024; Yargıtay 12. HD, T. 27.11.2013, E. 2013/27562, K. 2013/37619, Lexpera, 15.02.2024.

<sup>58</sup> Rüzgaresen, s. 178.

<sup>59</sup> Üstündağ, Saim. İcra Hukukunun Esasları, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004, s. 360; Yılmaz, Ejder/ Çağlar, Tacar. Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 244; Uyar, Talih. "İcra Tebliği (İcra ve İflas Kanunu. 21)", Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2013, s. 190.

<sup>60</sup> Yargıtay 8. HD, T. 30.5.2016, E. 2016/7148, K. 2016/9420, Lexpera, 15.04.2024; Yargıtay 12. HD, T. 05.02.2019, E. 2018/5236, K. 1374, Lexpera, 15.04.2024; Yargıtay 8. HD, T. 06.06.2016, E. 7190, K. 9868, Lexpera, 15.04.2024.

<sup>61</sup> Ekecik/ Duran, s. 673 ve 680 ff.

<sup>62</sup> Postacıoğlu, İlhan E. İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 140; Gören Ülkü, Nazlı. İcra Hukukunda Ödeme Emri, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2008, s. 120; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 485.



widerspricht jedoch eindeutig dem Grundsatz der Verfahrensökonomie. Aus diesem Grund sollte die Zustellung des Vollstreckungsbefehls an den Schuldner als Ausnahme von der Regel der Zustellung an den Rechtsanwalt durch eine Gesetzesänderung zugelassen werden. Da die meisten Angelegenheiten, die dem Schuldner im Vollstreckungsbefehl mitgeteilt werden, von diesem selbst erledigt werden müssen, ist es sinnvoller, die Zustellung des Vollstreckungsbefehls an den Schuldner als Regelfall zu akzeptieren.

### 3. Nichtzahlung des Schuldners trotz Vollstreckungsbefehls

Mit dem Vollstreckungsbefehl wird der Schuldner insbesondere aufgefordert, die Schuld zu begleichen, eine Vermögensgegenstände abzugeben, wenn er nicht in der Lage ist, die Schuld zu begleichen, oder unter bestimmten Voraussetzungen eine Entscheidung über den Aufschub der Vollstreckung herbeizuführen. Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG kann der Schuldner nur dann für zahlungsunfähig erklärt werden, wenn er die im Vollstreckungsbefehl geforderte Schuld nicht innerhalb von sieben Tagen begleicht. Zahlt der Schuldner innerhalb dieser Frist, wird die Vollstreckung mit Gerichtsurteil beendet. Damit ist die Gefahr des Konkurses des Schuldners gemäß Art. 177 I 4 tSchKG vollständig beseitigt. Wenn der Schuldner nicht die gesamte Forderung aus dem Vollstreckungsbefehl begleicht, sondern nur einen Teilbetrag, wird diese Gefahr nicht beseitigt. In diesem Fall wird die Vollstreckung nicht durch den Vollstreckungsbefehl beendet, und der Gläubiger kann gemäß Art. 177 I 4 tSchKG die Zwangsvollstreckung oder den Konkurs beantragen.

In der Lehre ist umstritten, ob nur die Nichtzahlung der Schuld durch den Schuldner oder auch die Nichterfüllung der übrigen Bedingungen des Vollstreckungsbefehls zum Konkurs führt. Eine Lehrmeinung vertritt die Auffassung, dass es für die Anwendung von Art. 177 I 4 tSchKG nicht ausreicht, dass der Schuldner die im Vollstreckungsbefehl geforderte Schuld nicht innerhalb von sieben Tagen begleicht. Nach dieser Ansicht setzt die Anwendung der genannten Bestimmung voraus, dass der Schuldner nicht nur die Schuld nicht begleicht, sondern auch nicht innerhalb derselben Frist die Vermögensgegenstände abgibt. Der Vollstreckungsbefehl enthält nämlich nicht nur die Aufforderung an den Schuldner, die Schuld zu begleichen, sondern auch die Aufforderung zur Abgabe der Vermögensgegenstände. Unseres Erachtens ist der in Art. 177 I 4 tSchKG genannte Konkursgrund eindeutig, und dieser Grund ist die Nichtzahlung der auf dem Gerichtsurteil beruhenden Forderung trotz der Forderung des Vollstreckungsbefehls. In diesem Fall wird dem Gläubiger der Vollstreckung eine Ersetzungsbefugnis erteilt<sup>63</sup>. Die Annahme, dass der Schuldner, der trotz des Vollstreckungsbefehls die Schuld nicht fristgerecht begleicht, sondern die Vermögensgegenstände abgibt, sich nicht auf Art. 177 I 4 tSchKG berufen kann, führt dazu, dass dem Gläubiger die Ersetzungsbefugnis genommen wird. Mit anderen Worten: Der Gläubiger sollte nicht gezwungen sein, das Verfahren durch Vollstreckung mit Gerichtsurteil fortzusetzen, weil der Schuldner rechtzeitig eine Vermögensgegenstände abgegeben hat. Auch wenn der Konkurs des Schuldners als letztes Mittel angesehen wird und das vorrangige Ziel darin besteht, den Schuldner aus dem Konkurs zu befreien, sollte es nicht möglich sein, die eindeutige Bestimmung des Gesetzes durch Auslegung einzuschränken. Entscheidend ist der Wille des Gläubigers, das Verfahren fortzusetzen. Daher kann der Gläubiger, der seine Forderung trotz des Vollstreckungsbefehls nicht Beitreiben kann, entweder die Pfändung des Vermögens des Schuldners

<sup>63</sup> Wahlrecht und Ersetzungsbefugnis sind unterschiedliche Begriffe. Während das Wahlrecht ein Recht mit alternativem Inhalt gewährt, handelt es sich bei der Ersetzungsbefugnis um ein einheitliches Forderungsrecht, dessen Inhalt zunächst festgelegt wird, das aber später einseitig geändert werden kann. Auch wenn in der Lehre davon ausgegangen wird, dass dem Gläubiger nach Art. 37 tSchKG ein Wahlrecht zusteht, wird dem Gläubiger hier unseres Erachtens eine Ersetzungsbefugnis eingeräumt. Ausf. über das Ersetzungsbefugnis und die Diskussionen über seine Rechtsnatur siehe. Göka, Emir. "Seçimlik Yarışma Kavramı ve Buna Duyulan İhtiyaç Üzerine", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 72, Sy. 2, s. 887 vd ve 912 ff.

beantragen oder beim Handelsgericht den Konkurs des Schuldners beantragen.

An dieser Stelle ist auf einen weiteren Punkt hinzuweisen. Eine Meinung in der Lehre geht davon aus, dass der Gläubiger den sofortigen Konkurs des Schuldners beantragen kann, ohne dass ein neuer Vollstreckungsbefehl ausgestellt wird, selbst wenn der Gläubiger zuvor die Pfändung des Vermögens des Schuldners beantragt hat und selbst wenn ein Teil des Vermögens des Schuldners gepfändet wurde und der Schuldner seine Forderungen aus dem Verkaufspreis dieses Vermögens teilweise erhalten hat<sup>64</sup>. Diese Auffassung beruht auf dem Recht des Gläubigers, die Verfahrensart zu wechseln, wie es in Art. 177 I 4 tSchKG vorgesehen ist. Demnach kann der Gläubiger gemäß Art. 177 I 4 tSchKG einen direkten Konkursantrag stellen, und in diesem Fall wird die Pfändung des Vermögens des Schuldners ohne weiteres aufgehoben<sup>65</sup>. Es sollte jedoch nicht als möglich angesehen werden, dass der Gläubiger direkt nach dem Antrag auf Pfändung des Vermögens des Schuldners trotz des Vollstreckungsbefehls Konkurs anmeldet, wenn die Schuld nicht beglichen wird. In diesem Fall hat der Gläubiger nämlich von seinem Ersetzungsbefugnis Gebrauch gemacht, das Verfahren durch Pfändung fortzusetzen, und dieses Recht ist erloschen<sup>66</sup>. In diesem Fall wäre es nicht unangemessen zu sagen, dass die Forderungen des Gläubigers durch die Pfändung gesichert sind und er daher kein rechtliches Interesse im Sinne einer direkten Konkursforderung hat, und die Annahme des Gegenteils wäre rechtsmissbräuchlich. Im türkischen Recht gibt die Pfändung, ähnlich wie im schweizerischen Recht, dem Gläubiger das Recht, die Umwandlung der gepfändeten Sache in Geld zu verlangen. Durch die Pfändung erhält der Gläubiger das Recht, die gepfändeten Sachen in Geld umzuwandeln und seine Forderung aus dem so erlangten Geld zu befriedigen. Im Gegensatz zum deutschen Recht hat der Gläubiger nach türkischem Recht kein dingliches Recht wie das Pfändungspfandrecht<sup>67</sup> an den gepfändeten Sachen oder Rechten<sup>68</sup>. Das Recht des Pfandgläubigers sollte nicht als pfandrechtsähnliches Recht bezeichnet werden<sup>69</sup>. Man kann also nicht sagen, dass die Pfändung des Vermögens des Schuldners die Forderungen des Gläubigers absolut sichert. Die Voraussetzungen und Modalitäten des Pfandrechts richten sich nach den Vorschriften des materiellen Rechts. Das Vollstreckungsrecht bestimmt jedoch alle Voraussetzungen der Pfändung. Während der Pfandgläubiger ein Vorrecht nach dem Zeitpunkt der Pfandbestellung hat, hat der Gläubiger, der unter den Gläubigern, die in gleichem Umfang an der Pfändung beteiligt sind, der erste ist, kein Vorrecht gegenüber den anderen. Während das Vorrecht des Pfandgläubigers auch dann noch geschützt ist, wenn die verpfändeten Gegenstände in die Konkursmasse fallen, hat der Pfändungsgläubiger kein Vorrecht in Bezug auf die zuvor gepfändeten Gegenstände, die mit dem Konkurs des Schuldners in die Konkursmasse fallen. Selbst wenn das gepfändete Gut in Geld umgewandelt wurde, stellt der Konkurs alle Gläubiger gleich, solange das Geld noch nicht bei der Vollstreckungskasse eingegangen ist. Das Pfändungsrecht des Gläubigers ist daher nur für das Vollstreckungsrecht spezifisch und alle Voraussetzungen sind im Rahmen des Vollstreckungsrechts zu beurteilen. Außerdem kann kein Rechtsmissbrauch geltend gemacht werden, nachdem der Gläubiger von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch gemacht hat. In diesem Fall handelt es sich bei der Ausübung

---

<sup>64</sup> Kuru, 1993, s. 2768; Kuru, 2013, s. 1148.

<sup>65</sup> Kuru, 1993, s. 2645.

<sup>66</sup> Zu der einhelligen Auffassung, dass die Wahlrechte nicht gemeinsam ausgeübt werden können und die anderen Rechte mit der Wahl erlöschen und dass sich das gleiche Ergebnis im Hinblick auf die Ersetzungsbefugnis ergibt, siehe. Göka, s. 916 ve 923.

<sup>67</sup> Zum öffentlich-rechtlichen Charakter des Pfandrechts siehe. Lüke, Gerhard. "Die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts", *JuristenZeitung*, 1957, s. 239 ff.

<sup>68</sup> ausf. Gaul, Hans Friedhelm/ Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra Hukuku Analizleri*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 7 ve s. 63 vd; MüKoZPO/Gruber, 6. Aufl. 2020, ZPO § 804 Rn. 1 ff; Musielak/Voit/Flockenhaus, 20. Aufl. 2023, ZPO § 804 Rn. 1 ff.

<sup>69</sup> a.A. Kuru, 2013, s. 457; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 303; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 239; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 189.

der Ersetzungsbefugnis um ein unwiderrufliches Recht, das zu einer Neuerung führt und mit der Ausübung der Befugnis durch den Gläubiger erschöpft ist. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Gläubiger in einem solchen Fall ein allgemeines (ordentliches) Konkursverfahren beantragen kann, indem er die Vollstreckung mit Gerichtsurteil nur einmal im Rahmen des Art. 43 II tSchKG aufgibt.

Eine weitere umstrittene Frage im Zusammenhang mit der Nichtzahlung einer Schuld trotz eines Vollstreckungsbefehls, die einen direkten Konkursgrund darstellt, ist der Arrest. Gemäß Art. 264 I tSchKG ist der Gläubiger, der vor der Einleitung eines Gerichts- oder Vollstreckungsverfahrens eine Arrestanordnung erwirkt hat, verpflichtet, innerhalb von sieben Tagen nach Vollstreckung der Arrestanordnung oder, wenn die Arrestanordnung in Abwesenheit ergangen ist, nach Zustellung des Pfändungsprotokolls entweder einen Antrag auf Vollstreckung (Arrest oder Konkurs) zu stellen oder Klage zu erheben. Eine Lehrmeinung geht davon aus, dass, wenn die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht beglichen wird, nachdem der Gläubiger eine Arrestanordnung erwirkt hat, das direkte Konkursverfahren gemäß Art. 177 I 4 tSchKG nicht eingeleitet werden sollte<sup>70</sup>. Da die Forderung durch den Arrest gesichert ist, sollte nach dieser Ansicht der Konkurs des Schuldners nicht beantragt werden, ebenso wenig wie bei der Zwangsvollstreckung in das Pfandrecht. Trotz dieser Sicherheit wäre es nicht im Interesse des Gläubigers, sondern für ihn nachteilig, den Schuldner in Konkurs gehen zu lassen und sein gesamtes Vermögen zu verwerten<sup>71</sup>. Die vorsorglich beschlagnahmten Güter werden ohne Vorrecht in die Konkursmasse aufgenommen und der Erlös wird an alle Gläubiger verteilt. In diesem Fall besteht die Gefahr, dass der Gläubiger, der den Arrest erwirkt hat, nicht alle seine Forderungen erhält. Nach dieser Auffassung kann der Gläubiger den Konkurs des Schuldners nur dann beantragen, wenn das vorsorglich beschlagnahmte Vermögen zur Befriedigung der Forderung nicht ausreicht, was dem Zweck des Konkursverfahrens entspricht<sup>72</sup>. Unseres Erachtens kann ein Arrest nicht als ein Hindernis für den Gläubiger angesehen werden, den direkten Konkurs des Schuldners zu beantragen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Arrest kein Rechtsschutz ist, der dem Gläubiger die Befriedigung seiner Forderung ermöglicht. In diesem Sinne stellt sie keine Garantie zugunsten des Gläubigers dar. Vielmehr hält der Arrest den Weg zur Beitreibung der Forderung offen und sichert den erfolgreichen Abschluss des Verfahrens und die Befriedigung des Gläubigers<sup>73</sup>. Mit anderen Worten: Das Vollstreckungs- oder Konkursurteil wird durch den Arrest mit Inhalt gefüllt<sup>74</sup>. Die durch den Arrest geschaffene Sicherheit bezieht sich auf das Ergebnis des Pfändungs- oder Konkursverfahrens, das bei Ausübung der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers durchgeführt wird. Der Gläubiger kann seine Befugnis, Pfändung oder Konkurs zu beantragen, je nach den Umständen des Einzelfalls frei ausüben. Die Tatsache, dass der Gläubiger einen Arrestantrag gestellt hat, bevor das Ersetzungsbefugnis des Gläubigers entstanden ist, begründet keine Vermutung oder Verpflichtung, dass der Gläubiger von seinem Ersetzungsbefugnis Gebrauch machen wird, wenn die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht beglichen wird. Es ist sogar möglich, dass der Gläubiger, dessen Arrestantrag bewilligt wurde, im Rahmen des Nachtragsverfahrens einen Konkursantrag stellt<sup>75</sup>. In diesem Fall hat der Gesetzgeber dem Gläubiger den Weg zum Konkurs nicht mit der Begründung versperrt, dass die Forderung des Gläubigers gesichert sei. Nach alledem kann der Gläubiger, der einen Arrest erwirkt hat, wegen Nichtzahlung der Forderung trotz Vorliegens eines Vollstreckungsbefehls direkt die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen. Zahlt der Schuldner trotz des Vollstreckungsbefehls nicht, so gilt für die Fortsetzung des Verfahrens das Dispositionsmaxime. Von dieser Ersetzungsbefugnis kann der

<sup>70</sup> Rüzgaresen, s. 195, 196.

<sup>71</sup> Rüzgaresen, s. 196.

<sup>72</sup> Rüzgaresen, s. 196.

<sup>73</sup> Özekes, Muhammet. İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 13 ff.

<sup>74</sup> Üstündağ, 2004, s. 475.

<sup>75</sup> ausf. Özekes, 1999, s. 387 ff.

Gläubiger auch dann Gebrauch machen, wenn er im Betreibungsbegehren auf Durchführung der Vollstreckung mit Vollstreckungsbefehl erklärt hat, dass er die Zwangsvollstreckung wünscht<sup>76</sup>. Nach Ablauf der im Vollstreckungsbefehl genannten Zahlungsfrist soll der Gläubiger dem Vollstreckungsamt mitteilen, welches der beiden Rechtsmittel - Zwangsvollstreckung oder Konkurs - er vorzieht<sup>77</sup>. Das Vollstreckungsamt kann das Vermögen des Schuldners nicht von Amts wegen pfänden, ohne dass der Gläubiger einen Pfändungsantrag gestellt hat. Ebenso ist es nicht möglich, den direkten Konkurs des Schuldners zu beschließen, es sei denn, der Gläubiger stellt beim Handelsgericht einen Antrag auf Konkurseröffnung. Macht der Gläubiger von seiner Ersetzungsbefugnis zur Pfändung des Vermögens des Schuldners Gebrauch, so gelten für die Pfändung, den Verkauf und die Auszahlung des Geldes die Vorschriften über die Vollstreckung ohne Gerichtsurteil. Das Verfahren im Falle eines direkten Konkursantrags durch den Gläubiger wird nachstehend erläutert<sup>78</sup>.

#### **4. Versäumnis des Schuldners, eine Entscheidung über die Einstellung oder den Aufschub der Zwangsvollstreckung zu beantragen**

Der Schuldner kann sich der Vollstreckung mit Gerichtsurteil nicht widersetzen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich der Schuldner dem Verfahren in keiner Weise widersetzen kann. Bei Vorliegen bestimmter, im Gesetz aufgeführter Gründe kann der Schuldner den Fortgang und den Abschluss des Verfahrens verhindern, indem er einen Aufschub der Vollstreckung (Art. 33 und Art. 33/a tSchKG) oder eine Einstellung der Vollstreckung<sup>79</sup> (Art. 36 tSchKG) beantragt<sup>80</sup>. Die Entscheidung über den Aufschub der Zwangsvollstreckung kann von zwei Behörden getroffen werden, nämlich vom Vollstreckungsgericht und, wenn ein Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet wurde, vom mit der Sache befassten Gericht. Die Voraussetzungen für die Entscheidung über den Aufschub der Zwangsvollstreckung sind unterschiedlich. In beiden Fällen ist es für den Schuldner jedoch schwierig, innerhalb von sieben Tagen eine Entscheidung über den Aufschub der Vollstreckung oder die Einstellung der Vollstreckung zu erwirken.

In Anbetracht des Verfahrens für den Aufschub oder die Einstellung der Vollstreckung sind sieben Tage eine sehr kurze Frist für diese Entscheidungen. Wenn der Schuldner jedoch innerhalb von sieben Tagen eine Entscheidung über den Aufschub der Vollstreckung oder die Einstellung der Vollstreckung erwirkt, wird die Vollstreckung mit Gerichtsurteil zugunsten des Schuldners eingestellt, so dass kein Konkursgrund gemäß Art. 177 I 4 tSchKG eintritt.

Erwirkt der Schuldner nicht innert sieben Tagen die Einstellung oder den Aufschub der Vollstreckung, sondern erst nach Ablauf dieser Frist, so kann der Gläubiger nach Art. 37 und Art. 177 I 4 tSchKG die Konkurseröffnung über den Schuldner verlangen, weil die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht bezahlt worden ist.

---

<sup>76</sup> Kuru, 1993, s. 2644; Rüzgaresen, s. 180.

<sup>77</sup> Rüzgaresen, s. 180.

<sup>78</sup> Siehe unten. IV.

<sup>79</sup> Obwohl die Überschrift von Art. 36 tSchKG „die Frist für den Aufschub der Vollstreckung“ lautet, ist die Verwendung des Begriffs „Aufschub der Vollstreckung“ hier terminologisch problematisch. Es handelt sich nämlich um einen völlig anderen Sachverhalt als bei dem Aufschub der Vollstreckung, die in Art. 33 tSchKG geregelt ist. Es wäre daher angemessener, den Begriff „Einstellung der Vollstreckung“ im Sinne von Art. 36 tSchKG zu verwenden. ders. Atal/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 444.

<sup>80</sup> Özekes, Muhammet. “İcranın Geri Bırakılması Hakkında (İcra ve İflas Kanunu m. 36) 7343 S. K. İle Yapılan Değişiklikler ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 7, S. 2022/2, s. 61 ff; Köle, Mehmet. İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 30 ff; Atal/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 444, 445.

Hat der Gläubiger die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Schuldners beantragt, weil der Schuldner trotz eines Vollstreckungsbefehls seine Schuld nicht beglichen hat, so kann der Schuldner beim Vollstreckungsgericht nicht mehr den Aufschub der Vollstreckung gemäß Art. 33 und Art. 33/a tSchKG beantragen<sup>81</sup>. In diesem Fall kann der Schuldner die Forderung nur vor dem Handelsgericht geltend machen, bei dem die Konkursforderung angemeldet wurde.

Das Handelsgericht, das den Konkursantrag prüft, sollte in den Fällen, in denen eine Einstellung der Vollstreckung des Urteils, das der Vollstreckung zugrunde liegt, gewährt wurde, eine Entscheidung über die Aussetzung des Verfahrens für das rechtskräftige Urteil erlassen<sup>82</sup>. In diesem Fall erlässt das Handelsgericht einen Konkursbefehl, wenn das Berufungsgericht die Berufung des Schuldners in der Sache endgültig zurückweist oder wenn der Kassationsgerichtshof das Urteil bestätigt. Gibt das Berufungsgericht der Berufung statt oder hebt der Kassationsgerichtshof das Urteil auf und entscheidet das erstinstanzliche Gericht, die Klage abzuweisen, muss das Handelsgericht den Konkursantrag abweisen. In diesem Fall wird nämlich festgestellt, dass der Schuldner nicht wirklich ein Schuldner ist.

Wenn der Schuldner gerichtliche Maßnahmen ergreift, ohne die Einstellung der Zwangsvollstreckung zu erwirken, setzt das Handelsgericht die Verhandlung über die Konkursforderung fort. Gibt jedoch das Berufungsgericht der Berufung statt, bevor die Entscheidung über den Konkurs ergangen ist, oder hebt der Kassationsgerichtshof das Urteil auf, und beschließt das Gericht, bei dem das Urteil ergangen ist, die Klage abzuweisen, und wird diese Entscheidung rechtskräftig, so wird der Konkursantrag abgewiesen. Tritt dieser Fall ein, nachdem die Entscheidung über den Konkurs getroffen wurde, so wird das Liquidationsverfahren ausgesetzt und nach Rechtskraft der Entscheidung hebt das Handelsgericht die Entscheidung über den Konkurs auf und nimmt das Konkursverfahren wieder auf<sup>83</sup>.

#### **IV. VERFAHREN FÜR DIE ANWENDUNG VON ART. 177 I 4 TSCHKG**

Wird die Urteilsschuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht bezahlt, kann das Vermögen des Schuldners gemäß Art. 37 des tSchKG gepfändet oder der Konkurs beantragt werden, sofern der Schuldner eine konkursfähige Person ist. Dieser direkte Konkursgrund, der in Art. 177 I 4 tSchKG geregelt ist, tritt ein, wenn der Schuldner trotz Vollstreckungsbefehls die Schuld nicht innerhalb von sieben Tagen begleicht. In diesem Fall sind einige Fragen bezüglich des Verfahrens zur Beantragung des Konkurses zu beantworten.

Nach Art. 177 I 4 tSchKG stellt sich zunächst die Frage, wer den Konkurs beantragt, wenn ein direkter Konkursgrund vorliegt. Wie bereits erwähnt, besteht eine Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, wenn die Schuld trotz Vollstreckungsbefehls nicht bezahlt wird. Ohne diese Ersetzungsbefugnis des Gläubigers kann das Vollstreckungsorgan das Verfahren nicht fortsetzen. Im Vollstreckungsrecht gilt nämlich grundsätzlich die Dispositionsmaxime, und das Vollstreckungsorgan kann nicht von sich aus tätig werden<sup>84</sup>. Will der Gläubiger von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch machen, den Konkurs des Schuldners zu ersetzen, muss er dies beantragen. In diesem Fall ist gemäß Art. 177 I 4 tSchKG die Person, die den Konkurs beantragen kann, der Gläubiger der Vollstreckung mit Gerichtsurteil<sup>85</sup>. Andere Gläubiger des Schuldners können wegen Nichtzahlung trotz Vollstreckungsbefehls keinen Konkursantrag stellen. Andere Gläubiger können den Konkurs des Schuldners wegen

<sup>81</sup> Rüzgaresen, s. 184; Köle, s. 56; Kuru, 1993, s. 2771; Kuru, 2013, s. 1149.

<sup>82</sup> Siehe oben. III, A. 3.

<sup>83</sup> Kuru, 1993, s. 2771; Rüzgaresen, s. 184; Kırtıloğlu, s. 51.

<sup>84</sup> Özkes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 71 ff.

<sup>85</sup> Berkin, s. 179; Yılmaz, s. 935; Atalay, s. 33; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 597; Rüzgaresen, s. 192; Muşul, s. 743.



Zahlungseinstellung nur dann beantragen, wenn die Nichtzahlung der Schuld durch den Schuldner trotz Vollstreckungsbefehls weit verbreitet ist.

Wird die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht beglichen, muss der Gläubiger, der von seiner Ersetzungsbefugnis zum Konkurs Gebrauch machen will, beim Handelsgericht des Ortes, an dem sich der Sitz des Schuldners befindet, einen Antrag zu stellen, in dem die Tatsachen, auf die sich der Konkursgrund stützt, klar darzulegen sind. Art. 177 I 4 tSchKG enthält keine Regelung über die Frist, innerhalb derer ein Konkursantrag gestellt werden kann. Daher ist zunächst die Frist zu untersuchen. Die Befugnis des Gläubigers, einen Konkursantrag zu stellen, entsteht nach Ablauf der siebentägigen Frist, die dem Schuldner im Vollstreckungsbefehl für die Bezahlung der Schuld eingeräumt wurde. Da das Gesetz keine Höchstfrist für die Anmeldung einer Konkursforderung durch den Gläubiger vorsieht, gibt es in diesem Fall keine andere Möglichkeit als die Anwendung der allgemeinen Verjährungsfrist von zehn Jahren. Es wäre jedoch unbillig, den Gläubiger zehn Jahre lang dem Risiko auszusetzen, von seiner Befugnis Gebrauch zu machen, eine Forderung im direkten Insolvenzverfahren anzumelden. Außerdem ist eine lange Frist für die Anmeldung von Forderungen im direkten Konkursverfahren, die in Kauf genommen wird, damit der Gläubiger seine Forderungen schneller betreiben kann, mit dem Zweck des Rechtsinstituts unvereinbar<sup>86</sup>. Aus diesem Grund sollte durch eine Gesetzesänderung eine Höchstfrist festgelegt werden, innerhalb derer der Gläubiger das direkte Konkursverfahren beantragen kann. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang Art. 156 IV tSchKG. Nach dieser Vorschrift erlischt im allgemeinen Konkursverfahren das Konkursantragsrecht ein Jahr nach Zustellung des Zahlungsbefehls. Mit der entsprechenden Änderung soll akzeptiert werden, dass der Gläubiger innerhalb eines Jahres nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls direkter Konkursantrag stellen kann<sup>87</sup>.

Eine Lehrmeinung geht davon aus, dass Art. 177 I 4 tSchKG, obwohl er unter der Überschrift der direkten Konkursfälle geregelt ist, in Wirklichkeit ein allgemeines Konkursverfahren darstellt<sup>88</sup>. Nach dieser Ansicht kann Art. 177 I 4 tSchKG nicht als Konkursgrund herangezogen werden, es sei denn, gegen den Schuldner wird ein Vollstreckungsverfahren eingeleitet und der Schuldner erfüllt nicht innerhalb von sieben Tagen die Anforderungen des zugestellten Vollstreckungsbefehls. Dieser Auffassung kann unseres Erachtens nicht zugestimmt werden. Der Ablauf des allgemeinen Konkursverfahrens ist in den Artikeln 154 ff. tSchKG geregelt. Um einen Konkurs im Rahmen von Art. 177 I 4 tSchKG zu beantragen, muss zunächst eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil eröffnet werden. Dieses Verfahren unterscheidet sich jedoch gänzlich von dem in den Artikeln 154 ff. tSchKG geregelten Verfahren. Es kann nicht der Wille des Gläubigers sein, der die Vollstreckung mit Gerichtsurteil einleitet, gleich zu Beginn des Verfahrens den Konkurs des Schuldners zu beantragen. Im vorliegenden Fall wird der Schuldner im Vollstreckungsbefehl nicht einmal darauf hingewiesen, dass bei Nichtbezahlung der Schuld Konkursantrag gestellt werden kann. Da der Schuldner keinen Vollstreckungsbefehl mit Konkursandrohung erhält, hat der Gesetzgeber die Nichtzahlung der Schuld trotz Vollstreckungsbefehls als eigenen direkten Konkursgrund angesehen<sup>89</sup>. Wie bei den anderen direkten Konkursgründen ist der Konkursgrund gemäß Art. 177 I 4 tSchKG und den Konkurs die Nichtzahlung der Schuld. Daher ist der Konkursgrund nach Art. 177 I 4 tSchKG nicht als allgemeiner Konkursgrund anzusehen, auch wenn zuvor eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil stattgefunden hat. Andernfalls ist das allgemeine Insolvenzverfahren anzuwenden, das sich vom direkten Konkursverfahren unterscheidet.

---

<sup>86</sup> Rüzgaresen, s. 193.

<sup>87</sup> Rüzgaresen, s. 182.

<sup>88</sup> Rüzgaresen, s. 194 ff.

<sup>89</sup> Kuru, İcra ve İflas Hukuku III, s. 2768; Atalay, s. 32.

Der allgemeine Konkurs besteht aus dem Konkursverfahren und der Konkursklage. Zahlt der Schuldner seine Schulden trotz Zahlungsbefehls nicht, erhebt er Rechtsvorschlag oder bleibt er untätig, so reicht der Gläubiger beim Handelsgericht des Ortes, an dem der Schuldner seinen Sitz hat, eine Konkursklage ein<sup>90</sup>. Liegt einer der Gründe für einen direkten Konkurs vor, so ist das Verfahren, das das Handelsgericht mit dem Konkursantrag des Schuldners, der dem Konkurs unterliegt, einleitet, ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäß Art. 382 II 2 tZPO<sup>91</sup>. Trotz dieser eindeutigen gesetzlichen Regelung ist in der Lehre umstritten, welches Verfahren bei einem direkten Konkurs anzuwenden ist. Eine Lehrmeinung geht davon aus, dass insbesondere im Rahmen des Art. 177 I 4 tSchKG, da das Konkursverfahren ein kontradiktorisches Verfahren ist, in diesem Fall nicht von einer freiwilligen Gerichtsbarkeit gesprochen werden kann<sup>92</sup>. Die andere Lehrmeinung geht hingegen davon aus, dass der Direktkonkurs eine freiwillige Gerichtsbarkeit ist<sup>93</sup>. Nach dieser Ansicht besteht in der Regel kein Streit über das materielle Recht zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner in Bezug auf den in Art. 177 I 4 tSchKG geregelten Konkursgrund. Unseres Erachtens enthalten viele Fälle, die als freiwillige Gerichtsbarkeit im Sinne von Art. 382 II tZPO anerkannt sind, keine Fälle der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Mit anderen Worten: Nicht jede freiwillige Gerichtsbarkeit, die unter diesen Artikel fällt, ist wirklich freiwillig. Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG beantragt der Gläubiger den Konkurs, weil er dieses Recht nicht erlangen konnte, obwohl durch ein Urteil festgestellt wurde, dass sein subjektives Recht verletzt wurde. Daher kann in diesem Fall nicht gesagt werden, dass die Kriterien des Nichtvorliegens eines Rechtsstreits und des Nichtvorliegens eines Rechts erfüllt sind. In diesem Fall handelt der Richter auch nicht von Amts wegen. Aus diesen Gründen ist der Konkurs wegen Nichtzahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls *de lege feranda* eine Angelegenheit der streitigen Gerichtsbarkeit. Unserer Meinung nach sind nur die Fälle, in denen der Schuldner seinen eigenen Konkurs beantragt, als freiwillige Gerichtsbarkeit zu betrachten. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es nicht erforderlich ist, nach weiteren Kriterien zu suchen, um festzustellen, ob es sich bei den in Art. 382 II tZPO aufgeführten Angelegenheiten um Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. Mit anderen Worten *de lege lata* sind die in dieser Vorschrift genannten Angelegenheiten auch dann als Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu qualifizieren, wenn sie keines der in Art. 382 I tZPO genannten Kriterien erfüllen<sup>94</sup>. Daher ist Art. 385 tZPO, der das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit regelt, auch hier entsprechend anwendbar. Das Vollstreckungs- und Konkursgesetz regelt das Verfahren der direkten Konkursprüfung nicht gesondert. Art. 181 tSchKG verweist jedoch auf einige Artikel, die im Rahmen des allgemeinen Konkursverfahrens erlassen wurden (Artikeln 159, 160, 164, 164, 165, 166 tSchKG) und bestimmt, dass diese auf die direkte Konkursprüfung anzuwenden sind.

<sup>90</sup> Obwohl in den Bestimmungen des tSchKG, die das Konkursverfahren regeln, sowohl die Begriffe „Klage“ als auch „Antrag“ verwendet werden, ist der Konkursantrag des Schuldners im Konkursverfahren als streitige Gerichtsbarkeit und damit als Klage anzusehen. Im Konkursverfahren wird die Forderung des Gläubigers festgestellt, aber es wird keine Entscheidung über die Zahlung der Forderung getroffen. Die Entscheidung im Konkursverfahren hat den Charakter eines Gestaltungsurteils, das den Konkurs des Schuldners zur Folge hat. Das Konkursverfahren wird in einem vereinfachten Verfahren durchgeführt. İflas davasında basit yargılama usulü uygulanır. Zur Konkursklage und Diskussionen über ihre Rechtsnatur, siehe. Özbek, Mustafa S. “İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 1, 2012, 208 vd; s. Kuru, 2013 s. 1113 vd; Kuru, 1993, s. 2667 vd; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 545 vd; Kırtıloğlu, s. 75 vd; Aşık/ Oruç/ Tok/ Saçar, s. 545 ff.

<sup>91</sup> Zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, siehe. Kuru, Baki. Nizasız Kaza, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s. 5 ff.

<sup>92</sup> Umar, Bilge. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1124; Atalay, s. 91; Kırtıloğlu, s. 90.

<sup>93</sup> Budak, Ali Cem. Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 117.

<sup>94</sup> Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Ankara, 2023, s. 595.

Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen dem allgemeinen Konkursverfahren und dem direkten Konkursverfahren besteht in Bezug auf den Depotbeschluss. Im allgemeinen Konkursverfahren erlässt das Handelsgericht einen Depotbeschluss gegen den Schuldner, wenn der Schuldner dem Zahlungsbefehl nicht widersprochen hat oder wenn der Schuldner gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erhoben hat, aber festgestellt wurde, dass die Gründe für den Rechtsvorschlag nicht vorliegen<sup>95</sup>. Dabei wird der Schuldner oder sein Rechtsanwalt, der ihn im Konkursverfahren vertreten hat, aufgefordert, seine Schuld samt Zinsen und Vollstreckungskosten innerhalb von sieben Tagen zu begleichen oder den Betrag bei der Gerichtskasse zu hinterlegen. Kommt der Schuldner dem Depotbeschluss nicht nach, so wird bei der ersten Gerichtsverhandlung der Konkurs eröffnet<sup>96</sup>. Art. 181 tSchKG enthält jedoch keinen Verweis auf die Bestimmung des Artikels 158 tSchKG, die den Depotbeschluss regelt. Der Gesetzgeber hat nämlich keinen Nutzen in der Anwendung des Depotbeschlusses im direkten Konkursverfahren gesehen und sieht kein Ergebnis darin, dem Schuldner, gegen den ein direkter Insolvenzgrund vorliegt, die Frist des Depotbeschlusses zu gewähren<sup>97</sup>. Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG ordnet das Gericht daher im Falle des direkten Konkurses den Konkurs des Schuldners an, ohne dem Schuldner einen Depotbeschluss zu erteilen, sofern alle anderen Bedingungen erfüllt sind. Der Grund hierfür liegt darin, dass der Schuldner trotz des Vollstreckungsbefehls die Forderung nicht bezahlt hat, die von einem Urteil abhängt, das die Merkmale der absoluten Wahrheit aufweist. Da der Gesetzgeber dem Schuldner in dieser Situation keine neue Möglichkeit zur Vermeidung des Konkurses einräumen wollte, hat er die Nichtzahlung der titulierten Forderung trotz Vollstreckungsbefehls im Rahmen des direkten Konkursverfahrens geregelt. Wie wir jedoch bereits festgestellt haben<sup>98</sup>, sollte Art. 177 I 4 tSchKG aufgrund seines schwerwiegenden Eingriffs in die Grundrechte des Schuldners überdacht werden. Wenn der Gesetzgeber den Artikel beibehalten will, wäre es angebracht, Maßnahmen zu ergreifen, um die Bedingungen und das Verfahren des Konkurses wegen Nichtbezahlung der Schulden trotz Vollstreckungsbefehls zu mildern. In diesem Zusammenhang kann der Erlass eines Depotbeschlusses als eine *de lege feranda* Möglichkeit im Falle eines direkten Konkurses angesehen werden.

Stellt der Gläubiger beim Handelsgericht einen Konkursantrag gemäß Art. 177 I 4 tSchKG, so wird der Konkursantrag gemäß Art. 166 II tSchKG bekannt gemacht. Obwohl aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeht, dass die öffentliche Bekanntmachung sofort nach dem Konkursantrag des Gläubigers zu erfolgen hat, muss das Gericht vor der öffentlichen Bekanntmachung die Fragen von Amts wegen prüfen und Interessenabwägung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner berücksichtigen. In diesem Fall hat das mit dem Konkursantrag befasste Gericht zunächst die Verfahrensvoraussetzungen zu prüfen und von Amts wegen festzustellen, ob der Schuldner konkursfähig ist<sup>99</sup>. Liegen in diesen Punkten keine Mängel vor, hat das Gericht zu prüfen, ob der geltend gemachte Konkursgrund tatsächlich vorliegt. Liegen in diesen Punkten keine Mängel oder Problem vor, so hat das Gericht den Konkursantrag öffentlich bekannt zu machen. Die Gläubiger können innerhalb von 15 Tagen nach Zustellung des Konkursantrags Einspruch gegen die Prüfung erheben und beim Gericht die Abweisung des Antrags mit der Begründung beantragen, dass kein Konkursgrund vorliegt. In diesem Fall ist die den Gläubigern eingeräumte Beitrittsmöglichkeit nicht als Nebenintervention zu verstehen. In den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist eine Nebenintervention nicht möglich<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> In der SchKG gibt es keine Regelung zum Depotbeschluss.

<sup>96</sup> Çağan, Tahir. “İflas Davalarında Depo Kararına Dair”, BATİDER, C. 14, S. 1, 1987, s. 3 vd; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 549.

<sup>97</sup> Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 600.

<sup>98</sup> Siehe oben. II.

<sup>99</sup> Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 567.

<sup>100</sup> Pekcanitez, Hakan. Medenî Usul Hukukunda Feri Müdahale, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1992, s. 198 und 200; Budak, s. 113.

Die in den genannten Bestimmungen vorgesehenen Voraussetzungen für die Intervention sind daher nicht erforderlich<sup>101</sup>. In Lehre<sup>102</sup> und Praxis<sup>103</sup> ist anerkannt, dass ein solcher Intervention in Form eines Hauptintervention erfolgen kann. Unseres Erachtens kann in diesem Fall jedoch nicht von einer Hauptintervention gesprochen werden, da kein Klageverfahren anhängig ist und die Gläubiger kein Leistungs-, Feststellungs- oder Gestaltungsurteil beantragen, da die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht in die streitige Gerichtsbarkeit umgewandelt wird<sup>104</sup>. Da in der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Untersuchungsmaxime gilt, kann das Gericht jede Partei anhören, die es für erforderlich hält. Aus all diesen Gründen unterscheidet sich die Intervention in diesem Fall von der Nebenintervention und der Hauptintervention und ist als eine Möglichkeit für die Gläubiger anzusehen, sich am Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu beteiligen<sup>105</sup>.

Nach Eingang des Konkursantrags kann das Handelsgericht jederzeit über die zur Wahrung der Gläubigerinteressen erforderlichen Sicherungsmaßnahmen entscheiden. Das Gericht verlangt vom Gläubiger, der den Konkursantrag gestellt hat, einen Vorschuss für die Kosten bis zur ersten Gläubigerversammlung und für die Zustellungskosten der Rechtsmittel gegen den Konkursentscheid. Dadurch wird verhindert, dass sich das Konkursverfahren in die Länge zieht. Wenn diese Kosten nicht im Voraus bezahlt werden, kann das Gericht keine Konkursentscheidung erlassen, auch wenn die anderen Voraussetzungen erfüllt sind. Wurde das Konkursurteil jedoch ohne Zahlung der Kosten erlassen, müssen die erforderlichen Verfahren durchgeführt und die Kosten aus den beim Justizministerium zu beantragenden Mitteln gedeckt werden<sup>106</sup>.

Der Konkurs wird durch das Urteil des Handelsgerichts am Ende der mündlichen Verhandlung eröffnet. Mit diesem Urteil wird der beklagte Schuldner zum Konkurschuldner. In diesem Urteil wird das Datum der Konkursöffnung mit Tag, Stunde und Minute angegeben. Von diesem Zeitpunkt an ist es nicht mehr möglich, den Konkurs durch Zahlung des Schuldners unter Vorbehalt der Fortsetzung des Verfahrens und des Rechtsstreits, durch Rücknahme der Forderung oder durch Verzicht des Gläubigers auf die Forderung zu beseitigen. Der Konkurs kann nur gemäß Art. 182 tSchKG aufgehoben werden. Das Handelsgericht, das über den Konkurs entscheidet, stellt den Parteien seine begründete Entscheidung unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats, von Amts wegen zu. Das Gericht benachrichtigt auch das Konkursamt seines Bezirks, damit die Entscheidung an den erforderlichen Stellen bekannt gemacht wird.

Gegen den Konkursbeschluss des Handelsgerichts können die Parteien innerhalb von zehn Tagen nach Zustellung Berufung einlegen. Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts kann ebenfalls innerhalb von zehn Tagen nach Zustellung Revision eingelegt werden. Für Berufung und Revision gelten die einschlägigen Bestimmungen der Zivilprozessordnung. Auch gegen die Entscheidung über die Abweisung des Konkursantrags kann ein Rechtsmittel eingelegt werden. Stellt das Berufungsgericht nach Prüfung der Berufung fest, dass die Entscheidung des Handelsgerichts fehlerhaft ist, kann es diese Entscheidung nicht aufheben und selbst über den Konkurs entscheiden. In diesem Fall muss das Berufungsgericht den Fall an das Handelsgericht zurückverweisen. Die Entscheidung über den Konkurs kann nämlich nur vom Handelsgericht getroffen werden. Wenn der Kassationsgerichtshof auf die Berufung des Berufungsgerichts hin die Abweisungsentscheidung für ungerechtfertigt hält und sie

<sup>101</sup> Kuru, 1993, s. 2787; Kuru, 2013, s. 1152; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 599.

<sup>102</sup> ders. Kuru, 1993, s. 2787; Pekcantez, Feri Müdahale, s. 201.

<sup>103</sup> Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T. 21.4.1983, E. 1983/1933, K. 1983/3562, Lexpera, 15.02.2024.

<sup>104</sup> ders. Özekes, Muhammet. Medenî Usûl Hukukunda Asli Müdahale, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995, s. 52; Budak, s. 120.

<sup>105</sup> Özekes, 1995, s. 53; Budak, s. 121.

<sup>106</sup> Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 553.

aufhebt, weil der Schuldner für insolvent erklärt werden sollte, sollte er die Akte direkt an das erstinstanzliche Gericht und nicht an das Berufungsgericht zurücksenden<sup>107</sup>.

Die Einlegung eines Rechtsmittels gegen das Konkursurteil stellt kein Hindernis für die Konkursöffnung und die Bildung der Konkursmasse dar. Mit anderen Worten, obwohl die Entscheidung über den Konkurs noch nicht rechtskräftig ist, treten alle Bestimmungen und Folgen der Entscheidung in Kraft und die nächste Phase, die Liquidation des Konkurses, wird eingeleitet.

## FAZIT

Die vorliegende Studie, die den direkten Konkursgrund nach Art. 177 I 4 tSchKG untersucht, kommt zu folgenden Ergebnissen:

1. Die Nichtzahlung der vollstreckbaren Forderung trotz des Vollstreckungsbefehls ist ein Konkursgrund, der im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs nicht enthalten ist. Auch im deutschen Recht gibt es keine solche Bestimmung. Im türkischen Recht wird aufgrund der Bedeutung, die der Stärke des Gerichtsurteils beigemessen wird, ein solcher Konkursgrund akzeptiert und die Vollstreckungsandrohung gegen die Urteilsschuldner maximiert. Dieser Artikel widerspricht jedoch sowohl dem Gedanken des Sozialstaats als auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und stört den Interessenausgleich zwischen Gläubiger und Schuldner. Aus diesem Grund sollte Art. 177 I 4 tSchKG als gesetzliche Regelung überdacht werden. Die Beibehaltung von Art. 177 I 4 tSchKG steht nicht im Einklang mit *de lege feranda*. Wenn der Gesetzgeber den Artikel beibehalten will, wäre es angebracht, Maßnahmen zu ergreifen, um die Bedingungen und das Verfahren des Konkurses wegen Nichtbezahlung der Schulden trotz Vollstreckungsbefehls zu mildern.

2. Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG kann eine Person nur dann für zahlungsunfähig erklärt werden, wenn sie der Schuldner einer Vollstreckung mit Gerichtsurteil und gleichzeitig eine Person ist, die dem Konkurs unterliegt. Darüber hinaus müssen bestimmte Voraussetzungen hinsichtlich des Gerichtsurteils und der Vollstreckung gleichzeitig vorliegen.

3. Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG muss die Forderung Gegenstand eines Gerichtsurteils sein, um den direkten Konkurs zu beantragen. Wenn die Forderung einem der Urteilssurrogate unterliegt, die für die Vollstreckung mit Gerichtsurteil privilegiert sind, kann der Schuldner gemäß Art. 177 I 4 tSchKG nicht zum direkten Konkurs angemeldet werden.

4. Ein Antrag auf Konkursöffnung wegen Nichtzahlung der Schuld trotz Vollstreckungsbefehls ist nur möglich, wenn der Gegenstand des Urteils eine Geld- oder Sicherheitsleistung ist. Handelt es sich bei dem Gegenstand des Gerichtsurteils nicht um Geld oder Sicherheitsleistung, so ändert die gesetzlich vorgeschriebene Umwandlung der Leistung in Geld nichts an dieser Regel.

5. Für die Anwendbarkeit des Art. 177 I 4 tSchKG ist es nicht erforderlich, dass das der Vollstreckung zugrunde liegende Gerichtsurteil rechtskräftig ist. Das Handelsgericht, das den Konkursantrag prüft, sollte in den Fällen, in denen ein Aufschub der Vollstreckung des Urteils, das der Vollstreckung zugrunde liegt, gewährt wurde, eine Entscheidung über die Aussetzung des Verfahrens (präjudizielles Rechtsverhältnis) für das rechtskräftige Gerichtsurteil erlassen. Auf diese Weise kann der Erlass eines Konkursurteils trotz der Aufhebung des Urteils, das dem Vollstreckungsverfahren zugrunde liegt, verhindert werden. Es ist wichtig, eine gesetzliche Regelung für diese Lösung zu finden, die in der

---

<sup>107</sup> Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, İcra, s. 554.



Praxis akzeptiert wird, um die Vorbehalte, die insbesondere in Bezug auf die Sicherheiten bestehen, auszuräumen.

6. Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG muss der Gläubiger zusätzlich zu den Bedingungen, die sich auf das Gerichtsurteil beziehen, eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil eingeleitet haben, ein Vollstreckungsbefehl muss dem Schuldner im Rahmen dieses Verfahrens zugestellt werden, und der Schuldner darf die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht innerhalb von sieben Tagen bezahlen oder keine Entscheidung über Ruhen oder Aufschub des Verfahrens herbeiführen. Obwohl dies in den Bestimmungen von Artikel 24 und 32 tSchKG über den Vollstreckungsbefehl nicht vorgesehen ist, sollte bei Schuldnern, die dem Konkurs unterliegen, die Androhung der Konkursöffnung nach Artikel 37 tSchKG auch im Vollstreckungsbefehl vermerkt werden, wenn die Schuld nicht innert sieben Tagen beglichen wird.

7. Hat der Schuldner vor der Vollstreckung mit Gerichtsurteil einen Rechtsanwalt beauftragt, so ist der Vollstreckungsbefehl *de lege lata* dem Rechtsanwalt zuzustellen, während die Situation *de lege feranda* anders ist. Gemäß Art. 73 tZPO, der eine zwingende Vorschrift im Gegensatz zu Art. 32 des tSchKG darstellt, und dementsprechend gemäß der Vorschrift über die Zustellung an den Rechtsanwalt in Art. 11 des Zustellungsgesetzes muss der Vollstreckungsbefehl dem Rechtsanwalt zugestellt werden. Diese Situation ist jedoch in vielerlei Hinsicht problematisch, insbesondere im Hinblick auf die Anwendung strafrechtlicher Sanktionen für die Vermögensgegenstände und die Tatsache, dass der Adressat der Aufzeichnungen, die den Inhalt des Vollstreckungsbefehls bilden, der Schuldner selbst ist. Aus diesem Grund sollte die Zustellung des Vollstreckungsbefehls an den Schuldner als Ausnahme von der Regel der Zustellung an den Rechtsanwalt durch eine Gesetzesänderung zugelassen werden.

8. Der in Art. 177 I 4 tSchKG festgelegte Konkursgrund ist eindeutig, und dieser Grund ist die Nichtzahlung der auf dem Gerichtsurteil beruhenden Forderung trotz Aufforderung durch den Vollstreckungsbefehl. In diesem Fall wird dem Gläubiger des Vollstreckungsverfahrens eine Ersetzungsbefugnis erteilt. Die Annahme, dass der Schuldner, der trotz des Vollstreckungsbefehls die Schuld nicht fristgerecht begleicht, sondern die Vermögensgegenstände abgibt, sich nicht auf Art. 177 I 4 tSchKG berufen kann, führt dazu, dass dem Gläubiger die Ersetzungsbefugnis genommen wird.

9. Die Ausübung der Ersetzungsbefugnis durch den Gläubiger ist ein unwiderrufliches Gestaltungsrecht und erschöpft sich in der Ausübung der Befugnis durch den Gläubiger. Daher ist es dem Gläubiger nicht möglich, nach der Beantragung der Pfändung der Güter des Schuldners bei Nichtzahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls den direkten Konkurs zu beantragen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Gläubiger in einem solchen Fall ein allgemeines (ordentliches) Konkursverfahren beantragen kann, indem er die Vollstreckung mit Gerichtsurteil nur einmal im Rahmen des Art. 43 II tSchKG aufgibt.

10. Arrest kann nicht als ein Hindernis für den Gläubiger angesehen werden, den direkten Konkurs des Schuldners zu beantragen. Die durch den Arrest geschaffene Sicherheit bezieht sich auf das Ergebnis des Pfändungs- oder Konkursverfahrens, das bei Ausübung der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers durchgeführt wird.

11. Gemäß Art. 177 I 4 tSchKG ist die Person, die den Konkurs beantragen kann, der Gläubiger der Vollstreckung mit Gerichtsurteil. Andere Gläubiger können den Konkurs des Schuldners wegen Zahlungseinstellung nur dann beantragen, wenn die Nichtzahlung der Schuld durch den Schuldner trotz Vollstreckungsbefehls weit verbreitet ist.

12. Wird die Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls nicht beglichen, muss der Gläubiger, der von seiner Ersetzungsbefugnis zum Konkurs Gebrauch machen will, beim Handelsgericht des Ortes, an dem sich der Sitz des Schuldners befindet, einen Antrag zu stellen, in dem die Tatsachen, auf die sich der Konkursgrund stützt, klar darzulegen sind. Art. 177 I 4 tSchKG enthält keine Regelung über die Frist, innerhalb derer ein Konkursantrag gestellt werden kann. Durch eine Gesetzesänderung sollte eine Höchstfrist festgelegt werden, innerhalb derer der Gläubiger das direkte Konkursverfahren beantragen kann. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang Art. 156 IV tSchKG. Nach dieser Vorschrift erlischt im allgemeinen Konkursverfahren das Konkursantragsrecht ein Jahr nach Zustellung des Zahlungsbefehls. Mit der entsprechenden Änderung soll akzeptiert werden, dass der Gläubiger innerhalb eines Jahres nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls direkter Konkursantrag stellen kann.

13. Um einen Konkurs im Rahmen von Art. 177 I 4 tSchKG zu beantragen, muss zunächst eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil eröffnet werden. Dieses Verfahren unterscheidet sich jedoch gänzlich von dem in den Artikeln 154 ff. tSchKG geregelten Verfahren. Da der Schuldner keinen Vollstreckungsbefehl erhält, der eine Konkursandrohung enthält, hat der Gesetzgeber die Nichtzahlung der Schuld trotz Vollstreckungsbefehls als eigenen Grund für einen direkten Konkurs angesehen. Wie bei den anderen direkten Konkursgründen ist der Konkursgrund gemäß Art. 177 I 4 tSchKG und den Konkurs die Nichtzahlung der Schuld. Daher ist der Konkursgrund nach Art. 177 I 4 tSchKG nicht als allgemeiner Konkursgrund anzusehen, auch wenn zuvor eine Vollstreckung mit Gerichtsurteil stattgefunden hat.

14. Der Direktkonkurs im Sinne von Art. 177 I 4 tSchKG erfüllt nicht die Voraussetzungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Art. 382 I tZPO. Der Konkurs wegen Nichtzahlung der Schuld trotz des Vollstreckungsbefehls ist eine Angelegenheit der streitigen Gerichtsbarkeit. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es nicht erforderlich ist, nach weiteren Kriterien zu suchen, um festzustellen, ob es sich bei den in Art. 382 II tZPO aufgeführten Angelegenheiten um Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. Daher ist Art. 385 tZPO, der das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit regelt, auch hier entsprechend anwendbar.

15. Ein wichtiger Unterschied zwischen dem allgemeinen Konkursverfahren und dem direkten Konkursverfahren besteht in Bezug auf den Depotbeschluss. Es gibt keinen Depotbeschluss für den Direktkonkurs. Wie wir jedoch bereits festgestellt haben, sollte Art. 177 I 4 tSchKG aufgrund seines schwerwiegenden Eingriffs in die Grundrechte des Schuldners überdacht werden. Wenn der Gesetzgeber den Artikel beibehalten will, wäre es angebracht, Maßnahmen zu ergreifen, um die Bedingungen und das Verfahren des Konkurses wegen Nichtbezahlung der Schulden trotz Vollstreckungsbefehls zu mildern. In diesem Zusammenhang kann der Erlass eines Depotbeschlusses als eine *de lege feranda* Möglichkeit im Falle eines direkten Konkurses angesehen werden.

16. Stellt der Gläubiger beim Handelsgericht einen Konkursantrag gemäß Art. 177 I 4 tSchKG, so wird der Konkursantrag gemäß Art. 166 II tSchKG bekannt gemacht. Obwohl aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeht, dass die öffentliche Bekanntmachung sofort nach dem Konkursantrag des Gläubigers zu erfolgen hat, muss das Gericht vor der öffentlichen Bekanntmachung die Fragen von Amts wegen prüfen und Interessenabwägung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner berücksichtigen. Liegen in diesen Punkten keine Mängel oder Problem vor, so hat das Gericht den Konkursantrag öffentlich bekannt zu machen. Die Gläubiger können innerhalb von 15 Tagen nach Zustellung des Konkursantrags Einspruch gegen die Prüfung erheben und beim Gericht die Abweisung des Antrags mit der Begründung beantragen, dass kein Konkursgrund vorliegt. Die Intervention unterscheidet sich in diesem Fall von der Nebenintervention und der Hauptintervention und ist als eine

Möglichkeit für die Gläubiger anzusehen, sich am Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu beteiligen.

### **Interessenkonflikt**

Es besteht kein Interessenkonflikt.

### **Beiträge der Autoren**

Die Autoren haben keine Angaben zum Beitragssatz gemacht

### **LITERATURVERZEICHNIS**

Ansay, Sabri Şakir. İcra ve İflâs Usulleri, Ankara, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960.

Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

Aşık, İbrahim/ Oruç, Yakup/ Tok, Ozan/ Saçar, Ömer Faruk. İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Atalay, Oğuz. Anonim Şirketlerin İflası, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1996.

Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, (İcra).

Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. Medenî Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Ankara, 2023, (Usûl).

Belgesay, M. Reşit. İcra ve İflâs Hukuku, C. I, Marifet Basımevi, İstanbul, 1945.

Berkin, Necmeddin B., İflâs Hukuku, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.

Budak, Ali Cem. Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.

Çağan, Tahir. “İflas Davalarında Depo Kararına Dair”, *BATİDER*, C. 14, S. 1, 1987, s. 3-21.

Çiftçi, Pınar. İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Ekecik, Şükran/ Duran, Osman. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 73 Kapsamında İcra Emrinin Vekile Tebliğ Edilmesinin Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 649-683.

Ermenek, İbrahim. “İşsizlik Sigortası Kanununa Göre İşverenin Aczi ve Bunun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Doğurduğu Sonuçlar (Ücret Garanti Fonu)”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan 2*, 2009, s. 167-198.

Ermenek, İbrahim. İflâsın Ertelenmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

- Flockenhaus J, “ZPO § 804 Pfändungspfandrecht”, Zivilprozessordnung: ZPO, Ed. Hans-Joachim Musielak/ Wolfgang Voit, 20. Bası, Franz Vahlen, Münih, 2023, ZPO § 804 Rn.1-19.
- Gaul, Hans Friedhelm/ Deren-Yıldırım, Nevhis. İcra Hukuku Analizleri, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Göka, Emir. “Seçimlik Yarışma Kavramı ve Buna Duyulan İhtiyaç Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 72, Sy. 2, s. 881-947.
- Gören Ülkü, Nazlı. İcra Hukukunda Ödeme Emri, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2008.
- Gruber U. “ZPO § 804 Pfändungspfandrecht”, Münchener Kommentar zur ZPO, Ed. Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher, C. 2, 6. Bası, C.H.BECK, Münih, 2020, ZPO § 804 Rn.1-50.
- Güneş, Derya Belgin. “Tebliğ Yokluğu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 74, S.1, 2016, s. 221-231.
- Gürdoğan, Burhan. “Kollektif Şirketin ve Ortaklarının İflası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, Sy. 1, 1960, s.389-401.
- Kırtıloğlu, S. Serhat. İflâs Davası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Köle, Mehmet. İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Kuru, Baki. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kuru, Baki. İcra ve İflâs Hukuku, C. III, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1993.
- Kuru, Baki. Nizasız Kaza, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961.
- Lüke, Gerhard. “Die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts”, *JuristenZeitung*, 1957, s. 239-243.
- Muşul, Timuçin. İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Özbek, Mustafa S. “İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 1, 2012, 207-274.
- Özekes, Muhammet. “İcranın Geri Bırakılması Hakkında (İcra ve İflas Kanunu m. 36) 7343 S. K. İle Yapılan Değişiklikler ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 7, S. 2022/2, s. 57-78.
- Özekes, Muhammet. İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Özekes, Muhammet. İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.
- Özekes, Muhammet. Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995.
- Pekcanitez, Hakan. Anonim Ortaklıkların İflası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1991.
- Pekcanitez, Hakan. Medenî Usul Hukukunda Feri Müdahale, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1992.

- Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet. İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- Postacıoğlu, İlhan E. İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Postacıoğlu, İlhan E. İflâs Hukuku İlkeleri, C. I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978.
- Rüzgaresen, Cumhuriyet. İflâs Sebepleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Sayhan, İsmet. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Tanrıver, Süha. İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- Üçüncü, S. Hilal. “İcra ve İflas Kanunu M. 78/ I Hükmünün Alacaklı İle Borçlu Arasındaki Menfaat Dengesine Yansımaları”, *Ceren Damar Şenel II. Genç Bilim İnsanları Sempozyumu 4-5 Kasım 2021 Bildiri Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 729-745.
- Umar, Bilge. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Üstündağ, Saim. İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 2004.
- Üstündağ, Saim. İflas Hukuku, 8. Bası, Yayıncılık Matbaacılık, İstanbul, 2009.
- Uyar, Talih. “İcra Tebliğleri (İcra ve İflas Kanunu. 21)”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2013, s. 155-240.
- Yıldırım, M. Kamil. “İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.IV, S.1-3, 1989, s. 98-115.
- Yılmaz, Ejder. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Yılmaz, Ejder/ Çağlar, Tacar. Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.