

AVUSTURYA İFA AKSAKLIKLARI HUKUKU'NUN TEMEL YAPISI

Fundamentals of the Austrian Legislation on fault in performance

Ahmet Hakan Dağdelen*

ÖZET

Esasen Türk Öğretisi'nde İfa Engelleri kavramı yer etmiş olmakla beraber, bu yerleşmiş kavram yerine çalışmada kullanılan İfa Aksaklıkları terimi ile ifade edilen hukuki problem türü, geçerli olarak kurulmuş bir borç ilişkisinin ifası bağlamında husule gelen aykırılıklara karşılık gelmektedir. Bu problem türünde, borç ilişkisi sonradan ortadan kaldırılrsa bile, taraflar birbirlerine verdiklerini Eşya Hukuku Hükümlerine dayanarak değil, Borçlar Hukuku Hükümlerine dayanarak talep etmektedirler. Çalışmada, Türkiye'de henüz üzerine yeteri kadar ilgi çekmemiş, bu alanda yer yer 200 senelik hükümleri olan ve en son 2002 senesinde ayıp hükümlerinde mühim değişikliklere gidilen Avusturya İfa Aksaklıkları Hukuku'na ilişkin genel bir çerçeve sunulmaktadır. Konunun işlenişinde, Avusturya Öğretisi'nde izlenen yapılandırmaya sadık kalınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İfa Engelleri, İfa Aksaklıkları, Avusturya, ABGB, Avusturya Medeni Kanunu

ABSTRACT

The present study deals with the kind of problems arising from fault in performance of obligations within the framework of the Austrian Law. These problems are related to valid contracts. Even if the parties have a right to terminate the contract, they are not in the legal position to reclaim their performance in accordance with the Law of Properties. So, the Law of Obligations is of help. The solution approaches of the Austrian Civil Code, which is more than 200 years old, and the Austrian Doctrine regarding fault in

Makalenin geliş tarihi: 19.06.2017 **Makalenin kabul tarihi:** 13.12.2017

* Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde doktora öğrencisi.

performance were not yet attracted enough attention of the Turkish Doctrine. In this study, the relevant provisions of the Austrian Civil Code, which was partly and fundamentally amended in respect of implied warranties in 2002, and its Doctrine are in short presented. The structure followed by the Austrian Doctrine is also kept in this study.

Keywords: Fault in performance, Austria, ABGB, Austrian Civil Code

Giriş

Yürürlüğe girdiği tarih 1.1.1812'den bu yana 200 seneyi aşan bir zaman zarfını arkasında bırakmış olan Avusturya Medeni Kanunu (ABGB – Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) ve öğretisi, Türkiye'de Alman ve İsviçre Medeni Hukuklarının görmüş olduğu ilgiye henüz mazhar olmamıştır. Avrupa'da halen yürürlükte bulunan en eski ikinci Medeni Kanun konumundaki bu yasalaştırma hareketinin izlemiş olduğu çözümlerin, Türkiye'de bizlere, T.M.K. madde 1 uyarınca bilimsel kaynak niteliği ile Türk Hukuku'nun uygulanmasında yardımcı olabileceği su götürmez¹. Bu anlayıştan hareketle, çalışmada, Borçlar Hukuku Genel Kısımının mühim yapı taşlarından biri olan ve Türkiye'de de öğretilerde zengin tartışmalara kaynaklık teşkil eden İfa Aksaklıkları Hukuku'nun (*Leistungsstörungsrecht*), Avusturya Medeni Kanunu çerçevesince genel hatları ile incelenmesi yoluna gidilmektedir.

Esasen Türk öğretilerinde *Leistungsstörung* kavramına karşılık olarak *ifa engelleri* kavramı yer etmiş olmakla beraber, çalışmada bu kavram yerine **ifa aksaklıkları** tercih edilmiştir. Bu tercihin altında yatan sebep, ifa engelleri kavramının ilk bakışta sanki sadece ifa öncesi zaman dilimine ilişkin olduğu gibi, bu cümlelerin yazarında doğru veya yanlış bir izlenim bırakması ve aşağıda incelemek üzere sözleşmeye sair aykırılıkları (*sonstige Vertragsverletzungen*) pek kapsayıcı görünmemesidir. Bu bakımdan, ifa ile ilgili bir şeylerin yolu tıkağın değil de, ifa ile ilgili bir şeylerin yolunda gitmediği ifade etmek üzere, ifa aksaklıkları kavramının kullanılması çalışmanın bütünlüğü açısından daha elverişli görünmüştür.

İfa aksaklıkları (*Leistungsstörungen*) kavramı ile ifade edilen hukuki problem türü, geçerli olarak kurulmuş bir borç ilişkisinin ifası bağlamında ortaya çıkan aykırılıklardır². Bu bakımdan ifa aksaklıkları kavramı, sözleşmenin geçerli olarak kurulması ile ilgili temel eksikliklerinden

¹ Bu yönde: **Rona Serozan**, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LVIII, Sayı 1-2, 2000, s. 248.

² **Christiane Wendehorst/Brigitta Zöchling-Jud**, Privatrecht Einführung in die Rechtswissenschaften und ihre Methoden Teil II, 6. Bası, Viyana, 2016, s. 50; **Silvia Dullinger**, Bürgerliches Recht Band II – Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Bası, Viyana, 2017, N. 3/1.

(*Wurzelmängel*) ayrılmaktadır. Bu iki sakatlık türü arasında husule gelen bir fark, ifa aksaklıklarının alacaklıya sözleşmenin ortadan kaldırılması hakkını verdiği durumlarda, tarafların karşılıklı olarak yerine getirmiş oldukları edimlerini § 1435 ABGB uyarınca sebepsiz zenginleşmeye dayanarak geri talep edebilecekleri olduğudur; bahsi geçen ikinci sakatlık türü temel eksikliklerinde ise, taraflar sebepsiz zenginleşme yanında istihkak davasına da dayanabilmektelerdir³.

İfa aksaklıkları bahsinde Avusturya öğretisinde irdelenen konular, sonradan ortaya çıkan imkânsızlık/imkânsızlaşma, temerrüt, ayıplı ifa ve sair sözleşme aykırılıklarıdır. Bu konulara ek olarak öğretilerde, yine ifa aksaklıkları başlığı altında, hem temel eksikliklerine ilişkin özellikler barındıran, hem de bir ifa aksaklığı niteliği taşıyan ve ABGB’de normatif bir dayanağı bulunan *laesio enormis* (*Verkürzung über die Hälfte*) kurumuna işarette bulunmaktadır. Bu son kurum **laesio enormis** Türk Hukuku’na yabancıdır ve T.B.K.’da düzenlenmemiştir.

Aşağıda yapılacak olan açıklamalar, her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeleri esas almaktadır.

I. İmkânsızlaşma

Bu başlık altında, sözleşmenin kurulmasından sonra ifa konusuna ilişkin ortaya çıkan imkânsızlık (*nachträgliche Unmöglichkeit*) işlenmektedir. Sözleşmenin kuruluşu sırasında mevcut olan **apaçık imkânsızlık** (*geradezu unmöglich*) ise, ifa aksaklıkları bahsinde incelenmemektedir, bu imkânsızlık türü temel eksiklikleri bahsine konu olmaktadır. Bu apaçık imkânsızlık türünden bugün genel kabul gören kasıt, ifa konusunun hukuken imkânsız veya bilfiil absürt olmasıdır⁴.

İfayı önleyen **devamlı bir engel** (*Hindernis*) mevcut olması durumu, **imkânsızlık** olarak addedilmektedir⁵. Engelin geçici olması durumunda, temerrüt bahis konusu olmaktadır⁶. İmkânsızlığın söz konusu olacağı borçlar,

³ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 50.

⁴ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 41; Dullinger, N. 3/48; Peter Bydliniski, Bürgerliches Recht Band I – Allgemeiner Teil, 6. Bası, Viyana, 2013, N. 7/14; Andreas Kletečka içinde Helmut Koziol/Rudolf Welsler (Editör), Bürgerliches Band I, 13. Bası, Viyana, 2006, s. 171; Stefan Perner/Martin Spitzer/Georg Kodek, Bürgerliches Recht, 3. Bası, Viyana, 2012, s. 153; Michael Gruber içinde Andreas Kletečka/Martin Schauer (Editör), ABGB-ON, Versiyon 1.03, rdb.at, 1.10.2016, § 920 N. 4.

⁵ Rudolf Welsler, Bürgerliches Recht Band II, 13. Bası, Viyana, 2007, s. 45; Dullinger, N. 3/5, 45; Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 52; Perner/Spitzer/Kodek, s. 153; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 918 N. 5.

⁶ Welsler, Bürgerliches II, s. 46; Dullinger, N. 3/45; Perner/Spitzer/Kodek, s. 153; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 918 N. 5.

parça borcu, temerküz etmiş nevi borcu ve sınırlı nevi borcudur⁷. Temerküz etmemiş nevi borçlarında, artık öğretide genellik ayrı bir başlıkta incelenen para borçlarında imkânsızlık söz konusu olmamaktadır.

İmkânsızlığın kime izafe edileceği ve imkânsızlığın nasıl ortaya çıktığı ile bağlı olarak, öğretide imkânsızlığın sonuçlarına etki eden üçlü bir ayrıma gidilmektedir. Bunlar borçluya izafe edilen imkânsızlaşma, alacaklıya izafe edilen imkânsızlaşma ve tesadüfi imkânsızlaşmadır (*zufälliges Unmöglichwerden*). Bununla beraber, imkânsızlığın subjektif veya objektif olması arasında bir ayırım yapılmamaktadır⁸.

Tarafların sonradan ortaya çıkan imkânsızlıktan ötürü sorumluluklarına geçmeden evvel, Türkçe'ye **yalın imkânsızlık** (*schlichte Unmöglichkeit*) olarak çevrilebilecek sözleşmenin kuruluşu aşamasında mevcut olan bir durumdan kısaca bu paragrafta bahsetmekte fayda vardır, örneğin mülkiyeti bir başkasında olan bir eşyanın, mülkiyetini devretme⁹ veya kazalı belirli bir otomobili, kazasız olarak satma borcu altına girme gibi¹⁰. Bu imkânsızlık türü ABGB'de düzenlenmemiştir. Öğretide ağırlık görüş doğrultusunda bu durumda sözleşmenin geçerli olarak kurulacağı, alacaklının bu sözleşmeyi ortadan kaldıranabileceği ve icap ederse niteliği ve içeriği tartışmalı bir tazminat hakkına sahip olacağı, ifadan sonra ise ayıplı ifa durumunda devralana tanınan haklardan faydalanabileceği kabul edilmektedir¹¹.

A. Borçluya izafe edilen imkânsızlaşma

Borçluya izafe edilen imkânsızlaşmanın söz konusu olduğu durumlar şunlardır: Borçlunun kusuru ile imkânsızlığa sebebiyet vermesi¹²; borçlunun bir yardımcıının kusuru ile imkânsızlığa sebebiyet vermesi; borçlunun kusuru ile temerrüde düştüğü durumlarda, ifa konusunun tesadüfi imkânsızlığıdır¹³. Bu durumlarda borçlu, alacaklının **ifa çıkarını**

⁷ Welser, Bürgerliches II, s. 46; Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 52; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 920 N. 2.

⁸ Welser, Bürgerliches II, s. 46; Dullinger, N. 3/49; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 920 N. 8.

⁹ Kletečka içinde Koziol/Welser, Bürgerliches I, s. 172.

¹⁰ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 41.

¹¹ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 41, 42; Dullinger, N. 3/123, 155; Kletečka içinde Koziol/Welser, Bürgerliches I, 173; Perner/Spitzer/Kodek, s. 74, 75, 153; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 920 N. 5, 6; Peter Rummel içinde Peter Rummel/Meinhard Lukas (Editör), ABGB Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4. bası, rdb.at, 1.11.2014, § 878 N. 6. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz.: Rudolf Reischauer içinde Peter Rummel (Editör), ABGB Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. bası, rdb.at, 1.1.2000, § 920 N. 18 v.d.

¹² Alacaklı temerrüdü sırasında, borçlunun hafif kusuru sonucu ortaya çıkan imkânsızlık aşağıda alacaklı temerrüdü bahsinde incelenecektir.

¹³ Welser, Bürgerliches II, s. 47; Dullinger, N. 3/54; Perner/Spitzer/Kodek, s. 156.

(*Erfüllungsinteresse*) tazmin edecektir¹⁴. Yani, imkânsızlaşan borç kararlaştırıldığı şekilde ifa edilse idi, alacaklı hangi durumunda olacak idi ise, alacaklı, borçludan elde edilecek tazminat alacağı ile bu duruma getirilecektir.

Borçluya izafe edilen imkânsızlaşmada, alacaklının iki adet **seçimlik hakkı** bulunmaktadır, bunlar § 920 ABGB uyarınca mübadele talebi (*Austauschanspruch*) ve § 921 ABGB uyarınca fark talebidir (*Differenzanspruch*)¹⁵. Alacaklının mübadele talebinde bulunması durumunda, sözleşme ayakta kalır, alacaklı kendi borcunu ifa eder ve borçludan ifası imkânsızlaşan borcun değerini talep eder. Alacaklının fark talebinde bulunması durumunda, alacaklı sözleşmeden dönerek kendi borcunu ifa etmek zorunluluğundan kurtulur ve kendi borcu ile ifası imkânsızlaşan borç arasındaki değer farkını talep eder.

B. Alacaklıya izafe edilen imkânsızlaşma

Alacaklıya izafe edilen durumlar olarak şunlar gösterilmektedir: Alacaklı temerrüdü sırasında, bir tesadüfi imkânsızlığın ortaya çıkması; alacaklının borcun ifası ile amaçlanan yararı vadeden evvel kendisinin gerçekleştirmesi (*Zweckerreichung*)¹⁶; alacaklının etkisi ile borcun imkânsızlaşması¹⁷.

Alacaklıya izafe edilen imkânsızlaşma ABGB’de düzenlenmemiştir. Bununla beraber öğretilde, bu türdeki imkânsızlıkta sözleşmenin ayakta kalacağı, borçlunun kendi borcunu ifa etmekten kurtulacağı, buna karşın alacaklının kendi borcunu ifa etmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁸. Alacaklı temerrüdü sırasında, borçlunun hafif ihmali ile ortaya çıkan imkânsızlık aşağıda alacaklı temerrüdü bahsinde incelenecektir.

C. Tesadüfi imkânsızlaşma

Bu durum ile § 1447 ABGB ilgilenmektedir. Bu hükme göre, ifa ne borçluya ne de alacaklıya izafe edilen bir imkânsızlıktan sakıt olursa, sözleşme ortadan kalkar. Böyle bir durumda alacaklı kural olarak ifası imkânsızlaşan edim bağlamında talepte bulunamadığı gibi, borçlu da karşı edimi talep edememektedir. Borçlu, önceden almış olduğunu iade etmelidir.

¹⁴ Bu zararın soyut ve somut hesaplama yöntemlerine ilişkin: Bkz. aşağıda sübjektif temerrüt.

¹⁵ **Welser**, Bürgerliches II, s. 48; **Wendehorst/Zöchling-Jud**, s. 52; **Dullinger**, N. 3/55; **Perner/Spitzer/Kodek**, s. 156, 157; **Gruber** içinde **Kletečka/Schauer**, ABGB-ON, § 920 N. 1, 13 v.d.; **Reischauer** içinde **Rummel**, ABGB, § 920 N. 12 v.d., § 921 N. 2.

¹⁶ Örneğin, alacaklının evindeki bozuk klimayı tamir ettirmek üzere bir tamirci ile anlaşması ve tamir borcunun yerine getirilmesinden evvel, alacaklının klimayı kendisinin tamir etmesi.

¹⁷ **Welser**, Bürgerliches II, s. 51; **Dullinger**, N. 3/65; **Perner/Spitzer/Kodek**, s. 158.

¹⁸ **Wendehorst/Zöchling-Jud**, s. 53; **Welser**, Bürgerliches II, s. 51.

Bununla beraber, öğretide § 1447 ABGB'nin getirdiği hükmün bütün durumlarda geçerli olmayacağı hatırlatılmakta ve risk dağılımı hükümlerine (*Gefahrtragungsregeln*) işaretle bulunmaktadır¹⁹. İlk olarak ifade edildiği üzere, tesadüfi imkânsızlığın alacaklı temerrüdü sırasında ortaya çıkması durumunda, sözleşme ayakta kalmaktadır.

Diğer bir durum ise, ifası imkânsızlaşan edimin yerine borçlunun malvarlığına diğer bir değer (*stellvertretendes commodum*) dâhil olmasına ilişkindir. Böyle bir ikame değer / kaim kıymetin varlığı durumunda, örneğin sigorta tazminatı, alacaklı dilerse kendi borcunu ifa edip, bu ikame değeri talep edebilmektedir²⁰. Bu durumda da sözleşme yine ayakta kalmaktadır. Bununla beraber, alacaklının bu ikame değeri talep edebilmesi ABGB'de somut normatif bir düzenleme olarak yer almamaktadır. Öğreti bu sonuca, kanun boşluğunun doldurulması yolu ile ulaşmaktadır²¹. Keza bu sonucun, borçluya izafe edilebilen bir imkânsızlaşma durumunda evveliyetle uygulanması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır.

II. Temerrüt

§ 918 ABGB bağlamında, temerrüt, sözleşmenin uygun olan zamanda, uygun olan yerde veya kararlaştırıldığı şekilde ifa edilmemesidir. Borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda, borçlu temerrüdü; alacaklının uygun olarak sunulan ifayı kabul etmemesi durumunda ise, alacaklı temerrüdü söz konusu olmaktadır.

A. Borçlu temerrüdü

Temerrüdün ortaya çıkmasında, borçlunun bir kusurunun olup olmamasına göre ikili bir ayrıma gidilip, objektif ve sübjektif borçlu temerrüdünün sonuçları arasında bir ayırım yapılmaktadır.

1. Objektif temerrüt

Objektif temerrütte, borçluya bir kusur izafe edilememektedir. Bu durumda, § 918 ABGB'den alacaklı lehine iki seçimlik hak çıkarılmaktadır²². Alacaklı, sözleşmede kararlaştırılan borcun ifası talebinde ısrar edebilir. Bu yolu seçmeyen alacaklı ise, borçluya ifada bulunabilmesi için kural olarak

¹⁹ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 53; Dullinger, N. 3/ 51 v.d.; Welser, Bürgerliches II, s. 49.

²⁰ Welser, Bürgerliches II, s. 50; Dullinger, N. 3/53; Andrea Holly içinde Andreas Kletečka/Martin Schauer, ABGB-ON, Versiyon 1.02, rdb.at, 01.01.2016, § 1447 N. 39, 44; Reischauer içinde Rummel, ABGB (1.1.2002), § 1447 N. 4 v.d..

²¹ Welser, Bürgerliches II, s. 50; Dullinger, N. 3/53; Holly içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1447 N. 44; Reischauer içinde Rummel, ABGB, § 1447 N. 4.

²² Welser, Bürgerliches II, s. 53; Dullinger, N. 3/9; Perner/Spitzer/Kodek, s.162; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 918 N. 3; Reischauer içinde Rummel, ABGB, § 918 N. 4.

uygun bir mühlet vererek, bu mühletin sonunda sözleşmeden dönebilir. Bu mühletin uygunluğu, borçluya ifada bulunabilmesi için gereken hazırlık çalışmalarına en başından girişip tamamlaması için gereken süreye göre değil, başlamış olan, başlamış olması gereken hazırlık çalışmalarının tamamlanması için gereken süreye göre belirlenmektedir²³. Bununla beraber, alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için her durumunda da uygun bir mühlet vermesine gerek yoktur. § 919 ABGB doğrultusunda, kesin vadeli bir işlemde (*Fixgeschäft*) borçlu temerrüdü ile sözleşme kendiliğinden çözülecektir. Şayet alacaklı, kesin vadeli bir işlemde borcun ifasında ısrar etmek istiyorsa, bu hususu hiç vakit kaybetmeden borçluya bildirmelidir²⁴. Mühlet verilmesine gerek duyulmayan diğer durumlar olarak, borçlunun en başından beri borcunu ciddi ve tam olarak yerine getirmekten kaçındığı, keza borcunu verilecek uygun bir mühlet içinde yerine getiremeyecek olduğunun açıkça anlaşıldığı durumlar gösterilmektedir²⁵.

Bu iki seçimlik hak haricinde, temerrüt sonucu olarak, borçlu § 1333 ABGB uyarınca para borçlarında temerrüt faizi ödemek ile yükümlüdür²⁶. Temerrüdün diğer bir sonucu da borçlunun edime ilişkin riski üzerine almasıdır²⁷. Buna göre, borçlu, ifa konusu temerrüt esnasında tesadüfi olarak imkânsızlaşırsa, alacaklıdan karşı edimi talep edemeyecektir.

Son olarak, borçlu temerrüdü borçlunun ifayı uygun olarak sunması ile yahut da alacaklının borçluya vereceği bir erteleme (*Stundung*) ile sona ermektedir²⁸.

2. Sübjektif temerrüt

Sübjektif temerrüt, borçlunun bir kusuru ile husule gelmektedir. Bu durumda, objektif temerrüt bahsinde alacaklının elinde olan imkânların yanı sıra, alacaklıya bir de tazminat hakkı tanınmaktadır. Alacaklının bu tazminat hakkının içeriğini, alacaklının ifada ısrar etmesi durumunda, § 918 ABGB gereğince gecikme zararı (*Verspätungsschaden*); alacaklının sözleşmeden dönmeyi seçmesi durumunda ise § 921 ABGB gereğince ifa edilmeme zararı

²³ Welser, Bürgerliches II, s. 54; Dullinger, N. 3/15; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 918 N. 35; Reischauer içinde Rummel, ABGB, § 918 N. 11.

²⁴ Welser, Bürgerliches II, s. 53, 56; Dullinger, N. 3/33; Perner/Spitzer/Kodek, s. 164; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 919 N. 10.

²⁵ Welser, Bürgerliches II, s. 53; Dullinger, N. 3/14; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 918 N. 37.

²⁶ Welser, Bürgerliches II, s. 53; Dullinger, N. 3/10; Perner/Spitzer/Kodek, s. 166; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 918 N. 49.

²⁷ Welser, Bürgerliches II, s. 53; Dullinger, N. 3/9; Perner/Spitzer/Kodek, s. 163; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 918 N. 47; Reischauer içinde Rummel, ABGB, § 918 N. 2.

²⁸ Welser, Bürgerliches II, s. 53; Dullinger, N. 3/12.

(*Nichterfüllungsschaden*) oluşturacaktır²⁹. Alacaklının bu ifa edilmeme zararı, yine alacaklının seçimine göre soyut veya somut olarak hesap edilebilir³⁰. Soyut hesaplamada (*abstrakte Berechnung*), tarafların edimleri arasındaki fark hesap edilmekte ve alacaklı bu farkı talep etmektedir³¹. Somut hesaplamada (*konkrete Berechnung*) ise, alacaklının ihtiyacını karşılamak üzere diğer bir işlemde (*Deckungsgeschäft*) bulunması durumunda, bu yeni işlemdeki çıkarı ile bir önceki işlemdeki çıkarı arasındaki fark talep edilmektedir³².

Alacaklının mahrum kaldığı kârın, haksız fiil tazminatı hükümlerine atıfta bulunularak, ancak borçlunun ağır kusurunun varlığı halinde tazmin edileceği ifade edilmektedir³³. Bununla beraber, sözleşmenin, bu sözleşmenin tarafları açısından bir ticari iş niteliği taşıması durumunda, § 349 UGB (Unternehmensgesetzbuch – Ticari İşletmeler Kanunu) gereğince mahrum kalınan kârın, kusurun ağırlığından bağımsız olarak tazmin edilmesi gerekecektir.

B. Alacaklı temerrüdü

Alacaklı, borçlunun uygun bir şekilde sunduğu ifayı kabul etmeyerek yahut kendi üzerine düşen şeyleri yapmayarak borçlunun yapacağı ifaya engel olduğunda, alacaklı temerrüdüne düşmektedir. ABGB, alacaklıya, genel olarak, sunulan ifayı kabul etme yönünde bir borç veya külfet yüklememektedir³⁴. Bu sebepten, alacaklı ifayı kabul etmeyerek, hukuka aykırı davranmış olmamaktadır³⁵. Bu bakımdan, alacaklının kusurlu veya kusursuz olması arasında yapılacak bir ayırım, borçlu temerrüdünün aksine, burada alacaklı temerrüdünün sonuçları açısından bir anlam ifade etmemektedir.

²⁹ Welsler, Bürgerliches II, s. 54, 58; Dullinger, N. 3/20, 21; Perner/Spitzer/Kodek, s. 163; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 918 N. 3, 52 v.d..

³⁰ Welsler, Bürgerliches II, s. 58, 59; Dullinger, N. 3/21; Perner/Spitzer/Kodek, s. 157; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 921 N. 8; Reischauer içinde Rummel, ABGB, § 921 N. 3.

³¹ Welsler, Bürgerliches II, s. 59; Dullinger, N. 3/21; Perner/Spitzer/Kodek, s. 157; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 921 N. 11; Reischauer içinde Rummel, ABGB, § 921 N. 4.

³² Welsler, Bürgerliches II, s. 58; Dullinger, N. 3/21; Perner/Spitzer/Kodek, s. 157; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 921 N. 9, 10; Reischauer içinde Rummel, ABGB, § 921 N. 3.

³³ Welsler, Bürgerliches II, s. 59; Dullinger, N. 3/22; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 918 N. 53.

³⁴ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 53; Dullinger, N. 3/36; Welsler, Bürgerliches II, s. 60; Perner/Spitzer/Kodek, s. 167; Johannes Stabentheiner içinde Andreas Kletečka/Martin Schauer, ABGB-ON, Versiyon 1.02, rdb.at, 1.2.2014, § 1419 N. 3, 5. Aksi yönde Reischauer içinde Rummel, ABGB (1.1.2002), § 1419 N. 3.

³⁵ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 53; Perner/Spitzer/Kodek, s. 167.

Alacaklı temerrüdünün sonuçları, ABGB’de açıkça düzenlenmemiştir. Bu konu ile ilgilenen § 1419 ABGB’de, alacaklı temerrüdünün sonuçları, alacaklı üzerinde aksi sonuçlar (*widrige Folgen*) doğar ibaresi ile açıklanmaktadır. § 1419 ABGB’ye, üzerinde fikir birliği olarak dayandırılan sonuçlar şunlardır: İlk olarak alacaklı temerrüdü ile ücret riski (*Preisgefahr*) alacaklıya geçmektedir³⁶. Bunun sonucu olarak, ifa konusu alacaklı temerrüdü esnasında tesadüfen imkânsızlaşırsa, alacaklı kendi edimini yerine getirmek zorunda olacak, ancak karşı edim bağlamında bir şey talep edemeyecektir. Bundan başka, borçlu edimini hâkimin belirleyeceği yere tevdi ederek borcundan kurtulabilecektir³⁷. Keza yine borçlu, alacaklı temerrüdü esnasında edime ilişkin yapmış olduğu masrafları alacaklıdan talep edebilecektir³⁸.

Bahsi geçen bu sonuçlardan başka, alacaklı temerrüdünde, edim konusunun bir zarara uğraması durumunda, borçlunun hafif ihmalden sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır³⁹. Bir görüş, borçlunun artık hafif ihmalden sorumlu olmayacağı yönündedir⁴⁰. Aksi yöndeki bir görüşe göre ise, borçlu, alacaklı temerrüdü esnasında, hafif ihmalden sorumlu olmaya devam eder, borçlunun artık hafif ihmalden sorumlu olmayacağı yönünde bir çıkarımı ABGB desteklememektedir⁴¹. Bu görüşe göre, temerrüt ile alacaklıya, sadece tesadüfi imkânsızlığa bağlanan risk geçmektedir. Bahsi geçen bu iki görüş arasında bir orta yol öneren bir üçüncü görüşe göre ise, borçlu alacaklı temerrüdü esnasında da, edimin zayı olmasına veya kötüleşmesine ilişkin hafif ihmalden sorumlu olmaya devam eder, bununla beraber edimin **özensiz saklaması** sonucu ortaya çıkan zararlara ilişkin borçlunun hafif ihmali, alacaklıya bir tazminat hakkı vermemektedir⁴².

³⁶ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 55; Dullinger, N. 3/39; Welser, Bürgerliches II, s. 61; Perner/Spitzer/Kodek, s. 167, 168; Stabentheiner içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1419 N. 1, 7.

³⁷ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 55; Dullinger, N. 3/43; Welser, Bürgerliches II, s. 61; Perner/Spitzer/Kodek, s. 169; Stabentheiner içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1419 N. 1.

³⁸ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 55; Dullinger, N. 3/41; Welser, Bürgerliches II, s. 62; Perner/Spitzer/Kodek, s. 169; Stabentheiner içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1419 N. 1, 9.

³⁹ Bu konuda: Stabentheiner içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1419 N. 8; Reischauer içinde Rummel, ABGB, § 1419 N. 9.

⁴⁰ Welser, Bürgerliches II, s. 61; Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 55; Perner/Spitzer/Kodek, s. 168.

⁴¹ Stabentheiner içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1419 N. 8; Reischauer içinde Rummel, ABGB, § 1419 N. 9.

⁴² Franz Bydinski içinde Heinrich Klang (Editör), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Cilt IV/2, 2. bası, s. 348 v.d.. (Silvia Dullinger, Bürgerliches Recht Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. bası, Viyana, 2010, N. 3/40’tan ve Reischauer içinde Rummel, ABGB, § 1419 N. 9’dan naklen).

III. Ayıplı ifa

ABGB'de §§ 922 ve devamında yer alan borçlunun ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin genel hükümlerde, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren ve 31.12.2001 tarihten sonra akdedilen sözleşmelere uygulanacak olan bir kanun değişikliği⁴³ ile reforma gidilmiştir. Bu kanun değişikliği ile esasen tüketici işlemlerini konu edinen 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi⁴⁴ de iç hukuka iktibas edilmiş; satım ve eser sözleşmeleri için bir bütünlük teşkil eden, ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin yeni bir düzen oluşturulmuştur. Aşağıda yapılan genel açıklamalar, Borçlar Hukuku'nun Genel Kısımına yönelik olacaktır, bu bakımdan tüketici işlemlerine özgü düzenlemelere değinilmeyecektir.

İfa edilen edimin, niteliksel veya niceliksel açıdan borcun konusu ile örtüşmemesi durumunda maddi ayıptan (*Sachmangel*), ifa edilen edime ilişkin söz verilen hukuki pozisyonunun sağlanmaması durumunda ise hukuki ayıptan (*Rechtsmangel*) söz edilmektedir⁴⁵. Alacaklı, alacaklı temerrüdüne düşmeksizin, ayıplı ifayı kabul etmekten imtina edebilir. Alacaklıya edimin teslim anından sonra ise, genel kabule göre artık borçlunun ayıplı ifadan sorumluluğu söz konusu olmaktadır, bu bakımdan borçlu temerrüdü, imkânsızlık hükümlerine alacaklı dayanamayacaktır⁴⁶. Bununla beraber ayıbın niceliksel olması, teslim edilen edimin başka olması (*aliud*) durumlarında, alacaklının borçlu temerrüdüne dayanabileceği tartışılmaktadır⁴⁷. Bundan başka, alacaklının § 1052 fıkra 1 ABGB'ye dayanarak (bizdeki T.B.K. madde 97'nin benzeri), sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğinden hareketle, kendi edimini yerine getirmekten de kaçınabileceği kabul edilmektedir⁴⁸.

⁴³ Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz (GewRÄG BGBl I 2001/48).

⁴⁴ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi (Official Journal of the European Communities) 7.7.1999, L 171/12.

⁴⁵ **Dullinger**, N. 3/66; **Wendehorst/Zöchling-Jud**, s. 56; **Welser**, Bürgerliches II, s. 67 v.d.; **Perner/Spitzer/Kodek**, s. 172.

⁴⁶ **Welser**, Bürgerliches II, s. 66, 86; **Dullinger**, N. 3/68; **Wendehorst/Zöchling-Jud**, s. 55; **Perner/Spitzer/Kodek**, s. 185; **Rudolf Welser – Brigitta Jud**, Die neue Gewährleistung, Viyana, 2001, § 922, 923 N. 2; **Gruber** içinde **Kletečka/Schauer**, ABGB-ON, § 918 N. 9. 2002'de gerçekleşen reform öncesine ilişkin öğretide, olması gereken Hukuk açısından, alacaklının bu durumda ayıp, temerrüt, imkânsızlık hükümleri arasında bir seçim hakkı olması gerektiği yönünde: **Reischauer** içinde **Rummel**, ABGB, vor § 918-933 N. 9.

⁴⁷ **Brigitta Zöchling-Jud** içinde **Andreas Kletečka/Martin Schauer**, ABGB-ON, Versiyon 1.02, rdb.at, 01.01.2016, § 923 N. 3, 4; **Dullinger**, N. 114 v.d.; **Welser – Jud**, § 922, 923 N. 3; **Welser**, Bürgerliches II, s. 66, 67; **Perner/Spitzer/Kodek**, s. 185, 186; **Gruber** içinde **Kletečka/Schauer**, ABGB-ON, § 918 N. 11, 12.

⁴⁸ **Zöchling-Jud** içinde **Kletečka/Schauer**, ABGB-ON, § 932 N. 3; **Welser – Jud**, § 932 N. 10.

ABGB’de ayıba ilişkin genel düzenlemelerde borçludan devreden (*Übergeber*), alacaklıdan ise devralan (*Übernehmer*) olarak bahsedilmektedir. § 924 ABGB’ye göre, devreden, sadece teslim anında mevcut olan ayıptan ötürü sorumlu tutulabilmektedir. Teslim anından sonra ortaya çıkan ayıptan ise devreden sorumlu olmamaktadır. Bununla beraber yine aynı düzenlemede bir karine öngörülmektedir. Bu karineye göre, teslimi⁴⁹ takip eden 6 ay içinde ortaya çıkan ayıbın, teslim anında mevcut olduğu aksi ispat edilene kadar kabul edilecektir. Ancak § 924 ABGB son cümlede ifade edildiği üzere, bu karine, edimin veya ayıbın yapısı ile bağdaşmadığı takdirde, uygulama alanı bulmamaktadır.

Devredenin ayıptan doğan sorumluluğu kanun gereği uygulama alanı bulduğu için, bu sorumluluğun sözleşmede ayrıca kararlaştırılmasına gerek yoktur⁵⁰. Bununla beraber ABGB’nin ayıba ilişkin hükümleri emredici nitelik taşımadığı için, taraflar devredenin ayıptan doğan sorumluluğunu kaldıracakları için⁵¹. Tüketici işlemlerinde ise, devredenin ayıptan doğan sorumluluğunun kaldırılması veya hafifletilmesi, tüketicinin ayıptan haberdar olması durumu hariç olmak üzere, § 9 KSchG (Konsumentenschutzgesetz - Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun) gereği mümkün değildir.

İfa edilen edimin ayıplı olması durumunda, ABGB, devralana belirli bazı seçimlik haklar sunmaktadır. Bu haklar ile izlenen hedef, tarafların edimleri arasında kaybolan sübjektif denkliliği, diğer bir ifade ile tarafların üzerinde anlaşıldığı edimler arasındaki dengenin sağlanmasıdır⁵². Bu bakımdan ayıplı ifaya bağlanan seçimlik haklar, edimler arasındaki objektif dengeyi göz etmez, örneğin edimlerin piyasa değeri değil, ilgili işlemde kararlaştırılan dengeyi baz alınır. Devralana ABGB’de tanınan bu seçimlik hakların içeriği, devredenin kusurlu olup olmasına göre değişiklik göstermektedir.

A. Kusur yokluğunda seçimlik haklar

Devredenin, ayıptan doğan sorumluluğunun söz konusu olması için, kendisine ayıba ilişkin bir kusurun izafe edilmesi şart değildir. Devredenin bir kusurunun söz konusu olmadığı durumlara ilişkin olarak § 932 ABGB, devralana dört seçimlik tanımaktadır, bunlar: İyileştirme (*Verbesserung*), değiştirme (*Austausch*), ücretin düşürülmesi (*angemessene Minderung des*

⁴⁹ Bu sürenin alacaklı temerrüdü ile başlaması gerektiği yönünde: **Zöchling-Jud** içinde **Kletečka/Schauer**, ABGB-ON, § 924 N. 5/1; **Welser – Jud**, § 924 N. 5; **Andreas Kletečka**, *Gewährleistung neu*, Viyana, 2001, § 924 N. 1, 8; OGH 15.02.2011, 4 Ob 147/10m.

⁵⁰ **Welser**, *Bürgerliches II*, s. 64; **Wendehorst/Zöchling-Jud**, s. 56.

⁵¹ **Welser**, *Bürgerliches II*, s. 83; **Wendehorst/Zöchling-Jud**, s. 56; **Dullinger**, N. 3/137; **Perner/Spitzer/Kodek**, s. 179; **Welser – Jud**, *Vorbemerkungen N. 21*, § 933a N. 43.

⁵² **Welser**, *Bürgerliches II*, s. 65; **Wendehorst/Zöchling-Jud**, s. 56; **Dullinger**, N. 3/67; **Perner/Spitzer/Kodek**, s. 171.

Entgelts) ve sözleşmenin ortadan kaldırılmasıdır (*Aufhebung des Vertrags*). İyileştirme yolunun seçilmesi durumunda, ayıplı edimdeki eksiklik sonradan tamir veya, bir eksiklik durumunda, tamamlama yolu ile giderilmektedir. Değiştirme yolunun seçilmesi durumunda ise, ayıplı edim, ayıpsız olan bir eşi ile değiştirilmektedir. Öğretide değiştirme hakkının sadece nevi borçlarında söz konusu olabileceğine, parça borçlarında ise bu seçimlik hakkın mümkün olmayacağına işaret edilmektedir⁵³. Ücretin düşürülmesi yolu seçildiğinde, edimler arasında kurulan subjektif denge, ayıplı edime karşılık olarak verilen paranın bir kısmının iade edilmesi ile sağlanmaktadır. Son çözüm, sözleşmenin ortadan kaldırılması yolu seçildiğinde ise, taraflar birbirlerinden aldıklarını, yine birbirlerine iade etmekteledir.

Dikkat etmek gerekir ki § 932 ABGB, devralanı, seçimlik hakları konusunda tamamen serbest bırakmamakta, bu seçimlik haklar arasında iki basamaklı bir hiyerarşi öngörmektedir. Bu hiyerarşinin ilk basamağında bulunan birincil tekeffül tedbirleri (*primäre Gewährleistungshilfe*), iyileştirme ve değiştirme haklarıdır. Devralan, önce bu haklara başvurmak durumundadır. Devralanın, ikinci basamakta yer alan ikincil tekeffül tedbirlerine (*sekundäre Gewährleistungshilfe*) dayanabilmesi için § 932 ABGB şu koşulların varlığını aramaktadır:

- Ayıbı ortadan kaldırmanın imkânsız olması,
- birincil tekeffül tedbirlerine başvurulmasının, devredene ölçüyü aşan masraflara sebebiyet verecek olması,
- devredenin ilk basamakta yer alan tedbirlerin yerine getirilmesinde savsaklaması,
- devralan açısından ilk basamakta yer alana tedbirlere başvurulmasının ciddi sebeplerden ötürü, örneğin devredenin şahsında yatan sebeplerden ötürü, katlanılamaz olması.

Genel kural, aynı basamakta yer alan seçimlik haklardan hangisinin kullanılacağına, devralanın karar vereceği yönündedir⁵⁴, örneğin iyileştirme yerine değiştirme yahut da ücretin indirilmesi yerine sözleşmenin ortadan kaldırılmasına devralan karar verecektir. Bununla beraber, ayıbın önemsiz (*geringfügiger Mangel*) olması durumunda, sözleşmenin ortadan kaldırılması yolu § 932 fıkra 4 ABGB uyarınca kapalıdır.

⁵³ Welser, Bürgerliches II, s. 72; Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 57; Dullinger, N. 90; Welser – Jud, § 932 N. 8. Karşı görüşte: Zöchling-Jud içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 932 N. 9.

⁵⁴ Welser, Bürgerliches II, s. 73, 75; Welser – Jud, § 932 N. 15, 36; Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 59; Dullinger, N. 91, 104; Perner/Spitzer/Kodek, s. 174, 176; Zöchling-Jud içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 932 N. 27, 60; Kletečka, § 932 N. 3, 12.

Devralanın bu haklarını kullanması için, § 933 ABGB farklı zamanaşımı süreleri öngörmektedir. Zamanaşımı süresi taşınırlarda 2 sene, taşınmazlarda 3 sene ve hayvanlarda 6 haftadır. **Maddi ayıpta zamanaşımı teslim, hukuki ayıpta** ise devralanın ayıptan **haberdar olması** ile başlamaktadır. Bu sürelerden başka ABGB’de ayıbu ihbar mühleti yoktur, hakların zamanaşımı süresi içinde ileri sürülmesi yeterlidir⁵⁵. Her iki taraf için ticari iş niteliğindeki işlemler için ise § 377 UGB devralana belirli bir süre içinde ihbarda bulunma görevi yüklemektedir.

B. Kusur varlığında seçimlik haklar

Devredene ayıp bağlamında bir kusurun izafe edilebilmesi durumunda, devralan yukarıda bahsi geçen haklarının **yerine**, § 933a ABGB’ye dayanarak tazminat talep edebilmektedir. Ancak bu tazminat talebinin içeriğine ilişkin § 933a ABGB de, § 932 ABGB’nin öngördüğüne benzer bir yapılanma getirmektedir. Bu bakımdan, devralana yine geniş bir serbesti tanınmamaktadır. Bu sayede tazminat talebinin içeriği ile tekeffül tedbirleri arasında bir uyum sağlanmaktadır⁵⁶.

Tazminat talebinde bulunan devralana hiyerarşik bir yapıda iki basamaklı bir seçim sunulmaktadır. İlk basamakta, yine iyileştirme ve değiştirme talepleri bulunmaktadır. Ancak ikinci basamakta nakden tazmin seçeneği yer almaktadır. Bu sayede aynen tazmin esasına (*Naturalersatz*) öncelik tanınmaktadır⁵⁷. Devralanın ikinci basamakta yer alan nakden tazmin talebinde bulunabilmesinin şartları, yukarıda devreden bir kusurunun söz konusu olmadığı durumlarda, § 932 ABGB dairesinde, devralanın ikinci basamakta yer alan tekeffül tedbirlerine başvurma şartları ile aynıdır. Diğer bir ifade ile bir önceki başlıkta, devralanın ücrette indirimde gidilmesi veya sözleşmeyi ortadan kaldırabilmesi talebinde bulunabilmesi için maddeler halinde sıralanan şartlar burada da geçerlidir.

Nakden tazmin talebinin içeriğinin ne olacağına ilişkin öğretide ağırlıklı şu hususlara işarette bulunmaktadır⁵⁸:

⁵⁵ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 59; Welser, Bürgerliches II, s. 81; Zöchling-Jud içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 933 N. 24; Welser – Jud, § 933 N. 21.

⁵⁶ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 59; Welser, Bürgerliches II, s. 89; Perner/Spitzer/Kodek, s. 181; Zöchling-Jud içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 933a N. 5.

⁵⁷ Welser – Jud, Vorbemerkung N. 5.

⁵⁸ Welser, Bürgerliches II, s. 90; Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 59; Dullinger, N. 3/154; Perner/Spitzer/Kodek, s. 181; Zöchling-Jud içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 933a N. 18 v.d.; Welser – Jud, § 933a N. 13 v.d..

- Ayıbın giderilmesi için gereken masraflar,
- ayıplı edim ile ayıpsız edim arasındaki değer farkı,
- ayıplı edim için verilen ücretin tamamen iadesi.

Devralanın, tekeffül tedbirleri yerine tazminat talebinde bulunmasının avantajı zamanaşımı sürelerinde yatmaktadır⁵⁹. § 1489 ABGB doğrultusunda, devralanın tazminat alacağına ilişkin kısa zamanaşımı süresi, zararın ve zarar verenin öğrenilmesinden itibaren 3 senedir. Bununla beraber bu sürenin, devralanın zararı diğer ifade ile ayıbı öğrenmesinden itibaren mi başlayacağı yoksa ayıp bağlamında ileri sürülen ilk basamaktaki taleplerin cevapsız kaldığının anlaşılmasından itibaren mi başlayacağı tartışmalıdır⁶⁰. Uzun zamanaşımı süresinin ise teslimden itibaren, yine § 1489 ABGB uyarınca, 30 sene olacağı ifade edilmektedir⁶¹. Bu uzun sürenin, § 933a fıkra 3 ABGB gereği, sadece ilk 10 senesi içinde, devredeninin kusurunun varlığı karine olarak kabul edilecektir.

IV. Sözleşmeye sair aykırılıklar

Türk öğretisinde, akdin müspet ihlali olarak yer etmiş, sözleşmeye sair aykırılıklar (*sonstige [positive] Vertragsverletzungen*) bahsine, alacaklının uğradığı iki tür zarar konu edinmektedir, bunlar ayıplı ifanın yan zararları (*Mangelfolgeschäden*) ve eşlik eden zararlardır (*Begleitschäden*). Bu zararların ortaya çıkışında, borçlu alacaklı karşısındaki koruma ve özen yükümlülüklerine aykırı davranmaktadır⁶².

Ayıplı ifanın yan zararı, ayıbın kendi varlığı ile oluşturduğu zarardan ayrılan ve ayıba ek olarak ortaya çıkan zarardır⁶³. Örneğin, maddi ayıplı bir binanın çökerek, cismani zarara sebep olması durumunda, bu cismani zarar, ayıplı ifanın yan zararı olarak görülmektedir⁶⁴.

Eşlik eden zarar ise, edimin gereğince ifa edilmesine rağmen, ifada bulunurken alacaklının hukuken korunan sair değerlerine verilen zarardır⁶⁵. Örneğin, tamircinin duşa kabini tamir ederken, çekicini yere düşürerek, yerdeki fayansı kırması⁶⁶.

⁵⁹ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 59; Dullinger, N. 3/149; Perner/Spitzer/Kodek, s. 181.

⁶⁰ Bu konuda: Zöchling-Jud içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 933a N. 35 v.d.; Welser – Jud, § 933a N. 28 v.d..

⁶¹ Welser, Bürgerliches II, s. 91; Zöchling-Jud içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 933a N. 42; Welser – Jud, § 933a N. 37.

⁶² Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 60; Welser, Bürgerliches II, s. 87; Perner/Spitzer/Kodek, s. 183.

⁶³ Welser, Bürgerliches II, s. 87; Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 60; Perner/Spitzer/Kodek, s. 182.

⁶⁴ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 60.

⁶⁵ Welser, Bürgerliches II, s. 87; Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 60; Perner/Spitzer/Kodek, s. 183.

⁶⁶ Perner/Spitzer/Kodek, s. 183.

Her iki durumda da, borçlunun alacaklı karşısında **sözleşmeden doğan** kusura dayalı bir sorumluluğu söz konusu olmaktadır⁶⁷. Bunun sonucu olarak, § 1298 ABGB uyarınca borçlunun kusurunun varlığı, ifanın yan zararları için § 933a fıkra 3 ABGB gereği ilk 10 sene içinde, karine olarak kabul edilecek; borçlunun yardımcı kişilerden sorumluluğu ifa yardımcılara (*Erfüllungshilfe*) ilişkin § 1313a ABGB uyarınca olacaktır⁶⁸. Bundan başka alacaklının tazminat hakkına ilişkin esaslar, tazminat hukukunun (*Schadenersatzrecht*) genel hükümlerine tabi olacaktır⁶⁹.

V. Laesio enormis

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında normatif bir düzenleme olarak bir karşılık bulmayan, ABGB'deki, tarihin tozlu raflarından çıka gelen, bir ifa aksaklığı da laesio enormis'tir. Dikkat etmek gerekir ki, bu hukuki kurum bizdeki gabinin karşılığı değildir, bizdeki gabinin karşılığı § 879 fıkra 2 bent 4 ABGB'de yer alan *Wucher* kuralıdır. Laesio enormis, gabinin sübjektif unsuru olan zor durumda kalma, düşüncesizlik, deneyimsizlik şartlarını aramamaktadır.

Bu kurum §§ 934, 935 ABGB'de düzenlenmektedir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın edimi, karşı ediminin yarısından daha az bir değerde olduğu takdirde, karşı edimi yüklenen borçlu sözleşmeyi bir mahkeme kararı yardımı ile ortadan kaldırabilir. Diğer tarafın sözleşmeyi ayakta tutmak istemesi durumunda, o edime ilişkin adil piyasa değerinin **tamamını** (*gemeiner Wert*) sunması gerekmektedir. Bu değer yarısının sunulması yeterli olmamaktadır. Edimlerin değerleri arasındaki dengesizlik, **sözleşmenin kurulma anına** göre belirlenmektedir. Sonradan ortaya çıkan bir dengesizlik, laesio enormis kapsamında görülmemektedir⁷⁰.

Örneğin, A yapmış olduğu sözleşme ile B'ye bir oyuncak arabasını 45 Lira'ya satacağını ifade ediyor. Bu arabanın piyasa değerinin 100 Lira olması durumunda, A sözleşmeyi ortadan kaldırabilecektir. B'nin sözleşmeyi ayakta tutmak istemesi durumunda, A'ya 55 Lira daha vermesi gerekmektedir. Bu bakımdan, 5 Lira daha verip, kendi edimini 50 Lira'ya tamamlaması yeterli olmamaktadır. Oysa, B en başında 45 Lira yerine 50 Lira vermiş olsaydı, A'nın laesio enormis kurumuna

⁶⁷ Welser, Bürgerliches II, s. 88; Perner/Spitzer/Kodek, s. 182.

⁶⁸ Welser, Bürgerliches II, s. 88; Perner/Spitzer/Kodek, s. 182.

⁶⁹ Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 60; Perner/Spitzer/Kodek, s. 183; Zöchling-Jud içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 933a N. 9.

⁷⁰ Welser, Bürgerliches II, s. 94; P. Bydlinski, N. 8/47; Perner/Spitzer/Kodek, s. 188; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 934 N. 6; Reischauer içinde Rummel, ABGB, § 934 N. 5; OGH 25.04.2012, 7 Ob 45/12m.

dayanmasına engel olabilirdi. Bu örnekte değerleri değiştirerek, laesio enormise dayanabilecek tarafı değiştirmek de mümkündür. B'nin, oyuncak araba için A'ya, 210 Lira verecek olması durumunda, artık B laesio enormise dayanacaktır.

§ 935 ABGB'ye göre, taraflar sözleşme ile laesio enormisin, diğer bir ifade ile § 934 ABGB'nin, uygulama bulmayacağı yönünde bir anlaşma yapamazlar. Bu bakımdan, laesio enormis düzenlemesi ilk bakışta emredici gibi görünebilir. Buna karşın, yine aynı maddede, laesio enormisin uygulama alanı bulmayacağı durumlar şu şekilde ifade edilmektedir: Yüksek değerli edimin sahibinin, karşı edimi özel bir sebepten ötürü edinmek istediğini açıklaması veya karşı edimin gerçek karşılığını bilmesi; tarafların bağışlama niteliği içeren karma bir sözleşme akdetmek istemeleri; mahkeme kararı ile açık artırma yolu ile satış yapılması. § 935 ABGB sayılan bu istisnalar haricinde, başka istisnalar da vardır, örneğin talih oyunları⁷¹. Keza, § 351 UGB'de öngörüldüğü üzere, bir tacirin aleyhine olmak üzere, laesio enormisin uygulama alanı bulmayacağına sözleşme ile kararlaştırılması mümkündür.

Laesio enormise dayanmak isteyen taraf bu iddiasını, sözleşmenin akdedilmesini takip eden 3 sene içinde ileri sürmek durumundadır⁷².

Laesio enormisin bir temel eksikliği⁷³ (*Wurzelmangel*) mi yoksa bir ifa aksaklığı⁷⁴ (*Leistungstörung*) mı olduğu konusunda öğretide bir görüş birliği yoktur. Bu tartışmanın sebebi, edimlerin değerleri arasındaki dengesizliğin, sözleşmenin akdedilme anına göre belirlenmesidir. Bu sakatlığın bir temel eksikliği olarak kabul edilmesi durumunda taraflar, ifa edilen edimleri geri talep ederken istihkak davasına da dayanabileceklerdir, ifa aksaklığı olarak kabul edilmesi durumunda ise sebepsiz zenginleşme hükümlerinden fayda sağlanması gerekecektir.

Son söz

Doğal Hukuk Yaklaşımının izlerinin⁷⁵ yakından tecrübe edilebileceği, yer yer önemli değişiklikler geçirmiş, 200 seneyi deviren bu koca çınar ABGB'nin, getirdiği akılcı çözümlerin de sayesinde, bugüne kadar

⁷¹ Welser, Bürgerliches II, s. 95; P. Bydlinski, N. 8/45; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 934 N. 2; Reischauer içinde Rummel, ABGB, § 934 N. 1.

⁷² Welser, Bürgerliches II, s. 94; P. Bydlinski, N. 8/45; Reischauer içinde Rummel, ABGB, § 934 N. 13.

⁷³ Bu yönde: P. Bydlinski, N. 8/44; Gruber içinde Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 934 N. 9.

⁷⁴ Bu yönde: Welser, Bürgerliches II, s. 93, 94; Wendehorst/Zöchling-Jud, s. 60; Perner/Spitzer/Kodek, s. 188; Reischauer içinde Rummel, ABGB, § 934 N. 8.

⁷⁵ Örneğin halen yürürlükteki § 7 ABGB'deki, kanun boşluklarının doldurulmasında Doğal Hukuk İlkelerine yapılan atıf.

yıkılmadan ayakta durması, değişimlere uyum sağlayabilmesi takdire değer görünmektedir. Bu bağlamda gözden kaçırılmaması gereken bir husus da Avusturya Öğretisi'nin ortaya koyduğu emeği ile bu yer yer oldukça soyut kodifikasyonu anlaşılır ve uygulanır kılmasıdır. Bu zengin öğretinin Türkiye'de bizler tarafından yakından takip edilmesi, kuşkusuz bizim öğretimiz açısından da bir zenginlik teşkil edecektir.

Bu son paragraflarda ABGB'nin sessiz kaldığı ve öğretisi tarafından geliştirilen birkaç çözüme Türk Hukuku ile karşılaştırmalı olarak kısaca işarette bulunulursa: Konusu baştan imkânsız olan işlemlerin hükümsüz olacağını düzenleyen § 878 ABGB amaçsal yorumlamaya tabi tutulmakta, yalın imkânsızlık durumları bu kapsamda kabul edilmemektedir. § 878 ABGB'deki hükümsüzlük kuralının benzerini bizde § 27 T.B.K. içermekte olup, benzer şekilde bu hükmün lafzı da oldukça geniş bir uygulama alanına yayılmaktadır.

Diğer bir konu, imkânsızlaşan edimin yerine borçlunun malvarlığına dahil olan bir ikame değer alacaklı tarafından talep edilebilmesidir. ABGB bu noktada da bir hüküm içermemekte, öğretisi de bu sonuca kanun boşluğunun doldurulması yolu ile ulaşılmaktadır. Böyle bir ikame değer varlığı durumunda, alacaklının bu değeri talep edip sözleşmeyi ayakta tutmak istemesi durumuna ilişkin § 1447 ABGB'ye benzer şekilde bizde de § 136 T.B.K. bir şey söylememektedir.

Son bir konu olarak da haksız fiil hükümleri ile ayıplı hükümlerinin birbiri ile yarışmasına kısaca işarette bulunulabilir. Bu konuya ilişkin, Avusturya'da kanun koyucu pozisyonunu belli etmiş ve 2002'de gerçekleşen değişiklikle bu konuyu düzenlemiş, alacaklının talepleri arasında bir harmoni oluşturmuştur. Gerçekten ayıplı bir ifa, devreden kusuru ile birlikte (örneğin boyacının hataen binayı güneşe dayanaksız bir boya ile boyaması⁷⁶), haksız fiil tazminatının talep edilmesi için gereken bütün şartları bünyesinde bulundurmaktadır: Ayıplı ifa ile devralan bir malvarlığı zararına uğramakta, bu zarar ile ayıplı ifa arasında bir nedensellik bulunmakta, ayıplı ifa sözleşmeye aykırı olduğundan hukuka aykırılık unsurunu içermektedir. Avusturya'daki bu tartışmaların bizde de § 49 T.B.K. çerçevesince yapılabileceğini öngörmek yanlış olmasa gerek.

⁷⁶ Bu örnek için **Perner/Spitzer/Kodek**, s. 180.

KAYNAKÇA

- Bydlinski Peter**, Bürgerliches Recht Band I – Allgemeiner Teil, 6. bası, Viyana, 2013.
- Dullinger Silvia**, Bürgerliches Recht Band II – Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. bası, Viyana, 2017.
- Kletečka Andreas**, Gewährleistung neu, Viyana, 2001.
- Kletečka Andreas/Schauer Martin** (Editör), ABGB-ON, rdb.at.
- Holly Andrea** (Yazar), ABGB-ON, Versiyon 1.02, 01.01.2016.
- Gruber Michael** (Yazar), ABGB-ON, Versiyon 1.03, 1.10.2016.
- Stabentheiner Johannes** (Yazar), ABGB-ON, Versiyon 1.02, 1.2.2014.
- Zöchling-Jud Brigitta** (Yazar), ABGB-ON, Versiyon 1.02, 01.01.2016.
- Koziol Helmut/Welser Rudolf** (Editör), Bürgerliches Band I, 13. Bası, Viyana, 2006.
- Rummel Peter** (Editör), ABGB Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. bası, rdb.at, 1.1.2000 ve 1.1.2002.
- Rummel Peter/Lukas Meinhard** (Editör), ABGB Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4. bası, rdb.at, 1.11.2014.
- Perner Stefan/Spitzer Martin/Kodek Georg**, Bürgerliches Recht, 3. Bası, Viyana, 2012.
- Serozan Rona**, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LVIII, Sayı 1-2, 2000, s. 231.
- Welser Rudolf**, Bürgerliches Recht Band II, 13. Bası, Viyana, 2007.
- Welser Rudolf – Jud Brigitta**, Die neue Gewährleistung, Viyana, 2001.
- Wendehorst Christiane/Zöchling-Jud Brigitta**, Privatrecht Einführung in die Rechtswissenschaften und ihre Methoden Teil II, 6. Bası, Viyana, 2016.