



Cilt-1 Sayı-1
Jahrgang-1 Heft-1
2019



TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
TÜRKISCH-DEUTSCHE UNIVERSITÄT

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN

Cilt-1 Sayı-1 Jahrgang-1 Heft-1 2019

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN



**TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-
DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN**

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien

Cilt/Jahrgang: 1 • Sayı/Heft: 1 • Haziran/Juni 2019

ISSN: 2687-3923

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanan hakemli bir dergidir.

Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint alle sechs Monate im Juni und Dezember nach Durchführung eines Peer-Reviews

Dergi Hakkında/Über die Zeitschrift

Yayın Sahibi/Herausgeber

Türk-Alman Üniversitesi

Türkisch-Deutsche Universität

Yayın Sahibi Temsilcisi ve Sorumlu Müdür/Vertreter des Herausgebers und Chefredakteur

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft, Türkisch-Deutsche Universität

Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız

Editörler Kurulu/Redaktion

Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Philip Kunig

Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız, Dr. Öğr. Üyesi Berke Özenç

Yayın Kurulu/Publikationsausschuss

Doç. Dr. İrfan Akın, Araş. Gör. Lütfullah Yasin Akbulut, Araş. Gör. Zehra Büşra Kayaözü, Araş. Gör. Muhammed Ali Çoban, Araş. Gör. İrem Diler

Danışma Kurulu/Wissenschaftlicher Beirat:

Prof. Dr. Halil Akkanat, Türk-Alman Üniversitesi/İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Matthias Mahlmann, Zürih Üniversitesi

Prof. Dr. Yeşim Atamer, Bern Üniversitesi

Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin Luther Üniversitesi, Halle/S.

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul Üniversitesi

Karl-Heinz Oehler, Türk-Alman Üniversitesi

Prof. Dr. Murat Atalı, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç, İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Arzu Oğuz, Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Zafer Zeytin, Türk-Alman Üniversitesi
Prof. Dr. Osman Doğru, Marmara Üniversitesi

Yönetim Yeri/Hauptverwaltung

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türkisch-Deutsche Universität, Fakultät für Rechtswissenschaft

Yayın Türü/Publikationsart

Yaygın Süreli Yayın/Periodische Publikation

Yayın Dili/Sprachen

Türkçe, Almanca, İngilizce/Türkisch, Deutsch, Englisch

Yayın Periyodu/Veröffentlichungszeitraum

Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır/Halbjährlich (Juni, Dezember)

Baskı ve Cilt/Druckerei

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım
Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.
Cemal Yener Tosyalı Cad.
No: 57/A Vefa/İST.
Tel: (212) 527 07 18
Fax: (212) 519 20 71
www.filizkitabevi.com

Yayıncı Sertifika Numarası: 15544

Yılmaz Basım Yayıncılık ve Kağıt Ürünleri
Matbaacı Sertifika Numarası: 27185

İletişim/Kontakt

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Şahinkaya Cad. 86 - 34820 Beykoz / İSTANBUL, e-mail: hukuk@tau.edu.tr

<http://www.tau.edu.tr> - <http://hukuk.tau.edu.tr>

Tel: +90 (216) 333 30 00

Web: <http://hfd.tau.edu.tr/>

E-mail: tauhfd@tau.edu.tr, ztdr@tau.edu.tr

Basım Tarihi/Druckdatum:

30.10.2019

Önsöz

Türk-Alman Hukuk Fakültesi Dergisi, bilim insanları ve hukuk uygulayıcıları için bir bilgi ve hukuki analiz forumu olmayı amaçlamaktadır. Türk ve Alman hukukundaki ve özel olarak da iki ülke arasındaki hukuki ilişkilerdeki meseleler ve gelişmeler, Dergi'nin ilgi alanlarını oluşturmaktadır.

Türkçe ve Almanca yayınlanacak olan Dergi, istisnai olarak diğer dillerde de makaleler içerecektir. Dergi'de Türkçe makaleler için Almanca ve Almanca makaleler için ise Türkçe kapsamlı bir özet yer alacaktır. Yılda iki defa yayınlanması planlanan Dergi'nin, özellikle güncel ve hukuk pratiği açısından ilgi uyandıran makalelere yer vermesi amaçlanmaktadır. Makaleler, esas olarak bilimsel çalışmaları ya da rapor niteliğindeki bildirimleri içerebilir. Dergi, içtihatların (karar incelemeleri) yanı sıra yeni çıkan bilimsel eserlere de (kitap eleştirileri), özellikle odaklanacaktır. Ayrıca hukuk eğitime ve genç akademisyenlerin desteklenmesine ilişkin meselelere de yer verilmesi öngörülmektedir. Dergi'nin her sayısı, yukarıda belirtilen başlıklara göre bölümlere ayrılacaktır.

Dergi bir yayın kuruluna ve uluslararası bir danışma kuruluna sahiptir. Yayın Kurulu, ayrıca Editör Kurulu tarafından desteklenmektedir. Dergiye gönderilen taslak, ilk olarak hakem incelemesinden geçmekte ve daha sonra taslağın kabul ve reddine yayın kurulu karar vermektedir. Yayınların uyması gereken şekil ve usuller ve bunun yanında yayınlara ilişkin hukuki koşul ve şartlar bir kurallar bütünü içinde belirlenmektedir.

Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Philip Kunig, Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız

Vorwort

Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) soll ein Forum der Information und der rechtswissenschaftlichen Analyse für Wissenschaftler und Praktiker des Rechts sein, die sich für Rechtslagen und Rechtsentwicklungen in der Türkei und in Deutschland und speziell in türkisch-deutschen Rechtsverhältnissen interessieren.

Die ZtdR wird in türkischer oder deutscher Sprache, ausnahmsweise auch z.B. auf Englisch, publiziert. Türkischsprachige Beiträge werden eine deutschsprachige Zusammenfassung enthalten und umgekehrt. Die Zeitschrift soll zweimal jährlich erscheinen und vor allem Aufsätze zu aktuellen oder praktisch interessierenden Themenstellungen enthalten. Die Beiträge können primär auf wissenschaftliche Erkenntnis angelegt oder eher berichtenden Charakters sein. Ein besonderes Augenmerk soll auch auf die Rechtssprechungspraxis ("Urteilsanmerkungen") gerichtet sein, ferner auf wissenschaftliche Neuerscheinungen (Rezensionen). Auch Belangen der Juristenausbildung und Nachwuchsförderung kann Raum gegeben werden. Jede Ausgabe soll entsprechend in Rubriken gegliedert sein.

Die ZtdR wird an der Juristischen Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität (TDU) von einem Herausbergremium geleitet, das von einem international besetzten Beirat beraten wird; ihm steht ferner eine Redaktion an der TDU zur Seite. Über die Annahme oder Ablehnung angebotener Manuskripte entscheiden die Herausgeber nach Durchführung eines anonymisierten Begutachtungsverfahrens. Formalia und Verfahren sowie rechtliche Anforderungen und Bedingungen der Publikation in der ZtdR sind in einem Regelwerk fixiert.

Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Philip Kunig, Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız

İçindekiler/Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| MAKALELER/AUFSÄTZE | 1 |
| <i>Hub&Spoke</i> Kartelinin Özellikleri–Uygulamanın Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Tartışmalar ile İlgisi Prämissen der sogenannten Hub&Spoke-Kartelle und Bezug der Praxis zu den Diskussionen über die vertikalen Preisabsprachen..... | 3 |
| Doç. Dr. Koray Demir | |
| Die Lehre der strafprozessualen Beweisverwertungsverbote in Deutschland im Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit Özgürlük ve Güvenlik İkileminde Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Değerlendirme Yasakları Öğretisi..... | 17 |
| Doc. Privatdozent Dr. Joachim Kretschmer | |
| Hukuk ve Yapay Zekâ: E-Kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması Das Recht und die künstliche Intelligenz: E-Person, Haftung und rechtliches Anwendungsbeispiel | 39 |
| Prof. Dr. Zafer Zeytin & Dr. Eray Gençay | |
| Türkiye'nin Demokratikleşme Sürecinde Bir Dönüm Noktası Olarak 1946 Seçimleri Wahlen im Jahre 1946 als Wendepunkt im Demokratisierungsprozess der Türkei..... | 71 |
| Dr. Berke Özenç | |
| Das Gesetz zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld Geride Kalanların Manevi Tazminat Taleplerine İlişkin Kanun | 93 |
| Ministerialdirigent a.D. Karl-Heinz Oehler | |
| Die Business Judgment Rule im deutschen Aktienrecht Anonim Ortaklıklar Hukukunda İş İnsanı Kararı..... | 111 |
| Dr. Karen Klein | |
| Tagungsbericht von der 18. Herbstakademie der deutschen Stiftung für Recht und Informatik (06.-09. September 2017 an der Universität Heidelberg) Alman Hukuk ve Bilişim Vakfı On Sekizinci Güz Akademisi Toplantı Raporu (06-09 Eylül 2017, Heidelberg Üniversitesi) | 133 |
| Dr. Marian Alexander Arning | |

| | |
|--|-----|
| ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN | 157 |
| Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht | |
| Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi | 159 |
| Prof. Dr. Philip Kunig | |
| Çeviren/Übersetzt von: Burak Çelik/Gökçen Doğan/Ahmet Çağrı Yıldız | |
| Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here? | |
| Anayasa Hukukunda Ölçülülük: Neden Burası Hariç Her Yer? | 179 |
| Prof. Dr. Bernhard Schlink | |
| Çeviren/Übersetzt von: Lütfullah Yasin Akbulut/Eyüp Kaan Demirkıran | |
| Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence | |
| Kanada ve Alman Anayasa Hukukunda Ölçülülük | 193 |
| Prof. Dr. Dieter Grimm | |
| Çeviren/Übersetzt von: Kemal Başol/Eyüp Kaan Demirkıran | |
| Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları | 209 |
| Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben der Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien | 215 |

MAKALELER/AUFSÄTZE

HUB&SPOKE KARTELİNİN ÖZELLİKLERİ – UYGULAMANIN YENİDEN SATIŞ FİYATININ BELİRLENMESİNE YÖNELİK TARTIŞMALAR İLE İLGİSİ

PRÄMISSEN DER SOGENANTEN HUB&SPOKE-KARTELLE UND BEZUG DER PRAXIS ZU DEN DISKUSSIONEN ÜBER DIE VERTIKALEN PREISABSPRACHEN

Doç. Dr. Koray DEMİR*

ÖZ

Hub&Spoke Karteli rekabet hukukunda yeni bir kavramdır ve rekabet teorisi ve uygulamasında gün geçtikçe daha da fazla yer almaktadır. Kavramın içeriği henüz netleşmemiş olmakla birlikte şimdiye kadar yayımlanan çalışmalar ile sınırlı sayıda mahkeme kararı ışığında kavramın unsurlarını ortaya koymak mümkün olabilmektedir. Bu minvalde Hub&Spoke, yatay bir fiyat karteli oluşturmaya yönelik bir uyumlu eylemdir ve aynı pazarda, dikey düzlemde faaliyet gösteren bir aktörün aracılığı üzerinden gerçekleştirilen bilgi alışverişi sayesinde mümkün olabilmektedir. Son dönemde anılan kavramın, esasen yeniden satış fiyatının belirlendiği dikey anlaşmalar bakımından bir muafiyet tartışmasına girmek adına da sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. İşbu çalışma altında bu tartışmalara da değinilmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Hub&Spoke, Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi, Uyumlu Eylem, Kolüzyon.*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (k.demir@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-3929-4926

PREMISES OF THE SO-CALLED HUB&SPOKE-CARTELS AND RELATION OF THE PRACTICE WITH THE DISCUSSIONS ON THE VERTICAL PRICE FIXING AGREEMENTS

ABSTRACT

Hub&Spoke is a new term of competition law and is used in competition theorie and practice ever frequently. Generic meaning of the term is not unsealed yet; however there are certain works in the literature and decisions of foreign courts which could enlighten the elements of the term. In this sense Hub&Spoke is a concerted practice, information exchange aiming on building an horizontal price-cartel; the information exchange is realised through a mediator which is active on another vertical level of the same market. Lately it is observed that the term Hub&Spoke is also used to avoid discussions about the efficiency of the so-called vertical price fixing agreements. In this paper you may also find some keys to the mentioned discussions.

Keywords: *Hub&Spoke, Vertical Price Fixing Agreements, Concerted Practices, Collusion.*

GİRİŞ

Rekabet Hukuku'nda *Hub&Spoke* kavramı görece olarak yeni bir kavramdır. Bu kavram daha çok öğretilerde kullanılmaktadır. Kavramın kullanıldığı teorik çalışmalarda¹ kavrama örnek olarak gösterilen ve sıklıkla atfı yapılan *Replica Kit, Hasbro, Apple* ve *Anic* gibi kararlar incelendiğinde görülmektedir ki, rekabet otoriteleri anılan kararlarında bu kavramı kullanmamakta ve kararlarına temel teşkil eden uygulamaları birer kolüzyon (*collusion*) ve onun dayalı olduğu bir uyumlu eylem (*concerted practice*)

¹ Bkz. Okeoghene Odudu, "Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion", *European Competition Journal*, Vol. 7 No 2, August 2011, s. 205-242; Nicolas Sahuguet/Alexis Walckiers, "Hub and Spoke Conspiracies: The Vertical Expression of A Horizontal Desire?", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5 No 10, 2014, s. 711-715; Patrick J.G. Van Cayseele, "Hub and Spoke Collusion: Some Nagging Questions Raised by Economists", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5 No 3, 2014, s. 164-167; Jens Peter Schmidt, "Antitrust Developments in the Food Sector in the EU", *European Competition Law Review*, Issue 5, 2013, s. 274-279 ve Josef Heinz, "Indirekter Informationsaustausch in Hub and Spoke-Konstellationen", *EuZW*, 2012, s. 686 vd.

olarak görmektedirler. Ekonomik anlamda kolüzyon kavramından, ürün fiyatının pazar fiyatı üzerinde şekillenmesi anlaşılmaktadır².

Şu an için öğreti, farklı ülkelerde birbirlerinden az çok farklı bir biçimde ortaya çıkan kararları inceleyerek *Hub&Spoke* uygulamasının soyut unsurlarını ortaya çıkarmaya çalışmaktadır. Bazı çalışmalarda ise, henüz o yönde bir karar olmamasına rağmen, kavramın içeriğinin genişletilmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir³.

Hub&Spoke uygulamasından son dönemde bu kadar söz ediliyor olmasının sebebi de, az çok, bellidir⁴: Özellikle *Supreme Court*'un ünlü *Leegin*⁵ kararı ile birlikte dikey fiyat belirlemelerine muafiyet tanınıp tanınmayacağı tartışması alevlenmişken, pek çok rekabet otoritesi bu tartışmaya girmek için, aslında yeniden satış fiyatının belirlenmesi niteliğindeki dikey uygulamaları, içerisinde barındırdığı yatay sonuçları ön plana çıkarmak suretiyle yatay bir *Hub&Spoke* fiyat karteli olarak nitelendirmeyi tercih etmektedirler.

Dolayısıyla hem öğretilerde hem de uygulamada *Hub&Spoke* uygulaması konusunda kafa karışıklığı hâkimdir. Ancak herkesin hemen hemfikir olduğu husus, aşağıda ele alınacak kararlarda birer *Hub&Spoke*-karteli olduğudur. O yüzden anılan uygulamaya hâkim olan niteliklerin ortaya konmasından evvel bu kararların altında yatan somut vakıaların kısaca incelenmesinde fayda vardır.

I. KARARLAR

1. *United States of America v. Apple Inc., et al. (12 Civ. 2826-DLC)*

Apple kararı olarak da bilinen bu karar toplam 160 sayfadan ibarettir. Yargılamaya konu olay 2000'li yılların ortalarından başlamaktadır. Amerika'da bulunan en büyük altı yayınevinin, o zamanlar için tek elektronik kitap platformu olan *Kindle*'ı arz eden *Amazon* ile sözleşmeleri mevcuttur. Yayınevleri yazarlardan yayın hakkını elde ettikten sonra kitapları klasik

² Bkz. Odudu, s. 218.

³ Bu yönde kötü bir örnek için bkz. Antoni Bolecki, "Polish Antitrust Experience with Hub and Spoke Conspiracies", *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2011 (4), s. 5-46.

⁴ Bkz. Frank Wijckmanns/Filip Tuytschaever, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2nd Edition, Oxford 2011, s. 142.

⁵ *Leegin Creative Leather Prod., Inc. V. PSKS Inc.*, 551 US 877 (2007).

(*hard cover*) formatta basmakta ve okuyucular ile buluşturmaktadır. Yayınevleri aynı anda *Amazon*'a da, bu kitapları elektronik formatta sunma hakkını vermektedirler. Yayınevleri bu hakkı kitabın klasik formatının altında bir fiyatla, toptan fiyatının yaklaşık %20 eksğine *Amazon*'a vermektedir. Çünkü kendileri de, e-kitaplarda baskı, dizgi, ambalaj, nakliye gibi masraflardan kurtulmaktadırlar.

Ancak zamanla *Amazon*, düşük fiyat uygulamasına geçer. En çok satan kitapları bile, bazı zaman zarar da etse, 9.99 USD gibi sabit bir fiyattan okuyuculara sunmaya başlar. Bu durum yayınevlerini ürkütür: Bu klasik kitap endüstrisinin sonu olabilir. Bu nedenle yayınevleri *Amazon*'a kitap vermemeyi düşünürler. Fakat bu durumda da *Amazon*'un doğrudan yazarlar ile irtibata geçeceğinden çekinirler.

Bu minvalde altı büyük yayınevi *Amazon*'un fiyat artışı yapmasını sağlamak adına önce kendi aralarında toptan satış fiyatını artırmak konusunda bir uzlaşmaya gitmeye çalışsalar da, bunda başarılı olamazlar. İstenen başarı *Apple*'in *Ipad* ve *IBookStore* uygulamaları ile *Amazon*'a rakip olarak pazara girmesiyle gelir. Altı yayınevi ve *Apple* defalarca buluşurlar ve *Apple*'in deregasyonu altında toptan satış fiyatı ve benzeri hususlar üzerinde yayınevleri anlaşırlar.

Görüldüğü üzere *Apple* olayının karakteristik özellikleri şunlardır:

- Pazarda rahatsızlık duyulan bir aktör vardır;
- Rakipler önce kendi aralarında yatay düzlemde anlaşmaya çalışmışlardır;
- Bunda başarılı olamayınca dikey düzlemde güçlü bir aktörün oyuna dahili, yatay düzlemdeki anlaşmayı/uyumlu eylemi mümkün kılmıştır.
- *Hub&Spoke*'un oluşması müteaddit toplantı, buluşma ve benzerini gerektirmiş ve anlaşma/uyumlu eylemin ortaya çıkması uzun zaman almıştır.
- Oluşan kartel farklı yayınevleri arasında toptan satış fiyatının belirlenmesine yöneliktir; bu manada markalar arası rekabeti (*interbrand competition*) etkilemektedir.

2. Replica Football Kit (2004 CAT 17)

Karar toplam 337 sayfadır. Kararın altında yatan somut sorun özellikle 2000 yılında gerçekleşecek futbol turnuvalarından kaynaklanmaktadır. İngiltere'de futbol kulüpleri, logolarını lisanslamak suretiyle *Adidas*, *Nike*,

Reebok ve *Umbro* gibi üreticilere forma yapma izni vermektedirler. Bu minvalde *Manchester United*, *Chealsea*, *Celtic*, *Nottingham Forest* ve İngiltere Milli Takımı'nın formaları *Umbro* tarafından üretilmekte ve spor ürünleri konusunda uzmanlaşmış perakendeciler tarafından satılmaktadır. Perakendecilerden *JJB* güçlü konumdadır ve diğerleri onun fiyatları altına inememektedirler. Aynı zamanda ilgili pazarda tüm üreticiler, formaları öneri fiyatları ile perakendecilere satmaktadır.

Sports Soccer adlı bir perakendeci daha çok ürün satmak için fiyatları düşürme eğilimindedir. Ancak diğer perakendeciler buna yanaşmamaktadırlar. Hatta *JJB*, yetişkinler için olan formaları 40 Poundun altına satmayacağını anons etmiş vaziyettedir.

Sports Soccer indirim stratejisini netice itibariyle devreye sokar. *JJB* buna %20 indirimle karşılık verir ve *Manchester United*'in da formalarının ucuza satılmasını istememesi dolayısıyla *Umbro* devreye girer. *Umbro* önce *Sports Soccer* ile fiyatların yeniden yükseltilmesi konusunda anlaşma yapar. *Sports Soccer* diğerlerinin de uyacağına ilişkin güvence isteyince, *Umbro*, diğer perakendecilerle yaptığı telefon, faks ve toplantılar üzerinden onları da ikna eder.

Görüldüğü üzere *Replica Kit* olayında da

- Pazarda rahatsızlık duyulan bir aktör vardır;
- Pazardaki öneri fiyat uygulaması ve güçlü perakendecinin anonsu,
- zaten rakip perakendeciler arasında yatay bir fiyat rekabeti yapılmayacağı yönünde bir uyumlu eyleme yol açmış vaziyettedir;
- Perakendeciler arasında fiyat rekabetinin başlaması ile bir üretici devreye girmiş ve *Manchester United* formaları bakımından perakendeciler arasındaki fiyatın yeniden yükseltilmesini sağlamıştır.
- Burada da birden fazla irtibat kurulması söz konusudur.
- *Apple* olayından farklı olarak burada tek bir ürünün, yani *Manchester United* formalarının etkilenmesi söz konusudur. Diğer bir ifadesi ile markalar arası değil, marka içi rekabet (*Intrabrand Competition*) etkilenmektedir. Ancak kararda da belirtildiği üzere, forma, tüketicisi açısından ikamesi olan bir ürün değildir⁶. Bu manada her bir forma kendi içerisinde bir pazardır.

⁶ Bkz. kararın 17. paragrafı.

3. *Tesco Stores Ltd. v. OFT (2012-CAT 31)*

Tesco kararı öğretiye de ışık tutabilecek nitelikte ve *Hub&Spoke* kavramına ait unsurların en ince detayına kadar ortaya konduğu bir karar niteliğindedir. Aynı zamanda en güncel kararlardan birisidir. O nedenle dikkati şayanıdır.

Karar 167 sayfadır. Karara temel olan olaylar şu şekilde cereyan etmiştir: Süt üreticileri sütlerini işleyicilere satmaktadırlar. İşleyicilerden bir kısmı bunları günlük süt olarak işlemekte, diğerleri ise bu sütlerden çedar ve diğer yöresel peynirleri yapmaktadırlar. Anılan ürünler daha sonra *Tesco* gibi marketler üzerinden son tüketici ile buluşmaktadır.

Taze süt fiyatına ilişkin regülasyonların 1990'lı yılların ortasında kalkması ile süt üreticilerinin satış fiyatı işleyiciler tarafından baskılanmıştır. 2003 yılına gelindiğinde süt üreticilerinin satış fiyatındaki düşüş %28 seviyesindedir ve yerel süt üretimi bitme noktasına gelmiştir. Bu düşüş neticesinde süt üreticileri parlamento ziyaretleri ve işleyicilere yönelik boykotlar da olmak üzere birtakım girişimlerde bulunurlar.

Bu noktada bir perakendeci, süt üreticisi ve işleyicilerin fiyat artırımı yapmalarına taraftar olduğunu, ancak bu artışın perakende fiyatlarına da yansımaları gerektiği yönünde beyanlarda bulunarak diğer perakendecilerle irtibata geçer. *Tesco* bu irtibat kurma girişimlerini reddeder ve hatta konuyu rekabet otoritesi önüne taşır. Sonrasında ise perakendeciler tüm peynir ürünlerinde fiyat artışını, artış niyetlerini işleyiciler ile paylaşmak suretiyle gerçekleştirirler.

Tesco olayında sistem şöyle işlemektedir: Perakendeci gelecekteki fiyat artışı niyetini işleyiciler ile paylaşmakta, işleyiciler bu niyeti diğer perakendecilere taşımakta ve diğer perakendeciler fiyat artışı yapmakta veya yapılan artışı takip etmektedirler.

Görüldüğü üzere *Tesco* olayında da

- Yatay fiyat kartelini tetikleyen bir olay vardır (süt üreticilerinin girişimleri);
- Perakendeciler bu olayda da önce kendi aralarında irtibata geçmişlerdir ve fakat *Tesco* kartele katılmayı reddetmiştir;
- Bu olayda da dikey olarak ilişkide bulunulan aktörler devreye girmiştir ve

- Etkilenen rekabet, yine markalar arası rekabettir. Uyumlu eylem neticesinde farklı üreticilerden kaynaklanan tüm peynir ürünlerinin fiyatının artması söz konusudur.

Tesco kararı *Hub&Spoke* uygulamasının soyut unsurlarını da ortaya koyması bakımından öğretiyeye ışık tutacak niteliktedir. Buna göre böyle bir uygulamadan bahsedebilmek için şu beş unsurun somut olayda kümülatif bir biçimde var olması gerekir⁷:

1. Perakendeci A tedarikçi B ile gelecekteki satış fiyatlaması niyetini paylaşır,

2. A bu paylaşımı şu amaçla, öngörüyle yapar: B bu bilgiyi diğer perakendecilerle paylaşarak pazar koşullarını etkilemek yönünde kullanacaktır,

3. B, gerçekten de bu bilgiyi diğer perakendecilerle, örneğin C ile paylaşır,

4. C, bilginin hangi niyetlerle A'dan B'ye verildiğini bilmektedir, kestirebilmektedir ve

5. C elde ettiği bilgiyi kendi fiyatlandırmasını yaparken gerçekten de kullanır.

Tesco kararında mahkeme, anılan unsurlardan 2. ve 5. unsurları *State of Mind* olarak tanımlamaktadır. Yani bilginin A'dan B'ye ve B'den C'ye aktarılmış olması kâfi gelmemektedir; A ve C'de mevcut bulunması ve ispatlanması gereken sübjektif ve manevi bir unsur da mevcuttur: Bilgiyi paylaşırken A'nın sahip olduğu amaç ve C'nin bilginin neden paylaşıldığını biliyor olması, bu hususu kestirebilmesi.

Son olarak *Tesco* kararı ispat hukuku bakımından da örnek alınabilecek niteliktedir. Şöyle ki; mahkeme, kararının 75 ila 125. sayfaları arasında, toplam 50 sayfada, tek tek her bir soruşturulan açısından yukarıda anılan beş şartın varlığını incelemekte ve ispat etmektedir; A B'ye bilgi verdi mi, hangi amaçla verdi, B bilgiyi C'ye iletti mi, C bilginin iletilme nedenine vakıf mı, C gereğini yaptı mı?

II. HUB&SPOKE KARTELİNİN NİTELİKLERİ

Yukarıda incelenen kararlar ışığında *Hub&Spoke* uygulamasının niteliklerini şu başlıklar altında vermek mümkün görünmektedir:

⁷ Anılan unsurlar için kararın 57 ve devamı paragraflarına bakılabilir.

1. *Hub&Spoke* Yatay Bir Uygulamadır

Pazarlar kural olarak bir tedarik zinciri üzerinden yapılırlar. Buna göre bir pazarda, yine kural olarak, beş basamak bulunur⁸. Bunlardan ilki hammaddenin çıkarılması ve işlenmesi, yarı mamul hale getirilmesidir. İkinci basamakta yarı mamul ürün ana ürüne çevrilir. Üçüncü basamakta ana ürün toptan satılır. Dördüncü basamakta ürün perakende satılır. Beşinci ve sonuncu basamakta da ürün tüketilir. Kural olarak her bir basamakta birden fazla aktör vardır ve rekabet hukukunda yatay ilişki aynı basamakta faaliyet gösteren aktörlerin ilişkilerini anlatırken, dikey ilişki aynı pazarda ve fakat farklı basamaklarda faaliyet gösteren aktörlerin ilişkilerini anlatır.

Bu manada *Hub&Spoke* uygulamasının varlığı için, bir dikey ve iki yatay olmak üzere, en az üç kişi gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle bir üçgen teşekkül etmiş olmalıdır. Ancak dikey düzlemdeki aktörün varlığı yanılmamalıdır. Yukarıdaki örneklerden de görüldüğü üzere amaç, yatay düzlemdeki aktörlerin ilişkisidir. *Hub&Spoke* uygulamasında dikey aktörün işlevini tanımlamak için Amerikan Hukuku'nda “*rim of the Wheel*” tabiri kullanılmaktadır⁹. Buna göre dikey aktörün işlevi, yatay aktörlerin birer parçasını teşkil ettiği ahsap bir tekerleği bir arada ve dağılmadan tutan bir metal kuşak olmaktan ibarettir.

Hub&Spoke vakalarında yatay düzlemdeki aktörler kendi aralarında bir araya gelmeye çalışmakta, gelemedikleri zaman, sözleşme ilişkisi içerisinde oldukları dikey bir aktörden faydalanmaktadırlar ve bu aktör, genelde bu yatay ilişkiyi mümkün kılacak bir pazar gücüne (*market power/Marktmacht*) sahip olmaktadır.

Dikey aktörün buradaki varlık sebebi bilgi akışını ve uyumlu eylemin koordineli bir biçimde yürümesini sağlamaktan ibarettir.

2. *Hub&Spoke* Uygulaması Fiyat Rekabetine Yöneliktir

Yukarıdaki örneklerinden de görüldüğü üzere, *Hub&Spoke* yatay düzlemdeki, yani rakipler arası fiyat rekabetine ilişkindir; başarılı olması halinde fiyatlar yükselmektedir.

3. *Hub&Spoke* Markalar Arası Rekabeti Etkiler

Ancak *Hub&Spoke* markalar arası fiyat rekabetini etkiler. Kanaati-

⁸ Bu basamaklandırma için bkz. Christian J, Meier, *Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und Schweizerisches Kartellrecht*, WuR, 1980, s. 300.

⁹ Bkz. Wijckmanns/Tuyschaever, s. 142.

mizce anılan uygulamayı, üreticilerin *hub* olarak dâhil olduğu hallerde, yeniden satış fiyatının belirlenmesi uygulamasından ayırt eden, etmeye yarayacak yegâne faktör de bu faktördür.

Yeniden satış fiyatının belirlenmesinde münferit bir ürünün, yine kural olarak, perakende satış fiyatının üretici tarafından belirlenmiş olması söz konusudur. Bu manada anılan uygulama dikey bir uygulamadır, ama sonuçları yataydır. Belirlenmiş perakende satış fiyatının tutulması ile söz konusu ürünün pazarda başkaca bir fiyattan bulunması ihtimali kalmaz. Ancak bu uygulamadan aynı pazarda bulunan diğer ürün fiyatları etkilenmez ve hatta diğer ürün fiyatları mevcut uygulamayı baskı altında tutar.

Hub&Spoke uygulamasında ise, ilgili pazardaki birden çok ürünün fiyatının etkilenmesi söz konusudur. Örneğin *Tesco* olayında tüm peynir fiyatları artmıştır; *Apple* olayında ise tüm kitaplarda toptan satış fiyatı artmıştır.

4. *Hub&Spoke* Uygulaması Uyumlu Eyleme Vücut Verir

Apple olayını ayırksız tutacak olursak – ki o olayda bir anlaşmanın varlığından bahsetmek daha kolaydır- *Hub&Spoke* uygulamasında yatay düzlemdeki aktörlerin iradeleri, ilgili ürün pazarındaki fiyatları artırmak yönünde tam olarak örtüşmüş ve bu manada bir borçlar hukuku sözleşmesi yaratılmış değildir.

Hub&Spoke uygulamasındaki bilgi akışı, daha çok, münferit rakiplerin takip edecekleri fiyatlandırma stratejileri dolayısıyla diğerlerinin yaşadığı stratejik belirsizlikleri ortadan kaldırmaya, azaltmaya yöneliktir. Uyumlu eylemde, sözleşmeden farklı olarak, bilgi akışının varlığı kâfi gelmez; bilgiyi alan kişinin eyleme geçmiş olması da gerekir. Ancak bu şekilde tarafların akort içerisinde hareket etmelerinden bahsedilebilir.

Son olarak uyumlu eylemde sebep-sonuç ilişkisi bulunur. Rakibin davranışının sebebi, kendisi ile irtibata geçilmiş olmasıdır¹⁰. Somut olayda eğer, irtibata geçilen taraf, irtibata geçilmemiş olsaydı farklı davranacaktı diyebiliyorsak, o takdirde ancak, bir uyumlu eylemden bahsedilebilir. Aynı şekilde, yine, irtibata geçilmiş olmasına rağmen, irtibata geçilen taraf kendi tecrübe ve pazara ilişkin bilgileri üzerinden aynı şekilde davranırdı diyebiliyorsak da somut vakada bir uyumlu eylemden söz etmemek gerekir.

¹⁰ Bkz. Commission v. Anic Partecipazioni (1999), C-49/92, ECR I-4125, N. 118.

Rekabet bağımsız hareket etmektir. Ancak bu bağımsız hareket zarureti akılcı davranarak kendini rakiplerin mevcut ve tahmin edilen konumlarına uygun olarak konumlandırma yasağını beraberinde getirmez. Bu manada uyumlu eylem yasağı, rakipleri etkilemek amacıyla kendisinin nasıl hareket edeceğini söyleyerek rakiplerle doğrudan irtibata geçmenin engellenmesini ifade eder¹¹.

Bu manada *Hub&Spoke*, uyumlu eylemin dolaylı ve dikey düzlemde bir katılımcının varlığı ile de olabileceğini söylemekten ibaret gibi görünmektedir.

5. *Hub&Spoke* Uygulamasının Oluşması Müteaddit İrtibatı Gerektirir

Yukarıdaki örneklerden de görüleceği üzere, yatay düzlemde böyle bir uyumlu eylemin yaratılması süreci uzun sürmektedir. Tek seferlik bir irtibat da bu noktada kâfi gelmemektedir. Ancak bazı kararlarda pazarın yapısı itibariyle tek bir irtibatın dahi yeterli gelebileceği de belirtilmektedir¹².

6. *Hub&Spoke* Uygulamasında Nitelikli Bilgi Paylaşılır

Yukarıda da belirtildiği üzere *Hub&Spoke* uygulamasında gelecekteki fiyat stratejilerine ilişkin bilgi paylaşılır. Bu bilgi ya gizlidir ya da büyük gayretlerle ortaya çıkarılabilecektir. Bu manada kamuya açık bilginin, örneğin mevcut fiyat bilgilerinin paylaşılması *Hub&Spoke* olarak değerlendirilemeyecektir.

III.SONUÇ

Görüldüğü üzere *Hub&Spoke* uygulamasına genellikle perakende sektöründe ve yeniden satış fiyatlarının belirlenmesi dolayısıyla rastlanılmaktadır. Bu noktada perakende sektörü özelinde şu hususa değinmek gerekir¹³: Perakendeci satış fiyatını, alış fiyatını temel alarak belirler. Alış fiyatının üzerine elde etmek istediği kar marjını ekler ve yeniden satış fiyatını bulur. Ancak perakendecilerin piyasada kendilerine rakip gördükleri

¹¹ Bkz. Suiker Unie v. Commission (1975), C-40/73, ECR 1663, N. 1673.

¹² Bkz. T-Mobile Netherlands BV v. Van Bestuur (2009), C-8/08, ECR I-4529, N. 59. Somut olayda dört veya daha az oyuncudan oluşan ve dar oligopol olarak tanımlanabilecek pazarlarda, anılan pazarın şeffaf olması kaydıyla da, birden çok irtibatın gerekemeyebileceği yönünde fikir belirtilmektedir.

¹³ Yine Tesco kararında N. 19 vd.

bir veya iki firmayı fiyatlar konusunda takip etmeleri olağandır. Bu firmalardan biri, bir ürüne daha düşük fiyat veriyorsa, artık kar marjı önemli değildir ve perakendeci de bu fiyata düşer, maliyetleri ölçüsünde düşmeye çalışır.

Bu arada perakende sektöründe tedarikçiler ile perakendeciler mevcut fiyatlar veya olası fiyatlar konusunda konuşurlar. Bu normal bir ticari diyalogun parçasıdır ve perakendeciler bu konuşmayı, ürünün fiyat konusunda doğru plase edilmiş olduğundan emin olmak için yürütürler. Ne de olsa tedarikçiler, pazara bir üst basamaktan bakmaktadırlar. Aynı zamanda tedarikçi de böyle bir bilgi paylaşımına yakındır. Çünkü tedarik ettiği ürünün yanlış fiyattan tüketici ile buluşacak olması halinde, ürün satılamayacak ve iade edilecektir.

Bu manada, dikey düzlemde tedarikçi ile perakendeci arasında mevcut ve olası fiyatlar, kar marjları ve toptan satış fiyatları konusunda görüşme, tartışma olur; bu gereklidir ve yasak değildir¹⁴.

Öyleyse yeniden satış fiyatının belirlenmesi münferit bir ürünün, kural olarak, perakende satış fiyatının üretici/toptancı tarafından belirlenmiş olması halidir. Anılan uygulamada bir üreticinin/toptancının münferit bir perakendeci ile satış fiyatını tartışması söz konusu değildir. Üretici/toptancı henüz malını satarken perakende fiyatını belirlemektedir. Ürün, perakendeciye, ürünün bu fiyattan satılması şartıyla verilmektedir ve üretici anılan fiyat şartının tutulmaması halinde perakendeciye cezai şart veya yeni mal tedarikinde bulunmama gibi yaptırımlara tabi tutmaktadır¹⁵. Bu yönüyle yeniden satış fiyatının belirlenmesi dikey bir uygulamadır ama sonuçları yataydır. Belirlenmiş perakende satış fiyatının tutulması ile söze konu ürünün pazarda başkaca bir fiyattan bulunması ihtimali kalmaz. Ancak bu uygulamadan aynı pazarda bulunan diğer ürün fiyatları etkilenmez ve hatta diğer ürün fiyatları mevcut uygulamayı baskı altında tutar.

Bugün için Rekabet Hukuku'nda yeniden satış fiyatının belirlenmesi, etki araştırmasına girmeksizin *per se* yasaktır. Yasak kapsamında olan husus markalı ürünün yeniden satış fiyatının asgari düzeyde belirlenmiş olmasıdır. Bir diğer ifadeyle, taban fiyat belirlenmesi yasaktır. Ancak üreticiler tavan fiyat belirleyebilir ya da fiyat önerilerinde bulunabilirler. Tavan

¹⁴ Tamamı için bkz. Tesco kararının 59. paragrafı.

¹⁵ Bkz. Rainer Olten, *Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik*, München, 1998, s. 117.

fiyat ve öneri fiyat uygulamasında ise şu hususa dikkat etmek gerekir: Üreticinin perakendecilere uyguladığı baskı veya onlara sunduğu teşvikler bu anılan uygulamaları da her an bir yeniden satış fiyatının belirlenmesi uygulaması haline getirebilir¹⁶.

Yukarıda *Hub&Spoke* uygulamasına ilginin, yeniden satış fiyatı uygulaması kapsamında yürütülen muafiyet tartışmalarından kaçınmak isteği dolayısıyla arttığı belirtilmişti. Diğer bir ifadeyle, bugün için yeniden satış fiyatının belirlenmesi uygulamasına uygulanan *per se* yasak giderek daha tartışılır hale gelmektedir. Aslında, burada temsil edilen görüşe göre, bu etki tartışmasına girmekten sakınmak yersizdir. Çünkü yeniden satış fiyatının belirlenmesi ekseriyetle olumlu sonuçlar¹⁷ doğurmakla birlikte, bu olumlu sonuçlara fiyat belirlemesi dışında daha az zararlı başka bir alternatifle de ulaşılabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, yeniden satış fiyatının belirlenmesi muafiyet uygulamasının birinci şartı olan verimlilik kistasını çoğu durumda karşılayabilecek olmakla birlikte, rekabeti gerekenden fazla kısıtladığı, aynı sonuca çoğu zaman daha az zararlı başka bir alternatif, örneğin seçici satış uygulaması üzerinden de varılabildiği için yasak kapsamında kalmaya devam edecektir. Diğer taraftan bu etki tartışmasına girilmemesi kimi bazı ayrıksı durumlarda da olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. Çünkü bazı durumlarda yeniden satış fiyatının belirlenmesi bazı satış kanallarının ayakta kalması, pazara yeni ürünlerin girmesi, raflarda yer bulması ve pazarda etable olmaları anlamında tek alternatif olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özetlemek gerekirse; *Hub&Spoke* uygulaması Rekabet Hukuku'nun yeni kavramlarından biridir. Ancak esasen, uyumlu eylem olarak nitelenen bir uygulamanın dikey düzlemde güçlü bir aktörün deragasyonunda gerçekleştirilmesinden ibaret görünmektedir. *Hub&Spoke* kavramının son dönemde yaygınlaşmasının sebebi yeniden satış fiyatının belirlendiği halle-

¹⁶ Bkz. Roger Zaech, *Schweizerisches Kartellrecht*, Bern, 2005, N. 464.

¹⁷ Yeniden satış fiyatının belirlenmesinin olumlu sonuçlarından bazıları şunlardır: 1. Fiyatın belirlenmesi perakendecilerin fiyat hesaplamalarını kolaylaştırmakta ve onlara belirli bir kar marjını garanti etmektedir 2. Fiyatın belirlenmesi fiyatı belirlenen marka bakımından pazarda şeffaflığı sağlamakta ve tüketicilerin arama ve karşılaştırma masraflarını azaltmaktadır 3. Fiyat sabitlenince tüketicinin tüketim, üreticinin de üretim konusunda planlama yapması kolaylaşmaktadır 4. Belirlenmiş fiyat, ürünün uzman dükkanlarda ve tüketiciye satış öncesi ve satış sonrası hizmet sunularak arz edilmesini sağlamaktadır. Tamamı için bkz. Klaus Herdzina, *Wettbewerbspolitik*, Stuttgart, 1999, s. 160 ve Ingo Schmidt, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, Stuttgart, 2001, s. 124.

rin çoğunda rekabet otoritelerinin ünlü *Leegin* kararı ışığında muafiyet tartışmalarına girmekten imtina etmek istemeleri ve dikey nitelikteki yeniden satış fiyatı belirlemelerini yatay bir *Hub&Spoke* karteli gibi göstermekle bu yükten kurtulmaya çalışmaları gelmektedir. Ancak yukarıda da ifade olunduğu üzere, bu tartışmadan kaçınmanın rekabet hukukuna has bir faydası bulunmadığı gibi, çoğu olayda rekabeti fiyat belirlemesinden daha az zararlı bir alternatifin mevcudiyeti dolayısıyla muafiyet tanınamayacak, tanınabildiği hallerde ise, elde edilen verimlilik tüketici yararına da olacaktır.

ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegenden Arbeit beschäftigt sich der Autor mit dem Begriff des sog. Hub&Spoke-Kartells und geht auf die Frage ein, welche Tatbestandsmerkmale eine Wettbewerbsbeschränkung aufweisen muss, um als Hub&Spoke-Kartell qualifiziert werden zu können.

Der Begriff des Hub&Spoke-Kartells ist relativ jung. Ab 2000 trifft man in der US-Amerikanischen und englischen Praxis einige Gerichtsurteile an, wie etwa Apple, Replica Football Kit und Tesco, in denen sich die Richter mit diesen Praktiken zu beschäftigen hatten. Die Richter taufte die Praktiken jedoch nicht als Hub&Spoke, sondern sahen sie in diesen Praktiken einfache Kollusionen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im wettbewerbsrechtlichen Sinne. Der Name "Hub&Spoke" ist daher eher eine Erfindung der Lehre.

Das Thema gewinnt mittlerweile auch in der kontinentaleuropäischen Praxis und Lehre an Interesse. Und zwar nicht deshalb, weil diese Kartelle auf einmal auch auf dem europäischen Markt zu beobachten sind, sondern wohl deshalb, weil viele der Kartellbehörden einige Preisfixierungen vertikaler Natur im Rahmen der Untersuchungen als Hub&Spoke-Kartelle lancieren möchten. Bekanntlich sehen sich die kontinentaleuropäischen Kartellbehörden gerade nach dem berühmten Leegin-Urteil des US-Supreme-Courts unter Druck gesetzt, bis dato als per se verboten angesehene Preisfixierungsabreden auch angesichts der Freistellungsmöglichkeiten zu prüfen. Denn gerade in dem genannten Urteil gab das Supreme-Court seine bisherige Praxis auf und meinte, dass diese Abreden anhand der sog. rule of reason-methode beurteilt werden könnten. D.h.; nach dem amerikanischen Recht können diese Praktiken nun rechtskonform vereinbart werden, solange die Parteien den Vertrag aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen können. Um diesen Druck der Freistellung wegzuschaffen, ziehen wohl die kontinentaleuropäischen Wettbewerbsbehörden nun vor, die genannten Abreden als Hub&Spoke-Kartelle horizontaler Natur zu qualifizieren und hoffen dadurch, den Streit um die Effizienz der vertikalen Preisfixierungsabreden vertagt zu haben. Dies hilft u.E. jedoch nicht weiter.

Vor diesem Hintergrund wird in der vorliegenden Arbeit auch der Versuch unter-

nommen, die sog. Hub&Spoke-Kartelle von den vertikalen Preisfixierungsabreden zu unterscheiden und die These vertreten, dass der Streit um die Effizienz der Preisfixierungsabreden gar nicht zu vertagen sind, denn die Effizienz einer Abrede allein im europäischen Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, diese freizustellen, dazu muss sie auch verhältnismässig sein zu den Schaden, die sie verursacht. In vielen Fällen gäbe es u.E. eine leichtere Alternative zu der Preisfixierung, sodass die Abrede, selbst wenn sie zur Effizienz führen sollte, vom Kartellverbot nicht zu freistellen wäre.

KAYNAKÇA

- BOLECKI Antoni, "Polish Antitrust Experience with Hub and Spoke Conspiracies", *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2011 (4), s. 5-46.
- HEINZ Josef, "Indirekter Informationsaustausch in Hub and Spoke-Konstellationen", *EuZW*, 2012.
- HERDZINA Klaus, *Wettbewerbspolitik*, Stuttgart, 1999.
- MEIER Christian J, "Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und Schweizerisches Kartellrecht", *WuR*, 1980.
- ODUDU Okeoghene, "Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion", *European Competition Journal* Vol. 7 No 2, August 2011, s. 205-242.
- OLTEN Rainer, *Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik*, München, 1998.
- SAHUGUET Nicolas/WALCKIERS Alexis, "Hub and Spoke Conspiracies: The Vertical Expression of A Horizontal Desire?", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5 No 10, 2014, s. 711-715.
- SCHMIDT Ingo, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, Stuttgart, 2001.
- SCHMIDT Jens Peter, "Antitrust Developments in the Food Sector in the EU", *European Competition Law Review*, Issue 5, 2013, s. 274-279.
- VAN CAYSEELE Patrick J.G., "Hub and Spoke Collusion: Some Nagging Questions Raised by Economists", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5 No 3, 2014, s. 164-167.
- WIJCKMANNS Frank/TUYTSCHAEVER Filip, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2nd Edition, Oxford, 2011.
- ZAECH Roger, *Schweizerisches Kartellrecht*, Bern, 2005, N. 464.

**DIE LEHRE DER STRAFPROZESSUALEN
BEWEISVERWERTUNGSVERBOTE IN DEUTSCHLAND IM
KONFLIKT ZWISCHEN FREIHEIT UND SICHERHEIT**

**ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK İKİLEMİNDE ALMAN CEZA
MUHAKEMESİ HUKUKUNDA DELİL DEĞERLENDİRME
YASAKLARI ÖĞRETİSİ**

Doc. Privatdozent Dr. Joachim KRETSCHMER*

ÖZ

Ceza hukukundaki ve uygulamasındaki delil değerlendirme yasakları, hassas bir yöntemle ya da usulüne aykırı bir şekilde elde edilen delillerin ceza yargılamasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorusunu ele almaktadır. Bu bir tarafta bulunan ceza hukukunun koruyuculuğunun etkili olmasındaki kamu yararı ile diğer tarafta sanığın bireysel hak ve özgürlüklerinin korunması arasında her daim var olmuş menfaat çatışmasıdır. Ceza hukuku uygulaması pragmatik olarak orta yola yönelmekte ve bu yasağı bir istisna olarak anlamaktadır. Ancak sanığın özgürlük haklarının korunması, bu görüşün karşısında delil değerlendirme yasağı lehine yer almaktadır. Bunun dışında özel hayatın içindeki çekirdek alanda yer alan ve devletin ceza kovuşturmasına ya da tehlikenin önlenmesine ilişkin müdahalelerinde dahi dokunulması caiz olmayan bir alan vardır.

Anahtar Kelimeler: *Delillerin kullanılması yasağı, Ceza yargılamasına Dahil Olmayan Şüpheli ve Sanıklar, Menfaat Tetkiki, Özel Hayatın Dokunulmaz Çekirdek Alanı*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (kretschmer@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-7255-813X

DOCTRINE OF THE EXCLUSION OF EVIDENCE IN THE CRIMINAL JUSTICE OF GERMANY - A CONFLICT BETWEEN LIBERTY AND SECURITY

ABSTRACT

In the criminal justice and in the criminal science the doctrine of the exclusion of evidence is about the issue of using evidences being sensitive to the human rights or being obtained in breach of the rules of the code of criminal procedure. The conflict between the fundamental rights of a person on the one hand and the interest in an effective criminal justice on the other hand appears in every society and in every legal system all over the world. The legal practice pragmatically follows an appreciation of values and considers the exclusion of evidence as an exception. The fundamentals rights of the accused calls for the exclusion of evidence though. Besides there is the core area of private conduct of life, the privacy issue. It is not allowed to affect this area of a person by any investigation measure. Statements concerning this area may not be used in a criminal case.

Keywords: *Exclusion of Evidence, Appreciation of Values, Core Area of Private Conduct of Life, Absolute Exclusion of Evidence, Fair Trial*

I. Die Lehre der Beweisverwertungsverbote als Teil des Grundkonflikts im Strafverfahren

Das Strafverfahren berührt als Ganzes und mit jeder einzelnen Anordnung im Verfahren die Grundrechte des Einzelnen. Das Strafverfahren ist geprägt von Eingriffen in die Grundrechte des Einzelnen, und zwar auf Seiten des Beschuldigten oder Angeklagten, des Zeugen, des Opfers. In der Achtung der Menschenrechte des Einzelnen zeigen der Staat und die Strafverfolgungsorgane, dass sie den Beschuldigten oder Angeklagten als Prozesssubjekt mit eigenen Rechten achten. Der Angeklagte ist nicht Objekt im Strafverfahren. Ein Staat und eine Strafjustiz, die die Grundrechte des Einzelnen nicht achten, betreiben eine menschenunwürdige Strafverfolgung. Auf der anderen Seite stehen das Interesse des Staates und das Interesse der Allgemeinheit, eine effektive Strafrechtspflege zu betreiben und Straftäter zu bestrafen. Jede liberale und rechtsstaatliche Gesellschaft steht vor der Aufgabe, die Grundrechte des Einzelnen und das Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege in einen gerechten Ausgleich zu bringen. In den letzten Jahren hat sich – weltweit - in der Gesellschaft und im Rechtssystem eine Tendenz gezeigt, die staatliche Überwachung zu verstärken. Der technische Fortschritt führt zu immer mehr technischen Überwachungsmaßnahmen in der Strafprozessordnung: Überwachung der Telekommunikation, Überwachung der Computerkommunikation, akustische und optische Überwachung der Wohnung und anderer Gebäude, die

Vorratsdatenspeicherung. In einem aktuellen Gesetzgebungsverfahren¹ wurde mit einem neuen § 100b StPO die Online-Durchsuchung als strafprozessuale Standardmaßnahme gesetzlich geregelt – gültig seit August 2017. Diese Maßnahmen greifen erheblich in die Freiheitsrechte des Einzelnen ein. Die Freiheitsrechte des Einzelnen sind aber auch im Strafverfahren zu achten. Auch der Verdächtige und der Angeklagte haben Menschenwürde – Art. 1 GG - und Freiheitsrechte. Diese schränken die Ermittlungsmaßnahmen ein. Die Strafrechtspflege darf nicht alles tun, um eine Straftat aufzuklären und einen Straftäter zu bestrafen. Das ist das Selbstverständnis eines liberalen und grundrechtlichen Rechtsstaats.

Dieser Konflikt zwischen den Freiheitsrechten des Einzelnen und einer effektiven Strafrechtspflege stellt sich für jede Gesellschaft und für jede Rechtsordnung. Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung und auch die Rechtswissenschaft – also wir - müssen darauf eine Antwort geben. Und in diesem Konflikt steht die Lehre der strafprozessualen Beweisverwertungsverbote. Was geschieht mit dem grundrechtlich oder strafprozessual fehlerhaft gewonnenen Beweisergebnis? In einem Beweisverwertungsverbot zeigt sich die Selbstbeschränkung staatlicher Strafrechtspflege. Oder: „Es ist kein Grundsatz der Strafprozessordnung, dass die Wahrheit um jeden Preis ermittelt werden müsste“.² Darf ein rechtlich fehlerhaft erlangtes Beweisergebnis im Strafverfahren gegen den Beschuldigten verwertet werden? Das Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege sagt „ja“. Das grundrechtliche Individualinteresse des Beschuldigten sagt „nein“. So einfach sind die Antworten im Recht und eben auch in der Strafrechtswissenschaft aber nicht.

II. Beweisverwertungsverbote sind nicht abschließend in der deutschen Strafprozessordnung geregelt

Die Antwort ist einfach, wenn der Gesetzgeber den Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit gelöst hat. So enthält die StPO einige – wenige – gesetzlich geregelte Beweisverwertungsverbote. Die §§ 100a Abs. 4, 100c Abs. 5 und 6, 136a, 160a Abs. 1, 252, 257 Abs. 3 Satz 3, 477 Abs. 2 StPO, aber auch § 393 Abs. 2 AO bilden die wichtigsten. In einem aktuellen Gesetzgebungsverfahren³ wurde der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung für die technischen Maßnahmen nach den §§ 100a bis 100c StPO in einem neuen § 100d zusammengefasst. Aus diesen gesetzlich geregelten Fällen könnte man methodengerecht die Schlussfolgerung ziehen,

¹ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/12785 v. 20.6.2017; BGBl 2017, S. 3202.

² So BGH v. 14.6.1960 – 1 StR 683/59, BGHSt. 14, 358.

³ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/12785 v. 20.6.2017; BGBl 2017, S. 3202.

dass im Interesse der Strafrechtspflege ansonsten keine strafprozessualen Beweisverwertungsverbote gegeben sind und eben auch rechtsfehlerhaft gewonnene Beweisergebnisse im Strafverfahren im Interesse der Sachaufklärung nach § 244 Abs. 2 StPO verwertet werden dürfen. Eine solche absolute Lösung ist nicht interessengerecht.

Beispiel: An seinem ersten Arbeitstag vergisst der Staatsanwalt bei einer Beschuldigtenvernehmung die Belehrung der vernommenen Person gemäß § 163a Abs. 3 mit § 136 StPO.

Es gehört zum Kernbereich des rechtsstaatlichen Strafverfahrens, dass der Beschuldigte vor seiner Vernehmung durch die Strafverfolgungsorgane über sein Schweigerecht belehrt wird. Der Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ gehört zum rechtsstaatlichen Kernbereich. Das Recht zu schweigen und das Recht, sich nicht belasten zu müssen, gehört zum Kernbereich des von Art. 6 EMRK garantierten fairen Verfahrens.⁴ Und nur wer seine Rechte kennt, kann sie ausüben. Was gilt, wenn diese Belehrung fehlerhaft ist? Die Belehrung wird absichtlich oder versehentlich vergessen. Die vernommene Person wird nicht als Beschuldigter, sondern als Zeuge vernommen, obgleich alles für die Beschuldigteneigenschaft spricht.

Im deutschen Strafprozessrecht muss jedes Strafverfolgungsorgan den Beschuldigten bei Beginn der ersten Vernehmung nach § 136 StPO belehren. Insbesondere ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz frei stehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. Diese rechtsstaatliche und grundrechtliche Belehrungspflicht obliegt dem Strafrichter (§ 136 StPO), der Staatsanwaltschaft (§ 163a Abs. 3 StPO) und auch der Polizei (§ 163a Abs. 4 StPO). Leider schweigt § 136 StPO dazu, was aus einer fehlerhaften Belehrung folgt. Das ist mit Art. 158 in der Schweizer Strafprozessordnung anders. Die Schweizer Strafprozessordnung enthält mit Art. 141 auch eine gesetzliche Regelung für die Beweisverwertungsverbote und legt dabei bis auf gesetzlich geregelte Fälle eine Abwägung zugrunde. Die rechtliche Folge für ein grundrechtlich oder strafprozessual fehlerhaft gewonnenes Beweismittel lässt sich absolut in zwei Richtungen lösen: Alles, was rechtlich nicht verboten ist, ist erlaubt. Da im Gegensatz etwa zu dem gesetzlichen Beweisverwertungsverbot in § 136a StPO das

⁴ So BGH v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, BGHSt. 53, 112; *Beulke* Strafprozessrecht (13. Aufl., 2016) Rn. 125; *von Heintzel-Heinegg*, JA 2009, 471; *Jahn*, JuS 2009, 468.

Verbot in § 136 StPO nicht geregelt ist, ist der Fehler folgenlos: Effektivität der Strafrechtspflege schlägt das grundrechtliche Interesse an der Belehrung. Oder aber man argumentiert, dass aus jedem strafprozessualen Fehler der Strafverfolgungsorgane ein Verwertungsverbot folgt. Die Strafprozessordnung legt die Spielregeln fest, die im Strafverfahren für ein faires Verfahren gemäß Art. 20 GG und Art. 6 EMRK erforderlich sind. Im Interesse des grundrechtlichen Schweigerechts folgt aus der fehlerhaften Belehrung ein Beweisverwertungsverbot. In der Rechtswissenschaft ist eine Antwort mit Absolutheitscharakter selten die interessengerechte Antwort. Im Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit kann eine absolute Antwort nie ausgleichend sein. Beide Interessen müssen in einen rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Ausgleich gesetzt werden. Die Beweisverwertungsverbote sind in der StPO nicht abschließend gesetzlich geregelt.⁵ Umgekehrt gilt, dass nicht aus jedem strafprozessualen Verfahrensfehler ein Beweisverwertungsverbot folgt.⁶ Und nun?

Die Lösung der Rechtsprechung ist praxisorientiert und kriminalpolitisch pragmatisch: „Die Entscheidung für oder gegen ein Verwertungsverbot ist auf Grund einer umfassenden Abwägung zu treffen.“⁷ Eine Abwägung birgt stets das Risiko der ergebnisorientierten Argumentation.⁸ Entscheidend ist, welche Interessen und Gesichtspunkte mit welcher Gewichtung abgewogen werden. Nach dem BGH⁹ fällt das Gewicht des Verfahrensverstößes sowie seine Bedeutung für die rechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen ebenso ins Gewicht wie die Erwägung, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis erforscht werden muss. Andererseits sei zu bedenken, dass Verwertungsverbote die Möglichkeiten der Wahrheitserforschung beeinträchtigen und dass der Staat aus Verfassungsgründen eine funktionsfähige Strafrechtspflege zu gewährleisten hat, ohne die Gerechtigkeit nicht verwirklicht werden kann. Ein wesentlicher, vielleicht der wesentlichste Gesichtspunkt in der Abwägung ist die Frage nach dem Schutzzweck der durch die Strafverfolgungsorgane verletzte Norm. Ein Verwer-

⁵ Siehe BGH v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt. 38, 214.

⁶ So OLG Düsseldorf v. 23.6.2016 – III – 3 RVs 46/16, NStZ 2017, 177.

⁷ Siehe BGH v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt. 38, 214; ebenfalls BGH v. 17.2.2016 – 2 StR 25/15, NStZ 2016, 551; BGH v. 18.4.2007 – 5 StR 546/06, NJW 2007, 2269; BGH v. 11.11. (!) 1998 – 3 StR 181/98, NJW 1999, 959.

⁸ Siehe *Hegmanns*, ZIS 2016, 404.

⁹ Siehe BGH v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt. 38, 214; siehe auch *Jahn*, StraFo 2011, 117.

tungsverbot liegt daher nach dem BGH nahe, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten oder Angeklagten im Strafverfahren zu sichern. Der Schutzzweck der verletzten Norm ist daher für viele der vorrangige Gesichtspunkt bei der Bestimmung eines Beweisverwertungsverbots.¹⁰

Herauszuarbeiten ist daher der Schutzzweck der durch die Strafverfolgungsorgane im Strafverfahren verletzte Norm - teleologische Auslegung. Je bedeutsamer die grundrechtliche Bedeutung der verletzte Norm ist, desto mehr spricht für ein Beweisverwertungsverbot. Da § 136a StPO mit der Regelung der verbotenen Vernehmungsmethoden eine Ausprägung des Art. 1 GG ist,¹¹ ist die gesetzliche Regelung des Beweisverwertungsverbots in § 136a StPO zwingend. Auch ohne diese gesetzliche Anordnung folgte dieses aus Art. 1 GG. Die rechtsstaatliche Strafrechtspflege darf sich keiner Beweisergebnisse bedienen, die durch einen Verstoß gegen die Menschenwürde gewonnen sind. Oder: Der Beschuldigte ist nicht willkürliches Objekt im Strafverfahren. Er ist Prozesssubjekt mit eigenständigen Rechten. Daher liegt die Antwort bei § 136 StPO nahe, mag der BGH diese Schlussfolgerung auch erst mit BGHSt. 38, 214 im Jahr 1991 gezogen haben. Der Grundsatz, dass niemand im Strafverfahren gegen sich selbst auszusagen braucht, also ein Schweigerecht hat, gehört zu den anerkannten Prinzipien des Strafprozesses, wie der BGH¹² zutreffend ausführt. Die Anerkennung des Schweigerechts entspreche der Achtung der Menschenwürde. Sie schütze das Persönlichkeitsrecht des Angeklagten und sei notwendiger Bestandteil eines fairen Verfahrens. Und insbesondere im Stadium des Ermittlungsverfahrens ist der Beschuldigte besonders schutzwürdig.¹³ Die erste Vernehmung durch die Polizei trifft den Beschuldigten meist unvorbereitet ohne anwaltlichen Ratgeber und auch sonst von der vertrauten Umgebung abgeschnitten, nicht selten auch durch die Ereignisse verwirrt und durch die ungewohnte Umgebung bedrückt oder verängstigt. Diese Beschreibung des BGH passt perfekt auf eine polizeiliche

¹⁰ Siehe *Beulke* Rn. 458; umfassend *MüKo-StPO/Kudlich* (1. Aufl., 2014), Einleitung Rn. 453 ff., der die Lehre der Beweisverwertungsverbote als ein zentrales Problem des Strafprozessrechts bezeichnet, wobei ein stimmiges Anwendungseinfachheit und Rechtssicherheit gewährendes Konzept noch nicht gefunden ist; die Suche nach Neukonzeptionen geht weiter (siehe *Heghmanns*, ZIS 2016, 404, 408 ff.).

¹¹ So *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl., 2015, § 136a Rn. 1.

¹² So BGH v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt. 38, 214.

¹³ Siehe BGH v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt. 38, 214.

Vernehmungssituation, wenn ein Beschuldigter wegen eines Tatverdachts vorläufig festgenommen ist. Das gilt für Deutschland und die Türkei gewiss gleichermaßen.

Trotz der vom BGH vertretenen Abwägungslösung ist auf Grund der grundrechtlichen Bedeutung der Selbstbelastungsfreiheit und des Schweigerechts ein Belehrungsfehler nach § 136 StPO abwägungsfest. Menschenwürde schlägt Strafverfolgungsinteresse. Man darf daher die Schwere der Straftat nicht in relativierender Abwägung zu dem individualrechtlichen Verstoß setzen. Oder: Gerade bei schweren Straftaten sind die Strafverfolgungsorgane eventuell „versehentlich“ veranlasst, die rechtsstaatlichen Regeln der StPO nicht einzuhalten. Aber gerade in Fällen der Schwerkriminalität oder bei Staatsschutzdelikten ist auf Einhaltung rechtsstaatlicher und grundrechtlicher Regeln zu achten. Hier bewährt sich der Rechtsstaat in seinem menschenrechtlichen Selbstverständnis. Daher steht fest: Eine Aussage im Strafverfahren, die in einer Beschuldigtenvernehmung ohne vorherige Belehrung nach § 136 StPO gemacht wurde, ist unverwertbar, wenn der Vernommene sein Recht, die Aussage zu verweigern, dabei tatsächlich nicht gekannt hat.¹⁴

Mit BGHSt. 38, 214 hat der BGH zugleich mit der sog. Widerspruchslösung ein Konstrukt geschaffen, das bis heute auf rechtswissenschaftlichen Widerstand¹⁵ stößt. Das Beweisverwertungsverbot aus einem Verstoß gegen § 136 StPO gilt nicht, wenn feststeht, dass der Beschuldigte sein Recht zu schweigen ohne Belehrung gekannt hat oder wenn der verteidigte Angeklagte in der Hauptverhandlung ausdrücklich der Verwertung zustimmt oder ihr nicht bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt widersprochen hat. Dem verteidigten Angeklagten stehe ein Angeklagter gleich, der vom Vorsitzenden über die Möglichkeit des Widerspruchs unterrichtet worden ist. Wobei zu fragen ist, welcher Angeklagte eine solche Belehrung in ihrer Bedeutung und Folge intellektuell und rechtlich wirklich verstehen kann. § 257 StPO hat gar keinen Bezug zu der Problematik um die Beweisverwertungsverbote. Aber die gesamte Dogmatik um die Beweisverwertungsverbote ist Kasuistik und Konstrukt von

¹⁴ Siehe BGH v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, BGHSt. 53, 112; BGH v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt. 38, 214; *Heghmanns*, ZIS 2016, 404, 410; *KarlsruherKommentar/Diemer* (StPO, 7. Aufl., 2013) Rn. 27a zu § 136; *Münchener Kommentar-StPO/Schuh* (1. Aufl., 2014) Rn. 55 zu § 136.

¹⁵ Siehe *Beulke*, *Strafprozessrecht* (13. Aufl., 2016) Rn. 460a; *Heghmanns*, ZIS 2016, 404, 413 f; *Jahn*, *StraFo* 2011, 117; *Kudlich*, *JA* 2017, 390; zustimmend *Basdorf*, *NStZ* 2017, 370.

Rechtsprechung und Rechtswissenschaft. Der BGH gewährt bei einem Verstoß gegen § 136 StPO ein Verwertungsverbot und schränkt es gleichzeitig mit der Widerspruchslösung wieder ein. Die Widerspruchslösung wird vom BGH bei einer Vielzahl weiterer Beweisverwertungsverbote angewendet.¹⁶ Inzwischen klingen erste Bedenken in der Rechtsprechung¹⁷ selbst an. Danach soll die Zulässigkeit einer Verfahrensrüge, mit der ein Beweisverwertungsverbot wegen Fehlern bei einer Durchsuchung zur Sicherstellung von Sachbeweisen geltend gemacht wird, keinen auf den Zeitpunkt des § 257 StPO befristeten Widerspruch gegen die Verwertung voraussetzen. Grund sei die fehlende Dispositionsmacht des Beschuldigten über den Sachbeweis. Hauptargument gegen das Widerspruchserfordernis ist, dass der strafprozessuale Fehler im Verantwortungsbereich der staatlichen Strafrechtspflege liegt und der Strafverteidigung auf diese Weise eine Pflicht zur Gewährleistung eines sachdienlichen Strafverfahrens auferlegt wird. Die Strafverteidigung wird in den Dienst der effektiven Strafrechtspflege gestellt. Das widerspricht fundamental ihrer Aufgabe - § 147 StPO. Ein Satz aus dem bezüglich der Widerspruchslösung skeptischen Urteil¹⁸ passt perfekt: „Versäumnisse der Verteidigung dürfen insoweit nicht dazu führen, dass an sich rechtswidrig erlangtes Beweismaterial ohne weiteres zur Grundlage einer strafrechtlichen Verurteilung des Angeklagten werden kann.“ Es ist abzuwarten, ob sich das Ende der Widerspruchslösung andeutet.

BGHSt. 38, 214 ist gleichsam die Leitentscheidung für die Lehre der Beweisverwertungsverbote: Abwägung unter besonderer Beachtung des Schutzzwecks der verletzten Norm und Widerspruchslösung. Es vergingen wieder einige Jahre, bis mit der qualifizierten Belehrung ein weiterer Schritt getan wurde: „Wird ein Tatverdächtiger zunächst zu Unrecht als Zeuge vernommen, so ist er wegen des Belehrungsverstoßes (§ 136 I 2 StPO) bei Beginn der nachfolgenden Vernehmung als Beschuldigter auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Aussage hinzuweisen („qualifizierte Belehrung“).¹⁹ Das Recht zu schweigen und das Recht, sich nicht belasten zu müssen, gehören zum Kernbereich des von Art. 6 EMRK garantieren

¹⁶ Siehe bspw. BGH v. 7.3.2006 – 1 StR 316/05, NJW 2006, 1361.

¹⁷ Siehe BGH v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, NJW 2017, 367.

¹⁸ BGH v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, NJW 2017, 367.

¹⁹ So BGH v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, BGHSt. 53, 112; auch MüKo-StPO/Schuh, Rn. 29 zu § 136.

fairen Verfahrens.²⁰ Daher muss nach dem BGH die rechtsstaatliche Ordnung Vorkehrungen in Form der qualifizierten Belehrung treffen, die verhindert, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere, unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht zustande gekommene Selbstbelastung nicht mehr aus der Welt schaffen zu können.²¹ Nur eine solche qualifizierte Belehrung stellt die menschenrechtliche und verfassungsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten wieder her und hebt die Fortwirkung des Beweisverwertungsverbots auf.

Diese rechtsstaatliche Stärkung der Beschuldigtenrechte mit Anerkennung der qualifizierten Belehrung wird durch den BGH²² jedoch erneut relativiert,²³ indem das Gericht beim Unterbleiben der qualifizierten Belehrung im Gegensatz zu BGHSt. 38, 214 trotz rechtzeitigen Widerspruchs die nach der Belehrung als Beschuldigter gemachten Angaben nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall für verwertbar hält. Neben dem in die Abwägung einzubeziehenden Gewicht des Verfahrensverstößes und des Sachaufklärungsinteresses sei maßgeblich darauf abzustellen, ob der Betreffende nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung davon ausgegangen ist, von seinen früheren Angaben nicht mehr abrücken zu können. Damit gibt der BGH der originären Belehrung nach § 136 StPO und der qualifizierten Belehrung einen unterschiedlichen Schutzgrad bei der Beurteilung eines Beweisverwertungsverbots. Das überzeugt nicht. Wenn die Selbstbelastungsfreiheit zum Kernbereich des rechtsstaatlichen Verfahrens gehört und gar – wie BGHSt. 38, 214 zutreffend sagt – in Art. 1 GG wurzelt, ist eine Belehrungspflicht, die diesen rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Schutzzweck hat, abwägungsfest. Das muss dann auch für die qualifizierte Belehrung gelten.²⁴

III. Kernbereich – ein neues Zauberwort

Der Grundsatz des *nemo-tenetur-se-ipsum-accusare* gehört zum Kernbereich des rechtsstaatlichen und fairen Strafverfahrens. Das belegen in

²⁰ So BGH v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, BGHSt. 53, 112; von *Heintschel-Heinegg*, JA 2009, 471; *Jahn*, JuS 2009, 468.

²¹ Für § 136a StPO lässt BGHSt. 53, 112 die Frage offen. Die Antwort kann nur „ja“ lauten.

²² So BGH v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, BGHSt. 53, 112.; zustimmend *Karlsruher Kommentar/Diemer* Rn. 27a zu § 136.

²³ Kritisch *Jahn*, JuS 2009, 468.

²⁴ So *Roxin*, HRRS 2009, 186.

allen Konsequenzen auch die sog. Polizeispitzel-Fälle. Das Stichwort Kernbereich erscheint auch in der deutschen Strafprozessordnung als Rechtsbegriff. Es geht um den unantastbaren Kernbereich der privaten Lebensgestaltung.

1. Rechtsstaatlicher Kernbereich

Aus der Vielzahl der Sachverhalte soll der sog. Bandido-Fall²⁵ als *Beispiel* dienen:

Der Angeklagte saß wegen versuchter Anstiftung zur Tötung seiner Ehefrau in Strafhaft und traf im Strafvollzug den S. Dieser gab dem Angeklagten gegenüber mit seinem teilweisen erfundenen kriminellen Hintergrund – Fremdenlegion, Rockermilieu – an. S. unterbreitete dem Angeklagten, für 150.000 EUR durch seine Leute außerhalb der Haftanstalt dessen Ehefrau töten zu lassen. Der Angeklagte nahm dieses Angebot ernst. Noch am selben Tag berichtete S. dem für ihn zuständigen Gruppenleiter in der JVA, dass ihn ein anderer Gefangener um die Vermittlung eines Auftragsmordes gebeten hätte und erklärt sich zur Zusammenarbeit mit der Polizei bereit und "verpetzte" den Angeklagten namentlich. In der Folgezeit ergriffen die Ermittlungsbehörden verschiedene Ermittlungsmaßnahmen, um im letzten Schritt folgendermaßen vorzugehen: "Zur Verbesserung der bisherigen Beweislage ist von hier aus vorgesehen, dass ein nicht offen ermittelnder Polizeibeamter den Beschuldigten in der JVA besucht (Besucherraum) und diesem unter der Vorgabe einer Legende zwei Bilder (eines mit der Ehefrau des Beschuldigten in ihrem Pkw sitzend und eines mit einer Frau vergleichbaren Alters, in bauähnlichem Pkw sitzend) vorlegt, um von diesem zu erfahren, welche der beiden Frauen die zu tötende sei." Dieses Vorgehen wurde von Staatsanwaltschaft und Polizei ohne Einbezug des Ermittlungsrichters vereinbart. POK H. suchte den Angeklagten unter einem Vorwand im Besuchsraum der JVA auf. Wie es anschaulich im Urteil heißt, hätte dieser auf Grund seiner langen Haare und Tätowierungen dem äußeren Erscheinungsbild nach glaubhaft als Rocker auftreten können. Dieser stellte sich dem Angeklagten als "Micha" vor und erklärte, dass er von S. käme. Er behauptete ihm gegenüber, dass es Probleme mit der Identifizierung der Ehefrau gebe. Er legte ihm die beiden Fotos vor. "Micha" = POK H. erklärte, dass vor den beiden Häusern der beiden abgebildeten Frauen seine Männer stünden, und fragte den Angeklagten, ob er seine Frau anhand körperlicher Merkmale beschreiben könne.

²⁵ BGH v. 18.5.2010 – 5 StR 5/10, BGHSt. 55, 138; dazu auch *Jahn*, StraFo 2011, 117.

H. erklärte weiterhin, dass notfalls auch beide Frauen weggemacht werden könnten. Der Angeklagte reagierte aufgebracht und ablehnend. Schließlich fragte H. ihn, ob es denn richtig sei, dass sie seine Frau wegmachen sollten. Darauf nickte der Angeklagte. Um die Verwertung dieses Gesprächs zwischen dem Angeklagten und "Micha" = POK H. im Strafverfahren wegen § 30 Abs. 2 StGB geht es.

Das Vorgehen verstieß nach zutreffender Ansicht des BGH gegen das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes, dass niemand verpflichtet ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen, insbesondere sich selbst zu belasten (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Die Aushorchung des Angeklagten unter Ausnutzung der besonderen Situation seiner Inhaftierung begründe von vornherein Bedenken gegen die Zulässigkeit der heimlichen Ermittlungsmaßnahme. Nicht weniger als in anderen von der Rechtsprechung des BGH beanstandeten Fällen heimlicher Informationsgewinnung unter Ausnutzung begleitender belastender Haftsituationen lägen auch hier Umstände vor, die zur Bewertung des Vorgehens als unfaire Vernachlässigung der zu achtenden Selbstbelastungsfreiheit führten. So sieht der Senat durch die Anwendung von Zwang den Kernbereich der Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten als verletzt an. Zwar sind Verdeckte Ermittler berechtigt, unter Nutzung einer Legende selbstbelastende Äußerungen eines Beschuldigten entgegenzunehmen und an die Ermittlungsbehörden weiterzuleiten. Sie sind aber nicht befugt, in diesem Rahmen den Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen zu drängen. Es ist dann nur konsequent, wenn der BGH ein Beweisverwertungsverbot annimmt. In Fällen von Aussagezwang werde in den Kernbereich der grundrechtlich und konventionsrechtlich geschützten Selbstbelastungsfreiheit eines Beschuldigten ohne Rechtsgrundlage eingegriffen. Der gravierende Rechtsverstoß kann nach Ansicht des BGH²⁶ nicht anders als durch Nichtverwertung des hierdurch gewonnenen Beweismittels geheilt werden.

Die verschiedenen Polizeispitzel-Fälle sind Varianten des Ursprungfalls aus BGHSt. 34, 362: Einem Untersuchungsgefangenen wurde ein anderer Häftling auf die Zelle gelegt. Dieser hatte sich zuvor zur Zusammenarbeit mit den staatlichen Strafverfolgungsorganen erklärt und sollte unter deren Anleitung den Verdächtigen über dessen vermeintliche Raubtat aushören. Das tat er auch erfolgreich, so dass zum einen die Aussage des

²⁶ So BGH v. 18.5.2010 – 5 StR 5/10, BGHSt. 55, 138; auch *Jahn*, JuS 2010, 832 mit Bezug auf § 136a StPO analog.

„Polizeispitzels“ als auch weiteres auf diesem Weg gefundenes Beweismaterial – Fernwirkung? - zur Verurteilung des Angeklagten verwertet werden sollte. In dieser Entscheidung als auch in BGHSt. 55, 138 stellt der BGH auf einen unzulässigen Zwang ab. Der BGH:²⁷ „Das an sich unzulässige Zwangsmittel der U-Haft wurde so zu einem prozessordnungswidrigen Zweck ausgenutzt. Das ist eine Zwangswirkung auf den Gefangenen, die vom Strafverfahrensrecht nicht mehr gedeckt und deshalb unzulässig ist.“ Das überzeugt in der Begründung nicht. Die Untersuchungshaft war in allen Fällen rechtmäßig. Es ist die stete Frage, ob der verfassungsrechtliche und menschenrechtliche Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit allein vor unzulässigem Zwang oder auch vor Täuschung als staatlich inszenierte irrtumsbedingter Selbstbelastung schützt. Der 3. Senat des BGH²⁸ stellt den Konflikt im Inhalt des nemo-tenetur-Grundsatzes klar: "Nach der Rechtsprechung des BGH schützt er nur vor Zwang; der EGMR dehnt ihn auf alle Fälle der Beeinträchtigung der Aussagefreiheit aus.“ Die Rechtsprechung des EGMR weist zutreffend einen weiten Schutzzweck auf. Der EGMR:²⁹ "Der Anwendungsbereich des Schweigerechts und des Schutzes vor Selbstbelastung ist nicht auf Fälle beschränkt, in denen der Beschuldigte Zwang widerstehen musste oder in denen der Wille des Beschuldigten in irgendeiner Weise direkt überwunden wurde. Das Recht, das zum Kernbereich des fairen Verfahrens gehört, dient prinzipiell der Freiheit einer verdächtigten Person zu entscheiden, ob sie in Polizeibefragungen aussagen will oder schweigen will." Und dann heißt es weiter, dass eine solche freie Entscheidung unterlaufen wird, wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich in der Vernehmung für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um dem Beschuldigten Geständnisse oder andere belastende Äußerungen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten. Es sind zwei maßgebende Aspekte, die nach dem EGMR für die Verletzung des Schweigerechts nach Art. 6 EMRK sprechen: (1) Das Handeln des Informanten muss den Strafverfolgungsorganen zuzurechnen sein. (2) Der Informant muss dem Beschuldigten die Äußerung entlockt haben.

In einer vernehmungähnlichen Situation - das Handeln und Aushorchen sind den Strafverfolgungsorganen zurechenbar - stehen Zwang und Täuschung gleich und nehmen dem Beschuldigten als Prozesssubjekt die

²⁷ BGH v. 28.4.1987 – 5 StR 666/86, BGHSt. 34, 362.

²⁸ Siehe BGH v. 26.7.2007 – 3 StR 104/07, NStZ 2007, 714.

²⁹ EGMR v. 5.11.2002 – 48539/99, StV 2003, 257.

Freiheit und die Selbstverantwortung. Beide Handlungsweisen der Strafverfolgungsorgane machen den Beschuldigten zum Objekt des Strafverfahrens gegen sich selbst. Das ist anders, wenn sich der Beschuldigte im Rahmen eines „echten“ Privatgesprächs eigenverantwortlich selbstbelastend äußert. Das ist auch der Fall, wenn er eigenverantwortlich einem Mitgefangenen vertraut, der ihn dann verpetzt.³⁰ Es verwirklicht sich das allgemeine Lebensrisiko. Natürlich ist die Grenzziehung tatsächlich und rechtlich nicht einfach. Aber was ist im Recht schon einfach? In einer staatlich inszenierten Gesprächssituation zwecks Strafverfolgung liegt kein Privatgespräch. Dem allgemeinen Lebensrisiko wird die Geschäftsgrundlage entzogen. Die Selbstbelastungsfreiheit schützt daher nicht allein vor Zwang, sondern eben auch vor einer staatlich manipulierten irrtumsbedingten Selbstbelastung.³¹ In einem rechtsstaatlichen Strafverfahren, das die Grundrechte der Verfahrensbeteiligten und insbesondere die des Beschuldigten als freiheitliches und eigenverantwortliches Prozesssubjekt achtet, darf der strafverfolgende Staat bei aller erlaubten Heimlichkeit nicht zu Mitteln des Täuschens, Lügens und Manipulierens greifen, welche die eigenverantwortliche Freiheit des Beschuldigten missachten.³² Zwang und Täuschung nehmen dem Beschuldigten die Freiheit. Das kennen wir im materiellen Recht aus der mittelbaren Täterschaft. In selbstverständlicher Einigkeit gelangt man bei der Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit als Kernbereich des rechtsstaatlichen Strafverfahrens zu einem strafprozessualen Beweisverwertungsverbot.³³ Das entspricht der Wertung des § 136a StPO. Und das entspricht der Verankerung in Art. 20 GG und vor allem in Art. 1 GG. Einer Abwägung bedarf es nicht.

2. Kernbereich der privaten Lebensgestaltung

Es gibt Sachverhalte, die unglaublich erscheinen, wenn man sich diese ausdenken würde. Und dann kommt das wahre Leben. Ein solcher Sachverhalt ist der sog. Krankenzimmer-Fall des BGH.³⁴

³⁰ Dazu und so *Schneider*, NStZ 2001, 8.

³¹ So *J. Kretschmer*, HRRS 2010, 143; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht (26. Aufl., 2009) § 24 Rn. 11.

³² Siehe *Bosch*, JA 2010, 754; *J. Kretschmer*, HRRS 2010, 143.

³³ Siehe BGH v. 18.5.2010 – 5 StR 5/10, BGHSt. 55, 138; BGH v. 26.7.2007 – 3 StR 104/07, NStZ 2007, 714; *Bosch*, JA 2010, 754; *Jahn*, JuS 2010, 832; *MüKo-StPO/Sch- uhr* Rn. 81 zu § 136a.

³⁴ BGH v. 10.8.2005 – 1 StR 140/05, BGHSt. 50, 206; zustimmend *Valerius*, JA 2006, 15.

Beispiel: Der Angeklagte war wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Nach den Feststellungen der Schwurgerichtskammer gingen dieser Tat Querelen unter Landwirten voraus. In deren Verlauf hatte A dem späteren Tatopfer F mit einem Holzknüppel gedroht und dabei gerufen: „Dich erschlag ich noch!“ Tatsächlich wurde F mit einem massiven, kantigen Werkzeug im Schlaf erschlagen. Die Tatwaffe konnte jedoch nicht sichergestellt werden; die Ermittlungen wurden eingestellt. A erlitt Jahre später einen Arbeitsunfall. Bei den Ermittlungen wegen dieses Vorfalls fand die Kriminalpolizei im Wohnhaus des A einen Schlagstock, der als Tatwaffe des Tötungsdelikts in Betracht kam. Im Rahmen der wieder aufgenommenen Ermittlungen kam es zu einer richterlich gestatteten akustischen Überwachung des Krankenzimmers des A, in dem sich dieser zur Rehabilitation aufhielt. Im Rahmen dieser Abhöraktion wurde auch ein Selbstgespräch des A aufgezeichnet, das im Anschluss an ein Telefonat des A mit einer Arbeitskollegin stattfand. In diesem Telefonat berichtete die Kollegin, sie sei von der Polizei danach gefragt worden, ob A seine Hasen selbst schlachte und ob er Rechts- oder Linkshänder sei. Im direkten Anschluss an dieses Telefongespräch führte der A in seinem Krankenzimmer ein erregtes Selbstgespräch mit folgendem Inhalt: „Sehr aggressiv, sehr aggressiv, sehr aggressiv! In Kopf hätt i eam schießen sollen, in Kopf hätt i eam schießen sollen, selber umgebracht“. Das Gericht hat hieraus den Schluss gezogen, der Angeklagte habe sich Gedanken über eine alternative Tötungsart gemacht, die den Verdacht weniger auf seine Person gelenkt hätte.

Entscheiden Sie selbst, ob Sie das Selbstgespräch unabhängig von seinem Beweiswert für die Schuldfeststellung im Strafverfahren verwerten wollen und können. Oder besteht ein Beweisverwertungsverbot?

Ein gesetzlich geregeltes Beweisverwertungsverbot ist § 100c Abs. 5 StPO – jetzt unter § 100d Abs. 2 StPO. Danach dürfen Äußerungen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die bei einer akustischen Wohnraumüberwachung gewonnen wurden, nicht verwertet werden. Es ist das Bundesverfassungsgericht³⁵, das diese Rechtskonstruktion erfunden hat. Das war eine wichtige Neuerung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafprozessrecht. Meiner Ansicht nach war das die wichtigste Neuerung des Bundesverfassungsgerichts im Strafprozessrecht, die es überhaupt jemals gemacht hat. Die Grundrechte des Beschuldigten im Strafverfahren sind gestärkt worden. Dadurch wird die Menschenwürde

³⁵ BVerfG v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, BVerfGE 109, 279.

gestärkt. Der Einzelne hat einen Bereich, in dem er frei ist von staatlichen Zwangsmaßnahmen. In der heutigen Zeit des Sicherheitsdenkens und der zunehmenden Zwangsmaßnahmen ist das ein wichtiges Signal an den Staat und an die Gesetzgebung und an die Rechtsprechung, die Grundrechte und die Menschenwürde des Beschuldigten und des Angeklagten zu achten. Der Staat darf nicht alles tun, um Verbrechen aufzuklären oder zu verhindern. Der Einzelne hat einen Bereich der Intimsphäre und der Privatsphäre, der absolut frei sein muss von Zwang und Überwachung. In diesem absoluten Bereich der Privatsphäre darf der Staat durch keine Maßnahme eingreifen. Wenn dieser Bereich durch eine staatliche Zwangsmaßnahme berührt wird und wenn dadurch Erkenntnisse gewonnen werden, die zu diesem Bereich gehören, greift ein absolutes Beweisverwertungsverbot. Es gibt, und das ist wichtig, keine Abwägung mit dem Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege. Wenn die Strafrechtspflege keine anderen Beweise gegen den Beschuldigten hat, muss er aus der Haft entlassen oder freigesprochen werden.

Inzwischen ist der Schutz und die staatliche Selbstbeschränkung in viele Gesetze niedergelegt worden. In der StPO findet er sich auch in § 100a StPO – jetzt § 100d³⁶ und er beschränkt in vielen Polizeigesetzen des Bundes und der Bundesländern die Maßnahmen zur Gefahrenabwehr. Als Element des Art. 1 GG gilt der Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung natürlich im gesamten Strafverfahren. Der BGH³⁷ hatte einige Jahre nach dem „Krankenzimmer-Fall“ über ein Selbstgespräch in einem Auto zu entscheiden. Die rechtliche Grundlage ist § 100f StPO. Dieser enthält keine Kernbereichsklausel. Der BGH begründet den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit zutreffend unmittelbar aus der Verfassung: „Ein in einem Kraftfahrzeug mittels akustischer Überwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch eines sich unbeobachtet fühlenden Beschuldigten ist im Strafverfahren – auch gegen Mitbeschuldigte – unverwertbar, da es dem durch Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit zuzurechnen ist.“ Der deutsche Gesetzgeber ist aufgefordert, den menschenrechtlichen Kernbereichsschutz umfassend für alle Ermittlungsmaßnahmen als Schranke zu verankern.³⁸ Ein absolutes Beweisverwertungsverbot ist zwingend – Art. 1 GG.

³⁶ Eine aktueller Gesetzentwurf fasst den Kernbereichsschutz in einem neuen § 100d StPO zusammen (Deutscher Bundestag, Drucksache 18/12785 v. 20.6.2017); wirksam seit August 2017 (BGBl 2017, 3202).

³⁷ BGH v. 22.12.2011 – 2 StR 509/10, BGHSt. 57, 71; dazu *Mitsch*, NJW 2012, 1486.

³⁸ *Mitsch*, NJW 2012, 1486 schlägt als Ort den § 160a StPO vor.

Das Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege streitet gegen eine Einschränkung der Beweisverwertung. Aber in einem grundrechtlichen Rechtsstaat gibt es eben keine Wahrheitserforschung um jeden Preis. Es gibt in einem liberalen Rechtsstaat einen menschenrechtlichen Freiraum, der für den Staat unantastbar ist – den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung. Die abwägungsfeste Intimsphäre aus der Menschenwürde steht gegen die allgemeine Persönlichkeitssphäre. Dahinter steht die sog. Sphärentheorie zur Begründung verfassungsrechtlicher Beweisverwertungsverbote: Intimsphäre – allgemeine Persönlichkeitssphäre – Sozialsphäre.³⁹ Der theoretische Begriff als staatliche Selbstbeschränkung muss sich in der Praxis bewähren. Wie ist das daher mit dem selbstbelastenden Selbstgespräch im Krankenzimmer? Gehört das aus räumlichen oder sachlichen Gründen zum unantastbaren Kernbereich der privaten Lebensgestaltung aus Art. 1 GG? Oder ist das noch der Bereich der allgemeinen Persönlichkeitssphäre aus Art. 2 GG, der in Abwägung zu setzen ist zum rechtsstaatlichen Interesse der effektiven Strafrechtspflege?

Wie stets im Recht ist die Antwort nicht eindeutig und gibt es mehrere vertretbare Lösungen. Das Landgericht hat das aufgezeichnete Selbstgespräch als Belastungsindiz gewertet. Der BGH ist zutreffend anderer Ansicht: „Ein in einem Krankenzimmer mittels akustischer Wohnraumüberwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch des Angeklagten ist zu dessen Lasten zu Beweis Zwecken unverwertbar, soweit es dem durch Art. 13 Abs.1 GG i. V. mit Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 geschützten Kernbereich zuzuordnen ist.“ Dafür spricht nach Ansicht des BGH zum einen mit dem Krankenzimmer die Art der Räumlichkeit, dem der BGH in seiner Funktion als Rückzugsbereich der privaten Lebensgestaltung wie einer Privatwohnung die grundrechtliche Qualität einer Wohnung nach Art. 13 GG zuspricht. Zum anderen sprächen Art und Inhalt der Äußerung für den absolut geschützten Kernbereich. Das Gespräch mit sich selbst sei gekennzeichnet durch unwillkürlich auftretende Bewusstseinsinhalte und habe persönliche Erwartungen, Befürchtungen, Bewertungen, Selbstanweisungen sowie seelisch-körperliche Gefühle und Befindlichkeiten zum Inhalt. Das Selbstgespräch habe somit ausschließlich höchstpersönlichen Charakter und berühre aus sich heraus nicht die Sphäre anderer oder der Gemeinschaft. Dem ist nichts hinzuzufügen, eher verwundert die gegenteilige Rechtsansicht der landgerichtlichen Vorinstanz.

³⁹ Dazu MüKo-StPO/Kudlich, Einleitung Rn. 474 f.

Zu beachten ist im Kernbereichsschutz die Absolutheit des Verwertungsverbots. Die §§ 100a Abs. 4 und 100c Abs. 5 StPO – jetzt § 100d Abs. 2 - verbieten jede Verwertung kernbereichsrelevanter Erkenntnisse. Das gilt natürlich erst recht für den unmittelbar aus Art. 1 GG begründeten Kernbereichsschutz. Das gilt dann für jedes Verfahrensstadium – Ermittlungsverfahren und Hauptverfahren - und auch als Spurenansatz ist die Verwertung untersagt.⁴⁰

IV. Beweisverwertungsverbote nach dem BGH die Ausnahme

1. Beweisverwertungsverbote nur bei schwerwiegenden oder willkürlichen Verstößen

Nach den vorherigen Bemerkungen mag der Eindruck entstehen, dass trotz der von der Rechtsprechung propagierten Abwägungslehre zur Herleitung eines Beweisverwertungsverbots ein solches die Regel ist. Dieser Eindruck trügt. Er ist darin begründet, dass die betreffenden Maßnahmen der Strafverfolgungsorgane mit der Menschenwürde und der Selbstbelastungsfreiheit Kernbereiche des grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Selbstverständnisses berührten. Das ist nicht die Regel. Vielmehr ist nach der Rechtsprechung ein Beweisverwertungsverbot in der Einschränkung effektiver Strafrechtspflege die Ausnahme.⁴¹ Im Vordergrund stehen in diesem Ausnahmeverständnis der Sicherheitsgedanke und die Effektivität der Strafrechtspflege. Die Strafverteidigung sieht das anders. Sie betont den Freiheitsgedanken und den Schutz der Individualrechte des Betroffenen.

*Beispiel.*⁴² Die Staatsanwaltschaft beabsichtigt eine Durchsuchung nach § 102 StPO. Telefonisch wird der richterliche Bereitschaftsdienst erreicht. Die zuständige Richterin lehnt den Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses ohne Vorlage der Akte ab. Daraufhin beruft sich der Staatsanwalt auf Gefahr in Verzug nach § 105 StPO.

⁴⁰ Siehe BGH v. 20.12.2011 – 2 StR 509/10, BGHSt. 57, 71; KarlsruherKommentar/Brunns, § 100d Rn. 28; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100c Rn. 17; Mitsch, NJW 2012, 1486.

⁴¹ BGH v. 18.4.2007 – 5 StR 546/06, NJW 2007, 2269; OLG Düsseldorf v. 23.6.2016 – III – 3 Rv 46/16, NStZ 2017, 177; zustimmend Heghmanns, ZIS 2016, 404, 409; MüKo-StPO/Miebach (StPO, 1. Aufl., 2016) Rn. 136 zu § 261.

⁴² BGH v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367 mit Anm. Basdorf; auch Kudlich, JA 2017, 390.

Gefahr in Verzug ist gegeben, wenn die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg einer Durchsuchung gefährdet hätte.⁴³ Aus grundrechtlichen Gründen, vor allem auch wegen Art. 13 GG, ist das gesetzliche Regel-Ausnahme-Verhältnis in der Anordnungskompetenz in der Rechtspraxis zu achten. Im Richtervorbehalt bei den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen zeigt sich der präventive Grundrechtsschutz. Gefahr in Verzug darf daher nicht vorschnell angenommen werden. Regelmäßig ist der Versuch zu unternehmen, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Und dann kommt das Entscheidende: „Haben die Ermittlungsbehörden den zuständigen Ermittlungs- oder Eilrichter mit der Sache befasst, ist für ihre Eilkompetenz kein Raum mehr.“ Mit der Befassung des Eilrichters ende die Eilzuständigkeit der Ermittlungsbehörden; es sei nunmehr Sache des Ermittlungsrichters, über den beantragten Eingriff zu entscheiden. Mit der Befassung des Richters ist die nichtrichterliche Eilkompetenz gesperrt. Die Verantwortung für Verzögerungen trifft jetzt den zuständigen Richter.

Es gilt jedoch, dass nicht aus jedem strafprozessualen Verfahrensfehler ein Beweisverwertungsverbot folgt. § 105 StPO ist „nur“ eine formale Zuständigkeitsregel. Gericht wie Staatsanwaltschaft sind Organe der Rechtspflege. Dennoch:⁴⁴ „Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots ist zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei den die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen werden, geboten.“ Dieser Maßstab enthält ein gewisses Maß an Unbestimmtheit und betont den Ausnahmecharakter solcher Verbote. Der BGH gelangt jedoch im vorliegenden Fall zu einem zutreffenden Ergebnis. Er sagt „ja“ zu einem Beweisverwertungsverbot. Der BGH entkräftet noch einen steten Einwand gegen ein Beweisverwertungsverbot. Da die materiellen Voraussetzungen der §§ 102 ff. StPO vorgelegen haben, hätte der Richter die strafprozessuale Maßnahme sowieso angeordnet. Es fehlte daher am Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen dem Verfahrensfehler und dem gewonnenen Beweisergebnis. Der BGH:⁴⁵ „Dem Aspekt eines möglichen hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs kommt bei grober Verkennung des Richtervorbehalts ohnehin keine Bedeutung zu.“ Der Einwand des hypothetisch rechtmäßigen Verlaufs als Gegenmoment gegen ein Beweisverwertungsverbot ist nach

⁴³ So BGH v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367.

⁴⁴ So BGH v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367; ebenso OLG Düsseldorf v. 23.6.2016 – III – 3 Rv 46/16, NStZ 2017, 177; so auch *Heghmanns*, ZIS 2016, 404.

⁴⁵ So BGH v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367.

der Abwägungslösung des BGH nur ein Teilmoment in der Gesamtabwägung. Bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen hat er keine Wirkung. Das ist nach dem BGH⁴⁶ anders, wenn der Richtervorbehalt von den Ermittlungsbeamten nicht bewusst missachtet wurde. Letztendlich ist es der Schutzzweck des präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richtervorbehalt, der nicht unterlaufen und relativiert werden darf. Das spricht dafür, jede Form der Verletzung des Richtervorbehalts, ob bewusst, willkürlich oder eben nur versehentlich, losgelöst von einem relativierenden höchstwahrscheinlichen⁴⁷ hypothetischen Verlauf im Sinne eines Beweisverwertungsverbot gleich zu behandeln.

2. Keine Fernwirkung

In dem Ausnahmecharakter der Beweisverwertungsverbote ist auch die Ablehnung zur Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote begründet. Was ist damit gemeint? Auf der Grundlage unverwertbarer Beweisergebnisse werden weitere Beweismittel gefunden. Dürfen diese weiteren Beweismittel verwertet werden oder gilt eine Fernwirkung – „fruits of the poisonous tree – doctrine“? Wie ist die rechtliche Lage im türkischen Strafprozessrecht? Es wird jetzt nicht überraschen, dass die deutsche Rechtsprechung pragmatisch und kriminalpolitisch gegenüber einer solchen Fernwirkung skeptisch ist. Ein Verfahrensfehler dürfe nicht dazu führen, dass das gesamte Strafverfahren lahmgelegt werde.⁴⁸ Der BGH betont die wirksame Verbrechensbekämpfung. Eine solche Begrenzung der Auswirkung eines Verfahrensfehlers sei zu einer solchen und auch deshalb erforderlich, weil sich kaum jemals feststellen lasse, ob die Polizei den Zeugen ohne den Verstoß nicht auch gefunden hätte. Das klingt sehr pauschal. Es war zuletzt das OLG Düsseldorf, das eine erfreuliche Ausnahme zuließ⁴⁹ und Neuland⁵⁰ betrat: In einem engen zeitlichen und örtlichen Zusammenhang mit einer rechtswidrigen Durchsuchung wurde der Beschuldigte an Ort und Stelle unter dem Eindruck der fehlerhaften Durchsuchung und der dabei in unzulässiger Weise gewonnenen Erkenntnisse – es wurden uner-

⁴⁶ BGH v. 17.2.2016 – 2 StR 25/15, NStZ 2016, 551 mit Anm. *H. Schneider*.

⁴⁷ Siehe *H. Schneider*, NStZ 2016, 553.

⁴⁸ So BGH v. 28.4.1987 – 5 StR 666/86, BGHSt. 34, 362; OLG Düsseldorf v. 23.6.2016 – III – 3 Rv 46/16, NStZ 2017, 177.

⁴⁹ OLG Düsseldorf v. 23.6.2016 – III – 3 Rv 46/16, NStZ 2017, 177.

⁵⁰ So *Radtke*, NStZ 2017, 180, der das Ergebnis aber kritisch betrachtet; *Jahn*, JuS 2016, 1138 begrüßt das Ergebnis.

laubt angebaute Marihuanapflanzen gefunden – nach Belehrung vernommen. Der sich offensichtlich als überführt ansiehende Angeklagte habe keinen Anlass gehabt, von seinem Recht auf Schweigen Gebrauch zu machen, zumal er nicht wissen könnte, dass die vorgefundenen Beweismittel unverwertbar wären. Der fortwirkende Eindruck der verbotenen Durchsuchung nahm dem Beschuldigten scheinbar die Selbstbelastungsfreiheit. Zumindest in den Fällen, in denen die Strafverfolgungsorgane den Kernbereich der rechtsstaatlichen Prinzipien oder der privaten Lebensgestaltung – die Menschenwürde – mit ihren Strafverfolgungsmaßnahmen beeinträchtigt haben, ist eine Fernwirkung anzunehmen. Das gilt vor allem – aber nicht nur - bei § 136a StPO.⁵¹ Es geht um das rechtsstaatliche Selbstverständnis der Strafverfolgung.

V. Schlusswort

Wenn die Frage eines möglichen Beweisverwertungsverbots auf einem von den Strafverfolgungsbehörden begangenen formellen oder materiellen Verfahrensfehler beruht, ist darauf zu achten, dass die tatsächliche und normative Verantwortung beim Staat liegt. Sollen solche „bemakelten“ Beweisergebnisse dennoch im Interesse der Strafrechtspflege verwertet oder verwendet werden, liegt die Begründungslast bei den Strafverfolgungsorganen. Die Beweisverwertung trotz verfahrensfehlerhafter Vorgehensweise ist die Ausnahme und nicht umgekehrt.⁵² Freiheit gegen Sicherheit, Effektivität der Strafrechtspflege gegen die Individualrechte des Beschuldigten – auf der Suche nach einem Ausgleich sollen und müssen die Freiheit und die Grundrechte im Vordergrund stehen. Allein diese Wertung steht im Einklang mit einem liberalen und grundrechtlichen Strafverfahren eines Rechtsstaates.

⁵¹ So *Beulke* Rn. 482; *MüKo-StPO/Schuh*, § 136a Rn. 98.

⁵² *Anders Heghmanns*, ZIS 2016, 404, 409.

ÖZET

Ceza yargılamasının amacı, adil bir yargılamada sanıkların özgürlüklerine saygı göstererek adaleti ve hakikati korumaktır. Ceza yargılamasında delillerin kullanılması yasağı kavramı, ceza adalet sisteminin etkinliği ile sanığın temel haklarının- güvenliğinin ve özgürlüğünün- göz önünde bulundurulması arasındaki çatışmada yer almaktadır. Özellikle delil olarak kullanma yasağı, Alman, Türk veya diğer herhangi bir ceza muhakemesi kanununun ihlal edilmesiyle elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı sorusuyla ilgilidir. Alman Ceza Muhakemesi Kanununda delillerin kullanılmasına ilişkin yasaklar kapsamlı bir şekilde düzenlenmemiştir. En iyi bilinen düzenleme Ceza Muhakemesi Kanunu madde 136a (§ 136a StPO)'dır. Belirtilmesi gerekir ki, her usule aykırılık delil olarak kullanma yasağına sebebiyet vermemektedir. Aksi takdirde bu tür bir mutlak sonuç, ceza adalet sistemine hakim olan hukukun üstünlüğü kuralını -hukuki güveni- zayıflatacaktır. Alman içtihatları, delil olarak kullanma yasağının değerlendirilmesinde bir ölçü uygulamaktadır. Bu kapsamda delil olarak kullanma yasağına ilişkin uygulama geliştirilmiştir. İhlal edilen usuli normun anayasal önemi ve söz konusu ihlalin ciddiyeti, delil olarak kullanma yasağının gündeme gelmesine yol açmaktadır. Özellikle kasıtlı ve keyfi ihlallerde, delillerin kullanımının yasaklanması kabul edilmelidir. Genel olarak içtihat, delillerin kullanılmasının yasaklanması yönünde oldukça kısıtlayıcıdır. Diğer yandan, sanıkların özgürlük hakları böyle bir yasağın kabulünü savunmaktadır. Dahası, özel hayatın dokunulmaz çekirdek alanı bulunmaktadır ve bu alan devlet yetkilileri için tamamen dokunulmazdır. Sebebi ise insan haysiyetinin Anayasa'nın 1. maddesine (Art. 1 GG) göre korunmasıdır. Buna ilişkin olarak günlük kararları ve kendi kendine yapılan konuşmaların kullanılamazlığı hakkındaki kararlar, örnek kararlar niteliğindedir. Ceza Muhakemesi Kanununda, özel hayatın çekirdek alanı şu anda § 100d StPO'da gösterilmiştir.

Delillerin kullanılması yasağı doktrini, hukukta ve her şeyden önce günlük hukuk uygulamasında özgürlük ve güvenlik arasındaki dengenin bir göstergesidir. Mutlak bir çözüm demokratik ve liberal hukuk kurallarına aykırıdır. Delillerin kullanılmasına ilişkin olası bir yasak sorusu, kolluk kuvvetleri yetkilileri tarafından yapılan şekli veya maddi usule ilişkin bir hataya dayanıyorsa, fiili ve normatif sorumluluğun devlete ait olmasına dikkat edilmelidir. Böyle elverişsiz bir delilin yine de ceza adalet çıkarları için incelenmesi veya kullanılması durumunda, gerekçelendirme yükü kovuşturma makamlarına aittir. Usul hatalarına rağmen delil kullanımı kural değil, aksine istisnadır.

HUKUK VE YAPAY ZEKÂ: E-KİŞİ, MALİ SORUMLULUK VE BİR HUKUK UYGULAMASI

DAS RECHT UND DIE KÜNSTLICHE INTELLIGENZ: E-PERSON, HAFTUNG UND RECHTLICHES ANWENDUNGSBESPIEL

Prof. Dr. Zafer ZEYTİN* & Dr. Eray GENÇAY**

ÖZ

Yapay zekâ günümüzde şehircilikten üretim otomasyonuna, tıptan güvenliğe pek çok alanda uygulanmaktadır. Hukuk alanında yapay zekâ araştırmaları, Dünya'da 30 yılı aşkın bir süredir yapılmaktadır. Buna rağmen bu alandaki uygulama ile ilgili birçok soru halen açıktır. Çalışmada, yapay zekâ ile hukuk etkileşimi iki düzlemde incelenmiştir. İlk olarak yapay zekâli sistemlerin bir hukuk öznesi olup olamayacağı, olurlarsa bunun sonuçları ve etkileri tartışılmıştır. İkinci olaraksa hukukun bir disiplin olarak yapay zekâ sistemleri tarafından nasıl desteklenebileceği tartışılmış ve yasal mal rejimi konusunda bir uygulama ile böyle bir sistemin nasıl tasarlanabileceği örneklendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Yapay Zekâ, E-kişi, E-hukukçu, Hak ve Fiil Ehliyeti, Sorumluluk, Hukuk Mantığı, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Aynı zamanda SRH-Hochschule Heidelberg Misafir Öğretim Üyesi. (zeytin@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-3316-4453

** Tübingen Üniversitesi, Bilgisayar Bilimleri Enstitüsü, Habilitand. (eray.gencay@uni-tuebingen.de). ORCID: 0000-0002-1510-5628

LAW AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: E-PERSON, LIABILITY, AND A LEGAL APPLICATION EXAMPLE

ABSTRACT

Nowadays artificial intelligence is used in many fields such as city planning, production, automation, medicine and security. In legal field, artificial intelligence research is making progress since 30 years. Nevertheless, many questions about the implementation are still open. The interaction between artificial intelligence and law is examined on two levels in this study. Firstly, it is discussed whether artificial intelligence systems can be a legal subject, and if so, what could be the consequences and implications. Secondly, it is discussed how law as a discipline can be supported with artificial intelligence systems. An example is put forward as to how such systems can be designed to be implemented in marital property regimes.

Keywords: *Artificial Intelligence, E-person, E-lawyer, Liability, Capacity to Have Rights and to Act, Legal Logic, Legal Property Regime*

GİRİŞ

“Uzay Yolu” bilim kurgu serisini hatırlayanlar, yıldız gemisi “Atılgan”ı ve “*Mr. Spock*”un sesli komutlarını uygulayan, sorularına cevap veren bilgisayar sesini de hatırlarlar. Bugün birçok akıllı telefon veya cihazlarda benzer uygulamayı çocuktan büyüğe, eğlenceden işe kadar geniş bir profilde ve alanda kullanmaktayız. “Uzay Yolu” bilim kurgu dizisi yayından kaldırılmış olsa da, insanlığın bu alandaki yolcuğu hızla devam etmektedir. Bu yolculuk, beraberinde birçok cevaplanması için çaba sarf edilen soruyu da getirmektedir.

Henüz yeknesak bir kavram birliği sağlayacak çalışma sayısına ulaşılmadığından biz de başlıkta yapay zekâ kavramını kullandık. Ancak çalışma esasen yapay zekâ esaslı ile çalışan “Robotlar¹, Robotik Sistemler, Yapılar ve Programlar” ile ilgili değerlendirmeler içerecektir. Bu çalışmada yapay zekâ algoritmalarına² veya programlara yöntem ve dillerine ilişkin teknik bir inceleme veya sadece klasik anlamdaki robotları

¹ Robot kavramının ilk kullanımıyla ilgili açıklamalar için bkz. Melinda Florina Müller, *Roboter und Recht*, AJP 2014, s. 595-608. Çek yazar Karel Capek tarafından slav dilindeki “robota”dan uyarlanarak kullanılmıştır.

² Algoritma kavramı Özbekistan’ın Harezmi, bugünkü Türkmenistan’ın Khiva kentinde doğmuş olan Ebu Abdullah Muhammed İbn Musa el Harezmi’den kaynaklanır. Bu âlim 9. yüzyılda cebir alanındaki algoritmik çalışmalarını kitaba dökerek matematiğe çok

konu edinen hukuki bir değerlendirme yapılmayacaktır. Yapay zekâyla çalışan tüm şeyleri “*hardware, software*” nitелеmek ve diğer imal edilen makinelerden ayırmak için de robotik sistemler ifadesini tercih ettik³.

Çalışmanın konusu, yapay zekâlı robotik sistemlerden kaynaklanan zararlılardan doğan sorumluluğun şartları değildir. Hukuk ile yapay zekânın diğer ilişki alanları ve buna bağlanabilecek sonuçlar, özellikle bu bağlamda yapay zekâ ile çalışan robotik sistemlere kişilik tanınıp tanınmayacağı, yapay zekânın hukuki problemlerin çözümünde hukukçuların yerine veya yanında asli veya tali nitelikte görev alıp alamayacakları konularının tartışılması istenmektedir. Amacımız henüz emekleme aşamasında olan bir gelişimin beraberinde getirebileceği bazı hukuki sorunlara işaret etmek, muhtemel kullanım alanına örnek vermek ve konuya ilişkin ilgiyi hukuk alanında da arttırmaktır. Cezai sorumluluğa ilişkin tartışmalar ise, askerlik hikâyelerinde veya askerlik hizmetinde ceza almış, tüfek, tank ve bölük hikâyeleri dinlemiş bizler için çok daha cazip de olsa konumuz dışındadır.

Bu nedenle önce aşağıda kısaca endüstride robot kullanılması, yapay zekâ hakkında fayda ve risklerin de içerdiği kısa bilgilerle konu anlaşılır kılınmaya çalışılacak, daha sonra yapay zekâlı ürünlere kişilik tanınıp, tanınmayacağı değerlendirilecek ve nihayetinde yapay zekânın hukuk alanında nasıl kullanılacağı, hukuk metodolojisi ve edinilmiş mallara katılma rejimi esas alınarak örneklendirilmeye çalışılacaktır.

1. Yapay Zekâlı Robotik Sistem Uygulamaları

Bugün Endüstri 4.0 diye adlandırılan ve 4. sanayi devrimi olarak da

büyük bir katkı sağlamıştır. www.kodlamadersi.com, (erişim tarihi: 20.09.2017). Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük'te algoritma aşağıdaki şekilde açıklanmaktadır:

Algoritma, Fr. *algorithme*: a. (algori'tma) mat. Orta Çağ'da ondalık sayı sistemine göre, son zamanlarda ise iyi tanımlanmış kuralların ve işlemlerin adım adım uygulanmasıyla bir sorunun giderilmesi veya bir sonuca en hızlı biçimde ulaşılması işlemi, Harezmi yolu.

Güncel Türkçe Sözlükte: Algoritma, *İng.* *algorithm*: Bir sorunun çözümü için, sonlu sayıda adım biçiminde iyice tanımlanmış, sonlu bir kurallar kümesi, örn. $\sin x$ değerini belirtilmiş bir duyarlılıkla hesaplamak için, tümüyle belirlenmiş bir aritmetiksel yordam. IX. yüzyılda Orta Asya'da Harizm bölgesinde yaşamış matematikçi Muhammed bin Musa Al-Harizmi'nin adından gelen terim.

Kısaca bir soruyu cevaplamak, bir sorunu veya bir problemi çözmek veya bir sonuca ulaşmak için gerekli olan sistematik sıralı mantıksal adımların tümüne algoritma denir.

³ Nora Markwalder/Monika Simmler, *Roboterstrafrecht*, AJP, 2017, s. 171-182.

lanse edilen paradigma, bilişim teknolojileri ile endüstriyi en verimli şekilde bir araya getirmeyi amaçlayan bir strateji planıdır. Bu amaçla küresel teknoloji liderleri hem yapay zekânın toplumda kabul görmesi, hem de bilimsel çalışmaların standartlarının oluşması için kamuya yararlı olacak bir partnerlik çatısı altında güçlerini birleştirmektedirler⁴.

Bilgisayar destekli teknolojinin, özellikle robotik makine ve sistemlerin üretim ve imalat sanayisinde kullanılması yeni değildir. Otomotiv üretiminde kullanılan ilk robot 1961 yılında “*General Motors*” tarafından dökmüş işleri için kullanılmıştır. İnsan için tehlikeli olan bu işin bir robot tarafından yapılması hem kolay hem de güvenliydi. Buna bir de düşük maliyet eklenince bu alandaki gelişmelerin önü açılmış oldu⁵. Bugün ISO Norm 8373⁶’te endüstri ve servis robotları ile ilgili tanımlar bulunmaktadır, ancak sınıflandırma ve tanımlar bunlarla sınırlı değildir⁷.

İngilizce “*artificial intelligence*”, Almanca “*künstliche Intelligenz*” olarak ifade edilen yapay zekâ kavramı için kabul görmüş bir tam ve kesin bir tanım kullanılamamaktaysa da, yapay zekâ kavramını genel olarak insan benzeri bir zekânın simülasyonu olarak ifade etmek yanlış olmayacaktır⁸. Yapay zekâ ile bugün insan zekâsına benzer çalışabilen, algıladığı olguları nitelendirebilen, nitelendirmelere dayanarak değerlendirme yapabilen ve bunun sonucunda karar verebilen ve uygulayabilen robotik bir sistemin oluşturulması anlaşılmaktadır.

Robotik makina ve sistemlerin kullanılmasına, özellikle yapay zekâ alanındaki gelişmeler de eklenince, bu konudaki tartışmalar günümüzde hararetlenmiştir. Bugün yapay zekânın kullanıldığı teknolojiler tıptan, hukuka, imalat sanayinden, hizmet sektörlerine kadar çok geniş bir mecrada henüz güvenlik konusundaki istenen seviyede olmasa da denenmekte ve kullanılmaktadır⁹.

⁴ Günter Karjoth, “Ist auf unsere digitalen Assistenten Verlass? digma”, *Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit*, 2017, s. 122-127, www.spiegel.de, (erişim tarihi: 29.09.2016).

⁵ Daha fazla bilgi için bkz. Robot Zirvesi, <http://www.makinatek.com.tr/arsiv/yazi/138-robot-zirvesi>, (erişim tarihi: 14.09.2017).

⁶ Daha fazla bilgi için bkz. <https://www.iso.org/standard/55890.html>, (erişim tarihi: 15.09.2017).

⁷ M. F. Müller, *Roboter und Recht*, AJP 2014, s. 597.

⁸ <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/kuenstliche-intelligenz-ki.html>, (erişim tarihi: 15.09.2017).

⁹ Karjoth, digma, s. 125 vd.

Özellikle insanlar için ağır ve tehlikeli olmayan birçok alanda yapay zekâ kullanılarak sağlanacak iş gücü, henüz kadın erkek eşitliğinin iş hayatında sağlanması sorununu çözememiş insanoğlunu, işsizlik sorununun bir başka boyutu ile karşı karşıya bırakacak gibi görünmektedir. Her ne kadar bu gelişmeler yeni iş alanları açacak ve bugüne kadarki teknolojik gelişmelere rağmen iş gücü piyasası küçülmemiş olsa da yapay zekâlı robotik sistem ve teknoloji kullanılabilecek mevcut iş alanlarında gelecekte duyulacak istihdamı azaltacaktır.

“Korkmayın Makineler Geliyor” başlıklı Spiegel Dergisinin çevrimiçi versiyonunda yayınlanan bir yazıda Zürich Sigorta Grubu’nun cam kırılmalarından kaynaklanan zararların sigorta kapsamında giderilmesinde robotlardan yararlandığından bahsedilmekte, yıllık yaklaşık 40 bin otomobil cam kırılmasına ilişkin gerçekleşen taleplerin yarısının artık çalışanlar tarafından incelenip karara bağlanmadığı belirtilmektedir. Bilgisayarın dokümanları otomatik olarak arşivlediği ve ödemeleri otomatik olarak gerçekleştirdiği bir sistem kullanılmaktadır¹⁰. Oxford Üniversitesi’nin yaptığı bir araştırmada¹¹, tüm meslek grupları dikkate alındığında bunların %47’sinin yaptığı işin bilgisayarlar tarafından üstlenilebileceği ortaya konulmaktadır. Alman gazetesi “*Süddeutsche Zeitung*”¹² un yaptığı “*Wie wahrscheinlich ist es, dass ich durch einen Computer ersetzt werde?*” (Bir bilgisayarın benim yerime geçmesi ne kadar muhtemel?) sorusuna cevap arayan araştırma¹³ sonucunda avukatlar için %3,5 gibi bir oran çıkarken, avukatlık bürosunda çalışanlar içinse bu oran %41 olarak beyan edilmiştir.

Şaşırtıcı olan ise hâkimler için bu oranın %40 olarak beyan edilmesidir. Yorck Frese’in makalesinde¹⁴, özellikle hukuki danışmanlık konusunda yapay zekânın kullanılabileceğine IBM (International Business Machi-

¹⁰ Benjamin Bidder, Zukunft der Arbeit Keine Angst, die Maschinen kommen! <http://www.spiegel.de/wirtschaft/zukunft-der-arbeit-kollege-computer-und-die-angst-vor-dem-maschinenwinter-a-1163946.html>, (erişim tarihi: 14.09.2017).

¹¹ Daha fazla bilgi için bkz. B. Frey/M. A. Osborne, THE FUTURE OF EMPLOYMENT: HOW SUSCEPTIBLE ARE JOBS TO COMPUTERISATION?, http://www.oxford-martin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf, (erişim tarihi: 14.09.2017).

¹² Bkz. <http://gfx.sueddeutsche.de/pages/automatisierung/>.

¹³ Daha fazla bilgi için bkz. <http://gfx.sueddeutsche.de/pages/automatisierung/> (erişim tarihi: 15.09.2017).

¹⁴ Karjoth, digma, 2017, s. 125 vd.

nes)'in “WATSON” adlı bilgisayarını örnek vermektedir. “IBM WATSON”, yapay zekâ çalışmalarıyla geliştirilen bir program olup, “Jeopardy” adlı bilgi yarışmasında o güne kadar en başarılı iki kişiye karşı yarışmış ve yarışmayı açık ara farkla kazanmıştır. Yapay zekâyla çalışan robotik bir sistem profesyonel poker oyuncusunu yenmiş, dudak okumada %47’lik oranla bu konudaki uzman bir dudak okuyucusunun %12’lik başarı oranının çok üzerine çıkmıştır. Yine ceza yargılamasında sanığın kaçma tehlikesi nedeniyle tutuklu mu yoksa tutuksuz mu yargılanacağı hususunda yapay zekâlı robotik bir sistemin hâkimlerden daha yüksek bir oranda doğru karar verdiği yapılan bir araştırmada ortaya konmuştur¹⁵. Stephen Hawking 2015 yılında, Londra’da düzenlenen bir konferansta¹⁶, bilgisayarların insanları yapay zekâyla gelecek yüzyılda geçeceğini savunmakta ve insanlığı, zamanı geldiğinde insanlarla aynı amaçları olan bilgisayarlara sahip olunması gerekliliği konusunda uyarmıştır.

Kısa süre önce “Tesla” kurucusu Elon Musk ile “Facebook” kurucusu Mark Zuckerberg arasında tartışma konusu olan yapay zekâ hususunda endişesini dile getiren Musk’ın haklı çıktığı, “Facebook”un yapay zekâ araştırmacılarının üzerinde çalıştıkları sohbet robotlarının teknikleri geliştikçe, araştırmacılar tarafından anlaşılamayan kendi kendilerine yeni bir dil geliştirmeleri nedeniyle kapatılmalarıyla ortaya konmuştur. “Uzay Yolu” gibi bilim kurgu filmlerinde seyircinin hayal gücüne sunulan birçok ürün ve uygulama, insan fantezisini de karşılayacak şekilde günlük yaşama girmeye başlamıştır¹⁷. Yapay zekânın günlük yaşama her geçen gün daha fazla girmesi, bilim kurgu filmlerine konu risklerle beraber gelişmeye devam edecek bir süreçtir. Aksini beklemek insanın fitratına aykırı olacaktır, ancak insan fitratı bu gelişmenin de sınırını hukukla çizecektir¹⁸.

¹⁵ Simonite, Tom, Maschinenlernen für Richter, National Bureau of Economic Research (NBER), Amerika’da yaptığı yapay zekânın hukuk alanında kullanılmasına ilişkin 08.03.2017 tarihli araştırmada New York şehrindeki 100.000 sicil kaydı ve dava dosyasındaki verilerden hareketle oluşturulan bir algoritma kullanılarak teste konu ve algoritmanın veri edinmediği diğer 100.000 olay hakkında hâkimlere oranla daha doğru bir oranda öngöründe bulunmuştur. www.heise.de, (erişim tarihi: 18.09.2017).

¹⁶ Daha fazla bilgi için bkz. Stephen Hawking warns computers will overtake humans within 100 years., <https://www.techworld.com/news/tech-innovation/stephen-hawking-warns-computers-will-overtake-humans-within-100-years-3611397/>, (erişim tarihi 25.09.2017). Aynı amaç sınırlandırılmalıdır.

¹⁷ Bu konuda her gün yeni bir haber, makale ve araştırmaya rastlamak mümkündür.

¹⁸ Güney Kore, 2005 yılında zeki robotların geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması için bir kanun dahi çıkartmıştır. Daha fazla bilgi için bkz. Müller, AJP 2014, s. 597, 598, dn. 27, 28.

Bu gelişmelerin karamsarlığa neden olmasına gerek yoktur. Çünkü sesli yanıt sistemleri ile çalışan çağrı merkezleri yerine insan sesi duymak isteyenlerin sayılarının azımsanamayacak kadar çok olduğunu, her gelişmenin avantaj ve riskleri ile beraber geldiğini ve bunların birbirini dengelediğini göz ardı etmemek gerekir. Nihayetinde sadece neslin devamı için değil, yaşamak için de insan insana muhtaçtır.

Bu tartışmalar ışığı altında, yapay zekâlı robotların hayatımızın bir parçası olması, farklı hukuki sorunları da beraberinde getirecektir. Acaba üretilen yapay zekâlı bir robotun insan gibi verileri algılayıp karar verip uygulaması sonucu doğan zararlardan kim sorumlu olacaktır? Basit bir mutfak robotunda olduğu gibi satıcı ve üreticisi mi, yoksa algoritmayı oluşturan mı, programlayan mı, yoksa e-kişi olarak kabul edilecek robotun kendisi mi, yoksa kanuni temsilci sıfatıyla sahibi mi ya da hayvan tutucusunda olduğu gibi tutucusu mu veya araç işletenin sorumluluğunda olduğu gibi işleteni mi?

Amerika Birleşik Devletleri'nde otomatik pilotla kendi kendine seyreden aracın yaptığı trafik kazası, yapay zekâlı pilotun tır dorsesi ile gökyüzü ayırımını yapamamasına dayandırılmaktadır. Trafikteki insan hatalarını düşününce yapay zekâlı pilotun bu ayırımı yapamaması önemsiz sayılabılır. Aracın sürücüsünün hayatını kaybetmesi ise yukarıdaki soruları haklı kılmaktadır. Bu ve buna benzer sorulara cevap aramaya ve hukuki altyapı çalışmalarına dünyanın gelişmiş ülkelerinde başlanmıştır. Avrupa Parlamentosu, aldığı bir kararda yapay zekâ konusu ile ilgili bir ofisin kurulmasını, insan olarak kabul görmeyen ve görmeyecek olan yapay zekâyla çalışan robotların, makinelerden ayırımını sağlayacak hukuki bir statünün oluşturulmasını, hukuk ve etik kurallarıyla bu alanın düzenlenmesini tavsiye etmektedir.

Bu soruların bazılarını bugün kısmen cevap bulmak mümkündür. Cevap bulunmasına gerek olmayan konular içinse daha zaman var denebilir. Ancak tartışılmaya daha önceden başlanmış olan ve hukuk hayatında pek kabul görmeyen bir konu olan e-hukukçu / e-avukat / e-hâkim kavramının Endüstri 4.0 ile tekrar incelenmesi; özellikle yapay zekâ konusundaki gelişmelerle birlikte yeniden değerlendirilmesi yanlış olmayacaktır.

İnsan tüm iyiliklerinin ve güzelliklerinin yanında, insanlığa ve çevresine en büyük zarar veren varlıktır. Bu nedenle şeffaf, kontrol edilebilir bir imalat süreci, emredici hukuk ve etik ilkelerle konunun düzenlenmesi kaçınılmazdır. Yapay zekâ algoritmalarının, yazılımlarının hepsinin veya kamusal fayda/risk görülenlerin hukuken fikri mülkiyet konusu yapılmasına

izin verilmemesi veya herkese açık olması da koruyucu bir önlem olabilir. Doğal olarak bu tedbir defansif bir eğilime neden olabilecek, yapay zekâ alanındaki gelişmeleri engelleyecek niteliktedir. Sanayi devrimi ile patent hukukundaki geçmişten bugüne kadarki gelişmeler izlendiğinde endişelenmek yerindedir. İnsan her görünüşü ile hukuken korunurken, zihni yetenekleri fikri mülkiyet konusu değildir. Fikri mülkiyet konusu olan ortaya konan eserler, ürünlerdir. İnsan zekâsının bir ürünü olmasına rağmen, yapay zekâ algoritmalarının, yazılımlarının hukuken fikri mülkiyet konusu yapılmasına izin verilmemesi veya kamu yararı/riski nedeniyle belirli özelliklere sahip olanlarına böyle bir sınırlama getirilmesi, bu algoritmaların somutlaştığı fiziksel görünüşlerin veya uygulamaların fikri mülkiyet konusu yapılmasını ise engellemeyecektir. Sırf ekonomik saiklerle hareket eden yatırımcıların bu şekilde teşviki ve korunması mümkündür. Bu düşüncedeki amacımız, insan ihtiyaçları sonsuz kaynaklar sınırlı diyen liberal ekonomik sistemin yapay zekâ alanında getirebileceği sosyal ve toplumsal risklerin önüne geçmektir, yoksa insanoğlunun insanlığa hizmet eden ve kendisinden daha gelişmiş bir varlığı üretmesinin vereceği haklı hazzı engellemek değildir.

2. e-Kişi, Hak ve Fiil Ehliyeti

Acaba yapay zekâyla çalışan bir robotik sistemin hukuki statüsü ne olmalıdır? Hukukun objesi olan bir eşya mı yoksa hukukun süjesi olan bir kişi mi, yoksa kendine has özellikleri dikkate alındığında özel bir statü mü tanınmalıdır?

Hukuk tarihine ve bugünün toplumlarındaki düzenlemelere baktığımızda, bazı insanların (köle, etnik grup, ırk vb. sebeplerle) hak ve borç sahibi olabilen “kişi” olarak kabul edilmediklerini, bir eşya gibi hukukun objesi olarak kabul edildiklerini; buna karşın insani özellik göstermeyen mal veya kişi topluluklarına belirli şartlar altında kendi varlıklarından bağımsız olarak kişilik tanındığını görmekteyiz. Bunlardan en bilineni devlet dediğimiz tüzel kişidir. Kendini oluşturan vatandaşlarının dışında, hakları ve borçları olabilen hukuken düzenlenmiş ve kabul edilmiş olan bir “kişi”lidir. Bunun gibi dernekler, vakıflar ve ticaret şirketleri de kendilerini oluşturan kişilerden bağımsız varlığa sahip kişiler olarak düzenlenmiş ve kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi hukuk düzeni, insan olmayan varlıklara da kişilik tanıyabilmektedir.

Fransız sosyolog Bruno Latour’un 2014 yılında kaleme aldığı “Guide-

lines on Regulating Robotics, RoboLaw” isimli çalışmaya göre¹⁹, AB tarafından desteklenen projesinin sonucunda yapay zekâyla çalışan robotların bazı durumlarda hukuk konusu değil, hukuk süjesi olarak kabul edilmesini, böylece tüm yükümlülük ve sorumluluğa sahip olmalarını desteklemektedir. Bu sorumluluğun mahiyetinin bir kusur sorumluluğu mu yoksa bir kusursuz sorumluluk mu olacağı da bu halde karara bağlanmalıdır.

Kanımızca yapay zekâyla işleyen robotik sistemleri hukuken, hak ve borç sahibi olabilen kişi olarak kabul etmemek gerekir. İnsan olmayan varlıklara tüzel kişilik tanınmış olması, robotların da kişi olarak kabul edilmesinin gerekçesi olmamalıdır. Çünkü tüzel kişiler çeşitli saiklerle her ne kadar bağımsız birer kişi olarak kabul edilseler de, insan iradesine muhtaçtırlar, insan iradesi olmadan kurulamaz, karar alamaz ve uygulayamazlar. Tüzel kişiler bu anlamda; kuruluş, işleyiş ve sona erme aşamalarında şeffaf ve kontrole açıktırlar. Ancak yapay zekâyla çalışan robotların eğer insan gibi ve hatta daha fazla zekâyı sahip olarak çalıştıklarını kabul edersek, varlıklarını elde ettikten sonra bağımsız karar alma ve uygulaması söz konusu olabilecektir. Bu davranış modeli insani bir simülasyon olsa da, onları insan gibi hak sahibi kabul etmek öngörülemeyen riskleri de beraberinde getirebilecektir. Satan, imal eden vb. kişilerin dışında sorumluluk için robotik sistemleri e-kişi olarak kabul etmek, sorumluluğun karşılığı olarak hak sahipliğini, özellikle mal varlığına ilişkin hakların da tanınması sonucunu doğuracaktır.

Mal sahipliğinin ekonomik gücü ve bu ekonomik gücün beraberinde, insan yaşamı ve sosyal hayatında öngöremediğimiz riskleri getirmesi mümkündür. Sonsuzluk ve buna bağlı sonsuz ekonomik güç her halde insanoğlu için en önemli risk olacaktır. Öngörülebilir ve öngörülemez riskler insanla eşit haklara sahip olabilecek robotik bir e-kişiliğin kabul edilemezliğinin gerekçelerinden biridir. Lakin askeri alanda kullanılan robotik sistemlerle, Asimov yasalarından²⁰ insanoğlu sınırlı da olsa ayrılmıştır. İnsani duygusal yeteneklerden yoksun bir hukuk süjesinin sosyal ve

¹⁹ Çalışmanın pdf metni için bkz. http://www.robotlaw.eu/RoboLaw_files/documents/robotlaw_d6.2_guidelinesregulatingrobotics_20140922.pdf

²⁰ Asimov Robot Yasaları:

- 1) Robotlar, insanlara zarar veremez ya da eylemsiz kalarak onlara zarar gelmesine göz yumamaz.
- 2) Robotlar, birinci yasayla çakışmadığı sürece insanlar tarafından verilen emirlere itaat etmek zorundadır.

ekonomik hayatımızı düzenleyen belirsiz ama etkili dini, hukuki, ahlaki ve etik kurallara uymasını beklemek gerçekçi olmayacaktır. Gerçek kişi, ulusal ve uluslararası yasalarla en üst düzeyde korunan hukuk süjesidir. İnsan olmayan yapay bir varlığın bu korumadan yararlanmasına izin verilmemesidir. İnsan tüm fiziksel ve zihinsel engellerine, insanlara verdiği zararlara rağmen insan olarak tüm temel yasal korumadan yararlanmakta, hatta suç işlemiş bir kişi olarak dahi korunmaya devam etmektedir. Yapay zekâlı bir robotik sistemin üretim programlama vb. hatalarla üretilmiş olarak insanlara zarar vermesi halinde dahi benzer şekilde yasal korumalardan yararlanmasına neden olabilecek hukuki bir nitelemeden kaçınmak yerinde olacaktır.

Aynı gerekçeyle yapay zekâlı robotik sistemleri sınırlı ehliyetli olarak kabul etmek de yanlış olacaktır. Çünkü sınırlı da olsa onun kendi fiilleri ile hak sahipliği ve borç altına girmesi söz konusu olabilecektir. Tam fiil ehliyetli gibi haksız fiillerden sorumluluk, hukuki işlemlerle, yetkili makam veya kişinin iradesiyle bağlılık bu statünün zorunlu sonucu olacaktır. Bu da kişi statüsünün tanınması anlamına gelir ki bu durum baştan beri kabul edilmemektedir.

Yapay zekâlı robotik sistemlerin, ayırt etme gücüne sahip tam fiil ehliyetine sahip olamayan sınırlı ehliyetsizler gibi kabul edildiği varsayımında, sınırlı ehliyetsizlerin haksız fiillerinden sorumlu oldukları kabul edilecek ve nihayetinde robot sistemlerine gerçek kişi gibi bir sorumluluk alanının tanınması söz konusu olacaktır.

Hukuki işlemler açısından ise özel bir değerlendirme yapmak gerekir. Yapay zekâlı robotik sistemlerin iradi temsil yetkisine veya yasal temsil yetkisine sahip olmaları mümkündür. Özellikle hak sahibi olmaları ve borç yüklenmeleri, kişi olarak kabul edilmediklerinden mümkün olmayacaktır. Ancak irade açıklama yeteneklerinin varlığından dolayı doğrudan temsil ilişkisi gündeme gelebilecektir. Temsil ettikleri gerçek veya tüzel kişileri hem borç hem de hak sahibi yapmaları mümkün olacağından, acaba sadece hak sahibi yapabileceklerinin kabul edilmesi bir koruyucu önlem olabilir mi? Her ne kadar yetkisiz temsil ilişkisi ile hukuki sorunların çözülmesi mümkün ise de, iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması düşüncesiyle yapılan ve geçersiz olan işlemlerden temsil olunanın sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu nedenlerle temsil ettikleri kişileri tek başlarına yaptıkları hukuki işlemlerle borç veya sorumluluk altına sokmalarına izin

3) Robotlar, birinci ya da ikinci yasayla çakışmadığı sürece kendi varlıklarını korumak zorundadır.

verilmemesini, insanı korumak amacıyla savunmak yerinde olacaktır. Bu tür işlemlerin ancak temsil olunan gerçek veya tüzel kişinin onayı ile geçerli olması kabul edilebilir. Zaman içerisindeki ihtiyaç ve gelişmelere bağlı olarak değişik çözümlerin getirilmesi mümkündür.

İki taraflı hukuki işlemlerde, bir tarafın insan olan gerçek kişi veya tüzel kişi olması sağlanarak, çıkan uyuşmazlıkların mevcut hukuki kazanımlara dayanarak çözümlenmesi sağlanabilir. Çünkü sosyal düzen kuralları istisnasız insanlar içindir. Bunun aksini de düşünmek mümkündür. Karşılıklı irade açıklamasında bulunanların yapay zekâlı robotik sistemler olması şartıyla yapılan işlem geçerli kabul edilebilir. Bu son durumda mevcut hukuki kazanımlarımız yeterli olmayabilir. İnsan odaklı oluşturulan ve uygulanan hukukun yapay zekâlı robotik sistemlerin taraf olduğu bir uyuşmazlığa ancak uyarlanarak uygulanması mümkün olacaktır. İrade açıklamasında hata, hile, tehdit ve benzeri kaynaklı bir sakatlık var mı yok mu sorusuna verilecek cevap, muhtemelen bugüne kadar olduğundan farklı olacaktır. Basiretli tacir gibi basiretli taraf veya benzer kavram ve ilkelere ihtiyaç olabilecektir. Yetenekleri ile üstün olanların hukuki çerçevede desteklenmesi, engellenmemesi, daha az üstün olanların ise korunması, temel bir sosyal ve insani ilke olup, bu ilkeler çeşitli hukuki düzenlemelerde yer alarak, hukuki uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmaktadırlar. Karşı tarafın zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanma söz konusu olmadan da yapay zekâlı robotik sistemlerin insanüstü yetenekleri ile kendisinin veya temsilcisinin menfaatlerinin aşırı gözetmesi mümkündür. Belirsiz olan bu ve benzeri risklere karşı, koruyucu hükümlerin getirilmesi veya mevcut koruyucu nitelikteki hükümlerin (dürüstlük kuralı, iyiniyet vb.) yerine göre dar veya geniş yorumlanması bir çözüm olabilir.

Gerçek kişilerin ehliyet yönünden yapılan tasnifinde tam ehliyetsiz grubunda kabul edilen ayırt etme gücü olmayan kişilere tanınan statü, haksız fiiller ve hukuk işlemler açısından bir ayrıma gitmeden yapay zekâlı robotik sistemler için de kabul edilebilir. Bu halde kendi fiil ve işlemleri ile kendilerini borç altına sokamazlar ve hak sahibi yapamazlar. Yukarıda belirtildiği gibi, ancak yasal düzenlemelerle temsil ettikleri gerçek veya tüzel kişileri hukuki işlemlerle hak sahibi yapabilmelerine izin verilmesi, belirsiz riskler nedeniyle desteklenebilir bir çözüm önerisidir.

Yapay zekâlı robotik sistemlerin, fiillerinden sorumlu olmamaları, kendi irade açıklamalarıyla e-kişi olarak yasal temsilcisi oldukları kişiyi

hak sahibi yapabileceklerini, irade açıklamalarıyla ne kendilerini hak sahibi yapacakları, ne kendilerini ne de yasal temsilcilerini veya üçüncü kişileri borç altına sokacaklarını kabul etmek, özel bir hukuki statüyü gerekli kılmaktadır.

3. e-Kişi ve Sorumluluk

Özel hukuk açısından kişi olarak kabul edilmeyen yapay zekâlı robotik sistemlerin kullanılmasından doğan zararlardan kimin, hangi sebeplerle sorumlu olacağı açısından ise sorun daha az tartışmalıdır. Koruma ve özen yükümünün ihlali nedeniyle sözleşmeye aykırılıktan, haksız fiilden, ayıplı maldan sorumluluk hükümlerine başvurmak, imalatçı/üreticinin TKHK kapsamında sorumluluğu yoluna gitmek düşünülebilecek ilk akla gelen çözümlerdir. Öncelikle yukarıda belirtildiği üzere, yapay zekâlı robotik sistemlerin kişi olmamaları sebebiyle haksız fiillerden de mali açıdan sorumlu tutulmamalarını gerektirir. Cezai sorumlulukları konumuz dışıdır.

Hali hazırdaki tehlikeli işletme sorumluluğunun, genel olarak düzenlendiği TBK md. 71 hükmü uygulanabilir gibi gözükse de, kanımızca hükmün lafzı ve amacı birlikte değerlendirildiğinde yapay zekâlı robotik sistem son kullanıcısının, bu hüküm kapsamında sorumlu olması, örneğin evinde yapay zekâlı temizlik robotu kullanan kişinin bu faaliyetini tehlikeli işletme olarak nitelendirmek gerekecektir ki, bu da TBK md. 71 hükmünün uygulanması için bir zorlama olacaktır.

İmalatçının, satıcının, ithal edenin ve piyasaya sürenin sorumluluğunu düzenleyen mevcut hukuki düzenlemelerin uygulama alanı bulması mümkünse de, kanımızca içerdiği risk büyüklüğü nedeniyle konunun tehlike sorumluluğu altında, özel bir kusursuz sorumluluk türü olarak ve sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirme imkânı olmadan düzenlenmesi gerekir.

Zarar gören kişinin üçüncü bir kişi olması veya kullanan, işleten, sahibi, satıcı, ithal eden, piyasaya süren ve hatta kredi veren olması arasında bir fark olup olmayacağı, fark olacaksa üçüncü kişi dışındakilerin iç ilişkideki sorumluluklarının kusur ya da tehlike sorumluluğu mu olacağına da karar verilmelidir. Kanımızca işletme/kullanım faaliyetinden veya bunların dışındaki faaliyet veya fiillerden kaynaklanan zarar verme sorumluluğu açısından ya da zarar görenler açısından bir fark olmamalıdır.

Sözleşmeye aykırılığa ilişkin mevcut düzenlemelerdeki ayıplı mal sorumluluğu da yeterli bir çözüm imkânı sunmamaktadır. Ayıplı maldan sorumluluk için hasarın geçtiği anda ayıp mevcut olmalı ya da ayıp gizli ayıp

niteliği ile sonradan ortaya çıkmalı ve zarara neden olmalıdır. Hasarın geçtiği anda ayıplı olmayan, sonradan da bir ayıbın tespit edilemediği hallerde dahi yapay zekâlı robotik sistemin verdiği zarardan sorumluluk söz konusu olmalıdır.

İmalatçının, satıcının, ithal edenin, piyasaya sürenin ve hatta kredi verenin veya “işleticinin²¹” zarar görene karşı sorumluluğunun düzenlendiği halde, bu sorumluluğun zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamına alınması hem gerekli hem de makul bir çözüm olacaktır.

İfa yardımcısı veya adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından, TBK md. 66 ve md. 116 hükümlerine istinaden yapay zekâyaya dayalı robotların üçüncü kişilere verdikleri zararlardan sorumlu olmaları kıyasen düşünülebilir. Ancak sorumluluk şartları ve sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirme imkânları ile dogmatik sorumluluk kaynağı (bu hükümlerde ifa yardımcısı olan veya çalıştırılan kişinin yani zarar verenin kendisinin de bizatihi haksız fiillerden sorumlu olması söz konusudur) dikkate alındığında bu çözüm tercih edilmemelidir²². Söz konusu olan sebep sorumluluğu da olsa, sorumluluk şartları ile kurtuluş kanıtı getirme imkânı dikkate alındığında, zarar gören yeterince korunmamaktadır. Dogmatik olarak hem TBK md. 66 hem de TBK md. 116 hükmü, bir başkasının zarar verici fiilinden sorumluluğu düzenlemektedir. Yapay zekâlı robotik sistemleri kişi olarak kabul etmediğimizden, kendilerinin sorumlu olacağı zarar verici bir fiilden bahsetmek mümkün değildir. Hayvan tutucusunun sorumluluğuna da sokamayacağımızdan, özel bir düzenlemeye ihtiyaç olacaktır.

Son ve nihai olarak mali sorumluluğun tüm bu gelişmelere izin veren ve zemin hazırlayan, toplum tüzel kişisi devlete yükletilmesi de kanımızca düşünülebilir.

4. e-Hukuk ve Hukuk Mantığı

Hâkimlerin²³ vicdani kanaatlerine göre karar verecek olduğu Anayasa’da (md. 138²⁴) yer alsa da, bu yapay zekâlı robotik sistemlerin hukuk

²¹ Karayolları Trafik Kanunu’nda olduğu gibi bir “işletici” veya benzer kavramının tanımlanması gerekli ve yeterli olacaktır.

²² Krşl. Müller, AJP 2014, s. 598 vd.

²³ Maddede hâkimler ifadesi yer alsa da biz bunun tüm hukuk mesleklerini kapsayacak şekilde kullanacağız. Yeri geldikçe diğer hukuk mesleği gruplarından da bahsedilecektir.

²⁴ AY m. 138: *Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*

hayatında hiçbir yeri olmayacağı anlamına gelmemelidir. Bilakis evrensel hukuk ilkeleri algoritmasında tanımlı olan ve bunları kullanarak çıkarımlar yapan bir yapay zekâlı robotik sistemin önyargılardan uzak, objektif değerlendirme ve sonuçlar ortaya koyarak, yargının tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanmasına hizmet edeceği, ön yargılardan bağımsız çalışan bir algoritmaya sahip bir robotik sistemin kamu hizmetlerine girişte anayasal eşitliği sağlayacağı, ön yargılardan uzak bir karar verme imkânına sahip olabileceği göz ardı edilmemelidir²⁵.

Burada ön yargılarla kastedilen, kamu kaynaklarını kullanırken ve kamu adına karar verirken bağımsız ve tarafsızlığı sağlamayı engelleyen insani hatalarımızdır. Mevcut verilere dayanarak, olasılık hesaplamalarıyla varılan sonuçlar, insani tecrübelerimizin yanlış olma ihtimali olduğu halde, reddedilmemektedir. Değişiklik ve yeniliklere temkinli yaklaşan hukukçu ve hukuk bilimi, insanoğlunun bu ilerleyişini takip değil, teşvik ve eşlik etmelidir.

Yapay zekânın hukuk uygulanmasında karar destek programı olarak kurgulanması, nihai kararın hâkime/hukukçuya bırakıldığı hallerde pek sorun olmasa da, e-Avukat, e-Hâkim, e-Savcı gibi; hukuk kurallarının yorumlanması ve vicdani karar vermelerin söz konusu olduğu hallerde, yapay zekâyâ bu insani yeteneklerin kazandırılmasındaki zorluklar dikkate alınmalı ve bu konunun zaman alacağı düşünülmelidir. Yukarıdaki sigorta örneğinde olduğu gibi belirli standartların oluştuğu hukuki uyumsuzluklarda e-hukukçu uygulaması mümkün olabilmelidir.

Vicdan, Türk Dil Kurumu'nun Büyük Türkçe Sözlüğü'nde, "*kişiyi kendi davranışları hakkında bir yargıda bulunmaya iten, kişinin kendi ahlak değerleri üzerine dolaysız ve kendiliğinden yargılama yapmasını sağlayan güç*" olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle vicdan içsel bir mahkemedir.

Hâkimler nihayetinde vicdani kanaatlerine göre karar verseler de, karar verme sürecinde hukuk uygulamasında kullanılan mantık kurallarından ve ilkelerinden yararlanmaktadırlar. Bu, keyfiliğin önüne geçilmesine neden olduğu gibi, kararların şeffaflığını ve güvenilirliğini de sağlamaktadır. Çünkü adalet mülkün temelidir ve adaletin temeli de hukuki istikrardır. Hukuki istikrar, hep aynı kuralların uygulanması ve aynı kararların alınması anlamına gelmemektedir. Bilakis kuralların zamanla değişmesine

²⁵ Isabelle Wildhaber, *Robotik am Arbeitsplatz: Robo-Kollegen und Robo-Bosse*, AJP 2017, s. 213-224.

rağmen hep aynı yöntem ve ilkelerin dikkate alınarak sistematik, şeffaf ve güvenilir kararların verilmesi, hukuka uygun toplumsal ve somut olay adaletinin sağlanmasıdır.

5. Hukukta Yöntem

Hukukun bir bilim alanı mı yoksa bir disiplin mi olduğu konusundaki tartışmalar bir yana, hukukun takip ettiği genel kabul görmüş yöntem ve ilkeler mevcuttur. Bunlar hukukun yer, zaman ve anlam bakımından uygulanmasının vazgeçilmez araçlarıdır. Yasal düzenlemelerin geçmişe yürümeyeceği, suç ve cezanın kanunsuz olamayacağı, istisnai düzenlemelerin dar yorumlanacağı ve benzeri ilkeler, hukukta genel kabul görmüş ilkelere. Bu ilkeler ışığında yasal düzenlemelerin somut olaya uygulanması ve bir sonuca varılması hukuk yöntemi ile gerçekleşir.

TMK md. 8 hükmü “her insanın hak ehliyeti vardır” şeklindedir. Bu hüküm iki bölümde incelenebilir. Birinci bölümde uygulama şartları ikinci bölümde uygulama sonucu bulunmaktadır. Uygulama şartı “insan” olmaktır. Uygulama sonucu ise her insanın “hak ehliyetine” sahip olmasıdır²⁶. O halde bir hayvanın hak ehliyeti olup olmadığı sorusuna cevap verirken yürütülecek mantık,

Her insanın hak ehliyeti vardır (Büyük önerme) Hukuk kuralı
 Hayvan insan değildir. (Küçük önerme) Hukuki olay
 Hayvanın hak ehliyeti yoktur. (Sonuç önerme) Karar
 şeklinde olacaktır.

Bu basit örnek tüm hukuki olayların/soruların/sorunların çözümünde kullanılan temel yöntemdir. Ancak önce maddi olayın hukuken nitelendirilmesi ve hukuki soru veya sorunun tespit edilmesi gerekir. Yapılan hukuki nitelendirme ve tespit edilen hukuki sorun, binlerce hükmün tek tek taranması yerine uygulanacak hukuk kurallarının bulunmasına hizmet eder²⁷. Bulunan hukuk kurallarının (büyük önerme) somut olaya (küçük önerme) uygulanması ile karara (sonuç önerme) ulaşılır. Bu süreçte hukuk alanlarına, hukuk alanlarında geçerli olan ilkelere ve yorum yöntemlerine başvurulur.

²⁶ Ernst Hirsch, *Pratik Hukukta Metot*, 8. Baskı, Ankara 2017, s. 8; ayrıca bkz. Rona Serozan, *Hukukta Yöntem – Mantık*, İstanbul, 2017.

²⁷ Hirsch, s. 16 vd.

Hukuk uygulamasında yapay zekânın kullanılmasında en önemli sorunlardan biri hukuk kurallarının anlam bakımından uygulanmasında yorum sorunun nasıl aşılacağıdır. Yorum iki şekilde kendisini göstermektedir. Bunlardan ilki, hukuk kurallarına anlam yüklemektir. Bu halde farklı teori ve yöntemler kullanılmakla beraber, lafzi yorum (metnin dilbilgisi kurallarına göre sahip olduğu anlam) ve amaçsal yorum (hükmün korumak istediği menfaatin dikkate alındığı yorum yöntemi) öncelikle kullanılmaktadır. Hukuk metinlerinin lafzi yorumu ve amaçsal yorumunda sahip olduğu anlam ülkede hukuk alanında yeknesaklık sağlamayı amaçlayan üst yargı mercii (Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay) kararları ile doktrindeki hâkim görüş dikkate alınarak belirlenecektir. Böylece her olayda kurallara farklı anlam yüklemelerinin getireceği sakınca asgariye indirilmeye çalışılmaktadır.

Yorumun diğer ayağı ise hukuki olayların yorumlanmasıdır. Bu aşamada, maddi olaylara hukuki anlam yüklenir ve nitelendirilir. Nihayetinde tespit edilen hukuk kuralı, nitelendirilen somut olaya uygulanarak hukukun öngördüğü sonuca ulaşılır. Ulaşılan bu sonuç taleple kısmen veya tamamen örtüşebileceği gibi örtüşmeyebilir de, bu son halde davanın reddi, kaybedilmesi söz konusudur.

Yukarıdaki açıklamaları kısa bir örnekle somutlaştıralım, Türk Medeni Kanunu 2002 yılından itibaren yürürlüktedir. Eşlerin aralarında edinilmiş mal rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir (TMK md. 202). Yasal mal rejiminde eşlerden her birinin, diğerinin artık değerinin yarısı üzerinde bir alacak hakkı vardır (TMK md. 236). Artık değer ise, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dâhil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır (TMK md. 231). Edinilmiş mallar ise TMK md. 219’da tanımlanmış ve örnek olarak sayılmıştır. Aşağıdaki açıklamalarda parantez içerisinde verilen ifadeler yoruma ilişkindir.

Türk Medeni Kanunu

II. Edinilmiş mallar

Madde 219- *“Edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir.”*

1. “Büyük önerme; Edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir. Hükmün uygulama şartları:

- a. Taraflar arasında evlilik ilişkisi olmalı,
- b. Eşler arasında yasal mal rejimi geçerli olmalı,
- c. Edinim anı (yasal mal rejimi sürerken),
- d. Karşılık (Mal, Para, Hizmet şeklinde karşılıklılık ilişkisi içerisinde gerçekleşebilir.),
- e. Sonuç: Edinilmiş mal.

2. “Küçük önerme; Maddi olay: Avukat eş, başarılı vekâlet hizmeti nedeniyle müvekkilden araba almıştır.

- a. Vekâlet, yapma edimi içeren bir sözleşme ilişkisidir.
- b. Ücretsiz veya ücret karşılığı yapılabilir (Ücret para olabileceği gibi, ücret yerine başka bir ekonomik edim de kararlaştırılabilir). Avukat olan eşe kazandığı bir dava nedeniyle vekâlet ücreti yerine araba verilmesi, ifa yerine edim olup vekâlet hizmetinin karşılığıdır.”

3. “Sonuç önerme; Avukat eşe ait araba edinilmiş maldır.”

Bu hükmün anlamında yorum gerektiren; “karşılık” kavramıdır. Hukukun ekonomik değeri olan para, mal, iş ve benzeri değerler mal ve hizmetlerin değiş tokuş ilişkisinde karşılık olarak nitelendirilmektedir. Memurun çalışması karşılığı aldığı maaşı, vekilin hizmeti karşılığı aldığı vekâlet ücreti veya otomobil iş görme edimi ile karşılıklılık ilişkisi içerisindedir. Bu üç karşılık (maaş, vekâlet ücreti ve otomobil) yasal mal rejimi süresince (örneğin 02.02.2002 ve 01.05.2016 tarihleri arasında) edinilmişse, edinilmiş maldır ve diğer eşle paylaşılması gerekir.

Yapay zekâli robotik sistemin bizim vardığımız bu sonuca, kendisine verilen verilere dayanarak ulaşması sağlanabilirse, hukuk uygulamasında e-hukukçunun ilk adımı küçük de olsa atılmış olacaktır.

6. Yapay Zekâ ve Hukuk Uygulaması

Mantığın hukuk alanındaki uygulamaları ile ilgili araştırmalar dünyada yaklaşık 30 yıldır yapılmaktadır²⁸. Araştırma konuları incelendiğinde araştırmanın bilgi gösterimi, akıl yürütme ve etkileşim olmak üzere üç büyük konu başlığı etrafında toplandığı görülmektedir.

²⁸ T. J. M. Bench-Capon, vd., “A history of AI and Law in 50 papers: 25 years of the international conference on AI and Law”, *Artificial Intelligence and Law* 20, C: 3, 2012, s. 215-319.

Mantığın hukuk alanında ilk uygulandığı araştırmalarda hâkim olan görüş kanunların net ve iki anlamlılık içermeyen bir temsilini gerçekleştirmek ve böylece bu biçimsel temsilden çıkarımlar yapmak olmuştur. Bu yaklaşım mantığı dar bir perspektiften görerek akıl yürütmeyi bilgi gösteriminin doğrudan bir sonucu olarak kabul etmiştir. Böylece bir kere temsil yapıldıktan sonra geleneksel mantık yöntemleriyle çıkarımlar yapmanın yeterli olacağı düşünülmüştür. Bu yaklaşımın başarılı bir örneğini *Sergot* vd. çalışmalarında vermişlerdir (1986)²⁹.

Çalışmada yeni çıkarılmış bir yasanın mantıksal modellemesi yapıldığından yorum sorunları en azda tutulmuş ve iyi araştırma sonuçları alınabilmiştir. Buradaki başarının diğer hukuk problemlerine de taşınması denendiğinde geleneksel mantığın sunduğu semantiğin hukuk problemleri için yeterli olmadığı anlaşılmıştır. Bunun temel nedenlerinden biri, bir yasa yapılırken kanun koyucunun her bir somut durumu tahmin edemeyeceği için yasayı çok soyut ve genel bir halde tasarlamasıdır. Bir yasanın soyut tanımından, yasanın somut bir duruma uygulanmasında gereken köprü ancak yorumlama ile mümkün olmaktadır. Yorumlama ise belirsizliklere, anlaşmazlıklara ve çıkar çatışmalarına zemin oluşturmaktadır. Bu nedenle hukuk problemlerinin modellenmesinde kullanılacak mantığın çatışan kurallarla, belirsizliklerle ve anlaşmazlıklarla başa çıkabilmesi gerekmektedir.

Kanunun temsili alanındaki erken araştırmalar yasamadaki çift anlamlılıkları ortaya çıkarmaya yönelik olmuştur³⁰. Örneğin yasa yapımcılar "eğer" kelimesini bazen yeterli bir koşulu anlatmak için, bazen de yeterli ve zorunlu bir koşulu anlatmak için kullanmışlardır. Buna benzer kullanımların aynı metin içerisinde geçmesi halinde olası yorumlar yüksek sayılara ulaşacaktır³¹.

Kanuni birçok metinde -meli/-malı, -abilir vb. ekler kullanılarak zorunluluk, yükümlülük, izin verilebilirlik ifadeleri kullanılmaktadır. Deontik

²⁹ M. J. Sergot/F. Sadri/R. A. Kowalski/F. Kriwaczek/P. Hammond/H. T. Cory, "The British Nationality Act as a logic program", *Communications of the ACM* 29, 1986, s. 370-386.

³⁰ L. E. Allen, "Symbolic Logic: A razor-edged tool for drafting and interpreting legal documents", *Yale Law Journal* 66, 1957, s. 833-879.

³¹ L. E. Allen/C. S. Saxon, "More IA Needed in AI: Interpretation Assistance for Coping with the Problem of Multiple Structural Interpretations", *Proceedings of the Third International Conference on Artificial Intelligence and Law*, ACM Press, New York 1991, s. 53-61.

mantık tam olarak bu ifadeleri modellemek için kullanılmaktadır. Hukuk metinlerinin analizinde deontik mantık çeşitli çalışmalarda kullanılmıştır³². Hukuki durumlarda tarafların yükümlülüklerinin, tarafların nelere izinlerinin olduğunun ya da olmadığının analizi konusunda bu yaklaşımla sonuçlar alınmıştır³³.

Yasaların zamanla değişebilmesi, yasalarda istisnaların kullanımı, yasalar arasındaki hiyerarşinin kullanılarak, yasalar arasındaki çatışmaların çözülmesi ve yükümlülük ve zorunlulukların dinamik olarak atanabilmesi gibi gereklilikleri modelleyebilmek için tekdüze olmayan mantık yöntemleri kullanılmıştır. Bu mantık yöntemleri önceden doğru kabul edilen önermelerin daha sonra yeni doğru kabul edilen önermelerin analize katılmasıyla değişimlerine olanak tanımaktadır³⁴.

Birbiriyle çatışan hukuk kurallarının dikkate alınması gereken durumlarda daha önce görülmüş davalarda buna benzer problemlerin nasıl çözüldüğüne bakılmalıdır. Bu tip problemleri modellemek için dava temelli akıl yürütme (*case based reasoning*) yaklaşımı geliştirilmiştir. Bu yöndeki araştırmalarda karşılaşılan en büyük zorluk, yeni davaların öncekilerle hiçbir zaman bire bir aynı olmamasıdır. Yapay zekâ ve hukuk araştırmaları

³² C. E. Alchourron/E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer Verlag, Wien - New York, 1971; L. T. McCarty, "A Language for Legal Discourse I. Basic Features", *ICAIL '89 Proceedings of the 2nd International Conference on Artificial Intelligence and Law*, 1989, s. 180-189; A. J. I. Jones/M. J. Sergot, "Deontic logic in the representation of law: Towards a methodology", *Artificial Intelligence and Law 1*, 1992, s. 42-64.

³³ L. Lindahl, *Position and Change A Study in Law and Logic*, Dordrecht: Reidel, 1977; M. J. Sergot, "A computational theory of normative positions", *ACM Transactions on Computational Logic*, Ekim 2001, s. 581-622; G. Sartor, "Fundamental legal concepts: a formal and teleological characterization", *Artificial Intelligence and Law 14*, 2006, s.101-42; A. D. H. Farrell/M. J. Sergot/M. Salle/C. Bartolini, "Using the event calculus for tracking the normative state of contracts", *International Journal of Cooperative Information Systems 4*, 2005, s. 99-129.

³⁴ R. Hernandez Marin/G. Sartor, "Time and norms: a formalisation in the event-calculus", *Proceedings of the Seventh International Conference on Artificial Intelligence and Law*, ACM Press, New York, 1999, s. 90-100; G. Governatori/M. Dumas/A. H. M. ter Hofstede/Ph. Oaks, "A formal approach to protocols and strategies for (legal) negotiation", *Proceedings of the Tenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, ACM Press, New York, 2005; H. Prakken/G. Sartor, "The role of logic in computational models of legal argument: a critical survey", In A. Kakas and F. Sadri (eds.), *Computational Logic: Logic Programming and Beyond. Essays in Honour of Robert A. Kowalski*, Part II, Springer Lecture Notes in Computer Science 2048, Berlin, 2002, s. 342-380.

çerçevesinde dava temelli akıl yürütme için çeşitli hesaplama modelleri geliştirilmiştir³⁵.

Bazı hukuki problemlerde karar verici birden çok uygun karar arasından hangi kararın verilmesi gerektiğini seçebilir. Bu tip davalarda verilebilecek her karar için bir gerekçelendirme silsilesi yaratmak mümkündür. Yapay zekâ ve hukuk araştırmalarında buna benzer durumları modellemek için teleolojik akıl yürütme (*teleological reasoning*) yöntemi geliştirilmiştir³⁶.

Hukuk problemlerinde sıklıkla karşılaşılan akıl yürütme örüntülerini modellemek için argüman şemaları (*argument schemes*) geliştirilmiştir³⁷. Argüman şemaları bir iddia karşılığında test edilmesi gereken kritik soruları tanımlamak için kullanılır. Argüman şemalarında kullanılacak bir iddia örneği: "Eğer bir şahit P diyorsa, P'dir" şeklinde verilebilir. Bu şemadaki kritik sorular şöyle tanımlanabilir: "Şahit ifadesinde dürüst müdür?", "Şahit P' yi gözlemleyebilecek durumda mıydı?", "Şahit P' yi doğru bir şekilde hatırlamakta mıdır?"

Yine tekdüze olmayan mantık ve mantık programlama kullanılarak geliştirilmiş bir diğer yaklaşım da argümentasyon çerçeveleridir (*argumentation frameworks*)³⁸. *Dung*, çalışmasında argüman kümelerinin ve bunlar

³⁵ R. Hernandez Marin/G. Sartor, "Time and norms: a formalisation in the event-calculus", *Proceedings of the Seventh International Conference on Artificial Intelligence and Law*, ACM Press, New York, 1999, s. 90-100; G. Governatori/M. Dumas/A. H. M. ter Hofstede / Ph. Oaks, "A formal approach to protocols and strategies for (legal) negotiation", *Proceedings of the Tenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, ACM Press, New York, 2005; H. Prakken/G. Sartor, "The role of logic in computational models of legal argument: a critical survey", In A. Kakas and F. Sadri (eds.), *Computational Logic: Logic Programming and Beyond. Essays in Honour of Robert A. Kowalski*, Part II, Springer Lecture Notes in Computer Science 2048, Berlin, 2002, s. 342-380.

³⁶ T. J. M. Bench-Capon/K. Atkinson/A. Chorley, "Persuasion and value in legal argument", *Journal of Logic and Computation* 15, 2005, s. 1075-1097; J. C. Hage, "Comparing alternatives in the law Legal applications of qualitative comparative reasoning", *Artificial Intelligence and Law* 12, 2005, s. 181-225.

³⁷ H. Prakken, "AI and Law, logic and argument schemes", *Argumentation* 19, 2005, s.303-320; F. J. Bex / H. Prakken/C. Reed/D. N. Walton, "Toward a formal account of reasoning about evidence: argumentation schemes and generalizations", *Artificial Intelligence and Law* 11, 2003, s. 125-165.

³⁸ P. M. Dung, "On the acceptability of arguments and its fundamental role in nonmonotonic reasoning, logic programming, and n-person games", *Artificial Intelligence* 77, 1995, s. 321-357.

arasındaki ikili sınama ilişkilerinin tanımlandığı soyut bir çerçeve tasarlamıştır. Buna göre bir argümanın kabul edilebilirliği, çerçevedeki kendini sınamalara karşı savunabilen bir argüman kümesine göre belirlenir. *Prakken* ve *Sartor*³⁹, argüman ve sınama ilişkilerini yapılandırmış ve *Dung*'ın yaklaşımını somutlaştırmışlardır. *Bench-Capon*, bir argümanın kabulü durumunda ortaya çıkan değer kavramını tanıtmıştır⁴⁰. Böylece argümanların başarısı ölçülebilir ve teleolojik akıl yürütme mümkün hale getirilmiştir.

Walton ve Gordon, *Carneades* argümentasyon destek sistemini geliştirmişlerdir⁴¹. *Carneades*, çeşitli argümentasyon görevlerini destekleyen açık kaynak yazılım araçlarından oluşan bir sistemdir ve *Doug Walton*'un argümentasyon felsefesinin bir matematiksel modeline dayanmaktadır. *Carneades* sistemi bu proje önerisinde planlandığı gibi UML (*Unified Modeling Language*) “*use case* diyagramlarını”, argümentasyonları modellemek için kullanılmaktadır.

7. Uygulama Örneği: Yasal Mal Rejimi

Yasal mal rejimi uygulamasında farklı uyumsuzluklar hakkında, yapılan işin denetiminde ve raporlama sürecinin verimliliği açısından bir karar destek sistemine ihtiyaç olduğu ve bunun da bu alanda gerçekleştirilebilir olduğu görülmektedir.

Bu alanda geliştirilebilecek bir sistemin genel mimarisi Şekil 1'deki gibi tasarlanabilir. Kullanıcılar bir kullanıcı ara yüzü aracılığıyla, belli bir hukuki durum için bir diyagram aracı kullanarak diyagramlar hazırlarlar. Yine bu hukuki durumu ilgilendiren hukuk kaynaklarının seçimini de kullanıcı ara yüzü üzerinden tamamlar. Böyle bir diyagram örneği Şekil 2'de gösterilmiştir. Bir çeşit ara modül olarak, diyagram-mantık programı çeviricisi modülü, diyagramlardan otomatik olarak mantık programları oluşturur. Bu modül bir transformasyon algoritmasıyla istenen çevrimi yapacaktır. Kullanılacak diyagram notasyonu diyagramların hem görsel hem de makine-okunabilir gösterimine olanak tanıyan bir notasyon olmalıdır (Örneğin UML ve UML diyagramlarının seriyalizasyonu için kullanılan XMI

³⁹ H. Prakken/G. Sartor, “A dialectical model of assessing conflicting legal arguments in legal reasoning”, *Artificial Intelligence and Law 4*, 1996, s. 331-368.

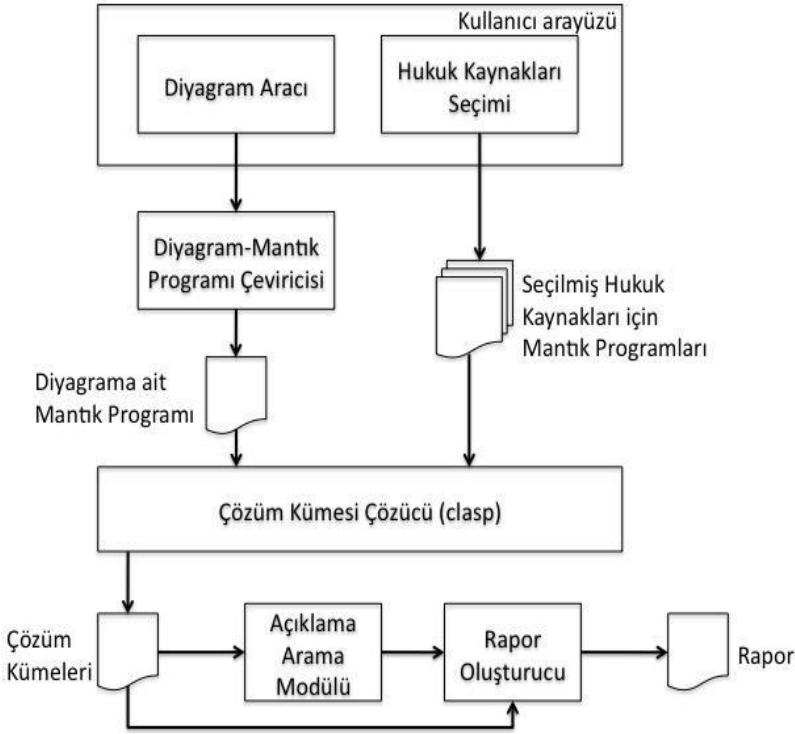
⁴⁰ T. J. M. Bench-Capon/K. Atkinson/A. Chorley, “Persuasion and value in legal argument”, *Journal of Logic and Computation 15*, 2005, s. 1075-1097.

⁴¹ D. Walton/T. F. Gordon, “Modeling Critical Questions as Additional Premises”, *Proceedings of the 8th International OSSA Conference*, ed. F. Zenker, Windsor Ontario 2011.

standardı). Sistemde çeşitli hukuk kaynakları (TMK, TBK, yasal düzenlemeler, içtihatlar, vd.) arasından kullanıcının seçtiklerine ait olan mantık programları getirilmeli ve diyagramdan oluşturulmuş mantık programıyla birlikte bir çözüm kümesi çözücüye verilmelidir⁴². Çözücü bunlardan yola çıkarak çözüm kümeleri oluşturur. Diyagram mantık programıyla hukuk kaynaklarına ait olan mantık programlarının bütünleşik çalışabilmeleri için transformasyon algoritması entegrasyon kuralları oluşturur (*glue code, glue rules*). Çözüm kümeleri açıklama ve gerekçelendirme için gerekli atomları içerir. Bu atomları kullanan açıklama arama modülü ilgili metinleri getirir ve atıf yapar. Rapor oluşturucu çözüm kümesindeki atomlarla ve açıklama arama modülünün sonuçlarıyla birlikte hukuki durumla ilgili raporu oluşturur.

Yukarıda tanımladığımız gibi bir sistem kanaatimizce yasal mal rejimi uygulamalarında hukukçulara; rapor hazırlama, hesaplamalar gibi konularda hataların engellenmesi ve genel olarak süreç verimliliği açısından faydalar sağlayacaktır.

⁴² Çözüm kümesi programlama (*Answer Set Programming*) daha önce bahsettiğimiz tek-düze olmayan mantık teorilerine dayanan bir mantık programlama yöntemidir. Çözüm kümesi çözücüler (*Answer Set Solver*) bu programları işleyip bu programlara ait çözümleri listeleyebilen yazılım sistemleridir.



Şekil 1: Sistem Mimarisi

Çözüm kümesi programlama (*Answer Set Programming / ASP*), tek-düze olmayan bir mantık yöntemi olarak yasal mal rejimi konusundaki problemlerin kodlanması için uygunluk göstermektedir. Aşağıda bir örnekle bir malın edinilmiş mal olarak sınıflandırılması için nasıl bir mantık programı tanımlanabileceği gösterilmiştir.

Örnek 1: Bir malın edinilmiş mal olarak sınıflandırılabilmesi için aşağıdaki şartların geçerli olması gerekmektedir:

1. Mal rejiminin başlangıcı (evlilik başlangıcı) ile sona erdiği tarih arasında malın mülkiyetinin kazanılmış olması.

2. Malın bir karşılık verilerek elde edilmiş olması. Bu şart şu durumlarda geçerli olmaktadır:

- Bağışlama olmamalıdır.

- Miras olmamalıdır.
- Manevi tazminat olmamalıdır.

3. Mal yalnızca kişisel kullanıma özgü olmamalıdır.

Bu şartları modellemek için aşağıdaki gibi bir ASP programı yazılabilir:

```

acquired_property(X):- acquired_on_date(X,D),
start_of_matrimonial_regime(S), end_of_matrimonial_regime(E),
S <= D, D <= E, acquired_by_payment(X), not only_for_personal_use(X).
acquired_by_payment(X) :- not donated(X), not inherited(X),
not received_as_compensation(X).

```

Verilmiş hukuk kuralı örneği iki ASP kuralıyla modellenmiştir. İlk kuralda malın alındığı tarih test edilmekte ve buna ek olarak 2. ve 3. şart test edilmektedir. İkinci ASP kuralındaysa malın bir karşılık verilerek elde edilip edilmediği test edilmektedir.

8. Diyagram Notasyonu

Hukuk problemlerinin temsili örnek olarak tasarladığımız karar destek sisteminde bir diyagram modülünde yapılacaktır. Böyle bir diyagram aracında kullanılacak diyagram notasyonu için mevcut standartlar incelendiğinde bunların ağırlıklı olarak ya yazılım geliştirme ya da iş yönetimiyle ilgili notasyonlar olduğu görülmüştür. BPMN (*Business Process Model and Notation*), xBML (*Extended Business Modeling Language*), EPC (*Event Process Chain*) gibi notasyonlar iş akış diyagramları için kullanılmaktadır.

Yine genel akış diyagramları olarak UML (*Unified Modeling Language*) dâhilindeki Aktivite Diyagramları ve Kullanım Senaryosu Diyagramları sayılabilir. UML standardı her ne kadar kullanım alanı genel bir standart olarak tanımlansa da uygulamada ağırlıklı olarak yazılım mimarisini ve yazılım taleplerini belgelemek için kullanılmaktadır. Bahsettiğimiz diğer iş akışı diyagramları ise firmalardaki süreçleri tanımlamak için tasarlanmışlardır. Tasarladığımız sistemdeki diyagram aracı için hukuk problemlerine göre tasarlanmış yeni bir notasyon ihtiyacı olduğu görülmüştür.

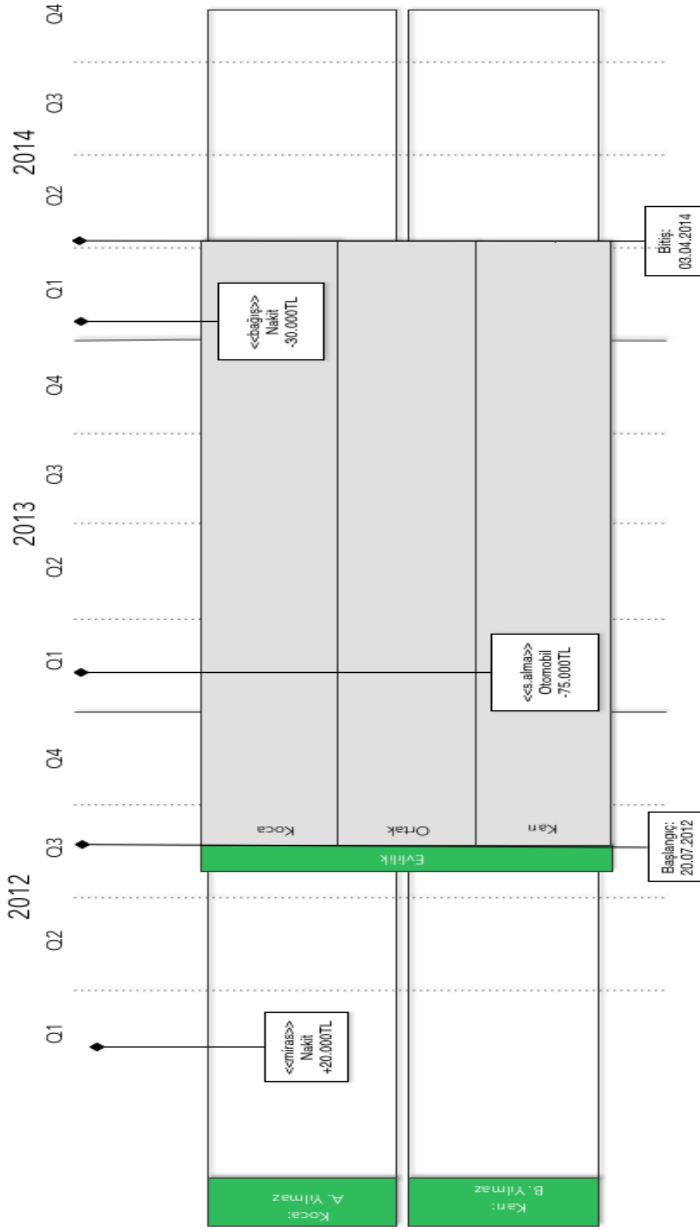
Hukuk problemlerinde kullanılacak notasyon örneği Şekil 2’de sunulmuştur. Şekilde karı ve koca (karı, hukuk dilinde evli kadını; koca, evli

erkeği ifade eden terimlerdir) tarafından yapılan mal edinimleri, miras, bağış gibi olaylar gösterilmektedir. Zaman çizelgesi üzerinde, kocaya 2012 yılı başında 20.000 TL miras kalmıştır (TMK md. 219, TMK md. 220). Evlilik 20 Temmuz 2012'de başlamıştır ve 03 Nisan 2014'te son bulmuştur (TMK md. 225).

10 Şubat 2013 tarihinde karı kendi parasıyla 75.000 TL değerinde bir otomobil satın almıştır (TMK md. 219). Sistem nesneyi karının bölgesine koyacak ancak alımında kocanın payının olup olmadığını ve varsa miktarını soracaktır (TMK md. 227). Bu bilgi satın alım nesnesinin detayı olarak nesne seçildiğinde sistem tarafında gösterilecektir. Koca 15 Ocak 2014 tarihinde 30.000 TL değerinde bağışta bulunmuştur. Bağış evliliğin son senesinde yapıldığı için sisteme girilirken, sistem karının izninin olup olmadığını soracaktır (TMK md. 229). Bu bilgi diyagram üzerinde bu bağış nesnesi seçildiğinde ayrıntı bilgisinde gösterilecektir. Yine aynı nedenle sistem tarafından diyagramı oluşturan hukukçuya bağış miktarının önemli olup olmadığını sorulacaktır (TMK md. 229)⁴³.

⁴³ Z. Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, 2017 Ankara; Z. Zeytin: Yasal Mal Rejiminde Katkı Alacağı ve Değer Artış Payı Alacağı İlişkisi, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Bahar 2011, C. 10, Sayı 36, s. 299–317.

Şekil 2: Mal rejimi örneği için diyagram gösterim



SONUÇ

“Bindik Bi Alamete Gedeyoz Gıyamete” şarkı sözünde olduğu gibi bu gelişme insanlığın kendi sonunu hazırlamasının başlangıcı da olsa, kaçınılmaz olan bu gelişmenin getirdiği bazı hukuki sorunlara işaret etmek ve hukuki bazı çözümler üretmek istedik. Buradaki düşünceler belki bir gün tebessümle karşılanacak da olsa, iyiliklerin de kötülüklerin de kaynağının insan olduğu aşikârdır. Dolayısıyla insanın ürettiği, geliştirdiği benzer bir yapının aynı özelliklere sahip olması doğaldır. Üstün olan ortak akıl hukuk, bu ikilemde iyiden yanadır ve bu gelişmede de iyiden yana olacaktır. Nihayetinde sadece neslin devamı için değil, yaşamak için de insan insana muhtaçtır.

Yapay zekâ algoritmalarının, yazılımlarının hukuken fikri mülkiyet konusu yapılmasına izin verilmemesi veya herkese açık olması kötüye kullanımların önüne geçen kendi kendine kontrol sağlayan koruyucu bir önlem olabilir. Bu önlem doğal olarak sırf ekonomik saiklerle hareket eden yatırımcıları engelleyecek olsa da kamu yararı nedeniyle tercih edilebilir.

Yapay zekâlı robotik sistemlerin kendi fiillerinden sorumlu olmaları kişi kabul edilmediklerinden söz konusu olmamalıdır. İrade açıklamasında bulunma yetenekleri nedeniyle, e-kişi olarak iradi veya yasal temsilcisi oldukları kişiyi hak sahibi yapabilecekleri kabul edilebilir. Buna karşın tek başlarına iradi veya yasal temsilcisi olduğu kişileri borç altına sokacaklarını kabul etmemek gerekir. Kişi sayılmadıklarından irade açıklamalarıyla kendilerini hak sahibi yapamadıkları gibi borç altına da girememelidirler. Dolayısıyla kendilerine özel bir hukuki statü tanımak yerinde olacaktır.

İnsan odaklı mevcut hukuk sisteminin koruyucu düzenlemelerinden yararlanmak amacıyla iki taraflı hukuki işlemlerde bir tarafın insan olan gerçek kişi veya tüzel kişi olması sağlanabileceği gibi, sadece yapay zekâlı robotik sistemlerin karşılıklı irade açıklamalarında bulunmalarını geçerlilik şartı olarak aramak da mümkün olabilir. Her halükarda korunmaya muhtaç olan kimselerin korunması, sosyal hukuk devletinin temel bir ilkesi olup, bugün ve gelecekte de geçerli olacaktır.

Yapay zekâlı robotik sistemleri, irade açıklayabilen hak ve borç sahibi olan e-kişi olarak kabul etmeyerek, aynı zamanda mali sorumluluklarının olmaması sonucunu da kabullenmiş olmaktadır. Bu durumda imalatçının, satıcının, ithal edenin, piyasaya sürenin ve/veya “yararlananın, işletenin” sorumluluğunu düzenleyen mevcut hukuki düzenlemelerin uygulama alanı

bulması mümkünse de, kanımızca içerdiği risklerin büyüklüğü ve belirsizliği nedeniyle konunun tehlike sorumluluğu altında, özel bir kusursuz sorumluluk türü olarak düzenlenmesi tercih edilmeli ve kurtuluş kanıtı getirme imkânı da tanınmamalıdır. Bu bağlamda nihai ve son sorumlu olarak devletin mali sorumluluğu kabul edilebilir makul bir çözüm olacaktır.

Hukukun anlam, yer ve zaman bakımında uygulanmasında kullanılan yorum yöntem ve ilkeleri ile hukuk metodolojine dayanılarak sorulara cevap bulunması, problemlerin çözümlenmesi uyuşmazlıkların karara bağlanması süreci gösteriyor ki, hukuk uygulaması mantık kuralları çerçevesinde gerçekleşmekte ve karara bağlanmaktadır. Bu süreçteki insani değerlendirme kriteri vicdan, hukuk mantığı ilkeleri ile ulaşılan sonucun veya sonuçlardan birinin seçimidir. Bu seçimde de keyfilik, hukukun istediği ve izin verdiği bir yöntem değildir. Bilakis kararların hukuken gerekçelendirilmesi, kontrol edilebilir ve şeffaf olması istenmektedir. Bu sürecin yapay zekâlı robotik sistemler kullanılarak gerçekleştirilmesi mümkündür. E-Hukukçu, karara tek başına varabilen ancak bu kararı tek başına veremeyen, insani bir değerlendirmeye zorunlu olarak tabi tutulan bir yapılanma ile adaletin, hukuki güvenliğin ve istikrarın sağlanmasında önemli bir araç olabilecektir.

ZUSAMMENFASSUNG

Künstliche Intelligenz wird heutzutage bei der Stadtplanung und Produktionsautomatisierung sowie Medizin und in vielen anderen Bereichen angewendet. Seit mehr als 30 Jahren werden auf der Welt künstliche Intelligenzrecherchen im juristischen Bereich gemacht. Jedoch sind viele Fragen zur Anwendung in diesem Bereich immer noch offen. In diesem Aufsatz werden künstliche Intelligenz und deren rechtliche Interaktion in zwei Ebenen durchgearbeitet. Erstens wird es dargelegt, ob künstliche Intelligenzsysteme als Rechtssubjekt angesehen werden können und wenn ja, wird noch untersucht, was dessen Rechtsfolgen und Wirkungen sind. Zweitens wird ausgeführt, wie die Rechtsdisziplin von künstlichen Intelligenzsystemen befördert werden kann und es wird erläutert, wie ein solches System zur Anwendung auf den Güterstand konzipiert werden kann.

Obwohl die weitverbreitete Anwendung von Robotersystem mit künstlicher Intelligenz in Herstellung, Fabrikation sowie Service Bereichen auf den bestehenden Arbeitskraft-Markt negativ beeinflussen wird, werden die von ihr eingebrachten neuen Arbeitskraftanwendungsbereiche diesen Ausschlag balancieren. Diese Anwendungsbereiche sind unumgänglich transparent und mit kontrollierbarem Fabrikationsprozess, präskriptiven Vorschriften und ethischen Prinzipien zu regeln. Da künstliche Intelligenzalgorithmen sowie künstliche Intelligenzsoftware nicht Gegenstand zum Immaterialgüterrecht gemacht werden darf und sie immer noch öffentlich sind, kann dies eine Schutzmaßnahme gegen die Risiken sein, die der künstliche Intelligenzbereich mit sich bringt.

Die Robotersysteme mit künstlicher Intelligenz sind juristisch nicht als rechtsfähig oder verschuldensfähig anzusehen. Die Anerkennung der elektronischen Persönlichkeit der Robotersysteme mit künstlicher Intelligenz, wird konkludent zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit im Gegensatz zur Haftung insbesondere zur Anerkennung der Vermögensrechte hinführen. Daran liegt kein vertretbarer Aspekt. Es ist vorstellbar zu erkennen, dass Robotersysteme mit künstlicher Intelligenz als elektronische Person (e-Person) mit eigenen Willenserklärungen denjenigen zum Anspruchsberechtigten machen können, von dem sie gesetzlicher Vertreter sind. Überdies können sie weder mit eigenen Willenserklärungen sich zum Anspruchsberechtigten machen, noch können sie sich, ihre gesetzliche Vertreter oder dritte Personen verpflichten.

Die sind ersten Lösungen, wenn die nicht als Rechtssubjekt angesehenen Robotersysteme mit künstlicher Intelligenz wegen irgendeinem Schaden haften sollen, solche Ansprüche wie Pflichtverletzung wegen Verletzung der Treuepflicht, unerlaubte Handlung, Haftung wegen mangelhafter Lieferung, Haftung des Herstellers gemäß Gesetz zum Schutz der Verbraucherrechte (TKHK) geltend zu machen, dennoch wird es unbefriedigend sein. Aus diesem Grund sollte die Haftung der Robotersysteme mit künstlicher Intelligenz als eine Konstellation der verschuldensunabhängigen Haftung im Umfang einer finanziell beschränkten Haftungsversicherung oder Pflichtversicherung geregelt werden.

Die Rechtsregeln werden auf die Fälle, die auf der Außenwelt eine Änderung erschaffen, zeitlich, örtlich und sinnlich angewendet. Bei dieser Anwendung werden auf die Auslegungsmethoden, Theorien, allgemeine Rechtsprinzipien in einer logischen Reihenfolge Rücksicht genommen. Die Gesetzesvorschrift, die einen Obersatz enthält, wird mit Auslegungs- und theoretischen Methoden ausgelegt, so wird es mit einer rechtlichen Beschreibung festgelegt, ob im konkreten Fall die vorliegende Rechtsregel Anwendungsbe-reich findet oder nicht und schließlich wird eine Rechtsfolge erreicht werden. Das gesamte Verfahren verwirklicht sich im Rahmen der Rechtslogik, Methoden und Rechtsprinzipien. Dieses transparente und kontrollierbare Verfahren bietet Rechtssicherheit, da es von der Willkür fernliegt.

Das System eines elektronischen Juristen, der allein beschlussfähig ist, dennoch allein nicht beschließt, sondern einer menschlichen Beurteilung unterliegt, kann ein wichtiges Instrument werden, die zur Gewährleistung von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Konsolidation dient.

KAYNAKÇA

- ALCHOURRON C. E./BULYING E., Normative Systems, Springer Verlag, Wien-New York, 1971.
- ALLEN L. E./SAXON C. S., "More IA Needed in AI: Interpretation Assistance for Coping with the Problem of Multiple Structural Interpretations", Proceedings of the Third International Conference on Artificial Intelligence and Law, ACM Press, New York, 1991, s. 53-61.
- ALLEN L. E., "Symbolic Logic: A razor-edged tool for drafting and interpreting legal documents", Yale Law Journal 66, 1957, s. 833-879.

- BENCH-CAPON T. J. M., SARTOR G., “A model of legal reasoning with cases incorporating theories and values”, *Artificial Intelligence* 150, 2003, s. 97-142.
- BENCH-CAPON T. J. M./ATKINSON K./CHORLEY A., “Persuasion and value in legal argument”, *Journal of Logic and Computation* 15, 2005, s. 1075-1097.
- BENCH-CAPON T. J. M, vd., “A history of AI and Law in 50 papers: 25 years of the international conference on AI and Law”, *Artificial Intelligence and Law* 20.3, 2012, s. 215-319.
- BEX F. J./PRAKKEN H./REED C./WALTON D. N., “Toward a formal account of reasoning about evidence: argumentation schemes and generalizations”, *Artificial Intelligence and Law* 11, 2003, s. 125-165.
- DUNG P. M., “On the acceptability of arguments and its fundamental role in nonmonotonic reasoning, logic programming, and n-person games”, *Artificial Intelligence* 77, 1995, s. 321-357.
- FARRELL A. D. H./SERGOT M. J./SALLE M./BARTOLINI C., “Using the event calculus for tracking the normative state of contracts”, *International Journal of Cooperative Information Systems* 4, 2005, s. 99-129.
- FRESE Yorck, *Recht im zweiten Maschinenzeitalter*, NJW, 2015, s. 2090.
- GOVERNATORI G./DUMAS M./TER HOFSTEDE A. H. M./OAKS P., “A formal approach to protocols and strategies for (legal) negotiation”, *Proceedings of the Tenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, ACM Press, New York, 2005, s. 25-34.
- HAGE J. C., “Comparing alternatives in the law Legal applications of qualitative comparative reasoning”, *Artificial Intelligence and Law* 12, 2005, s. 181-225.
- JONES A. J. I./SERGOT M. J., “Deontic logic in the representation of law: Towards a methodology”, *Artificial Intelligence and Law* 1, 1992, s. 42-64.
- KARJOTH G., “Ist auf unsere digitalen Assistenten Verlass?“, *digma - Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit*, 2017, s. 122-127
- LINDAHL L., *Position and Change, A Study in Law and Logic*, Dordrecht, Reidel, 1977.
- LOUI R. P./NORMAN J./OLSON J./MERILL A., “A design for reasoning with policies, precedents, and rationales”, *Proceedings of the Fourth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, ACM Press, New York, 1993, s. 202-211.
- LOUI R. P./NORMAN J., “Rationales as argument moves”, *Artificial Intelligence and Law*, 1995, s. 159-189.
- MARIN R. Hernandez/SARTOR G., “Time and norms: a formalisation in the event-calculus”, *Proceedings of the Seventh International Conference on Artificial Intelligence and Law*, ACM Press, New York, 1999, s. 90-100.
- MARKWALDER N./SIMMLER Monika, *Roboterstrafrecht*, AJP, 2017 s. 171-182.

- McCARTY L. T., “A Language for Legal Discourse I. Basic Features”, ICAIL '89 Proceedings of the 2nd International Conference on Artificial Intelligence and Law, 1989, s. 180-189.
- McCARTY L. T., “An Implementation of Eisner v. Macomber”, Proceedings of the Fifth International Conference on Artificial Intelligence and Law, ACM Press, New York, 1995, s. 276-286.
- MÜLLER M. F., *Roboter und Recht*, AJP, 2014, s. 595-608.
- PRAKKEN H./SARTOR G., “A dialectical model of assessing conflicting legal arguments in legal reasoning”, *Artificial Intelligence and Law* 4, 1996, s. 331-368.
- PRAKKEN H./SARTOR G., “Modelling reasoning with precedents in a formal dialogue game”, *Artificial Intelligence and Law* 6, 1998, s. 231-287.
- PRAKKEN H./SARTOR G., “The role of logic in computational models of legal argument, a critical survey”, In A. Kakas and F. Sadri (eds.), *Computational Logic: Logic Programming and Beyond, Essays in Honour of Robert A. Kowalski, Part II*, Springer Lecture Notes in Computer Science 2048, Berlin, 2002, s. 342-380.
- PRAKKEN H., “AI and Law, logic and argument schemes”, *Argumentation* 19, 2005, s. 303-320.
- SARTOR G., “Fundamental legal concepts: a formal and teleological characterization”, *Artificial Intelligence and Law* 14, 2006, s. 101-142.
- SERGOT M. J./SADRİ F./KOWALSKI R. A./KRIWACZEK F./HAMMOND P./CORY H. T., “The British Nationality Act as a logic program”, *Communications of the ACM* 29, 1986, s. 370-386.
- SERGOT M. J., “A computational theory of normative positions”, *ACM Transactions on Computational Logic* 2, Ekim 2001, s. 581-622.
- WALTON D./GORDON T. F., “Modeling Critical Questions as Additional Premises”, *Proceedings of the 8th International OSSA Conference*, ed. F. Zenker, Windsor Ontario, 2011.
- ZEYTİN Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ZEYTİN Zafer, “Yasal Mal Rejiminde Katkı Alacağı ve Değer Artış Payı Alacağı İlişkisi”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, C: 10, S: 36, 2011, s. 299-317.

İnternet Kaynakları

www.kodlamadersi.com

www.spiegel.de

www.makinatek.com.tr

www.iso.org

wirtschaftslexikon.gabler.de

www.oxfordmartin.ox.ac.uk

gfx.sueddeutsche.de

www.heise.de

www.techworld.com

www.robotlaw.eu

TÜRKİYE’NİN DEMOKRATİKLEŞME SÜRECİNDE BİR DÖNÜM NOKTASI OLARAK 1946 SEÇİMLERİ

WAHLEN IM JAHRE 1946 ALS WENDEPUNKT IM DEMOKRATISIERUNGSPROZESS DER TÜRKEI

Dr. Berke ÖZENÇ*

ÖZ

1946 yılında gerçekleştirilen milletvekili seçimleri, Türkiye'nin demokratikleşme sürecinde önemli bir dönüm noktasıdır. Cumhuriyet dönemindeki ilk çok partili seçim olma özelliğini taşıyan 1946 Seçimi, gerek demokratikleşme sürecine yol açan etkenlerin kapsamı, gerekse seçim sürecinde yaşanan baskılar nedeniyle önemli tartışmalara yol açmıştır. Bu çalışmada ilk olarak, çok partili demokratik bir düzene geçişin iç ve dış dinamikleri incelenmiştir. Ardından 1946 yılında gerçekleşen seçimin demokratik niteliği tartışılmıştır. Bu kapsamda, seçim sürecinde yaşanan gelişmeler, dönemin basınında yer alan haberler de dikkate alınarak ortaya konmuştur. Ayrıca seçimin demokratik niteliğinin değerlendirilmesinde önem taşıyan, 1946 yılında yürürlüğe giren seçim kanunundaki düzenlemeler, seçim güvenliği açısından analiz edilmiştir. Çalışmanın son bölümünde, seçim sonuçlarının meşruluğuna gölge düşüren olaylar basındaki yansımaları çerçevesinde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: *1946 Seçimi, Demokrasi, Tek Parti Rejimi, Türkiye, Basın*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ozenc@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-4149-5567

1946 SELECTIONS AS A TURNING POINT IN TURKEY'S DEMOCRATIZATION PROCESS

ABSTRACT

The parliamentary elections of 1946 were a turning point in the democratization of Turkey. The 1946 Election was the first multi-party election in the Republican period, and spurred intense discussions due to both the scope of the factors that led to the democratization process and the oppression suffered in the run up to the election. In this study, primarily the internal and external dynamics of the transition to a multi-party democratic order are examined, after which, the democratic quality of the 1946 election is discussed. To this end, the developments that occurred during the election process are clarified, based on news reports published in the press at the time. Furthermore, the changes to the election law that entered into force in 1946, which were of importance in the assessment of the democratic quality of the election, are analysed in terms of the election safety they provided. In the final part of the study, the events that cast a shadow over the legitimacy of the election results are discussed in terms of how they were reflected in the press.

Keywords: *Elections of 1946, Democracy, One Party Regime, Turkey, Press*

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusu, erken cumhuriyet dönemindeki tek parti iktidarının sona erme sürecindeki dönüm noktalarından biri olan 1946 genel milletvekili seçimleridir. Cumhuriyet dönemindeki ilk çok partili seçim olma özelliğini taşıyan 1946 Seçimleri, seçim sürecinde yaşanan baskılar ve bu baskılar karşısında oluşan tepkiler nedeniyle tarihsel bir öneme sahiptir. Öte yandan bu seçim ile somutlaşan demokratikleşme sürecinin dinamikleri de tartışmalara yol açmıştır. Osmanlı-Türk anayasal gelişmelerini ve reform hareketlerini, Batı'nın baskısı ve dayatmasıyla açıklamaya çalışan görüşlere benzer bir yaklaşım, çok partili hayata geçişin dinamiklerinin açıklanmasına yönelik çabalarda da gözlemlenmektedir. Bu çalışmanın ilk bölümünde bu tartışmalar çerçevesinde, çok partili hayata geçiş sürecinin iç ve dış dinamikleri incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, 1946 Seçimlerinin demokratik niteliği tartışılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak Cumhuriyet Halk Partisi içinde bir muhalefet hareketinin filizlenmesiyle başlayan süreç ve Demokrat Parti'nin kuruluş ve gelişim aşamaları ele alınmıştır. Ardından seçimlerin demokratik niteliğinin değerlendirilmesinde temel bir unsur olan seçim öncesi süreçte serbest ve eşit propaganda imkânlarının varlığı, dönemin

basınında çıkan haberler taranarak tartışılmıştır. Ayrıca 1946 yılında yürürlüğe giren Seçim Kanunu, seçmen iradesinin seçim sonuçlarına yansıtılabilmesi için önem taşıyan kurumsal ve usulî güvenceler açısından incelenmiştir. Son olarak, seçim sonuçlarının açıklanması süreci ve bu süreçte yaşanan tartışmalar, basındaki yansımaları çerçevesinde ortaya konmuştur.

Çok Partili Hayata Geçiş

Cumhuriyetin ilanının ardından iki defa çok partili hayata geçiş denemesi oldu; 1925'te Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası, 1930'da ise Serbest Fırka kuruldu. Fakat her iki parti de kısa sürede kapatıldı. Serbest Fırka'nın kapatılmasını izleyen on beş yılda, artık bu tür denemelere girilmeyecek, hatta tek parti yönetiminin kurumsallaşması adına önemli adımlar atılacaktır.¹ Tek parti yönetiminin sona ermesi ise, iç ve dış dinamiklerin etkisiyle, önce Demokrat Parti (DP)'nin kurulması, ardından 21 Temmuz 1946'da birden çok partinin katıldığı genel milletvekili seçimlerinin gerçekleştirilmesiyle mümkün olacaktır. Bu olaylar çok partili hayata geçişin, diğer bir anlatımla demokratikleşme sürecinin öncülleri olarak değerlendirilebilir.

Bu dönüşümü kavrayabilmek için öncelikle tek partinin son dönemlerinde var olan toplumsal yapıyı incelemek yararlı olabilir. Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), bu toplumsal yapıya dayanarak tek parti iktidarını kurumsallaştırmış ve sürdürmüştür. Tek parti iktidarının sone erme sürecinde de, CHP'nin özellikle savaş dönemi iktisat politikalarının sınıfsal etkileri önemli bir rol oynamıştır. Bu açıdan ilk olarak dönemin en kalabalık toplumsal sınıfının köylüler olduğu vurgulanmalıdır; 1945 yılı verilerine göre halkın %83'ü köylerde yaşıyordu. Fakat köylülerin, özgün bir siyasi ideolojileri bulunduğunu söylemek güçtür. Cumhuriyet dönemiyle birlikte gelişen işçi sınıfı niceliksel olarak ikinci büyük sınıfı oluşturuyordu. Bu sınıf özellikle hukuken maruz kaldıkları baskılar nedeniyle, siyaseten etkili bir konumda bulunmuyordu. Sayıca az fakat diğerlerine nazaran siyasette etkili üçüncü sınıf ise; toprak sahipleri, işadamları, tüccarlar ve asker/sivil bürokrasiden oluşan orta sınıftı.²

¹ Mete Tunçay, *Türkiye Cumhuriyeti'nde Tek Parti Yönetimi'nin Kurumsallaşması*, 4. bs, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2005, s. 317–318.

² Kemal H. Karpat, *Türk Demokrasi Tarihi, Sosyal, Ekonomik, Kültürel Temeller*, Afa Yayınları, 1996, s. 98–122.

“Jön Türk koalisyonu” olarak da adlandırılan³ bu sınıf, kuşkusuz çeşitli gerilimleri bünyesinde barındırıyordu. Bürokrasi ve aydınlar, devletin öncülüğünü ve müdahalelerini destekleyen radikal ve yenilikçi kanadı; tüccar, işadamı, toprak ağaları ve eşraf ise muhafazakâr kanadı oluşturuyordu. Bu ikinci grubun hassas olduğu konular toprak reformu ve devletleştirme gibi, ekonomiye müdahale niteliği taşıyan ve sınıfsal çıkarlarını doğrudan etkileyen konulardı. Sermaye sahiplerinin sağladığı destek, reformcu kanada, başta devlet örgütlenişi olmak üzere çeşitli alanlarda reform yapma olanağını sağlıyordu, fakat bu desteğin reformcu kanat açısından bedeli, sermaye sahiplerinin çıkarlarını etkileyecek radikal toplumsal ve ekonomik reformların hayata geçirilmemesiydi. Sonuçta, 2. Dünya Savaşı’nın sonuna gelindiğinde, laik ve modern bir devlet örgütlenmesi oluşturulup önemli hukuksal reformlar yapılmışken, ülke nüfusunun ezici çoğunluğunun yaşadığı kırsal kesimin gelişimini sağlayacak yapısal reformlara teşebbüs edilmemişti.⁴

A. Çok Partili Hayata Geçişte İç Etkenler

2. Dünya Savaşı sırasında büyük bir orduyu seferberlik halinde tutmak zorunda kalan CHP hükümetleri, gelirlerini arttırmak için para basımını ve vergileri arttırdılar.⁵ Ayrıca bir yandan örgütlenme özgürlüğünü baskı altına alarak, diğer yandan iş yasasında gerçekleştirilen değişiklikler ile çalışma saatlerini uzatıp, fazla mesai zorunluluğu getirerek ve kadın ve çocukların emek sürecine dâhil edilmesini sağlayarak emekçi sınıflar üzerindeki sömürüyü katmerlendirdiler.⁶ Bu iki yöntemin de toplumsal etkileri ağır oldu.

Savaş koşullarında üretimin azalması, ithalat olanaklarında oluşan daralma ve para basımının arttırılması, emekçi sınıflar üzerinde ağır bir enf-

³ Erik Jan Zürcher, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*, 19. bs., İletişim Yayınları, 2005, s. 300; Çağlar Keyder, *Türkiye'de Devlet ve Sınıflar*, 11. bs., İletişim Yayınları 2005, s. 104-126.

⁴ Feroz Ahmad, *Demokrasi Sürecinde Türkiye, 1945-1980*, 2. bs., Hil Yayıncılık, 1996, s. 21; Sungur Savran, *Türkiye'de Sınıf Mücadeleleri*, Cilt 1: 1908-1980, Yordam Kitabevi, 2011, s. 79-86.

⁵ Zürcher, s. 300-301; Taner Timur, *Türkiye'de Çok Partili Hayata Geçiş*, 3. bs., İmge Kitabevi, 2003, s. 24-25; Cemil Koçak, *Türkiye'de Milli Şef Dönemi (1938-1945)*, Cilt II, 2. bs., İletişim Yayınları, 2003, s. 537.

⁶ Mehmet Şehmus Güzel, “İkinci Dünya Savaşı Boyunca Sermaye ve Emek”, *Osmanlı'dan Cumhuriyet Türkiye'sine İşçiler, 1839-1950*, ed. D. Quartet, E. J. Zürcher, İletişim Yayınları, 1998, s. 197.

lasyon baskısı yarattı. Bu koşullarda üretim artışı ve enflasyonun düşürülmesine yönelik radikal tedbirleri alamayan hükümetler, ancak ortaya çıkan iktisadi bunalımı hafifletecek girişimlerde bulunabildiler. Bu bağlamda Refik Saydam hükümeti, katı fiyat denetimleri ve tarım ürünlerine düşük fiyatlarla el koyma politikasını çözüm yöntemi olarak benimsedi. Bu sayede, ordunun ve kentli orta sınıfların temel gereksinimleri karşılanabilmiş, fakat bu amaçla piyasaların denetlendiği alanlarda karaborsa ve rüşvet yaygınlaşmıştır. 1942 yılında başbakanlığa gelen Şükrü Saraçoğlu hükümeti döneminde ise, piyasa serbestleştirilmesi yönünde adımlar atılmış, bunun sonucunda kentlerde fiyatlar yükselmiş ve buna paralel olarak çiftçi ve tüccarların kârlarında önemli artışlar yaşanmıştır. Bu süreç sonucunda oluşan haksız kazançlarla mücadele ve hükümetin artan gelir gereksinimini karşılama adına bulunan çözüm ise, iki olağanüstü verginin hayata geçirilmesi olmuştur.⁷ Bunlardan ilki 1942’de yürürlüğe giren Varlık Vergisi’dir.

Vergi miktarının mahalli komisyonlarca kişisel görüşlere göre takdiri olarak saptanması ve buna karşı itiraz yollarının kapalı olması, Varlık Vergisi’nin daha baştan eleştiriye açık yönleriydi. Uygulamada ortaya çıkan diğer bir olumsuzluk ise, vergi tarhlarının açık olarak ayrımcılık içermesi, matrahların belirleneceği listelerin “din” esas alınarak hazırlanmasıydı. Sonuç olarak dönmeler, Müslümanların iki, gayri Müslimler ise on katı kadar vergi ödediler.⁸ Özellikle Aşkale’de kurulan çalışma kampına yalnızca gayri-Müslimlerin sevk edilmesi ve Müslüman tüccarların zor da olsa vergileri ödeyebilirken, azınlıkların servetlerinin tamamını nakde çevirerek tasfiyeye zorlanmaları uygulamadaki ayrımcılığın kanıtları olarak göze çarpar. Boratav, bunun dışında Varlık Vergisi’nin çiftçi-kent burjuvazisi, Anadolu-İstanbul tüccarı arasında da fiili bir ayırım içerdiğini ve verginin uygulanmasında çiftçiler ve Anadolu tüccarı lehine bir ayırımın gözlemlendiğini belirtir. Bu ayrımcı uygulamalar sonucunda siyasi iktidarla yakın ilişkiler kurabilen özellikle Anadolu tarım ve ticaret sermayesi önemli kazançlar elde etmiştir.⁹ İkinci olağanüstü uygulama, Varlık Vergisi’nin dışında tutulan ve savaş koşullarında hızla artan tarımsal kazanç-

⁷ Korkut Boratav, “İktisat Tarihi (1908-1980)”, *Türkiye Tarihi 4*, ed. Sina Akşin, 7. bs., Cem Yayınevi, 2002, 297-382, s. 334-335; Zürcher, s. 301; Timur, s. 24-25.

⁸ Bernard Lewis, *Modern Türkiye’nin Doğuşu*, çev. Metin Kıratlı, 8. bs., Türk Tarih Kurumu Basımevi, 2000, s. 297; Faik Ökte, *Varlık Vergisi Faciası*, Nebioğlu Yayınevi, 1951, s. 48.

⁹ Korkut Boratav, *Türkiye’de Devletçilik*, İmge Kitabevi, 2006, s. 344-345.

lara yönelik olarak getirilen Toprak Mahsulleri Vergisi'ydi. Ağırlığı Varlık Vergisi kadar olmayan bu vergi, aşarın kaldırılmasından bu yana tarıma yönelik ilk büyük çaptaki “dolaysız” vergi olması nedeniyle önem taşıymaktaydı ve uygulandığı itibarıyla, piyasa için üretmeyen küçük ve yoksul köylünün sırtına ağır bir yük getirdi.¹⁰

Sonuç olarak, 2. Dünya savaşı sırasında uygulanan politikalar toplumu hemen her kesimini huzursuz edecek sonuçlar doğurmuştur. İlk olarak geniş halk yığınları, CHP'nin en önemli desteğini oluşturan memurlar da dâhil olmak üzere, aşırı enflasyondan doğrudan etkilenmiştir. Gerçi devlet, memurlarının durumunu düzeltmek adına aynı yardımlar sağlanmasını öngören bir düzenlemeyi yasalaştırmıştı. Bu uygulama, memurların durumunu kısmen iyileştirmekle birlikte, iktidar partisi aleyhinde tamiri olanaklı olmayan ve çok partili yaşamda seçmenlerin tercihlerini etkileyen sonuçların ortaya çıkmasına neden oldu. Alınan yasal önlemler gereği, devlete ürünlerini teslim etmekle yükümlü olan köylüler ve dar gelirli kent halkı, durumu görece iyileşen memurların karşısında oldukça kötü koşullarda yaşam mücadelesi vermek zorunda bırakılıyordu. Böylece devlet ve onunla özdeşleşmiş olan CHP, kendi çıkarlarını halktan üstün tutan, onların çıkarlarını göz ardı eden bir konuma yerleşmiş oluyordu. Bu durumun halkın bürokrasiden, onun simgelediği CHP ve devlet örgütünden soğumasında önemli bir etken neden olduğu ileri sürülmüştür.¹¹

Savaş ortamının çeşitli koşullarından yararlanarak haksız kazanç elde edenlere yönelik olarak yürürlüğe konan Varlık Vergisi de, sermaye sahiplerinde derin bir huzursuzluk yaratmış ve iktidar partisi ile bürokrasiye karşı telafisi olanaklı olmayan bir güvensizliğin doğmasına neden olmuştur. Müslüman burjuvazinin, sürgüne gitmemek, gayri Müslimlerin taşınmazlarını ucuza almak gibi pek çok yarar sağladığı bu uygulama, onlar tarafından dahi tedirginlikle karşılanmış, bu müdahaleci yöntemlerin ileride kendilerine uygulanabileceği endişesinin doğmasına neden olmuştur.¹² Halkın büyük bölümünü oluşturan düşük gelirli köylüler ise, Toprak Mahsulleri Kanunu ile ağır bir vergi yükü altına sokulmuştur.

Varlık Vergisi ve Toprak Mahsulleri Kanunlarından çok fazla etkilenmeyen, “Jön Türk koalisyonu” içerisindeki başlıca öge olan “büyük toprak sahipleri” ise, Çiftçiyi Topraklandırma Yasası ile tedirgin edilmiştir. Öyle ki, tek parti sisteminin baskıcı ortamına rağmen yasa aleyhine parti içinde

¹⁰ Boratav, *İktisat Tarihi (1908-1980)*, s. 336.

¹¹ Karpat, 120; Koçak, *Türkiye'de Milli Şef Dönemi (1938-1945)*, s. 543-544.

¹² Keyder, s. 158-159; Timur, s. 25-26; Zürcher, s. 301.

açık bir muhalefet ortaya çıkmıştır. Sonuçta yasa yürürlüğe girmiştir; fakat bu muhalif tavrın da etkisiyle, köylülere dağıtılan topraklar, devlet ve vakıf arazileriyle sınırlı kalmıştır; yasanın özel mülkiyete ait büyük toprakların bir bölümünün kamulaştırılıp dağıtımını öngören maddeleri hiçbir zaman kapsamlı bir uygulama alanı bulamamıştır.¹³ Bu yasanın çok partili yaşama geçişteki etkisi, yasaya muhalif Adnan Menderes, Refik Koraltan ve Emin Sazak gibi milletvekillerinin, daha sonra DP'nin kurucu kadrolarında yer almasından da kolayca anlaşılabilir. Kısacası, 2. Dünya Savaşı sırasında şiddetlenen müdahaleci ekonomi politikasının siyasi sonucu, “Jön Türk koalisyonu” olarak da adlandırılan ve cumhuriyetin kuruluşundan itibaren siyasi istikrarı sağlayan ittifakın parçalanması oldu.¹⁴ Bu ekonomi politikaları sonucunda fakirleşen köylüler, işçiler, memurlar ve esnafın huzursuzluğu ile birlikte değerlendirildiğinde, “CHP iktidarına karşı güçlü bir muhalefet partisinin ortaya çıkabilmesi için gerekli olan iç ekonomik-toplumsal koşullar savaş sonunda iyice olgunlaşmış durumdaydı.”¹⁵

B. Çok Partili Hayata Geçişte Dış Etkenler

Çok partili yaşama geçişte dış etkenlerin belirleyici olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır.¹⁶ Bu konuda bir değerlendirme yapmak için öncelikle, dönemin uluslararası konjonktürünü ve Türkiye'nin diğer ülkelerle ilişkilerine incelemek yol gösterici olabilir. Öncelikle, Türkiye'nin savaş sonrası dış politikasında, savaş dönemi dış politikasının önemli bir etkisi olduğu belirtilmelidir. Türkiye, savaş süresince yürüttüğü aktif tarafsızlık siyaseti sayesinde savaşa girmekten kaçınabilmişti. Fakat özellikle savaşın son dönemlerinde bu tarafsızlık siyaseti müttefik devletlerin tepkisini çekmiş ve Türkiye'nin uluslararası düzlemde yalnızlaşmasına neden olmuştur. Türkiye savaşın sona ermesine yakın bir tarihte, müttefik devletlere desteğini ortaya koymak adına Birleşmiş Milletler Şartı'na imza

¹³ Karpat, s. 113-120.

¹⁴ Ahmad, s. 23.

¹⁵ Caner Sancaktar, “Türkiye’de Çok Partili Rekabetçi Siyasetin Doğuşu: Siyasal Değişimin İç ve Dış Dinamikleri”, *Bilge Strateji*, Cilt. 4, Sayı. 7, 2012, s. 51.

¹⁶ Necdet Ekinci, *Çok Partili Düzene Geçişte Dış Etkenler*, 3. bs., Otopsi Yayınları, 2004, s. 398; Çetin Yetkin, *Türkiye’de Tek Parti Yönetimi*, Altın Kitaplar Yayınevi, 1983, s. 254.

koymuş, Almanya ve Japonya'ya savaş ilan etmiş; fakat bu simgesel önlemler, ilk etapta uluslararası alandaki yalnızlığın giderilmesine yeterli olmamıştır.¹⁷

Savaşın ardından Türk dış politikasını bekleyen diğer bir zorluk, iki kutuplu yeni dünya düzeniydi. Bu durum, Türk Dışişleri'nin cumhuriyetin kuruluşundan beri, 2. Dünya Savaşı da dâhil olmak üzere uyguladıkları denge siyasetini, artık yürütülebilir bir seçenek olmaktan çıkarıyordu. Uluslararası alanda yalnız olan Türkiye'nin demokratik ya da komünist bloktan birini tercih etmesi gerekiyordu.¹⁸ Zaten batı dünyasına yakın olan Türkiye'nin tutumunu etkileyen önemli bir faktör Sovyetler Birliği'nin tutumu oldu. Sovyetler Birliği, 19 Mart 1945 tarihinde, iki ülke arasında var olan Dostluk ve Saldırmazlık Antlaşması'nı feshetmek istediğini, yeni koşullara uygun bir antlaşmanın yapılması gerektiğini Türkiye'ye bildirdi. Sovyetler Birliği'nin değişiklik talepleri arasında, Boğazların ortak savunulması ve Türk-Sovyet sınırında bazı değişikliklerin gerçekleştirilmesi de yer alıyordu. Türkiye bu talepleri reddetti ve uluslararası alandaki yalnızlığından ve Sovyet tehditlerinden korunmak adına, batı bloğuyla ilişkilerini arttırma yolunu seçti. Bu bağlamda özellikle savaş sırasında belli bir düzeye erişen Türk-Amerikan ilişkilerinin daha da geliştiği gözlemlenebilir.¹⁹ Bu yakınlaşmada Sovyet tehdidi kadar, iç dinamiklerin de özgül etkileri bulunmaktaydı. Savaştan en az yıkımla çıkan Amerikan sermayesinin ülkeye girişine yönelik, hızla gelişen Türk sermaye çevrelerindeki beklenti bu kapsamda değerlendirilebilir.²⁰

Sonuç olarak savaştan Batı demokrasilerinin galip çıkması, yükselen değer "demokrasi" olmasını sağlıyordu, bu durum Türkiye açısından, gerginleşen Türk-Sovyet ilişkileri nedeniyle özellikle bu yönde geliyordu. Türkiye'nin Batı'ya yaklaşması, Batı'nın siyasal sistemi olan çok partili hayata dayalı demokrasiyi ülke gündemine taşıyordu.²¹ Ayrıca Birleşmiş Milletler Şartı'na imza konulması, demokratik ideallerin hayata ge-

¹⁷ Cemil Koçak, "Siyasal Tarih (1923-1950)", *Türkiye Tarihi 4*, ed. Sina Akşin, 7. bs., Cem Yayınevi, 2002, 127-214, s. 210-211; Timur, s. 55.

¹⁸ Ali Gevgili, *Yükseliş ve Düşüş*, Bağlam Yayınları, 1987, s. 13.

¹⁹ Mustafa Aydın, "İkinci Dünya Savaşı ve Türkiye, 1939-1945", *Türk Dış Politikası, Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar*, ed. Baskın Oran, İletişim Yayınları, 2009, 385-476, s. 474-475; Timur, s. 56-64; Zürcher, s. 302-303.

²⁰ Timur, s. 65-66.

²¹ Sancaktar, s. 51.

çirilmesi açısından uluslararası bir yükümlülük altına girmek anlamına geliyordu. Fakat bu dış etkenlerin, Türkiye'nin çok partili bir demokratik sisteme geçmesinde belirleyici bir rol oynadığını ileri sürmek güçtür.

Uluslararası ortam ve özellikle dünya üzerindeki 2. demokratikleşme dalgası,²² diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye'de de demokratikleşme süreci açısından elverişli bir ortam yaratıyordu; fakat bu etkiye karşın İspanya ve Portekiz gibi otoriter sistemlerin oldukça yakın tarihlere kadar Kıta Avrupası'nın merkezinde varlıklarını korudukları anımsanmalıdır.²³ Sadece bu örnekler, demokrasiye geçişin dış dinamikler açısından kaçınılmaz olmadığını ortaya koymaktadır. Ayrıca iki kutba ayrılan dünyada, yeni bir savaş tehlikesinden söz edildiği günlerde Batı dünyası açısından Türkiye'nin siyasal rejiminin değil, güçlü ve istikrarlı bir yönetime sahip olmasının öncelik taşıdığı söylenebilir. Öyle ki Amerikan Başkanı Truman, 1946 yılında Senato önündeki bir konuşmasında, savaş tehlikesinin sona ermediği bir ortamda, Türkiye'nin çok partili hayata geçiş denemesini, "zamansız bir icraat" olarak niteleyecektir.²⁴

Dolayısıyla uluslararası konjonktürün, demokratikleşme süreci açısından olumlu katkıları olduğunu belirtmek, fakat belirleyici olanın iç dinamikler olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır.²⁵ Özellikle Birleşmiş Milletler Şartı gibi, uluslararası hukuk açısından bağlayıcı olan bir belgenin imzalanması, tek parti politikalarına muhalif güçlere, "manevi ve hukuki deliller" sağlamış, onları halkın desteğini de alarak, siyasi bir parti kurulmasına kadar varacak muhalefet sürecine adeta "teşvik etmiştir".²⁶ Fakat bu muhalefet kuşkusuz, toplumun büyük çoğunluğunun tek parti yönetiminden hoşnutsuzluğu üzerine inşa edilebilmiştir.

²² Samuel P. Huntington, *Üçüncü Dalga, Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, çev. Ergun Özbudun, Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, 1993, s. 10-22.

²³ Koçak, *Türkiye'de Milli Şef Dönemi (1938-1945)*, s. 561.

²⁴ Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, 4. bs, Yapı Kredi Yayınları, 1999, s. 337-338.

²⁵ Zürcher, s. 299-304; Karpat, s. 129; Tanör, s. 338; Koçak, *Türkiye'de Milli Şef Dönemi (1938-1945)*, s. 563-564.

²⁶ Karpat, s. 129. Birleşmiş Milletler Şartı'nın bu moral etkisi, Şart'ın onaylanmasına dair TBMM görüşmelerinin yapıldığı oturumda dahi gözlenebiliyordu. Bu görüşme sırasında söz alan Adnan Menderes, Şart kapsamında Türkiye devletinin üzerine aldığı "taahhütlerden" söz ediyor, bunların demokrasi ilkelerine uygun olarak kişisel ve siyasal özgürlüklerinin korunmasını gerektirdiğini belirtiyordu. T.B.M.M. T.D.D. VII, C. 19, T. 2, B. 90 (15. 8. 1946) 1. O. s. 170-171 aktaran, Ekinci, s. 345-346.

1946 Seçimleri

İlk bölümde ortaya konduğu üzere Türkiye'deki toplumsal dinamikler, uluslararası durumun da etkisiyle muhalefet hareketini şekillendirecek, sonuçta DP kurulacak ve çok partili genel seçimler yapılacaktır. Bu bölümde ilk olarak, 1946 seçimlerine giden süreç incelenecektir.

C. Demokratikleşme Sürecinde İlk Adımlar

Türkiye Büyük Millet Meclisinde bir muhalefetin kristalleşmesine neden olan olay, Toprak Reformu yasa tasarısının 1 Ocak 1945'te gündeme alınması oldu.²⁷ Tasarı görüşülürken muhalefet hareketinin doğuşuna yönelik çok önemli bir adım atıldı; Celal Bayar önderliğinde Adnan Menderes, Refik Koraltan ve Fuad Köprülü'den oluşan bir grup milletvekili, daha sonradan "Dörtlü Takrir" olarak adlandırılacak bir önergeyi CHP Meclis Grubu'na sundular. Önerge sahiplerinin istemleri üç ana başlıkta toplanıyordu: yasalardaki ve parti tüzüğündeki antidemokratik hükümlerin kaldırılması, Meclisin hükümeti gerçek anlamda denetlemesine izin verilmesi ve seçimlerin serbest biçimde gerçekleştirilmesi. Fakat bu önerge, imza sahipleri dışında kalanların oybirliğiyle reddedildi. Gereğe olarak usuli bir yanlılık gösteriliyor, yasalarda ve tüzüklerde değişiklik önerileri içeren bu teklifin, Meclis grubuna değil, Meclise sunulması gerektiği belirtiliyordu.²⁸ Gerçekte ise bu tutumun iki nedeni olduğu ileri sürülebilir. Bunlardan ilki, bu ani değişikliğe hazır olmayan önemli bir meclis çoğunluğunun bulunmasıdır. Diğeri ise, İsmet İnönü başta olmak üzere, CHP ileri gelenleri arasında var olan, bir muhalefet partisi kurulmasına yönelik olumlu yaklaşımdır. Bu grup, takririn reddi ile muhaliflere CHP'den ayrılıp, yeni parti kurulması için bir sebep veriyor ve hatta yol gösteriyordu.²⁹ Bu son noktayı biraz açmakta yarar var:

İlk bölümde açıklandığı üzere iç ve dış dinamiklerin etkisiyle savaşın ardından güçlü bir muhalif hareketin oluşmaya başladığı gözlemlenmekteydi. Fakat bu hareketin, iktidardaki temsil gücü CHP ile kıyaslanabilecek düzeyde değildi, diğeri bir anlatımla siyasi inisiyatif tamamen iktidar partisinin elindeydi. CHP, muhalefetin basında, partide ve Meclis'te ne ölçüde gelişebileceğini belirleme olanağına sahipti. Dönemi inceleyen araştırmacıların bu durumdan hareketle hemfikir oldukları konu, yeni siyasal oluşumun biçim, nitelik ve zamanlaması konusunda, iç ve dış dinamikleri

²⁷ Ahmad, s. 24.

²⁸ Cem Eroğul, *Demokrat Parti, Tarihi ve İdeolojisi*, 4. bs., İmge Kitabevi, 2003, s. 28.

²⁹ Karpat, s. 131.

değerlendiren İnönü öncülüğündeki CHP ileri gelenlerinin yönlendirici etkisidir.³⁰ Bu yönlendirmenin başlangıç noktası olarak da, dörtlü takririn reddi kabul edilebilir. Fakat vurgulamak gerekir ki, daha sonraki siyasi gelişmeler, tam olarak CHP kadrolarının istediği ve beklediği biçimde gelişmemiştir.

Takririn reddinin ardından, Adnan Menderes ve Fuad Köprülü'nün, Vatan Gazetesi'nde içerik olarak dörtlü takrirle örtüşen eleştirel yazıları yayımlandı. Bunun üzerine parti divanı, 21 Eylül 1945'te oybirliğiyle bu kişilerin partiden ihracına karar verdi. 2 Ekim'de ise, ihracın tüzüğe aykırılığını ileri süren Refik Koraltan, aynı yaptırımla karşılaştı. Bu gelişmelerden sonra dörtlü takririn lideri Celal Bayar ise, önce milletvekilliğinden, ardından da parti üyeliğinden istifa etti. Böylelikle muhalif grup CHP'den kopmuş oldu. Bu aşamada muhalefeti cesaretlendiren bir hareket, 1 Kasım'daki Meclis'i açış konuşmasında İnönü'den geldi:

“Demokrat karakter bütün Cumhuriyet devrinde prensip olarak muhafaza olunmuştur. Diktatörlük prensip olarak hiçbir zaman kabul olunmadıktan başka zararlı ve Türk milletine yakışmaz olarak daima itham edilmiştir... *Bizim tek eksikimiz hükümet partisinin karşısında bir parti bulunmamasıdır.* Bu yolda memlekette geçmiş tecrübeler vardır. Hatta iktidarda bulunanlar teşvik olunarak teşebbüse girişilmiştir. İki defa memlekette çıkan tepkiler karşısında teşebbüsün muvaffak olmaması bir talihsizliktir. Fakat memleketlerin ihtiyaçları sevgiyle hürriyet ve demokrasi havasının tabii işlenmesi sayesinde başka siyasi partilerin de kurulması mümkün olmaktadır.”³¹

Bu konuşmanın ilginç yanı, İnönü'nün CHP dışında bir parti bulunmadığından söz etmesidir. Oysa 18 Haziran 1945'te İçişleri Bakanlığı'ndan aldığı izinle kurulmuş olan bir parti bu konuşmanın yapıldığı sıralarda faaliyetteydi: Milli Kalkınma Partisi. İş adamı Nuri Demirağ tarafından kurulan bu partinin, somut sorunlar karşısında kapsamlı bir programı yoktu, daha çok kurucusunun kişisel görüşlerini yansıtıyordu.³² Herhangi bir siyasi etkinlik gösteremeyen bu parti, olasılıkla CHP ileri gelenlerince de ciddiye alınmamış olacak ki İnönü konuşmasında bu partiyi yok saymıştır.

³⁰ Koçak, *Türkiye'de Milli Şef Dönemi (1938-1945)*, 562-563; Timur, s. 20, Ahmad, s. 31.

³¹ Timur, s. 18-19; İkinci, s. 349. Bu çalışmadaki tüm vurgular yazara aittir.

³² Karpat, s. 133.

D. Demokrat Parti'nin Kurulması ve Gelişimi

Kurulması beklenen muhalefet partisi, 7 Ocak 1946'da resmen faaliyete geçti. Parti programında; tek dereceli seçim sistemi (md. 9) ve üniversitelerin özerkliğe kavuşturulması (md. 38) gibi reform vaatleri öngörülmüş, devletçiliğin, özel sektörü destekleme işlevine vurgu yapılmış (md. 17) ve ülke kalkınması açısından tarım sektörünün başat niteliğinin altı çizilmiştir (md. 54).³³

Parti programı temelde CHP'nin siyasal ilkelerinden çok farklı bir nitelik göstermiyordu. Bu durum olağan karşılanmalıdır. Sonuçta DP, CHP'nin inisiyatifiyle kurulmuştu ve rejimin temel siyasal ve sosyal ilkelerinden sapan öneriler ortaya koyması beklenemezdi. Zaten parti kurucuları, yıllardır CHP içinde siyaset yapmış kişilerdi, görüşleri de çok farklı değildi. Celal Bayar, partinin kuruluşuyla ilgili sorulara verdiği yanıtta, sorunun daha çok uygulamadan kaynaklandığını belirtecek ve tıpkı CHP gibi, sınıf temelli siyaseti reddedecektir:

*“Anayasanın prensipleri dâhilinde kalacağız. Bence Kemalizm Anayasada tam kemalini bulmuştur. Anayasamız geniş bir demokrasi ruhu ile tanzim edilmiştir. Jön Türklerden tutunuz da Erzurum-Sivas Kongreleri prensiplerine kadar geliniz, Cumhuriyet devrinin esas prensiplerini alınız: İşte Anayasanın ruhu budur. Çok demokratiktir. Hakkıyla tatbik edildiği takdirde bu memleketi mesud eder... Parti programı siyasi, iktisadi, içtimali sahaları ihtiva ettiğine göre Cumhuriyet Halk Partisine nispetle bu sahaların hangisinde sağda, hangisinde solda olduğumuzu kesin olarak tespit etmek zordur. Programımızda bu hususlar daha sarih olarak görülmektedir. Biz Türkiye'nin geçirmesi gereken bir demokratik safha olduğuna kanıiz. Sınıflar arasında mücadelenin zaruri olduğu nazariyesini kabul etmiyoruz. Kül halinde millet menfaatini korumak kararındayız.”*³⁴

DP'nin bu yaklaşımı eleştiri konusu olmuştur. Örneğin Nadir Nadi, 13 Ocak'taki başyazısında, parti programları arasındaki benzerliğin önemli bir eksiklik oluşturduğu ve bu zafiyeti gidermek adına, en azından ekonomik alanda farklı yaklaşımların, DP tarafından benimsenebileceğini belirtmiştir.³⁵

Bu benzerlik, başlangıçta CHP'nin DP'nin kuruluşuna karşı olumlu tavrıyla birleşince, DP'nin bir muvazaa partisi olduğu iddiaları artmıştır.

³³ Cumhuriyet, 8 Ocak 1946; Vatan, 8 Ocak 1946.

³⁴ Cumhuriyet, 8 Ocak 1946.

³⁵ Cumhuriyet, 13 Ocak 1946.

Öyle ki, Celal Bayar daha partinin kurulduğunun ertesi günü, bu iddiaları reddeden bir açıklama yapma gereksinimi duyacaktır. İddialar bu açıklamaya karşın yayılarak sürecek ve seçim propagandası sırasında DP yöneticileri tarafından birçok defa inkâr edilmek zorunda kalacaktır.³⁶

CHP'nin, DP'nin kuruluşunun ardından ilk önemli girişimi, belediye seçimlerini Eylül'den Mayıs'a almak olmuştur.³⁷ Muhalefet bu değişikliğe oldukça sert bir tepki vermiştir. Bu olay partiler arasındaki oldukça ılımlı havanın dağılmaya başladığının ilk işareti olarak kabul edilebilir. Adnan Menderes uygulamayı “kurulmakta olan partilere birkaç ayın dahi esirgenmek istemesini milli iradenin serbest tecellisini engelleyen bir karar olarak” değerlendirmiştir.³⁸ Celal Bayar da aynı şekilde seçimlerin öne alınmasını, parti teşkilatının gelişimini önlemek için alınan bir önlem olarak değerlendirmiştir.³⁹ Sonuç olarak da DP yönetimince, belediye seçimlerine katılmama kararı alınmıştır.⁴⁰

İkinci önemli gelişme 10 Mayıs 1946'da CHP'nin olağanüstü kurultayının toplanması oldu. Kurultayda, sınıf esasına göre dernek ve siyasi parti kurma yasağının kaldırılması, tek dereceli seçim sisteminin kabulü, İnönü'nün değişmez genel başkanlık sıfatına son verilip bu makam için seçim yönteminin benimsenmesi ve yeni seçimlere gitmek gibi önemli kararlar alındı.⁴¹ Bu doğrultuda, yeni seçim yasası olarak “Milletvekilleri Seçimi Kanunu”, 5 Haziran 1946'da Meclis'te kabul edildi.⁴² Daha sonra 13 Haziran'da üniversitelere bilimsel ve idari özerklik tanıyan yeni bir üniversiteler yasası kabul edildi. Aynı gün, gazete kapatma yetkisini hükümete veren “Matbuat Kanunu”nun 50. maddesi değiştirilerek bu yetki mahkemelere devredildi, böylelikle yargısal bir güvence sağlanmış oldu.⁴³ Bu arada 10 Haziran 1946 tarihli bir Meclis kararıyla, Milletvekili Genel Seçimlerinin 1 yıl öne alınması ve 21 Temmuz 1946 tarihinde yapılması kararlaştırıldı.⁴⁴

³⁶ Örneğin bkz. Vatan, 14 Mart 1946.

³⁷ Vatan, 27 Nisan 1946.

³⁸ Vatan, 30 Nisan 1946.

³⁹ Vatan, 6 Mayıs 1946.

⁴⁰ Karpat, s. 138.

⁴¹ Vatan, 11 Mayıs 1946.

⁴² Cumhuriyet, 6 Haziran 1946; Vatan, 6 Haziran 1946. Milletvekilleri Seçimi Kanunu, Kanun No: 4918, Resmi Gazete, 6/6/1946, No: 6326.

⁴³ Cumhuriyet, 14 Haziran 1946; Vatan, 14 Haziran 1946.

⁴⁴ Tanör, s. 341; Ekinci, s. 372.

E. 1946 Seçimleri

1946 Seçimlerine giden süreçte, CHP ve DP arasındaki ilişkilerin gerginleştiği gözlemlenebilir. DP yöneticilerinin bu konudaki ilk şikâyet ve iddiası; “mahalli idari amirler ve devlet memurlarının, taşıdıkları memuriyet sıfatının kendilerine yüklediği kayıtlara hiç ehemmiyet vermeyerek ve tıpkı partili imişler gibi, gayret ve faaliyetlere bütün hızları ile katıldıkları”⁴⁵ olmuştur. Bu şikâyetler, genel seçimler yaklaştıkça artarak devam etmiştir. Örneğin 27 Haziran’da DP yetkilileri, İçişleri Bakanlığı’na başvurarak, bir kısım amir ve memurların, yasalara karşın köy köy dolaşarak CHP için propaganda yaptıklarından şikâyet etmiştir.⁴⁶ 6 Temmuz’da aynı şekilde Celal Bayar, İçişleri Bakanı Hilmi Uran’ı ziyaretinde, bakandan baskılara bir çözüm bulmasını istemiş;⁴⁷ Refik Koraltan 8 Temmuz’da gazetelere yansıyan demecinde yine baskılardan şikâyetçi olmuştur.⁴⁸

Bunun dışında dönemin gazetelerinde CHP aleyhine, idari kadrolar tarafından yapılan baskılara ilişkin çok sayıda habere rastlamak olanaklıdır. Özellikle Vatan gazetesinde, temmuz ayı başından itibaren, yurdun pek çok bölgesinde DP üyelerine ve DP’yi destekleyen halk kesimlerine yönelik olarak gerçekleşen baskı ve şiddet eylemlerine dair haberler yer almıştır. Örneğin 6 Temmuz nüshasında, “İzmir’de Tedhiş” başlıklı haberde, sabıkalı kişilerin, DP’lileri rahatsız etmek için kullandıkları ifade edilmiştir. 8 Temmuz’da, DP’li bir köylünün İzmir’de bıçaklandığı, bir jandarma onbaşısının Tire köyünde DP’li köylüleri sıra dayığından geçirdiği haberlerine rastlanmaktadır.⁴⁹

Bunlar dışında 16 Temmuz tarihli Vatan gazetesinde, Bolu Valiliği’nden bir ilçe kaymakamlığına gönderilen bir telgraf dikkat çekicidir. Telgrafta, bölgeye gelecek CHP Elazığ milletvekiline her türlü kolaylığın gösterilmesine yönelik talep yer almaktadır. Yine aynı günkü başka bir haberde, DP üyesi Hikmet Bayur’un konuşmasının engellenmesi amacıyla, konuşma yaptığı salonun elektriğinin jandarma komutanı tarafından kesil-

⁴⁵ Vatan, 1 Nisan 1946.

⁴⁶ Cumhuriyet, 28 Haziran 1946.

⁴⁷ Vatan, 7 Temmuz 1946.

⁴⁸ Cumhuriyet, 8 Temmuz 1946.

⁴⁹ Vatan, 8 Temmuz 1946; Cumhuriyet, 8 Temmuz 1946. DP’li yurttaşlara yönelik baskı ve şiddet haberleri için ayrıca bkz. Vatan, 9, 12, 16, 17, 19, 20 Temmuz 1946.

diği ileri sürülmüştür. Bir başka önemli uygulama da, Celal Bayar'ın nutkunun radyoda yayınlanmasına ilişkinidir. Nutku inceleyen Basın-Yayın Umum Müdürlüğü, nutkun yayımlanmasını uygun görmemiştir.⁵⁰

Bu tür olaylara karşı, CHP'nin aldığı önlemlerin oldukça sınırlı düzeyde kaldığı söylenebilir. Örneğin İçişleri Bakanlığı Temmuz başında tüm valiliklere; herhangi bir memurun memuriyet nüfuzunu kullanarak yurttaşların oylarına etki etmeye çalışmasının önlenmesini ve bu tür hareketlerde bulunanların cezalandırılmasını öngören bir tamim yollamıştır.⁵¹ Cumhurbaşkanı İnönü de 17 Temmuz tarihinde verdiği seçim nutkunda, seçimi idare edecek memurların, kanunların hükümlerini her vatandaş ve parti hakkında, gözlerini kırpmadan tatbik için, cesur ve kendilerine güven içinde olacaklarını vurgulamıştır.⁵²

Fakat bu tavsiyelerin uygulamaya yansıdığını söylemek, en azından dönemin gazete haberleri incelendiğinde, oldukça zordur. Gerek DP'nin üst düzey yöneticilerine, gerekse DP'yi destekleyen yurttaşlara karşı çeşitli baskıların ve engellemelerin yapıldığına dair haberler, seçimin yapıldığı 21 Temmuz gününe kadar gazete sayfalarında yer almıştır. Demokratik bir seçimin varlığından söz etmek için öncelikli olarak, seçimlerin ve oyların sayılması sürecinin yargısal denetim altında, eşitlik ve şeffaflık ilkeleri gözetilerek adil bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Fakat en az bunun kadar önemli olan ve bir seçimin demokratik niteliğini belirleyen öge, seçime giden süreçte, katılımcı partilerin serbest biçimde propaganda yapmasına olanak tanınmasıdır.⁵³ Farklı partilere bu olanak tanınmaması durumunda, bireylerin kendi kararlarını verdikleri adil ve demokratik bir seçimden söz edilemez. 1946 Seçimleri, aktardığımız olaylar göz önüne alındığında bu açıdan kuşkusuz demokratik olarak nitelenemez.

Bu saptamayı pekiştiren bir başka öge de, başta İstanbul olmak üzere, çeşitli illerde var olan sıkıyönetim uygulamasının seçimin öncesinde ve sonrasında, 1947 yılına dek sürmesidir. Bu durum gerek basın, gerekse bu bölgelerde faaliyetlerini yürüten DP'liler için önemli bir baskı unsuru oluşturmuştur. İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı tarafından 4 Temmuz 1946

⁵⁰ Cumhuriyet, 20 Temmuz 1946.

⁵¹ Vatan, 2 Temmuz 1946.

⁵² Vatan, 18 Temmuz 1946.

⁵³ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. bs, Beta Basım, 2018, s. 94; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. bs, Yetkin, 2017, s. 91-94.

tarihinde yayımlanan bir tebliğ, bu bağlamda önemli bir örnek oluşturmaktadır. Tebliğ ile seçim propagandası faaliyetlerine yalnızca kapalı alanlarda izin verilmekte, yol, sokak ve meydanlarda bu tür faaliyetlerin gerçekleştirilmesi yasaklanmaktadır.⁵⁴

Seçim ve Sonrası

1946 Seçimleri, 4918 sayı ve 5 Haziran 1946 kabul tarihli “Milletvekilleri Seçimi Kanunu” uyarınca yapılmıştır. Seçimde, liste usulü çoğunluk sistemi uygulanmıştır. “Bu uygulamada bir seçim çevresinde birden çok milletvekili seçilmekte ve siyasi partiler seçilecek milletvekili kadar aday belirleyerek listelerini oluşturmaktadır. Bir seçim çevresindeki milletvekilliklerinin tümü, en fazla oy alan parti tarafından kazanılmakta, diğer partiler milletvekili çıkaramamaktadır.” Seçime CHP ve DP’nin yanı sıra; Liberal Demokrat Parti, Türkiye İşçi ve Çiftçi Partisi, Yalnız Vatan için Partisi ve Milli Kalkınma Partisi katılmıştır. Sonuç olarak CHP 397, DP 61 ve bağımsız listeden aday olanlar da 7 milletvekilliği çıkarmıştır.⁵⁵

Her ili bir seçim çevresi olarak kabul eden (md. 1) yasayla, her 40.000 yurttaş için bir milletvekili seçilmesi öngörülmüştür. (md. 2) Ayrıca seçmen yaşı olarak 22 yaş kabul edilmiştir. (md. 7) Yasa, seçimi yönetmek ve kontrol etmek üzere “Seçim Kurulları”nın kurulmasını öngörmüştür. Buna göre söz konusu kurul üyeleri, belediye meclisleri tarafından ve kendi üyeleri arasından seçilecek, belediye başkanı da kurullara başkanlık edecektir. Bu kurullar, vali ya da kaymakamın başkanlığında, bin seçmeni geçmemek üzere, “Seçim Bürosu” adı verilen seçim sahaları oluşturacaktır. Seçim bürolarında, başkan ve üyeleri seçim kurullarınca seçilecek 5 üyeli “Seçim Komisyonları” bulunacaktır. (md. 14, 15)

Yurttaşlar, oylarını bu komisyonların denetimi altında açık olarak verecektir. Oyların tasnifi yapıldıktan sonra, seçim komisyonları, oyların işlendiği tutanak ve seçim defterlerini, bağlı olduğu seçim kuruluna teslim edecektir. Daha sonra, sayılmış geçerli oy pusulaları yakılacaktır. Son aşamada, seçim kurulları, ellerindeki tutanak ve seçim defterlerine dayanarak kimlerin milletvekili seçildiklerini saptayacaktır. (md. 27, 28, 29)

Tüm idari kadroların CHP’nin doğal üyesi sayıldığı bir dönemde, seçim kurullarının bağımsızlığını sağlayacak yargıç güvencesinden yoksun

⁵⁴ Vatan, 4 Temmuz 1946.

⁵⁵ Erol Tuncer, *Osmanlı’dan Günümüze Seçimler, 1877–2002*, 2. bs, Tesav Yayınları, 2003, s. 111 ve 362. Yazar çeşitli kaynaklarda, Milli Kalkınma Partisi’nin seçimlere katılması hususunun farklı olarak yer aldığını belirtmiştir.

bir seçim sisteminin, tartışmalı sonuçlar doğuracağı açıktı.⁵⁶ Seçime katılan siyasi partilerin temsilcilerinin, oyların sandığa atılması ve tasnifi sırasında seçim kurulu ve komisyonlarında hazır bulunabileceklerini öngören 34. madde de, bu açıdan yeterli güvenceyi sağlayamamıştır. Seçim sonucunda ortaya atılan iddialar ve yapılan itirazlar bu tespiti güçlendirmektedir.

Daha seçim sonuçları ilan edilmeden, DP'liler İnönü'ye telgraf çekerek, seçim sonuçlarına haksızlığın düzeltilmesi adına müdahale etmesini istediler;⁵⁷ fakat bu girişimden bir sonuç alınmadı ve seçim sonuçları ilan edildi. Bu arada, seçimlere hile karıştırıldığı yönündeki iddialar, gazetelerde yer aldı. Seçim mazbatalarının değiştirildiği yönündeki şikâyetler en sık dile getirilen iddialar arasındaydı.⁵⁸ Ama bu haberler, Sıkıyönetim Komutanlığı'nın bir tebliğiyle kesilecektir. Tebliğ ile seçim sonuçları hakkında, vatandaşları şüpheye düşürücü ve bu nedenle memleketin huzurunu sarsıcı yayımların sürdüğü vurgulanmakta ve bu gibi tahriklerin devamına izin verilmeyeceği belirtilmektedir. Yine aynı günkü Vatan gazetesinde, Celal Bayar'ın seçim sonuçları hakkındaki beyanı, Sıkıyönetim Komutanlığı'nca izin verilmemesi nedeniyle yayımlanmamış, yalnızca başlığa yer verilmesiyle yetinilmiştir.⁵⁹ Ayrıca ertesi gün, tebliğe uymadıkları gerekçesiyle Yeni Sabah ve Gerçek gazeteleri kapatılmıştır.⁶⁰

1946 Seçimleri sırasında ve sonrasında yaşananlar da, seçimin demokratik niteliğine gölge düşürmüştür. 1946 Seçimlerinin öncesindeki sürecin özellikle eşit ve serbest katılım ilkelerini ihlal etmesi nedeniyle demokratik ilkelerle uyumlu olmadığı yukarıda belirtilmişti. Seçim yasası ise, oyların kullanılması ve tasnifi sırasında gerekli hukuksal güvenceleri sağlamadığı için kuşkusuz demokratik olarak nitelendirilemez. Söz konusu seçim yasasında, seçimlerin adil geçmesi tamamen idarenin takdirine bırakılmıştır. Seçim sonrası yapılan itirazlar ise, bu takdirin daha çok iktidar partisi CHP lehine kullanıldığını ortaya koymaktadır. Seçim sürecinde ve sonrasında sıkıyönetimin, basın kuruluşlarının büyük bölümünün faaliyetlerini sürdürdüğü İstanbul da dâhil olmak üzere pek çok ilde sürmüş olması da, bu olumsuz tabloya eklenebilecek diğer bir ögedir. Öyle ki, sıkıyöne-

⁵⁶ Timur, s. 71.

⁵⁷ Cumhuriyet, 23 Temmuz 1946.

⁵⁸ Vatan, 24 Temmuz 1946.

⁵⁹ Vatan, 25 Temmuz 1946.

⁶⁰ Vatan, 26 Temmuz 1946.

timin varlığı, seçim sonuçlarının serbest biçimde tartışılmasını engellemiştir. Dolayısıyla 1946 Seçimlerinin bir bütün olarak demokratik şekilde yürütülmediğini kabul etmek gerekmektedir.⁶¹

Seçimin ardından CHP'nin iktidarını muhafaza ederken, halk desteğini kaybetmekte olduğu, DP'nin ise tersine gücünü arttırdığı görünür bir hal aldı. Bu durumun partiler arası mücadeleye önemli etkileri oldu.⁶² CHP tıpkı daha önceki çok partili hayata geçiş denemelerinde olduğu gibi bir yol ayrımıyla karşı karşıya kaldı; ya önemli bir toplumsal desteğe ulaşan bir muhalefet partisinin faaliyetlerini sürdürmesine izin verecek ya da kendi inisiyatifiyle başlattığı süreci sonlandıracaktı. Partideki sertlik yanlılarının lideri konumundaki Recep Peker'e kabineyi kurma görevi verilmesi başta ikinci yaklaşımın baskın çıktığı izlenimi doğursa da daha sonra iktidar-muhalefet arasındaki gerginleşen ilişkileri İnönü'nün araya girip (12 Temmuz Beyanname), hakem rolünü üstlenerek normalleştirilmesiyle çok partili yaşam 1950 Milletvekilliği Seçimlerine kadar varlığını korudu.⁶³

SONUÇ

Osmanlı-Türk anayasal gelişmelerinin, dış baskı ve yönlendirmelerle açıklanmaya çalışılması, oldukça sık kullanılan bir yöntem. Bu yaklaşıma, çok partili yaşama geçişin dinamiklerine dair çözümlenelerde de rastlanabiliyor. Fakat dönemin iç ve dış siyasal konjonktürü bir bütün halinde değerlendirildiğinde, iç dinamiklerin çok partili yaşama geçiş açısından ağır bastığı gözlemlenmektedir. Tek parti iktidarının gerçekleştiremediği toplumsal ve ekonomik reformlar, savaş ekonomisinin olumsuz etkileriyle birleşince, savaş sonrası döneme, sistemin işleyişinden oldukça huzursuz geniş bir muhalefet kitlesi miras bırakmıştır. Bu toplumsal yapının, siyasal bir örgütlenmede vücut bulup taleplerini dile getirmesinin kaçınılmaz olduğu ileri sürülebilir. Bu aşamada, dış dinamikler bağlamında özellikle "demokrasi" kavramının dünyada yükselen bir değer haline gelmesi, toplumsal taleplerin siyasal alana yansımaya yardım etmiş ve hatta bu süreçte teşvik edici olmuştur. Kısacası demokratikleşme sürecinde belirleyici olan iç dinamikler, destekleyici olan ise dış dinamiklerdir.

⁶¹ Aynı görüş için bkz. Eroğul, s. 36-37; Timur, s. 71-72; Zürcher, s. 308; Tevfik Çavdar, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi, 1839-1950*, İmge Kitabevi, 1999, s. 413.

⁶² Karpat, s. 147.

⁶³ Zürcher, s. 309; Timur, s. 72-74.

Gelişmekte olan muhalefet tek parti sisteminin yapısı gereği zorunlu olarak, CHP içinde filizlenmiştir. Daha sonra, CHP'nin lider kadrolarının yönlendirmesi ile ayrı bir siyasal oluşuma gidilmiştir. Özellikle yeni partinin kuruluş sürecindeki karşılıklı hoşgörü ve etkileşim, DP'nin, tıpkı Serbest Fıkra gibi danışıklı bir parti olduğuna ilişkin iddiaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Belki CHP kadrolarının öngördüğü de buydu, fakat olayların gelişimi bu yönde olmamış, DP gittikçe sertleşen bir muhalefet yürütmüş ve önemli bir halk desteği sağlamıştır. Bu durumun fakında olan CHP yönetimi ise, siyasi bir manevra ile ve her ne kadar farklı gerekçeler ileri sürse de, DP'yi örgütlenmesini tamamlamadan hazırlıksız yakalamak amacıyla genel seçimleri bir yıl erkene almıştır.

21 Temmuz 1946'da yapılan genel seçimlere ilişkin süreç, seçimin gerçekleşmesi ve sonrası, demokratiklik açısından oldukça önemli zaafılara sahiptir. DP'nin siyasi propaganda faaliyetleri önemli ölçüde engellenmiş ve idare aygıtı içerisindeki farklı kademelerdeki devlet memurları, DP'li yönetici ve yurttaşlara çeşitli baskılar yapmıştır. Bu durumun engellenmesi yönündeki bazı üst düzey CHP'li yöneticilerin telkin ve açıklamaları ise, seçim sürecinin demokratik bir şekilde gerçekleşmesini sağlamamıştır. Seçim kurullarının yargıç denetiminden yoksun oluşu ve süren sıkıyönetim uygulaması bu bağlamda vurgulanması gereken önemli diğer olumsuzluklardır. Sonuçta 1946 Seçimleri, şaibeli olarak nitelenmekten kurtulamamıştır. Bunun önemli bir nedeni de, seçime ilişkin şikâyet ve iddiaları inceleyecek tarafsız ve bağımsız kurumların bulunmayışıdır.

Tüm bu olumsuzluklara karşın DP'nin seçimlere katılmasının ve Meclis'e girmesinin en önemli sonuçlarından biri, Türkiye'nin yıllar sonra gerçek anlamda bir iktidar-muhalefet çatışmasına ve rekabetine tanık olmasıdır. 1950 Seçimlerine giden süreçte önemli çatışmalar gerginlikler yaşanmıştır; fakat demokratik bir siyasal rejimde kaçınılmaz olan bu olguların, sistemin gelişimine uzun vadedeki yararlarını göz ardı etmemek gerekir. 1950'de tek parti yönetiminin sorunsuz olarak yerini DP'ye devretmesinde kuşkusuz bu dönemde oluşan demokratik siyasal geleneğinin önemli katkısı olmuştur.

ZUSAMMENFASSUNG

Gegenstand dieser Arbeit sind die Parlamentswahlen im Jahr 1946, einem der Wendepunkte in dem Prozess der Abschaffung der Einparteiherrschaft in der Türkei. Die Wahlen von 1946 waren die ersten Mehrparteienwahlen in der Geschichte der türkischen Republik und sind aufgrund des Drucks während des Wahlprozesses und der Reaktionen auf diesen Druck von historischer Bedeutung. Andererseits haben die Dynamiken des Demokratisierungsprozesses, der mit dieser Wahl eingeleitet wurde, zu Auseinandersetzungen geführt. Im ersten Kapitel dieser Arbeit werden die internen und externen Dynamiken des Übergangsprozesses zum Mehrparteiensystem im Rahmen dieser Auseinandersetzungen untersucht.

Häufig wird versucht, die osmanisch-türkischen verfassungsrechtlichen Entwicklungen durch externen Druck und Beeinflussung zu erklären. Auch in den Analysen der Dynamiken des Übergangsprozesses zum Mehrparteiensystem begegnet man Meinungen, die das Hauptaugenmerk auf den externen Druck legen. Wenn man jedoch die innen- und außenpolitische Konjunktur der damaligen Zeit als Ganzes betrachtet, erkennt man, dass die internen Dynamiken beim Übergang zum Mehrparteiensystem überwiegen. Da sich zu den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Reformen, welche die Einparteiherrschaft nicht realisieren konnte, die negativen Auswirkungen der Kriegswirtschaft gesellten, hat sich in der Nachkriegszeit eine breite Opposition gebildet, die mit der Funktion des Systems in höchstem Maße unzufrieden war. Diese gesellschaftliche Struktur hat sich in einer politischen Organisation materialisiert, die ihre Forderungen kundgetan hat. Dass in dieser Phase im Zusammenhang mit den externen Dynamiken der „Demokratiebegriff“ in der Welt aufkam, hat dazu beigetragen, dass die gesellschaftlichen Forderungen auf dem politischen Parkett wahrgenommen wurden, und diesen Prozess sogar gefördert. Kurz gesagt, die internen Dynamiken haben den Demokratisierungsprozess eingeleitet und die externen Dynamiken haben ihn gefördert.

Im zweiten Kapitel der Arbeit wird das demokratische Wesen der Wahlen von 1946 diskutiert. In diesem Zusammenhang werden der Prozess, der mit der Entstehung einer Oppositionsbewegung innerhalb der Republikanischen Volkspartei (CHP) beginnt, und die Gründungs- und Entwicklungsphasen der Demokratischen Partei (DP) behandelt. Die in der Entwicklung befindliche Oppositionsbewegung innerhalb der CHP ist zwangsläufig aufgrund des Einparteiensystems entstanden. Später hat sich auf Initiativeführender Mitglieder der CHP eine separate politische Struktur gebildet. Insbesondere die gegenseitige Toleranz und Interaktion in dem Gründungsprozess der neuen Partei hat zu Behauptungen geführt, dass die DP eine Scheinpartei wie Freie Republikanische Partei (SCF) sei. Vielleicht hat die CHP eine solche Zusammenarbeit geplant. Aber die Entwicklung der Ereignisse sprechen dagegen. Die DP entwickelte sich zu einer ernst zu nehmenden Opposition und wurde von weiten Teilen der Bevölkerung unterstützt. Die CHP-Führung, die sich dessen bewusst war, zog die allgemeinen Wahlen mit einem politischen Manöver um ein Jahr vor, um die DP unvorbereitet zu treffen, bevor sie sich richtig organisieren konnte.

Der Prozess in Bezug auf die allgemeinen Wahlen am 21. Juli 1946, die Wahlen selbst und die Zeit nach den Wahlen weist elementare demokratische Schwächen auf. Die politische Propaganda der DP wurde in bedeutendem Maße behindert und hat die Staatsbeamten des Verwaltungsapparates auf die DP-Führung und die Bürger Druck ausgeübt. Die Äußerungen einiger Mitglieder der CHP-Führung zwecks Beendigung dieser misslichen Lage habenden undemokratischen Verlauf des Wahlprozesses nicht aufhalten können. Die fehlende richterliche Kontrolle der Wahlausschüsse und der Ausnahmezustand sind weitere wichtige negative Aspekte, die in diesem Zusammenhang hervorgehoben werden müssen. Infolgedessen wurden die Wahlen von 1946 als Skandal bezeichnet. Ein wesentlicher Grund dafür ist, dass die Beschwerden und Behauptungen bezüglich der Wahl nicht von einer unparteiischen und unabhängigen Stelle untersucht wurden.

Die Teilnahme der DP trotz dieser negativen Aspekte an den Wahlen und ihr Einzug in das Parlament führen dazu, dass die Türkei Jahre später Zeuge eines erbitterten Gefechts und Konkurrenzkampfes zwischen der Regierung und der Opposition wird. In dem Prozess, der zu den Wahlen von 1950 führt, ereigneten sich heftige Auseinandersetzungen und Spannungen. Aber man darf den langfristigen Nutzen dieser Auseinandersetzungen und Spannungen, die in einem demokratischen politischen Regime unvermeidlich sind, für die Entwicklung des Systems nicht außer Acht lassen. Die demokratische politische Tradition, die sich vor 1950 entwickelt hat, hat zweifellos zum problemlosen Ende des Einparteiensystems im Jahre 1950 und zur friedlichen Regierungsübernahme der DP beigetragen.

KAYNAKÇA

- AHMAD, Feroz, *Demokrasi Sürecinde Türkiye, 1945–1980*, 2. bs., Hil Yayıncılık, 1996.
- AYDIN, Mustafa, “İkinci Dünya Savaşı ve Türkiye, 1939-1945”, *Türk Dış Politikası, Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar*, ed. Baskın ORAN, İletişim Yayınları, 2009, s. 385-476.
- BORATAY, Korkut, “İktisat Tarihi (1908-1980)”, *Türkiye Tarihi 4*, ed. Sina AKŞİN, 7. bs., Cem Yayınevi, 2002, s. 297-382.
- BORATAY, Korkut, *Türkiye’de Devletçilik*, İmge Kitabevi, 2006.
- ÇAVDAR, Tevfik, *Türkiye’nin Demokrasi Tarihi, 1839-1950*, İmge Kitabevi, 1999.
- EKİNCİ, Necdet, *Çok Partili Düzene Geçişte Dış Etkenler*, 3. bs., Otopsi Yayınları, 2004.
- EROĞUL, Cem, *Demokrat Parti, Tarihi ve İdeolojisi*, 4. bs., İmge Kitabevi, 2003.
- HUNTINGTON, Samuel P., *Üçüncü Dalga, Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, çev. Ergun ÖZBUDUN, Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, 1993.
- KARPAT, Kemal H., *Türk Demokrasi Tarihi, Sosyal, Ekonomik, Kültürel Temeller*, Afa Yayınları, 1996.
- KEYDER, Çağlar, *Türkiye’de Devlet ve Sınıflar*, 11. bs, İletişim Yayınları, 2005.

- KOÇAK, Cemil, “Siyasal Tarih (1923-1950)”, *Türkiye Tarihi 4*, ed. Sina AKŞİN, 7. bs., Cem Yayınevi, 2002, s. 127-214.
- KOÇAK, Cemil, *Türkiye’de Milli Şef Dönemi (1938-1945)*, Cilt II, 2. bs., İletişim Yayınları, 2003.
- GEVGİLİ, Ali, *Yükseliş ve Düşüş*, Bağlam Yayınları, 1987.
- GÜZEL, Mehmet Şehmus, “İkinci Dünya Savaşı Boyunca Sermaye ve Emek”, *Osmanlı’dan Cumhuriyet Türkiye’sine İşçiler, 1839-1950*, ed. D. QUARTET, E. J. ZÜRCHER, İletişim Yayınları, 1998, s. 197-224.
- LEWIS, Bernard, *Modern Türkiye’nin Doğuşu*, çev. Metin KIRATLI, 8. bs., Türk Tarih Kurumu Basımevi, 2000.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. bs, Yetkin Yayınları, 2017.
- ÖKTE, Faik, *Varlık Vergisi Faciası*, Nebioğlu Yayınevi, 1951.
- SANCAKTAR, Caner, “Türkiye’de Çok Partili Rekabetçi Siyasetin Doğuşu: Siyasal Değişimin İç ve Dış Dinamikleri”, *Bilge Strateji*, Cilt. 4, Sayı. 7, 2012, s. 31-64.
- SAVRAN, Sungur, *Türkiye’de Sınıf Mücadeleleri*, Cilt 1: 1908-1980, Yordam Kitabevi, 2011.
- TANÖR, Bülent, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, 4. bs, Yapı Kredi Yayınları, 1999.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. bs, Beta Basım, 2018.
- TİMUR, Taner, *Türkiye’de Çok Partili Hayata Geçiş*, 3. bs., İmge Kitabevi, 2003.
- TUNCER, Erol, *Osmanlı’dan Günümüze Seçimler 1877–2002*, 2. bs, Tesav Yayınları, 2003.
- TUNÇAY, Mete, *Türkiye Cumhuriyeti’nde Tek Parti Yönetimi’nin Kurumsallaşması*, 4. bs, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2005.
- YETKİN, Çetin, *Türkiye’de Tek Parti Yönetimi*, Altın Kitaplar Yayınevi, 1983.
- ZÜRCHER, Erik Jan, *Modernleşen Türkiye’nin Tarihi*, 19. bs., İletişim Yayınları, 2005.

Gazeteler

Vatan, Ocak-Aralık 1946

Cumhuriyet, Ocak-Aralık 1946

DAS GESETZ ZUR EINFÜHRUNG EINES ANSPRUCHS AUF HINTERBLIEBENENGELD

GERİDE KALANLARIN MANEVİ TAZMİNAT TALEPLERİNE İLİŞKİN KANUN

Ministerialdirigent a.D. Karl-Heinz OEHLER*

ÖZ

Temmuz 2017’de Alman Federal Parlamentosu’nun “Geride kalan kişilere” ödenecek tazminatla ilgili kabul ettiği yasaya göre: Bir kişinin ölümünden kusurlu veya kusursuz bir şekilde sorumlu olan diğer bir kişi, bu kişinin yakınlarına, duydukları manevi elem ve ıstırap sebebiyle uygun miktarda tazminat ödemek zorundadır.

Söz konusu kanunla getirilen hükümler ilk bakışta oldukça sıradan gözükmemektedir. Kaza veya cezai bir fiil sonucu ölen kişinin yakınları, uğradıkları maddi zararları (cenaze giderleri vs.) geleneksel Alman haksız fiil hukukuna göre eskiden beri zaten tümüyle tazmin edebilmektedir. Halbuki Alman Medeni Kanunu’nda (BGB) ölen kişinin yakınlarının ölüm sebebiyle çektikleri acı ve ıstırap için bir manevi tazminat öngörülmüş değildi. Bu kısıtlayıcı düzenleme, yaşam hakkına ve bu hakkın taşıdığı değere bir saygısızlık olduğu gerekçesiyle yoğun bir şekilde eleştirilmekte, öldürülen bir bisiklet sürücüsünün zarar gören bisikletinin karşılığını alabilen ailesinin, çocuklarının ölümü sebebiyle yaşadıkları acının karşılığında hiçbir şey alamıyor olmaları tutarsız bulunmaktaydı. Ölüm halinde manevi tazminatı acımasızca reddeden Alman hukuk sistemi Avrupa’da bu haliyle neredeyse tekti ve bu da Alman sisteminin yaklaşımına karşı eleştirileri artırıyordu.

Yeni kabul edilen söz konusu yasayla bu eleştiriler dikkate alınmış, ölen kişiyle belirli bir yakınlık derecesine sahip kişilerin, ölüm sebebiyle duydukları elemi karşılığını tazminat olarak alabilmelerinin önü açılmıştır. Ayrıca bu yasaya göre, bahsedilen tazminatın koşullarının oluşabilmesi için ölüme sebep olan kişinin mutlaka kusurlu olması gerekmeyip, kusursuz sorumluluk hallerinde de ölenin yakınlarına manevi tazminat ödenmektedir. Ancak, Havaşılık Kanunu’ndan doğanlar hariç olmak üzere bu kanun

* Ministerialdirigent a.D.; der Verfasser war bis 2015 Unterabteilungsleiter im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin. Er ist seit 2016 als Lehrbeauftragter an der TDU tätig. (karl-heinz.oehler@gmx.net). ORCID: 0000-0002-4628-9554

hükümleri sözleşme dışı sorumluluk hallerine özgüdür. Kanun'da manevi tazminatın miktarını belirlemeye yönelik bir çerçeve çizilmemiştir, bu yöntem birçok kıta Avrupası ülkesinin de benimsediği yöntemdir. Ne var ki manevi tazminat miktarını belirleme yetkisini bütünüyle mahkemelere bırakmak da sorunludur.

Bu Kanun hızlı ve rahat bir şekilde yasalaştı. Alman Parlamentosu'nun Hukuk İşleri Komitesi'ndeki görüşmeler esnasında birçok uzman benzer eski endişeleri dile getirse de tasarı, oy birliğiyle ve sıkıntısızca Komite tarafından kabul edildi. Sorumluluk hukuku alanında sıkça görüldüğü üzere modası geçmiş prensipleri uygulamadan kaldıran bu kez mahkemeler değil, yetkileri dâhilinde hareket eden kanun koyucu olmuştur. Bu prensiplerin çok uzun yıllar hüküm sürdüğü düşünüldüğünde, bunların bu kadar sessiz bir şekilde ortadan kaldırılması ise ayrıca şaşırtıcıdır.

Anahtar Kelimeler: *Alman Sorumluluk Hukuku, Geride Kalanlar İçin Manevi Tazminat, Ölüm Halinde Tazminat İddiaları, Ölenin Geride Kalan Yakınları*

THE ACT ON THE INTRODUCTION OF A CLAIM TO HINTERBLIEBENENGELD

ABSTRACT

In July of 2017, the Bundestag adopted the Act on the Introduction of a Claim to "Hinterbliebenengeld:" Whosoever is liable, in the context of fault-based liability or strict liability, for the death of a person, is to pay to the surviving dependants of that person adequate compensation for their mental suffering.

The provisions signed into law, so unremarkable at first sight, constitute an expansion of the claim to compensation for immaterial impairments: Pursuant to the customary German law of torts, the surviving dependants of a person killed in an accident or by a criminal offence are entitled solely to compensation of the material damages they have suffered, such as a reimbursement of the funeral costs. By contrast, the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) did not provide for any compensation for pain and suffering to be paid to the surviving dependants. This restrictive legislature became a topic of intensifying criticism, which objected that this refusal constituted contempt for the legal interest of life – for example if the parents of a bicycle-rider who had been killed were granted compensation for the bicycle that had been destroyed, without being awarded any financial recognition for their mental suffering. Increasingly, the arguments also came from the perspective of comparative law: The German legal system was nearly unique in Europe by staunchly refusing to take this approach.

The Act that has now been adopted grants surviving dependants who had a relationship of particular closeness to the person who was killed adequate compensation for their mental suffering. Such a claim will be given not only in cases in which a person is culpable of killing someone; it exists also in the case of strict liability, i.e. liability regardless of fault. However, the Hinterbliebenengeld paid to the surviving dependants is restricted to non-contractual liability (unless the matter is governed by aviation law). The legislature has not defined any framework governing the amount of the compensation. This corresponds to the legal situation given in the majority of continental European legal systems; nonetheless, it is not without its problems to simply unload this matter on the courts.

The legislative process as it played out in the Bundestag was smooth. When the Committee on Legal Affairs of the German parliament held a hearing, a number of experts once again raised the familiar concerns. However, the Committee, unfazed, approved the bill, and in fact did so unanimously. – Other than has been the case all too often in liability law, it was not the courts who relegated to history the outmoded principles, it was the legislature in complying with its responsibility. In light of the many years of preparation and debate, the lack of a significant public reaction is somewhat surprising.

Keywords: *German Liability Law, Compensation for Immaterial Impairments, Compensation Claims in the Case of Death, Surviving Dependents*

EINLEITUNG

Kurz vor dem Ende der 18. Legislaturperiode verabschiedete der Deutsche Bundestag im Juli 2017 das Gesetz zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld.¹ Durch seinen Artikel 1 wurde dem § 844 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) über „Ersatzansprüche Dritter bei Tötung“ folgender Absatz 3 angefügt:

„(3) Der Ersatzpflichtige hat dem Hinterbliebenen, der zur Zeit der Verletzung zu dem Getöteten in einem besonderen Näheverhältnis stand, für das dem Hinterbliebenen zugefügte seelische Leid eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten. Ein besonderes persönliches Näheverhältnis wird vermutet, wenn der Hinterbliebene der Ehegatte, der Lebenspartner, ein Elternteil oder ein Kind des Getöteten war.“

Weitere Artikel enthalten entsprechende Ergänzungen von Gesetzen, die eine Gefährdungshaftung vorsehen;² darunter unter anderem das hinsichtlich der Zahl der Haftungsfälle besonders bedeutsame Straßenverkehrsgesetz. Die Bestimmungen über das Hinterbliebenengeld sind anzuwenden, wenn die zum Tode führende Verletzung nach dem 22. Juli 2017 eingetreten ist (Artikel 4).

Ausgangslage

Diese unscheinbar wirkenden Regelungen enthalten eine (weitere) Ausdehnung des Anspruchs auf Entschädigung für immaterielle Beeinträchtigungen. Der Gesetzgeber reagierte mit diesem Gesetz auf zum Teil heftige Kritik³ an der bisherigen Rechtslage. Die kritisierte Rechtslage sei beispielhaft erläutert: Eine Radfahrerin wird von einem Sattelschlepper erfasst und stirbt noch am Unfallort. Die Eltern, nächste Angehörige und

¹ BGBl. I 2017 Seite 2421.

² Arzneimittelgesetz, Gentechnikgesetz, Produkthaftungsgesetz, Umwelthaftungsgesetz, Atomgesetz, Straßenverkehrsgesetz, Haftpflichtgesetz, Luftverkehrsgesetz.

³ Beispielsweise „Kaltes Gesetz“ in: DER SPIEGEL 4/2012 Seite 28 mit Aussagen der damaligen bayerischen Justizministerin Merck („kaum zu ertragen“) und des Zivilrechtslehrers Prof. Gerhard Wagner („schwer zu erklären“). Einer breiteren Öffentlichkeit wurden die Folgen der Gesetzeslage nach dem Absturz eines Airbus im März 2015 bekannt; bei dem Unglück kamen 144 Passagiere und die Besatzung ums Leben.

Erben der Frau, erhalten von der Haftpflichtversicherung des Fahrzeughalters wegen der Beschädigung des Fahrrads Schadensersatz, wegen der Tötung der Tochter die Kosten der Bestattung, sonst nichts. Eine Entschädigung wegen des durch den Verlust eines nahen Angehörigen verursachten Leids wird nicht gewährt.⁴ Das Ergebnis wäre kein anderes, wenn der Fahrer die Frau vorsätzlich getötet hätte.

Die Verweigerung einer Entschädigung für das seelische Leid, als Angehörigenschmerzensgeld bzw. jetzt im Gesetz als Hinterbliebenengeld bezeichnet, ließ sich allerdings solide begründen. Zwar ist neben anderen Rechtsgütern auch das menschliche Leben in § 823 Absatz 1 BGB geschützt. Doch verliert der Geschädigte im Zeitpunkt seines Todes die für den Erwerb eines Schadensersatzanspruchs erforderliche Rechtsfähigkeit. Den nur mittelbar geschädigten Angehörigen gewährt das Bürgerliche Gesetzbuch nur in eng umgrenzten Fällen einen Ausgleich für materielle, d.h. finanziell messbare, Schäden: Erstattung der Beerdigungskosten (§ 844 Absatz 1) und Zahlung einer Rente an diejenigen, denen der Getötete gesetzlich unterhaltspflichtig war oder werden konnte (§ 844 Absatz 2 – das sind vor allem Ehegatten, Lebenspartner, Kinder oder Eltern) oder denen gegenüber er gesetzlich zur Leistung von Diensten verpflichtet war (§ 845 – die Vorschrift hat nur geringe praktische Bedeutung). Bereits Personen, die (nur) einen vertraglich begründeten Anspruch gegen das Opfer hatten, gehen leer aus. Ein Schmerzensgeld für die Hinterbliebenen war bis zur Gesetzesänderung nicht vorgesehen. § 253 BGB bestimmt, dass wegen eines immateriellen Schadens Entschädigung in Geld nur in den gesetzlich bestimmten Fällen gefordert werden kann. Weiter heißt es dort, dass eine billige Entschädigung wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung gefordert werden kann. Eine Entschädigung für immaterielle Schäden, die einem Dritten durch die Tötung entstehen, war weder im Schadensersatzrecht (§§ 249 ff. BGB) noch im Recht der Unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB) gesetzlich bestimmt.

Zwar haben Gerichte Hinterbliebenen, die infolge der Tötung eines nahen Angehörigen eine Gesundheitsbeschädigung erlitten hatten, ein Schmerzensgeld zugesprochen („Schockschadenrechtsprechung“). Doch darin liegt keine Abweichung von der skizzierten Gesetzeslage: Haftungsauslösend ist die unmittelbare eigene Gesundheitsbeschädigung, die der Hinterbliebene erlitt, als er die Tötung erlebt oder von ihr erfahren

⁴ ebd.

hat. Die Rechtsprechung hat den Anspruch zudem eng begrenzt: Das seelische Leid müsse über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinausgehen, denen Hinterbliebene beim Tod eines Angehörigen erfahrungsgemäß ausgesetzt sind.⁵

Kritik und Stillstand

Die Gesetzeslage und die Rechtsprechung sind nicht ohne Kritik geblieben: Das menschliche Leben werde geringgeschätzt, gesteigert im argumentum ad horrendum, es sei ökonomisch vorteilhaft zu töten und nicht nur zu verletzen.⁶ In jüngerer Zeit wurde zunehmend auch darauf verwiesen, dass die Bundesrepublik Deutschland zum ‚letzten Mohikaner‘ geworden sei, weil in fast allen anderen europäischen Rechtsordnungen Gesetzgeber oder Gerichte einen Entschädigungsanspruch für die Hinterbliebenen begründet haben (freilich mit einer erheblichen Spannweite bei der Höhe der Ansprüche).⁷ Doch zu einer Änderung der Rechtsprechung hat diese Kritik nicht geführt.

Zweifellos stand die restriktive Position im Einklang mit dem Willen der Väter (und Großväter) des BGB: Allgemein herrschte die Überzeugung, dass (insbesondere unternehmerisches) Handeln nicht durch ein rigides Haftungsregime eingeschränkt werden sollte;⁸ Unglücksfälle wurden als Ausfluss eines allgemeinen Lebensrisikos

⁵ BGH VI ZR 78/70 (= BGHZ 56, 163, 165f.); VI ZR 58/74 (=NJW 1976, 673); VI ZR 8/14 (=NJW 2015, 2246, 2247); OLG Naumburg 1 U 12/08 (= NJW-RR 2009, 1402, 1404).

⁶ „Tötung zum Nulltarif“: Adams, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1985, Seite 177, der auf die verhaltenssteuernde Wirkung eines Angehörigenschmerzensgeldes zielt; ohne diesen Anspruch: Wagner, Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven, JZ 2004, 319, 326; Luckey, He blew his mind out in a car ... Ansprüche naher Angehöriger beim Unfalltod, SVR 2012, 1, 4.

⁷ Wagner (Anm. 6); Huber, Kein Angehörigenschmerzensgeld de lege lata – Deutschland auch künftig der letzte Mohikaner in Europa oder ein Befreiungsschlag aus der Isolation, NZV 2012, 5f.; Kadner Graziano, Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld – die Würfel fallen, RIW 2015, 549, 555ff. nennt Beträge zwischen 2900 Euro (Litauen – Verlust einer erwachsenen Tochter) und 304.000 Euro (Italien – Ehegatten); die Unterschiede im Niveau lassen sich nicht allein durch die Lebenshaltungskosten zu erklären, sondern wohl auch durch einen unterschiedlichen Zweck der Leistungen.

⁸ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 13. Auflage 2016, Seite 12 ff.; Weller/Rentsch/Thomale, Schmerzensgeld nach Flugzeugunglücken, NJW 2015, 1909, 1912; Huber (Anm. 7) Seite 7, der ironisierend Auswirkungen calvinistischer Ethik bzw. preußischen Gedankenguts für denkbar hält.

angesehen. Grundsätzlich sollte nur der unmittelbar in eigenen Rechtsgütern Geschädigte Schadensersatz beanspruchen; auch widerstrebte dem historischen Gesetzgeber eine Kommerzialisierung immaterieller Werte.⁹ Vom Widerstand gegen die Kommerzialisierung hat sich die Rechtsordnung schrittweise verabschiedet. Geld gilt heute durchaus als adäquater Ausgleich auch für Schmerzen und sonstige immaterielle Verluste.¹⁰ Die Verweigerung eines Angehörigenschmerzensgeldes blieb jedoch bestehen.

Dabei hätten durchaus Anknüpfungspunkte für eine richterliche Rechtsfortbildung bestanden. Schon im Jahr 1958 hat der Bundesgerichtshof im „Herrenreiter-Urteil“ eine Entschädigung für die Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zugebilligt, die im BGB nicht vorgesehen war,¹¹ eine Rechtsprechung, die der Gesetzgeber in § 253 Absatz 2 BGB vorausgesetzt, aber nicht nachvollzogen hat. Eine vergleichbare verfassungskonforme Rechtsfortbildung zugunsten eines Angehörigenschmerzensgeldes hat sich jedoch nicht durchgesetzt. Vermutlich deshalb, weil das Leid der Hinterbliebenen in der Rechtsprechung nicht völlig ausgeblendet war: Wenn es denn die Schwelle eines „Schockschadens“ erreichte, berechtigte es zu Ansprüchen. Daher konnte eine im Jahr 1996 erhobene Verfassungsbeschwerde die Hürden, die Gesetzgeber und Rechtsprechung errichtet hatten, nicht einreißen: Die Beschwerdeführer waren Eltern, die ihre drei Kinder bei einem Verkehrsunfall verloren hatten. Die Gerichte hielten für die schweren physischen und psychischen Folgen ein Schmerzensgeld in Höhe von 70.000 bzw. 40.000 DM für angemessen. Die Beschwerdeführer hielten diese Beträge für zu gering und verwiesen auf die weit höheren Entschädigungen, die Prominenten in Fällen unwahrer Presseberichte

⁹ Vgl. Staudinger/Schiemann, Neubearbeitung 2017, § 253 Rd-Nr.1; Kadner Graziano (Anm. 7) Seite 552.

¹⁰ HKK/Jansen §§ 249 – 253, 255, Rd-Nr.10.

¹¹ Urteil des BGH vom 14. Februar 1958 (I ZR 151/56 = BGHZ 26, 349); dem Kläger wurde wegen der unbefugten Nutzung seines Bildes für Werbezwecke ein Schmerzensgeld von 10.000 DM zugebilligt. Der Leitsatz lautet: „Nachdem durch Art. 1, 2 GG das Recht zur freien Selbstbestimmung der Persönlichkeit als ein Grundwert anerkannt ist, ist es gerechtfertigt, in analoger Anwendung des § 847 BGB auch dem durch die Veröffentlichung seines Bildes Verletzten wegen des hierdurch hervorgerufenen, nicht vermögensrechtlichen Schadens eine billige Entschädigung in Geld zu gewähren.“ In späteren Entscheidungen hat der BGH sich von der Analogie zum Schmerzensgeld gelöst und den Anspruch unmittelbar auf die Artikel 1 und 2 GG gestützt; vgl. BGH VI ZR 56/94 (BGHZ 128, 1, 15).

zugesprochen wurden. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, weil „sich das OLG gerade nicht an die bisher im Zusammenhang mit Schockschäden zugebilligten relativ niedrigen Schmerzensgelder gebunden gesehen“¹² hat. Eine Verfassungsbeschwerde gegen eines der Urteile, die überhaupt kein Schmerzensgeld oder nur einen niedrigen Betrag zusprachen, hätte möglicherweise den Anstoß für eine Änderung der Rechtsprechung gegeben. - Auch eine völkerrechtsfreundliche Korrektur am Maßstab der Europäischen Menschenrechtskonvention, die allerdings nur für Fälle in Betracht kam, in denen staatliche Stellen für den Tod (mit)verantwortlich waren,¹³ ist bislang nicht zum Tragen gekommen; sie kann aber noch für die Behandlung von Altfällen relevant werden.

Der Gesetzgeber, der eigentlich berufen gewesen wäre, das positive Recht zu ändern, sah lange Zeit keine Veranlassung dazu. Das erwähnte „Herrenreiter-Urteil“ hat zwar solche Überlegungen befördert. Der Deutsche Juristentag, ein rechtspolitisches Forum für Vertreter aus Wissenschaft und Praxis, forderte im Jahr 1964 in einer Kompromissformel, dass erwogen werden sollte, ob in Fällen der Tötung den Angehörigen ein Schmerzensgeld zu gewähren ist.¹⁴ Das Petitum wurde jedoch nicht erhört. Ein späterer Deutscher Juristentag (2006) lehnte die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes wieder ab. Wichtiger: Im Zweiten Schadensersatzänderungsgesetz (2002) kam die Forderung nicht zum Zuge. Gängig war die Argumentation, ein solcher Anspruch entspreche nicht der Systematik des deutschen Deliktsrechts und das Problem der Bemessung sei unlösbar.¹⁵ Ein Stimmungswandel kündigte sich 2012 an: Der Deutsche Verkehrsgerichtstag, ebenfalls ein rechtspolitisches Forum, empfahl die Einführung eines

¹² BVerfG, 1 BvR 1127/96 (=VersR 2000, 897, 899).

¹³ Vgl. EGMR, Nr. 50196/99 *Bubbins* ./ Vereinigtes Königreich; der Bruder der Beschwerdeführerin war bei einem Polizeieinsatz getötet worden; die einschlägigen Bestimmungen gaben nur Nachkommen eines Getöteten eine Klagebefugnis; selbst wenn die Klage der Beschwerdeführerin zulässig gewesen wäre, so nur auf Erstattung der Begräbniskosten. In der Entscheidung heißt es unter Nr. 171: „The Court recalls in this connection that it has already had occasion to declare that in the case of breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should, in principle, be available as part of the range of redress.“

¹⁴ Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages. Karlsruhe 1964. Band II Seiten C 111 und C 127.

¹⁵ Gerda Müller, Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld, *Versicherungsrecht* 2017, 321, 322.

Angehörigenschmerzensgeldes; die Bayerische Staatsregierung legte einen Diskussionsentwurf für eine gesetzliche Regelung vor; darin war ein Angehörigenschmerzensgeld im Rahmen der Verschuldens- und Gefährdungshaftung vorgesehen. Im Jahr 2015 folgte ein Gesetzentwurf, der den Anspruch auf die Verschuldenshaftung beschränkte.¹⁶ In einem der führenden Kommentare zum BGB wurden diese rechtspolitischen Forderungen mit der Prognose beurteilt: „Langfristig dürfte der Trend der Rechtsentwicklung zur Anerkennung eines Angehörigenschmerzensgeldes weisen“.¹⁷

Aufbruch

Die rechtspolitische Situation hatte sich beim Erscheinen dieses Kommentars bereits grundlegend geändert. Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 16. Dezember 2013, hieß es:

„Menschen, die einen nahen Angehörigen durch Verschulden eines Dritten verloren haben, räumen wir als Zeichen der Anerkennung ihres seelischen Leids einen eigenständigen Schmerzensgeldanspruch ein, der sich in das deutsche System einfügt.“¹⁸

Nicht nur ein Federstrich des Gesetzgebers kann ganze Bibliotheken zu Makulatur werden lassen, sondern auch eine derartige Absichtserklärung. Die Erläuterungen zu dem Gesetzentwurf, den Koalitionsfraktionen und Bundesregierung im Frühjahr 2017 parallel eingebracht haben, lassen die jahrzehntelang gepflegten rechtspolitischen Bedenken weitgehend unbeachtet. Nach einer Zusammenfassung der bisherigen Rechtslage heißt es lapidar: „Hinterbliebene sollen künftig im Sinne einer Anerkennung ihres seelischen Leids wegen der Tötung eines ihnen besonders nahestehenden Menschen von dem hierfür Verantwortlichen eine Entschädigung verlangen können.“¹⁹ Knapp wird

¹⁶ Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Rechtsstellung der Angehörigen von Unfallopfern (Stand: 15. Februar 2012); spätere Fassung (Stand 1. Januar 2015).

¹⁷ Staudinger-Röthel, Neubearbeitung 2015, § 844 Rd-Nr.16.

¹⁸ Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 18. Legislaturperiode. Die Passage findet sich unter der Zwischenüberschrift „Effektive Strafverfolgung und wirksame Maßnahmen zur Gefahrenabwehr“ (Seite 146).

¹⁹ Fraktionsentwurf BT-Drs.18/11397 Seite 1; Regierungsentwurf BT-Drs.18/11615 Seite 1. Die Paralleleinbringung diente zur Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens.

festgestellt, dass die bisherige Rechtslage im Gegensatz zu der in zahlreichen anderen europäischen Ländern stehe und dass die Gesetzesänderung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Rechnung trage.²⁰ Dass die bisherige Rechtslage nach Auffassung der Koalitionsfraktionen und der Bundesregierung unhaltbar geworden war,²¹ muss aus dem Entwurf heraus- oder in ihn hineingelesen werden. Grundlegende Bedenken gegen die Ökonomisierung des Rechtsguts Leben wurden in der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages noch einmal vorgetragen.²² Aber sie waren kraftlos geworden; der Ausschuss schlug einstimmig die Annahme des Gesetzentwurfs vor.²³

Gleichwohl hatte es fast der gesamten Legislaturperiode bedurft, bis der Gesetzentwurf von der Bundesregierung und den sie tragenden Fraktionen eingebracht werden konnte. Die Festlegung, dass es sich um einen Schmerzensgeldanspruch handeln sollte, „der sich in das deutsche System einfügt“, zeigt, dass die Verfasser der Passage im Koalitionsvertrag ahnten, sie könnten auf dünnes Eis geraten. War doch die Unvereinbarkeit mit der Systematik des deutschen Rechts eines der Hauptargumente gegen das Angehörigenschmerzensgeld. Zudem führte der Absturz eines Airbus der deutschen Gesellschaft Germanwings im März 2015 zu einer erregten Diskussion: Die Lufthansa AG (Muttergesellschaft von Germanwings) hatte den Angehörigen offenbar neben einer Soforthilfe in Höhe von 50.000 Euro und Schmerzensgeld wegen der Todesangst, die die 144 Passagiere vor dem Absturz erlitten hatten, 10.000 Euro Trauerschmerzensgeld angeboten. Obwohl nach deutschem Recht kein Anspruch auf dieses Trauerschmerzensgeld bestand, wurde der Betrag als unzureichend oder gar „beleidigend“ kritisiert. Einschlägig erfahrene Rechtsanwälte kündigten an, den Weg zu US-amerikanischen Gerichten zu beschreiten. Der Flugzeugabsturz hat

²⁰ BT-Drs. 18/11397 Seite 8.

²¹ Zu Wertungswidersprüchen der bisherigen Rechtslage Hoppenstedt/Stern, Einführung eines Anspruchs auf Angehörigenschmerzensgeld, ZRP 2015, 18 (20); der Mitverfasser Hoppenstedt war Berichterstatter der CDU/CSU-Fraktion; vgl. auch die Begründung zum Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen „Gesetzliche Grundlage für Angehörigenschmerzensgeld schaffen“, BT-Drs. 18/5099 Seite 2, das deutsche Schadensersatzrecht weise eine Lücke auf, die weder dem Gerechtigkeitsempfinden entspreche, noch im internationalen Vergleich üblich sei.

²² <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw17-pa-recht/503092>.

²³ BT-Drs. 18/12421 Seite 2.

den Impetus für eine Änderung des deutschen Rechts vermutlich gestärkt, die Prüfung des Rahmens wurde durch ihn aber noch einmal vertieft.

Streitfragen

Nach dem Koalitionsvertrag sollte der Anspruch nur Menschen zustehen, „die einen nahen Angehörigen durch Verschulden eines Dritten verloren haben“. Mit dieser Begrenzung wäre das Ziel der Regelung nur teilweise erreicht worden: Seelisches Leid entsteht nicht nur, wenn der Dritte den Tod des Angehörigen verschuldet hat. Im eingangs erwähnten Fall wäre der Anspruch davon abhängig, ob der Fahrer des Sattelschleppers vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat oder ob es sich um einen Fall der Gefährdungshaftung handelte. Die Grenzziehung ist im deutschen Recht nicht unbekannt. Bis 2002 bestand ein Schmerzensgeldanspruch im Fall der Verletzung von Körper und Gesundheit nur im Rahmen der Verschuldenshaftung (§ 847 a.F. BGB). Der Gesetzgeber hat die Beschränkung in der Reform des Schadensersatzrechts aufgehoben und den Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden auf die Gefährdungshaftung erstreckt.²⁴ Folgerichtig hat das Gesetz zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld nicht nur das Recht der Unerlaubten Handlung im BGB ergänzt, sondern auch die bereits erwähnten Gesetze,²⁵ die eine Gefährdungshaftung vorsehen. Die vertragliche Haftung wurde entgegen mancher Empfehlung²⁶ – ausgenommen die Haftung nach dem Luftverkehrsgesetz – nicht einbezogen. Der Gesetzentwurf zielt also in diesen Fragen (Beschränkung auf außervertragliche Haftung, Einbeziehung der Gefährdungshaftung) darauf ab, die Rechtsfolgen in der Konstellation des eingangs beschriebenen Ausgangsfalls zu korrigieren. Diese Orientierung zeigt sich auch darin, dass der Anspruch des Angehörigen nur im Todesfall besteht und nicht auch im Fall der Gesundheitsbeschädigung. Die Begründung zum Gesetzentwurf räumt ein, dass die seelischen Belastungen, denen Angehörige eines Verletzten gegenüber stehen, oftmals nicht weniger groß sind als jene, die die Hinterbliebenen eines Getöteten erleiden. Im Falle schwerer Verletzungen stünden dem überlebenden Verletzten aber eigene Ansprüche zu.²⁷ Dass

²⁴ Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19. Juli 2002 (BGBl. 2002 I Seite 2674).

²⁵ Anm. 2.

²⁶ Kadner Graziano (Anm. 7) Seite 564; Huber (Anm. 7) Seite 10.

²⁷ BT-Drs. 18/11397 Seite 9.

der Gesetzgeber davor zurückscheut, unmittelbar Verletzten und mittelbar betroffenen Angehörigen nebeneinander Ansprüche zu gewähren, ist nachvollziehbar. Die Argumentation vermag aber nicht zu überzeugen. Die Angehörigen erhalten ja keinen Anteil an dem Schmerzensgeld, das dem Schwerverletzten zusteht.

Die Gesetzesänderung räumt den Entschädigungsanspruch denjenigen Hinterbliebenen ein, die in einem besonderen Näheverhältnis zum Getöteten standen. Zugunsten von Ehegatten, Lebenspartnern, Eltern und Kindern spricht eine Vermutung für ein derartiges Näheverhältnis (Satz 2). Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme gebeten zu prüfen, ob der Kreis der Anspruchsberechtigten abschließend benannt werden könnte.²⁸ Der Wunsch ist plausibel; gleichwohl war es richtig, an der offeneren Fassung festzuhalten. Partner, die ohne Trauschein in einer stabilen Beziehung zusammenleben, und Stiefkinder, die in einer Patchwork-Familie aufwachsen, können durch den Verlust ebenso sehr seelisches Leid erfahren wie die in Satz 2 aufgezählten Angehörigen. Das mag ebenfalls für Geschwister gelten, insbesondere wenn sie noch in einem Haushalt mit dem Verstorbenen lebten. – Der gegenläufige Fall, dass Ehegatten, Eltern und Kinder keinen Verlust empfinden, wird dadurch berücksichtigt, dass ein besonderes Näheverhältnis nur „vermutet“ wird. Allerdings werden jedenfalls außenstehende Schädiger nur selten nachweisen können, dass ein Hinterbliebener in Wirklichkeit kein Leid empfindet.

Doch wie ist die Höhe des Anspruchs zu bestimmen? Die plausible Befürchtung, das Bemessungsproblem sei unlösbar,²⁹ hätte mehr als nahegelegt, feste Beträge oder wenigstens Ober- und Untergrenzen im Gesetz festzulegen. § 844 Absatz 3 BGB und die Parallelregelungen zur Gefährdungshaftung beschränken sich jedoch darauf, eine „angemessene Entschädigung in Geld“ zuzusprechen. Möglicherweise waren die Vorstellungen darüber, was angemessen ist, in der Koalition zu weit voneinander entfernt. Die Entscheidung, die Bemessung dem Ermessen (zunächst der Versicherungswirtschaft³⁰ und dann) der Gerichte zu

²⁸ abgedruckt in: BT-Drs. 18/11615 Seite 6.

²⁹ Gerda Müller (Anm. 15) Seite 322.

³⁰ In der Kostenabschätzung zum Gesetzentwurf (BT-Drs. 18/11397 Seite 11) werden u.a. 3000 fremdverursachte Todesfälle im Straßenverkehr, 1500 auf ärztliche Behandlungsfehler zurückgehende Todesfälle und 500 Opfer von Mord- und Totschlagsdelikten jährlich zugrunde gelegt. Die Versicherungswirtschaft wird also in den meisten Fällen den ersten Vorschlag zur Höhe unterbreiten können.

überlassen, ist vermutlich auch durch die heftigen Reaktionen auf die Zahlungsangebote der Lufthansa nach dem Eurowings-Absturz beeinflusst worden. Eine gesetzliche Festlegung der Anspruchshöhe hätte in jedem Fall Unmut ausgelöst. Zwar folgt der Gesetzgeber der ganz überwiegenden Zahl der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, die keine Höhe des Schmerzensgeldes festlegen.³¹ Zweifel an der Sachgerechtigkeit seien gleichwohl erlaubt: Denn nun sind die Gerichte mit der Aufgabe betraut zu ermitteln (ggf. zu schätzen – vgl. § 287 der Zivilprozessordnung) und zu entscheiden, wie stark der einzelne Angehörige unter dem Verlust leidet³² und dafür einen Betrag festzulegen. – Die Gesetzesmaterialien enthalten allerdings einen Anhaltspunkt für die Vorstellungen der Entwurfsverfasser: Sie verweisen darauf, dass die Rechtsprechung zu den Schockschäden eine gewisse Orientierung geben könne; in der Abschätzung der Gesetzesfolgen wird in Anlehnung an diese Rechtsprechung ein Durchschnittsbetrag von 10.000 Euro zugrunde gelegt.³³ Natürlich ist kein Gericht an diese Erwartungen gebunden.

Da das seelische Leid der Angehörigen leichter wiegen dürfte als die Schockschäden, wären sogar Beträge unter 10.000 Euro konsequent. Das wird vermutlich die Erwartungen der trauernden Angehörigen enttäuschen und erneut den Vergleich zur Entschädigung bei bloßen Gesundheitsverletzungen oder gar Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts herausfordern. Eine gewisse Entschärfung dürfte darin zu suchen sein, künftig auch die Entschädigung bei Schockschäden höher anzusetzen.

Fügt sich der Anspruch, wie im Koalitionsvertrag gefordert, in das „deutsche System“ ein? Mit § 844 Absatz 3 BGB wird die restriktive Haltung des Gesetzgebers aus dem Jahr 1900 revidiert. Doch sollte eine derartige restriktive Haltung nicht rhetorisch zum „System“ oder zur „Systematik“ überhöht werden. Die Korrektur stellt keinen Systembruch dar, solange die Neuregelung sich widerspruchsfrei ins Gesetz einfügt. Aus dieser Perspektive betrachtet, stellt das Hinterbliebenengeld zunächst eine Ergänzung der bereits nach § 844 Absatz 1 und 2 und § 845 bestehenden Ansprüche mittelbar Geschädigter dar. Ergänzung auch im

³¹ Kadner Graziano (Anm. 7) Seite 563.

³² Wagner MüKo-BGB, 7. Auflage, § 844 Rd-Nr. 5; genügsam Hoppenstedt/Stern (Anm. 21) Seite 19, es werde sich eine Bemessungspraxis entwickeln; ähnlich jetzt Wagner, Schadensersatz in Todesfällen – Das neue Hinterbliebenengeld, NJW 2017, 2641, 2644.

³³ BT-Drs. 18/11397 Seiten 11 und 14.

Sinne einer Lückenfüllung: Dem in seiner Gesundheit beschädigten Opfer steht Ersatz der Heilungskosten, im Falle der Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit auch eine Geldrente zu. Außerdem gewährt das Gesetz den Anspruch auf Schmerzensgeld. Den beiden zuerst genannten Ansprüchen stehen im Falle der Tötung die Bestattungskosten und die Geldrente für entgangenen Unterhalt (§ 844 Absatz 1 und 2 BGB) gegenüber. Nur für das Schmerzensgeld fehlte bislang eine Entsprechung. Fast wortgleich mit § 253 Absatz 2 BGB sieht der neue § 844 Absatz 3 für den Hinterbliebenen eine „angemessene Entschädigung in Geld“ vor. Trotz dieser Anlehnung an § 253 ist der Charakter des Anspruchs nicht ganz eindeutig. Während die Mehrzahl der Berichterstatter im Deutschen Bundestag vom Schmerzensgeld sprach, sind erste Stimmen in der Literatur vorsichtiger. Sie siedeln das Hinterbliebenengeld „dem Schmerzensgeld nahe“³⁴ an oder sehen eher eine Parallele zu Entschädigungen bei Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.³⁵ Keine dieser Einordnungen würde die Behauptung rechtfertigen, es handele sich um einen Systembruch.³⁶

Ausblick

Bereits im Gesetzgebungsverfahren wurde eine Evaluierung nach fünf Jahren angekündigt.³⁷ Die Bundesregierung will dabei untersuchen, ob die beabsichtigten Wirkungen erreicht wurden, aber auch die Kostenentwicklung betrachten. In der daran anschließenden Diskussion dürften die erwähnten Streitfragen wieder aufgegriffen werden, darunter sicher die weitgehende Forderung nach einem Schmerzensgeld für die Angehörigen von Schwerstverletzten.

Noch vor der Evaluierung sollte allerdings das Spannungsverhältnis beseitigt werden, das die Gesetzesänderung in den § 844 BGB hineingetragen hat. Der neue Absatz 3 eröffnet die Möglichkeit, dass Menschen, die in einer gefestigten sozialen Beziehung mit dem Verstorbenen zusammenleben, Hinterbliebenengeld erhalten. Das können beispielsweise Stiefkinder sein. Dieselben Personen bleiben nach Absatz

³⁴ Palandt-Sprau, 77. Auflage 2018, § 844 Rd-Nr. 21; eine Parallele zu § 253 Absatz 2 sieht auch Wagner, NJW 2017 (Anm. 32) Seite 2642.

³⁵ Gerda Müller (Anm. 15) Seite 323.

³⁶ Vgl. auch Wagner, NJW 2017 (Anm. 32) Seite 2642: „kein Systembruch, sondern systematisch geboten“.

³⁷ BT-Drs. 18/11615 Seite 5.

2 aber von der Leistung einer Geldrente ausgeschlossen, weil keine Unterhaltspflicht kraft Gesetzes bestand; das Gesetz lässt nicht einmal eine vertragliche Verpflichtung genügen. Diese Diskrepanz sollte Anlass geben, bei Absatz 2 nachzuziehen.³⁸

Trotz mancher Zweifel an der Ausgestaltung gibt die Neuregelung Anlass zur Zufriedenheit.³⁹ Es war nicht sicher, dass der Gesetzgeber so kurz vor dem Ende der Legislaturperiode noch ein Ergebnis vorweisen konnte, das die Vorgaben des Koalitionsvertrags „in vernünftiger Auslegung“ abrundet. Mit dem Gesetz zum Hinterbliebenengeld hat die deutsche Rechtsordnung nun Anschluss an den europäischen Standard gewonnen. Anders als allzu oft geschehen, war es nicht die Rechtsprechung, die sich von unzeitgemäßen Prinzipien verabschiedete, sondern ein (wiedererwachter?) Gesetzgeber. Angesichts der langen Vorgeschichte ist es erstaunlich, wie lautlos dieser Abschied erfolgte.

ÖZET

Temmuz 2017'de Alman Federal Meclisi, ölüm hâlinde geride kalanlara ödenecek tazminata ilişkin kanunu kabul etti. Kanun'un birinci maddesiyle, Alman Medeni Kanunu'nun "Ölüm hâlinde üçüncü kişilerin tazminat hakkı" kenar başlıklı 844. Paragrafına aşağıda yer alan fıkra eklenmişti:

"(3) Tazminat yükümlüsü kişi, ölüme neden olan fiilin gerçekleştiği sırada ölen kişiyle özel bir yakınlığı bulunan geride kalan kişilere bu eylemden ötürü ruhen acı duymalarına karşılık olarak uygun bir parasal tazminat ödemelidir. Geride kalan kişi; ölenin eşi, hayat arkadaşı, anne ya da babası yahut çocuğu olması durumunda yakın bir ilişkinin olduğu kabul edilir."

Kanunun sonraki maddeleri, kusursuz sorumluluğa ilişkin kanunlarda düzenlenmiş olan maddelerle paralel hükümler ihtiva etmektedir. Düzenlemeler, ölüme neden olan yaralama eyleminin 22 Temmuz 2017 tarihinden sonra gerçekleşmesi durumunda uygulanır.

İlk bakışta basit gibi görünen bu kurallar, bir önceki düzenlemeyle karşılaştırıldığında, manevi zarardan kaynaklanan tazminat hakkının genişletilmesi anlamına gelmektedir. Geleneksel Alman Haksız Fiil Hukukuna göre kaza ya da cezai bir eylem sebebiyle

³⁸ So bereits der bayerische Entwurf (Anm. 16); befürwortend Staudinger-Röthel, a.a.O. (Anm. 17) § 844 Rd-Nr. 34; zurückhaltend („große Schwierigkeiten im Einzelfall“) Wagner MüKo-BGB (Anm. 28) Rd-Nr. 30.

³⁹ Zurückhaltend („ein Weg in die richtige Richtung“) Bischoff, Das „neue“ Hinterbliebenengeld. Grundlagen der Entschädigung für seelisches Leid von Nahestehenden, MDR 2017, 739, 742f. Bischoff bemängelt, dass die Entschädigung nicht auch bei schweren Verletzungen nahestehender Personen gewährt wird.

bir kişinin ölmesi durumunda, geride kalan kişilerin tazminat hakkının kapsamı sınırlıdır: Bunlar, cenaze giderlerini isteme hakkı; eğer ölenin kanun ya da görevinden ötürü bakmakla yükümlü olduğu kişiler mevcutsa, bunların yıllık taksit biçiminde talep edebilecekleri paradan oluşmaktadır. Buna karşın bu konuyla ilgili olarak Medeni Kanunda manevi tazminat ödemesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktaydı. - Yargı kararlarında manevi zararların tazminin talep edilmesi, sıkı şartlara bağlanmıştı. Öyle ki geride kalan kişiler ancak ölüme şahit olmaları ya da onu öğrenmeleri sebebiyle sağlık sorunu yaşamaları durumunda manevi tazminat talep edebilirlerdi.

Alman sorumluluk hukuku sınırlayıcı niteliktedir. Kanun koyucunun geçmişten gelen düşüncesi, (özellikle ticari faaliyetlerden kaynaklanan) eylemlerin sert bir sorumluluk rejimiyle sınırlandırılmaması gerektiği yönünde olmuştur. Kazalar, hayat riskinin bir neticesi olarak değerlendirilmekteydi. Burada iki ilkenin belirtilmesi gerekir: İlk olarak, doğrudan kendi hakkı ihlâl edilen kişinin kural olarak sadece bir tazminat hakkı olmalıdır. Diğer yandan Alman Medeni Kanunu'nu hazırlayanlar, manevi kayıpların parayla telafi edilmesini temel olarak reddetmekteydi. Her iki ilke de ya kanun koyucu – genel şahıs hukukunda olduğu gibi- ya da yargı kararlarıyla çiğnenmişti. Mamafihi, mahkemeler geride kalanlara manevi tazminat şeklinde para ödenmemesinde ısrar etmekteydi. Eleştiriler hayat hakkının küçümsendiği noktasında yoğunlaşmıştı. Öyle ki ebeveynler bisiklet kazasında ölen çocuklarının hasara uğrayan bisikleti için tazminat elde edebiliyorken; bu kazadan ötürü yaşamış oldukları acı için hiçbir finansal destek alamamaktaydı. Ayrıca bu durumun çarpıklığını göstermek için sürekli karşılaştırmalı hukuk argümanları ileri sürülüyordu: Bu şekildeki bir hakkı tanımayan Alman hukuku Avrupa'da neredeyse yapayalnız kalmıştı.

2013 yılındaki Koalisyon Anlaşmasının Kanunlaştırma Programı başlığı altında, üçüncü bir kişinin kusuru sebebiyle ölen kişinin yakınları için manevi tazminat hakkı düzenlemesi öngörülmüştü. Buna rağmen bu şekilde bir düzenlemenin yer aldığı Kanunun yasalaşmasına kadar neredeyse tüm bir yasama dönemi geride kalmıştı. Özellikle 144 yolcunun hayatını kaybetmesine neden olan Lufthansa Havayolu'nun yavru şirketi Eurowings havayolu kazası, hukuk politikası tartışmalarını derinleştirdi. Şimdi kabul edilen yasa, ölen kişiyle özel bir yakınlığı olan kişilerin ruhsal acılarına karşılık olarak uygun bir tazminat isteyebilme haklarını güvence altına almıştır. Geride kalan kişi; ölenin eşi, anne ya da babasıysa yakın bir ilişkinin olduğu varsayılır. Anlaşmazlık vukuunda, tazminat yükümlüsü ya da onun sorumluluk sigortacısının aksini ispatlaması gerekir. Geride kalan diğer kişiler, örneğin ölen kişiyle evlilik akdi olmadan beraber yaşayan partnerler ya da üvey çocuklar da bu haktan mahrum bırakılmış değildir. Ancak bir anlaşmazlık vukuunda yakın ilişki olgusunu ortaya koymaya yarayacak delili bu kişilerin ikâme etmeleri gerekir.

Koalisyon Anlaşmasında öngörüldüğünden farklı olarak, tazminat isteme hakkı sadece kusura dayanan ölümlerde değil aynı zamanda kusursuz sorumluluk hâlinde de mevcuttur. Bu yönde tercih esasen tutarlıdır. Zira kanun koyucu, önceleri kusur sorumluluğuna dayanan manevi tazminat hakkını, 2001 yılında, kusursuz sorumluluk durumuna da genişletmişti. Genel manevi tazminat hakkından farklı olarak, geride kalanların tazminat

hakkı (havacılık hukukundan kaynaklanan hariç olmak üzere) sözleşme dışı sorumlulukla sınırlandırılmıştır.

Kanun koyucu, tazminat miktarıyla ilgili bir çerçeve belirlememiştir. Esasen bu durum Kıta Avrupa'sı ülkelerinin birçoğundaki hukuki durumla da örtüşmektedir. Ne var ki manevi tazminat miktarını belirleme yetkisini bütünüyle mahkemelere bırakmak da sorunludur. Kanun tasarısının resmi gerekçesine bakıldığında, taslağı hazırlayan yazarların ortalama 10.000 Euro'luk bir miktar bekledikleri görülmektedir. Bu şekilde düşük bir miktar zaten diğer taleplerde de karşılanabilirdi; bu sebeple burada mahkeme kanalıyla bir hayâl kırıklığı yaşanacağı şüphesizdir.

Geçmişte söylenegelenden farklı olarak, kanun koyucunun kararı sistemde bir açık değil geleneksel kuralların tamamlanması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla hukuk politikası tartışmaları bununla da sona ermeyecektir. Bundan sonra muhtemelen ağır yaralanmış kişilerin yakınlarına da bir ödeme yapılıp yapılmayacağı sorusu ortaya atılabilecektir.

Bu kanunun kabul edilmesine ilişkin parlamentodaki süreç sorunsuz ilerlemişti. Alman Federal Meclisi Hukuk Komitesindeki görüşmelerde bilinen karşı fikirler birkaç uzman tarafından tekrarlanmıştı. Komite rahat bir şekilde ve hatta oybirliğiyle kanun tasarısını uygun gördü. Manevi hakların daraltılması konusundaki uyarılarsa ikna edici bulunmadı. Sorumluluk hukukunda sıklıkla gerçekleştiğinden farklı olarak, bu gelişme, modası geçmiş prensipleri ortadan kaldıran mahkemelerin değil, bu konudaki görevini yerine getiren kanun koyucunun öncülüğünde gerçekleşti. Bu prensiplerin çok uzun yıllar hüküm sürdüğü düşünülüğünde, bunların bu kadar sessiz bir şekilde ortadan kaldırılması ise ayrıca şaşırtıcı olmuştur.

DIE BUSINESS JUDGMENT RULE IM DEUTSCHEN AKTIENRECHT

ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA İŞ İNSANI KARARI

Dr. Karen KLEIN*

ÖZ

Temeli Amerikan yargı içtihatlarına dayanan business judgment rule, şirket yöneticilerine aldıkları ticari kararlar bakımından sorumluluk muafiyeti sağlamaktadır. İş insanı kararı, Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından 1997 yılında benimsenmiş ve 2005 yılında da AktG (Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu) md. 93 f. 1 c. 2'ye eklenmiştir. Bu hüküm uyarınca yönetim kurulu üyelerinin, ticari bir karar alırken bu kararın yeterli bilgiye dayandığı ve şirketin menfaatine olduğunu düşünmelerinde bir beis olmadığı durumda düzenli ve bilinçli bir yöneticinin özenini ihlal etmedikleri kabul edilmektedir. Bu makalede şartları ve hukuki sonuçları ana hatlarıyla incelenmeden önce kısaca iş insanı kararının gelişimi ve amacı ele alınacaktır. İş insanı kararı, hem iş hayatı hem de hukuk uygulaması bakımından oldukça önemli olsa da konuyla ilgili pek çok soru cevapsız kalmaktadır. Mevcut şirketler hukuku literatüründe genel olarak; bir ticari karardan bahsedilebilmesi için hangi kriterlerin konması gerektiği, yönetim kurulunun ilgili kararı alırken dayandığı bilginin ne kadar kapsamlı olması gerektiği ve mahkemelerin ticari kararları kontrol yetkisinin sınırları gibi hususlar tartışılmaktadır. Literatürde sorumluluk muafiyetinin, belirsiz hukuki bir durumdan kaynaklanan risklere ("legal judgment rule") veya uyumluluk ihlallerindeki sorumluluk hallerine ("organizational fault") uygulanabilir olup olmadığı da tartışmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İş İnsanı Kararı, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, Hukuki Riske İlişkin Ticari Karar, Uyumluluk, Uyumluluk Teşkilatlanması Kusuru

* Dr. Karen Klein, Dozentin an der Türkisch-Deutschen Universität in Istanbul im Bereich Privatrecht (karen.klein@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-0544-4738

THE BUSINESS JUDGMENT RULE IN GERMAN STOCK CORPORATION ACT

ABSTRACT

The business judgment rule, which is based on the US jurisdiction, grants directors of a corporation a liability privilege for entrepreneurial decisions. It was adapted by the Bundesgerichtshof (German Federal Court of Justice) in 1997 and inserted in § 93 para. 1 sent. 2 AktG (German Stock Corporation Act) in 2005. Accordingly, members of the management board shall not be deemed to have violated the care of a diligent and conscientious manager, if they had good reason to assume that they were acting on the basis of adequate information for the benefit of the company at the time of taking the entrepreneurial decision. This article briefly addresses the development of the business judgment rule as well as its purpose before outlining its conditions and legal consequences. Although the business judgment rule is of great importance to business and legal practice, many questions remain unanswered. The current corporate law literature mainly discusses the criteria that have to be set for an entrepreneurial decision, how extensive the information as the basis of the board decision must be and to what extent a court has authority to control the entrepreneurial decision. Literature also disputes whether the liability privilege can be transferred to issues arising from an unclear legal situation („legal judgment rule“) or liability for compliance violations („organizational fault“).

Keywords: *Business Judgment Rule, Liability of Management Board Members, Legal Judgment Rule, Compliance, Organizational Fault*

EINLEITUNG

Die aus dem US-amerikanischen Rechtskreis stammende Business Judgment Rule gewährt Mitgliedern der Geschäftsleitung eine Haftungsprivilegierung für unternehmerische Entscheidungen („*safe harbor*“). Sie wurde in Deutschland im Jahr 1997 höchstrichterlich rezipiert und im Jahr 2005 in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eingefügt. Eine Pflichtverletzung liegt demnach nicht vor, wenn ein Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Der nachfolgende Beitrag geht kurz auf die Entwicklung der Business Judgment Rule sowie deren Sinn und Zweck ein, bevor ihre einzelnen Tatbestandsmerkmale erläutert und ihre Rechtsfolgen dargestellt werden. Obwohl die Business Judgment Rule für die unternehmerische und anwaltliche Praxis von großer Bedeutung ist, sind zahlreiche Zweifelsfragen noch immer ungeklärt. In der aktuellen gesellschaftsrechtlichen Literatur wird

vor allem diskutiert, welche Kriterien an eine unternehmerische Entscheidung zu stellen sind, wie umfangreich die Informationsgrundlage als Basis der Vorstandsentscheidung ausfallen muss und wie weitgehend ein Gericht die unternehmerische Entscheidung kontrollieren darf. Zudem ist umstritten, ob die Haftungsprivilegierung auf Entscheidungen bei unklarer Rechtslage („*Legal Judgment Rule*“) oder auf die Haftung für Compliance-Verstöße („*Organisationsverschulden*“) übertragen werden kann.

1. Beispiel Deutsche Telekom AG

Im Jahr 2000 prognostizierte ein Vorstandsmitglied des Telekommunikationsanbieters VIAG Interkom (heute O₂): „*Diese Lizenz wird uns eine goldene und langfristig erfolgreiche Zukunft bescheren*“¹. VIAG Interkom war eines von sieben Unternehmen, die an der Versteigerung von UMTS-Lizenzen durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (heute Bundesnetzagentur) teilgenommen hatten. Bei UMTS („*Universal Mobile Telecommunications System*“) handelte es sich um einen Mobilfunkstandard der dritten Generation („*3G*“), mit dem deutlich höhere Datenübertragungsraten erreicht werden konnten. Auch ein Tochterunternehmen der Deutschen Telekom AG nahm an der Versteigerung teil und erwarb zwei Lizenzen für insgesamt rund 8,5 Mrd. Euro. Die Deutsche Telekom AG rechnete sich durch den Erwerb dieser Lizenzen große Chancen zur Erschließung neuer Umsatzquellen sowie zur Vergrößerung der Marktabdeckung aus. Sie war mit dieser Erwartung keinesfalls alleine, denn auch ihre Konkurrenten hatten UMTS-Lizenzen zu vergleichbar horrenden Preisen erworben.

Doch die in die UMTS-Technologie gesetzten Erwartungen erfüllten sich nicht. Im Jahr 2005 gab es in Deutschland zwar 79 Millionen Handys, aber weniger als drei Prozent davon nutzten UMTS². Da die Anbieter die hohen Kosten an die Verbraucher weitergegeben hatten, machten diese laut Presseberichten „*einen weiten Bogen*“ um die Datentarife. Auch die Branche selbst beurteilte den für die Lizenzen bezahlten Preis im Nachhinein als nicht gerechtfertigt. Ein Mitarbeiter des ebenfalls an der Versteigerung beteiligten Anbieters E-Plus gestand, der Preis sei rückschauend „*nicht so ganz passend*“ gewesen. Es seien allerdings andere Zeiten

¹ Ardel, in: Spiegel online v. 18.08.2000, „Geld verbrannt“, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/umts-lizenzen-geld-verbrannt-a-89583.html> (Abruf am 01.08.2019).

² Capital online v. 30.03.2019, „Das große Desaster mit den UMTS-Lizenzen“, <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/western-von-gestern-umtslizenzen> (Abruf am 01.08.2019).

gewesen, der Markt habe sich „*mitten in der Internet-Blase*“ befunden³. Ein früherer Bundesfinanzminister wird gar zitiert, die Abkürzung UMTS stehe eigentlich für „*Unerwartete Mehreinnahmen zur Tilgung von Staatsschulden*“. Immerhin hatte die UMTS-Versteigerung der Staatskasse im Jahr 2000 stolze 50 Mrd. Euro eingebracht. Die Mobilfunkanbieter lernten aus ihren Fehlern: Im Jahr 2010 liefen die alten Lizenzen aus und mussten als Frequenzen für die Mobilfunktechnik der vierten Generation („*4G*“) erneut ersteigert werden. Bei dieser Versteigerungsrunde lag der Erlös jedoch bei lediglich 4,4 Mrd. Euro⁴.

Die entscheidungsbefugten Topmanager hatten im Jahr 2000 also die Zukunftsfähigkeit der neuen UMTS-Technologie fundamental anders eingeschätzt als sie sich in der Realität entwickeln sollte. War ihre Entscheidung zum Erwerb der UMTS-Lizenzen deshalb sorgfaltswidrig⁵? Nein, urteilte der BGH und wies damit die Klage eines Aktionärs der Deutschen Telekom AG auf Schadensersatz ab⁶. Der Vorstand der Deutschen Telekom AG habe bei der ihm auferlegten Chancen-Risiken-Abwägung die Grenzen der unternehmerischen Ermessensfreiheit gewahrt⁷. Zwar seien

³ Spiegel online v. 01.08.2010, „Langsam beschleunigt das mobile Internet“, <http://www.spiegel.de/netzwelt/gadgets/zehn-jahre-umts-langsam-beschleunigt-das-mobile-internet-a-709250.html> (Abruf am 01.08.2019), dort das Zitat des E-Plus-Mitarbeiters *Heitmann*.

⁴ Capital online v. 31.08.2017 (wie Fn. 2), dort das Zitat des früheren Bundesfinanzministers *Hans Eichel*; Spiegel online v. 20.05.2010, „Frequenzauktion bringt über vier Milliarden Euro“, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/mobilfunkwellen-frequenzauktion-bringt-ueber-vier-milliarden-euro-a-696037.html> (Abruf am 01.08.2019); Zeit online v. 20.05.2010, „Funkfrequenzen bringen weniger ein als erwartet“, <https://www.zeit.de/wirtschaft/2010-05/mobilfunk-frequenz-versteigerung> (Abruf am 01.08.2019).

⁵ Aufgrund der besonderen Fallkonstellation (Beklagter war die Bundesrepublik Deutschland als Mehrheitsaktionärin der Deutschen Telekom AG) stellte sich diese Frage nur indirekt: Es war zu entscheiden, ob auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft zu denselben Konditionen vorgenommen hätte (§ 317 Abs. 2 AktG) und insofern ein etwaiger Nachteil der Telekom in Gestalt eines überhöhten Erwerbspreises für die UMTS-Lizenzen keine Folge der Abhängigkeit wäre.

⁶ Der Kläger trug vor, der Erwerb der Lizenzen sei für die Telekom ein objektiv nachteiliges Rechtsgeschäft gewesen. Insbesondere seien die gezahlten Versteigerungserlöse unangemessen hoch gewesen und das UMTS-System bisher noch nicht effizient auf dem Markt eingeführt. Zu den Ausführungen des Klägers im Einzelnen vgl. die Vorinstanz, OLG Köln, Urteil v. 27.04.2006 – 18 U 90/05, Rn. 11-15.

⁷ BGH, Urteil v. 03.03.2008 – II ZR 124/06, Rn. 15.

die seitens der Telekom aufgewandten Kosten „*exorbitant*“ gewesen, jedoch habe man sich damals allgemein von dem Lizenzerwerb „*enorme wirtschaftliche Chancen*“ versprochen. UMTS sei seinerzeit als der „*Kulminationspunkt für die Wachstumschancen der gesamten Branche*“ angesehen worden⁸. Der BGH prüfte die Investitionsentscheidung anhand der Kriterien der in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierten Business Judgment Rule und lehnte ein sorgfaltswidriges Handeln der Telekom-Vorstandsmitglieder ab.

2. Entwicklung der Business Judgment Rule

Vor der Kodifikation der Business Judgment Rule gab der II. Zivilsenat des BGH bereits im Jahr 1997 mit seiner grundlegenden Entscheidung in der Sache „*ARAG/Garmenbeck*“ die Richtung vor. Der Senat betonte, dass dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte ein weiterer Handlungsspielraum zugebilligt werden müsse, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar sei. Dazu gehöre „*neben dem bewußten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter, mag er auch noch so verantwortungsbewußt handeln*“ ausgesetzt sei. Fehle dem Vorstand „*das nötige Gespür für eine erfolgreiche Führung des Unternehmens*“, habe er also „*keine ‚glückliche Hand‘ bei der Wahrnehmung seiner Leitungsaufgabe*“, könne dies dem Aufsichtsrat Veranlassung geben, auf dessen Ablösung hinzuwirken. Eine Schadensersatzpflicht des Vorstands könne daraus jedoch nicht hergeleitet werden. Diese komme vielmehr erst in Betracht, wenn „*die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewußtsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muß, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muß*“⁹. Anders

⁸ BGH, Urteil v. 03.03.2008 – II ZR 124/06, Rn. 13.

⁹ BGH, Urteil v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926 (1927 f.). Dazu u.a. Bayer, NJW 2014, 2546-2550; Cahn, WM 2013, 1293-1305; Casper, ZHR 176, 2012, 617-651; Goette, in: Liber amicorum Martin Winter, 2011, 153-166; Goette, ZHR 176, 2012, 588-616; Götz, NJW 1997, 3275-3278; Faßbender, NZG 2015, 501-508; Hopt, ZIP 2013, 1793-1806; Koch, AG 2009, 93-102; Koch, NZG 2014, 934-942; Lutter, in: Festschrift Michael Hoffmann-Becking, 2013, 747-754; Mayer, NZG 2014, 1208-1211; Mertens, in: Festschrift Karsten Schmidt, 2009, 1183-1195; Paefgen, AG 2008, 761-769; Paefgen, AG 2014, 554-584; Reichert, in: Festschrift Peter Hommelhoff,

als mögliche personalpolitische Konsequenzen trat eine Schadensersatzpflicht der Vorstandsmitglieder nach Ansicht des BGH also nicht ohne Weiteres ein.

Durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts („UMAG“) aus dem Jahr 2005 wurde die Business Judgment Rule schließlich in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG aufgenommen. Nach dieser Norm liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln¹⁰. Abzustellen ist dabei schon nach dem Gesetzeswortlaut nicht auf den „Vorstand“ als Gesamtorgan, sondern auf das einzelne „Vorstandsmitglied“ und dessen jeweiligen Erkenntnis-horizont¹¹.

3. Sinn und Zweck der Haftungsprivilegierung

Die mit unternehmerischen Entscheidungen einhergehende Haftungsprivilegierung fußt auf drei Überlegungen: Zunächst soll vermieden werden, dass der Vorstand unternehmerische Risiken scheut und dadurch vielversprechende Gewinnchancen zulasten der Aktionäre nicht wahrnimmt. Vorstandsmitglieder sollen in vertretbarem Maß unternehmerische Risiken eingehen dürfen, ohne die strenge Haftung des § 93 Abs. 2 AktG fürchten zu müssen („*Vermeidung risikoverser Entscheidungen*“)¹². Ferner soll die schwierige Entscheidungssituation berücksichtigt werden, die

2012, 907-926; Reichert, ZHR 177, 2013, 756-781; Wilsing, in: Festschrift Georg Maier-Reimer, 2010, 889-918.

¹⁰ Zur Entwicklung der Business Judgment Rule Lutter, ZIP 2007, 841, 841-842. Zu Voraussetzungen, Fallmaterial und Unterschieden der US-amerikanischen Business Judgment Rule Spindler, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 44; Mertens/Cahn, Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2010, § 93 Rn. 14. Zur rechtsformübergreifenden Anwendbarkeit BegrRegE BT-Drs. 15/5092, S. 12: „Der Grundgedanke eines Geschäftsleiterermessens im Bereich unternehmerischer Entscheidungen ist nicht auf den Haftungstatbestand des § 93 AktG und nicht auf die Aktiengesellschaft beschränkt, sondern findet sich auch ohne positivrechtliche Regelung in allen Formen unternehmerischer Betätigung.“ Dazu auch Lutter, ZIP 2007, 841, 847-848.

¹¹ Zu den sich hieraus ergebenden Besonderheiten bei der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Business Judgment Rule Löbbe/Fischbach, AG 2014, 717, 721-728.

¹² Spindler, in: MüKo (wie Fn. 10), § 93 Rn. 43; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 93 Rn. 9; Fleischer, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 60.

unternehmerische Entscheidungen typischerweise kennzeichnet und damit insbesondere deren Komplexität, Unsicherheit und Prognosecharakter Rechnung getragen werden („*Berücksichtigung der Entscheidungssituation*“) ¹³. Da sich Prognosen im Nachhinein als unrichtig erweisen können, soll schließlich vermieden werden, dass ex post an das Vorstandshandeln Anforderungen gestellt werden, die in der ex ante-Entscheidungssituation gar nicht erkennbar waren. Gerade ein im Nachhinein mit der Sache befasstes Gericht könnte – so die Befürchtung – bei voller Kenntnis der Sachlage zu überzogenen Sorgfaltsanforderungen neigen und durch seine Vorgaben in den Kernbereich der Vorstandstätigkeit eingreifen („*Vermeidung überzogener Sorgfaltsanforderungen*“) ¹⁴.

Aus dem Schrifttum zur Verhaltensökonomik („*Behavioral Economics*“) ist der zuletzt genannte Effekt als „*Rückschauverzerrung*“ oder „*Hindsight Bias*“ bekannt und in zahlreichen Studien belegt. Dieser Effekt besagt, dass Menschen, die wissen, dass ein bestimmtes Ereignis eingetreten ist, in der Rückschau dazu tendieren, die Wahrscheinlichkeit, mit der dieses Ereignis eintreten wird, zu überschätzen. Der rückschauend Urteilende überträgt sein Wissen unbewusst in die Vergangenheit, obwohl er es erst später, also nach dem entscheidungsrelevanten Zeitpunkt, erworben hat ¹⁵. Gerade dieser Effekt wird durch die Business Judgment Rule gemindert, da bei deren Eingreifen eine Pflichtverletzung von vorneherein ausscheidet.

4. Tatbestandsmerkmale der Business Judgment Rule

Damit die Haftungsprivilegierung eingreift, müssen fünf – teilweise ungeschriebene – Tatbestandsmerkmale der Business Judgment Rule vorliegen: Es muss sich um eine a) unternehmerische Entscheidung handeln, die b) auf Grundlage angemessener Information, c) ohne Sonderinteressen

¹³ Spindler, in: MüKo (wie Fn. 10), § 93 Rn. 43, 48; Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 20, 21; Fleischer, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 60.

¹⁴ Fleischer, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 60; Koch, in: Hüffer/Koch (wie Fn. 12), § 93 Rn. 9. Zur daraus folgenden Gefahr des Hindsight Bias Ott/Klein, AG 2017, 209, 213-214; Falk/Klein, in: Festschrift Detlev Fischer, 2018, 83, 91-92.

¹⁵ Zum Hindsight Bias grundlegend Fischhoff, Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance, Vol. 1, No. 3, 288-299 (1975). Zum Hindsight Bias als fächerübergreifende Fehlerquelle Falk, Festschrift Detlev Fischer, 2018, 65-81 m.w.N.

und sachfremde Einflüsse, d) zum Wohle der Gesellschaft und e) in gutem Glauben getroffen wurde.

a) Unternehmerische Entscheidung

Kernatbestandsmerkmal der Business Judgment Rule ist die unternehmerische Entscheidung. Mit ihrem Vorliegen steht und fällt ihr Anwendungsbereich. Eine überzeugende positive Definition ist bisher jedoch nicht gelungen. Stattdessen wird die unternehmerische Entscheidung lediglich unscharf umschrieben, indem auf ihre typischen Eigenschaften (Zukunftsbezogenheit, Unsicherheit und Prognosecharakter) abgestellt wird¹⁶.

Präziser fällt eine negative Definition aus, die mittels Abgrenzung zu anderen Entscheidungsformen stattfindet: So ist allgemein anerkannt, dass die unternehmerische Entscheidung im Gegensatz zur rechtlich gebundenen Entscheidung steht. Bei einer rechtlich gebundenen Entscheidung erachtet das Gesetz nur eine einzige Entscheidung als zulässig. Beispielsweise sind Bestechung oder Betrug unzulässig und müssen schlicht unterbleiben. Eine Alternative gibt es nicht, für die Business Judgment Rule ist von vorneherein kein Raum. Demgegenüber sind bei unternehmerischen Entscheidungen ganz unterschiedliche Ergebnisse denkbar. Man denke etwa an die Einführung eines neuen Produkts, die Erschließung neuer Märkte, M&A-Transaktionen oder eben auch Investitionsentscheidungen in neue Technologien wie im Fall der UMTS-Lizenzen¹⁷.

So wie ein Haftungsfreiraum bei gesetzlich vorgegebenen Pflichten ausscheidet, kommt er auch nicht zum Tragen bei Verstößen gegen Satzung, Anstellungsvertrag oder Hauptversammlungsbeschlüsse, die dem Vorstandmitglied keinen Entscheidungsspielraum gewähren. Grundsätzlich ebenso wenig handelt es sich um eine unternehmerische Entscheidung, wenn gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Informationspflichten in Frage stehen¹⁸. Auch bei Treupflichtverletzungen scheidet die Business Judgment Rule aus¹⁹.

¹⁶ Mit weiteren Nachweisen und zugleich die Selektionskraft dieser Kriterien kritisch beurteilend *Ott*, ZGR 2017, 149, 152-156.

¹⁷ Mit Nachweisen aus der Rechtsprechung *Ott*, ZGR 2017, 149, 153.

¹⁸ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 67.

¹⁹ Anders als Sorgfaltspflichtverletzungen werden Treupflichten in § 93 Abs. 1 AktG nicht ausdrücklich angesprochen. Sie sind aber allgemein anerkannt und finden sich beispielsweise als Wettbewerbsverbot (§ 88 I AktG) im Gesetz wieder.

In der Regel kann eine unternehmerische Entscheidung damit zwar von anderen Entscheidungen sinnvoll abgegrenzt werden. Insgesamt ist jedoch festzuhalten, dass mehr als 10 Jahre nach der Kodifizierung der Business Judgment Rule durch das UMAG immer noch nicht zweifelsfrei geklärt ist, wie eine unternehmerische Entscheidung positiv definiert werden kann²⁰.

b) Handeln auf Grundlage angemessener Information

Auch das nächste Tatbestandsmerkmal bereitet der Praxis regelmäßig Probleme: Das Vorstandsmitglied musste vernünftigerweise annehmen dürfen, auf der Grundlage angemessener Information zu entscheiden („*gemischt objektiv/subjektiver Maßstab*“). Damit kommen der Entscheidungsvorbereitung und der sorgfältigen Ermittlung der Entscheidungsgrundlage eine wichtige Bedeutung zu.

Die Regierungsbegründung scheint bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals noch einen großzügigeren Maßstab angelegt zu haben. Insbesondere soll laut Regierungsbegründung die unternehmerische Entscheidung nicht verrechtlicht oder (schein-)objektiviert werden. Sie beruhe vielmehr häufig auf „*Instinkt, Erfahrung, Phantasie und Gespür für künftige Entwicklungen und einem Gefühl für die Märkte und die Reaktion der Abnehmer und Konkurrenten*“²¹. Das Tatbestandsmerkmal der angemessenen Information reflektiere – so die Regierungsbegründung –, dass insbesondere bei Entscheidungen unter hohem Zeitdruck eine umfassende Entscheidungsvorbereitung schwierig oder gar unmöglich sein könne. Zudem, so die Regierungsbegründung, werde dem Vorstand in den Grenzen seiner Sorgfaltspflichten ein erheblicher Spielraum eingeräumt, den Informationsbedarf abzuwägen und sich selbst eine Meinung dazu zu bilden²². Entscheidend sind mithin die Umstände des Einzelfalls, also zum Beispiel der zeitliche Vorlauf, die Art und Bedeutung der Entscheidung oder die Möglichkeit der Informationsbeschaffung. Eine Pflicht zur Beschaffung

²⁰ Mit einer abweichenden Definition *Ott*, ZGR 2017, 149, 161 f.: Eine unternehmerische Entscheidung liege dann vor, wenn „(i) der Vorstand im Rahmen einer Geschäftsführungsentscheidung zwischen mindestens zwei tatsächlich möglichen und rechtlich nicht erkennbar unzulässigen Optionen wählen kann, und (ii) hierbei unabhängig von konkreten gesetzlichen oder sonstigen rechtlichen Vorgaben nach unternehmerischen Zweckmäßigkeitserwägungen entscheiden kann.“

²¹ BegrRegE BT-Drs. 15/5092, S. 11. Dazu *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 71b.

²² BegrRegE BT-Drs. 15/5092, S. 12.

aller nur denkbarer Informationen besteht nach überwiegender Literaturansicht gerade nicht²³.

Der BGH scheint demgegenüber in seiner Rechtsprechung uneinheitlich und gerade in jüngerer Vergangenheit deutlich strenger. Während er in der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung noch ein „*auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln*“²⁴ forderte, verschärfte der BGH seine Rechtsauffassung in der Folgezeit. Danach setze die Haftungsprivilegierung voraus, dass der Geschäftsleiter „*in der konkreten Entscheidungssituation **alle verfügbaren Informationsquellen** tatsächlicher und rechtlicher Art ausschöpft und auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abschätzt und den erkennbaren Risiken Rechnung trägt*“²⁵. Diese Auffassung ist in der Literatur und vor allem bei Praktikern auf heftige Kritik gestoßen und wird als zu weitgehend abgelehnt²⁶. Bildlich formuliert ein Rechtsanwalt: „*Was nützt einem Geschäftsleiter die Existenz eines sicheren Hafens, wenn das Schiff schon in der rauen und unberechenbaren See der angemessenen Informationsbeschaffung sinkt (...)?*“²⁷

c) Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse

Zudem muss das Vorstandsmitglied ohne Sonderinteressen, sachfremde Einflüsse und frei von Interessenkonflikten tätig werden. Dabei handelt es sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Die Regierungrbegündung erläutert dies mit dem nachvollziehbaren Gedanken, dass derjenige, der sich von Sonderinteressen oder anderen Einflüssen leiten lasse, im Zweifel gerade nicht zum Wohle der Gesellschaft handle²⁸.

²³ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 70 f.

²⁴ BGH, Urteil v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, Rn. 22.

²⁵ BGH, Beschluss v. 14.07.2008 – II ZR 202/07 (Leitsatz 1) für den GmbH-Geschäftsführer (Hervorhebungen hinzugefügt). Zuletzt auch BGH Urteil v. 18.06.2013 – II ZR 86/11, Rn. 30 (ebenfalls für den GmbH-Geschäftsführer).

²⁶ *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 105; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, (wie Fn. 12), § 93 Rn. 71a; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, AktG Kommentar, 3. Aufl. 2015, § 93 Rn. 17; *Reichert*, ZGR 2017, 671, 681. Weniger streng *Spindler*, in: MüKo (wie Fn. 10), § 93 Rn. 57: „*Denn selbst die Rspr. eröffnet durch den Bezug auf die ‚konkrete Entscheidungssituation‘ einen Spielraum, der eine Anpassung des Umfangs der Informationseinholung erlaubt.*“

²⁷ *Freund*, NZG 2015, 1419, 1422.

²⁸ *BegrRegE BT-Drs. 15/5092*, S. 11. Diese Vermutung anzweifelnd *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter (wie Fn. 26), § 93 Rn. 19, da der Interessenkonflikt auch ausgeblendet werden könne.

Einigkeit besteht in der aktienrechtlichen Literatur darin, dass nicht nur auf das jeweilige Organmitglied abzustellen ist, sondern auch nahestehende Personen oder Gesellschaften und deren Interessen mit in die Betrachtung einzubeziehen sind²⁹. Auseinander gehen die Meinungen hinsichtlich der Frage, ob auch potentielle oder leichte Interessenkonflikte die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule ausschließen³⁰. Eine weitere interessante Diskussion dreht sich um das Problem, ob ein tatsächlich befangenes Vorstandsmitglied die Entscheidung der anderen Vorstandsmitglieder derart „*infizieren*“ kann, dass auch für die eigentlich unbefangenen Vorstandsmitglieder die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule entfällt³¹.

d) Handeln zum Wohle der Gesellschaft

Ferner muss das Vorstandsmitglied annehmen dürfen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Das sei laut Regierungsbegründung dann zu bejahen, wenn die Entscheidung der langfristigen Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und seiner Produkte oder Dienstleistungen diene³². Risiken darf der Vorstand dabei eingehen, wobei es im Einzelfall darauf ankommt, ob die Eingehung der Risiken aus der ex ante-Sicht noch vertretbar erscheint, wie hoch die Wahrscheinlichkeit für deren Eintreten ist und ob es Absicherungen für diesen Fall gibt³³.

e) Handeln in gutem Glauben

Schließlich muss das Vorstandsmitglied in gutem Glauben handeln. Auch dabei handelt es sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Glaubt das Vorstandsmitglied selbst nicht an die Richtigkeit seiner Ent-

²⁹ BegrRegE BT-Drs. 15/5092, S. 11; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 72; *Hopt/Roth*, in: Großkomm (wie Fn. 26), § 93 Rn. 93.

³⁰ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 72.

³¹ Dazu *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 72a-72b, der unter anderem darauf verweist, ob das befangene Vorstandsmitglied seinen Interessenkonflikt offengelegt hat und der den anderen Vorstandsmitgliedern eine besondere Prüfungsobliegenheit zuweist. Ausführlich auch *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 725-728. Ferner *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, (wie Fn. 26), § 93 Rn. 19; *Hopt/Roth*, in: Großkomm (wie Fn. 26), § 93 Rn. 94-96.

³² BegrRegE BT-Drs. 15/5092, S. 11.

³³ *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter (wie Fn. 26), § 93 Rn. 18, die im Ausnahmefall selbst existentielle Risiken für vertretbar halten. Ferner *Hopt/Roth*, in: Großkomm (wie Fn. 26), § 93 Rn. 88.

scheidung, entfällt seine Schutzwürdigkeit. Da die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule in diesem Fall in der Regel bereits an einem der vorgenannten Tatbestandsmerkmale scheitern wird, kommt dem Merkmal des Handelns in gutem Glauben lediglich eine „Notbremsfunktion“³⁴ zu.

5. Auswirkungen der Business Judgment Rule

Nach dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 *Satz 1* AktG haben Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die Business Judgment Rule des § 93 Abs. 1 *Satz 2* AktG führt zu zwei wichtigen Abweichung von diesem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab: Zum einen sind Entscheidungen der Vorstandsmitglieder nur noch eingeschränkt gerichtlich überprüfbar, zum anderen ändert sich die Beweislastverteilung zu ihren Gunsten.

a) Eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit

Auch wenn im Einzelnen vieles streitig ist, so kann doch festgehalten werden, dass die Business Judgment Rule zu einer Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte führt. Während bei Anwendung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs ein Gericht die Entscheidung des Vorstands grundsätzlich auch inhaltlich kontrollieren darf³⁵, findet bei Anwendbarkeit der Business Judgment Rule nur eine Kontrolle des Entscheidungsprozesses statt³⁶. Anders formuliert: „Greift die Business Judgment Rule ein, so küm-

³⁴ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (wie Fn. 12), § 93 Rn. 76.

³⁵ Umstritten ist, wie weit die inhaltliche Kontrolle reicht. Gegen eine volle richterliche Kontrolle *Harbarth*, in: Festschrift Peter Hommelhoff, 2012, S. 323, 337; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm (wie Fn. 26), § 93 Rn. 118; *Holle*, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, Diss. Konstanz 2014, S. 81: „ob der Entscheidungsinhalt im Hinblick auf die gesetzlichen Vorgaben vertretbar erscheint.“ Teilweise wird eine weitergehende gerichtliche Zweckmäßigkeitkontrolle befürwortet, so wohl in diese Richtung zu verstehen LG München I, Urteil v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345, 347 („*Siemens/Neubürger*“).

³⁶ *Böttcher*, NZG 2009, 1047, 1048: „lenkt stattdessen den Blick auf die Phase der Entscheidungsvorbereitung.“ Auch *Lutter*, ZIP 2007, 841, 846. Zum Meinungsstand m.w.N. *Holle*, Legalitätskontrolle (wie Fn. 35), S. 64 und insbesondere S. 65: „Dadurch befindet sich der Vorstand in der komfortablen Position, allein durch eine lückenlose Dokumentation des Entscheidungsvorgangs und den Nachweis loyalen Handelns eine gerichtliche Inhaltskontrolle seiner Entscheidung auszuschließen.“

*mert sich das Gericht nicht um den Inhalt der Entscheidung und ihre Folgen, mögen diese auch noch so desaströs gewesen sein*³⁷. Lediglich bei evidenten Fehlentscheidungen³⁸ kommt es zu einer eingeschränkten inhaltlichen Prüfung durch die Gerichte. Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem Tatbestandsmerkmal der angemessenen Informationsbeschaffung und der inhaltlichen Kontrolle am Maßstab des Gesellschaftswohls. Die gerichtliche Prüfungsdichte hinsichtlich der Informationsbeschaffung fällt „*um einige Pegelstriche strenger*“ aus als bei der Inhaltskontrolle der unternehmerischen Entscheidung³⁹.

b) Änderung der Beweislastverteilung

Ein weiterer Unterschied besteht in der Beweislastverteilung. Im Rahmen des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs ist die Darlegungs- und Beweislast für Vorstandsmitglieder ungünstig. Die Gesellschaft hat lediglich ein (möglicherweise pflichtwidriges) Verhalten des Vorstandsmitglieds, den Eintritt und die Höhe des Schadens sowie die Kausalität zwischen Vorstandshandeln und Schaden schlüssig darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Danach obliegt es dem Vorstandsmitglied, sich durch den Nachweis zu entlasten, dass sein Verhalten *nicht* pflichtwidrig oder *nicht* schuldhaft gewesen ist oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre⁴⁰.

Anders ist dies bei Anwendbarkeit der Business Judgment Rule. Hier müssen die Vorstandsmitglieder lediglich deren Voraussetzungen darlegen und gegebenenfalls beweisen, also vor allem, dass sie anhand einer angemessenen Informationsgrundlage entschieden und sich im Rahmen des ihnen eingeräumten Ermessensspielraums bewegt haben. Gelingt die-

Teilweise wird vertreten, dass auch im Rahmen der Business Judgment Rule eine beschränkte Inhaltskontrolle und damit eine Kontrolle der Vertretbarkeit der Entscheidung stattfinden müsse, *Brömmelmeyer*, WM 2005, 2065, 2069. So wohl auch *Hopt/Roth*, in: *GroßKomm* (wie Fn. 26), § 93 Rn. 53, 75-77, 116-122.

³⁷ *Lutter*, ZIP 2007, 841, 846.

³⁸ Abgezielt wird damit auf Entscheidungen des Vorstands, die schlechterdings unvertretbar, evident fehlerhaft bzw. grob fahrlässig sind. Vgl. *Dauner-Lieb*, in: *Henssler/Strohn* (wie Fn. 13), § 93 Rn. 22; *Spindler*, in: *MüKo* (wie Fn. 10), § 93 Rn. 65; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, (wie Fn. 12), § 93 Rn. 21, 23.

³⁹ *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (wie Fn. 12), § 93 Rn. 65a.

⁴⁰ Zudem gelten für die Gesellschaft gewisse Erleichterungen der Substantiierungslast, *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (wie Fn. 12), § 93 Rn. 221, 222; *Koch*, in: *Hüffer/Koch* (wie Fn. 12), § 93 Rn. 54.

ser Nachweis, ist Folge eine unwiderlegliche Vermutung ihres pflichtgemäßen Verhaltens⁴¹. Dies gilt selbst dann, wenn aus ihrer Entscheidung hohe Schäden resultieren; wie etwa im Fall der Deutschen Telekom AG und der von ihr erworbenen UMTS-Lizenzen.

6. Weitere aktuelle Diskussionen

Aktuell werden vor allem zwei Bereiche diskutiert, die sich für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Business Judgment Rule eignen: Es wird überlegt, die Haftungsprivilegierung auf Entscheidungen bei unklarer Rechtslage sowie auf Compliance-Sachverhalte zu übertragen.

a) Legal Judgment Rule

Es gibt Fälle, in denen selbst nach sorgfältiger Prüfung der Rechtslage unklar bleibt, ob eine Entscheidung rechtmäßig ist oder nicht. Eine derart unklare Rechtslage entsteht zum Beispiel bei Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe („*Subsumtionsunklarheiten*“) oder bei fehlender höchstgerichtlicher Rechtsprechung. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob Vorstandsmitglieder einen potentiellen Rechtsverstoß riskieren dürfen, ohne sich dadurch einer Haftung auszusetzen. Konkreter gefasst: Ist bei unklarer Rechtslage eine der Business Judgment Rule entsprechende Haftungsprivilegierung angebracht, auch wenn es sich um eine rechtlich gebundene Entscheidung handelt? Die diesbezügliche Diskussion wird allgemein unter dem Stichwort „*Legal Judgment Rule*“ geführt.

Befürworter einer Haftungsprivilegierung betonen, dass es sich bei der rechtlichen Einschätzung einer unsicheren Rechtslage um ein systematisch vorgelagertes Element einer im Anschluss zu treffenden unternehmerischen Entscheidung handele⁴². Die Abwägungssituation sei für den Vorstand genauso schwierig und mit Unsicherheiten behaftet wie bei der darauf folgenden unternehmerischen Entscheidung selbst. Zur Veranschaulichung werden das Kapitalmarktrecht oder das Kartellrecht angeführt: So stehe nicht immer von vornherein fest, ob eine bestimmte Tatsache sofort dem Kapitalmarkt mitgeteilt werden müsse oder ob eine bestimmte Verhaltensweise kartellrechtlich unbedenklich sei⁴³. Überträgt man mit dieser

⁴¹ Koch, in: Hüffer/Koch (wie Fn. 12), § 93 Rn. 54; Hölters, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 93 Rn. 269.

⁴² Buck-Heeb, BB 2013, 2247, 2251; Bürkle, VersR 2013, 792, 795.

⁴³ Spindler, in: MüKo (wie Fn. 10), § 93 Rn. 88.

Meinung die Wertungen der Business Judgment Rule auf rechtliche Fehleinschätzungen, so folgt daraus eine Haftungsprivilegierung der Vorstandsmitglieder: Waren zur Zeit der Vorstandsentscheidung in einer rechtlichen Frage mehrere Sichtweisen vertretbar und schließt sich das Gericht später einer anderen Ansicht an als der Vorstand, dann greift zugunsten des Vorstands die Legal Judgment Rule ein⁴⁴.

Gegner einer entsprechenden Haftungsprivilegierung stellen demgegenüber heraus, dass es auch bei unklarer Rechtslage nur *eine* rechtlich zulässige Entscheidung gebe. Allein der Umstand, dass diese Entscheidung erst im Nachhinein durch ein Gericht geklärt werde, rechtfertige keine privilegierte haftungsrechtliche Behandlung analog der Business Judgment Rule⁴⁵. Trotzdem sehen die Gegner der Legal Judgment Rule wegen der mit der Entscheidung verbundenen Unsicherheiten eine gewisse Schutzwürdigkeit der Vorstandsmitglieder. Sie schlagen deswegen vor, statt die Haftungsfrage bei rechtlicher Unsicherheit durch die Annahme eines Ermessensfreiraums der gerichtlichen Kontrolle von vorneherein weitgehend zu entziehen (wie dies bei Anwendung der Business Judgment Rule geschehen würde), die Lösung auf der Ebene des Verschuldens zu suchen („*unverschuldeter Rechtsirrtum*“) ⁴⁶.

In diesem Zusammenhang ist die ISON-Entscheidung des BGH von besonderem Interesse. Diese Entscheidung ist zwar zur Vorstandshaftung bei unrichtigem Rechtsrat ergangen, könnte aber für die ähnlich gelagerte Frage der Haftung bei unklarer Rechtslage die Richtung weisen. Gemäß der ISON-Entscheidung kann ein Vorstandsmitglied, das selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, „*den strengen Anforderungen an eine ihm obliegende Prüfung der Rechtslage und an die Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung nur genügen, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage*

⁴⁴ Spindler, in: MüKo (wie Fn. 10), § 93 Rn. 97; Mertens/Cahn, Kölner Kommentar (wie Fn. 10), § 93 Rn. 75: Der Vorstand habe allerdings die Ausnutzung einer objektiv zweifelhaften Rechtslage zu unterlassen, wenn sich aus einer nicht auszuschließenden Haftung der Gesellschaft unverhältnismäßig schwere Nachteile für diese ergeben könnten.

⁴⁵ Scholl, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, Diss. Köln 2015, S. 198.

⁴⁶ Koch, in: Hüffer/Koch (wie Fn. 12), § 93 Rn. 19, 43 m.w.N. So auch Verse, ZGR 2017, 174, 192 f., der die Business Judgment Rule aber in dem auf die Rechtsermittlung folgenden zweiten Schritt der Entscheidung anwenden will.

*fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und den erteilten Rechtsrat einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht*⁴⁷. Tut ein Vorstandsmitglied dies, entfällt sein Verschulden⁴⁸.

b) Anwendbarkeit auf Compliance-Sachverhalte

Als „*Compliance*“ bezeichnet man vereinfacht formuliert die Pflicht zur Einhaltung der Rechtsordnung⁴⁹. Entsprechend trifft Unternehmen die Pflicht, Compliance-Verstöße zu verhindern. Um Compliance-Verstöße handelt es sich beispielsweise, wenn in einem Unternehmen kartellrechtswidrige Preisabsprachen getroffen oder Amtsträger bestochen werden. Solche Verstöße sind nicht selten mit hohen Bußgeldern bewehrt und können zusammen mit anderen Schadenspositionen (z.B. Vergabesperren, Aufklärungskosten, Reputationsverlust) zu enormen Schadenssummen führen.

Ein bekanntes Beispiel ist die „*Siemens-Korruptionsaffäre*“. Im November 2006 wurde durch Ermittlungen der Staatsanwaltschaft bekannt, dass in beinahe allen Unternehmensbereichen der Siemens AG „*schwarze Kassen*“ gebildet und die so generierten Mittel für Korruptionzahlungen an ausländische Amtsträger und Geschäftspartner eingesetzt wurden. Die aus diesen Verstößen resultierenden Vermögensschäden der Siemens AG beliefen sich nach eigenen Angaben auf rund 2,5 Mrd. Euro⁵⁰. Hohe Schäden drohen auch der Volkswagen AG in der aktuell die Presse beschäftigenden „*Dieselfaffäre*“, die sich um manipulierte Abgaswerte dreht. Die Volkswagen AG soll laut Presseberichten allein für die interne Sachverhaltsaufklärung rund 140 Mio. Euro an eine Rechtsanwaltskanzlei gezahlt haben⁵¹.

⁴⁷ BGH, Urteil v. 20.09.2011 – II ZR 234/09, Leitsatz 2. Präzisierend BGH, Urteil v. 28.04.2015 – II ZR 63/14, Rn. 28-33.

⁴⁸ BGH, Urteil v. 20.09.2011 – II ZR 234/09, Rn. 16.

⁴⁹ Etwa *Volz*, in: Teichmann, Compliance, 1. Aufl. 2014, Rn. 2. *Moosmayer*, Compliance, 3. Aufl. 2015, Rn. 1, definiert Compliance konkretisierend als „*die Einhaltung der straf- und bußgeldbewehrten Gesetze sowie deren innerbetrieblichen Ausführungsregelungen im Unternehmen*“. Compliance-Organisationspflichten betonend *Balke*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 7, 2016, § 111 Rn. 2.

⁵⁰ Einladung zur Hauptversammlung der Siemens AG am 26. Januar 2010, S. 27, https://www.siemens.com/investor/pool/de/investor_relations/events/hauptversammlung/2010/einladung_hv2010_d.pdf (Abruf am 01.08.2019).

⁵¹ Bild online v. 25.03.2017, „VW beendet Aufklärung durch US-Kanzlei“, <https://www.bild.de/geld/2017/abgas-skandal/us-kanzlei-stellt-arbeit-ein->

Compliance ist nicht zuletzt deshalb eine Vorstandsaufgabe. Zur Vermeidung von Compliance-Verstößen stellen sich für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft zwei Pflichten: Zum einen müssen sie sich selbst rechtstreu verhalten („*Legalitätspflicht*“), zum anderen müssen sie für rechtmäßiges Verhalten der Mitarbeiter der Gesellschaft sorgen („*Legalitätskontrollpflicht*“). Um der zweiten Pflicht nachzukommen, werden sie in der Regel für die Einrichtung einer Compliance-Organisation (z.B. Schaffung einer Compliance-Abteilung) sowie deren Ausgestaltung durch Umsetzung entsprechender Compliance-Maßnahmen (z.B. Durchführung von Schulungen, Erstellung von Verhaltensleitfäden) sorgen. Kommt es in einem Unternehmen dennoch zu Compliance-Verstößen, wird aktuell diskutiert, die Haftungsprivilegierung der Business Judgment Rule auch auf die Haftung der Vorstandsmitglieder für diese Compliance-Sachverhalte zu übertragen.

Ob dies möglich ist, hängt insbesondere von der Art der Pflichtverletzung ab⁵²: Bei einer eigenen Beteiligung der Vorstandsmitglieder an den Compliance-Verstößen oder bei einer Duldung der Compliance-Verstöße von Mitarbeitern liegt ein Verstoß gegen die Legalitätspflicht vor. Die Vorstandsmitglieder hätten eine entsprechende Handlung unterlassen bzw. das rechtswidrige Verhalten der Mitarbeiter unterbinden müssen. Da in beiden Fällen eine rechtlich gebundene Entscheidung vorliegt, scheidet für diese Pflichtverletzungen die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule von vorneherein aus.

Strukturell anders gelagert ist der Vorwurf einer Organisationspflichtverletzung (auch „*Organisationsverschulden*“ genannt). Speziell in diesem Bereich wird die Übertragbarkeit der durch die Business Judgment Rule gewährten Haftungsprivilegierung befürwortet⁵³. Dabei wird den Vorstandsmitgliedern eine mangelhafte Ausrichtung oder Ausgestaltung der Compliance-Organisation und damit eine Verletzung ihrer Legalitätskontrollpflicht zur Last gelegt. Der Vorwurf geht in der Regel dahin, dass

51005184.bild.html (Abruf am 01.08.2019). Zur Ersatzfähigkeit von Kosten interner Ermittlungen und sonstiger Rechtsberatung im Rahmen der Organhaftung *Lüneborg/Resch*, NZG 2018, 209-217.

⁵² Zu den verschiedenen Arten möglicher Pflichtverletzungen *Ott/Klein*, AG 2017, 209, 215.

⁵³ Hierzu etwa *Balke/Klein*, ZIP 2017, 2038, 2041-2046; *Harbarth*, ZHR 179, 2015, 136, 152-153; *Balke*, in: Handbuch (wie Fn. 49), § 113 Rn. 17; *Hopt/Roth*, in: Großkomm (wie Fn. 26), § 93 Rn. 187; *Paefgen*, AG 2014, 554, 557; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2174; *Ott*, ZGR 2017, 149, 162-170.

die Auswahl und Gewichtung der risikorelevanten Bereiche unrichtig gewesen sei oder dass bei Umsetzung bestimmter unterlassener Compliance-Maßnahmen die Compliance-Verstöße mit Wahrscheinlichkeit hätten verhindert oder jedenfalls verringert werden können. Wie diese Beispiele zeigen, handelt es sich bei derlei Vorstandsentscheidungen gerade nicht um rechtlich gebundene Entscheidungen. Das „wie“ der Ausrichtung und Ausgestaltung der Compliance-Organisation ist gesetzlich nicht vorgegeben. Es handelt sich vielmehr um eine Pflichtaufgabe mit Entscheidungsspielraum⁵⁴.

Insbesondere teleologische Erwägungen rechtfertigen eine Gleichstellung mit der Business Judgment Rule. Dieselben Erwägungen, die eine Haftungserleichterung für unternehmerische Entscheidungen rechtfertigen – Vermeidung risikoaverser Entscheidungen, Berücksichtigung der schwierigen Entscheidungssituation, Vermeidung von in der Rückschau überzogenen Sorgfaltsanforderungen –, treffen auch für Entscheidungen im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Compliance-Organisation zu⁵⁵. Ohne Haftungsprivilegierung würden die Gewinninteressen der Aktionäre geschädigt, da möglichst teure und allumfassende Compliance-Programme aufgelegt würden, um einer möglichen Haftung für Compliance-Vorfälle zu entgehen. Zudem bestehen vergleichbare Prognoseunsicherheiten, was die Tauglichkeit der umzusetzenden Compliance-Maßnahmen angeht. Der Vorstand hat aus einer Vielzahl theoretisch denkbarer Optionen diejenigen Risikobereiche bzw. Compliance-Maßnahmen auszuwählen, die er hinsichtlich der konkreten Risikoexposition des Unternehmens für angemessen hält. In die Betrachtung einzubeziehen hat er dabei Kosten-Nutzen-Gesichtspunkte, Zweckmäßigkeitserwägungen und Entwicklungsprognosen und damit Gesichtspunkte, wie sie ebenso für klassische unternehmerische Entscheidungen maßgeblich sind. Und schließlich besteht auch bei der nachträglichen Überprüfung der Compliance-Organisation die Gefahr, dass die nunmehr vorhandene Kenntnis von Compliance-Vorfällen zu im Nachhinein überzogenen Sorgfaltsanforderungen führt. Ex post und bei voller Kenntnis des Geschehensablaufs fällt es oft

⁵⁴ *Balke/Klein*, ZIP 2017, 2038, 2042. Besonderheiten gelten im regulierten Bereich (Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen), hierzu *Ott*, ZGR 2017, 149, 168-172, der auch in diesem Bereich für eine Anwendbarkeit der Business Judgment Rule plädiert, aber eine Modifikation des Kontrollmaßstabs vornimmt.

⁵⁵ Dazu ausführlich und m.w.N. *Balke/Klein*, ZIP 2017, 2038, 2043; *Falk/Klein*, in: Festschrift Fischer, (wie Fn. 14), 83, 93.

besonders leicht zu sagen, welche Compliance-Maßnahme die optimale gewesen wäre, um die Compliance-Verstöße zu verhindern⁵⁶.

ZUSAMMENFASSUNG

Die aus dem US-amerikanischen Rechtskreis stammende Business Judgment Rule befasst sich mit der Haftung der Geschäftsleitung für unternehmerische Entscheidungen. Die Business Judgment Rule wurde im Jahr 1997 durch die „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung des BGH höchstrichterlich rezipiert und im Jahr 2005 durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts („UMAG“) in Deutschland kodifiziert. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG schließt nun ausdrücklich eine Pflichtverletzung aus, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Kernatbestandsmerkmal der Business Judgment Rule ist die unternehmerische Entscheidung, für die sie eine Haftungsprivilegierung gewährt („*safe harbor*“). Sinn und Zweck dieser Haftungsprivilegierung ist es zunächst, risikoaverse Entscheidungen der Vorstandsmitglieder zu vermeiden, die sich zulasten der auf Gewinn ausgerichteten Aktionärsinteressen auswirken. Vorstandsmitglieder sollen in vertretbarem Rahmen unternehmerische Risiken eingehen dürfen, ohne eine Haftung befürchten zu müssen. Ferner sollen Komplexität, Prognosecharakter und Unsicherheit Rechnung getragen werden, unter denen eine unternehmerische Entscheidung typischerweise steht. Und schließlich sollen in der Rückschau überzogene Sorgfaltsanforderungen an das ex ante zu beurteilende Vorstandshandeln vermieden werden (Gefahr des „*Hindsight Bias*“).

Damit diese Haftungsprivilegierung eingreift, müssen fünf – teilweise ungeschriebene – Tatbestandsmerkmale vorliegen: Es muss sich um eine a) unternehmerische Entscheidung handeln, die b) auf Grundlage angemessener Information, c) ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse, d) zum Wohle der Gesellschaft und e) in gutem Glauben getroffen wurde. In der aktuellen gesellschaftsrechtlichen Literatur werden insbesondere die Anforderungen an eine unternehmerische Entscheidung

⁵⁶ Speziell zum Hindsight Bias im Rahmen der Vorstandshaftung jeweils m.w.N. Ott/Klein, AG 2017, 209-221; Falk/Klein, in: Festschrift Fischer (wie Fn. 14), 83, 87-93.

sowie an die Angemessenheit der Informationsgrundlage diskutiert. Eine positive Definition der unternehmerischen Entscheidung ist bisher nicht gelungen, so dass sie meist durch eine Abgrenzung zur rechtlich gebundenen Entscheidung definiert wird. Ebenso problematisch ist der Umfang der vor der Entscheidung einzuholenden Informationen, an den der BGH in jüngerer Vergangenheit strengere Anforderungen zu stellen scheint.

Können die Tatbestandsmerkmale der Business Judgment Rule bejaht werden, hat das sowohl Folgen für die Beweislastverteilung als auch für die gerichtliche Kontrolldichte: Vorstandsmitglieder müssen lediglich die Voraussetzungen der Business Judgment Rule darlegen und gegebenenfalls beweisen und sich nicht – wie im Rahmen des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG – umfassend entlasten. Gelingt den Vorstandsmitgliedern dieser Nachweis, ist Folge eine unwiderlegliche Vermutung ihres pflichtgemäßen Verhaltens. Dies gilt selbst dann, wenn aus ihrer Entscheidung enorme Schäden resultieren. Durch die Business Judgment Rule wird demnach ein gerichtlich nicht überprüfbarer Ermessensspielraum des Vorstandshandelns anerkannt und die gerichtliche Kontrolle auf den Entscheidungsprozess beschränkt. Eine (eingeschränkte) inhaltliche Prüfung durch die Gerichte findet nur bei evidenten Fehlentscheidungen statt.

Schließlich wird in der gesellschaftsrechtlichen Literatur aktuell diskutiert, ob die Haftungsprivilegierung der Business Judgment Rule auch bei unklarer Rechtslage („*Legal Judgment Rule*“) oder bei der Haftung für Compliance-Sachverhalte („*Organisationsverschulden*“) Anwendung finden sollte. Während diese Überlegung bei unklarer Rechtslage weitgehend abgelehnt und eine Lösung auf Verschuldensebene gesucht wird, sprechen insbesondere teleologische Erwägungen für eine entsprechende Anwendung der Business Judgment Rule bei Organisationspflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Ausrichtung und Ausgestaltung einer Compliance-Organisation.

ÖZET

Amerikan hukuku menşeyli iş insanı kararı, şirket yönetiminin aldığı ticari kararlardan doğan sorumluluğu ile ilgilidir. İş insanı kararı, 1997 yılında Alman Yüksek Federal Mahkemesi'nin "ARAG/Garmenbeck" Kararı ile yüksek mahkemeye benimsenmiş ve 2005 yılında ise Kurumsal Bütünlük ve İptal Kanunu'nun Modernleştirilmesi Hakkında Kanun ("UMAG") ile Almanya'da yasal olarak düzenlenmiştir. Alman Paylı Ortaklıklar

Kanunu md. 93 f.1 c.2’de yönetim kurulu üyesinin yeterli bilgiye dayanarak alacağı ticari bir kararla şirketin menfaatine hareket ettiğini düşünmesinde beis olmayan hallerde yönetim kurulu üyesinin yönetim yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

İş insanı kararının temel unsuru, sorumluluk muafiyeti temin ettiği ticari karardır (“safe harbor”/güvenli liman). Bu sorumluluk muafiyetinin öncelikli amacı, yönetim kurulu üyelerinin riskten kaçan kararlar almalarını engellemektedir. Zira yönetim kurulunun riskten kaçan kararlar alması, kar elde etmeye odaklı pay sahiplerinin menfaatlerini olumsuz etkilemektedir. Yönetim kurulu üyeleri makul bir ölçüde sorumlulukları doğmadan da ticari riskler alabilmelidir. Ayrıca ticari kararların genel olarak kompleks, öngörüye dayalı ve sonuçlarının belirsiz olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Son olarak, yönetim kurulunun aldığı kararlar ex ante olarak özen yükümlülüğü bakımından incelenirken aşırıya kaçılmamalıdır (geri görüş önyargısı - “hindsight bias” - tehlikesi).

Sorumluluktan muafiyetin söz konusu olabilmesi için -bazıları yazılı olmamakla beraber- 5 şart sağlanmalıdır: a) söz konusu, ticari bir karar olmalı b) bu kararın yeterli bilgiye sahip olarak alınması, c) kararın özel menfaatlerden ve konuyla alakası olmayan dış etkilerden bağımsız şekilde alınması, d) şirketin menfaatine olması ve e) iyi niyetle alınması gerekmektedir. Güncel şirketler hukuku literatüründe özellikle ticari karardan bahsedilebilmesi için gereken şartlar ve kararın dayandığı bilginin yeterliliği hakkında tartışmalar yapılmaktadır. Ticari kararın pozitif bir tanımı henüz yapılamamıştır. Ticari karar daha çok, takdir yetkisinin olmadığı kararlardan ayrıldığı noktalar üzerinden tanımlanmaktadır. Öte yandan karar öncesinde toplanması gereken bilgilerin kapsamı da problemlidir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi yakın geçmişte verdiği kararlar incelendiğinde, karar öncesi vakıf olunması gereken bilgilerin kapsamı bakımından eskiye nazaran daha katı şartlar aradığı izlenimi uyanmaktadır.

İş insanı kararının şartları somut olayda mevcutsa, bu durum hem ispat yükü hem de kararın yargısal denetimi bakımından farklı sonuçlar doğurmaktadır: yönetim kurulu üyeleri Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu md. 93 f.1 c.1’de öngörülen genel özen derecesinin ihlalinde olduğu gibi kurtuluş kanıtını tam olarak getirmek zorunda değildir; sadece iş insanı kararının şartlarının somut olayda varlığını ortaya koymalı ve ispat etmelidir. Yönetim kurulu üyesinin alınan kararın iş insanı kararının şartlarının sağlandığını ispat etmesi yükümlülüklerini ihlal etmediğine dair bir faraziye teşkil eder. Alınan karar yüklü miktarda zarara sebep olmuş olsa dahi iş insanı kararının şartları mevcutsa alınan karar bakımından yönetim kurulu üyesinin yükümlülüklerini ihlal ettiğinden bahsedilemez. İş insanı kararı ile yönetim kuruluna, yargısal denetimi mümkün olmayan bir takdir yetkisi tanınmaktadır ve yargısal denetim sadece kararın alınma süreciyle sınırlıdır. Mahkeme tarafından sınırlı içerik kontrolü, sadece kararın bariz bir şekilde hatalı olduğu durumlarda gerçekleştirilmektedir.

Son olarak şirketler hukuku literatüründe, iş insanı kararının getirdiği sorumluluktan muafiyetin belirsiz hukuki bir durumundan kaynaklı risklerde (“Legal Judgment Rule”) veya uyumluluk ihlallerinden doğan sorumluluk durumlarında (Uyumluluk Teşkilatlanması Kusuru) da uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmaktadır. Hukuki durumun belirsizliğinden kaynaklanan risklerde sorumluluk muafiyetinin uygulanması büyük ölçüde reddedilirken, bu sorunun çözümü kusur düzeyinde aranmaktadır. Öte yandan iş insanı kararının kıyasen uygulanması özellikle bu hükmün amacı göz önünde bulundurulduğunda işletmede uyumluluktan sorumlu bir yapılanmanın kurulması ve şekillendirilmesine bağlı olarak uyumluluk teşkilatlanmasındaki görev ihlalleri bakımından mümkün kabul edilmelidir.

**TAGUNGSBERICHT VON DER 18. HERBSTAKADEMIE DER
DEUTSCHEN STIFTUNG FÜR RECHT UND INFORMATIK
(06.-09. SEPTEMBER 2017 AN DER UNIVERSITÄT
HEIDELBERG)**

**ALMAN HUKUK VE BİLİŞİM VAKFI ON SEKİZİNCİ GÜZ
AKADEMİSİ TOPLANTI RAPORU
(06-09 EYLÜL 2017, HEIDELBERG ÜNİVERSİTESİ)**

Dr. Marian Alexander ARNING*

ÖZ

2017 yılının Eylül ayında, Heidelberg’de Alman Hukuk ve Bilişim Vakfı’nın¹ 18. Güz Akademisi gerçekleşmiştir. Akademinin bu seneki konusu, “Hukuk 4.0, Hukuk Laboratuvarlarından Yenilikler” olmuştur. Bilişim hukuku alanındaki gelişmelere ve sorunlara yönelik yaklaşık elli sunum yapılmış ve yaklaşık üç yüz katılımcı ile tartışmalar gerçekleştirilmiştir. Toplantının ağırlıklı konularından birisi AB Genel Veri Koruma Tüzüğü ve özellikle bu tüzük ile getirilen yeni gereksinimlerin uygulamaya nasıl aktarılacağı olmuştur. Örnek olarak şirketlerin veri koruma organizasyonu, veri taşınabilirliği hakkı, verilerin iş kotarımı, uluslararası veri transferi ve sağlık verilerinin tıbbi amaçlara yönelik olarak ya da araştırma amacıyla işlenmesine ilişkin meseleler zikredilebilir. Bir diğer ağırlıklı konu ise, otomasyona ilişkin hukuki sorunlar olmuştur. Bu konuya örnek olarak robotların ve “Ledger Tech” / “Blockchain” kullanımları verilebilir. Bu bağlamda konuşmacılar konuyu özellikle sözleşmeler, sorumluluk, tüketicinin korunması, rekabet ve fikri mülkiyet açılarından tartışmışlardır. Bu toplantı raporunda kısaca AB Veri Koruma Hukuku’na giriş niteliğinde seçilmiş bazı sunumlar takdim edilmiş ve açıklanmıştır. Geneline bakıldığında çok yönlülük ve nitelik bakımından seçkin sunumların yer aldığı başarılı bir etkinlik olan Güz Akademisi’ne, bu alana ilgi duyan hukukçuların katılımları tavsiye edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Veri Koruma, AB Genel Veri Koruma Tüzüğü, Otomasyon, Yapay Zekâ, Botlar

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (arning@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-6290-1301

¹ Deutsche Stiftung für Recht und Informatik.

**CONFERENCE REPORT: 18TH FALL ACADEMY OF THE
GERMAN FOUNDATION FOR LAW AND INFORMATICS
(06.-09. SEPTEMBER 2017, UNIVERSITY OF HEIDELBERG)**

ABSTRACT

In September 2017 the 18th Fall Academy of the German Foundation for Law and Informatics² on “Law 4.0 – Innovations from legal laboratories” took place in Heidelberg/Germany. In app. 50 presentations recent developments and problems in the field of Information Technology Law were explained and then discussed with app. 300 participants. The conference focused on the General Data Protection Regulation (GDPR), especially on how the new requirements stemming from the GDPR can be implemented, e.g. with respect to data protection organisation, the right to data portability, the processing of data on behalf of a controller, international data transfers and the processing of health data for medical (research) purposes. Another focus of the conference was on the legal problems of the (increasing) automation, e.g. with respect to the use of bots and ledger tech/blockchain applications. In this context, the speakers dealt especially with contractual, liability, consumer protection, competition and intellectual property law issues. After a (short) introduction to the EU data protection law, this conference report focuses on selected presentations that were given at the Fall Academy. All in all, the Fall Academy was (again) a very successful conference, especially due to the high number of excellent and interesting presentations, so that the Fall Academy is highly recommended for all lawyers interested in Information Technology Law.

Keywords: *Data Protection, General Data Protection Regulation, Automation, Artificial Intelligence, Bots*

² Deutsche Stiftung für Recht und Informatik.

EINLEITUNG

Vom 06.-09.09.2017 fand zum achtzehnten Mal die Herbstakademie der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik statt, die sich mittlerweile zur wohl wichtigsten Tagung zum Informationstechnologierecht in Deutschland entwickelt hat.³ Dieses Mal trafen sich die ca. 300 Teilnehmer, vor allem junge Juristen aus der Wissenschaft, aus Unternehmen und Kanzleien, an der Universität Heidelberg, um dort unter dem Tagungsthema „*Recht 4.0 - Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren*“ über aktuelle und zukünftige Entwicklungen im IT-Recht zu diskutieren. Die Schwerpunkte der Tagung mit ihren ca. 50 Vorträgen lagen dabei zum einen auf der neuen Datenschutz-Grundverordnung und zum anderen auf dem Bereich der Automatisierung.⁴ Diese inhaltlichen Schwerpunkte werden im folgenden Beitrag näher betrachtet.

1. Das neue Datenschutzrecht in der EU

Um die Vorträge zur neuen Datenschutz-Grundverordnung besser nachvollziehen zu können, wird im Folgenden zunächst das europäische Datenschutzrecht in der gebotenen Kürze erläutert.

1.1. Die „alte“ Rechtslage: die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG

Das Datenschutzrecht in der EU hat im Jahr 2018 einen großen Umbruch erfahren. Bis zum 25. Mai 2018 wurde es auf EU-Ebene vor allem durch die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG geregelt.⁵ Wie jede Richtlinie musste sie von den EU-Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt

³ Weitere Informationen zur Herbstakademie der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik finden sich unter: <http://www.dsri.de/herbstakademie/herbstakademie.html>, (01.11.2018).

⁴ Aufzeichnungen der einzelnen Vorträge finden sich unter: http://www.dsri.de/herbstakademie/herbstakademie_2017-vortraege.html, (01.11.2018).

⁵ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>. Daneben ist insbesondere noch die Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) von Relevanz, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32002L0058>, (02.11.2018).

werden. In Deutschland erfolgte dies insbesondere durch das Bundesdatenschutzgesetz a.F. (BDSG a.F.),⁶ die Datenschutzgesetze der einzelnen Bundesländer a.F.⁷ und – vor allem für Webseitenbetreiber – durch das Telemediengesetz (TMG).⁸

Auch wenn der EuGH in seiner Lindqvist-Entscheidung⁹ in diesem Zusammenhang feststellte, dass die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG nicht nur einen datenschutzrechtlichen Mindeststandard festgelegt, sondern das Datenschutzrecht innerhalb der EU grundsätzlich umfassend harmonisiert habe,¹⁰ war in der Praxis zu beobachten, dass die Datenschutzgesetze in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten mitunter doch erheblich voneinander abwichen.¹¹ Dies führte u.a. zu einem unterschiedlichen Schutzniveau im Hinblick auf die Privatsphäre der von der jeweiligen Datenverarbeitung betroffenen Personen, aber auch zu Schwierigkeiten im Hinblick auf das zweite Ziel der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG: den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen den EU-Mitgliedstaaten (Art. 1 Datenschutzrichtlinie 95/46/EG).

1.2. Die neue Rechtslage: die Datenschutz-Grundverordnung

Vor diesem Hintergrund und aufgrund der rasanten technologischen Entwicklung entschied sich der europäische Gesetzgeber daraufhin, die doch stark „in die Jahre gekommene“ Datenschutzrichtlinie 95/46/EG aus dem Jahr 1995 durch eine Verordnung zu ersetzen, die keiner Umsetzung mehr durch die einzelnen Mitgliedstaaten bedarf und somit das Datenschutzrecht innerhalb der EU vereinheitlicht.¹² Nachdem die EU-Kommis-

⁶ Das BDSG a.F. ist z.B. abrufbar unter: https://dejure.org/gesetze/BDSG_a.F., (02.11.2018).

⁷ Links zu den aktuellen Gesetzen finden sich z.B. unter: <https://www.audatis.de/ratgeber/lexikon/aufsichtsbehoerden-landesdatenschutzgesetze/>, (02.11.2018).

⁸ Das TMG ist z.B. abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/tmg/>, (02.11.2018).

⁹ EuGH, Urt. v. 6.11.2003, Rs. C-101/01, abrufbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6e79237b6de094a5db2e0ec1d0a5f662a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMbhZ0?text=&docid=48382&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=522670>, (03.11.2018).

¹⁰ EuGH, Urt. v. 6.11.2003, Rs. C-101/01, Rz 96.

¹¹ Siehe z.B. *Kühling/Raab*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 2. Aufl., Einführung Rn. 73.

¹² Die DSGVO enthält allerdings eine Vielzahl an Öffnungsklauseln. Unter den dort genannten Bedingungen dürfen die EU-Mitgliedstaaten und teilweise auch die EU selbst (nationale) Regelungen erlassen, welche die DSGVO ergänzen.

sion im Januar 2012 einen ersten Entwurf für die sogenannte „Datenschutz-Grundverordnung“ (DSGVO) veröffentlichte,¹³ wurde sie im April 2016 nach schwierigen und langen Verhandlungen zwischen dem Rat der EU, dem Europäischen Parlament und der EU-Kommission beschlossen und trat – wie bei Verordnungen üblich – 20 Tage nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt in Kraft.¹⁴ Nach Art. 99 Abs. 2 DSGVO schloss sich hieran zunächst aber noch eine zweijährige Übergangszeit an, während der die DSGVO noch nicht anwendbar war und mithin die „alten“ Datenschutzgesetze zu beachten waren. So erforderten die Regelungen der DSGVO teilweise erhebliche Anpassungen der Datenverarbeitungsprozesse und der internen Organisation in Unternehmen, Behörden und anderen datenverarbeitenden Stellen. Die Übergangsfrist sollte es ihnen ermöglichen, diese vorzunehmen, bevor die neuen Regelungen anwendbar wurden. Der Stichtag hierfür war der 25. Mai 2018 – seit diesem Tag gilt die DSGVO.

1.3. Wesentliche Inhalte der DSGVO

Die DSGVO setzt die auch zuvor schon im Datenschutzrecht geltenden Grundprinzipien grundsätzlich fort. Die wichtigsten von ihnen lauten:

- **Sachlicher Anwendungsbereich: personenbezogene Daten.** Die DSGVO gilt gem. Art. 2 Abs. 1 DSGVO für personenbezogene Daten i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO, also für Daten über zumindest identifizierbare natürliche Personen, die im Datenschutzrecht „betroffene Personen“ genannt werden. Hierbei muss die Identität der betroffenen Personen nicht zwingend direkt aus der verarbeiteten Information selbst hervorgehen. Es reicht unter Umständen auch aus, wenn sich die Information mit anderen Informationen verknüpfen lässt und sich die betroffene Person auf dieser Grundlage identifizieren lässt (Beispiel: „Die Person mit der Telefonnummer 12345 hat mich angerufen“. Aus dieser Information lässt sich die Identität des Anrufers nicht direkt entnehmen. Diese Information kann – sofern vorhanden - aber mit dem zu dieser Nummer gehörenden Telefonbucheintrag verknüpft werden (Max Mustermann: 12345). Durch die Verknüpfung mit dieser Information kann der Anrufer identifiziert wer-

¹³ Der Entwurf ist abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:DE:PDF>, (04.11.2018).

¹⁴ Siehe z.B. die Übersicht unter: <http://www.computerundrecht.de/26378.htm>, (04.11.2018).

den, so dass es sich bei der Information „Die Person mit der Telefonnummer 12345 hat mich angerufen“ um ein personenbezogenes Datum handelt).¹⁵

- **Verarbeitungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt.** Die DSGVO setzt auch das sogenannte „Verarbeitungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt“ fort. Demnach ist die Verarbeitung personenbezogener Daten grundsätzlich verboten. Ausnahmsweise ist die Verarbeitung solcher Daten allerdings zulässig, wenn entweder eine Rechtsvorschrift diese Verarbeitung erlaubt oder die betroffene Person ihre Einwilligung hierzu erteilt hat. Rechtsvorschriften, die die Verarbeitung personenbezogener Daten erlauben, finden sich insbesondere in Art. 6 Abs. 1 DSGVO und in Art. 9 Abs. 2 DSGVO.

- **Zweckbindungsgrundsatz.** Nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO und Art. 6 Abs. 4 DSGVO dürfen personenbezogene Daten grundsätzlich nur für den Zweck verarbeitet werden, für den sie erhoben wurden, also z.B. zur Durchführung eines bestimmten Vertrages. Die Verarbeitung zu einem anderen Zweck (z.B. zu Zwecken der Werbung) ist nur unter bestimmten, insbesondere den in Art. 6 Abs. 4 DSGVO festgelegten Bedingungen zulässig.

Allerdings hat die DSGVO auch erhebliche Änderungen im Vergleich zu den zuvor geltenden Datenschutzgesetzen mit sich gebracht. Die wohl wichtigsten Änderungen lauten:

- **Erweiterter räumlicher Anwendungsbereich.** Für türkische Unternehmen ist besonders die Erweiterung des räumlichen Anwendungsbereiches in Art. 3 DSGVO relevant. So findet die DSGVO nach Art. 3 Abs. 1 DSGVO – ähnlich wie zuvor die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG – Anwendung, wenn die Datenverarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung einer datenverarbeitenden Stelle in der EU erfolgt – und zwar unabhängig davon, ob die Verarbeitung (technisch) in der EU stattfindet oder nicht, also z.B. der verwendete Server in der EU steht oder

¹⁵ Welche Mittel bei der Ermittlung des Personenbezugs zu berücksichtigen sind, ist umstritten (siehe z.B. *Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl., Art. 4 Nr. 1 Rn. 17 ff.; *Schmitz*, in: Moos/Schefzig/Arning (Hrsg.), Die neue Datenschutz-Grundverordnung, Kap. 2 Rn. 38 ff.) und war schon Gegenstand mehrerer Urteile höchstinstanzlicher Gerichte (siehe z.B. EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14 – Breyer – MMR 2016, 842 und BGH, Urt. v. 16.5.2017 – VI ZR 135/13, NJW 2017, 2416).

außerhalb (sog. „Niederlassungsprinzip“).¹⁶ Verarbeiten also EU-Niederlassungen von türkischen Unternehmen personenbezogene Daten, müssen sie hierbei grundsätzlich die DSGVO beachten.

Eine wesentliche Neuerung der DSGVO besteht nun darin, dass Art. 3 Abs. 2 DSGVO den räumlichen Anwendungsbereich der DSGVO um das sogenannte „Marktortprinzip“ erweitert. Demnach sind die Vorgaben der DSGVO auch dann zu beachten, wenn sich eine datenverarbeitende Stelle nicht in der EU befindet, sie aber personenbezogene Daten von Personen verarbeitet, die sich in der EU befinden. Dies gilt aber nicht in jedem Fall, sondern nur dann, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht

a) betroffenen Personen in der EU Waren oder Dienstleistungen anzubieten, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist; oder

b) das Verhalten betroffener Personen zu beobachten, soweit ihr Verhalten in der EU erfolgt.

Hieraus folgt, dass z.B. auch Unternehmen mit Sitz in der Türkei die DSGVO beachten müssen, wenn sie offensichtlich beabsichtigen, betroffenen Personen in einem oder mehreren Mitgliedstaaten der EU Waren oder Dienstleistungen anzubieten.¹⁷ Dies kann z.B. im Rahmen eines Web-Shops erfolgen, der sich gerade an Kunden in Deutschland richtet. Auch der Einsatz von Technologien zur Beobachtung des Verhaltens von Personen in der EU, wie z.B. von Cookies und anderen Tracking-Technologien, führt grundsätzlich zur Anwendbarkeit der DSGVO.

• **Ausweitung der Betroffenenrechte.** Personen, deren Daten verarbeitet werden, haben gegenüber den hierfür Verantwortlichen bestimmte Rechte, die sogenannten „Betroffenenrechte“. Hierzu zählen u.a. das Recht der betroffenen Person auf Information über die Verarbeitung ihrer

¹⁶ Siehe zu den Einzelheiten, insbesondere zu der Frage, wann Daten im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung verarbeitet werden, z.B. *Piltz*, in: Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., Art. 3 Rn. 7 ff.; *Meyerdierks*, in: Moos/Schefzig/Arning (Hrsg.), Die neue Datenschutz-Grundverordnung, Kap. 3 Rn. 31 ff.; siehe hierzu auch EuGH, Urt. v. 1.10.2015 – C-230/14 – Weltimmo - Rn 24 ff. und EuGH, Urt. v. 13.5.2014 – C-131/12 – Google Spain - Rn 52 ff.

¹⁷ Erwägungsgrund 23 S. 2 DSGVO; siehe zu den Einzelheiten z.B. auch *Piltz*, in: Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., Art. 3 Rn. 24 ff.; *Meyerdierks*, in: Moos/Schefzig/Arning (Hrsg.), Die neue Datenschutz-Grundverordnung, Kap. 3 Rn. 44 ff.

Daten (Art. 13 und 14 DSGVO), das Recht auf Auskunft über die bei einem Verantwortlichen gespeicherten Daten (Art. 15 DSGVO), das Recht auf Berichtigung von Daten (Art. 16 DSGVO), das Recht auf Löschung (Art. 17 DSGVO) und das Recht auf Datenportabilität (Art. 20 DSGVO).

Diese Rechte wurden durch die DSGVO teilweise erheblich ausgeweitet (so z.B. das Recht auf Auskunft gem. Art. 15 DSGVO). Außerdem wurden im Rahmen der DSGVO zwei neue Betroffenenrechte eingeführt: (i) das Recht auf Datenportabilität (Art. 20 DSGVO), welches – vereinfacht ausgedrückt – insbesondere Nutzern von Sozialen Netzwerken das Recht gibt, die von ihnen bereitgestellten Daten von dem Netzwerkbetreiber zu erhalten, um sie bei einem „Umzug“ in ein anderes Netzwerk „mitnehmen“ zu können, und (ii) das Recht auf Vergessenwerden (Art. 17 Abs. 2 DSGVO), nach dem ein Verantwortlicher unter Umständen verpflichtet ist, andere Verantwortliche über die Löschung von Daten zu informieren, vorausgesetzt, dass er diese zuvor, z.B. über eine Website, öffentlich gemacht hat. In diesem Fall können die anderen Verantwortlichen dann prüfen, ob auch sie die Daten löschen müssen. Nach dem Erwägungsgrund 66 DSGVO soll hierdurch dem Recht auf Vergessenwerden im Netz mehr Geltung verschafft werden.

• **Ausweitung der Anforderungen an den organisatorischen Datenschutz.** Außerdem hat die DSGVO die Anforderungen an den organisatorischen Datenschutz erheblich ausgeweitet. Dies zeigt sich an vielen Stellen der DSGVO. Die wohl wichtigste Neuerung in diesem Zusammenhang ist die Einführung des „Accountability“-Prinzips in Art. 5 Abs. 2 und Art. 24 DSGVO. Hierbei handelt es sich – vereinfacht ausgedrückt – vor allem um Rechenschaftspflichten, die den für die Datenverarbeitung Verantwortlichen auferlegt werden. So müssen diese nunmehr nachweisen, dass sie die DSGVO einhalten. Dies führt zu einer Art Beweislastumkehr.¹⁸ So mussten vorher insbesondere die Datenschutzaufsichtsbehörden prüfen, ob eine datenverarbeitende Stelle eventuell gegen das Datenschutzrecht verstößt und dies ggf. auch nachweisen.

Ausdruck dieser neuen organisatorischen Anforderungen ist zudem die Pflicht gem. Art. 35 DSGVO, unter bestimmten Voraussetzungen Datenschutz-Folgeabschätzungen durchführen zu müssen, bei denen die Folgen einer Datenverarbeitung für den Schutz personenbezogener Daten

¹⁸ Siehe z.B. *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 2 Rn. 18.

zu ermitteln sind. Weitere Beispiele sind die Pflicht zur Dokumentation von Datenverarbeitungen gem. Art. 30 DSGVO, die Pflicht zur Ergreifung interner Strategien zur Einhaltung der DSGVO gem. Erwägungsgrund 78 S. 2 DSGVO sowie die Pflicht nach Art. 25 DSGVO, Datenverarbeitungen möglichst datenschutzfreundlich auszugestalten.

- **Ausweitung des Bußgeldrahmens.** Während Verstöße gegen das BDSG gem. § 43 Abs. 3 BDSG grundsätzlich „nur“ mit einer Höchststrafe von 300.000 EUR geahndet werden konnten, hat die DSGVO diesen Bußgeldrahmen signifikant erhöht, um Datenverarbeiter wirksamer von Verstößen gegen die DSGVO abzuhalten. So können diese gem. Art. 83 Abs. 5 DSGVO mit einer Geldbuße in Höhe von 20.000.000 EUR oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 4 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs geahndet werden, je nachdem, welcher der Beträge höher ist.

1.4. Inhalte der Diskussion auf der DSRI Herbstakademie

Vor diesem Hintergrund wurden im Rahmen der Herbstakademie verschiedene Problembereiche im Zusammenhang mit der DSGVO diskutiert. Es zeigte sich insbesondere, dass sich noch erhebliche Fragen stellen, wie die neuen Anforderungen der DSGVO in der Praxis umzusetzen sind.

So sind die Regelungen in der DSGVO häufig sehr abstrakt formuliert. Dies ist oftmals auch notwendig, da der rasante technologische Fortschritt immer neue (bei Verabschiedung der DSGVO unbekannte) Arten der Datenverarbeitung ermöglicht, die auch von DSGVO geregelt werden müssen und bei denen die DSGVO das (berechtigte) Interesse der Wirtschaft bzw. der Behörden an der Datenverarbeitung und das schutzwürdige Interesse der von der Datenverarbeitung betroffenen Personen am Schutz ihrer Daten und ihrer Privatsphäre zu einem gerechten und angemessenen Ausgleich bringen muss. Möchte man die DSGVO nicht ständig (im Nachhinein) an die technologische Entwicklung anpassen, verbleibt i.d.R. nur die Möglichkeit, die Verarbeitung personenbezogener Daten durch abstrakte und damit auslegungsbedürftige Vorschriften zu regeln. An anderen Stellen sind die abstrakten Regelungen aber auch einfach der Tatsache geschuldet, dass sich das Europäische Parlament, der Rat der EU und die EU-Kommission im Rahmen der Trilog-Verhandlungen auf keine konkretere Regelung einigen konnten.

So wurde im Rahmen der Herbstakademie z.B. über die folgenden (Auslegungs-)Probleme diskutiert:

• *Dr. Sebastian Brüggemann, M.A.*¹⁹ stellte das neue Recht der betroffenen Personen auf Datenportabilität gem. Art. 20 DSGVO dar. Demnach dürfen betroffene Personen unter gewissen Voraussetzungen vom für die Datenverarbeitung Verantwortlichen verlangen, dass dieser ihnen die sie betreffenden Daten zur Verfügung stellt, die sie ihm zuvor bereitgestellt haben. Dadurch soll insbesondere der „Umzug“ in ein anderes Soziales Netzwerk erleichtert werden. *Brüggemann* beschrieb in diesem Zusammenhang insbesondere zwei Problemkreise, die sich in der Praxis stellen. So sei unklar, ob ein Soziales Netzwerk bzw. ein anderer Anbieter verpflichtet sei, Daten von einer betroffenen Person entgegenzunehmen und in seinen Dienst einzufügen, die die betroffene Person zuvor auf Grundlage von Art. 20 DSGVO von einem anderen Anbieter/Sozialen Netzwerk erhalten hat. *Brüggemann* verneinte zu Recht eine solche Verpflichtung.

Außerdem führte *Brüggemann* aus, dass unklar sei, wer prüfen müsse, ob durch die Herausgabe der Daten Rechte und Freiheiten anderer Personen beeinträchtigt würden und das Recht auf Datenportabilität daher nach Art. 20 Abs. 4 DSGVO ausnahmsweise ausgeschlossen sei. *Brüggemann* vertrat insoweit die Ansicht, dass der Anbieter, der die Daten herausgibt, die Prüfung durchzuführen habe.²⁰

• *Raphael Born, LL.M.*²¹ beschäftigte sich mit der Verarbeitung von allgemein zugänglichen Daten auf Grundlage der DSGVO, also von personenbezogenen Daten, die z.B. auf einer Webseite stehen, die von jedermann aufgerufen werden kann. Solche Daten könnten insbesondere auch zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit einer Person verwendet werden. *Born* stellte dar, dass die DSGVO anders als das BDSG a. F. in Deutschland keine Privilegierung für die Verarbeitung derartiger Daten enthalte. Allerdings sei ihre Verarbeitung auch ohne eine solche Privilegierung nach der DSGVO i.d.R. zulässig, da diese Daten nicht sehr schutzwürdig seien und in diesem Fall die Interessen des Verantwortlichen an der Datenverarbeitung i.d.R. die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen am Ausschluss der Datenverarbeitung überwiegen würden. In diesem Fall erlaube Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO die Verarbeitung.²²

¹⁹ Lehrbeauftragter an der Universität Tübingen.

²⁰ Siehe ausführlich: *Brüggemann*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 1 ff.

²¹ Referent Recht bei der SCHUFA Holding AG.

²² Siehe ausführlich: *Born*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 13 ff.

- *Dr. Jens Schefzig*²³ erläuterte, dass für die Datenverarbeitung Verantwortliche nach Art. 24 DSGVO verpflichtet seien, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, um die Einhaltung der DSGVO sicherzustellen. *Schefzig* stellte sodann einen Vorschlag vor, welche organisatorischen Maßnahmen die Geschäftsleitung eines Unternehmens zu diesem Zweck treffen sollte. Gerade bei größeren Unternehmen würde es häufig nicht ausreichen, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen. Vielmehr müssten innerhalb der (operativen) Abteilungen des Unternehmens Mitarbeiter benannt werden, die als „Risk Owner“ die datenschutzrechtlich relevanten Prozesse in ihrem Bereich erkennen und für die Einhaltung des Datenschutzrechts sorgen sollen. Dabei sollte ihnen die Rechtsabteilung des Unternehmens beratend zur Seite stehen. Der Datenschutzbeauftragte solle sich hingegen vorwiegend auf seine Kernaufgaben konzentrieren, die in der Überwachung/Auditierung von Datenverarbeitungen und der Schulung von Mitarbeitern im Datenschutzrecht bestünden.²⁴

- *Dr. Johannes Baumann*²⁵ beschäftigte sich in seinem Vortrag mit sogenannten „Binding Corporate Rules“, bei denen es sich – vereinfacht ausgedrückt – um verbindliche interne Datenschutzvorschriften innerhalb eines Konzerns handelt. Erfüllen diese bestimmte, in Art. 47 DSGVO normierte Voraussetzungen, dürfen teilnehmende Unternehmen aus dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) personenbezogene Daten dann auch an andere teilnehmende Unternehmen übermitteln, die ihren Sitz in einem Land außerhalb des EWR haben, in dem kein Datenschutzniveau existiert, welches von der EU-Kommission als angemessen anerkannt wurde. Dies ist nach Art. 44 DSGVO grundsätzlich unzulässig. Allerdings existieren von diesem Verbot Ausnahmen, wie z.B. im Fall der Vereinbarung von Binding Corporate Rules.

Diese Möglichkeit zur internationalen Datenübermittlung werde laut *Baumann* für Unternehmen mit der DSGVO noch interessanter. So habe es diese Möglichkeit zwar schon nach dem „alten“ Datenschutzrecht gegeben. Allerdings hätten einige nationale Datenschutzgesetze vorgesehen, dass die zuständige Datenschutzaufsichtsbehörde trotz des Abschlusses von Binding Corporate Rules den Export von Daten in ein

²³ Rechtsanwalt bei Osborne Clarke, Hamburg.

²⁴ Siehe ausführlich: *Schefzig*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 43 ff.

²⁵ Rechtsanwalt bei Bird&Bird, München.

Land außerhalb des EWR noch genehmigen musste. Eine solche Genehmigungspflicht bestehe unter der DSGVO nicht mehr, weshalb der Datenexport auf Grundlage von Binding Corporate Rules vereinfacht werde.²⁶

• *Jan Spittka*²⁷ stellte praktische Probleme bei der Auftragsverarbeitung in Multi-Tier-Processing-Systemen dar. Verarbeitet eine Stelle personenbezogene Daten, ist sie datenschutzrechtlich gesehen i.d.R. entweder ein Verantwortlicher oder ein Auftragsverarbeiter. Der Unterschied zwischen diesen beiden Rollen besteht darin, dass der Verantwortliche gem. Art. 4 Nr. 7 DSGVO über die Mittel, mit denen die Daten verarbeitet werden sowie über die Zwecke entscheidet, für die die Daten verarbeitet werden. Auftragsverarbeiter sind hingegen weisungsgebundene Dienstleister, die personenbezogene Daten im Auftrag eines Verantwortlichen verarbeiten (Art. 4 Nr. 8 DSGVO). Möchte ein Verantwortlicher Daten von einem solchen Auftragsverarbeiter/Dienstleister verarbeiten lassen, muss er mit diesem einen Auftragsverarbeitungsvertrag schließen, dessen Inhalt in Art. 28 DSGVO näher vorgegeben wird. Bedient sich der Auftragsverarbeiter bei der Datenverarbeitung für den Verantwortlichen seinerseits eines (Unter-)Auftragsverarbeiters, sieht Art. 28 Abs. 4 S. 1 DSGVO u.a. vor, dass diesem (Unter) Auftragsverarbeiter dieselben vertraglichen Pflichten auferlegt werden müssen, wie dem Auftragsverarbeiter selbst. Mithin müssen die Pflichten des Auftragsverarbeiters aus seinem Auftragsverarbeitungsvertrag mit dem Verantwortlichen grundsätzlich an den (Unter-)Auftragsverarbeiter „weitergereicht“ werden.

Hierzu sei es laut *Spittka* aber nicht erforderlich, dass der Verantwortliche ein direktes Weisungsrecht gegenüber dem (Unter) Auftragsverarbeiter eingeräumt bekomme. Vielmehr sei es ausreichend, wenn der Verantwortliche gegenüber dem Auftragsverarbeiter weisungsbefugt und dieser verpflichtet und berechtigt sei, seinerseits den (Unter) Auftragsverarbeiter entsprechend anzuweisen.

Außerdem sollten der Verantwortliche bzw. der Auftragsverarbeiter zumindest als ultima ratio auch ein Recht zur Vor-Ort-Kontrolle der Datenverarbeitung beim (Unter-)Auftragsverarbeiter besitzen. Im Regelfall sei aber eine entsprechende Auditierung durch Dritte ausreichend. In der Praxis stelle sich dabei allerdings oftmals das Problem,

²⁶ Siehe ausführlich: *Baumann*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 59 ff.

²⁷ Rechtsanwalt bei DLA Piper, Köln.

dass eine solche Konstellation häufig bei IT-Projekten auftrete, bei denen sich ein Dienstleister weiterer Dienstleister bediene, die über eine erhebliche Marktmacht verfügen, so z.B. Cloud-Dienste-Anbieter, die zudem in vielen Fällen in den USA sitzen würden. Diese wären häufig nur bereit, ihre eigenen (Muster-)Auftragsverarbeitungsverträge zu verwenden. Deshalb sei bereits bei Beginn eines solchen IT-Projekts zu prüfen, inwieweit dieser (Muster-)Auftragsverarbeitungsvertrag den Vorgaben der DSGVO entspreche.²⁸

• *Thomas Kahl*²⁹ erläuterte sodann die Haftung von Auftragsverarbeitern. Nach „alter“ Rechtslage sei eine Haftung des Auftragsverarbeiters – solange er sich an die Weisungen des Verantwortlichen gehalten habe – in der Praxis faktisch ausgeschlossen gewesen. Dies ändere sich jedoch durch die DSGVO. So habe nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen die DSGVO ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden sei, Anspruch auf Schadenersatz gegen den Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter. Dieser Grundsatz werde aber durch Art. 82 Abs. 2 DSGVO eingeschränkt. Demnach hafte ein Auftragsverarbeiter nur dann, wenn er seinen speziell den Auftragsverarbeitern auferlegten Pflichten aus der DSGVO nicht nachgekommen sei oder unter Nichtbeachtung der rechtmäßig erteilten Anweisungen des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen oder gegen diese Anweisungen gehandelt habe. Allerdings könne sich der Auftragsverarbeiter nach Art. 82 Abs. 3 DSGVO exkulpieren, wenn er nachweise, dass er in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich sei.

Im Hinblick auf die Haftungsverteilung zwischen Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter sehe Art. 82 Abs. 4 DSGVO eine gesamtschuldnerische Haftung vor, vorausgesetzt, dass beide Stellen nach Art. 82 Abs. 1-3 DSGVO der betroffenen Person zum Ersatz des Schadens verpflichtet seien.

In der Praxis stelle sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter die Haftung des Auftragsverarbeiters im Innenverhältnis beschränken können. Auch wenn der generell repressive und präventive Charakter des Art. 82 DSGVO ggf. dadurch untergraben würde, befürwortete *Kahl* diese Möglichkeit, wobei

²⁸ Siehe ausführlich: *Spittka*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 73 ff.

²⁹ Rechtsanwalt bei Taylor Wessing, Frankfurt.

er sich vor allem auf den Wortlaut von Art. 82 DSGVO stützte, der eine Haftungsbeschränkung des Auftragnehmers im Innenverhältnis nicht verbiete.³⁰

• *Thanos Rammos, LL.M.*³¹ beschäftigte sich sodann mit Einwilligungserklärungen im Rahmen der medizinischen wissenschaftlichen Forschung. Grundsätzlich schreibt die DSGVO vor, dass die Einwilligung freiwillig, für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich erteilt werden muss (Art. 4 Nr. 11 DSGVO). Werden besonders sensible Daten, wie z.B. Gesundheitsdaten oder genetische Daten verarbeitet, muss die Einwilligung zudem ausdrücklich erfolgen (Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO). In jedem Fall ist der Verantwortliche verpflichtet, im Rahmen der Einwilligungserklärung die Zwecke anzugeben, für die er die Daten verarbeiten möchte (Erwägungsgrund 42 S. 4 DSGVO bzw. Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO).

Würden die Daten zu Zwecken der medizinischen wissenschaftlichen Forschung verarbeitet, stelle dieses Erfordernis laut *Ramos* in der Praxis oftmals ein großes Problem dar. So könne zum Zeitpunkt der Einholung der Einwilligung häufig noch gar nicht genau angegeben werden könne, für welche Zwecke die Daten genau verarbeitet würden, weil sich diese während der Laufzeit eines Forschungsprojektes noch ändern könnten oder zukünftige Forschungsprojekte noch nicht absehbar seien. Lege man an die Wirksamkeit der Einwilligung die „üblichen“ Anforderungen an, hätte dies zur Folge, dass betroffene Personen oftmals erneut kontaktiert und gefragt werden müssten, ob sie einer bestimmten weiteren Verarbeitung auch noch zustimmen würden, weil die ursprüngliche Einwilligung die weitergehende Datenverarbeitung nicht mit „abdecke“. Da aber die DSGVO die wissenschaftliche Forschung privilegiere, befürwortete *Ramos* in diesem Bereich die Zulässigkeit des sogenannten „Broad Consent“. Demnach sollen insoweit ausnahmsweise auch pauschalere Einwilligungserklärungen zulässig sein, mit denen die betroffenen Personen z.B. in die Verarbeitung ihrer Daten für ganze Bereiche der Wissenschaft zustimmen können.³²

³⁰ Siehe ausführlich: *Kahl*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 101 ff.

³¹ Rechtsanwalt bei Taylor Wessing, Berlin.

³² Siehe ausführlich: *Ramos*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 359 ff.

• *Dr. Flemming Moos*³³ stellte in seinem „Update Datenschutz“ u.a. die Urteile des EuGH und des BGH in Sachen Breyer vor. Diese Urteile sollten endlich Klarheit im Hinblick auf eine der großen Streitfragen im Datenschutzrecht bringen: Wann liegen personenbezogene Daten vor? Wie oben bereits erläutert, ist es insoweit ausreichend, dass die betroffene Person identifizierbar/bestimmbar ist. Umstritten war allerdings, welche Mittel bei der Ermittlung, ob eine Person identifizierbar/bestimmbar ist, berücksichtigt werden müssen. Nur die Mittel (z.B. das Wissen) der datenverarbeitenden Stelle selbst oder auch die Mittel von anderen Stellen? In dem zu entscheidenden Fall konnte der verklagte Webseitenbetreiber die von ihm erhobene dynamische IP-Adresse, deren Löschung der Kläger begehrte, z.B. nicht mit eigenen Mitteln einer Person zuordnen. Der Access-Provider des Anschlussinhabers hätte dies aber ggf. gekonnt.

Moos erläuterte, dass der EuGH entschieden habe, dass ein Personenbezug für einen Webseitenbetreiber dann vorliege, wenn dieser „vernünftigerweise“ über „rechtliche Mittel“ verfüge, die es ihm erlauben würden, die betreffende Person anhand der Zusatzinformationen, über die der Access-Provider bzgl. dieser Person verfügt, bestimmen zu lassen. Der BGH habe dann auf dieser Grundlage entschieden, dass Webseitenbetreiber im Hinblick auf IP-Adressen über solche Mittel verfügen würden, da Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden nach § 100j Abs. 2 und 1 StPO, § 113 TKG Auskunft über die Anschlussinhaber, die eine bestimmte IP-Adresse verwenden, erhalten könnten. Dadurch könnten laut BGH „die gewonnenen Informationen zusammengeführt und der Nutzer bestimmt werden“.³⁴

Moos kritisierte diese Entscheidungen, da die Gerichte nicht ausgeführt hätten, durch wen die Zusammenführung erfolgen können müsse, damit die IP-Adressen für den Webseitenbetreiber als personenbezogen anzusehen seien. Durch die soeben zitierte passive Formulierung könnte zumindest der BGH so verstanden werden, dass er es ausreichend finde, dass die Ermittlungsbehörde die Daten zusammenführen könne. *Moos* hielt dies dagegen nicht für ausreichend. Vielmehr müsse gerade der Webseitenbetreiber die zur Identifikation notwendigen Zusatzinformationen erhalten und die Zuordnung vornehmen können.

Zudem stellte *Moos* in diesem Zusammenhang fest, dass das Urteil des BGH insoweit auch in sich widersprüchlich sei. So lege es die oben zitierte Formulierung nahe, dass es zur Annahme des Personenbezugs dieser

³³ Rechtsanwalt bei Osborne Clarke, Hamburg.

³⁴ BGH, Urt. v. 16.05.2017 – VI ZR 135/13, WM 2017, 1320.

Daten für den Webseitenbetreiber ausreiche, dass dieser die Identifizierung durch die Ermittlungsbehörde veranlasse. An anderer Stelle führe der BGH (wie der EuGH) aber aus, dass die Möglichkeit der Identifizierung durch den Access-Provider dem Webseitenbetreiber nicht zuzurechnen sei. Für den Webseitenbetreiber sei es jedoch unerheblich, ob nun der Access-Provider oder die Ermittlungsbehörde die Person identifizieren könne, solange er die Zusatzinformationen nicht erhalte. Mithin mache die Unterscheidung zwischen Access-Provider und Ermittlungsbehörde durch die Gerichte nur dann Sinn, wenn es ihnen für den Personenbezug der Daten gerade auch darauf ankomme, dass der Webseitenbetreiber diese Zusatzinformationen von der Ermittlungsbehörde (z.B. im Rahmen eines Akteneinsichtsrechts) erhalten könne. Vom Access-Provider könne der Webseitenbetreiber die Daten jedenfalls nicht erhalten. Da diese Aspekte aber insbesondere im Urteil des BGH nicht erläutert worden seien, hätten die Gerichte den Personenbezug von IP-Adressen (leider) nicht vollständig geklärt.³⁵

Darüber hinaus gab es eine Vielzahl sehr interessanter und praxisrelevanter Vorträge zu weiteren Aspekten der DSGVO, die hier im Einzelnen nicht dargestellt werden können, so z.B. zu „Datenschutzrechtlichen Fragen der digitalen/virtuellen Zusammenarbeit im Konzern“,³⁶ zu „Internationalen Datentransfers im Lichte des Brexit“,³⁷ „Datenschutzklauseln in Arbeitsverträgen“,³⁸ zum Erfordernis eines „kollektiven Datenschutzes“³⁹ oder auch zur „Rasterfahndung in der Bundesliga“.⁴⁰

2. Automatisierung

Der zweite Schwerpunkt der Tagung lag auf dem Bereich der Automatisierung.

³⁵ Siehe ausführlich: *Moos*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 211 ff.

³⁶ *Seiler*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 115 ff.

³⁷ *Gräfin von Brühl/Nietsch* in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 171 ff.

³⁸ *Schneider*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S.185 ff.

³⁹ *Golla*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S.199 ff.

⁴⁰ *Haumann* in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 373 ff.

2.1. Automatisierung und künstliche Intelligenz

Die Automatisierung prägt nicht nur zunehmend die Wirtschaft, sondern auch das normale Alltagsleben der Menschen. Das bekannteste Beispiel hierfür ist sicherlich das selbstfahrende Auto. Wir kommunizieren mit Bots, wie z.B. Siri und Alexa, die uns unterstützen, beraten oder aber Produkte und Dienstleistungen verkaufen sollen. Auch im Bereich der Rechtsberatung schreitet die Automatisierung immer weiter voran. So sind derzeit schon Angebote auf dem Markt verfügbar, die automatisiert Verträge generieren bzw. analysieren oder Passagiere bei der Wahrnehmung und Durchsetzung ihrer Fluggastrechte unterstützen. Die Digitalisierung des Rechtsbereichs wird auch als „Legal Tech“ bezeichnet.⁴¹

Die Automatisierung immer weiterer Lebensbereiche kann einerseits das Leben der Menschen erleichtern und verbessern, z.B. wenn sie dazu führt, dass dem Menschen schwere Tätigkeiten abgenommen werden oder sie es ermöglicht, Operationen mit einer Präzision durchzuführen, zu der ein Mensch nicht in der Lage ist. Andererseits warnen aber auch immer mehr Wissenschaftler und IT-Unternehmer vor den Gefahren einer (unkontrollierten und unregulierten) künstlichen Intelligenz, also der Automatisierung intelligenten Verhaltens.⁴²

Elon Musk z.B., der Gründer von Tesla und SpaceX, sieht künstliche Intelligenz als die größte Gefahr für die Menschheit an. Laut dem britischen Physiker Stephan Hawking könnte die Entwicklung vollständiger künstlicher Intelligenz gar das Ende der Menschheit bedeuten.⁴³ So bes-

⁴¹ Siehe hierzu z.B. *Scherer*, Automatisch Recht bekommen, in: *Die Zeit*, Nr. 40/2016 v. 22.09.2016, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2016/40/legal-tech-algorithmen-juristen-ersatz>, (06.11.2018); *Jung*, Recht und Code, in: *FAZ*, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/recht-steuern/digitale-rechtsunterstuetzung-deutsche-juristen-reagieren-ablehnend-auf-legal-tech-15033852.html>, (06.11.2018).

⁴² „Künstliche Intelligenz“ ist ein Teilgebiet der Informatik, welches sich mit der Automatisierung intelligenten Verhaltens beschäftigt, siehe z.B. *Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur (Hrsg.)*, *Als die künstliche Intelligenz laufen lernte*, S. 4 m.w.N., abrufbar unter: https://www.bmb.gv.at/schulen/service/mes/14048_23394.pdf?61ebt4, (07.11.2018). Siehe ausführlich zur künstlichen Intelligenz: *Pieper*, in: *Taeger (Hrsg.)*, *Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0*, S. 555 ff.

⁴³ Siehe z.B. *Heuzeroth*, Tesla-Chef Musk warnt vor tödlichen Robotern, in: *Die Welt*, abrufbar unter: <https://www.welt.de/wirtschaft/article166725047/Tesla-Chef-Musk-warnt-vor-toedlichen-Robotern.html>, (08.11.2018).

tehe die Gefahr, dass sich die künstliche Intelligenz irgendwann selbständig mache und sie gegen die Interessen von Menschen handle.⁴⁴ Diese Gefahr könne sich insbesondere dann realisieren, wenn künstliche Intelligenz erschaffen würde, die klüger als der Mensch sei und sich auch noch ständig selbst verbessern könne.⁴⁵ Wann dieser Zeitpunkt eintritt, der auch als „Technologische Singularität“ bezeichnet wird, lässt sich derzeit aber nicht seriös abschätzen.

Andere Wissenschaftler, wie z.B. der italienische Philosoph Luciano Floridi,⁴⁶ und IT-Unternehmer, wie z.B. der Gründer von Facebook, Mark Zuckerberg, sehen die Entwicklung von künstlicher Intelligenz hingegen optimistisch und lehnen die u.a. von Musk und Hawking beschworenen Gefahren ab.⁴⁷ So könnten Maschinen zwar einzelne Arbeitsschritte (besser als der Mensch) verrichten, allerdings nur solche, für die es keiner eigenen Intelligenz bedürfe, da eine Maschine keine Intelligenz an sich entwickeln könne. Vielmehr stelle sich die Frage nach der Verantwortung für diese Maschinen, z.B. bei einem selbstfahrenden Auto.⁴⁸

2.2. Inhalte der Diskussion auf der DSRI Herbstakademie

Auch wenn die künstliche Intelligenz derzeit noch „in den Kinderschuhen steckt“, wurde im Rahmen der Herbstakademie über rechtliche Herausforderungen und Lösungen für die Automatisierung diskutiert, so z.B. über die folgenden:

⁴⁴ Heuzeroth, Tesla-Chef Musk warnt vor tödlichen Robotern, in: Die Welt, abrufbar unter: <https://www.welt.de/wirtschaft/article166725047/Tesla-Chef-Musk-warnt-vor-toedlichen-Robotern.html>, (09.11.2018).

⁴⁵ Siehe z.B. Stöcker, Wir sind zu dumm für künstliche Intelligenz, in: Spiegel Online, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/mark-zuckerberg-und-elon-musk-zukunft-der-kuenstlichen-intelligenz-a-1160095.html>, (10.11.2018).

⁴⁶ So z.B. im Interview in Crocoll, Elon Musks Warnung vor künstlicher Intelligenz ist unmoralisch, in: Die Welt, abrufbar unter: <https://www.welt.de/wirtschaft/bilanz/article167943544/Elon-Musks-Warnung-vor-kuenstlicher-Intelligenz-ist-unmoralisch.html>, (11.11.2018).

⁴⁷ Siehe z.B. Stöcker, Wir sind zu dumm für künstliche Intelligenz, in: Spiegel Online, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/mark-zuckerberg-und-elon-musk-zukunft-der-kuenstlichen-intelligenz-a-1160095.html>, (12.11.2018).

⁴⁸ So z.B. Floridi im Interview in Crocoll, Elon Musks Warnung vor künstlicher Intelligenz ist unmoralisch, in: Die Welt, abrufbar unter: <https://www.welt.de/wirtschaft/bilanz/article167943544/Elon-Musks-Warnung-vor-kuenstlicher-Intelligenz-ist-unmoralisch.html>, (13.11.2018).

• *Tim Juelicher*⁴⁹ gab in seinem Vortrag einen Überblick über die rechtlichen Implikationen von Bots, also von Computerprogrammen, die eine oder mehrere festgelegte Aufgaben (teil-) autonom ausführen. Dabei ging er insbesondere auf sogenannte Social Bots ein, die zur Steuerung kommunikativer Prozesse verwendet werden.⁵⁰ Diese könnten z.B. Kundenbewertungen erstellen, Produkte „ liken“ oder Kunden in automatisierte Verkaufsdialoge verwickeln. In diesem Zusammenhang seien insbesondere die lauterbarkeitsrechtlichen Regelungen im UWG zu beachten. So könne der Einsatz derartiger Bots z.B. nach § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 23 unzulässig sein, wenn eine Kundenbewertung veröffentlicht und hierbei vorgetäuscht werde, dass ein Verbraucher diese abgegeben habe. Auch könne insoweit eine unzulässige Identitätsverschleierung bei Werbung mit Nachrichten i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 4 lit. a UWG in Betracht kommen. Getarnte Werbung verstoße im Übrigen gegen § 5a Abs. 6 UWG. Würden Mitwettbewerber durch Bots verunglimpft, sei dies i.d.R. nach § 4 Nr. 1 UWG unlauter. Außerdem würden viele Plattformen und Netzwerke den Einsatz von Bots auch bereits im Rahmen ihrer Nutzungsbedingungen ausschließen, wie z.B. Twitter.⁵¹

• *Dr. Johannes Franck* und *Philipp Müller-Peltzer*⁵² gingen u.a. der Frage nach, ob Kunden darüber informiert werden müssen, dass ein Bot mit ihnen kommuniziert. Hierbei kamen die Vortragenden zunächst zu dem Zwischenergebnis, dass sich eine solche Pflicht nicht aus den allgemeinen verbraucherschutzrechtlichen Vorschriften (§ 312d Abs. 1 BGB und Art. 246 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB) ergebe. So würden diese nur eine Information über den Vertragspartner des Kunden erfordern. Dies sei aber i.d.R. das „dahinterstehende“ Unternehmen und eben nicht der Bot selbst. Allerdings ergebe sich die Pflicht, den Kunden entsprechend zu unterrichten, aus den datenschutzrechtlichen Informationspflichten (Art. 13 DSGVO). So erfordere eine transparente Information über die Zwecke der Verarbeitung auch eine Information über den Umstand, dass der Kunde mit einem Bot und nicht mit einem Menschen kommuniziere.⁵³

⁴⁹ Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster.

⁵⁰ Siehe *Röttgen/Juelicher*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 227 (228).

⁵¹ Siehe ausführlich auch zu Bots in Computerspielen und Cyberkriminalität: *Roettgen/Juelicher*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 227 ff.

⁵² Rechtsanwälte bei Schürmann Wolschendorf Dreyer, Berlin.

⁵³ Siehe ausführlich: *Franck/Müller-Peltzer*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 241 ff.

• *Thomas Köbrich*⁵⁴ und *Dr. Oliver Froitzheim*⁵⁵ beschäftigten sich u.a. mit Willenserklärungen, die durch Chatbots abgegeben werden, also von Bots, die ein Gespräch mit einem oder mehreren Menschen simulieren.⁵⁶ Diese seien i.d.R. dem Betreiber des Chatbots zuzurechnen, da die Ergebnisse des Bots auf dem Willen des Betreibers beruhen würden. Insoweit sei die Situation vergleichbar mit der eines Warenautomaten.

Der Betreiber eines Chatbots gebe die Erklärung dabei direkt gegenüber dem Kommunikationspartner ab. So sei der Chatbot mangels Geschäftsfähigkeit kein Vertreter des Betreibers. Auch sei er kein Bote. Vielmehr handele es sich bei ihm nur um das Medium, mittels dessen die Erklärung des Betreibers abgegeben werde.

Anschließend setzten sich die Vortragenden mit der Auslegung solcher Willenserklärungen auseinander. Zwar seien sie grundsätzlich nach §§ 133, 157 BGB auszulegen, doch bestünden auch einige Besonderheiten, so z.B. im Fall von Fehlfunktionen des Chatbots. Jedenfalls wenn es dem Kommunikationspartner bewusst sei, dass er mit einem Chatbot kommuniziere und es sich ihm aufdrängen musste, dass eine Fehlfunktion vorliegt und der Betreiber die Erklärung so nicht abgeben wollte, sei die Willenserklärung nach dem offensichtlichen (und nicht nach dem durch den Chatbot „erklärten“) Betreiberwillen gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen.

Sei ein Fehler für den Kommunikationspartner hingegen nicht erkennbar, komme ein Erklärungsirrtum des Betreibers nach § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB in Betracht, wenn ein Irrtum in der Erklärungshandlung des Chatbots vorliege. Erkläre der Chatbot hingegen das vom Betreiber Gewollte und liege dennoch ein Irrtum vor, könne dies einen Inhaltsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB darstellen. Verspreche der Chatbot aufgrund eines Datenfehlers eine unmögliche Leistung (z.B. weil der Artikel ausverkauft ist), liege ein unbeachtlicher Motivirrtum vor. Dies gelte ebenso für den Fall, dass ein Chatbot den Preis falsch berechne und sich dies dem Kommunikationspartner nicht aufdränge. So stelle das Angebot über einen Chatbot eben auch keine *invitatio ad offerendum* dar, sondern ein für den Betreiber bindendes Angebot.⁵⁷

⁵⁴ Syndikusrechtsanwalt bei der artegic AG.

⁵⁵ Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Bankrecht, Universität Köln.

⁵⁶ *Köbrich/Froitzheim*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 259.

⁵⁷ Siehe ausführlich: *Köbrich/Froitzheim*, in: Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 259 ff.

Auch darüber hinaus gab es eine Vielzahl an interessanten und lehrreichen Vorträgen zur Automatisierung, so z.B. zur „Rechtlichen Behandlung algorithmischer Kommunikate“⁵⁸ und zur Datenverarbeitung zu Zwecken der Unfallrekonstruktion beim hoch- und vollautomatisierten Fahren nach § 63a Abs. 1 StVG.⁵⁹ Einen weiteren Schwerpunkt bildete in diesem Zusammenhang der Bereich „Legal Tech“, in dem u.a. Vorträge zu folgenden Themen gehalten wurden: „Vertragsgestaltende Legal Techs und Rechtsdienstleistung“,⁶⁰ „Rechtsprobleme der Beratung durch Robo Advisors“,⁶¹ „AGB 4.0: Allgemeine Geschäftsbedingungen im Rahmen autonomer Vertragsschlüsse“,⁶² „Automatisierte Dokumentengeneratoren – Wer haftet?“⁶³ und „Smart Labor Contracts – Arbeiten für die Maschinen“.⁶⁴ Abgerundet wurde der Bereich durch Vorträge zum Thema „Ledger Tech/Blockchain“. Hierbei handelt es sich um eine Technologie, die z.B. virtuellen Währungen wie „Bitcoin“ zugrunde liegt, aber auch ganz generell Transaktionen technisch und ohne Zwischenschaltung von Intermediären, wie Banken, rechtssicher abwickeln soll.⁶⁵ Die Vorträge hierzu behandelten u.a. vertrags-, haftungs-, verbraucherschutz-, datenschutz- und immaterialgüterrechtliche Fragestellungen sowie Aspekte des IT-Sic-

⁵⁸ Siehe *Krupar*, in Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 275 ff.

⁵⁹ Siehe *Spiegel*, in Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 691 ff.

⁶⁰ Siehe *Wettlaufer*, in Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 573 ff.

⁶¹ Siehe *Reiter/Methner*, in Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 587 ff.

⁶² Siehe *Groß*, in Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 611 ff.

⁶³ Siehe *Dulle/Galetzka/Partheymüller*, in Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 625 ff.

⁶⁴ Siehe *von Chrzanowski*, in Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 641 ff.

⁶⁵ Siehe zur Funktionsweise z.B. *Geiling*, Distributed Ledger: Die Technologie hinter den virtuellen Währungen am Beispiel der Blockchain, abrufbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2016/fa_bj_1_602_blockchain.html, (15.11.2018); siehe z.B. auch *Seitz*, in Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 777 (778 ff.); *Willecke*, in Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 833 (834 ff.); *Kolain/Wirth*, in Taeger (Hrsg.), Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 845.

herheitsrechts im Hinblick auf Ledger Tech- und Blockchain-Anwendungen.⁶⁶ Zudem stellten einige Vortragende auch konkrete Anwendungsmöglichkeiten für solche Anwendungen vor, so z.B. bei der Errichtung von Registern.⁶⁷

3. Fazit

Insgesamt bot die 18. Herbstakademie (wieder einmal) eine hervorragende Auswahl an aktuellen bzw. zukunftsweisenden und qualitativ hochwertigen Vorträgen im Bereich des Informationstechnologierechts. So ist es aufgrund der rasanten Entwicklungen selbst für auf diesen Bereich spezialisierte Juristen unmöglich, über sämtliche Aspekte des Informationstechnologierechts sowie der Informationstechnologie selbst laufend auf dem aktuellsten Stand zu sein. Vor diesem Hintergrund war die 18. Herbstakademie wieder eine sehr gute Gelegenheit, sich auch über Aspekte zu informieren, mit denen man sich in der eigenen Beratungs- bzw. Forschungspraxis eher weniger beschäftigt hat. Zudem gaben sowohl die Herbstakademie selbst als auch die Pausengespräche mit vielen der teilnehmenden Experten eine Menge neuer Denkanstöße. Es bleibt somit zu hoffen, dass die Veranstalter auch für folgenden Herbstakademien wieder ein so gutes Gespür bei der Auswahl der aktuellen Themen und exzellenten Vortragenden haben werden.

ZUSAMMENFASSUNG

Während der 18. Herbstakademie der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik, die vom 06.-09. September 2017 an der Universität Heidelberg stattfand, wurden aktuelle Rechtsprobleme vor allem in den Bereichen des Datenschutzrechts und der Automatisierung diskutiert.

Die datenschutzrechtlichen Diskussionen konzentrierten sich dabei insbesondere auf Problembereiche im Zusammenhang mit der Datenschutz-Grundverordnung, also dem „neuen“ Datenschutzrecht in der EU, welches seit dem 25. Mai 2018 Anwendung findet. Zu den Themen, die im Rahmen von Vorträgen erläutert und sodann im Plenum diskutiert wurden, gehörten u.a. das „neue“ Betroffenenrecht auf Datenportabilität,

⁶⁶ Für die Beiträge siehe *Taeger (Hrsg.)*, Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 777 ff.

⁶⁷ So z.B. *Kolain/Wirth*, in *Taeger (Hrsg.)*, Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 845 (853 ff.) und *Gorlow/Notheisen/Stimmchen*, in *Taeger (Hrsg.)*, Tagungsband Herbstakademie 2017 - Recht 4.0, S. 859 ff.

die Verarbeitung allgemein zugänglicher Daten auf Grundlage der DSGVO, die Anforderungen an die Datenschutzorganisation innerhalb eines Unternehmens, der Abschluss von Binding Corporate Rules zur Rechtfertigung von internationalen Datentransfers in „unsichere“ Drittländer, die Auftragsverarbeitung in Multi-Tier-Processing-Systemen, die Haftung von Auftragsverarbeitern, die Anforderungen an Einwilligungserklärungen im Rahmen der medizinischen wissenschaftlichen Forschung sowie der Personenbezug von Daten nach den Urteilen des EuGH und des BGH in Sachen Breyer.

Im Rahmen des zweiten Schwerpunkts der Tagung wurde über rechtliche Herausforderungen diskutiert, die durch die fortschreitende Automatisierung immer weiterer Lebensbereiche entstehen, insbesondere, wenn besondere Computerprogramme, sogenannte Bots, Aufgaben übernehmen, die bisher von Menschen erledigt wurden. So wurde in diesem Zusammenhang u.a. über die lauterbarkeitsrechtlichen Anforderungen an Social Bots, die z.B. Kundenbewertungen erstellen, Produkte „ liken“ oder Kunden in automatisierte Verkaufsdialoge verwickeln können, über die Frage, ob eine Pflicht zur Information von Kommunikationspartnern besteht, dass diese mit einem Bot kommunizieren und über rechtliche Probleme von Willenserklärungen, die durch einen Chatbot abgegeben werden, referiert und anschließend diskutiert.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sowohl im Zusammenhang mit der DSGVO als auch der Automatisierung immer weiterer Lebensbereiche erhebliche rechtliche Herausforderungen bestehen, die auch zukünftig einer tiefgehenden Auseinandersetzung bedürfen – und zwar sowohl aus rechtswissenschaftlicher als auch aus ethischer, technischer und praktischer Sicht. Hierfür bot auch die 18. Herbstakademie der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik wieder ein hervorragendes Forum.

ÖZET

06-09 Eylül 2017'de, Heidelberg Üniversitesi'nde gerçekleştirilen Alman Hukuk ve Bilişim Vakfı'nın 18. Güz Akademisinde öncelikle veri koruma hukuku ve otomasyon alanlarında olmak üzere, güncel hukuki meseleler tartışılmıştır.

Veri koruma hukuku tartışmaları, özellikle AB'de 25 Mayıs 2018 tarihi itibarıyla uygulama alanı bulan yeni veri koruma hukukuna ilişkin AB Genel Veri Koruma Tüzüğü

kapsamındaki problemlere odaklanmıştır. Sunumlar çerçevesinde, “yeni” veri taşınabilirliği, AB Genel Veri Koruma Tüzüğü çerçevesinde kamuya açık bilgilerin işlenmesi, bir şirkette veri koruma organizasyonunun gerekliliği, “güvenli olmayan” üçüncü ülkelere uluslararası veri transferini meşru kılma amacıyla Bağlayıcı Kurumsal Esaslar’ın akdedilmesi, çok katmanlı veri işleme sistemlerinde verilerin iş kotarımı, veri işleyenlerin sorumluluğu, tıbbi bilimsel araştırmalar kapsamında rıza beyanının gerekliliği, Avrupa Adalet Divanı kararları ve Alman Federal Yargıtayı’nın “Breyer” ihtilafında verdiği karar bağlamında verinin kişiyle olan bağı gibi konular izah edilmiş ve tartışılmıştır.

Toplantının ikinci gündemi kapsamında, her geçen gün daha da ilerleyen otomasyon sonucunda yaşam alanlarında daha geniş bir şekilde ortaya çıkan, özellikle de botlar olarak adlandırılan özel bilgisayar programlarının, daha önce insanlar tarafından gerçekleştirilen görevleri üstlenmesi halinde ortaya çıkan hukuki zorluklar tartışılmıştır. Müşteri değerlendirmeleri hazırlayan, ürünleri beğenen ("like") veya müşterileri otomatik satış diyaloglarının içine çeken sosyal botlar ile ilgili olarak haksız rekabet hukukuna ilişkin gereklilikler ile bir robotla iletişim kurulması halinde iletişim kurulan kişiye ilişkin bilgi hususunda bir yükümlülük bulunup bulunmadığı sorunu ve bir sohbet (“chat”) botu tarafından verilen irade beyanına ilişkin hukuki problemler üzerine bilgi verilip, sonrasında değerlendirmelere geçilmiştir.

Özetle, hem AB Genel Veri Koruma Tüzüğü ile hem de daha fazla yaşam alanının otomasyonu ile bağlantılı olarak, gelecekte etik, teknik ve pratik bakış açısından derinlemesine bir tartışma gerektirecek hukuki meseleler vardır. Alman Hukuk ve Bilişim Vakfı’nın 18. Güz Akademisi, bu önemli hususlar için mükemmel bir tartışma ortamı sağlamıştır.

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN

DAS VERHÄLTNISSMÄSSIGKEITSPRINZIP IM DEUTSCHEN ÖFFENTLICHEN RECHT

ALMAN KAMU HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ*

Prof. Dr. Philip KUNIG**

Çeviren/Übersetzt von:

Burak ÇELİK***/Gökçen DOĞAN****/Ahmet Çağrı YILDIZ*****

GİRİŞ

Ölçülülük ilkesi, Alman hukuk literatüründe pek çok hukukçuya göre, Alman kamu hukukunun en önemli ve en değerli kazanımlarından biridir.¹ Fakat buna şüpheli yaklaşanlar da bulunmakta ve ilke bir yumuşatıcı olarak yaftalanmaktadır.² Yumuşatıcı kavramının tam anlamıyla Japonca'ya çevrilebileceğinden emin değilim. Yumuşatıcı, günlük hayatta temizlik malzemeleri bağlamında kullanılan bir kavramdır. Yumuşatmak; inceltmek ve bununla birlikte sonunda çözmek anlamına gelmektedir. Bu bağ-

* Bölümün orijinal metninin yer aldığı eser: Kunig, Philip. (2006). "Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht". *Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog* (Hrsg. Philip Kunig & Makoto Nagata). Carl Heymans Verlag: Köln, Berlin, München, S. 169-186.

** Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

*** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (bcelik@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-9994-5439

**** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (g.dogan@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-5173-0172

***** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (ac.yildiz@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-2866-7555

Bu nihai halini almasını sağlayan Sayın Dr. Öğr. Üyesi Berke Özenç'e ve Çiğdem Vardar'a teşekkürlerimizi sunarız.

¹ Örneğin bkz. Wahl, Die bürokratischen Kosten des Rechts- und Sozialstaats, *içerisinde: Die Verwaltung* 1980, S. 273, 279; Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, *içerisinde: Badura/Dreier* (Hrsg.) FS 50 Jahre BVerfG (2001) Band II, S. 445 ff.

² Ossenbühl, Diskussionsbeitrag VVDStRL 39 (1980) 189.

lamda ölçülülük ilkesi onu eleştirenler tarafından hukuk güvenliği ve hukuk düzeninin güvenilirliği için tehdit olarak görülmektedir. Zira bir devlet müdahalesinin ölçülülüğüne dair denetimde birbirinden oldukça farklı sonuçlar ortaya çıkabilmekte, yani söz konusu müdahalenin ölçülü olup olmadığı, buna dair karar verenin, en nihayetinde bağlayıcı hükmü kurmakla yükümlü olanın değerlendirmelerine bağlı olmaktadır. Ölçülülük ilkesi, söylendiği üzere gerçekten de hukuk güvenliği ve hukukun güvenilirliğine yönelik tehlikelere yol açıyorsa, bu durumda hukuk düzeninin, hukuk devleti ilkesinin çekirdeğinde yer alan nitelikleri de etkileniyor demektir.³ Fakat diğer yandan – başlangıçta da söylendiği üzere – ilke bir hukuk devleti sisteminin en değerli kazanımlarından biri olarak da kabul edilmektedir.

Bugün, burada bu paradoksu incelemek istiyorum. İncelemeyi, kararlaştırıldığı üzere Alman kamu hukuku bağlamında yapacağım; fakat bununla sınırlı kalmayacağım. Zira, kamu hukukunun her bir dalı (idare hukuku ve günümüzde artık anayasa hukuku da olmak üzere), gittikçe artan bir yoğunlukta uluslararası hukuk düzenlemelerinden etkilenmektedir. Uluslararası hukukun yanı sıra, Avrupa entegrasyon hukuku da Alman kamu hukukunun tamamına etki eder. Dolayısıyla, günümüzde yalnızca Alman hukukuyla sınırlandırılmış bir inceleme, en azından Alman kamu hukuku açısından, söz konusu olamaz. Öte yandan, incelemeyi sadece kamu hukukuyla da sınırlandıramam. Zira ölçülülük ilkesi, her ne kadar bir kamu hukuku ilkesi olsa da özel hukuk alanında da rol oynamaktadır.

İncelemede ilk olarak (1) ölçülülük ilkesinin normatif içeriğini kısaca açıklayacağım. Daha sonra (2) bu temel ilkeyi normatif bir düzleme oturtacağım, diğer bir ifadeyle ilkenin hukuki geçerliliğini, farklı hukuk kaynaklarının sistematik etkileşimi içinde inceleyeceğim. Devamında (3) kamu hukuku alanında ölçülülük fikrinin geliştiği düzlemlerden bahsedeceğim. Akabinde (4) bu düzlemlerden biri olan birey ve devlet ilişkisine ve bu bağlamda temel haklar düzenine odaklanacağım. Bu noktada (5) üç kamu erkini ayrı ayrı değerlendireceğim ve en nihayetinde (6) burada bulunan Nihon Üniversitesi'nden bazı meslektaşlarımla dört yıl önce tartışma onuruna eriştiğim Alman anayasa hukukunun temel bir sorunsalını ele alacağım: Federal Anayasa Mahkemesi'nin rolü.

³ Terim ve farklı kullanım biçimleri için bkz. Kunig, Rechtsstaat, *içerisinde*: Smelser/Baldes (eds.) International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences, 2001, S. 12824 ff.

1. İçerik

Ölçülülük ilkesi bir çeşit üst başlık, üst kavramdır. Devletin işlem ve eylemlerinin tabi tutulacağı bir denetimi gerektirir. İşlem ve eylem ile hem (aktif) bir yapmayı hem de (pasif) bir yapmamayı kastediyorum. Söz konusu ayrımı bu aşamada ayrıntılı bir biçimde ele almayacağım. Sizden ilk olarak yalnızca, devletin bir yapma eylemini; örneğin bir kanunun yürürlüğe konmasını, bir vatandaşa yönelik onu yükümlülük altına sokan birel idari işlem tesis edilmesini veya bir polis tarafından gerçekleştirilen bir eylemi ya da bir kamu kurumunun sağlığa zararlı belirli ürünlerin kullanılmasına ilişkin uyarıda bulunması gibi maddi bir idari işlemi, yani devletin kendi tasarrufunda bulunan araçları kullanarak gerçekleştirdiği faaliyetleri düşünmenizi rica ediyorum.

Tüm bu işlem ve eylemlerde, yani devletin bütün faaliyet yelpazesinde ölçülülük ilkesi dikkate alınmak zorundadır. Devletin tüm işlem ve eylemlerinin tabi tutulması gereken ölçülülük denetimi, Alman hukukundaki anlayışa göre üç aşamadan oluşmaktadır. Söz konusu aşamalar gelişigüzel değil, bir mantık silsilesi çerçevesinde sıralanmıştır. Bu üç aşama anahtar kelimelerle ifade edilecek olursa sırasıyla uygunluk (ya da elverişlilik), gereklilik ve makullük olarak tanımlanır. Makullük yerine bazen orantılılık ya da dar anlamda ölçülülük de kullanılmaktadır. Bu üç aşamalı denetimden önce, aslında her aşamaya etki edecek şu sorunun da sorulması gerekir: Ölçülülük denetimine tabi tutulacak devlet müdahalesi hangi hedefi ve amacı izlemektedir? Çünkü, mantıksal olarak bir müdahalenin elverişliliği, gerekliliği ve son olarak da makullüğü yalnızca öngördüğü amaç bakımından değerlendirilebilir.

Bir devlet işlem ya da eylemi, hedeflenen amaca ulaşmaya objektif olarak katkı sağlıyorsa “elverişli” bir müdahaledir. Bu noktada, ne kadar katkısı olduğunun önemi yoktur, katkı sağlamış olması yeterlidir. Başka bir deyişle, müdahale açık bir biçimde amacına ulaşamıyor ya da amacına aykırı sonuçlar ortaya çıkarıyorsa elverişsizdir. Ayrıca, müdahalenin hedeflenen amaca özellikle uygun olması aranmaz. Yani ölçülülük ilkesi, amaca farklı biçimde uygun olan müdahaleler arasından hangisinin seçileceğini değil, yalnızca söz konusu müdahalenin elverişli olup olmadığının denetlenmesini gerektirir.

Denetimin ikinci aşamasında, müdahalenin gerekliliği incelenir. Bir devlet müdahalesi, yalnızca kendisinden daha hafif, yani özgürlüğü veya özerkliği daha az kısıtlayan aynı uygunluk düzeyinde bir araç olmadığı; takdirde gereklidir. Yani bu anlamda gereklilik tamamen olgusal ve belki

de matematiksel olarak belirlenebilmesi ideal olan bir şey olarak anlaşılabilir. Dolayısıyla, politik gereklilik ile karıştırılmamalıdır. Elverişlilik denetiminde olduğu gibi, burada da olumsuzu üzerinden bir tanımlama yapılabilir. Yani, amaca tam olarak ulaşılmasına uygun olmayan bir araç elverişli değildir; aynı hedefe götürebilecek ve daha az kısıtlama getirecek başka bir aracın varlığında, denetlemeye konu olan araç gerekli değildir.

Fakat müdahalenin ölçülülüğüne dair subjektif değerlendirmeler en geç üçüncü aşamada, yani müdahalenin makullüğü hakkında karar verilirken, ortaya çıkar. Burada sorun, öncesinde elverişli ve gerekli olarak değerlendirilen bir müdahalenin, muhatabına yönelik olarak yaptığı özgürlük ve özerklik kısıtlamaları dikkate alındığında, orantılı ve muhatabı için makul olarak tanımlanıp tanımlanamayacağı; yani söz konusu müdahalenin hedeflenen amaç ile makul oranda bir ilişki içinde olup olmadığı (ki bu sebeple dar anlamda ölçülülük kullanılıyor) ve en nihayetinde müdahalenin adil bir menfaatler dengesini sağlayıp sağlayamayacağıdır. Dolayısıyla, başlangıçta bahsedilen ölçülülük ilkesinin bir yumuşatıcı olduğuna dair eleştiriler, subjektif değerlendirmelere açık bu üçüncü aşamadan kaynaklanmaktadır.

Öte yandan bu üç denetim aşaması arasında mantıksal bir ilişki olduğu da açıktır. Şöyle ki, daha baştan hedefe ulaşmaya elverişli olmayan bir araç hiçbir şekilde de gerekli olamaz. Gerekli olmayan bir araç, bir başka deyişle amaca erişmede aynı düzeyde etkili daha az kısıtlayıcı bir tedbir tarafından ikame edilebilen bir araç da asla orantılı olmayacaktır. Dolayısıyla, subjektif değerlendirmelere bağlı olduğu dikkate alındığında özellikle problemlili olan üçüncü aşamaya, müdahale birinci ve ikinci denetim aşamalarını geçebildiği takdirde ulaşılacaktır. Aslında, mahkemeler tarafından yapılan ölçülülük denetimlerinde neredeyse her zaman müdahalenin elverişli ve gerekli olduğu kabul edilir. Mahkeme uygulamalarında asıl baskın olan, problemlili olan üçüncü aşama denetimidir.

2. Ölçülülük İlkesinin Hukuki Temelleri

Tüm modern hukuk sistemleri gibi Alman hukuku da normlar hiyerarşisi temelinde inşa edilmiştir ve normlar piramidinin tepesinde Anayasa bulunmaktadır. Bunun yanında uygulama önceliği olan Avrupa Birliği hukuku, piramidi yukarıdan sarmalamakta ve aynı şekilde uluslararası hukuk da hiyerarşiye her aşamada etki etmektedir. Söz konusu uluslararası etkileri bu aşamada dikkate almayacağım. Kanunlar, tüzükler ve farklı birçok

hukuk kaynağı ise anayasanın altında yer almakta ve anayasa ile çatışmaları durumunda normatif geçerlilikleri anayasaya uygun yorumla sağlanmakta ve gerekirse yürürlükten kaldırılmaktadır.

Ölçülülük ilkesi hukuki temellerini hem anayasa hukukunda hem de anayasa altı normlar alanında bulur. Anayasa altı normlara örnek olarak federal devletin ve eyaletlerin kolluk kanunlarını zikredebilirim. Federal düzenimiz, kolluk hukukunu eyaletlerin yetkisine tabi kılmıştır. Bu nedenle on altı eyalet kolluk kanunu mevcuttur. Burada kolluk kavramı yanlış anlaşılmalara yol açabilir; kavramla kastedilen yalnızca ceza soruşturması anlamında bir kolluk faaliyeti değildir. Öte yandan kavramla sadece kolluk hizmeti gören görevlilerin işlem ve eylemleri de kastedilmemektedir. Daha çok genel anlamda düzeni sağlayan/koruyan idare,⁴ yani bu bağlamda kolluk kanunlarının yanı sıra diğer kanunlara ve özellikle federal kanunlara da dayanan müdahaleci geniş bir idare söz konusudur. Dolayısıyla eyaletlerin kolluk kanunları, idari faaliyetlerin çok büyük bir kısmı için dayanak oluşturur. Söz konusu kanunların her birinde, tüm diğer farklılıklarına rağmen polis teşkilatının ve diğer kolluk makamlarının işlem ve eylemlerinin yukarıda bahsedilen anlamda ölçülü olması gerektiğine dair açık yükümlülükler mevcuttur.⁵ Ayrıca, başka birçok kanun da bireysel çıkarlar ile kamu esenliği arasında bir menfaat dengesi kurulmasını, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun koşulu olarak kabul etmekte ve dolayısıyla ölçülülük düşüncesine ilişkin açık emareler içermektedir.⁶

⁴ Terime ilişkin olarak Knemeyer, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Aufl. 2004, Rn. 1 ff. und 24 ff.

⁵ Örnek olarak bkz. Berlin Genel Güvenlik ve Kamu Düzeni Kanunu m. 11: “(1) Kamu düzenini sağlamakla yetkili makamlar ve polis teşkilatı, birden fazla olası ve uygun tedbir arasından, bireyleri ve toplumu en az kısıtlayacağı öngörüleni uygular. (2) Bir tedbir, ulaşılmak istenen sonuca göre açıkça ölçüsüz bir dezavantaja sebep olamaz. (3) Bir tedbir, ancak ona ilişkin hedefe ulaşılan kadar veya o hedefe ulaşılamayacağı anlaşılan kadar caizdir.”

Bayern Eyaleti Ceza ve Kabahatler Kanunu m. 8: “(1) Birden fazla olası ve uygun tedbir arasından bireyleri ve toplumu en az kısıtlayacak olan tedbir uygulanır. (2) Bir tedbir ulaşılmak istenen sonuca göre açıkça ölçüsüz bir zarara sebep olamaz. (3) Bir tedbir ona ilişkin hedefe ulaşıncaya veya o hedefe ulaşılamayacağı anlaşılınca sona erdirilir.”

Sachsen-Anhalt Eyaleti Kamu Güvenliği ve Düzeni Kanunu m. 5: “(1) Güvenlik makamları ve polis teşkilatı, birden fazla olası ve uygun tedbir arasından bireyleri ve toplumu en az kısıtlayacağı öngörüleni uygular. (2) Bir tedbir, ulaşılmak istenen sonuca göre açıkça ölçüsüz bir dezavantaja sebep olamaz. (3) Bir tedbir, ancak ona ilişkin hedefe ulaşılan kadar veya o amaca ulaşılamayacağı anlaşılana kadar caizdir.”

⁶ Örnek olarak: İmar Kanunu m. 1/7.

Ölçülülük ilkesi aslında – bu aşamada anayasa altı normlardan başka örnekler vermeyi gereksiz kılacak biçimde – aynı zamanda ve hâlihazırda anayasal, yani normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan bir ilkedir. Bu sebeple bir kanun uygulanırken, metninde ölçülülük ilkesinden bahsedilip bahsedilmediği önemli değildir. Anayasa gereği, ölçülülük ilkesi her durumda gözetilmelidir. Bu anlamda, kanun hükümlerinin içeriği belirlenirken, yani örneğin belirsiz hukuk kavramları yorumlanırken ve aynı şekilde kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ortaya çıkan hukuki sonuçlar denetlenirken ve takdir yetkisi kullanılırken, ölçülülük ilkesi dikkate alınmalıdır.⁷ Federal İdari Usul Kanunu ve aynı şekilde on altı eyaletin idari usul kanunları⁸ gereği, kanuni bir takdir marjının öngörüldüğü durumlarda takdir yetkisinin sınırlarına uyulmalıdır.⁹ Anayasal direktifler uyarınca bu sınırlara, yukarıda bahsedilen üç görünüm şekliyle ölçülülük ilkesi de dâhildir.

Ölçülülük ilkesinin anayasal geçerliliği konusunda Almanya’da bir görüş birliği oluşmuş durumdadır.¹⁰ Fakat, Federal Alman Anayasası ilkeye açık bir biçimde yer vermez. Bu durumda ilke, hangi anayasal normdan

İmar Kanunu m. 31/2: “İmar planındaki belirlemelerde planın ana hatları değiştirilmediği müddetçe 1. Kamu yararı sebebiyle mültecilerin veya sığınma talep edenlerin yerleştirilmesi ihtiyacı plandan uzaklaşmayı gerektiriyorsa veya 2. Şehir planlaması ile ilgili olarak haklı görülebilir bir sapma söz konusuysa veya 3. İmar planının uygulanması açıkça planlanmamış bir zorluğa yol açacaksa ve bu sapma komşu menfaatleri değerlendirdiğinde kamu yararıyla bağdaşıyorsa değişikliğe gidilebilir.”

Federal Doğa Koruma Kanunu m. 2/1 c.1.

⁷ Belirsiz hukuk kavramları ile takdir yetkisi arasındaki farka ilişkin olarak bkz. *Ossenbühl, içerisinde: Erichsen/Ehlers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 10 Rn. 10 ff. und 23 ff.;* ayrıca bkz. *v. Mutius, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen im Verwaltungsrecht, Jura 1987, 92 ff.*

⁸ Eyalet makamlarının bir eyalet kanununun uygulanmasına ilişkin uygulamalarına yönelik olarak federal devletin kanun yapma yetkisi yoktur, Anayasa m. 10/1 uyarınca bu durum eyaletlerin her birinin kendi düzenlemesini yapmasını gerektirir. Federal makamların uygulamaları için ise Federal İdari Usul Kanunu geçerlidir. Bu Kanun, eyaletler tarafından federal kanunların uygulamasında, o eyaletin kendi eyalet idari usul kanunu bulunmuyorsa uygulama alanı bulabilir. Buna ilişkin bkz.: *Badura, içerisinde: Erichsen/Ehlers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 33 Rn. 12 ff.;* ayrıca *Ehlers, Der Anwendungsbereich der Verwaltungsverfahrensgesetze, Jura 2003, 30 ff.*

⁹ Buna ilişkin genel olarak *Stober, içerisinde: Wolff/Bachof/Stober (Hrsg.) Verwaltungsrecht, Band 1, 11. Aufl. 1999, § 31 Rn. 31 ff. (Rn. 39).*

¹⁰ Anayasa Mahkemesinin kararlarından örnekler için: BVerfGE 43, 242, 288; E 59, 275, 278.

kaynaklanmaktadır? Alman doktrini bu noktada farklı cevaplar vermektedir. Genellikle, ölçülülük ilkesinin hukuk devleti ilkesinin bir alt başlığı olduğu söylenmektedir.¹¹ Fakat hukuk devleti ilkesinin anayasal yeri noktasında da bir görüş birliği bulunmamaktadır.¹² Zira, hukuk devleti kavramı Federal Anayasa'da açık bir biçimde ilk olarak, eyaletlerin anayasal düzenlerinin federal gerekliliklere uygunluğunu sağlamak, bir başka deyişle homojenlik ilkesi bağlamında kullanılmıştır. Kavram daha sonra, 1992 ve 2000 yılında yapılan anayasa değişiklikleri neticesinde, Avrupa entegrasyon sürecinin hukuk devletine ilişkin sınırları kapsamında ve Alman vatandaşları hakkında ceza verme yetkisine sahip uluslararası bir mahkemenin hukuk devleti gerekliliklerine uygunluğu çerçevesinde Federal Anayasa'da yer bulmuştur.¹³ Anayasa, hukuk devleti ilkesinin varlığını kabul eder ve ilke, Anayasa içinde farklı bağlamlarda ifade bulur. Söz konusu bağlamların başında ise temel haklar düzeni yer alır. Kanımca, temel hak düzenlemelerinin kural-istisna ilişkisine dayanması, ölçülülük ilkesinin anayasal geçerliliğinin en sağlam kanıtıdır.¹⁴ Devlet, temel hakların koruduğu menfaatlere, bireylerin zararına olacak şekilde yalnızca istisnai olarak müdahalede edebilir ve tam da bu noktada ölçülülük ilkesi, devletin bu tipten müdahale olanaklarının sınırını çizer. Temel hak düzenlemeleri, prensip itibarıyla müdahale etme yasağı koyar ve devlet bu yasakları, sadece elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinin gerektirdiği ölçüde istisnai olarak ihlal edebilir. Bir başka deyişle, aslında ölçülülük ilkesi, temel haklar düzeni içinde en başından beri dikkate alınmaktadır.¹⁵ Öte yandan, bir hak öznesi, temel hak öznesi olmasa dahi, sahip olduğu hareket alanının ölçülü bir biçimde sınırlandırılmasına dair anayasal bir hakka sahiptir. Bu noktada, yerinden yönetimler olan belediyelerin ve hatta eyaletlerin devlet ile olan ilişkisini örnek olarak gösterebilirim.

¹¹ Buna ilişkin bkz. *Stern*, Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, *içerisinde*: Badura/Scholz (Hrsg.) FS Lerche, 1993, 165, 172 ff.

¹² *Kunig*, Der Rechtsstaat, *içerisinde*: Badura/Dreier (Hrsg.) FS 50 Jahre BVerfG (2001) Band II, 421 ff.

¹³ Karş. Federal Anayasa m. 28/1 c. 1, m. 23/1 c. 1 (1992'den beri), m. 16/2 c. 2 (2000'den beri).

¹⁴ Buna ilişkin bkz. *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, 350 ff.; den Wurzeln in voroder überpositivem Recht geht nach v. *Arnauld*, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, JZ 2000, 276 ff.; historisch erhellend für die Entwicklung in Deutschland B. *Remmert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbots, 1995.

¹⁵ Karş. *Krebs*, Zur verfassungsrechtlichen Verortung und Anwendung des Übermaßverbots, Jura 2001, 228, 234.

Sonuç olarak ölçülülük ilkesinin hukuki geçerliliği, anayasal direktiflerden kaynaklanmaktadır.¹⁶

3. Düzlemler

Bu bölümde ölçülülük ilkesinin etkilerini gösterdiği çeşitli düzlemleri ele alacağım. Ölçülülük ilkesinin temel uygulama alanı genel olarak birey ve devlet arasındaki ilişki, ama tam olarak söylenecek olursa aslında temel hak öznesi ile devlet arasındaki ilişkidir. Zira temel hak öznesi, sadece birey olarak gerçek kişileri değil, aynı zamanda tüzel kişileri de ifade eder. Federal Anayasa m. 19/3'e göre, yerli tüm özel hukuk tüzel kişileri nitelikleri gereği uygulanabildiği ölçüde temel haklardan yararlanabilirler. Bu noktada, ekonomik bağlamdaki temel haklar ve eşitlik prensibi, dahası örneğin ifade özgürlüğü ve konut dokunulmazlığı gibi temel haklar açısından koruma talep edebilirler.¹⁷ Bunun yanında, kamu tüzel kişisi olan kiliseler,¹⁸ üniversiteler¹⁹ ve medya kuruluşları²⁰ da kamusal nitelikleri dikkate alınmaksızın temel hak öznesidir. Ayrıca, ölçülülük ilkesinin bir sonucu olarak, temel hak koruması belirli şartlar altında ve sadece adalete ilişkin korunma hakları ve eşitlik ilkesi ile sınırlı olmak üzere yabancı özel hukuk tüzel kişilerini²¹ ve hatta yabancı devletleri²² de içine alacak şekilde genişler. Anlaşıldığı üzere, ölçülülük ilkesi birçok hukuk öznesi lehine bir etki yaratmaktadır.

Konuya, birey ve devlet ilişkisi perspektifinden bakıldığında, ölçülülük ilkesinin uygulama alanını daha da güçlü şekilde genişleten başka bir ayırım daha ortaya çıkmaktadır. Buraya kadar devlet müdahalelerinden bahsettim ve öncelikle devletin aktif bir biçimde yapma hareketi üzerinde dur-

¹⁶ Bkz. ör. *Schlink* (oben Fn. 1) 447.

¹⁷ Sonucusu açık olmamakla birlikte Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. BVerfGE 42, 212, 219.

¹⁸ BVerfGE 19, 1, 3; E 30, 112, 119.

¹⁹ BVerfGE 15, 256, 261; E 51, 369, 381.

²⁰ BVerfGE 31, 314, 321 (Rundfunkanstalten sind von Rundfunkfreiheit geschützt); jedoch nicht bezüglich der Eigentumsfreiheit BVerfGE 78, 101, 102 und der Pressefreiheit BVerfGE 83, 283, 312.

²¹ *Guckelberger*, Zum Grundrechtsschutz ausländischer juristischer Personen, AÖR 129 (2004) 618 ff Avrupa Birliği üyesi devletlerden herhangi birisinde kurulu bulunan tüzel kişilere iç hukuk tüzel kişisi gibi davranılması gerektiğini savunmaktadır; Federal Anayasa Mahkemesi yalnızca usuli temel hakların geçerliliğini kabul etmektedir, BVerfGE 21, 362, 373 (Sozialversicherungsträger), E 64, 1, 11 (National Iranian Oil Company).

²² Karş. Ör. *Kunig*, içerisinde: Münch/Kunig (Hrsg.) GG, Bd. 3, 2003, Art. 101 Rn. 7.

dum. Ancak, devletin hareketsiz kalması, yani yapmama davranışı da ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirilir. Bu türden bir davranışın, hukuka aykırı veya bağlantılı bir biçimde anayasaya aykırı olarak nitelendirilmemesi için belli ölçüde tersine bir ölçülülük denetimini geçmesi gerekmektedir. Örneğin yeni ortaya çıkan ve teknolojik gelişmelerden kaynaklı giderek büyüyen tehlikeli bir durumun ortadan kaldırılmasına ya da önlenmesine yönelik bir yasama işleminin yapılmaması durumunda, söz konusu pasif davranışın temel haklar düzeni gereği, makul olup olmadığı, bu durumda bir kamusal aracın müdahalesine – bu noktada bir yasama önlemine – gerek olup olmadığı denetlenecektir.²³ Bu noktada, ölçülülük ilkesinin terminolojik olarak diğer kavramsal versiyonu olan *Übermaßverbot* kavramı ile bağlantılı olarak *Untermaßverbot* kavramından bahsetmek gerekir.²⁴ *Untermaßverbot* devletin hareketsiz kalmasının anayasa hukuku açısından değerlendirilmesinde kullanılan bir ölçüttür. Bir başka deyişle, bazı fiili durumlarda, temel hak düzenlemeleri, konularını oluşturan hukuki değerleri koruma görevini devlete yükleyebilmektedir. Durumun koşullarına göre, devletin temel hakları koruma yükümlülüğünü yerine getirirken kullanacağı yöntemi belirlemedeki takdir payı daralabilir, yani söz konusu yükümlülük yalnızca kanun yaparak yerine getirebilir, ki bu ileride değinileceği üzere, Federal Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanına girmektedir.

Fakat birey ve devlet ilişkisi ölçülülük ilkesinin etkili olduğu tek düzenlem değildir.

Yerel idareler ile devlet arasındaki ilişkiye az önce değindim. Bu doğrultuda, yerel idarelerin özerk yönetim yetkisi de ancak ölçülülük ilkesi çerçevesinde sınırlandırılabilir. Her biri kendi içerisinde özerk yönetim yetkisine sahip belediyeler arasındaki ilişkilerde ise ölçülülük kavramı, imar planlamasına dair yetkilerin kullanımında olduğu gibi, eşitler arası ilişkiler çerçevesinde karşılıklı saygıya dair hukuki sorumluluklar bağlamında ortaya çıkmaktadır.²⁵

²³ BVerfGE 56, 54, 80 (Fluglärmmentscheidung); *Kunig*, Zur staatlichen Verantwortlichkeit für das Leben – Ein Beitrag deutsch-türkischen Rechtsdialog, *içerisinde*: FS Ansay, 2006, 159 ff.

²⁴ BVerfGE 88, 203 (254 f., 259 f.); buna ilişkin olarak bkz. *Hain*, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot? DVBl. 1993, 982 ff.

²⁵ İmar Kanunu (BauGB) m. 2/2: “Komşu belediyelerin imar planları birbirleriyle uyumlu olmalıdır. İmar planları bakımından belediyeler, kentsel planlamaya ilişkin hedeflere yönelik olarak kendilerine tanınmış işlevlerine ve (imar planlarının) temel kamu hizmeti

Federal devlet ile eyaletler arasındaki ilişkide ise ölçülülük ilkesi her şeyden önce yasama yetkisinin kime ait olduğuna dair sorunsala ilişkin ortaya çıkmaktadır. Alman anayasa hukukunun sistematığı içinde yasama yetkisi, Federal Anayasa m. 70/1'e göre kural olarak eyaletlerdedir. Federal Devlet ise, istisnai olarak, Anayasa söz konusu yetkiyi kendisine verdiği takdirde yasa koymaya yetkilidir. Ancak, Anayasa m. 70/2'de de belirtilen söz konusu yasama yetkisinin kullanımına dair bu kural-istisna ilişkisi giderek federal devlet lehine genişlemiş, yani söz konusu ilişki *de facto* bir biçimde tersine dönmüştür. Bununla birlikte eyaletlerin yasama yetkisinin güçlenmesine dair aksi yönde eğilimler de ortaya çıkmıştır. Doğrudan ölçülülük düşüncesine dayanan söz konusu bu eğilimleri aşağıda açıklamak istiyorum.

Yarışan yasama yetkisi, federal devletin pratikte önem arz eden birçok konuya ilişkin olarak, iki koşul altında yasama yetkisine sahip olmasını ve eyaletlerden bu yetkiyi devralabileceğini ifade eder. Federal Anayasa m.72/2'de belirtilen bu koşullar, tüm ülke genelinde eşdeğer yaşam koşullarının sağlanması veya hukuki ve ekonomik birliğin korunması için bir federal düzenlemenin gerekli olmasıdır. Dolayısıyla, "gereklilik" (1994 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğiyle eklenmiştir), devlet organizasyon hukuku bağlamında, federal devlet ve eyalet ilişkilerini dengeleyen bir koşul olarak ortaya çıkmaktadır.

Ancak, tüm detaylar dikkate alındığında bu düzlemdeki "gereklilik" koşulunun, daha önce temel haklara dair ölçülülük denetiminin ikinci aşaması olarak tanımladığım "gereklilik" koşulu ile aynı anlamı taşıdığı şüphelidir. Bu noktada sadece Federal Anayasa Mahkemesi'nin 2001²⁶ yılında Federal Devlet'in yasama yetkisine ilişkin olarak vermiş olduğu ve büyük yankı uyandıran kararına atıf yapmak istiyorum. Mahkeme'ye göre, yarışan yasama yetkisi bağlamında Federal Devlet'in yasama faaliyetinde bulunabilmesi, hedeflenen amaca – ki burada ülke genelinde eşdeğer yaşam koşullarının sağlanması veya hukuki ve ekonomik birliğin korunması – federal kanun dışında başka bir yöntem ile ulaşılamamasına bağlıdır. Mahkemenin bu yaklaşımı ölçülülük ilkesini ön plana çıkarmakta ve eyaletlerin rolünü önemli ölçüde güçlendirmektedir.

Son olarak bireyler arasındaki hukuki ilişkiler düzlemine, yani özel hu-

alanlarına olan etkilerine de dayanabilirler.”; Bkz. *Finkelburg/Orloff*, *Öffentliches Baurecht*, 5. Aufl. 1998, Bd. I, 40 ff.

²⁶ BVerfGE 106, 62 ff. (Altenpflegegesetz).

kuk ilişkilerine değinmek istiyorum. Ölçülülük ilkesi, sadece kısa bir şekilde değineceğim bu düzlemde de bir kamu hukuku kategorisi olarak etkisini göstermektedir. Söz konusu etki, Federal Anayasa Mahkemesi'nin, kuruluşunun hemen ardından çerçevesini çizdiği, özel hukukun anayasallaştırılması olarak da adlandırılan gelişim çizgisinden kaynaklanmaktadır.²⁷ Buna göre, temel hakların koruduğu temel değerler medeni hukuktaki genel ilkelerin yorumlanmasında dikkate alınmalıdır.²⁸ Her ne kadar, sıklıkla yapıldığı üzere, temel hakların doğrudan ya da dolaylı etkisi şeklindeki bir ayırım dogmatik olarak ikna edici olmasa da, yine de devletin hukuk düzeninin tamamı açısından sahip olduğu temel haklardan kaynaklanan sorumluluğunun, yargısal bir koruma sorumluluğunu da içerdiği söylenebilir. Bu durum, menfaatlerin dengelenmesini amaçlamış ölçülülük modelinin özel hukuk düzenine girmesine sebep olur. Bu noktada, iş hukuku ve özel hukuk, kişilik hakkının korunmasının söz konusu olduğu durumlar başta olmak üzere, tüketicilerin iktisadi güce sahip aktörlerle olan ilişkilerine kadar uzanan pek çok örnek sunmaktadır.²⁹

4. Devlet ve Birey İlişkisi Açısından Ölçülülük İlkesi

Bu bölümde, ölçülülük ilkesinin devlet ve birey arasındaki ilişkiye etkisi sistematik olarak daha ayrıntılı biçimde incelenecektir. Yukarıda da belirttiğim gibi, devlet ve birey ilişkisi bağlamında ölçülülük ilkesi, aslında ilkenin temel haklar bağlamındaki anlamını göstermektedir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, söz konusu ilişkinin her alanını etkilemektedir. Bunun özellikle iki sebebi bulunmaktadır.

İlki, Federal Anayasa'da, negatif statü haklarına dair korumanın boşluksuz olmasıdır. Söz konusu bu koruma, ne kendiliğinden var olan bir durumdur ne de doğrudan Federal Anayasa metninde emredici bir biçimde öngörülmüştür. Diğer anayasalar gibi Federal Anayasa da farklı konuları içeren bir temel haklar kataloğu ihtiva etmektedir. Burada koruyucu haklar geleneği takip edilmiş ve sosyal-kültürel haklara ilişkin program hükümlere karşı çekinceli kalınmıştır. Sözü edilen temel haklardan birisi kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkıdır. Bu hak, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından oldukça erken, daha net bir ifadeyle 1957'de, genel

²⁷ Buna ilişkin bkz. *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000.

²⁸ Belirleyici olarak: BVerfGE 7, 198, 206 (Lüth); *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, *içerisinde*: Maunz (Hrsg.) FS Nawiasky (1956) 157 ff.

²⁹ BVerfGE 89, 214 (Inhaltskontrolle einer Bürgschaft).

davranış özgürlüğü olarak kapsayıcı nitelikte bir temel hak olarak yorumlanmış ve Mahkeme'nin içtihadına yerleşmiştir.³⁰ Bu bağlamda, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, madde metninin lafzının ima edebileceği gibi, yalnızca dar bir bağlamda kişiliğin hukuken korunması olarak anlaşılmamaktadır. Söz konusu hak, tüm insan davranışlarını kapsamakta ve bu davranışları, temel hak sahibi veya bir başkası için ifade ettikleri anlam ya da sosyal değer dikkate alınmaksızın, temel hak koruması altına sokmaktadır. Yani, kişilerin yapma ve yapmama şeklindeki tüm davranışları, temel hak korumasından yararlanmakta; bireylerin hukuki durumlarına yapılan her bir müdahale temel hakların korunmasına yönelik talepleri ortaya çıkarmakta ve sonuç itibarıyla ölçülülük denetimine sebep olmaktadır. Bunun yanında, genel davranış özgürlüğü, negatif statü haklarında konu ve kişi bakımından var olan boşlukları da doldurur. Bu bağlamda söz konusu hak, sadece Almanlara koruma sağlayan belirli temel haklardan, yabancıların da yararlanmasını güvence altına alır.³¹ Sonuç olarak bu durum, Alman devletinin otoritesine tabi olan herkes açısından, kendisini kişisel olarak ilgilendiren devlet faaliyetlerinde, ölçülülüğe riayet edilmesini talep edebileceği bir temel hakkın ortaya çıkmasına yol açmıştır. Böylece, genel davranış özgürlüğünün kapsamı için belirlenen yön gösterme, ölçülülük ilkesinin, adete tek başına bir temel hak olarak kabul edilmesini sağlamıştır.

Devlet ve birey ilişkisi bakımından ölçülülük ilkesinin her alanda etkili olmasının ikinci sebebi ise daha yenidir. Federal Anayasa Mahkemesi içtihadına hemen tesir etmeyen bu sebep eşitlik ilkesine ilişkin anlayıştan kaynaklıdır. Söz konusu anlayış, ilk olarak, çalışmalarının etkileri Weimar Dönemi'nden başlayarak Federal Almanya Cumhuriyeti'ne kadar uzanan ve aynı zamanda Federal Anayasa Mahkemesi'nin etkili bir üyesi olmuş kamu hukukçusu Gerhard Leibholz'un³² doktrini doğrultusunda, keyfilğe karşı koruma, yani keyfilik yasağı anlamında eşitlik ilkesinin korunması bağlamında değerlendirilmiştir.³³ Ancak daha sonra meselenin bu boyutuna başka bir boyut daha eklenmiştir. Eşitliğin gereği artık yalnızca, keyfilik yasağının sağladığı korumada olduğu gibi, farklı bir muamele için

³⁰ BVerfGE 6, 32, 37 (Elfes); BVerfGE 80, 137, 157 (Reiter im Walde); s. a. *Kunig, içerisinde: Münch/Kunig (Hrsg.) GG (2000), Bd I, Art. 2 I GG, Rn. 12.*

³¹ *Kunig, içerisinde: Münch/Kunig (Hrsg.) GG (2000), Bd I, Art. 2 I GG, Rn. 3.*

³² Bkz. Leibholz S. *Oppermann, Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre, içerisinde: Badura/Dreier (Hrsg.) FS 50 Jahre BVerfG (2001) 421, 431 ff.*

³³ BVerfGE 4, 144, 155; E 55, 72, 90; E 88, 87, 96; Yalnızca genel keyfilik yasağı; eşit olmayan muamele olmaksızın: BVerfGE 23, 98, 106; E 78, 232, 248.

herhangi bir maddi temel bulunabildiğinde yerine getirilmiş olmaz; bunun yanında söz konusu farklı muamelenin ölçülü de olması gerekir.³⁴ Dolayısıyla, ölçülülük ilkesinin dogmatik tasarımı, negatif statü hakları bağlamıyla sınırlı kalmayıp, eşitliğin sağladığı korumayı da kapsamaktadır. Bu gelişme her şeyden önce, hukuki muhatapları arasında yer alan tekil gruplara farklı muamele öngören kanunların anayasal denetimi açısından sonuç doğurmuştur.

Negatif statü haklarına geri dönecek olursak, temel haklar dogmatikğine dair bir saptama daha yapılabilir. Ölçülülük denetimi sistematik olarak, temel haklara dair denetimin üçüncü aşamasında yer alır. Bir temel hak denetimi her zaman, devletin işleminin ya da eyleminin, kişi veya konu bakımından [hakkın] koruma alanına bir müdahale teşkil edip etmediği sorusu ile başlar. Böyle bir müdahalenin varlığının tespiti durumunda ikinci olarak, bu müdahalenin gerekçesine bakılır. Bu noktada, geçerli bir temel hak sınırlamasının, yani kanuna dayanan ya da anayasaya içkin bir sınırlamanın varlığı gereklidir. Bundan sonra üçüncü olarak sınırlandırılabilirliğin sınırı incelenmelidir. Bu tür bir sınırlandırma denetiminin merkezinde ise her zaman ölçülülük denetimi bulunmaktadır. Söz konusu denetim, temel hakkın sınırlandırılmasının somut olay bakımından ölçülü olup olmadığının incelenmesini gerektirir ve ancak sınırlamanın ölçülü olması durumunda temel hak ihlali olmadığı sonucuna ulaşılır.

Söz konusu ölçülülük denetimi prensipte yukarıda birinci başlıkta belirtilen aşamalar sırasına göre yapılır. Ancak, burada kısaca değinmek gerekirse, söz konusu aşamalarda, temel hakları ilgilendiren özel durumlar gelişmiş; bu bağlamda ölçülülük denetimi kavramsal ve kısmen de içeriksel olarak değişime uğramıştır, ki bu durum çalışma özgürlüğü³⁵ ve ifade özgürlüğü³⁶ bağlamında, genel modele bağlı kalmaksızın temel hakların kendilerine özgü kurallara göre yapılan denetimlerde kendini gösterir.

5. Ölçülülük Yükümlülüğün Muhatabı Olarak Üç Erk

Erkler ayrılığı açısından bakıldığında ölçülülük ilkesi bakımından farklılaşan bir resim ortaya çıkmaktadır. Bu ilkenin yasama, yürütme ve yargı olarak üç erki de kapsadığı açıktır. Zira, ölçülülük ilkesi temel haklar dü-

³⁴ BVerfGE 55, 72, 88; E 65, 377, 384; E 82, 60, 86; E 92, 277, 318; E 95, 39, 45.

³⁵ Aşamalar teorisi olarak isimlendirilen teori, bkz. BVerfGE 7, 377, 378 (Apothekenurteil).

³⁶ Etkileşim teorisi olarak isimlendirilen teoriye ilişkin: BVerfGE 7, 198, 208 f. (Lüth).

zenin bir ögesidir. Bu durum, Federal Anayasa m. 1/3'te açıkça düzenlenen devlet erklerinin temel haklar ile bağlı olması zorunluluğu kapsamında ortaya çıkmaktadır.

Fakat, bu üç erkin ölçülülük ilkesine uyma yükümlülükleri açısından farklılıklar bulunmaktadır. Yargı, ölçülülüğü gerçekleştirme konusunda doğrudan bir yükümlülük altında değildir, yalnızca yasalarla bağlıdır. Bir kanunun ölçülü olmadığını anlaşıldığı ve bağlantılı olarak hâkimin ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayan bir hüküm vermesinin gerektiği durumlarda, ilgili yasanın anayasaya uygunluğu sorunu gündeme gelir. Her mahkeme ölçülü olmayan bir kanunu uygulamayı, söz konusu kanun Federal Anayasa'dan sonra yürürlüğe girmiş bir kanun olmadığı sürece, reddedebilir.³⁷ Yani bir kanunun uygulanmasının reddedilmesi yalnızca Federal Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden önceki mevzuat açısından geçerlidir. Daha sonra yürürlüğe giren mevzuat bakımından ise ölçülü olmadıkları gerekçesiyle yalnızca tüzük ve yönetmeliklerin uygulanması reddedilebilir. Federal Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra yürürlüğe giren ve anayasaya aykırı olduğu düşünülen kanunlar, Federal Anayasa m. 100/1'e göre somut norm denetimine tabi olmakta ve nihai anayasal değerlendirmelerinin yapılması için Federal Anayasa Mahkemesi ya da gerektiğinde bir eyalet anayasa mahkemesi önüne getirilmektedirler.

Ancak medeni hukukta, az önce bahsedildiği gibi, mahkemelerin temel haklarla bağlılığı, genel hükümlerin değerlendirilmesiyle ilgili olduğu sürece, doğrudandır. Bunun yanında, kamu hukuku alanında yargılama yapan mahkemeler, yani idari yargı, sosyal yargı ve finans yargısı alanında görevli olan mahkemeler, idarenin ölçülülüğü sağlama yükümlülüğüne, özellikle takdir yetkisini kullandığı durumlar başta olmak üzere, ne derece kadar riayet ettiğini denetlemek zorundadır. Çünkü bir idari işlemin ölçülü olmayan hukuki sonuçları, yargı tarafından denetlenmesi gereken hukuki hatadır. Son olarak, bir mahkemenin verdiği kararlarda doğrudan kendisinin ölçülülük kriterini referans alması, yasaya bağlılığın bir sonucu da olabilir. Bu durum örneğin cezaların tayini bakımından söz konusudur. Ayrıca geçici hukuki koruma sağlanmasının mahkemenin takdirine bağlı olduğu acele yargılama usulleri de bu noktada örnek olarak gösterilebilir.³⁸

³⁷ Karş. BVerfGE 2, 124 ff.

³⁸ Karş. BVerfGE 51, 268, 280 Federal İdare Mahkemeleri Kanunu m. 123 hakkında; *Pestalozza* Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 8 Rn. 12. Burada içeriğe ilişkin takdir yetkisi açıklanmıştır.

Norm koyucu devletin ölçülülük yükümlülüğü ise özel öneme sahiptir. Yasama işlevi, federal devlet ve eyaletler içerisinde özel olarak oluşturulmuş yasa yapmaya yetkili organlar, yani parlamentolar tarafından gerçekleştirilir. Federal Parlamento, eyaletlerin menfaatlerini gözetmek amacıyla çalışan diğer bir federal organ olan Federal Konsey ile birlikte çalışmaktadır. Buna ek olarak hükümet ve idareye de norm koyucu yetkiler düşmektedir.

Alman hukuk devleti anlayışında norm koyma faaliyeti, bir yandan temel haklarla ve dolayısıyla yukarıda ikinci başlıkta ortaya konulan bağlam dikkate alındığında ölçülülük ilkesiyle sınırlandırılmıştır. Diğer yandan ise [bu faaliyet] temel hakların gerçekleştirilmesine hizmet eder. Bu anlamda, norm koyma faaliyeti, temel hak öznelerinin temel haklarını geliştirip kullanabileceği bir alanın şartlarını ve çerçevesini yaratmalıdır. Ölçülülük ilkesinin, yukarıda dördüncü başlıkta gösterilen temel hak denetimi sistematığının ve kanunların temel haklar bakımından denetiminin merkezinde bulunması, bu ilkenin, yasama ile onu denetleyen yargı, özellikle de anayasa yargısı arasındaki ilişki bakımından taşıdığı büyük önemi ortaya koyar.

Buradan itibaren son olarak, Almanya’da ihtilaf konusu olan hususları, Avrupa’daki ve uluslararası alandaki hukuki gelişmelerle bağlantılı bir biçimde ele almak istiyorum.

6. Yargısal Denetim

Buraya kadar açıklananlardan anlaşıldığı üzere, ölçülülük ilkesi tüm Alman kamu hukukuna nüfuz etmektedir. Temel hakların her yerde kendini gösteren bir etkisi olduğuna göre, ölçülülük ilkesi de her alanda etkindir ve temel hak denetiminin sonuçlarına düzenli olarak etki etmektedir. Bununla birlikte idare hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıkların önemli bir bölümü de ölçülülük ilkesine göre değerlendirilmelidir. Yukarıdaki iki numaralı başlıkta gösterildiği üzere ölçülülük ilkesi anayasa hukukundan doğduğu için pek çok uyuşmazlığın çözümünde Federal Anayasa Mahkemesi’nin denetim kriterleri uygulanabilir. Bu husus Federal Anayasa sonrası yürürlüğe giren kanunların denetimine dair anayasa yargısı usulleri açısından geçerlidir. Bu usuller, bir taraftan Federal Anayasa m. 93/1–4a’da düzenlenen anayasa şikâyeti, diğer taraftan iki farklı norm denetim usulüdür. İlk olarak Federal Anayasa m. 93/1-2’de düzenlemiş olan soyut norm denetimi gelmektedir. Soyut norm denetimini harekete geçirme inisiyatifi; federal hükümete veya daha sık olarak bir eyalet hükümetine ya

da Federal Meclis'in üçte birlik kısmını toplayabilmeleri halinde parlamenter muhalefete tanınmıştır. Bunun yanında aynı ölçüde yaygın olan ve tüm yerel mahkemeler tarafından, Federal Anayasa sonrası yürürlüğe giren bir kanunun anayasaya aykırı olduğu kanaatine ulaşılması halinde başlatılan somut norm denetimi gelmektedir (Federal Anayasa m. 100/1).

Kanunların denetlenmesinde belirsiz hukuk kavramları, denetim yapan mahkemeye ölçülülük testinin belirli aşamalarında, özellikle de son aşama olan orantılılık ve makullük değerlendirmesinde önemli bir takdir alanı sağlar. Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi'ne, bir denetim organı olarak kendi rolünü yorumlamasında ne dereceye kadar yetki tanınabileceği tartışmalıdır. Her halükârda belirtilmesi gerekir ki dikkate değer sayıda kanun, Federal Anayasa Mahkemesi önünde ölçülülük testini geçememiştir. Sonuç olarak, bu sorun yasama ve yargı arasındaki güçler dengesinin sağlanmasıyla ilişkilidir.³⁹

Diğer bir sorunlu alan ise yargı kararlarına karşı yapılan anayasa şikâyetleridir. Bireyler, mahkeme kararlarına karşı anayasa şikâyetinde bulunabilir. Çünkü bu kararlar, bir "kamu gücü fiili"dir ve bu sebeple anayasa şikâyetinin konusudur. Bu bağlamda, Federal Anayasa Mahkemesi'nin diğer mahkemeler ile olan ilişkisi, Alman anayasa hukuku doktrinini yıllardır meşgul etmektedir.⁴⁰ Bu noktada, Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir derece mahkemesi olamayacağı açıktır ve dava konusu olan anayasa altı normları yorumlayan bir üst derece mahkemesi değildir. Bilakis, Federal Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi, anayasa altı normların mahkemeler tarafından uygulanmasıyla ortaya çıkan sonuçların temel haklara ilişkin kriterlere göre denetlenmesiyle sınırlanmıştır. Ancak bu noktada, Federal Anayasa Mahkemesi'nin, yetki sınırlarını aşmakla suçlanıp suçlanamayacağı ya da bir bütün olarak değerlendirildiğinde, diğer mahkemeler karşısında gerekli saygı ve zaruri çekinceyi gösterip göstermediği tartışmalıdır.

Şahsi değerlendirmem, yukarıda ortaya konan her iki çatışma hattı bakımından, Federal Anayasa Mahkemesi'nin katkısının netice itibariyle olumlu değerlendirilmesi gerektiğidir. Mahkeme, bazı durumlarda işlevsel anlamda ikame kanun koyucu olarak hareket ederek ya da ek bir üst derece

³⁹ Bu konuda genel olarak: *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, *içerisinde*: Badura/Dreier (Hrsg.) FS 50 Jahre BVerfG (2001) Band I, 33 ff.

⁴⁰ Bkz. İlgili Rapor: *Alexy, Kunig, Hain* und *Hermes* zum Ersten Beratungsgegenstand „Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit“, VVDStRL 61 (2001) 7 ff.

mahkemesi gibi karar vererek, şüpheye yer bırakmayacak şekilde yetkisinin sınırlarını aşsa da bu sonuç değişmez. Çünkü bunlar, benim değerlendirmeme göre genel olarak olumlu değerlendirilmesi gereken anayasa yargısı performans bütünüdür. Birçok alanda hukuk devletine ilişkin esaslı kazanımlarımız bakımından anayasa yargısına müteşekkirimiz. Burada özellikle de ceza muhakemesi hukuku, aile hukuku ve kişisel verilen korunması hukukunu vurguluyorum.⁴¹

Bu kapanış tespitlerine dair bölümün başlığında belirtilen çok düzeyli sistem, aslında pek çok açıdan ele alınmalıdır. İlk olarak, Federal Anayasa Mahkemesi, eyaletlerdeki anayasa yargısıyla iş birliği ilişkisi içindedir. Eyalet anayasa mahkemelerinin büyük çoğunluğu da anayasa şikâyeti usulü uyarınca karar verme yetkisine sahiptir. Bu yetkiyi kullanırken eyalet içerisinde düzenlenmiş temel haklar kriter olarak dikkate alınmakta; ancak bu hakların kapsamı bakımından ölçülülük ilkesinin anlamı, aynı federal düzeyde düzenlenmiş temel haklar için geçerli olduğu gibi geçerli olmaktadır. Bu açıdan eyalet anayasa mahkemeleri, yapacakları incelemede yalnızca eyalet kanunlarının uygulanmasının temel haklara uygunluğu ile sınırlı olmayıp; aynı zamanda federal kanunların uygulanmasının temel haklara uygunluğunu denetler. Bu anlayış son yıllarda uygulamada, benim de o dönemde yargıcı olduğum Berlin Anayasa Mahkemesi'nin buna ilişkin öncü bir rol üstlenmesiyle yerleşmiştir.⁴² Bu gelişme başlangıçta tartışmalara neden olmuş, ancak daha sonraki süreçte Federal Anayasa Mahkemesi'nin onayını kazanmıştır.⁴³ Bunun ardından Almanya'da eyalet anayasa mahkemeleri büyük önem kazanmıştır.

Buna ek olarak, Alman anayasa yargısı uluslararası düzlemdeki yargı organlarıyla iş birliği ilişkisi içindedir. Bu durum ilk olarak Avrupa Adalet Divanı, diğer bir ifadeyle Avrupa Topluluğu'ndaki yargısal denetim açısından geçerlidir. Bu noktada ölçülülük denetiminde kullanılan ölçütler, bir yandan Avrupa anayasa hukukunun temel özgürlükleri – Avrupa anayasa hukuku ile kastedilen, bir Avrupa Anayasası'nın eksikliği ya da hâlihazırda başarısız bir girişim olarak kalması da göz önünde tutularak, mal-

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kunig*, (oben Fn. 40) 46 ff.

⁴² Bkz. BerIVerfGH, Beschluss v. 12.1.1993 (Honecker), LVerfGE 1, 56 ff.; BerIVerfGH, Beschluss v. 2.12.1993 (Mielke), LVerfGE 1, 169 ff.; aynı yönde: *Kunig*, Die rechtsprechende Gewalt in den Ländern und die Grundrechte des Landesverfassungsrechts, NJW 1994, 687 ff.

⁴³ BVerfGE 96, 345 ff.; aynı zamanda bkz. *Kunig*, içerisinde: Münch/Kunig (Hrsg.) GG Bd. 3, 2003, Art. 142 GG Rn. 14 ff.

ların serbest dolaşımı, işçilerin serbest dolaşımı, yerleşme serbestisi, hizmetlerin serbest dolaşımı, sermaye ve işlemlerin serbest dolaşımı ve vatandaşlık sebebiyle ayrımcılık yasağı⁴⁴ – diğer yandan ise yazılı olmayan ve üye devletlerin temel haklar geleneğini yansıtan birincil hukuktur. Bu açıdan 1950 tarihli İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde düzenlenen insan haklarıyla içerik olarak benzerlik söz konusudur, ki geçici olarak başarısızlığa uğrayan ama hâlihazırda tarih sahnesinden silinmeyen Avrupa Anayasası henüz resmi olarak bağlayıcı olmayan, ama pratikte etkili nitelikteki Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’ndan ilhamla şekillendirilen özgül bir temel haklar bölümünü haizdir.⁴⁵

Özellikle bu türdeki Avrupa temel haklarının Avrupa Adalet Divanı’nın içtihat pratiğinde ölçüt olarak alınması göz önünde tutulduğunda, Divan’ın yargılama yetkisi ve bununla birlikte ulusal anayasa mahkemelerinin yargı yetkisi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki temel hakların korunmasıyla yetkilendirilen mahkemeye iş birliğine dayalı bir rekabet ya da rekabet halinde bir iş birliği ilişkisi içerisinde. Burada kastedilen dünyada insan haklarının korunmasına dair ilk yargısal kurum olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’dir. Bu mahkeme, hâlihazırda var olan ve temel hakları koruyan yerel yargı yolları ya da devlet başvuruları gibi yöntemleri aşan imkânlar sunmuştur. 1950 yılında, kararların uygulanmasına dair kısıtların gölgesinde, karmaşık bir yapı ile başlayan süreç İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 11 no’lu Protokolü vasıtasıyla güçlü bir yargısal koruma mekanizmasına dönüşmüştür. Bu mekanizmadan çoğu zaman, daha önce anayasa yargısı denetiminden geçmiş vakalar bağlamında, sınırları Avrupa Birliği’ni aşan Avrupa Konseyi’ne üye devletler de pek çok defa yararlanmıştır.

Bu gelişme, farklı yargı organlarının ilişkisine dair zorlu soruları gündeme getirmiştir. Almanya özelinde Karlsruhe ile Lüksemburg ve Strazburg hattında ortaya çıkan sorular henüz çözüme kavuşturulamamıştır. İn-

⁴⁴ Negatif statü haklarının her birine ilişkin daha ayrıntılı bilimsel yazılar için: Ehlers (Hrsg.) *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2. Aufl., 2005.

⁴⁵ Anayasa Sözleşmesi’nin tüm üye devletlerin dillerindeki metinlerine http://europa.eu.int/constitution/index_de.htm adresinden erişilebilir. Şu ana dek 14 üye ülke Avrupa Anayasası’nı onaylamıştır. Fransa’da ve Hollanda’da Anayasa teklifi halk tarafından 29 Mayıs’ta ve 1 Haziran’da reddedilmiştir. Diğer ülkelerde Anayasa Sözleşmesi’nin onaylanmasına ilişkin olarak bkz. http://europa.eu.int/constitution/ratification_en.htm. Temel Haklar Tüzüğü’ne ilişkin olarak bkz. *Triebel*, *Die rechtliche Bedeutung der Grundrechtcharta*, Jura 2003, 525 ff.

san Hakları Avrupa Mahkemesi kendini, ulusal mahkemelerin temel haklara dair içtihadını, örneğin Federal Anayasa Mahkemesi'nin Alman temel haklarına ilişkin içtihadını, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde denetlemeye yetkili görmekte ve kendi içtihadının, ulusal mahkemelerin temel haklara ilişkin yorumunda dikkate alınmasını talep etmektedir.⁴⁶ Buna karşın Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Alman mahkemelerinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihadını kapsamlı ve özenli bir şekilde uygulaması gerektiğini kabul etmiş; ancak aynı zamanda da bir çeşit çekince öne sürmüştür.⁴⁷ Mahkeme, kendisine ve Alman mahkemelerine, somut olayda – örneğin basın özgürlüğü ile haber konusu kişinin kişilik haklarının korunmasına dair çatışmada – İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yaklaşımından sapmaya dair belirli bir takdir payı tanımıştır.⁴⁸ Böylelikle ölçülülük ilkesi ve bu ilkedeki beklenen tartım işlevi bakımından bir çatışma potansiyeli ortaya çıkmıştır. Neyin ölçülü olacağına dair bağlayıcı olan nihai kararı verme hakkının kimde olduğu ise halen tartışmalıdır.

Aslında bu sorunun cevabı, uluslararası hukuk gereği İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ve Sözleşme'nin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından yorumlanmasına bağlılıktan çıkarılabilir. Fakat Alman hukukundaki normlar hiyerarşisinde, Sözleşme'nin konumunun sadece kanunlarla eşdeğer olması nedeniyle,⁴⁹ Federal Anayasa Mahkemesi böyle bir yaklaşımı benimsememiştir.

Bu durumda genel olarak şu söylenebilir: Ölçülülük ilkesi, Alman kamu hukukunun ve temel hakların etkilendiği alanlar açısından tüm Alman hukukunun Arşimet noktasıdır. Aynı şekilde Avrupa Birliği hukuku yargısında ve Avrupa İnsan Hakları yargısında da benzer bir role doğru ilerlemektedir. Eskilerin dediği gibi hukuk için belirleyici olan kimin karar verdiği, yani yönlendirici karar yetkisinin kime ait olduğudur. Bu bağlamda ölçülülük ilkesi yargı ve yasama arasında; yargı içerisinde derece mahkemeleri ve anayasa mahkemeleri arasında; Avrupa çapında ise uluslararası yargı organları ile ulusal mahkemeler arasında yetki çatışması sorunlarına yol açar. Bu mahkemeler ikili bir sorumluluk taşımaktadır. Bir

⁴⁶ İHAM v. 24.6.2004, NJW 2004, 2647 ff.

⁴⁷ BVerfGE 111, 307 ff.

⁴⁸ Buna ilişkin bkz. Kunig, Die Medien und das Persönlichkeitsrecht – einige Gedanken aus europäischer Veranlassung, *içerisinde*: Jacobs/Papier/Schuster (Hrsg.) FS Raue (2006) 191 ff.

⁴⁹ Buna ilişkin *Uerpmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993.

yandan kendi yetki sınırlarını dikkate alarak, temel hakların yorumlanmasına dair ortak ödevlerinde iş birliği içinde çalışmaları gerekmektedir. Diğer yandan bir anayasa mahkemesinin rolünün – ki burada değinilen farklı düzlemlerdeki yargı organları maddi anlamda anayasa mahkemesidir – ne anlama geldiğine dair içsel bir muhasebe yapmak, diğer bir ifadeyle bir vakayı kendi özerk hukuk politikası bağlamında değil, hukuka göre değerlendirmek zorundadır. Mahkemeler bu sorumluluğu yerine getirdiklerinde – ki hukuk bilimi bu açıdan onlara yardımcı olmayı deneyebilir – bu çalışmanın başlangıcında değinilen, ölçülülük ilkesinin yumuşatıcı bir etkiye sahip olduğuna ve hukuk düzenini zayıflattığına dair kaygılar gelecek dönem açısından temelsiz hale gelecektir. Hatta tam aksine ölçülülük ilkesi; Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde öngörülen demokratik toplum kavramının özünde hangi öğelerin yer aldığına dair uluslararası anayasa hukuku tartışmalarında, üzerinde uzlaşabileceğimiz ilkeler arasında ve bir hukuk devleti kazanımı olarak kendini gösterebilir. Zira hukuk devletini tam anlamıyla hayata geçirmemiş demokratik bir toplum düşünülemez. Kültürel çeşitliliğin zenginliğinden kaynaklanan önemli ve korunmaya değer farklılıklara rağmen şu husus vurgulanmalıdır ki, dünyanın neresinde olursa olsun etkili bir hukuk devleti olmadan demokrasi düşünülemez.⁵⁰

⁵⁰ Buna ilişkin bkz. *Kuriki*, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit aus dem Blickwinkel des japanischen Verfassungsrechts, *içerisinde*: Battis/Kunig/Pernice/Randelzhofer (Hrsg.), Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung, 2000, 227 ff.

PROPORTIONALITY IN CONSTITUTIONAL LAW: WHY EVERYWHERE BUT HERE?

ANAYASA HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK: NEDEN BURASI HARİÇ HER YER?*

Bernhard SCHLINK**

Çeviren/Übersetzt von:

Lütfullah Yasin AKBULUT***/Eyüp Kaan DEMİRKIRAN****

GİRİŞ

Bir hâkim olduğunuzu farz edin – ne ölçülülük ilkesinin genellikle kabul edildiği bir Avrupa anayasa mahkemesinde, ne de genel geçer kanıya göre, ilkenin nadiren bilindiği ve uygulandığı A.B.D. Yüksek Mahkemesi’nde, yalnızca farazi ahlaki bir mahkemede. Kanunların, içtihatların olmadığı – bütün olayların sadece kendi ahlaki değerine göre çözümlendiği. Dağların yüksek kesiminde yaşayan John ve Frank adlı iki tane komşu, sizin önünüze gelir. Soğuk ve fırtınalı bir gecenin ortasında, John, Frank’in dört çekerli arabasını ona sormadan almış ve bir sonraki akşama kadar geri getirmemiştir. Sabahleyin vadideki ıssız otobüs durağından ihtiyar annesini almak isteyen Frank, bunu gerçekleştirememiştir. İhtiyar kadın, yoldan geçen postacı kendisini alana kadar soğukta iki saat beklemiş;

* Makalenin orijinal hali “Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?” başlığı ile *Duke Journal of Comparative & International Law* Volume 22, Number 2 (Winter 2012)’da yayınlanmıştır.

** Profesör Dr. Humboldt Berlin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Northrhine-Westfalia Eyaleti Anayasa Mahkemesi eski üyesi. Bu çalışma Duke Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Nisan 2011’de vermiş olduğum Bernstein Dersinin gözden geçirilmiş versiyonudur.

*** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (akbulut@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0001-7283-3966

**** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (demirkiran@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-1729-8101

postacı, soğuk yanması nedeniyle onu hastaneye götürmek zorunda kalmıştır. Frank, John'un ahlaka aykırı davranışlarından dolayı en azından özür dilemesi gerektiğini düşünmektedir. John, olanlardan ötürü samimi bir şekilde üzgün olmasına rağmen ahlaki açıdan kınanmaması gerektiğini düşünmektedir. Hâkim olarak – ne yapardınız?

John'a bunu nasıl yapabildiğini soruyorsunuz. Eşinin doğum suyunun geldiğini, Frank'ın arabasını hamile eşini hastaneye yetiştirmek için aldığını belirtiyor. Kendi arabasını neden kullanmadığını soruyorsunuz. Karın yoğun yağdığını, bu yüzden dört çeker bir arabaya ihtiyaç duyduğunu belirtiyor. Neden arabayı izinsiz aldığını soruyorsunuz. Frank ve kendisinin, sıkça birbirlerinin eşyalarını alıp kullandıklarını ve gecenin yarısında Frank'i uyandırmak istemediğini ifade ediyor.

Sonra Frank'a dönüyorsunuz. John'un açıklamalarından sonra, hala daha John'u ahlaka aykırı davranışlarından dolayı kınıyor mu? Frank, gelecek sabah annesini alma planından John'a bahsettiği için onu hala kınamakta. John'un karşısına bu bilgiyi çıkarıyorsunuz. John ise Frank'ın annesinin soğuk yanması için üzgün olduğunu fakat postacı oradan geçeceği için annesine ciddi bir şeyin olmayacağını bildiğini, buna karşılık eşinin durumunun ölüm kalım meselesi olduğunu söylüyor. Hastaneyi arıyorsunuz ve anlaşılıyor ki, gerçekten, umulmadık bir şekilde erken yetiştirilen John'un eşi, hastaneye vardığı zamanda hastaneye ulaştırılmasaydı ölebilirdi. Ayrıca Frank'ın annesinin de hızlıca ve epey iyileştiği anlaşılıyor.

Belki de yaşananlar bir dizi talihsiz olaydı ve bu yüzden John ve Frank'ın uzlaşması gerekir. Bunun gibi kararınız her ne yönde olursa olsun, bir ölçülülük analiziyle meşgul olacaksınız. Frank'e ulaşmak istediği amacı sorduğunuzda, amacının meşru olduğunu buluyorsunuz. Ayrıca Frank'ın gerçekleştirdiği eylemin yararlı hatta amaca ulaşmak için gerekli bir araç olduğunu; Frank ve annesini daha az zarara uğratabilecek alternatif bir aracın olmadığını; ve John'un eşinin hayatını kurtarma amacının, Frank'ın annesinin uğramış olduğu zararı haklı çıkaracak kadar önemli olduğu sonucuna ulaşıyorsunuz. Ölçülülük analizi amaçlar ve araçlarla alakalıdır. Ve bu olayda spesifik olarak bir davranışı emreden, yasaklayan veya bir davranışa izin veren ahlak kurallarının olmaması gibi, hukukun olmadığı bir durumda; davranışı, ulaşmak istediği amaca ve amaca ulaşma aracı olarak davranışın yararlılığına, gerekliliğine ve makullüğüne dayanarak meşrulaştırır veya kınarız.

Ölçülülük ilkesi dolayısıyla şu anlama gelir: Bir amacı gözetiyorsanız kullandığınız araç yararlı, gerekli ve uygun olmalıdır. Amaca ulaşmayı

sağlamayan bir araç, gerçek bir araç değildir – böylesini kullanmak ölçüsüz olacaktır. Gerekinden fazlasını yapan bir araç, mesela gerekenden daha pahalı veya zararlı bir araç da ölçüsüz olacaktır. Aynı şekilde uygun-suz bir aracı kullanmak da ölçüsüz olacaktır. Çünkü gerekli olsa da, aracı kullanmakla amacın değerinden daha fazla zarar veriliyor veya kazanılardan daha çok harcanıyor. Bizim bağlamımızda, John, helikopteri nasıl iniş yapılacağını bilmeden sadece uçurabildiği halde almış olsaydı; bu eşini kurtarmak için yeterli olmayacağından, ölçüsüz ve ahlak dışı olacaktı. John'un, kendi normal arabası işe yarayabilecekken Frank'in dört çeker arabasını alması; kendi eşini kurtarmak için gereksiz olacağı için, ölçüsüz ve ahlak dışı olacaktı. Ayrıca, John'un eşinin hayatı yerine Frank'in annesinin hayatı ağır tehlike altında olmuş olsaydı, Frank'in dört çeker arabasını almak; Frank'in annesine verilen zarar John'un eşinin gördüğü yarardan fazla olacağı için, ölçüsüz ve ahlak dışı olacaktı.

Kısaca: Yeterli olan kâfidir ve ziyadesi haddinden fazladır. Yeterliden fazlası ölçüsüzdür, gerekenden fazlası ölçüsüzdür, uygun olandan fazlası ölçüsüzdür. Yani, daha fazlasını yapmayın!

1. Ölçülülük ve Dengeleme

Hukukta ölçülülük prensibi, belirli araçları, daha iyi ifade etmek gerekirse insanlara araç olarak hizmet eden eylemleri, emreden veya yasaklayan spesifik normların yetersiz olduğu durumlarda ortaya çıkar. Meşru müdafaa hakkı buna bir örnektir. Herkes kendi canını, özgürlüğünü ve mülkiyetini koruma hakkına sahiptir. Bu amacı gerçekleştirmek için aksi durumlarda yasaklanmış araçları kullanabilir ve bu cihetle aldatabilir, saldırabilir ve ateş edebilir. Kişinin meşru müdafaası için yararlı ve gerekli olabilecek bir eylem kategorik olarak yasaklanmamıştır. Fakat hukuk bir kimsenin istediği şekilde hareket etmesine izin verecek kadar ileri gitmemiştir. Meşru müdafaa hallerinin bolluğuyla daha spesifik olarak baş edememek, ölçülü meşru müdafaayı gerektirmektedir.

Verandasında oturan ve bir çocuğun kendi elma ağacına çıktığını ve elma üstüne elma koparttığını gören topal bir adam farz edelim. Bağırır fakat çocuk sadece güler. Ağaçtan çocuğu indirebilmesinin tek aracı uzanıp alabileceği silahını ateşleyerek çocuğu düşürmek. Çocuğu vurma aracı mülkiyetini koruma amacına ulaşmak için yararlı ve hatta gereklidir. Fakat kolaylıkla kabul edebiliriz ki bu uygun veya dengelenmiş değildir: Çocuğun hayatı birkaç elmanın değerinden çok daha değerlidir.

Burada, mülkiyetin korunması karşısında hayatın feda edilmesi dengesi, ölçülülük analizinin son basamağı olarak görülmektedir. Genellikle durum böyledir. Örneğin bir kararında Federal Alman Anayasa Mahkemesi, devletin, sanığın temyiz gücünü tespit etmek için omurilik sıvısını alıp alamayacağını değerlendirdi. Temyiz gücünü belirlemenin meşru bir amaç olduğu ve omurilikten sıvı alınmasının faydalı ve gerekli olduğu sonucuna ulaştı. Fakat sıvı alma işlemi ıstıraplı ve tehlikeli olduğundan mahkeme, devletin ancak önemli bir suçun karara bağlanması için sıvı alabileceğini kabul etti. Ancak o zaman sıvı alma işleminin acısı ve tehlikesi ile suçun karara bağlanabilmesi gerektiği gibi dengelenir.¹

Fakat bazen dengeleme, ölçülülük analizinin çerçevesi olarak da görülebilir. Örneğin A.B.D. Yüksek Mahkemesi, kaçan suçlulara ölümcül kuvvet uygulanmasını incelerken, devletin bir suçlunun kaçmasının engellenmesindeki menfaati ile bir bireyin kendi yaşamını muhafaza etmesindeki menfaati dengeledi. Uygun bir dengeyi bulabilmek için mahkeme, mahkemenin kendisi o şekilde adlandırmaya da, ölçülülük analizinin karakteristiklerini taşıyan bir amaç-araç analizine girdi. Mahkeme bir araç olarak kaçan suçlulara yönelik kuvvet kullanımına ve aracın amacına yoğunlaştı. Amaç vatandaşları korumak olduğu için kaçan bir suçluya yönelik ölümcül kuvvet, ancak kaçanın vatandaşlara ciddi fiziksel tehdit oluşturduğu zaman gereklidir. Ancak bu durumlarda mahkeme, ölümcül kuvvet kullanımını gereğince dengeli addetmektedir.²

İçtihatlarda ve hukuk doktrininde, dengelemenin hem ölçülülük analizinin son basamağı olarak hem de ölçülülük analizinin çerçevesi olarak kullanıldığını görüyoruz. Şaşırtıcı olabilir. Fakat bu, çoğunlukla olduğu gibi, sadece büsbütün aynı problemin farklı açılardan ele alınabildiği anlamına gelir.

2. Almanya'da Ölçülülük

Almanya'da ölçülülük ilkesi kendisini, ceza hukukunda veya yasaların uygulanmasında değil, polisin kamuyu korumak için hareket ettiği idare

¹ Bundesverfassungsgericht [BverfG] [Federal Anayasa Mahkemesi] June 10, 1963, 16 ENTSCHIEDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 194.

² Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1, 27 (1985).

hukukunda göstermiştir.³ On sekizinci yüzyılın sonlarından yirminci yüzyılın başlarına kadar ilgili norm, polisin görev tanımından biraz daha fazlasını sunmuştur: Polis, kamu güvenliğine veya düzenine yönelik tehlikelerle savaşmak için gereken ne ise yapmak zorundaydı.⁴ Norm, her neviden tehlikelere karşı savaşırken polise geniş bir takdir yetkisi vermeyi amaçlamıştı: Bir sosyalist toplantıda Prusya kralını aşağılamadan uygun yapı mühendisliği olmadan bir bina inşa etmeye veya uygun atık tasfiyesi yapılmadan bir kimyasal tesis işletilmesine kadar varan bir çeşitlilik söz konusuydu. Başlangıçta norm, polise kontrolsüz takdir marjı vermeyi amaçlamıştı. Fakat insan hakları düşüncesinin ve Rechtsstaat'ın (hukukun egemenliği altındaki devlet) [hukuk devleti – Ç.N] yaygınlaşması ile mahkemeler polisler üzerinde kontrolü sağlamaya başladılar. Kontrolsüz takdir yetkisinin devri sona ermişti. On dokuzuncu yüzyılın son yıllarında, Prusya Yüksek İdare Mahkemesi, polisin görev tanımını belirtmekten ötesini yapmayan bu normu geliştirerek ölçülülük ilkesi haline dönüştürdü. Polis sadece münasip, gerekli ve uygun olan aracı kullanmakla yetkilendirildi. Ölçülülük ise hem münasip, gerekli ve uygun olmayı içerecek şekilde geniş anlamli kullanılıyor hem de bunun aksine sadece uygun olmayı karşılayacak şekilde dar anlamli kullanılıyordu. Araçlar işe yarar olmalıydı. Eşit derecede etkili fakat daha az müdahaleci başka bir araç olmamalı ve amaç müdahaleyi meşru kılacak derecede önem arz etmeliydi.

Mahkemenin sadece iki tane normatif önermesi vardı. Birincisi, polis, kamu güvenliği ve düzenine tehlike teşkil edenlere karşı savaşmak için gerekli olanları yapmakla yetkilendirilmişti. İkincisi, vatandaşların canları, özgürlükleri ve mülkiyetleri polisin müdahalesine karşı korunmuştu. Bu iki önerme birlikte bir dilemmayı doğurmuştu. Vatandaşların canlarına, özgürlüklerine ve mülkiyetlerine müdahale etmeksizin tehlikelerle savaşmak imkânsızdır. Bu durumda, polis, nasıl olacak da tehlikelerle savaşmak gerektiğinde kendisi bazı müdahalelere sebep olabileceken; aynı zamanda bu süreçte vatandaşları müdahalelere karşı koruyacaktır? Mahkeme, bu dilemmayı polise müdahale yetkisi vererek çözüme kavuşturdu. Fakat bu yetki keyfi şekilde değil, keyfi olmayan, yani mahkemenin tanımlamasıyla, ölçülü şekilde kullanılabilir.

³ *Bakınız:* BODO PIEROTH, BERNHARD SCHLINK & MICHAEL KNIESEL, POLIZEI- UND ORDNUNGSRECHT MIT VERSAMMLUNGSRECHT 4-13 (6th ed. 2010).

⁴ ALLGEMEINES LANDRECHT FÜR DIE PREUSSISCHEN STAATEN [ALR], Feb. 5, 1794, Part II, Title 17, § 10.

Yirminci yüzyılın ikinci yarısında, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi kendisini çok benzer iki önerme ile karşı karşıya bulmuştur.⁵ Alman Anayasası, vatandaşlarına çok çeşitli hak ve özgürlükler sağlayan bir haklar beyannamesine sahiptir. Anayasa aynı zamanda, bu hak ve özgürlüklerin kısıtlanması ve haklara müdahale edilmesi konusunda yasamaya cevaz vermektedir. İşte burada da çelişen hükümlerin nasıl bağdaştırılacağı dillemması bulunmaktadır. Anayasanın haklar bahşetmiş olması hakların, her daim yasama gücünün üzerinde olduğu anlamına gelmez. Ve de anayasanın yasama gücünü tanımlıyor olması hakların anlamsız olduğu anlamına gelmez. Hükümler varlığını beraber sürdürmelidir. Ve hükümler birlikte ele alındığı zaman gene aynı sonuç elde edilecektir: Keyfi şekilde olmak koşuluyla, yasama hakları sınırlandırılabilir ve haklar üzerinde müdahalede bulunulabilir. Mahkeme, keyfi olmayan şekli, gene aynı şekilde, ölçülülük prensibinin altında tanımladı ve hala tanımlamakta: Yasamanın amacına ulaşmak için yürürlüğe koyduğu yasalar, orantılı olmak zorundadır.

Mahkeme bundan başka ne çeşit keyfi olmayan bir şekil tanımlayabilir? Bir amaca ulaşmayı ve bu amaca ulaşmak için gerekli araçları kullanabilmeyi içeren kayda değer fakat mutlak olmayan bir yetkilendirme var olduğunda, bu yetkilendirmeyi kısıtlamanın ve kontrol etmenin yegâne yolu araçların orantılı olmasından geçer.

Birkaç örnek verelim. Alman Anayasası bireylerin meslek seçimi ve icrası hakkını korumaktadır. Aynı zamanda, bu hakkın sınırlandırılması hususunda yasamaya yetki vermektedir. Yasama, hastaların sağlığını korumak için eczacılık sektörü üzerinde her türlü kontrolü sağladı. Buna her bir semtte açılacak eczane sayısının belirlenmesi de dâhildi. Bu düzenleme mahkeme tarafından, çalışma hakkına yapılmış gerekli olmayan ölçüsüz bir müdahale kabul edilerek iptal edilmiştir. Mahkemeye göre, yasama, tıbbi ilaçların depolanması ve satışları üzerinde düzenlemeler yaparak da güttüğü amaca erişebilirdi ve erişmesi gerekirdi.⁶ Alman Anayasası toplanma hakkını da korumakta, aynı zamanda yasamayı hakkın sınırlandırılması konusunda yetkilendirmektedir. Bir miting yapmak için kanuni şart olarak kolluğun iznini almak aşırı bir tedbir olup, ölçüsüz olacaktır.

⁵ Genel olarak bakınız: Bernhard Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, *içerisinde* 2 FESTSCHRIFT 50 JAHRE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 445 (Peter Badura & Horst Dreier eds., 2001).

⁶ Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Anayasa Mahkemesi] June 11, 1958, 7 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 377.

Kolluğun mitingin yapılacağı hususunda haberdar edilmesi, mitingin trafik akışını engellemediğinden emin olunması için yeterlidir.⁷ Mülkiyetten serbestçe faydalanılması anayasa tarafından korunduğu halde, koruma kanunlarının yanı sıra diğer kanunlarla sınırlanabilir. Evi artık kullanılabilir olmasa dahi malikinin onu ayakta tutup, korumasını emreden bir düzenleme ölçüsüz ve anayasaya aykırı olacaktır. Eğer devlet, evi korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olarak korumak istiyorsa kamulaştırma yapıp, ev sahibini tazmin etmelidir.⁸

3. Dünya genelinde ölçülülük

Mukayeseli anayasa hukukunda, ölçülülük prensibinin kökleri genellikle Almanya'da aranır.⁹ Gerçekten de, yirminci yüzyılın ikinci yarısında Federal Alman Anayasa Mahkemesi prensibi uygulamaya başlamasından sonra, İsrail, Kanada ve Güney Afrika ve birçok Avrupa ülkesinin anayasa mahkemeleri ölçülülük ilkesini haklar ve özgürlüklere ilişkin içtihatlarında mihenk taşı olarak kullanmıştır.¹⁰ Fakat ölçülülük ilkesinin köklerinin tabiatında Almanlık yoktur. Ayrıca ilkenin diğer anayasalara ilke olarak getirilmesi de bir Alman ilkesinin devri anlamına gelmemektedir. Bu evrensel hukuki bir probleme verilmiş bir tepkidir. Bir yetkinin erişim alanının belirli olmayan bir çerçeveye sınırlandırıldığı halde kapsamının geniş olduğu anlaşıldığında, ölçülülük ilkesi her ikisini bağdaştırma rolünü üstlenir: Belirsiz sınırları olan kapsamlı yetki alanı.

⁷ Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Anayasa Mahkemesi] May 14, 1985, 69 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 315.

⁸ Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Anayasa Mahkemesi] Mar. 2, 1999, 100 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 226.

⁹ Aharon Barak, *Proportional Effect: The Israeli Experience*, 57 U. TORONTO L.J. 369, 370 (2007); Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, 8 ICON 263, 271 (2010); Christoph Knill & Florian Becker, *Divergenz trotz Diffusion? Rechtsvergleichende Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Deutschland, Grossbritannien und der Europäischen Union*, 36 Die Verwaltung 447, 454 (2003); Alec Stone Sweet ve Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72, 74, 97 (2008) [buradan sonra: Stone Sweet & Mathews, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller*].

¹⁰ Bakınız: Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 SAN DIEGO L. REV. 367, 379-80 (2009) (detaylı referanslar sunmaktadır); Stone Sweet & Mathews, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller*, yukarıdaki not 9, sayfa 74, 112.

Böylelikle evrensel hukuki problem ve bu probleme çözüm olarak ölçülülük prensibi sadece devlet-vatandaş veya vatandaş-vatandaş ihtilaflarına özgü değildir. Devletin organlarının birbiriyle çatışan, erişim alanları ve sınırları açıkça belirlenmemiş yetkileri olduğu zaman ölçülülük prensibi devreye girebilir. Eğer bir üst yetkili makamın kararı ihtilafı çözemezse, bir mahkeme ihtilafı ölçülülük ilkesine göre çözmek zorunda kalacaktır. A.B.D. Yüksek Mahkemesi, ölçülülük ilkesine, belki de ilk defa, federal hükümet ve Pasif Ticaret Kloz'una tabi federe devletler arasındaki münasebete ilişkin içtihadında yer vermiştir.¹¹

Buna rağmen ilke genellikle temel hak ve özgürlükler ile yasamanın bunları sınırlandırma ve bunlara müdahale etme yetkisi arasındaki ihtilaf-larda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda mahkeme, karşısında sadece iki tane önermenin varlığı ile karşı karşıyadır: İlki, sınırlandırmalara ve müdahalelere karşı korunmuş haklar ve özgürlüklere ilişkin; ikincisi ise bunların sınırlandırılabilmesine ve bunlara müdahale edilebilmesine ilişkindir. Burada, ulaşılmaması gereken sonuç müdahalelerin ve sınırlamaların keyfi değil ölçülü olması gerektiğidir.

Ne var ki haklar başka şekilde de tanınabilir. Amerikan Anayasasının Haklar Beyannamesi diğer anayasalardan daha az sayıda hakkı korur fakat onlara nispeten kategorik olarak en iyi şekilde koruma sağlar. Bir dinin ibadetinin serbestçe yerine getirilmesi yasaklanamaz; ifade hürriyeti, basın hürriyeti, barışçıl bir şekilde toplanma hakkı tazyit edilemez. Yasamanın bu hakları sınırlandırma veya bu haklara müdahalede bulunma yetkisi yoktur. Bu durum hakların, devletin izlediği amaçlarla veya diğer vatandaşların haklarıyla çatışmadığı anlamına gelmez. Ancak yasama sınırlamaları ve müdahaleleri hakkında bir uyarıya gerek kalmadan, sınırların belirlenmesi veya kategorizasyon yapılması bu çeşit ihtilafların çözülmesine yardımcı olur. Sınırı içtihatlar belirlemektedir: Dini ibadetler, dini bir yasa aksini emrettiği halde, dine tarafsız bir yasanın kendi emir ve yasaklamalarının olduğu durumlarda kısıtlanabilir. İfade, müstehcenlik ve hakarete olduğu gibi ifade değeri azaldığında veya bir şiddet söylemi veya ticari söylem halini aldığı zaman korunmaz. Ayrıca ifade edilenlerin içeriğinden hareket edilerek sınırlamaların yapılabilmesinin yanı sıra, ifade edilenlerin

¹¹ *Bakınız: Jud Mathews & Alec Stone Sweet, All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, 60 EMORY L.J. 797, 814-24 (2011) [buradan sonra Mathews & Stone Sweet, *All Things in Proportion?*]; J. H. Mathis, *Balancing and Proportionality in US Commerce Clause Cases*, 35 LEGAL ISSUES OF ECON. INTEGRATION 273, 273-75 (2008).

içeriğine bakılmaksızın sadece ifadenin zamanına, mekânına ve biçimine bakılarak sınırlamalar yapılabilir.

Fakat bütün bunların hepsi A.B.D.’de ölçülülük ilkesinin uygulanmadığı anlamına gelmez. Amerikan mahkemelerinin sınırlamaları ve müdahaleleri, sıkı incelemeyle veya orta ölçekli incelemeyle hatta basit rasyonellik şartıyla gözden geçirirken yaptığı, neredeyse kapsamlı ölçülülük analizi şeklinde bir araç-amaç analizidir.¹² Sıklıkla bahsedilip eleştirilen veya yüceltilen Amerikan istisnailiği varlığını devam ettiriyor. Bizim durumumuzda bu, “ölçülülük” kelimesinin nadir rastlanan bir kelime olduğu anlamına geliyor. Yani araç-amaç analizi bir nebze gelişigüzel uygulanmış, dengeleme ve araç-amaç analizi sistematik olarak daha sonra gelmiştir. İlk yaklaşım, yasamanın dış sınırlamaları belirtmesine mahal vermeden iç sınırlamaları belirterek haklar alemine ince bir dokunuş yapmaktır. Amerikan anayasa hukukunda ölçülülük ilkesini savunan Hakim Breyer, haklıdır: Ölçülülük analizi, Amerikan içtihatlarına ve doktrinine bu kadar da yabancı olmamalıdır; Amerikan stili dengeleme, inceleme ve rasyonelleştirme metotlarını geliştirebilir.¹³ Fakat, diğer bütün mahkemeler ve hukuk uygulayıcıları gibi Amerikan mahkemelerinin ve hukuk uygulayıcılarının, kendi hukuki muhakeme metotlarının geliştirilmesine ve böylelikle takdir yetkilerinin azalmasına o kadar da ilgili olmamalarını anlıyorum.

Amerikan Anayasası bir kenara bırakılırsa çoğu modern anayasa sadece birkaç hakkı değil bol miktarda hak ve özgürlüğü koruması altına almaktadır. Böylelikle bütün davranışlar, bütün hareketler ve bütün ifadeler korunmuş olmaktadır. Fakat devlet, ölçülü davrandığı müddetçe bu korumalar üzerinde sınırlamalarda ve müdahalelerde bulunabilir. Kimi zaman bu anayasalar daha önceki totaliter veya diktatör rejimlere karşı verilmiş tepkidir; hayatın her alanında yaşanan hürriyet eksikliği, akabinde hayatın her alanında hürriyetlerin korunmasına vurgu yapmaya neden olur. Çok daha kalabalık ve çok daha dar bir dünyada, totaliter veya otoriter rejim deneyimi olmadan da hayatın her alanında hürriyetin var olması çok daha

¹² Bakınız: T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943, 963 (1987); Vicky C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on "Proportionality," Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L. 583, 602; Mathews & Stone Sweet, *All Things in Proportion?*, yukarıdaki not 11, sayfa 824-33; DAVOR ŠUŠNJAR, *PROPORTIONALITY, FUNDAMENTAL RIGHTS, AND BALANCE OF POWERS* 146 (2010).

¹³ Bakınız: STEPHEN BREYER, *MAKING OUR DEMOCRACY WORK: A JUDGE’S VIEW*, 159-71 (2010).

değerlidir. Hak ve hürriyetlerin anayasal korumasının geniş kapsamlı olmasıyla, geçtiğimiz son yüzyılın son on yılında ölçülülük ilkesi dünya geneline yayıldı. Anayasa tarafından korunan hak ve özgürlüklerin veya anayasa yargısının yetersiz olduğu Avrupa ülkelerinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukukun bir parçası haline getirilmesi ölçülülük ilkesini ulusal içtihatlarda da uygulanabilir kılmıştır.¹⁴ Avrupa Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Dünya Ticaret Örgütü'nün Panelleri ve Temyiz Organının hepsi ölçülülük ilkesi doğrultusunda işler.¹⁵

4. Ölçülülüğün Sorunları

Ölçülülüğün her noktada -ve potansiyel olarak burada, A.B.D.'de- yasa ile tüm vatandaşlar arasında çatışmaların *çözümü* olduğunu kastediyorum sanılabilir. Ancak ölçülülüğün kendisi de *problemdir*. Ya da -daha kesin olarak- ölçülülük, içerisinde her tür problemi barındıran bir yapıdır.

İlki yetersiz veya belirsiz bilgi problemidir. Bazen basitçe, aracın işe yaradığını veya gerekli olduğunu tespit etmek imkânsızdır. Orantının uygunluğu ve gerekliliği deneysel bir problemdir; ancak genellikle bilim, bilginlik ve deneyim bunu çözmeye yardım edebilir. Ancak çoğu kez, bir kimsenin sahip olduğu her şey varsayımlar, çelişkili deneyimler ve uzman sayısı kadar görüşlerdir. Örneğin; iklim değişikliği. İklim değişikliğinin tehlikeli ve karşı konulması gereken bir şey olduğuna dair basit bir uzlaşının ötesinde, tehlikenin genişliği ve karşı tedbirlerin etkililiği belirsiz ve yetersizdir.

İkinci problem, en azından ideal olarak, objektif bir biçimde bir aracın işe yarar ve gerekli olup olmadığını belirlemek mümkün iken; aracın uygunluğunun değerlendirilmesinde hakların, menfaatlerin ve değerlerin dengelenmesi kaçınılmaz olarak sübjektif olacaktır. İfade hürriyeti karşısında mahremiyet, özgürlük karşısında güvenlik, mahremiyet karşısında kamu sağlığı ya da nesli tükenmekte olan türlerin korunması karşısında çok gerekli iş alanlarının yaratılmasının ölçülmesi ve tartılması için objektif bir standart yoktur.

¹⁴ *Bakınız: Jeffrey Jowell, Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review*, 2000 PUB. L. 671, 678-79 (Birleşik Krallık için detaylı referanslar sunmaktadır).

¹⁵ *Bakınız: Knill & Becker, yukarıdaki not 9, sayfa 463 (detaylı referanslar sunmaktadır); genel bilgi için bakınız Stone Sweet & Mathews, The Hidden Foreign Law Debate in Heller, yukarıdaki not 9, sayfa 138-59. Orantılılık ilkesinin Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin tahkim heyetleri tarafından kullanılmasına ilişkin genel olarak bakınız Alec Stone Sweet, Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier*, 4 LAW & ETHICS OF HUM. RTS. 47 (2010).

Bu iki sorunun üstesinden gelecek çeşitli yollar vardır. Yetersiz ve belirsiz bilgi problemini çözmek için yasama organı veya etkilenmiş vatan- daşın, aracın olaya uygun veya gerekli olup olmadığını kanıtlaması gerek- tiğini içeren ispat zorunluluğu kuralı konulabilir. Varsayalım ki iklimi ko- rumak için yasama meclisi, araba üretenlerin çok karmaşık ve pahalı egzoz filtreleri kullanmalarını talep eden bir düzenleme yapsın. Hatta varsayalım ki filtrelerin etkisi kesin olmasın. Eğer yasamaya, ancak düzenlemenin gö- zetlenen meşru amacı gerçekleştirmeye yardımcı olduğunu ispat edebildiği – bu olay için filtrelerin iklimi korumak için gerçekten faydalı olduğunun ispatı – zaman vatandaşın haklarını sınırlandırma yetkisi tanınırsa, o za- man düzenleme anayasaya aykırıdır. Bununla birlikte eğer düzenlemenin iklimin korunmasına bir yardımının dokunmadığını ispatlama düzenleme- den etkilenen vatandaşlara yüklenirse, bu durumda şüpheden yasama fay- dalanacak ve düzenleme anayasaya uygun sayılacaktır.

Bildiğim hiçbir ülkenin anayasa hukuku içtihadı, bu iki ispat zorunlu- luğu kuralından herhangi birini kullanmıyor. Hepsi, ikisi arasında esnek çözümler buluyorlar. Tehlikede olana göre ispat zorunluluğunu değiştiri- yorlar. Eğer, ifade özgürlüğü kısıtlanan vatandaş için bu kısıtlama, onun otonomisi açısından elzem addediliyorsa ve eğer yasamanın hedeflediği amaç kamu yararı için daha az önemli kabul ediliyorsa, o zaman bazı ana- yasa mahkemeleri yasamadan, düzenlemenin etkililiği ve gerekliliğini ma- kul şüphenin ötesinde açıklamalarını ister. Eğer, öte yandan, yasamanın hedeflediği sonuç önemli olarak kabul edilirse ve eğer kısıtlanan özgürlük daha az ilgili olarak görülüyorsa, o halde mahkemeler yasamaya karşı daha müsamahakâr davranır ve düzenlemeye, düzenlemenin etkililiği ve gerek- lilğine dair pek çok soru cevapsız kalsa dahi izin verir. Elbette ispat yü- kümlülüğünün değişebileceği ve hatta mahkeme tarafından paylaşılabil- ceği pek çok yollar, incelemenin çeşitli dereceleri; neyin makul veya ma- kul olmayan şüphe olduğuna dair farklı eğilimler; neyin vatandaşın otono- misini için elzem veya en azından ilgili ve neyin kamu menfaati için daha iyi olduğuna dair farklı düşünceler vardır. Yani, ispat yükünün yasama ve vatandaşlar arasında dağılımı ile ilgili farklı geleneklerin bulunması şaşır- tıcı değildir.¹⁶

¹⁶ *Bakınız: Šušnjar, yukarıda not 12, sayfa 83-162 (Alman Federal Mahkemesi, A.B.D. Yüksek Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatları arasındaki benzerlikler ve farklılıkları tartışıyor) ; Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 U. Toronto Law Journal 383, 390 (2007) (Kanada Yüksek Mahkemesi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin farklı geleneklerini kaydediyor); Mathew and Stone Sweet, All Things*

Ayrıca, değinilen ikinci sorunla ilgili farklı gelenekler de mevcuttur: Dengelemedeki kaçınılmaz öznellik problemi, diğer bir ifadeyle ölçülülüğün diğer unsuru.¹⁷ Kanada Anayasa Mahkemesi ve dünya çevresinde farklı bilim insanlarınınca kabul edilen bir görüşe göre, hâkimlerin kendi öznelliklerini yasamanın öznelliğinin önüne koyması gerektiğine dair bir neden yoktur. Kamu yararının nasıl takip edileceğine dair kararlar subjektif oldukları zaman, politiktir. Demokratik meşrulaştırmaya ihtiyaç duyarlar ve demokratik olarak yasama onları yapmak için meşrulaştırılmıştır. Kamu yararına ilişkin kararlar objektif temellere göre alınabildiği zamanlarda uzmanların bu konuda karar alması meşru sayılır. Çoğu kez diğer mahkemeler ve onların hâkimleri tarafından kabul edilen aksi görüşe göre, anayasa mahkemelerinde veya yüksek mahkemelerde görev alan hukuk uzmanları, parlamento veya başkan tarafından atandıkları için demokratik meşruluğa en azından dolaylı şekilde sahiptirler. Ayrıca bunlar, politik mücadelenin türbülansı ve sıcaklığı içinde hareket eden yasamaya kıyasla, bir toplumun en kritik çatışmalarını daha sakin ve dikkatli bir şekilde dengeleyebilecek bilgiye ve zamana sahiptirler. Ve yine bu iki yaklaşım arasında pek çok pozisyon vardır. Çoğu mahkeme, yasamanın dengelemesi üzerinde kontrol kurmaya ve onu kendi dengelemesi ile değiştirmeye çalışır ve aynı zamanda demokratik politik sürecin çıktılarını saygı duyduğunu vurgular. Bu demek oluyor ki hâkimler sadece özgül bir dürtü hissettikleri durumlarda müdahalede bulunuyorlar. Doğal olarak, bazı mahkemeler diğer mahkemelere nazaran bu dürtüyü daha fazla hissediyorlar.

Hem ispat yükümlülüğünün yasama ve vatandaşlar arasında nasıl dağıtıldığını hem de mahkemelerin konu dengeleme olduğunda nasıl aktivist olduğunu belirlemek için bir faktör, demokratik ve devrimci gelenektir. Fransa’da, güçlü bir devlet geleneği ve demokrasiye olan güçlü bir inanç geleneği – bir inanç ki Fransız Devrimi’nden bu yana neredeyse geçen nesil sayısı kadar pek çok devrimi ve anayasayı meydana getirmiştir – şeklindeki çifte gelenek sebebiyle, insanlar politik sürece güvenir ve yasama üzerinde daha zayıf bir yargısal denetimi kabul eder. 18. ve 19. yüzyıllarda burjuvazinin devrim yapmak için çok zayıf olduğu ve bunun yerine vatandaşların özgürlük ve mülkiyetini korumak için idare mahkemelerini icat

in Proportion?, yukarıda not 11, sayfa 813-36 (Amerika Yüksek Mahkemesi’nin içtihatlarındaki değişimi açıklıyor); Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, 65 Cambridge Law Review 174 (2006) (İngiliz mahkemelerinin içtihadını tartışıyor); Aharon Barak, *The Judge In A Democracy* (2006) (İsrail deneyimini açıklıyor).

¹⁷ Krş: Yukarıda 16. notta zikredilen eserler.

ettiği Almanya’da, mahkemeler ve hukuk, yasama ve siyasetten daha fazla güvene sahiptir. Almanya ayrıca demokratik siyasi prosedürün faşizme ya da komünizme sebep olduğu ülkeler arasındadır. Bu ülkeler, bilge ve güçlü bir anayasa mahkemesinin veya yüksek mahkemenin, siyasi ve yasa yapma süreçlerinin sahip olabileceği her türlü tehlikeli eğilimleri uysallaştırabileceğine dair kendilerine özgü bir umut paylaşırlar.

İspat yükünün dağıtılması ve dengeleme görevinin atanması için bir diğer önemli faktör, ulusun homojenliği ya da heterojenliğidir. Etnik ve dini çatışmaların daha fazla olduğu yerde, entegrasyon yükünün birazının politikadan hukuka ve yasamadan, anayasa mahkemelerine veya yüksek mahkemelere sevk edilmesi mantıklı olur. Kanada ve Güney Amerika bu sebeple aktivist mahkemeleri olan ülkelerdir. Ayrıca, bir Yahudi devleti olarak meşruiyet ile demokratik bir devlet olarak meşruiyetinin tamamen uyum içerisinde olmadığı İsrail’de, mahkemenin kendi meşruiyetini politikanın üzerinde ve ondan bağımsız olarak kurması şaşırtıcı değildir.

Tüm bu değişik şekiller dikkate alınıp ve tüm bu değişik yanlar gösterildiğinde, ölçülülük ilkesinin kendine özgü, bizim onu ilke olarak anmamıza izin verecek özelliklere sahip olduğu söylenebilir mi? Ben, evet demekte tereddüt etmem. Ölçülülük ilkesi basit, kolayca uygulanan ve kolay cevaplar sağlayan bir prensip değildir. Ölçülülük ilkesi, farklı yorumlara ve modifikasyonlara açık kapılar bırakan karmaşık bir ilkedir. Ancak ölçülülük ilkesi bizim muhakememizi biçimlendirir ve cevaplar bulmak için çıktığımız zorlu yolda bizi aydınlatır.

SONUÇ

Ölçülülük ilkesinin şahane bir kariyeri vardı; bir ahlak felsefesi ilkesinden hukuki bir ilkeye, bir idare hukuku ilkesinden bir anayasa hukuku ilkesine. Ölçülülük ilkesi, nihai hukuk ilkesi diye bir şey olmamasına rağmen, nihai hukuk ilkesi olarak anıldı.¹⁸ Ölçülülük ilkesi tüm anayasa mahkemelerinin kesinlikle nihai olarak varacağı bir kural. A.B.D. Yüksek Mahkemesi dahi, terimi kullanma konusunda çekingen olsa da, araç-so-nuç-analizi yaptığı zaman kuralı temelde tekrar tekrar takip ediyor.

İlkenin uygulanışının çeşitli anayasal kültürlerde standartlaştırıcı bir etkisi oldu ve olmaya devam edecektir. Doktrinel bir geleneği olan anayasal kültürler tedricen yargısal içtihat kültürü doğrultusunda değişecektir.

¹⁸ *Bakınız:* David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004).

Ölçülülük analizinin sık sık övülen değerli niteliği onun esnekliğidir; davadan davaya göre vakalar farklı değerlendirilebilir ve menfaatler ve haklar farklı ölçülüp dengelenebilir. Her olay üzerinden vakaların şekillendirilmesiyle birlikte menfaat ve özgürlükler, doktrinin egemenliğinde görülen davalara nispeten daha önemli ve anlamlı hale gelir. Hâkimler, yerleşik doktrinle uyumlu ya da onu değiştirecek ve düzelterek çözümlerden çok, orantılı çözümler bulmakla daha ilgili olur. Öte yandan, ölçülülük prensibi, kesin bir yapısal niteliğe ve içtihat geleneğine sahip anayasal kültürlere minimal doktrinel element sunan bir potansiyele sahiptir.

Bunu görmenin diğer bir yolu, ölçülülük ilkesinin değişik anayasal kültürlerde standartlaştırıcı bir etkisinin olmadığını daha ziyade ölçülülük ilkesinin, anayasal kültürlerin paylaştığı ve zaman içerisinde çok daha fazla farkına vardıkları bir standart olduğunu söylemektir. Ölçülülük ilkesi, tüm farklı anayasal diller ve kültürlerin temelini şekillendiren karmaşık anayasal gramer yapısının bir parçasıdır. Ölçülülük ilkesi er ya da geç su yüzüne çıkar; her yerde ve burada dahi.

PROPORTIONALITY IN CANADIAN AND GERMAN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

KANADA VE ALMAN ANAYASA HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK*

Dieter GRIMM**

Çeviren/Übersetzt von:

Kemal BAŞOL***/Eyüp Kaan DEMİRKİRAN****

I. Oakes ve Alman Modelleri

Kanada Hak ve Özgürlükler Beyannamesi¹ yürürlüğe gireli dört yıldan fazla olmamıştı ki Kanada Yüksek Mahkemesi 1. maddedeki sınırlama hükmünün nasıl yorumlanacağı sorusunun cevabını en sonunda buldu. Cevap, *R. - Oakes*² davasında kısaca şöyleydi: kanunilik ve ölçülülük.³ İlk unsur olan kanunilik 1. maddede açıkça belirtilmişken (“kanun ile öngörülmüş olma”) ikinci unsur ölçülülük, “özgür ve demokratik bir toplumda açıkça haklı görülen makul sınırlar[...]” ifadesinin özgün bir yorumu olarak görünmektedir. Pek çok doktrinsel yenilik nihai şekline zamanla gelişerek ulaşırsa da, Başyargıç Dickson mütalaasında ölçülülüğün şartları için

* Bu makalenin orijinali “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence” başlığı ile *University of Toronto Law Journal* Vol. 57, Issue 2 (Spring 2007)’da yayınlanmıştır.

** Almanya Federal Anayasa Mahkemesi eski yargıcı; Berlin Humboldt Üniversitesinde Hukuk Profesörü; Wissenschaftskolleg zu Berlin, İleri Araştırmalar Enstitüsü Rektörü.

*** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (basol@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-1118-4103

**** Araştırma Görevlisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (demirkiran@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-1729-8101

¹ *Kanada Hak ve Özgürlükler Beyannamesi*, Anayasa’nın 1. Bölümü, 1982, (Birleşik Krallık) 1982 *Kanada Yasası*’na Ek B, 1982, c.11 [*Beyanname*].

² [1986] 1 S.C.R. ([Yüksek Mahkeme Bülteni]) 103 [*Oakes*].

³ *Bkz.* Lorraine Weinrib, “Canada’s Charter of Rights: Paradigm Lost?”, (2002) 6 *Rev.Const.Stud.* 119.

geniş bir kavramsal çerçeve önermişti. *Oakes testi* denilen bu çerçeve, unsurlarının ilerleyen yıllarda belirginleşmiş veya değişmiş olmasına ve ilk halindeki katılığın bazı dava türlerinde yumuşatılmış olmasına rağmen, Yüksek Mahkeme tarafından 20 yıldır kullanılmaktadır.⁴ Yargıç Iacobucci'nin bu gelişimde önemli bir rolü olmuştur.⁵

Başyargıç Dickson'un; *Oakes* mütalaasını verirken yabancı örneklerden mi yararlandığı, yoksa testi tamamen kendisinin mi geliştirdiği sorusu güncelliğini korumaktadır. Gerçek şu ki, *Oakes*'de kullanılan bazı ifade şekilleri, Amerikan Yüksek Mahkemesinin 1980 yılında karar verdiği bir ticari ifade davası olan *Central Hudson Gas & Electric Corp. – Public Service Commission of New York*⁶ davasındakilere benzemektedir. Ancak *Central Hudson*; ticari ifade problemleri dışında etki kazanmış emsal teşkil edici bir karar olmadığı gibi, uygulanmış ölçülülük testi bakımından da Başyargıç Dickson'un önerdiği gibi eksiksiz ve ayrıntılı değildi. Amerikan Yüksek Mahkemesi, dengeleme yoluna sık sık başvurmasına rağmen bir ölçülülük kavramı geliştirmede; ancak bu kendi haline bırakma, *Oakes* testiyle karşılaştırılabilir doktrinsel bir test ortaya çıkardı. Son zamanlarda verilen bazı kararlarda; Yargıç Breyer, ölçülülük analizini ABD anayasa hukukuna⁷ tanıtmak için bir ilgi gösterse de yargıçların çoğunluğunu ikna edemedi.

Öte yandan, ölçülülük testi için kullanılabilecek bir yargı modeli vardır: Almanya.⁸ Ölçülülük testi, Almanya'da 1950'li yılların sonlarından beri kullanılmakta olup Anayasa Mahkemesi ne zaman temel hakları sınır-

⁴ *Ibid.* Ayrıca bkz. Sujit Choudhry, "So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1" (2006) 34 Sup.Ct.L.Rev. (2d) 501 [Choudhry, 'Real Legacy'].

⁵ Bkz. Örn. *RJR MacDonald Inc. v. Kanada*, [1995] 3 S.C.R. at 199 paras. 179-92; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 at paras. 108 vd.; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3 paras. 75 vd.; *Delisle v. Kanada*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Figuroa v. Kanada (A.G.)*, [2003] 1 S.C.R. 912.

⁶ 447 U.S. ([ABD.]) 557 (1980) [*Central Hudson*].

⁷ Örn. Bkz. *Turner Broadcasting System. v. Federal Communication Commission*, 520 U.S. 180 (1997); *Nixon v. Shrink Missouri Government*, 528 U.S. 377 (2000); *United States v. Playboy Entertainment Group*, 529 U.S. 803 (2000); *Bartnicki v. Vpper*, 532 U.S. 514 [2001]; Paul Gewirtz, "Privacy and Speech" [2001] Sup.Ct.Rev. 139.

⁸ Genel olarak bkz. David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005) at 162 [Beatty, *Ultimate Rule*]; Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of German*, 2d ed. (Durham, NC: Duke University Press, 1997), at 46 [Kommers, *Constitutional Jurisprudence*].

layan kanunları veya bu kanunlara göre verilen idari ve adli kararları incelemek zorunda kalsa, bu teste başvurmuştur. Ölçülülük ilkesi, bir yargısal denetim sistemi de getirerek, Almanya'dan diğer pek çok Avrupa ülkesine ve Avrupa dışına yayılmıştır. İlke, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Avrupa Adalet Divanında da kullanılmaktadır. Alman ve Kanada ölçülülük testleri, terminolojik olarak kısmen ayrışsa da, esasında birbirlerine oldukça benzemektedir. Bununla birlikte; daha yakından bir karşılaştırma yapıldığında, testlerin nasıl uygulanacağı konusunda bazı önemli farklılıklar ortaya çıkmaktadır. En göze çarpan fark ise muhtemelen şudur: Kanada'da ölçülülük testini geçemeyen çoğu kanun, testin ikinci aşamasında başarısız olmaktadır ve bu nedenle testin üçüncü aşamasını kullanmaya çoğu zaman gerek kalmaz; ancak üçüncü aşama, Almanya'da ölçülülük testinin en belirleyici aşamasıdır. Aradaki farkın incelenmesi, iki ülkenin yaklaşımlarının güçlü ve zayıf yönlerine ışık tutabilecektir.

II. Ölçülülüğün Almanya'daki gelişimi

Ölçülülük testi Alman Anayasası'ndan daha eskidir. On dokuzuncu yüzyılın sonlarında Prusya Oberverwaltungsgericht [Yüksek İdare Mahkemesi] başta olmak üzere ilk defa Alman idare mahkemelerince geliştirilmiş olan ölçülülük testi; polise takdir yetkisi veren ya da polis faaliyetlerini oldukça belirsiz bir şekilde düzenlemiş kanunlar söz konusu olduğunda, bireylerin özgürlüğüne veya mülkiyetine haksız yere müdahale eden polis tedbirlerine karşı uygulanmıştır.⁹ Ölçülülük ilkesi burada polisin eylemleri bakımından ek bir sınırlandırma işlevi görmüş, eylemlerin meşru bir amacının olması aranmıştır. Polis tarafından vatandaşa karşı kullanılan araçlar, kanunun amacına ulaşması için elverişli olmak zorundaydı. Eğer kanunun amacına ulaşmak için daha az sınırlayıcı bir araç mevcut ise, daha az sınırlayıcı bu aracın uygulanması gerekmekteydi. Buna ek olarak bazı davalarda mahkemeler, kullanılan aracın müdahalesi ile ulaşılmak istenen hedefin önemi arasında uygun bir dengenin kurulup kurulmadığını incelediler. Bu sayılan gerekliliklere uyulmaması, polis eylemlerini hukuksuz hale getirdi.

1951'de kurulan Anayasa Mahkemesi, çok geçmeden, ölçülülük testini 1949'da kabul edilen Alman Anayasası çerçevesinde anayasa hukukuna uyarladı ve bunu temel hakları sınırlayan kanunlara uygulamaya başladı.

⁹ Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (Göttingen: Schwarz, 1981), at 6; Barbara Remmert, *Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbots* (Heidelberg: Müller, 1995).

Ancak Kanada'daki durumdan farklı olarak Mahkeme ilk kararlarında; ne Anayasa'nın hakların ölçülü sınırlandırılmasını neden gerektirdiğini ne de ölçülülük ilkesinin nasıl uygulanacağını açıkladı. İlke, kendiliğinden geçerli kabul edilebilirmişçesine uygulanmaya başlandı.¹⁰ İlkenin gereklerine ve nasıl uygulanacağına dair ilk detaylı açıklama ise “meslek özgürlüğü”yle (m.12) ilgili dönüm noktası olan bir davada yapıldı.¹¹ İşte ölçülülük ilkesi, m.12'nin alışılmadık lafzından kaynaklanan belirsizlikleri çözmek için bir araç olarak ortaya çıkmıştı. Mahkemenin yine m.12 ile ilgili sonraki bir kararı olan ve “Kamu yararı için meslek özgürlüğü ihlal edildiğinde, ölçülülük [genel] ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasıyla sonuçlanan” *Eczacılık Davası*'nda ise ölçülülük testi geliştirildi. İlkenin nasıl uygulanacağı burada ayrıntılı olarak açıklanmıştır.¹²

Mahkemenin; temel özgürlüklerin ihlal edildiği tüm davalarda ölçülülük ilkesinin uygulanabileceğini kabul etmesi, vücut dokunulmazlığı (m.2/2) ile ilgili bir davada, ancak 1963 yılında gerçekleşti. Mahkemenin ilkenin yazılı dayanağını bulması için ise iki yıl daha geçmesi gerekti.¹³ “Bu dayanağın kaynağı; hukukun üstünlüğü prensibi [20. maddede güvence altına alınmış] ve bundan da fazla, vatandaşların bireysel olarak devletten talep ettiği özgürlüklerin bir ifadesi olan ve kamu menfaatini korumak için zorunlu olduğu ölçüde kamu gücü tarafından sınırlanabilen temel hakların özüdür.”¹⁴ Ölçülülük, son yıllarda sık sık bir anayasa hukuku ilkesi olarak adlandırılrsa da¹⁵, ölçülülüğün kaynağının tam olarak ne olduğu hakkında detaylı bir açıklama hiç yapılmadığı gibi; Mahkeme, ilkenin hukukun üstünlüğü veya temel hakların özünden nasıl kaynaklandığını da

¹⁰ North Rhine Westphalia eyaletinde bir seçim kanunuyla ilgili ve ölçülülük ilkesine ilk defa değinilen karardır, *bkz.* BVerfGE [Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Federal Anayasa Mahkemesi Kararları)] 3, 383, at 399 (1954). Daha sonraki bir davada Mahkeme, önceki bir karardan alıntı yaparak ölçülülük ilkesinin uygulanmasını destekledi: *Bkz.* BVerfGE 1, 167, at 178 (1952). Ancak bu kararda açıkça belirtilir ki olağanüstü zamanlarda bile, hakların sınırlandırılması gereğinden fazla yapılamaz.

¹¹ BVerfGE 7, 377, (1958) [Eczacılık Davası (Pharmacy Case)]. İngilizce tercümesindeki bölümler *Constitutional Jurisprudence*'a atıf yapmaktadır, *supra note 8*, at 274, Norman Dorsen ve diğerleri, editörler, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials* (St. Paul, MN: Thomson West, 2003), at 1204 [*Dorsen ve diğerleri, Comparative Constitutionalism*].

¹² BVerfGE 13, 97, at 104 (1961). Test s. 108'de açıklandı.

¹³ BVerfGE 16, 194, at 201 (1963).

¹⁴ BVerfGE 19, 342, at 348 (1965).

¹⁵ *Bkz.*, örn., BVerfGE 95, 48, at 58 (1996).

ayrıntılı bir biçimde ortaya koymadı.¹⁶ Kanada'dakinin aksine olarak Almanya'daki bu suskunluğun nedeni; ilk yıllarda Mahkemenin, ölçülülüğün gelecekte oynayacağı önemli rolün farkında olmaması olabilir. Ölçülülüğün önemi anlaşıldığında ise, bu ilke çoktan yerleşmişti ve daha fazla irdeleme yapmaya gerek duyulmadı.

Ölçülülük ilkesini detaylarıyla açıklamak için bir girişimin olmaması; ilkeyi, Almanya'da Kanada'dakine oranla anayasal metninden kopuk göstermektedir. Kanada'da, Beyanname'nin 1. maddesinin bir yorumu olarak ortaya çıkan bu durum, Almanya'da sınırlandırmalara uygulanan ve yazılı hükümleri destekleyen bir ek denetime benzemektedir. Alman Anayasası, bir temel hakkın sınırlandırılmasında başvurulabilecek sadece birkaç güvence içermektedir. Bu güvencelerin en önemlileri, bir temel hakkı sınırlandıran kanunların genel nitelikte olması (m.19/1) ve sınırlandırmanın temel hakların özüne dokunmamasıdır (m.19/2). Alman Anayasası, haklar kataloğunda sayılan pek çok hak ve özgürlüğe özel sınırlandırma şartları koyar. Bu şartlardan bazıları, başka bir kısıtlama eklenmeksizin, sınırlandırmaların yalnızca "kanunla veya kanuna göre" yapılacağını söylemekle yetinir. Öyle ki bu durum, vücut bütünlüğü veya yaşam hakkı gibi önemli haklar için dahi böyledir (m.2/2). Diğer sınırlama şartları amaca, koşullara veya sınırlandırma aracına göre başka denetim yolları içerir. Ancak, bu yazılı sınırlandırma şartlarını ihlal ettiği gerekçesiyle anayasaya aykırı bulunan kanun sayısı Almanya'da fazla değildir. Bunun yerine, temel hakları korumak için esas yükü, yazısız bir ilke olan ölçülülük ilkesi çekmektedir.

Ölçülülük ilkesinin, Anayasa Mahkemesinin gayri meşru bir buluşu olduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesi; ölçülülüğün, Alman Anayasası'ndaki haklar kataloğu içinden türetildiğini savunma gereği duysaydı, bu tartışmayı yaparken büyük bir zorluk yaşamazdı. Baş yargıç Dickson'un *Oakes*'de yaptığı amaçsal yorum gibi¹⁷, Alman Anayasa Mahkemesi de Nazi rejiminden ve İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra temel haklara verilen önemin artmasına dayanabilirdi. Alman Anayasası'nın 1. maddesine göre, tüm temel hakların kökü insan onuru ilkesine dayanır. Önceki

¹⁶ Çığır açıcı kitap: Peter Lerche, *Obernagl und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundstätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, 2d ed, (Cologne: Heymanns, 1999). (Bu kitabın ilk basımı 1961 yılındadır.) Ayrıca bkz. Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht* (Berlin: Duncker & Humblot, 1976) [Schlink, *Abwägung*]; Klaus Stern, "Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots" in Peter Badura & Rupert Scholz, eds., *Festschrift für Peter Lerche* (Munich: Beck, 1993) 165.

¹⁷ *Supra* note 2 at para. 28.

Alman anayasalarından farklı olarak şu anki Anayasa, bu hakları kanunların üstünde tutar ve onlara yasamanın bağlayıcı gücünü kazandırır. Almanya'da temel hakların anlaşılmasında devrim yaratan önemli bir karar olan *Lüth* davasında¹⁸ Mahkeme; sadece bireysel haklar değil, aynı zamanda objektif ilkeler demek olan temel hakları hukuk sisteminin en önemli değerleri seviyesine yükseltti. Bu kabulden çıkan sonuç, temel hakların bütün hukuk düzenine nüfuz ederek yayılmasıydı. Zira temel haklar, sadece hukukun tek bir düzlemini değil, aynı zamanda özel hukuk ilişkilerini de etkiler ve çıkarılan kanunların yorumlanmasında kılavuz olurlar. Bu argüman bizi aynı zamanda, yasama erkinin temel hakların özüne dokunacak derecede bir sınırlama yetkisine sahip olması halinde, bunun bireysel özgürlüklere atfedilen önemle bağdaşmayacağı sonucuna da ulaştıracaktır.

III. Farklı yaklaşımlar: Amaç

Her iki ülke de, ölçülülük testini uygularken temelde aynı yolu izlemektedir. Test, bir araç-amaç karşılaştırması gerektirdiği için her iki Mahkeme de uygulanacak kanunun amacını saptamakla işe başlar. Temel bir hakkın sınırlandırılmasını, yalnızca meşru bir amaç haklı gösterebilir. Bunu, üç aşamalı olan ölçülülük testi takip eder. Kanada Mahkemesi birinci aşamada, amaç ile kanun koyucunun bu amaca ulaşmak için başvurduğu araç arasında makul bir bağlantı ararken, Alman Mahkemesi kanunun amaca ulaşmak için elverişli olup olmadığı sorusunu sorar. İkinci aşamada Kanada Mahkemesi, kanunun amaca ulaşmada temel hakka en az zararı verip vermediğini sorarken; Alman Mahkemesi kanunun söz konusu amaca ulaşmada gerekli olup olmadığı veya amaca aynı şekilde ulaşmak için hakka daha az müdahale edici bir aracın mevcut olup olmadığı sorularını sorar. Her iki ülke için üçüncü aşama, zarar-fayda analizidir. Bu analiz, temel haklardan elde edilen menfaat ile hakkın sınırlandırılmasında menfaati olanın elde edeceği fayda arasında bir dengeleme yapar. Bu dengeleme işlemi Almanya'da genellikle dar anlamda bir "ölçülülük" olarak adlandırırken bazen de "yerindelik", "makullük" (*Zumutbarkeit*) ve benzeri şekillerde anılabilmektedir.¹⁹

¹⁸ BVerfGE 7, 198 (1958). İngilizce tercümesi *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*'de yer almaktadır, vol. 2, part I (Baden-Baden: Nomos, 1998), at 1; Kommers, *Constitutional Jurisprudence*, supra note 8 at 361 (bölümler); Vicki C. Jackson & Mark Tushnet (eds.), *Comparative Constitutional Law* (New York: Foundation, 1999) at 1403 (bölümler); Dorsen, *Comparative Constitutionalism*, supra note 11 at 824.

¹⁹ Testin uygulaması ile ilgili iyi örnekler: BVerfGE 81, 156, at 188 (1990); BVerfGE 90, 145 (1994) [*Kenevir davası*]; BVerfGE 91, 207, at 222 (1994).

İki hukuk sistemi nerede farklılaşıyor? İlk farklılık ilk önce sorulan, ön soruda karşımıza çıkıyor: Bir temel hakkı sınırlayan kanunun amacı nedir? Kanada Yüksek Mahkemesi *Oakes*'de “anayasal koruma altındaki bir özgürlüğü ihlal etmeyi haklı gösterecek yeterlilikte bir önemin varlığı” veya “acil ve gerçek” bir sorun olması amacını ararken;²⁰ Alman Anayasa Mahkemesi “meşru amaç”ın varlığını aramaktadır. Mahkeme, *meşru* sözüden Anayasaca yasaklanmamış bir amacı anlamaktadır. Burada “yeterli önem” veya “acil ihtiyaç” gibi ek öğelere gerek duyulmaz. Şüphesiz ki ölçülülük testinin izleyen aşamalarında araç-amaç analizi yapılırken, kanunun amacı ayrı tutulamayacaktır. Ancak, amacın belirlenmesi ölçülülük testinin bir parçası değildir; daha ziyade, testin temeli ve başlangıç noktası olarak işlev görür. Kanun koyucunun amacının, bir temel hak ihlalini haklı çıkaracak kadar önemli olup olmadığı sorusu, tabii ki Alman Mahkemesi için de çok önemlidir. Ancak bu soru, testin sonraki bir aşaması olan üçüncü aşamada, yani Mahkemenin yarışan menfaatler arasında adil bir denge kurulup kurulmadığına baktığı aşamada sorulmaktadır. Sonuç olarak bir dava, bu ön aşamayı çok nadiren geçemez. Zira kanun koyucunun anayasal olarak yasaklanmış bir amacı (örn. ırk ayrımcılığı) hedeflemesi neredeyse görülmemiştir.

Alman Mahkemesi, ölçülülük testi çerçevesinde dar anlamda “amaç” için bir açıklama yapmamıştır. Bu nedenle akıl yürütmeye iki görüşe varılabilir. İlk görüşe göre; Mahkemenin kanısı, anayasa tarafından hariç tutulmadığı sürece yasama organının demokrasilerde herhangi bir amacı benimsemeye yetkili olduğudur. Amacın önem derecesi, yasama faaliyeti için bir koşul olamaz. Yasama faaliyetine konu olmak için neyin yeterli önemi haiz olduğu siyasete ait bir sorudur ve buna ancak demokratik işleyiş içerisinde karar verilmelidir. İkinci görüşe göre önem, bağlantısal bir kavram olarak kabul edilir ve soyut terimlerle belirlenemez. Dolayısıyla bir hakka yönelik birtakım sınırlandırmaları haklı gösterecek bir amacın yeterli önemde olup olmadığı sorusu, ancak ölçülülük testinin aşamaları uygulanarak cevaplanabilir. Amaçla ilgili olarak böyle bir soru sormak, yapılacak nihai değerlendirmenin zamansız bir öngörüsü olacaktır. Ancak iş pratiğe döküldüğünde farklılık kaybolmaktadır. Kanada’da neredeyse hiçbir kanunun, yetersiz amaç gerekçesiyle başarısız sayılmadığını görmek oldukça öğreticidir. Eğer bir kanunun anayasaya aykırı bir amacı varsa; bu kanun Almanya’da anayasaya aykırı sayılacağı gibi, Kanada’da

²⁰ P. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295, at 352.

da aykırı sayılır.²¹ Oysa herhangi bir meşru amaç, yeterli bir amaç olarak görülmektedir.

Kanunun amacının ne olduğunu belirlemek, Almanya’da ölçülülük ilkesini uygulamanın özellikle zorlanılan bir kısmı olmamıştır. Yasama kayıtları, amaca ilişkin yeterli bilgiyi genellikle içerirler. Yasama meclisinde, özellikle de Uzlaştırma Komitesinde [Vermittlungsausschuss], oturumda tartışılmadan ve son anda varılan uzlaşmalarda bu konuda bazı zorluklar ortaya çıkabilmektedir. Ne var ki yasamanın bir kanunu kabul ederkenki niyetinin ne olduğunu anlamak çok nadiren imkansız olmuştur.²² Bu durum, söz konusu bu aşamanın düşük bir önemde olduğu anlamına gelmez. Amaç ve araç arasında yapılan ayırım bazen çok zor olabilmektedir. Daha geniş bir açıdan bakacak olursak; dar bir şekilde tanımlanmış amaç, daha soyut bir amacın aracı olarak görülebilir. Ancak bu, amacın meşruiyetine nadiren etki ederken; üçüncü aşamadaki yarışan değerleri ve menfaatleri dengeleme sürecine geldiğinde önemli bir rol oynar.

Ölçülülük testinin birinci aşamasında, iki ülke arasındaki farkın yalnızca anlamsal olduğu görülmektedir. Bu aşamaya takılan kanun sayısı fazla değildir.²³ Bu aşamanın işlevi, kolayca sonuçlandırılabilir az sayıda davayı burada elemektir. Benzer şekilde ikinci aşamada da, iki hukuk sisteminin yalnızca terminolojik olarak ayrıştığı görülmektedir. Belli bir aracın kanunun hedeflediği amaca ulaşmak için "gerekli" olması; Alman anayasa hukukunda, daha az müdahale edici bir aracın mevcut olmadığına işaret etmekte olup bu, "en az zarar"ın yalnızca başka bir ifadesidir. Kanada’lı yazarlar benzer şekilde “en az zarar”ı tarif ederken genellikle “gerekli” terimini kullanırlar.²⁴ Daha az müdahale edici araçlar hakkındaki iddia, çoğunlukla o kanuna itiraz eden tarafça ortaya konulur. Bununla birlikte, Kanada’da anayasaya aykırı bulunan çoğu kanunun bu aşamada başarısız olduğunu gözlemlemek oldukça ilginçtir. Almanya’da ikinci aşamayı geçemeyen kanunların oranı; birinci aşamayı geçemeyenlerden oldukça az, ancak Kanada’da ikinci aşamayı geçemeyenlerden çok daha azdır. Ölçülülük testini geçemeyen kanunların büyük çoğunluğu, Almanya’da üçüncü aşamada başarısız olmaktadır.

²¹ Bkz. Joel Bakan *et al.*, eds., *Canadian Constitutional Law*; 3d ed. (Toronto: Emond Montgomery, 2003) at 759.

²² Örnek için bkz. BVerfGE 9, 291 (1959). Benzer şekilde, amacın değişmesi sorunu Almanya’da hiç olmamıştır.

²³ Elverişsiz araçlara iyi bir örnek, şahinle avlanan avcılar için getirilen silahla ateş etme testiydi: Şahin ile avlanmada silah kullanılmamaktadır. Bkz. BVerfGE 55, 159 (1980).

²⁴ Örn. Bkz. Bakan *et al.*, *Canadian Constitutional Law*; *supra* note 21 at 760.

IV. Daha çok farklılık: İkinci Aşama

İkinci aşamanın Almanya’da Kanada’ya oranla neden daha az öne çıktığı pek çok etmenle açıklanabilir. İlk olarak, kanunun amacının önem derecesi bu aşamada bir rol oynamaz. Amacın hukuka uygun olduğu kabul edilerek, yalnızca aynı amaca daha mutedil bir araçla etkin bir şekilde ulaşıp ulaşılamayacağı araştırılır. İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi, yasa organının seçtiği araçların kanunun amacını tümüyle gerçekleştirmesini beklemez. Aynı katkıya, temel hakka daha az müdahale eden bir araç ile ulaşılamıyorsa; o katkı, hatta o katkının çok daha azı bile yeterli sayılır. Özgün bir *Oakes* testinin gereği olan tartışma konusu kanunun zararlı ve faydalı etkilerinin karşılaştırılması hususu; Almanya’da ikinci aşamada değil, ancak üçüncü aşamada gündeme gelir. Üçüncü olarak, eğer ihlal vatanında dayatılan mali bir yükten kaynaklanıyorsa (genellikle ekonomiyi düzenleyen kanunlar ve meslek özgürlüğü veya mülkiyeti etkileyen kanunlarla ilgili davalarda), daha az müdahaleci bir araç her zaman bulunabilir: Başka birisi öder veya devlet bütçeden tahsis eder. Dolayısıyla bu davalarda test, herhangi bir şeyi dışarıda bırakmaz. Böylelikle soru, tedbirin yerindelğine dönüşür ve buna üçüncü aşamada karar verilir.²⁵

Buna ek olarak, Kanada Yüksek Mahkemesi’nin, *Oakes*’te “birinci madde incelemesinin kurucu unsurları”na²⁶ ilişkin “inandırıcı ve ikna edici” kanıtlar talep edildiğinde yaptığı kadar ileri bir ispat zorunluluğunu; Alman Mahkemesi, hükümet üzerine asla yüklememiştir. Eğer *Oakes*’in, belirsiz koşullar altında politika yapımının doğasını ihmal ederek Mahkeme için “muazzam kurumsal ikilem” yarattığı doğruysa²⁷; Alman Mahkemesi, yasamanın yasal bir amaca ulaşmak için araçları seçmede belirli bir derecede politik takdir yetkisini kullandığını vurgulamasıyla birlikte bu ikilemi aşmıştır.²⁸ Bu, politik karar üretiminin doğasını yansıtır. Daha az müdahale eden araçların olup olmadığını ortaya çıkarmak genellikle zor değildir; araçların aynı veya eş değer bir etkisi olacağını keşfetmek çok daha zordur.

Aracın amaca ulaşmaya katkı sağlayıp sağlamayacağı sorusuna karar verirken şu kısmen doğrudur: Cevap öngörülere göre değişir. Nükleer

²⁵ Bkz: BVerfGE 77, 308 at 334 (1987).

²⁶ *Oakes*, supra note 2 para. 68.

²⁷ Choudhry, “Real Legacy” supra note 4 at 503, 524.

²⁸ Bkz: *örneğin* BVerfGE 30, 250 at 263 (1971).

enerji tesislerini kapsayan *Kalkar* davası emsal bir karardır.²⁹ Yeni atom teknolojisi hakkında kanıt yokluğunda Mahkeme, yargısal görüşü politik olanın yerine koymayı reddetti; ancak yasamanın görev alanına duyulan bu saygıyı, yasamanın teknolojik gelişmeleri izlemesi ve eğer gerekliyse kanunu ıslah etmesi şeklinde bir anayasal sorumlulukla birleştirdi. *Code-termination* davasında Mahkeme pozisyonunu netleştirdi.³⁰ Bir yandan, gelecekteki gelişmeler hakkındaki belirsizlik, büyük önemi haiz konularda bile yasamaya bir yasak getirilmesini meşrulaştıramaz. Öte yandan, belirsizlik tek başına politik bir alanın yargısal kontrolden hariç tutulmasını da haklı çıkaramaz. Mahkeme daha sonra; politik alanın doğasına, dayanılabilir vakaları temel alarak karar verme ihtimaline, anayasal olarak korunan tehdit altındaki fayda veya menfaatlerin önemine bağlı olarak, yasamanın öngörülerinin açıkça yanlış olup olmadığından (Evidenzkontrolle) makul-lük testine (Vertretbarkeitskontrolle) ve sıkı biçimde denetime [strict scrutiny] (intensivierte inhaltliche Kontrolle) kadar sıralanan bir inceleme ölçütü geliştirdi. Eğer gerekliyse Mahkeme, kendi adına bir inceleme yapma konusunda tereddüt etmemektedir.³¹

Oakes'in katılığı belki de, Mahkeme Başkanı Dickson'un hak ve özgürlükleri garanti eden Beyanname'nin mutlak olmayıp üzerindeki sınırlamaların istisnai olduğuna ve sadece "istisnai kriter" ile meşrulaştırılabileceğine dair varsayımı ile açıklanabilir.³² Alman Mahkemesinin içtihadında benzer bir ifade bulmak zor olurdu. Temel hakların sınırlandırılması en başından normal addedildi, bunun sebebi tüm hak ve özgürlükler çatışabilir ya da suistimal edilebilir olmasıdır. Çatışan hakların uzlaştırılması ve

²⁹ BVerfGE 49, 89 at 130, (1978). İngilizce çeviride uzmanlar Kommers'e atıf yapıyor, *Constitutional Jurisprudence supra note 8* at 139; Dorsen, *Comparative Constitutionalism, supra note 11* at 239.

³⁰ BVerfGE 50, 290, s. 331 (1979) [*Codetermination Davası*]. İngilizcede uzmanlar çeviri için Kommers'e atıf yapıyor, *Constitutional Jurisprudence, supra note 8* at 267. Eşitlik davaları için kıyaslayınız: BVerfGE 88, 87 at 96. (1993) [*Transsexual Davası*].

³¹ Bkz: Klaus Jürgen Philippi, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts* (Cologne: Heymanns, 1971); Brun-Otto Bryde, "Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht", in Peter Badura ve Horst Dreier, editörler, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* vol. 1 (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001) 553. Yasamanın yargısal denetimi konusunda Mahkeme genellikle kuruluşlardan ya da Statistical Bureau gibi ofislerden ve ilgilenen ya da haberdar olan enstitüler veya sosyal gruplardan beyan talep eder. Bir davanın taraflarına, bu beyanlar hakkında kendilerini ifade etme fırsatı tanımır. Bazı davalarda Mahkeme, davanın taraflarından bağımsız olarak seçtiği uzmanları dinler.

³² *Oakes, supra note 2* para. 65.

özgürlüğün kötüye kullanımlarının önlenmesi yasamanın normal görevleridir. Hakların anayasal güvencesinin fonksiyonu; sınırlamayı olabildiğince zorlaştırmak değil, sınırlamaları bireysel otonomi ve onurun genel ilkeleri ile uyumlu kılacak özel gerekçeler gerektirmesidir. *Oakes* testinin daha sonraki tadili bunu hesaba katıyor görünmektedir.³³

Edwards Books'ta Kanada Mahkemesi ilk defa "savunmasız" veya "toplum içinde güçlü ... olmayan grub"un korunmasının, bu savunmasızlıktan çıkar sağlayana karşı bir sınırlandırmayı haklı gösterebileceğini belirtir. Ancak yine de Mahkeme, yasamanın anayasal olarak koruma sağlamakla yükümlü olmadığını, "eğer dilerse bunu yapabileceğini" ekler.³⁴ Alman Anayasa Mahkemesi bu noktadan daha ileriye gitmiştir. 1975'ten başlayarak, sadece devlet karşısında değil, aynı zamanda özel kişiler ve sosyal güçlerden kaynaklanan tehditler karşısında da anayasal hakların korunmasına dair bir yükümlülük tanımıştır.³⁵ Bu tür tehditlerin kendileri temel hakların kullanımının bir sonucu oldukları için; bir grubun hakları, ancak bir diğer grubun haklarını korumak adına kısıtlanarak bu yükümlülük yerine getirilebilir. Sonuç olarak, bir kanun sadece anayasal hakkın kısıtlanmasında çok ileriye gittiğinde (*Übermaßverbot*) değil, ayrıca temel hakkı korumak için yetersiz kaldığında (*Untermaßverbot*) da anayasayı ihlal etmiş olabilir.³⁶

Özellik arz eden bir konu da özel hukuk mevzuatıdır. Karşıtı olan kamu hukukundan farklı olarak bu kanunlar, birey ve devlet arasındaki ilişkinin aksine, bireylerin arasındaki ilişkilerle ilgilidir. Temel haklara gelince, kamu hukuku ilişkileri asimetriktir: Devlet, temel haklar ile bağlı iken, sa-

³³ *Karşılaştırınız: Edwards Books ve Art Ltd. v. The Queen* (1986) 2 S.C.R. 713 [Edwards Books]; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec*, [1986] 1 S.C.R. 927 ; *RJR MacDonald Inc. v. Canada (A.G.)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

³⁴ *Edwards Books*, *ibid.*

³⁵ BVerfGE 39, 1 at 42 (1975) [*Abortion I*]. İngilizce çeviride bölümler Kommers'te yer alıyor, *Constitutional Jurisprudence*, *supra note 8* at 336; Jackson ve Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, *supra note 18* at 115; Dorsen, *Comparative Constitutionalism*, *supra note 11* at 542. Bkz: Dieter Grimm, "The Protective Function of the Stage", in George Nolte, ed., *European and US Constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) 137; Dieter Grimm, "Human Rights and Judicial Review in Germany", in David M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1994) 267 at 279; Beatty, *Ultimate Rule*, *supra note 8* at 145.

³⁶ BVerfGE 88, 203 at 254 (1993) [*Abortion I*]. İngilizce çeviride bölümler Kommers'te yer alıyor, *Constitutional Jurisprudence*, *supra note 8* at 349; Jackson and Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, *supra note 18* at 134.

dece bireyler temel haklara sahiptir. Öte yandan özel hukuk ilişkileri simetrik: Her birey temel haklara sahiptir. Bu sebeple özel hukuk kanunları çoğu kez, ikisi de temel haklar tarafından korunmakta olan ve yarışan iki özel menfaatin uzlaştırılmasını gerektirecektir. Bu durum, tehlike altındaki hakkın, ancak diğer anayasal hakların sınırlandırılması suretiyle korunabileceği anlamına gelmektedir. Böyle bir durumda ikinci aşamada yer alan soru -bir temel hakkın sınırlandırılmasında fazla ileriye gidilip gidilmediği- tehlike altında olan hakka sağlanan korumanın yeterli olup olmadığı da sorulmadan cevaplanamaz. Görünüşe göre Kanada Anayasa Mahkemesi, bu sorunu en az zarar için yapılan incelemenin standartlarını düşürerek çözmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi, ikinci aşamanın sorulara bir cevap vermemesi nedeniyle, araç-amaç ilişkisinin burada söz konusu olmadığı görüşündedir. Mahkeme bu sorunu üçüncü aşamada çözer.

V. Geniş Bir Boşluk: Dengeleme

İki hukuk sistemi arasındaki en çarpıcı farklılık, ölçülülük testinin Almanya’da üçüncü aşamada düğümlenmesi, ancak Kanada’da üçüncü aşamanın yedek bir fonksiyonu olmasıdır. Alman Mahkemesi bu aşamada uzun uzadıya tartışırken, Kanada Mahkemesi çoğunlukla önceki analizin özetini yapar.³⁷ Bu farklılık nasıl açıklanabilir? Üçüncü aşamada yapılan analiz, iki hukuk sisteminde farklı şekilde tasvir edilir. Başyargıç Dickson’ın *Oakes*’de değindiği üzere, final aşaması *Beyanname*’deki hak veya özgürlüğü sınırlandıran tedbirlerin etkileri ile “yeterli önem” olarak tanımlanan amaç arasındaki orantılılığı gerektirir.³⁸ Testin *Dagenais*’teki özgün formunda, “hem bir tedbirin altında yatan amacın hem de onun uygulanmasından doğan faydalı sonuçların, tedbirin temel hak ve özgürlükler üzerindeki zararlı etkilerine orantılı olmasını” arar.³⁹ Alman Mahkemesi; ihlalin ciddiliğinin karşısına, vakaları haklı gösteren önemliliği ve aciliyeti olarak bir tartım yapar. Diğer bir deyişle Mahkeme, kanunun uygun bulunması halinde ihlal edilecek hakkın neden olacağı kayıp ile temel hakkın baskın çıktığı durumda kanunla korunan değer kaybını karşılaştırır.

³⁷ Frank Iacobucci, “Judicial Review by the Supreme Court of Canada under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms: The First Ten Years*” in David M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1994) 121.

³⁸ *Oakes*, *supra* note 2 at para. 70.

³⁹ *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corporations*, [1994] 3 S.C.R. 835 at 887. Almanya’da benzer bir dava için bkz: BVerfGE 35, 202 (1973) [*Lebach*]. İngilizce çeviride bölümler Kommers’te yer alıyor, *Constitutional Jurisprudence supra* note 8 at 416; Basil S. Markesinis, *The German Law of Torts: A Comparative Introduction*, 3d ed. (Oxford: Clarendon Press, 1997) at 390.

Bu karşılaştırma, ölçülülük testinin ilk iki aşamasında yapılan değerlendirmeden farklılık gösterir. Bu iki aşama, katı bir araç-amaç incelemesine hasredilmiştir. Düşünce şudur ki, kanunun amacına ulaşmak için gerekli olmayan yasal araçlar, temel hakkın sınırlandırılmasını meşrulaştırmaz. Üçüncü aşamada, mahkeme ilk iki aşamanın araç-amaç incelemesini geride bırakır. Burada, karşılaştırma konuları değişir ve analizin alanı genişler. Karşılaştırma artık burada, bir yanda temel haktaki kayıp, diğer yanda -çoğu kez anayasaya uygun bulunan- kanunun koruduğu menfaatten elde edilen kazanç arasındadır. Bu, soyut bir denge değildir. Anayasa Mahkemesi, çeşitli temel haklar arasında bir hiyerarşi tanımaz. Böylelikle denge, somut ya da Kanada terminolojisindeki ifadesiyle bağlamsal olmalıdır. Sorulardan biri, hakkın ne kadar çok ihlal edildiği; diğer soru ise kanunun koruduğu menfaate karşı yönelen tehlikenin ne kadar ciddi ve bu tehlikenin gerçekleşme ihtimalinin ne kadar olası olduğudur. Dahası, tartışma konusu kanunun; menfaati, tehlike karşısında ne kadar koruyacağı ihlalin derecesine karşı ölçülmelidir.

Oysaki bu konsept, Kanada Mahkemesine hiç yabancı değildir. Başyargıç Dickson, *Oakes* davasında temel hakkın tam korumasının üçüncü aşama olmadan imkansız olduğunu çoktan kabul etmiştir: “Bir amaç yeterli derecede önemli ve ölçülülük testinin ilk iki unsuru tatmin edici olsa dahi, tedbirin bireyler veya gruplar üzerindeki zararlı etkilerinin büyüklüğü nedeniyle; bu tedbirin meşruluğunun, hizmet edilmesi istenen amaçlar ile haklı gösterilmesi mümkün olmayabilir.”⁴⁰ Alman yaklaşımına olan benzerlik; Mahkemenin, ölçülülük testinin üçüncü aşamasının oynadığı rolün önceki aşamalardan temelde ayrıldığını ifade ettiği *Thompson Newspaper v. Canada (A.G.)* davasında⁴¹ daha da belirginleşiyor:

Ölçülülük analizinin birinci ve ikinci aşamalarında odak, tedbirler ve *Beyanname*'deki söz konusu hakların arasındaki ilişki değil; daha ziyade yasamanın amaçları ile kullanılan tedbirler arasındaki ilişkidir... Ölçülülük analizinin üçüncü aşaması, *Beyanname*'nin temelinde yatan değerlerin belirlediği şekilde, sınırlamayla gelen faydaların sınırlamanın verdiği zararlı etkilerle orantılı olup olmadığını ... değerlendirme imkanı sunuyor.⁴²

Mahkemenin muhakemesi ve uygulaması arasındaki bu boşluğun izahı, üçüncü aşamaya ilişkin unsurların daha önceki aşamalarda zaten ele

⁴⁰ *Oakes, supra note 2* at para. 71.

⁴¹ [1998] 1 S.C.R. 877 [Thomson].

⁴² *Ibid.* at para. 125.

alınmış olması hususunda aranmalıdır. Amacın önemi; Mahkemenin sadece kanunun amacını ortaya çıkarmadığı, buna ek olarak Beyanname'deki hakların sınırlandırılmasını haklı bulmak için kanunun yeterli derecede acil ve gerçek olup olmadığını da sorguladığı ön aşamada genel olarak belirlendi. İhlalin korumadan yararlananlar üzerindeki etkileri, testin önceki iki aşamasında ihlalin varlığı ile ilişkili olarak değerlendirildi ve böylece Mahkeme için üçüncü aşamada söylenecek pek bir şey kalmamış oldu. Sonuç olarak, anayasaya aykırı sınırlamaların nedenleri, her zaman önceki aşamalarda bulunmuştur.

Yabancı bir gözlemci; Kanada Yüksek Mahkemesi'nin, bir mahkemenin bu aşamada yasal bir karardan çok politik bir karar alabileceği korkusuyla üçüncü aşamadan kaçındığı izlenimine kapılabilir. Anayasa hukukçuları, Mahkemenin bu tutumunu destekler.⁴³ Gerçi uygulamada, Mahkemenin ikinci aşamayla yüklediği değer, Alman Mahkemesi'ne nazaran çok daha fazla olduğu görünmektedir. Başyargıç Dickson'ın *Keegstra* davasındaki uzun değerlendirmelerini veya o zamanki Yargıç McLachlin'in karşı görüşündeki yorumlarını örnek olarak alınız.⁴⁴ Bunlar, ikinci aşamada ortaya konan soruya -yani kanun tarafından sınırlanan hak üzerine daha az bir külfet yüklemek üzere kanunun amacına ulaşmakta yasama tarafından seçilmiş araç kadar etkili alternatif araçlar olup olmadığı sorusuna- cevap vermek için gereğinden çok daha fazlasını içermektedir. Aynı, kanunun çözüm getirmek istediği tehlikenin türü ve büyüklüğü için de doğrudur. Anlaşıyor ki Mahkeme, bazen şu ifadeyi kullanır: Kanun, belli bir tehlikeden ötürü bir garantiyi “gereksiz yere sınırlandırmaz”; bu, Almanya'da üçüncü aşamada kullanılan dengeleme sürecine özgü tipik bir ifadedir.

Üçüncü aşamaya geçmek için yaşanan tereddüdün sebebi eğer gerçekten politik mülahazalardan kaçınmak ve değer yargıları ise; Mahkeme, kendini kandırma riskine bütün değer-yönelimli [value-oriented] mülahazalar tarafından [value-neutral] bir kategori kılıfı altında yapıldığında girer. Böylelikle, ilginç bir soru olarak üçüncü aşamanın doğru şekilde anlaşılıp anlaşılmadığı, Mahkemeyi yasal alandan ayırıp gerçekten politik mülahazalara zorlayıp zorlamadığı gündeme gelmektedir. Bu tip korkular yalnızca Kanada'da bulunmuyor; aynı şekilde Almanya'da da eleştiriler yapılmaktadır. Bernhard Schlink belki de bu eleştirenlerin en önde gelenidir.⁴⁵ Schlink; Anayasa

⁴³ Örn. *Bkz.*: Peter W. Hogg, “Section 1 Revisited” (1991) 1N.J.C.L. 1 at 22.

⁴⁴ *R. v. Keegstra*, [1990] 3S.C.R. 697.

⁴⁵ Bernhard Schlink, *Abwägung*, *supra note* 16; Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit” in Peter Badura ve Horst Dreier, Editörler, *Festschrift 50 Jahre*

Mahkemesi, üçüncü aşamada yürütmenin tasarruflarını veya ilk derece mahkemesinin kararlarını incelerken, dengelemeyi kabul ediyor. Ancak yasanın tasarrufları söz konusu olduğunda bunu hariç tutmak istiyor. Çatışan menfaatleri dengelemenin, öncelikleri belirlemenin ve kaynakları bölüşürmenin sahici bir politik fonksiyon olduğunu savunuyor. Schlink'e göre mahkemeler, dengelemeyi kendi başlarına yaptığı zaman hukuki alandan çıkıyor ve politik fonksiyonu gasp ediyor. Bununla birlikte, eleştiriler Almanya'da ufak bir azınlığı teşkil etmekte ve dengeleme, yargı tarafından sürekli uygulanmaktadır.

VI. Haklı Endişeler?

Üçüncü aşamanın politik içerikli olduğuna dair eleştirilere benim cevabım iki yönlüdür. Öncelikle, bence tam olarak anlaşıldı ki ölçülülük testi üçüncü aşama olmadan amacını yerine getiremez; diğer bir deyişle, temel haklara tam bir etkinlik sağlayamazdı. Bu durumun sebebi, bir temel hak ihlalinin etkisinin tam anlamıyla ancak üçüncü aşamada belirlenebilmesidir. Önceki iki aşama sadece, kanunun amacına ulaşmadaki başarısızlığını ortaya çıkarabilir. Bu aşamalar kanunun amacının nispi ağırlığını; bir yandan temel hak, diğer yandan incelenmekte olan yasalar bağlamında değerlendiremez. Varsayalım ki bir davada, bir failin mülkiyete zarar vermesini önlemek için kullanılan tek araç, polise ölüme varan bir silah kullanma yetkisi vermek olsun. Almanya'da mülkiyet hakkının kendisi anayasal olarak güvence altındadır. Mülkiyetin korunması elbette ki hukukidir, hatta bu önemli bir amaçtır. Bir faili, mülkiyete zarar vermemesi için vurarak öldürmek elverişli bir araçtır. Vurmak fiiline ancak başka bir araç mümkün olmadığı için izin verilmişse, ikinci aşamanın gereklilik testi de geçilmiş demektir. Eğer burada durmak zorunda kalınsaydı, yaşam hakkı ile mülkiyetin arasındaki bir denge kurulamazdı. Kanunun anayasaya uygun olduğu kabul edilip yaşam hakkı layıkıyla korunmazdı.

İkinci olarak, kanaatimce; politik kararların tehlikesi, iş dengelemeye geldiğinde terazinin iki tarafına ne konduğuna dair yapılacak dikkatli bir saptamayla önlenebilir. Bir yasal tedbirin bir temel hakkın tamamına etki etmesi nadiren gerçekleşir. Genelde, bir hakkın sadece belirli bir yönü etkilenir. Örneğin bir kanun, bütün ifadeleri değil, yalnızca belli bir medya alanındaki belli ürünlere ilişkin ticari ifadeleri düzenler. Hakkın tamamıyla ilişkili olarak düzenlenmiş olan o hakkın bir yönünün ağırlığı dikkatlice

Bundesverfassungsgericht, vol. 2 (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001) 445. Yeni ve kısmen farklı bir uyarı için *Bkz*: Frank Raue, "Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein" (2006) 131 ArchÖffR 79.

belirlenmelidir. Bu durum, hakkın sınırlandırılmasında menfaati olanın elde edeceği fayda için de geçerlidir. Bir tedbirin, elde edilecek bir faydayı tam olarak koruması nadiren mümkün olur. Bunun sadece belli yönleri olumlu olarak etkilenecektir. Hakkın bu yönlerinin önemi, faydanın tamamı göz önünde tutularak ve tedbirin sağlayacağı korumanın derecesi kadar bir iyi şekilde, dikkatlice belirlenmelidir.⁴⁶ Eğer bu belirleme isabetli olarak yapılırsa, dengeleme süreci yeteri kadar kanuna bağlı kalır ve yasanın seçimi için yeterli bir alan bırakılır.

Öyleyse son bir soru kalıyor: Kanada Yüksek Mahkemesi; -içtihadı hakkındaki analizim doğru ise- ölçülülüğün birinci aşamasında vadettiğinden daha azını yapıyor ve ikinci aşamasında vadettiğinden daha fazlasını yaparak üçüncü aşamaya pek bir şey bırakmıyorsa, bu ne kadar önemlidir? Testin üç aşamasından (bir ön aşama ile birlikte) birinin, önceki aşamaların sonuçlarının bir tekrarına dayanması bir hata göstergesi olur mu? Diğer bir deyişle, ilgili soruların bir yerde sorulmuş olması yeterli midir; ya da onları belli bir düzene göre sormakta hukuki bir yarar var mıdır? Bu sorulara kesin bir cevap vermek, Mahkemenin içtihadına dair benimkinden daha detaylı bir incelemeyi gerektirir. Benim özetleyebileceğim, ölçülülük testinin disipline edici ve rasyonelleştirici etkisi olup bu etki; sade bir makullük testinden veya az çok özgürce yapılan bir dengeleme işleminden daha büyük bir avantajı haizdir. ABD'deki davaların çoğunda olduğu gibi, dört aşama açık olarak ayrılmadığında bu etki azalacaktır. Her aşama belirli bir değerlendirmeyi gerektirir. Sonraki aşamaya geçebilmek için, incelenen kanunun önceki aşamada başarısız olmaması gerekir. Aşamalardaki bir karışıklık; incelenen unsurların, kontrolsüz bir şekilde sürece dâhil olması ve daha keyfi ve daha az öngörülebilir bir hale gelmesi tehlikesini yaratır.

⁴⁶ Aynı şekilde bkz: *Edmonton Journal v. Alberta* [1989] 2 S.C.R. 1326 (“Bir şey açık görünüyor ve bu da bir kimsenin bir değeri tamamen ve çatışan değeri ise kendi bağlamında dengelememesi gerektiğidir. Bunu yapmak, muhtemelen sorun hakkında peşin hüküm vermeye neden olacaktır.”) Alman Anayasa Mahkemesi bu tehlikeyi önlemekte her zaman başarılı olamamıştır.

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları

A. Yayın İlkeleri

1. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TA-ÜHFD)/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR), “Hakemli Dergi” statüsünde, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) basılı olarak yayımlanır. Ayrıca çalışmaların PDF biçimli tam metinleri <http://hfd.tau.edu.tr> adresinde yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Derginin yayın dili Türkçe ve Almanca’dır, fakat niteliği dikkate alınarak İngilizce metinler de kabul edilecektir.

4. Dergide kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında yazılmış makale ve çeviri çalışmalarına yer verilir. Ayrıca dergide, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, sempozyum bildirileri ve bilgilendirici notlara da yer verilebilecektir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, dergi yayın kurulu tarafından yapılacaktır.

5. Çalışmanın yazarı adını, soyadını, iş adresini, telefon numaralarını ve e-posta adresini dergi sorumlusuna bildirmelidir.

6. Dergi yayın kurulu tarafından ilk değerlendirmede dergi yayın ilkelerine uygun bulunan makale çalışmaları, yazar adları metinden çıkarılarak, iki hakeme gönderilir. Hakem değerlendirmesi sonucunda hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda çalışma, üçüncü bir hakeme gönderilir. Çalışmanın yayımlanabilmesi için en az iki hakemin olumlu görüş bildirmesi gerekir. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan çalışmalar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir ve yazarları tarafından en geç 15 gün içinde teslimi gereklidir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

7. Çeviri çalışmaları bakımından, çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Ayrıca asıl metnin tam bibliyografik künyesinin (asıl metnin yayımlandığı eserin adı, yazarı, baskı yeri, baskı yılı, cildi, sayısı ve sayfaları) bildirilmesi gerekir. Çeviri çalışmaları da makale çalışmaları için geçerli olan hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen çalışmanın çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir. Dergi yayın kurulu, çalışmaların yayımlanması konusunda yetkili kılınır.

9. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen çalışmaların tauhfd@tau.edu.tr veya ztdr@tau.edu.tr e-posta adresine "Microsoft Word" yazılımı formatında (.doc, .docx) gönderilmesi gerekmektedir.

10. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların içeriği ile ilgili tüm sorumluluk yazarlarına aittir.

B. Yazım Kuralları

1. İmlâ ve noktalama açısından (özel kullanımlar dışında) Türk Dil Kurumu'nun İmlâ Kılavuzu esas alınmalıdır. Gönderilen yazılar dil ve anlatım açısından bilimsel ölçülere uygun olarak açık ve anlaşılır olmalıdır.

2. **Başlık:** Çalışmanın Türkçe başlığı, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır. İngilizce başlık, Türkçe başlıktan sonra, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır.

3. **Yazar/Yazarlar:** Yazar/yazarların isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın/yazarların unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir. Ayrıca yazar/yazarların "ORCID" bilgilerinin de sisteme girilmesi gerekmektedir.

4. **Öz ve Özet:** Türkçe "Öz", 10 punto yatık (italik) olarak koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile 1 satır aralığıyla yazılmalı ve 500 kelimeyi geçmemelidir. Öz'ü takiben aynı şekilde "Abstract" başlığıyla

İngilizce Öz de yer almalıdır. Ayrıca çalışmalarının sonunda, çalışma Türkçe dilinde kaleme alınmışsa, ‘Zusammenfassung’ başlığıyla Almanca bir özetin; Almanca dilinde kaleme alınmışsa, Türkçe bir “Özet”in yer alması gerekir. Bu özet, en az 500, en fazla 1000 kelime kullanılarak hazırlanmalı ve çalışmanın temel çerçevesini, sorunsalını ve sonucunu ortaya koyan bir içerikte olmalıdır.

5. Anahtar Kelimeler: Öz kısımlarının altında Türkçe “Anahtar Kelimeler”e ve İngilizce “Keywords”e yer verilmelidir. Anahtar kelime sayısı, makalenin erişimine olanak verecek alanları içerecek şekilde en az 4, en fazla 8 kelimedenden oluşmalıdır.

6. Çalışma Metni: Metin, 12 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle 1,5 satır aralığında yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve yatık (italik) karakter kullanılarak belirtilir. Yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde yatık (italik) yazı kullanılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

7. Çalışma Metnindeki Başlıklar: Konunun işlenişine göre rakam/harf sistemi esas alınarak yine 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle ana, ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Başlıklardaki her bir kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır.

8. Kısaltmalar: Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

9. Metin içinde kullanılacak tablo ve şekillere sıra numarası ve başlık verilmelidir.

10. Dipnot Gösterimi: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıfta yer alan bilgiler ile kaynakçada yer verilen eserin bilgileri aynı olacak şekilde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir:

a) Kitaplar İçin:

Dipnotta kitaplara atıf yapmak için ilk olarak yazarın adı ve soyadı olmak üzere, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Sadece kitap başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23.

Birden fazla yazarlı kitaplara “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı kitaplar için sonraki dipnotlarda ise, “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Çekin, s. 71. – Akkanat/Çekin/Sarıkaya, s. 80.) Eğer aynı yazarın birden fazla kitabına atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, kitabın başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Kitap başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, s. 73.)

b) Makaleler İçin:

Dipnotta makalelere atıf yapmak için yazarın adı ve soyadı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak), makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: Meltem Deniz Güner-Özbek, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227, s. 1200.

Birden fazla yazarlı makalelere “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı makaleler için sonraki dipnotlarda ise “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Güner-Özbek, s. 1190. – Göçmen/Keskin, s. 450.) Eğer aynı yazarın birden fazla makalesine atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, makalenin başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Makale başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Güner-Özbek, *Yolcu Hakları*, s. 1205.)

11. Kaynakça Gösterimi: Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakçada, sadece metin içinde atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlenme yapılabilir.

a) Kitaplar İçin:

Kaynakçada kitaplar için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: ÇEKİN Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

b) Birden Fazla Yazarlı Kitaplar İçin:

Kaynakçada birden fazla yazarlı eserler için büyük harflerle sadece yazarların soyadı olmak üzere, yazarların önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: AKKANAT Halil/ÇEKİN Mesut Serdar/SARIKAYA Murat, *Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği (Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku Çözümlü Pratik Çalışmalar)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

c) Makaleler İçin:

Kaynakçada makaleler için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak) ve makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı gösterilir. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227.

Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben

A. Publikationsrichtlinien

1. Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint nach Durchführung eines Begutachtungsverfahrens von Werken in zwei Ausgaben pro Jahr (Juni, Dezember). Darüber hinaus werden Volltexte der Werke in PDF-Format unter <http://hfd.tau.edu.tr> veröffentlicht.

2. Die eingereichten Werke dürfen nicht anderweitig veröffentlicht sein oder werden.

3. Die Publikationssprache ist Türkisch und Deutsch; auch englische Texte werden ausnahmsweise aufgenommen.

4. In der Zeitschrift sind Aufsätze und Übersetzungen enthalten, die die Bereiche öffentliches Recht oder Privatrecht betreffen. Außerdem können Entscheidungs- und Buchrezensionen, Gesetzgebungsbewertungen, Symposiumsmeldungen und informative Notizen in der Zeitschrift veröffentlicht werden. Die Annahme oder Ablehnung der Beiträge erfolgt durch die Redaktion der Zeitschrift.

5. Der Beiträger muss den Vor- und Nachnamen, die Geschäftsadresse, eine Telefonnummer und E-Mail-Adresse angeben.

6. Die eingereichten Aufsätze werden von der Redaktion überprüft und Aufsätze, die den Richtlinien der Zeitschrift entsprechen, werden in anonymisierter Form zu zwei Begutachtern weitergeleitet. Im Fall eines Dissenses wird der Aufsatz einem dritten Begutachter gegeben. Mindestens zwei Begutachter müssen die Annahme vorschlagen, damit der Aufsatz veröffentlicht wird. Wenn nach redaktioneller Überprüfung festgestellt wird, dass der Aufsatz den Publikationsrichtlinien nicht entspricht, wird er zur Überarbeitung zurückgegeben.

7. Bei Übersetzungen sollen der Originaltext und die Zustimmung des Rechtsinhabers übermittelt werden. Außerdem ist das vollständige bibliographische Impressum des Originaltextes (der Name des Werks, in dem

der Originaltext veröffentlicht worden ist, Autor, Ort des Druckes, Jahr des Druckes, Band, Anzahl und Seiten) anzugeben. Übersetzungen unterliegen der Bewertung der Begutachter wie Aufsätze.

8. Die finanziellen Rechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe, Verarbeitung und Übersetzung der zur Veröffentlichung angenommenen Werke werden an die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität für alle Formen und Medien im In- und Ausland übertragen. Der Autor akzeptiert, dass ihm keine Urheberrechtsgebühr bezahlt wird.

9. Die Werke, die in der Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien veröffentlicht werden sollen, sind an die E-Mail-Adresse tauhfd@tau.edu.tr oder ztdr@tau.edu.tr im Software-Format "Microsoft Word" (.doc, .docx) zu senden.

10. Die Haftung für den Inhalt der zur Veröffentlichung in der Zeitschrift eingereichten Studien liegt bei den Autoren.

B. Redaktionsvorgaben

1. Titel: Der türkische Titel des Werkes soll in Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben fett und zentriert geschrieben werden. Der englische und deutsche Titel soll nach dem türkischen Titel mit Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben zentriert und fett geschrieben sein.

2. Autor/Autoren: Der Titel, die Institution, die Arbeitsgebiete und die E-Mail-Adresse von Autor / Autoren sind anzugeben. Außerdem sollen "ORCID" -Informationen von Autor / Autoren in das System eingegeben werden.

3. Kurzfassung und Zusammenfassung: Türkische "Öz" soll in 10 pt (kursiv) fett und in Times New Roman mit 1 Zeilenabstand geschrieben werden und 500 Wörter nicht überschreiten. Nach der Kurzfassung soll auch eine englische Kurzfassung mit dem Titel "Abstract" in der gleichen Art und Weise gegeben werden. Am Ende des Werkes, wenn das Werk in türkischer Sprache eingereicht wurde, befindet sich eine Zusammenfassung in deutscher Sprache mit der Überschrift "Zusammenfassung"; wenn das Werk in deutscher Sprache eingereicht wurde, soll ein türkischer "Özet" eingefügt werden. Diese Zusammenfassung soll mit einem Minimum von 500 Wörtern und einem Maximum von 1000 Wörtern erstellt werden und den grundlegenden Rahmen, die Problematik und den Endergebnis skizzieren.

4. Schlüsselwörter: Unter dem Kurzfassungsteil sollen türkische "Anahtar Kelimeler" und englische "Keywords" stehen. Die Anzahl der Schlüsselwörter soll mindestens 4, höchstens 8 Wörter umfassen, um die Bereiche einzuschließen, die den Zugriff auf den Aufsatz erleichtern.

5. Text: Der Text wird in 12-pt geschrieben, wobei die Schriftart Times New Roman mit 1,5 Zeilenabstand ist und vertikale und normale Buchstaben verwendet werden. Die Fußnoten werden in 10 pt, mit Times New Roman, mit vertikalen und normalen Buchstaben geschrieben. Fußnoten sollen am Ende der Seite stehen. Zitate werden in Anführungszeichen und Kursivschrift dargestellt. Für ausländische Idiome und Eigennamen wird kursiver Typ verwendet. Fremdwörter im Text sollen kursiv geschrieben sein. Nach dem Komma, Punkt und anderen Satzzeichen steht ein Leerzeichen.

6. Fußnotenanzeige: Die beim ersten Zitat angegebenen Informationen über die Werke sollen in Fußnoten genauso geschrieben sein wie die Informationen über die Werke in der Bibliographie. Fußnotengestaltung ist wie folgt:

a) Für Bücher:

Um auf die Bücher in der Fußnote zu verweisen, werden zuerst Name und Nachname des Autors, der Verlag, der Ort der Veröffentlichung, das Jahr der Veröffentlichung, die Seiten- (s.) oder die Absatz-/Randnummer (n.) angezeigt und es steht am Ende ein Punkt. Nur der Titel des Buches soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, 1986, s. 23.

Die Bücher, die sowohl von einem Einzelautor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als "Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer" zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, s. 71.) Wenn mehr als ein Buch desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Buches und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Buchs kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, s. 73.)

b) Für Aufsätze:

Um Aufsätze zu zitieren, sollen Vor- und Nachname des Autors, Titel des Artikels (in Anführungszeichen), Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, Anzahl der Bände, Anzahl der Ausgabe, Verlag, Erscheinungsdatum (in Monaten und Jahren), Seitenbereich, in dem der Aufsatz sich befindet, Seitennummer (s.) oder Absatz-/Randnummer (n.) im Fußnot angezeigt werden und am Ende steht ein Punkt. Nur der Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Matthias Mahlmann, “Menschenwürde in Politik, Ethik und Recht – universelle Fassade, kulturelle Relativität?”, in: F. Salinger, Y. Kim, S. Liu, C. Mylonopoulos, J. Tavares, K. Yamanaka, Y. Zheng, *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017, s. 267 – 281

Die Aufsätze, die sowohl von einem Autor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als “Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer” zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, s. 270.) Wenn mehr als ein Aufsatz desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Artikels und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Aufsatzes kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, Menschenwürde, s. 270.)

