

ALMANYA FEDERAL MAHKEME KARARI ÇEVİRİSİ - II

*Doç. Dr. Gökçen TOPUZ**

FEDERAL TEMYİZ MAHKEMESİ HALK ADINA KARAR

IX ZR 239/09

Bildirme Tarihi: 15 Mart 2012

Preuß

Zabıt katibi olarak

Adliye Memuru

Uyuşmazlıkta

Başvuru kitabı: Evet

BGHZ: Hayır

BGHR: Evet

Aciz Kanunu'nun (InsO) 17. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi, 133. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi

Aciz Kanunu'nun (InsO) 17. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesindeki aciz haline ilişkin karinenin, borçlunun ödemeye isteksiz olduğunun ispatı ile çürütülemeyeceği; ödeme yeteneğinin ispatı gerektiği.

Federal Temyiz Mahkemesi 15 Mart 2012- IX Hukuk Dairesi 239/09-

Düsseldorf İstinaf Mahkemesi

Kleve Eyalet Mahkemesi

Federal Temyiz Mahkemesi'nin IX. Hukuk Dairesi 15 Mart 2012'de hakim Prof. Dr. Kayser başkanlığında Hakim Vill, Bayan Hakim Lohmann, Hakim Dr. Fischer ve Hakim Dr. Pape murafaada hukuk için kabul etti:

Davacının temyizi üzerine Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi (İstinaf Mahkemesi) 12. Hukuk Dairesinin 19 Kasım 2009 tarihli hükmü bozulmuştur.

Dava, yeni duruşma ve karar ayrıca temyiz masrafları hakkında da karar için istinaf mahkemesine bozularak geri gönderilmiştir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

Hukuken

Olay

Davacı, davalının 28 Kasım 2006'da W. Limited şirketinin (daha sonra borçlu olarak bahsedilecektir) malvarlığı hakkında aciz usulünün açılması için verdiği dilekçede idarecidir. Davacı, davalıdan Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasına göre, aczin iptali yoluyla, 7 Nisan 2003 ve 1 Şubat 2006 tarihleri arasında farklı zamanlarda vergi dairesine 21 defa yapılan ve toplam 1.608.583,95 Euro tutarındaki vergi ödemelerinin geri alınmasını talep etmektedir.

Eyalet mahkemesi davayı faizin az bir kısmı hariç kabul etmiş, Yüksek Eyalet Mahkemesi ise, davalının istinaf talebi üzerine davayı tamamen reddetmiştir. Genel Kurul tarafından kabul edilen temyiz ile davacı lehine istinaf hükmünün bozulması ve istinaf mahkemesine bozularak geri gönderilmesine karar verilmiştir.

Gerekçe

Temyiz yerindedir. Temyiz, istinaf hükmünün bozulmasına ve davanın istinaf mahkemesine bozularak geri gönderilmesini sağlamıştır.

I

İstinaf mahkemesi, davalı Eyaletin bilgisinin, Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre borçlunun, alacaklılarını zarara sokma kastı olasılıklarından birine karine oluşturmayacağı, her halükarda davalı Eyaletin böyle bir karineyi çürüttüğü görüşündedir. Davalının, ödemelerin tatilini bilmesi, uyumsuzluk konusu ilk ödemenin yapıldığı 7 Nisan 2003 tarihinden önce başlamış olabilir. Söz konusu tarihte davalıdaki 1,2 Milyon Euro'dan daha fazla mevcut vergi borçları, borçlunun o zamanki muaccel borçlarının önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Zira davalı eyaletin kendi raporlarına göre, vergi dairesi borçlunun tek en büyük alacaklısıdır. Bir defa ortaya çıkan ödemelerin tatili, borçlunun ödemelerinin tamamını tekrar geri alma gibi bir yolla bertaraf edilemez. Fiilen henüz yapılan ödemeler buna karşı durmaz.

Ancak davalı Eyalet, borçlunun ödemelerini tatil ettiğinin ona bildirilmesinden, borçlunun muaccel borçlarını ödeyemez olduğu, yani borçlunun aciz halinde olduğu sonucunu doğal olarak çıkarmamıştır. Davalı Eyalet daha ziyade vergi incelemeleri kapsamında bilinen olaylardan (vakılardan) hareket ederek, borçlunun sadece ödemeye isteksiz olduğundan yola çıkabilir. Bu vakıalar özellikle vergi dairesinin ihbarından ve yazılarından ortaya çıkmaktadır.

II.

Bu açıklamalar hukuki kontrolün esaslı noktalarına ilişkin değildir. İstinaf mahkemesinin gerekçesine göre borçlunun zarar verme kastını davalının bildiği, inkar edilemez.

1. İstinaf mahkemesi Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki karinenin etkisini haksız olarak kabul etmemiştir. Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, eğer diğer taraf borçlunun aciz hali tehdidini ve alacaklılara zarar veren davranışı biliyor ise, bu durumun borçlunun zarar verme kastını bilmeye karine oluşturduğu kabul edilmektedir.

a) Aciz Kanunu'nun (InsO) 17. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, eğer borçlu ödemelerini tatil etmiş ise, aciz halinde olduğu karine olarak kabul edilir. Bu karine Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi kapsamında da geçerlidir (30. Juni 2011- IX ZR 134/10, WM 2011, 1429 Rn. 10 mwN).

Öncelikli olarak istinaf mahkemesi araştırmış ve borçlunun ilk uyuşmazlık konusu olan (dava konusu olan) ödemeyi 7 Nisan 2003 tarihinde 234.272,30 Euro tutarında ödediğini isabetli olarak tespit etmiştir. Zira borçlu vergi dairesine söz konusu zamanda 1,2 Milyon Euro' dan daha fazla borçlu olup, bu borç borçlunun o zamanki diğer muaccel borçlarının önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Ödemelerin tatili, borçlunun dışa yansıyan davranışlarına göre, muaccel ödeme yükümlülüklerini yerine getirememesinin tipik ifade biçimidir (BGH, Urteil vom 20. November 2001- IX ZR 48/01, BGHZ 149, 178, 184 f). Bu, en azından ilişkiye girdiği iş çevresinde borçlunun muaccel ödeme yükümlülüklerini yerine getirecek durumda olmadığı izlenimini haklı olarak uyandırmalıdır. Muaccel borçların önemli bir kısmının fiili olarak ödenmemesi ödemelerin tatili için yeterlidir. Bu durum, gerçekte dikkate değer ödemeler yapılsa bile, ancak bu ödemelerin borçlunun toplam borçlarına oranla önemli bir kısmını oluşturmaması halinde de geçerlidir (BGH, Urteil vom 21. Juni 2007- IX ZR 231/04, WM 2007, 1616 Rn. 29; 11. Februar 2010- IX ZR 104/07, WM 2010, 711Rn.42; 30. Juni 2011 aaO Rn. 12). Borçluya karşı mevcut borçların belirtilen miktarda olduğunun beyanı ve tespiti veya en azından %10'un altında olmasına gerek yoktur (BGH, Urteil vom 30. Juni 2011, aaO Rn. 13 mwN). Belirtilen bu şartlar altında borçlunun 7 Nisan 2003 tarihinde ödemedede bulunduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Ödemelerin tatili, borçlu tüm ödemelerini tekrar ödemeye devam ederse ancak bu durumda bertaraf edilebilir. Buna dayanan kişinin bunu ispat etmesi gerekir (BGH, Urteil vom 21. Juni 2007, aaO Rn.32 mwN). Bu durum istinaf mahkemesinin tespitlerine göre konu edilmemiştir.

Böylece ödemelerin tatilinin devam ettiği ortaya konulursa, bu aciz haline kanuni karine teşkil eder ve bu karinenin karşı tarafça aksinin ispatı gerekir (BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006, IX ZR 228/03, ZIP 2006, 2222 Rn. 12; 21. Juni 2007, aaO Rn.27).

b) Davalı, borçlunun ticari faaliyet yaptığını ve şartlardan başka alacaklılarının olduğunu bilmektedir. Bu nedenle davalı, alacaklıların zarar gördüğünü de bilmektedir. (vgl. BGH, Urteil vom 27. Mai 2003 -IX ZR 169/02, BGHZ 155, 75, 86; HK-InsO/Kreft, 6. Aufl. § 133 Rn.22). Davalının 16 Eylül 2004 tarihli vergi dairesinin itiraz kararından başka, alacaklıların varlığı hakkında bilgisinin olduğu da ortaya çıkmaktadır.

2) İstinaf mahkemesinin tespitlerine göre, davalı, Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki karinenin aksini ispat edememiştir.

a) Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki karine, ispat yükünün yer değiştirmesine sebep olur. Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki karinenin koşul vakıası gerçekleşmiş ise, bunun karşı ispatı iptal davasının davalısına düşer. Karinenin koşul vakıasının mevcut olması halinde karine sonucuna ulaşılır, yani iptal edilecek işlemin yapıldığı sırada borçlunun zarar verme kastının iptal davasının davalısı tarafından bilindiği sonucuna ulaşılır. Bu nedenle iptal davasının davalısı ya borçlunun zarar verme kastı ile hareket etmediğini ya da zarar verme kastını bilinmediğini izah ve ispat etmelidir (BGH, Urteil vom 24. Mai 2007- IX ZR 97/06, WM 2007, 1579 Rn.7).

Eğer borçlu hukuki işlemin yapıldığı sırada aciz halinde ise ve somut şartlar nedeniyle yakın zamandaki bir krizi aşabilmek için bu işlemi yapmış ise, bu durumda bütün alacaklılara zarar verme kastı söz konusu olmaz (BGH, Urteil vom 24. Mai 2007 aaO Rn. 8).

b) İstinaf mahkemesinin görüşünün aksine, iptal davasının davalısı, itiraz edilen işlemin yapıldığı sırada borçlunun ödemelerini tatil ettiğini ve alacaklılara zarar verme kastını bilebilir. Davalı, sadece borçlunun ödeme yapmayı istememesinden dolayı ödemelerin tatilinin ortaya çıktığını izah ve ispat etmek suretiyle karşı ispatı yapamaz.

Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde aciz haline (aciz hali tehlikesine) ilişkin bilgi ile ortaya çıkmış olan aciz hali veya aciz hali tehlikesini şartlardan çıkarabilme aynıdır (BGH, Urteil vom 8. Oktober 2009- IX ZR 173/07, ZIP 2009, 2253 Rn.10 mwN). Bu nedenle de iptal davasının davalısının fiili şartları bilmesi ve bu şartlardan tereddütsüz aciz hali tehlikesinin ortaya çıkacağı sonucunu hukuken doğru olarak değerlendirmesi yeterlidir (BGH, aaO). Davalı bu nedenle haberdar olduğu ödemelerin tatilinden, aciz halinin çıkarılamayacağı sonucuna dayanamaz.

Gerçi bir ödemenin tatili, ödeme yapmayı istememekten kaynaklanabilir. Ama aciz hukukunda, sadece aynı zamanda ödeme kabiliyeti varsa cüzi bir ödeme yapmayı istememek olur. Ödemelerin tatili varsa, Aciz Kanunu'nun (InsO) 17. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, sadece ödeme yapmayı istememek değil, aynı zamanda aciz halinde olmak da karine olarak kabul edilmektedir. Aciz hali davalı tarafından çürütülebilir. Bunun için davalı eyalet, ödemelerin tatilinden aciz halinin kabulünü destekleyen örneğin talep üzerine bilirkişi raporu alınması ve tanık beyanı delillerine karşı koymak için, borçlu için net likidite dengesine ölçü olan zaman diliminde açıkta kalan kısmın %10'dan daha az olduğunu ispat etmekte serbesttir (BGH, Urteil vom 24. Mai 2005 -IX ZR 123/4, BGHZ 163, 134, 144 ff; 30. Juni 2011, aaO Rn.20). Davalı bu delilleri göstermiş ama ispat edememiştir.

Şayet, ancak ödeme kabiliyeti varsa, bu durum iptal hakkı için önemsiz bir ödeme yapmayı istememek olabilir. Bu nedenle önemsiz ödeme yapmayı istememenin iptal hakkı bakımından tespiti için, ödeme kabiliyetinin tespiti şarttır. Son olarak istinaf mahkemesi şimdiye kadar böyle bir tespit yapmamıştır. Ödeme kabiliyeti, davalı tarafından ispat edilmelidir.

3. İstinaf mahkemesi tarafından tespit edilen deliller ve diğerleri, ödeme kabiliyetine sahip olduğu bir kenara bırakılırsa, borçlunun her halükarda ödeme yapmayı istememesinin kabulü için yeterli gerekçe oluşturmamaktadır.

a) Gerçi, 16 Eylül 2004 tarihli vergi dairesinin itiraz kararı senet olarak caiz bir delildir (Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 415 vd.). Ama itiraz kararı, gerekçesinin doğruluğu hakkında ne Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 415. maddesine göre (bir resmi makam önünde yapılan açıklamalara ilişkin resmi senet) ne de Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 417. maddesine göre bir ispatı sağlar. Zira bu düzenlemeye göre sadece, kararın verildiğinin ispatı yapılır ama içeriğinin doğru olduğunun ispatı değil. (Hk-ZPO/Eichele, 4. Aufl., § 417 Rn. 3). Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 418. maddesi de ispat gücünün olmaması bakımından dayanaktır zira bu düzenleme ile sadece tanıklı senet kastedilmektedir. (MünchKomm-ZPO/Schreiber, 3. Aufl., § 418 Rn. 2,4). Yetkili memurun belge düzenlemesi için ya beyan edilen vakıyı kendisi gerçekleştirmiş ya da kendi algıları ile onun güvenilir olduğunu tespit etmiş olması gerekir (BVerfG, NJW-RR 1992, 1084, 1085, BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 - IX ZB 43/03, WM 2004, +391, 1392; 15 September 2009- XI ZB 29/08 Rn.8).

İtiraz kararının 5. sayfasında, davada, borçlunun vergi borçlarını ödemek için gerekli araçları kullanmadığından yola çıkılmadığı açıklanmaktadır. Zira borçlu, vergi dairesindeki evraklara göre, son yıllarda biriken borçlarını ödemek için yeterince sürekli gelire sahiptir. Burada güncel finansal ilişkiler değil, bilakis kanunen muacceliyet anındaki finansal ilişkiler ölçüdür. Bu ifadede somut olayın verileri için bir kez olsun yapılmayan, açığa çıkarılamayan delillerin

değeri söz konusudur. Ayrıca bu ifade açık vergi alacaklarının muacceliyet anı, neredeyse istisnasız 2001 ve 2002 yıllarında yani dava konusu olan ilk ödemenin yapılmasından uzun süre önce yapıldığına dayanmaktadır.

İtiraz kararının 2. sayfasında açıklandığı kadarıyla, 2001 ve 2002 yıllarında vergi incelemelerinin kontrolü yapılmış, özel alanda önemli miktarda vergisi ödenmemiş ve yurt dışına malvarlığı değerlerinin ortak transferinin yapıldığı tespit edilmiştir. Bu ifadenin daha yakından somutlaştırılması kaçınılmazdır. 2001 ve 2002 yılındaki sözü edilen durumlar, borçlunun aciz haline düşmesinin Nisan 2003'ten başlamadığı anlamına gelir.

Bu kararın sadece 6. sayfasında açıklandığı kadarıyla, borçlunun diğer alacaklılarını kayırdığı ve önemli miktarda geliri olduğu, bu durumun daha önceki zaman diliminden de anlaşılmakta olduğundan yola çıkılmalıdır. Ayrıca bu, vakia temeli kontrol edilmeksizin sadece değerlendirme ve karinedir.

Bu nedenle bu senet (belge), istinaf mahkemesinin görüşünün aksine, iddia edilen ödeme yapmayı istememenin ispatı için uygun değildir. Kararda, aksine, vergi dairesinin kendi kararnamesini hazırladığı zamanda da şüpheli zaman dilimi için aciz halinden hareket ettiğinden söz edilmektedir. Yani, üç yıldan beri ödenmeyen yüksek miktardaki muaccel vergi alacakları, eksik teminat ve vergi alacağının tehlikeye girmesine kendisinin neden olmasından dolayı, ödeme için yeni süre verilmesi reddedilmiş ve icra takibi ve gerektiğinde aciz prosedürü yoluyla tahsil edileceği bildirilmiştir.

b) Vergi dairesinin 12 Ağustos 2003 tarihindeki yazısında, gerçi borçluya, neden tahsil edilen gider vergilerini ödemek için para hazır bulundurmadığı ve neden mevcut ödenmemiş vergi borçlarının ödenmesi için öngörülen paraları başka şekilde kullandığı sorulmuş. Ama bu şekildeki sorular, ödeme kabiliyeti olmasına rağmen ödeme yapmayı istememek anlamına gelmemektedir.

c) Borçlunun muaccel borçlarını ödeyemeyeceğine ilişkin kendi beyannameleri, burada olduğu gibi vade verilmesi görevini yapsa bile, ödemelerin tatiline işaret eder. (BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006, IX ZR 228/03, ZIP 2006, 2222 Rn. 15). Bu şekilde burada, iptal davasının davalısının ölçü olan, araştırılan meseleyi izah etmeksizin, delil ileri sürmeksizin ve bu şartlar altında gerekli tespitleri yapmaksızın bu değerlendirmeler bitirilirse, davalının birçok kez vergi dairesine vermiş olduğu beyannameler karşısında istinaf mahkemesinin görüşünün aksine iptal davasının davalısının başka şekilde bilgi sahibi olması nedeniyle emare etkisi reddedilemez.

III.

Bu nedenle itiraz edilen hüküm, esassız olabilir. İtiraz edilen hüküm iptal edilmeli ve bozularak istinaf mahkemesine geri gönderilmelidir (Medeni Usul Kanunu, (ZPO) § 563 fıkra 1 cümle 1). Davalının göstermiş olduğu deliller ile

Aciz Kanunu'nun (InsO) 133. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki kanuni karinenin karşı ispatını başarmış olup olmadığı kontrol edilmelidir. Şayet davada bu yok ise, diğer iptal şartları kontrol edilmelidir.

Kayser

Vill

Lohmann

Fischer

Pape

Önceki dereceler:

Kleve Eyalet Mahkemesi, 20.08.2008 -2 0 326/07- Karar

Düsseldorf İstinaf Mahkemesi, 19.11.2009 - I-12 U 143/08-Karar

