

Cilt-1 Sayı-2  
Jahrgang-1 Heft-2  
2019

**FAU** TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ  
TÜRKISCH-DEUTSCHE UNIVERSITÄT

# HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

## ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN

Cilt-1 Sayı-2 Jahrgang-1 Heft-2 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: 2 • Aralık/December 2019**  
**ISSN: 2687-3923 E-ISSN: 2687-461X**

**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, Zürich 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. Huang Hui, Beijing 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 yayınlanır/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**

Aralık 2019

## İçindekiler/Inhaltsverzeichnis

<b>MAKALELER/AUFSÄTZE</b> .....	1
<b>İşyeri Devri ve Kamuda Çalışan Alt İşveren İşçilerinin Kadroya Geçişi Bağlamında İşveren Değişikliğinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi</b>	
Die Auswirkungen der Arbeitgeberänderung durch die Übertragung des Arbeitsplatzes und den Übergang von Sub-Arbeitnehmern zum Öffentlichen Arbeitgeber auf den Tarifvertrag .....	3
Dr. Esra Yiğit	
<b>Was ist Vertriebsrecht? Perspektiven Eines Neuen Rechtsgebiets</b>	
Satım ve Dağıtım Ağı Hukuku Nedir? Yeni Bir Hukuk Dalına İlişkin Görüşler .....	25
Prof. Dr. Dr. Dr. c.h.mult Michael Martinek	
<b>Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Tazminat Talepleri Üzerine İnceleme</b>	
Übersicht zur Ansprüche auf Schadensersatz nach dem Gesetz über geistige und künstlerische Werke .....	59
Dr. Murat Sarıkaya	
<b>Rekabet Hukukunun Hukuk Mahkemeleri Eliyle Uygulanması Önündeki Engeller</b>	
Hindernisse bei Durchsetzung des privaten Kartellrechts .....	91
Doç. Dr. Koray Demir	
<b>Toptan Temlikte Teminat ile Teminat Altına Alınan Alacaklar Arasındaki Oransızlık Sorunu</b>	
Das Problem der Unverhältnismässigkeit zwischen der Sicherheit und der zu sichernden Forderung bei Globalzessionen .....	125
Doç. Dr. Mesut Serdar Çekin	
<b>Compliance in Deutschland-Eine Einführung</b>	
Almanya'da Uyumluluk-Giriş .....	159
Dr. Karen Klein	
<b>Eser Sözleşmelerinde Götürü Bedel ve Bu Bedelin Uyarlanması</b>	
Der Pauschalpreis im Werkvertrag und seine Anpassung .....	185
Dr. Tolga Özer	

<b>Eugh-Urteil vom 19. 12. 2013 – C-209/12: Impuls für die Fortbildung und den Ausbau der gesetzlichen Maßnahmen zum Schutz der Türkischen Versicherungsnehmer?</b>	
ABAD'ın 19.12.2013 Tarih ve C-209/12 Sayılı Kararı: Türk Sigortalıları Koruyucu Kanuni Düzenlemelerin Geliştirilmesi ve Genişletilmesine Yönelik Bir Teşvik mi? .....	213
Doç. Dr. Necat Azarkan/Doç. Dr. Tolga Candan	
<b>Federal Alman Mahkemesi'nin Hâkimin Reddine İlişkin Güncel Kararlarının İncelenmesi</b>	
Die Rezension einiger aktueller Bgh-Urteile Hinsichtlich der Ablehnung des Richters.....	225
Prof. Dr. H. Özden Özkaya Ferendeci	
<b>ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN</b> .....	245
<b>BVerfGE 69, 315-Brokdorf</b>	
Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Brokdorf Kararı: Toplanma Özgürlüğünün Kapsamı Üzerine .....	247
Çeviren/Übersetzt von: Dr. Berke Özenç	
<b>BVerfGE 89, 214-Bürgschaftsverträge</b>	
Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Kefalet Kararı: Gelir ve Varlıktan Yoksun Aile Mensuplarının Kefil Olduğu Sözleşmelerin İçerik Denetimi Üzerine.....	281
Çeviren/Übersetzt von: Doç. Dr. Mesut Serdar Çekin	
<b>Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları</b> .....	297
<b>Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben</b> .....	303

## **MAKALELER/AUFSÄTZE**





## İŞYERİ DEVRİ VE KAMUDA ÇALIŞAN ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN KADROYA GEÇİŞİ BAĞLAMINDA İŞVEREN DEĞİŞİKLİĞİNİN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

### DIE AUSWIRKUNGEN DER ARBEITGEBERÄNDERUNG DURCH DIE ÜBERTRAGUNG DES ARBEITSPLATZES UND DEN ÜBERGANG VON SUB-ARBEITNEHMERN ZUM ÖFFENTLICHEN ARBEITGEBER AUF DEN TARIFVERTRAG

Dr. Esra YİĞİT\*

#### ÖZ

*İşçilerin örgütlenerek çalışma koşullarını iyileştirmelerinde bir araç olan toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önceki sürecin yanı sıra, sözleşmenin devamlılığının sağlanması da önem taşır. Bu devamlılığın etkilenmesi muhtemel olan durumlardan biri ise sözleşmenin tarafı olan işverenin değişmesidir. Bu çalışmada, öncelikle 6356 sayılı Kanun m. 38 çerçevesinde işyeri devri karşısında devre konu işyerinde veya devralan işverenin mevcut işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin durumu incelenecektir. Maddede yer alan ihtimallerin yanı sıra yetki sürecindeki devirler de çalışmada yer bulmuştur. Sonrasında ise 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve 6356 sayılı Kanun geçici m. 7 uyarınca, kamuda iş yapan alt işveren işçilerinden, kamu işverenin kadrosuna geçiş yapanların toplu iş sözleşmelerinden yararlanmaları incelenmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Toplu İş Sözleşmesi, İşverenin Değişmesi, 6356 Sayılı Kanun m. 38, Taşerondan Kadroya Geçiş, 375 Sayılı KHK.*

---

\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (yigit@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-8312-7941.

## THE EFFECT OF THE EMPLOYER CHANGE ARISING FROM THE TRANSFER OF THE WORKPLACE AND THE TRANSITION OF SUB-EMPLOYERS WORKING IN THE PUBLIC TO THE PUBLIC EMPLOYER ON THE COLLECTIVE AGREEMENT

### ABSTRACT

*In addition to the process before the signing of the collective agreement, which is a tool for workers to organize and improve their working conditions, it is also important to ensure the continuity of the agreement. One of the situations that this continuity is likely to affect is the change of the employer who is a party to the contract. In this study, the situation of the collective agreement applied in the current workplace or in the current workplace of the acquiring employer within the framework of Article 38 of Law No. 6356 will be examined. In addition to the possibilities mentioned in the article, the periods before the signature of the contract were included in the study. Then, the rights of the workers who have been transferred from subcontractor to public employers are examined.*

**Keywords:** *Collective Agreement, The Change of The Employer, Transfer of Workplace, Article 38 of Law No. 6356, Transferred Workers From Subcontractor to Public Employers.*

### GİRİŞ

İş Kanunu m. 6'da yer bulan işyeri devri, işyerinin veya bir bölümünün hukuki işleme dayalı olarak bir başkasına devri olarak açıklanmaktadır. Bir işyeri devrinin varlığından bahsedebilmek için, devre konu olacak bir işyeri veya işyeri bölümünün varlığı, bu işyeri veya bölümün ekonomik birliğini koruyarak bir başkasına devri ve bu devrin bir hukuki işleme dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>1</sup>. Bu doğrultuda doktrinde işyeri devri, işverenin değiştiği durumlardan biri olarak kabul edilmekte ve işverenin devir dışında değiştiği durumlar işverenin ölümü, iflası, işyerinin

---

<sup>1</sup> Ercüment Özkaraca, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu*, Beta Basım Yayım, İstanbul 2008, s. 20 vd.; Gülsevil Alpagut, *İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı*, Beta Basım Yayım, İstanbul 2010, s. 28; Fatma Bengü Uçarol, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 40 vd.; Mustafa Çiçek, *İşyerinin Devri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 38 vd.

özelleştirilmesi, şirketlerin birleşmesi veya tür değiştirmesi olarak örnek-lendirilmektedir<sup>2</sup>. Madde gerekçesinde, İşK. m. 6 kapsamında işyeri devrinin, gerçek kişi işverenin ölümüyle işyerinin miras hükümlerine göre mirasçılara geçmesi dışında hukuki bir işleme dayalı olarak işyerinin ve bir bölümünün başka işverene geçtiği bütün halleri kapsadığı belirtilmiştir. Ayrıca yine gerekçede belirtildiği üzere hukukî işlem sonucu işyeri veya bölümünün bir satış sözleşmesinde olduğu üzere kesin ve sürekli biçimde devrinde olduğu gibi, bir kira sözleşmesine göre geçici ve süreli olarak başkasına devri halinde de madde uygulanabilecektir.

Bireysel iş hukuku bakımından işyeri devrinin en önemli sonucu, iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçmesidir<sup>3</sup>. Bu düzenlemede iş sözleşmelerinin devamlılığının sağlanması amaçlanmış ve 12 Mart 2001 tarih ve 2001/23 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'ne de uyum sağlanmıştır. Bu doğrultuda işçinin hizmet süresinin esas alındığı durumlarda devreden işverenin ve devralan işverenin yanında geçen süreler bir bütün olarak ele alınacaktır. Ayrıca İşK. m. 6'da devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralanın birlikte sorumlu olacağı, ancak devreden sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süre ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. Son olarak, işyeri devrinin iş sözleşmesinin feshi için neden olarak gösterilemeyeceği de İşK. m. 6'da yer bulmuştur.

İşyeri devrinin bireysel iş hukuku bakımından temel esasları yukarıdaki şekilde olmakla birlikte, toplu iş hukuku bakımından sonuçları ise 6356 sayılı Kanunda, eski kanundan farklı olarak, konuya ilişkin ayrı bir madde ile düzenlenmiştir. Kanunkoyucu işyeri devrinin toplu iş ilişkisine etkisini çeşitli ihtimallere yer vererek düzenlemiş ve iş sözleşmelerinde devamlılık sağlanması amacını toplu iş ilişkilerine de yansıtmayı amaçlamıştır. Bu çalışmada da 6356 sayılı Kanunun 38. maddesinde yer alan ihtimaller doğrultusunda, işyeri devrinin toplu iş sözleşmesine etkisi doktrin görüşlerine

<sup>2</sup> Özkaraca, s. 42 vd.; Gülsüm Sönmez Tatar, *İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi*, TÜHİS Yayınları No:74, Ankara 2011, s. 13 vd.; Uçarol, s. 91 vd.; Çiçek, s. 81 vd.; Nuri Çelik / Talat Canbolat / Nurşen Caniklioğlu, *İş Hukuku Dersleri*, 31. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2018, s. 138.

<sup>3</sup> İşyeri devrinin bireysel iş hukuku bakımından sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Özkaraca, s. 137 vd.; Sarper Sözek: "İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı, Yıl 2013, s. 311-330, s. 311 vd.; Uçarol, s. 119 vd.; Çiçek, s. 139 vd.

de yer verilerek açıklanacaktır. Toplu iş sözleşmesinin imzalanmasının ardından gerçekleşen devirler dışında, ilgili maddede yer bulmayan yetki ve toplu görüşme sürecinde gerçekleştirilen devirler de ayrı bir başlıkta incelenecektir.

6356 sayılı Kanun m. 38 düzenlemesi kadar, 2018 yılında getirilen düzenleme ile kamuda iş yapan yüklenici firmaların işçilerinin, kamu işverenlerinin kadrolarına geçirilmesi de bu çalışma bakımından önemlidir. Nitekim bu işçiler bakımından da işverenler ve hatta bazı durumlarda işkolu değişmiş olmaktadır. Dolayısıyla bu işçilerin kapsamında oldukları toplu iş sözleşmelerinin durumu da 6356 sayılı Kanun geçici m. 7 ve 375 sayılı KHK geçici m. 23 ve 24 ışığında incelenmelidir.

### **I. Avrupa Birliği Direktifindeki ve Alman Hukukundaki Temel Esaslar**

12 Mart 2001 tarih ve 2001/23 sayılı Avrupa Birliği Direktifi, işyerinin, işin veya bunların bir kısmının devri halinde işçi haklarının korunması hususunda üye ülkelerin mevzuatlarının yakınlaştırılması amacını taşımaktadır. İlgili Direktif, bu devirler söz konusu olduğunda yalnız bireysel iş sözleşmelerinin değil, toplu iş sözleşmelerinin akıbetinin de ne olacağı hakkında hüküm içermektedir. Direktif m. 3/3 uyarınca, “*devri takiben devralan var olan toplu sözleşmenin sona ermesine veya bir başka toplu sözleşmenin geçerli olmasına kadar devralana uygulanabilme kabiliyeti olan toplu sözleşme hükümlerine uyar. Üye Devletler söz konusu toplu sözleşme hükümlerinin uygulanmasına 1 yıldan az olmamak üzere sınır getirilebilir*”<sup>4</sup>. İlgili hüküm uyarınca asıl olan devir konusu işyerindeki toplu iş sözleşmelerinin uygulanmasına devam edilmesi olup, üye devletler bu sözleşmenin uygulanmasına devam edilmesini 1 yıldan az olmayacak şekilde sürelendirebileceklerdir. Nitekim Türk Hukukunda da toplu iş sözleşmesi hükümlerinin devam ettirilmesi gayreti 6356 sayılı Kanun m. 38’de göze çarpmakla birlikte, aşağıda inceleneceği üzere bir yıllık koruyucu süre kabul edilmemiştir.

Direktif hükmüne tam uyum gösteren bir mevzuat örneği olarak Alman Hukuku gösterilebilir. Alman Hukukunda işverenin değişmesi halinde

<sup>4</sup> Direktif’in Türkçe metni için: Fazıl Aydın: *Çalışma Mevzuatı ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri*, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Yayın No: 11, www.ailevecalisma.org.tr, E.T. 21.03.2019.

toplular iş sözleşmesinin bu durumdan nasıl etkileneceği BGB m. 613a hükmünde düzenlenmiştir<sup>5</sup>. Buna göre, işverenin değişmesi halinde toplular iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, artık iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam edecek ve bu hükümler bir yıllık süre ile işçinin aleyhine değiştirilemeyecektir. Bu noktada ilgili hükümlerin aslında kollektif karakterini kaybetmediği ve bir yıl boyunca bu hükümlerin tıpkı uygulanmakta olan bir toplular iş sözleşmesi gibi etkileri olduğu ancak bir yılın sonunda bireysel iş sözleşmesi hükümleri ile eşit hale geldiği kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Ancak ilgili toplular iş sözleşmesi artık yürürlükte değilse, söz gelimi süresi sona erdiyse, buna paralel olarak iş sözleşmesinin içeriği haline gelmiş olan bu hükümlerin bir yıl dolmadan değiştirilmesi mümkündür.

Düzenlemede yer alan diğer ihtimal ise yeni işverenin işyerinde bir toplular iş sözleşmesi bulunmasıdır. Bu durumda BGB 613a hükmü yukarıda esastan ayrılmaktadır. Hükme göre, şayet işçi, yeni işverenin tarafı olduğu toplular iş sözleşmesinden genel kurallar çerçevesinde yararlanabiliyorsa, işçi otomatik olarak yeni işverenin işyerindeki toplular iş sözleşmesinin kapsamına girecektir. Bu duruma örnek olarak, işçinin yeni işverenin tarafı olduğu sözleşmenin diğer tarafı olan işçi sendikasına zaten üye olması veya işçinin üyesi olduğu sendikanın imzaladığı bir sözleşmenin yeni işverenin bağlılık beyanı sonucu yeni işyerinde de uygulanıyor olması gösterilmektedir.

## II. 6356 Sayılı Kanun'daki İşyeri Devrine İlişkin Düzenleme

Türk Hukukunda eski kanun olan 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda toplular iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesinin toplular iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği düzenlenmişti (m. 8)<sup>7</sup>. Günümüzde yürürlükte olan 6356 sayılı Kanun ise m. 37'de

<sup>5</sup> Alman hukukunda işyeri devrinin toplular iş sözleşmesine etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Gregor Thüsing / Axel Braun, *Tarifrecht*, Verlag C. H. Beck, Freiburg 2011, s. 568 vd.; Manfred Löwisch / Volker Rieble, *Tarifvertragsgesetz*, 3. Auflage, Verlag Franz Vahlen, Münih 2012, s. 775 vd.; Wolfgang Däubler, *Arbeitsrecht*, 11. Auflage, Bund Verlag, Frankfurt am Main 2015, s. 420-421; Reiner Ascheid / Ulrich Preis / Ingrid Schmidt, *Kündigungsgesetz*, 5. Auflage, C.H. Beck, Münih 2017, www.beck-online.de, E. T. 01.04.2019, Rn. 107.

<sup>6</sup> Ascheid/Preis/Schmidt, Rn. 109; BAG'nin 22.04.2009 tarih ve 4 AZR 100/08 nolu kararı.

<sup>7</sup> Eski dönemde konuya ilişkin tartışmalar ve görüşler için bkz.: Ali Güzel / Deniz Ugan Çatalkaya, "İşyerinin veya Bir Bölümünün Devrinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi",

işverenin değişmesinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceğini belirttikten sonra, m. 38’de işyerinin veya bir bölümünün devri başlıklı ayrı bir madde ile konuyu düzenlemiştir.

6356 sayılı Kanun m. 38’de de bu işyeri devirlerinin toplu iş sözleşmelerine etkisi çeşitli ihtimallere göre farklı sonuçlara bağlanmıştır. İlgili ihtimaller aşağıda başlıklar halinde incelenecek olup bunların dışında yetki süreci devam ederken gerçekleşen devirlere de değinilecektir.

### **A. Uygulanmakta Olan Bir Toplu İş Sözleşmesi Varken Yapılan Devirler Bakımından**

#### **1. Devredilen İşletmede/İşyerinde veya Birimde Toplu İş Sözleşmesi Var İse**

6356 sayılı Kanun m. 38’de yer alan ilk ayırım, devredilen işyerinde ya da işyeri bölümünde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin varlığına ilişkindir. Şayet böyle bir toplu iş sözleşmesi var ise, bu sözleşme hükümlerinin akıbeti, devralan işverenin işyerinde bir toplu iş sözleşmesi bulunup bulunmamasına göre değişecektir. Ancak belirtelim ki, hukukumuzda benimsenmiş olan işkoluna göre sendikalaşma esasının bir sonucu olarak, aşağıda incelenecek ihtimaller, ancak devredilen işyeri ile devralanın işyerinin aynı işkolunda kurulu olması halinde söz konusu olur. Diğer bir deyişle bu iki işyeri farklı işkollarında ise, şüphesiz ki ayrı ayrı toplu iş sözleşmelerine konu olacaklar ve her toplu iş sözleşmesi diğerinden bağımsız olarak ilerleyecektir<sup>8</sup>.

#### **a. Devralanın İşyerinde/İşletmesinde de Toplu İş Sözleşmesi Var İse**

6356 sayılı Kanun m. 38/1 uyarınca “*İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan ya da toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi var ise; devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve*

---

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı, Yıl 2013, s. 147-199, s. 175 vd.

<sup>8</sup> Güzel/Ugan Çatalkaya, s. 189; Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 257-258.

*borçlar, iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder*”. Bu doğrultuda, devredilen işyerinde bir toplu iş sözleşmesi bulunuyor ve devralanın işyerinde de uygulanan toplu iş sözleşmesi var ise, toplu iş sözleşmesi hükümleri artık iş sözleşmesi hükümleri olarak devam edecektir. Madde metninde de yer aldığı üzere, devralanın bir işyeri ya da işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olması, sonucu etkilemeyecektir. Her iki durumda da devredilen işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi hükümleri, iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecektir.

Bahsettiğimiz ihtimalde toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak devam etmesi, bu hükümlerin taraflarca değiştirilebilmesi sonucunu doğurur<sup>9</sup>. Kanunkoyucunun bu noktada Alman Hukukundaki düzenlemeye paralel bir kural koyduğunu söylemek mümkünse de, Alman Hukukundaki bir yıllık değiştirme yasağı Türk Hukuku bakımından söz konusu değildir. Diğer bir deyişle, iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecek olan hükümler devirden sonra her zaman değiştirilebilir. AB Direktifi’nde öngörülen ve Alman Hukukunda da benimsenen bir yıllık sürenin Türk Hukukunda benimsenmemiş olması, hem işçiyi yeterince korumadığından bahisle, hem de Direktif’e uygun olmaması sebebiyle eleştirilmiştir<sup>10</sup>. Her ne kadar bir süre sınırı getirilmemiş olması Direktif’e uyum sağlamasa da, kanunkoyucunun devredilen işyerindeki toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak devam etmesini öngörmesindeki sebep, işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde farklı toplu iş sözleşmelerinin uygulanmasını önlemek ve ileride tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasını sağlamaktır.

Devralanın işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi var ise, devredilen işyerindeki toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak devam etmesi, doktrinde toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesi olarak devam eden hükümler arasında bir yararlılık tartışması yapılabilmeyeceği tereddüdünü doğurmuştur. Bir görüşe göre<sup>11</sup>, devredilen işyeri bir toplu iş sözleşmesi kapsamında olsa veya olmasa da, devralan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi kapsamına girecektir. Bu durumda

<sup>9</sup> Ekmekçi, s. 256.

<sup>10</sup> Gülsevil Alpagut, “6356 Sayılı Kanun’un Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 113-148, s. 134-135; Güzel/Ugan Çatalakaya, s. 189.

<sup>11</sup> Talat Canbolat, “6356 Sayılı Kanun’un Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 53-89, s. 74.



da devralanın işyerindeki toplu iş sözleşmesi hükümleri ile, devredilen işyerinin iş sözleşmesi hükmü haline gelen hükümleri arasında yararlılık ilkesi gözetilmeli ve işçi lehine olan hükümler uygulanmalıdır. Ancak, diğer görüşün<sup>12</sup> isabetli olarak belirttiği üzere, kanunkoyucu toplu iş sözleşmesi kapsamındaki bir işyerinin devri halinde, bu işyerinin devralanın işyerindeki toplu iş sözleşmesinin kapsamına girmesini öngörmemiştir<sup>13</sup>. Dolayısıyla devredilen işyerinin işçileri bakımından, yararlılık karşılaştırması yapılacak bir toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi söz konusu değildir.

Devredilen işyerindeki toplu iş sözleşmesi hükümleri iş sözleşmesi hükmü olarak devam ederken, devredilen işyerinin işçileri, devralanın işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin kapsamına girmezler. İlgili toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra yapılacak yeni toplu iş sözleşmesinde ise şüphesiz ki devralanan işyeri de kapsama girecek ve süreç o şekilde ilerleyecektir<sup>14</sup>.

#### **b. Devralanın İşyerinde Toplu İş Sözleşmesi Yok İse**

6356 sayılı Kanun m. 38/1 uyarınca “*devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise; devralanan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder*”. Diğer bir deyişle, devredilen işletmede/işyerinde veya işyeri bölümünde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi var olmakla birlikte, devralanın işyerinde bir toplu iş sözleşmesi uygulanmıyor ise, devralan işveren mevcut toplu iş sözleşmesinin tarafı haline gelir<sup>15</sup>. Bu durumda ilgili toplu iş sözleşmesi, süresi boyunca mevcut hükümleriyle aynen devam edecek<sup>16</sup>, yalnızca sözleşmenin işveren tarafı değişmiş olacaktır.

Devreden taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, yine toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam etmesinin sonucu olarak; devirden sonra işçi ve işverenin anlaşmasıyla bu hükümlerin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması mümkün değildir<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Alpagut, *Güncel Sorunlar*, s. 179; Güzel/Ugan Çatalkaya, s. 191.

<sup>13</sup> Ekmekçi, s. 256.

<sup>14</sup> Can Tuncay / Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 6. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2017, s. 314; Ekmekçi, s. 256-257.

<sup>15</sup> Ekmekçi, s. 255-256.

<sup>16</sup> Ekmekçi, s. 256.

<sup>17</sup> Ekmekçi, s. 257.

Maddede ilgili toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, “*yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar*” toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceğinin belirtilmesi doktrinde art etki bakımından isabetli bulunmamıştır<sup>18</sup>. Nitekim 6356 sayılı Kanun m. 36’da yer alan art etki kuralı doğrultusunda “*sona eren*” bir toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girene kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecektir. Diğer bir deyişle toplu iş sözleşmesinin süresinin bitmesiyle, ilgili hükümleri artık iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya başlanacaktır. Ancak devre ilişkin m. 38 hükmü, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükmüne dönüşmesini değil, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılanaya kadar bu hükümlerin yine toplu iş sözleşmesi hükmü olarak kalmasını öngörmüştür. Doktrinde bu hükmün, toplu iş sözleşmesinin süresiyle sınırlı olarak yorumlanması<sup>19</sup> ve ilgili toplu iş sözleşmesinin bitimiyle bu hükümlerin iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanması gerektiği belirtilmiştir<sup>20</sup>.

Eklemek gerekir ki, toplu iş sözleşmesi uygulanmakta olan bir işyerinin, toplu iş sözleşmesi tarafı olmayan bir işverence devralınması halinde, devralan işverenin işyeri, bu toplu iş sözleşmesinin uygulanma alanına girmeyecektir<sup>21</sup>. Başka bir anlatımla, devirden sonra aynı işverene ait ve aynı işkolunda olmasına rağmen toplu iş sözleşmesi uygulanan ve uygulanmayan ayrı işyerleri söz konusu olacaktır. Bu durumda ise, toplu iş sözleşmesi kapsamında olmayan işyerinde bir toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi için, devredilen işyerindeki toplu iş sözleşmesinin sona ermesi beklenenecektir. Zira devirle birlikte aynı işverene ait aynı işkolunda birden fazla işyeri söz konusu olacağından, artık tüm işyerlerini kapsayan bir işletme toplu iş sözleşmesi yapma zorunluluğu doğacaktır<sup>22</sup>.

## **2. Devredilen Yerde Toplu İş Sözleşmesi Yok ve Devralanın İşletmesinde/İşyerinde Toplu İş Sözleşmesi Var İse**

Çalışmanın başında yaptığımız ayırımın ikinci kısmı, devredilen işyerinde bir toplu iş sözleşmesinin uygulanmıyor olmasıdır. Belirtmek gerekir

---

<sup>18</sup> Canbolat, s. 74; Güzel/Ugan Çatalkaya, s. 186.

<sup>19</sup> Ekmekçi, s. 256.

<sup>20</sup> Canbolat, s. 74-75; Alpagut, *Güncel Sorunlar*, s. 180; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 315.

<sup>21</sup> Ekmekçi, s. 256.

<sup>22</sup> Ekmekçi, s. 256.

ki, devre konu işyerinde bir toplu iş sözleşmesi uygulanmıyor ve aynı şekilde devralanın işyerinde de bir toplu sözleşme yok ise, bu durum toplu iş hukuku bakımından bir özellik arz etmeyeceğinden, ayrı bir başlık açılması gerekli değildir. Ancak şüphesiz ki, devirle birlikte devralanın aynı işkolunda birden fazla işyeri olacağından, ileride bir toplu iş sözleşmesi yapılması söz konusu olursa, tüm işyerleri dikkate alınacaktır. Dolayısıyla incelenmesi gereken ihtimaller, devralanın bir işyeri toplu iş sözleşmesine veya işletme toplu iş sözleşmesine taraf olması halleridir.

#### **a. Devralanın Bir İşyeri Toplu İş Sözleşmesine Taraf Olması**

6356 sayılı Kanun m. 38/2’de yalnızca, toplu iş sözleşmesi kapsamında olmayan bir işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında bir işveren tarafından devralınması düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, işyerini devralan işveren, işletme değil de, bir işyeri toplu iş sözleşmesi tarafı ise ne olacağına cevabı yasadaki bulunmamaktadır.

Doktrinde bir görüş, bu durumda kanunkoyucunun m. 38’i getirmekteki amacından hareket etmek gerektiğini, bu amacın bir işverene ait birden fazla işyeri söz konusu ise uygulanan kurallarda birlik sağlamak olduğunu ve bu nedenle devir konusu işyerine de devralanın işyerindeki işyeri toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin uygulanacağını ileri sürmektedir<sup>23</sup>.

Diğer bir görüş ise<sup>24</sup>, kanunkoyucunun devralanın bir işletme toplu iş sözleşmesine taraf olmasını açıkça sonuca bağlamasına rağmen, işyeri toplu iş sözleşmesine taraf olmasına aynı sonucu bağlamadığını vurgulamaktadır. Bu doğrultuda, aşağıda inceleyeceğimiz otomatik olarak toplu iş sözleşmesinin kapsamına girme durumunun, işyeri toplu iş sözleşmesi uygulanan işyerlerinde söz konusu olmayacağı kabul edilmelidir.

#### **b. Devralanın Bir İşletme Toplu İş Sözleşmesine Taraf Olması**

6356 sayılı Kanun m. 38/2, devredilen işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi yokken, devralanın işletmesinde bir toplu iş sözleşmesi uygulanıyor olması ihtimalini düzenlemiştir. Buna göre “*toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınması durumunda işyeri, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girer*”. Görüldüğü üzere kanunkoyucu maddenin ikinci fıkrasında,

<sup>23</sup> Güzel/Ugan Çatalkaya, s. 179.

<sup>24</sup> Ekmekçi, s. 258-259.

zaten işletmesinde bir işletme toplu iş sözleşmesi uygulanan işverenin, aynı işkolunda bir işyerini devralmasını düzenlemiştir. Bu durumda devredilen işyeri, mevcut işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamına otomatik olarak girecek ve herhangi bir sayısal şart aranmayacaktır<sup>25</sup>.

Devredilen işyerinin devralanın işletmesindeki toplu iş sözleşmesi kapsamına girmesinin ardından, ileride yapılacak toplu iş sözleşmesinde şüphesiz ki devralanmış olan işyeri de dikkate alınarak tüm işyerlerini kapsayan bir sözleşme yapılacaktır<sup>26</sup>.

## **B. Yetki Sürecindeki Devirler Bakımından**

6356 sayılı Kanun m. 38’de bir toplu iş sözleşmesinin imzasından sonraki devirler düzenlenmiş, devredilen işyerinde veya devralanın işyerinde/işletmesinde bir yetki süreci devam ederken devir gerçekleşirse devrin bu süreçlere etkisine yer verilmemiştir. Bu başlıkta ilgili ihtimaller açıklanacaktır.

### **1. Devredilen İşyerinde Yetki Süreci Devam Ediyor İse**

Yetki sürecinin devam ettiği bir işyerinin devredilmesine dair ilk belirlenmesi gereken, devir tarihine kadar ilerleyen yetki işlemleri ile yeni işverenin de kural olarak bağlı olacaktır. Diğer bir ifade ile, işyerinin devri toplu iş sözleşmesi imzalanmadan ve fakat yetki başvurusundan sonra gerçekleşmişse, işlemler kaldığı yerden yeni işveren ile devam edecektir<sup>27</sup>. Dolayısıyla yetki sürecinin devam ettiği bir işyerinin devri halinde varılacak sonuçlara ilişkin temel alınacak esas bu kural olmalıdır.

Devre konu işyerinde bir yetki süreci devam ediyorken, devralanın aynı işkoluna giren bir başka işyeri veya işletmesi var olabilir. İlk ihtimal olarak, şayet devralan işverenin aynı işkolunda bir işyeri var ise, bu devir, devraldığı işyerindeki süreci etkileyecek bir husus değildir. Diğer bir ifade ile yukarıda belirttiğimiz esas doğrultusunda, devralan işveren devraldığı işyerindeki yetki sürecine kaldığı yerden devam edecektir. Devralanın zaten mevcut olan işyerinde hiçbir örgütlenme faaliyetinin olmaması veya o

<sup>25</sup> Ekmekçi, s. 258.

<sup>26</sup> Canbolat, s. 75; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 315.

<sup>27</sup> Ekmekçi, s. 255. Aynı yönde YHGK’nun 24.06.2009 Tarih, 2009/9-214 Esas ve 2009/284 Karar nolu kararı, www.kazanci.com.tr, E. T. 22.06.2019.

işyerinin de bir yetki süreci içinde olması ya da o işyerinde zaten uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi bulunması sonucu etkilemeyecektir. Ancak şüphesiz ki ileride yapılacak bir toplu iş sözleşmesi her iki işyerini de kapsayacak nitelikte olmalıdır.

Bir diğer ihtimal olarak, yetki sürecinin devam ettiği işyerini devralan işverenin halihazırda bir işyeri değil de, işletmesi olabilir. Bu durumda, ilgili işletmede herhangi bir örgütlenme faaliyeti yoksa veya yetki süreci devam ediyor ise, yukarıdaki esaslar geçerli olacak ve mevcut işletme ile devralınan işyeri ayrı ayrı süreçlerle devam edeceklerdir. Ancak yetki sürecindeki işyerini devralan işverenin halihazırda toplu iş sözleşmesi uygulanan bir işletmesi var ise, burada varılacak sonuç farklıdır. Nitekim yukarıda detaylı olarak incelediğimiz m. 38 uyarınca, devredilen işyerinde bir toplu iş sözleşmesi yok ve ancak devralanın işletmesinde bir toplu iş sözleşmesi var ise, artık devirle birlikte ilgili işyeri mevcut işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamına kendiliğinden girer. Dolayısıyla bu ihtimalde, devir konusu işyerinde devirden önce bir örgütlenme çalışması var olmasının sonuca etkisi yoktur<sup>28</sup>. Bu doğrultuda devir konusu işyerinde bir yetki süreci veya toplu görüşmeler başlamış ise, devirle birlikte bu işyeri zaten bir toplu iş sözleşmesi kapsamına gireceğinden, ilgili yetki süreci de kendiliğinden son bulacaktır.

## **2. Devralanın İşyerinde/İşletmesinde Yetki Süreci Devam Ediyor İse**

Nihayet bir diğer ihtimal, mevcut işyerinde veya işletmesinde yetki süreci devam ediyor olan bir işverenin, başka bir işyeri devralmasıdır. Bu ihtimalde de temel kural, ilgili devirden işverenin işyeri veya işletmesindeki yetki sürecinin etkilenmemesidir. Böylece, şayet yetki süreci devam eden bir işyeri/işletme sahibi işveren, herhangi bir örgütlenme faaliyetinin bulunmadığı veya henüz yetki sürecinde olan bir işyerini devralırsa mevcut yetki süreci/süreçleri kesintisiz ve bağımsız olarak ilerleyecektir<sup>29</sup>.

Devralan işverenin işyerinde/işletmesinde bir yetki süreci devam etmekle birlikte, şayet devre konu işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi var ise, hem 6356 sayılı Kanun m. 37 hem de m. 38 gereği,

---

<sup>28</sup> Ekmekçi, s. 258.

<sup>29</sup> Ekmekçi, s. 259.

işveren bu toplu iş sözleşmesinin tarafı haline gelecek ve sözleşmenin sonuna kadar bu sözleşmeyle bağlı kalacaktır. Nitekim m. 37/1 gereği işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmemekle birlikte, m. 38/1 uyarınca devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise; devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder.

### **III. Kamuya İş Yapan Alt İşveren İşçilerinin Kamu İşverenine Geçiş Kapsamında İşveren Değişikliği**

Bilindiği üzere 2018 yılında yapılan düzenleme ile, kamu kurumlarında 4734 sayılı Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında yükleniciler tarafından 04.12.2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olan işçilerin, belirli şartları sağlamaları koşuluyla, ilgili kamu kurumunun sürekli işçi kadrosuna geçmesine imkan tanınmıştır. Bu imkan ile kadroya geçen işçilerin işverenlerinin değiştiği şüphesiz olup, işverenin değişmesinin bu işçilerin toplu iş sözleşmelerinden yararlanmaları bakımından nasıl sonuçlar doğuracağı önem taşımaktadır. Nitekim aşağıda inceleneceği üzere konuya ilişkin düzenlemelerde, yukarıda incelenen 6356 sayılı Kanun m. 38'den ayrılan hususlar dikkat çekmektedir.

#### **A. İşçilerin Kadroya Geçişine İlişkin Mevzuat**

Taşerondan kadroya geçen işçilerin toplu iş sözleşmelerinden yararlanmalarına dair temel düzenlemeler, 6356 sayılı Kanun geçici m. 7 ile 375 sayılı KHK geçici m. 23 ve geçici m. 24'te yer almaktadır. Ayrıca Bakanlık tarafından 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 23 ve Geçici 24. Maddelerinin Uygulanmasına Dair Usul ve Esaslar<sup>30</sup> yayınlanmıştır.

375 sayılı KHK geçici m. 23, 5018 sayılı Kanuna ekli cetvellerde yer alan Mit Müsteşarlığı hariç kamu idareleri ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, bu Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı listede yer alan idarelerin merkez ve taşra teşkilatlarında; ödemeleri merkezi yönetim, sosyal güvenlik kurumu, fon, kefalet sandığı, yatırım izleme ve ko-

---

<sup>30</sup> RG., 01.01.2018, 30288.

ordinasyon başkanlığı, gençlik hizmetleri ve spor il müdürlüğü bütçelerinden veya döner sermaye bütçelerinden, anılan liste kapsamındaki diğer idareler için ise kendi bütçelerinden karşılanan 4734 sayılı Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında yükleniciler tarafından 4/12/2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olanlara ilişkin düzenleme içermektedir.

Yukarıdaki düzenleme, il özel idareleri ve belediyeler ile bağlı kuruluşlarında ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birliklerinde, birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketlerde 4734 sayılı Kanun ve diğer mevzuat hükümleri uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında yükleniciler tarafından 4/12/2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olanlar için uygulanmak üzere, geçici m. 24'te de aynen yer almıştır. Her iki maddedeki düzenlemeler, aynı haliyle Bakanlık tarafından yayınlanan usul ve esaslarda da tekrarlanmıştır.

Sayılan bu düzenlemeler, ilgili işçilerin Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmelerini, işverenlerinin değişmesinin yanı sıra işkollarının da değişip değişmediğine göre ikili bir ayrıma tabi tutmaktadır. Bu işçilerin hangi toplu iş sözleşmesinin getirdiği haklardan faydalanacaklar da, bu bildirim farklılığı etrafında şekillenmektedir. Dolayısıyla aşağıda bu işçilerin bildirimlerinin nasıl yapılacağı ve ardından ilgili işçilere uygulanacak toplu iş sözleşmesi hükümleri, mevzuatta yer alan ihtimaller gözetilerek açıklanacaktır.

## **B. Kadroya Geçişlerde İşkolu Değişikliği ve İşçilerin Bildirimine İlişkin Düzenlemeler**

6356 sayılı Kanun geçici m. 7/1 uyarınca; “5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı listede yer alan idareler ile birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketler, anılan Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 23 üncü ve geçici 24 üncü maddeleri uyarınca sürekli işçi kadrolarına, geçici işçi pozisyonlarına veya işçi statüsüne geçirilen işçilerinden; geçişten önce işçinin çalıştığı alt işveren işyerinin girdiği işkolu mevcut işyerinin girdiği işkolu ile aynı olanları o işkolundaki mevcut işyerinden, farklı olanları ise geçişten önce işçinin çalıştığı alt işveren işyerinin girdiği işkolunda yeni

*tescil edilecek işyerlerinden Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirir*”. Bu düzenlemede kadroya geçiş yapan işçilerin Sosyal Güvenlik Kurumu’na bildirilmelerine ilişkin kural belirlenmiş olup, iki ihtimal üzerinden bildirim öngörmüştür. Buna göre, şayet işçinin çalıştığı alt işverenin işkolu ile, kadrosuna geçeceği kamu işverenin işkolu aynı ise, işçinin bildirimini *mevcut işyeri üzerinden* yapılacaktır. Buna karşın, işçinin çalıştığı alt işverenin işkolu ile işçinin geçeceği kamu kuruluşunun işkolu farklı ise, işçinin bildirimini, *kamu kuruluşu tarafından yeni tescil edilecek işyeri üzerinden* yapılacaktır.

6356 sayılı Kanun geçici m. 7/1’in alt işverenin ve kamu işverenin işkollarının aynı olması halinde mevcut işyerinden bildirim kabul etmesi olağan olmakla birlikte, işkollarının farklı olması halinde, kamu işverenin kendi kadrosuna geçen işçiyi yeni bir işyerinden bildirmesi, genel kuralardan ayrılmaktadır. Nitekim ilk bakışta olması gerekenin, kamu işverenin kadrosuna geçen işçinin yine kamu işverenin işyeri üzerinden bildirilmesi olduğu aklı gelmektedir. Ancak kanunkoyucunun bu duruma özel ayrık bir düzenleme öngörmüştür. Bunun sebebi, işkolunu değiştiren işçinin sendika üyeliğinin sona erecek olmasıdır. Zira alt işveren ile kamu işverenin farklı işkollarında olması halinde yeni bir işyerinden tescil kuralı öngörülme idi, bu durumdaki işçilerin kadroya geçişleri ile birlikte işkolları değişeceğinden, sendika üyelikleri de sona erecekti. Ancak ilgili düzenleme gereği, artık farklı işkolları söz konusu olduğunda, kamu işvereni aynı fiziki sınırlar içerisinde fakat alt işverenin işkolu ile aynı işkolunda olan yeni bir işyeri açılışı yapacak ve farklı işkolundan kendi kadrosuna geçen işçileri bu işyeri üzerinden bildirecektir. Dolayısıyla kadroya geçen işçilerin işkolu değişmediğinden, sendika üyelikleri de sona ermecektir.

Ekleyelim ki, zaten alt işveren ile kamu işverenin aynı işkolunda olduğu durumlarda, kadroya geçen işçinin işkolu değişmeyeceğinden, sendika üyeliği de düşmeyecektir. Bu sebeple yeni işyerinden tescil edilme kuralı, yalnızca iki işverenin farklı işkolunda olması hali için öngörülmüştür. Şayet işçinin işkolu değişmiyorsa, mevcut işyeri üzerinden bildirimini yapılması yeterlidir.

Yukarıda açıklandığı üzere, alt işveren ile kamu işverenin farklı işkollarında olması halinde, aslında kamu işvereni tek bir fiziki alanda iki farklı işyerine sahip olmaktadır. Nitekim kamu işvereni, kendi işyerinin yanında, farklı işkolundan kendi kadrosuna geçen işçiler için de yeni bir



işyeri açılışı yapmaktadır. Bu durum, 6356 sayılı Kanun geçici m. 7/2’de de yer bulmuştur. İlgili hükme göre, “*birinci fıkra kapsamındaki işyerlerinin her biri bu Kanunun uygulanması bakımından bağımsız bir işyeri sayılır*”. Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği gibi, kanunkoyucu, farklı işkoluna sahip olan alt işverenden kadroya geçen işçilerin ayrı bir işyerinde kalmalarını öngörerek, sendika üyeliklerinin de devam etmesini amaçlamıştır.

İşçilerin bildirimini hususunda son olarak ekleyelim ki, 6356 sayılı Kanun geçici m. 7/3 uyarınca, işkolunun değişmesi nedeniyle yeni işyerinden bildirim yapılan işçiler, bu madde kapsamındaki idarelerde geçiş işleminin önce alt işveren işçileri için Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve en son sona erecek olan toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte genel kurallara uygun şekilde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilir. Maddede bahsi geçen toplu iş sözleşmesi 31.10.2020 tarihinde sona erecektir. Dolayısıyla bu tarihten sonra işçiler, kamu işvereni üzerinden ve kamu işverenin işkolu kapsamında Kuruma bildirileceklerdir.

### **C. Kadroya Geçen İşçilere Uygulanacak Toplu İş Sözleşmesi Düzenlemeleri**

375 sayılı KHK m. 23’e göre; “*Sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden, geçiş işlemi yapılırken mevcut işyerinin girdiği işkolunda kurulu işyerinden bildirilenlerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitimine kadar bu toplu iş sözleşmesinin uygulanması suretiyle oluşan ücret ile diğer mali ve sosyal haklardan fazla olamaz. Sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden; geçişten önce toplu iş sözleşmesi bulunmadığından kadroya geçirildiği tarihte yürürlükte olan bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin geçerli olduğu işçiler ile geçiş işleminin önce yapılan ve geçişten sonra yararlanmaya devam ettiği toplu iş sözleşmesi bulunmakla birlikte bu madde kapsamındaki idarelerde alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitiminden önce toplu iş sözleşmesi sona eren işçilerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesine göre belirlenir.*”. Ekleyelim ki aynı

düzenleme geçici m. 24'te ve Bakanlıkça yayınlanan usul ve esaslarda da yer almaktadır.

Bahsi geçen düzenlemelerde çeşitli ihtimallere yer verilse de, kadroya geçiş yapan işçilerin hakları bakımından devamlı olarak “geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesine” atıf yapıldığı görülmektedir. İlgili sözleşme 31.10.2020 tarihinde sona erecektir.

KHK düzenlemelerinde yer alan ilk ihtimal, kadroya geçen işçilerin mevcut işyerinden bildirilmesi gereken işçilerden olmasıdır. Yukarıda açıklandığı üzere bu işçiler, kadroya geçişte işkolu değişmeyen işçilerdir. KHK düzenlemeleri uyarınca bu işçilerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve 31.10.2020 tarihinde sona erecek olan toplu iş sözleşmesindeki hakları geçemeyecektir.

İkinci ihtimal olarak, kadroya geçen işçilerin kadroya geçişten önce bir toplu iş sözleşmesi kapsamında olması ancak bu toplu iş sözleşmesinin süresinin 31.10.2020 tarihinden önce sona ermesi düzenlenmiştir. Bu durumda da ilgili işçilerin ücreti ile mali ve sosyal hakları 31.10.2020'de bitecek olan sözleşmeye göre belirlenecektir.

Düzenlemede yer alan son ihtimal ise, kadroya geçen işçileri kapsayan bir toplu iş sözleşmesi olmaması ve bu işçilerin haklarının bireysel iş sözleşmesi ile belirlenmiş olmasıdır. Bu halde de ilgili işçilerin ücreti ile mali ve sosyal hakları, yine 31.10.2020'de sona erecek olan toplu iş sözleşmesine göre belirlenecektir.

Yukarıda açıklanan ihtimaller ışığında, kanun koyucunun kadroya geçiş yapan tüm işçileri aynı haklara sahip kılmak istediği görülmektedir. Hatta kanun koyucu bu yeknesaklığı sağlamak için, hiçbir toplu iş sözleşmesinin kapsamında olmayan işçilerin haklarının dahi, 31.10.2020'de bitecek olan toplu iş sözleşmesine göre belirlenmesini öngörmüştür. Ancak hemen ekleyelim ki, işçilerin haklarının belirlenmesinde Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ilgili toplu iş sözleşmesinin esas alınması, bu işçilerin bu toplu iş sözleşmesinin kapsamına girdikleri anlamına gelmez. İlgili toplu iş sözleşmesi, bu işçilerin hakları bakımından yalnızca bir tavan oluşturmaktadır. Bir toplu iş sözleşmesinin bazı hükümlerinin başka işyerinde de uygulanıyor olması, o işçilerin o toplu iş sözleşmesinden yararlandıkları anlamına gelmemektedir. Burada yalnızca kanunun

açık hükmünden dolayı bir toplu iş sözleşmesinin bazı hükümlerinin uygulanması söz konusudur. Dolayısıyla geçiş yapan işçilerin ilgili toplu iş sözleşmesinden yararlandıkları kabul edilemez.

#### **D. Yetki Başvurusunda Bulunulmasına Dair Özel Düzenleme**

KHK'da yer alan ve yukarıda incelenen düzenlemenin devamında, kadroya geçişlerden sonra yapılacak yetki başvurularının esasları yer almıştır. Buna göre, *“bu madde kapsamındaki idarelerde; 6356 sayılı Kanunun geçici 7. maddesinde belirtilen mevcut işyerleri bakımından anılan Kanuna uygun olarak yetki başvurusunda bulunulabilir, ancak geçişi yapılan işçiler için yeni tescil edilen işyerlerinde, geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra yetki başvurusunda bulunulabilir”*.

Yetki başvurusuna ilişkin düzenlemede de, daha önce incelediğimiz ve işçinin Kuruma bildirilmesine yönelik olan ayırım üzerinden hareket edildiği görülmektedir. Hüküm uyarınca, şayet işçiler mevcut işyerinden bildirilen işçiler ise, bu kamu işyeri için her zaman yetki başvurusunda bulunabilir. Bu noktada, kadroya geçmiş olan işçilerin de yetki çoğunluklarının belirlenmesinde dikkate alınıp alınmayacağı sorusu akla gelmektedir. Kanun koyucu yetki başvurusunun yapılabilmesi ve çoğunlukların sağlanması açısından kadroya geçen işçilerin ayrık tutulmasına dair bir kural getirmemiştir. Her ne kadar bu işçiler için 31.10.2020'ye kadar Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan sözleşme hükümleri uygulanacak olsa da, yukarıda açıklandığı üzere, bu hükümlerin uygulanması bu işçilerin ilgili toplu iş sözleşmesinin kapsamına girdiği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla kadroya geçen işçiler de, geçiş sonrası yapılacak yetki başvurularında dikkate alınmalıdır. Ancak bu işçilere, 31.10.2020 tarihine kadar, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanmış olan sözleşme hükümleri tavan olarak uygulanacaktır. İlgili tarihten sonra ise bu işçilerin geçişten sonra başlayan yetki süreci sonunda imzalanacak toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmalarına engel yoktur.

Yetkiye ilişkin madde, alt işverenin ve kamu işverenin işkollarının farklı olması sebebiyle açılan yeni işyerleri bakımından ayrı bir düzenleme öngörmüştür. Buna göre, kadroya geçen işçiler sebebiyle yeni tescil edilen işyerleri için, 31.10.2020 tarihine kadar yetki başvurusunda bulunulamaz. Bu düzenlemenin de kadroya geçişlere dair çizilen genel çerçeveye uygun

düştüğü söylenebilir. Nitekim bu işyerleri, daha önce belirtildiği üzere, işçinin işkolunun değişmemesi ve sendika üyeliğinin düşmemesi için tescil edilmektedir. 31.10.2020 tarihinden sonra, 6356 sayılı Kanun geçici m. 7 uyarınca zaten bu işçiler genel kurallara uygun şekilde kamu işverenleri üzerinden Kuruma bildirilecektir. Dolayısıyla bu süre dolana kadar bu işyerleri için yetki başvurusunda bulunulamaması olağandır. İlgili tarihten sonra ise işçiler kamu işvereni üzerinden bildirileceğinden, bu kamu işyeri için sınırlama olmaksızın yetki başvurusunda bulunulabilecek ve kadroya geçen işçiler de yetki çoğunlukları belirlenirken dikkate alınacaklardır.

### SONUÇ

Doktrinde işyeri devrinin toplu iş sözleşmesine etkisi, bireysel iş sözleşmesine olan etkisi kadar incelenmemekle beraber, bu çalışmada ilgili konu 6356 sayılı Kanun m. 38 kapsamında çeşitli ihtimallere göre açıklanmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda yapılabilecek ilk tespit, kanun koyucunun devredilen işyerinde veya devralanın mevcut işyerinde var olan toplu iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamaya çalıştığıdır.

Her ne kadar 6356 sayılı Kanun m. 38’de yetki süreçlerindeki devirlerle ilgili düzenleme yer almasa da, m. 37’de yer alan ve işverenin değişmesinin toplu iş sözleşmesini etkilemeyeceğine yönelik kuralın, işyeri devirlerinde de sonuca ulaşmak bakımından temel esas olarak kabul edilmesi gereklidir. Ancak devredilen işyerinde yetki süreci devam ediyor ve devralan işveren de bir işletme toplu iş sözleşmesi tarafı ise, artık yetki süreci son bulacak ve devredilen işyeri işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girecektir.

Devredilen işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi hükümleri, şayet devralanın işyerinde de bir toplu iş sözleşmesi uygulanıyor ise iş sözleşmesi hükmü haline geleceksen; devralanın işyerinde bir toplu iş sözleşmesi yoksa, yine toplu iş sözleşmesi hükmü olarak kalacaklardır. Şayet devredilen işyerinde bir toplu iş sözleşmesi yok ise ve devralan işverenin işletmesinde bir toplu iş sözleşmesi uygulanıyorsa, devre konu işyeri kendiliğinden işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecektir.

Kamudaki işçi kadrolarına geçen alt işveren işçileri için ise durum daha farklıdır. İlgili işçilerin geçişleri ile çalıştığı işkolları değişmiyorsa, mevcut işyerinden bildirilmeleri söz konusudur. Ancak işkolu değişen işçiler, kamu işvereni tarafından yeni tescil edilecek bir işyeri üzerinden bildirilecekler ve böylece sendika üyelikleri düşmeyecektir. Bu işçilere sağlanacak

haklar, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan toplu iş sözleşmesine göre belirlenecektir. Bu sözleşmenin sona erme tarihi ise 31.10.2020'dir. Ancak işçilerin haklarının bu toplu iş sözleşmesi baz alınarak belirlenmesi, bu işçilerin ilgili toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı anlamına gelmemektedir. Sözleşmenin ücret ile mali ve sosyal haklara ilişkin hükümleri bu işçiler bakımından yalnızca bir tavan teşkil etmektedir.

Son olarak, kadroya geçiş yapan işçilerin işkolları değişmiyor ve dolayısıyla mevcut işyerlerinden bildirimleri yapılıyor ise, geçişten sonra yapılacak yetki başvurusunda bu işçiler de dikkate alınacaklardır. Şayet 31.10.2020 tarihinden önce yeni bir toplu iş sözleşmesi imzalanırsa, geçiş yapan işçiler, ilgili tarihe kadar yeni toplu iş sözleşmesinden faydalanamayacak, ancak bu tarihten sonra ilgili toplu iş sözleşmesinin kapsamına gireceklerdir. Yeni işyerinden bildirim yapılan işçiler için ise durum daha farklıdır. Yeni tescil edilen işyerleri bakımından, 31.10.2020 tarihine kadar yetki başvurusunda bulunamayacak, ancak bu tarihten sonra işçiler kamu işverenleri üzerinden bildirilmiş olacak ve onların da hesaba katıldığı şekilde yetki başvurusu yapılabilecektir.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

*Neben dem Prozess vor der Unterzeichnung des Tarifvertrags, mit dem die Arbeitnehmer ihre Arbeitsbedingungen organisieren und verbessern können, ist es auch wichtig, die Kontinuität des Vertrags zu gewährleisten. Eine der Situationen, die diese Kontinuität wahrscheinlich beeinflusst, ist der Wechsel des Arbeitgebers, der Vertragspartei ist. In dieser Studie wird zunächst der Status des Tarifvertrags gegen die Übertragung des Arbeitsplatzes im Rahmen des Gesetzes Nr. 6356 geprüft. Neben den im Artikel genannten Möglichkeiten wurden auch Übertragungen während Tarifverhandlungen in die Studie einbezogen. Anschließend wurden die Notverordnung Nr. 375 und das Gesetz Nr. 6356, die Übergang von dem Sub-Arbeitgeber zum öffentlichen Arbeitgeber ermöglichen haben, wurden untersucht.*

*Die erste Feststellung, die im Rahmen von Artikel 38 des Gesetzes Nr. 6356 getroffen werden kann, ist, dass der Gesetzgeber versucht, die Kontinuität des Tarifvertrags zu gewährleisten, der am verlegten Arbeitsplatz oder am derzeitigen Arbeitsplatz des Übernehmers besteht.*

*Das Gesetz Nr. 6356 enthält keine Regelung über die Übertragungen während Tarifverhandlungen in Artikel 38. Artikel 37, der besagt, dass der Wechsel des Arbeitgebers keinen Einfluss auf den Tarifvertrag hat, sollte jedoch als Grundprinzip akzeptiert werden. Wenn jedoch die Tarifverhandlungen am verlegten Arbeitsplatz fortgesetzt werden und der erwerbende Arbeitgeber Vertragspartei eines Betriebstarifvertrags ist, endet das Genehmigungsverfahren. Der verlegte Arbeitsplatz ist im Betriebstarifvertrag enthalten. Die Bestimmungen des Tarifvertrags, die am verlegten Arbeitsplatz gelten, werden zu den*

*Bestimmungen des Arbeitsvertrags, wenn am Arbeitsplatz des Übernehmers ein Tarifvertrag gilt. Wenn der Erwerber jedoch am Arbeitsplatz keinen Tarifvertrag hat, bleibt diese Bestimmungen als Tarifvertrag Bestimmungen. Wenn am verlegten Arbeitsplatz kein Tarifvertrag besteht und ein Tarifvertrag im Betrieb des übergebenen Arbeitgebers besteht, fällt der betreffende Arbeitsplatz automatisch in den Geltungsbereich des Tarifvertrags.*

*Bei den Subunternehmer-Arbeitnehmern, die in den öffentlichen Sektor versetzt werden, ist die Situation anders. Wenn sich die Branche dieser Arbeitnehmer nicht ändert, sollten sie vom aktuellen Arbeitsplatz angemeldet werden. Arbeitnehmer, deren Branche geändert wird, werden jedoch vom öffentlichen Arbeitgeber über einen neu registrierten Arbeitsplatz angemeldet, damit die Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht sinkt. Die Rechte, die diesen Arbeitnehmern eingeräumt werden, werden in Übereinstimmung mit dem vom Obersten Schiedsausschuß vereinbarten Tarifvertrag festgelegt. Das Ablaufdatum dieses Tarifvertrages ist der 31.10.2020. Die Bestimmung der Arbeitnehmerrechte auf der Grundlage dieses Tarifvertrags bedeutet jedoch nicht, dass diese Arbeitnehmer von dem Tarifvertrag profitieren. Die Bestimmungen des Übereinkommens über Löhne und finanzielle und soziale Rechte bilden nur eine Obergrenze für diese Arbeitnehmer.*

*Wenn sich die Branche der Arbeitnehmer nicht ändern und der Arbeitnehmer von dem bestehenden Arbeitsplatz angemeldet wird, werden diese Arbeitnehmer im Zuständigkeitsantrag für den Tarifvertrag nach dem Wechsel berücksichtigt. Wenn vor dem 31.10.2020 ein neuer Tarifvertrag unterzeichnet wird, können die Arbeitnehmer bis zu diesem Datum vom Tarifvertrag nicht profitieren. Nach diesem Datum werden sie jedoch durch den entsprechenden Tarifvertrag abgedeckt. Bei Arbeitnehmern, die vom neuen Arbeitsplatz angemeldet werden, ist die Situation anders. Bei neu angemeldeten Arbeitsplätzen kann die Zuständigkeit nach 31.10.2020 beantragt werden. Nach diesem Datum werden die Arbeitnehmer jedoch von öffentlichen Arbeitgebern benachrichtigt, und ein Zuständigkeitsantrag kann so gestellt werden, dass sie berücksichtigt werden.*

## KAYNAKÇA

- ALPAGUT, Gülsevil: "6356 Sayılı Kanun'un Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi", *İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 113-148 (Güncel Sorunlar).
- ALPAGUT, Gülsevil: *İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı*, Beta Basım Yayım, İstanbul 2010 (İşyerinin Devri).
- ASCHEID, Reiner / PREIS, Ulrich / SCHMIDT, Ingrid: *Kündigungsgesetz*, 5. Auflage, C.H. Beck, München 2017, www.beck-online.de, E. T. 01.04.2019.
- AYDIN, Fazıl: *Çalışma Mevzuatı ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri*, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Yayın No: 11, www.ailevecalisma.org.tr, E.T. 21.03.2019.
- CANBOLAT, Talat: "6356 Sayılı Kanun'un Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri", *İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 53-89.
- ÇELİK, Nuri / CANBOLAT, Talat / CANIKLIOĞLU, Nurşen: *İş Hukuku Dersleri*, 31. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2018 (Güncel Sorunlar).
- ÇİÇEK, Mustafa: *İşyerinin Devri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

- DÄUBLER, Wolfgang: *Arbeitsrecht*, 11. Auflage, Bund Verlag, Frankfurt am Main 2015.
- EKMEKÇİ, Ömer: *Toplu İş Hukuku Dersleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- GÜZEL, Ali / UGAN ÇATALKAYA, Deniz: “İşyerinin veya Bir Bölümünün Devrinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı, Yıl 2013, s. 147-199.
- LÖWISCH, Manfred / RIEBLE, Volker: *Tarifvertragsgesetz*, 3. Auflage, Verlag Franz Vahlen, Münih 2012.
- ÖZKARACA, Ercüment: *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu*, Beta Basım Yayım, İstanbul 2008.
- SÖNMEZ TATAR, Gülsüm: *İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi*, TÜHİS Yayınları No:74, Ankara 2011.
- SÜZEK, Sarper: “İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı, Yıl 2013, s. 311-330.
- THÜSING, Gregor / BRAUN, Axel: *Tarifrecht*, Verlag C. H. Beck, Freiburg 2011.
- TUNCAY, Can / SAVAŞ KUTSAL, Burcu: *Toplu İş Hukuku*, 6. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2017.
- UÇAROL, Fatma Bengü: *İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

**WAS IST VERTRIEBSRECHT?  
PERSPEKTIVEN EINES NEUEN RECHTSGEBIETS  
SATIM VE DAĞITIM AĞI HUKUKU NEDİR?  
YENİ BİR HUKUK DALINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER**

Prof. Dr. Dr. Dr.h.c.mult. Michael MARTİNEK\*

**ÖZ**

*Satım ve dağıtım ağı hukuku (Vertriebsrecht), mal ve hizmetlerin üretim aşamasından tüketiciye ulaşana kadar geçen süre içerisinde malın satımı, tedarik ve dağıtım ile ilgili tüm hususları kapsayan sözleşmeler, ticaret ve rekabet hukukunun kesişmesiyle ortaya çıkan bir hukuk dalıdır. Bundan yaklaşık 30 sene öncesine kadar böyle bir kavram dahi bilinmiyorken, bugün özellikle Almanya'da bu alanda pek çok hukuki eser verildiği, ciddi bir yargı içtihadı olduğu ve bu alanda uzmanlaşan ve faaliyet gösteren pek çok hukukçu olduğu görülmektedir. Çalışmada, yargı içtihatlarına dayanarak gelişen bu alanda iktisadi hayatın gereklilikleri nedeniyle farklı şekilde gelişen dağıtım ağı organlarının çeşitli meseleleri irdelenmektedir. İkincil olarak dağıtım ağları ve pazarlama kanallarına yönelik olarak rekabet hukuku kuralları incelenmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Tüketici, mal satımı, rekabet hukuku, ticaret hukuku, satım ve dağıtım ağı hukuku*

---

\* Univ.-Prof. Dr. Dr. Dr.h.c.mult. Michael Martinek, M.C.J. (New York), ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Direktor des Instituts für Europäisches Recht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes in Saarbrücken. Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den der Verfasser am Donnerstag, 21. April 2016, an der Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, auf Einladung von Prof. Dr. Zafer Zeytin gehalten hat.



## WHAT IS LAW OF DISTRIBUTION? PERSPECTIVES OF A NEW LAW AREA

### ABSTRACT

*Law of distribution is a branch of law arising from the intersection of contractual, commercial and competition law, covering all aspects of the sale, supply and distribution of goods and services from the production stage to the consumer. Even though about 30 years ago such concept remained unknown, today, especially in Germany, there are numerous legal works, extensive jurisprudence and many legal experts that specialize and practice in this field. In this study the focus is on the law of contractual distribution systems that have their roots mainly in judge-made case law and developed due to the necessities of economic life. Another focus is on competition law for distribution systems and marketing channels.*

**Keywords:** *Consumer, sale of goods, competition law, commercial law, law of distribution*

### I. Publikationsflut im Vertriebsrecht

Die juristische Fachöffentlichkeit in Deutschland beobachtet seit einigen Jahren, dass sich unter dem Namen „Vertriebsrecht“ ein neues Rechtsgebiet fest etabliert hat und schnell bedeutsam geworden ist. Dies lässt sich nicht zuletzt an einer wahren „Literaturflut“ zum Vertriebsrecht – im Wortsinn – „ablesen“. Das erstmalig 1996 erschienene „Handbuch des Vertriebsrechts“ ist im Jahr 2016 bereits in 4. Auflage erschienen und umfasst mehr als 2.300 Seiten.<sup>1</sup> Rund 2000 Seiten Umfang bietet auch das

---

<sup>1</sup> *Michael Martinek / Franz-Jörg Semler / Eckhard Flohr*, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016; vgl. auch *Bernd Westphal*, Vertriebsrecht Bd. I: Handelsvertreter, 1. Aufl. 1988 und Bd. II: Vertragshändler, 1. Aufl. 2000; das traditionsreiche dreibändige „Handbuch des gesamten Außendienstrechts“, herausgegeben von *Wolfram Küstner* und *Karl-Heinz Thume* firmiert seit einigen Jahren unter „Handbuch des Vertriebsrechts“ und besteht aus Band 1 „Das Recht des Handelsvertreter“, 5. Aufl. 2016, Band 2 „Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreter“, 9. Aufl. 2014 und Band 3 „Vertriebsrecht“, 4. Aufl. 2015; vgl. zum Überblick neuerdings *Marius Mann*, Vertriebsrecht in Handel und Industrie, 2017; *Axel Birk / Joachim Löffler*, Marketing- und Vertriebsrecht, 2012; die Kommentierung von *Klaus J. Hopt*, Handelsvertreterrecht, 5. Aufl. 2015, ein Auszug aus dem traditionsreichen HGB-Kommentar von *Baumbach/Hopt*, ist längst zu einem (kleinen) Kommentar des Vertriebsvertrags- und Vertriebskartellrechts geworden; in aus heutige Sicht kurioser Begriffsverengung hatten *Hans-W. Micklitz* und *Klaus Tonner* ihren Handkommentar zu Haustür-, Fernabsatzgeschäften und elektronischem Geschäftsverkehr von 2002 als „Vertriebsrecht“ bezeichnet.

Kommentarwerk „Vertriebsrecht“ von *Raimond Emde* zum Handelsvertreter-, Vertragshändler- und Franchiserecht in 3. Auflage von 2014.<sup>2</sup> Schon bald soll auch die 2. Auflage zu dem Vertriebsrechtskommentar von *Eckhard Flohr* und *Ulf Wauschkuhn* im Anschluss an die Erstauflage von 2014 erscheinen.<sup>3</sup> Man findet in wirtschaftsrechtlichen Praktiker-Zeitschriften immer häufiger seitenlange Rechtsprechungs- und Literaturübersichten zum Vertriebsrecht und immer mehr Entscheidungen, Aufsätze, Beiträge, Bücher lassen sich dem Vertriebsrecht zuordnen. Die Schuldrechtsreform hat vor zehn Jahren in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts unseres BGB einen Untertitel „Besondere Vertriebsformen“ eingeführt, der die §§ 312, 312a bis 312f BGB umfasst. Dem 7. Zivilsenat (früher dem 8.) des BGH sind nach dem Geschäftsverteilungsplan „die Rechtsstreitigkeiten über Vertragsverhältnisse der Handelsvertreter (§§ 84 ff. HGB) und über Franchiseverträge“ zugewiesen (unter anderem, versteht sich).<sup>4</sup> Unsere größeren *Law Firms* kennen längst Dezernate oder Abteilungen für Vertriebsrecht, und man trifft auch schon auf diese oder jene spezialisierte „Kanzlei für Vertriebsrecht“. In Stellenanzeigen von Anwaltskanzleien und Unternehmen werden „Vertriebsrechtler/Vertriebsrechtlerinnen“ gesucht. Vor sechs Jahren wurde die Deutsche Gesellschaft für Vertriebsrecht (DGVR e.V.) gegründet.<sup>5</sup> Mehrmals jährlich finden vertriebsrechtliche Tagungen statt. Es ist nicht übertrieben, bereits von einer *Community* der Vertriebsrechtler zu sprechen. Seit fünf Jahren bringt der C.H.Beck-Verlag eine Zeitschrift (als Print- und als Online-Medium) unter dem Namen „Zeitschrift für Vertriebsrecht“ heraus. Damit liegt Deutschland im Trend. Schaut man in die europäischen Nachbarländer, so lässt sich auch dort vielfach eine vergleichbare Entwicklung im Bereich *Law of Distribution*, *Lois de Distribution* oder *Diritto della Distribuzione* usw. feststellen.

---

<sup>2</sup> *Raimond Emde*, Vertriebsrecht – Kommentierung zu §§ 84 bis 92c HGB – Handelsvertreterrecht, Vertragshändlerrecht, Franchiserecht, 3. Aufl. 2014.

<sup>3</sup> *Eckhard Flohr / Ulf Wauschkuhn*, Vertriebsrecht – Handelsvertreterrecht, Vertragshändlerrecht, Franchiserecht, Kommissionsrecht, Kommentar, 2014.

<sup>4</sup> Die Zuständigkeit für das Vertriebsvertragsrechts hat in den letzten Jahrzehnten vom zweiten über den siebten und den ersten zum achten Zivilsenat gewechselt und ist nun wieder beim siebten Zivilsenat verortet, für den sich - ungeachtet sonstiger Zuständigkeiten - die Bezeichnung „Baurechts- und Vertriebsrechts-Senat“ einzubürgern scheint.

<sup>5</sup> Siehe [www.dgvertriebsrecht.de](http://www.dgvertriebsrecht.de)

## II. Der Gegenstand des Vertriebsrechts

### 1. Definition und Teilgebiete des Vertriebsrechts

Vertriebsrecht ist das Vertrags- und Wirtschaftsrecht des Vertriebs oder - synonym - des Absatzes von Waren und Dienstleistungen. Diese Praktiker-Definition umfasst das Recht der Absatzmittlungsverhältnisse, d.h. den *indirekten* Vertrieb über vertragliche Vertriebssysteme unter Einschaltung von Absatzmittlern wie Handelsvertretern, Vertragshändlern, Kommissionsagenten, Franchisenehmern oder autorisierten Fachhändlern, aber auch den Universal- oder Streuabsatz über nicht quantitativ und/oder qualitativ selektierte Absatzmittler. Ferner gehören der Absatz über Depot- oder Regalmietsysteme und *Shop-in-the-shop*-Systeme sowie der Strukturvertrieb zum Vertriebsrecht. Das Absatzmittlungsrecht oder Recht der vertraglichen Vertriebssysteme bildet dabei einen markanten Schwerpunkt; man mag deshalb vom Vertriebsrecht im engeren Sinn sprechen.<sup>6</sup> Die vorgestellte Definition schließt aber auch den *direkten Vertrieb* im Wege etwa des Fernabsatzes, insbesondere unter Einschaltung des Internets (*E-Commerce*) oder des Teleshoppings ein. Das Vertriebsrecht im weiteren Sinn beschäftigt sich zudem mit vertrieblichen Verbundgruppen, freiwilligen Ketten, Einkaufsgemeinschaften und strategischen Allianzen. Das weite Verständnis des Vertriebsrechts spart auch Gebiete wie das Produkthaftungsrecht oder das Exportkontrollrecht keineswegs aus.

Man kann die Teilgebiete des Vertriebsrechts aber nicht nur nach verschiedenen Vertriebs- oder Absatzformen der wirtschaftlichen Praxis einteilen, sondern die Materie auch in Vertriebsvertragsrecht, Vertriebskartellrecht und vertriebsrechtliche Nebengebieten untergliedern. Das Vertriebsvertragsrecht ist vor allem kaufmännisches Handelsvertragsrecht, reicht aber bis hin zum Verbraucherschutzrecht. Das Vertriebskartellrecht ist das nationale und europäische Recht der vertriebsbezogenen Wettbewerbsbeschränkungen. Zu den wirtschaftsrechtlichen Nebengebieten des Vertriebsrechts zählen die vertriebsbezogenen Regelungen des Lauterkeitsrechts und des Gewerblichen Rechtsschutzes. Das Vertriebsrecht kann selbst in das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

---

<sup>6</sup> So schon *Michael Martinek*, Aktuelle Rechtsfragen der vertriebsvertraglichen Praxis. Belieferungs-, Fachhändler-, Vertragshändler-, Agentur- und Franchise-Systeme, RWS-Skript 189, Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern Tagungs- und Verlagsgesellschaft, Köln, 1. Aufl. 1988, 2. Aufl. 1990 und 3. Aufl. 1992.

ausgreifen, wie uns aus der Diskussion über arbeitnehmerähnliche Handelsvertreter seit Jahrzehnten bekannt ist und wie erst vor einigen Jahren wieder eine Entscheidung des *Bundessozialgerichts* zur gesetzlichen Rentenversicherungspflicht von „selbständig tätigen Franchisenehmern, die in einer vertikalen Vertriebskette stehen“, gezeigt hat<sup>7</sup>, und es kann sogar steuerrechtliche Probleme aufwerfen wie eine jüngere Entscheidung des *Bundesfinanzhofs* zur (abgelehnten) Steuerbegünstigung des Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB als Veräußerungsgewinn i.S. von § 34 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 EStG beweist.<sup>8</sup> Das Vertriebsrecht ist bei alledem immer branchenübergreifend ausgerichtet und behandelt sämtliche absetzbaren Waren und Dienstleistungen, von Kraftfahrzeugen bis zu Modeartikeln, von Getränken bis zu Computern, von Mineralölzeugnissen bis zu Lederwaren, von Versicherungspolice bis zu Schülerhilfen und Sprachkursen. Die Definition schließt selbstverständlich auch das Vertriebsrecht ausländischer Rechtsordnungen, insbesondere dasjenige unserer Nachbarländer ein. Und nicht zuletzt: Längst besitzt das Vertriebsrecht eine ausgeprägte europäische Dimension, denn es hat sich bereits auf der Ebene des Unionsrechts ein System absatzbezogener Verordnungen, Richtlinien und EuGH-Entscheidungen im Vertrags-, Lauterkeits- und Kartellrecht ausgeformt.<sup>9</sup>

Die Kennzeichnung des Vertriebsrechts als Vertrags- und Wirtschaftsrecht des Absatzes von Waren und Dienstleistungen ist als griffige und knappe Praktiker-Definition hilfreich und ausreichend, aber, genau genommen, noch zu eng und damit unvollkommen. Sie vermag etwa die Vermarktung und den Vertrieb von Werbezeiten im Fernsehen über Mediaagenturen, von medialen Verwertungsrechten für Sportveranstaltungen (Sportrechtevertrieb) oder auch von Eigentumswohnungen oder Timesharing-Objekten nicht zu erfassen. Eine um Vollständigkeit bemühte rechtswissenschaftliche Definition muss am wirtschaftswissenschaftlichen Begriff des Vertriebs ansetzen, der sämtliche Handlungen, Vorgänge und

---

<sup>7</sup> BSG, Urt. v. 04.11.2009 – B 12 R 3/08 R, Die Sozialgerichtsbarkeit 2011, S. 44 ff. mit Anm. Eckhard Flohr.

<sup>8</sup> BFH, Urt. v. 09.02.2011 – IV R 37/08, BFH/NV 2011, 1120 = HFR 2011, 767 = ZSteu 2011, R474.

<sup>9</sup> Vgl. dazu insbes. Jens-Uwe Franck, Europäisches Absatzrecht. System und Analyse absatzbezogener Normen im Vertrags-, Lauterkeits- und Kartellrecht, 2006; dazu die Rezension von Heike Schweitzer, in: ERCL 1/2011, 104; vgl. ferner Joanna Goyer, EU Distribution Law, 5th ed., 2011.

Verhältnisse umfasst, die den Weg eines Wirtschaftsguts vom Produzenten bis zur endgültigen produktiven oder konsumtiven Verwendung betreffen. Dabei gehören zu den Wirtschaftsgütern (Produkten) sowohl Sachgüter wie auch Leistungen, d.h. Rohstoffe und Fabrikate als materielle Güter ebenso wie Dienstleistungen als immaterielle Güter; aber auch Immobilien und Nutzungsrechte stellen materielle und immaterielle Realgüter dar, deren Erzeugung und Ge- oder Verbrauch institutionell auseinanderfallen und damit Gegenstand einer Distributionstätigkeit sein können. Vertriebsrecht ist, rechtswissenschaftlich definiert, die normative Erfassung und Ordnung aller Handlungen, Vorgänge und Verhältnisse zwischen der Produktion und der Konsumtion von materiellen und immateriellen Wirtschaftsgütern. Für die Rechtspraktiker genügt indes die Kennzeichnung des Vertriebsrechts als Vertrags- und Wirtschaftsrecht des Absatzes von Waren und Dienstleistungen.

## **2. Das Recht der vertraglichen Vertriebssysteme**

Schon seit mehr als zwanzig Jahren versteht man in der absatzwirtschaftlichen Praxis und in der juristischen Literatur unter dem Vertriebsrecht im engeren Sinne (vor allem früher auch oft als Absatzmittlungsrecht bezeichnet) zusammenfassend sämtliche vertriebsvertraglichen Kooperationsverhältnisse, die im klassischen dreistufigen Absatzgefüge Hersteller-Großhändler-Einzelhändler von einem Unternehmen auf höherer Wirtschaftsstufe mit einem auf einer nachgeordneten Stufe begründet werden, um der absatzwirtschaftlichen Zusammenarbeit eine langfristige vertragliche Grundlage zu geben. Hier spielt seit jeher und bis heute „die Musik“ des Vertriebsvertrags- und des Vertriebskartellrechts. Bei allen Verschiedenheiten der einzelnen Formen von Vertriebsverträgen (von den einfachen Belieferungs- und den Fachhändlerverträgen über die Vertragshändler-, Kommissionsagenten- und Handelsvertreterverträge bis hin zu den Franchiseverträgen und, nicht zu vergessen: den guten alten Bierlieferungsverträgen) ist für sie die Gemeinsamkeit kennzeichnend, dass sie die Elemente eines fächer- oder pyramidenförmigen Vertriebs(vertrags)systems bilden: ein Hersteller, ein Importeur, ein Großhändler oder eine sonstige „Systemzentrale“ unterhält mit einer Vielzahl von Absatzmittlern gleichartige vertriebsvertragliche Beziehungen. Auch immer mehr Dienstleistungsbranchen bedienen sich inzwischen vertriebsvertraglicher Absatzorganisationen; hier geht es um die zentrale Aufbereitung standardi-

sierter Leistungsformen (z.B. einer bestimmten Konzeption für Gaststätten-, Hotellerie- oder Reinigungsbetriebe), die dann von einzelnen Dienstleistungsbetrieben als Absatzmittlern der Systemzentrale gegenüber den Kunden erbracht werden. Warenabsatzanaloge Absatzmittlungsverhältnisse, die sich gruppenweise zu einem vertraglichen Vertriebssystem unter der Führung der Systemzentrale zusammenfügen, finden sich inzwischen selbst in reinen Dienstleistungsbranchen wie bei juristischen Repetitorien, Schülerhilfen, Immobilienmaklern oder Zeitarbeitsbüros.

Es ist das Handelsvertreterrecht, das den Ausgangspunkt und bis heute vielfach den Orientierungspunkt des Vertriebs(vertrags)rechts bildet, denn der Handelsvertretervertrag der §§ 84 ff. HGB bzw. der (in allen 27 Ländern der Europäischen Union umgesetzten) EG-Handelsvertreter-Richtlinie von 1986<sup>10</sup> ist in Deutschland der einzige gesetzlich geregelte Vertriebsvertrag. Der Handelsvertreter, der von seinem „Unternehmer“ mit der Interessenwahrung "ständig betraut" ist, § 84 Abs. 1 HGB, ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers ein Absatzorgan mit einer dauerhaften Position im Absatzkanal und Partner einer systemisch-vertriebsvertraglichen Absatzkooperation, wie etwa an der Figur des Bezirksvertreters deutlich wird. Das Vertriebsrecht aber beschäftigt sich als Querschnittsgebiet aus vor allem vertrags-, handels-, kartell- und lauterkeitsrechtlichen Materien weitergehend mit den gesetzlich nicht unmittelbar geregelten Absatzmittlungsverhältnissen der Kommissionsagenten und vor allem der Fachhändler, der Vertragshändler und der Franchisenehmer, die nicht im fremden, sondern im eigenen Namen und zumeist (mit Ausnahme des weniger bedeutsamen Kommissionsagenten) auch auf eigene Rechnung handeln, nach außen also als "unabhängige" Kaufleute auftreten, aber im Innenverhältnis zur Zentrale ähnlich wie (oder gar stärker als) ein Handelsvertreter mit der weisungsgemäßen Interessenwahrnehmung "ständig betraut" und zur geschäftsbesorgungsvertraglichen Absatzförderung als *channel administrators* verpflichtet sind. Die Diskussion über andere Absatzmittlertypen, vor allem die Entwicklung eines Kommissionsagenten-, Vertragshändler- und Franchiserechts, kreist denn auch immer wieder um die Frage der analogen Anwendbarkeit handelsvertreterrechtlicher Vorschriften – wie etwa des berühmt-berüchtigten Ausgleichsanspruchs des § 89b HGB.

---

<sup>10</sup> Richtlinie 86/653 des Rates vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl.EG Nr. L 382 vom 31.12.1986, S. 17 ff.

In der Tat haben sich entsprechend der Bedeutung der Vertriebsverträge in der wirtschaftlichen Praxis in den vergangenen Jahrzehnten in Judikatur und Rechtswissenschaft die Bemühungen immer stärker intensiviert, den jeweiligen Rechtsrahmen einzelner Absatzmittlertypen der Wirtschaftspraxis abzustechen.<sup>11</sup> Erst durch die Rechtsprechung und Literatur nach dem Zweiten Weltkrieg hat sich das Absatzmittlungsrecht zum Recht der Typen der vertikalen Absatzkooperation erweitert und schnell eine zunehmende Verfestigung als gesondertes handels- und wettbewerbsrechtliches Teilgebiet erfahren. Die Rechtsprechung in Ansätzen schon des *Reichsgerichts* und später des *BGH*, zuletzt vor allem des achten Zivilsenats und des Kartellsenats, sowie die rechtswissenschaftliche Forschung am Ausgang des vorigen Jahrhunderts<sup>12</sup> haben zunächst der Tätigkeit des Kommissionsagenten und des Vertrags- oder Eigenhändlers, dann auch des Franchisenehmers einen vertrags- und wettbewerbsrechtlichen Rahmen gegeben. Das Vertriebsrecht hat seitdem, wie eingangs beschrieben (oben I.), eine nach Hunderten von Titeln zählende Aufsatzliteratur, Dutzende von Monographien und schon eine Reihe von Handbüchern aufzuweisen.<sup>13</sup> Die verschiedenen Rechtsmaterien werden dabei zusammengezogen durch die integrative Kraft der Grundidee, das Vertriebsrecht als das Recht der unternehmerischen Kooperation beim Absatz von Sachgütern und Dienstleistungen einer eigenständigen Betrachtung zuzuführen.

---

<sup>11</sup> Die Fundamente hierfür waren bereits in den zwanziger Jahren gelegt worden; vgl. *Walter Schmidt-Rimpler*, Der Handlungsagent, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 5. Band, I. Abteilung, 1. Hälfte, 1. Lieferung, 1926: Geschäfte der kaufmännischen Mittelspersonen, S. 1 ff.; *ders.*, Das Kommissionsgeschäft, daselbst, 2. Lieferung, 1928, S. 477 ff.; *Ernst Heymann*, Der Handelsmakler, daselbst, 2. Lieferung, 1928, S. 321 ff.

<sup>12</sup> Vgl. *Fritz Rittner*, Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, 1957; *Peter Ulmer*, Der Vertragshändler - Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren, 1969; *Carsten-Thomas Ebenroth*, Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, 1980; *Michael Martinek*, Franchising - Grundlagen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen, 1987; *Mathias Rohe*, Netzverträge - Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen, 1998; *Knut Werner Lange*, Das Recht der Netzwerke - Moderne Formen der Zusammenarbeit in Produktion und Vertrieb, 1998.

<sup>13</sup> Vgl. nur die Literaturübersichten zu den Teilgebieten des Vertriebsrechts in *Martinek / Semler / Flohr* (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016.

Das heute geltende Vertriebsrecht, das nur bruchstückhaft auf gesetzliche Regelungen zurückgreifen kann, ist zuerst Ergebnis richterlicher Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung, ist *Richterrecht*. Es lassen sich - Dank den juristischen Informationssystemen - mehrere hundert veröffentlichte *BGH*-Entscheidungen ermitteln (wir lassen das ehrwürdige *Reichsgericht* mal beiseite), die man, bei allen Schwierigkeiten von Abgrenzungen und Überschneidungen, ohne Randgebiete wie Exportkontroll- oder Produkthaftungsrecht und ohne die Urteile mit spezifisch lauterkeitsrechtlichem oder gewerblich-schutzrechtlichem Bezug, dem Vertriebsrecht heutigen Verständnisses zuschlagen kann - heutigen Verständnisses, denn vor dreißig Jahren hat noch niemand auch nur den Begriff gekannt. Am Anfang steht die Entscheidung vom 08.02.1952 zur Zulässigkeit von Kundenschutzklauseln in Lieferungsverträgen nach dem Gesetz Nr. 56 der amerikanischen Militärregierung.<sup>14</sup> Unter den zuletzt herausragenden Urteilen finden sich die sogenannte *Joop!*-Entscheidung des 1. Zivilsenats zum (hier versagten) Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB analog für den Lizenznehmer eines Markenlizenzvertrags (Modevertrieb) nach Vertragsbeendigung<sup>15</sup>, die Entscheidung des 8. Zivilsenats zur Berücksichtigung von Stamm- und Mehrfachkundengeschäften bei Folgeverkäufen von nicht mehr fabrikneuen Fahrzeugen durch nahe Angehörige des Erstkäufers im Rahmen des Ausgleichsanspruchs eines Vertragshändlers<sup>16</sup> und die Entscheidung desselben Senats zur Kündigung eines Handelsvertretervertrages und zum Verlust des Ausgleichsanspruchs wegen schuldhaften Verhaltens nach richtlinienkonformer Auslegung sowie zur Übertragbarkeit der richtlinienkonformen Auslegung auf das Recht der Vertragshändler.<sup>17</sup> Ohne das Handelsvertreterrecht, das allerdings den Löwenanteil ausmacht, kann man immerhin rund 400 vertriebsrechtliche

---

<sup>14</sup> *BGH*, Urt. v. 08.02.1952 - I ZR 63/51, *BGHZ* 5, 71.

<sup>15</sup> *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 - I ZR 3/09, *Der Betrieb* 2010, 2331 = *WRP* 2010, 1512 = *GRUR* 2010, 1107; vgl. dazu unbedingt die sehr viel ausführlichere Entscheidung des *OLG Hamburg*, Urt. v. 27.11.2008 - 3 U 146/06, *GRUR* 2009, 339 (vollständig nur bei *Juris*); zum Problem vgl. *Raimond Emde*, Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB für Markenlizenznehmer?, *WRP* 2003, 468 und *Michael Martinek / Susanne Wimmer-Leonhard*, Steht auch dem Markenlizenznehmer der vertriebsrechtliche Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB zu?, *WRP* 2006, 204.

<sup>16</sup> *BGH*, Urt. v. 13.07.2011 - VIII ZR 17/09, *NJW* 2011, 3438 ff. = *WR* 2011, 1050 = *BB* 2011, 1985.

<sup>17</sup> *BGH*, Urt. v. 16.02.2011 - VIII ZR 226/07, *NJW-RR* 2011, 614 = *Der Betrieb* 2011, 645 = *BB* 2011, 973.



Entscheidungen aus den rund siebzig Jahren *BGH*-Rechtsprechung auflisten. Das gewaltige Tatsachenmaterial und der vielschichtige Rechtsstoff dieser Entscheidungen bilden den Fundus für das richterliche Rechtsgebiet des Vertriebsrechts und zugleich für die Bemühungen der Rechtswissenschaft um seine dogmatische Aufarbeitung und systematische Durchdringung, um erläuternde Kommentierung und konstruktive Kritik.<sup>18</sup>

### 3. Die vertikale Vorwärtsintegration

Will man den Blick von der quantitativen auf die qualitative Dimension lenken und eine Würdigung der Ordnungs- und Gestaltungskräfte im Vertriebsrecht wagen, gerät schnell ein "roter Faden" ins Visier, der das reichhaltige Tatsachenmaterial und das anfangs noch brüchige und lockere, inzwischen aber reißfeste Gewebe dieses Rechtsstoffs durchzieht, soweit es sich vom Handelsvertreterrecht losgelöst und zum übergreifenden Recht der vertraglichen Vertriebssysteme fortgebildet hat. Die Rede ist von der sogenannten vertikalen Vorwärtsintegration als der im Verhältnis zwischen Herstellern und Händlern beherrschenden Bewegung, die die Absatzwirtschaft Deutschlands wie die seiner Nachbarländer in den vergangenen sechzig Jahren geprägt hat, zum Modell auch für den warenanalogen Dienstleistungsabsatz in Kooperation einer Systemzentrale mit ihren Franchisebetrieben oder *licensed outlets* und zugleich zur Triebkraft für das moderne Vertriebsrecht geworden ist. Schon die übliche Typenbildung von Absatzmittlungs- oder Vertriebsverträgen mit der Steigerungsfolge von Belieferungs-, Fachhändler-, Vertragshändler-, Kommissionsagenten, Handelsvertreterverträgen und schließlich Franchiseverträgen basiert auf einer Unterscheidung nach der Intensität der Verhaltensabstimmung bei der vertriebsvertraglichen Kooperation, das heißt nach dem Grad der vertikalen Integration.<sup>19</sup> Der in der betriebswirtschaftlichen Praxis und Marketinglehre geläufige Terminus "vertikale (Vorwärts-)Integration" bezeichnet - in hier wohl entschuldbarer Verknappung - das erfolgreiche Bemühen der industriellen Unternehmungen, ursprünglich „freie“ Handelsunternehmen in ihr Lager zu ziehen und sie zu langfristig gebundenen

---

<sup>18</sup> Vgl. dazu *Michael Martinek*, Vertriebsrecht und vertikale Integration in der *BGH*-Rechtsprechung, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II. Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht, hrsg. von *Andreas Heldrich* und *Klaus J. Hopt*, München 2000, S. 102 – 152.

<sup>19</sup> *Winfried Veelken*, *ZVglRWiss* Bd. 89 (1990), S. 358 ff.; *Michael Martinek*, *Franchising*, 1987, S. 196 ff.; *ders.*, *Moderne Vertragstypen* Bd. II, 1992, S. 53 ff.

Interessenwahrern zu machen, um mit ihrer Hilfe gezielt auf die selbstbewußt und wählerisch gewordene Konsumentenschaft Einfluss nehmen zu können.<sup>20</sup> Dies ist eine Tendenz, die sich seit der wirtschaftlichen Erholungsphase nach dem Zweiten Weltkrieg machtvoll durchgesetzt hat und bis heute unsere von Netzen vertraglicher Vertriebssysteme überzogene absatzwirtschaftliche Praxis kennzeichnet. Denn für diese vertikale Vorwärtsintegration erwies sich der Aufbau beherrschbarer vertraglicher Vertriebssysteme mit autorisierten Fachhändlern, Kommissionsagenten und Vertragshändlern, ab Ende der siebziger Jahre dann auch mit Franchisenehmern als das probate Mittel. Durch "Vertikalbindungen" in den Vertriebsverträgen gewannen die Systemzentralen immer mehr Einfluss auf die Institutionen des Handels sowie der Dienstleistungen und konnten zunehmend das Entscheidungsverhalten der Konsumenten in ihrem Sinne lenken und beeinflussen. Durch die rechtliche Umsetzung des Marketinggedankens bei der Ausgestaltung der Vertriebsverträge, die sich von den früheren kaufrechtlichen Rahmenverträgen (Belieferungsverträgen) zu immer deutlicher geschäftsbesorgungsvertraglich gefärbten Absatzmittlungsverträgen wandelten, wurden die Absatzleistungen der Händler und Dienstleister gegenüber den Kunden zum Gegenstand planerischer und organisatorischer Aktivitäten der Hersteller (Hersteller-Marketing) und Systemzentralen innerhalb eines integrierten Distributionswegs (nunmehr: „Marketingkanals“).<sup>21</sup> Die Systemzentralen spielten beim Aufbau ihrer Vertriebssysteme natürlich so weit wie möglich ihre

---

<sup>20</sup> Vgl. hierzu grundlegend *Klaus Dingeldey*, Herstellermarketing im Wettbewerb um den Handel, 1975; *Hans-Otto Schenck / Andrea Wölk*, Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, 1971; *Dieter Ahlert* (Hrsg.), Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, 1981; *ders.*, Distributionspolitik – Das Management des Absatzkanals, 3. Aufl. 1996; *ders.*, Rechtliche Grundlagen des Marketing, 2. Aufl. 2002; *Arno Sölter*, Kooperative Absatzwirtschaft, 1971; *Heribert Meffert* (Hrsg.), Marketing im Wandel, 1980; *Wolfgang Irrgang* (Hrsg.), Vertikales Marketing im Wandel, 1993; *Monika Laurent*, Vertikale Kooperationen zwischen Industrie und Handel, 1996.

<sup>21</sup> Vgl. grundlegend *Bruno Tietz*, Handbuch Franchising, 2. Aufl. 1991, S. 217 ff.; *Bruno Tietz / Günther Mathieu*, Das Franchising als Kooperationsmodell für den mittelständischen Groß- und Einzelhandel, 1979; *dies.*, Das Kontraktmarketing als Kooperationsmodell - eine Analyse für die Beziehungen zwischen Konsumgüterindustrie und Handel, 1979; *Urban Brauer*, Die vertikale Kooperation als Absatzwegestrategie für Herstellerunternehmen, 1989; *Monika Laurent*, Vertikale Kooperationen zwischen Industrie und Handel, 1996; *Wolfgang Irrgang*, Strategien im vertikalen Marketing, 1989.

Marktmacht aus. Die einst unabhängig, selbständig und ungebunden absatzmittelnden Handelsbetriebe sowie die freien Dienstleister wurden von den Systemzentralen zur Interessenwahrung und Geschäftsbesorgung verpflichtet und in den Aufbau vertraglicher Vertriebssysteme einbezogen. Hierdurch wurden sie im Innenverhältnis den Handelsvertretern und Kommissionsagenten angeglichen, die schon kraft ihrer Funktion und kraft ihres gesetzlichen Status weisungsgebunden und zur Interessenwahrung verpflichtet sind. Den „geborenen Interessenwahrern“ nach § 86 Abs. 1, Halbs. 2 HGB, §§ 675 Abs. 1, 611, 665 BGB wurden immer enger mit der Systemzentrale verbundene, das heißt von ihnen „gebundene“ Vertragshändler, Fachhändler, Eigenhändler, Alleinvertreter, Generalvertreter, Werksvertreter, Konzessionäre oder Franchisenehmer als "gekorene Interessenwahrer" zur Seite gestellt. Um die Absatzwirtschaft Deutschlands wie die aller Industriestaaten legte sich in den letzten sechzig Jahren ein immer engmaschigeres Netz von vertraglichen Vertriebssystemen.

Dass sich die Rechtsprechung des *BGH*, auch wenn sie nie *expressis verbis* von „vertikaler Integration“ gesprochen hat, über deren Probleme und Ordnungsaufgaben immer im Klaren war, kommt bereits in der begrifflichen Kennzeichnung des Vertragshändlers zum Ausdruck, die der *BGH* Ende der sechziger Jahre - man sprach früher gern vom "Eigenhändler"<sup>22</sup> - in Anlehnung an *Peter Ulmer* vorgenommen und seither in ständiger Rechtsprechung zugrunde gelegt hat.<sup>23</sup> Danach ist der Vertragshändler „ein Kaufmann, dessen Unternehmen in die Vertriebsorganisation eines Herstellers von Markenwaren in der Weise eingegliedert ist, dass er es durch den Vertrag mit dem Hersteller oder einem von diesem eingesetzten Zwischenhändler ständig übernimmt, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung die Vertragswaren im Vertragsgebiet zu vertreiben und ihren Absatz zu fördern, die Funktionen und Risiken seiner Handelstätigkeit hieran auszurichten und im Geschäftsverkehr das Herstellerzeichen neben der eigenen Firma herauszustellen“. *Ulmer* selbst formuliert es aber auch

---

<sup>22</sup> Vgl. etwa *BGH*, Urt. v. 11.12.1958 - II ZR 73/57, *BGHZ* 29, 83, 87; *BGH*, Urt. v. 16.02.1961 - VII ZR 239/59, *BGHZ* 34, 282, 285.

<sup>23</sup> *BGH*, Urt. v. 21.10.1970 - VIII ZR 255/68, *BGHZ* 54, 338, 340 f.; *BGH*, Urt. v. 11.02.1977 - I ZR 185/75, *BGHZ* 68, 340, 346 ff.; vgl. grundlegend *Peter Ulmer*, Der Vertragshändler, 1969, insbes. S. 206; vgl. auch *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, S. 758; vgl. *Ulf Wauschkuhn*, Vertragshändlervertrag, 3. Aufl. 2009; *Carsten Dau / Jörg-Martin Schulze / Ulf Wauschkuhn / Catharina Spenner*, Der Vertragshändlervertrag, 4. Aufl. 2008; vgl. auch schon *Franz-Jörg Semler*, Handelsvertreter- und Vertragshändlerrecht, 1988.

deutlicher: „Das Auseinanderfallen von Entscheidungsgewalt und Risiko“ ist das „Kennzeichen des Vertriebs über Vertragshändler“; es herrscht eine „typische Diskrepanz zwischen fremdbestimmten Funktionen und eigener Risikotragung“.<sup>24</sup> Eine Definition des Franchising, der jüngsten Form vertriebsvertraglicher Kooperation, der „Königsklasse der Vertriebssysteme“<sup>25</sup> hat der *BGH* dagegen nicht versucht, obwohl schon der große deutsche Pionier des Franchiserechts, *Walther Skaupy*, hierzu wegweisende Vorarbeiten geleistet hatte.<sup>26</sup> Hierbei münden die vertikalen Integrationsprozesse zwischen Industrie und Handel - bei gegenüber dem Vertragshandel größeren Kooperationsfeldern und längerer Kooperationsdauer („totale Kooperation“<sup>27</sup>) - sogar oft in einen rigorosen Anweisungsvertrieb, in eine existentielle wirtschaftliche Abhängigkeit des Franchisenehmers und in eine hochgradige, quasimonopolistische Beziehungsverdichtung der Beteiligten (franchisespezifische „Quasifilialität“).<sup>28</sup>

#### 4. Ordnungsaufgaben des Vertriebsvertragsrechts

Vor dem Hintergrund des Paradigmas der vertikalen Vorwärtsintegration wird verständlich, dass in der Rechtsprechung und im wirtschaftsrechtlichen Schrifttum (weit weniger in der kautelarjuristischen Praxis) die Ordnungsaufgaben des Vertriebsvertragsrechts bislang vorrangig darin gesehen werden, die regelmäßig als verhandlungsschwächer eingeschätzten Fachhändler, Handelsvertreter, Vertragshändler oder

<sup>24</sup> *Peter Ulmer*, Der Vertragshändler, 1969, S. 150 und 227; vgl. auch wegweisend schon *Wolfgang Schüller*, in: *ORDO* 19 (1968), 171 ff., insbes. 233 ff.

<sup>25</sup> So *Eckhard Flohr / Waltraud Frauenhuber / Christoph Liebscher / Christoph Wildhaber* (Hrsg.), *Franchising – Die Königsklasse der Vertriebssysteme: Märkte erobern – Wachstum beschleunigen*, 2. Aufl. 2003.

<sup>26</sup> Zum unvergesslichen *Walther Skaupy* vgl. die Beiträge in der von *Eckhard Flohr* herausgegebenen Gedächtnisschrift „Franchising im Wandel“, 2003, mit Schriftenverzeichnis S. 559.

<sup>27</sup> Vgl. *Bruno Tietz / Günther Mathieu*, *Das Franchising als Kooperationsmodell für den mittelständischen Groß- und Einzelhandel*, 1979, passim.

<sup>28</sup> Vgl. zum neueren Franchising heute *Helmuth Liesegang*, *Der Franchisevertrag*, 7. Aufl. 2011; *Jan Patrick Giesler / Jürgen Nauschütt* (Hrsg.), *Franchiserecht*, 2. Aufl. 2007; *Karsten Metzloff* (Hrsg.), *Praxishandbuch Franchising*, 2003; *Eckhard Flohr*, *Franchise-Recht*, 2. Aufl. 2008; *ders.*, *Franchise-Vertrag*, 4. Aufl. 2010; *Dieter Ahlert* (Hrsg.), *Handbuch Franchising & Cooperation*, 2001; *Eckhard Flohr / Jürgen Nebel / Albrecht Schulz*, *Das Franchise-System – Handbuch für Franchisegeber und Franchisenehmer*, 2003; *Eckhard Flohr / Alexander Petsche*, *Franchiserecht in Deutschland und Österreich*, 2007.

Franchisenehmer *per iustitiam commutativam* vor Übervorteilung, Ausbeutung, Einschränkung der unternehmerischen Bewegungsfreiheit und wirtschaftlichem Existenzverlust gegenüber den marktmächtigen Systemzentralen zu schützen. Die vertikale Vorwärtsintegration hat ein dezidiertes Verständnis des Vertriebsvertragsrechts als „unternehmerisches Sozialschutzrecht“ begünstigt. Diese im Handelsvertreterrecht der §§ 84 ff. HGB (und in der europäischen Handelsvertreter-Richtlinie von 1986) angelegte Sozialschutz Tendenz lässt sich unschwer bereits in den Judikaten zum Zustandekommen eines Vertriebsvertrags aufspüren. Schon in der Rechtsprechung zum vorvertraglichen Vertrauensschuldverhältnis zwischen dem Systemträger und seinem Absatzmittler *in spe* wirkt sich der Gedanke der Schutzbedürftigkeit des Absatzmittlers aus. Aus dem Dauerschuld- und dem Interessenwahrungscharakter des abzuschließenden Vertriebsvertrages fließen für die Parteien bereits bei den Vertragsverhandlungen gesteigerte Treuepflichten. Das vorvertragliche Vertrauensschuldverhältnis erscheint dabei umso intensiver, je ausgeprägter das geschäftsbesorgungsvertragliche Element des Vertriebsvertrages *in spe* ist. Es hat zur Folge, dass die Parteien bei den Verhandlungen über einen Vertragsabschluss in besonderem Maß zur Offenbarung aller für die Zusammenarbeit erheblichen Informationen gegenüber dem anderen Teil verpflichtet sind und sich bei einer Verletzung dieser Pflicht aus *culpa in contrahendo* (§§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB) schadensersatzpflichtig machen. Diese Offenlegungspflicht trifft zwar auch den künftigen Absatzmittler, der etwa bezüglich seiner beruflichen Fähigkeiten, persönlichen Eigenschaften und finanziellen Möglichkeiten, soweit diese für die Absatzkooperation bedeutsam sind, „die Karten auf den Tisch“ legen muss. Vor allem aber ist der Lieferant als Systemzentrale einer Vertragshändler- oder Franchiseorganisation zur Offenlegung von Informationen über die Erfolgsaussichten der Marketingkonzeption, zu wahrheitsgemäßen Zahlungangaben über vergleichbare Betriebe seines Systems und zu Angaben über den erforderlichen Arbeits- und Kapitaleinsatz des Absatzmittlers aufgerufen. Denn gerade der Lieferant wirbt bei der Kontaktaufnahme und den Vertragsverhandlungen um jenes besondere Vertrauen, das der Absatzmittler als Geschäftsbesorger aufgrund der bevorstehenden Weisungsabhängigkeit dem Geschäftsherrn entgegenbringen muss. Der *BGH* hat in

seiner Leitentscheidung hierzu<sup>29</sup>, die prompt von der *OLG*-Rechtsprechung aufgegriffen und verfeinert wurde<sup>30</sup>, an die Offenbarungspflicht aus dem vor-vertriebsvertraglichen Vertrauensschuldverhältnis besonders hohe Anforderungen jedenfalls bei solchen Vertriebssystemen gestellt, die unerfahrene Gewerbetreibende oder gar Einsteiger als Systempartner requirieren.

Der Wert und die Bedeutung dieser Rechtsprechung lassen sich durch einen rechtsvergleichenden Blick etwa in die USA oder zu unserem Nachbarland Frankreich verdeutlichen. In den zahlreichen und umfangreichen Franchisegesetzen der Vereinigten Staaten ist seit langem eine Registrierungspflicht bzw. ein Prospektzwang für Franchise-Angebote bekannt; teilweise unterliegen *Franchise Offerings* einer peniblen aufsichtsbehördlichen Kontrolle.<sup>31</sup> In Frankreich ist das Gesetz Nr. 89-1008 vom 31.12.1989, die sogenannte *Loi Doubin*, zu beobachten.<sup>32</sup> Der *BGH* aber beweist, dass das Institut der *culpa in contrahendo* derartige gesetzgeberische Interventionen im deutschen Vertriebsrecht entbehrlich macht. Er hat es dabei nicht an dem gebotenen Augenmaß dafür fehlen lassen, dass eine Belastung mit überzogenen Aufklärungs-, Beratungs- und Hinweispflichten die Expansions- und Innovationsfreudigkeit der Systemträger lähmen könnte und dass auch der Absatzmittler bei der Entscheidung für ein bestimmtes Vertriebssystem ein unternehmerisches Risiko eingeht, so dass er sich, wenn er den Goodwill des Systemprodukts überschätzt hat, bei einem Scheitern seiner Absatzanstrengungen nicht im Regresswege an die Systemzentale wenden darf.

Die Tendenz eines Verständnisses des Vertriebsvertragsrechts als Schutzrecht für die Absatzmittlungsunternehmen lässt sich auch bei den weiteren Ordnungsaufgaben und Problemkonstellationen im Lebenszyklus eines Vertriebsvertrags vom Vertragsabschluss bis hin zur nachvertraglichen Abwicklung ausmachen. Dies kann hier nicht näher ausgeführt und belegt, soll aber stichwortartig angesprochen werden, denn es

---

<sup>29</sup> *BGH*, Urt. v. 12.11.1986 - VIII ZR 280/85, *BGHZ* 99, 101 = *NJW* 1987, 639.

<sup>30</sup> *OLG München*, Urt. v. 13.11.1987, *BB* 1988, 865 mit Anm. *Walther Skaupy*.

<sup>31</sup> Vgl. dazu *Michael Martinek / Mansur Pour Rafsendschani*, Franchise Agreement (Franchisevertrag USA), in: *Schütze* (Hrsg.), *Münchener Vertragshandbuch Band 4, Wirtschaftsrecht III*, 5. Aufl. 2002, S. 257 ff., 293 ff.

<sup>32</sup> Vgl. dazu *Michael Martinek / Mansur Pour Rafsendschani*, Contrat de Franchisage (Französischer Franchisevertrag), in: *Schütze* (Hrsg.), *Münchener Vertragshandbuch Band 4, Wirtschaftsrecht III*, 5. Aufl. 2002, S. 14 ff., 202 ff.

zeigt, wo die sensiblen Problemkreise vertriebsvertraglicher Kooperation auszumachen sind. Zu ihnen gehören die Sittenwidrigkeitskontrolle unter dem Gesichtspunkt der Knebelung, die höchstzulässige Vertragslaufzeit ohne ordentliche Kündigungsmöglichkeit, die Voraussetzungen einer Anwendung von Schutzvorschriften des Verbraucherkreditrechts auf Absatzmittler als Existenzgründer. Und immer wieder geht es im Vertriebsvertragsrecht um die AGB-rechtliche Überprüfung von (regelmäßig systemspezifisch vorformulierten) Vertriebsverträgen; weithin ist das Vertriebsvertragsrecht AGB-Kontrollrecht. Zu nennen ist hier auch der Streit um die (ohne ausdrückliche Vereinbarung kaum begründbare) Verpflichtung der Systemzentrale zur Rückvergütung bzw. Weiterleitung von Einkaufsvorteilen (Differenzrabatten) an die Systempartner (sog. *Kick-back-Rechtsprechung*) beim sogenannten Verbundgruppen-Franchising; die Insider zwinkern sich wissend zu, wenn sie nur die Namen von Entscheidung wie „Sixt“ oder „Apollo“ hören, die zugleich ein Musterbeispiel für fruchtbare vertriebsrechtliche Diskurse zwischen Rechtsprechung, Kautelarjurisprudenz und Rechtswissenschaft bilden.<sup>33</sup>

Einen Schwerpunkt des Vertriebsvertragsrechts bilden die Voraussetzungen und Folgen der Vertragsbeendigung. Diese erhalten dadurch sein besonderes Gewicht, dass die Absatzmittler nicht selten auf den Bestand des Kooperationsverhältnisses angewiesen sind, um wirtschaftlich überleben zu können.<sup>34</sup> Sie drohen im Kündigungsfalle zu „Opfern“ der

---

<sup>33</sup> Vgl. dazu *OLG München*, Urt. v. 27.02.2000 – U (K) 3297/96 – „Sixt I“, BB 1997, 1429; *BGH*, Urt. v. 02.02.1990 – KZR 11/97 – „Sixt II“, BGHZ 140, 342 = NJW 1999, 2671 = ZIP 1999, 934 = WRP 1999, 534; *OLG Bremen*, Urt. v. 06.12.2001 – Kart. 2/2001, WRP 2002, 224; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 14.11.2001 – Kart. 11/01, WRP 2002, 235; *BGH*, Urt. v. 20.05.2003 – KZR 19/02 – „Apollo I“, ZIP 2003, 2030 = NJW-RR 2003, 1635 = WRP 2003, 1448; *BGH*, Urt. v. 20.05.2003 – KZR 27/02-„Apollo II“, NJW-RR 2003, 1624 = ZIP 2004, 773 = WRP 2003, 1454; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 13.12.2006 – VI-U(Kart.) 36/05, BB 2007, 738 mit Anm. *Eckhard Flohr*, S. 741 f.; zum Ganzen *Bernd Christian Haager*, DStR 1999, 1153; *ders.*, NJW 2002, 1463; *Volker Emmerich*, JuS 1999, 1023; *Christian Prasse*, MDR 2004, S. 256; *Reinhard Böhner*, NJW 1998, S. 109 ff.; *ders.*, BB 2004, S. 119; *Jan Patrick Giesler*, ZIP 2004, S. 744, 745; *Raimond Emde*, EWiR 2004, 337; *Christian Vogel*, ZGS 2003, 244; *Eckhard Flohr*, DStR 2004, 94; *Achim E. Rottbauer*, EWiR 2004, 337; *Petra Pohlmann*, EWiR 2004, 289; *Gunther Teubner*, ZHR Bd. 168 (2004), 78.

<sup>34</sup> Vgl. dazu *Heinz-Dieter Pollmüller*, in: *Dieter Ahlert* (Hrsg.), *Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel*, 1981, S. 125 ff., 196 ff.; *Michael Martinek*, *Franchising*, 1987, S. 321 ff.; *ders.*, *Moderne Vertragstypen Bd. II*, 1992, S. 117 ff.

vertikalen Integration zu werden. Zumindest bedürfte es in vielen Fällen einer längeren Übergangszeit und eines erheblichen Kapitalzuflusses, um das Absatzmittlungsunternehmen aus der Systembindung lösen, Anschluss an eine andere Zentrale in einem anderen Vertriebssystem finden oder gar systemunabhängig operieren und wieder auf dem Markt Fuß fassen zu können. Häufig hat der interessenwahrende und weisungsgebundene Absatzmittler beachtliche Investitionen für den auf die Marketingkonzeption „seines“ Vertriebssystems zugeschnittenen Betrieb getätigt, die bei einem Ausscheiden aus dem System größtenteils wertlos würden, zumal er oft einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot unterliegt. Nicht nur anlässlich des Systembeitritts, sondern auch im Laufe des Kooperationsverhältnisses hat er - nicht selten notgedrungen oder gar auf Weisung der Systemzentrale - beachtliche Kapitalmittel in Gebäude, Betriebsausrüstung und Personal investiert, so dass eine Beendigung des Vertragsverhältnisses vor deren Amortisation seinen wirtschaftlichen Ruin bedeuten kann, jedenfalls wenn ihm keine Übergangszeit und kein Geld für eine Umorientierung zur Verfügung steht.

Um die Beendigung von Vertriebsverträgen ranken sich denn auch zahlreiche Rechtsprobleme. Sie betreffen schon die Fristen für eine ordentliche Kündigung sowie die Voraussetzungen (die „wichtigen Gründe“) einer außerordentlichen Kündigung. Auch die „leidige Frage“ einer analogen Anwendbarkeit des Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB auf anderen interessenwahrenden Absatzmittler als Handelsvertreter ist hier zu nennen. Sie gehörte von Anfang an zu den Grundproblemen des Vertriebsvertragsrechts<sup>35</sup>, wird heute in Literatur und Rechtsprechung für den Vertragshändler vor allem des Kfz-Vertriebs grundsätzlich bejaht, während sich für das Franchising zwar die Literatur einhellig befürwortend äußert, aber in Deutschland (anders als in Österreich) noch keine klare höchstrichterliche Entscheidung darüber vorliegt. Im Zusammenhang der Vertragsbeendigungsprobleme ist auch die Diskussion darüber zu erwähnen, ob bei Vertriebsverträgen mit dominantem geschäftsbesorgungsvertraglichen Element (bei Handelsvertretung, Kommissionsagentur, Vertragshandel und vielfach beim Franchising) dem Absatzmittler angesichts einer drohenden Vertragsbeendigung ein besonderer "Anlaufschutz" oder "Investitionsschutz", etwa in Form eines Investitionsersatzanspruchs gewährt werden soll. Es geht hierbei um die Frage, ob sich die kraft des Dauerschuld-

---

<sup>35</sup> Vgl. dazu nur *Otto Sandrock*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 657 ff.



und insbesondere kraft des Interessenwahrungscharakters dieser Vertriebsverträge gesteigerte Treuepflicht des Lieferanten gegenüber seinem Vertriebsmittler auf sein Recht zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung des Vertrages beschränkend auswirkt bzw. ob eine treupflichtwidrige Kündigung sogar Schadensersatzpflichten nach sich ziehen kann.<sup>36</sup> Das hinter einem derartigen vertriebsrechtlichen Anlauf- oder Investitionsschutz stehende Anliegen liegt auf der Hand: Der Absatzmittler, der in Erfüllung seiner Absatzförderungspflicht und im Vertrauen auf die Fortdauer des Kooperationsverhältnisses, oft sogar auf ausdrückliche Anweisung des Absatzherrn aufwendige Investitionen zur vertriebssystemkonformen Ausstattung seines Betriebes getätigt hat, soll davor geschützt werden, dass die Absatzzentrale das Absatzmittlungsverhältnis einseitig durch ordentliche Kündigung beendet, bevor jene Investitionen amortisiert sind. Ein solcher Schutz erscheint dabei nicht etwa allein für die Jahre der Anlaufphase des Kooperationsverhältnisses im Hinblick auf die anfänglichen Systemeingliederungsinvestitionen des Absatzmittlers erwägenswert, sondern auch während des längst bestehenden Absatzmittlungsverhältnisses, in dem der Absatzmittler auf „Veranlassung“ der Systemzentrale laufend zu neuen Investitionen genötigt sein kann. Die Frage nach einem Anlauf- und Investitionsschutz ist von umso größerer Bedeutung, als für derartige Investitionen ein Aufwendungsersatzanspruch des Absatzmittlers nach Geschäftsbesorgungsrecht (§§ 675 Abs. 1, 670 BGB) nicht in Betracht kommt. Sie ist unabhängig von der Gewährung eines Ausgleichsanspruches nach § 89b HGB. Denn dieser Ausgleichsanspruch ist auf eine Entschädigung für den Verlust der vom Absatzmittler akquirierten Kundschaft und auf einen Ausgleich des von ihm geschaffenen und bei Vertragsbeendigung der Systemzentrale zugute kommenden Goodwill gerichtet; mit den vom Absatzmittler getätigten Investitionen hat § 89 b HGB nichts zu tun. Derzeit ist in Deutschland - anders als in manchen Nachbarländern, z.B. in Österreich (§ 454 österr. HGB) - ein Investitionsersatzanspruch für Absatzmittler (noch) nicht von der Rechtsprechung anerkannt.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Vgl. dazu vorbereitend *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 266 ff.; sodann grundlegend *Peter Ulmer*, Der Vertragshändler, 1969, S. 459 ff.; *ders.*, in: FS Möhring, 1975, S. 295 ff.; *Carsten-Thomas Ebenroth*, Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, 1980, S. 172 ff.

<sup>37</sup> Vgl. dazu näher *Ulf Wauschkuhn / Johannes Teichmann*, Der Investitionsersatzanspruch im europäischen Vergleich, RIW 2009, S. 614 – 620.

Auch bei den anderen zahlreichen Abwicklungs- und Folgeproblemen der Beendigung von Vertragshändler-, Kommissionsagenten- und Franchiseverträgen behält die Treue- und Rücksichtnahmepflicht der Systemzentrale gegenüber dem Absatzmittler ihre herausragende Bedeutung.<sup>38</sup> Nur in seltenen Fällen enthalten die Absatzmittlungsverträge ausdrückliche Regelungen über ein Rückgaberecht für nicht abgesetzte Vertragsware, ungenutzte Betriebsmittel oder überschüssige Ersatzteile nach Beendigung des Vertragsverhältnisses. In solchen Ausnahmefällen wird etwa dem Vertragshändler oder Franchisenehmer im Vertriebsvertrag ein durch einseitige Gestaltungserklärung auszuübendes Rückverkaufsrecht zu angemessenem Preis eingeräumt. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung (oder ist sie ungenügend), bildet die nachvertragliche Treuepflicht den dogmatischen Anknüpfungspunkt für die Ableitung eines Rückgaberechts des Absatzmittlers (und der korrespondierenden Rücknahmepflicht des Absatzherrn) für derartige Vertragsware, Ersatzteile, Betriebsmittel und Ausstattungsgegenstände, die für den Absatzmittler nach Vertragsbeendigung weitgehend wert- und nutzlos geworden sind. Der Grundsatz von Treu und Glauben bestimmt den Maßstab für Umfang und Grenzen eines Rückgaberechts und steuert die Verteilung des Verwertungsrisikos derartiger Gegenstände, die aufgrund der Vertragsbeendigung nicht mehr ihrer ursprünglichen Bestimmung zugeführt werden können. Schon im Jahr 1970 hat der *BGH* in einem Grundsatzurteil zum Vertriebsrecht ausgesprochen, dass die nachvertragliche Treuepflicht eines Herstellers/Lieferanten gegenüber einem Vertragshändler in ihrer Intensität über die üblicherweise nach Beendigung eines Vertrages geschuldeten Sorgfalts- und Nebenpflichten hinausgeht.<sup>39</sup> Begründet wird dies mit der besonderen funktionellen Ausrichtung des Absatzmittler-Betriebes auf die Interessen der Absatzzentrale und mit der Abhängigkeit des Absatzmittlers von den Planungen des Systemkopfs. Die gesteigerte nachvertragliche Treuepflicht wurde vom *BGH* dahingehend konkretisiert, dass sich aus ihr für den Geschäftsherrn auch die Pflicht ergeben kann, in zumutbarem Umfang an der Vertragsabwicklung mitzuwirken und zur Schadensabwen-

---

<sup>38</sup> Grundlegend bereits für den Vertragshändler *Peter Ulmer*, *Der Vertragshändler*, 1969, S. 468 ff.

<sup>39</sup> *BGH*, Urt. v. 21.10.1970 - VIII ZR 255/68, *BGHZ* 54, 338, 344 = *JZ* 1971, 264 mit Anm. *Peter Ulmer* = *NJW* 1971, 29 mit Anm. *Peter Finger*, S. 555; vgl. auch *BGH*, Urt. v. 25.05.1988 - VIII ZR 360/86, *NJW* 1988, 1077 = *EWiR* § 9 *AGBG* 11/88, 737 (*Heinz-Dieter Assmann*).

derung im Zuge der Auflösung des engen Kooperationsverhältnisses beizutragen. Dieser Grundgedanke beansprucht auch für solche Franchiseverhältnisse Geltung, bei denen der Absatzmittler in gewissem Umfang zur Lagerhaltung, zum Kunden- und Ersatzteildienst verpflichtet ist, aber nach Vertragsende nichts mehr mit den Waren, mit den auf das Systemprodukt zugeschnittenen Einzelteilen, Spezialwerkzeugen, Ausstattungsgegenständen usw. anfangen kann. Der Absatzmittler darf auf solchen Gegenständen der Vertragsware und der Betriebsausstattung, im Extremfall gar auf einem vollen und unverkäuflichen Lager- oder Ersatzteilbestand nicht „sitzenbleiben“.

Freilich kann sich der Absatzmittler auf § 242 BGB nur bei einer von ihm nicht veranlassten Kündigung des Vertrages berufen; andernfalls müsste er sich seinerseits nach § 242 BGB ein widersprüchliches Verhalten entgegenhalten lassen<sup>40</sup>; es versteht sich, dass ein schuldhaftes Verhalten des Absatzmittlers nicht mit einer Entlastung des von ihm vertraglich übernommenen Dispositionsrisikos belohnt werden darf. Umgekehrt muss aber ein schuldhaftes Verhalten des Geschäftsherrn und Lieferanten zu einer Verschärfung seiner Mitwirkungs- und Rücknahmepflichten führen. Das Risiko der erschwerten Verwertung eines auf Veranlassung des Lieferanten angelegten Waren- oder Ersatzteillagers ist danach grundsätzlich von demjenigen Vertragspartner zu tragen, der die Vertragsbeendigung zu vertreten hat; bei einer beiderseitig verursachten Kündigung ist auch eine beiderseitige Verteilung des Risikos angebracht. Für die Ausgestaltung der Rücknahmepflicht des Lieferanten und des damit korrespondierenden Rückgaberechts des Absatzmittlers ist im konkreten Einzelfall sowohl inhaltlich wie auch zeitlich entscheidend, was den Parteien unter Abwägung der beiderseitigen Interessen billigerweise zuzumuten ist. Die Mitwirkungspflicht des Geschäftsherrn bei der Abtragung der dem Absatzmittler aus dem Kooperationsverhältnis verbliebenen Lasten kann auch nur solche Warenbestände, Rohstoffvorräte oder Ersatzteillager oder Ausrüstungsgegenstände betreffen, deren Anhäufung und Vorhaltung im Interesse einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung geboten war. Dabei findet die Verpflichtung des Lieferanten zur gebührenden Rücksichtnahme auf die Absatzmittlerinteressen und zur dementsprechenden Rücknahme von Gegenständen dort ihre Grenze, wo der Absatzmittler bei einer zumutbaren Eigenanstrengung selbst Verwertungsmöglichkeiten ausschöpfen

---

<sup>40</sup> *BGH*, Urt. v. 21.10.1970 - VIII ZR 255/68, *BGHZ* 54, 338, 342 f.

kann. Auch in diesem Bereich der vertikalen De-Integration hat die *BGH*-Rechtsprechung inzwischen vielfach Ergänzungen und Vertiefungen, Verfeinerungen und Bestätigungen erfahren.

### 5. Ordnungsaufgaben des Vertriebskartellrechts

Dem vorstehenden, nur beispielhaften, aber doch vielleicht illustrativen Panoptikum vertriebsvertragsrechtlicher Problembereiche, lässt sich eine kurze Übersicht über die Ordnungsaufgaben des Vertriebskartellrechts zur Seite stellen. Mit der vertikalen Vorwärtsintegration und dem Marketinggedanken in der Absatzwirtschaft ist der Einsatz von Vertriebsverträgen als Instrumenten des selektiven Vertriebs in der Hand der systemsteuernden Hersteller bzw. Lieferanten verbunden.<sup>41</sup> Dabei wählt der Lieferant für den Abschluss von Vertriebsverträgen aus der Gruppe aller möglichen Marktpartner auf der nachgelagerten Wirtschaftsstufe einige aus, die gemäß seiner Zielvorstellung den optimalen Vertrieb der Produkte ermöglichen, und schließt andere Bewerber von der Geschäftsbeziehung aus, die gewissen qualitativen oder quantitativen Anforderungen der Konzeption seines Vertriebssystems nicht entsprechen. Bei der qualitativen Selektion wird die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen von der Erfüllung bestimmter fachlicher und betrieblicher Qualifikationen wie der Unternehmensgröße, dem Einzugsgebiet, der Ausstattung, dem Standort, dem Ruf, den Umsätzen, oder der Finanzausstattung des künftigen Absatzmittlerbetriebs abhängig gemacht; nach quantitativen Kriterien erfolgt die Selektion, wenn der Hersteller generell nur mit einer bestimmten Zahl von Großhändlern oder Einzelhändlern kontrahieren, also mit Blick auf die eigene Leistungsfähigkeit, auf die optimale Marktbearbeitung und auf den systeminternen Wettbewerb auf der operativen Stufe die Vertriebsstellenzahl eines Marktraums begrenzen will.

Es gibt kein vertragliches Vertriebssystem ohne irgendwelche Vertriebsbindungen zulasten der Absatzmittler, die deren wirtschaftliche Handlungs- und Bewegungsfreiheit einschränken und die zumindest formal wettbewerbsbeschränkenden Charakter haben. Diese Vertikalbindungen, die bei den klassischen herstellerdominierten Fachhandels-, Ver-

---

<sup>41</sup> Vgl. dazu grundlegend *Christian J. Meier*, Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht, Bd. 1, 1979, S. 1 ff.; *Marie-Claude Mathé*, in: *RabelsZ* 48 (1984), S. 721 ff.; *Thomas Pawlikowski*, Selektive Vertriebssysteme, 1983, S. 32 ff.; *Carsten-Thomas Ebenroth*, Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, 1980, S. 130 ff.

tragshändler- und Franchisesystemen als die „Transmissionsriemen“ des Selektivvertriebs und der vertikalen Vorwärtsintegration wirken, sind ihrer Art, Zusammensetzung und Menge nach von Vertriebssystem zu Vertriebssystem sehr unterschiedlich und nur schwer systematisierbar, da sie auf die jeweilige Marketingkonzeption des Systems zugeschnitten und von der jeweiligen Macht- und Interessenkonstellation abhängig sind.<sup>42</sup> Besondere praktische und rechtliche Bedeutung kommt den Bezugsbindungen, insbesondere den Alleinbezugsbindungen zu: In aller Regel erlegt der Absatzherr als Hersteller bzw. Lieferant dem Absatzmittler die Verpflichtung auf, bestimmte Waren oder Sortimentsteile, bisweilen auch sämtliche für den Weiterverkauf vorgesehenen Güter oder Rohmaterialien von ihm selbst oder von vorgeschriebenen anderen Lieferanten (*approved suppliers*) zu beziehen. Beim Dienstleistungs-Franchising sind vor allem die für die Leistungserbringung benötigten Betriebsmittel von Bezugsbindungen erfasst (z.B. Maschinen und chemische Konzentrate für Autowaschanlagen oder Reinigungsbetriebe). Die Ausgestaltung solcher Bezugsbindungen kann von einfachen Mindestabnahmequoten (*performance standards*) für einzelne Produkte bis zu Alleinbezugsbindungen für das Gesamtsortiment (Bedarfsdeckungsvereinbarungen, *full line forcing*) reichen. Bei den sogenannten Vertriebsbindungen des Absatzmittlers sind vor allem Kunden- und Gebietsbindungen zu unterscheiden. Bei den eher seltenen Kundenbindungen (*customer restrictions*) werden bestimmte Abnehmergruppen vorgeschrieben (z.B. darf er nur Endverbraucher beliefern) oder ausgeklammert (z.B. darf er keine Behörden oder keine Großabnehmer beliefern, weil sich der Lieferant solche Kunden meist selbst zur Belieferung vorbehält). Auch Querlieferungsverbote (keine Lieferung an andere Absatzmittler) gehören hierher. Die ungleich wichtigeren Gebietsbindungen

---

<sup>42</sup> Vgl. dazu grundlegend Kurt Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung - Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel, 1958, S. 30 ff.; Thomas Kapp, Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Vertriebsbindungen?, 1984, S. 27 ff.; Dieter Ahlert, in: Ahlert (Hrsg.), Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, 1981, S. 43 ff., 68 ff. mit instruktiver Tabelle auf S. 69; Bruno Tietz / Günther Mathieu, Das Kontraktmarketing als Kooperationsmodell, 1979, S. 37; Christian J. Meier, Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht, Bd. 1, 1979, S. 149 ff.; Thomas Pawlikowski, Selektive Vertriebssysteme, 1983, S. 208 ff.; wegweisend vor allem Edmund Sundhoff, FS für R. Seyffert, 1968, S. 479 ff.; Rudolf Krasser, Der Schutz von Preis- und Vertriebsbindungen, 1972, S. 9; Rolf S. Lehmpfuhl, Vertriebsbindungen, 1965, S. 35; Otto Sandrock, Grundbegriffe des GWB, 1968, S. 395 ff.

(*territorial restrictions*) kommen gleichfalls in verschiedenen Ausgestaltungsformen vor. Absolute Gebietsbindungen erlauben den Absatz nur im Exklusivgebiet und bedrohen Grenzüberschreitungen u.U. mit Vertragsstrafen oder Ausgleichszahlungen an den benachbarten, eigentlich zuständigen Händler (Übergrenzprovisionen). Relative Gebietsbindungen erlauben dem Händler zwar "Passivverkäufe" an Kunden von außerhalb des eigenen Marktverantwortungsbereichs (*area of primary responsibility*), gestatten ihm aber keine aktive Akquisition jenseits der Gebietsgrenzen. Daneben finden sich aber auch Bindungen des Lieferanten gegenüber dem Absatzmittler wie vor allem die Einräumung von Alleinvertriebsrechten (*exclusive dealing*) und damit die Gewährung von Gebietsschutz für den jeweiligen Händler eines bestimmten Exklusivgebiets. Solche „Selbstbindungen“ erlegt sich die Absatzzentrale schon im Interesse ihres Raumaufteilungskonzept aus eigener Initiative auf.

Durch ein das vertragliche Vertriebssystem flankierendes Gebietschutzsystem - die Gebiete werden etwa auf der Basis von Einwohnerzahlen abgesteckt - sollen andere Absatzmittler gehindert werden, mittelbar von den Verkaufsanstrengungen, insbesondere von den Werbekampagnen, vom *pre-sale-* und *after-sale-service* des Gebietsnachbarn zu profitieren, indem sie - dank eigener ersparter Kosten - die Waren oder Dienstleistungen billiger anbieten als der besonders einsatzfreudige Nachbarhändler und von diesem letztlich die Kundschaft abziehen; sie sollen nicht in den Genuss eines „*free ride*“ auf Kosten jenes aktiven Absatzmittlers kommen dürfen.<sup>43</sup> Die wechselseitigen Gebietsschutzvereinbarungen in den Absatzmittlungsverträgen aggregieren sich zu einem Raumordnungsplan und zu einem Marktaufteilungskonzept des Lieferanten. Ein mehr oder weniger abgesicherter Gebietsschutz gehört in den meisten Branchen praktisch zu den Funktionsbedingungen des vertraglichen Vertriebssystems. Von daher ergibt sich die besondere Bedeutung des Rechts der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen für das Vertriebsrecht, das in das kartellrechtliche Problemspektrum des „selektiven Vertriebs“ und der „vertikalen Inhalts- und Abschlussbindungen“ eingebunden ist und bei dem es um die wettbewerbsbeschränkungsrechtliche Bewältigung der vertikalen Partnerselektion und Partnerintegration geht.

---

<sup>43</sup> Vgl. zur Free-Rider-Problematik die umfassende Darstellung von *Thomas Kapp*, Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Vertriebsbindungen?, 1984, S. 49 ff.

Bei den hieraus erwachsenden Ordnungsaufgaben kommt das Wettbewerbsbeschränkungsrecht zum Einsatz, d.h. das deutsche GWB und das europäische Kartellrecht (Art. 101 f. AEUV) mit seinen vertriebsbezogenen Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission. Hier stehen im Mittelpunkt die seit dem 01.06.2010 geltende sogenannte Schirm- oder Vertikal-GVO 330/2010 (*umbrella block exemption regulation*)<sup>44</sup> und die gleichfalls zum 01.06.2010 in Kraft getretene sogenannte Kfz-GVO 461/2010<sup>45</sup> sowie - für „Altfälle“ - deren Vorgänger.<sup>46</sup> Im Vertriebskartellrecht wurde in der *BGH*- und *EuGH*-Rechtsprechung der Gefahrenschwerpunkt der ja eigentlich effizienz- und wohlfahrtssteigernden vertikalen Integration in einem Übermaß an Vertikalbindungen und damit in einer wettbewerbsmindernden „Versäulung“ und „Verkrustung“ der Absatzwirtschaft gesehen. Die vertraglichen Vertriebssysteme erforderten die Lösung von teilweise höchst ambivalenten marktstrukturellen und marktverhaltensbezogenen Wettbewerbsproblemen: die Einschränkung des Bezugswettbewerbs auf der Handelsebene durch ein Abschneiden der Bezugsquellen für die Systemaußenseiter; die Einschränkung des Vertriebswettbewerbs auf der Herstellerebene durch ein Verstopfen der Absatzkanäle für die Konkurrenten der Systemzentrale; die Reduktion des produkt- und systeminternen Wettbewerbs (intra-brand competition) bei tendenzieller Intensivierung des produkt- und systemexternen Wettbewerbs (inter-brand competition) auf der Händlerstufe; die Übertragung von Herstelleroligopolen auf die Handelsebene; die Änderung der Wettbewerbsstruktur vom atomistischen Individualwettbewerb zum Wettbewerb der Vertriebssysteme. Das einschlägige Problemspektrum kann hier nur durch einige Schlagworte und unter pauschalem Verweis auf die vertriebsrechtlichen Handbücher abgesteckt werden; zu jedem der Stichworte ließen sich Dutzende von weiterführenden Nachweisen nennen: Alleinlieferungspflichten, Alleinbezugspflichten, Ausschließlichkeitsbindungen, Belieferungsanspruch, Diskriminierungsverbot, Gebietsschutzvereinbarungen, Geschäftsverweigerung, Immanenztheorie, indirekte Preisbindungen, Höchstpreisbindungen, „schwarze“, „weiße“, „rote“ und „graue“ Klauseln, Konditionenbindungsverbot, Kontrahierungs-

---

<sup>44</sup> ABl.EU vom 23.04.2010, Nr. L 102, S. 1 ff.

<sup>45</sup> ABl.EU vom 28.10.2010, Nr. L 129, S. 52 ff.

<sup>46</sup> Vgl. *Christoph Liebscher / Eckhard Flohr / Alexander Petsche* (Hrsg.), Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, 2. Aufl. 2012.

anspruch, Kundenbeschränkungen, Lieferantenpreisdifferenzierung, Markenexklusivität, Mehrmarkenvertrieb, Mindestabnahmepflichten, Passivverkäufe, Preisbindungsverbot, Provisionsabgabeverbot, quantitative und qualitative Selektionskriterien, Querlieferungsverbote, Rücklieferungsverbote, Strukturkündigungsklauseln, Sprunglieferungsverbote, „unechte“ Handelsvertreterverträge, unverbindliche Preisempfehlungen, Verwendungsbeschränkungen, Wettbewerbsverbote.

### **III. Die Herausforderungen des Vertriebsrechts**

#### *1. Von der vertikalen Vorwärtsintegration zur vertikalen Gruppenkooperation*

Bislang haben Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, anwaltliche und unternehmerische Rechtspraxis zum Vertriebsvertrags- und zum Vertriebskartellrecht die Herausforderungen, die die vertikale Vorwärtsintegration für die Absatzwirtschaft in den vergangenen sechzig Jahren gebracht hat, durchaus zu bewältigen vermocht und dabei zugleich ein Vertriebsrecht geschaffen, das bis hin zur "Handbuchreife" dogmatisiert und systematisiert werden konnte. Es darf aber nicht verschwiegen werden, dass es auch manche Defizite und Versäumnisse im heutigen, richterrechtlich geprägten Vertriebsrecht zu beklagen gibt, die - positiv betrachtet - wohl die vertriebsrechtlichen Herausforderungen der kommenden Jahrzehnte bilden. Diese Defizite und Versäumnisse, denen sich die höchstrichterliche Rechtsprechung gemeinsam mit der Rechtswissenschaft und mit der absatzwirtschaftlichen Praxis zu stellen hat, haben eine gemeinsame Wurzel: Die vertikale Vorwärtsintegration, die bislang die vertriebsrechtliche Entwicklung beherrscht hat, ist inzwischen keineswegs mehr die allein bestimmende Kraft und Bewegung im Verhältnis zwischen Industrie und Handel. Schon seit mehr als zwei Jahrzehnten ist zu beobachten, dass sich der noch bis Anfang der neunziger Jahre eher beschränkte Typenkann von Absatzmittlern und Vertriebssystemen stark auffächert und sich eine früher unvorstellbare Diversifizierung vollzieht. Es geht dabei keineswegs nur um das verstärkte Auftreten von Depotsystemen, Regalmietsystemen, *Shop-in-the-shop*-Systemen oder Strukturvertriebssystemen. Es geht auch nicht nur um das Aufblühen des Direktvertriebs vor allem im Konsumgüterbereich durch das Internet, also um das Erstarken des Fernabsatzes und besonders des *E-Commerce*. Wichtiger erscheint vielmehr, dass sich vertragliche Vertriebssysteme mit sehr unterschiedlichen, keineswegs mehr allein durch die vertikale Vorwärtsintegration



geprägten Macht- und Interessenkonstellationen ausformen. Schon seit einiger Zeit ist fraglich, ob die industrieseitig dominierten Vertriebssysteme klassischer Prägung nach ihrer Zahl und Bedeutung noch überwiegen.<sup>47</sup> Moderne Vertriebsvertragssysteme des Franchising, teilweise auch des Vertragshandels, der Handelsvertretung und der Kommissionsagentur werden seit einigen Jahren häufig mit dem Begriff der vertikalen Gruppenkooperation charakterisiert.<sup>48</sup> In der Tat lässt sich in der modernen Absatzwirtschaft spätestens seit der Jahrtausendwende eine Tendenz erkennen, wonach die vertikale Gruppenkooperation die klassische vertikale Vorwärtsintegration zumindest ergänzt, wenn nicht gar ablöst; dies provoziert auch in den vertriebsrechtlichen Bewältigungsmustern einen Paradigmawechsel in Richtung auf normative Diversifizierung. Prägnant formuliert: Das Vertriebsrecht muss sich von seiner traditionellen Fixierung auf die Regelungsprogramme des Handelsvertreterrechts und von den Analogiebildungen für andere Vertriebskooperationen lösen. Im Einzelnen verbergen sich hinter dem Schlagwort der vertikalen Gruppenkooperation verschiedene absatzwirtschaftliche Strömungen, die zugleich die bisherigen Schwachstellen des Vertriebsrechts offenbaren und die künftigen Aufgaben für Rechtsprechung, Rechtswissenschaft und vertriebsrechtliche Gestaltungspraxis erkennen lassen.<sup>49</sup>

## 2. Relativierung der Geschäftsbesorgungsdoktrin

Die Verabschiedung der einseitigen Handelsvertreter- und Geschäftsbesorgungsorientierung ist eine wirklich vordringliche Aufgabe. Das Ver-

---

<sup>47</sup> Vgl. grundlegend und vorausschauend *Erich Batzer / Josef Lachner / Walter Meyerhöfer*, Die handels- und wettbewerbspolitische Bedeutung der Kooperationen des Konsumgüterhandels. Bd. 1 - 3, 1989; *Wolfgang Irrgang* (Hrsg.), Vertikales Marketing im Wandel, 1993; *Dieter Ahlert / Rainer Olbrich* (Hrsg.), Integrierte Warenwirtschaftssysteme und Handelscontrolling, 1994; *Joachim Zentes* (Hrsg.), Strategische Partnerschaften im Handel, 1992; *Jürgen Kirsch*, Handelsorientiertes Herstellermarketing, 1987.

<sup>48</sup> Vgl. dazu grundlegend und vorausschauend *Bruno Tietz*, Der Gruppenwettbewerb als Element der Wettbewerbspolitik, 1981; *Bruno Tietz / Günther Mathieu*, Das Kontraktmarketing als Kooperationsmodell, 1979; *dies.*, Das Franchising als Kooperationsmodell für den mittelständischen Groß- und Einzelhandel, 1979; vgl. ferner *Arno Sölter*, Kooperative Absatzwirtschaft, 1971; *ders.*, Bezugsbindungen in vertikalen Kooperationssystemen, 1980; *Dieter Ahlert*, in: Ahlert (Hrsg.), Vertragliche Vertriebssysteme, 1981.

<sup>49</sup> Vgl. dazu schon *Michael Martinek*, Vom Handelsvertreterrecht zum Recht der Vertriebssysteme, in: ZHR Bd. 161 (1997) (Doppelheft 1-2, Jubiläumsheft zum 100. Geburtstag des HGB), S. 67 - 101.

triebsrecht darf nicht länger einspurig an Über-/Unterordnungsverhältnissen und Interessenwahrungsverhältnissen ausgerichtet sein, indem es die Vertriebsverträge rechtsdogmatisch durchweg nach dem Leitbild des Handelsvertretervertrags als Anwendungsfälle kaufmännischer Geschäftsbesorgung (Absatzmittlung) zu verstehen sucht.<sup>50</sup> Die das Vertriebsvertragsrecht beherrschende Geschäftsbesorgungsdoktrin steht ganz im Banne der vertikalen Vorwärtsintegration und gründet in der keineswegs mehr uneingeschränkt gültigen Annahme, dass das industrielle Unternehmen in der heutigen Wirtschaft völlig im Mittelpunkt stehe und durch sein Übergewicht an Kapital und gesamtwirtschaftlicher Bedeutung auch das Wirtschaftsleben auf den Handelsstufen dominiere. Diese Vorstellung wird der heutigen Bedeutung des „erstarkten Handels“ in beachtlichen Teilen des absatzwirtschaftlichen Geschehens nicht mehr gerecht.<sup>51</sup> Bisher fühlte sich der Rechtsanwender im Vertriebsrecht nicht selten und geradezu mit einem gewissen Automatismus dazu veranlasst, den Absatzmittler als schutzwürdig anzusehen (bis hin zur Anwendung des Verbraucherdarlehensrechts auf Absatzmittler) und eine ausgleichende Gerechtigkeit walten zu lassen, um die vermutete Abhängigkeits- und Unterlegenheitsstellung des Absatzmittlers zu kompensieren. Das Handelsvertreterrecht als bisheriges „Leitbild“ des Absatzmittlungsrechts verleiht dem Vertriebsrecht gleichsam eine sozialschutzrechtliche Schlagseite.<sup>52</sup> Es finden sich aber längst Formen „vertikaler“ Absatzkooperation *ohne* Eingliederung des Händlers in das Absatzsystem des Herstellers, *ohne* Hauptpflicht des Händlers zur interessenwahrenden Absatzförderung und insbesondere *ohne* Weisungsabhängigkeit des Händlers, bei denen beispielsweise eine analoge Anwendbarkeit des § 89b HGB mangels Ähnlichkeit mit einem Handelsvertreterverhältnis rundweg ausscheiden muss. Derzeit läuft das Vertriebsrecht ständig Gefahr, ein Über-/Unterordnungsverhältnis

---

<sup>50</sup> Vgl. den Untertitel des Buches von *Peter Ulmer*, *Der Vertragshändler - Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren*, 1969; vgl. auch *Winfried Veelken* *ZVglRWiss* 89 (1990), 358 ff.; *Michael Martinek*, *Franchising*, 1987, S. 196 ff.; *ders.*, *Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts*, 3. Aufl. 1991, Rn. 24 ff.

<sup>51</sup> *Grundlegend und vorausschauend Arno Sölter*, *Kooperative Absatzwirtschaft*, 1971, S. 1 ff.; *ders.*, *Bezugsbindungen in vertikalen Kooperationssystemen*, 1980, S. 1 ff.; *Norbert Gahrens*, *Die Ökonomisierung der Warendistribution durch zwischenbetriebliche Kooperation*, 1990, S. 1 ff.; vgl. auch *Michael Martinek*, *Franchising*, 1987, S. 121 ff., S. 138 ff.; *Heribert Meffert*, in: *Meffert* (Hrsg.), *Marketing im Wandel*, 1980, S. 3 ff.

<sup>52</sup> Vgl. dazu schon *Michael Martinek*, *Franchising*, 1987, S. 80 ff.; *ders.*, *Moderne Vertragstypen Bd. II*, 1992, S. 25 ff. und 57 ff.; *ders.*, *ZHR* Bd. 161 (1997), S. 67 ff., 95.

zwischen Hersteller und Absatzmittler auch dort anzunehmen, eine Weisungsbindung auch dort in den Vertrag hineinzulesen und eine Schutzwürdigkeit des Absatzmittlers auch dort zu unterstellen, wo von all dem keine Rede sein kann. Auf diese Weise droht das Vertriebsrecht teilweise die Abhängigkeit des Absatzmittlers erst herbeizureden und erst selbst die Probleme zu schaffen, zu deren Lösung es dann antritt.

### **3. Händlerkooperationen – Verbundgruppen – Horizontalisierungstendenzen**

Als weitere Aufgabe und Herausforderung des künftigen Vertriebsrechts lässt sich eine stärkere Berücksichtigung solcher vertraglichen Vertriebssysteme nennen, die allein vom Handel, d.h. ohne Herstellerbeteiligung aufgebaut werden und die durchaus eigenen Regeln folgen. Zu Unrecht sieht man im klassischen Vertriebsrecht den Großhändler meist nur als „rechtlichen“ Vertragspartner des Einzelhändlers an, hinter dem eigentlich der Hersteller als „wirtschaftlicher“ Vertragspartner steht (Stichwort: durchlaufende Vertriebsbindungen).<sup>53</sup> Auch dieses Vorstellungsbild ist noch gänzlich von der vertikalen Vorwärtsintegration beeinflusst, die in Wirklichkeit die Absatzlandschaft keineswegs mehr uneingeschränkt beherrscht. Das moderne Vertriebsrecht muss auch die vertraglichen Vertriebssysteme allein des Handels bewältigen, die von einem Großhändler oder einer *Software-Zentrale* als Systemzentrale geleitet werden und die unter eigener Handelsmarke und mit eigenem Sortiment in Konkurrenz zu herstellergeleiteten und herstellerbeteiligten Vertriebssystemen sowie zu den horizontalen Verbundgruppen des Handels stehen. Es war ein Fehler des bisherigen Vertriebsrechts, sich nicht hinlänglich mit Verbundgruppen, Einkaufsgenossenschaften, Zentralregulierungssystemen etc. beschäftigt zu haben. Derartige Vertriebssysteme sind inzwischen zu einem unübersehbaren Faktor in der absatzwirtschaftlichen Landschaft geworden und keineswegs immer nach dem Muster der industriebeherrschten Absatzmittlungsverhältnisse strukturiert. Vielmehr können sie durchaus - ob als „freiwillige Kette“ in vertriebsvertraglicher oder wie die klassischen Einkaufsgenossenschaften in gesellschaftsrechtlicher Form organisiert - ohne Weisungsberechtigung und autokratische Marke-

---

<sup>53</sup> Vgl. dazu *Peter Ulmer*, *Der Vertragshändler*, 1969, S. 92 und 294 sowie *Thomas Kapp*, *Wettbewerbsbeschränkung durch vertikale Vertriebsbindungen?*, 1984, S. 30 ff.

tingführerschaft der Zentrale, statt dessen mit partnerschaftlicher Beteiligung der Absatzorgane an der Systemsteuerung und an der Entwicklung der Marketingkonzeption organisiert sein.<sup>54</sup>

Als damit zusammenhängende Aufgabe und Herausforderung des künftigen Vertriebsrechts lässt sich die Einbeziehung der immer stärker ausgeprägten horizontalen Kooperationsformen in der Absatzwirtschaft nennen. Allzu einseitig ist derzeit der Blick auf vertragliche Vertriebssysteme als fächerförmige Bündel von individualvertraglichen Verhältnissen zwischen der Systemzentrale und den einzelnen Betrieben an der Absatzfront gerichtet. In Wirklichkeit sind einer Vielzahl von Vertriebssystemen zumindest gewisse horizontale Elemente eigen, etwa in Form eines Erfahrungsaustauschs der Absatzorgane untereinander oder einer gemeinsam ausgeübten Beratungsfunktion für die Zentrale. Die entscheidende Frage ist der Grad ihrer Ausprägung, der durchaus sehr verschieden, jedenfalls aber auch sehr hoch sein kann, mögen solche horizontalen Elemente auch nicht immer in den bilateralen Vertikalverträgen aufzuspüren sein, weil sie sich erst in Vollzug der Systemkooperation konstituieren. Gewiss können etwa Beiräte von Vertragshändlern im Kfz-Vertrieb (Händlerbeiräte) auf bloß konsultative Funktionen beschränkt sein oder gar eine bloße Alibi-Funktion zur Verschleierung der in Wirklichkeit strikt autokratischen Zentralsteuerung besitzen. In manchen Branchen können aber auch Händler-Beiräte zu Steuerungsorganen erstarkt sein, denen gegenüber die Systemzentrale möglicherweise sogar die Stellung eines ausführenden Organs zur Implementation der gemeinschaftlich erarbeiteten Marketingkonzeption hat. Schon haben sich Vertriebssysteme mit mehr oder weniger stark ausgebauten horizontalen Elementen und mit partizipativen Entscheidungsstrukturen etabliert, bei denen sich die Systemzentrale mög-

---

<sup>54</sup> Vgl. dazu etwa *Volker Beuthien / Günter Christian Schwarz*, Kooperationsgruppen des Handels und Franchisesysteme in Europa aus der Sicht des EG-Wettbewerbsrechts, 1993; *Andreas K. Baumgarten*, Das Franchising als Gesellschaftsverhältnis, 1993; *Fabienne Kutscher-Puis*, Die Verbundgruppen des Handels und ihre Anschlussverträge – eine Untersuchung des deutschen und französischen Vertragsrechts, 2006; *Christian Bahr*, Verbundgruppenfranchising und Kartellverbot, 2002; *Frank Markmann*, Franchising in Verbundgruppen, 2002; *Frank Markmann / Günter Olesch*, Franchisesysteme und Verbundgruppen, in: *Dieter Ahlert* (Hrsg.), Handbuch Franchising & Cooperation, 2001, S. 107 ff.; *Günter Olesch*, Die Einkaufsverbände des Einzelhandels, 1980; *Günter Olesch / Harald Ewig*, Das Management von Verbundgruppen, 2003; *Joachim Zentes / Dirk Morschett*, Perspektiven und Strategien der Verbundgruppen im Handel und Handwerk, ZfgGW 2003, S. 143 ff.

licherweise nur noch als ausführendes Organ der Systempartner darstellt. So haben sich in einigen Branchen Vertriebssysteme zwischen „geschwächter“ Industrie und „erstarktem“ Handel gebildet, die das Leitbild der autokratisch gesteuerten, fächer- oder pyramidenförmigen, strikt vertikal organisierten Vertriebssysteme zugunsten von Modellen partnerschaftlicher Mitwirkungsbefugnisse und horizontaler Mitentscheidungsbefugnisse der „Systempartner“ ablösen. Hierin manifestiert sich eine Abwendung vom einseitig dominierten Zentralmarketing eines Herstellerunternehmens und eine Hinwendung zum vertikal-kooperativen, wirtschaftsstufenübergreifenden Gemeinschaftsmarketing. Das hier verborgene Problempotential wird vom klassischen Vertriebsrecht nicht hinreichend thematisiert. Ein vertragliches Vertriebssystem kann nicht nur ein Vertragsverbund, sondern auch ein Verbandsvertrag sein. Vertriebssysteme können - und zwar schon seit den achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts<sup>55</sup> - ohne weiteres auch Innenverbände und legale bzw. legalisierbare „Kartelle“ sein.

#### 4. Industrialisierung der Dienstleistungen

Eine weitere Zukunftsaufgabe des Vertriebsrechts ist die stärkere Hinwendung zu den vertraglichen Vertriebssystemen im Dienstleistungssektor. Das überkommene Vertriebsrecht beschränkt seinen Gesichtskreis tendenziell immer noch auf den Warenabsatz. Systeme des reinen Dienstleistungsvertriebs (Gastronomie, Hotellerie, Partnerschaftsvermittlung, Reinigungsbetriebe, Zeitarbeitsbüros, Sprach- oder Musikschulen, Schülerhilfen, juristische Repetitorien etc.) werden erst in jüngerer Zeit und bislang noch nicht hinreichend als vertikale Kooperation zwischen selbständigen Dienstleistungsunternehmen zur Kenntnis genommen, sondern traditionell und noch allzu oft in das Gebiet der lizenzvertraglichen Verhältnisse verwiesen und damit auf den Aspekt der Nutzungsüberlassung von Marken und Kennzeichen, Namen und Geschäftssymbolen verkürzt. Es ist ein Versäumnis, dass das Vertriebsrecht bislang keinen Absatzmittlertypus für im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erbrachte

---

<sup>55</sup> Vgl. dazu BKart, Bek. Nr. 41/86 v. 22.04.1986 = WuW 1986, 679 „System-gut Logistik Service“; BkartA v. 31.03.1987 - B6-796000-J-151/85, WuW/E BKartA 2267 „System-gut Logistik Service“; BKartA, Bek. Nr. 61/86 v. 2.07.1986 = WuW 1986, 792 „UTS, Umzugs- und Transport-Systeme“; BKartA, Bek. Nr. 23/87 v. 10.03.1987 = WuW 1987, 480 „Pinguin-Frischfracht-Systeme“; BkartA v. 1.06.1989 - B5-791000-Ib-220/88, WuW 1989, 850 „German Parcel“.

Dienstleistungen hat. In weiten Teilen des Dienstleistungssektors werden die Vertriebsformen des Warenabsatzes mit Zeitverzögerung imitiert<sup>56</sup> und führen zu einer Vertikalstufung des Gefüges der Dienstleistungsunternehmen, die eine warenabsatzanaloge Einschaltung von Absatzmittlern durch Systemzentralen ermöglicht oder gar erfordert. Die Entwicklung und Erbringung standardisierter Dienstleistungen als vorprogrammierter Massengüter unter Einbettung in ein ausgefeiltes Marketingkonzept, der Einbau des Prinzips der großen Serie in die Dienstleistungsangebote (Stichwort: Industrialisierung der Dienstleistungen) hat sich in Parallele zur Idee des Markenartikels vollzogen und wirft auch absatztechnologisch warenanaloge Probleme auf. Dies wird indes vom derzeit herrschenden Vertriebsrecht tendenziell nur am Rande (meist als atypische Erscheinungsform des Franchising oder des „Lizenzvertriebs“) zur Kenntnis genommen.

### **5. Internationalisierung und Europäisierung der Distribution**

Als fünfte Aufgabe des künftigen Vertriebsrechts wird man die Bewältigung der Internationalisierung des Vertriebsgeschehens, die Verarbeitung der Vorgaben und Umsetzungen des europäischen Rechts, die rechtsvergleichende Berücksichtigung der Rechtslage in den Nachbarländern und die Lösung der vertriebspezifischen kollisionsrechtlichen Fragestellungen nennen müssen. Dies erscheint dermaßen selbstverständlich und allgegenwärtig, dass es keiner Vertiefung und Belege bedarf; es betrifft übrigens nicht nur die Praxis der absatzwirtschaftlichen und rechtspraktischen Gestaltungen, sondern auch die vertriebsrechtswissenschaftliche Grundlagendiskussion. Hiervon können wegweisende Impulse ausgehen. Im internationalen Dialog des modernen *law of distribution* kann man etwa lernen, dass Vertriebsverträge bisweilen als hybride Gebilde (*intermediate organizations*) zwischen vertragsgesteuertem Markt und verbandlicher Organisation begriffen werden müssen und deshalb das Konzept des vertikalen „Verbundes“ von Absatzmittlungsverträgen eines Vertriebsvertragssystems um das Konzept eines horizontalen „Verbandes“

---

<sup>56</sup> Vgl. aber die vorausschauenden Überlegungen von *Jürgen Knigge*, Franchise-Systeme im Dienstleistungssektor, 1973, S. 1 ff. und *Erich Kaub*, Franchise-Systeme in der Gastronomie, 1980, S. 3 ff.

aller systemangehörigen Absatzmittler mit „ihrer“ Zentrale ergänzt werden muss.<sup>57</sup>

## ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSS

Das Vertriebsrecht hat sich in Deutschland ebenso wie in den Nachbarländern als ein eigenständiges Rechtsgebiet mit immenser praktischer Bedeutung konsolidiert und eine *Community* der Vertriebsrechtler hervorgebracht. Vertriebsrecht ist das Vertrags- und Wirtschaftsrecht des Vertriebs (synonym: des Absatzes) von Waren und Dienstleistungen. Es umfasst den indirekten Vertrieb über vertragliche Vertriebssysteme unter Einschaltung von Absatzmittlern wie Handelsvertretern, Vertragshändlern, Kommissionsagenten, Franchisenehmern oder autorisierten Fachhändlern, aber auch andere Formen des indirekten Selektivvertriebs und des Universal- oder Streuabsatzes. Es umfasst zudem vertriebliche Verbundgruppen, freiwillige Ketten, Einkaufsgemeinschaften und atypische Kooperationsformen. Auch der direkte Vertrieb bis hin zum *E-Commerce* (Internetvertrieb) mit seinen verbraucherschutzrechtlichen Dimensionen gehört dazu. Im Mittelpunkt steht das Recht der vertraglichen Vertriebssysteme, das sich vor allem als Richterrecht aus dem Handelsvertreterrecht entwickelt hat und die neuen Absatzmittlertypen etwa des Vertragshandels oder Franchising im Licht der vertikalen Vorwärtsintegration konturiert hat. Das Vertriebsvertragsrecht hat eine Reihe von Ordnungsaufgaben zu bewältigen, die von den Aufklärungspflichten bei Vertragsverhandlungen und der AGB-rechtlichen Kontrolle bis hin zum Ausgleichsanspruch und zur nachvertraglichen Vertragsabwicklung reichen. Es hat bislang seine Hauptaufgabe allzu einseitig im Schutz der Absatzmittler vor Übervorteilung, Ausbeutung, und Einschränkung der unternehmerischen Bewegungsfreiheit gesehen.

---

<sup>57</sup> Zur Entwicklung der internationalen Theoriedebatte im Vertriebsrecht vgl. die Beiträge in: *Christian Joerges* (Hrsg.), *Franchising and the Law - Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States* = Das Recht des Franchising - Konzeptionelle, rechtsvergleichende und europarechtliche Analysen, 1991; *Gunther Teuber*, *Netzwerk als Vertragsverbund*, 2004; *ders.*, „Verbund“, „Verband“ oder „Verkehr“? Zur Außenhaftung von Franchising-Systemen, in: *ZHR* Bd. 154 (1990), S. 189 – 217; *ders.*, Das Recht hybrider Netzwerke, in: *ZHR* Bd. 165 (2001), S. 550 – 575; vgl. auch die Grundlagenkapitel von *Michael Martinek*, in: *Michael Martinek / Franz-Jörg Semler / Eckhard Flohr* (Hrsg.), *Handbuch des Vertriebsrechts*, 4. Aufl. 2016, §§ 1 - 4.

Das Vertriebskartellrecht versteht sich in erster Linie als das Recht der Vertikalbindungen, insbesondere der Bezugs- und der Gebietsbindungen, der Koppelungsbindungen, der Kunden- und der Verwendungsbeschränkungen, sowie des Selektivvertriebs. Auch das Diskriminierungsverbot spielt eine herausragende Rolle. Bei den hieraus erwachsenden Ordnungsaufgaben für einen funktionierenden produktinternen und vor allem produktexternen Wettbewerb kommt das Wettbewerbsbeschränkungsrecht zum Einsatz, d.h. das deutsche GWB und das europäische Kartellrecht (Art. 101 f. AEUV) mit seinen vertriebsbezogenen Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission. Hier stehen im Mittelpunkt die seit dem 01.06.2010 geltende sogenannte Schirm- oder Vertikal-GVO 330/2010 und die gleichfalls zum 01.06.2010 in Kraft getretene sogenannte Kfz-GVO 461/2010.

Die künftigen Aufgaben des Vertriebsrechts wird man zuvörderst in einer Überwindung der einseitigen Ausrichtung am Handelsvertreterrecht und an der vertikalen Vorwärtsintegration (Geschäftsbesorgungsdoktrin) sehen müssen. Den partnerschaftlichen Formen der vertikalen Gruppenkooperation zwischen Lieferanten- und Dienstleistungszentralen einerseits sowie Händlern und Dienstleistungsbetrieben andererseits muss verstärkt Rechnung getragen werden. Ferner ist den horizontalen Händlerkooperationen und den vertrieblichen Verbundgruppen sowie den kooperativen Organisationsformen des Vertriebs industrialisierter Dienstleistungen größere Aufmerksamkeit zu widmen. Auch muss selbstverständlich die Internationalisierung und die Europäisierung der Distribution verstärkt gewürdigt werden.

An Aufgaben für die Weiterentwicklung des modernen Vertriebsrechts fehlt es also nicht. Das Vertriebsrecht als das Recht der unternehmerischen Kooperation beim Absatz von Sachgütern und Dienstleistungen wird quantitativ und qualitativ in neue Dimensionen vorstoßen müssen. Es wird sich als Rechtsgebiet im Schnittbereich des Vertrags-, Handels-, Kartell- und Lauterkeitsrechts fortentwickeln und seine Ausformung zu einem eigenständigen, systematisch geschlossenen und dogmatisch-konstruktiv durchdrungenen Rechtsgebiet vorantreiben müssen.



## ÖZET

*Satım ve Dağıtım Ağı Hukuku (Vertriebsrecht) nedir? Satım ve dağıtım ağı hukuku, mal ve hizmetlerin dağıtımına ilişkin olan sözleşme, ticaret ve rekabet hukukunu ifade etmektedir. Satış acentesi, lisanslı distribütör (imtiyaz sahibi), komisyoncu, franchising alan kişi ya da yetkili bayi şeklinde sözleşmesel dağıtım sistemleri aracılığıyla yapılan dolaylı dağıtım şekillerini ve bundan başka diğer seçimli ve evrensel dolaylı dağıtım şekillerini kapsar. Dağıtım ortaklıkları, bağımsız perakendeciler, satın alma ortaklıkları ve diğer atipik ortaklık sistemleri de buna dâhildir. Ayrıca, tüketicinin korunması hukuku boyutlarıyla e-ticaret (internet satışı) gibi direkt dağıtım şekli de satım ve dağıtım ağı hukuku alanına aittir.*

*Makalenin odak noktasında esasen acentelere dair hukuktan içtihat yoluyla evrilen ve lisanslı distribütörler, franchising alanlar gibi yeni dağıtım organlarını şekillendiren sözleşmeye dayalı satım ve dağıtım ağı hukuku yer almaktadır. Sözleşmeye dayalı satım ve dağıtım ağı hukuku, sözleşme görüşmeleri bağlamındaki bilgilendirme yükümlülüğünden ve genel işlem şartlarına ilişkin incelemelerden, peştemaliye bedeli taleplerine ve sözleşme sonrası tasfiye meselelerine kadar uzanan çeşitli meselelerle uğraşmaktadır. Sözleşmeye dayalı satım ve dağıtım ağı hukuku konuları şimdiye kadar epeyce tek taraflı bir biçimde, dağıtıcı organların gabine maruz kalması, sömürülmesi ve girişim özgürlüklerinin kısıtlanması etrafında dönmektedir.*

*Diğer bir odak noktası dağıtım sistemleri ve pazarlama kanallarına yönelik rekabet hukuku düzenlemeleri üzerindedir. Bu, her şeyden önce dış ticaretin dikey kısıtlamalara ilişkin hukuk kurallarına, özellikle tek satıcılık sözleşmelerine, bölgesel sınırlamalara, müşteri sınırlamalarına, bağlı sözleşmelere, kullanım sınırlamalarına ve seçici dağıtımına ilişkindir. Ek olarak, burada antitröst ve rekabet hukukunun ayrımcılık karşıtı kuralları önem taşımaktadır. Mevcut bir markada ve daha da önemlisi markalar arası rekabette ortaya çıkan normatif problemler, esasen Alman Karteller ve Rekabet Kısıtlamaları Hakkında Kanunu (GWB) ve Komisyon tarafından çıkarılan ve dağıtım ağına ilişkin olan blok muafiyet düzenlemelerini (BER – Block Exemption Regulations) içine alan AB rekabet hukuku (Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 101 vd.) uyarınca çözümlenmektedir. Bu bağlamda “dikey” ya da “şemsiye” olarak tabir edilen 1 Haziran 2010’da yürürlüğe giren BER 330/2010 ve AB motorlu taşıtı da denilen yine 1 Haziran 2010’da yürürlüğe giren BER ilgili blok muafiyet düzenlemelerinin merkezinde yer almaktadır.*

*Satım ve dağıtım ağı hukukunun geleceğine ilişkin ilk olarak çözümlenmesi gereken konu, perakendecilerin ve distribütörlerin kontrolüne ilişkin acentelik hukukundaki ve ileriye doğru dikey bütünleşme paradigmasındaki (principal-agent doktrinini) tek taraflı yönelimin aşılmasıdır. Gelecekteki satım ve dağıtım ağı hukuku, bir tarafında tedarikçiler veya hizmet sağlayıcıları, diğer tarafında bayi ve hizmet noktalarının bulunduğu ortaklıklar üzerinde temellenen dikey grup kooperasyonunu daha iyi bir şekilde düzenlemelidir. Buna ek olarak, önüretimli (“endüstriyelmiş”) hizmetleri veren perakendeciler, bağımsız gruplar ve bunun yanı sıra diğer ortaklıklar da şüphesiz bir şekilde daha büyük bir ilgiyi hak etmektedir. Bu süreç içerisinde mal ve hizmetlerin dağıtımının uluslararasılaşmasına ve Avrupalılaşmasına daha büyük önem verilmelidir.*

## FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDA DÜZENLENEN TAZMİNAT TALEPLERİ ÜZERİNE İNCELEME

### ÜBERSICHT ZUR ANSPRÜCHE AUF SCHADENSERSATZ NACH DEM GESETZ ÜBER GEISTIGE UND KÜNSTLERISCHE WERKE

Dr. Murat Sarıkaya\*

#### ÖZ

*5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun fikri hakların korunmasına yönelik olarak hak sahibine tanıdığı davalar arasında tazminat davası da yer almaktadır. Bu bağlamda FSEK m. 70 hükmü tazminat davasını konu edinmektedir. Çalışmada, fikri hakların ihlali hâlinde mezkûr hüküm uyarınca maddi ve manevi tazminat talebinin şartları incelenmiştir. Bunun yanında, FSEK m. 68 hükmüne konu olan üç kat bedel talebi maddi tazminatla mukayese edilmiş ve nihayet vekâletsiz iş görmeden doğan kârın devri talebi üzerinde durulmuştur. İncelemenin önemli bir amacı, belirtilen taleplerin birbiriyle ilişkisini açıklığa kavuşturmadır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Fikri hak, maddi tazminat, manevi tazminat, üç kat bedel talebi, kârın devri talebi.*

---

\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. (sarıkaya@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-6787-0460.

## REVIEW OF THE CLAIMS FOR DAMAGES REGULATED BY THE LAW ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS

### ABSTRACT

*The action for damages is one of the actions that the Law No. 5846 on Intellectual and Artistic Works (LIAW) provides the rightholder with respect to protection of copyright. In this regard, Art. 70 of the LIAW recognizes the action for damages in case of copyright infringement. This essay deals with the conditions of the pecuniary and non-pecuniary damages pursuant to aforementioned provision. Besides that, the claim for damages has been compared to the claim for three times royalty which is provided by Art. 68 of the LIAW. Moreover, the claim to benefits resulting from copyright infringement has been explained. The primary goal of the examination is to clarify the relationship between all these stated claims.*

**Keywords:** *Copyright, pecuniary damages, non-pecuniary damages, claim for three times royalty, claim to benefits.*

### GİRİŞ

Fikri haklara yönelik bir saldırı hâlinde hak sahibi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen hukuk davalarına başvurmak suretiyle saldırıya karşı korunma ve şayet vuku bulmuşsa ihlalin sonuçları yönünden giderilmesini isteyebildiği gibi, ihlal sebebiyle uğramış olduğu zararın tazmin edilmesini de talep edebilmektedir. Bu bağlamda, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "*Hukuk ve Ceza Davaları*" başlığını taşıyan beşinci bölümünde düzenlenen hukuk davaları; tecevüzün ref'i (FSEK m. 66-68), tecavüzün men'i (FSEK m. 69) ve tazminat (FSEK m. 70) davalarıdır. Belirtmek gerekir ki bu çalışmada inceleme konusu olan tazminat talebi, şartları mevcutsa diğer davalarla birlikte ileri sürülebilmektedir<sup>1</sup>. Ancak

---

<sup>1</sup> İlhan Öztrak, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 312, Ankara, 1971, s. 87; Şafak N. Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 345; Levent Akın, "Fikri Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları", *Kamu-İş*, C. V, S. 3, 2000, s. 134; Ayşenur Şahin, *Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 183. Hatta ihlalin nihayete ermesi sebebiyle artık tecavüzün ref'i davası açılmasa dahi ihlal sebebiyle uğranılan zararın tazmini istenebilir. Bkz.: Nüşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 245; Erel, s. 331; Engin Erdil, *İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1140.

fikri hakka yönelik saldırı tehlikesini bertaraf etmeyi amaçlayan tecavüzün men'i davasında ve gerçekleşen bir ihlalin ortadan kaldırılmasını amaçlayan tecavüzün ref'i davasında failin kusurlu olması (FSEK m. 66/III, 69/II) yahut hak sahibinin zarara uğraması şartları aranmazken<sup>2</sup> (aşağıda görüleceği üzere<sup>3</sup>) tazminat taleplerinde kusur ve zarar şartları aranır. Belirtmemiz gerekir ki çalışmada hak sahibinin tazminat talepleri incelenirken, asıl olarak, taraflar arasında akdi bir ilişkinin mevcudiyeti değil, sorumluluğun haksız fiile dayanması göz önünde bulundurulmuştur.

### **I. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Tazminat Davaları**

Fikri hakkın ihlal edilmesi hâlinde açılacak tazminat davaları FSEK m. 70 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükmün ilk fıkrası manevi hakların ihlali hâlinde manevi tazminat istenebileceğini düzenlerken ikinci fıkrada mali hakların ihlali hâlinde haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edilebileceği öngörülmüştür. Mezkûr hükmün son fıkrası ise vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan kârın devri talebine ilişkin bulunmaktadır. Aşağıda hükmün sistematığına uyularak bu talepler sırasıyla incelenmektedir.

#### **A. Manevi Hakların İhlali Hâlinde Tazminat Talebi**

FSEK m. 70/I hükmü uyarınca “*Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir.*”. Görüldüğü üzere hüküm, manevi hakların ihlal edilmesi hâlinde manevi tazminat talebini düzenlemiş bulunmaktadır. Buna karşın, manevi hakların ihlal edilmesi hâlinde oluşabilecek maddi zararın tazmini genel hükümlere göre istenebilecektir<sup>4</sup>. Belirtmek gerekir ki FSEK m. 70/I hükmü, 07.06.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanun<sup>5</sup> ile yapılan değişiklik sonucu bugünkü hâlini almıştır. Söz konusu değişiklikten önce hüküm, manevi hakların ihlali hâlinde talep edilebilecek maddi

<sup>2</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 384, 385.

<sup>3</sup> Bkz. aş. I. A, I. B.

<sup>4</sup> Erel, s. 347; Arzu Oğuz / Selin Özden-Merhacı, “Fikri ve Sınâi Hakların İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri”, *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, C. II, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013, s. 956.

<sup>5</sup> R.G.: 12.06.1995 T. 22311 S.

tazminatı da kapsamaktaydı<sup>6</sup>. Fikir ve sanat eserleri hukukuna ait manevi hak – mali hak ayrımının sorumluluk yönünden genel bir ayırım olan manevi tazminat – maddi tazminat ayrımıyla karıştırılması ve manevi hak ihlalinin maddi bir zarara da yol açabileceği gerçeğinin gözden kaçırılması karşısında belirtilen değişiklik, *kanımızca* da haklı olarak, doktrinde eleştirilmektedir<sup>7</sup>.

Yine ifade etmek gerekir ki 4110 sayılı Kanun ile FSEK m. 70/I hükmünde yapılan bir diğer önemli değişiklik “kusur” şartı yönünden olmuştur. Gerçekten hükmün ilk hâline göre, *kusur ve tecavüzün ağırlığı icabettirdiği takdirde* manevi tazminat istemi haklı görülebilmekteydi. Değişiklik sonrası mevcut düzenlemede ise kusurun belirli ağırlıkta olması gerekliliğinden vazgeçilmesi bir yana, hükmün lafzında kusur şartına hiç yer verilmediği görülmektedir. Bu durum karşısında doktrinde bir görüş, manevi tazminat istenmesi hâlinde davalının kusurlu olmasının aranmayacağını savunmaktadır<sup>8</sup>. Yargıtay’ın da bu görüşü benimsediği görülmektedir<sup>9</sup>. Doktrinde hâkim olan görüş ise manevi zararın tazmini için kusuru bir şart olarak aramaktadır<sup>10</sup>. Görüş ayrılığının aşılabilmesi için 4110 sayılı

<sup>6</sup> 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce FSEK m. 70/I hükmü şu şekilde kaleme alınmış idi: “*Mânevi hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa zarar ve ziyan; kusur ve tecavüzün ağırlığı icabettirdiği takdirde, ayrıca mânevi zarar adı ile bir paranın verilmesini dâva edebilir. Mahkeme bu para yerine veya buna ek olarak başka bir mânevi tazminat şekline de hükmedebilir.*” (R.G.: 13.12.1951 T. 7981 S.)

<sup>7</sup> Bkz.: Ahmet M. Kılıçoğlu, “5846’daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevî Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini”, *FMR*, Y. 1, C. I, S. 2001/3, s. 26, 27; Ünal Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, § 20 N. 97; Emre Gökyayla, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 1, 2005, s. 24; Erdil, s. 1288, 1289; Ramazan Durgut, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları”, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1081, 1082.

<sup>8</sup> Tekinalp, § 20 N. 89 (Yazar, FSEK m. 67/II hükmünde tecavüzün ref’i bakımından kusur aranmamasını bu görüşe gerekçe olarak göstermektedir.).

<sup>9</sup> YHGK. T. 02.04.2003 E. 2003/4-260 K. 2003/271: “*Dava açılabilmesi için eser sahibine ait manevi hakların ihlal edilmesi yeterli olup, karşı tarafın kusuru aranmaz.*”; YHGK. T. 01.05.2002 E. 2002/11-283 K. 2002/340; Yarg. 11. HD. T. 04.07.2006 E. 2005/8095 K. 2006/7919 (Kararlar için bkz.: Kazancı İçtihat.).

<sup>10</sup> Erel, s. 345; Kılıçoğlu, Değişiklik, s. 27, 28; Hamdi Yasaman, “Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. I, Beta, İstanbul, 2002, s. 812 vd.; M. Murat İnceoğlu / Yalçın Tosun, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevî Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar

Kanun'un FSEK m. 70/I hükmüne ilişkin değişiklik gerekçesinin incelenmesi gerekmektedir. Gerekçeye göre<sup>11</sup>:

*“70 inci maddedeki hükme dayanak oluşturan Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi hükmü 3444 sayılı Kanunla değiştirilmiş, eski maddedeki ‘tecavüz edenin kusuru varsa zarar ve ziyan, kusur ve tecavüzün ağırlığı oranında manevî zarar adıyla bir paranın verilmesinin dava edilebileceğine’ ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmış, hukuka aykırı bir tecavüz yeterli sayılmıştır. Maddede bu hükme uygun olarak değişiklik yapılmıştır.”*

Anlaşıldığı üzere kanun koyucunun FSEK m. 70/I hükmünü değiştirmekteki temel düşüncesi, Borçlar Kanunu'ndaki manevi tazminata ilişkin genel hükümle uyum sağlamaktır. 818 sayılı (e)BK m. 49 hükmü 04.05.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce manevi tazminata karar verilebilmesi için “kusurun hususi bir ağırlıkta olması” gerekiyordu. 3444 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrası ise gerek bu hükmünde gerekse de bu hükmün yerini alan 6098 sayılı TBK m. 58 hükmünde lafzen “kusur” şartı ayrıca zikredilmemiştir. Bununla beraber, kanun sistematigi çerçevesinde manevi tazminat bakımından kusursuz sorumluluk öngörülmesinin söz konusu olmadığı, yalnız kusurun özel bir ağırlık taşıması gereğinden vazgeçildiği kabul edilmiştir<sup>12</sup>. Dolayısıyla, kusursuz sorumluluk doğurduğu kanunda özel olarak düzenlenen durumlardan (TBK m. 65 vd.) birine dayanmadıkça manevi zararın tazmini için failin kusurlu olması gerekir. Fakat 4110 sayılı Kanun'un gerekçesinde yer alan “*hukuka aykırı bir tecavüz yeterli sayılmıştır*” ifadesi, bu hususta tereddüt doğurmaktadır. Kanun koyucunun temel amacının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki düzenleme ile Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme

---

Kanunu İle İlişkisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXVIII, S. 3, Eylül 2012, s. 92; Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 578; Yalçın Tosun, *Manevi Haklar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 289, 290; Levent Yavuz / Türkay Alica / Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. II, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 2198; Oğuz / Özden-Merhacı, s. 956; Durgut, s. 1079, 1080; Canan Küçükali, *Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 216, 217.

<sup>11</sup> Bkz.: Erdil, s. 1288.

<sup>12</sup> Bkz.: M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 260-262; Selâhattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Halûk Burcuoğlu / Atillâ Altop, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 693, 694.

arasında uyum sağlamak olduğu dikkate alındığında gerekçedeki bu ifadeye istinaden FSEK m. 70/I kapsamında kusursuz sorumluluk öngörül­düğünün kabul edilmesi, *kanımızca*, mümkün değildir. Borçlar Kanunu’nda kabul edilen değişikliğe uygun olarak burada da ancak kusurun özel ağırlığı şartından vazgeçildiği ifade edilebilir<sup>13</sup>. Bu bakımdan, FSEK m. 70/I hükmünde kusursuz sorumluluğun söz konusu olmadığı yönündeki hâkim görüşe katılmaktayız<sup>14</sup>.

FSEK m. 70/I çerçevesinde tartışmalı olan bir diğer husus, davacının manevi tazminat talep edebilmek için manevi bir zarara uğradığını ispatlamasının gerekli olup olmadığına ilişkindir. Doktrinde bir görüş, manevi hakkın ihlal edilmesi hâlinde ayrıca ispatı gerekmeyen bir manevi zararın oluştuğu yönünde kanuni sebep – sonuç bağının bulunduğunu kabul etmektedir<sup>15</sup>. Çoğunluk görüşüne göre ise ihlal sebebiyle manevi bir zarara uğrandığının ispatlanması gerekir<sup>16</sup>. Nihayet doktrindeki diğer bir görüşe göre ise manevi zarar unsuru FSEK m. 70/I uyarınca talep edilecek manevi tazminat için de aranmalıdır; bununla birlikte, manevi zararın tespitinde dürüst, makul bir kişi esas alınmalı ve manevi hak ihlali hayatın olağan akışında elem ve üzüntü duyulmasına yol açacağı için manevi zarar ile ihlal arasında illiyet bağının mevcudiyeti karine olarak kabul edilmelidir<sup>17</sup>. *Kanımızca* da son görüşe benzer şekilde, manevi hak ihlaline maruz kalan ile aynı konum ve koşullardaki makul bir kişinin uğrayacağı manevi zararın mevcudiyeti fiili karine olarak kabul edilmelidir; ancak burada karine, asıl olarak, manevi zarara ve bunun miktarına ilişkindir<sup>18</sup>. Bu şekilde varlığı karine olarak kabul edilen manevi zarar ile hak ihlali arasında uygun illiyet bağının mevcudiyeti ise kendiliğinden bellidir; zira zaten ilgili ihlal

<sup>13</sup> Aynı yönde bkz.: Durgut, s. 1079, 1080.

<sup>14</sup> Bununla birlikte, manevi hak ihlali kanunda ayrıca kusursuz sorumluluk olarak düzenlenen durumlardan birine istinat ediyorsa FSEK m. 70/I uyarınca talep edilecek manevi tazminat için de kusur şartı aranmayacaktır; bkz.: Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, s. 415; İnceoğlu / Tosun, s. 94.

<sup>15</sup> Tekinalp, § 20 N. 84; Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 671, 672.

<sup>16</sup> Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, s. 412, 413; Bozbel, s. 579; Yavuz / Alica / Merdivan, s. 2196, 2197; Durgut, s. 1080.

<sup>17</sup> İnceoğlu / Tosun, s. 86 vd., 95; Tosun, s. 282, 291.

<sup>18</sup> Nitekim fiili karine yoluyla “vakıaların” ispatı mümkündür. Burada da hak sahibi açısından manevi zararın varlığı ve bunun miktarı bir vakta olarak ispata konu olmaktadır. Sorumluluk yönünden uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığı ise vakta değil, hukukî sorun durumundadır. Fiili karineler hakkında bkz.: Gökçen Topuz, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 121 vd.

sebebiyle aynı konum ve koşullardaki makul bir kişinin normal olarak uğrayacağı manevi zarar karine olarak var kabul edilmektedir. Bununla birlikte elbette davacının normal olarak görülenden daha fazla bir manevi zarara uğradığını ispatlaması mümkün olduğu gibi (Ki bu durumda uygun illiyet bağının mevcudiyeti de ayrıca incelenmelidir.), davalının da somut olayda davacı yönünden herhangi bir manevi zarar oluşmadığı yönünde ispat faaliyeti yürütmesi mümkündür.

Dikkat çekmek gerekir ki FSEK m. 70/I hükmü, manevi tazminat talebini eser üzerindeki manevi hakkın ihlal edilmesi olgusuna bağlamış bulunmaktadır. Bu bakımdan, davacının kişilik hakkının ihlal edilmiş olması şart değildir<sup>19</sup>. Fakat manevi hakkın ihlal edilmiş tarzına bağlı olarak kişilik hakkı ihlalinin vuku bulması da imkân dâhilindedir. Diğer bir ifadeyle, aynı fiil hem manevi hak ihlaline hem de kişilik hakkı ihlaline yol açabilir. Böyle bir durumda ayrıca TBK m. 58 uyarınca manevi tazminat istenip istenemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Örneğin, eserin, eser sahibinin bilimsel kariyerini zedeleyecek tarzda değiştirilerek ve sahibinin soyadı da yanlış yazılarak izinsiz dağıtılması hâlinde, bütünlük arz eden bir fiille manevi hakların ve kişilik hakkının birlikte ihlali söz konusudur<sup>20</sup>. Bu hâlde, manevi tazminat isteminin incelenmesi önem arz eder. Öncelikle ifade etmek gerekir ki ilgili ihlal sebebiyle oluşan manevi zarar bir bütündür, bu zararın bir bölümünün manevi hakkın ihlaline diğer bir bölümünün ise kişilik hakkı ihlaline taksim edilmesi mümkün değildir<sup>21</sup>. Dolayısıyla, uğranılan tüm manevi zararın tazminine yönelik tek talep ileri

<sup>19</sup> Erel, s. 347; Öztan, s. 670; Akın, s. 141; İnceoğlu / Tosun, s. 82, 96; Bozbel, s. 579; Tosun, s. 281; Yavuz / Alica / Merdivan, s. 2193; Oğuz / Özden-Merhacı, s. 953-955; Erdil, s. 1290; Durgut, s. 1080; Yarg. 11. HD. T. 06.03.2000 E. 2000/863 K. 2000/1762 (Kazancı İçtihat). Ayrıca bkz.: YİBK. T. 18.02.1981 E. 1980/1 K. 1981/2 (Kazancı İçtihat): "...eser sahibinin eseri üzerindeki manevi haklarının ihlali halinde istenebilecek manevi tazminata ilişkin düzenlemeler Fikir ve San'at Eserleri Kanununda yer alırken şahsi menfaatlerin ihlali halinde istenebilecek manevi tazminat Borçlar Kanununun 49. maddesine bırakılmıştır." Fakat karşı. Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 413. Manevi haklar ile kişilik hakkının mukayesesi için bkz.: Mustafa Aksu, "Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 134 vd.

<sup>20</sup> Bkz.: Yarg. 11. HD. T. 31.03.1997 E. 1997/1850 K. 1997/2313 (Kazancı İçtihat).

<sup>21</sup> Yargıtay da manevi tazminatın bölünerek istenemeyeceğini, özellikle bu talebin kısmi davaya konu olamaması yönünden vurgulamaktadır; bkz.: YHGK. T. 09.05.2018 E. 2017/1818 K. 2018/1025; YHGK. T. 14.11.2001 E. 2001/21-993 K. 2001/1019 (Karrarlar için bkz.: Kazancı İçtihat.).



sürülebilmesi gerekir<sup>22</sup>. Ancak elbette uğranılan manevi zararın ve dolayısıyla tazminatın miktarı belirlenirken fiilin davacı yönünden hem manevi hak ihlaline hem de kişilik hakkı ihlaline sebebiyet verdiği dikkate alınmalı ve bunlardan yalnız birinin ihlal edilmesi durumuna nazaran daha yüksek bir tazminat takdir edilmelidir; zira davacının bu tür bir fiil sebebiyle daha fazla üzüntü duyacağı aşikârdır. Şu hâlde, söz konusu tazminat talebinin TBK m. 58 hükmüne mi yoksa FSEK m. 70 hükmüne mi tabi olacağı sorusu ortaya çıkar<sup>23</sup>. Bu hususta doktrinde bir görüş, FSEK m. 70 hükmünün TBK m. 58'e göre özel hüküm niteliğinde olduğunu kabul ederek yalnız FSEK m. 70 hükmüne dayanılabileceğini savunmaktadır<sup>24</sup>. Fakat *kanımızca*, FSEK m. 70 hükmünün TBK m. 58'e nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu kabul edilemez. Zira iki hukuk normu arasında özel hüküm – genel hüküm ilişkisinin söz konusu olabilmesi için, bu normlardan birinin (=özel hüküm) maddi unsurunun gerçekleştiği her durumda diğer normun da (=genel hüküm) maddi unsurunun gerçekleşmesi gerekir. Bu bakımdan, özel hüküm niteliğindeki normun maddi unsuru, genel hükmün maddi unsuruna bir veya birkaç vakıanın eklenmesiyle oluşmaktadır<sup>25</sup>. Dolayısıyla özel hüküm – genel hüküm ilişkisinin mevcut olduğu normlarda, özel hükmün kapsamına giren bir olayın bu özel hüküm öngörülmemiş olsaydı genel hükmün uygulama alanına girecek olduğu ifade edilebilmelidir. Oysa FSEK m. 70 ile TBK m. 58 arasında böyle bir ilişkinin varlığından bahsedilemez. Zira manevi hak ihlaline bağlı olarak FSEK m. 70 çerçevesinde manevi tazminat talep edilebilen her durumun TBK m. 58 hükmünün maddi unsurunu da karşılaması söz konusu değildir. TBK m. 58 hükmü FSEK m. 70'den farklı olarak kişilik hakkı ihlali aramaktadır ve eser üzerindeki manevi hakkın ihlal edildiği her durumda aynı zamanda kişilik hakkı ihlalinin de ortaya çıktığı söylenemez. *Kanımızca*, manevi hak ihlaline yol açan fiilin aynı zamanda kişilik hakkı ihlaline de sebebiyet

<sup>22</sup> Karşı görüş: Yavuz / Alıca / Merdivan, s. 2193, 2194.

<sup>23</sup> Buna karşın, kişilik hakkı ihlali ile manevi hak ihlali birbirinden ayrılabilir nitelikte ise kişilik hakkı ihlali için TBK m. 58 çerçevesinde, manevi hak ihlali için ise FSEK m. 70/I çerçevesinde tazminat isteneceği tabiidir. Örneğin, bir kitapta başkasına ait bir eserin izinsiz umuma arz edilmesi ve ayrıca bu eserin sahibinin özgeçmişinin de yayımlanması hâlinde özgeçmişin izinsiz kullanılması kişilik hakkı ihlaline, eseri umuma arz yetkisinin ihlali ise manevi hak ihlaline sebebiyet vermektedir. Bu ihlaller sebebiyle ayrı ayrı manevi zarar tespiti de mümkündür. Bkz.: Yarg. 11. HD. T. 13.03.2007 E. 2006/934 K. 2007/4555 (Kazancı İçtihat).

<sup>24</sup> İnceoğlu / Tosun, s. 96, 97; Tosun, s. 304, 305.

<sup>25</sup> Tahir Çağa, “Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder Mi?”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1991/3, s. 370.

vermesi hâlinde, aynı talebin birden fazla hukuk kuralıyla temellendirilebilmesi söz konusu olmaktadır. Zira somut olayın birden fazla hukuk kuralının kapsamına girmesi ve bunların müeyyidesinin tamamen aynı olması durumunda, ilgili talep birden fazla hukuk kuralı üzerinden temellendirilebilmektedir<sup>26</sup>. Burada tartışılan durumda da aynı fiil hem manevi hak ihlaline hem de kişilik hakkı ihlaline sebebiyet verdiği için, bu fiilin yol açtığı manevi zararın tazmini hem FSEK m. 70 hem de TBK m. 58 üzerinden temellendirilebilecektir. Buna karşın, FSEK m. 70 ve TBK m. 58 hükümlerinin şartlarının birlikte gerçekleşmesine istinaden bu hükümlere ayrı ayrı dayanılarak aynı zarar için çift tazminat istenemeyeceği açıktır<sup>27</sup>.

Nihayet belirtmek gerekir ki tazminat miktarının belirlenmesinde hâkim, TBK m. 51 ve m. 52 hükümlerinden kıyasen yararlanabilir<sup>28</sup>. Tıpkı TBK m. 58 hükmünde olduğu gibi FSEK m. 70 çerçevesinde de hâkim, tazminat olarak bir miktar para ödenmesi yerine manevi zararı gidermeye yönelik -kararın yayınlanması gibi- farklı bir yönteme başvurabilir veya böyle bir yöntemi bir miktar para ödenmesine ek olarak kararlaştırabilir<sup>29</sup>.

## B. Mali Hakların İhlali Hâlinde Tazminat Talebi

### 1. Genel Olarak

FSEK m. 70/II hükmü uyarınca “*Mali hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere mütaallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir.*”. Hüküm, Borçlar Kanunu’nun haksız fiillere ilişkin genel hükümlerine (TBK m. 49 vd.) atıfta bulunduğu için bu hükümler mali hakların ihlalinin doğan maddi tazminat taleplerine kıyasen uygulanacaktır<sup>30</sup>. Bu bakımdan, hükümde açıkça zikredilen kusur şartının yanı sıra, haksız fiil sorumluluğunun diğer şartları olan hukuka aykırı fiil, zarar

<sup>26</sup> Bkz.: Karl Larenz / Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Auflage, Springer, Berlin-Heidelberg, 1995, s. 87.

<sup>27</sup> Ayrıca bkz.: İnceoğlu / Tosun, s. 97; Tosun, s. 304, 305. *Karş.* YHGK. T. 02.04.2003 E. 2003/4-260 K. 2003/271 (Kazancı İçtihat); Tekinalp, § 20 N. 84; Erel, s. 347; Öztan, s. 671; Erdil, s. 1290; Durgut, s. 1083 dn. 30; Küçükali, s. 270, 280.

<sup>28</sup> İnceoğlu / Tosun, s. 100.

<sup>29</sup> Bununla birlikte, davacının talebinin sadece para ödenmesi yönünde olabileceği ifade edilmektedir; Yasaman, s. 815. Ancak FSEK m. 78 hükmü manevi tazminat talebinden bağımsız olarak hükmün ilanını talep etme hakkını da ayrıca düzenlemektedir.

<sup>30</sup> Erel, s. 348; Erdil, s. 1298.

ve bu son ikisi arasında uygun illiyet bağı unsurlarının da mevcudiyeti gerekir<sup>31</sup>. Bununla birlikte, kanunda düzenlenen kusursuz sorumluluk hükümlerinin burada da uygulanabileceği kabul edilmektedir<sup>32</sup>. Yine zararın ve kusurun ispatı hususunda TBK m. 50, tazminatın takdirinde TBK m. 51 ve m. 52, müteselsil sorumluluk hâlinde TBK m. 61 ve m. 62, zamanaşımını bakımından ise TBK m. 72 hükümleri dikkate alınacaktır<sup>33</sup>.

FSEK m. 70/II çerçevesinde gerek fiili zararın gerekse de yoksun kalınan kârın tazmini talep edilebilir<sup>34</sup>. Mali hakların ihlali sebebiyle manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği bakımından ise ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Mali hakkın ihlaliyle birlikte gerçekleşen manevi hak ihlali de söz konusuysa FSEK m. 70/I hükmü uyarınca manevi tazminat istenebilir<sup>35</sup>. Buna karşın, manevi hak ihlali söz konusu değilse manevi tazminat talebi ancak TBK m. 58 çerçevesinde ve **kişilik hakkı ihlali mevcutsa** haklı görülebilir<sup>36</sup>.

## 2. Maddi Tazminatın FSEK m. 68 Çerçevesinde Üç Kat Bedel Talebiyle Mukayesesi

FSEK m. 70/II uyarınca talep edilebilen maddi tazminatın FSEK m. 68 hükmüne göre ileri sürülebilin üç kat bedel talebiyle ilişkisi özel olarak incelenmelidir. Mali haklara tecavüz hâlinde tecavüzün ref'i davasını konu edinen FSEK m. 68/I hükmüne göre hak sahipleri “...sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir.”. Yine hükmün ikinci fıkrasında da üç kat bedel talebi, izinsiz çoğaltılan kopyaların satışa çıkarılmaması hâlinde hak sahibine tanınan üç seçimlik haktan

<sup>31</sup> Erel, s. 348; Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 418, 419; Bozbel, s. 580. Erdil, s. 1298, 1299; Akın, s. 141, 142; Şahin, s. 186.

<sup>32</sup> Erel, s. 348; Erdil, s. 1299; Şahin, s. 186.

<sup>33</sup> Erel, s. 348; Öztan, s. 675, 676; Yavuz / Alıcı / Merdivan, s. 2212, 2213; Şahin, s. 186, 187.

<sup>34</sup> Tekinalp, § 20 N. 98; Erel, s. 349; Yasaman, s. 816; Akın, s. 142; Bozbel, s. 580; Şahin, s. 187.

<sup>35</sup> Erel, s. 348; Ali Demirbaş, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 165.

<sup>36</sup> Bkz.: Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 417.

biri olarak düzenlenmiştir<sup>37</sup>. Tecavüzün ref'i davası çerçevesinde hak sahibinin bu şekilde parasal bir talep ileri sürebilmesi, mali hakların eser ile eser sahibi arasındaki ekonomik ilişkiyi ilgilendirmesi ve bu sebeple davanın telif ücretini karşılamaya yönelik olarak düzenlenmesiyle açıklanmaktadır<sup>38</sup>. Ancak söz konusu üç kat bedel talebinin tecavüzün ref'i davası kapsamında düzenlenmesinin ne ölçüde isabetli olduğu aşağıda ayrıca tartışılmaktadır.

Belirtmek gerekir ki maddi tazminat talebi failin kusuru ve hak sahibinin zarara uğraması şartlarına bağlı olduğu hâlde, mali hakların ihlali hâlinde FSEK m. 68 çerçevesinde hak sahibine tanınan bedel talebi kusur ve zarar şartlarından bağımsızdır<sup>39</sup>. Ancak hâkimin, davalıyı ödemeye mahkûm edeceği miktarı belirlerken kusuru da dikkate alması gerekir (Karş. FSEK m. 66/IV)<sup>40</sup>. Bu bakımdan, üç kat bedelin talep edildiği her durumda mahkeme, sözleşme yapılsaydı istenebilecek olan makul telif ücretini<sup>41</sup> üç katına yükselterek hüküm kurmak zorunda değildir; somut olayın koşulları ve mütecavizin kusurunun ağırlığına göre hâkimin bu konuda

<sup>37</sup> FSEK m. 68/II: “İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltmanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”

<sup>38</sup> Bkz.: Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 396; Yavuz / Alıcı / Merdivan, s. 2080.

<sup>39</sup> Bkz.: Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 397; Ünsal Piroğlu, “Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddenin Farklı Konumu ve Niteliği”, *Yargıtay Dergisi*, C. XXX, S. 4, 2004, s. 443; Yavuz / Alıcı / Merdivan, s. 2085; Küçükali, s. 38, 92.

<sup>40</sup> Bkz.: Tekinalp, § 20 N. 52, 55; Emre Gökyayla, “5728 Sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010*, Ed. Tekin Memiş, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 288 dn. 23; Demirbaş, s. 121; Küçükali, s. 92, 97.

<sup>41</sup> Yargıtay bu ücreti belirlerken dikkate alınması gereken hususları şu şekilde açıklamaktadır: “...eser sahibinin mali hakları korunurken sadece bu tecavüzün haksız fiil olduğu varsayımından hareket edilmeyecektir. Somut olayın özelliğine göre varsayımsal sözleşme bedeli tayin edilirken eser sahibinin bilimsel / sanatsal yeteneği, üretim kapasitesi gibi sübjektif nitelikleri, eserin beğeni ölçüsü, sayfa sayısı, estetik görünümü, nitelik ve niceliği, ihlal edilen mali hakkın türü, coğrafi kapsamı, ihlal süresi, ihlalin yapıldığı vasıta, bunun geniş halk kitlesine ulaşımı gibi objektif kriterler dikkate alınarak eser sahibi izinsiz yayın yapanla sözleşme yapması halinde, bu sözleşme uyarınca isteyebileceği bedel, bunun faizi 68. madde uyarınca açılacak davada dikkate alınacaktır.”; YHGK. T. 20.03.2002 E. 2002/11-176 K. 2002/214 (Kazancı İçtihat).

takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmek gerekir<sup>42</sup>. *Kanımızca*, kusurun bulunmaması varsayımında hak sahibinin isteyebileceği makul telif ücretinden fazlasına hükmedilmesi isabetsiz olur<sup>43</sup>. Ancak Yargıtay'ın, buradaki tercih yetkisinin hak sahibine ait olduğu ve o, telif ücretinin üç katını istemişse mahkemenin bununla bağlı olduğu yönünde kararları vardır<sup>44</sup>. Bu sebeple, FSEK m. 68/I hükmünde yer alan "...üç kat fazlasını isteyebilir." ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı sebebiyle iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi ise karar gerekçesinde, hükmün hâkimin taleple bağlı olduğuna yahut takdir yetkisini kullanamayacağına ilişkin bir düzenleme içermediğini, istenebilecek bedele üst sınır getirdiğini ve bu sınır içerisinde hâkimin dosya içeriği ve talebi gözeterek takdir yetkisi kullanacağını, eserin bedelini belirleme görevi de hâkime bırakıldığından takdir yetkisinin olmadığından söz edilemeyeceğini belirterek iptal istemini reddetmiştir<sup>45</sup>. Fakat bu karardan sonra da Yargıtay'ın –muhalefet şerhlerine rağmen– içtihadını değiştirmekten kaçındığı gözlenmektedir<sup>46</sup>. FSEK m. 68 hükmüne göre davacının üç kat bedel talep etmesi hâlinde hâkimin tespit olunan makul telif ücretini üç katına yükseltmek zorunda olduğu yönündeki takdir yetkisini zedeleyen yorum, *kanımızca*, isabetli değildir<sup>47</sup>.

Dikkat edilirse FSEK m. 68 hükmü, sözleşme yapılsaydı istenebilecek

<sup>42</sup> Bkz.: Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri, II, Fikir ve Sanat Eserleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1954, s. 218; Öztrak, s. 85; Tekinalp, § 20 N. 52; Demirbaş, s. 123; Küçükali, s. 106, 107. Buna karşın, hükmedilecek bedelin belirlenmesinde mütecavizin kusurunun önemli olmadığı; fakat hâkimin TBK m. 182/III uyarınca talep edilen üç kat bedelde indirim gidebileceği görüşünde bkz.: Yavuz / Alıcı / Merdivan, s. 2088 vd.

<sup>43</sup> Aynı yönde bkz.: Arslanlı, s. 214, 218. Buna karşın, FSEK m. 68 hükmüne ilişkin yaygın anlayış, bedelin üç katının talep edilebilmesinin kusurdan bağımsız olduğu yönündedir; bkz.: Erel, s. 339; Bozbel, s. 556; Erdil, s. 1182; Şahin, s. 169; Yarg. 11. HD. T. 04.07.2006 E. 2005/8095 K. 2006/7919 (Kazancı İçtihat).

<sup>44</sup> Bkz.: Yarg. 11. HD. T. 27.12.2011 E. 2011/14831 K. 2011/17744; Yarg. 11. HD. T. 25.01.2010 E. 2008/8996 K. 2010/757 (Kararlar için bkz.: Kazancı İçtihat.).

<sup>45</sup> AYM. T. 28.02.2013 E. 2012/133 K. 2012/33 (R.G.: 12.07.2013 T. 28705 S.).

<sup>46</sup> Bkz.: Yarg. 11. HD. T. 10.01.2019 E. 2017/642 K. 2019/237; Yarg. 11. HD. T. 30.05.2017 E. 2015/14042 K. 2017/1973; Yarg. 11. HD. T. 19.06.2015 E. 2014/18483 K. 2015/8539; Yarg. 11. HD. T. 23.06.2014 E. 2014/1671 K. 2014/11833 (Kararlar için bkz.: Kazancı İçtihat.).

<sup>47</sup> Aynı yönde bkz.: Bozbel, s. 556; Demirbaş, s. 114 vd.; Küçükali, s. 79, 106, 107.

olan telif ücretinin üç katına kadar talepte bulunulmasına imkân tanımaktadır<sup>48</sup>. Burada kanuni bir ceza öngörüldüğü doktrinde hâkim görüştür<sup>49</sup>. Bu anlamda, mütecevize üç kata kadar bedel ödettirilmesi *medeni ceza* olarak nitelendirilmektedir<sup>50</sup>. Mütecevizin üç kata kadar bedel ödemekle cezalandırılması suretiyle fikri hakların ihlali bakımından caydırıcılık getirilmek istenmiştir<sup>51</sup>. FSEK m. 68 çerçevesinde hükmedilecek ödemenin açıklanan kanuni ceza karakteri, bu ödemenin miktarını belirlemede mütecevizin kusur derecesinin dikkate alınmasını elzem kılmaktadır<sup>52</sup>.

Diğer taraftan, doktrinde ve içtihatlarda yaygın olan kanaate göre, FSEK m. 68 çerçevesinde bedel talebi taraflar arasında kurulan farazi bir sözleşmeye dayanmaktadır<sup>53</sup>. Buna göre, müteceviz, üç kata kadar bedel ödemesi karşılığında ihlale konu olan mali hakları saldırının kapsamı çerçevesinde kullanma yetkisi kazanmış sayılmaktadır<sup>54</sup>. Dolayısıyla, çoğaltılmış olan nüshaların kanuni şartlar dairesinde dağıtımına izin verilmektedir<sup>55</sup>. Doktrinde bazı yazarlar ise mütecevizin medeni cezayı ödemesi

<sup>48</sup> Her ne kadar hüküm lafzen "*üç kat fazladan*" söz etmekteyse de belirlenecek makul telif ücretinin en çok "üç katının" talep edilebileceği kabul edilmektedir; bkz.: Erel, s. 339; Tekinalp, § 20 N. 64; Öztan, s. 649; Bozbel, s. 555; Küçükali, s. 75.

<sup>49</sup> Tekinalp, § 20 N. 53; Öztan, s. 649; Bozbel, s. 555; Demirbaş, s. 83.

<sup>50</sup> Öztan, s. 649; Bozbel, s. 555; Demirbaş, s. 84; Küçükali, s. 38. *Hirsch*'e göre ise burada bir tür "ecrimisil" bulunmaktadır; Ernst E. Hirsch, *Hukukî Bakımdan Fikrî Sây, C. II, İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, İstanbul, 1943, s. 165.*

<sup>51</sup> Bkz.: Öztan, s. 649; Bozbel, s. 555, 556; Demirbaş, s. 85.

<sup>52</sup> Bkz.: Gökyayla, 68. Madde, s. 289, 290; Demirbaş, s. 121, 122; İbrahim Gül, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 346.

FSEK m. 68 hükmü, 4110 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce "*Eser sahibinin talebi... kusur bulunmadığı takdirde haksız harekette bulunan kimsenin bundan sağhyabileceği istifade hududunu aşamaz.*" düzenlemesini içermekteydi. 4110 sayılı Kanun ile bu düzenleme madde metninden çıkarılmıştır. Böylelikle, kusurun bulunmaması hâlinde talebin ihlalden sağlanan menfaati aşamayacağına ilişkin sınırın kaldırıldığı söylenebilirse de söz konusu değişiklik, *kanımızca*, hükmedilecek ödeme miktarının tayininde kusurun hiç dikkate alınmamasını gerektirmez.

<sup>53</sup> Hirsch, s. 165; Cahit Suluk / Rauf Karasu / Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 144; Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, s. 397; Gürsel Üstün, *Fikri Hukukta İşleme Eserler*, Besam, İstanbul, 2001, s. 237, 238; Piroğlu, s. 443; Yavuz / Alıca / Merdivan, s. 2080, 2081; Yarg. 11. HD. T. 05.12.2013 E. 2012/6301 K. 2013/22126; Yarg. 11. HD. T. 24.11.2010 E. 2010/11881 K. 2010/11996 (Kararlar için bkz.: Kazancı İçtihat.).

<sup>54</sup> Bkz.: Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, s. 397; Erel, s. 343; Şahin, s. 179; Yarg. 11. HD. T. 24.11.2010 E. 2010/11881 K. 2010/11996 (Kazancı İçtihat).

<sup>55</sup> Arslanlı, s. 218; Erel, s. 343; Tekinalp, § 20 N. 65; Öztan, s. 660; Bozbel, s. 564; Şahin, s. 179; Piroğlu, s. 454.

sebebiyle sözleşmeden doğan bir hakka sahipmişçesine muamele görmesini eleştirmektedirler<sup>56</sup>. *Kanımızca*, FSEK m. 68 hükmü çerçevesinde taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğu kabul edilemez<sup>57</sup>. Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekli olup (TBK m. 1) taraflar arasında bir sözleşmenin kanun tarafından ihdas edilmesi hukuk sistemimize yabancısıdır<sup>58</sup>. Kanun koyucunun FSEK m. 68 hükmünde “sözleşme faraziyesine” başvurduğu kabul edilebilirse de bu durum taraflar arasında bir akdi ilişkinin vücuda geldiğini göstermez. Zira faraziyeye başvurulması bir kanun yapma tekniğidir. Kanun koyucu taraflar arasında belirli hukukî sonuçların yürürlük kazanmasını istediği için *gerçekte var olmadığı bilinen* bir vakıayı ilgili sonuçların geçerli olması maksadıyla *varsaymaktadır*. FSEK m. 68 hükmüne konu olan durumda da taraflar arasında bir sözleşme kurulmadığı açıktır; ancak kanun koyucu, böyle bir sözleşme olsaydı yürürlükte olacak hukukî sonuçları, fikri hak ihlali sonrasında üç kata kadar bedel ödenmesi hâlinde de geçerli kılmak gereksinimi duymuştur. Elbette bu sonuçların faraziyeye başvurulmadan düzenlenmesi de mümkündür; fakat faraziyeye başvurulması kanun koyucuya kolaylık sağlamaktadır<sup>59</sup>. Kanun koyucunun bu yöndeki düzenleme iradesini anlamak da mümkündür. Mali hakka ilişkin ihlalin bir seferde gerçekleşip nihayete ermesi üzerine üç kat bedel talebi ileri sürüldüğünde müteceviz, ilgili mali hakkın hak sahibine verdiği imkânı fiilen kullanmış durumdadır. Eserin dağıtılmak üzere izinsiz çoğaltılması hâlinde de hak sahibinin tecavüzün ref'i için kopyaların imhasını yahut kendisine devredilmesini istemek yerine üç kat bedel talep etmeyi tercih etmesi durumunda mütecevizin aynı konumda bulunması öngörülmüştür. Dolayısıyla kanun koyucunun sözleşme faraziyesine başvurması üç kata kadar bedel ödeyen mütecevizin ilgili mali hakkın olağan kullanımından istifade etmesini temin etmek içindir. Keza çoğaltılmış kopyalar dağıtılmak üzere mütecevizin uhdesinde bırakıldığında hak sahibinin mali

<sup>56</sup> Bkz.: Yasaman, s. 811: "*Müteceviz varsayımsal sözleşmenin nimetlerinden yararlanamayacak ve fakat külfetlerine katlanacaktır.*"; Demirbaş, s. 136; Küçükali, s. 81, 129.

<sup>57</sup> Aynı yönde bkz.: Küçükali, s. 133.

<sup>58</sup> Dava dilekçesinde FSEK m. 68 uyarınca üç kat bedel talep edilmesini sözleşmenin kurulmasına ilişkin “icap” olarak nitelendiren görüşe (Piroğlu, s. 445) katılma olanağı yoktur. Mütecevizden hak ihlali sebebiyle ödeme talep eden davacının onunla sözleşme kurma yönünde hukukî sonuç iradesi olduğu söylenemez.

<sup>59</sup> Faraziye (*Fiktion*) hakkında bkz.: Andreas von Tuhr / Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, C. I (mit Supplement), 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 1984, s. 165, 166; Topuz, s. 63, 64.

hakkın kullanımını sözleşmeyle devrettiği ruhsat sahibine karşı sahip olabileceği hakları mütecevize karşı da ileri sürebilmesi gerekir. Örneğin, eserin yayımlanma tarzı eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette olursa eser sahibi bunun menedilmesini isteyebilir (FSEK m. 14/III)<sup>60</sup>. FSEK m. 68/VI hükmünde yer alan “*Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir.*” düzenlemesi bu yönde anlaşılmalıdır. Şu hâlde, FSEK m. 68 çerçevesinde taraflar arasında bir sözleşme kurulmadığı; ancak kanun koyucunun üç kata kadar bedel ödeyen mütecevize mali hakkın olağan kullanımından yararlanma yetkisini tanıdığı ifade edilebilir. Fakat üç kata kadar bedel ödeyen mütecevize böyle bir yetkinin tanınmış olması, fikri hak ihlaline sebebiyet veren eylemin geçmişe etkili olarak hukuka uygun hâle dönüştüğü<sup>61</sup> anlamına da gelmez<sup>62</sup>. Zaten aksi takdirde hak sahibinin üç kata kadar bedel ödenmesiyle karşılanamayan zararı için FSEK m. 70 uyarınca tazminat isteyebilmesinin hukukî temeli ortadan kalkar. Oysa hak sahibi, mütecevizin hukuka aykırı fiili sebebiyle FSEK m. 68 çerçevesinde hükmolunan ödemeye karşılanamayan zararı için –şartları mevcutsa- tazminat talep edebilir. Nitekim FSEK m. 68/II hükmünde, izinsiz çoğaltılmış kopyalar bakımından hak sahibine tanınan seçimlik hakların mütecevizin hukukî sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır<sup>63</sup>.

Maddi tazminat talebi ile FSEK m. 68 hükmüne dayanan üç kat bedel talebi arasındaki önemli bir farklılık zamanaşımı konusunda ortaya çıkmaktadır. Gerçi doktrinde hâkim olan görüşe göre FSEK m. 68 çerçevesinde üç kat bedel talebi de maddi tazminat talebinin tabi olduğu haksız fiil zamanaşımına (TBK m. 72) tabidir<sup>64</sup>. Yargıtay ise taraflar arasında fa-razi bir sözleşme kurulduğundan hareketle FSEK m. 68 hükmüne dayanan üç kat bedel talebinin on yıllık zamanaşımı süresine (TBK m. 146) tabi olduğunu benimsemektedir<sup>65</sup>. İlk ifade etmek gerekir ki FSEK m. 68

<sup>60</sup> Bkz.: Yavuz / Alıcı / Merdivan, s. 2082.

<sup>61</sup> Bu görüşte bkz.: Üstün, s. 238, 252.

<sup>62</sup> Aynı yönde bkz.: Gökyayla, 68. Madde, s. 288 dn. 25.

<sup>63</sup> Bkz. ve *karş.* Yavuz / Alıcı / Merdivan, s. 2083, 2084.

<sup>64</sup> Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 463; Erel, s. 372; Tekinalp, § 20 N. 76a; Öztan, s. 637; Demirbaş, s. 224, 225; Şahin, s. 199.

<sup>65</sup> Yarg. 11. HD. T. 24.10.2014 E. 2013/12170 K. 2014/16477; Yarg. 11. HD. T. 10.02.2014 E. 2013/12913 K. 2014/2228; Yarg. 11. HD. T. 05.12.2013 E. 2012/6301 K. 2013/22126; Yarg. 11. HD. T. 26.02.2004 E. 2003/7070 K. 2004/1799 (Kararlar için bkz.: Kazancı İçtihat.).



hükümüne göre hak sahibine ödenecek miktarın belirlenmesinde taraflar arasında sözleşme yapılmış olması hâlinde istenebilecek bedelin kıstas alınması bu hükümden doğan alacağı sözleşmeden doğan bir alacak hâline getirmemektedir<sup>66</sup>. Kanun burada hak sahibine yapılacak ödemenin tayini konusunda sözleşme yapılmış olması hâlinde istenebilecek bedeli bir ölçü olarak getirmiştir yoksa hükmedilecek ödemenin sözleşmeden doğan bir alacak hâline dönüştürülmesi mümkün değildir<sup>67</sup>. Fakat *kanımızca*, FSEK m. 68 hükmünde düzenlenen üç kat bedel talebini haksız fiil zamanaşımını düzenleyen TBK m. 72 hükmüne tabi tutmak da imkân dâhilinde değildir. Zira TBK m. 72 hükmü haksız fiilden doğan tazminat alacağına ilişkin zamanaşımını düzenlenmektedir. Oysa FSEK m. 68 hükmünde öngörülen üç kat bedel talebi, zararın giderilmesini amaçlayan bir “tazminat”<sup>68</sup> değildir<sup>69</sup>. Nitekim tazminat talebi FSEK m. 70 hükmünde ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla fikri hakkın ihlali haksız fiil teşkil etse dahi, talebin niteliği tazminat olmadığından TBK m. 72 hükmünün uygulanamayacağı düşüncesindeyiz<sup>70</sup>. Zaten TBK m. 72 hükmünde öngörülen kısa

<sup>66</sup> *Karşı görüş*: Yavuz / Alıca / Merdivan, s. 2085.

<sup>67</sup> Bkz. ve *karş.* Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 463; Erel, s. 340; Küçükali, s. 74. FSEK m. 68 hükmünün 4110 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki metninde yer alan “*Eser sahibinin talebi, sözleşmeden doğmuş sayılır...*” düzenlemesi, bu hükümde başvuru alan “sözleşme faraziyesinin” kapsamını bedel talebine de genişletme imkânı verecek mahiyettedir. Dolayısıyla, her ne kadar FSEK m. 68’e dayanan talep gerçekte sözleşmeden doğan bir alacak olmasa da zikredilen düzenleme gereği bu talebin sözleşmeden doğan alacaklara bağlanan hukukî sonuçlara tabi tutulması icap ederdi. *Kanımızca*, bu yönde bir düzenleme gerekli ve isabetli olmadığından söz konusu hükmün madde metninden çıkarılması uygun olmuştur.

<sup>68</sup> Tazminatın zararı gidermeye yönelik olduğu hususunda bkz.: Halûk Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 252; Oğuzman / Öz, s. 114; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 581. Yine “zararın” bulunmamasının, hukukî sorumluluğu ortadan kaldırmaya da “tazminat” borcunun doğumuna engel olacağı yönünde bkz.: Zafer Zeytin, “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi – I: Maddi Zarar Olarak ‘Özel Kullanım Kaybı’”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XX, S. 2, Aralık 1999, s. 74.

<sup>69</sup> Bkz.: Tekinalp, § 20 N. 53; Öztan, s. 649; Bozbel, s. 555; Yavuz / Alıca / Merdivan, s. 2066; Küçükali, s. 71. Bu bakımdan, FSEK m. 68 hükmüne dayanan talebin “telif tazminatı” olarak isimlendirilmesi (Bkz.: Yarg. 11. HD. T. 27.09.2012 E. 2010/10171 K. 2012/14474; Yarg. 11. HD. T. 24.11.2010 E. 2010/11881 K. 2010/11996; kararlar için bkz.: Kazancı İçtihat.) doğru değildir.

<sup>70</sup> Kaldı ki fikri hak ihlalinin bir sözleşme ihlali olarak ortaya çıktığı durumda da FSEK m. 68 çerçevesinde üç kat bedel talebi ileri sürülebilir ve bu hâlde de söz konusu talep, (aşağıda açıklanacağı üzere) kanundan doğan özel bir alacak temeli itibarıyla TBK m. 146 hükmüne tabi olur. Bu bakımdan, FSEK m. 68 çerçevesinde üç kat bedel talebi,

zamanaşımı süresinin başlangıcı dikkate alındığında FSEK m. 68 hükmünde düzenlenen üç kat bedel talebinin haksız fiil zamanaşımıyla uyumsuz olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, TBK m. 72 hükmüne göre iki yıllık kısa zamanaşımı süresi zararın öğrenilmesinden itibaren başlamaktadır; hâlbuki FSEK m. 68 çerçevesinde üç kat bedel talebi zarar şartından bağımsızdır<sup>71</sup>. Dolayısıyla haksız fiil zamanaşımında tazminat alacağının göz önünde bulundurulmuş nitelikleri FSEK m. 68 hükmüne dayanan üç kat bedel talebinde bulunmamaktadır. Nitekim bu alacakların birbirinden farklı amaç ve menfaatlere yönelik olduğu dikkate alındığında TBK m. 72 hükmünün FSEK m. 68'e dayanan üç kat bedel talebine kıyasen dahi uygulanamayacağı anlaşılmaktadır. Zira FSEK m. 68 hükmünde öngörülen üç kat bedel talebi, bir yandan fikri hakkın kullanımını hukuka uygun olarak gerçekleşseydi hak sahibinin elde edeceği telif ücretini ona temin etmekte bir yandan da bunu faili cezalandırarak gerçek-

---

fikri hak ihlalinin haksız fiil olarak ortaya çıktığı durumda da sözleşme ihlali olarak ortaya çıktığı durumda da aynı zamanaşımı süresine tabi olan ve kanundan doğan özel bir alacak niteliğinde görülmelidir. *Hirsch*'e göre ise buradaki bedel talebi haksız fiilden yahut sebepsiz zenginleşmeden doğmamakta, belki farazi bir sözleşmeye dayanmaktadır (Bkz.: *Hirsch*, s. 165, 180, 191.). *Kanımızca*, FSEK m. 68 hükmünde düzenlenen üç kat bedel talebini, fikri hak ihlalinin haksız fiil teşkil ettiği durumda da sözleşme ihlali teşkil ettiği durumda da kanundan doğan ayrı bir alacak olarak kabul etmek daha doğrudur.

<sup>71</sup> Belirtmek gerekir ki *sırf* mütecavizin telif ücreti ödemeksizin mali hakkı kullanmış olması hak sahibi açısından yoksun kalınan kâr şeklinde bir zararı ifade etmez. Zira yoksun kalınan kâr, hukuka aykırı fiil olmasaydı hayat tecrübelerine göre büyük bir ihtimalle malvarlığında meydana gelebilecek olan artışın engellenmesidir. Örneğin, yolcu taşıyarak kazanç elde eden bir kimsenin aracına hukuka aykırı olarak hasar verildiğinde tamir süresince aracın çalıştırılmaması sebebiyle elde edilemeyen kazanç yoksun kalınan kârdır (Erdem Büyüksağış, *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 85-87). Buna karşın, eser üzerindeki mali hakkın bir başkası tarafından izinsiz kullanılması hâlinde mütecavizin telif ücreti ödememiş olması, bu fiil hiç gerçekleşmeseydi hak sahibinin malvarlığında gerçekleşecek olan muhtemel bir kazancın engellenmesi değil, hukuka uygun olarak hak sahibiyile sözleşme yapılsaydı yüklenilmesi gereken bir masraftan, yani telif ücreti ödenmesinden kaçınılması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, mütecavizin bu şekilde telif ücreti ödemekten kaçınması, aslında hak sahibi açısından bir "zarar" olmaktan çok, mütecavizin fikri hak ihlaliyle elde ettiği kazancı ilgilendiren bir konudur. Nitekim FSEK m. 70/III uyarınca hak sahibinin mütecavizden kârın devrini talep etmesi hâlinde FSEK m. 68 çerçevesinde talep edilen bedelin indirileceği düzenlenerek bu iki talep arasındaki ilişki kanun tarafından da tanınmıştır. *Karş.* Gökyayla, 68. Madde, s. 289 dn. 28.

leştirmek suretiyle bedelin üç katına kadar yükseltilebilmesine cevaz vermektedir. Bu bakımdan, haksız fiil hiç gerçekleşmeseydi zarar görenin içinde bulunacağı malvarlığı durumunu sağlamayı amaçlayan tazminat<sup>72</sup> ile FSEK m. 68 hükmüne dayanan üç kat bedel talebi, farklı hukukî nitelikleri haiz alacaklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Şu hâlde, FSEK m. 68'e dayanan üç kat bedel talebinin tabi olduğu zamanaşımı bu alacağın niteliği göz önünde bulundurularak belirlenmelidir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki üç kat bedel talebinin FSEK m. 68 hükmünde tecavüzün ref'i davasının konusu olarak düzenlenmiş olması eleştiriye açıktır. Nitekim *Erel'e* göre, tecavüzün ref'i davası meydana gelmiş bir tecavüzün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasını amaçladığından eser sahibinin sözleşme yapılsaydı isteyebileceği bedelin üç kat fazlasını talep etmesi, teknik anlamda tecavüzün ref'i davası olarak nitelendirilemez<sup>73</sup>. Gerçekten de FSEK m. 68 hükmü uyarınca hak sahibine sözleşme yapılmış olması hâlinde isteyebileceği bedel üzerinden bir alacak hakkı tanımak vuku bulan fikri hak ihlalini ortadan kaldırmamakta, yalnız hak sahibinin telif ücreti –gerektiğinde- üç misliyle temin edilerek bu şekilde ihlalin giderildiği varsayılmaktadır. Örneğin, bir tiyatro oyununun hak sahibinin izni olmaksızın temsil edilmesi hâlinde, temsilin sona ermesinin ardından bu ihlalin geride kalan –ve müdahale edilebilir olan- sonucu, hak sahibinin telif ücreti elde edememiş olmasıdır. Bu bakımdan, hak sahibine FSEK m. 68 çerçevesinde üç kat bedel talebi tanınarak ihlalin giderildiği varsayılmaktadır. Oysa burada gerçek anlamda mutlak hakkı koruyan bir davanın varlığı kabul edilemez. Zira FSEK m. 68 çerçevesinde hak sahibine tanınan üç kat bedel talebi doğrudan mutlak hakkı koru(ya)mamakta, yalnız bu hakkın sahibine sağlayabileceği ekonomik menfaati (misliyle) temin etmektedir. Dolayısıyla FSEK m. 68 hükmünde hak sahibine tanınan üç kat bedel talebini, kanundan doğan özel bir alacak olarak nitelendirmek daha doğru gözükmektedir. Zaten aksinin kabulü ve üç kat bedel talebinin tecavüzün ref'i talebi olarak nitelendirilmesi hâlinde mutlak hakkı koruyan bir davanın zamanaşımına tabi tutulması gibi ayırksı bir durum ortaya çıkar<sup>74</sup>. Bu

<sup>72</sup> Bkz.: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 787.

<sup>73</sup> Erel, s. 168. Ayrıca bkz.: Bozbel, s. 555. Bir başka görüşe göre ise burada *sui generis* bir ref yöntemi bulunmaktadır; Yavuz / Alıcı / Merdivan, s. 2085.

<sup>74</sup> Nitekim üç kat bedel talebinin tecavüzün ref'i davası kapsamında düzenlenmesi FSEK m. 68/II hükmünde açık bir tutarsızlığa yol açmaktadır. Zira izinsiz çoğaltılan kopyaların satışa çıkarılmamış olması hâlinde hak sahibine tanınan üç seçimlik haktan ikisi zamanaşımına tabi değilken üç kat bedel talebi zamanaşımına tabi olmaktadır. Burada

bakımdan, faili cezalandırma amacı da güden üç kat bedel talebinin tecavüzün ref'i davasından ayrı olarak düzenlenmesi daha isabetli olacaktır<sup>75</sup>. Gelineen noktada, niteliği itibarıyla kanundan doğan bir alacak olduğu ortaya konan üç kat bedel talebinin TBK m. 146 hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu ifade edilebilecek durumdadır<sup>76</sup>. Fakat bunun sebebi Yargıtay'ın benimsediği gibi sözleşme faraziyesi değil, TBK m. 146 hükmünün zamanaşımına ilişkin genel hüküm niteliğidir. TBK m. 146 hükmünün uygulama alanına yalnız sözleşmeden doğan alacaklar değil, kanun tarafından hakkında özel bir zamanaşımı süresi öngörülmeden tüm alacaklar girmektedir<sup>77</sup>. Bu bakımdan, FSEK m. 68 çerçevesinde üç kat bedel talebi, fikri hakkın ihlal edilmesiyle muaccel olan (*Karş.* TBK m. 149/I) ve bu andan itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayan kanundan doğan bir alacak olarak değerlendirilmektedir.

Maddi tazminat talebinin FSEK m. 68'e dayanan üç kat bedel talebiyle ilişkisi bakımından son olarak incelenmesi gereken husus bu taleplerin yığılıp yığılamayacağıdır. Bu konudaki hâkim görüş, FSEK m. 68 uyarınca üç kat bedel talep edilmişse uğranılan zarar bu şekilde elde edilecek tutarı aşmadıkça ayrıca maddi tazminat istenemeyeceği yönündedir<sup>78</sup>. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise nitelikleri ayrı olan bu iki talebin birlikte ileri sürülmesi mümkündür<sup>79</sup>. Görüldüğü üzere, müteceviz için kanuni bir ceza

---

üç kat bedel talebinin mutlak hakkı koruyan taleplerden farkı kolaylıkla anlaşılabilir.

<sup>75</sup> Aynı yönde bkz.: Gül, s. 346. Yine bazı yazarlar, üç kat bedel talebinin tecavüzün ref'i davası kapsamında değil, tazminat davası altında düzenlenebileceğini ifade etmektedirler; bkz.: Gökyayla, 68. Madde, s. 290, 291 dn. 33; Akın, s. 138; Demirbaş, s. 77, 78. *Kanımızca*, üç kat bedel talebinin tazminat davası altında düzenlenmesi de başka yönlerden karışıklığa sebebiyet verebilir. Zira bu talep için hak sahibinin zarara uğraması şartı bulunmadığı gibi, makul telif ücreti kadar ödemeye hükmederken failin kusurunun aranması da gerekli değildir.

<sup>76</sup> Benzer yönde bkz.: Bozbel, s. 626.

<sup>77</sup> Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 41.

<sup>78</sup> Tekinalp, § 20 N. 55; Öztan, s. 649, 650; Bozbel, s. 557; Durgut, s. 1092, 1093; Gül, s. 343.

<sup>79</sup> Yasaman, s. 818, 819. Bu hususta ileri sürülen başka bir görüşe göre ise FSEK m. 68 uyarınca talep edilen bedel hak sahibi açısından yoksun kalınan kâra karşılık gelmektedir; bu bakımdan, ayrıca bir fiil zarar oluşmuşsa bunun tazmini FSEK m. 68'e dayanan bedel talebine ilaveten istenebilir; Yavuz / Alica / Merdivan, s. 2214. *Ancak kanımızca*, FSEK m. 68 hükmünde düzenlenen bedel talebinin maddi zararın bir türü olan yoksun kalınan kâr ile ilişkilendirilmesi mümkün değildir (Bkz. yuk. dn. 71.).

olarak öngörülen üç kat bedel talebinin, hak sahibinin uğradığı zarara yönelik tazminat talebini sınırlayıp sınırlamadığı sorusunun cevabı aranmaktadır. Bu bakımdan, FSEK m. 68 hükmü ile FSEK m. 70/II hükmünün ilişkisi incelenmeli, kanunun bu iki hükümden doğan alacakların yığılmasına izin verip vermediği sorgulanmalıdır. *Tekinalp*'e göre, FSEK m. 68 hükmünde TBK m. 179 anlamında bir ceza söz konusudur<sup>80</sup>. Bu görüş kabul edilirse TBK m. 180/II uyarınca hak sahibinin ancak hükmedilen cezayı aşan bir zararı varsa tazminat isteyebileceği sonucuna varılır. Fakat FSEK m. 68 hükmünde TBK m. 179 anlamında bir ceza koşulunun öngörüldüğünü kabul etmek güçtür. Zira burada taraf iradeleri doğrultusunda sözleşmeden doğan bir ceza değil, kanuni bir medenî ceza söz konusudur. Bununla birlikte, kanun koyucunun TBK m. 180/II hükmünde ceza koşulu için kabul ettiği çözümün FSEK m. 68 hükmünde düzenlenen medeni ceza için de geçerli olup olamayacağı ayrıca değerlendirilmelidir<sup>81</sup>. Buna uygun olarak doktrinde bir görüş, TBK m. 180/II hükmüne *kıyasen* hak sahibinin ancak FSEK m. 68 kapsamındaki medeni cezayı aşan bir zararı varsa tazminat isteyebileceğini kabul etmektedir<sup>82</sup>. Gerçekten de hak sahibinin ceza niteliğinde bir ödemeye hak kazandıktan sonra bu ödemenin zararı etkileyip etkilememesi bakımından cezanın kaynağının sözleşme olması ile kanun olması arasında menfaat durumu bakımından bir farklılık bulunup bulunmadığı haklı bir soru olacaktır. İfade etmek gerekir ki kanun koyucunun TBK m. 180/II hükmünde kabul ettiği çözümün FSEK m. 68 bakımından da geçerli görülmesi *kanımızca* da isabetli bir yaklaşımdır; bununla birlikte, ancak aşkın zarar için tazminat istenebilmesi FSEK m. 68 çerçevesinde kıyastan öte *evleviyet* kuralının bir gereği olarak da addedilebilir. Zira borcun gereği gibi ifasını temin etmek amacıyla cezanın taraflarca sözleşmede kararlaştırıldığı ve böylece ifa menfaatinin gerçekleşeceği yönünde alacaklıda akdi bir güven oluşturulduğu durumda dahi ancak cezayı aşan zarar için tazminat istenebiliyorsa kanun tarafından öngörülen medenî cezada bu sonuç evleviyetle geçerli olmalıdır. Şayet kanun koyucunun mütecevizi cezalandırma iradesi medenî cezanın tazminatı da etkile-

---

<sup>80</sup> Tekinalp, § 20 N. 53.

<sup>81</sup> Nitekim ceza koşulunun medeni ceza kavramıyla ilişkisi hakkında bkz.: Selin Özden-Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 167, 168; Köksal Kocaağa, *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 34.

<sup>82</sup> Demirbaş, s. 139 (Yazar, bu hususun açıkça düzenlenmesi gerektiğini de ifade etmektedir.).

memesi kadar ileri gidiyorsa bunun hükümde açıkça düzenlenmesi beklenir ve fakat bu yönde bir düzenlemenin de yerindeligi ayrıca tartışma götürür. Şu hâlde, her ne kadar FSEK m. 68 hükmünde üç kat bedel talebi hak sahibinin zararından bağımsız olarak düzenlenmiş olsa da anılan hüküm uyarınca müteceviz bir miktar para ödemeye mahkûm edilince bu ödeme ölçüsünde zararın da giderildiği ifade edilebilecek durumdadır<sup>83</sup>.

### C. Fikri Hakların İhlali Hâlinde Kârın Devri Talebi

FSEK m. 70/III hükmü uyarınca “*Birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen karın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde 68 inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir.*”. Tazminat davası başlığı altında düzenlenmiş olsa da FSEK m. 70/III hükmüne dayanan kârın devri talebinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayandığı hususunda tereddüt edilmemektedir<sup>84</sup>. Nitekim bu talep hak sahibinin zarara uğraması şartına bağlı değildir<sup>85</sup>. Mütecevizin ihlal sebebiyle devretmekle yükümlü olduğu kâr, maddi zararın bir türü olan yoksun kalınan kâr ile karıştırılmamalıdır. Hak sahibi açısından yoksun kalınan bir kâr söz konusu olmasa yahut mütecevizin elde ettiği kâr hak sahibinin bu tür bir zararını aşsa dahi müteceviz, ihlal sebebiyle elde ettiği kârı devretmekle yükümlüdür<sup>86</sup>. Gerek manevi hakların gerekse de mali hakların ihlali hâlinde hak sahibinin FSEK m. 70/III uyarınca kârın devri talebinde bulunması mümkündür<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Yargıtay, FSEK m. 68 çerçevesinde hükmolunan ödeme ile zarar arasında bağlantı kurarken “*Hükümün amacı rayice göre tespit edilecek telif ücretinin üç katını ödettirerek, hak sahibini zararını ispat yükünden kurtarmak ve böylece ispat edilemeyen zararın eser sahibinin sırtında kalmasına engel olmaktır. Maddenin 2. fıkrasında ‘Sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir’ diyerek tazminat hesabına açıklık getirmiştir.*” ifadelerine başvurmuştur; YHGK. T. 02.04.2003 E. 2003/4-260 K. 2003/271; YHGK. T. 20.03.2002 E. 2002/11-176 K. 2002/214; Yarg. 11. HD. T. 19.06.2015 E. 2014/18483 K. 2015/8539 (Kararlar için bkz.: Kazancı İçtihat.). Ancak *kanımızca*, üç kat bedel talebinin tazminat hesabı olarak nitelendirilmesi isabetli değildir.

<sup>84</sup> Erel, s. 349; Tekinalp, § 20 N. 99; Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 405; Yasaman, s. 816; Durgut, s. 1094; Demirbaş, s. 194; Ece Baş-Süzel, *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 294.

<sup>85</sup> Tekinalp, § 20 N. 99; Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 405; Öztan, s. 677, 678; Bozbel, s. 581; Yavuz / Alica / Merdivan, s. 2216; Oğuz / Özden-Merhacı, s. 959; Durgut, s. 1094; Demirbaş, s. 200; Şahin, s. 191.

<sup>86</sup> Bkz.: Tekinalp, § 20 N. 99; Erel, s. 349; Bozbel, s. 581, 582.

<sup>87</sup> Tekinalp, § 20 N. 99; Erel, s. 349; Akın, s. 143; Erdil, s. 1307. *Kılıçoğlu*’na göre ise 4110 sayılı Kanun ile FSEK m. 70/I hükmünde yapılan değişiklik karşısında manevi hakların ihlali hâlinde kârın devri talep edilemez; Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 406.

FSEK m. 70/III uyarınca kârın devrine hükmedilebilmesi için davalının kusurunun aranıp aranmayacağı ise tartışmalı bir konudur. Doktrinde TBK m. 530 hükmü kapsamında iş görenin kötünietini arayan görüş, FSEK m. 70/III hükmüne göre kârın devrine karar verilebilmesi için de davalının kusurunu bir şart olarak aramaktadır<sup>88</sup>. FSEK m. 70/III bakımından baskın olan görüş ise bu hükmün uygulanabilmesi için kusur şartının aranmayacağı yönündedir<sup>89</sup>. FSEK m. 70 hükmünün tarihi gelişimiyle birlikte üç fıkra da öngörülen taleplerin düzenleniş şekli dikkate alındığında kanun koyucunun iradesinin ikinci görüş doğrultusunda olduğu anlaşılmaktadır. Zira hükmün yürürlüğe giren ilk hâlinde<sup>90</sup> birinci fıkra, manevi hakların ihlali yönünden maddi tazminat için kusuru, manevi tazminat için ise ağır kusuru; ikinci fıkra da mali hakların ihlali yönünden tazminat için kusuru aramıştır; üçüncü fıkra ise kârın devri talebi için herhangi bir kusur şartına yer vermemiştir. Anlaşılmaktadır ki kanun koyucu FSEK m. 70 hükmünü sevkederken bu maddede düzenlenen her bir talep bakımından kusurun rolünü açıklama yoluna gitmiştir<sup>91</sup>. Bu bakımdan, FSEK m. 70/III hükmünde kusur şartının aranmadığı ifade edilebilir<sup>92</sup>. Zarara bağlı olmayan kârın devri talebini bu şekilde kusur şartı aramaksızın düzenlemenin

<sup>88</sup> Azra Arkan-Akbıyık, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme*, Alfa, İstanbul, 1999, s. 40, 41; Baş-Süzel, s. 294, 295. Ayrıca bkz.: Arslanlı, s. 221. *Tandoğan*'a göre ise başkasının fikri hakkını ihlal eden kimse iyiniyetli ise kârdan elinde kalan miktarı vermekle yükümlüdür; Halûk Tandoğan, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk - İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957, s. 331.

<sup>89</sup> Ayiter, s. 252; Tekinalp, § 20 N. 99; Erel, s. 349; Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 405; Öztan, s. 677; Yasaman, s. 816; Akın, s. 144; Bozbel, s. 581; Yavuz / Alica / Merdivan, s. 2216; Oğuz / Özden-Merhacı, s. 959; Erdil, s. 1305; Durgut, s. 1094; Küçükali, s. 62; Şahin, s. 191. Bu görüşte olan bazı yazarlar, aksi görüşün kabul edilmesi hâlinde ispat yükü yer değiştirilerek mütecevize kötünietli olmadığını ispat zorunluluğu getirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar; bkz.: Tekinalp, § 20 N. 99; Öztan, s. 680.

<sup>90</sup> R.G.: 13.12.1951 T. 7981 S.

<sup>91</sup> 4110 sayılı Kanun'un FSEK m. 70/I hükmünde kusur unsurunu madde metninden bütünüyle çıkarması ise yukarıda açıklandığı üzere manevi tazminat bakımından tartışmalı bir duruma sebebiyet vermiştir.

<sup>92</sup> Nitekim FSEK m. 68 hükmü de 4110 sayılı Kanun'a kadar eser sahibinin bu hükümden doğan talebinin kusur bulunmadığı takdirde haksız harekette bulunan kimsenin bundan sağlayabileceği istifade hududunu aşamayacağını düzenlemekteydi (Bkz. yuk. dn. 52.). Dolayısıyla kanun koyucunun iradesinin, mütecevizin elde ettiği menfaati onun uhdesinde bırakmayarak kusur bulunmasa dahi hak sahibine devretmek yönünde olduğu buradan da anlaşılmaktadır (Benzer yönde bkz.: Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 202.). 4110 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklik üç kat bedel talebi bakımından belirtilen sınırı kaldırmaya matuf olduğundan ihlalden elde edilen menfaatlerin akıbetine ilişkin kanun koyucu iradesinin de değiştiğini göstermez.

yerindeliği elbette tartışmaya açıktır. Ancak başkasının fikri hakkını ihlal ederek kazanç sağlayan mütecevizin kusursuz olması kolay kolay karşılaşılabılır bir durum olmadığı için tartışmanın FSEK m. 70/III bakımından pratik değeri teorik boyutu ölçüsünde büyük değildir<sup>93</sup>.

Nihayet FSEK m. 70/III hükmüne dayanan kârın devri talebinin, hak sahibinin tazminat talepleriyle ilişkisi de önem arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki hüküm, FSEK m. 68 çerçevesinde talep edilen üç kata kadar bedelin kârın devri talebinden indirileceğini düzenlemiştir<sup>94</sup>. Şayet söz konusu indirim yapıldıktan sonra FSEK m. 70/III uyarınca hükmedilen ödeme hak sahibinin maddi zararını bütünüyle karşılıyorsa artık ayrıca tazminat talebine yer yoktur. Buna karşın, hak sahibinin maddi zararı FSEK m. 70/III uyarınca -belirtilen şekilde- hükmolunan ödemeden fazla ise za-

<sup>93</sup> Aynı yönde bkz.: Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s. 331.

<sup>94</sup> Bir görüşe göre, FSEK m. 70/III hükmüne göre indirilmesi gereken bedel, FSEK m. 68/II çerçevesinde hak sahibinin çoğaltılmış kopyaların ve çoğaltma araçlarının kendisine verilmesini seçmesi hâlinde ödemesi gereken bedeldir (Bkz.: Tekinalp, § 20 N. 99; Öztan, s. 679.). Oysa FSEK m. 70/III hükmü, FSEK m. 68 uyarınca *talep edilen bedelden bahsetmektedir*. Dolayısıyla, hak sahibinin mütecevizden talep ettiği bedelin kastedildiği açıktır (Aynı yönde bkz.: Baş-Süzel, s. 297 dn. 1292.). Ayrıca mütecevize bedel ödenmesi, yalnız çoğaltılmış kopyaların satışa çıkarılmamış olması hâlinde ve yine hak sahibinin kullanmayı tercih ettiği hakka bağlı olarak gündeme gelmektedir. Oysa hak sahibinin üç kat bedel talebi, FSEK m. 68 hükmünde mali hakların ihlaline bağlanan genel sonuçtur. Bu bakımdan, FSEK m. 70/III'de kopya ve araçların kendisine devri karşılığı hak sahibinin ödeyeceği bedelin indirilmesi öngörülme istenseydi, bunun basit şekilde FSEK m. 68'deki bedele atıf yapılarak değil, FSEK m. 68/II uyarınca devir karşılığı mütecevize ödenmesi gereken bedel olduğu açıkça belli edilerek düzenlenmesi gerekirdi. Ki bu yönde bir düzenleme, karşılıklı iki alacağın kanunen takas edilmesinden daha fazla bir anlam taşımazdı. Zira FSEK m. 68/II çerçevesinde devir karşılığı mütecevize ödenmesi gereken bedel ile FSEK m. 70/III uyarınca hak sahibine devredilmesi gereken kazanç, zaten takas edilebilir iki alacağa vücut vermektedir (TBK m. 139). Doktrindeki çoğunluk görüşü ise FSEK m. 70/III hükmüne göre indirilmesi gereken "bedelin", davacının FSEK m. 68 çerçevesindeki tercihine göre çoğaltılmış kopya ve araçların devir bedeli yahut hak sahibinin sözleşme yapılıyorsa isteyebileceği bedelin üç katına ilişkin talep olduğunu ifade etmektedir (Bkz.: Erel, s. 349; Akın, s. 143, 144; Bozbel, s. 581; Erdil, s. 1305; Şahin, s. 190, 191.). Ancak belirttiğimiz gerekçelerle *kanımızca*, FSEK m. 70/III hükmüne göre indirilmesi gereken bedel, yalnız hak sahibinin talep ettiği üç kat bedeldir (Aynı yönde bkz.: Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 405; Yavuz / Alıca / Merdivan, s. 2216, 2217; Demirbaş, s. 212; Küçükali, s. 65; Baş-Süzel, s. 297 dn. 1292.).



rarın karşılanamayan kısmı için FSEK m. 70/II mucibince tazminat istenebilir<sup>95</sup>. Buna karşın, FSEK m. 70/III çerçevesinde kârın devri talebinin manevi tazminat (FSEK m. 70/I) istemini engelleyen ya da sınırlayan bir yönü yoktur<sup>96</sup>.

## II. Fikri Hakların İhlâli Hâlinde Hak Sahibine Tanınan Taleplerin Bir Arada Değerlendirilmesi

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda hak sahibinin mütecavize karşı ileri sürebildiği taleplerin bir arada değerlendirilmesi, kanunun ekonomik yönden hak sahibine sağlamış olduğu koruma alanını açıklığa kavuşturmak bakımından faydalı olacaktır. Bu değerlendirme yapılırken de incelenen taleplerin özellikle kusur ve zarar şartları karşısındaki konumu bir bütün olarak ele alınmaya çalışılacaktır.

İzah edilen kanun sistemi çerçevesinde hak sahibinin zarardan bağımsız olan taleplerinin FSEK m. 68 hükmüne dayanan üç kat bedel talebi ve FSEK m. 70/III hükmüne dayanan kârın devri talebi olduğu ifade edilebilir. Yukarıda belirtildiği gibi, FSEK m. 70/III hükmü uyarınca mütecavizin elde ettiği kârın devri talep edildiğinde FSEK m. 68 çerçevesinde istenen üç kata kadar bedelin bu talepten indirileceği düzenlenmiştir. Şayet FSEK m. 68 uyarınca hak sahibine ödenmesi gereken bedel FSEK m. 70/III gereği ödenmesi gereken miktardan fazla ise mütecaviz yalnız FSEK m. 68 çerçevesinde ödemeye mahkûm edilir. Dolayısıyla hak sahibi, üç kat bedel talebi ile kârın devrini isteme imkânları açısından, bunlardan yüksek olanı kadar ödemeye hak kazanır<sup>97</sup>. Şu hâlde, hak sahibinin herhangi bir zarar şartından bağımsız olarak toplamda ya hukuka uygun davranılsaydı elde edebileceği telif ücretinin üç katına kadar ya da mütecavizin elde ettiği kâr kadar ödemeye hak kazanabildiği anlaşılmaktadır. Bu taleplerin yığılması mütecavizin iki kez cezalandırılması anlamına geleceğinden FSEK m.

<sup>95</sup> Bkz. ve *karş.* Ayiter, s. 253; Erel, s. 349, 350; Yasaman, s. 816; Akın, s. 144; Erdil, s. 1306; Şahin, s. 191. Zarar yönünden yoksun kalınan kâr ve fiili zararı birbirinden ayırarak fiili zararın tazmini ile kârın devri talebinin yığılabileceği görüşünde bkz.: Yavuz / Alıca / Merdivan, s. 2216, 2217; Demirbaş, s. 208; Küçükali, s. 64. Genel olarak vekâletsiz iş görmeden doğan kârın devri talebi ile tazminat talebinin ilişkisi bakımından *karş.* Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s. 205, 206; Arkan-Akbıyık, s. 62, 63; Baş-Süzel, s. 252.

<sup>96</sup> Tekinalp, § 20 N. 99; Öztan, s. 678; Bozbel, s. 583; Yavuz / Alıca / Merdivan, s. 2216; Durgut, s. 1094; Demirbaş, s. 210; Küçükali, s. 64.

<sup>97</sup> Bu yönde bkz.: Yarg. 11. HD. T. 25.02.2010 E. 2008/11423 K. 2010/2165; Yarg. 11. HD. T. 31.03.1997 E. 1997/1850 K. 1997/2313 (Kararlar için bkz.: Kazancı İçtihat.).

70/III hükmünde düzenlenen üç kat bedel indirimi isabetlidir<sup>98</sup>. Nitekim doktrinde de buradaki indirimin hakkaniyet düşüncesiyle öngörüldüğü ifade edilmektedir<sup>99</sup>. Aslına bakılırsa iki talebin içeriği yakından incelendiğinde belirtilen şekilde indirim yapılmasının zaten gerekli olduğu anlaşılır. Zira FSEK m. 70/III gereği mütecevizin devretmesi gereken kâr, onun fikri hak ihlali sebebiyle elde ettiği net kazançtır. Dolayısıyla iş görme sırasında yapılmış olan masrafların elde edilen menfaatten düşülmesi gerekir<sup>100</sup>. Fikri haktan yararlanmak için sözleşme kapsamında ödemesi gereken telif ücreti bir masraf oluşturacağından hakkın ihlali sebebiyle FSEK m. 68 çerçevesinde sonradan (üç misline kadar) ödemesi gereken bedel de mütecevizin elde ettiği menfaatten indirilmelidir. Zira FSEK m. 68 hükmüne dayanan bu ödeme aslında mütecevizin fikri hakkı ihlal ederek kaçınmış olduğu bir masrafı cezalı olarak ifa etmesi sonucunu doğurmaktadır; dolayısıyla mütecevizin net kazancı belirlenirken söz konusu ödeme de göz önünde tutulmalıdır<sup>101</sup>.

Belirtildiği üzere FSEK m. 68 çerçevesinde üç kat bedel ile FSEK m. 70/III çerçevesinde kârın devri zarardan bağımsız olarak istenebilmektedir ve fakat bu taleplerin maddi tazminatı etkileyen yönü bulunmaktadır. Zira benimsediğimiz yaklaşıma göre, hak sahibi ancak söz konusu taleplere istinaden elde edeceği ödemeye karşılamanamayan bir zararı varsa mütecevizden ayrıca maddi tazminat isteyebilir. Şu hâlde, hak sahibinin zarardan bağımsız olan taleplerinin zarara bağlı olan maddi tazminatı sınırladığı anlaşılmaktadır. Zira zarardan bağımsız olan taleplere istinaden hak kazanılan ödeme ölçüsünde zararın giderildiği sonucuna varılmaktadır. Fakat tabiiyle manevi zarar ve dolayısıyla manevi tazminat bakımından aynı şey söylenemez.

Hak sahibinin zarar şartından bağımsız olarak elde edebileceği ödeme miktarının mütecevizin kusuruna bağlı olarak değişip değişmediği de ayrıca sorulması gereken bir sorudur. Aksi yönde de görüş bulunmasına rağmen FSEK m. 70/III hükmüne hâkim anlayış kârın devri talebinin kusurdan bağımsız olduğu yönündedir. Buna karşın, FSEK m. 68 çerçevesinde üç kat bedel talebi bakımından aynı kabul kolaylıkla geçerli sayılamaz. Bir

<sup>98</sup> Baş-Süzel, s. 297.

<sup>99</sup> Erel, s. 350.

<sup>100</sup> Bkz.: Baş-Süzel, s. 296, 297.

<sup>101</sup> *Kılıçoğlu*'na göre de kanun, kazancın iadesi talep edildiğinde bu kazançta eserin telif ücretinin de dâhil olduğunu düşünmüştür; Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, s. 405.

kısım yazarlar ve Yargıtay tarafından bedelin üç katına hükmedilmesi mütecevizin kusurundan bağımsız olarak mümkün görülmekle birlikte, *kanımızca* da isabetli olan yaklaşıma göre FSEK m. 68 çerçevesinde ödeme miktarı belirlenirken hâkimin kusuru da dikkate alarak takdir yetkisini kullanması gerekir. Davalının kusursuz olması varsayımında FSEK m. 68 çerçevesinde hükmedilecek ödeme, *kanımızca*, makul telif ücretini aşmamalıdır. Mütecevizin kusurunun ağırlığına göre bu bedelin üç kata kadar yükselmesi kabul edilmelidir. Şu hâlde, mali hakların ihlal edilmesi hâlinde makul telif ücreti, hak sahibinin zarardan ve kusurdan bağımsız şekilde asgari olarak elde edebileceği menfaate karşılık gelmektedir. Elbette müteceviz ihlal sebebiyle daha fazla bir kâr elde etmişse hak sahibi bu kârın kendisine devredilmesini talep edebilir (FSEK m. 70/III).

Tazminat talepleri yönünden kusur unsuru incelendiğinde ise maddi tazminatta ihtilafsız şekilde bu şartın arandığı, manevi tazminatta ise konunun tartışmalı olduğu görülmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, doktrinde azınlıkta kalan bir görüş FSEK m. 70/I çerçevesinde manevi tazminat talep edilebilmesi için kusuru aramamakta ve Yargıtay da bu görüşü benimsemektedir. Fakat *kanımızca* da isabetli olan hâkim görüşüne göre manevi tazminat istenebilmesi için mütecevizin kusurlu olması gerekir.

## SONUÇ

Fikir ve Sanat Eserler Kanunu, fikri hakkı ihlal edilen hak sahibinin, hukukî nitelikleri birbirinden farklı olan çeşitli parasal taleplere başvurabilmesine imkân sağlamaktadır. Kanun sistemi içerisinde, zararı gidermeye yönelik tazminat taleplerinin yanı sıra zarar şartına bağlı olmayan taleplerin de hak sahibinin hizmetinde olması önemlidir. Böylece hak sahibi, herhangi bir zararını ispat etmek zorunda kalmaksızın mütecevizden belirli taleplerde bulunabilmektedir. Bu anlamda, mütecevizin ihlal sebebiyle elde ettiği kârın hak sahibine devri (FSEK m. 70/III) ve mali hakların ihlal edilmesi durumunda mütecevizden üç kata kadar bedel talep edilmesi (FSEK m. 68) hak sahibinin zararından bağımsız olarak mümkündür. Ayrıca bu taleplerle giderilemeyen bir zararın bulunması hâlinde hak sahibi elbette tazminat da isteyebilmektedir.

Yine hak sahibi, manevi hakların ihlal edilmesi durumunda FSEK m. 70/I uyarınca manevi tazminat da talep edebilmektedir. Uğranılan manevi zararın giderilmesine yönelik olan bu talep –şartları mevcutsa- diğer para-

sal taleplerin yanında ileri sürülebilir. Ancak 4110 sayılı Kanun ile hükmün lafzından kusur unsuru çıkarılmış olsa da mütecevizin kusurlu olması manevi tazminatın bir şartı olarak aranmalıdır.

Hak sahibine tanınan parasal taleplerden üç kat bedel talebi (FSEK m. 68) bünyesinde birçok problemlili nokta barındırmaktadır. İlk olarak bu talebin tecavüzün ref'i davası kapsamında düzenlenmesi, *kanımızca*, isabetli değildir. Bunun yerine müstakil bir düzenlemeyle hak sahibine, mali hakkın ihlali sebebiyle elde edemediği telif ücretine ilişkin kanuni bir alacak tanınması mümkündür. Hak sahibine tanınan bu "telif alacağının" mütecevizin kusurunun ağırlığı gerektiriyorsa cezalı olarak ödettirilmesi, fikri haklar alanında amaçlanan caydırıcılık unsurunu da ihtiva edecektir. Buna göre, mali hakların ihlali hâlinde -zarar şartından bağımsız olarak- mütecevizin kusurunun ağırlığına göre makul telif ücretinin üç katına kadar ödeme istenebileceği; ancak kusur yoksa ödemenin makul telif ücretini aşamayacağı yerinde bir düzenleme olacaktır. Böylelikle mevcut düzenlemedeki kusurun rolüne ilişkin belirsizlik de giderilebilecektir. Yine mevcut düzenleme bakımından bir başka tartışmalı husus, üç kat bedel talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresidir. *Kanımızca*, hukukî niteliği itibarıyla kanundan doğan özel bir alacak olduğu kabul edilmesi gereken bu talep, ihlalden itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır (TBK m. 146). Ancak zamanaşımı süresinin de açıkça düzenlenmesi tercihe şayandır.

#### ZUSAMMENFASSUNG

*Die Schadensersatzklage ist eine der Klagen, die das Gesetz Nr. 5846 über geistige und künstlerische Werke (GGKW) dem Rechtsinhaber in Bezug auf den Schutz des Urheberrechts zur Verfügung stellt. In dieser Hinsicht erkennt Art. 70 GGKW die Klage auf Schadensersatz im Falle einer Urheberrechtsverletzung. Dieser Aufsatz befasst sich mit den Ansprüchen auf Schadensersatz, auf Genugtuung sowie auf Herausgabe des Gewinns im Rahmen der genannten Bestimmung. Darüber hinaus wird die Schadensersatzklage mit dem Anspruch auf dreifache Lizenzgebühr verglichen, der durch Art. 68 GGKW vorgesehen ist. Das Hauptziel der Abhandlung ist die Klärung des Verhältnisses von betreffenden Ansprüchen zueinander.*

*Das Gesetz sieht sowohl die Ansprüche, für die materieller oder immaterieller Schaden eine Voraussetzung bildet, als auch die Ansprüche, die nicht mit einer solchen Voraussetzung verbunden sind, nebeneinander vor. Für den Anspruch auf dreifache Lizenzgebühr nach Art. 68 und den Anspruch auf Herausgabe des aus der Verletzung erhaltenen Gewinns nach Art. 70 Abs. 3 braucht der Rechtsinhaber nicht zu beweisen, dass er irgendeinen Schaden erlitten hat. Dagegen muss er, um Schadensersatz zu verlangen, seinen Vermögensschaden zu beweisen. Der Anspruch auf Genugtuung benötigt ebenfalls immateriellen Schaden seitens des Rechtsinhabers. Die in Frage stehenden Ansprüche dif-*

*ferenzieren sich auch hinsichtlich des Verschuldenselements. Die Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung setzen das Verschulden des Verletzenden voraus. Der Rechtsinhaber kann den Anspruch auf dreifache Lizenzgebühr ohne Verschulden des Verletzenden geltend machen. Jedoch soll der Richter das Verschulden des Verletzenden bei der Festsetzung der Höhe des Entgelts berücksichtigen. Der Anspruch auf Herausgabe des Gewinns ist nach überwiegender Ansicht vom Verschulden unabhängig.*

*Der Anspruch auf Herausgabe des Gewinns reduziert sich um die Höhe der Bezahlung, die durch den Anspruch auf dreifache Lizenzgebühr erhalten wird. Verursacht die Verletzung einen Schaden am Vermögen des Rechtsinhabers, der durch die anderen Ansprüche als den Anspruch auf Schadenersatz nicht ausgeglichen wird, kann der Rechtsinhaber dafür Schadenersatz verlangen. Der Rechtsinhaber kann den Anspruch auf Genugtuung neben den anderen Ansprüchen geltend machen.*

## KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
Art.	: Artikel / Article
aş.	: Aşağıda
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
(e)BK	: 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu
Ed.	: Editör
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
N.	: Numara
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
yuk.	: Yukarıda

**KAYNAKÇA**

- AKIN Levent, "Fikri Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları", *Kamu-İş*, C. V, S. 3, 2000, s. 105-146.
- AKSU Mustafa, "Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 121-158.
- ARKAN-AKBİYİK Azra, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme*, Alfa, İstanbul, 1999.
- ARSLANLI Halil, *Fikrî Hukuk Dersleri, II, Fikir ve Sanat Eserleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1954.
- AYİTER Nûşin, *Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.
- BAŞ-SÜZEL Ece, *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- BOZBEL Savaş, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- BÜYÜKSAĞIŞ Erdem, *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- ÇAĞA Tahir, "Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1991/3, s. 366-375.
- DEMİRBAŞ Ali, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- DURGUT Ramazan, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları", *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1075-1095.
- ERDEM Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ERDİL Engin, *İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- EREL Şafak N., *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- GÖKYAYLA Emre, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 1, 2005, s. 1-28.
- GÖKYAYLA Emre, "5728 Sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010*, Ed. Tekin Memiş, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 283-304 (Atıf: 68. Madde).

- GÜL İbrahim, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- HIRSCH Ernst E., *Hukukî Bakımdan Fikrî Sây*, C. II, İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, İstanbul, 1943.
- İNCEOĞLU M. Murat / TOSUN Yalçın, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevi Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu İle İlişkisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXVIII, S. 3, Eylül 2012, s. 75–113.
- KILIÇOĞLU Ahmet M., "5846'daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevî Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini", *FMR*, Y. 1, C. I, S. 2001/3, s. 23–28 (Atf: Değişiklik).
- KILIÇOĞLU Ahmet M., *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018 (Atf: Fikri Haklar).
- KOCAAĞA Köksal, *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- KÜÇÜKALİ Canan, *Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- LARENZ Karl / CANARIS Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Auflage, Springer, Berlin-Heidelberg, 1995.
- OĞUZ Arzu / ÖZDEN-MERHACI Selin, "Fikri ve Sınâi Hakların İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, C. II, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013, s. 951-974.
- OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- ÖZDEN-MERHACI Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ÖZTAN Fırat, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- ÖZTRAK İlhan, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 312, Ankara, 1971.
- PİROĞLU Ünsal, "Fikri Hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddenin Farklı Konumu ve Niteliği", *Yargıtay Dergisi*, C. XXX, S. 4, 2004, s. 433-458.
- SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ŞAHİN Ayşenur, *Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- TANDOĞAN Halûk, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- TANDOĞAN Halûk, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyetle Türk - İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957.
- TEKİNALP Ünal, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

- TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ,  
*Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TOPUZ Gökçen, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- TOSUN Yalçın, *Manevi Haklar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ÜSTÜN Gürsel, *Fikri Hukukta İşleme Eserler*, Besam, İstanbul, 2001.
- VON TUHR Andreas / PETER Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, C. I (mit Supplement), 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 1984.
- YASAMAN Hamdi, "Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. I, Beta, İstanbul, 2002, s. 805-819.
- YAVUZ Levent / ALICA Türkay / MERDİVAN Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. II, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- ZEYTİN Zafer, "Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi – I: Maddi Zarar Olarak 'Özel Kullanım Kaybı'", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XX, S. 2, Aralık 1999, s. 73-89.

#### **İnternet Kaynakları**

<http://www.kazanci.com> (Kazancı İçtihat)

<https://www.resmigazete.gov.tr> (R.G.)





## REKABET HUKUKUNUN HUKUK MAHKEMELERİ ELİYLE UYGULANMASI ÖNÜNDEKİ ENGELLER

### HINDERNISSE BEI DURCHSETZUNG DES PRIVATEN KARTELLRECHTS

Doç. Dr. Koray DEMİR\*

#### ÖZ

*Rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanması önünde çeşitli engeller bulunmaktadır. Bu engellerin başında dava masrafları, ispat külfeti ve ispat vasıtalarına ulaşma zorluğu, zamanaşımı sürelerinin kısalığı ve zamanaşımının idari soruşturmalar nedeniyle kesintiye uğramaması, hukuk mahkemelerinin uzmanlık eksikliği, hukuki menfaat sorunu, hukuk muhakemesinin idari süreci etkileyebilecek nitelikte olması ve sorumluluk hukukuna hâkim temel ilkeler gelmektedir.*

*Bu sorunların ortadan kaldırılmasında, Rekabet Kanunu'nun ilgili bölümünde, yurtdışı örnekleri de göz önünde bulundurularak, her bir soruna has düzenlemelerin yapılması şeklinde bir çözüm üzerinde düşünülebilir. Ancak bu çalışmada, rekabet hukukunun diğer başka sorunlarını da çözebileceğine inandığımız bir başka öneri getirmek isteriz: Uzman bir rekabet mahkemesi kurulması, Rekabet Kurumu'nun bu mahkemeye bağlanması, rekabet ihlallerinden zarar görenlerin Rekabet Kurumu tarafından anılan mahkemede kamu adına açılan davalara müdahil sıfatıyla katılıp şahsi hak iddialarını dile getirmeleri.*

**Anahtar Kelimeler:** *Rekabet İhlali, Hukuk Muhakemesi, Dava Masrafı, Adli Yardım, Alacağın Temliki, İspat Külfeti, Zamanaşımı, Müdahale, Zarar, Kusur, Nedensellik, Amerika, Avrupa Birliği, İsviçre ve Almanya.*

---

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

## BARRIERS AGAINST PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT

### ABSTRACT

*There may be various barriers against private antitrust enforcement like court fees, burden of proof, limitation of actions, missing expertise of the courts, missing legitimate interests, controversial interests of private and public antitrust enforcement and basic principles of tort law.*

*In order to eliminate these barriers, the relevant section of the Competition Law might be amended in consideration of foreign examples. However, in this work we would like to submit the following proposal of which we hope that it would solve also the problems of the Competition Law appearing elsewhere: establishment of an advanced competition court, a competition authority acting tied to that court, victims of antitrust injury as intervening party launching out their claims in the procedures which are represented by the competition authority.*

**Keywords:** *Violation of Competition Law, Civil Courts, Court Fees, Legal Aid, Assignment of Claims, Burden of Proof, Limitation of Actions, Intervention, Damage, Negligence, Causal Link, U.S.A., European Union, Switzerland and Germany.*

### GİRİŞ

Rekabet hukuku bugün ülkeden ülkeye birtakım farklılıklar göstermekle birlikte temelde üç sütun üzerinde yükselir. Bunlar rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile pazara hâkim konumun kötüye kullanılmasının yasaklanması ve pazarda yoğunlaşmaya yol açıcı veya bu durumu artırıcı birleşme ve devralmaların denetlenmesidir<sup>1</sup>.

Rekabet hukuku ile öngörülen bu hususlara teşebbüslerce uyulmasının sağlanması için, bir yanda kamu kaynakları kullanılarak idari teşkilat içerisinde yer alan birtakım özerk kurumlar oluşturulmakta ve bu kurumlara soruşturma, takip ve aykırılığın tespiti halinde idari para cezası kesmek gibi yetkiler tanınmaktadır. Rekabet hukukunun bu şekilde uygulanmasına “*Public Antitrust Enforcement*” denilmektedir. Diğer yandan, anılan hususlara uyulmaması sonucu özel hukukça geçersiz addedilen uygulamaların geçersizliğinin tespiti, müstakbel bir aykırılığın men’i ya da mevcut

---

<sup>1</sup> Bkz. Roland von Büren, Kartellrecht, Von Büren, Roland/Marbach Eugen, *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bern 2002, s. 235.

aykırılığın def'i ve/veya bu uygulamalardan zarar gören kişilerin zararlarını giderebilmeleri için bu kişilere hukuk mahkemelerinde dava açma imkânı da tanınmaktadır<sup>2</sup>. Hukuk mahkemelerinde bu şekilde açılacak davalarda, uygulamalarının geçersiz kılınması ihtimali ve aleyhlerine çıkabilecek tazminat miktarlarını göz önünde bulunduran teşebbüslerin, rekabeti engelleyici uygulamalardan uzak durarak rekabet hukukuna uygun davranışlar sergileyeceği düşünülmektedir; içeriği ve amacı bu şekilde tespit edilen imkâna da “*Private Antitrust Enforcement*” denmektedir. Bir diğer ifadeyle rekabet hukukunun etkinliği, kamu kaynaklarının kullanımını yanında özel kaynakların da kullanılması yoluyla artırılabacaktır.

Ancak hukuk mahkemeleri eliyle rekabet hukukunun etkinliğinin artırılması amacına, bütün çabalara rağmen, Amerika Birleşik Devletleri dışında herhangi bir ülkede ulaşılamamıştır. Bugün için Amerika Birleşik Devletleri'nde yılda ortalama 600 ila 1000 arasında rekabet hukuku uyuşmazlığı doğmakta, bunların yaklaşık yüzde doksanı hukuk mahkemeleri eliyle çözülmektedir<sup>3</sup>. Bu konuda Avrupa Birliği çapında temel ampirik çalışma olarak kabul edilen ve sonuçları ile 2005 yılında *Green Paper*<sup>4</sup>, 2008 yılında ise *White Paper*<sup>5</sup> adlarıyla bilinen diğer çalışmalara temel teşkil etmiş *Ashurst* araştırması verilerine göre, araştırmanın yapıldığı 2004 yılına kadar tüm Avrupa çapında hukuk mahkemelerinde muhakemesi tamamlanmış sadece 60 civarında olaya rastlanmıştır<sup>6</sup>. Bu veriler dahi göstermektedir ki, Amerika Birleşik Devletleri dışındaki ülkelerde rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanmasında büyük güçlüklerle karşılaşmaktadır.

<sup>2</sup> *Wils*, hukuk mahkemelerine rekabet hukukuna aykırı bir işlemin sadece geçersizliğinin tespiti için başvurulmasına “kalkan”, zararların tazmini için dava açılmasına ise “kılıç” adını vermekte ve pazardaki aktörlerin daha çok “kalkan” kullanımına rağbet ettiklerini belirtmektedir. Bkz. Wouter P.J. Wils, (2003), Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?, *World Competition*, Volume 26, Issue 3, s. 473-485, s. 473.

<sup>3</sup> Bkz. Jonathan Sinclair, (2001-2002), Damages in Private Antitrust Actions in Europe, 14 *Lay. Consumer L. Rev.*, s. 547.

<sup>4</sup> Europaeische Kommission, Grünbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 19.12.2005, KOM(2005) 672 endg.

<sup>5</sup> Europaeische Kommission, Weissbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 02.04.2008, KOM(2008) 165 endg.

<sup>6</sup> Bkz. Waelbroeck/Slater/Even-Shoshan (2004), *Ashurst*, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>, Erişim Tarihi: 07.08.2019, s. 1.

Rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanması önündeki engellere Avrupa çapında kurumsal anlamda ilk defa Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın dikkat çektiğini söylemek mümkündür. Adalet Divanı 2001 yılında vermiş olduğu "*Courage/Crehan*" kararında<sup>7</sup>, özel hukuktan doğan tazminat istemlerinin ulusal sorumluluk hukuklarına hâkim ilkeler gereği kısıtlanmasını eleştirmiş, ulusal hukuk düzenlerinin özellikle dava ve taraf ehliyetini tanımak konusunda Avrupa Birliği Hukuku'nun gerisinde kalmamaları gerekliliğine değinmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı 2006 yılında vermiş olduğu "*Manfredi*" kararında<sup>8</sup> da, kartel ve benzeri davranışlardan zarar gören herkesin tazminat hakkı olduğuna değinmiş, ulusal hukuk düzenlerinde öngörülen zamanaşımı başlangıç anlarının bu tür davaları fiilen imkânsız kıldığını tespit etmiş ve *Courage/Crehan* kararıyla çizmiş olduğu, rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanması önündeki ulusal engellerin kaldırılması ilkesine bağlılığı güçlendirmiştir.

*Courage/Crehan* kararı, Avrupa Birliği Komisyonu'nu da harekete geçirmiştir. Komisyon, anılan kararın ardından yukarıda ismen anılmış olan *Ashurst* çalışması talimatını vermiş, bu çalışmayı temel alarak hazırlanan *Green Paper* ve *White Paper* adlı çalışmalarında sorunun boyutlarını, rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanmasının önündeki engelleri tespit etmiş ve çözüm önerileri getirmiştir. Özellikle bu çalışmalar sonrasında ki, konu üye ülkeler nezdinde de tartışılmaya başlanmış ve başta Almanya olmak üzere bir kısım üye ülke anılan çalışmalarda öngörülen önerileri dikkate alarak ulusal hukukta birtakım değişiklikler yapmışlardır.

İşte bu noktada huzurdaki çalışmanın amacı, rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle etkin bir biçimde uygulanması önündeki engellerin ve bu engellerin kaldırılmasında benimsenmiş mevcut çözümlerin neler olduğunu incelemek ve değerlendirme yapılırken farklı görüş açılarından ve yabancı hukuk kaynaklarından da faydalanarak Türk rekabet hukuku temelli görüş ve çözüm önerileri geliştirmektir. Çalışmanın boyutları göz önünde bulundurulduğunda yabancı hukuk kaynaklarını Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği, Almanya ve İsviçre Hukukları ile sınırlandırmak gerekecektir. Ancak öncesinde rekabet hukukunun hangi kısımlarının hukuk muhakemesine, hatta muhakemeye açık olduğunun tespiti yapılmıştır.

<sup>7</sup> EuGH, 20.09.2001, *Courage/Crehan*, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297.

<sup>8</sup> EuGH, 13.07.2006, *Manfredi*, Verb. Rs. C-295/04, Slg. 2006, I-6619.

## I. MUHAKEMEYE AÇIK KISIMLAR

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 1. maddesi uyarınca Kanun'un amacı rekabetin korunmasıdır. Bu manada RKHK hukuk sùjelerini, yani daha açık ifadesiyle rakipleri veya piyasada faaliyette bulunan aktörleri koruyucu bir kanun değildir. Kanun'un amacı rekabeti bir olgu ve bir değer olarak korumaktır. Çünkü rekabet, özel mülkiyet ve taraf otonomisi ile birlikte serbest piyasa ekonomisinin temel taşlarından biridir ve nicelik olarak engellenmediği sürece hepimiz için olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin rekabet fiyatların düşmesine, ürün ve satış öncesi ve satış sonrası hizmet kalitesinin artmasına yol açmakta, kıt kaynakların en fazla değer yaratacakları yerde kullanılmasını sağlamakta ve daha etkin yeni ürün ve üretim süreçlerinin doğmasına vesile olmaktadır<sup>9</sup>.

Ancak iktisadi manada rekabet bizatihi rakipler için yorucu bir süreçtir. Çünkü sosyal veya sportif manada rekabetin bir sonu bulunurken, iktisadi rekabet her gün, her dakika pazarın karşı tarafının, çoğu halde tüketicinin gönlünü çalabilmek için çaba sarf edilmesi ve rakiplere nazaran hep daha iyi, daha elverişli koşullar yaratılması baskısını beraberinde getirmektedir. Bu manada teşebbüsler anılan baskıyı hafifletmek ve hatta ortadan kaldırmak adına birbirleri ile anlaşma yoluna gitmeyi tercih edebilirler. Burada anlaşma, rekabetin vuku bulmasını mümkün kılan fiyat, coğrafya, ürün, kapasite, stok ve arz miktarı gibi parametreler üzerinden gerçekleştirilir ve RKHK m. 4 hükmü bu türden rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yasak etmiştir.

Yukarıda da anıldığı üzere rekabet bir yarıştı ve her yarışta olduğu gibi diğerlerinden daha iyi olanın biraz daha öne çıkması hali iktisadi manada rekabette de mevcuttur. Öyle ki; bir teşebbüs rakiplerinden daha iyi ürünleri daha iyi koşullarda sunabildiği için bir süre sonra tüketicinin teveccühüne mazhar olmakta ve rakip teşebbüslere nazaran daha fazla büyümektedir. Bu büyüklük ise gün sonunda, kabaca, maliyetlerinin düşmesine ve esasen tek başına, rakipleri ile anlaşmak zorunda olmaksızın dahi, rakipleri pazardan dışlayıcı veya tüketicileri sömürücü stratejileri gerçekleştirilebilmesine olanak sağlamaktadır. Bu husus da, bilindiği üzere, pazara hâkim konumun kötüye kullanılmasına vücut verir ve RKHK m. 6 hükmü üzerinden yasaklanmıştır.

<sup>9</sup> Rekabetin anılan işlevleri için bkz. Erhard Kantzenbach, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, Göttingen 1967, s. 15 vd.

Son olarak teşebbüsler yukarıda anılan büyüklüğe satın almalar yoluyla da varabilirler ve bu türden satın almalar rekabet hukukunun üçüncü ayağını oluşturur. Ancak bu noktada şu hususun altının önemle çizilmesi gerekir: RKHK piyasada büyümeyi engellemek veya büyüklükle mücadele etmek amacıyla değildir. Çoğu zaman anılan büyüklük sayesinde yeni ürün geliştirmek, araştırma ve geliştirmeye kaynak aktarmak mümkün olmaktadır. Bu manada RKHK iç kaynaklardan ve tüketicinin teveccühünün kazanılması suretiyle büyümeyi kontrol etmemektedir. Bu şekilde pazarda bırakınız pazara hâkim bir konum, bir monopol bile oluşmuş olabilir. RKHK sadece, finansal açıdan kuvvetli olan teşebbüslerin satın almalar yoluyla rakiplerini piyasadan çıkararak piyasada pazara hâkim konum, monopol veya monopol benzeri yapıların oluşmasını engellemeye çalışmaktadır. Bunun için de RKHK m. 7 ve ona dayanarak m. 10, 11, 12 ve ilgili tebliğler üzerinden, m. 4 ve 6 hükümlerinin aksine, bir yasak değil, bir denetim müessesesi öngörülmektedir.

RKHK m. 7 ekseninde ortaya çıkan birleşme ve devralmaların denetlenmesi müessesesi sadece bu yönüyle değil, diğer açılardan da m. 4 ile m. 6 hükümlerinden ayrışır. Bu manada RKHK m. 4 ve 6, kural olarak, özel hukuk mahkemeleri eliyle de uygulanabilirler. Örneğin RKHK m. 4 hükmüne aykırı bir sözleşme özel hukuk bakımından da yok hükmündedir ve taraflar bu türden bir sözleşmeye dayanarak birbirlerinden bir talepte bulunamazlar; özel hukuku uygulayan bir hâkim de RKHK m. 4 hükmüne aykırılığı ve dolayısıyla yokluğu re'sen gözetebilir. Aynı şekilde RKHK m. 6 hükmüne aykırılık nedeniyle pazara hâkim konumun kötüye kullanılmasından zarar gören şahıslar özel hukuk mahkemelerinde bu stratejilerin ref'i, men'i ve hatta ortaya çıkan zararın tazminini dahi talep edebilir. Ancak RKHK m. 7'ye dayalı bir yoğunlaşma kontrolü, yani bir birleşme veya devralmanın rekabete etkileri dolayısıyla denetlenmesinde tek yetkili kurum Rekabet Kurumu'dur. Bu manada RKHK m. 7, RKHK içerisinde rekabetin bir müessese olarak ve mutlak manada korunduğu alandır.

Aynı şekilde RKHK m. 7 hükmü piyasa katılımcılarına, rakiplere veya üçüncü kişilere bir birleşmenin veya devralmanın yasaklanmasını talep hakkı da vermez<sup>10</sup>. Bu husus özel hukukta geçersizlik neticesini düzenle-

---

<sup>10</sup> Bkz. Immenga/Mestmäcker, *GWB § 40, Wettbewerbsrecht*, 5. Auflage 2014, N. 98.

yen RKHK m. 56 hükmünde sadece m. 4 hükmünden bahsediliyor olmasından da açıkça anlaşılmaktadır<sup>11</sup>. Nitekim Türk öğretisinde de benzer yaklaşımlar mevcuttur<sup>12</sup>.

Bu manada bir birleşme veya devralmayı yasaklayabilecek tek kurum Rekabet Kurumu, daha doğru ifadesiyle Kurum'un karar organı niteliğindeki Rekabet Kurulu'dur. Buradan hareketle şu husus da açıklıkla ifade edilebilir: Bir birleşme veya devralmanın pazara hâkim konum yaratacağından ve bu sebeple rekabeti nicelik olarak azaltacağından bahisle ne bir özel hukuk mahkemesi ne de idari yargı, ki buna Danıştay da dâhildir, anılan birleşme veya devralmayı yasaklayamaz.

Kurul birleşme ve devralmalar bakımından bu işlemleri yasaklama, izin verme ve şartlı izin verme şeklinde karar tesis edebilir. Kurul'un bu şekilde ifade olunan her üç kararına karşı da yargı yolu açıktır. Bir döneme kadar bu kararlara karşı Danıştay'a hem birinci derece mahkemesi hem de temyiz mercii olarak başvurulmuştur. Şimdilerde ise, Ankara İdare Mahkemeleri itiraz mercii ve Danıştay ise temyiz mercii olarak görev yapmaktadır.

Anılan mahkemeler Kurul'un bir kararını iptal edebilirler. Uygulama bakımından önem arz eden Kurul'un verdiği bir izin kararının iptalidir. Böyle bir iptal kararının kesinleşmesinin neticesi ise, hemen herkesin üzerinde ittifak ettiği üzere, şudur<sup>13</sup>: Eğer mahkeme izin kararını iptal ederse, bu karar birleşme veya devralmanın yasaklandığı anlamına gelmez. Yukarıda da ifade olunduğu üzere, bir birleşme veya devralmayı yasaklama yetkisi sadece ve sadece Kurul'dadır. Bu yönde bir iptal kararı bir yasaklama anlamına gelmediği için, izin verilir verilmez ifa edilmiş bir işlem mevcutsa şayet, izin kararının iptali bu işlemin geriye dönük ortadan kalkması sonucunu da doğurmaz. RKHK m. 11-b hükmünde açıkça öngörüldüğü üzere, ifa olunmuş bir birleşme veya devralmanın rekabete olan menfi etkilerinin ortadan kaldırılmasına, devamla mülkiyetin iadesine ("*Entflechtung*") karar verebilecek olan da sadece ve sadece Rekabet Kurulu'dur.

<sup>11</sup> Aynı yönde Jürg Borer, Art. 34 KG, *Wettbewerbsrecht I*, Kommentar, Zürich 2011, N. 5.

<sup>12</sup> Bkz. Pelin Güven, *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*, Ankara 2003, s. 458.

<sup>13</sup> Bkz. Immenga/Mestmäcker, GWB §40, N. 98 vd ile 103; Borer, Art. 37, N. 11; Philippe M. Reich, KG 34, *Kartellgesetz*, Stämpflis Handkommentar, Bern 2007, N. 3 ve 6.



Alman Hukuku'nda da hâkim görüş 3. kişilerin mülkiyetin iadesi konusunda tasarrufta bulunamayacağıdır; çünkü orada da mülkiyetin iadesi konusunda Kurum'a bırakılmış bir takdir alanı mevcuttur<sup>14</sup>.

Öyleyse Kurul'un izninin iptali halinde tahlile konu birleşme veya devralmanın denetlenmesi süreci yeniden başlar<sup>15</sup>; hatta bu süreç kendiliğinden, yani *ipso iure* başlar. Öyle ki tarafların Kurum'a başvurması, Kurum nezdinde aktif olmaları gerekmez. Eğer Kurul iptal kararının ardından yine belirli bir süre pasif kalmışsa –bu süre hukukumuzda 30 gündür- bu halde ilgili birleşme veya devralmaya zımnen ve yeniden izin vermiş sayılır. Bu zımni izin de iptal istemiyle dava edilebilir; hatta süresi (İYUK gereği 60 gün) içerisinde dava edilmelidir. Aksi halde Kurul'un zımni izin işlemi kesinleşmiş olur.

Kurul'un kararlarına karşı iptal davası açabilecek olanlar Kurum'daki sürece katılmış olanlardır<sup>16</sup>. Bu manada taraflar dışındaki ilgili şahısların müdahale talebiyle süreçte yer almaları daha sonraki dava hakkının kullanılabilmesi için elzemdir. Bu türden bir kuralın varlık sebebi de basittir ve kabaca şu şekilde ifade olunabilir: Eğer bir kişi Kurum'da yürütülen süreçte ilgi göstermemişse, sonraki iptal keyfiyetinde de menfaatinin olmadığı düşünülebilir. Aynı şekilde ve hatta daha da önemlisi, bu kişi Kurum bünyesinde yürütülen süreçte yer alsaydı, belki daha az zahmetle ve işlemin ifası gibi ağır sonuçlar doğmadan önce Kurul'u etkileyebilecek ve doğru kararın doğru zamanda çıkmasını sağlayabilecekti. Yine burada da ifade etmek gerekir ki, Kurum'un iptal kararı üzerine yeniden aynı talebi ele aldığı hallerde de halihazırda yürütülmüş bir işlemin geri alınması etkin rekabetin yeniden tesisi için alınabilecek tedbirler bakımından en sonuncusudur<sup>17</sup>. Bu da rekabet hukukunda cari *ultima ratio* ilkesinin bir görünümü ve idare hukukunda geçerli ölçülülük prensibinin bir gereğidir.

Toparlamak gerekirse, RKHK'nın muhakemeye açık kısımları evvel emirde m.4 ile m. 6 üzerinden öngörülen yasaklardır; bu yasakların özel hukuka yansımaları mevcuttur.

<sup>14</sup> Immenga/Mestmäcker, GWB §41, N. 75.

<sup>15</sup> En geç 31.05.2018 tarih ve 18-17/316-156 sayılı Dosu Maya II kararından Kurul'un da uygulamasının bu yönde olduğunu anlayabilmekteyiz.

<sup>16</sup> Immenga/Mestmäcker, GWB §40, N. 99; Riesenkampff/Steinbarth, GWB §40, Loewenheim vd., *Kartellrecht*, 3. Auflage 2016, N. 11.

<sup>17</sup> Bkz. Patrick Ducrey, KG 37, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1997, N. 2 ve 13.

Bu noktada akla son olarak RKHK m. 5 hükmünün özel hukuk yargılamasında göz önünde bulundurulup bulundurulamayacağı sorusu da gelebilir. Her ne kadar madde metni Kurul'a tanınmış bir muafiyet yetkisini çağırırsa da, kanaatimizce, özel hukuk yargılamalarında bir anlaşmanın RKHK m. 4'e aykırılığı sonucuna ulaşılmadan önce anılan anlaşmanın m. 5'de öngörülen koşulları da karşılayıp karşılamadığı re'sen gözetilmelidir. Çünkü m. 5 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde RKHK'nın rekabeti sınırlayıcı her türden anlaşmayı değil, rekabeti sınırlandırmasına rağmen neticesinden tüketicinin faydalanamadığı ve her türden verimlilik kazancından da mahrum olan anlaşmaları yasaklamak istediği anlaşılmaktadır. Bu manada RKHK m. 5 hükmü de, kanaatimizce, Kanun'un özel hukuk yargılamasına açık olan kısımlarındandır.

Bu hususların tespiti üzerinde artık rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanması önündeki engellerin ve mevcut çözüm önerilerinin ele alınmasına geçilebilir.

## II. HUKUK MUHAKEMESİ ÖNÜNDEKİ ENGELLER VE MEVCUT ÇÖZÜMLER

Amerika Birleşik Devletleri dışında diğer ülkelerde rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanması müessesesinin bu kadar etkin kullanılmaması veya kullanılmaması önündeki engeller çeşitlilik arz etmektedir. Bu engellerin bazıları hukuki nitelikte bile değildir. Örneğin çekişme, sürtüşme kültürü ("Streitkultur") diye tabir olunan ve kişilerin her türlü anlaşmazlıklarını bir süzgeçten geçirmeden yargıya taşıma alışkanlıkları, hemen her tartışmanın "I am going to sue you" cümlesi ile başlaması Amerikan kültürüne has bir durumdur. Bunun aksine Avrupa düzeyinde anılan müessesenin güçlendirilmesi yönünde görüş bildiren müelliflerde dahi görülmektedir ki, konunun Amerika'da olduğu gibi bir çekişme, sürtüşme kültürüne yol açması arzu edilmemektedir<sup>18</sup>. Konunun hukuki boyutunun olmaması nedeni ile ve bu şekilde bir çekişme kültürünün arzu edilmediği görüşüne katılmakla, bu engel üzerinde daha fazla durulmayacaktır. Bu minvalde hukuki engellere gelinecek olursa;

Amerika Birleşik Devletleri dışında diğer ülkelerde anılan müessesenin bu kadar etkin kullanılmaması önündeki hukuki engellerin başında dava masraflarının paylaşılması usulü sayılmaktadır<sup>19</sup>. Bundan başkaca,

<sup>18</sup> Pek çokları yerine bkz. *White Paper*, s. 3.

<sup>19</sup> Bkz. Roger Zäch, *Schweizerisches Kartellrecht*, Bern 2005, s. 409.

Amerika'nın aksine, ispat mükellefiyeti ve delillere ulaşma zorluğu, zamanlaşımı sürelerinin başlangıcı ve kısalığı, rekabetin engellendiği hususunun tespitinin uzmanlık gerektirdiği ve bu uzmanlığa hukuk mahkemelerinin sahip olmadığı, açılan davaların belirli gruplar açısından hukukten korunmaya değer menfaat eksikliği nedeniyle reddi riski ve hukuk muhakemesinin etkinliğinin artırılmasının idari süreci sekteye uğratabilmesi sorunlarına diğer hukuki engeller olarak değinilmektedir<sup>20</sup>. Burada temsil edilen görüşe göre ise, sorunun temelinde Amerika ile Kıta Avrupası arasında var olan sorumluluk hukuku farklılıkları yatmaktadır.

Türk Hukuku'na bakıldığında, genel olarak yukarıda ismen değinilen sorunların hemen hepsine bizim de sahip olduğumuz görülür. Dolayısıyla bu sorunların derinlemesine ve karşılaştırmalı olarak incelenmesi olası çözüm önerilerine de ışık tutacaktır.

### 1. Dava Masrafları

Yukarıda da değinildiği üzere, rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanması önündeki engellerden ilki dava masrafları sorunudur. Bizim de tabii olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sisteminde dava masrafları, davacı tarafından peşinen üstlenilmekte, davacı bu masrafları ancak davasını başarıyla sonlandırabildiği takdirde ve başarısının oranına göre dava sonunda davalı tarafa yükleyebilmektedir<sup>21</sup>. Bu sistemde davacı, aşağıda ele alacağımız ispat ve hukuk mahkemelerinin uzmanlık eksikliği sorunuyla da birleştiğinde, giderek artan muhakeme riskini baştan üstlenmiş bulunmaktadır.

Dava masrafları, genellikle dava bedeli üzerinden hesaplanan dava harçları şeklinde tezahür etmektedir. Rekabet hukuku uyumsuzluklarında dava bedelleri ise, çoğu halde yıllardır süregelen, ancak yeni ortaya çıkarılabilmemiş gizli ihlallere karşı açıldığı ve fiili zararlarla birlikte mahrum kalınan karları da kapsadığı için yüksek olmakta ve bu surette ilk etapta göze alınması gereken dava harçları, muhakeme riski de göz önünde bulundurulduğunda, göreceli yüksek kalmaktadır. Bunun yanında vekalet, bilirkişi, keşif ve benzeri masraflar dava harçlarına eklendiğinde davanın kaybı halinde gözden çıkarılması gereken finansal kaynağın miktarı daha da art-

<sup>20</sup> Anılan sorunlara karşılaştırmalı genel bakış için bkz. Andreas Heinemann, *Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts*, Bern 2009.

<sup>21</sup> Bkz. *Ashurst*, s. 90 vd.

maktadır. Davacı taraf rekabet hukukuna dayanan davasını genellikle uzman ellere bırakmak istemektedir. Ancak rekabet hukukunda uzmanlaşmış avukatlık hizmetleri arzının düşüklüğü, hizmet bedellerinin de mahkemece gözetilecek tarifeleri aşan miktarlarda seyretmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla dava kazanılsa dahi, davacı tarafın davalı taraftan fiilen talep edemeyeceği masraflara katlanması zorunluluğu doğmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde de dava masrafları sorun olabilecek niteliktedir. Normal şartlar altında Amerikan hukuk mahkemelerinde davacı da davalı da, başarılı olsun ya da olmasın, muhakeme masraflarına kendisi katlanmaktadır. Ancak *Clayton Act* olarak bilinen yasanın 4. maddesi rekabet hukukundan kaynaklanan çekişmelerde bu ana usul kuralına bir istisna getirmektedir. Buna göre davacı, davasında haklı çıkması halinde, davası için fiilen üstlenmiş olduğu her türlü masrafin davalıya yükletilmesini sağlayabilmektedir<sup>22</sup>. Bunun yanı sıra Amerika'da finansal açıdan davasını yürütemeyecek durumda bulunan kişilerin, rekabet hukukunu ihlal eden taraftan çekişmeli olarak nitelendirilebilecek alacaklarını rekabet hukuku davalarını yürütmekte uzmanlaşmış kişi veya kuruluşlara bedel karşılığı devrettikleri ve davayı bu kişi veya kuruluşların, masraflarını da üstlenmek suretiyle yürüttükleri görülmektedir. Bu da anılan dava masrafı sorununu indirger niteliktedir.

Almanya'da ise dava masrafları sorununun çözümüne yönelik ek bir hüküm konulmuştur. 2005 yılında Alman Rekabet Kanunu'na eklenen 89a maddesine göre hâkim, davacının ödeme güçlüğüne göz önünde bulundurarak dava harcının dava bedelinin tamamından değil de, uygun bir kısımdan hesaplanmasına karar verebilecektir.

Hukukumuzda ise, bugünkü haliyle anılan sorunun çözümüne hizmet edebilecek müesseseler yok değildir. Özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334 vd. maddelerinde öngörülen adli yardım müessesinin rekabet hukukundan kaynaklanan davalarda da kullanılması önünde kural olarak herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak kanun, ehemmiyetli ödeme aczi ve haklılığa ilişkin emareler aradığı ve sadece, masraflardan geçici surette muafiyet tanıdığı için, tarafları tacir niteliğinde ve ucu açık rekabet hukuku yargılamalarında anılan adli yardım kurumunun istisnai hallerde kullanılması beklenmelidir.

---

<sup>22</sup> Ayrıca bkz. Wils, s. 479.

Adli yardımın yanı sıra, Amerika'daki şekliyle bir devir çözümünün Türkiye'de de uygulanması bakımından hukuki bir engel bulunmamaktadır; Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın temlikine ilişkin maddeleri çekişmeli alacakların da devrine cevaz vermektedir. Ancak hukukumuzda, alacağın bedel karşılığı devredilmiş olması ve devirden sonra alacağın var olmadığına ortaya çıkması, alacağı devreden şahsın sorumluluğunu doğurabilmektedir; bu da anılan müessesenin yerleşmesini zorlaştırabilecektir.

Bu noktada son olarak belirtmek gerekir ki, Amerika'da uygulanan devir çözümünün, Almanya ve İsviçre'de de alacağın temlik müessesinden faydalanmak suretiyle, yasa değişikliğine gerek kalmaksızın hayata geçirilebileceği yönünde görüşler ağırlık kazanmaya başlamıştır. Ancak henüz bu yönde verilmiş mevcut bir yüksek mahkeme kararı bulunmamaktadır. Bu konuda elimizde sadece, Almanya Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 2008 yılında verdiği bir karar mevcuttur. Anılan kararla *Cartel Damage Claims* adlı bir Belçika şirketinin devraldığı alacaklar neticesi açtığı kartel davası mahkemece ehliyet açısından kabul edilmiştir<sup>23</sup>.

Netice itibariyle dava masrafları sorunu, mevcut normların geniş yorumlanması ya da Alman Hukuku'nda yapıldığı gibi rekabet kanununa eklenebilecek hafifletici önlemler ile çözülebilecek niteliktedir.

## 2. İspat Külfeti ve Delillere Ulaşma Zorluğu

Rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanması önündeki engellerden bir diğeri de ispat külfeti sorunudur. Bizim de tabii olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sisteminde genel kural davacının iddialarını ispatla mükellef olduğudur<sup>24</sup>. Rekabet hukuku özelinde ele alındığında davacı, davalının rekabeti engelleyici bir uygulama içerisinde bulunduğu, bu uygulama nedeniyle kendisinin zarara uğradığı, Rekabet Kanunu'nun ilgili maddelerinin kendisinin menfaatini korumaya yönelik olduğu, zarar ile uygulama arasında nedensellik ilişkisi olduğu ve davalının kusurlu olduğu iddialarını ispat etmek durumundadır. Davacının bu iddialarını ispat edememesi, davasında haklı dahi olsa, davanın aleyhine sonuçlanması sonucunu doğurmaktadır.

<sup>23</sup> Alacağın temlik çözümü konusunda Almanya ve İsviçre hukuklarına toplu bakış için, Heinemann, s. 25 ve 65 vd.

<sup>24</sup> İspat külfeti açısından ülke karşılaştırması için bkz. *Ashurst*, s. 52 vd.

Ancak rekabet hukukunda yukarıda anılan hususların ispatı zordur ve ispat vasıtaları genellikle davacının değil, davalının uhdesinde bulunmaktadır.

Bu sorunu aşmak yönünde Amerikan Hukuku'nda "Pretrial Discovery" müessesine<sup>25</sup> başvurulduğu görülmektedir. *Pretrial Discovery* müessesesini, ana muhakemeden önce vuku bulan ve maddi olayın aydınlatılması amacıyla tarafların ellerindeki bilgi ve belgeleri birbirlerine ulaştırdıkları bir dava hazırlığı aşaması olarak nitelendirmek mümkündür. Bu aşamaya taraflar dışında üçüncü kişilerin de dâhil edilmesi olanağı mevcuttur. Taraflar bu müesseseyi kullanarak birbirlerinden davalarında kullanılmak üzere deliller isteyebilmekte ve alabilmektedirler. Ancak anılan müessesenin kullanımını yüksek masraflara neden olabilmektedir.

Amerikan Hukuku'nda *Pretrial Discovery* müessesesi dışında davacıya davasını ispat kolaylığı sağlamak yolunda hizmet edebilecek bir diğer araç ise *Clayton Act 5 (a)* maddesidir. Buna göre, mahkemelerin ya da *Federal Trade Commission*'in vermiş olduğu kesin kararlar ve yapmış oldukları işlemler delil yerine geçebilmekte ve bu da davacının ispat yükünü önemli ölçüde hafifletmektedir<sup>26</sup>.

Rekabet hukukundan kaynaklanan çekişmelerde davacının ispat yükünü hafifletmek amacıyla Avrupa çapında da çeşitli önlemler alındığı görülmektedir. Örneğin Avrupa Birliği'nde belirli şartlar altında mahkemelere taraflardan tam olarak belirlenmiş önemli delil vasıtalarını ibraz etmesini isteme yönünde yetkiler verilebilmesi önerilmektedir. Rekabet ihlali nedeniyle zararın ortaya çıkmış olmasının akla yatkınlığı, taraflardan biri için gerekli delili ortaya koymanın kendisinden beklenebilecek tüm çabalara rağmen imkânsız olması ve orantılılık ilkesine uygun hareket, bu yetkinin mahkemece kullanılabilmesi açısından gerekli şartlar olarak sunulmaktadır<sup>27</sup>. Ancak davalılara delillerin ikamesi yönünde genel bir zorunluluk yüklenmesi reddedilmektedir<sup>28</sup>.

Aynı şekilde Alman Hukuku'nda, 2005 yılı Rekabet Kanunu değişiklikleri ile ispat kolaylığına hizmet edebilecek türde yenilikler getirilmiştir.

<sup>25</sup> Bu müessese ile ilgili bkz. Heinemann, s. 14.

<sup>26</sup> Ingo Schmidt, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, Stuttgart 2001, s.260.

<sup>27</sup> Bkz. Heinemann, s. 21.

<sup>28</sup> Bkz. Der Verband der Chemischen Industrie (2008), Stellungnahme zum Weissbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2008) 165 endg., s. 7.

Örneğin Alman Rekabet Kanunu 33b maddesine göre mahkemeler, Avrupa Birliği ve Alman Rekabet Kurumları'nın ve mahkemelerinin vermiş olduğu kesin kararlar ile bağlı sayılmaktadırlar. Bu durum, bu kararlara dayanarak davasını yürütmekte olan davacı adına bir ispat kolaylığı teşkil edebilecek niteliktedir. Yine Alman Rekabet Kanunu 90. maddesi 2. fıkrası gereği Alman Rekabet Kurumu, derdest bir özel hukuk muhakemesine göndereceği bir temsilcisi ile muhakeme esnasında maddi olaylara, delil vasıtalarına dikkat çekebilecek, duruşmaları takip edebilecek, çekişmenin rekabet hukuku boyutu ile ilgili açıklamalarda bulunabilecek ve taraflara, tanıklara ve bilirkişilere sorular yöneltebilecektir. Bu durum ise, önemli rekabet hukuku ihlallerinde davacıların davalarını Rekabet Kurumu'nun desteği ile yürütebilecekleri anlamına gelmektedir; bu da davacılara diğerleri yanında ispat açısından da kolaylıklar sağlayabilecek niteliktedir<sup>29</sup>.

Türk Hukuku'nda da ispat zorluğu ve ispat vasıtalarına ulaşılama sorunu, Rekabet Kanunu'nun 59. maddesi müstesna tutulmak üzere, kendini hissettirir niteliktedir. Bilindiği üzere, özel hukuk muhakemesine re'sen tahkik ilkesi hâkim değildir. Dolayısıyla taraflar, rekabet hukukuna dayanan geçersizlik iddialı ve/veya tazminat istemli davalarında lehlerine sonuç doğurabilecek nitelikteki iddialarını geçerli vasıtalarla ispat etmek mükellefiyeti altındadırlar. Bu ise, gerek rekabet hukuku anlaşmazlıklarının ekonomik anlamda karmaşık yapısı, gerekse ortaya çıkarılması güç olan gizli ilişkilerin varlığı nedeniyle daha büyük zorluklara gebe dir.

Netice itibariyle, rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanmasının etkinleştirilmesi istendiği takdirde, muhakeme usulüne yönelik, davacı açısından ispat yükünü hafifletici, ispat vasıtalarına erişimi kolaylaştırıcı önlemler alınmak zorunda kalacaktır. Mevcut çözümler olarak, davalının bazı hususlarda bilgi ve belge sunma zorunluluğu altına alınması, rekabet kurumları kararlarının bağlayıcılığı ve bunların yürütmekte olan davalara müdahale yetkileri bulunmasının öngörüldüğü görülmektedir.

### 3. Zamaşıımı

Rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanması önündeki engellerden bir diğeri de zamaşıımı sorunudur. Ülkemizin de tabi olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde zamaşıımı sürelerinin kısa oluşu, bu sü-

<sup>29</sup> Anılan madde ile ilgili ayrıca bkz. Heinemann, s. 33.

relerin zarara sebep olan fiilin ve/veya failin öğrenilmesi ile birlikte başlaması, paralel yürüyen dava veya soruşturmalar olması halinde bunlardan sonuç alınmasını beklemeye müsaade etmeyecek şekilde bu sürelerin işlemeye devam etmesi, rekabet hukukunun özel hukuk mahkemeleri eliyle uygulanmasını güçleştirir niteliktedir<sup>30</sup>.

Zamanaşımı sorununun çözümünde yine Amerikan Hukuku'nun önderlik ettiği görülmektedir<sup>31</sup>. *Clayton Act* 4B maddesine göre, rekabet hukukundan kaynaklanan talepler dört yıl içerisinde zamanaşımına uğramaktadır. Zamanaşımı süresi, dava açılmasını gerektirecek sebebin ortaya çıkmasıyla başlamaktadır; bu da rekabet ihlali dolayısıyla ortaya çıkan zararın netleşmesi anlamına geleceğinden, zamanaşımı süresi rekabet ihlali ile değil, zararın tespiti, zarardan haberdar olmak ile başlamaktadır. Aynı şekilde Amerikan Hukuku'nda, süregelen ihlallerde zamanaşımı süresi her yeni ihlalde yeniden başlamaktadır.

Amerikan Hukuku'nda zamanaşımı sorununun aşılması yolunda atılan bir diğer adım ise, paralel bir soruşturma olması halinde zamanaşımı süresinin durması müessesesidir. Buna göre, federal düzeyde ilgili idari birim tarafından yürütülen bir soruşturma olması halinde hukuk mahkemelerinde dava açmak yönünde öngörülmüş dört senelik zamanaşımı süresi durmakta ve yeniden işlemesi, anılan soruşturmanın tamamlanmasının ardından bir yıl geçinceye kadar ertelenmektedir<sup>32</sup>. Bu şekilde rekabet ihlali neticesi dava açmak isteyen mağdurlar, muhakeme riskini azaltmak adına soruşturma sonucunu beklemek ve ona göre hareket etmek imkânına kavuşmaktadırlar.

Zamanaşımı sorununun bertaraf edilmesinde Almanya ve İsviçre'de de benzer önlemler alındığı görülmektedir: Alman Hukuku'nda zamanaşımı ile ilgili genel düzenleme Alman Medeni Kanunu'nun 195 ve 199. maddeleridir. Bu maddelere göre dava, failin ve zararın öğrenilmesinden itibaren 3, zararın ortaya çıkmasından itibaren en geç 10 ve fiilin gerçekleştirildiği tarihten itibaren en geç 30 yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır. Görüldüğü üzere, Alman Medeni Kanunu failin, zararın öğrenilmesi, zararın ortaya çıkışı ve fiilin işleniş tarihi temelinde farklı ve uzun zamanaşımı süreleri öngörmüş durumdadır. Buna ek olarak Alman Rekabet Ka-

<sup>30</sup> Bkz. *Ashurst*, s. 114.

<sup>31</sup> Konu ile ilgili genel bilgi için bkz. Heinemann, s. 13.

<sup>32</sup> Bkz. *Clayton Act* madde 5 (i).



nunu'nun 33h maddesinde paralel soruşturmalara ilişkin ek ve rekabet hukukuna özel önlemler öngörmüştür. Buna göre yukarıda anılan zamanaşımı süreleri rekabet kurumlarınca başlatılacak bir soruşturma ile duracak, bunların kesin olarak sonuçlanmasının ardından 1 yıl geçmekle işlemeye devam edecektir.

Türk rekabet hukukunda özel hukuktan kaynaklanan tazminat taleplerine uygulanacak zamanaşımı süreleri rekabet hukukunun en tartışmalı alanlarından bir tanesidir. Evvela, Kanun 56 ve 57. maddelerinde bir tazminat hükmüne yer vermiş olmasına karşın, bu hükümlere dayanılarak talep olunacak tazminatlara uygulanacak zamanaşımı sürelerinde suskun kalmaktadır. Bu şekilde oluşan boşluğun ise yorum yoluyla doldurulması ve varılacak yorum sonuçlarının da içtihat ile tasdik olunması mecburiyeti doğmaktadır.

Bugüne kadar Türk Hukuku'nda anılan yorum ve içtihat faaliyetlerinin tamamlandığı ve konunun açıklığa kavuşturulduğunu iddia etmek mümkün görünmemektedir. Öğretide zamanaşımı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre rekabet kısıtlamalarını Medeni Hukuk anlamında bir kişilik hakkı ihlali olarak görmek gerekir<sup>33</sup>. Çünkü kişiliğin iktisadi bütünlüğü temel olarak ekonomik sürece katılmayı ve bu süreçte var olmayı talep etmek hakkını ifade eder ve tarihi açıdan bakıldığında Kıta Avrupası'nda rekabetin korunması da, henüz bu yönde özel kanunlar sevk edilmemişken, Medeni Hukuk'ta öngörüldüğü haliyle kişilik hakkının korunması üzerinden sağlanmıştır. Rekabet ihlallerini kişilik hakkı ihlali olarak gören bu görüş, rekabet ihlalden kaynaklı zamanaşımı sürelerinde de şu öneriyi getirir: Kişilik hakkı, niteliği gereği zamanaşımına uğramaz ve fakat hak ihlali dolayısıyla ileri sürülecek tazminat talepleri, kanunlarda ayrıca bir zamanaşımı süresi öngörülmemiş her türden diğer alacakta olduğu gibi, on yıllık genel zamanaşımına tabidir. Anılan bu süre ise, ihlale sebebiyet veren fiilin ortaya çıktığı tarihten başlamak suretiyle hesaplanacaktır.

Diğer taraftan –ki, görülebildiği kadarıyla Türk Hukuku'nda hâkim görüş de bu yöndedir- rekabet ihlallerini haksız fiil olarak nitelemek gerekir; çünkü fail hukukun men ettiği bir davranış sergilemektedir. Rekabet ihlal-

<sup>33</sup> Bkz. Koray Demir, Rekabet Hukuku ile Kişilik Hakları Bağlantısı, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 14, Sayı 160, Yıl 2016, s. 1839-1861.

lerini haksız fiil olarak gören ve niteleyen bu görüş ise, uygulanacak zamanaşımı süreleri bakımından borçlar hukukunu esas alır<sup>34</sup>. Buna göre rekabet ihlali nedeniyle ortaya çıkan tazminatı talep hakkı, zarar ve failin öğrenilmesinden itibaren iki sene (Normal Zamanaşımı) ve her halde hukuka aykırı fiilin işlenmesinden itibaren on sene içerisinde zamanaşımına uğrayacaktır (Azami Zamanaşımı). Cezayı müstelzim fiillerde ise, ceza hukukunun öngördüğü ceza zamanaşımı dikkate alınacaktır (İstisnai Zamanaşımı). Hâkim görüş bu olmakla birlikte anılan görüş taraftarlarınca temelini borçlar hukukundan alan bir zamanaşımı tespitinin olası sakıncalarına da değinilmektedir. Denmektedir ki, normal zamanaşımı süresi rekabet ihlalinde zararın özel niteliği ve rekabet hukukunun uygulanmasında Rekabet Kurumu'na bahşedilen özel önemden ötürü kısa kalabilecektir. Aynı şekilde normal zamanaşımı süresini başlatan “zararın öğrenilmesi” kıstası bakımından da tartışmalar mevcuttur. Bir kısım müellif Rekabet Kurulu kararlarının kesinleşmesini, diğerleri ise Rekabet Kurumu'na yapılacak bir başvuruyu, zararın öğrenilmesi tarihi olarak kabul etmektedir. Bu görüş ayrılığının temelinde ise, Yargıtay'ın 2015 yılına kadar Rekabet Kurumu'na yapılacak bir başvuruyu tazminat davasına yönelik bir ön şart sayan içtihadı yatmaktadır. İleride uzmanlık sorunu başlığı altında bu konuya ayrıca tekrar değinilecektir.

Yine rekabet ihlallerini haksız fiil olarak addeden görüş taraftarlarınca zamanaşımı süreleri bakımından savunulan bir başka alt görüş ise, rekabet ihlallerinden kaynaklanan tazminat taleplerinde istisnai zamanaşımı süresinin uygulanması yönündedir<sup>35</sup>. Bu görüşe göre rekabet ihlallerinde Rekabet Kurulu, Kabahatler Kanunu anlamında nispi idari para cezalarına hükmedebilmektedir. Anılan kanunda nispi idari para cezalarının verilmesi ise sekiz senelik zamanaşımı süresine tabi kılındığından rekabet ihlalinde doğan tazminat taleplerinde de bu sürenin dikkate alınması gerekir.

Yukarıda da ifade olunduğu üzere öğretilde dile getirilen görüşler, yardımcı hukuk kaynağı olmalarından dolayı, yargı organlarının tasdikine muhtaçtırlar. Bu konuda Yargıtay'ın da şimdiye kadar toplam üç kararı mevcuttur. Yargıtay'ın bu yönde verdiği ilk kararında yukarıda anıldığı haliyle haksız fiil temelli bir zamanaşımı anlayışını benimsediği ve rekabet

<sup>34</sup> Tamamı için bkz. İlhan Yiğit, *Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*, İstanbul 2013, s. 316 vd.

<sup>35</sup> Bkz. Dilek Cengiz, *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları*, İstanbul 2006, s. 417 vd.

ihlali dolayısıyla öne sürülecek tazminat taleplerinde normal zamanaşımı süresini işletmekten yana olduğu görülmektedir<sup>36</sup>. Yargıtay bu kararında normal zamanaşımı süresini uygulayan bir ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Ancak Yargıtay 2015 yılı itibariyle verdiği iki yeni kararıyla bu içtihatından dönmüş ve yukarıda anıldığı haliyle istisnai zamanaşımını uygulamak yönünde irade belirtmiştir<sup>37</sup>. Anılan kararlarında Yargıtay, RKHK'nın 16/3. maddesinde aynı Kanun'un m. 4, 6 ve 7'de yasaklanmış fiiller için nispi idarî para cezasının öngörüldüğünü, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 20/4'te nispi idarî para cezaları için sekiz yıllık zamanaşımı süresinin tespit olunduğunu, eBK m. 60/2'de, cezayı gerektirir fiillerde zamanaşımı süresinin daha uzun olması kaydıyla, ceza davası zamanaşımı süresinin uygulanacağını düzenlendiğini ileri sürerek, rekabet ihlallerinden kaynaklı zamanaşımı süreleri bakımından 5326 sayılı Kanun'daki sürelerin dikkate alınması gerektiğini belirtmiş ve yerel mahkemenin zamanaşımı sebebiyle davayı reddeden kararını bozmuştur. Anılan kararlarda Yargıtay, istisnai zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi olarak, zararın ve failin öğrenildiği tarih anlamında, zarar gören kişinin Rekabet Kurumu'na yaptığı başvuru tarihini esas almıştır.

Özetlemek gerekirse, rekabet hukukunda zamanaşımı süreleri bakımından bir açıklık bulunmamaktadır. Hâkim görüş, rekabet ihlalleri dolayısıyla borçlar hukukunda öngörüldüğü haliyle haksız fiile yönelik zamanaşımı sürelerinin uygulanması yönündedir. Ancak normal zamanaşımı süresi her halükarda kısa bulunmaktadır. Yargıtay da son yıllarda verdiği iki karar ile Kabahatler Kanunu'nda öngörüldüğü haliyle istisnai nitelikteki sekiz senelik zamanaşımı süresini uygulamak eğilimindedir.

Netice itibariyle rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanması önündeki zamanaşımı sorunu, gerek sürelerin uzatılması, gerekse paralel süreçlerin beklenmesi yöntemiyle çözülebilmektedir.

#### 4. Uzmanlık Sorunu

Rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanması önündeki engellerden bir diğeri de uzmanlık sorunudur. Rekabet hukukundan doğan

<sup>36</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 25.03.2014 tarih ve 2012/15359 E., 2014/5834 sayılı kararı.

<sup>37</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 30.03.2015 tarih ve 2014/13296 E., 2015/4424 sayılı kararı ile yine aynı Daire'nin 27.10.2015 tarih ve 2015/3450 E., 2015/11139 sayılı kararı.

uyuşmazlıklar, yukarıda da değinildiği üzere, ekonomik açıdan karmaşık tahlillerin yapılmasını zorunlu kılan türdendir. Bu yetkinliğe ise, çoğu hukuk mahkemesinin sahip olduğunu söylemek güçtür. Rekabet kurumları dahi, bu yetkinliğe sahip personele yıllar içerisinde ve düzenli eğitim sayesinde ulaşmaktadırlar. Aynı şekilde, hukuk mahkemelerinin mevcut iş yükü altında ve personel sayısı itibariyle rekabet hukuku ihlallerine gereken zaman ve özeni gösterebilecekleri hususu şüphelidir. *Ashurst* çalışması verilerine göre, bu konuda en iyi durumda olan Avrupa ülkelerinde dahi özel hukuk muhakemesi en erken iki yıl içerisinde bitirebilmektedir<sup>38</sup>. Bu şartlar altında hukuk mahkemeleri, önlerine getirilen çekişmenin bir rekabet ihlali teşkil edip etmeyeceğini tespit, zararın kabulü ve hesaplanması konusunda, illiyet bağlarının ortaya konmasında ve kusurun tespiti meselelerinde desteğe muhtaç konumdadırlar.

Amerikan Hukuku'nda uzmanlık sorununun aşılması dolayısıyla tahkim müessesesinin ön plana çıktığı görülmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi 1985 yılında verdiği bir kararla rekabet hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkime konu olabileceğini kabul etmiş, ancak bu hususu kamu düzeninden saymakla ilgili tahkim kararlarının tanınması ve infazına yönelik hakları saklı tutmuştur<sup>39</sup>. Bu sayede Amerikan Hukuku'nda taraflara, çekişmelerini uzmanlıklarına güvendikleri hakemler önünde çözmek imkanı tanınmıştır. Ancak bilindiği üzere tahkim masraflı bir yöntem olup tüketici ve küçük şirketler açısından faydalanması zor bir araçtır.

Alman ve İsviçre Hukukları ise, anılan uzmanlık sorununu rekabet kurumlarının uzmanlığından faydalanmak suretiyle çözmek ister görünmektedirler. Yukarıda ispat sorunu altında hali hazırda değinildiği üzere, Alman Rekabet Kanunu 33b ve 90/1 maddeleri rekabet kurumu kararlarını bağlayıcı kılmakta ve rekabet kurumundan temsilcilerin derdest davalara müdahale imkânını öngörmektedir.

Aynı şekilde İsviçre Rekabet Kanunu'nun 15. maddesi ise, yürümekte olan bir dava sırasında rekabetin ihlal edildiği şüphesi üzerine rekabet kurumundan görüş istenebileceğini belirlemektedir. Ancak bu görüş bağlayıcı nitelikte değildir.

---

<sup>38</sup> Bkz. *Ashurst*, s. 114.

<sup>39</sup> U.S. Supreme Court, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).

Türk Hukuku'nda da uzmanlık sorunu hissedilir derecededir. 11 Ağustos 2008 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı 58. maddesinde, bu sorunun çözümüne yönelik İsviçre uygulaması benzeri bir uygulamanın öngörüldüğü ve Kurum kararının bekletici mesele yapılabilmesinin önerildiği görülmektedir. Ancak bu madde taslağın son haline alınmamıştır. Yargıtay ise, pek çok kararında ihlal tespitinin ancak bir Kurul kararıyla yapılabileceği, Kurul kararı bulunmayan hallerde Kurul'a başvurunun bir dava şartı olduğu ve her halükarda Kurul kararının bekletici mesele yapılması gerekliliğini tespit etmiştir. Kanaatimizce yasal bir zemin yaratılmaksızın Yargıtay'ın hukuk mahkemelerini Kurul kararları ile bağlı gören anlayışı kabul edilemez. Şöyle ki;

Hâkim öğreti taraftarlarınca ifade edilmektedir ki, adli yargı, Rekabet Kurulu'na bir başvuru olmuşsa Kurul kararını ve hatta bu kararı inceleyen Danıştay'ın kararını beklemeli, bu yönde bir başvuru bulunmamakta ise, mahkemenin konuyla ilgili Rekabet Kurulu'na bildirimde bulunması ve RKHK'ya aykırılık durumunun Kurul'ca tespit edilmesi üzerine yargılamaya devam etmesi gerekmektedir<sup>40</sup>. Rekabet Kurulu kararının beklenmesi yönündeki hâkim kanaatin temel gerekçesi, Rekabet Kurulu ve Kurumu'nun RKHK tarafından münhasıran yetkilendirilmiş olduğu, Kurum ve Kurul'un rekabet ihlali iddialarını değerlendirecek yeterli sayıda uzmana ve ilgili pazara yönelik verilere sahip olduğu şeklindedir. Yine gerekçe olarak ifade edilmektedir ki, rekabet ihlali iddialarının Kurul'ca münhasıran değerlendirilecek olması yargı yerleri arasında birbiri ile çelişik kararların çıkmasını da engelleyecektir.

Görülebildiği kadarıyla öğretilerde sadece *İnan/Piker* aksi yönde kanaat bildirmektedir<sup>41</sup>. Anılan yazarlara göre Rekabet Kurulu bir idari otorite olması dolayısıyla idari nitelikte kararlar tesis etmektedir ve Kurul'un işlemlerinin münhasır niteliği RKHK kapsamında verilecek menfi tespit, muafiyet ve idari para cezası öngören kararlara yöneliktir; bu meyanda hukuka aykırılık unsurunun tespiti ve tazminat taleplerinin incelenmesinde adliye mahkemelerinin Kurul kararları ile bağlı olmaması gerekir. Bu yönde *İnan/Piker* tarafından ifade edilen azınlık görüşünün karşılaştırmalı hukukta da yer bulduğunu ifade etmek gerekir. Örneğin, Avrupa Birliği Ada-

<sup>40</sup> Bkz. Pelin Güven, *Rekabet Hukuku*, Ankara 2008, s. 769 vd.

<sup>41</sup> Bkz. Nurkut İnan/Mehmet B. Piker, *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Ankara 2007, s. 107.

let Divanı'nın 1990 yılında verdiği *Tetra Pak* kararında yerel mahkemelerin Komisyon kararları ile bağlı olmadığı, bu kararların sadece Komisyon'u bağlayıcı nitelikte olduğu hususu açıkça ifade edilmektedir<sup>42</sup>.

Burada temsil edilen görüşe göre de adli mahkemelerin rekabet ihlali iddiası ile açılan tazminat talepli davalarda rekabet ihlali unsurunu bağımsız bir biçimde değerlendirilebilmesi ve Rekabet Kurulu kararları ile bağlı olmaması icap eder. Ekonomi hukukunda pek çok husus belirli bir uzmanlığı gerektirmektedir ve adli mahkemeler bu hususların değerlendirilmesinde aranan uzmanlığa sahip olmayabilirler. Ancak bu yetersizlik bilirkişi müessesesi ile giderilebilir. Yine ekonomi hukukunda Rekabet Kurumu'nun yanı sıra Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurumu gibi başkaca bağımsız idari otoriteler de mevcuttur. Ancak rekabet hukuku bakımından dile getirilen hâkim kanaat, görülebildiği kadarıyla, diğer bağımsız idari otoriteler bakımından dile getirilmemektedir. Bağımsız idari otoritenin verdiği kararlar ile adli mahkemelerin bağlı olacağı yönündeki bir görüş, kanaatimizce, Anayasa'nın 37. maddesinde öngörüldüğü haliyle, Tabii Yargıç İlkesi ile de bağdaştırılmaz. Bu yönde bir kanaat, rekabet hukukuna dayalı yargılamanın Rekabet Kurulu'na yapılması ve adli mahkemelerin rekabet hukuku dolayısıyla, tabiri caizse, hesap uzmanı seviyesine çekilmesi anlamına gelecektir. Rekabet Kurulu'nun mevcut bir uyuşmazlık ile ilgili görüşleri değerlidir; Kurul, elinde tuttuğu yetkiler ve somut olayları resen tahkik edebilmesi sayesinde adli mahkemelerin ulaşamayacakları pek çok veriye ulaşabilmektedir. Bu meyanda adli mahkemeler Kurul kararlarını göz önünde bulundurmalıdır. Yine de adli mahkemelerin Kurul kararları ile bağlı olduğunu ifade etmek, kanaatimizce, kabul edilebilir bir görüş değildir.

Şahsi kanaatimiz bu yönde olmakla birlikte bu noktada Yargıtay görüşlerinin de hâkim öğretisi ile örtüştüğünü ifade etmemiz gerekir: Gerçekten de Yargıtay'ın 2015 yılına kadar vermiş olduğu sair kararlarda adli mahkemelerin yargı yetkisinin Rekabet Kurulu lehine kısıtlandığı, Rekabet Kurulu'na bir başvuru yok ise veya mevcut başvuru henüz sonuçlan-

---

<sup>42</sup> Bkz. Avrupa Birliği Adalet Divanı Birinci Kademe Mahkemesi Hakimi Heinrich Kirschner'in 21.02.1990 tarih ve RS T-51/89 no'lu Tetra-Pak yargılaması dolayısıyla kaleme aldığı kapanış izahatları, N. 40. Anılan olayda da Rekabet Hukuku'nun yeknesak uygulanması argümanı sunulmuş; ancak mahkeme tarafından Komisyon kararlarının sadece Komisyon'u bağladığı, mahkemeleri bağlayıcı olmadığı kanaati dile getirilmiştir.

mamışsa adli yargıda açılan davanın mevsimsiz açıldığından bahisle reddinin gerektiği ya da başvuru sonucunun bekletici mesele yapılması ifade edilmektedir<sup>43</sup>. 2015 yılından sonra verilen ve yukarıda da aksettirilen iki yeni kararda ise Yargıtay'ın davanın reddi yönünde değil de, bekletici mesele yönündeki görüşünün ağırlık kazandığı görülmektedir. Buna göre adli yargı, rekabet ihlali iddiasıyla açılan bir davayı mevsimsiz olduğu iddiasıyla reddetmeyecek ve fakat rekabet ihlali iddiasını da incelemeksizin, konuyu bekletici mesele sayacaktır. Anılan Yargıtay içtihadı 2012 yılında yürürlüğe giren HMK'nın konu ile ilgili 165. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde şu hususa işaret eder görünmektedir: Rekabet ihlali iddiasının incelenmesi veya sonuçlandırılması idari bir makamın, yani Rekabet Kurulu'nun bir çözümüne muhtaçtır; bu halde mahkeme, ilgili tarafa Rekabet Kurumu'na başvuru için uygun bir süre verecek, bu süre içerisinde Kurum'a başvurulmaması halinde ise, ilgili tarafın rekabet ihlali iddialarından vazgeçmiş olduğu varsayılarak esas dava hakkında karar verilecektir. Rekabet Kurumu'na yapılmış mevcut başvurularda ise, Kurul kararı ile Danıştay incelemesinin bekletici mesele olarak addedilmesi gerekecektir.

Netice itibariyle uzmanlık sorunu rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanmasını engeller nitelikte olup mevcut çözümler arasında tahkim ve rekabet kurumlarından görüş alınması ve bunların muhakemeye müdahalesi gibi yöntemlerin benimsendiği görülmektedir.

## 5. Hukuken Korunmaya Değer Menfaat Sorunu

Bilindiği üzere hukuk mahkemelerinde dava açabilmek için davacıların evvel emirde ortaya koymaları gereken husus, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer bir menfaatleri olduğudur. Ancak rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanmasında bazı gruplar bu menfaatin varlığını ispat aşamasında zorluklar yaşamaktadırlar. Örneğin ihlale bizzat katılmasına rağmen, ihlaldeki etkisi az olan teşebbüsler, ihlali gerçekleştiren tarafların dağıtıcıları, ihlali gerçekleştiren tarafların ürettikleri ürün ve hizmeti son tahlilde tüketen tüketiciler ve bunların haklarını korumak için kurulmuş tüketici dernekleri bu kişilerden sayılabilirler<sup>44</sup>. Bu

<sup>43</sup> Bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 1.11.1999 tarih ve 1999/3350 E., 1999/6364 K. no'lu kararı ile Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 5.10.2009 tarih ve 2008/5575 E., 2009/10045 K. no'lu kararı.

<sup>44</sup> Avrupa düzeyinde menfaat sorunu konusunda ülke karşılaştırması için bkz. *Ashurst*, s. 42 vd.

noktada her bir grubu aşağıdaki şekilde tek tek ele almak, sorunun tahlili açısından daha faydalı olacaktır:

### 5.1. İhlale taraf teşebbüsler açısından

Bir rekabet ihlalden ihlale taraf teşebbüslerin de zarar görmüş olması ihtimali mevcuttur. Dolayısıyla bu teşebbüslere de hukuk mahkemeleri yolunun kapatılmaması gerekir. Ancak ülke bazında incelendiğinde, ülkelere sorumluluk hukuklarına hâkim olan ve kısaca *in pari delicto* kuralı<sup>45</sup> olarak adlandırılan bir ilke nedeniyle ihlale taraf her bir teşebbüsün sırf bu nedenden ötürü davalarının reddedildiğı görülmektedir. Bu ise, ihlalden doğan bir zarar kaleminin giderilememesi ve bunun ihlalin yapılmasına ön ayak olanların yanına kalması ve dolayısıyla rekabet hukukunun etkinliğinin azalması anlamına gelmektedir.

*In pari delicto* kuralı genel anlamıyla davalının, davacının iddiasını aynı şekilde davacıya yöneltebiliyor olması halinde, davacının o iddiaya dayanarak bulunduğı taleplerinin reddedileceğini öngörür. Rekabet hukuku özelinde anılan kural, rekabet hukukunu ihlal eden bir sözleşmeye taraf olanların birbirlerine yönelik iddia ve taleplerde bulunamayacağı anlamına gelir.

Bu sorunun çözümü konusunda özellikle Amerikan ve Avrupa Birliğı rekabet hukuklarında anılan kuralın kapsamını daraltmak yönünde önlemler alındığı görülmektedir. Amerikan Rekabet Hukuku'nda örneğın, *in pari delicto* kuralı sadece rekabet ihlaline gönüllü katılan ve ihlale diğerele ile eşit ölçüde katkı sağlayan teşebbüsler bakımından uygulanmaktadır<sup>46</sup>. Avrupa Birliğı Adalet Divanı da benzer bir çözümle, sadece ihlalden önemli ölçüde sorumlu olanların davalarının reddedileceğini karara bağlamış bulunmaktadır<sup>47</sup>.

### 5.2. Dağıtıcılar açısından

Dağıtıcıların rekabet ihlalden bulunanlara karşı açacakları davaların, doğrudan bir ilişkinin mevcut olmaması ya da zararın yansıtılmış olması nedeniyle reddi riski Avrupa düzeyinde hemen her ülkede bulunmaktadır<sup>48</sup>. Bu risk öğretide *indirect purchaser rule* ya da *passing on defence*

<sup>45</sup> Kural ve *common law* ülkelerinde uygulanması için bkz. Heinemann, s. 12 ve 19.

<sup>46</sup> Bkz. Heinemann, s. 12.

<sup>47</sup> Bkz. EuGH-*Courage/Crehan*, para. 31.

<sup>48</sup> Avrupa düzeyinde ülke karşılaştırması için bkz. *Ashurst*, s. 78 vd.



kavramları altında tartışılmaktadır<sup>49</sup>. Anılan kavramlar doğrudan ve dolaylı dağıtıcı ayırımına dayanır ve rekabet ihlalinde bulunan üreticilerin dağıtıcıları tarafından açılan tazminat davalarında bu dağıtıcılara karşı ilişki içerisinde olmadıkları ya da onların rekabet ihlali nedeniyle fazladan ödedikleri bedelleri dağıtım zincirinde kendilerinden sonra gelen aktörlere yansıttıkları ve dolayısıyla herhangi bir zarara uğramadıkları iddiasını dile getirir.

Rekabet ihlalinin taraflarının dağıtıcılara karşı böyle bir savunmada bulunmaları Amerikan Rekabet Hukuku'nda ünlü *Hanover Shoe* kararıyla<sup>50</sup> doğrudan dağıtıcılar açısından engellenmiş bulunmaktadır. Buna göre, üretici ile doğrudan bir sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan dağıtıcı, fazladan ödediği bedeli kendisinden sonraki aktörlere yansıtmış olsa dahi bu bedelin tamamı için dava açabilmektedir. Ancak doğrudan dağıtıcı, bedelin tamamını bu şekilde elde ettikten sonra ihlalde bulunan üretici aynı bedeli mükerrer defalar ödemek zorunda kalmayın diye, yine Amerika'da ve bu sefer *Illinois Brick* kararıyla<sup>51</sup> dolaylı dağıtıcıların ve tüketicilerin açacakları davaların reddedileceğine karar verilmiştir. Ancak bu da, ihlalden gerçek anlamda zarar görenlerin zararlarını tazmin edememeleri anlamına gelmektedir.

Sorun Avrupa Birliği ve Almanya'da da tartışılmış ve şu şekilde çözüm önerileri getirilmiştir:

Avrupa Birliği, Amerikan Hukuku'nun aksine, görülen zararın sonraki aktörlere yansıtıldığı iddiasının dinlenmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir<sup>52</sup>. Aksi halde zararın gerçekten zarar gören nezdinde telafisi mümkün olamayacaktır.

Aynı şekilde Alman Rekabet Kanunu'na da sorunun çözümüne yönelik şu şekilde bir madde alınmıştır: Alman Rekabet Kanunu 33c maddesine göre, bir mal veya hizmetin rekabet ihlali nedeniyle daha yüksek fiyatlara satılmış olması halinde o mal veya hizmetin yeniden satılmış olması zararın tazminine engel değildir. Bu yönüyle Alman Rekabet Kanunu *passing on defence*'i reddetmiş görünmektedir. Ancak kanun, mükerrer tazminat sorunu bakımından suskun kalmaktadır.

<sup>49</sup> Kavram ve tartışmalar için bkz. Heinemann, s. 11, 22 ve 30.

<sup>50</sup> U.S. Supreme Court, *Hanover Shoe*, 392 U.S. 481 (1968)

<sup>51</sup> U.S. Supreme Court, *Illinois Brick*, 431 U.S. 720 (1977)

<sup>52</sup> Bkz. Heinemann, s. 22.

### 5.3. Tüketiciler açısından

Tüketiciler açısından rekabet ihlali dolayısıyla açacakları davaların hukuki menfaat eksikliği nedeniyle reddi konusunda iki risk bulunmaktadır: Bunlardan birincisi, tüketicilerin aslında ihlalden doğan zararları, ara katmanların yansıtılmaları nedeniyle gerçekten taşımalarına rağmen, ihlalin tarafları ile doğrudan ilişki içerisinde olmamaları, yani araya ihlalden habersiz üçüncü şahıs ve dağıtıcıların girmiş olmasıdır. Bir ikinci risk ise, her bir tüketicinin dava konusu yapabileceği bedellerin çok düşük kalması ve bu nedenle davalarının reddedilebilecek olmasıdır. Örneğin, fiyatları pazar fiyatı üzerine çıkartmak yönünde anlaşmış vitamin üreticileri, mallarını bu fiyatlara dağıtıcılara satmış, dağıtıcılar ara farkı tüketicilere yansıtmışlardır. Ancak bir doz vitamin kullanan tek bir tüketici fiyat karteli ile doğrudan ilişki içerisinde değildir ve kendisinin toplamda fiyat karteli nedeniyle fazladan ödediği bedel dava yoluyla takip olunamayacak kadar düşüktür.

Bu sorunun çözümü konusunda Amerika, Avrupa Birliği ve Alman Hukuklarında farklı yollar izlendiği görülmektedir:

Yukarıda da görüldüğü üzere, Amerikan Hukuku'nda *passing on defence*'e müsaade edilmemekte ve mükerrer tazminatlar doğmaması adına sadece doğrudan dağıtıcıya dava hakkı tanınmaktadır. Dolayısıyla, özellikle fiyat kartelleri açısından tüketicilerin dava hakkı son derece sınırlandırılmış durumdadır. Ancak Amerikan Hukuku'nda dava açabildikleri noktalarda toplu dava açmak imkânı (*class actions*)<sup>53</sup> sayesinde tüketiciler açısından iyileştirmeler de söz konusudur.

*Class actions*, mahkeme tarafından yetkilendirilen, bir gruba ait bir ya da daha fazla kişinin grubun temsilcisi sıfatıyla tüm zarara yönelik dava açma hakkını ifade etmektedir. Amerikan Hukuku'nda bu tarz davalarda *opt-out* diye tabir edilen bir ilke mevcuttur. Buna göre temsilciler, gazete veya sair vasıtalarla grup üyelerini davadan haberdar etmekte, davaya katılmayacağını açıkça beyan etmeyen her üye dava sonucu ile bağlı olmaktadır. Tüketiciler özelinde değerlendirildiğinde, bir veya iki tüketicinin temsilci atanmasından sonra verilen ilan neticesi aktif çaba sarf etmeyen diğer tüketiciler, dava lehe sonuçlanırsa, bundan yararlanmakta, aleyhe sonuçlanırsa, aynı hususu bir daha dava edememektedirler.

Avrupa Birliği'nde ise, *passing on defence*'e müsaade edildiği için, tüketiciler açısından dava açmak konusunda bir sıkıntı bulunmamaktadır.

<sup>53</sup> Bu konuda bkz. Heinemann, s. 14 ve 15.

Ancak Avrupa Birliği çerçevesinde üye ülkelere, toplu davalarda Amerika'nın aksine *opt-in* prensibini uygulamaları salık verilmektedir<sup>54</sup>. Buna göre davaya aktif şekilde izin vermemiş ve gruba dâhil olmamış olan grup üyeleri dava sonucu çıkan karardan etkilenmeyeceklerdir.

#### 5.4. Tüketici dernekleri açısından

Son olarak hukuki menfaat eksikliği nedeniyle davaların reddedilmesi sonucu, tüketici dernekleri açısından da doğabilecektir. Bu dernekler sadece üyelerinin değil, tüm tüketicilerin çıkarlarını korumak maksadıyla kurulmuş sivil toplum kuruluşlarıdır. Özellikle dağınık halde ve az miktarda zarara uğramış bireysel tüketicileri bir araya toplamak açısından rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanmasının etkinleştirilmesine katkıda bulunabilirler. Bu nedenle onların da dava açmak yönünde önlerinde mevcut engellerin kaldırılması gerekir.

Tüketici derneklerinin tecavüzün tespiti, men'i ve def'i davalarını açmaları önünde Avrupa düzeyinde ve hukuki menfaat anlamında bir engel bulunmamaktadır<sup>55</sup>. Bu yönde Alman Rekabet Kanunu 33. maddesi açık bir hüküm de ihtiva etmektedir. Ancak tazminat davaları konusunda bu derneklere kanunen yetki verilmesi konusunda çekimser kalınmaktadır. Nitekim 2005 yılı değişiklikleri taslak metninde olmasına rağmen, bu hak Almanya'da parlamento tarafından kabul edilmeyerek anılan hakkın ya-saya alınması engellenmiştir<sup>56</sup>.

Netice itibariyle bazı gruplar açısından, zarara uğramış olmalarına rağmen, bu zararı menfaat eksikliği nedeniyle tazmin edememek tehlikesi mevcuttur. Mevcut çözümler ise, *in pari delicto* kuralının kısıtlanması, *passing on defence*'e müsaade edilmesi, tüketicilerin *opt-in* kuralının hâkim olduğu *class actions* sayesinde ya da dernekler vasıtasıyla dava açabilmelerinin sağlanması şeklinde özetlenebilir.

#### 6. Hukuk Muhakemesinin İdari Sürece Etkisi

Bilindiği üzere, Avrupa çapında bugüne kadar rekabet hukukunun etkinliği yüksek derecede kamu kaynakları sayesinde sağlanmış bulunmaktadır. Hemen her ülkede yetkin kurumlar bulunmakta, bunlar kendilerine

---

<sup>54</sup> Bkz. *White Paper*, s. 5.

<sup>55</sup> Bkz. *Ashurst*, s. 42 vd.

<sup>56</sup> Heinemann, s. 27.

verilmiş olan yetkiler dairesinde rekabet ihlallerini gün yüzüne çıkarılmakta, yüksek miktarlarda idari para cezaları kesmekte ve bu sayede rekabetin varlığına ve devamına katkıda bulunmaktadırlar.

Tarihi açıdan bakıldığında rekabet hukukunda kamu kaynaklarının kullanımını Avrupa çapında sonradan, rekabet kanunlarınca getirilmiş bir araç olsa da<sup>57</sup>, kısa süre içerisinde etkisi açısından rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanmasının önüne geçmiştir. Hatta etkinliğinin daha da artırılması amacıyla kamusal takip müessesesine her geçen gün yeni yetkiler verilmektedir. Örneğin rekabet ihlaline taraf olmasına rağmen, ihlalin ortaya çıkarılmasında ilgili kurumlar ile aktif işbirliği yapmış teşebbüslere ceza indirimini öngörülmede (bonus kuralı) ve bu sayede en gizli kalmış kartellere kadar her ihlal ortaya çıkarılabilmektedir.

Ancak rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanmasının etkinleştirilmesi çabaları, tam da anılan bonus kuralı etrafında şu sorunun tartışılmasına neden olmaktadır<sup>58</sup>: Acaba bir teşebbüs, sonucunda hukuk mahkemelerince tazminata da mahkûm olacağını bilerek, idari para cezasından indirim yapılacak olsa dahi, rekabet kurumları ile işbirliği yapar mı? Aynı şekilde, ileride tazminat davalarında kullanabilecek delilleri kendi eliyle ilgili kurumlara teslim eder mi? Kanaatimizce, etmez. O halde rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanmasının etkinleştirilme çabaları, halihazırda iyi işleyen kamu takibi müessesesini sekteye uğratabilecek niteliktedir.

Bu sorunun çözümünde, çalışma kapsamında ele alınan ülkelerde henüz bir uygulama yapılmamış görünmektedir. Türkiye özelinde ise, değişiklik kanun tasarısı 31. maddesi ile konuya ilişkin şu çözüm önerilmektedir: Kurumla aktif işbirliği yaparak ceza bağışıklığından veya indiriminden yararlanan teşebbüsler bakımından yürürlükteki kanunda öngörülen zararın üç katı kadarı tazminata ilişkin hüküm uygulanamayacak, zarar ancak bir misli ile karşılanacaktır.

## 7. Sorumluluk Hukuku Farklılıkları

Çalışmanın giriş bölümünde de değinildiği üzere, bugün için Amerikan Hukuku'nun rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanması

<sup>57</sup> Avrupa çapında rekabet kanunları henüz yokken, Medeni Kanunların kişilik hakları bölümünün geniş yorumlanması ve rekabete katılımın kişilik hakkı olarak görülmesi suretiyle hukuk mahkemelerince korunmaya başlanması açısından bkz. Zäch, s. 64 vd.

<sup>58</sup> Tartışmalar için bkz. Heinemann, s. 22 ve 33.

konusunda diğer ülkelere nazaran daha başarılı olmasının altında sorumluluk hukuku temel ilkelerini rekabet hukuku lehine esnetmiş olması yatmaktadır. Örneğin, Amerikan Hukuku'nda da rekabet ihlallerine uygulanması muhtemel haksız fiil sorumluluğu, rekabet hukukuna aykırılık ve zararın varlığını, aykırılık ile zarar arasında nedensellik ilişkisini aramakta, ancak failin kusurunu şart koşmamaktadır<sup>59</sup>. Yukarıda ispat külfeti başlığı altında da belirtildiği üzere, Amerikan Hukuku, gerek *pretrial discovery* müessesesi ve gerekse kurum kararlarının bağlayıcılığı ilkesi ile anılan hususların ispatını da davacı lehine rahatlatmıştır. Bunun yanı sıra tazminat, zararın giderilmesine yönelik ve mağdurun madden ve manen fiilden önceki durumuna döndürülmesini amaçlayan bir araç olmasına karşın, Amerikan rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanmasında fail, ortaya çıkan zararın üç katına kadar bir tazminat ödemeye mahkûm edilebilmektedir (*treble damages*)<sup>60</sup>.

Hukukumuzun da tabii olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise, mağdurun durumu biraz daha farklıdır. Rekabet hukukundan kaynaklanan bir çekişmede mağdur, rekabet hukukunun ihlal edildiğini, ihlal edilen maddenin koruyucu amacı ile kendi menfaati arasında bir ilişki olduğunu<sup>61</sup>, maddenin ihlalinin zararına sebebiyet verdiğini, zarar ile ihlal arasındaki nedensellik ilişkisini ve en nihayetinde failin ihmali yahut kastını, yani kusurunu, ispat etmek durumundadır. Bu şartların birlikte varlığının ispatı ise bir hayli zordur. Şöyle ki;

Gerekli uzmanlığa sahip olmayan bir mahkeme önünde rekabet ihlalinin varlığını ispat etmek güçtür. Aynı şekilde ihlal edilen maddenin koruyucu amacı, bugün pek çok çevrelerde tartışılmaktadır. Genel olarak, Kıta Avrupası'nda rekabet hukukunun rekabeti bir kurum olarak koruduğu, rakiplerin, tedarikçi ve dağıtıcıların ve tüketicilerin korunmasının ise amaç değil, rekabetin korunmasının doğal sonucu olduğu fikri hâkimdir<sup>62</sup>. Bu

<sup>59</sup> Diğer yandan, Amerikan Hukuku'nda da *antitrust injury* denilen ve Kıta Avrupası hukuk sistemindeki hukuki illiyet bağına benzer bir sonucu şart aranmaktadır. Buna göre mağdur, rekabet hukukunun ilgili maddesinin böyle bir zararı engellemeye yönelik olduğunu ortaya koymak durumundadır. Bkz. Heinemann, s. 12. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Amerikan Rekabet Hukuku'nda rakiplerin, dağıtıcıların ve tüketicilerin korunması açık ilke olarak belirtilmektedir. Pek çokları yerine bkz. Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy War at with Itself*, New York 1978, s. 3 vd.

<sup>60</sup> Bkz. *Clayton Act* madde 4.

<sup>61</sup> Hukuki illiyet bağı. Türk Hukuku açısından bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku*, İstanbul 1993, s. 476.

<sup>62</sup> Pek çokları yerine bkz. Zäch, s. 166 vd.

ise, rekabeti kısıtlayan bir sözleşmeyi yasaklayan bir maddenin kendi malvarlığını korumak için orada olduğunu iddia eden bir şahıs açısından, bu iddiasını ispat etmeyi zorlaştıran bir husustur. Alman Rekabet Kanunu'nun 2005 yılı değişiklikleri öncesi 33. maddesi, genel sorumluluk hukukunun aradığı "korunan menfaat" şartını açıkça öngörmekteydi ki, 2005 yılı öncesinde davaların çoğu da bu sebepten reddedilmekteydi<sup>63</sup>.

Yine faile, rekabet hukuku ile ilgili pek çok olayda ihmal veya kasıtlı davranış isnat edebilmek oldukça güç olacaktır. Bugün için teşebbüsler, rekabet hukukuna uygun davranabilmek adına uzman görüşü alarak yollarına devam etmektedirler. Ancak bilindiği üzere, rekabet hukukunda ak veya kara mevcut değildir. Özellikle *Leegin*<sup>64</sup> kararından sonra *hard core* kartellerde bile hukuki güvenlik ortamı kalmamıştır. Avrupa Birliği dâhil pek çok sistem *negative clearance* müessesesini kısıtladığından bu yana uzman görüşü daha da bir önemli hale gelmiş bulunmaktadır. Hal böyle olunca, uzman görüşü dairesinde hareket etmiş bir teşebbüsün daha sonra ortaya çıkarılan ihlal halindeki kusuru ve zarardan ne derece sorumlu tutulacağı tartışmalıdır.

En nihayetinde, Kıta Avrupası hukuk sistemi zararın tazmininde de Amerikan Hukuku'nda öngörülen üç katına kadar tazminat müessesesini benimseyememektedir<sup>65</sup>. Bunun başlıca nedeni, Kıta Avrupası'nda tazminatın zenginleşme vasıtası olamayacağı ilkesine olan temel bağlılıktır. Ancak bir sebep daha vardır ki, Amerika'daki üç katına kadar tazminatın yüksekliğini ve özendirici etkisini göreceli hale getirmektedir. Şöyle ki, Amerikan Hukuku'nda üç katına kadar tazminata hükmedilebilmektedir. Ancak Amerika'da, istenilecek bedele uygulanacak faiz, kararın açıklanmasıyla birlikte işletilmeye başlanmaktadır. Kıta Avrupası'nda ise, talep edilen bedele işletilecek faiz, fiil veya zararın ortaya çıkmasından itibaren başlatılabildiği için Kıta Avrupası'nda faizle birlikte alınan tazminat bedelleri ile Amerika'da alınan tazminat bedelleri arasında uygulamada büyük fark kalmamaktadır<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Bkz. Heinemann, s. 26.

<sup>64</sup> U.S. Supreme Court, *Leegin Creative Leather Products v. PSKS*, 127 S.Ct.2705 (2007).

<sup>65</sup> Örneğin konu İsviçre'de tartışılmış, ancak değişiklik tasarısına alınmamıştır. Bkz. Heinemann, s. 80 vd.

<sup>66</sup> Heinemann, s. 12 vd.

### III. TÜRK REKABET HUKUKU İÇİN ÇÖZÜM ÖNERİMİZ

Yukarıda rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanması önündeki engellerin ve bu engellerin kaldırılmasında farklı ülkelerde benimsenen çözümlerin neler olduğu gösterilmeye çalışılmıştır. Hukukumuz açısından bakıldığında ele alınan çözümlerin ortak noktası, mevcut engele has ve bu engeli ortadan kaldırır nitelikte bir kanun değişikliği gerektirdiğidir ki, bu da yürürlükteki Rekabet Kanunu'nun beşinci bölümüne yapılacak eklentiler ile sağlanabilecektir. Örneğin rekabet hukukumuzda has, kolaylaştırılmış bir adli yardım sistemi öngörülebilir, ispat ve uzmanlık konusunda Rekabet Kurumu'nun müdahalesi, davalının delilleri ibrazı yönünde hükümler konulabilir, zamanaşımında zamanaşımı süresinin kesilmesi gibi tedbirler öngörülebilir ve menfaat sorununda riskli gruplar açısından açık düzenlemeler yapılabilir. Almanya 2005 yılı değişiklikleri ile bu yöntemi izlemiş, taslak metnin tamamı yasalaşmasa da, açılan dava sayıları itibariyle belirli ölçüde bir başarı da yakalamıştır<sup>67</sup>.

Ancak bu yönde yapılacak düzenlemeler kanaatimizce bir tür “yasa koyucu aktivizmi” yaratabilecek ve sorunları temelli çözemeyecektir. Rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanmasının etkinleştirilmesi arzusunun arkasında daha etkin bir rekabet hukuku uygulamasına ulaşmak isteği vardır ki, bu istek başka yollarla da erişilebilecek türdendir. Bu nedenle üç basamaktan müteşekkil şu yönde bir öneriyi arz etmek isteriz<sup>68</sup>:

#### 1. Uzman Bir Rekabet Mahkemesi Kurulması

Arz ettiğimiz önerinin birinci aşamasında Türk adliye sistemi içerisinde bir rekabet mahkemesi kurulması gelmektedir. Mahkeme tam zamanlı çalışacak, bağımsız, tarafsız, deneyimli ve uzman, iktisatçı ve hukukçu hâkimlerden oluşacaktır.

#### 2. Rekabet Kurumunun Mahkemeye Bağlanması

Bu şekilde bir ihtisas mahkemesinin kurulmasını müteakip, Rekabet Kurumu bugünkü yetki ve görevleri ile bu mahkemeye bağlanacaktır. Rekabet Kurumu bu sistemde de şikâyet üzerine ya da re'sen soruşturmaları yapacak, arama, el koyma gibi yetkileri kullanacak, delilleri toplayacak,

<sup>67</sup> Bkz. Heinemann, s. 25.

<sup>68</sup> İsviçre Hukuku bakımından benzer bir öneri için bkz. Heinemann, s. 25.

rekabet ihlalinin varlığına ilişkin kanaat getirmesi halinde, rekabet mahkemesinde kamu adına davasını açacaktır.

### **3. Mahkemenin İşleyişine Dair Çıkarılacak Kanunda Usul ve Esas Kurallarının Belirlenmesi**

Üçüncü ve son aşamada ise, mahkemenin işleyişine dair çıkarılacak bir kanunla yukarıda sayılan engellerin de ortadan kalkmasını sağlayacak maddeler konacaktır. Bir defa anılan kanunda, rekabet mahkemesindeki yargılamaya re'sen tahkik ilkesinin hâkim olacağı öngörülebilecektir. İkinci olarak, rekabet ihlallerinden zarar görenlerin davalarını bu mahkemede gördürebilecekleri, eğer kurumca açılmış bir dava söz konusu ise, yapılacak muhakemeye müdahil sıfatı ile katılabilecekleri ve zararın giderilmesine ilişkin şahsi hak taleplerini aynı çerçevede dile getirebilecekleri öngörülebilecektir. Bu sistemde rekabet ihlallerinden zarar görenler, şikâyetlerini Kuruma bildirecek, Kurum gerekli araştırmayı yapıp dava açılmasına yer olup olmadığına karar verecek, dava açılmasına yer olmadığına karar verdiği takdirde ise, mağdurların mahkeme nezdinde anılan karara itiraz hakları olacaktır. Bu itirazdan da sonuç alınamaması halinde, mağdurların hukuk mahkemelerinde genel sorumluluk hukuku ilkelerince davalarını takip imkânları saklı kalacaktır. Ancak bu haliyle davayı başarılı şekilde yürütme ihtimalleri fiilen kısıtlı olacaktır, ki kanaatimizce bu kısıtlılık hali, kamusal takibin başarısı ve verimliliği karşısında çekilebilir bir haldir.

Bu sistemde uzman mahkeme, re'sen tahkik ilkesi, müdahale ve şahsi hak talebi hakkı birlikte değerlendirildiğinde görülecektir ki, yukarıda sayılan dava masrafları, ispat, uzmanlık, zamanaşımı ve idari sürecin sekteye uğrayabilmesi sorunları kendiliğinden çözülmektedir. Aynı şekilde mağdurların şikâyetlerini Kuruma bildirmeleri, bu sayede somut olayın uzmanı tarafından tahlili usul ekonomisini de beraberinde getirecektir.

Önerilen sistemde son olarak anılan kanuna, riskli gruplar açısından açık hükümler koymak gerekecektir. Özellikle tüketicilerin *Opt in* ilkesine dayanan grup davalarına müsaade eden bir hüküm faydalı olacaktır.

Kanaatimizce, bunun dışında mevcut sorumluluk hukuku ilkelerinden ayrılmayı gerektirecek başkaca bir düzenleme ihtiyacı kalmayacaktır. Örneğin, tazminat miktarı, yukarıda da belirtilen faizin başlangıç hesabı nedeniyle tekrar bir misline indirilebilecektir. Aynı şekilde zarar, gerçekten zararı taşıyan nezdinde tazmin edilecektir. Mevcut sorumluluk hukuku-



muz *passing on defence*'i kabul eder niteliktedir. Yine mevcut hukukumuzun tüketici derneklerinin taraf ehliyetlerini sadece tecavüzün tespiti, men'i ve def'i konularında tanıyıyor olması ve tazminat davasına imkân vermemesi de kabul edilebilir niteliktedir.

### SONUÇ

Rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanması önündeki güçlüklerin aşılması kararı, burada temsil edilen görüşe göre, hukuki olmaktan ziyade politiktir. Rekabet hukukunun amacı, işlevi, ondan beklentilerimiz ve genel hukuk anlayışımız arasında farklılıklar bulunmaktadır:

Kimileri rekabetin kendisini hukuken korunmaya değer bir varlık olarak görür, rakiplerin ve tüketicinin korunmasını amaç olarak değil de, rekabetin korunmasının doğal sonucu olarak algılar ve rekabet hukukunda *private antitrust enforcement* müessesesine o yönde bir anlam biçer. Kimileri ise rekabetin sırf "*consumer welfare*" ya da verimlilik için korunduğunu, rakiplerin birbirlerinden, tüketicilerin hepsinden korunması gerektiğini düşündüklerinden *private antitrust enforcement* müessesine daha fazla anlam yüklerler.

Kimileri tazminatın cezalandırma aracı olamayacağını, kimileri ise kişilerin rekabet kurumları gibi kendi imkânlarınca rekabetin korunmasına katkıda bulunmaları gerektiğini düşünür.

İşte bu anlayış farklılıklarımız dolayısıyla ki, öğretilerde rekabet hukukunun hukuk mahkemeleri eliyle uygulanması yolunun güçlendirilmesi hususunda müspet olduğu kadar menfi görüşler de bulunmaktadır.

Bu çalışma kapsamında bu nedenlerle, konu ile ilgili farklı uygulamaları ele aldıktan sonra, kanaatimizce uygulanması halinde iki farklı anlayış arasında dengeli bir sonuca varabilecek, rekabet hukukunun başkaca sorunlarını da çözerek etkinliğini artıracak özel rekabet mahkemesi ve ona bağlı çalışan kurum ile rekabet ihlallerinden mağdur olanların müdahale ve şahsi hak davası imkânını öngördüğümüz bir çözüm önermiş bulunmaktayız.

### ZUSAMMENFASSUNG

*In der vorliegenden Arbeit wird auf die Hindernisse vor dem sog. private antitrust enforcement eingegangen. Problematisch in diesem Sinne ist vor allem die Frage der Streitkosten, Beweislast, Verjährungsfristen und fehlender Expertise von Gerichten. Dabei kann der Versuch unternommen werden, all diese Probleme durch Sonderregelungen abzuschaftern. Dahingehend änderte zum Beispiel Deutschland im Jahre 2005 das GWB.*

*Unseres Erachtens liegen die Wurzeln der Problematik jedoch viel tiefer. So etwa müsste man sich erst einmal im Klaren sein, dass "private antitrust enforcement" auf die bisher gut funktionierende "public antitrust enforcement" hemmend auswirken könnte. Darüber hinaus zeigt uns die Erfahrung, dass, trotz aller Versuche im europäischen Feld, die Privaten im Bereich des Kartellrechts einfach scheu sind und weiterhin so bleiben können. Dies könnte dann auch dazu führen, dass sich die etwaigen Gesetzesänderungen als Totgeburten ausweisen könnten. Aus diesen Gründen und anlehnend auf die wertvollen Ideen Heinemanns wird in der vorliegenden Arbeit vorgeschlagen, die beiden Gebiete der kartellrechtlichen Verfolgung, nämlich private und public antitrust enforcement, zusammenzubringen und zwar unter dem Dach eines spezialisierten Wettbewerbsgerichtes.*

*Das Gericht wäre dabei über die Wettbewerbsbehörde platziert. Die Wettbewerbsbehörde könnte dennoch all ihre Kompetenzen beibehalten. Dadurch würden auch die Privaten die Gelegenheit haben, ihre Sache über die Behörde indirekt vors Gericht zu tragen. Solch eine Regelung könnte auch den Streit über die Verfassungsmässigkeit von Geldbussen beenden, die von den Wettbewerbsbehörden angehängt werden.*

### KAYNAKÇA

- BORER, Jürg, Art. 34 KG, *Wettbewerbsrecht I*, Kommentar, Zürich 2011.
- BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox: A Policy War at with Itself*, New York 1978.
- CENGİZ, Dilek, *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları*, İstanbul 2006.
- DEMİR, Koray, "Rekabet Hukuku ile Kişilik Hakları Bağlantısı", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 14, Sayı 160, Yıl 2016, s. 1839-1861.
- DUCREY, Patrick, KG 37, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1997.
- GÜVEN, Pelin, *Rekabet Hukuku*, Ankara 2008.
- GÜVEN, Pelin, *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*, Ankara 2003.
- HEINEMANN, Andreas, *Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts*, Bern 2009.
- IMMENGA/MESTMAECKER, GWB § 40, *Wettbewerbsrecht*, 5. Auflage 2014.
- İNAN, Nurkut /PİKER, Mehmet B., *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Ankara 2007.
- KANTZENBACH, Erhard, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, Göttingen 1967.

- REICH, Philippe M., KG 34, *Kartellgesetz*, Stämpflis Handkommentar, Bern 2007.
- RIESENKAMPF/STEINBARTH, GWB §40, Loewenheim vd., *Kartellrecht*, 3. Auflage 2016.
- SCHMIDT, Ingo, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, Stuttgart 2001.
- SINCLAIR, Jonathan,(2001-2002), “Damages in Private Antitrust Actions in Europe”, 14 Lay. *Consumer L. Rev.*, s. 547.
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, *Borçlar Hukuku*, İstanbul 1993.
- von BÜREN, Roland, *Kartellrecht*, Von Büren, Roland/Marbach Eugen, *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bern 2002.
- WILS, Wouter P.J., (2003), “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?”, *World Competition*, Volume 26, Issue 3, s. 473-485.
- YİĞİT, İlhan, *Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*, İstanbul 2013.
- ZAECH, Roger, *Schweizerisches Kartellrecht*, Bern 2005.

## TOPTAN TEMLİKTE TEMİNAT İLE TEMİNAT ALTINA ALINAN ALACAK ARASINDAKİ ORANSIZLIK SORUNU

### DAS PROBLEM DER UNVERHÄLTNISSMÄSSIGKEIT ZWISCHEN DER SICHERHEIT UND DER ZU SICHERNDEN FORDERUNG BEI GLOBALZESSIONEN

Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN\*

#### ÖZ

*Teminat hukuku uygulamasında teminat amaçlı toptan temlik çok yaygın bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede özellikle borçlunun doğmuş ve doğacak bütün alacaklarının alacaklıya teminat amaçlı temlik edildiğine dair farklı hükümlere rastlamak mümkündür. Ancak ilişki devam ettikçe temlik edilen alacak miktarı çoğalmakta, teminat altına alınması amaçlanan miktar ise azalabilmektedir. Teminat veren, temlike konu olan alacak üzerinde bütün tasarruf imkânını yitirmekte, bu alacağı başka şekilde teminat olarak gösterme imkânından mahrum kalmaktadır. Çalışmamızın konusu, güvence altına alınan alacak ile bu alacak için sunulan teminat arasındaki oransızlığın sınırlarını belirlemek ve oransızlık halinde borçlunun hangi imkânlara başvurabileceğine dair çözüm önerileri sunmaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Toptan temlik, oransızlık, inançlı işlem, kişilik hakkı, ahlaka aykırılık, gabin, uyarılama, genel işlem koşulları*

---

\* Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (cekin@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-3808-5332.

## THE PROBLEM OF DISPROPORTION BETWEEN SECURITY AND SECURED RECEIVABLE REGARDING BLANKET ASSIGNMENTS

### ABSTRACT

*In the consulting practice of the law on secured transactions, blanket assignments are widely spread. In this context, you can find many clauses where an obligation is secured through the creation of security rights in present or future receivables. But it may happen that with time the amount of the security rights in receivables grows and at the same time the amount of the secured obligation decreases. At the same time, the debtor loses his opportunity to use the receivables for any other purpose. The topic of this essay is to determine under which circumstances there is a disproportion between security and secured receivable regarding blanket assignments and to present proposals for the possible solution of this problem.*

**Keywords:** *Blanket Assignment, disproportion, blanket assignments within secured transactions, fiduciary securities, right of personality, good faith, usury, adjustment, general terms and conditions*

### GİRİŞ

Borcun ifa edil(e)meme riskinin sınırlanması, teminatın esas işlevi olarak belirtilmektedir<sup>1</sup>. Riskten kasıt ise, borcunu önceden ifa eden tarafın bunun karşılığını elde edememesidir. Bu risk özellikle kredi ilişkilerinde kendisini gösterse de kredi dışında taraflardan birinin önceden ifada bulunduğu her türlü sözleşme kapsamında da söz konusu olabilir<sup>2</sup>. İşte bu riske karşı alınacak önlem, önceden ifada bulunan sözleşme tarafının diğer taraftan teminat talep etmesidir.

İşaret edilen bu teminat ilişkisinde iki farklı menfaat çatışmaktadır. Bunlardan birincisi, bir borç ilişkisi çerçevesinde önceden ifada bulunan tarafın aynı ilişki çerçevesinde karşı alacak hakkının güvence altına alınmasıdır. Zira borçlunun iflası gibi durumlarda bu taraf, alacağını kısmen ya da tamamen elde edememe riskiyle karşı karşıyadır. Özellikle ülkemizde (tarihte) yaşanan ekonomik krizler, yüksek enflasyon ve ekonomik çalkantılar dikkate alındığında önceden ifada bulunan tarafın korunmaya

<sup>1</sup> Bilgehan Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 13.

<sup>2</sup> Çetiner, s. 13, 14.

değer bir menfaati bulunduğunu söylemek pekâlâ mümkündür. Öte yandan teminat gösteren, önceden ifade bulunan tarafa kendi malvarlığını ya da üçüncü bir kişinin malvarlığını teminat olarak sunduğu için teminat konusu şeyler üzerindeki tasarruf yetkisini kısmen ya da tamamen kaybetmektedir. Dolayısıyla önceden ifade bulunanın alacak hakkını teminat altına alma menfaatine karşılık teminat verenin de teminat gösterdiği malvarlığı üzerinde (yeniden) tasarruf edebilme hususunda bir menfaati söz konusudur. Zira teminat verenin teminat konusu olan eşya ya da alacak haklarını teminata konu etmesiyle birlikte bunları farklı şekilde kullanma imkânı ortadan kalkacak, hatta kişinin malvarlığının tümü ya da büyük bir kısmı üzerinde tasarruf imkânını kaybetmesi, ekonomik hareket alanının da daralması ve çoğu zaman tamamen ortadan kalkması anlamına gelecektir.

Sunulan teminat ile teminat altına alınan alacak arasındaki ilişki de farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda öngörülen birçok teminat türü, asıl borç ilişkisi ile teminat ilişkisi arasında bir bağımlılık öngörmüştür. Gerçekten de kişisel teminatların başında gelen kefalet ya da aynı teminat olarak taşınır ve taşınmaz rehni dikkate alındığında, kanunda öngörülen teminat türlerinin fer'i nitelikte olduğu söylenebilecektir. Ancak rehin müessesesi çerçevesinde karşılaşılan en büyük sorun, rehin konusu şeyin teminat altına teslim edilmesi zorunluluğudur<sup>3</sup>. Bu zorunluluk ticari hayatta şöyle bir kısır döngüye neden olmaktadır: borçlu, borcunu ödemek için aslında araç gereçlerini çalıştırmalıdır; ancak bu teçhizatı rehin alacaklısı veya üçüncü bir şahsa teslim edilmesi ile borçlu, bunları çalıştırıp gelir elde etme imkânından mahrum kalacaktır.

Uygulamada bu soruna farklı çözüm yolları aranmıştır. Bunların başında inançlı temlik gelmektedir. Teminat amaçlı yapılan bu işlemde mülkiyet, inanılan sıfatıyla alacaklıya devredilmektedir<sup>4</sup>. Bu durumlarda teminata konu olan alacağın geçersizliği, yapılan tasarruf işlemi doğrudan etkilemez. Bu sebeple de teminat veren, alacağa konu olan ilişkinin geçersiz olduğu gerekçesiyle aynı nitelikte bir hakka dayanarak teminat konusu

<sup>3</sup> Bkz. MK md. 939 f. 1: “Kanunda öngörülen ayrık durumlar dışında taşınırlar, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilir”.

<sup>4</sup> Ergun Özsunay, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968, s. 1 vd. Bu tür sözleşmelerin *lex commissoria* yasağını ihlal etmediği hususunda bkz. İlhan Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997, (MK.m.788/c.2 ve MK.m.863), s. 120.

alacak ya da eşyayı geri isteyemez. Bu hallerde olsa olsa nisbi nitelikte ve genellikle inanç sözleşmesine dayalı bir talep hakkı gündeme gelir<sup>5</sup>.

Güvence altına alınmak istenen alacak ile bunun için sunulan teminatın birbirinden bağımsız olması ise, bu iki kalem arasında bir oransızlığın meydana gelmesini tetikleyici niteliktedir. Ancak her ne kadar hukukumuzda teminat amaçlı mülkiyet devri<sup>6</sup> ve toptan temlik<sup>7</sup> kabul gören ve doktrinde de birçok incelemeye konu olan müesseseler olsa da, gösterilen teminat ve teminat altına alınması amaçlanan risk arasında açık bir oransızlığın şartları ve sonuçları, görüldüğü kadarıyla etraflıca incelemeye tabi tutulmamıştır. Kanaatimizce bunun sebebini uygulamada böyle bir ihtiyacın bulunmadığı gerekçesine dayandırmak mümkün değildir. Bilakis ülkemiz uygulamasına ve özellikle bankalar tarafından sunulan genel kredi sözleşmelerine bakıldığında bankaların en ufak meblağlar için dahi oransız şekilde teminat talep ettiklerini gözlemlemek mümkündür<sup>8</sup>. Diğer hallerde

<sup>5</sup> Toptan temlikin inanç sözleşmesi niteliği hakkında bkz. Saibe Oktay Özdemir, “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1999-2000, s. 277. *Dayınlarlı*, bu tür teminatın özellikle Almanya’da yaygın hale gelmesi hususunda, sadece ekonomik değil, hukuki sebeplerinde önemli bir rol oynadığına işaret etmektedir (Kemal Dayınlarlı, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, Dayınlarlı Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2010, s. 118). Gerçekten de Türk/İsviçre hukukuna kıyasla gerek taşınır, gerek ise taşınmazlara dair yapılan tasarruf işlemlerinde borçlandırıcı işlemde soyutluk ilkesini benimsemiş olan Alman hukukunun sırf teminat amaçlı ve hukuki sebebi inanç sözleşmesinde yatan inançlı temlik müessesesini benimsemesi olağan karşılanmalıdır.

<sup>6</sup> Oktay Özdemir, “Mülkiyet Devri”, s. 277 vd.; Atiye Uygur, “Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler”, *GÜHFD*, Ankara, 2006, C.X, S.1-2, s.171.

<sup>7</sup> Saibe Oktay Özdemir, “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, *İÜHFM* (1999), C. LVII, S. 1-2, s. 241 vd.; Nurcihan Dalcı, *Alacağın Toptan Temliki*, Ankara, 2009, Yüksek Lisans Tezi.

<sup>8</sup> *Vakıfbank, madde 8:*

-Müşteri, kendisinden istenen teminatları Banka tarafından saptanacak koşul ve şekillerde, kredinin limitine, marj oranına göre Banka tarafından tayin olunacak süre içinde Banka’ya vermekle ve bunlarla ilgili sözleşmeleri ve belgeleri imzalamakla yükümlüdür.

Madde 9.3 b): Müşteri, Bankanın istediği ve dilediği zaman kredinin teminatı olarak Bankaca uygun görülen doğmuş ve doğacak alacaklarını (daha önce başkalarına rehin veya temlik edilmemiş olmak kaydıyla) Bankaya rehin veya temlik etmeyi taahhüt eder.

*Denizbank, 5.06 Teminat:*

Kredi Alan, Finansman Belgeleri tahtında doğmuş ve/veya doğacak anapara, faiz, temerrüt faizi, komisyon, ücret, masraf dahil bütün borç ve yükümlülüklerinin teminatı olarak, Banka tarafından uygun görülecek miktar, tutar ve nitelikte ve Banka tarafından

her ne kadar sözleşme akdedildiği esnada bir oransızlık söz konusu olmasa da sözleşme esnasında alacaklıya temlik edilen alacaklar arttıkça alacak ile rehnin değeri arasında ciddi oransızlık meydana gelmektedir. Özellikle teminat niteliği taşıyan toptan temlik hallerinde bu sorunun ortaya çıkması mümkündür. Yine sözleşme akdedildiği sırada var kabul edilen teminat ile alacak arasındaki makul oranın, teminatın sözleşmenin kurulmasından sonra değer kazanması ile ortadan kalkmasıdır. Özellikle gayrimenkul piyasasında yaşanan değer artışı dikkate alındığında seneler önce teminat olarak gösterilen bir gayrimenkulün kısa bir süre içinde değer kazanması, teminat ile alacak arasında oransızlığa sebebiyet verecek niteliktedir. Bütün bu hallerde teminat verenin teminat konusuna tekrardan kavuşma menfaati söz konusudur.

Bu çalışma kapsamında, fer'i nitelik taşımayan bir teminat türü olan toptan temlik hallerinde, özellikle de alacakların inançlı toptan temliki çerçevesinde, alacaklıların ve hususiyetle bankaların sözleşme ilişkisi kurulduktan sonraki aşamada sınırsız teminat talebinde bulunma imkânlarının olup olmadığı, şayet alacak ile teminat arasında makul bir oranın benimsenmesi gerektiği kabul edilirse bu sınırın nasıl ve hangi ölçütlere göre belirlenmesi gerektiği ve nihayet söz konusu sınırın aşılması halinde borçlunun makul oranı aşan teminatı geri isteme hakkının olup olmadığı, şayet böyle bir talep hakkı mevcut ise bunun hukuki dayanağının ne olacağı sorularına sırasıyla cevap aranacaktır.

Şunu da belirtelim ki yukarıda işaret edilen sorunları giderebilmek ya da en azından bir nebze hafifletebilmek amacıyla kanun koyucu, rehin hukukunda ticari işletmelerde teslim koşuluna çok önemli bir istisna getirmiştir. Gerçekten de 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu md. 1'de açıkça "*Bu Kanunun amacı; teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırların kapsamının genişletilmesi, taşınır rehninde aleniyetin sağlanması ile rehinin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmaktır*" ifadelerine yer verilmiştir. Ne var ki ilgili kanun çerçevesinde rehnedilen taşınmazın rehin siciline kaydedilmesi<sup>9</sup>, bu çerçevede yapılacak olan borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerinin kanunda

---

kabul edilebilir şekil ve içerikte her türlü teminatı Banka lehine tesis etmeyi ve bu amaca uygun her türlü sözleşme ve belgeyi Bankaya temin etmeyi taahhüt eder.)

<sup>9</sup> Bkz. md. 4 f.1: "*Rehin hakkı, rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilmesiyle kurulur*".



öngörülen bir takım şekil şartlarına tabi tutulması<sup>10</sup> gibi sebeplerle uygulamada bu yöntemin, fer'i nitelikte olmayan teminat yöntemlerini bertaraf edeceğini söylemek an itibariyle ihtimal dâhilinde gözükmemektedir. Dolayısıyla fer'i nitelikte olmayan teminatların halen büyük bir önem taşıdığı söylenebilecektir. Ayrıca toptan temlik bağlamında borçlu menfaatlerinin de dikkate alınması ve borçluya oransızlık hallerinde teminatını kısmen de olsa geri isteme hakkı tanınması, taraflar açısından teslimsiz taşınır rehnini daha da cazip hale getirecek, söz konusu mekanizma kanun koyucunun Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu çerçevesinde güttüğü amacı da destekleyecektir.

## TOPTAN TEMLİK HÜKÜMLERİNİN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Toptan temlik uygulamada sıkça rastlanan bir teminat türü olsa da, bu müessesenin geçerliliği ve uygulanacak hükümler açısından fikir birliğinin mevcut olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple öncelikle toptan temlike hangi hükümlerin uygulanacağı sorusunun Türk/İsviçre hukuku açısından ele alınması, ardından bu çerçevede ortaya çıkabilecek oransızlık sorununa dair Türk/İsviçre hukukunda ortaya atılan görüşlerin sunulması ve değerlendirilmesi gerekecektir. Bu incelemeyi takiben kredi müessesesinin çok gelişmiş olduğu ve oransızlık sorununun birçok mahkeme kararına konu olduğu Alman hukukuna değinilecek ve ilgili görüşlerin Türk hukuku açısından uygulanabilirliği değerlendirilecektir.

### 1. Genel Olarak Toptan Temlik

Özü itibariyle toptan temlik, “*mevcut ve gelecekteki ferdi alacaklara dair münferit temliklerin sadece kavramsal olarak bir araya getirilmesi*” hususunu ifade etmektedir<sup>11</sup>. Her ne kadar Türk/İsviçre hukukunda henüz doğmamış alacakların temlik edilemeyeceğini savunan bir görüş mevcut

<sup>10</sup> Bkz. md. 4 f. 2 ve 3:

“(2) Rehin sözleşmesi elektronik ortamda ya da yazılı olarak düzenlenir.

(3) Elektronik ortamda düzenlenen rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilebilmesi için sözleşmenin güvenli elektronik imza ile onaylanması şarttır.”

<sup>11</sup> Arif B. Kocaman, *Factoring İşleminin Hukuki Niteliği*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992, s. 122.

olsa da<sup>12</sup>, ağırlıkta olan görüş alacağın belirlenebilir nitelikte olmasını yeterli bulmaktadır<sup>13</sup>. Doktrin ve uygulamada artık kabul gören hâkim görüşe uyulduğu takdirde toptan temlikin geçerli sayılabilmesi için şu üç şart aranmaktadır:

(1) Temlike konu olan alacak hakları belirli ya da belirlenebilir nitelikte olmalıdır;

(2) teminat altına alınan alacak hakları belirli ya da belirlenebilir olmalıdır<sup>14</sup>;

(3) toptan temlik, zamansal açıdan sınırlandırılmış olmalıdır<sup>15</sup>.

Önemle belirtelim ki belirlenebilirlik kıstası geniş yorumlanmakta, bu sebeple toptan temlike konu olan alacakları alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiyle sınırlandırmak, belirlenebilirlik açısından yeterli sayılmaktadır<sup>16</sup>. Hatta gelecekte doğacak olan alacak haklarının temliki açısından dahi bu esas kabul edilmekte, taraflarca gerçekleştirilen toptan temlik işleminin, borçlandırıcı işlem değil, bilakis tasarruf işlemi niteliği taşıdığı kabul edilmektedir<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Zürich, 1988, s. 544.

<sup>13</sup> Baki İlkey Engin, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 29, 33; Aral, “Topyekün Temlik”, *AÜHFD*, C. 42 (1992-1994), Sayı 1-4, s. 115; Oktay Özdemir, “Alacak Devri”, s. 287; Hausheer/ Walter, *Berner Kommentar Band IV/2/5/1*, 3. Auflage, 2010, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Systematischer Teil, kn. 1570; Dieter Zobl, “Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtsprechung – Eine Standortbestimmung”, *SJZ*, 1989, 352 vd.; Wolfgang Wiegand, “Fiduziarische Rechtsgeschäfte”, *ZBJV*, 1980, 561; Alfred Koller, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Stämpfli Verlag, 3. Auflage, Bern, 2009, § 84 kn. 194; Theo Guhl/ Alfred Koller, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Schulthess Verlag, 9. Auflage, Zürich, 2000, § 34 kn. 19 vd.; *BGE* 126 V 263; 113 II 165; Kocaman, s. 122.

<sup>14</sup> Toptan temlikin belirlilik ilkesi açısından sebebiyet verdiği sorunlar ve bu bağlamda doktrinde yaşanan tartışmalar hakkında daha geniş bilgi için bkz. Kocaman, s. 123 dn. 315.

<sup>15</sup> *BGE* 57 II 539; *BGE* 112 II 243; Kocaman, s. 122 dn. 311’de belirtilen mahkeme kararları ve eserler; Peter Gauch/ Walter R. Schlupe, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band II, Schulthess Verlag, 10. Auflage., Zürich, 2014, s. 233 vd.; Dayınlarlı, s. 116.

<sup>16</sup> Oktay Özdemir, “Alacak Devri”, s. 285, 286; Peter Reetz, *Die Sicherung von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme*, Zürich, 2006, s. 244, 247 vd.

<sup>17</sup> *BGE* 113 II 163 vd.; Zobl, kn. 1664 vd. Ancak alacağın temliki bir tasarruf işlemi olarak

## 2. Toptan Temlik ve Oransızlık Sorunu

### A. Türk/İsviçre Hukukunda Oransızlık Sorunu

Türk/İsviçre hukukunda alacak ile teminat arasındaki oransızlık sorunu daha çok rehin kapsamında ele alınmaktadır. Güvence altına alınması amaçlanan alacak ile teminat arasındaki oransızlık, özellikle kişilik hakkının ihlali, gabin ve son dönemde uyarlama ekseninde incelenmektedir. Toptan temlik ya da inançlı temlik bağlamında da oransızlık meselesi tartışılmakta, çözüm olarak yine kişilik hakkının ihlali ya da gabin müesseselerinin uygulanması önerilmektedir. Ancak bu hususlara değinilmeden önce ilgili sözleşmelere uygulanacak hukuk kurallarının tespit edilmesi gerekecektir.

#### a. Teminat Amaçlı Toptan Temlikte Uygulanacak Hükümler

Teminat amaçlı toptan temlik genellikle bir inançlı işlem niteliği taşımaktadır<sup>18</sup>. Nitekim bu bağlamda teminat veren, teminat alanın alacak hakkına güvence teşkil etmesi amacıyla doğmuş ve doğacak haklarını temlik etmektedir. Dolayısıyla oransızlığa dair bir değerlendirme yaparken inançlı işlem çerçevesinde kabul gören inanan ile inanılan arasındaki tipik menfaat dengesinin gözden kaçırılmaması lazımdır. Bu sayede tarafların, temlik sözleşmesinde açıkça bir hükme yer vermedikleri takdirde, borç ve yükümlülüklerinin de tespiti mümkün hale gelecektir. Uygun düştüğü takdirde kıyasen uygulanması kabul edilen diğer hükümler ise, rehine ait düzenlemelerdir<sup>19</sup>. Ancak bu çerçevede özellikle kıyasen uygulama şartlarının oluşup oluşmadığını, yukarıda işaret edilen menfaat dengesi doğrultusunda tespit etmek gerekecektir.

---

nitelendirildiği takdirde, belirlilik ilkesinin bu tür işlemler çerçevesinde dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Henüz doğmamış bir alacak üzerinde belirlilik ilkesi doğrultusunda tasarrufta bulunulması söz konusu ilke açısından sorunlu olarak değerlendirilmiş ve bu sebeple İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları eleştirilmiştir; daha geniş bilgi için bkz. Kocaman, s. 123 vd. dn. 315.

<sup>18</sup> Aral, s. 99; A. Lale Sirmen, *Alacak Rehni*, Ankara, 1998, s. 39; Şirin Aydınçık, “Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temliki”, *İÜHFM*, İstanbul, 2006, C. LXIV, S.1, s. 136; Turhan Esener, *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956, s. 155.

<sup>19</sup> Özsunay, s. 137 vd.

b. Teminat Miktarını Belirleme Yetkisini Bütünüyle Bir Tarafın Takdirine Bırakan Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu

Her ne kadar toptan temlik, doktrin ve uygulamada hâkim olan görüşe göre mümkün olsa da, “*edim yükümlülüğünün içerik ve konusunu belirleme yetkisinin, mutlak bir şekilde alacaklı veya üçüncü bir kişinin irade ve keyfiyetine bırakılması, TMK md. 23’e aykırı olabilir*”<sup>20</sup>. Soruna genel kredi sözleşmelerinde bankaya tanınan teminat isteme yetkisi açısından yaklaşıldığında, bu yetkinin bütünüyle bankanın iradesine bırakıldığı durumlarda yukarıda zikredilen kuralın uygulama alanı bulacağı hususunda şüphe etmemek gerekecektir.

Nitekim başlangıçta işaret edilen menfaat dengesi dikkate alındığında banka, kredi sözleşmesinden doğan alacak hakkını, önceden ifade bulunması sebebiyle haklı olarak teminat altına almak isteyecektir. Ancak bankanın riski tamamiyle güvence altına alındığı takdirde gereğinden daha fazla teminatı elinde tutmasının meşru bir dayanağı kalmayacaktır. Bu aşamadan sonra teminat veren müşterinin kendi malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilme ve iktisadi hareket serbestisini kullanabilme menfaati ağır basacaktır. Bu sebeple kredi miktarından bağımsız ve bütünüyle bankanın keyfi iradesine bağımlı şekilde teminat talep yetkisi veren hükümler, TMK md. 23 ve genel olarak TBK md. 27 çerçevesinde ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizlerdir.

Ayrıca belirtelim ki söz konusu düzenlemeler, çoğu zaman tip sözleşme niteliğinde sunulduklarından genel işlem koşulu niteliği de taşımaktadırlar. Bu sebeple ilgili hükümlerin içerik denetimi çerçevesinde geçersiz sayılmaları da gündeme gelebilir. Nitekim TBK md. 25’e göre “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*”. Bir düzenlemenin karşı tarafın aleyhine ya da onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığını belirlerken ise özellikle yedek hukuk kuralları niteliğindeki normlara bakılmalıdır. Bu çerçevede Borçlar Kanunu’nun genel bölümünde yer verilen kurallar, “*her türlü sözleşme tipi için uygulama alanına sahip olduğundan sürekli olarak göz önünde*” bulundurulmalıdır<sup>21</sup>. Dolayısıyla TBK md. 27’ye aykırı düşecek bir düzenleme, elbette TBK md. 25 çerçevesinde de geçersiz sayılacaktır.

<sup>20</sup> Fikret Eren, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 17. Bası, Ankara, 2016, s. 915; Gauch/ Schlupe, II, kn. 2271.

<sup>21</sup> Yeşim Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem

### c. Oransızlık Sorunu

İfanın konusunu belirleme yetkisini bütünüyle bir tarafa tanıyan hükümler her türlü sözleşmede karşımıza çıkabilecekken ve dolayısıyla özel bir durum arz etmez iken, oransızlık sorunu özellikle teminat ilişkilerinde sıkça karşılaşılan bir sorundur. Bu sebeple aşağıda, inançlı toptan temlik çerçevesinde oransızlığın çözümüne dair ortaya atılan fikirler sunulacak ve değerlendirilecektir.

#### aa. Rehin Hukuku Açısından Teminatın Bölünmezliği İlkesi ve İnançlı Temlike Kıyasen Uygulanabilirliği

İnançlı temlik sözleşmelerinin bünye ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde, rehin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmişti. Bu çerçevede özellikle teminatın bölünmezliği ilkesinin<sup>22</sup> üzerinde durulması gerekir. Bu ilke gereğince rehin konusu bir bütün halinde rehinli alacağı teminat altına alır. Dolayısıyla borçlu kısmen ifade bulunarak rehinli alacak miktarını azaltsa da, rehin hakkı aynen devam eder<sup>23</sup>. Bir diğer ifade ile taraflar arasında aksine bir sözleşme yoksa rehin alacaklısı, alacak hakkını aşan teminat kısmını geri vermekle yükümlü değildir.

Bu ilke çerçevesinde taraflar, kural olarak teminat miktarını diledikleri şekilde belirlemekte serbesttirler. Bir diğer ifade ile rehin konusu şeyin değer itibarıyla alacaktan daha yüksek ya da düşük olması önem taşımaz. Aksine alacaklı, ancak alacağının tamamını elde ettiği takdirde rehin konusu şeyi geri vermekle yükümlü olduğu için, rehinli alacak miktarının azalması, rehin konusu şeyin kısmen geri verilmesi yükümlülüğünü doğurmayacaktır<sup>24</sup>. İsviçre doktrininde hâkim olan görüş de bu doğrultuda teminat amaçlı temliklerde teminatın bölünmezliği ilkesinin aynen uygulama alanı bulacağını, dolayısıyla MK md. 944 f. 2 hükmünün bu tür sözleşmelerde kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>25</sup>.

---

Koşullarının Denetlenmesi- TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, BATIHA E Yayını, Ankara, 2012, s. 45.

<sup>22</sup> Bkz. Haluk Nami Nomer/ Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 3. Bası, İstanbul, 2016, s. 240.

<sup>23</sup> Karl Oftinger/ Rolf Baer, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Sachenrecht, Abteilung 2/c, Art.884-918*, Zürich, 1981, Art. 889 kn. 20.

<sup>24</sup> BK-Zobl, Systematischer Teil, kn. 389.

<sup>25</sup> BK-Zobl, Systematischer Teil, kn. 1443; Oftinger/ Baer, Systematischer Teil, kn. 264, 307; Mirko Stiefel, “Die Übersicherung des Kreditgebers im Schweizer Recht”, *AJP*, 2017, s. 24.

### bb. Gabin Görüşü

Ancak başlangıçtan beri ya da sonradan rehinli alacak ile rehin konusu şeylerin değeri arasında açık, -herkesin ilk bakışta kolaylıkla görebileceği- bir oransızlık söz konusu olduğu takdirde gabin hükümlerine başvurulabileceği savunulmaktadır<sup>26</sup>. Buna göre “*eğer toptan temlik yapılmak suretiyle, inanana aşırı bir garanti verilmiş olduğu söylenebiliyorsa edimler arasında oransızlık söz konusu olacak demektir*”<sup>27,28</sup>. Her ne kadar gabin, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından uygulama alanı bulsa da, MK md. 1 f. 2 çerçevesinde rehin sözleşmesine de (hükümün amacı dikkate alınarak) uygulanacaktır. Yine hâkime TBK md. 182 f. 3 çerçevesinde ceza koşulunu makul bir seviyeye indirme görevi yüklendiği gibi bu çerçevede de hâkimin rehin alacağını dikkate alarak teminat miktarını makul bir orana indirmesi gerektiği savunulmaktadır. Özellikle muhtemel değer kayıplarına rağmen alacaklının alacak hakkını karşılayacak bir miktarın

<sup>26</sup> BK-Zobl, Systematischer Teil, kn. 390.

<sup>27</sup> Oktay Özdemir, “Alacak Devri”, s. 289; Aral ise, ekonomik veya ticari hayat tehlikeye atılmadığı sürece gabinin söz konusu olmayacağını dile getirmekle (Aral, s. 123) gabin ile kişilik hakkının ihlali arasındaki sınırı da ortadan kaldırmaktadır.

<sup>28</sup> Teminatın paraya çevrilmesi aşamasını ilgilendiren bir diğer görüşe göre “*teminat olarak devredilen alacak asıl alacağın miktarından fazla ise kural olarak fazla olan miktar iade edilecektir*”, Oktay Özdemir, “Alacak Devri”, s. 265, 281. Temlik edilen alacak, karşı tarafça elde edildiğinde ifa uğruna edime dönüşür ve şayet asıl alacak miktarını aşan bir miktar elde edilmişse bu kısım temlik edene geri verilmelidir. İfa uğruna edim söz konusu olduğu için alacaklının taleplerine karşı borçlunun “*alacağın teminat olarak devredilen asıl alacak miktarınca sona erdiği itirazını*” yöneltebileceği belirtilmektedir, Özdemir, s. 281; *De Gottrau*, s. 231 dn. 185’e atfen. İfa yerine edim halinde ise teminat olarak verilen alacağın miktarının asıl alacaktan çok veya az olması önem taşımamaktadır. Teminatın paraya çevrilmesinden sonraki döneme ilişkin olarak Oktay Özdemir şu açıklamalara yer vermiştir: “*Teminat olarak devredilen alacak asıl alacağın miktarından fazla ise kural olarak fazla olan miktar iade edilecektir. Teminat olarak devredilen alacağın elde edilmesi ile birlikte teminat verilen alacak ifa uğruna edime dönüşmüş olur ve eğer asıl alacağın miktarını aşan bir para elde edilmişse bu fazlalık iade edilir. Bu nedenle asıl alacağın borçlusu bu andan itibaren kendisine yöneltilen taleplere karşı alacağın teminat olarak devredilen asıl alacak miktarınca sona erdiği itirazını yöneltebilecektir. Eğer asıl alacağın vadesi geldikten sonra taraflar arasında teminat olarak devredilen alacağın tamamen inanılana ait olacağı yönünde anlaşmaya varılmışsa, bu halde ifa yerine edim anlaşmasının yapıldığı kabul edilmek gerekir. Söz konusu durumda teminat verilen alacağın miktarının asıl alacaktan çok veya az olmasının da önemi kalmayacak ve yapılan bu anlaşma ile asıl alacak hakkı tükenmiş olacaktır*”, Oktay Özdemir, s. 281.

belirlenebilmesine işaret edilmekte ve bankalar tarafından öngörülen ortalam oranların esas alınabileceği savunulmaktadır<sup>29</sup>.

Kolaylıkla tespit edilebilir oransızlığın aynı zamanda ahlaka ve kişilik hakkına aykırı olacağı ifade edilmekte, bu sebeple de TBK md. 27 f. 2 (OR Art. 20 f. 2 hükmünde düzenlenen kısmi hükümsüzlük müeyyidesinin uygulanabileceği belirtilmektedir<sup>30</sup>.

#### cc. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Diğer bir görüşe göre açık oransızlığa rağmen rehin alacaklısının TMK md. 944 f. 2'ye dayanması, TMK md. 2 f. 2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir<sup>31</sup>.

Aynı şekilde Alman Federal Mahkemesi de teminatın bölünmezliği ilkesinin sınırlarının hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında çizilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Mahkeme, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 1222 f. 2'de benimsenen ilke doğrultusunda rehin alacağı ile rehin konusu şeyin değeri arasında oransızlık meydana gelebileceğini, kanunun bu oransızlığı ilgili hüküm çerçevesinde kabul ettiğini, fakat bunun sınırının dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının düzenlendiği § 242 hükmü olduğunu ifade etmiştir. Zira alacak, birçok rehin konusu eşya sayesinde rahatlıkla karşılanıyor ise, rehin alacaklısının rehine konu olan eşyaların bir kısmını geri vermemesi, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmektedir<sup>32</sup>.

#### dd. Kişilik Hakkı İhlali

Tıpkı rehin hukukunda olduğu gibi toptan temlik bağlamında da teminat ile alacak arasındaki ilişki, Türk/İsviçre hukukunda daha çok kişilik hakkının ihlali ekseninde ele alınmaktadır. Temlik edenin gelecekte işletme araçlarını ve kazanç imkânlarını bütünüyle kaybettiği hallerde kişilik hakkı ihlalinin gündeme geleceği savunulmaktadır<sup>33</sup>. Bir diğer ifade ile temlik edenin ekonomik hürriyetinin elinden alındığı hallerde ya da iktisadi varlığının tehlikeye düştüğü durumlarda kişilik hakkının ihlalden

<sup>29</sup> BK-Zobl, Systematischer Teil, kn. 390.

<sup>30</sup> BK-Zobl, Systematischer Teil, kn. 390.

<sup>31</sup> Foex, Contrat, kn. 628 (BK-Zobl, Systematischer Teil, kn. 390'dan naklen).

<sup>32</sup> BGH NJW 1995, s. 1085, 1086; Staudinger/ Wiegand, BGB, 12. Auflage. 2011, § 1222 kn. 2.

<sup>33</sup> Oftinger/ Baer, Art. 899 ZGB kn. 72; BK-Zobl, Systematischer Teil, kn. 1676; Aral, s. 124; Oktay Özdemir, "Alacak Devri", s. 287; Engin, s. 29.

bahis açmak mümkündür<sup>34</sup>. Diğer yazarlar, oransızlık halinde teminat sözleşmesi çerçevesinde yapılan bir düzenleme ile bu sorunun ortadan kaldırılabileceğini belirtmektedirler. Ayrıca teminat ile alacak arasında açık bir oransızlığın mevcut olmasına rağmen teminatı teminat verene iade etmeyen alacaklının, MK md. 2 f. 2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranmış sayılacağı belirtilmektedir<sup>35</sup>.

#### ee. Uyarlama Görüşü

Son dönemlerde özellikle taşınmaz rehni bağlamında ipotek hakkının uyarlamaya tabi olup olamayacağı hususu tartışılmaktadır. Nitekim taşınmazın değeri sürekli artmakta iken ipotek tutarı olarak belirlenen paranın enflasyon nedeniyle değer kaybetmesi, bu ikisi arasında oransızlıklara sebebiyet vermektedir. Bu çerçevede hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralına<sup>36</sup> ya da TMK md. 865'e dayalı olarak ipotek bedelinin günün koşullarına uyarlanabileceği belirtilmekte<sup>37</sup>, buna karşılık böyle bir uyarlamanın özellikle belirlilik ilkesine aykırı düşeceği gerekçesiyle uyarlamanın mümkün olmayacağı savunulmaktadır<sup>38</sup>.

#### d. Değerlendirme

Görüldüğü üzere Türk/İsviçre hukukunda oransızlık sorunu ağırlıklı olarak kişilik hakkının ihlali ve gabin ekseninde ele alınmıştır. Bu görüşlerin özellikle süreklilik arz eden ticari ilişkiler açısından incelenmesi isabetli olacaktır.

#### aa. Teminatın Bölünmezliği İlkesinin Uygulanabilirliği

Öncelikle teminatın bölünmezliği ilkesinin inançlı temlik hallerinde uygulanıp uygulanmayacağı hususuna değinmekte fayda vardır. Yukarıda belirtildiği üzere rehin hükümlerinin inançlı işlemler çerçevesinde uygun düşüğü takdirde kıyasen uygulama alanı bulacağı savunulmaktadır. Fakat

<sup>34</sup> BGE 67 II 124, 53 II 329, 51 II 222.

<sup>35</sup> Stephan Weibel, *Financial Assistance bei LBO-Transaktionen, - Eine Gläubigerschutz-analyse unter Berücksichtigung postakquisitorischer Umstrukturierungen*, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Band/Nr. 115, Schulthess Verlag, 2013, dn. 514.

<sup>36</sup> Faruk Acar, "İpotekte Güvence Altına Alınan Alacak Miktarının Günün Ekonomik Koşullarına Uyarlanması", *Legal Hukuk Dergisi*, 2008, C.6, S. 62, s. 487 vd.

<sup>37</sup> Çetiner, s. 133, 134.

<sup>38</sup> Tufan Ögüz, "İpotek Hakkı Uyarlama Talebine Konu Olabilir mi?", *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I, Eşya Hukuku, 20 Ekim 2016, Ögüz/ Engin (Ed.)*, İstanbul, 2017, s. 5, 8 vd.



kanaatimizce MK md. 944 f. 2’de düzenlenen teminatın bölünmezliği ilkesinin inançlı temlik bağlamında kıyasen uygulanmasını meşru kılacak bir sebep yoktur. Nitekim inançlı temlik bağlamında inanılan, rehin alacaklısına kıyasla teminat konusunun mülkiyetini elde etmektedir. Dolayısıyla alacağını elde edemeyen inanılan, kendi tasarrufu ile ve rehin hukukunun sınırlamalarına bağlı kalmaksızın teminatı paraya çevirme imkânına sahiptir. Rehin bağlamında ise rehin alacaklısının rehin konusunun zilyetliğini rehin borçlusuna teslim etmesiyle borçlunun tekrar teminat üzerinde tasarrufta bulunma tehlikesi ortaya çıkacaktır<sup>39</sup>. Bu tehlike karşısında rehin alacağı ile teminatın değeri arasındaki oransızlığın hukuk düzenince kabul görmesi anlaşılabilir. Oysa inançlı temlikte böyle bir tehlike söz konusu değildir. Kaldı ki teminatın bölünmezliği ilkesi, oransızlığı meşru kılacak bir sebep niteliği taşımamaktadır<sup>40</sup>. Dolayısıyla ilgili hükmün inançlı temlik çerçevesinde uygulama alanı bulması isabetli gözükmemektedir.

Kaldı ki ilgili hüküm kıyasen uygulama alanı bulsa dahi oransızlığın tespitinde önerilen kıstasların kabulü mümkün gözükmemektedir. Zira oransızlığın tespitinde bankaların uyguladığı ortalama teminat oranlarının esas alınması fikri ortaya atılmaktadır. Oysa uygulamada sorunlar zaten bankaların oransız şekilde teminat talebinden meydana gelmektedir. Dolayısıyla bizzat bankaların uygulamasından doğan bir sorun çerçevesinde yine aynı bankaların uygulamasını esas almak, uygun bir kıstas olarak gözükmemektedir. Bilakis bu sorunun cevabını bizzat hukuk düzeni vermedir.

Banka uygulamaları değil de gabin bağlamında kabul gören oranlar esas alındığında ise yüksek yargı kararları çerçevesinde kabul gören % 150 ila % 200 oranlarının<sup>41</sup> esas alınıp alınmayacağı, genellikle satış sözleşmeleri için kabul gören bu oranların uzun süreli bir kredi ilişkisi çerçevesinde aynen kabul görmesinin isabetli olup olmayacağı sorularına cevap aramak gerekecektir. Ayrıca kişilik hakkının ihlali ve ahlaka aykırılık kıstasları tamamen belirsiz hukuk güvenliği ilkesini ciddi derecede tehlikeye atacak

<sup>39</sup> Krş. Wolfgang Wiegand/ Christoph Brunner, “Übersicherung und Freigabeanspruch”, *NJW*, 1995, s. 2513, 2520.

<sup>40</sup> Bkz. Herbert Schimansky/ Hermann Josef Bunte/ Hans Jürgen Lwowski, *Bankrechts-Handbuch*, C.H. Beck Verlag, 4. Auflage, München, 2011, § 93 kn. 299.

<sup>41</sup> Yargıtay uygulamasında farklılık gösteren bu oranlar için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, Cilt I*, 5. Bası, İstanbul, 2010, s. 484.

kıstaslar olduğu için inançlı temlik çerçevesinde kabul görmesi isabetli gözükmemektedir.

Nihayet belirtelim ki İsviçre Federal Mahkemesi, zaman ve konu açısından sınırlandırmaya tabi tutulmamış bir toptan temlik sözleşmesinin kısmen hükümsüzlüğünün söz konusu olamayacağına, sözleşmenin bütünüyle geçersiz sayılması gerektiğine hükmetmiştir<sup>42</sup>. Zira kişilik hakkına aykırı olan sözleşmenin hangi kısmının geçerli, hangi kısmının geçersiz sayılacağına tespiti dahi başlı başına belirsizliklere sebebiyet verecektir.

BK md. 100 f. 2’de düzenlenen kısmen ifa kuralı açısından da farklı bir sonuca ulaşmak imkân dâhilinde gözükmemektedir. Nitekim ilgili hüküm, kural olarak kısmi ifayı kabule zorunlu olmayan alacaklıyı korumayı amaçlamaktadır. Bu sebeple kısmi ifada bulunduğu takdirde alacağın teminatsız kısmı için ifada bulunduğu kabul edilmekte, teminatın borcun bakiye kısmı aynen devam edeceği kabul edilmektedir<sup>43</sup>. Belirtildiği üzere ilgili hükmün gayesi, kısmi ifayı kabule zorunlu olmayan alacaklıyı korumaktır. Oysa oransızlık bağlamında korunmaya muhtaç bir alacaklı yoktur. Bilakis rehin müessesesinin imkânları yetersiz görülüp inançlı temlikin tanıdığı geniş imkânlardan istifade edilmiştir. Bu sebeple gerek MK md. 944 f. 2 çerçevesinde benimsenen teminatın bölünmezliği ilkesi, gerekse BK md. 100 f. 2’de düzenlenen kısmi ifa kuralı inançlı toptan temlik hallerinde uygulama alanı bulmamalıdır.

#### bb. Kişilik Hakkının İhlali

Teminat verenin bütün iktisadi imkânlarının elinden alındığı, teşebbüs hürriyetinin ortadan kalktığı hallerde teminat işleminin kişilik haklarına aykırılıktan geçersiz olduğu görüşü, her ne kadar isabetli bir görüş olsa da, hukuk düzeninin teminat verenin ekonomik hürriyetinin tamamıyla kısıtlanması anına kadar müdahalede bulunmaması ve ancak bu aşamadan sonra devreye girmesi kabul edilemez. Nitekim başlangıçta belirtildiği üzere teminat işlemi çerçevesinde bir taraftan teminat alanın ileride alacağına eşdeğer bir teminat elde etme menfaatiyle teminat verenin de teminata konu olan eşya üzerinde en kısa sürede yeniden tasarrufta bulunabilme menfaati karşı karşıya gelmektedir. Teminat verene sadece ve sadece ikti-

<sup>42</sup> BGE 112 II 433 438.

<sup>43</sup> R. H. Weber, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/4*, Heinz Hausheer, (Hrsg.), *Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR*, 2. Auflage, 2005, Art. 85 kn. 493.

sadi hürriyetinin elinden alındığı, bütün gelir imkânlarının kısıtlandığı hal-lerde teminat işleminin geçersizliğine başvurma imkânı tanımak, bu menfaat dengesini teminat alan lehine tek taraflı tesis etmek anlamına gelecektir. Kendisine verilen teminata artık ihtiyaç duymayan alacaklının neden bu teminatı teminat verene iade etmediğini ve dolayısıyla teminat verenin teminat konusu şey üzerinde tasarrufta bulunma imkânından mahrum bıraktığını izah etmek mümkün değildir. Dolayısıyla teminat verenin ihtiyaç duyulmayan teminat konusu eşyayı geri isteyebilme imkânı daha erken bir aşamada devreye girebilmelidir. Ayrıca belirtelim ki kişilik hakkı ihlalinde öngörülen müeyyide, ticari hayatın akışını ciddi derecede etkileyecektir. Zira İsviçre Federal Mahkemesinin toptan temlik bağlamındaki içtihadı dikkate alındığında kişilik hakkının ihlal edildiği neticesine varıldığı vakit bütün işlem geçersiz sayılacaktır. Oysa taraflar arasında uzun zamandır süregelen ticari ilişkinin topyekûn geçersiz sayılması, bu ilişkiyi olumsuz şekilde etkileyebilir. Dolayısıyla bütün ilişkiyi geçersizlik müeyyidesine tabi tutmadan teminat verenin teminatı bazı durumlarda geri isteyebileceği bir mekanizmanın geliştirilmesi gerekmektedir.

Nihayet sözleşmesel ilişkinin bütünüyle değil, kısmen geçersiz olduğu kabul edilse dahi kişilik hakkının hangi aşamadan itibaren ihlal edildiğinin tespit edilmesi gerekecektir.

#### cc. Gabin Görüşü

Kanaatimizce Türk/İsviçre hukukunda oransızlık hususunda ortaya atılan en makul görüş, her ne kadar şartları etraflıca incelenmemiş olsa da, gabin müessesesi çerçevesinde meselenin çözüme kavuşturulmasını savunan görüştür. Ancak bu çözüm yolu da birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Zira gabinin objektif ve sübjektif şartlarının ispatı, gabin iddiasında bulunan kişi açısından daima sorunlu bir meseledir. Ayrıca toptan temlikin söz konusu olduğu kredi sözleşmelerinin çoğunda oransız teminat alan kredi müesseseleri, karşı tarafın basiretli tacir sıfatıyla hareket etmesi gerektiğini, dolayısıyla müzayaka hali haricinde gabin iddiasında bulunamayacağını pekâlâ öne sürebilecektir<sup>44</sup>.

Oransız şekilde teminat veren taraf gabinin şartlarını ispat etse dahi bu sefer de teminat ile teminat altına alınan alacak arasındaki oransızlığın hangi kıstaslar doğrultusunda belirleneceği sorusuna cevap aramak gere-

<sup>44</sup> Bu hususta bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 492.

kecektir. Bir diğ er ifade ile sırf gabini kabul etmek kâfi olmayacak, edimlerin uyarlanması aşamasında hangi oranda bir uyarlama yapılması gerektiğ i sorusuna cevap aramak gerekecektir. Bu çerçevede İsviçre hukukunda *Stiefel* tarafından İsviçre Ceza Kanunu md. 157’de düzenlenen sömürme suçu çerçevesinde geliştirilen kıstasların esas alınması önerilmiştir. Her ne kadar somut olay şartlarının dikkate alınması gerekliliğ ine dikkat çeliklemişse de teminat değ erinin alacak değ erini %35 oranında fazla aştığı halde oransızlık olgusunun gerçekleşmiş olacağı savunulmaktadır<sup>45</sup>. Ancak söz konusu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Zira yazar, *ultima ratio* niteliğindeki ceza hukuku normları çerçevesinde geliştirilen kıstasların özel hukuk alanında hangi sebeplerle uygulama alanı bulabileceğ i hususuna dair herhangi bir gerekçe sunmayı ihmal etmektedir. Gerçekten de ilerleyen bölümlerde daha etraflıca açıklanacağı üzere teminat ilişkisi çerçevesinde önceden ifade bulunan tarafın pekâlâ karşı edime kavuşma hususunda haklı bir menfaati söz konusudur. Dolayısıyla özel hukuk dışında ve farklı menfaat dengelerine dayanan kıstasların doğrudan özel hukuk alanında uygulanması isabetli gözükmemektedir. Bilakis gabin görüşü, ilk bakışta en isabetli çözüm yolu olarak gözükse de uygulamada birçok soruyu da beraberinde getireceğ i kuşkusuzdur<sup>46</sup>.

#### dd. Uyarlama Görüşü

İpotek bağlamında ortaya atılan uyarlama görüşünün de birçok soruyu beraberinde getireceğ ini belirtmek gerekecektir. Öncelikle bu görüşün dayanağı olarak yasal düzenleme olan BK md. 138 hükmü akla gelmektedir. Ancak hemen belirtelim ki toptan temlik bağlamında teminat amacıyla temlik edilen şeylerin değ erinin teminat altına alınan alacak ile eşdeğ er olmayacağı, hatta bu ikisi arasında ciddi farklılıkların meydana gelebileceğ i hususu, “tarafarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağ an üstü bir durum” olarak nitelendirilemeyecektir. Kaldı ki enflasyona dayalı paranın alım gücünde yaşanan değ iş iklikler, birçok yargı kararına konu olmuş, bu çerçevede uyarlama talebinin gündeme gelebileceğ i karrera bağlanmıştır<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Stiefel, s. 21.

<sup>46</sup> Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de oransızlığın tespiti çerçevesinde esas alınması gereken kıstaslar hususunda kesin bir görüş belirtmekten kaçınmıştır, BGE 123 II 292 E. 8.

<sup>47</sup> Örnek olarak bkz. Y. HGK, 7.5.2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340.

## 2. Alman Hukukunda Oransızlık Sorunu

Daha önce işaret edildiği üzere Alman hukukunda borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi arasındaki ilişkiye dair benimsenen soyutluk ilkesi, inançlı temlik müessesesinin yaygınlaşmasını desteklemiştir. Hatta Alman kredi teminat sistemi, mülkiyeti muhafaza kaydı, inançlı temlik, toptan temlik gibi sunduğu birçok imkân sayesinde gelişmiş ekonomiler arasında en kapsamlı kredi teminat sistemi olarak nitelendirilmektedir<sup>48</sup>. Bununla birlikte Alman uygulamasında bankalar, müşterileri ile yaptıkları sözleşmelere kural olarak Alman Bankalar Birliği tarafından hazırlanan yeknesak Banka Genel İşlem Koşulları'nı (AGB-Banken<sup>49</sup>) da dâhil etmektedirler. Bu sayede banka genel işlem koşullarının denetimi de yeknesak hale gelmiştir.

Bankaların kullandığı genel işlem koşullarına ilişkin tartışmalar bağlamında, teminat ile teminat altına alınan alacak arasındaki oransızlık meselesi de gündeme gelmiştir. Belirtilen husus, ahlaka aykırılık ve genel işlem koşullarının denetimi ekseninde birçok mahkeme kararına konu olmuştur. Bu çerçevede öncelikle başlangıçtaki oransızlık<sup>50</sup> ve sonradan ortaya çıkan oransızlık tarzında ikili bir ayırıma gidilmiştir. Alman Federal Mahkemesi,

<sup>48</sup> Wiegand/ Brunner, *NJW*, 1995, 2513.

<sup>49</sup> Alman Bankalar Birliğinin tavsiye niteliğindeki Genel İşlem Koşullarına [https://bankenverband.de/media/file/AGB-Banken\\_40.000\\_Fassung\\_07\\_14.pdf](https://bankenverband.de/media/file/AGB-Banken_40.000_Fassung_07_14.pdf) [Erişim: Ocak 2017] adresinden ulaşmak mümkündür.

<sup>50</sup> Alman Federal Mahkemesi, kredi bedeli ile teminat arasında başlangıçta mevcut olan bir oransızlığın ahlaka aykırılıktan dolayı sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet vereceğine hükmetmiştir. Buna göre sözleşmenin akdedildiği esnada, ileride gerçekleşmesi muhtemel olan teminatın paraya çevrilmesi durumunda teminat değeri ile teminat altına alınan alacak arasında ciddi bir oransızlığın mevcut olacağı kesin olmalıdır. Bu oransızlık ayrıca teminat alan alacaklının teminat verenin haklı menfaatleri karşısında kınanmaya layık bir davranışından dolayı meydana gelmiş olmalıdır ki bu davranış, ahlak kuralları çerçevesinde kabul edilebilir nitelikte olmamalıdır (BGH NJW 1998, s. 2047). Dolayısıyla oransızlık halinde teminat verene aynı nitelikte geri isteme hakkı tanıyan düzenlemelerin teminat sözleşmesine dâhil edilmesi tavsiye edilmektedir (Franz Jürgen Säcker/ Roland Rixecker/ Hartmut Oetker/ Bettina Limperg, (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil*, C.H. Beck Verlag, 7. Auflage, München, 2016, § 398 kn. 129). Doktrinde bu çerçevede kredi miktarı ile teminat arasındaki oranın %200-300 civarında olması tavsiye edilmekte, bu oranı aşan miktarlar açısından ahlaka aykırılığın söz konusu olabileceği belirtilmektedir (Norbert Horn/ H. Jürgen Lwowski/ Gerd Nobbe, (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Schimansky*, Köln, 1999, s. 389).

bu ayırım çerçevesinde başlangıçtaki oransızlık durumunda ilgili sözleşmelerin ahlaka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olduğuna hükmetmiş; sonradan ortaya çıkan oransızlık durumunda ise teminat verenin teminat fazlasını geri isteme hakkı bulunduğu sonucuna ulaşmıştır.

İnceleme konumuz açısından önem taşıyan ve uygulamada daha çok ihtilafa sebebiyet veren husus, alacak ile teminat arasında sonradan ortaya çıkan oransızlık halleridir. Başlangıçta Alman Federal Mahkemesinin çeşitli daireleri arasında görüş farklılığı yaşanmış, ancak Federal Mahkeme 27.11.1997 tarihli kararı ile içtihatları birleştirilmiş ve konu netlik kazanmıştır<sup>51</sup>. Belirtmek gerekir ki bu karar, tip sözleşmelerle kurulan ve temlik konusunun sürekli değişkenlik gösterdiği toptan temlik hallerini ilgilendirmekte, bunun dışındaki teminatlara dair bir hüküm içermemektedir.

#### **a. İnanılana Teminat Konusu Şeyi Geri Verip Vermeme Hususunda Takdir Yetkisi Tanıyan Hükümler**

Alman Federal Mahkemesi, belirtilen kararında öncelikle kredi verene teminatı geri verme hususunda takdir yetkisi tanıyan düzenlemelerin geçerliliğini değerlendirmiştir. Buna göre teminat veren, böyle bir düzenleme olsun ya da olmasın, alacak ile teminat arasında bir oransızlık meydana geldiği takdirde alacaklının takdirinden bağımsız olarak teminatın makul oranı aşan kısmını geri isteme hakkına sahiptir. Mahkeme bu neticeye ilgili sözleşmenin inanca işlem niteliğinden hareket etmek suretiyle varmaktadır. Nitekim taraflar aralarındaki ilişkiyi nasıl nitelendirirlerse nitelendirsin, toptan temlik bağlamında akdedilen sözleşmeler, inanca işlem niteliği taşımaktadır. Bu varsayımdan yola çıkan mahkeme, inanılanın, teminata sözleşme esnasında kesin ve mutlak olarak ihtiyaç duymadığı hallerde söz konusu teminatı inanana geri vermekle yükümlü olduğu sonucuna varmaktadır. Söz konusu yükümlülüğü mahkeme '*sözleşmelerin hakaniyet ilkesi doğrultusunda ticari teamüllerin de dikkate alınarak yorumlanması gerektiği*'ni belirten BGB § 157 hükmünden çıkartmaktadır. Dolayısıyla teminat konusu eşya ya da alacak haklarının inanana geri verilmesi hususunda inanılanın bir takdir yetkisi söz konusu değildir; ancak inanılanın, birçok teminattan hangisinin geri verileceği hususunda böyle bir yetkisi söz konusudur<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> BGH NJW 1998, s. 671 vd.

<sup>52</sup> BGH NJW 1998, s. 671, 672.

Hatta mahkemeye göre ihtiyaç duyulmayan teminatın geri verilmesi yükümlülüğü sözleşmede böyle bir düzenlemenin bulunup bulunmamasından da bağımsızdır. Bu hakkı sınırlayan ya da ortadan kaldıran her türlü düzenleme, o dönemde yürürlükte olan Alman Genel İşlem Şartları Kanunu § 9'a aykırı olarak nitelendirilmiştir. Nitekim ilgili hükme göre özellikle sözleşmenin niteliği dikkate alındığında tarafların esaslı hak ve yükümlülüklerini teşkil eden hususların, sözleşmenin amacını tehlikeye atacak şekilde sınırlandırılması, haksız düzenleme olarak nitelendirilmektedir. İnanılanın teminata hiçbir şekilde ihtiyaç duymamasına rağmen teminatı geri verip vermeme hususunda takdir yetkisine sahip olması ve inananın doğrudan teminatı talep edememesi, sözleşmenin amacını tehlikeye atacak bir durum olarak kabul edilmiştir. Zira aksi takdirde teminat verenin teminat konusu olan ve inanan tarafından ihtiyaç duyulmayan şeyler üzerinde hızlıca tasarruf imkânı ortadan kalkacak, örneğin inanan teminat konusu eşya ya da alacağını yeni krediler için teminat olarak gösteremeyecektir<sup>53</sup>. Ancak teminatın geri verilmesini inananın takdir yetkisine bağımlı kılan bir düzenleme, inançlı temlikin tamamıyla geçersiz olmasına sebebiyet vermez. Bilakis geçersiz hüküm, toptan temlik halinde de inananın takdir yetkisinden bağımsız olarak inana teminat konusunu geri isteme hakkı tanıyan bir düzenlemeyle ikame edilmektedir.

### **b. Oransızlığın Kısıtları**

Mahkeme, makul oranı aşan kısmı talep etme yetkisini, sözleşmede öngörülmediği hallerde dahi tanımakla kalmamış, bir sonraki aşamada oransızlıktan bahsedebilmek için hangi şartların oluşması gerektiği sorusuna cevap aramıştır. Söz konusu sınır, teminat sözleşmesinin inançlı işlem niteliği dikkate alınarak tarafların menfaatleri ve sözleşmenin amacı doğrultusunda belirlenmiştir. Buna göre teminatın paraya çevrildiği an itibariyle teminat konusu şeyin değeri, teminat altına alınan alacağın % 10'unu aşıyorsa oransızlık söz konusu olacaktır<sup>54</sup>. Örneğin 100.000 TL'lik alacak hakkı olan inananın elinde bulundurduğu teminatın değeri, paraya çevrildiği an itibariyle 110.000 TL'yi aşıyorsa oransızlık söz konusu olacaktır. Ancak teminatın paraya çevrildiği an itibariyle taşıdığı değeri tespit etmek zordur. Bu sebeple mahkeme, ancak genel ve soyut bir sınırın, bir taraftan teminat alanı güvence altına alıp diğer taraftan teminat verenin iktisadi

<sup>53</sup> BGH NJW 1998, s. 671, 673.

<sup>54</sup> BGH NJW 1998, s. 671, 674.

hürriyetini koruyacağını belirtmiştir. Dolayısıyla sınır belirlenirken özellikle teminat altına alınan alacak hakkı ve teminat olarak gösterilen şeyler (teminat değeri) esas alınmalıdır. Ancak her iki değer de sözleşme sürecinde değişime uğrayacağı için ancak soyut ve genel bir miktar, taraf menfaatlerine en uygun şekilde hizmet edecektir<sup>55</sup>.

Teminat değeri, teminatın paraya çevrildiği an itibariyle elde edilecek miktardır. Mahkeme, itibari değer ya da rayiç bedelin esas alınması fikrini açıkça reddetmiştir. Zira teminat, özellikle iflas anında işe yaramalıdır. Oysa paraya çevrilme anında teminat, genellikle itibari değer ya da rayiç bedelin daha da altında satılabilecektir. Toptan temlik ya da toptan devir halinde de aynı sorunlarla karşılaşılacaktır. Dolayısıyla alacağın güven altına alınabilmesi için teminat değerinin paraya çevrildiği an itibariyle en azından alacak hakkını karşılayabilecek nitelikte olması gerekir. Bu durum ise ancak teminatın alacak hakkının % 110'una tekabül ettiği hallerde söz konusudur. % 10'luk miktar özellikle tespit, cebri icra ya da alacağın takibi esnasında ortaya çıkabilecek muhtemel masrafları karşılamayı amaçlamaktadır<sup>56</sup>.

Teminat değerinin, yani teminatın paraya çevrildiği an itibariyle değerinin nasıl hesaplanacağı sorusuna cevap bulmak için mahkeme, teminatı esas alan BGB § 232 vd. hükümlerinden yararlanmaktadır. İlgili hükümler doğrultusunda mahkeme, alacakların itibari değerinden ve teminat amaçlı taşınır mülkiyeti devri hallerinde teminat konusu malın tahmini değerinden 1/3 oranında indirim yapılmasını ve bu şekilde elde edilebilecek muhtemel rakamın hesaplanmasını uygun görmüştür. Zira taşınırın teminat olarak gösterilmesini düzenleyen BGB § 237'ye göre bir taşınır, teminat olarak gösterildiğinde, bu taşınmazın muhammen değerinin ancak 2/3'ü esas alınır. Örneğin muhammen değeri 90.000 TL olan taşınır ancak 60.000 TL değerinde teminat olarak gösterilebilir. Her ne kadar ilgili hükümler doğrudan teminat amaçlı taşınır mülkiyet devri ve alacağın temlik hallerinde uygulama alanı bulmasa da, kanun koyucunun teminat çerçevesinde teminat veren ile teminat alan arasındaki menfaat çatışmasını düzenlediği hükümler olmaları sebebiyle bu durumlara da uygulanabileceği vurgulanmıştır<sup>57</sup>. Dolayısıyla teminat amaçlı taşınır mülkiyeti devredildiği ve ilgili taşınır kredi bedelinin % 150'sini aştığı takdirde teminat verenin aşan

<sup>55</sup> BGH NJW 1998, s. 671, 674 vd.

<sup>56</sup> BGH NJW 1998, s. 671, 675.

<sup>57</sup> BGH NJW 1998, s. 671, 676.



kısmı geri isteme hakkı doğacaktır. Aynı durum, toptan temlik bağlamında alacak hakkının itibari değerinin kredi oranının %150'sine tekabül ettiği durumlarda da söz konusu olacaktır<sup>58</sup>.

### **c. Türk/İsviçre Hukukunda Oransız Teminatı Geri İsteme Hakkı**

Türk/İsviçre hukukunda alacak ile teminat arasındaki oransızlığa ilişkin görüşlerin değerlendirilmesi bağlamında yapılan açıklamalarda da belirtildiği üzere bu sorunu tatmin edici, hem uygulamadaki ihtiyaçları karşılayacak hem de taraf menfaatlerini dengeleyici nitelikte nihai bir çözüme kavuşturacak bir yöntem tespit edilememiştir. Bu sebeple kişilik hakkı ihlali ya da aşırı yararlanma gibi istisnai hallerde kabul gören çözümler yerine, taraflar arasındaki menfaat dengesini daha iyi koruyabilecek bir çözüm yolu geliştirilmesine Türk hukukunda da ihtiyaç vardır.

#### **aa. Hukuki Dayanak**

Yukarıda işaret edildiği üzere Türk/İsviçre hukukunda ileri sürülen görüşler, her ne kadar ilk bakışta isabetli gözüксе de, kişilik hakkı ihlali görüşünün, ya hep ya hiç esasına dayalı ve esneklikten uzak bir çözüme zorlaması gerçeği karşısında, sadece gabin esasına dayanan yaklaşım tarzı makul bir çözüm sunma potansiyeline sahip gözükmemektedir. Sözleşmenin külliyen geçersizliği yerine BK md. 28 f. 1'de öngörülen "*sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini*" isteme imkânından istifade edilmesi daha isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilebilecektir. Ancak bu ihtimalde de yukarıda açıklandığı üzere gabinin şartlarının ispat edilmesi zorunluluğu yanında uyarlamada esas kabul edilecek kıstasların belirlenmesi temel bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Alman Federal Mahkemesi'nin yaptığı gibi toptan temlikin inançlı işlem niteliğinden yola çıkarak bir çözüm yolu benimsenmesi ise her ne kadar daha isabetli gözüксе de, Türk hukuku açısından sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin şartların bulunmadığı kanaatindeyiz. Zira sözleşmede bir boşluktan söz edebilmek için "*tarafların o konuda susmuş olmaları (örtülü biçimde de olsa) olumsuz çözümü benimsemiş oldukları anlamını taşımamalı, yani nitelikli bir susmadan söz edilebilmelidir*"<sup>59</sup>. Oysa uygulamaya bakıldığında bankaların her türlü, yani oransız da olsa, alacağı

<sup>58</sup> BGH NJW 1998, s. 671, 676, 677.

<sup>59</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 338.

temellük etme doğrultusunda bir irade ile hareket ettikleri aşikârdır. Dolayısıyla tarafların olumsuz çözümü benimsedikleri, yani müşterinin teminatı oransız da olsa hiçbir şekilde geri isteyemeyeceği doğrultusunda bir iradenin varlığı kabul edilecektir. Bu sebeple de Alman Federal Mahkemesinin inançlı sözleşme niteliğinden yola çıkarak gerçekleştirdiği tamamlayıcı yorum yönteminin hukukumuz açısından isabetli bir çözüm olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz<sup>60</sup>.

Ancak yukarıda da belirtildiği üzere ilgili sözleşmeler genel işlem şartı niteliği taşıdığı için toptan temlik hükümlerinin elbette içerik denetimine tabi tutulması söz konusu olabilir. Edimin konusunu belirleme yetkisini münhasıran tek tarafa veren hükümler bağlamında belirtildiği üzere BK md. 25, “*dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte*” hükümlerin konulamayacağını düzenlemekte, bir düzenlemenin karşı tarafın aleyhine ya da onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığını belirlerken de özellikle mevcut hukuk düzenine bakılması gerekmektedir<sup>61</sup>.

Türk hukukunda teminat amaçlı temliklerin bir inançlı işlem niteliği taşıdığı<sup>62</sup> ve rehin hükümlerinin uygun düştüğü takdirde kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Ancak rehin hükümleri kıyasen uygulanırsa dahi, teminat altına alınmaya çalışılan alacak ile teminatın miktarında oransızlık sorununa uygulanabilecek bir hüküm yoktur. Özellikle teminatın bölünmezliği ilkesi kıyasen uygulanmaya elverişli değildir. Dolayısıyla tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini “*her somut olayda muamelelerin mahiyetinden, hal ve şartlardan ve ayrıca inanç gayesinin özelliğinden çıkartmak lazımdır*”. Bunun ötesinde dürüstlük kuralını da daima dikkate almak gerekecektir<sup>64</sup>.

Toptan temlik bir inançlı işlem niteliği taşıyor ve alacaklının alacak

<sup>60</sup> Alman Federal Mahkemesi’nin böyle bir farazi iradeden yola çıkmasının sebebi ise, Mahkemenin farklı dairelerinin içtihatları çerçevesinde uzun süreden beri böyle bir hakkın tanınmış olmasıydı. Dolayısıyla bankalar ve müşteriler, mahkeme içtihatları çerçevesinde makul oranı aşan kısmın iade edilmesi hususunda hem fikir olmakla birlikte, bu oranın nasıl belirleneceği konusunda belirsizlik yaşanmaktaydı.

<sup>61</sup> Atamer, s. 45.

<sup>62</sup> İnançlı işlemlerin kredi için teminat fonksiyonuna dair bkz. Özsunay, s. 36 vd.; BK-Zobl/ Thurnherr, Systematischer Teil, kn. 1555.

<sup>63</sup> Özsunay, s. 137.

<sup>64</sup> Bkz. Özsunay, s. 154, 155.

hakkını teminat altına alma gayesi güdüyorsa, tarafların menfaatleri ve dürüstlük kuralı dikkate alındığında alacak hakkı yeterince teminat altına alınan alacaklının, alacağını karşılayan teminattan daha fazlasına sahip olması ve istenildiği takdirde bunları geri vermemesi, BK md. 25 bağlamında dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla alacaklının alacağı yeterince güvence altına alındığı takdirde bu kısmı aşan teminatlar, toptan inançlı temlik kapsamı dışında kalmalıdır. Bir diğer ifade ile bu alacakların alacaklının uhdesinde olmasının herhangi bir hukuki dayanağı söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak sözleşmenin makul oranı aşan kısmı, kısmi hükümsüzlük sebebiyle butlan yaptırımına tabi tutulacaktır<sup>65</sup>.

## **bb. Oransızlığın Tespitinde Esas Alınacak Kıstaslar**

### **(1) Karşılama Sınırının Belirlenmesi**

Oransızlığın giderilmesinin hukuki dayanağının sebepsiz zenginleşme olduğunu tespit ettikten sonra söz konusu talep hakkının hangi kıstaslar doğrultusunda şekilleneceğinin belirlenmesi lazımdır.

Özellikle belirtelim ki hukukumuzda BGB § 237 hükmünü karşılayan bir düzenlemeye rastlamak mümkün değildir. Özellikle bir taşınırın teminat olarak gösterilmesi halinde bu taşınırın piyasa değerinin hangi oranda dikkate alınması gerektiğine dair bir hüküm, Medeni Kanun veya Borçlar Kanunumuzda mevcut değildir. Dolayısıyla söz konusu sınırın belirlenmesinde öncelikle toptan temlik çerçevesinde tarafların karşılıklı menfaatleri tespit edilmeli, ardından bu menfaat dengesi çerçevesinde bir oran belirlenmelidir.

Toptan temlik halinde özellikle teminat veren tarafın iktisadi hareket serbestisi önem kazanmaktadır<sup>66</sup>. Nitekim her türlü alacağını bankaya temlik eden borçlu, diğer alacaklılarına (örneğin kendisine mal satan üreticilere) teminat gösterme imkânından mahrum kalacaktır. Bu sayede diğer

<sup>65</sup> Sözleşmede belirlenen miktarın bölünebilirliği hususunda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 605 vd. Her ne kadar teminatın tek bir maldan oluştuğu hallerde kısmi hükümsüzlük müeyyidesinin uygulama alanı bulamayacağı haklı olarak savunulsa da (Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, (Hrsg.), *Basler Kommentar zum OR I*, 6. Auflage, Basel, 2015, Art. 21 kn. 16), toptan temlik bağlamında zaten birden çok teminat söz konusu olacağı için bu sorun kural olarak gündeme gelmeyecektir.

<sup>66</sup> Schimansky/ Bunte/ Lwowski, *Bankrechts-Handbuch*, § 21 kn. 1.

alacaklılar daha kötü bir konumda olacaktır. Bu sebeple bankaya müşterinin doğmuş ve doğacak her türlü alacağı üzerinde tasarruf keyfiyeti tanıyan bir hükmün, taraflar arasındaki menfaat dengesini ciddi derecede banka lehine ve müşteri aleyhine bozması sebebiyle ahlaka aykırı olarak değerlendirilmesi gerekir<sup>67</sup>. Öte yandan bankanın da verdiği kredi karşılığında tahsil kabiliyeti olan bir teminata sahip olma doğrultusunda haklı ve meşru bir menfaatinin olduğu aşikârdır. Dolayısıyla oransızlık sınırının tespiti aşamasında çatışan bu menfaatler arasında adil bir dengenin kurulması lazımdır.

Bu çerçevede banka, iki farklı tatmin imkânına sahiptir<sup>68</sup>. Banka cebri icra yoluyla asıl alacağı ve ikinci aşamada kendisine devredilen teminat alacağını tahsil etmeye çalışacaktır. Ancak belirtildiği üzere hukukumuzda teminatların teminat olarak hangi orantıda dikkate alınması gerektiğine dair Alman Hukukunda öngörülen düzenlemeye benzer bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla toptan temlik çerçevesinde dikkate alınması gereken menfaat dengesinin benzer şekilde kurulduğu diğer alanlara yönelmek gerekecektir.

Bu çerçevede öncelikle rehinli taşınmazın kısmen devrini düzenleyen MK md. 868 hükmü dikkat çekmektedir. İlgili hükme göre malik, teminat olarak verilen taşınmazın yirmide birinden az değeri olan bir parçasını devrettiğinde, alacaklı kendisine orantılı bir ödeme yapılması ya da taşınmazın geri kalan kısmının yeterli güvence teşkil etmesi hallerinde rehni kaldırmaktan kaçınmaz. Dolayısıyla toptan temlik bağlamında da alacağın yirmide birinden az değeri olan alacağın, geri kalan teminatın alınmasının alacağını yeteriyle güvence altına alması koşuluyla borçlu tarafından geri istenmesi düşünülebilir. Ancak ilgili düzenlemenin amacı, teminat ilişkisi içinde bulunan taraflar arasında makul bir menfaat dengesi kurmaktan çok, taşınmazın çok küçük kısımlarının devri halinde MK 889'da öngörülen düzenlemenin önüne geçmek ve bu sayede karmaşık hukuki durumların meydana gelmesini önlemektir<sup>69</sup>. Dolayısıyla ilgili hükmün toptan temlik bağlamında çatışan menfaatleri dengeleme hususunda elverişli olduğu söylenemeyecektir.

<sup>67</sup> Schimansky/ Bunte/ Lwowski, *Bankrechts-Handbuch*, § 21 kn. 1.

<sup>68</sup> Bkz. Özsunay, s. 37, 38.

<sup>69</sup> Bkz. ZK-Dürr, D./ Zollinger, D., Peter Gauch/ Jörg Schmid, (Hrsg.), *Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2b/2: Allgemeiner Teil, Wirkung des Grundpfands, Art. 805-823 ZGB*, Zürich, 2. Auflage. 2013, Art. 811 kn. 5.

Oransızlık hususunda dikkate alınabilecek bir diğer müessese, her ne kadar İcra ve İflas Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olsa da uygulama<sup>70</sup> ve doktrinde<sup>71</sup> kabul gören aşkın hacizdir. En basit şekliyle aşkın haciz, “haczin, şartlar uygun olmasına rağmen, alacak, faiz ve masraflardan oluşan borç miktarından fazla olarak yapılması”<sup>72</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Bir diğer ifadeyle alacaklı, ihtiyacından fazla bir kısmı haczetmekte, bu sayede ölçülülük ilkesine aykırı davranmaktadır. Ancak aşkın haciz, özellikle haczin genel amacına ve icra iflas hukukundaki belirlilik ile kesinlik ilkelerine aykırı olması sebebiyle icra ve iflas hukukunda reddedilmektedir<sup>73</sup>. Yoksa burada taraf menfaatleri arasında bir denge kurulması amaçlanmamaktadır. Ayrıca aşkın haciz yasağı, sözleşmenin ifası aşamasını değil, sözleşmenin cebri icra aşamasını doğrudan ilgilendirdiği için taraflar arasındaki sözleşmenin icrası esnasında kurulması amaçlanan menfaat dengesine uygulanması ilk bakışta isabetli gözükmemektedir. Ancak şunu da belirtelim ki netice itibarıyla oransızlığın giderilmesi ile aşkın haczin önlenmesi, aynı amaca hizmet etmektedir.

Her iki durumda da alacaklının ihtiyacından daha fazlasıyla tatmin edilmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu sebeple aşkın hacizde belirlenen kıstaslar, yani alacaklının alacak, faiz ve masraflardan oluşan borç miktarından fazlasını talep edememesi, oransızlık çerçevesinde de dikkate alınmalıdır. Ancak alacaklının alacak, faiz ve masraflarını tespit edebilmek, zaten alacaklının toplam riskini tespit etmek anlamına gelecektir. Bu riskin tespit edilmesi açısından ise aşkın haciz yasağı başlı başına elverişli bir kıstas değildir. Bilakis bu çerçevede alacaklının tahsilat riskinin tespit edilmesine hizmet edecek hükümlerin araştırılması lazımdır.

Ancak bir taşınırın ya da taşınmazın haciz aşamasında tahsil kabiliyetine dair icra ve iflas hukukundaki düzenlemeleri incelemeye geçmeden

<sup>70</sup> Y. 8. HD, 5.11.2015, E. 8612, K. 19671; 12. HD, 2.10.2014, E. 17560, K. 23125; 8. HD, 8.1.2014, E. 2013/15150, K. 2014/1243; 12. HD, 2.6.2014, E. 13599, K. 15765 (www.kazanci.com).

<sup>71</sup> Bkz. Nilüfer Boran Güneysu, “İcra Hukukunda Aşkın Haciz”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, Y. 2016, Sa. 4, s. 26 vd.; Kudret Aslan, “Hacizde Sıra (Ter-tip)”, *AÜHFD*, 2005, C.54, S.2, s. 283, 284.

<sup>72</sup> Boran Güneysu, s. 27.

<sup>73</sup> “Haczin amacı, “alacaklının talep etmesi halinde takip konusu alacağı karşılamaya yetecek miktar ve değerinde borçlunun mal ve haklarına icra dairesi tarafından el konularak” alacaklının tatmin edilmesidir. Alacağı aşan miktarda mal ve değere haciz konulması halinde, sadece icra hukukun değil haczin de amacı aşılmaktadır”, Boran Güneysu, s. 32, 36.

önce inanç sözleşmesinde mevcut olan menfaat dengesi ile icra ve iflas hukukunda benimsenen menfaat dengesinin benzer olup olmadığının tespit edilmesi lazımdır. Zira ancak iki alandaki menfaat dengesi benzer niteliklere sahip ise, icra ve iflas hukukumuzda benimsenen ilkelerden faydalanmak mümkündür.

Genel itibariyle icra iflas hukukunda “*bir tarafta alacaklının, alacağını tahsil etme isteği yer almakta; diğer tarafta da, borçlunun olabildiğince malvarlığına ve şahıs varlığına zarar verilmeden borcun tahsil edilmesi veya borcunun sona ermiş olduğunu ispatlama isteği yer almaktadır*”<sup>74</sup>. Kanun koyucu, bu çatışan menfaatleri farklı ilkeler doğrultusunda düzenlemiştir. Konumuz açısından önem arz eden nokta ise, icra ve iflas hukukunda benimsenen “*karşılama ilkesi*”dir. Bu çerçevede taşınmazların değil, taşınırların paraya çevrilmesi esaslarından hareket edilecektir<sup>75</sup>. Dolayısıyla incelememizi açık artırmaya çıkarılan mal üzerinde satışı isteyen alacaklının alacağına nazaran rüçhanlı alacaklıların olmadığı durumlarla sınırlandırmak daha uygundur.

Karşılama ilkesine göre açık artırmaya çıkarılan mal üzerinde satış talebinde bulunan alacaklının alacağına nazaran rüçhanlı alacaklı olmadığı takdirde öncelikle mahcuz taşınır malın muhammen kıymetinin %50’si esas alınmalı, bu bedele paraya çevirme ve paylaşırma masrafları da eklenmelidir<sup>76</sup>.

Bu ifadelerden çıkartılacak sonuç şudur: Alacaklı, borçlunun uhdesinde bulunan bir eşyanın satışını talep ettiğinde, arttırmaya çıkarılan malın muhammen kıymetinin %50’sini elde etme, bir diğer ifade ile bu bedelin %50’sini kaybetme riskiyle karşı karşıyadır. Hatta icra harç ve giderleri de buna eklendiği takdirde alacaklının riski, muhammen bedelin %50’sinden de fazladır. Dolayısıyla alacaklının menfaatlerini tespit ederken kural olarak muhammen bedelin ancak %45 ila 40’ını elde etme riskini dikkate almak gerekecektir. Kanun koyucu, icra ve iflas hukukundaki menfaat dengesini bu doğrultuda belirlemiştir.

<sup>74</sup> Pınar Çiftçi, “Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku İle Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt: 12, Özel S., s. 313, 316.

<sup>75</sup> Ayrıca satışı isteyen alacaklının alacağına nazaran rüçhanlı alacaklıların olduğu durumlar da dikkate alınmayacaktır. Nitekim toptan temlik halinde mülkiyet tamamıyla inanalana geçtiği için rüçhanlı alacaklı söz konusu olamaz.

<sup>76</sup> Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, 5. Baskı, Ankara, 2015, s. 415.

Her ne kadar karşılama ilkesinin amacı, bir taraftan hacze konu malın çok düşük bir bedelle satılmasının önlenmesi ve rüçhanlı alacaklıların zarara uğramaması olsa da ilgili hükümlerden aynı zamanda alacaklının alacağını tahsil edememe riskinin hangi oranda olduğunu tespit etmek de mümkündür.

Ancak ilk bakışta icra ve iflas hukukunda öngörülen bu riskin toptan temlik hallerinde mevcut olmadığı kanısı oluşmaktadır. Nitekim toptan temlik bağlamında teminat alan kişi zaten teminatın doğrudan maliki konumundadır<sup>77</sup>. Bu sebeple de teminat alanın icra yoluna başvurması söz konusu değildir. Rehin hukukunda rehin alanın rehin konusunu icra yoluyla paraya çevirme yükümlülüğüne kıyasla böyle bir yükümlülük inançlı işlemler çerçevesinde kabul edilmemektedir<sup>78</sup>. Dolayısıyla toptan temlik durumunda inanılanın tahsil riskinin söz konusu olmayacağı akla gelebilir. Fakat temlik alan, maliki olduğu alacak hakkını, bu alacağın borçlusundan tahsil edemediği takdirde pekâlâ cebri icra yoluna başvurmak zorunda kalacaktır. Bu sebeple de icra takibi ve haciz işlemleri çerçevesinde alacaklının alacağına kavuşamama riski, inanılan açısından da aynen söz konusu olacaktır. Bir diğer ifade ile alacaklının alacağın ancak %40 ila %45'ini tahsil edebilme riski, toptan temlik çerçevesinde de bankanın menfaatlerini belirlerken dikkate alınması gereken bir kıstas olarak benimsenmelidir.

Netice itibariyle bankanın kendisine temlik edilen alacağın (en kötü ihtimalde) %40'ını tahsil edebilme riski mevcut ise, alacaklarda kendisine sunulan teminatın itibari değerinin %40'ı esas alınabilecek durumdadır. Bunun karşılığı olarak da banka ile müşteri arasındaki karşılama sınırı, %250 olarak belirlenmelidir.

## (2) Ayrık Haller

Diğer taraftan yukarıda tespit edilen sınırın mutlak nitelikte olmadığını da belirtmek gerekecektir. Nitekim alacağın tahsil kabiliyeti %40'dan çok daha fazla ya da çok daha düşük olabilir. Bu gibi durumlarda karşılama oranının da azalması ya da çoğalması, bir diğer ifade ile bankanın teminat talep edebileceği sınırın artması ya da düşmesi söz konusu olabilir<sup>79</sup>. An-

<sup>77</sup> Dayınlarlı, s. 97; Sirmen, s. 66.

<sup>78</sup> Özsunay, s. 138, 151; Dayınlarlı, s. 97.

<sup>79</sup> Örneğin Bunte, karşılama sınırının % 100'e kadar çıkabileceğini belirtmektedir; a.g.e., kn. 12.

cak teminat oranının daha düşük ya da daha yüksek olması gerektiğini savunan taraf, bu iddiasını ispat etmek zorunda olmalıdır. Nitekim kanun, alacakların tahsil kabiliyetine dair genel sınırlar öngörmüş ve dolayısıyla alacaklının maruz kalacağı riski de ana hatlarıyla belirlemiştir. Bu sebeple kanunun öngördüğü bu sınırlardan daha fazla ya da az riskin söz konusu olduğunu iddia eden taraf, kural olarak bu görüşünü ispat etmek zorunda olmalıdır. Dolayısıyla banka, alacakların tahsili hususunda ciddi belirsizlikler söz konusu olduğu takdirde daha yüksek teminat isteme imkânına sahip olabilecektir. Öte yandan verilen teminatın zaten bir borsa değeri var ise, örneğin borsaya kayıtlı bir şirketin hisse senetleri teminat olarak gösterildiği takdirde bankanın tahsil riski söz konusu değildir. Burada olsa olsa hisse senetlerinin değer kaybına karşı bir koruma ihtiyacı söz konusu olabilir ki bu değer kaybı riski, tahsil edebilme riskinden farklıdır.

### **(3) Toptan Temlik Yanında Başka Teminatların da Mevcut Olduğu Haller**

Belirtelim ki banka ile müşteri arasındaki ilişki çerçevesinde bankaya sunulan teminat çeşitleri, genellikle sadece alacağın temlikinden ibaret değildir. Bunun yanında fer'i nitelikte olan ya da olmayan, kişisel ya da aynî her türlü teminatın sunulması kuraldır. Dolayısıyla birden çok teminat türünde karşılama sınırının nasıl belirleneceğini de tespit etmek gerekecektir.

Bu bağlamda kural olarak sunulan her türlü teminatın müşterinin iktisadi hareket serbestisini sınırlamaya elverişli olması sebebiyle dikkate alınması isabetli olacaktır. Bu sebeple toptan temlik çerçevesinde %250 sınırının belirlenmesinde fer'i nitelikte olan ve olmayan her türlü alacak dikkate alınmalıdır. Ancak bu kuralın çok önemli bir istisnası mevcuttur. Gerçekten de taraflar arasındaki menfaat dengesi dikkate alındığında bankaya sunulan kefaletin oransızlık açısından dikkate alınması mümkün değildir. Nitekim üçüncü bir kişinin müşteriye kefil olması, kural olarak müşterinin iktisadi hareket serbestisini kısıtlayıcı nitelik taşımamaktadır<sup>80</sup>. Oysa müşterinin bankaya karşı oransızlığın giderilmesi talebinin yegâne dayanağı, müşterinin kendi alacakları üzerinde bankanın bunlara teminat amaçlı ihtiyaç duymadığı takdirde tekrar tasarruf edebilmesidir. Ancak üçüncü bir kişinin kefil olması halinde müşterinin tasarruf imkânından

<sup>80</sup> Bkz. BGH NJW 1996, s. 388 vd.



mahrum kaldığı bir malvarlığı değeri söz konusu değildir. Dolayısıyla kefaletin karşılama sınırının belirlenmesi çerçevesinde dikkate alınması söz konusu değildir.

## SONUÇ

Teminat amaçlı gerçekleştirilen toptan temlik işlemleri, ister taşınırları, ister alacakları esas alsın, inançlı işlem niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla taraf menfaatleri de bu doğrultuda şekillenmektedir. Önceden ifade bulunan tarafın alacağını yeterince teminat altına alma hususundaki haklı ve korunmaya layık menfaati, teminat verenin teminat alanın kesin olarak ihtiyaç duymadığı teminat konusu şeyler üzerinde yeniden tasarruf edebilme menfaatiyle çatışmaktadır. Kanımızca bu çerçevede teminat alanın en kötü senaryoda azami riskini tespit edip bu sayede alacak ile teminat arasında makul bir oran belirledikten sonra, kendisine temlik edilen teminatı tahsil edememe riskini dahi yeterince teminat altına almış olan inananın, bu oranı aşan teminatları elinde bulundurmasının hiçbir meşru dayanağı yoktur. Her ne kadar bu çerçevede kullanılan sözleşmelerin tamamlayıcı yorumuyla böyle bir sonuca varmak, teminat alanın açık aykırı iradesi sebebiyle mümkün olmasa da, ilgili sözleşmelerin tip sözleşme niteliğinden yola çıkarak BK md. 25 çerçevesinde makul oranı aşan teminatın hukuki dayanaktan yoksun olduğunu savunmak mümkündür. Dolayısıyla alacak ile teminat arasındaki makul oranı aşan teminat, inanan tarafından sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda geri istenebilecektir.

Temennimiz, kanaatimizce ülkemizde yaşanan ekonomik çalkantıları dahi dikkate alan ve taraflar arasındaki menfaat dengesini adil bir şekilde sokmaya çalışan bu görüşün, her ne kadar bankacılık sektörünün kilit rol oynadığı İsviçre hukukunda olmasa da, Türk hukukunda dikkate alınmasıdır. Bu sayede malvarlığının tek bir elde yığılması önlenecek ve teminatların başka krediler için kullanılabilmesi sayesinde kredi teminat sistemi de güçlenecektir.

## ZUSAMMENFASSUNG

*In der türkischen Bankenpraxis sind sog. Rahmenkreditverträge, die die Grundlage des Verhältnisses zwischen den Banken und ihren Kunden darstellen, weit verbreitet. Diese Rahmenkreditverträge enthalten Bestimmungen zu diversen Arten von Bankgeschäften, die später mit dem Kunden realisiert werden können. Sehr verbreitet ist dabei die Klausel, wonach der Kunde jegliche Forderungen, die entstanden sind oder entstehen*

werden, an die Bank abtritt. Die türkische Literatur bietet in diesem Zusammenhang zahlreiche Stellungnahmen bezüglich der Wirksamkeit von Sicherungsgeschäften, insbesondere zur Sicherungsübereignung und zur Globalzession. Die Frage des Verhältnisses zwischen der zu sichernden Forderung und der Sicherheit(en) wird jedoch stiefmütterlich behandelt. Insbesondere beschränken sich die wenigen Abhandlungen mit einem Hinweis darauf, dass eine Unverhältnismäßigkeit zwischen der zu sichernden Forderung und der gewährten Sicherheit nur dann beachtlich sei, wenn dies ein Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht darstelle. Nur dann also, wenn die Vertragspartnerin durch eine Globalzession derart in ihrer wirtschaftlichen Freiheit beschränkt wird, dass sie in völliger Abhängigkeit zum Vertragspartner steht, soll eine Unverhältnismäßigkeit vorliegen mit der Folge der Unwirksamkeit des Sicherungsgeschäfts.

Begründet wird diese Ansicht zunächst mit dem Grundsatz der Unteilbarkeit der Sicherheit gemäß Art. 944 Abs. 2 tZGB. Der vorliegende Beitrag vertritt jedoch die Ansicht, dass diese Vorschrift aus dem Pfandrecht vorliegend auf Globalzessionen in Form von Sicherungsgeschäften keine Anwendung finden kann, da der Schutzzweck der Vorschrift, die Pfandgläubigerin vor dem Pfandgläubiger zu schützen, bei einer Sicherungsübereignung (Übertragung des Eigentums) nicht eingreift. Auch die Ansicht, dass eine Persönlichkeitsverletzung vorliegen müsse, ist nicht überzeugend, da die Grenzen eines solchen Verstoßes schwer bestimmbar sind. Ohnehin ist es nicht überzeugend, bis zur Grenze des Persönlichkeitsverstoßes abzuwarten. Auch eine Orientierung rein nach den Maßstäben eines wucherischen Geschäfts gemäß Art. 28 tOR erscheint nicht überzeugend.

In diesem Zusammenhang ist die Rechtsprechung des BGH zu Globalzessionen von besonderem Interesse, wonach dem Sicherheitengeber ab einer bestimmten Grenze ein Freigabeanspruch gegenüber der Sicherheitnehmerin zugestanden wird. Eine unmittelbare Übertragung dieser Rechtsprechung erscheint allerdings nicht möglich, da dem türkischen Obligationenrecht eine Vorschrift wie die des § 237 BGB fehlt. Um dennoch das Deckungsrisiko bestimmen zu können, bietet es sich an, einen Blick auf die Verwertungsvorschriften des türkischen Zwangsvollstreckungsgesetzes zu werfen. Hieraus ergibt sich nämlich, dass der vom Vollstreckungsbeamten von Amts wegen zu bestimmende Wert nicht um 50% unterschritten werden darf, woraus sich wiederum ein Höchstausfallrisiko von 50 % ergibt. Unter Berücksichtigung der weiteren Verwertungskosten und sonstigen Auslagen erscheint eine Deckungsgrenze von 250 % (50% Verwertungsrisiko und 10% sonstiger Kosten) als möglich, so dass ab dieser Grenze ein Freigabeanspruch entstehen sollte. Damit wäre gewährleistet, dass Vermögen, welches diesen Betrag übersteigt, für andere Kredit(geber) zur Verfügung stünde.

Zur dogmatischen Herleitung der Unwirksamkeit ist jedoch die ergänzende Vertragsauslegung nicht geeignet, da die Rechtslage hinsichtlich der Bankenpraxis in der Türkei mit jener in Deutschland nicht identisch ist. Geeigneter erscheint hingegen die Anwendung des Art. 25 tOR, wonach allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegen Treu und Glauben zulasten des Vertragspartners wirken oder dessen Stellung erschweren, unwirksam. Im Übrigen differenziert das türkische Obligationengesetz nicht nach der Eugenschaft der Vertragsparteien bezüglich der Anwendung von AGB-Vorschriften, so dass deren Anwendbarkeit zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer nach hier vertretener Ansicht keinen Bedenken unterliegt.

## KAYNAKÇA

- ACAR Faruk, “İpotekte Güvence Altına Alınan Alacak Miktarının Günün Ekonomik Koşullarına Uyarlanması”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2008, C.6, S. 62, s. 475 vd.
- ARAL Fahrettin, “Topyekün Temlik”, *AÜHFD*, C. 42 (1992-1994), S. 1-4, s. 115 vd.
- ASLAN Kudret, “Hacizde Sıra (Tertip)”, *AÜHFD*, 2005, C.54, S.2, s.269-318.
- ATAMER Yeşim, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, BATIHA E Yayını, Ankara, 2012, s. 45 vd.
- AYDINCIK Şirin, “Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik”, *İÜHFM*, İstanbul, 2006, C. LXIV, S.1, s. 131 vd.
- BORAN GÜNEYSU Nilüfer, “İcra Hukukunda Aşkın Haciz”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. XX, S. 4, s. 24 vd.
- BUCHER Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Zürich, 1988.
- ÇETİNER Bilgehan, *Taşınmaz Teminatı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- ÇİFTÇİ Pınar, “Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku İle Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. 12, Özel S., s. 313 vd.
- DALCI Nurcihan, *Alacağın Toptan Temlik*, Ankara, 2009, Yüksek Lisans Tezi.
- DAYINLARLI Kemal, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temlik*, Dayınlarlı Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2010.
- DAYINLARLI Kemal, “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1999-2000.
- ENGİN Baki İlkay, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.
- EREN FİKRET, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 17. Bası, Ankara, 2016.
- ESENER Turhan, *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956.
- GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R., *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II*, Schulthess Verlag, 10. Auflage, Zürich, 2014.
- GAUCH Peter / SCHMID Jörg. (HRSG.): *Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2b/2: Allgemeiner Teil, Wirkung des Grundpfands, Art. 805-823 ZGB*, Zürich, 2. Auflage, 2013.
- GRAHAM-SIEGENTHALER Barbara, “Das Bedürfnis nach Sicherheit–Möglichkeiten und Schranken des Rechts”, *SJZ*, 102/2006, S. 449.
- GUHL Theo/ KOLLER Alfred, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Schulthess Verlag, 9. Auflage, Zürich, 2000.

- HAUSHEER Heinz (HRSG.), *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/4, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR*, 2. Auflage, 2005.
- HAUSHEER Heinz/ WALTER Peter H., *Berner Kommentar Band IV/2/5/1, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB*, 3. Auflage, 2010.
- HELVACI İlhan, *Türk Medenî Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997.
- HONSELL Heinrich/ VOGT Nedim Peter/ WIEGAND Wolfgang (HRSG.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht Band I*, 6. Auflage, Basel, 2015.
- HORN Norbert / LWOWSKI, H. Jürgen / NOBBE, Gerd (HRSG.), *Festschrift für Herbert Schimansky*, Köln, 1999.
- KOCAMAN, Arif B., *Factoring İşleminin Hukuki Niteliği*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/ HATEMÎ Hüseyin/ SEROZAN Rona/ ARPACI Abdülkadir, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Cilt I*, 5. Bası, İstanbul, 2010.
- KOLLER Alfred, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Stämpfli Verlag, 3. Auflage, Bern, 2009.
- MUŞUL, Timuçin, *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2015.
- NOMER, Haluk Nami/ ERGÜNE Mehmet Serkan, *Eşya Hukuku*, On İki Levha Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2016.
- OFTINGER Karl/ BAER Rolf, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Sachenrecht, Abteilung 2/c, Art.884-918*, Zürich, 1981.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe, “Teminat Amaçlı Alacak Devri Ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, *İÜHFİM*, 1999, C. LVII, S. 1-2, s. 241 vd.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe, “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1999-2000, s. 277 vd.
- ÖĞÜZ Tufan, “İpotek Hakkı Uyarılama Talebine Konu Olabilir mi?”, *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I, Eşya Hukuku, 20 Ekim 2016*, Ögüz/ Engin (Ed.), İstanbul, 2017, s. 5, 8 vd.
- ÖZSUNAY Ergun, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968.
- REETZ Peter, *Die Sicherung von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme*, Zürich, 2006.
- SÄCKER Franz Jürgen/ RIXECKER Roland/ OETKER Hartmut/ LIMPERG, Bettina (HRSG.), *Münchener Kommentar zum BGB, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil*, C.H. Beck Verlag, 7. Auflage, 2016.
- SCHIMANSKY Herbert/ BUNTE Hermann Josef/ LWOWSKI Hans Jürgen, *Bankrechts-Handbuch*, C.H. Beck Verlag, 4. Auflage, München, 2011.

- SİRMEN, A. Lale, *Alacak Rehni*, Ankara, 1998.
- STIEFEL Mirko, “Die Übersicherung des Kreditgebers im Schweizer Recht”, *AJP*, 2017, s. 16 vd.
- UYGUR Atiye, “Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler”, *GÜHFD*, Ankara, 2006, C.X, S.1-2.
- VON STAUDINGERS, J., *Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Staudinger BGB - Buch 3: Sachenrecht §§ 925-984; Anh zu §§ 929 ff (Eigentum 2)*, 12. Auflage, 2011.
- WEBER R. H., *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/4*, Heinz Hausheer, (Hrsg.), *Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR*, 2. Auflage, 2005, Art. 85 kn. 493.
- WEIBEL Stephan, *Financial Assistance bei LBO-Transaktionen, - Eine Gläubigerschutzanalyse unter Berücksichtigung postakquisitorischer Umstrukturierungen*, *Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Band/Nr. 115*, Schulthess Verlag, 2013.
- WIEGAND Wolfgang, “Fiduziarische Rechtsgeschäfte”, *ZBJV*, 1980, s. 561 vd.
- WIEGAND Wolfgang/ BRUNNER Christoph, “Übersicherung und Freigabeanspruch”, *NJW*, 1995, s. 2513 vd.
- ZOBL Dieter, “Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtsprechung – Eine Standortbestimmung”, *SJZ*, 1989, s. 352 vd.

#### **İnternet Kaynakları**

[https://bankenverband.de/media/file/AGB-Banken\\_40.000\\_Fassung\\_07\\_14.pdf](https://bankenverband.de/media/file/AGB-Banken_40.000_Fassung_07_14.pdf)  
[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

## COMPLIANCE IN DEUTSCHLAND – EINE EINFÜHRUNG ALMANYA’DA UYUMLULUK – GİRİŞ

Dr. Karen KLEIN\*

### ÖZ

*Uyumluluk, yüksek zarar ve itibar kaybı potansiyeli nedeniyle Alman şirketleri için önemli bir konudur. Günümüzde özellikle yolsuzluk ve antitröst yasası ihlalleri söz konusu olduğunda, uyumluluk ihlalleri için kesilen para cezaları 1 milyar Euro seviyesine kadar çıkabilmektedir. Ayrıca, uyumluluk ihlallerinin tespit edildiği şirketler Alman medyasında haber haline gelmekte ve bu da şirketlerin itibarının ciddi şekilde zarar görmesine neden olmaktadır. Bu nedenle, temel uyumluluk hedeflerinden biri, uygun, risk bazlı bir uyum organizasyonu (önleyici uyumluluk) oluşturarak önceden sorumluluğu önlemektir. Buna rağmen yolsuzluk sorunları ortaya çıkarsa, bunların da tespit edilip çözümleri gerekmektedir (baskıcı uyumluluk).*

**Anahtar Kelimeler:** *Uyumluluk organizasyonu, önleyici uyumluluk, baskıcı uyumluluk, sorumluluğun önlemesi, yolsuzluk, antitröst yasası*

---

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

## COMPLIANCE IN GERMANY – AN INTRODUCTION

### ABSTRACT

*Compliance is a topic which is significant for German companies due to its high potential for damages and loss of reputation. Fines for compliance violations can nowadays even hit the 1 billion Euro level, especially when it comes to cases of corruption and violations of antitrust law. Furthermore, companies in which compliance violations have been detected become news in German media, which generally leads to a considerable damage of the companies' reputation. That is why one of the main compliance goals is to avoid liability beforehand by establishing a proper, risk-based compliance organization (preventive compliance). If issues of non-compliance occur nevertheless, they have to be detected and resolved accordingly (repressive compliance).*

**Keywords:** *Compliance organization, preventive compliance, repressive compliance, avoidance of liability, corruption, antitrust law*

### EINLEITUNG

In der deutschen Unternehmenspraxis ist der Bereich Compliance von herausragender Bedeutung. Dies liegt vor allem daran, dass Unternehmen bei Compliance-Verstößen enorm hohe Schäden drohen, die insbesondere aus Bußgeldern und einem kaum in Geld messbaren Reputationsverlust resultieren. Darüber hinaus setzen sich Geschäftsleitung und Mitarbeiter auch persönlich nicht zu unterschätzenden Haftungsrisiken aus. Vor diesem Hintergrund möchte der Beitrag einen Überblick über den Bereich Compliance in Deutschland geben. Nach einer Klärung von Begriff und historischer Entwicklung (dazu I.) werden die rechtstatsächliche Bedeutung (dazu II.) und die Rechtsgrundlagen der Compliance (dazu III.) dargestellt. Anschließend werden verschiedene Aspekte der präventiven (dazu IV.) und der repressiven Compliance (dazu V.) beleuchtet, wobei ein Schwerpunkt auf die Bereiche Antikorruptions- und Kartellrechts-Compliance gesetzt wird. Der Beitrag schließt mit einem Ausblick (dazu VI.

## I. Begriff und historische Entwicklung

Der Begriff „*Compliance*“ stammt ursprünglich aus dem angloamerikanischen Rechtsraum.<sup>1</sup> Er beschreibt zunächst eine reine Selbstverständlichkeit, nämlich die Pflicht des Unternehmens, der Geschäftsleitung und der Mitarbeiter, sich an das geltende Recht zu halten.<sup>2</sup> Darüber hinaus umfasst der Begriff aber auch alle Organisationsmaßnahmen, die erforderlich sind, um dieses rechtmäßige Verhalten sicherzustellen.<sup>3</sup> In einem Konzern beschränkt sich diese Compliance-Verantwortung nicht auf die Konzernobergesellschaft, sondern erstreckt sich auch auf alle Konzernunternehmen. Für den Fall, dass ausländische Tochtergesellschaften vorhanden sind, kommt dem Bereich Compliance deshalb auch eine internationale Dimension zu.<sup>4</sup>

Während in den USA Compliance seit Jahrzehnten eine Rolle spielt, hat dieser Bereich in Deutschland – jedenfalls als eigenständiges Rechtsgebiet – erst relativ spät Aufmerksamkeit erfahren. Auslöser für diese Fokussierung war die sog. Siemens-Korruptionsaffäre. Diese Affäre begann im Jahr 2006, als bekannt wurde, dass im Siemens-Konzern eine weitverbreitete Bestechungspraxis bestand und Mitarbeiter mithilfe von schwarzen Kassen und fiktiven Beraterverträgen unrechtmäßige Zahlungen an ausländische Amtsträger und Geschäftspartner leisteten. Die Siemens-

---

<sup>1</sup> Den USA wird allgemein eine Vorreiterfunktion im Bereich Compliance zugeschrieben. In dieser Hinsicht ist insbesondere der U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) von 1977 zu nennen, der Bestechungszahlungen an ausländische Amtsträger verbietet, vgl. hierzu Cohen/Holland, *CCZ* 2008, 7-11 und Spehl/Grützner, *CCZ* 2013, 198-204. Hervorzuheben sind auch die aus dem Jahr 1991 stammenden U.S. Sentencing Guidelines, die Grundsätze für die Strafzumessung festlegen, wobei die Strafhöhe entscheidend davon abhängt, ob ein Unternehmen über ein effektives Compliance-Programm verfügt, vgl. hierzu Hopson/Graham Koehler, *CCZ* 2008, 208-213 und Hauschka/Moosmayer/Lösler, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, *Corporate Compliance*, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 74-79.

<sup>2</sup> Dabei geht es nicht nur um die Einhaltung von (insbesondere straf- und bußgeldbewehrten) Gesetzen, sondern auch um innerbetriebliche Ausführungsregelungen der Unternehmen, vgl. Moosmayer, *Compliance*, 3. Aufl. 2015, Rn. 1.

<sup>3</sup> Balke, in: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, 5. Aufl. 2016, Bd. 7, § 111 Rn. 3; Straube/Rasche, *Arbeitsrechtliche Korruptionsbekämpfung*, 1. Aufl. 2017, C.I. Rn. 19.

<sup>4</sup> Fleischer, *CCZ* 2008, 1-6; Schneider, *NZG* 2009, 1321-1326; Sonnenberg, *JuS* 2017, 917, 921-922.



Korruptionsaffäre wurde nicht nur eingehend in den deutschen Medien behandelt, sondern auch in der juristischen Literatur aufgegriffen.<sup>5</sup> Danach häuften sich die Meldungen über Compliance-Skandale auch in anderen deutschen Unternehmen.<sup>6</sup> Seit dieser Zeit hat der Bereich Compliance kontinuierlich an Bedeutung zugenommen.

## II. Rechtstatsächliche Bedeutung

Diese steigende Bedeutung ist nicht zuletzt auf das enorme Schadenspotential zurückzuführen, das mit Compliance-Verstößen einhergeht. So können Bußgelder in Kartellverfahren mittlerweile die Dimension von 1 Milliarde Euro erreichen.<sup>7</sup> Hinzu kommen Schadensersatzansprüche Dritter, wie sie beispielsweise von kartellgeschädigten Kunden im Rahmen sog. „*Follow-on-Klagen*“ geltend gemacht werden. Bei diesen Klagen handelt es sich um private Schadensersatzklagen, die eingereicht werden, nachdem ein Kartellverstoß von einer Wettbewerbsbehörde festgestellt wurde. Nicht zu vernachlässigen sind auch die Kosten für die Aufklärung von Compliance-Vorfällen, die bei umfangreichen Compliance-Sachverhalten und Hinzuziehung externer Berater ebenfalls hohe Beträge erreichen können. Ferner können Unternehmen wegen fehlender vergaberechtlicher Zuverlässigkeit von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen werden und müssen deshalb mit Umsatzeinbußen rechnen. Nicht zu unterschätzen ist auch der mit Compliance-Verstößen einhergehende Reputationsverlust, der kaum in Geld bezifferbar ist. Hinzu kommen die Haftungsrisiken von Geschäftsleitung und Mitarbeitern, die sich nicht nur der

---

<sup>5</sup> Wie Harbarth/Brechtel, *ZIP* 2016, 241, 246 f., feststellen, sind seit dem Jahr 2006 die Auseinandersetzungen mit dem Thema Compliance in Deutschland fast explosionsartig angestiegen.

<sup>6</sup> Betroffen waren etwa die Deutsche Telekom, Daimler, die Deutsche Bank oder MAN, vgl. die insgesamt 10 Compliance-Vorfälle umfassende Aufstellung von Kalbhenn, *Handelsblatt online* v. 16.5.2012, Compliance: Die größten Skandale in deutschen Konzernen, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/beruf-und-buero/buero-special/compliance-die-groessten-skandale-in-deutschen-konzernen/6641352.html> (Abruf am 28.11.2019).

<sup>7</sup> Vgl. die Kartellstatistik der Europäischen Kommission, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf> (Abruf am 28.11.2019). Da es in Deutschland kein Unternehmensstrafrecht gibt, spielen für das deutsche Recht die §§130, 30 OWiG eine maßgebliche Rolle.

Gefahr von Schadensersatzansprüchen und Kündigungen aussetzen, sondern möglicherweise auch strafrechtlich belangt werden können.<sup>8</sup> Ziel der Unternehmen ist es deshalb, Compliance-Verstöße durch entsprechende Organisationsmaßnahmen von vorneherein zu vermeiden.

Aber auch bei eingetretenen Compliance-Verstößen besteht ein Interesse daran, diese im Sinne einer ordnungsgemäßen Compliance aufzuarbeiten und abzustellen. Beides dient unter anderem dazu, den eingetretenen Reputationsschaden zu begrenzen und gegenüber der Öffentlichkeit klarzustellen, dass sich das Unternehmen ernsthaft um die Einhaltung der Rechtsregeln bemüht. Gleichzeitig kommt der Aufarbeitung auch eine Signalwirkung gegenüber den Mitarbeitern des Unternehmens zu, da andernfalls leicht der (für die Geschäftsleitung haftungsrechtlich relevante) Eindruck entstehen könnte, dass Compliance-Verstöße nicht geahndet oder womöglich sogar geduldet werden. Ferner sind Compliance-Bemühungen ein wichtiger Teil der sog. Selbstreinigung, die es einem Unternehmen ermöglicht, wieder an Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber teilzunehmen (§ 125 Abs. 1 Nr. 3 GWB).<sup>9</sup> Und schließlich hat der 1. Strafsenat des BGH jüngst entschieden, dass ein effizientes Compliance-System strafmildernd bei der Bemessung einer Unternehmensgeldbuße berücksichtigt werden könne. Nach den Ausführungen des Gerichts könne eine Rolle spielen, ob das Unternehmen in der Folge des Compliance-Verstoßes entsprechende Regelungen optimiert und betriebsinterne Abläufe so gestaltet habe, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig deutlich erschwert würden.<sup>10</sup>

### III. Rechtsgrundlage

Hinsichtlich der Rechtsgrundlage ist zwischen der Pflicht zur Einhaltung von Recht und Gesetz und zwischen der Compliance-Organisationspflicht zu differenzieren.

Die Geschäftsleitung muss sich zunächst selbst rechtstreu verhalten („*Legalitätspflicht*“). Der Vorstand einer AG hat beispielsweise nach § 76 Abs. 1 AktG die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten. Aus

---

<sup>8</sup> In Betracht kommen z.B. wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB), Betrug bei Preisabsprachen (§ 263 StGB) oder Bestechungsdelikte (§§ 331 ff. StGB und §§ 299 ff. StGB).

<sup>9</sup> Hierzu Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht*, 3. Aufl. 2019, § 125 GWB Rn. 29.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 9.5.2017 – 1 StR 265/16, BeckRS 2017, 114578, Rn. 118.

diesem Grund hat er auch dafür Sorge zu tragen, dass alle die AG betreffenden Rechtsvorschriften eingehalten werden.<sup>11</sup> Darüber hinaus muss die Geschäftsleitung sicherstellen, dass auch die Mitarbeiter des Unternehmens nicht gegen Recht und Gesetz verstoßen („*Legalitätskontrollpflicht*“). Hieraus folgt wiederum die Pflicht, geeignete organisatorische Maßnahmen zu treffen, um das rechtskonforme Verhalten der Mitarbeiter sicherzustellen („*Compliance-Organisationspflicht*“). Rechtsnormen, die diesen letzten Aspekt ausdrücklich festschreiben, sind jedoch nur selten zu finden.

Lediglich im Bereich der Finanz- und Versicherungsbranche (sog. „*regulierter Bereich*“) wird die Einrichtung von Compliance-Systemen in speziellen Rechtsgrundlagen vorgegeben. Nach § 25a Abs. 1 KWG muss beispielsweise ein Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut über eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verfügen, welche die Einhaltung der von dem Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen und der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten gewährleistet. In § 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 c) KWG wird darüber hinaus ausdrücklich die Einrichtung einer „*Compliance-Funktion*“ gefordert.<sup>12</sup>

Woraus sich die Compliance-Organisationspflicht für Unternehmen außerhalb des regulierten Bereichs ergibt, ist in der Literatur immer noch umstritten. Teilweise wird auf spezielle aktienrechtliche Pflichten des Vorstands verwiesen, darunter insbesondere die Pflicht, ein Überwachungssystem einzurichten, um den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen rechtzeitig zu erkennen.<sup>13</sup> Teilweise wird

---

<sup>11</sup> Balke (wie Fn. 3), § 111 Rn. 3.

<sup>12</sup> Ähnliches gilt z.B. nach § 29 VAG für Versicherungsunternehmen und nach § 80 Abs. 1 Satz 1 WpHG (der auf § 25a KWG verweist) für Wertpapierdienstleistungsunternehmen.

<sup>13</sup> Zur aktienrechtlichen Begründung z.B. Schwintowski, *NZG* 2005, 200, 201 f. Nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG haben Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Nach § 91 Abs. 2 AktG hat der Vorstand geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Allerdings findet das Aktienrecht nur auf Aktiengesellschaften und damit nur auf einen Teil der Unternehmen Anwendung. Zudem sind Schäden, die durch Compliance-Verstöße eintreten, zwar regelmäßig hoch, die Grenze der Bestandsgefährdung dürfte aber nur in seltenen Fällen erreicht werden. Zum ersten Kritikpunkt Moosmayer (wie Fn. 2), Rn. 10, zum zweiten Kritikpunkt Fleischer, in: Spindler/Stilz, *AktG*, 4. Aufl. 2019, § 91 Rn. 48.

§130 Abs. 1 Satz 1 OWiG angeführt, der die Unterlassung von Aufsichtsmaßnahmen durch den Inhaber eines Betriebs oder Unternehmens zum Gegenstand hat.<sup>14</sup> Schließlich wird eine Gesamtanalogie der genannten Vorschriften ebenso zur Begründung herangezogen<sup>15</sup> wie die allgemeinen Leitungspflichten der Geschäftsleiter.<sup>16</sup> Unabhängig von der konkreten Verortung der Compliance-Organisationspflicht im Einzelnen, ist der Pflichtenrahmen als solcher jedoch mittlerweile anerkannt.<sup>17</sup>

#### IV. Präventive Compliance

Der Bereich Compliance wird üblicherweise in zwei große Teilgebiete untergliedert: Den präventiven und den repressiven Bereich. Der Bereich der präventiven Compliance umfasst den vorbeugenden Aspekt und will das Eintreten von Compliance-Verstößen möglichst verhindern. Dieser Bereich wird allgemein mit der Pflichtentrias „*organisieren, kontrollieren und fortentwickeln*“ umschrieben.

##### a. Organisationspflicht

In präventiver Hinsicht trifft die Geschäftsleitung zunächst eine Organisationspflicht, d.h. sie muss geeignete organisatorische Maßnahmen treffen, um ein Fehlverhalten der Mitarbeiter möglichst erst gar nicht aufkommen zu lassen. Diese Organisationspflicht ist spätestens seit der Grundsatzenscheidung des Landgerichts München I in der Sache „*Siemens/Neubürger*“ anerkannt. In diesem, im Rahmen der Aufarbeitung der Korrup-

---

<sup>14</sup> Zur Begründung über das OWiG z.B. Moosmayer (wie Fn. 2), Rn. 10. § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG lautet: „Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre.“ Aus § 130 OWiG dürften indes nur Einzelpflichten folgen, die sich insbesondere auf die Kontrolle und stichprobenhafte Überwachung der Mitarbeiter beziehen, nicht zwangsläufig aber im Sinne von gesamthaften Organisationsvorgaben zu verstehen sind, Balke (wie Fn. 3), § 111 Fn. 19.

<sup>15</sup> Zu einer Gesamtanalogie z.B. Schneider, ZIP 2003, 645, 649.

<sup>16</sup> Balke (wie Fn. 3), § 111 Rn. 5.

<sup>17</sup> Fleischer, in: Spindler/Stilz, *AktG*, 4. Aufl. 2019, § 91 Rn. 48; Balke (wie Fn. 3), § 111 Rn. 4; Sonnenberg, *JuS* 2017, 917, 917 jeweils m.w.N. Vgl. auch Ziff. 4.1.3 DCGK (Deutscher Corporate Governance Kodex). Kritisch hingegen Koch, in: Hüffer/ Koch, *AktG*, 13. Aufl. 2018, § 76 Rn. 13-17a m.w.N.

tionsaffäre geführten Prozess verklagte die Siemens AG ihren ehemaligen Finanzvorstand auf Zahlung von Schadensersatz. Das Landgericht München I gab der Klägerin recht. Das Gericht betonte, dass ein Vorstandsmitglied dafür Sorge tragen müsse, das Unternehmen so zu organisieren und zu beaufsichtigen, dass keine Gesetzesverstöße erfolgten. Ferner heißt es:

*„Seiner Organisationspflicht genügt ein Vorstandsmitglied bei entsprechender Gefährdungslage nur dann, wenn er eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation einrichtet. Entscheidend für den Umfang im Einzelnen sind dabei Art, Größe und Organisation des Unternehmens, die zu beachtenden Vorschriften, die geografische Präsenz wie auch Verdachtsfälle aus der Vergangenheit.“<sup>18</sup>*

Die Organisationspflicht besteht damit nicht für alle Unternehmen in gleichem Umfang. Vielmehr ist sie abhängig von der konkreten Risikoexposition des Unternehmens, die wiederum maßgeblich von Größe, Geschäftstätigkeit und Branchenzugehörigkeit oder bereits eingetretenen Verdachtsfällen beeinflusst wird. Um die Risikoexposition bestimmen zu können, muss die Geschäftsleitung deshalb zunächst eine Risikoanalyse durchführen. Diese ist zentral, um die bestehenden Rechtsrisiken in einem ersten Schritt ermitteln und sodann gewichten zu können. Erst danach kann mit der Einführung von konkreten Compliance-Maßnahmen begonnen werden.<sup>19</sup> Allgemeingültige Compliance-Standards lassen sich dabei nur eingeschränkt formulieren, da jede Compliance-Maßnahme konkret auf das jeweilige Unternehmen und dessen spezielle Situation abzustimmen ist. Dennoch gibt es einzelne Punkte, denen grundsätzlich Beachtung geschenkt werden sollte. Diese Punkte werden nachfolgend aufgeführt.

---

<sup>18</sup> LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, BeckRS 2014, 1998, erster Leitsatz (Siemens/Neubürger).

<sup>19</sup> In der Praxis werden hierfür verstärkt Rahmenwerke und Leitlinien angeboten, mit denen Unternehmen eine Handreichung zum Aufbau einer ordnungsgemäßen Compliance-Organisation gegeben werden soll. Zu nennen sind hier beispielweise der Standard IDW PS 980 des Instituts der Wirtschaftsprüfer, besondere regulatorische Vorgaben wie die von der BaFin erlassenen Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) oder die Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion (MaComp) sowie der UN Global Compact als internationale Initiative für verantwortungsvolle Unternehmensführung. Zur Vorstandshaftung wegen fehlerhafter Ausrichtung der Compliance-Organisation vgl. Balke/Klein, ZIP 2017, 2038-2046.

### **aa. Tone from the top**

Grundlegend für den Erfolg eines Compliance-Programms ist zunächst die Einstellung der Geschäftsleitung, da diese maßgeblich dazu beiträgt, ob sich in einem Unternehmen ein Compliance-Bewusstsein entwickeln kann. Die Geschäftsleitung muss diesen Prozess fördern, indem sie den Mitarbeitern die Notwendigkeit eines Compliance-Programms glaubhaft vermittelt und sich für dessen Implementierung einsetzt (sog. „*tone from the top*“). Die Unternehmensleitung muss dabei klar machen, dass die Einhaltung des Rechts selbst dann Vorrang genießt, wenn hierdurch Geschäftschancen nicht wahrgenommen werden können.<sup>20</sup>

### **bb. Aufbau einer Compliance-Organisation**

Ferner ist zu überlegen, wie eine Compliance-Organisation im Unternehmen aufgebaut werden soll.<sup>21</sup> Dabei kommen verschiedene Organisationsmodelle in Betracht.

Abhängig von der Größe des Unternehmens kann der Aufbau einer autonomen Compliance-Organisation in Erwägung gezogen werden, die alle Compliance-Aufgaben selbstständig wahrnimmt. An der Spitze dieser Organisation steht meist ein Chief Compliance Officer, an den alle nachgelagerten Ebenen berichten. Diese Compliance-Organisation muss über ein eigenes Budget verfügen, aus ausreichendem und fachlich qualifiziertem Personal bestehen und in die operative Geschäftstätigkeit eingebunden sein. Der Vorteil der autonomen Compliance-Organisation besteht in der Bündelung von Wissen, ihr Nachteil in einem erhöhten Einsatz an finanziellen und personellen Ressourcen.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Moosmayer (wie Fn. 2), Rn. 144; Balke (wie Fn. 3), § 112 Rn. 12; Schröder, *CCZ* 2015, 63, 64.

<sup>21</sup> Deutsche Unternehmen haben in den vergangenen Jahren ihre Compliance-Organisation verstärkt auf- bzw. ausgebaut. Laut einer aktuellen Studie von CMS (Compliance-Barometer) steigt die Zahl der Unternehmen mit eigener Compliance-Abteilung kontinuierlich. Es bestehe jedoch ein Gefälle zwischen Unternehmen mit weniger als 5.000 Mitarbeitern (39% verfügen über eine eigene Compliance-Abteilung) und Unternehmen mit mehr als 5.000 Mitarbeitern (75% verfügen über eine eigene Compliance-Abteilung). Allerdings werde laut CMS in kleineren Unternehmen die Compliance-Funktion häufig von anderen Abteilungen wie z.B. der Rechts- oder Controlling-Abteilung übernommen, vgl. Potinecke/Block, *comply* 2/2018, 25, abrufbar unter <https://www.bundesanzeiger-verlag.de/fileadmin/Betrifft-Unternehmen/Arbeitshilfen/Fachbeitraege/AktuelleCompliancePraxis.pdf> (Abruf am 28.11.2019).

<sup>22</sup> Moosmayer (wie Fn. 2), Rn. 106 f.

In einem anderen Organisationsmodell wird die Compliance-Organisation in eine bestehende Matrix-Organisation eingebunden. Hierzu wird beispielsweise ein Compliance-Komitee aus Mitgliedern verschiedener Fachabteilungen gebildet, in dem insbesondere die Rechts-, Revisions-, Finanz- und Personalabteilung vertreten sein sollten. In diesem Fall beschränkt sich die Aufgabe des Compliance-Komitees auf die Prävention. Die repressiven Aufgaben werden von dem Compliance-Komitee lediglich fachlich koordiniert, aber von anderen Fachabteilungen durchgeführt. Diese Ausgestaltung ist zwar kostengünstiger als die autonome Compliance-Organisation, erfordert aber auch einen höheren Abstimmungsaufwand und geht mit einem gewissen Verlust an Expertenwissen einher.<sup>23</sup>

Beide Organisationsmodelle bieten sich grundsätzlich nur für Unternehmen ab einer gewissen Größe an. Kleinere und mittlere Unternehmen werden oft nicht die Kapazitäten haben, um eine eigenständige Compliance-Organisation vorzuhalten. Deshalb ist es in diesen Unternehmen ebenso denkbar, die Compliance-Aufgabe an die Rechtsabteilung oder eine andere Abteilung anzugliedern.<sup>24</sup>

Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Compliance-Organisation verbleibt die Letztverantwortung für Compliance als Leitungsaufgabe bei der Geschäftsleitung („*Compliance ist Chefsache!*“<sup>25</sup>). Die Geschäftsleiter müssen daher alle grundlegenden Compliance-Entscheidungen selbst treffen und sich regelmäßig von deren Wirksamkeit überzeugen. Die operative Umsetzung darf jedoch delegiert werden.<sup>26</sup> Diese Delegation setzt allerdings eine eindeutige Verantwortungszuweisung und ein funktionierendes Berichtswesen voraus. Es muss klar geregelt sein, wem die Compliance-Verantwortung für einzelne Vorfälle zukommt

---

<sup>23</sup> Moosmayer (wie Fn. 2), Rn. 108-111.

<sup>24</sup> Leipold/Beukelmann, *NJW-Spezial* 2009, 24. Speziell zu Compliance für den Mittelstand Fissenewert, *NZG* 2015, 1009-1013. Speziell zu Compliance für Startups Schieffer, *CCZ* 2018, 93-95; Nothhelfer/Bacher, *CCZ* 2016, 64-69. Ausdrücklich auch Hauschka, *CCZ* 2018, 159, 160: „2,2 Mio. Einzelunternehmer und über 500.000 GmbHs in Deutschland haben von Compliance ganz überwiegend noch nie etwas gehört. Für einen großen Teil dieser Unternehmen wird es ausreichen, wenn die Leitungsorgane eine klare Linie vorgeben, mögliche Compliance-Themen adressieren und dazu eine eindeutige Position beziehen.“

<sup>25</sup> Fleischer, *CCZ* 2008, 1, 3.

<sup>26</sup> Koch (wie Fn. 17), § 76 Rn. 12; Fleischer, *NZG* 2014, 321, 323 f.; Hoffmann/Schieffer, *NZG* 2017, 401, 405 f.

und an wen diese zu berichten sind. Insbesondere muss ein direkter Berichtsweg zur Unternehmensleitung bestehen.<sup>27</sup>

### **cc. Code of Conduct**

Regelmäßig zu empfehlen ist Unternehmen die Abfassung eines „*Code of Conduct*“, auch genannt „*Mission Statement*“, „*Verhaltenskodex*“ oder „*Compliance-Kodex*“. Der Code of Conduct besteht aus einem Vorwort der Unternehmensleitung, in dem auf die Wichtigkeit der Einhaltung von Recht und Gesetz hingewiesen, die Verbindlichkeit der Compliance im Unternehmen verdeutlicht und auf entsprechende Sanktionen verwiesen wird. Im Anschluss hieran werden die in der Risikoanalyse ermittelten Themenfelder kurz und prägnant dargestellt. Hierzu gehören meist (wenn auch nicht abschließend) die Bereiche Antikorruption, Kartellrecht, Insiderregelungen, Geldwäsche, Einhaltung des Datenschutzes, Schutz des Eigentums des Unternehmens, Arbeitsrecht und Umweltschutz. Der Code of Conduct sollte mit einer kurzen Information über die Compliance-Organisation und die entsprechenden Ansprechpartner abschließen.<sup>28</sup>

In als besonders kritisch identifizierten Bereichen ist eine Ergänzung durch Leitfäden und Compliance-Richtlinien sinnvoll. Die darin enthaltenen, vertiefenden Ausführungen und konkreten Beispielfälle sollten auf die Regelungen im Code of Conduct Bezug nehmen, regelmäßig angepasst und in einer jeweils aktuellen Version vorgehalten werden. Besonderes Augenmerk ist darauf zu legen, dass Richtlinien und Leitfäden in ihrer Gesamtheit übersichtlich bleiben, sodass Mitarbeiter nicht das Gefühl bekommen, in einer wachsenden Regelungsflut den Überblick zu verlieren.<sup>29</sup>

### **dd. Antikorruptions-Compliance**

Ein wichtiger Teilbereich der Compliance betrifft die Vorsorge gegen Korruptionssachverhalte.<sup>30</sup> Auch hier drohen bei Verstößen empfindliche Bußgelder. Laut Bundeskriminalamt wurden in Deutschland im Jahr 2017

<sup>27</sup> Moosmayer (wie Fn. 2), Rn. 113-123.

<sup>28</sup> Vgl. zur Grundstruktur eines Code of Conduct Moosmayer (wie Fn. 2), Rn. 157-160. Speziell zum Bereich Kartellrecht Schröder, *CCZ* 2015, 63-69.

<sup>29</sup> Moosmayer (wie Fn. 2), Rn. 162.

<sup>30</sup> §§ 331-336 StGB gelten für Amtsträger und für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete, §§ 299-299b StGB für Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen, vgl. Walter, *JURA* 2010, 511-520 und Kuhlen, *JuS* 2011, 673-680.



insgesamt 4.894 Korruptionsstraftaten polizeilich registriert.<sup>31</sup> Dabei können Bestechungszahlungen nach deutschem Recht auch dann strafrechtlich relevant werden, wenn sie einen Auslandsbezug aufweisen.<sup>32</sup>

Um Korruptionsdelikten entgegenzuwirken, wurden für Unternehmen spezielle Compliance-Maßnahmen entwickelt.<sup>33</sup> Hierbei kommen insbesondere Schulungen der Mitarbeiter zum Zuge. Diese werden entweder in Form einer Präsenzschiulung oder im Wege des E-Learning durchgeführt. Schulungen sollen das Compliance-Bewusstsein der Arbeitnehmer schärfen und vorhandene Zweifelsfragen klären. Insbesondere wird den Mitarbeitern ermöglicht, konkrete Rückfragen zu stellen und dadurch Konfliktsituationen zu klären, mit denen sie sich in ihrem Tagesgeschäft konfrontiert sehen.<sup>34</sup>

Ferner besteht die Möglichkeit, Antikorruptions-Klauseln in Verträge mit Geschäftspartnern aufzunehmen. In solchen Klauseln verpflichten sich die Geschäftspartner, bei der Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistung sämtliche Rechtsvorschriften zur Bekämpfung der Korruption einzuhalten. Mit einer solchen Klausel können auch Einsichts- und Kündigungsrechte sowie (pauschalierte) Schadensersatzverpflichtungen einhergehen. Da es sich hierbei regelmäßig um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, können Unwirksamkeitsrisiken auftreten, die bei der Abfassung zu bedenken sind.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> BKA, *Korruption Bundeslagebild 2017*, S. 3, abrufbar unter <https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Korruption/korruptionBundeslagebild2017.html;jsessionid=5118CB8847C7C90C6EC2CB77D7B2CC6C.live2301?nn=28078> (Abruf am 28.11.2019).

<sup>32</sup> Für ausländische und internationale Bedienstete gilt § 335a StGB. §§ 299-299b StGB nehmen Bezug auf den „*ausländischen Wettbewerb*“. Siehe ferner das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung (IntBestG). Interessant ist in diesem Zusammenhang der Korruptionswahrnehmungsindex (CPI) von Transparency International, der Länder und Gebiete nach dem Grad der im öffentlichen Sektor von Expertinnen und Experten sowie Führungskräften wahrgenommenen Korruption auflistet, für das Jahr 2018 abrufbar unter <https://www.transparency.de/cpi/cpi-2018/cpi-ranking-2018/> (Abruf am 28.11.2019).

<sup>33</sup> Einen Überblick über die Maßnahmen zur Vermeidung von Korruptionsdelikten gibt Greeve, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler (wie Fn. 1), § 25 Rn. 192.

<sup>34</sup> Moosmayer (wie Fn. 2), Rn. 178-180.

<sup>35</sup> Allgemein zu Compliance-Klauseln Gilch/Pelz, *CCZ* 2008, 131-136; Hölter, in: Hölter, *AktG*, 3. Aufl. 2017, § 93 Rn. 110.

Ferner kann eine „*Third Party Due Diligence*“ (auch genannt „*Geschäftspartner-Compliance*“) durchgeführt werden. Hierzu werden Informationen über den Vertragspartner abgefragt, um sicherzustellen, dass dieser in korruptionsrechtlicher Hinsicht unbedenklich ist. Relevante Informationen können hierbei z.B. Angaben zu Geschäftsführern und Gesellschaftern sein, aber auch Beteiligungsverhältnisse sowie Verbindungen zu Parteien, Behörden und Ministerien. Entsprechende Informationen können im Wege einer freiwilligen Selbstauskunft, über Kreditauskunfteien und Wirtschaftsdienste oder über einen persönlichen Besuch im Unternehmen gewonnen werden.<sup>36</sup>

Besondere Bedeutung kommen auch den sog. „*Geschenke-Richtlinien*“ zu. Diese enthalten Hinweise, wie Mitarbeiter mit Geschenken und Einladungen umzugehen haben. Hierbei wird üblicherweise nach der Höhe des Geschenks bzw. der Einladung sowie danach differenziert, ob das Geschenk gegenüber einem Amtsträger oder einem Geschäftspartner gemacht wird bzw. von einem Geschäftspartner stammt.<sup>37</sup>

Relevant sind auch Berater- und Vermittlerverträge, da diese in der Vergangenheit ein beliebtes Mittel waren, um Bestechungszahlungen zu verschleiern. Um dieser Vorgehensweise entgegenzusteuern, können folgende Maßnahmen ergriffen werden: Zunächst ist die Provisionshöhe einer kritischen Prüfung daraufhin zu unterziehen, ob Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis stehen. Sodann sollte die Zahlungsabwicklung stets über Konten und niemals in bar erfolgen. Schließlich sollte die Leistung, die der Berater erbringt, nachprüfbar dokumentiert werden.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Passarge, in: Martinek/Semler/Flohr, *Handbuch des Vertriebsrechts*, 4. Aufl. 2016, § 79 Rn. 190; Troßbach, *CCZ* 2017, 216-224; Moosmayer (wie Fn. 2), Rn. 243-253.

<sup>37</sup> Zu Praxisfragen bei Zuwendungen an Dritte Moosmayer (wie Fn. 2), Rn. 226-242. Insbesondere zu der Frage, welche Geschenke einem Amtsträger, Beamten oder sonst im öffentlichen Dienst Beschäftigten gemacht werden dürfen Reiff, *CCZ* 2018, 194-203; Bömer, *GWR* 2011, 28-31.

<sup>38</sup> Siehe hierzu z.B. den Leitfaden Korruptionsprävention (Stand: September 2011) des Verbandes Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e. V. (VDMA) unter „1.7.2.6. Berater- und Vermittlerverträge“, abrufbar unter [http://www.vdma.org/documents/105628/0/Stb\\_Leitfaden+Korruptionspr%C3%A4vention+2011.pdf/95ae6e4f-8476-444e-91b1-baec76cf51ec](http://www.vdma.org/documents/105628/0/Stb_Leitfaden+Korruptionspr%C3%A4vention+2011.pdf/95ae6e4f-8476-444e-91b1-baec76cf51ec) (Abruf am 28.11.2019).

### ee. Kartellrechts-Compliance

Auch der Bereich Kartellrecht spielt im Wirtschaftsleben eine immer wichtigere Rolle. Die Einhaltung kartellrechtlicher Regelungen wird von der Europäischen Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden durchgesetzt. Bemerkenswert bei dieser Durchsetzung ist, dass gegenüber Kartellteilnehmern, die durch ihre Kooperation dazu beitragen, ein Kartell aufzudecken, die Geldbuße erlassen oder reduzieren werden kann (sog. „Kronzeugen- oder Bonusregelung“). Diese Regelung hat sich als äußerst erfolgreich im Kampf gegen Kartelle erwiesen. So wird nach Angaben des deutschen Bundeskartellamts gut die Hälfte aller Kartellverfahren durch Hinweise eines Kronzeugen und damit einen Kartellteilnehmer selbst ausgelöst.<sup>39</sup>

Im Rahmen der kartellrechtlichen Compliance-Bemühungen spielen insbesondere das Kartellverbot des Art. 101 AEUV und des § 1 GWB eine Rolle. Danach sind Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen verboten, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.<sup>40</sup> In dieser Hinsicht kommen zunächst Verstöße zwischen Wettbewerbern, d.h. auf horizontaler Ebene in Betracht. Kartellrechtswidrig sind hier insbesondere sog. „Hardcore-Kartelle“, mit deren Hilfe Preisabsprachen, Kundenaufteilungen und ähnlich gravierende Wettbewerbsbeschränkungen erfolgen. Allerdings kann auch der reine Informationsaustausch *ohne* gleichzeitige Preisabsprache als kartellrechtswidrig einzustufen sein.<sup>41</sup> Vor diesem Hintergrund sind nicht nur Branchenstatistiken und Benchmarkings unternehmensseitig einer kritischen Würdigung zu unterziehen,<sup>42</sup> sondern auch Verbandstreffen und Messebesuche. Gerade letztere sind in jüngerer Zeit in den Fokus geraten, da hier verstärkt

---

<sup>39</sup> Siehe dazu die Informationen des Bundeskartellamts zur Bonusregelung unter [https://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/Bonusregelung/bonusregelung\\_node.html](https://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/Bonusregelung/bonusregelung_node.html) (Abruf am 28.11.2019).

<sup>40</sup> Kartellrechtsrelevant können auch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV, §§ 18 ff. GWB) sowie die Fusionskontrolle (EU-Fusionskontrollverordnung, §§ 35 ff. GWB) sein.

<sup>41</sup> Vgl. den Überblick bei Schröder, *CCZ* 2015, 63, 64 f.

<sup>42</sup> Kapp/Hummel, *CCZ* 2013, 240, 243 f.; Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, *Kartellrecht*, 3. Aufl. 2016, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 71-77.

Wettbewerberkontakte und damit kartellrechtliche Risikopotentiale bestehen.<sup>43</sup>

Kartellrechtsverstöße können außerdem zwischen Herstellern und Händlern und damit auf vertikaler Ebene vorkommen. Zu denken ist hier insbesondere an die kartellrechtlich problematische „Preisbindung der zweiten Hand“, durch die ein Hersteller seinen Abnehmern kartellrechtswidrig den Verkaufspreis vorzugeben versucht. Aber z.B. auch die Ausgestaltung von Rabattsystemen bedarf einer kritischen kartellrechtlichen Beurteilung, da Rabatte von marktbeherrschenden Unternehmen dazu eingesetzt werden können, andere Wettbewerber zu verdrängen.

Auch im Bereich der Kartellrechts-Compliance bietet sich deshalb eine zusätzliche Aufklärung insbesondere derjenigen Mitarbeiter an, die über Wettbewerberkontakte verfügen. Bei diesen muss die Sensibilität für kartellrechtsrelevante Vorgänge geschärft werden, sodass sie in die Lage versetzt werden, problematische Konstellationen zu erkennen und Rat bei der Rechtsabteilung einzuholen. Hierzu sollten die entsprechenden Mitarbeiter spezielle Schulungen durchlaufen und vertiefende Leitfäden zum Thema Kartellrecht erhalten. Gerade bei Verbandstreffen kann es sich zudem anbieten, die Tagesordnung vorab einer kartellrechtlichen Kontrolle durch die Rechtsabteilung zu unterziehen, um hierdurch potentiell kritische Themen bereits im Vorfeld anmahnen zu können.

### **b. Kontrollpflicht**

Die Organisationspflicht ist nur der erste Schritt im Rahmen der präventiven Compliance. Die Geschäftsleitung genügt ihrer Pflicht jedoch nicht allein dadurch, dass sie einmalig eine Compliance-Organisation aufsetzt und dem Thema Compliance im Anschluss keinerlei Bedeutung mehr zumisst. Vielmehr müssen regelmäßige Kontrollen durchgeführt werden, um den Mitarbeitern zu zeigen, dass Compliance auch nachhaltig ernst genommen wird. Diese Kontrollen erfolgen rein präventiv und damit ohne das Vorliegen eines konkreten Verdachts auf Compliance-Verstöße. Sie können beispielsweise mithilfe sog. „*Compliance Audits*“ durchgeführt werden, für die typischerweise die Revisionsabteilung zuständig ist. Ein

---

<sup>43</sup> Speziell zur Kartellrechts-Compliance in der Verbandsarbeit Kapp/Hummel, *CCZ* 2013, 240-247; Brouwer, *CCZ* 2009, 161-168.

Audit untersucht stichprobenhaft, ob Prozesse, Anforderungen und Richtlinien die geforderten Compliance-Standards erfüllen.<sup>44</sup> Um den Mitarbeitern die eigeninitiierte Meldung von Verdachtsfällen zu erleichtern, kann zudem eine sog. „*Whistleblower-Hotline*“ eingerichtet werden. Über eine solche Hotline können Mitarbeiter unter garantierter Wahrung ihrer Anonymität ihrer Ansicht nach Compliance-kritische Vorgänge melden und hierdurch weitere Untersuchungen durch das Unternehmen veranlassen.<sup>45</sup>

### **c. Fortentwicklungspflicht**

Das Compliance-Programm ist zudem beständig fortzuentwickeln. Hierfür sind zunächst diejenigen Defizite auszubessern, die konkret im Rahmen der Kontrollpflicht aufgedeckt wurden. Zudem sollte eine regelmäßige Überprüfung dahingehend stattfinden, ob das Compliance-Programm an sich noch „*state of the art*“ ist. In dieser Hinsicht sollte an eine regelmäßige Schulung der Compliance-Mitarbeiter gedacht werden, damit diese über aktuelle Entwicklungen informiert bleiben und ihr Wissen zugunsten des Unternehmens einsetzen können.

## **V. Repressive Compliance**

Im Gegensatz zur präventiven Compliance hat die repressive Compliance den bestrafenden Aspekt im Fokus. Ziel ist es, Hinweisen auf eingetretenes Fehlverhalten nachzugehen und Compliance-Verstöße ordnungsgemäß abzuwickeln. Auch hierbei hat sich eine Pflichtentrias herausgebildet, nach der Compliance-Verstöße „*aufzuklären, abzustellen und angemessen zu sanktionieren*“ sind.<sup>46</sup>

### **a. Aufklärungspflicht**

Bei einem vermuteten Compliance-Verstoß ist zunächst der Sachver-

---

<sup>44</sup> Dieners/Lembeck, in: Dieners, *Handbuch Compliance im Gesundheitswesen*, 3. Aufl. 2010, D. Compliance im Gesundheitssektor Rn. 57; Grützner/Jakob, in: Grützner/Jakob, *Compliance von A-Z*, 2. Aufl. 2015, „Compliance Audit“.

<sup>45</sup> Zur Einrichtung einer Whistleblower-Hotline vgl. Mengel, in: Mengel, *Compliance und Arbeitsrecht*, 1. Aufl. 2009, Kapitel 7 D. Rn. 37-46; Grützner/Jakob (wie Fn. 44), „Hotline“.

<sup>46</sup> Zu dieser Pflichtentrias z.B. Reichert/Ott, *NZG* 2014, 241, 242; Ott/Lüneborg, *CCZ* 2019, 71, 72.

halt zu ermitteln. Grundsätzlich besteht eine Rechtspflicht der Geschäftsleitung zur Aufklärung des Sachverhalts (Frage des „ob“). Mit welchen Methoden und wie tief diese Aufklärung durchgeführt wird, steht hingegen regelmäßig im Ermessen der Geschäftsleitung (Frage des „wie“).<sup>47</sup>

Ergibt eine vorgelagerte Plausibilitätsprüfung,<sup>48</sup> dass der Verdacht valide ist, wird eine interne Untersuchung eingeleitet (auch „*Internal Investigation*“ genannt). Diese wird regelmäßig durch die Geschäftsleitung in Auftrag gegeben.<sup>49</sup> Interne Untersuchungen können von unternehmensinternen Abteilungen wie der Revisions- oder der Compliance-Abteilung, aber auch von externen Spezialisten (insbesondere Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und forensischen Experten) durchgeführt werden.<sup>50</sup> Dabei werden grundsätzlich verschiedene Arbeitsschritte durchlaufen: Zunächst erfolgt ein formeller Untersuchungsauftrag, dann wird ein Untersuchungsplan erstellt, der durch bestimmte Untersuchungshandlungen abgearbeitet und dokumentiert und schließlich in einem Ergebnis festgehalten wird.<sup>51</sup>

Bei einer internen Untersuchung kommen verschiedene Untersuchungsmethoden in Betracht. In der Regel wird ein sog. „*E-Mail-Screening*“ durchgeführt. Hierbei werden die E-Mails von Mitarbeitern und Geschäftsleitern, die im Verdacht stehen, an den Compliance-relevanten Vorgängen beteiligt gewesen zu sein, nach bestimmten Schlagwörtern durchsucht und anschließend ausgewertet. Auch sonstige Unterlagen wie Finanz- und Buchhaltungsunterlagen, Vorstands- und Aufsichtsratsprotokolle samt Anlagen, Dokumentationen der Compliance-Abteilung und Revisionsberichte können in die Untersuchung mit einbezogen werden.

Eine wertvolle Informationsquelle stellen auch die Mitarbeiter selbst dar. Mit diesen werden (teils mehrfach) Interviews geführt, in denen sie

---

<sup>47</sup> Ott/Lüneborg, *CCZ* 2019, 71, 72, die sich auch mit den opportunistischen Gründen einer Aufklärung beschäftigen, S. 72 f.; Reichert/Ott, *NZG* 2014, 241, 242 f. jeweils m.w.N.

<sup>48</sup> Zur vorgelagerten Plausibilitätsprüfung Ott/Lüneborg, *CCZ* 2019, 71, 73.

<sup>49</sup> Ausführlich *Wessing*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler (wie Fn. 1), § 46 betreffend interne Ermittlungen im Unternehmen.

<sup>50</sup> Grützner/Jakob (wie Fn. 44), „*Internal Investigation*“.

<sup>51</sup> Moosmayer (wie Fn. 2), Rn. 313-320; Ott/Lüneborg, *CCZ* 2019, 71, 73.

über die konkreten Tatvorgänge befragt werden.<sup>52</sup> Dabei besteht für die Mitarbeiter meist ein Interessenkonflikt: Einerseits wollen sie sich oder andere nicht belasten, andererseits werden sie aufgefordert, das Unternehmen bei der Aufklärung der Compliance-Verstöße zu unterstützen. Zur Entschärfung dieses Interessenkonflikts kann seitens des Unternehmens ein sog. „Amnestieprogramm“ angeboten werden. Darin verzichtet das Unternehmen auf Sanktionsmaßnahmen wie z.B. Kündigung oder Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, wenn Mitarbeiter vollumfänglich aussagen und hierdurch zur Sachverhaltsaufklärung beitragen.<sup>53</sup> Die Formulierung eines solchen Amnestieprogramms ist durchaus anspruchsvoll, da einerseits die Aussagebereitschaft der Mitarbeiter gefördert werden soll, andererseits aber die zulasten des Unternehmens gewährten Freistellungen nicht unangemessen weit ausgedehnt werden dürfen.

### **b. Abstellungspflicht**

Werden durch die Sachverhaltsermittlung Compliance-Verstöße aufgedeckt, sind diese umgehend abzustellen.<sup>54</sup> Dies kann beispielsweise dadurch geschehen, dass bestimmte, als kritisch identifizierte Zahlungen gestoppt, entsprechende Handlungen verboten oder Vertragsbeziehungen beendet werden. Zugleich sollten entsprechende Kontrollmaßnahmen und gegebenenfalls auch neue Regelwerke eingeführt werden.

### **c. Sanktionierungspflicht**

Schließlich sind entdeckte Compliance-Verstöße angemessen zu sanktionieren. Findet keine oder eine unangemessen geringe Sanktionierung statt, kann dies den unerwünschten Eindruck erwecken, als nehme die Geschäftsleitung die Compliance-Verstöße nicht ernst. Oftmals wird deshalb im Zusammenhang mit der Sanktionierungspflicht das Schlagwort der „zero tolerance“ verwendet.<sup>55</sup> Dieses Schlagwort ist jedoch insofern

---

<sup>52</sup> Zu Befragungen im Rahmen von internen Untersuchungen Krug/Skoupil, *NJW* 2017, 2374-2379. Speziell zu Befragungstaktik und Aussagepsychologie Janssen, *CCZ* 2016, 270-274. Aus arbeitsrechtlicher Sicht Herrmann/Zeidler, *NZA* 2017, 1499-1505.

<sup>53</sup> Eßwein, *CCZ* 2018, 73-78; Kahlenberg/Schwinn, *CCZ* 2012, 81-86; Annuß/Pelz, *BB Special 4 zu BB* 2010, 14-21; Göpfert/Merten/Siegrist, *NJW* 2008, 1703-1709.

<sup>54</sup> Reichert, *ZIS* 2011, 113, 118 f.

<sup>55</sup> Grützner/Jakob (wie Fn. 44), „Zero Tolerance Policy“; kritisch Kark, *CCZ* 2012, 180-185.

missverständlich, als man erneut unterscheiden muss: Während das „*ob*“ der Sanktionierung grundsätzlich verpflichtend ist, besteht hinsichtlich des „*wie*“ der Sanktionierung in der Regel ein Ermessensspielraum. In dessen Rahmen muss insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Berücksichtigung finden. Mit anderen Worten: Es muss nicht immer zu dem denkbar drastischsten Mittel gegriffen werden, um der Sanktionierungspflicht Genüge zu tun.<sup>56</sup>

#### **aa. Maßnahmen betreffend die Geschäftsleitung**

Hinsichtlich der Geschäftsleitung kommen als Sanktionsmaßnahmen vor allem die Abberufung aus der Organstellung, die Kürzung variabler Gehaltsbestandteile und die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in Betracht. Für letztere sind insbesondere die Organhaftungsansprüche aus § 93 Abs. 2 AktG gegen Vorstandsmitglieder und aus § 43 Abs. 2 GmbHG gegen Geschäftsführer von Relevanz. Beide müssen vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden. Drei Anknüpfungspunkte kommen für Pflichtverletzungen in Betracht: Zunächst ist eine persönliche Beteiligung der Geschäftsleiter denkbar, falls sich diese selbst aktiv an Gesetzesverstößen beteiligt oder ihre Mitarbeiter ausdrücklich hierzu angewiesen haben. Ferner ist ein Verstoß gegen Überwachungspflichten möglich. Dieser ist immer dann in Betracht zu ziehen, wenn auf Mitarbeiterebene Compliance-Verstöße begangen wurden, gegen welche die Geschäftsleiter nicht eingeschritten sind, obwohl ihnen Anhaltspunkte für entsprechende Verstöße bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen. Schließlich ist auch ein Verstoß gegen Organisationspflichten denkbar, der insbesondere dann bejaht werden kann, wenn die Compliance-Organisation im Unternehmen unzureichend ausgebildet war.<sup>57</sup>

Bei der Prüfung dieser denkbaren Pflichtverletzungen stellt sich zunächst das tatsächliche Problem, die konkrete Beteiligung bzw. das Organisationsverschulden der Geschäftsleiter darzulegen und ggf. zu beweisen. Zu diesem Zweck werden von den Unternehmen meist Haftungsgutachten in Auftrag gegeben, die mit einer umfangreichen Sachverhaltsaufklärung einhergehen und auch länger zurückliegende Zeiträume umfassen können. Die Schwierigkeit besteht in diesen Fällen zunächst darin, aus einer Masse an zur Verfügung gestellten Dokumenten den haftungsrelevanten Sachverhalt zu ermitteln. Bei der darauf aufsetzenden

---

<sup>56</sup> Reichert, *ZIS* 2011, 113, 119 f.

<sup>57</sup> Ott/Klein, *AG* 2017, 209, 215.



rechtlichen Prüfung können sich beispielsweise im Zusammenhang mit der Kausalität, der verjährungsrechtlichen Prüfung der denkbaren Ansprüche und der gesamtschuldnerischen Haftung der Geschäftsleiter schwierige Rechtsfragen stellen.

Die Bedeutung der Geschäftsleiterhaftung hat in jüngerer Zeit deutlich zugenommen. Dies dürfte nicht zuletzt an der vielbeachteten Entscheidung des BGH in der Sache „ARAG/Garmenbeck“ liegen. Darin hat der BGH die Aufsichtsratsmitglieder einer AG – denen die Aufgabe zukommt, die Tätigkeit des Vorstands zu überwachen und zu kontrollieren – dazu verpflichtet, das mögliche Bestehen von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber ihren Vorstandsmitgliedern eigenverantwortlich zu prüfen. Komme der Aufsichtsrat zu dem Ergebnis, dass sich der Vorstand schadensersatzpflichtig gemacht habe, müsse der Aufsichtsrat aufgrund einer sorgfältigen und sachgerecht durchzuführenden Risikoanalyse abschätzen, ob und in welchem Umfang die gerichtliche Geltendmachung zu einem Ausgleich des entstandenen Schadens führe. Stünden der AG nach dem Ergebnis dieser Prüfung durchsetzbare Schadensersatzansprüche zu, habe der Aufsichtsrat diese Ansprüche grundsätzlich zu verfolgen. Davon dürfe er nur dann ausnahmsweise absehen, wenn gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls *dagegen* sprechen und diese Umstände die Gründe, die *für* eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig seien. Anderen außerhalb des Unternehmenswohls liegenden, die Vorstandsmitglieder persönlich betreffenden Gesichtspunkten dürfe der Aufsichtsrat nur in Ausnahmefällen Raum geben.<sup>58</sup>

In der Praxis hat das „ARAG/Garmenbeck“-Urteil die Prüfung der Schadensersatzpflichtigkeit von Vorstandsmitgliedern deutlich ansteigen lassen. Hintergrund hierfür ist, dass ein Unterlassen dieser Prüfung Konsequenzen auch für die Aufsichtsratsmitglieder haben kann: Kommen sie

---

<sup>58</sup> BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926, Leitsätze 2-4 (ARAG/Garmenbeck). Dazu u.a. Goette, *ZHR* 176, 2012, 588-616; Lutter, in: *Festschrift Michael Hoffmann-Becking*, 2013, 747-754; Habersack, *NZG* 2016, 321-327; Faßbender, *NZG* 2015, 501-508.

ihrer Prüfungspflicht nicht nach, machen sie sich ggf. *selbst* schadensersatzpflichtig, §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG.<sup>59</sup> Um dieser Eigenhaftung zu entgehen, gibt der Aufsichtsrat in der Regel ein Haftungsgutachten in Auftrag. Derlei Haftungsgutachten werden von Rechtsanwaltskanzleien angefertigt, die in meist vielköpfigen Anwalts-teams die tatsächliche und rechtliche Aufarbeitung übernehmen. Auf Grundlage dieses Gutachtens entscheidet der Aufsichtsrat dann entsprechend den Vorgaben der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung darüber, ob etwaige Schadensersatzansprüche gegenüber Vorstandsmitgliedern geltend gemacht werden oder nicht.

Für großes Aufsehen sorgte im Zusammenhang mit dem Thema Organhaftung auch das bereits erwähnte und in der Literatur als „*Meilenstein*“<sup>60</sup> bezeichnete Urteil des Landgerichts München I in der Sache „*Siemens/Neubürger*“ aus dem Jahr 2013.<sup>61</sup> Darin wurde der frühere Finanzvorstand der Siemens AG zu einer Zahlung von 15 Mio. Euro verurteilt. Das Urteil ist deswegen von besonderer Bedeutung, da es im Bereich der Organhaftung kaum richterliche Entscheidungen gibt. Bedauerlicherweise konnte eine höchstrichterliche Klärung der durch das Landgericht aufgeworfenen Rechtsfragen nicht herbeigeführt werden, da sich die Parteien im Anschluss an das Urteil auf eine Zahlung von 2,5 Millionen Euro einigten und die eingelegte Berufung hierdurch hinfällig wurde.<sup>62</sup> Trotz dieses Vergleichs endete der Fall in tatsächlicher Hinsicht tragisch.

---

<sup>59</sup> Zu verjährungsrechtlichen Fragen betreffend Ansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder BGH, Urt. v. 18.9.2018 – II ZR 152/17, NJW 2019, 596-600 mit Anm. von Bayer/Scholz, NZG 2019, 201-2010.

<sup>60</sup> Hauschka, CCZ 2018, 159, 162.

<sup>61</sup> LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, BeckRS 2014, 1998 (Siemens/Neubürger). Besprechungen u.a. von Fleischer, NZG 2014, 321-329; Hauschka, CCZ 2018, 159-162; Grützner, BB 2014, 850-852; Bachmann, ZIP 2014, 579-583; Simon/Merkelbach, AG 2014, 318-321; Oppenheim, DStR 2014, 1063-1065.

<sup>62</sup> *Manager Magazin online* v. 14.12.2014, Siemens beendet Korruptionsaffäre, abrufbar unter <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/industrie/vergleich-mit-ex-vorstand-neubuerger-siemens-beendet-korruptionsaffaere-a-1008402.html>; *Handelsblatt online* v. 12.12.2014, Ex-Vorstand Neubürger soll 2,5 Millionen Euro zahlen, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/management/siemens-prozess-ex-vorstand-neubuerger-soll-2-5-millionen-euro-zahlen/11114768.html?ticket=ST-16113499-Q4bCYDshPcxdmKOTe4j4-ap5> (beide Abruf am 28.11.2019).

Der ehemalige Finanzvorstand von Siemens beging Anfang des Jahres 2015 Suizid.<sup>63</sup>

#### **bb. Maßnahmen betreffend Arbeitnehmer**

Auch hinsichtlich der an den Compliance-Vorfällen beteiligten Arbeitnehmer stehen dem Unternehmen verschiedene Möglichkeiten der Sanktionierung zur Verfügung. In schwerwiegenden Fällen können Mitarbeiter als ultima ratio gekündigt werden. Entscheidet sich das Unternehmen demgegenüber dafür, trotz der Compliance-Vorfälle an einem Mitarbeiter festzuhalten, kommen eine Ermahnung oder eine Abmahnung in Betracht. Auch die Versetzung auf eine andere, weniger Compliancegefährdete Stelle oder ein zusätzliches Compliance-Training sind in Erwägung zu ziehen. Zu denken ist ferner an das Aussetzen der Beförderung oder, falls vorhanden, die Kürzung variabler Entgeltbestandteile.<sup>64</sup> Schließlich kommt auch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber Arbeitnehmern in Betracht. Diese ist jedoch unter anderem wegen der tendenziell arbeitnehmerfreundlichen Haltung der Arbeitsgerichte, der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs<sup>65</sup> sowie der für den Arbeitgeber nachteiligen Beweislastverteilung des

---

<sup>63</sup> Bund, *Zeit online* v. 3.6.2015, Tod eines Managers, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2015/23/siemens-heinz-joachim-neubuerger-selbstmord>; Maier/Clausen, *Spiegel online* v. 6.2.2015, Heinz-Joachim Neubürger ist tot, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/heinz-joachim-neubuerger-ist-tot-a-1017054.html> (beide Abruf am 28.11.2019).

<sup>64</sup> Zu den rechtlichen Aspekten Compliance-indizierter Sanktionsmaßnahmen im Arbeitsverhältnis Eufinger, *RdA* 2017, 223-230.

<sup>65</sup> Die Arbeitnehmerhaftung wird durch die Rechtsprechung bei betrieblich veranlassten Tätigkeiten beschränkt. In Abhängigkeit vom Verschuldensgrad des Arbeitnehmers erfolgt eine Modifizierung des Grundsatzes der Totalreparation. Für vorsätzlich verursachte Schäden haftet der Arbeitnehmer in vollem Umfang. Dasselbe gilt grundsätzlich bei grober Fahrlässigkeit, wobei eine Haftungserleichterung nach einer Abwägung im Einzelfall erfolgen kann. Bei mittlerer Fahrlässigkeit wird der Schaden grundsätzlich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer quotal verteilt, bei leichtester Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer hingegen nicht. Vgl. hierzu Baumgärtner, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, *BeckOK BGB*, 52. Edition, Stand: 1.11.2019, § 611a Rn. 74-77.

§ 619a BGB<sup>66</sup> für das Unternehmen mit besonderen Schwierigkeiten verbunden.<sup>67</sup>

### AUSBLICK

Der Bereich Compliance ist bereits heute von herausragender Bedeutung für deutsche Unternehmen. Diese Bedeutung wird sich vermutlich auch auf andere Bereiche ausdehnen. So sind beispielsweise erste Ansätze im Bereich der öffentlichen Verwaltung erkennbar, die in der Privatwirtschaft gewonnenen Erkenntnisse auch im hoheitlichen Bereich fruchtbar zu machen.<sup>68</sup> Besondere Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass der Bereich Compliance mehr als andere Rechtsgebiete dem Einfluss der Zeit unterliegt und sich beständig an geänderte Rahmenbedingungen anpassen muss. So werden die Compliance-Themen der Zukunft vermutlich insbesondere im Bereich des Datenschutzrechts liegen, dessen Bedeutung durch die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und die damit einhergehenden Sanktionsmöglichkeiten angestiegen ist. Wichtig dürfte auch der Bereich der Digitalisierung werden, wobei vor allem die Themen Big Data sowie die Digitalisierung und Automatisierung von Compliance-Prozessen und Compliance-Maßnahmen eine Rolle spielen dürften.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Nach § 619a BGB muss der Arbeitgeber abweichend von § 280 I BGB das Vertretenmüssen des Arbeitnehmers beweisen.

<sup>67</sup> Zur Arbeitnehmerhaftung bei Compliance-Verstößen Eufinger, *CCZ* 2017, 130-137; Kreßel, *NZG* 2018, 841, 845-848.

<sup>68</sup> Zur Korruptionsprävention in kommunalen Verwaltungen Caspar/Neubauer, *LKV* 2011, 200-208. Zu Compliance bei Unternehmen der öffentlichen Hand Passarge, *NVwZ* 2015, 252-257. Zu Compliance im Staat Burgi, *CCZ* 2010, 41-45. Zu Compliance in öffentlichen Vergabeverfahren Schulz/Englert, *CCZ* 2014, 126-131. Zu einem Leitfaden für Behörden und öffentliche Unternehmen Terwiesche, *Kommunalwirtschaft* 2015, 6-11. Das Urteil des BGH v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, *NJW* 2018, 3574-3580 (Schloss Eller) betraf den Vorstand einer Aktiengesellschaft, deren Alleinaktionärin eine Stadt war. Vgl. etwa auch die Regelungen zur Integrität, die durch das Bundesministerium des Innern herausgegeben werden, abrufbar unter <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/moderne-verwaltung/integritaet-der-verwaltung/korruptionspraevention/korruptionspraevention-node.html> oder die Richtlinie der Bundesregierung zur Korruptionsprävention in der Bundesverwaltung, abrufbar unter [http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund\\_30072004\\_O4634140151.htm](http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_30072004_O4634140151.htm) (beide Abruf am 28.11.2019).

<sup>69</sup> Vgl. hierzu beispielsweise die gemeinsame Studie von Deloitte, Compliance Manager und Quadriga Hochschule Berlin, *The Future of Compliance* 2018, S. 40-43, abrufbar unter [https://www.compliance-manager.net/sites/default/files/dateien/the\\_future\\_of\\_compliance\\_2018.pdf](https://www.compliance-manager.net/sites/default/files/dateien/the_future_of_compliance_2018.pdf) (Abruf am 28.11.2019).

### ZUSAMMENFASSUNG

*Der Begriff „Compliance“ beschreibt nicht nur die Pflicht des Unternehmens, der Geschäftsleitung und der Mitarbeiter, sich an das geltende Recht zu halten, sondern umfasst darüber hinaus auch alle (konzernweiten) Organisationsmaßnahmen, die erforderlich sind, um ein entsprechend rechtmäßiges Verhalten sicherzustellen.*

*In rechtstatsächlicher Hinsicht ist es vor allem das enorme Schadenspotential von Compliance-Verstößen, die diesem Bereich eine so große Bedeutung in der Unternehmenspraxis zukommen lässt. So drohen nicht nur extrem hohe Bußgelder, sondern auch Schadensersatzansprüche geschädigter Dritter, Vergabesperren, Reputationsverluste sowie Kosten für Sachverhaltsaufklärung und rechtliche Aufarbeitung.*

*Deshalb ist es nicht verwunderlich, dass gerade in der als besonders sensibel eingestuften Finanz- und Versicherungsbranche (sog. „regulierter Bereich“) die Einrichtung von Compliance-Systemen anhand von Rechtsregeln vorgegeben wird. Außerhalb des regulierten Bereichs ist die Verortung der Compliance-Organisationspflicht zwar nach wie vor umstritten, der Pflichtenrahmen als solcher aber mittlerweile anerkannt.*

*Insofern wird Compliance üblicherweise in zwei große Teilbereiche aufgegliedert: Den präventiven Bereich und den repressiven Bereich. Die präventive Compliance hat die Vorbeugung zum Ziel und will das Eintreten von Compliance-Verstößen möglichst verhindern. Dieser Bereich wird allgemein mit der Pflichtentrias „organisieren, kontrollieren und fortentwickeln“ umschrieben. Im Rahmen ihrer präventiven Compliance-Pflichten muss die Geschäftsleitung deshalb zunächst geeignete Maßnahmen treffen, um ein Fehlverhalten der Mitarbeiter möglichst zu verhindern. Diese Compliance-Organisationspflicht besteht jedoch nicht für alle Unternehmen in gleichem Umfang. Sie ist vielmehr abhängig von der konkreten Risikoexposition des Unternehmens, die wiederum maßgeblich von Größe, Geschäftstätigkeit und Branchenzugehörigkeit oder bereits eingetretenen Verdachtsfällen beeinflusst wird. Die Unternehmensleitung genügt ihrer Pflicht jedoch nicht allein dadurch, dass sie einmalig eine Compliance-Organisation aufsetzt und dem Thema im Anschluss keinerlei Bedeutung mehr zumisst. Vielmehr müssen regelmäßige Kontrollen durchgeführt werden, um den Mitarbeitern zu zeigen, dass Compliance nachhaltig ernst genommen wird. Zudem ist das Compliance-Programm beständig fortzuentwickeln.*

*Die repressive Compliance umfasst hingegen den bestrafenden Aspekt der Compliance und hat das Ziel, Hinweisen auf Fehlverhalten nachzugehen und bereits eingetretene Compliance-Verstöße ordnungsgemäß abzuwickeln. Auch hier hat sich eine Pflichtentrias herausgebildet, die durch die Schlagworte „aufklären, abstellen und angemessen sanktionieren“ charakterisiert wird. Im Rahmen ihrer repressiven Compliance-Pflichten hat die Geschäftsleitung deshalb zunächst zu klären, ob tatsächlich ein Fall von Non-Compliance vorliegt. Die Aufklärung des Sachverhalts ist notwendige Voraussetzung dafür, dass noch andauernde Rechtsverstöße abgestellt und zukünftige Wiederholungen verhindert werden. Deshalb besteht grundsätzlich eine Rechtspflicht zur Aufklärung (Frage des „ob“). Mit welchen Methoden und wie tief diese Aufklärung durchgeführt wird, steht hingegen regelmäßig im Ermessen der Geschäftsleitung (Frage des „wie“). Im Anschluss*

*an die Aufarbeitung sind die Compliance-Verstöße abzustellen und die daran Beteiligten durch das Unternehmen angemessen zu sanktionieren.*

*Auch in Zukunft wird der Bereich Compliance von herausragender Bedeutung für deutsche Unternehmen bleiben und sich auf andere Bereiche wie beispielsweise die öffentliche Verwaltung ausdehnen. Weitere Themenfelder der Zukunft dürften im Bereich des Datenschutzrechts und der Digitalisierung liegen.*

### ÖZET

*"Uyumluluk" terimi yalnızca şirketin, yönetimin ve çalışanların yürürlükteki düzenlemelere uyma yükümlülüğünü açıklamakla kalmaz, aynı zamanda düzenlemelere uygun davranışı sağlamak için gerekli olan tüm (grup çapında) örgütsel önlemleri de kapsar.*

*Hukuki açıdan bu alanı kurumsal uygulamada bu kadar önemli kılan, uyumluluk ihlallerinin yüksek zarara sebep olma potansiyelidir. Bu yüzden sadece son derece yüksek para cezası tehdidi değil, aynı zamanda zarar gören üçüncü kişilerin tazminat talepleri, ihale yasakları, itibar kayıpları gibi olaya ilişkin hususların açıklanmasını ve hukuki değerlendirilmeleri kapsayan maliyetler de söz konusudur.*

*Bu nedenle, özellikle hassas olarak sınıflandırılan finans ve sigorta sektörlerinde ("regüle alan" olarak adlandırılmakta), uyumluluk sistemlerinin kurulmasının yasal kurallara temelinde tanımlanması şaşırtıcı değildir. Regüle alanın dışında, uyumluluk organizasyon yükümlülüğünün yeri hala tartışmalı olmakla birlikte şu anda bu gibi yükümlülüklerin kapsamı belirlenmiştir.*

*Bu bakımdan, uyumluluk genellikle iki geniş alana ayrılmaktadır: Önleyici alan ve baskılayıcı alan. Önleyici uyumluluk, önlem almayı ve uyumluluk ihlallerini mümkün olduğu surette engellemeyi amaçlamaktadır. Burada da "organize etmek, kontrol etmek ve geliştirmek" olarak tanımlanan yükümlülük üçlüsü kurulmuştur. Bu nedenle, önleyici uyumluluk yükümlülüklerinin bir parçası olarak, yönetimin, ilk önce çalışanların suistimalini mümkün olduğunca önlemek için uygun tedbirleri alması gerekmektedir. Ancak, uyumluluk organizasyonu yükümlülüğü tüm şirketler için aynı ölçüde geçerli değildir. Daha ziyade, şirketin büyüklüğüne, ticari faaliyetlerine ve sektöre bağlı ilişkilerinden veya daha önce meydana geldiğinden şüphelenilen vakıyalardan önemli ölçüde etkilenen şirketin somut risk tehdidinde bağlıdır. Ancak, şirket yönetimi, yükümlülüklerini sadece bir kez uyumluluk organizasyonu kurarak ve daha sonra bu hususa önem vermeyerek yerine getiremez. Aksine, çalışanlara uzun vadede uyumun ciddiye alındığını göstermek için düzenli kontroller yapılmalıdır. Ek olarak, uyum programı sürekli olarak daha da geliştirilmelidir.*

*Diğer yandan, baskıcı uyumluluk, uyumun cezalandırıcı yönünü kapsar ve suistimal davranışlarının araştırılması ve halihazırda meydana gelen uyumluluk ihlalleri gerektiği gibi ele almak amacındadır. Burada da, "açıklığa kavuşturmak, düzeltmek ve uygun şekilde yaptırım" gibi ifadelerle karakterize edilen bir üçlü yükümlülük geliştirilmiştir. Bu nedenle, baskıcı uyumluluk yükümlülüklerinin bir parçası olarak, yönetimin öncelikle uyumsuzluk vakasının gerçekten var olup olmadığını açıklığa kavuşturması gerekmektedir. Gerçeklerin açıklığa kavuşturulması, devam eden yasal ihlalleri sona erdirmek ve*

*bunların gelecekte tekrar etmesini önlemek için gerekli bir önkoşuldur. Bu nedenle, konuyu açıklığa kavuşturmak için temel bir yasal yükümlülük vardır ("olup olmadığı" sorusu). Bununla birlikte, açıklığa kavuşturma yükümlülüğünün hangi yöntemlerle ve ne kadar derinleştirildiği ise, düzenli olarak yönetimin takdirindedir ("nasıl" sorusu). Bu çalışmayı takiben uyum ihlalleri düzeltilmeli ve ihlale dahil olan taraflar şirket tarafından uygun şekilde cezalandırılmalıdır.*

*Gelecekte, uyum alanı Alman şirketleri için büyük önem taşımaya devam edecek ve kamu yönetimi gibi diğer alanlara da yayılacaktır. Gelecekte karşılaşılabilecek diğer konuların, kişisel verilen korunması hukuku ve dijitalleşme alanında olması da muhtemeldir.*

## ESER SÖZLEŞMELERİNDE GÖTÜRÜ BEDEL VE BU BEDELİN UYARLANMASI

### DER PAUSCHALPREIS IM WERKVERTRAG UND SEINE ANPASSUNG

Dr. Tolga ÖZER\*

#### ÖZ

*Çalışmamız kapsamında eser sözleşmesinde götürü bedel kavramını ele aldık. Bu bağlamda, taraflarca kararlaştırılan bedelin götürü olarak kabul edilmesi için gerekli şartların neler olduğunu ve götürü bedel türlerini inceledik. Götürü bedelle kurulan sözleşmelerde iş sahibinin ödeyeceği bedel önceden ve sabit şekilde belirlendiğinden, bu tür sözleşmelerde risk daha çok yüklenici üzerindedir. Ancak kanun koyucu bazı durumlarda yükleniciyi korumuştur. TBK. m. 480 f. 2 uyarınca tarafların öngöremedikleri veya taraflarca öngörülmesinde rağmen göz ardı edilen olağanüstü bir durumun ortaya çıkması ve bunun yüklenicinin borcunu ifasını imkânsız hale getirmesi halinde, yüklenici sözleşmenin uyarlanmasını hâkimden talep edebilecek, bunun mümkün olmaması halinde sözleşmeden dönebilecektir. Makale kapsamında yüklenicinin uyarlamaya talep edebilmesi için gerekli olan şartlar ve bu hakkın kullanılmasının sonuçları da özellikle değerlendirilmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Bedel, götürü bedel, uyarlama, yüklenici, eser sözleşmesi*

---

\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. (ozer@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-4576-4699.



## LUMP SUM PRICE AND ITS ADAPTATION

### ABSTRACT

*In my article, I have examined the concept of lump sum price in contracts of work and services<sup>1</sup>. In the case that the parties determine the amount of the price in advance and fixed that the contractor will pay, it is accepted that the contract was settled on lump sum price. The amount of the lump sum price in principle cannot be changed subsequently. Hence, in the case of lump sum contracts, the risk is more on the side of the contractor. However, legislation protects the contractors in some cases. As per article 480/2 of the Turkish Code of Obligations, if an extraordinary circumstance that cannot be foreseen or has been ignored by the parties appears and it makes impossible for the contractor to fulfill his debt, the contract may be adapted or if it is not possible, be terminated. In my work, I have also examined this right of contractor to adapt or terminate the contract.*

**Keywords:** *Price, lump sum price, adaptation, contractor, contract of work and services*

### I. GÖTÜRÜ BEDEL KAVRAMI

#### A. Genel Olarak

Eser sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) sözleşmelerdir. Yüklenicinin eseri tamamlama ve teslim borcuna karşılık iş sahibinin bedel ödeme borcu bulunmaktadır. Tarafların ödenecek olan bedelin miktarını sözleşme kurulurken önceden ve kesin olarak belirlemeleri durumunda TBK. m. 480 uyarınca götürü bedel üzerinden kurulmuş bir eser sözleşmesi söz konusu olur<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> İsviçre Borçlar Kanunu'nun resmi İngilizce çevirinde eser sözleşmesinin karşılığı olarak "contract of work and services" terimi kullanıldığından biz de aynı terimi kullanmayı tercih ettik.

<sup>2</sup> Peter Gauch, *Der Werkvertrag*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 2011, N. 900; Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 56; Hasan Erman, *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller*, İstanbul, 1979, s. 63; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 s. 666; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2014, s. 1043-1044; Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 415; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 2*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 80; Aydın Zevkliler / K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 535; Zekeriya Kurşat,

Götürü bedel üzerinden kurulmuş eser sözleşmelerinde iş sahibinin borcu taraflarca kararlaştırılmış olan bedeli yani belirli bir miktar parayı ödemektir. Ancak, tarafların para yerine başka bir edimin ifasını kararlaştırmaları da mümkündür. Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin borcu arsa payını devretmektir<sup>3</sup>. Para yerine başka bir edimin ifasının söz konusu olduğu bu gibi durumlarda da kararlaştırılmış olan edim kesin (sabit) şekilde belirlemişse iş sahibinin borcu “götürü” kabul edilir<sup>4</sup>.

Bedelin “götürü bedel” olarak adlandırılabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir. İlk şart, ödenecek olan bedelin önceden belirlenmiş olmasıdır<sup>5</sup>. Her ne kadar TBK.’nın götürü bedeli düzenleyen 480. maddesinde bedelin önceden belirlenmiş olması şartı açıkça aranmasa da 480. maddeyi takip eden 481. maddede bedelin önceden belirlenmediği durumlarda nasıl tespit edileceğine ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmaktadır. Bedelin önceden belirlenmediği durumlarda götürü bedele ilişkin 480. madde değil, bedelin belirsiz olduğu durumlara ilişkin bu 481. madde uygulama alanı bulacaktır. Şu hâlde, TBK. m. 480 sadece bedelin önceden belirlendiği halere özel bir düzenlemedir.

Öğretide, bedelin önceden belirlenmiş olması şartı geniş yorumlanmakta ve tarafların bedeli sözleşmenin kurulması sırasında belirledikleri durumların yanında, bedelin yüklenicinin borcunu ifa edeceği tarihe kadar

---

*İnşaat Sözleşmesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 94; Mehmet Serkan Ergüne, *Eser Sözleşmesinde Götürü Bedele Bağlanan Sonuçların 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından İncelenmesi*, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 311; Doruk Gönen, *İnşaat Sözleşmesinde Bedel*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 48-49; Cem Baygın, *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999, s. 30; Faruk Acar, *İstanbul Şerhi / Türk Borçlar Kanunu Cilt 6*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, M. 480, N. 7; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku II. Cilt / Özel Borç İlişkileri*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977, s. 1053; Graudenz G. Zindel / Urs Pulver / Bertrand G. Schott, *Basler Kommentar OR I*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, Art. 373, N. 6.

<sup>3</sup> İş sahibinin borcunun para yerine başka bir edimin ifası olarak kararlaştırıldığı hallerde eser değil, atipik bir sözleşme söz konusu olur.

<sup>4</sup> Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 234-235; Yavuz, s. 1044; Kurşat, s. 96. Yargıtay’ın benzer yönde bir kararı için bkz. Yarg. HGK. T. 27.05.2015, E. 2014/718, K. 2015/1433.

<sup>5</sup> Eren, s. 666.

herhangi bir tarihte belirlenmiş olduğu diğer hallerde de bu şartın gerçekleşeceği kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Diğer bir ifadeyle; bu görüş uyarınca, kararlaştırılmış olan bedelin götürü bedel olarak kabul edilebilmesi için en geç yüklenicinin eseri teslim edeceği tarihe kadar belirlenmiş olması yeterlidir.

Biz ise götürü bedel üzerinden kurulmuş bir sözleşmeden söz edilebilmesi için bedelin eser sahibinin borcunu ifa edeceği tarihe kadar belirlenmesi gerektiği görüşündeyiz. TBK. m. 479 f. 1 iş sahibinin bedel ödeme borcunun eserin teslimi ile muaccel olduğunu düzenlese de bu hüküm emredici değildir ve taraflar bedelin ifa zamanını istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Bu durumda tarafların eser sahibinin bedel ödeme borcunun muacceliyet tarihini eserin tesliminden sonraki bir tarih olarak kararlaştırması durumunda, eserin tesliminden sonra da taraflarca bir götürü bedel belirlenebilmesi mümkündür. Hatta, iş sahibinin borcunun muaccel olacağı ana kadar herhangi bir bedel kararlaştırılmaması nedeniyle TBK. m. 481 uygulama alanı bulacağı durumlarda dahi tarafların sözleşmeyi tadil etmesi ve iş sahibinin, TBK. 481 uyarınca hesaplanacak bedel yerine sabit / götürü bir miktar ödemesini kararlaştırmaları mümkündür.

Götürü bedel için aranan ikinci şart, bedelin sonradan değişmeyecek şekilde kesin olarak belirlenmesidir<sup>7</sup>. TBK. m. 480 f. 1 götürü bedele ilişkin bu şartı açıkça hükme bağlamıştır. Buna göre; bedelin götürü olarak belirlenmiş olduğu durumlarda yüklenici eseri o bedelle meydana getirmek zorundadır. Eser yüklenicinin öngörmüş olduğundan fazla emek ve masraf gerektirmiş olma bile yüklenici bedelin artırılmasını isteyemeyecektir. Bu nedenle öğretide götürü bedel ile yapılan sözleşmeler iş sahibi açısından avantajlı, yüklenici açısından ise riskli kabul edilir<sup>8</sup>. Ancak ileride değineceğimiz üzere, TBK. m. 480 f. 2 hükmü ile kanun koyucu bedelin değişmemesi şartına istisna getirmiştir.

TBK. m. 480 f. 2’de yer alan istisnanın dışında, iş sahibinin esere ilişkin olarak iş değişiklikleri talep etmesi ve bu iş değişikliklerinin maliyet

<sup>6</sup> Eren, s. 666.

<sup>7</sup> Eren, s. 666-667.

<sup>8</sup> Öz, s. 56; Eren, s. 666; Erman, s. 66; Aral / Ayrancı, s. 415; Zevkliler / Gökyayla, 535; Gümüş, s. 80; Yusuf Büyükay, *Eser Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 164; Georg Gautschi, *Berner Kommentar (Art. 363-379 OR)*, 1967, Art. 373, N. 3a; Theodor Bühler, *Zürcher Kommentar Art. 363-379 OR*, 1998, Art. 373, N. 1 ve 11; Claire Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, Schulthess, 2014, N. 3194; Kurşat, s. 237; Gönen, s. 50; Acar, M. 480, N. 10; Ergüne, s. 312; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 1.

artışına neden olması durumunda da götürü bedelin değişmesi mümkündür. Taraflar sözleşme ilişkisine girerken götürü bedeli miktarını kararlaştırdıkları gibi, bu bedelin hangi işleri kapsayacağı konusunda da anlaşmaktadır. İş sahibinin iş değişikliği talebinde bulunması ve bunun maliyet artışına neden olması halinde götürü bedelin kapsadığı işlerde de değişiklik meydana gelir. Bu durumda yüklenici götürü bedelin artırılmasını talep edebilecektir. Bedeldeki artışın ne oranda olacağı konusunda tarafların anlaşamaması halinde<sup>9</sup> bu oran TBK. m. 481 uyarınca eserin değeri ve yüklenicinin gideri dikkate alınarak belirlenir<sup>10</sup>.

## B. Götürü Bedelin Türleri

Götürü bedelin başlıca üç türü bulunmaktadır. Bunlar toptan (yalın / sabit) götürü bedel, birim fiyat üzerinden götürü bedel ve değişken (global) götürü bedeldir. Aşağıda iki ana başlık altında götürü bedel türleri ayrı ayrı incelenmiştir.

### 1. Toptan (Yalın / Sabit) Götürü Bedel ve Birim Fiyat Üzerinden Götürü Bedel

Toptan götürü bedel eserin tamamlanması için taraflarca tespit edilen

<sup>9</sup> Taraflar arasında ek iş yapılması halinde bedelin ne şekilde hesaplanacağına ilişkin bir anlaşma varsa, fazla imalata ilişkin bedel buna göre hesaplanacaktır. Bu yönde bkz. Yarg. 15. HD. T. 14.12.2016 E. 2015/5730, K. 2016/5156.

<sup>10</sup> Gauch, N. 905-905a; Koller, N. 888; Bühler, Art. 373, N. 16; Gönen, s. 218; Baygın, s. 58. Bazı hallerde iş sahibinin yapılacak olan fazla iş için kendisinden artı ücret istenmeyeceği yönünde bir düşüncesi olabilir ve bu hususun dürüstlük kuralı uyarınca yüklenici tarafından bilinmesi gerekebilir. Bu gibi hallerde yüklenicinin yapmış olduğu fazladan iş için sadece sebepsiz zenginleşme veya istisnai hallerde vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca talepte bulunabileceği görüşünde bkz. Koller, N. 888. Biz ise yüklenicinin güven ilkesi uyarınca yapılacak ek iş için kendisinden fazladan ücret talep edilmeyeceği yönünde bir inancı bulunması durumunda, yüklenicinin ücrete ilişkin herhangi bir bildirimde bulunmadan ek işi yerine getirmesi halinde, artı ücret talebinde bulunulamayacağı düşüncesindeyiz. Zira, bu durumda taraflar arasında güven ilkesi gereğince ek işi için ücret talep edilmeyeceği yönünde bir anlaşmanın kurulduğu söylenebilir. Ek iş durumunda bedelin nasıl hesaplanması gerektiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. K. Emre Gökyayla, *Türk Hukukunda İnşaat Sözleşmelerinde Ek İş ve Sonuçları, İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 285 vd.

tek ve sabit bir bedeli ifade eder<sup>11</sup>. Örneğin; tarafların 300.000 TL karşılığında bir binanın inşası konusunda anlaşmaları halinde, bu bedel toptan götürü bedel olarak nitelendirilir.

Birim fiyat üzerinden götürü bedel ise yükleniciye ödenecek olan miktarın eseri oluşturan birimlerin fiyatlarının esas alınarak belirlendiği götürü bedel türüdür. Burada eser; metre, kilo, litre, parça gibi birimler üzerinden yapılmakta ve birim başına ödenecek bedel taraflarca önceden kesin olarak belirlenmektedir. Yükleniciye ödenecek toplam bedel bu birim fiyatın toplam miktar ile çarpılması sonucu ortaya çıkar<sup>12</sup>. Örneğin; inşaatta sıvası yapılacak olan yerin metrekaresi için ödenecek olan bedelin taraflarca kesin olarak kararlaştırıldığı durumlarda, birim fiyat üzerinden bir götürü bedel söz konusu olur.

Birim fiyat üzerinden götürü bedelle yapılan işlerde her ne kadar birim fiyat taraflarca kesin ve değişmez olarak belirlenmiş olsa da yapılacak iş miktarının tam olarak belli olmadığı durumlarda, toptan götürü bedelden farklı olarak, yükleniciye yapılacak toplam ödeme kesin olarak belli değildir. Ancak işin tamamlanması ve yapılmış olan iş miktarının tespiti ile birlikte yükleniciye yapılacak ödeme kesin olarak belirlenebilir<sup>13</sup>. Fiilen kaç birim iş yapıldığını ispat yükü, bu durumdan lehine hak çıkarılacak kişi kendisi olduğundan, yüklenicidir<sup>14</sup>. Bunun birlikte, taraflarca ücrete temel alınacak miktarın iş sahibinin veya temsilcisinin katılımıyla belirleneceği kararlaştırılmış olmasına rağmen bu kişiler tespiti katılmıyorsa, yüklenicinin tek tarafı olarak saptanmış olduğu miktarın doğru olduğu karine

<sup>11</sup> Eren, s. 667; Yavuz, s. 1044, dn. 270; Aral / Ayrancı, s. 415; Zevkliler / Gökyayla, s. 536; Büyükkay, s. 164; Gönen, s. 50; Acar, M. 480, N. 15; Ergüne, s. 312; Baygın, s. 30.

<sup>12</sup> Gauch, N. 917; Tandoğan, s. 236; Öz, s. 56-57; Zevkliler / Gökyayla, s. 539; Eren, s. 668; Yavuz, s. 1044, dn. 271; Aral / Ayrancı, s. 416; Gümüş, s. 80; Alfred Koller, *Schweizerisches Werkvertragsrecht*, Dike Verlag AG, 2015, N. 187; Gautschi, Art. 373, N. 6a; Bühler, Vorbemerkungen zum Art. 373-373, N. 3; Kurşat, s. 97; Gönen, s. 56-57; Ergüne, s. 312; Acar, M. 480, N. 20; Baygın, s. 34; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 7.

<sup>13</sup> Zevkliler / Gökyayla, s. 540; Öz, s. 57; Jörg Schmid / Hubert Stöckli / Frédéric Krauskopf, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, Schulthess, 2016, N. 1716; Kurşat, s. 97; Gönen, s. 56.

<sup>14</sup> Zevkliler / Gökyayla, s. 540; Öz, s. 57; Kurşat, s. 98; Gönen, s. 59; Baygın, s. 35; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 38.

olarak kabul edilmelidir. İş sahibinin bunun aksini ispatlaması mümkündür<sup>15</sup>.

Yapılacak olan iş miktarının toplam kaç birim olacağını sözleşmede belirtilmiş olduğu durumlarda ise yüklenicinin fiilen sözleşmedeki miktardan daha fazla iş yapmış olması halinde, yapılmış olan bu iş özen yükümlülüğünün gereği olmadıkça, fazladan bedele hak kazanılamaz. Örneğin; sözleşmede 200 m2 alanın boyanacağı konusunda anlaşılmış olmasına rağmen, yüklenicinin özenli ifanın gereği olmamasına rağmen 220 m2 alanı boyaması durumunda, anlaşılmış olan kısımdan fazlası için sözleşmeye dayanılarak ücret talep edilemeyecektir.

## 2. Değişken (Global) Götürü Bedel

İleride gerçekleşmesi muhtemel bir şarta bağlı olarak eserin maliyetinin artması durumunda (örneğin; döviz kurunda veya enflasyonda gerçekleşebilecek olan artışa bağlı olarak), belirlenmiş olan götürü bedelin belirli bir miktar veya oranda artabileceğinin taraflarca kararlaştırılması halinde değişken (global) götürü bedel söz konusudur<sup>16</sup>. Tarafların sadece artışa ilişkin değil, belirli bir şartın gerçekleşmesiyle birlikte maliyetlerin azalması halinde götürü bedelde belirli oranda indirim yapılacağı konusunda anlaşmaları durumunda da bunun değişken götürü bedel olarak kabul edilmesi gerekir<sup>17</sup>. Örneğin; malzeme fiyatlarında düşüş olması durumunda, iş sahibinin ödeyeceği götürü bedelin fiyatlardaki düşüşle orantılı olarak indirileceği konusunda tarafların anlaşmaları halinde, sözleşme değişken götürü bedel üzerinden kurulmuştur.

Değişken götürü bedelden söz edilebilmesi için şartın gerçekleşmesi halinde meydana gelecek olan artışın veya indirimin ne miktar veya oranda olacağı kesin bir şekilde kararlaştırılmalıdır. Örneğin; döviz kurunda artış meydana gelmesi halinde, belirlenmiş olan götürü bedelin de döviz kurundaki artışla orantılı olarak en fazla %10 oranında artırılabilmesine ilişkin

<sup>15</sup> Öz, s.57-58; Gönen, s. 61-62; Baygın, s. 37.

<sup>16</sup> Gauch, N. 910; Öz, s. 58; Koller, N. 187; Zevkliler / Gökyayla, s. 538; Büyükay, s. 165; Bühler, Vorbemerkungen zum Art. 373-373, N. 4; Gönen, s. 54; Acar, M. 480, N. 18; Ergüne, s. 312, dn. 3; Baygın, s. 37; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 6; Kurşat, s. 99. Adı geçen son yazar “değişken veya global götürü bedel” terimini kullanmasa da taraflar arasında bu tür bir götürü bedelin de kararlaştırılabileceğini açıkça ifade etmektedir.

<sup>17</sup> Tandoğan, s. 238; Zevkliler / Gökyayla, s. 538; Büyükay, s. 165; Gönen, s. 54. Aksi görüşte bkz. Acar, M. 480, N. 19.

anlaşılması halinde, bu bir değişken götürü bedeldir<sup>18</sup>. Bu durumda yüklenici döviz kurundaki artıştan dolayı daha fazla zarara uğradığı gerekçesiyle %10'dan fazla bir artış talebinde bulunamayacaktır.

## II. GÖTÜRÜ BEDELİN ARTIRIMI VEYA SÖZLEŞMEDEN DÖNME

### A. Genel Olarak

Tarafların bir götürü bedel kararlaştırmaları durumunda kural bu bedelin değişmemesidir. Bu nedenle yüklenicinin yüklenmiş olduğu işin maliyetini gerçekçi şekilde hesaplayamaması ve daha yüksek maliyetle yapılabilecek olan bir eseri daha düşük maliyetle yapabileceğini sanması halinde, kendisinin bu yüksek maliyete katlanması gerekir. Bu durumda yüklenici sadece şartlarının varlığı halinde, TBK.'nın hataya ilişkin hükümleri uyarınca sözleşmeyi iptal edebilir<sup>19</sup>.

Asıl kural götürü bedelin değişmezliği olmakla birlikte kanun koyucu bazı durumlarda yükleniciye hâkimden bedel artırımını talebinde bulunma, bunun mümkün olmaması halinde ise sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. TBK. m. 480 f. 2 uyarınca, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilse dahi taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, kararlaştırılmış olan götürü bedelle eserin yapılmasına engel olur ya da son derece güçleştirirse, yüklenici hâkimden götürü bedelin yeni duruma uyarlanmasını talep edebilmektedir. Bunun mümkün olmadığı hallerde ise yüklenici sözleşmeden dönme veya dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda fesih hakkına sahiptir.

6098 sayılı TBK.'nın "Aşırı İfa Güçlüğü" başlıklı maddesi ile birlikte hukukumuza sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin genel bir düzenleme gelmiştir. TBK. m. 480 f. 2'de yer alan düzenleme ise aynı kurumun eser sözleşmelerine özel bir görünümüdür. Kural özel hükmün genel hükümden önce uygulanması olduğundan, eser sözleşmelerinde götürü bedelin uyarlanmasına ilişkin olarak TBK. m. 480 f. 2 hükmü, TBK. m. 138 hükümden önce uygulama alanı bulacaktır<sup>20</sup>. Ancak belirtmeliyiz ki TBK. m.

<sup>18</sup> Yargıtay, taraflarca herhangi bir şarta bağlanmaksızın azami bir değer belirlenmesi durumunda ise bunu götürü bedel olarak kabul etmemekte, bu durumda bedelin TBK m. 481 hükmü doğrultusunda hesaplanacağı belirtmektedir. İlgili karar için bkz. Yarg. 15. HD. T. 5.7.2004 E. 2003/6466 K. 2004/3724.

<sup>19</sup> Öz, s. 64.

<sup>20</sup> Kurşat, s. 238-239; Gönen, s. 67; Ergüne, s. 314.

480 f. 2 sadece yükleniciye uyarılama talebinde bulunma hakkı veren bir düzenlemedir<sup>21</sup>. Bu nedenle iş sahibinin ortaya çıkan beklenmedik şartlar nedeniyle uyarılama talep ettiği hallerde TBK. m. 480 f. 2 değil, TBK.'nın uyarlamaya ilişkin genel hükmü olan m. 138 uygulama alanı bulmalıdır<sup>22</sup>.

## B. Götürü Bedelin Uyarlanmasının Şartları

### 1. Başlangıçta Öngörülemeyen veya Öngörülebilmesine Rağmen Taraflarca Göz Önünde Tutulmayan Olağanüstü Bir Durumun Ortaya Çıkması

TBK. m. 480 f. 2'nin uygulama alanı bulabilmesi için gereken ilk şart başlangıçta taraflarca öngörülemeyen veya öngörülebilmesine rağmen taraflarca göz önünde tutulmayan olağanüstü bir durumun varlığıdır. Bu şart kendi içerisinde birinden birinin gerçekleşmesi gereken iki farklı unsur taşımaktadır. Buna göre; ya taraflarca söz konusu olağanüstü olayın sözleşme yapılırken hiç tahmin edilememiş olması ya da olağanüstü olay tahmin edilmiş olmasına rağmen taraflarca bunun gerçekleşmeyeceğinin kabul edilmiş olması gerekir<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Öğretide TBK. m. 480 f. 2 (İBK. m. 373 f. 2)'nin kıyasen iş sahibi içinde uygulanması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Bu görüşte bkz. Koller, N. 887 ve 932; Büyükay, s. 174; Huguenin, N. 3194; Ergüne, s. 323-324; Gauch, N. 1145 vd.; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 4. Olması gereken hukuk bakımından iş sahibine de bedelin uyarlanmasını talep hakkının verilmesi gerektiği yönünde bkz. Baygın, s. 130.

<sup>22</sup> Öz, s. 65; Kurşat, s. 239-241. Kanun koyucunun iş sahibinin uyarılama talebinde bulunmasını engellemek amacıyla bilinçli olarak sustuğu ve TBK. m. 480 f. 2' de iş sahibine yer vermediği, şu hâlde iş sahibinin TBK. m. 138'e başvurarak uyarılama talep etmesinin de mümkün olmadığı görüşünde bkz. Gönen, s. 103 vd. özellikle s. 110-111; Doruk Gönen, *İnşaat Sözleşmelerinin Uyarlanmasına İlişkin Sorunlar*, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 349-351.

<sup>23</sup> Öz, s. 65. Öğretide bazı yazarlar bir başka unsur olarak meydana gelen olağanüstü olayın sürekli olması şartını da aramaktadır (Bu görüşte bkz. Yavuz, s. 1045; Zevkliler / Gökyayla, s. 543; Büyükay, s. 175; Gönen, s. 74; Baygın, s. 67). Bizce bu şart değildir. Asıl olan olağanüstü durumun sürekliliği değil, etkisidir. Meydana gelen olay sürekli olmasa da yüklenicinin borcunun ifasını mali açıdan imkânsız veya aşırı güç hale getiriyorsa, bu durumda da TBK. m. 480 f. 2 uygulama alanı bulacaktır. Örneğin; deprem ve yangın gibi durumlar sürekli değildir, ancak yüklenicinin TBK. m. 480 f. 2'ye başvurabilmesine imkân sağlayabilmektedirler. Burada aranması gereken olağanüstü durumun değil, olağanüstü durumun etkilerinin sürekli olmasıdır. Biz adı geçen yazarların da aşında olağanüstü durumun sürekli olması gerekir diyerek, bu durumun etkilerinin sürekli olmasını kast ettikleri düşüncesindeyiz.



TBK. m. 480 f. 2 her ne kadar sadece yükleniciye bedelin uyarlanmasını talep ve bunun mümkün olmadığı durumlarda sözleşmeden dönme hakkı verse de madde metninde “tarafarca” öngörülemeyen olağanüstü durumlardan bahsedilmektedir. Ancak, madde metni amaca uygun olarak yorumlanmalıdır. Bu nedenle sadece yüklenicinin öngöremediği olağanüstü durumlarda da TBK. m. 480 f. 2 uygulama alanı bulacaktır<sup>24 25</sup>.

Gerçekleşmiş olan olayın sadece öngörülmemiş olması uyarlanma talebi için yeterli değildir. Olayın aynı zamanda öngörülebilir de olmaması gerekir. Bu hususun tespitinde yüklenicinin subjektif durumu değil, objektif olarak o mesleği icra eden basiretli bir kişi açısından olayın öngörülebilir olup olmadığı dikkate alınacaktır. Bu nedenle, yüklenicinin bilgisizliği veya deneyimsizliği yüzünden objektif olarak öngörülebilecek bir olayı öngörememesi durumunda TBK. m. 480 f. 2’ye dayanılabilmesi mümkün değildir<sup>26</sup>. Hatta doktrinde olayın öngörülebilir olup olmadığının değerlendirilmesi yapılırken yüklenicinin sahip olduğu fazladan bilgi ve deneyimin de göz önünde tutulması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır.

<sup>24</sup> Benzer görüşte bkz. Gauch, N. 1076; Eren, s. 672; Gümüş, s. 90; Tandoğan, s. 240; Kurşat, s. 248; Özer Seliçi, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 55; Baygın, s. 70. Meydana gelen olağanüstü olayın iş sahibi tarafından öngörülebildiği ancak yüklenici tarafından öngörülemediği durumlarda, iş sahibi güven teorisi uyarınca yüklenicinin bu olayı öngörebileceğini düşünmüşse TBK. m. 480 f. 2’nin uygulanamayacağı, ancak iş sahibinin yüklenicinin bu olayı öngöremeyeceğini anlayacak durumda olması halinde TBK. m. 480 f. 2’ye başvurulabileceği yönünde bkz. Öz, s. 66.

<sup>25</sup> İBK. m. 373 f. 2 – TBK. m. 480 f. 2’de asıl olarak yüklenicinin sözleşme kurulurken temel aldığı unsurlara ilişkin hataya düşmesi durumunun düzenlendiği, bu nedenle yüklenicinin bedel artırımı talebinde bulunabilmesi için düşülen hatanın esaslı olması gerektiği görüşünde bkz. Koller, N. 900, 904 ve 908 vd. Sözleşmenin uyarlanmasına neden olan işlem temelinin çökmesi kavramıyla, temel hatası (esaslı saik hatası) arasındaki tek farkın zamansal olduğu, bunlar arasında nitelik açısından fark bulunmadığı görüşünde bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000, s. 511-512; Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 213 vd.

<sup>26</sup> Tandoğan, s. 240; Zevkliler / Gökyayla, s. 543; Gautschi, Art. 373, N. 15a; Bühler, Art. 373, N. 24; Schmid / Stöckli / Krauskopf, N. 1715; Kurşat, s. 247; Gönen, s. 71; Acar, M. 480, N. 23; Seliçi, s. 56; Tunçomağ, s. 1059; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 16.

TBK. m. 471’de de eser sözleşmelerinde yüklenicinin özen yükümlülüğüne ilişkin olarak basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken özen aranmakta, diğer bir ifade ile objektif bir ölçüt kullanılmaktadır.

Bu görüş uyarınca, orta düzeyde bir yüklenicinin normal koşullar altında öngöremeyeceği bir durum somut olaydaki yüklenicinin bilgi ve deneyimine sahip kişilerce öngörülebilir olmasına rağmen, yüklenici olayı öngöremediye kendisinin TBK. m. 480 f. 2'ye başvurabilmesi mümkün değildir<sup>27</sup>. Sözleşme hukukunda ahde vefa kural, uyarılama ise istisna olduğundan biz de uyarlamaya ilişkin olarak yüklenicinin fazladan bilgi ve deneyiminin göz önünde tutulması gerektiği görüşündeyiz.

Sözleşmeyi etkileyen olağanüstü bir durumdan söz edilebilmesi için bu durumun kural olarak sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkması gerekir. Aksi halde, olağan üstü durumunun sözleşme kurulmadan önce zaten mevcut olduğu hallerde TBK m. 480 f. 2 uygulama alanı bulamayacaktır<sup>28</sup>. Ancak istisnai bazı hallerde sözleşmenin kurulmasından önce var olan olağanüstü durumlara ilişkin olarak da TBK. m. 480 f. 2 uyarınca uyarılama talep edilebilir. Örneğin; tarafların inşaat yapılacak alanı bir uzmana incelemelerine rağmen, temel kazılırken inşaat yapılacak olan arazinin, uzmanın raporunun aksine, kayalardan oluştuğu meydana çıkmışsa ve bu arazinin kayalık olduğunun objektif olarak öngörülebilmesi mümkün değilse, bu durumda yüklenici uyarılama talep edebilecektir<sup>29</sup>.

Bazı hallerde ise taraflar ortaya çıkacak olağanüstü durumu öngörebilir ancak bunun sonuçlarını veya bu sonuçların ne derece önemli olacağını öngöremezler. Bu gibi durumlarda da uyarılama talep edilebileceğinin kabulü gerekir<sup>30</sup>. Örneğin; tarafların bir ekonomik kriz beklemelerine rağmen, döviz değerlerinin birden 4 katına çıkmasını beklemedikleri bir durumda, yüklenici TBK. m. 480 f. 2'den yararlanmalıdır. Zira sözleşmedeki bedelin belirlenmesi açısından olağanüstü durumun öngörülememesiyle, bu durumun sonuçlarının öngörülememesi arasında fark bulunmamaktadır.

Kanun koyucu sadece taraflarca öngörülemeyen durumların değil, öngörülmüş olmasına rağmen göz önünde tutulmayan durumların varlığı ha-

<sup>27</sup> Gauch, N. 1076; Eren, s. 672; Gümüş, s. 90; Aral / Ayrancı, s. 417; Acar, M. 480, N. 23; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 16. Son yazar sadece öğretilerde bu görüşün ileri sürüldüğünü belirtmiş, ancak kendi görüşünü açıkça ifade etmemiştir.

<sup>28</sup> Öz, s. 67; Bühler, Art. 373, N. 27; Gönen, s. 70.

<sup>29</sup> Gauch, N. 1071; Eren, s. 671; Gönen, s. 74; Seliçi, s. 56. Benzer yönde bkz. Bühler, Art. 373, N. 27.

<sup>30</sup> Tandoğan, s. 241; Öz, s. 67; Yavuz, s. 1045; Kurşat, s. 247; Gönen, s. 72; Baygın, s. 71.

linde de yüklenicinin TBK. m. 480 f. 2 hükmüne başvurmasına imkân tanımaktadır. Buna göre tarafların olağanüstü bir durumu öngörebildikleri, ancak bu durumun gerçekleşmeyeceği yönünde bir kabullerinin olduğu<sup>31</sup> veya gerçekleşse bile sözleşmeye etkisi olmayacağını düşündükleri<sup>32</sup> halde de TBK m. 480 f. 2 uygulama alanı bulacaktır.

## **2. Ortaya Çıkan Olağanüstü Durumun İşin Yapılmasını Engelleme veya Aşırı Derecede Güçleştirme**

Yüklenicinin götürü bedelin uyarlanması talep edebilmesi için taraflarca öngörülemediği ya da öngörülmüş olmasına rağmen göz önünde tutulmamış olan durumun, eserin sözleşmede belirlenmiş olan bedel karşılığında yapılmasını engellemesi veya son derece zorlaştırması gerekir.

Meydana gelmiş olan olağanüstü durumun etkilerinin tespiti somut olaydaki yüklenicinin ekonomik ve fiili durumu göz önünde tutularak, diğer bir ifadeyle subjektif olarak yapılacaktır. Bazı hallerde ortaya çıkan olağanüstü durum ve maliyet artışı dürüstlük kuralı uyarınca yüklenici bakımında borcunun ifasını ondan beklenemez hale getirebilirken, imkânları geniş diğer bir yüklenici bakımından ise eserin tamamlanıp, teslim edilmesi katlanılabilecek nitelikte olabilir<sup>33</sup>.

Ortaya çıkan olağanüstü durumun yüklenicinin borcunu ifasını engellediği veya diğer bir ifadeyle mali açıdan imkânsız hale getirdiği durumlarda TBK. m. 480 f. 2'nin uygulama alanı bulacağı şüphesizdir. Borcun ifasının aşırı derecede zorlaşmasına ilişkin olarak ise yüklenicinin sözleşmeden beklemiş olduğu kazancı elde edemeyeceği veya zarara uğradığı her durumda, sözleşmeden doğan borcunu ifa etmesinin artık yükleniciden beklenemeyeceği söylenemez. Bazı durumlarda yüklenicinin borcunu ifa etmesi için alacağından fazla masraf yapması gerekebilir. Ancak, yüklenicinin ekonomik durumunun güçlü olması halinde borcun ifası hala ondan beklenebilir. Bu ihtimalde yüklenici zarar bile etse sözleşmeye uymak durumundadır<sup>34</sup>. Bunun aksi olarak, yüklenicinin zarar etmediği ancak kâr oranında düşüş yaşadığı durumlarda, kâr oranında yaşanan bu düşüş yük-

<sup>31</sup> Tandoğan, s. 241; Erman, s. 79; Büyükay, s. 174.

<sup>32</sup> Gümüş, s. 91.

<sup>33</sup> Tandoğan, s. 245; Öz, s. 68; Kurşat, s. 252.

<sup>34</sup> Gauch, N. 1064; Tandoğan, s. 245; Öz, s. 69; Erman, s. 84; Yavuz, s. 1046; Ergüne, s. 321; Baygın, s. 83. Benzer yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 4. HD. T. 28.1.1957 E. 568 K. 427

lenicinin işletmesini ciddi olarak tehlikeye sokuyorsa uyarılama talep edilebilmesi mümkündür<sup>35</sup>. Yüklenicinin TBK. m. 480 f. 2'ye başvurabilmesi için borcun ifasının aşırı derecede zorlaşmış olması yeterlidir. Borcu ifa etmenin yüklenicinin mali açıdan mahvına veya iflasına sebep olmasına gerek yoktur<sup>36</sup>.

Meydana gelen olağanüstü durumun eserin yapılmasını mali açıdan değil de fiili veya hukuki açıdan imkânsız hale getirdiği durumlarda ise TBK. m. 480 f. 2 uygulanmayacaktır. Zira söz konusu hüküm eserin teknik veya hukuki olarak yapılmasının imkânsız hale geldiği durumlara ilişkin bir düzenleme değildir. Hükümün çerçevesi eserin tamamlanması, diğer bir ifadeyle yüklenicinin borcunu ifası hala mümkün olmasına rağmen, artan maliyetin yüklenicinin borcunu ifa etmesine engel olduğu veya aşırı zorlaştırdığı hallerle sınırlıdır<sup>37</sup>. Eserin yapılmasının fiili veya hukuki olarak imkânsız hale gelmesi durumunda ise yüklenicinin kusurlu olması halinde kusurlu imkânsızlığa ilişkin TBK. m. 112, yüklenicinin kusursuz olması halinde ise TBK. m. 136 uygulama alanı bulacaktır.

### 3. Olağanüstü Durumun Meydana Gelmesinde Yüklenicinin Sorumlu Olmaması

Kanunda açıkça belirtilmese de yüklenicinin bedelin uyarlanmasını talep edebilmesi için ifayı güçleştiren olağanüstü durumun meydana gelmesinden sorumlu olmaması gerekir<sup>38</sup>. Örneğin; yüklenicinin işi zamanında bitiremeyerek temerrüde düşmesi ve yüklenici temerrüde düştükten sonra meydana gelen olağanüstü bir durumun eserin tamamlanmasını mali açıda imkânsız hale getirmesi veya aşırı güçleştirmesi halinde de TBK. m. 480 f. 2'ye başvurulabilmesi mümkün olmayacaktır<sup>39</sup>. Bu şartın temelinde

<sup>35</sup> Öz, s. 69.

<sup>36</sup> Gauch, N. 1065; Tandoğan, s. 245; Eren, s. 673; Öz, s. 69; Erman, s. 83; Zevkliler / Gökyayla, s. 546; Aral / Ayrancı, s. 418; Yavuz, s. 1046; Büyükay, s. 176; Kurşat, s. 253; Gönen, s. 85; Tunçomağ, s. 1060.

<sup>37</sup> Gauch, N. 1054-1055; Tandoğan, s. 246; Öz, s. 69; Eren, s. 672-673; Erman, s. 81-82; Gümüş, s. 92; Bühler, Art. 373, N. 32; Kurşat, s. 253-254; Acar, M. 480, N. 27; Gönen, s. 83; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 22.

<sup>38</sup> Gauch, N. 1109; Eren, s. 674-675; Koller, N. 922; Kurşat, s. 254; Gönen, s. 86; Acar, M. 480, N. 30; Ergüne, s. 315; Baygın, s. 86; Tunçomağ, s. 1060; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 25. İsviçre Federal Mahkemesi'nin benzer yönde bir kararı için bkz. BGE 26 II 653.

<sup>39</sup> Öz, s. 70; Aral / Ayrancı, s. 418; Büyükay, s. 177; Bühler, Art. 373, N. 33; Kurşat, s. 255; Gönen, s. 87-88; Baygın, s. 88; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 25. İsviçre

“kimse kendi kusurundan yararlanamaz” şeklindeki genel hukuk kaidesinin yattığı kabul edilmektedir<sup>40</sup>.

İfayı güçleştiren olayın yükleniciye isnat edilebilmesi için bunun yüklenicinin teknik anlamda “kusurundan” kaynaklanması şart değildir<sup>41</sup>. Burada önemli olan yüklenicinin fiilinin, gerçekleşen olağanüstü durum ile ifanın aşırı derecede güçleşmesi arasındaki illiyet bağımlı kesmesidir. Diğer bir ifadeyle, yüklenicinin içine düştüğü ifa güçlüğü, olağanüstü durumun gerçekleşmesinden değil, kendi davranışı sonucu meydana gelmektedir<sup>42</sup>. Öğretide bazı yazarlar, yüklenicinin olağanüstü durumun gerçekleşmesindeki kusurunun hafif olması halinde TBK. m. 480 f. 2’ye başvurulabileceğini savunmaktadır<sup>43</sup>. Ancak, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, ifayı güçleştiren durumun yükleniciye isnat edilebilmesi için onun teknik anlamda kusurlu olmasına gerek yoktur. Bu nedenle, yüklenicinin kusur derecesinin bedelin uyarlanması talep hakkı açısından dikkate alınması bizce mümkün değildir. Burada dikkate alınması gereken, yüklenicinin fiilinin olağanüstü durum ve ifa güçlüğü arasındaki illiyet bağımlı ne oranda etkilediğidir. Yüklenicinin davranışının bu ikisi arasındaki nedenselliği tamamen ortadan kaldırmadığı hallerde, bedelin uyarlanması talebinde bulunulabileceği söylenebilir.

Yüklenici kendisinin değil ancak ifa yardımcının olağanüstü durumun oluşmasından sorumlu olduğu hallerde de TBK. m. 480 f. 2’ye başvuramayacaktır. Zira, TBK. m. 116 uyarınca yüklenici ifa yardımcısının fiillerinden kusursuz olarak sorumludur<sup>44</sup>. Bu nedenle, ifayı güçleştiren durumun alt yükleniciden kaynaklanması halinde yüklenici götürü bedelin

---

Federal Mahkemesi’nin benzer yönde bir kararı için BGE 109 II 333.

<sup>40</sup> Gönen, s. 86-87; Baysal, s. 261 vd.; Kemal Gürsoy, *Hususî Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus*, Ankara, 1950, s. 153. Yüklenicinin ifa güçlüğü yaratan olağanüstü duruma kendisinin sebep olması durumunda, bedelin uyarlanmasını talep edememesinin TBK. m. 136 ile de uyumlu olduğu, söz konusu hüküm uyarınca ifa imkânsızlığının borcu sona erdirebilmesi için imkânsızlıktan borçlunun sorumlu tutulamamasının arandığı yönünde bkz. Gönen, s. 87; Baygın, s. 86.

<sup>41</sup> Gönen, s. 88-89; Baygın, s. 87.

<sup>42</sup> Gönen, s. 87; Baygın, s. 86-87.

<sup>43</sup> Seliçi, s. 59; Tunçomağ, s. 1060; Baygın, s. 89; Gönen, s. 89. Adı geçen son iki yazar her ne kadar yüklenicinin hafif kusurundan bahsetse de kendilerinin eserleri bir bütün olarak düşünüldüğünde, yazarların “kusur” ifadesini teknik anlamda kullanmadıkları, yüklenicinin ifayı ağırlaştırıcı olaya etkisinin az olması durumundan bahsettikleri sonucuna varılmaktadır.

<sup>44</sup> Öz, s. 70; Kurşat, s. 255, dn. 658.

uyarlanmasını talep edemez<sup>45</sup>. Örneğin; inşaat alanında alt yüklenicinin kusuru ile yangın çıksa ve bu durum yüklenicinin inşaatı belirlenmiş olan götürü bedelle tamamlamasını aşırı derecede zorlaştırsa dahi yüklenicinin uyarlama talep edebilmesi mümkün değildir.

#### 4. Yüklenicinin Meydana Gelen Olağanüstü Durumu İş Sahibine Bildirmiş Olması

Yüklenicinin olağanüstü durum ortaya çıktıktan sonra, bu durumu ivedilikle iş sahibine bildirmediği hallerde de TBK. m. 480 f. 2'ye dayanabilme olanağı yoktur<sup>46</sup>. Yüklenici ancak bu ihbar külfetini yerine getirmiş olması durumunda söz konusu hükümden yararlanabilecektir. Bu bildirim külfetinin dayanağı yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan özen yükümlülüğüdür<sup>47</sup>.

Öğretideki bazı yazarlar, bildirim külfetinin kanuni temelini ise TBK. m. 472 f. 3'de bulunabileceği belirtmektedir<sup>48</sup>. TBK. m. 472 f. 3 uyarınca; iş sahibinin sağladığı malzeme veya yerin ayıplı olması ve bu ayıbın eserin gereği gibi veya zamanında yapılmasını tehlikeye düşürmesi durumunda, yüklenici bu husus işsahibine bildirmek zorundadır. Aksi halde bunun sonuçlarından sorumlu olur. Yazarlara göre ilgili hüküm kıyasen götürü bedelin uyarlanması için de uygulama alanı bulacak ve yüklenici bildirimde bulunmaması durumunda, maliyet artışına katlanmak durumunda

<sup>45</sup> Gauch, N. 1109; Tandoğan, s. 247; Bühler, Art. 373, N. 33. Alt yüklenicinin iş sahibi tarafından seçilmiş olduğu durumlar bunun istisnasını teşkil etmektedir (Öz, s. 70; Kurşat, s. 255, dn. 658).

<sup>46</sup> Gauch, N. 1112; Tandoğan, s. 247; Gümüş, s. 93; Erman, s. 89; Zevkliler / Gökyayla, s. 546; Eren, s. 675; Yavuz, s. 1047; Koller, N. 927; Gautschi, Art. 373, N. 16a; Bühler, Art. 373, N. 33; Kurşat, s. 255-256; Gönen, s. 99-100; Acar, M. 480, N. 29; Seliçi, s. 56; Ergüne, s. 312; Baygın, s. 89; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 26.

<sup>47</sup> Gauch, N. 1112; Gautschi, Art. 373, N. 16a.; Kurşat, s. 255-256; Acar, M. 480, N. 29.

<sup>48</sup> Erman, s. 89; Yavuz, s. 1047; Kurşat, s. 356; Gönen, s. 100; Acar, M. 480, N. 29; Ergüne, s. 312, dn. 15; Baygın, s. 89. Öğretideki bir görüş; bildirimde bulunulması durumunda iş sahibinin o zamana kadar yapılmış olan kısmın karşılığını ödeyerek ve yüklenicinin bütün zararlarını tazmin ederek TBK. m. 484 uyarınca sözleşmesi sona erdirebileceğini; bildirim yapılmaması halinde ise iş sahibinin hakkaniyete aykırı olarak bu imkândan mahrum kalacağını ve artırılan bedeli ödemek zorunda kalacağını belirtmektedir (Yavuz, s.1047; Gautschi, Art. 373, N. 16a; Gönen, s. 101-102; Baygın, s. 89). Biz ise aşağıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, uyarlamanın şartlarının oluşması ve bu hususun iş sahibine bildirilmesi durumunda, iş sahibinin TBK. m. 484 uyarınca sözleşmeyi sona erdirmesinin hakkaniyete aykırı olduğu, bu nedenle bildirimle birlikte artık TBK. m. 484'e dayanılmasının mümkün olmadığı görüşündeyiz.

kalacaktır. Belirtilmelidir ki söz konusu düzenlemenin de temeli asıl olarak yüklenicinin özen yükümlülüğüne dayanmaktadır.

Yüklenici, meydana gelen olağanüstü durumu ve bu nedenle işin kararlaştırılmış olan götürü bedelle tamamlanamayacağını, diğer bir ifadeyle meydana gelen ifa güçlüğünü iş sahibine bildirmelidir. Öğretide; iş sahibinin bedel artırımını kabul etmemesi durumunda, yüklenicinin TBK. m. 480 f. 2’de yer alan haklarını kaybetmeden işe devam edebilmesi için TBK. m 138’deki düzenlemeye benzer şekilde uyarlamaya ilişkin haklarını saklı tuttuğunu da iş sahibine bildirmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>49</sup>. Biz somut olayda işe devam eden yüklenicinin ileride uyarlama talebinde bulunabileceğinin iş sahibi tarafından anlaşılmasının mümkün olduğu hallerde, bu hususun ayrıca bildirilmesine gerek olmadığı, bunun dışındaki durumlarda ise işe devam eden yüklenicinin uyarlama hakkını saklı tuttuğunu belirtmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Aksi halde, eserin kararlaştırılan bedelle tamamlanacağı inancında olan iş sahibi hakkaniyete aykırı şekilde sürpriz bir bedel artışıyla karşılaşacaktır.

Yüklenici olağanüstü olay meydana geldikten hemen sonra bildirimde bulunmalıdır. Bildirimde bulunmakta gecikilmesi durumunda sadece bildirim tarihinden işin bitirilmesi tarihine kadar olan işler için TBK. m. 480 f. 2 uyarınca fiyat artışı talebinde bulunulabilir. Bildirim tarihine kadar olan işler için ise uyarlama talebinde bulunma imkânı olmayacaktır<sup>50</sup>.

### **5. Yüklenicinin TBK. m. 480 f. 2’den Doğan Haklarından Vazgeçmiş Olmaması veya Bu Haklarını Sınırlamaması**

TBK. m. 480 f. 2 emredici bir düzenleme değildir. Tarafların aralarında anlaşarak, hükmün uygulanmasını engellemeleri mümkündür<sup>51 52</sup>. Taraflar

<sup>49</sup> Öz, s. 70; Acar, M. 480, N. 31. Yüklenicinin uyarlamaya ilişkin mahkeme kararı çıkana kadar işe devam etmekle yükümlü olduğu yönünde bkz. Koller, N. 921.

<sup>50</sup> Gauch, N. 1113; Gümüş, s. 93.

<sup>51</sup> Gauch, N. 1128; Tandoğan, s. 247; Eren, s. 675; Erman, s. 122; Gümüş, s. 95; Zevkliler / Gökyayla, s. 547; Aral / Ayrancı, s. 419; Yavuz, s. 1046; Koller, N. 925; Bühler, Art. 373, N. 48; Kurşat, s. 244; Gönen, s. 91; Acar, M. 480, N. 32; Seliçi, s. 60; Ergüne, s. 316 ve dn. 16; Baygın, s. 100; Tunçomağ, s. 1063; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 34.

<sup>52</sup> Her ne kadar yukarıda tarafların anlaşarak yüklenicinin TBK. m. 480 f. 2’den doğan haklarını kaldırabileceklerini veya sınırlayabileceklerini belirtsek de TBK. m. 480 f. 2’nin yükleniciye tanıdığı bedelin artırılmasını talep, bedelin artırılmasının mümkün olmadığı durumlarda ise sözleşmeden dönme hakkı bir yenilik doğuran haktır. Yenilik doğuran haklardan feragat ise hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla mümkündür

hükümün uygulamasını tamamen kaldırabilecekleri gibi, başvuru şartlarını zorlaştırarak, hükmü sınırlandırabilirler de<sup>53</sup>. Yüklenicinin sadece belli bir orandan fazla zarar etmesi durumunda TBK. m. 480 f. 2'ye başvurabileceği yönündeki bir sözleşme hükmü bu sınırlandırmaya örnek olarak verilebilir. Ancak belirtmeliyiz ki hakları sınırlandıran kayıtların dar yorumlanması kuralı gereğince, yüklenicinin TBK. m. 480 f. 2'den doğan haklarını sınırlandıran kayıtlar da dar yorumlanmalıdır<sup>54</sup>. Bu bağlamda, sözleşmede “kararlaştırılmış olan bedel kesindir” veya “kararlaştırılmış fiyat değiştirilemez” vb. ifadelerin kullanılması tek başına bedelin uyarlanmasını talep hakkının taraflarca ortadan kaldırıldığı şeklinde yorumlanmamalıdır<sup>55</sup>.

Bazı hallerde ise taraflar hangi durumlarda yüklenicinin TBK. m. 480 f. 2'ye başvurabileceğini sınırlı olarak saymakta ve bu durumlar dışında başvurunun mümkün olmayacağını sözleşmede belirtmektedirler. Bu ihtimalde tarafların saymış oldukları olağanüstü durumlar her ne kadar öngörülmez olmaktan çıksa ve kanun hükmü öngörülmezlik şartını arasa da sözleşmede sayılmış olan durumların varlığı halinde TBK. m. 480 f. 2'ye başvurulabileceği taraflarca açıkça kararlaştırılmış olduğundan, tarafların kanunun aradığı öngörülmezlik şartını kaldırdıklarının ve sayılmış olan bu durumların gerçekleşmesi halinde yüklenicinin uyarılma talebinde bulunabileceğinin kabulü gerekir<sup>56</sup>. Sözleşmede sınırlı sayıda sayılmış olan

---

(Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.422-423). Bu nedenle tarafların anlaşmasının yanında yüklenicinin tek taraflı bir irade beyanıyla da TBK m. 480 f. 2'den doğan haklarından feragat edebilme imkânı bulunmaktadır (Koller, N. 925). Uyarılma için gerekli şartların daha gerçekleşmediği dönemde uyarlamaya ilişkin yenilik doğuran hak aslında daha doğmamıştır. Ancak doktrinde de ifade edildiği üzere, feragat yoluyla ileride doğacak bir yenilik doğuran hakkın doğumuna da engel olunabilmesi mümkündür (Buz, s. 414).

<sup>53</sup> Gauch, N. 1128; Eren, s. 675; Kurşat, s. 244-245; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 34. Sözleşme serbestisi ilkesi gereği, taraflar TBK. m. 480 f. 2 hükmüne başvurulmasının şartlarını zorlaştırabilecekleri gibi kolaylaştırabilirler de. Hâkim kararına gerek olmadan, sadece yüklenicinin irade beyanı ile sözleşme bedelinin yeni duruma göre uyarlanacağına ilişkin bir anlaşma, taraflarca hükmün kullanımının kolaylaştırılmasına örnek olarak verilebilir (Gauch, N. 1128; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 35).

<sup>54</sup> Tandoğan, s. 249; Eren, s. 676.

<sup>55</sup> Tandoğan, s. 249; Gönen, s. 97.

<sup>56</sup> Öz, s. 67-68; Kurşat, s. 244; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 20. Konuya ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Gönen, s. 91 vd.



olağanüstü durumlar haricinde meydana gelen diğer olağanüstü durumlarda ise yüklenici bedelin uyarlanmasını isteyemez<sup>57</sup>. Ancak, tarafların TBK. m. 480 f. 2 hükmünün uygulanmasını sınırladıkları veya kaldırdıkları hallerde bile iş sahibinin bunu ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu durumlarda, yüklenici TBK. m. 480 f. 2'ye başvurabilir<sup>58</sup>.

### **B. Yüklenicinin TBK. m. 480 f. 2'den Doğan Hakkını Kullanması ve Bunun Sonuçları**

TBK. m. 480 f. 2'de yüklenicinin sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin hakkını sadece dava yoluyla kullanabileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Hâkim, yüklenicinin başvurusu üzerine sözleşmenin uyarlanması için gerekli şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirecektir.

Madde metninde sadece bedelin değil, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasından bahsedilmektedir. Şu hâlde; hâkimin bedel artışı dışında, iş görme süresini uzatmak veya iş miktarını azaltmak gibi farklı şekillerde sözleşmeye müdahale imkânı vardır<sup>59</sup>.

TBK. m. 480 f. 2'de sadece sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin hakkın mahkemeye başvurularak kullanılacağı belirtilmekte, uyarlamanın mümkün olmaması halinde kullanılacak olan dönme hakkına ilişkin benzer bir şart aranmamaktadır<sup>60</sup>. Dönme hakkı yenilik doğurucu bir hak oldu-

<sup>57</sup> Tarafların hangi hallerin mücbir sebep sayılacağı yönünde anlaşabilecekleri ve artık bunlar dışında kalan hallerin mücbir sebep sayılmayacağı yönünde bkz. Halûk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 468. Benzer yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 4. HD. T. 30.10. 1958 E. 5802 K. 7150 (Karar metni için bkz. Erman, s. 72, d. 2). Aksi görüşte bkz. Öz, s. 67-68; Erman, s. 72.

<sup>58</sup> Tandoğan, s. 250; Zevkliler / Gökyayla, s. 548; Gönen, s. 99; Seliçi, s. 62; Ergüne, s. 316, dn. 16; Baygın, s. 101; Tunçomağ, s. 1062.

<sup>59</sup> Gümüş, s. 94; Zevkliler / Gökyayla, s. 550; Yavuz, s. 1048-1049; Kurşat, s. 257; Gönen, s. 124 ve 129-130; Acar, M. 480, N. 35; Ergüne, s. 321. Mevaz İsviçre Medeni Kanunu'nun TBK. m. 480 f. 2'yi karşılayan 373 f. 2. maddesinde ise hâkimin sadece bedel artırımını veya sözleşmeden dönme konusunda karar verebileceği yer almaktadır. Bu nedenle İsviçre öğretisinde hâkimin bedel artışı dışında sözleşmeye farklı şekilde müdahale edemeyeceği kabul edilmektedir (bkz. Gauch, N. 1126).

<sup>60</sup> TBK. m. 480 f. 2 yüklenicinin sözleşmenin uyarlanmasını hâkimden talep edebileceğini, diğer bir ifadeyle mahkeme aracılığıyla kullanacağını hükme bağlamıştır. Bu durumda iş sahibinin yüklenicinin borcunun ifası için mahkemeye başvurması halinde, yüklenicinin, yukarıda açıklamış olduğumuz şartların varlığı halinde, TBK.

ğundan, iş sahibinin hâkimiyet alanına varması ile sonuç doğuran tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilir<sup>61</sup>. Yüklenicinin tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden dönmesinin istisnasını ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri oluşturur. Yargıtay tarafından kabul edildiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin sözleşmeden dönmeyi kabul etmemesi durumunda, dönmenin gerçekleşebilmesi için mahkeme kararı gerekir. Açılan davada hâkim dönme talebinin haklı olup olmadığını inceleyecektir. Hâkimin dönme talebini haklı olarak görmemesi halinde ise sözleşme yürürlükte kalmaya devam eder<sup>62</sup>.

Hâkim bedel artışına ilişkin karar verirken, meydana gelen olağanüstü olayın yol açtığı tüm maliyet artışlarını iş sahibine yüklememeli, taraflar arasında denge kurmalıdır<sup>63</sup>. Zira, TBK. m. 480 f. 2'nin amacı yüklenicinin katlanamayacağı ölçüde ağırlaşan maliyet artışını onun katlanabileceği bir düzeye çekmekle sınırlıdır<sup>64</sup>. Aksi durumda hüküm adeta yüklenici lehine kurulmuş olan bir kaza veya afet sigortası haline gelecektir<sup>65</sup>.

Yüklenici ancak hâkimin sözleşmenin olağanüstü durum karşısında uyarlanmasının mümkün olmadığına dair kararından sonra dönme hakkını kullanabilir. Diğer bir ifade ile TBK. m. 480 f. 2' de düzenlenmiş olan

---

m. 480 f. 2'den doğan sözleşmenin uyarlanmasını talep hakkını mahkemede def'i olarak da ileri sürmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz.

<sup>61</sup> Eren, s. 679; Gümüş, s. 94; Kurşat, s. 261; Gönen, s. 116 ve 119; Acar, M. 480, N. 36; Gönen, *İnşaat Sözleşmelerinin Uyarlanmasına İlişkin Sorunlar*, s. 356. Mevaz İsviçre Medeni Kanunu'nun TBK. m. 480 f. 2'yi karşılayan 373 f. 2. maddesinde ise TBK.'dan farklı olarak, dönme hakkının da ancak hâkimin kararıyla kullanılabilceği belirtilmektedir. Hâkim hakkaniyet gereği hem bedelin uyarlanmasının mı yoksa sözleşmenin sona erdirilmesinin mi gerekli olduğuna hem de sözleşme sona erdirilecekse bunun etkisinin "ex tunc" mu yoksa "ex nunc" mu olacağına karar verecektir (Koller, N. 920). İsviçre Federal Mahkemesi ise konuya ilişkin bir kararında maddenin lafzına rağmen burada bir yenilik doğurucu dava değil, yenilik doğurucu hakkın söz konusu olduğunu ve bu hakkın irade beyanı ile kullanılabilceğine hükmetmiştir. Karar metni için bkz. BGE 48 II 119.

<sup>62</sup> Örnek kararlar için bkz. Yarg. 15. HD. T. 8.10.1998 E. 1998/2236 K. 1998/3752; Yarg. 15. HD. T. 21.3.2006 E. 2005/1712 K. 2006/1639. Benzer yönde bkz. Hasan Erman, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Der Yayınları, İstanbul, 2010, s. 104.

<sup>63</sup> Öz, s. 72-73; Eren, s. 678; Zevkliler / Gökyayla, s. 549; Bühler, Art. 373, N. 41; Kurşat, s. 258; Gönen, s. 124; Seliçi, s. 55; Baygın, s. 113; Zindel / Pulver / Schott, Art. 373, N. 28.

<sup>64</sup> Gauch, N. 1115; Kurşat, s. 258; Gönen, s. 127.

<sup>65</sup> Eren, s. 678.

bedelin uyarlanmasını talep ve dönme hakları birbirleriyle yaraşan seçimlik haklar değildir. Burada bedelin uyarlanmasına ilişkin olan hak birincil bir hakken, ancak uyarılmanın mümkün olmadığı durumlarda kullanılabilen dönme hakkı ise ikincil bir haktır<sup>66</sup>. Bu nedenle hâkimin karar verdiği bedel artışını beğenmeyen yüklenicinin TBK. m. 480 f. 2'ye dayanarak sözleşmeden dönme imkânı bulunmamaktadır.

Dönme hakkının kullanılması durumunda bunun taraflar arasındaki sözleşmeye etkisine ilişkin iki hâkim görüş bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız klasik görüşe göre yüklenicinin dönme hakkını kullanmasıyla birlikte sözleşme kurulduğu andan itibaren geriye etkili olarak ortadan kalkar. Sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalktığından, bu sözleşmeden doğan hak ve borçlar da doğdukları andan itibaren ortadan kalkmış sayılacaktır. Bu durumda iş sahibi eserin bitirilmesini isteyemezken, yüklenici de iş sahibinden bedelin ödenmesini talep edemez. İş sahibi, sözleşmeden döndüğü ana kadar yükleniciye herhangi bir bedel ödemişse, bunları sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edebilecektir. Bunun karşılığında yüklenici de sözleşmeden döndüğü ana kadar üzerinde devam edilebilir kalıcı bazı işler yapmışsa, yapmış olduğu bu işlere ilişkin olarak sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iş sahibinden talepte bulunabilir<sup>67</sup>. Ancak belirtmeliyiz ki sözleşmeden dönülmesi durumunda yüklenicinin yapmış olduğu işlere ilişkin talep edebileceği miktar yapmış olduğu işçi ve malzeme masrafı ile sınırlıdır, diğer bir ifadeyle yüklenici yapmış olduğu kısma ilişkin, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kapsamına girmediğinden, herhangi bir kâr talebinde bulunamayacaktır<sup>68</sup>.

Öğretideki diğer görüş olan yeni dönme teorisine göre ise dönme beyanı sözleşmeyi sona erdirmemekte, onu bir tasfiye ilişkisine döndürmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmenin doğan borç ilişkisi dönmeyle birlikte,

<sup>66</sup> Eren, s. 677.

<sup>67</sup> Dönme durumunda iadeye ilişkin sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasının istisnası ise yüklenicinin kendi malzemesiyle, iş sahibinin arazisine inşaat yapmasına ilişkin sözleşmelerdir. Bu halde; sözleşme ilişkisi geriye etkili olarak ortadan kalktığından, yüklenici başkasının arazisi üzerinde kendi malzemesiyle inşaat yapan kişi konumuna gelecektir ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde olan haksız inşaat ilişkin TMK. m. 722 vd. burada uygulama alanı bulacaktır (Turgut Öz, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul, 1989, s. 238; Gönen, s.138).

<sup>68</sup> Öz, s. 174; Kurşat, s. 260.

tarafların sözleşme çerçevesinde birbirlerinden aldıklarının iadesine yönelik bir hukuki ilişkiye dönüşmektedir<sup>69</sup>. Diğer bir ifadeyle bu görüş uyarınca dönme bir bozucu yenilik doğuran hak değil, değiştirici yenilik doğuran haktır. Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre sözleşmeden dönüşmesiyle birlikte tarafların ileriye dönük borçları sona ererken<sup>70</sup>, diğer bazı yazarlara göre ise ileriye dönük borçlar sona ermemekte, ancak borçlular borcu ödemekten kaçınmalarını sağlayan bir def'i imkânı elde etmektedir<sup>71</sup>. Tarafların daha önce birbirlerine vermiş oldukları şeyler ise dönme sonucu ortaya çıkan iade borcu kapsamında iade edilecektir. Burada iade sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, taraflar arasındaki borç ilişkisi uyarınca gerçekleşecektir. Bu nedenle söz konusu görüşün kabul edilmesi durumunda yüklenici dönme anına kadar yapmış olduğu iş için sadece malzeme ve işçi masrafını değil, sözleşmede kararlaştırılan bedel üzerinden belirlenecek olan miktarı talep edebilecektir. Görüldüğü üzere, bu teorinin kabulü yüklenicinin talepleri açısından dönme ve fesih arasındaki farkı ortadan kaldırmaktadır. Kanun koyucu ise aşağıda da değineceğimiz üzere, sadece dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde dönme yerine fesih imkânının kullanılabilmesi açıkça hükme bağlamıştır.

TBK. m. 480 f. 2'de dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde yüklenicinin sadece fesih hakkını kullanabileceği belirtilmektedir. Fesih durumunda, dönmeden farklı olarak sözleşme geriye değil, ileriye etkili olarak sona erer. Sözleşme ileriye etkili olarak sona erdiğinden, yüklenici fesih anına kadar tamamlamış olduğu işlerin bedelini sözleşmede belirlenmiş bedel üzerinden alabilecektir<sup>72</sup>. Örneğin; tarafların 100.000 TL götürü bedelle anlaşmaları ve yüklenicinin fesih anında işin %30'unu tamamlamış olması halinde, yüklenici sözleşmede işin tamamı için belirlenmiş olan bedelin %30'unu denk gelen 30.000 TL'yi talep edebilir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise yüklenicinin TBK. m. 480 f. 2'deki haklarını kullanması için gerekli şartların oluşması halinde,

<sup>69</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

<sup>70</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 1148.

<sup>71</sup> Serozan, s. 505.

<sup>72</sup> Öğretideki bazı yazarlar sözleşmenin feshine neden olan olağanüstü durumdan iş sahibinin sorumlu olması halinde, yükleniciye inşa etmiş olduğu kısım için ödenecek olan bedelin sözleşmede kararlaştırılardan fazla olabileceği görüşündedir. Bkz. Koller, N. 924. Aksi görüşte bkz. Gauch, N. 1117. Konu aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Bkz. "Olağanüstü Olayın İş Sahibine İsnat Edilebilecek Bir Nedenden Kaynaklanması Durumunda Yüklenicinin Tazminat Talep Hakkı" başlığı.

iş sahibinin TBK. m. 484 hükmü uyarınca yüklenicinin zararlarını tazmin ederek sözleşmeyi feshetmesinin mümkün olup olmadığıdır. TBK. m. 484 uyarınca iş sahibi eserin tamamlanmış olan kısmının bedelini ve sözleşme sonunda yüklenicinin elde edeceği kârı ödeyerek sözleşmeyi her zaman feshedebilmektedir. Ancak TBK. m. 480 f. 2'nin şartlarının gerçekleşmesi durumunda çoğu zaman yüklenicinin kârı ortadan kalkmakta hatta yüklenici zarar eder duruma gelmektedir. Şu hâlde, iş sahibi TBK m. 484 uyarınca sözleşmeyi feshettiğinde, bu fesih yüklenici aleyhine adaletsiz bir durum ortaya çıkarır. Bu nedenle öğretide de belirtildiği gibi TBK. m. 484 kullanımını sınırlandırılması ve yüklenicinin TBK. m. 480 f. 2 hükmü uyarınca mahkemeye başvurduğu durumlarda, iş sahibinin TBK. m. 484'e dayanarak sözleşmeyi feshedemeyeceğinin kabulü bu haksız durumu ortadan kaldıracaktır<sup>73</sup>. Hatta biz yüklenici mahkemeye daha başvurmamış olsa dahi uyarılama için gerekli şartların oluşması ve bu hususun iş sahibine bildirmesi halinde artık iş sahibinin TBK. m. 484'e başvurmasının mümkün olmaması gerektiği görüşündeyiz. Zira aksi durumunda somut olayların hemen hemen hepsinde iş sahibinin tam tazminatla feshi hakkını kullanması, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilecektir.

### **C. Olağanüstü Olayın İş Sahibine İsnat Edilebilecek Bir Nedenen Kaynaklanması Durumunda Yüklenicinin Tazminat Talebi**

Yüklenicinin TBK. m. 480 f. 2'den doğan haklarını kullanabilmesi için ifayı güçleştiren olağanüstü durumun kendi kusurundan kaynaklanmaması gerektiğine yukarıda değinmiştik. Olağanüstü olayın iş sahibinin kusurundan kaynaklanması durumunda ise yüklenicinin TBK. m. 480 f. 2 hükmüne başvurabileceğine kuşku yoktur. Tartışmalı olan nokta, olağanüstü durumun iş sahibinden kaynaklanması ihtimalinde sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse ve yüklenici bu nedenle dönme / fesih hakkını kullanarak sözleşmesi sona erdiriyorsa, yüklenicinin meydana gelen kazanç kaybını iş sahibinden talep edilip edilmeyeceğidir.

TBK m. 480 f. 2 uyarınca sözleşmeden dönülmesi halinde yüklenici sadece yapmış olduğu masrafları sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda talep edebilirken, fesih halinde de sadece fesih tarihine kadar ese-

---

<sup>73</sup> Öz, s. 74. Somut olayda iş sahibinin TBK. m. 484'e başvurmasının nedeni sadece sözleşmenin uyarlanması engellemek ve yükleniciye zarar vermek ise bu durumun hakkın kötüye kullanılması oluşturacağı ve iş sahibinin fesih hakkını kullanamayacağı yönünde bkz. Kurşat, s. 242.

rin tamamlamış olduğu kısmına ilişkin bedele hak kazanmaktadır. Yüklenici, inşaatı tamamlamış olması durumunda elde edebileceği kârdan ise mahrum kalmaktadır. Kanun koyucu götürü bedelin uyarlanmasına ilişkin düzenlemede tazminata ilişkin herhangi bir hususa yer vermeyerek sessiz kalmıştır. Ancak bu durum söz konusu hüküm uyarınca sözleşmeden dönülmesi durumunda tazminata yer olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır<sup>74</sup>. Bu nedenle biz olağanüstü durumun iş sahibine yüklenebildiği hallerde TBK. m. 480 f. 2 hükmü her ne kadar hukuki açıdan gerçek bir imkânsızlığı değil, sadece mali bir imkânsızlığı düzenlemekteyse de TBK.'nın eser sözleşmelerinde ifanın iş sahibi nedeniyle imkânsız olması halini düzenleyen 485. maddesinin kıyasen burada da uygulanabileceği düşüncesindeyiz<sup>75</sup>. İlgili madde uyarınca ifanın iş sahibinin kusuru ile imkânsızlaşması halinde yüklenici tüm kazanç kaybını iş sahibinden talep edebilmektedir. Şu hâlde; TBK. m. 480 f. 2 uyarınca sözleşmenin sona erdirildiği hallerde de iş sahibinin olağanüstü olaya kusuru ile neden olması durumunda TBK. m. 485'in kıyasen uygulanması sonucu yüklenicinin kazanç kaybının tamamını iş sahibinden talep edebileceğinin kabulü yerinde olacaktır<sup>76</sup>.

## SONUÇ

Çalışmamızda eser sözleşmelerinde götürü bedel kavramını inceledik. Götürü bedel tarafların önceden ve kesin olarak iş sahibinin ödeyeceği bedeli belirledikleri durumlarda söz konusu olmaktadır. Taraflar ödenecek olan bedeli tek ve sabit bir miktar olarak belirleyebilecekleri gibi, sözleşmeyi oluşturan birimler için kesin fiyatlar belirleyerek, eser için ödenecek toplam ücreti bu birim fiyatlar üzerinde de tespit edebilirler. Götürü bedelde kural bedelin sonradan değişmemesidir. Ancak tarafların bazı şartların gerçekleşmesi ve bunun maliyetleri artırması veya azaltılması durumunda, bunun götürü bedele de yansıtılacağı konusunda anlaşabilmeleri

<sup>74</sup> Gauch, N. 1118; Bühler, Art. 373, N. 45.

<sup>75</sup> Götürü bedel üzerinden kurulmuş olan sözleşmelerde iş sahibinin maliyet artışına sebep olması durumunda, bu artışın iş sahibi tarafından karşılanması gerektiği, İBK. m. 376 f. 3 ve 378 f. 2'nin (TBK. karşılığı m. 483 f. 2 ve 485 f. 2) burada kıyasen uygulanacağı görüşünde bkz. Koller, N. 893.

<sup>76</sup> Bu durumda yüklenicinin ancak olumsuz zararını talep edebileceği görüşünde bkz. Gauch, N. 1118; Ergüne, s. 322. Yüklenicinin TBK. m. 482 f. 2'nin kıyasen uygulanması sonucu hakkaniyete uygun bir tazminat talep edebileceği görüşünde bkz. Kurşat, s. 260.

mümkündür. Öğretide bu bedel türü değişken götürü bedel olarak adlandırılmaktadır. Ancak burada da bedelin götürü bedel olarak kabul edilebilmesi için miktarda gerçekleşmesi muhtemel olan artış veya azalışın kesin ve önceden belirlenmiş olması gerekir.

Götürü bedelli eser sözleşmelerinde risk daha çok yüklenicinin üzerinde olmasına rağmen, kanun koyucu bazı durumlarda yükleniciyi korumuştur. TBK. m. 480 f. 2 uyarınca tarafların öngöremedikleri veya taraflarca öngörülmesinde rağmen göz ardı edilen olağanüstü bir durumun ortaya çıkması ve bunun yüklenicinin borcunu ifasını imkânsız hale getirmesi durumunda, yüklenici sözleşmenin uyarlanmasını hâkimden talep edebilecek, bunun mümkün olmaması halinde sözleşmeden dönebilecektir. Belirtmelidir ki fiili ve hukuki manada bir imkânsızlık değil sadece mali açıdan bir imkânsızlık durumunda TBK. m. 480 f. 2 uygulama alanı bulacaktır. Meydana gelen olağanüstü durumun öngörülebilir olup olmadığı objektif bir bakış açısı ile tespit edilecek, hatta öğretideki bir görüş uyarınca, yüklenicinin fazladan bilgi ve deneyim sahibi olması da olayın öngörülebilirliği tespit edilirken hesaba katılacaktır. Madde metni her ne kadar taraflarca öngörülemeyen bir durumdan bahsetse de burada hak kazanacak olan kişi yüklenici olduğundan, sadece yüklenicinin öngöremediği hallerde de TBK. m. 480 f. 2 hükmüne başvurulabilecektir.

Yüklenici TBK. m. 480 f. 2'den doğan sözleşmenin uyarlanması hakkını ancak mahkemeye başvurarak kullanabilecekken, mahkemenin sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığına ilişkin karar vermesinde, sözleşmeden dönme hakkını tek taraflı irade beyanıyla kullanabilir. Kanun hâkime sözleşmenin uyarlanması yetkisi verdiği için, hâkimin bedelin artırılmasının yanında farklı şekillerde sözleşmeye müdahale edebilmesi mümkündür.

Yüklenicinin uyarlama talebiyle mahkemeye başvurduğu hatta mahkemeye başvurulmasa dahi uyarlamaya ilişkin şartların oluştuğu ve bu durumun iş sahibine bildirildiği hallerde, iş sahibi artık TBK. m. 484'den doğan tam tazminat karşılığı fesih hakkını kullanamayacaktır. Zira, aksinin kabulü yüklenici açısından hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına neden olur.

Uyarlamanın mümkün olmaması nedeniyle yüklenicinin sözleşmeden dönmesi durumunda, o zamana kadar tamamlamış olduğu iş için yapmış olduğu masrafları sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iş sahibinden

talep edebilecek, iş sahibinden herhangi bir şey aldıysa onu da iade edecektir. Yüklenici dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde sözleşmeden dönme değil, sadece fesih hakkını kullanabilecektir. İfayı imkânsız hale getiren olağanüstü durumun iş sahibinden kaynaklanması ve yüklenicinin dönme / fesih hakkını kullanarak sözleşmesi sona erdirmesi durumunda ise TBK. m. 485' kiyasen uygulama alanı bulacak ve yüklenici mahrum kaldığı kazanç kaybını iş sahibinden talep edebilecektir.

### ZUSAMMENFASSUNG

*Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dem Begriff des Pauschalbetrags in Werkverträgen. Hiervon ist dann auszugehen, wenn die Parteien die Höhe des Werklohnes zum Voraus und genau bestimmen. Die Parteien können den zu bezahlenden Betrag sowohl als vollends und fest als auch als feste Einheitspreise für einzelne Teilleistungen bestimmen, wovon dann der Gesamtpreis für das gesamte Werk angerechnet wird. Beim Pauschalbetrag darf der Betrag in der Regel später nicht mehr geändert werden. Doch steht den Parteien die Möglichkeit zu, sich darüber zu einigen, dass der Pauschalbetrag durch die Existenz mancher Bedingungen, die die Vertragskosten erhöhen oder senken, geändert werden kann. In der Lehre wird diese Art eines solchen Betrags als global / variabler Pauschalbetrag bezeichnet. Aber damit auch hier dieser Betrag als Pauschalbetrag akzeptiert wird, sollen mögliche Betragserhöhungen oder Erniedrigungen zum Voraus und fest bestimmt werden.*

*Obwohl bei den Werkverträgen mit Pauschalbetrag das Risiko mehr an der Seite des Unternehmers liegt, hat der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen den Unternehmer in Schutz genommen. Nach Art. 480 Abs. II des türkischen Obligationengesetzes darf der Unternehmer von dem Richter die Anpassung des Vertrags oder wenn dies nicht möglich ist, den Rücktritt aus dem Vertrag erfordern, wenn eine außergewöhnliche Situation der Fall ist, die die Parteien nicht voraussehen können oder aber eine Situation eintritt, die von den Parteien zwar vorausgesehen, jedoch ignoriert wurde, was es dem Unternehmer unmöglich macht, seine Pflicht zu erfüllen. Es muss klargestellt werden, dass der Art. 480 Abs. II des türkischen Obligationengesetzes nicht bei der rechtlichen und objektiven Unmöglichkeit, sondern nur bei der wirtschaftlichen Unmöglichkeit Anwendung findet. Ob die geschehene außergewöhnliche Situation voraussehbar ist, wird durch eine objektive Betrachtungsweise bestimmt. Es sind in der Literatur sogar Meinungen vorhanden, wonach für die Bestimmung der Voraussehbarkeit berücksichtigt werden muss, dass der Unternehmer in seinem Gebiet ausnahmsweise mehr informiert und sachkundig ist. Obwohl es sich in dem Artikel von einer nicht voraussehbaren Situation handelt, findet der Art. 480 Abs. II des türkischen Obligationengesetzes Anwendung, wenn diese Situation auch nur vom Unternehmer nicht vorausgesehen wird, weil es hier um die Rechte der Unternehmer geht.*

*Während der Unternehmer sein Recht auf die Anpassung des Vertrags nur durch die Anrufung des Gerichts ausüben kann, kann er sein Rücktrittsrecht „nur“ durch eine einseitige Willenserklärung ausüben, wenn das Gericht entscheidet, dass die Vertragsanpassung nicht möglich ist. Da das Gesetz den Richter für die Anpassung des Vertrags*



ermächtigt, kann der Richter neben der Betragserhöhung andere Arten von Eingriffen in den Vertrag durchführen.

*Wenn der Unternehmer durch die Anrufung des Gerichts einen Vertragsanpassungsanspruch geltend gemacht hat, oder das Gericht noch nicht angerufen wurde aber die Bedingungen der Vertragsanpassung schon eingetreten sind, darf der Besteller sein Kündigungsrecht gegen die Bezahlung vollen Ersatzes laut Art. 484 des türkischen Obligationengesetzes nicht mehr ausüben. Denn die Akzeptanz des Gegenteils führt zu unbilligen Ergebnissen für den Unternehmer.*

*Im Fall des Vertragsrücktritts aufgrund der Unmöglichkeit der Vertragsanpassung, darf der Unternehmer von dem Besteller einen Anspruch auf Erstattung seiner Kosten nach den Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung machen, die er für die bis dahin erledigte Arbeit gemacht hat und soll der Unternehmer es auch dem Besteller zurückgeben, wenn er etwas von ihm erhalten hat. Wenn es nach dem Grundsatz von Treu und Glauben rechtfertigt ist, ist der Unternehmer nicht berechtigt aus dem Vertrag zurückzutreten. Er ist vielmehr darauf beschränkt, sein Kündigungsrecht zu nutzen. Wenn die außergewöhnliche Situation, die die Leistungserfüllung unmöglich macht, von dem Besteller verursacht wird und der Unternehmer durch Ausübung seines Rücktritts-/Kündigungsrechts den Vertrag beendet, findet Art. 485 analog Anwendung und der Unternehmer kann sein Gewinnausfall von dem Besteller fordern.*

### KISALTMALAR

Art.	Artikel.
BGE.	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts.
bkz.	Bakınız.
dn.	Dipnot.
E.	Esas.
f.	Fıkra.
HD.	Hukuk Dairesi.
HGK.	Hukuk Genel Kurulu.
İBK.	İsviçre Borçlar Kanunu.
K.	Karar.
m.	Madde.
N.	Numara.
OR.	Obligationenrecht (Schweiz)
s.	Sayfa.
T.	Tarih
TBK.	Türk Borçlar Kanunu.
TL.	Türk Lirası.

- TMK. Türk Medeni Kanunu.  
Yarg. Yargıtay.  
HG. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.

### KAYNAKÇA

- ACAR Faruk, *İstanbul Şerhi / Türk Borçlar Kanunu 6. Cilt*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- ARAL Fahrettin / AYRANCI, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- BAYGIN Cem, *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükmeler*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999.
- BAYSAL Başak, *Sözleşmenin Uyarlanması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- BUZ Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.
- BÜHLER Theodor, *Zürcher Kommentar Art. 363-379 OR*, 1998.
- BÜYÜKAY Yusuf, *Eser Sözleşmesi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 24. Baskı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler 7. Baskı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- ERGÜNE Serkan, "Eser Sözleşmesinde Götürü Bedele Bağlanan Sonuçların 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından İncelenmesi", *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2015.
- ERMAN Hasan, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul, Der Yayınları, 2010.
- ERMAN Hasan, *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Hal*, İstanbul, 1979.
- GAUCH Peter, *Der Werkvertrag, Schulthess Polygraphischer Verlag*, Zürich, 2011.
- GAUTSCHİ Georg, *Berner Kommentar (Art. 363-379 OR)*, 1967.
- GÖKYAYLA K. Emre, *Türk Hukukunda İnşaat Sözleşmelerinde Ek İş ve Sonuçları, İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- GÖNEN Doruk, *İnşaat Sözleşmesinde Bedel*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- GÖNEN Doruk, *İnşaat Sözleşmelerinin Uyarlanmasına İlişkin Sorunlar, İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler 2. Cilt*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- GÜRSOY Kemal, *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus*, Ankara, 1950.
- HUGUENİN Claire, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, Schulthess, 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000.

- KOLLER Alfred, *Schweizerisches Werkvertragsrecht*, Dike Verlag AG, 2015.
- KURŞAT Zekeriya, *İnşaat Sözleşmesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- ÖZ Turgut, *İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- ÖZ Turgut, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989.
- SCHMİD Jörg / STÖCKLİ Hubert / KRAUSKOPF Frédéric, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, Schulthess, 2016.
- SELİÇİ Özer, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.
- SEROZAN Rona, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- TANDOĞAN Halûk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- TANDOĞAN Halûk, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- TUNÇOMAĞ Kenan, *Türk Borçlar Hukuku II. Cilt / Özel Borç İlişkileri*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977.
- YAVUZ Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Beta, 2014.
- ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul, Turhan Kitabevi, 2018
- ZİNDEL Graudenz G. / PULVER Urs Pulver / SCHOTT Bertrand G., *Basler Kommentar OR I*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015.

**EUGH- URTEIL VOM 19. 12. 2013 – C-209/12: IMPULS FÜR DIE  
FORTBILDUNG UND DEN AUSBAU DER GESETZLICHEN  
MAßNAHMEN ZUM SCHUTZ DER TÜRKISCHEN  
VERSICHERUNGSNEHMER?**

**ABAD’IN 19.12.2013 TARİH VE C-209/12 SAYILI KARARI:  
TÜRK SİGORTALILARI KORUYUCU KANUNİ  
DÜZENLEMELERİN GELİŞTİRİLMESİ VE  
GENİŞLETİLMESİNE YÖNELİK BİR TEŞVİK Mİ?**

Doç. Dr. Necat AZARKAN\*/ Doç. Dr. Tolga CANDAN\*\*

**ÖZ**

*Sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğü 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1423. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca sigortacı ve acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür. Kanun koyucu maddenin devamında ise sigortacının bu yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, sigorta ettirene sözleşmeden cayma hakkı tanımış ancak bu hakkın kullanımını 14 günlük süreye tabi tutmuştur. Ancak, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) 19.12.2013 tarih ve C-209/12 sayılı kararı ile sigortacı tarafından, sigorta ettirene sözleşme görüşmeleri çerçevesinde “cayma hakkının kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin olarak” eksik bilgi verilmesi veya hiç bilgi verilmemesi durumunda, sigorta ettirenin sözleşmeden sonradan ve herhangi bir süreyle sınırlandırılmaksızın cayabileceğini kabul etmiştir. Çalışmamızda Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın büyük tartışmalar yaratan bu kararı irdelenecek ve Türk Sigorta Hukukuna olası etkileri üzerinde durulacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Sigorta, Sözleşme, Cayma Hakkı, Aydınlatma Yükümlülüğü, Avrupa Birliği Adalet Divanı*

\* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. (necatazarcan@gmail.com). ORCID: 0000-0002-0674-0726.

\*\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. (candan@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-0666-3027.

**JUDGMENT IN CASE C-236/9 OF THE EUROPEAN UNION  
COURT OF JUSTICE DATED 19.12.2013: IMPULSE FOR THE  
CONTINUATION AND EXTENSION OF LEGAL MEASURES  
FOR THE PROTECTION OF TURKISH INSURERS?**

**ABSTRACT**

*The insurer's obligation to inform before the contract is regulated by Turkish Commercial Code Article no. 1423. Pursuant to this article, the insurer and its agent shall be obliged to inform the insured all the relevant information regarding the insurance contract, the rights of the insured, the provisions that the insured should pay special attention to, and the notification obligations related to the developments, in writing before the establishment of the insurance contract. In the event that the insurer violates this obligation, the legislation grants the right to withdraw from the contract to the insured, but subjects the use of this right to a duration of 14 days. However, according to the decision of the Court of Justice of the European Union dated 19.12.2013 and numbered C-209/12, the insured may withdraw after the contract without any limitation on duration, if the insured is provided with incomplete or no information by the insurer within the framework of the contract negotiations regarding "the conditions, duration and procedure of exercising the right of withdrawal". In this study, the highly controversial decision of the Court of Justice of the European Union will be examined and possible effects on Turkish Insurance Law will be discussed.*

**Keywords:** *Insurance, Contract, Right of Withdrawal, Obligation to Inform, Court of Justice of the European Union*

**EINLEITUNG**

In seinem Urteil vom 19.12.2013, C-209/12 (Endress gegen Allianz Lebensversicherungs-AG) hat der Europäische Gerichtshof eine Rechtsfrage bezüglich des in der Türkei geltenden Policen-Modells<sup>1</sup> für Versi-

---

<sup>1</sup> *In der Versicherungspraxis können Versicherungsverträge im Wege des "Antragsmodells" oder des "Policenmodells" abgeschlossen werden. Beim Antragsmodell werden die vertragsbezogenen Versicherungsbedingungen und Verbraucherinformationen dem Kunden mit den Antragsunterlagen zur Verfügung gestellt. Die Information über die Vertragsinhalte ist also vor der Antragserklärung des Kunden möglich. Der Kunde erhält die Gelegenheit, sich vor seiner Antragserklärung über die wesentlichen Vertragsmodalitäten zu informieren. Macht der Kunde davon Gebrauch und ist er mit den Vertragsmodalitäten nicht einverstanden, wird er den Antrag erst gar nicht stellen und somit keine vertragliche Bindung eingehen. Vielfach – wenn nicht fast durchgängig – hat*

cherungsverträge behandelt und entschieden, dass eine fehlerhafte Belehrung des Versicherungsnehmers über das Rücktrittsrecht zu einem unbedingtem Rücktrittsrecht führt. Dies hat die Frage eröffnet, ob etwa ein "ewiges Widerrufsrecht" besteht oder ob nach dem Policenmodell geschlossene Versicherungsverträge jedenfalls solche mit unzureichender Widerrufsbelehrung rückabgewickelt werden müssen. Auch wenn die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes lediglich Gerichte der Mitgliedstaaten bindet<sup>2</sup> und die Türkei kein Mitglied der Europäischen Union ist, sind diese Fragen von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung. In diesem Aufsatz wird daher mit Blick auf die gesetzliche Lage in der Türkei der Frage nachgegangen, ob das Fallenlassen des Policenmodells als maßgeblicher Impuls für die Fortbildung und den Ausbau der gesetzlichen Maßnahmen zum Schutz des türkischen Versicherungsnehmer aufzufassen ist.

---

*der Kunde jedoch den Antrag unterschrieben, ohne von der Möglichkeit der Kenntnisnahme Gebrauch zu machen. Beim Policenmodell erhält der Versicherungsnehmer im Gegensatz zum Policenmodell die vertragsbezogenen Versicherungsbedingungen und Verbraucherinformationen zusammen mit der Police. Der Versicherungsvertrag kommt mit den übermittelten Inhalten zustande, wenn der Versicherungsnehmer nicht innerhalb von vierzehn Tagen nach Überlassung der Unterlagen widerspricht. Wenn der Versicherungsnehmer mit den Vertragsmodalitäten nicht einverstanden ist, muss er – anders als beim Antragsmodell – aktiv werden und dem Vertragsschluss widersprechen. Der Unterschied zwischen beiden „Modellen“ liegt darin, dass der Versicherungsnehmer, der mit den AVB und den sonstigen Konditionen nicht zufrieden bzw. einverstanden ist, bei einem Vorgehen des Versicherers nach dem „Antragsmodell“ der vertraglichen Bindung einfach dadurch entgeht, dass er keinen Antrag stellt, während ihm ein Vorgehen nach dem „Policenmodell“ die Last eines Widerspruches aufbürdet, vgl. hierzu Reinhardt Renger, „Stand, Inhalt und Probleme des neuen Versicherungsrechts - Bemerkungen zum Dritten Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der europäischen Gemeinschaften“, *Versicherungsrecht- Juristische Rundschau für die Individualversicherung (VersR)*, 1994, s. 758; Peter Präve, *Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz*, Verlag C. H. Beck, München, 1998, s. 442; Egon Lorenz, „Zu den Informationspflichten des Versicherer und zum Abschluss von Versicherungsverträgen nach neuem Recht“, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (ZVersWiss)*, 1995, s. 108; Jürgen Pröls / (Hrsg.) Anton Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, 30. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2018, § 5a, Rdn. 8; Oskar Sarak, *Der Versicherungsschein - Traditionelle Funktion und zukünftige Perspektiven*, Diss., Universität Tübingen, Stuttgart, 2012, s. 135.*

<sup>2</sup> Für die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren vgl. Ulrich Ehrlicke, *Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht und nach Gemeinschaftsrecht*, Europa-Institut, Saarbrücken 1997, s. 1 ff.

## I. EuGH- Urteil vom 19. 12. 2013 – C-209/12

Das Problem “ewiger Widerrufsrechte” beschäftigt seit Jahren Gerichte und Anwälte. Grund dafür ist das Urteil des Europäischen Gerichtshofes EuGH vom 19.12.2013, C-209/12, mit dem im Rahmen eines durch den deutschen BGH ausgelösten Vorabentscheidungsverfahrens<sup>3</sup> ent-

---

<sup>3</sup> *Dem Vorabentscheidungsverfahren lag ein Rechtsstreit zwischen Herrn Walter Endress und der Allianz Lebensversicherungs AG in Deutschland zugrunde. Dieser hatte bei besagter Versicherungsgesellschaft zum 1.12.1998 einen Rentenversicherungsvertrag abgeschlossen. Der Vertrag sah vor, dass der Kläger dem Versicherer monatlich Versicherungsbeiträge bezahlen sollte, im Gegenzug sollte der Versicherer dem Versicherungsnehmer ab dem 01.12.2011 eine Rente bezahlen. Dieser Vertrag wurde von dem Versicherungsnehmer auch bis zum Jahr 2007 erfüllt. Am 01. Juni 2007 kündigte der Versicherungsnehmer jedoch den Vertrag mit Wirkung zum 01. September 2007 und forderte die Allianz Lebensversicherungs AG auf, ihm sämtliche Prämien samt Zinsen unter Abzug des Rückkaufswertes zurückzuzahlen. Dies tat der Versicherer jedoch nicht, sondern überwies dem Versicherungsnehmer mit dem so genannten Rückkaufswert einen Betrag, der unter dem von dem Versicherungsnehmer geforderten lag. Der Versicherungsnehmer ließ dem Versicherer dann am 31. März 2008 ein Schreiben zukommen, in dem er auf § 5a VVG (Versicherungsvertragsgesetz) Bezug nahm und im Hinblick auf den im Jahr 1998 abgeschlossenen Versicherungsvertrag von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machte. Demgegenüber beharrte der Versicherer darauf, dass sein Widerspruch weit nach Ablauf der Jahresfrist und damit viel zu spät erfolgt sei. Zu einer Auszahlung der gesamten Prämien zzgl. Zinsen sah sich die Allianz-Lebensversicherungs AG daher nicht veranlasst. Der Versicherungsnehmer bemühte die deutschen Gerichte und wollte sich mit dem Rückkaufswert der Versicherung nicht zufrieden geben. Er wollte den vollen Betrag nebst Zinsen von der Allianz. Landgericht und Oberlandesgericht gaben der Allianz in erster und zweiter Instanz noch Recht und wiesen die vom Versicherungsnehmer erhobene Klage ab. Der Bundesgerichtshof als Revisionsinstanz hatte aber Bedenken und zog in Erwägung, dass die in § 5a VVG a.F. vorgesehene Maximalfrist von einem Jahr nach Zahlung der ersten Versicherungsprämie gegen europarechtliche Bestimmungen verstoßen könnte. Dogmatisch hat der Bundesgerichtshof dies damit begründet, dass der frühere § 5a des VVG europäische Richtlinien umsetzen sollte, in den Richtlinien aber gerade für den Bereich der Lebens- und Rentenversicherung und der Zusatzversicherungen zur Lebensversicherung zeitliche Begrenzungen nicht vorgesehen sind. Insofern komme es darauf an, ob Art. 15 Abs. 1 Satz 1 der Zweiten Richtlinie Lebensversicherung dahin auszulegen ist, dass er einer zeitlichen Beschränkung des Widerspruchsrechts entgegensteht. Unter diesen Umständen hat das vorlegende Gericht das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt: Ist Art. 15 Abs. 1 Satz 1 der Zweiten Richtlinie Lebensversicherung unter Berücksichtigung des Art. 31 Abs. 1 der Dritten Richtlinie Lebensversicherung dahin auszulegen, dass er einer Regelung – wie § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG in seiner auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens anwendbaren Fassung – entgegensteht, nach der ein Rücktritts- oder Widerspruchsrecht spätestens ein Jahr*

den wurde, dass das Rücktrittsrecht in der Lebensversicherung nicht erlischt, wenn der Versicherungsnehmer über dieses Recht nicht oder nicht richtig belehrt worden ist. Laut EuGH sehe das EU-Recht vor, dass ein Kunde 14 bis 30 Tage nach Abschluss eines Vertrages zurücktreten kann. Voraussetzung sei, dass die Versicherung den Kunden über dieses Recht genau informiert habe. Doch die alte deutsche Regelung<sup>4</sup> verstieß nach Ansicht des EuGH in diesem Punkt gegen EU-Recht (Art. 15 Abs. 1 der Zweiten Richtlinie Lebensversicherung i.V.m. Art. 31 der Dritten Richtlinie-Lebensversicherung). So verlor der Versicherungsnehmer im Rahmen des § 5a Abs. 2 VVG a. F. sein Rücktrittsrecht spätestens ein Jahr nach Zahlung der ersten Versicherungsprämie - selbst wenn er über dieses Recht nicht aufgeklärt worden war. Die Richter des EuGH argumentierten, dass ein Verbraucher kein Recht zu einem Zeitpunkt verlieren könne, zu dem er es noch gar nicht kannte. Wenn ein Verbraucher im konkreten Fall nachweislich nicht über sein Widerrufsrecht belehrt worden sei, er es also nicht kenne, müsse er dieses auch unabhängig von einer zeitlichen Befristung später noch ausüben dürfen. Der Verbraucher, so das Gericht, sei insofern schutzbedürftig.<sup>5</sup>

---

*nach Zahlung der ersten Versicherungsprämie erlischt, selbst wenn der Versicherungsnehmer nicht über das Recht zum Rücktritt oder Widerspruch belehrt worden ist.*

<sup>4</sup> § 5a Abs. 1 Satz 1 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG), der seit dem 01.01.2008 nicht mehr in Kraft ist, aber gleichwohl für einen im Jahr 1998 abgeschlossenen Versicherungsvertrag gilt, regelte nämlich die näheren Umstände des 14-tägigen Widerspruchsrechts des Versicherungsnehmers bei Abschluss eines Versicherungsvertrages. *Bis zum Ablauf dieser Frist war der Vertrag schwebend unwirksam.* Zunächst einmal sollte der Versicherungsnehmer sein Widerspruchsrecht nur 14 Tage nach Vorliegen des maßgeblichen Versicherungsscheins, der Versicherungsbedingungen und der weiteren für den Vertragsinhalt maßgeblichen Verbraucherinformation ausüben können. § 5a Abs. 2 VVG a.F. schrieb weiter vor, dass die 14-tägige Widerspruchsfrist zugunsten des Versicherungsnehmers nur dann zu laufen beginnt, wenn dem Versicherungsnehmer der Versicherungsschein und alle weiteren nach § 5a Abs. 1 VVG a.F. erforderlichen Unterlagen vorliegen und der Versicherungsnehmer vom Versicherungsunternehmen bei Aushändigung des Versicherungsscheins schriftlich, in drucktechnisch deutlicher Form über das Widerspruchsrecht, den Fristbeginn und über die Dauer der Frist belehrt worden ist. Weiter enthielt der inzwischen außer Kraft gesetzte § 5a Abs. 2 VVG a.F. eine Regelung, wonach „das Recht (des Versicherungsnehmers) zum Widerspruch jedoch ein Jahr nach Zahlung der ersten Prämie“ erlischt; die alte Fassung des VVG ist abrufbar unter <https://dejure.org/gesetze/0VVG311207/5a.html> (22.03.2019).

<sup>5</sup> Urteil des EuGH vom 19. 12. 2013 – C-209/12, abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=145909&pageIndex=0&doclang=de&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=609188> (22.03.2019).



## II. Vereinbarkeit des EuGH-Urteils mit türkischem Versicherungsrecht

Das türkische Versicherungsrecht ist nicht Gegenstand eines eigenständigen Versicherungsvertragsgesetzes<sup>6</sup>. Die Vorschriften über das Versicherungsrecht befinden sich im Fünften Buch des türkischen Handelsgesetzes (THG)<sup>7</sup>. In Artikel 1401 THG wird der Begriff des Versicherungsvertrages näher definiert. Danach ist ein Versicherungsvertrag<sup>8</sup> eine Vereinbarung, nach der der Versicherer bei Eintritt eines Versicherungsfalls dem Versicherungsnehmer eine in Geld zu bemessende Entschädigung auszahlen muss. Im Gegenzug zu dieser Leistungsverpflichtung des Versicherers entrichtet der Versicherungsnehmer in regelmäßigen Abständen die Versicherungsprämie an den Versicherer. Demnach ist der Versicherungsvertrag seiner Rechtsnatur nach ein normaler schuldrechtlicher Vertrag.<sup>9</sup> Er kommt deshalb auch nach den dafür geltenden Regeln des allgemeinen Schuldrechts zustande.<sup>10</sup> Dazu bedarf es nach dem Türkischen Obligationengesetz (TOG) zwei übereinstimmender Willenserklärungen, meist Antrag und Annahme genannt (§ 1 TOG). Der Antrag wird dabei in

---

<sup>6</sup> In der Türkei besteht kein einheitliches kodifiziertes Versicherungsrecht; stattdessen sind die gesetzlichen Bestimmungen für die verschiedenen Versicherungsformen in diversen Gesetzen enthalten. Im Wesentlichen finden sich die versicherungsrechtlichen Bestimmungen im Handelsgesetz. Hinzu kommen noch eine Reihe von Einzelgesetzen, die spezielle Vorschriften für besondere Versicherungsformen enthalten, wie z.B. für die Versicherung für gewerbliche Personenbeförderung, die im Strassenverkehrsgesetz Nr. 2918 geregelt ist.

<sup>7</sup> Das neue Türkische Handelsgesetz (THG) Nr. 6102 ist formell zwar ein neues Gesetz, sachlich aber, zumindest was das Versicherungsrecht betrifft, nur ein erneuertes Gesetz. Denn der größte Teil der versicherungsrechtlichen Vorschriften des Handelsgesetz von 1956 ist unverändert neue Handelsgesetz aufgenommen worden. Man beschränkte sich bewusst darauf, wie der Begründung des Regierungsentwurfs zu entnehmen ist, lediglich diejenigen Vorschriften zu ändern, die nach der Praxis der letzten Jahre änderungsbedürftig erschienen, um einige Lücken auszufüllen.

<sup>8</sup> Der Versicherungsvertrag ist grundsätzlich an keine besondere Form gebunden, soweit das Gesetz nicht ausnahmsweise etwas anderes vorschreibt (Art. 11 Abs. 1 TOG).

<sup>9</sup> Zur Rechtsnatur des Versicherungsvertrags vgl. Rayegân Kender, *Privatversicherungsrecht in der Türkei (Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku)*, 16. Auflage, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 163 f.; Ali Bozer, *Versicherungsrecht - Allgemeine Bestimmungen (Sigorta Hukuku – Genel Hükümler)*, 2. Auflage, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2009, s. 114.

<sup>10</sup> Samim Ünan, *Kommentar zum Türkischen Handelsgesetz – 6. Buch – Versicherungsrecht (Türk Ticaret Kanunu Şerhi – 6. Kitap – Sigorta Hukuku)*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 11.

der Regel vom zukünftigen Versicherungsnehmer auf einem entsprechenden Vordruck gestellt<sup>11</sup>. Die Annahme erfolgt meist durch Ausfertigung und Zustellung des Versicherungsscheines von Seiten des Versicherers. Wird ein Versicherungsschein ausgestellt, so ist er in der Regel und in erster Linie eine Urkunde, die einen zustandegekommenen Versicherungsvertrag beweist. Der Versicherer ist zwar nach § 1424 THG verpflichtet, einen Versicherungsschein (meist Police genannt) auszufertigen<sup>12</sup> und dem Versicherungsnehmer zur Verfügung zu stellen; das wirksame Zustandekommen des Vertrages hängt jedoch davon nicht ab. Denn aus der Formulierung in § 1424 THG, laut dem der Versicherer eine Urkunde über den Versicherungsvertrag auszustellen hat, ergibt sich, dass das Gesetz davon ausgeht, dass rechtlich bereits ein Vertrag besteht, wenn die Versicherungsurkunde ausgestellt wird.<sup>13</sup> Die Ausstellung des Versicherungsscheines ist somit nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Versicherungsvertrages, sondern umgekehrt, aus seiner rechtlichen Existenz kann der

---

<sup>11</sup> In allen Rechtsordnungen - wie auch in der türkischen - stellt sich bei Willenserklärungen gegenüber einem großen Personenkreis die Frage, ob es sich dabei um ein Angebot oder nur um eine der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots handelt. Die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots ist im türkischen Recht eine rechtlich nicht verpflichtende Handlung zum Abschluss eines Vertrags. Entscheidend ist dabei der anhand von Indizien zu ermittelnde Rechtsbindungswille des Erklärenden. Will der Erklärende den Erklärungsempfängern ermöglichen, durch Annahme bereits einen Vertrag zu schließen oder will er sie nur auffordern, ihrerseits Angebote abzugeben, deren Annahme ihm dann freisteht? Das türkische Recht kennt diese Differenzierung als solche, typisiert sie jedoch nach bestimmten Fällen durch Auslegungsvermutungen abweichend. In der Regel muss zuerst ein Angebot vorliegen, welches die Erklärung des Anbietenden inhaltlich hinreichend bestimmt. Dafür reicht es jedoch aus, dass die für den jeweiligen Vertragstyp wesentlichen Elemente enthalten sind. Dies betrifft insbesondere Vertragsgegenstand und Gegenleistung. Danach kommt der Vertrag im Ergebnis zustande, auch wenn sich die Parteien nicht über jeden Punkt geeinigt haben, sofern es sich hierbei um einen unwesentlichen Punkt handelt, vgl. Işıl Ulaş, *Angewandtes Schadensversicherungsrecht (Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku)*, 8. Auflage, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 59 f.

<sup>12</sup> In der türkischen Versicherungspolice werden zu diesem Zweck nachfolgende Daten gemäß den Bestimmungen des Artikel 1425 des türkischen Handelsgesetzes festgehalten: 1. Der Name und Vorname des Antragstellers, 2. bei einer Körperschaft: Sitz bzw. Aufenthalt der Gesellschaft, 3. die Prämienhöhe sowie die Zahlungsmodalitäten, 4. das Risiko, welchem sich der Versicherer unterwirft, bzw. der Gegenstand des Versicherungsvertrages, 5. das Datum der Ausstellung des Versicherungsscheines, welches von dem Datum des Beginns des Versicherungsschutzes divergieren kann.

<sup>13</sup> Vgl. Urteil des Türkischen Obersten Gerichtshofs Yargıtay, 11. HD., 19.11.1988, E. 1987/5441, K.1988/95.

Versicherungsnehmer das Recht ableiten, dass dieser ihm auch schriftlich dokumentiert wird<sup>14</sup>. Rechtlich gesehen macht der zukünftige Versicherungsnehmer durch seinen Antrag dem Versicherer das Angebot, bei ihm einen Versicherungsvertrag abschließen zu wollen.

Nach Art. 1423 Abs. 1 THG sind dem Versicherungsnehmer vor Abschluss des Versicherungsvertrags Angaben zu Einzelheiten des Versicherungsvertrags (insbesondere zum Versicherer, zur angebotenen Leistung und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen sowie zum Bestehen eines Widerrufsrechts hinsichtlich der Umstände, auf die der Versicherungsnehmer besonders achten muss) mitzuteilen. Die Mitteilungen sind in schriftlicher Weise zu übermitteln. Hat der Versicherer dem Versicherungsnehmer bei Antragstellung die Versicherungsbedingungen nicht übergeben oder eine Verbraucherinformation nach Art. 11 Abs. 3 der Belehrungsverordnung zu Versicherungsverträgen (Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik) unterlassen, so gilt der Vertrag auf der Grundlage des Versicherungsscheins, der Versicherungsbedingungen und der weiteren für den Vertragsinhalt maßgeblichen Verbraucherinformation als abgeschlossen, wenn der Versicherungsnehmer nicht innerhalb von vierzehn Tagen nach Überlassung der Unterlagen in Textform widerspricht (Art. 1423 Abs. 2 THG). Allerdings läßt das Gesetz offen, was geschieht, wenn der Versicherer den Versicherungsnehmer überhaupt nicht oder nicht ordnungsgemäß über das Widerspruchsrecht belehrt hat. Betrachtet man nun die Tatsache, dass der Rücktritt infolge mangelhafter Widerspruchsbelehrung durch den Versicherer in einer Mehrzahl der Fälle dem Versicherungsnehmer finanzielle Vorteile bringen kann, da nicht selten die Höhe des Rückkaufswertes der Versicherungsverträge nicht einmal die Höhe der einbezahlten Prämien erreicht, so stellt sich die Frage, ob ein Versicherungsnehmer auch nach vielen Jahren den Versicherungsvertrag noch widerrufen kann, ihm also gewissermaßen ein "ewiges Widerrufsrecht"<sup>15</sup> zusteht, oder ob der Versicherungsnehmer sein Widerrufsrecht nach Treu und Glauben (Art. 2 des türkischen Zivilgesetzes) verwirkt hat, weil der Versicherer darauf vertrauen durfte, dass der Vertrag Bestand hat und in diesem Vertrauen Leistungen erbracht wurden, die sich aus dem Versicherungsvertrag ergeben.

---

<sup>14</sup> Haydar Arseven, *Versicherungsrecht (Sigorta Hukuku)*, Beta Basım Yayım, İstanbul 1987, s. 114.

<sup>15</sup> Haydar Arseven, *Versicherungsrecht (Sigorta Hukuku)*, Beta Basım Yayım, İstanbul 1987, s. 114.

Zunächst ist klarzustellen, dass die türkische Rechtslage den für den streitgegenständlichen Zeitraum maßgeblichen Bestimmungen der Art. 15 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 90/619/EWG des Rates vom 08.11.1990 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie zur Änderung der Richtlinie 79/267/EWG und Art. 31 Abs. 1 der Richtlinie 92/96/EWG vom 10.11.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 79/267/EWG und 90/619/EWG und den inhaltsgleichen Bestimmungen der Art. 35 Abs. 1, 36 Abs. 1 der späteren Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.11.2002 über Lebensversicherungen genügt, weil besagte Vorschriften nach wie vor keine Regelungen zur Frage enthalten, welche Rechtsfolgen eine fehlende oder fehlerhafte Belehrung über das Widerspruchsrecht haben soll.

Das türkische Handelsgesetz (THG) gibt vor, dass der Versicherungsnehmer nach Mitteilung über das Zustandekommen des Vertrages 14 Tage Zeit hat, um vom Vertrag ohne Angabe eines Grundes zurückzutreten. Das Gesetz verlangt ferner, dass der Versicherer den potentiellen Versicherungsnehmer vor Vertragsabschluss über den Inhalt des Vertrages informiert. Dabei stellt sich die Frage, die für türkische Versicherungsnehmer von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung ist, ob das in der Türkei geltende „Policen-Modell“, bei dem viele Informationen erst nach Vertragsschluss übermittelt werden, in Bezug auf den Vertragsschluss mit den unionrechtlichen Vorgaben vereinbar ist. Auch wenn erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit des Policenmodells mit EU-rechtlichen Vorgaben bestehen, beschränkte sich der EuGH in seinem Urteil vielmehr auf die Frage, ob die Ausübung des in Art. 15 Abs. 1 der Zweiten Richtlinie Lebensversicherung geregelten Rücktrittsrechts durch eine nationale Bestimmung wie die im Ausgangsverfahren fragliche auf den Zeitraum von einem Jahr nach Zahlung der ersten Versicherungsprämie begrenzt werden durfte, selbst wenn der Versicherungsnehmer nicht über dieses Recht zum Rücktritt belehrt worden war.

### **Schlussfolgerung**

Auch wenn die Türkei die Mitgliedschaft in der Europäischen Union

als strategisches außenpolitisches Ziel betrachtet und das türkische Rechtssystem zum kontinental-europäischen Rechtssystem gehört, so dass man die Strukturen des türkischen Versicherungsrechts ohne grosse Schwierigkeiten nachvollziehen kann, würden sich aus der Abschaffung des Policenmodells keine unmittelbare Auswirkungen für türkische Versicherungsnehmer ergeben. Nach jahrelanger Vertragsdurchführung kann sich der Versicherungsnehmer schon nach dem Prinzip “Treu und Glauben”, welches ein Bestandteil des türkischen Zivilrechts ist und im Falle des missbräuchlichen Verhaltens im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt werden kann, wegen widersprüchlicher Rechtsausübung nicht auf die Unwirksamkeit des Vertrages berufen und daraus bereicherungsrechtliche Ansprüche ableiten. Denn die Vertragsdurchführung ohne Widerspruch begründet bei dem Versicherer ein für den Versicherungsnehmer erkennbares schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand der Verträge für die Vergangenheit.

### ÖZET

*İnsanlar gündelik hayatlarında çok fazla belirsizlik ve risklerle karşı karşıyadır. Belirli zamanlarda ortaya çıkan belirsizlikler ve ortaya çıkardığı zararların etkisiyle insanların birikimleri yok olmakta ve gelecek yaşamları tehlikeye düşebilmektedir. İşte sigorta, fertlerin hayatta bazı şartlar altında karşılaştıkları, zarar ve masrafa sebep olan olayların ekonomik sonuçlarından kendilerini korumak için önceden tedbir alma ihtiyaçlarından doğmuştur. Çeşitli siyasal, sosyal ve iktisadi yapılanmalara paralel olarak söz konusu ihtiyaç tarihin çeşitli dönemlerinde farklı yöntemler geliştirilerek giderilmeye çalışılmıştır. İnsanlığın ilk dönemlerinde kabile içi yardımlaşma; daha sonra sırayla aile içi yardımlaşma, dini inanç veyahut sosyal dayanışma güdüsüyle bireyler veyahut devlet tarafından sağlanan yardımlar, orta çağda ise meslek kuruluşları tarafından sağlanan yardımlar başvurulan başlıca yöntemler olarak öne çıkmıştır. Ancak özellikle sanayi devrimi ile birlikte, hayat standartları ve kültür seviyesi arttıkça, insanlar ekonomik varlıklarını tehdit eden tehlikeleri daha iyi görmüş ve bunları bertaraf etmek üzere çareler aramış ve en nihayetinde söz konusu risklerin önüne ancak topluluklar halinde yaşayan insanların bir araya gelmesiyle geçebilecekleri bilincine varılmıştır. Zira kişilerin bireysel olarak bu tehlikelerin ekonomik sonuçlarına katlanmaları zor iken, kişi topluluklarının bu risklere katlanmaları çok daha kolay olmaktadır. Dolayısıyla sigorta, ileriye görerek önlem alma ve ortak tehlikelere karşı yardımlaşma düşüncelerinin bir yansımasıdır.*

*Sigorta himayesi hukuki sigorta alanında ancak bir mukavele ile temin edilebilir ve buna “sigorta sözleşmesi” denir. Sigorta sözleşmesi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1401. maddesinde “sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı*

yükümlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Sigorta sözleşmesi, bir tarafta sigorta ettirenin, diğer tarafta sigortacının bulunduğu, iki taraflı, sürekli ve sözleşme taraflarına 6098 sayılı Borçlar Kanununun 97. maddesi anlamında yükümlülükler yükleyen sınıllagmatik bir sözleşme olduğundan, sigorta ettirenin prim ödeme borcu sigortacının üstlenmiş bulunduğu sigorta himayesi sağlama borcunun karşılığıdır. Sigorta sözleşmesine karakterini veren asıl edim yükümlülükleri sigorta ettirenin prim ödeme ve sigortacının rizikoyu himaye etme borcu olmakla birlikte, prim ile himaye altına alınan riziko arasında dengenin sağlanabilmesi için sigortacının tehlikenin doğru biçimde tayin edilmesini mümkün kılacak bilgilere sahip olması gerekli olduğu gibi, sigortacının ve acentesinin de sözleşmenin kurulmasından önce ve sonra sigorta ettireni sözleşmenin esaslı unsurları, kapsamı ve şartları hakkında karar vermesini etkileyecek hususlarda bilgilendirmesi elzemdir. Sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğü 6102 sayılı TTK'nun. 1423. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca sigortacı ve acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür. Kanun koyucu maddenin devamında ise sigortacının bu yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, sigorta ettirene sözleşmeden cayma hakkı tanımış ancak bu hakkın kullanımını 14 günlük süreye tabi tutmuştur. Ancak, Avrupa Birliği Adalet Divanı 19.12.2013 tarih ve C-209/12 sayılı kararı ile sigortacı tarafından, sigorta ettirene sözleşme görüşmeleri çerçevesinde “cayma hakkının kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin olarak” eksik bilgi verilmesi veya hiç bilgi verilmemesi durumunda, sigorta ettirenin sözleşmeden sonradan ve herhangi bir süreyle sınırlandırılmaksızın cayabileceğini kabul etmiştir. Çalışmamızda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın büyük tartışmalar yaratan bu kararı irdelenerek ve Türk Sigorta Hukukuna olası etkileri üzerinde durulmuştur.

## LITERATURVERZEICHNIS

- BOZER Ali, *Versicherungsrecht - Allgemeine Bestimmungen* (Sigorta Hukuku – Genel Hükümler), 2. Auflage, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2009.
- EHRICKE Ulrich, *Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht und nach Gemeinschaftsrecht*, Europa-Institut, Saarbrücken, 1997.
- LORENZ Egon, “Zu den Informationspflichten des Versicherers und zum Abschluss von Versicherungsverträgen nach neuem Recht”, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (ZVersWiss)*, 1995, s. 103-128.
- KENDER Rayegân, *Privatversicherungsrecht in der Türkei* (Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku), 16. Auflage, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- PRÖLLS Jürgen/ MARTIN Anton (Hrsg.), *Versicherungsvertragsgesetz*, 30 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2018.

- RENGER Reinhard, “Stand, Inhalt und Probleme des neuen Versicherungsrechts - Bemerkungen zum Dritten Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der europäischen Gemeinschaften”, *Versicherungsrecht- Juristische Rundschau für die Individualversicherung* (VersR), 1994, s. 753-759.
- RIEDLER Andreas (Hrsg.), *Lebensversicherung: „Unbefristetes“ Rücktrittsrecht bei unzureichender Belehrung?*, 1. Auflage, Verlag Lexis Nexis, Wien, 2017.
- SARAK Oskar, *Der Versicherungsschein - Traditionelle Funktion und zukünftige Perspektiven*, Diss., Universität Tübingen, Stuttgart, 2012.
- ULAŞ Işıl, *Angewandtes Schadensversicherungsrecht (Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku)*, 8. Auflage, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- ÜNAN Samim, *Kommentar zum Türkischen Handelsgesetz – 6. Buch – Versicherungsrecht* (Türk Ticaret Kanunu Şerhi – 6. Kitap – Sigorta Hukuku), XII Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

## FEDERAL ALMAN MAHKEMESİ'NİN HÂKİMİN REDDİNE İLİŞKİN GÜNCEL KARARLARININ İNCELENMESİ\*

### DIE REZENSION EINIGER AKTUELLER BGH-URTEILE HINSICHTLICH DER ABLEHNUNG DES RICHTERS

Prof. Dr. H. Özden ÖZKAYA FERENDECI\*\*

#### ÖZ

*Hâkimin reddi kurumu Alman Medeni Usul Kanunu'nda – aynı 6100 sayılı HMK'da olduğu üzere – kanunda düzenlenmiş ve bu kurumun hâkimin davaya bakma zorunluluğunun istisnasını teşkil ettiği kabul edilmektedir. Bu istisna, hâkimin davaya bakarken tarafsız olması gerektiğinden kaynaklanmaktadır. Bundan dolayı hâkimin tarafsızlığından şüpheye düşülmesi halinde, hâkimin reddedilmesi söz konusu olmaktadır. Hâkimin reddedilmesine gerekçe gösterilen ret sebebinin bazen net olmaması, bu konuda karar vermeyi zorlaştırabiliyor. Bundan dolayı çalışmamızda hâkimin reddi bakımından birkaç Federal Alman Mahkemesi Kararını inceleyerek, somut örneklerle hâkimin reddi kurumunu irdelemeye çalıştık.*

**Anahtar Kelimeler:** *Hâkimin reddi, Alman Medeni Usul Kanunu, Federal Alman Mahkemesi, hâkimin tarafsızlığı*

---

\* Bu makale hakem denetiminden geçmemiştir.

\*\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı. (ozden.ozkaya@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-2837-7953



## AN EVALUATION OF RECENT DECISIONS OF THE GERMAN FEDERAL COURT REGARDING REFUSAL OF JUDGE

### ABSTRACT

*The refusal of the judge is regulated by the German Civil Procedure Code - as in the Code of Civil Procedure (Act No. 6100) - , which is considered to be the exception to the judge's obligation to deal with the case. This exception stems from the fact that the judge should be impartial when handling the case. Therefore, if the impartiality of the judge is doubted, the judge shall be rejected. Sometimes the reason for the refusal of the judge is rejected, making it difficult to decide. Therefore, in our study, we analyzed several Federal German Court Decisions in terms of the refusal of the judge and tried to examine the refusal of the judge with concrete examples.*

**Keywords:** *The refusal of the judge, German Civil Procedure Code, Federal German Court, the impartiality of the judge*

### GİRİŞ

Hakimin reddi kurumu Alman Medeni Usul Kanunu'nda – aynı 6100 sayılı HMK'da olduğu üzere – kanunda düzenlenmiş ve bu kurumun hakim davaya bakma zorunluğunun istisnasını teşkil ettiği kabul edilmektedir. Ayrıca kanuni hakim prensibinin tam olarak yerine getirilebilmesi için, hakimin mutlaka tarafsız olmasının şart olduğu belirtilmektedir<sup>1</sup>. Kanuni hakim prensibi çerçevesinde hakimin tarafsızlığını sağlayabilmek için (başka bir deyişle teminat altına alabilmek için) iki kurumun öngörüldüğü ifade edilmektedir<sup>2</sup>: Hakkimin yasaklı olması ve hakimin reddi ku-

<sup>1</sup> Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Hukuk Yayınları, İstanbul, 2016, s. 116, s. 17; Ali Cem Budak/ Varol Karaarslan, *Medeni Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2.baskı, 2018, s. 31, kenar notu 14 vd.; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2017, s. 37; Hans Joachim Musielak/ Wolfgang Voit, *Zivilprozessrecht Kommentar*, Verlag Franz Vahlen, München, 15. neubearbeitete Auflage, 2018, § 41, kenar notu 1; Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt 1, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 371; Hanns Prütting/ Markus Gehrlein, *Zivilprozessrecht Kommentar*, Hermann Luchterhand Verlag, Köln, 8. Auflage, 2016, § 41, kenar notu 2; Leo Rosenberg/ Karl Heinz Schwab/ Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, C.H.Beck Verlag, München, 18. neubearbeitete Auflage, 2018, s. 140, kenar notu 1.

<sup>2</sup> Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 140, kenar notu 1.

rumu. Söz konusu iki kurumun hakkaniyete ve adalete hizmet ettikleri belirtilmektedir<sup>3</sup>. Ayrıca bu iki kurum ile kanun koyucu tarafların objektif / tarafsız bir hakimin önünde yargılanmalarını da teminat altına almaktadır<sup>4</sup>. Hakimin tarafsızlığı özellikle Justitia'nın gözlerinin bağlı olması ile de sembolize edilmiştir<sup>5</sup>.

Gerek Türk Hukuku'nda gerekse Alman Hukuku'nda hakimin reddi kurumu çok benzer şekilde düzenlenmiştir<sup>6</sup>. Hal böyle olunca, hakimin reddi kurumuna ilişkin Alman Federal Mahkeme Kararlarının Türk Hukuku bakımından da örnek teşkil edebilme kabiliyeti bulunmakta ve incelenmesi faydalı gözükmektedir.

Çalışmamızda hakimin reddi kurumuna ilişkin Alman Hukuku'ndan birkaç güncel örnek işlenecek ve böylece hakimin reddi kurumunun Almanya'da uygulamada nasıl ele alındığı hususuna kısa bir göz atılmış olacaktır.

## **D) TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER**

Federal Mahkeme Kararlarını incelemeyen, Türk Hukuku'nda ve akabinde Alman Hukuku'nda sadece ana hatları ile hakimin reddi kurumunu (başvuru ve incelenmesi yönü ile) incelemek istiyoruz.

### **1) Türk Hukuku'nda Hakimin Reddi Kurumu**

Türk Hukuku'nda hakimin reddi HMK 36. madde ve devamında düzenlenmektedir. Anılan maddede sayılan hakimin reddi sebepleri sınırlı bir sayım oluşturmamaktadır, söz konusu sayım örnek bir sayım teşkil etmektedir<sup>7</sup>. Madde zaten hakimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması halinde, hakimin ya da taraflarca ya da hakimin kendini

<sup>3</sup> Adolf Baumbach/ Wolfgang Lauterbach/ Jan Albers/ Peter Hartmann, *Zivilprozessrecht Kommentar*, München, 76. neubearbeitete Auflage, 2018, § 42, kenar notu 1.

<sup>4</sup> Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/ Taş Korkmaz, s. 372; Prütting/ Gehrlein, § 41, kenar notu 1; Eberhard Schilken, *Zivilprozessrecht*, Vahlen Verlag, München, 7. neubearbeitete Auflage, 2014, s. 24, kenar notu 53.

<sup>5</sup> Christoph G. Paulus, *Zivilprozessrecht*, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 6. Auflage, 2017, s. 81, kenar notu 200.

<sup>6</sup> Bak. detaylı bilgiler için Nazlı Gören Ülkü, *Medeni Yargılama Hukuku'nda Hâkimin Reddi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2013, s. 2 ve s. 43 vd..

<sup>7</sup> Budak/ Karaaslan, s. 33, kenar notu 22; Kuru, s. 39; Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/ Taş Korkmaz, s. 379.

reddedebileceğini belirterek başlamakta ve akabinde 5 bent halinde örnekleme bir sayım yapmaktadır. Dolayısıyla hakimin reddi için ana sebebin, hakimin tarafsızlığından şüpheliyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması olduğu anlaşılmaktadır<sup>8</sup>.

HMK'nın 36. maddesine göre, anılan sebebin bulunması halinde (veya iddia edilmesi halinde), taraflardan biri hakimi reddedebileceği gibi hakim de bizzat çekilebilmektedir. Hakimin taraflardan biri tarafından reddedilmesinin süresi HMK'nın 38. maddesinin 1. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir; buna göre hakimin reddi sebebini bilen tarafın, ret talebini en geç ilk duruşmada ileri sürmesi gerekir. Taraf, ret sebebini davaya bakıldığı sırada öğrenmiş ise en geç öğrenmeden sonraki ilk duruşmada, yeni bir işlem yapılmadan önce bu talebini hemen bildirmek zorundadır. Hakimi reddeden tarafın, hakimi hangi sebeple reddediğini göstermesi ve olayla ilgili delilleri ve emareleri açıkça göstermesi gerekmektedir (HMK'nın 38. maddesi 2. fıkrası). Söz konusu ret dilekçesi, reddi istenen hakimin mensubu olduğu mahkemeye verilir (HMK'nın 38. maddesi 3. fıkrası) ve ayrıca karşı tarafa da tebliğ edilir (HMK'nın 38. maddesi 5. fıkrası). Karşı tarafın bir hafta içinde bu dilekçeye ilişkin cevap verme hakkı vardır; söz konusu cevap süresi geçtikten sonra dosya ekleri ile birlikte reddi istenen hakime verilir (HMK'nın 38. maddesi 5. fıkrası). Hakim, bir hafta içinde dosyayı inceler ve ret sebeplerinin kanuna uygun olup olmadığı hakkındaki düşüncesini yazı ile bildirerek, dosyayı hemen merciiine gönderilmek üzere yazı işleri müdürüne verir (HMK'nın 38. maddesi 5. fıkrası); mercii de bu konuda kararını verir.

Ancak hakimin bizzat kendisini reddetmesi de mümkündür. Bu halde de yine merci ret talebini inceleyecektir (HMK'nın 39. maddesi), zira hakimin kendini reddetmesi, istinkaf sonucunu doğurmaz<sup>9</sup>.

Her iki halde de, yani hakimin taraflardan biri tarafından reddedilmesi veya hakimin bizzat kendini reddetmesi hallerinde, hakimin reddi talebi, reddi istenen hâkim katılmaksızın mensup olduğu mahkemece incelenir (HMK'nın 40. maddesinin 1. fıkrası).

Merci, ret talebini kabul etmemesi halinde, hakim davaya kaldığı yerden devam eder (HMK'nın 42. maddesinin 3. fıkrası).

<sup>8</sup> Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 120.

<sup>9</sup> Pekcanitez/ Özekes/ Akkan/ Taş Korkmaz, s. 387.

Ret talebinin reddine ilişkin merci kararının bölge adliye mahkemesince uygun bulunmayarak kaldırılması veya ret talebinin kabulüne ilişkin merci kararının bölge adliye mahkemesince uygun bulunması halinde, ret sebebinin doğduğu tarihten itibaren reddedilen hakimce yapılmış olan ve ret talebinde bulunan tarafça itiraz edilen esasa etkili işlemler, davaya daha sonra bakacak hakim tarafından iptal edilir (HMK'nın 43. maddesinin 3. fıkrası).

## 2) Alman Hukuku'nda Hakimin Reddi Kurumu

Alman Hukuku'nda, hakim (aynı Türk Hukuku'nda olduğu gibi), sadece kanunlara bağlı şekilde, tarafsız kalarak karar verecektir (bak. Alman Anayasası'nın 97. maddesinin 1. fıkrası). Adil yargılanma ancak bağımsız ve tarafsız hakimlerce sağlanabilmektedir<sup>10</sup>. Konumuz itibarı ile hakimin bağımsızlığından ziyade hakimin tarafsızlığı ve bu bağlamda özellikle hakim reddi kurumuna ilişkin Alman Medeni Yargılama Hukuku'na göz atacağız.

Alman Medeni Usul Kanunu'nda hakimin reddi kurumu, hakimin yasağı olması halinden sonra Alman Medeni Usul Kanunu'nun 42. maddesinde düzenlenmiştir. Sistematiği açısından Alman Medeni Usul Kanunu ile HMK örtüşmektedir.

HMK 36. maddeden farklı olarak, Alman Medeni Usul Kanunu'nun 42. maddesinde, hakimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren haller için örnekleme bir sayım bulunmamaktadır; Alman Medeni Usul Kanunu'nun 42. maddesi (HMK'daki genel sebep olan) hakimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren bir halin bulunmasını düzenlemektedir.

Alman Medeni Usul Kanunu'nun 42. maddesinin 3. fıkrasına göre, hakimi davanın her iki tarafı da reddedebilir. Hakimin reddini istenilen dilekçe, hakimin mensubu olduğu mahkemeye verilir (Alman Medeni Usul Kanunu'nun 44. maddesinin 1. fıkrası). Hakimin reddine gerekçe gösterilen sebebin varlığı muhtemel olacak şekilde ispat edilmesi gerekir (Alman Medeni Usul Kanunu'nun 44. maddesinin 2. fıkrası). Hakimin reddine ilişkin talep, hakim karar verene kadar yapılabilir<sup>11</sup>, ancak hakimin reddi sebebinin bilen taraf, bu sebebi ileri sürmeden duruşmaya katılır veya mahkemeye davaya ilişkin bir dilekçe verirse, o zaman hakimi reddetme hakkını

<sup>10</sup> Musielak/ Voit, § 41, kenar notu 1; Prütting/ Gehrlein, § 41, kenar notu 2; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 136, kenar notu 22.

<sup>11</sup> Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 143, kenar notu 17.

yitirmektedir (Alman Medeni Usul Kanunu'nun 43. maddesi). Bu yönü ile de Türk Hukuku'ndaki düzenlemeye benzemektedir (bak. HMK 38. maddenin 1. fıkrası).

Türk Hukuku'nda olduğu gibi, Alman Medeni Usul Kanunu'nda da hakim kendini reddedebilir (bak. Alman Medeni Usul Kanunu'nun 48. maddesi).

Hâkimin reddi talebi, reddi istenen hakim katılmaksızın mensup olduğu mahkemece incelenir (Alman Medeni Usul Kanunu'nun 45. maddenin 1. fıkrası, bak. aynı yönde HMK 40. maddenin 1. fıkrası).

Hakimin reddine ilişkin talebin kabul edilmesi halinde, reddedilen hakim – ret talebine kadar - yaptığı işlemler geçerli kalmaktadır<sup>12</sup>.

Görüldüğü üzere, hakim reddine ilişkin başvuru ve inceleme usulleri ana hatları ile Alman ve Türk Hukuku'nda benzerlik göstermektedir.

## II) FEDERAL MAHKEME KARARLARI

Hukuki düzenlemeler ilişkin yapılan açıklamalardan sonra, artık birkaç Federal Mahkeme Kararını inceleyeceğiz.

### 1) Federal Mahkemenin 7 Kasım 2018 tarihli ve IX ZA 16/17 Sayılı Kararı

Karara konu olayda sekiz kişilik heyetten oluşan bir mahkemede, davacı, tüm hakimleri reddetmiştir. Davanın konusu ise bir tazminat talebidir. Davacı, iflas idarecisi olan davalının görev ihlalinden dolayı tazminat ödemesi gerektiğini iddia ederek, davasını açmıştır. Bu dava kapsamında davacı heyetteki her bir hakimin ret sebebinin ise ayrı ayrı gerekçelendirilmiştir. Biz de çalışmamızda her hakimin ret sebebinin tek tek inceleyip, aktaracağız:

a) Davacı, heyet başkanı hakimin, davalının 70. doğum günü şerefine çıkartılmış olan Armağan'da yayın kurulunda yer alması ve söz konusu Armağan'da davalıyı hem kişi olarak hem de çalışmalarını bakımından övdüğü için artık ret etmiştir, davacıya göre bu davranışlar, heyet başkanı hakimin tarafsızlığından şüpheliyi gerektiren önemli bir sebep teşkil etmektedir. Federal Mahkeme de aynı davacı gibi, heyet başkanı hakimin ret

<sup>12</sup> Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 145, kenar notu 32.

edilmesi gerektiğini, başka bir deyişle davacının ret talebinin yerinde olduğunu ifade etmiştir. Federal Mahkeme Kararında şunu ifade etmiştir: “... reddedilmiş olan hakim, Armağan’da davalı için iflas hukuku ve iflas hukukuna yakın hukuk alanlarında başka kimseyle kıyas kabul etmeyecek kadar çok emek harcamış ve hizmet vermiş kişi olarak nitelendirmiştir. ... Ayrıca hakim, davalının istisnai bir iflas idarecisi olduğunu ve şirket yönetimini muhteşem hukuk bilgisi ile birleştirip, çok iyi bir iflas idarecisi olduğunu ifade etmiştir. ...”<sup>13</sup>.

Federal Mahkeme, heyet başkanının bu sözleri ile davalıyı hem kişi olarak hem de işi itibarı ile çok övdüğünü kabul etmiş ve davalının özellikle iflas idarecisi olarak görev ihlali iddiası ile açılan bir tazminat davasında, heyet başkanı hakimin davalıyı hem kişi hem de mesleki bakımdan övmesi ile, tarafsızlığından şüpheyi gerektiren bir hal olduğunu tespit etmiş ve davacının heyet başkanı hakimi reddetmesinin isabetli olduğunu karar bağlamıştır. U bağlamda Federal Mahkeme, heyet başkanı hakim ile davalı arasında gerçekten kişisel bir yakınlık var mı yok mu hususunun önem arz etmediğini de belirtmiştir, zira Federal Mahkemeye göre, heyet başkanı hakim, davalıya karşı büyük bir saygı duymaktadır; kaldı ki, hakimin tarafsızlığı bakımından hakimi reddeden tarafın bakış açısı önem arz etmektedir. Davacı ise, heyet başkanı hakimin davalı hakkında yazdığı hem kişisel hem de mesleki övgü sözlerini okuyunca, hakimin tarafsızlığından şüpheyi düşmesinin olağan olduğu ifade edilmektedir, hele ki, söz konusu davalının mesleki bir hata yaptığı iddia edilerek açılan bir davada, heyet başkanının davalıya mesleki olarak bu kadar saygı duyması, davacı açısından tarafsızlığından şüpheyi gerektiren bir hal olduğu Federal Mahkeme tarafından kabul etmiştir.

**b)** Bunun yanı sıra davacı ayrıca heyetteki diğer hakimleri de reddetmiştir. Heyet başkanı dışında iki hakim de, davalı için çıkartılan Armağan’da iki eser yayınlamışlardır. Federal Mahkeme Armağan’da yayın yapan iki üye hakimin de ret taleplerini kabul etmiştir. Federal Mahkemeye göre iki üye hakim, her ne kadar sadece iki makale yazmış olsalar da, kendilerini reddeden davacının bakış açısından tarafsızlıklarını yitirmişlerdir. Zira makale yazarak iki üye hakim, davalı için çıkartılan Armağan’a katkıda bulunmuş ve böylece davalının şeref, için hazırlanan bir çalışmaya

<sup>13</sup> <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=8630448a273a0d463c46508d8a5773e6&n=91653&pos=24&anz=27>; s. 3.

isteyerek katkıda bulunmuşlardır. Bu bağlamda iki üye hakim, heyet başkanı gibi davalıyı öven sözler yazmamış olsalar bile, Armağan'a makale ile katkıda bulunmaları ve ayrıca Armağan'ın sonunda tüm yazarlarca ortak bir bildiri ile davalının hem kişiliği hem de mesleki bilgisi övülmesi ile, davacının gözünde tarafsızlıklarını yitirmiş olduklarını Federal Mahkeme kabul etti<sup>14</sup>.

c) Diğer bir üye hakimin ise, davalının başka yazarlara birlikte ortak çıkardığı bir şerh çalışmasında, yirmi kişilik bir grupta yer alarak, bir bölümü yazmış olması hakimin reddedilmesi bakımından Federal Mahkeme tarafından yeterli bulunmamıştır. Bu bağlamda Federal Mahkeme, hakim ile davalı arasında gerekli yakın ilişkinin bulunmadığını ifade ederek, ilişkinin sadece genel bir ilişki olduğunu ve genel mesleki ilişkilerin hakimin reddedilmesi için yeterli sebep teşkil etmediğini ifade etmiştir. Ancak hakim, davalı ile çok yakın ve yoğun şekilde çalışmış olsaydı, o zaman tarafsızlığından şüpheye düşülmesinin mümkün olduğunu da eklemektedir; ancak somut olayda olduğu gibi genel bir çalışmanın hakimin reddi için yeterli olmadığını belirtmektedir<sup>15</sup>.

d) Görüldüğü üzere, Federal Mahkeme bir taraf ile hakimin sadece tanışması ve hatta genel bir iş ilişkisi içinde olmasını, hakimin reddi için yeterli bir sebep olarak değerlendirmemektedir. Bu bağlamda Federal Mahkeme her ne kadar, hakimi reddeden tarafın bakış açısından hakimin ret sebebinin incelese de, hakimin gerçekten reddedilmesi için sadece genel ve soyut ilişkiler yeterli bulmamaktadır. Genel ve soyut sebeplerin yanı sıra, somut olguların da mevcut olması gerektiği ifade edilmekte, aksi takdirde hakimin tarafsızlığından şüpheye düşülecek bir durumun olmadığı ifade edilmektedir.

Hakikaten de genel ve soyut sebeplere dayanarak hakimin reddi talebini kabul etmek, gerçekçi bir yaklaşım sergilemeyecektir; zira hakimler de mesleki hayatları bakımından başka hukukçularla ilişkiye girmekte ve çalışmaktadır. Sadece bu sebeple bir hakimi reddetmek, soyut olguları ön

<sup>14</sup> <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=8630448a273a0d463c46508d8a5773e6&nr=91653&pos=24&anz=27>; s. 4.

<sup>15</sup> <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=8630448a273a0d463c46508d8a5773e6&nr=91653&pos=24&anz=27>; s. 4.

plana çıkararak bir hareket olacaktır. Dolayısıyla olağan ilişkiler aşan bir yakınlığın olması, başka bir deyişle somut başka bir veya birkaç olgunun / emarenin de bulunması, hakimin ret talebinin kabul edilmesi bakımından önem arz etmektedir.

## **2) Federal Mahkemenin 21 Haziran 2018 tarihli ve I ZB 58/17 Sayılı Kararı**

Karara konu olayda, davacının avukatı tek başına çalışan bir avukattır ve davalıya karşı bir alacak davası açmıştır. Davacının avukatı ofisinde yarı zamanlı bir sekreter çalıştırmaktadır ve söz konusu sekreter, mahkeme heyet başkanının eşidir. Heyet başkanı, önceden görülen başka bir davada, taraflara bu durumu izah etti ve eşinin yarı zamanlı sekreter olarak yanında çalıştığı avukat ile de tanıştığını, kendisi ile birbirlerine “sen” ile hitap ettiklerini ve ara sıra resmi davetlerde (örneğin Noel kutlaması gibi) eşine eşlik etmek amacıyla avukatın ofisine de gittiğini bildirdi. Bu bilgiye sahip olan davalı, karara konu olan davada, heyet başkanı hakimi tam bu nedenden dolayı reddetti.

a) Davalının hakimi ret etmesi üzerine, mahkeme ret talebini inceledi ve hakimin reddedilmesine yer olmadığına karar verdi. Kararında mahkeme şu gerekçelere yer verdi: Heyet başkanının, eşinin yarı zamanlı ofisinde çalıştığı avukat ile “senli benli” konuşmasının, hakimin reddi için yeterli bir sebep teşkil etmediğini vurguladı. Ayrıca mahkeme, eşinin sekreter olarak yanında çalıştığı avukat ile hakim arasında mesleki veya davayı etkileyecek bir mesleki etkileşim olamayacağını belirtti<sup>16</sup>. Bunun yanı sıra mahkeme, sekreterin avukatın kazancından pay almadığını da ifade etti ve hakimin ailesi ile avukatın arasında bir sosyal bağımlılığın da olmadığını ekledi<sup>17</sup>. Bu kadarlık bir ilişkinin hakimin profesyonel ve bağımsız davranışlarını etkilemeyeceğini belirten mahkeme, hakimin, avukatın ofisindeki Noel kutlamasına gelmesini de yakın bir ilişkinin varlığını kabul etmek için yeterli bulmadığını ifade ederek, davalının, hakimi ret edilmesine ilişkin talebini ret etti.

<sup>16</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=b04eab0b7c8014b1cd47185aed492fb7&nr=88952&pos=8&anz=24>, s. 4.

<sup>17</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=b04eab0b7c8014b1cd47185aed492fb7&nr=88952&pos=8&anz=24>, s. 4.



**b)** Davalı bunun üzerine bir üst mahkemeye başvurarak, hakimin ret edilmesine ilişkin talebinin reddedilmesinin denetlenmesini talep etti. Bunun üzerine Federal Mahkeme konuyu inceledi ve hakimin ret edilmesine ilişkin talebi kabul etti. Federal Mahkeme'nin de gerekçeleri ise şöyledir: Hakimin reddedilmesine ilişkin talebin kabul edilebilmesi için, hakimin tarafsızlığından şüpheye düşülmesi gerekir. Federal Mahkeme bu bağlamda, hakimin tarafsızlığına dair gerçekten şüphenin oluşmasına gerek olmadığını, önemli olan "kötü görünüşün" olmasıdır<sup>18</sup> ifadesini kullanmıştır; başka bir deyişle, hakimi reddeden tarafın, tüm objektif olguları değerlendirdikten sonra, hakimin tarafsızlığından şüpheye düşmesi mümkün ise, bu olgunun yeterli olduğunu belirtmiştir<sup>19</sup>.

Federal Mahkeme, daha önceki kararlarında, reddedilen hakimin eşinin bir avukatlık ofisinde avukat olarak çalışması halinde, hakimin ret talebinin kabul edilebileceği yönde karar vermiştir, zira avukatlar arası mesleki tartışmalar yapılmaktadır ve eş olan avukat özel hayatında hakimi de bu yönde etkileyebilmektedir<sup>20</sup>. Karara konu olayda ise durumun farklı olduğuna dikkat çeken Federal Mahkeme, olayda reddedilen hakimin eşinin, avukatın yanında yarı zamanlı sekreter olarak çalıştığını belirterek, burada somut olayda yeniden değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Avukatın, sekreter eş ile mesleki tartışmaya girmeyeceğinden dolayı, bu yönde hakime yönelik bir etkileşimin de olma ihtimalinin bulunmadığını belirten Federal Mahkeme, bunun yanı sıra avukatın sekreteri başka şekilde etkileyip, zor durumda bırakıp, sekreterin hakim eşini etkilemesini sağlama riskinin bulunduğunu eklemiştir. Avukat örneğin sekretere, söz konusu davayı kazanmasının ofisi bakımından hem itibar hem maddi yönden ne kadar önemli olduğunu ifade edebileceği gibi, avukatın sekreteri başka şekilde de baskı altında bırakabileceğini belirtmiştir<sup>21</sup>. Sekreter de elbette hakim eşini etkileyebilmektedir; bu bağlamda herhangi bir riskin bulunması Federal Mahkeme açısından yeterlidir. Ayrıca somut olayda sekreterin uzun yıllardır avukatın yanında çalışmasından dolayı,

<sup>18</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=b04eab0b7c8014b1cd47185aed492fb7&nr=88952&pos=8&anz=24>, s. 5.

<sup>19</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=b04eab0b7c8014b1cd47185aed492fb7&nr=88952&pos=8&anz=24>, s. 5.

<sup>20</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=b04eab0b7c8014b1cd47185aed492fb7&nr=88952&pos=8&anz=24>, s. 6.

<sup>21</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=b04eab0b7c8014b1cd47185aed492fb7&nr=88952&pos=8&anz=24>, s. 8, s. 9.

aralarında mutlaka bir güven ilişkisinin oluşmuş olduğuna dikkat çekmektedir. Bunun yanı sıra hakim ile avukatın birbirlerine “sen” diye hitap etmeleri ve hakimin, avukatın noel kutlamasına eşini eşlik etmek amacıyla katılması hususlarının da dışardan objektif bir tarafça nasıl algılandığının önem arz ettiğini ifade etmektedir. Zira sadece noel kutlamasına giden hakim ile avukat birbirlerine “sen” de deseler, bunların aralarında yakın bir ilişkinin oluştuğu anlamına gelmez; ancak hakimi reddeden tarafın bunu nasıl algıladığı önem arz etmektedir<sup>22</sup>. Bu bağlamda hakimi reddeden tarafın, hakim ile avukat arasında yakın bir ilişkinin olması ihtimalini (hakimin tarafsızlığını koruyamaması bakımından) bir risk olarak görmesinin mümkün olduğunu belirten Federal Mahkeme, bütün bu hususların değerlendirilmesi sonucunda, hakimin reddedilmemesine ilişkin talebin kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

c) Somut kararda hakimin ret talebinin kabul veya reddedilmesinin bazen ne kadar zor olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Her iki mahkeme gerekçelerinde haklı hususlara değinip, kendi içlerinde isabetli kararlar verdiler. Hakikaten de hakimin reddi talebini incelerken bu sonuç doğrudur ve yanlıştır demek bir çok olayda çok zor. Ancak Federal Mahkemenin isabetli olarak ifade ettiği üzere, hakimi reddeden tarafın bakış açısı önem arz etmektedir. Hakimin gerçekten tarafsızlığını yitirip yitirmemesinden daha önemli olan, yargılamada taraf olanın, kendini emin ellerde hissetmesidir. Dolayısıyla haklı bir risk ihtimalinin bulunması halinde, hakimin ret talebinin kabul edilmesi doğru gibi gözükmektedir. Ancak burada soyut ifadeler veya olgular elbette yeterli olamaz, somut olguların ve emarelerin olması şarttır.

### **3) Federal Mahkemenin 15 Mart 2012 tarihli ve V ZB 102/11 Sayılı Kararı**

Karara konu olayda, heyet üyesi hakimlerden birinin eşi, davacının avukatının ofisinde avukat olarak çalışmaktadır. Üye hakim bu hususu taraflara bildirdiği gibi, kendi kendini de reddetti. Aynı zamanda davalı da üye hakim bakımından ret talebinde bulundu. Ancak mahkeme, söz konusu durumun üye hakimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren bir hal olmadığını belirterek, üye hakimin reddedilmesine ilişkin talebi reddetti.

---

<sup>22</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=b04eab0b7c8014b1cd47185aed492fb7&nr=88952&pos=8&anz=24>, s. 9.

a) Üye hakim in reddedilmesine ilişkin talebi reddeden mahkeme, hakim in eşinin, davacının avukatının ofisinde çalışmasının hakim in tarafsızlığında şüpheyi gerektiren bir durum olmadığını ifade etmiştir, zira davacının davasına hakim in avukat eşi değil, ofisteki başka bir avukat bakmaktadır. Ayrıca hakim in eşi avukatlık ofisinin ortaklarından olmadığı için, bu manada maddi bir kaygısının da olmadığını belirten mahkeme, hakim in avukat eşinin sadece dolaylı bir etkileşimi olacağını ifade ederek, hakim in de davacının davasına bakan avukat ile özel bir ilişkisinin olmadığını ekleyerek, hakim in ret edilmesine ilişkin talebi reddetmiştir<sup>23</sup>.

b) Davalı, mahkemenin söz konusu kararına muhalefet etmiştir ve Federal Mahkeme hakim in reddedilmesine ilişkin talebin isabetli olduğu yönünde karar vermiştir. Federal Mahkemenin bu bağlamda öncelikle reddedilen hakim in eşinin, taraflardan birinin avukatının ofisinde çalışmasının genel olarak hakim in reddedilmesi, başka bir deyişle hakim in tarafsızlığından şüpheyi gerektiren bir hal olup olmadığını tartışmalı olduğunu belirtmektedir.

Bu bağlamda savunulan iki temel görüşe yer veren mahkeme, ilk görüşe göre, hakim in avukat eşinin, taraflardan birinin avukatının ofisinde çalışmasının, hakim in tarafsızlığından şüpheyi gerektiren bir hal olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşün gerekçesi ise eski Federal Avukatlık Kanunu'nun 20. maddesine dayanmaktadır; söz konusu eski maddeye göre hakim in eşi veya akrabası, hakim in (başka bir deyişle mahkemenin) coğrafi yetki sınırları içerisinde avukatlık yapamamaktaydı. Eski işbu maddenin amacının da, hakime yakın olan bir avukatın, sanki hakimi etkileyerek, haksız bir baskı / etkileşim kurarak, müvekkili lehine bir karar verilmesini sağlayabileceğinin görünüşünü dahi engellemektir. Bu riskin özellikle hakim in ve avukatın evli olması halinde bulunduğu da ifade edilmektedir, zira diğer tarafın bakış açısından böyle bir kurguda hakim in tarafsızlığından şüpheyi gerektiren bir halin oluştuğunu düşünmesi çok olağandır. Kaldı ki hakimi reddeden tarafın, diğer tarafın avukatı ile hakim in eşinin aynı ofiste çalışması halinde, davayı hangi avukatın takip ettiğini, avukatlar arasında nasıl bir işbölümü olduğunu bilmesinin mümkün olmadığı da belirtilmektedir ki, bu da tarafın bakış açısından sorun teşkil etmektedir<sup>24</sup>.

<sup>23</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=32ca39c40573de8d7d02553cf29040ac&nr=60117&pos=29&anz=32>, s. 3.

<sup>24</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=32ca39c40573de8d7d02553cf29040ac&nr=60117&pos=29&anz=32>, s. 4.

Federal Mahkeme kararında diğer görüşe de yer vermektedir. Bu görüşe görüşe göre, hakimin avukat eşinin, taraflardan birinin avukatının ofisinde çalışmasının tek başına, hakimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren bir hal olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre bu soyut olgunun yanında başka somut emarelerinin de bulunması gerekmektedir<sup>25</sup>. Söz konusu görüşün iki gerekçesi bulunmaktadır. İlk gerekçe olarak, kanun koyucunun bu durumu sakıncalı bulsaydı, hakimin yasaklı sebeplerinde sayabileceği hususudur. Madem kanun koyucu bu hususu hakimin yasaklılık sebeplerinde saymadı, o halde kanun koyucu bu durumun bir sorun teşkil etmediğini düşündüğünü göstermektedir. İkinci gerekçe olarak da, karşı görüşün dayanak olarak ileri sürdüğü eski Federal Avukatlık Kanunu'nun 20. Maddesinin artık yürürlükten kaldırılmış olmasıdır ki, o halde yürürlükte olmayan bir maddenin bir görüşün gerekçesini teşkil edemeyeceği ileri sürülmektedir. O halde hakimin avukat eşinin, taraflardan birinin avukatının ofisinde çalışması tek başına hakim reddedilmesi için sebep teşkil etmemektedir; bu görüşe göre bu soyut olgunun yanına ayrıca somut emarelerin de gelmesi gerekmektedir; örneğin hakimin tarafın avukatı ile eşinin hatırı üzerine konuşması veya davanın sonuçlanması bakımından maddi bir çıkarının olması gibi hallerin de bulunması gerekmektedir<sup>26</sup>.

Federal Mahkeme iki karşıt görüşe yer verdikten sonra, somut olayda hakimin reddedilmesinin isabetli olduğu kararına varmıştır. Buna göre hakimin avukat eşinin, davacının avukatının ofisinde çalışması hususu, davalı taraf açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Federal Mahkeme, davalı tarafın da bu vakıa karşısında endişeye düşmesi ve hakimin tarafsızlığını yitirebileceği riskinin bulunduğunu hissetmesi, hakimin reddedilmesi için yeterli bulmaktadır; zira davalı taraf kendini söz konusu hakim tarafından tarafsızca yargılandığını hissetmemesi halinde, hakim reddedilmesine ilişkin talebin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Zaten somut olayda davacının avukatı ve avukatın ofisinde çalışan hakimin avukat eşi üzerinden hakime bir etkileme girişimi olabilme ihtimalinin bulunması söz konusu endişeyi haklı kılmaktadır; bu bağlamda hakikaten böyle bir etkileşimin mevcut olup olmadığı ve hakimin aslen profesyonel biri

<sup>25</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=32ca39c40573de8d7d02553cf29040ac&nr=60117&pos=29&anz=32>, s. 5.

<sup>26</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=32ca39c40573de8d7d02553cf29040ac&nr=60117&pos=29&anz=32>, s. 5.

olarak bundan etkilenmemesi gerektiği hususları önem arz etmemektedir, zira önemli olan hakimi reddeden tarafın bakış açısıdır<sup>27</sup>.

c) Görüldüğü üzere Federal Mahkeme bu kararında da yine (çalışmamızdaki ilk Federal Mahkeme Kararında olduğu üzere) hakimi reddeden tarafın bakış açısından bir değerlendirme yaparak, hakimin reddedilmesine ilişkin talebi karara bağladı.

#### 4) Federal Mahkemenin 13 Haziran 2005 tarihli ve X ZR 195/03 Sayılı Kararı

Karara konu olayda, hakim, davacının eskiden avukatlığını yaptığı beyan ederek, kendini reddetmiştir. Söz konusu dava 2015 yılında görülmekte ve hakim, 1995 – 2004 yılları arasında davacının avukatlığını yaptığını beyan etmiştir. Bu dönemde hakim, bir avukatlık ofisinde çalışmaktaydı ve görevleri arasında davacının avukatlığını yapmak da vardı. Eskiden davacının avukatı olması sebebiyle, 2015 yılındaki davada kendini reddeden hakimin kendini reddetmemesi üzerine, taraflar görüş bildirmiş ve hakimin kendisini reddetmesi Federal Mahkeme tarafından isabetli bulunmamıştır<sup>28</sup>.

Federal Mahkemeye göre bu olayda, hakimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren bir hal bulunmamaktadır. Hakimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren bir halin ancak objektif sebeplerin bulunması halinde oluşabileceğini vurgulayan Federal Mahkeme, söz konusu objektif sebeplerin de, taraflardan birinin bakış açısından mantıklı şekilde değerlendirilmesi gerektiğini ve ancak bunun sonucunda hakimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren bir halin oluşup oluşmadığının anlaşılacağını vurgulamaktadır<sup>29</sup>.

Somut davada ise, hakimin kendi reddetmesine ilişkin bir sebebin olmadığı sonucuna varan Federal Mahkeme, ortada hakimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren bir halin, hatta bir görünüşün dahi olmadığını ifade etmiş ve özellikle hakimin davaya konu ihtilaf davacının hiçbir zaman avukatlığını yapmadığı da vurgulanmıştır. Hatta davacının avukatı iken, davaya konu ihtilaf konusu hukuki sorunlarda davacının avukatlığını bile

<sup>27</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=32ca39c40573de8d7d02553cf29040ac&nr=60117&pos=29&anz=32>, s. 6.

<sup>28</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=37461e09b068a8c478760692f3790e6c&nr=33005&pos=9&anz=14>, s. 3.

<sup>29</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=37461e09b068a8c478760692f3790e6c&nr=33005&pos=9&anz=14>, s. 3.

yapmadığını, başka hukuki konularda ona danışmanlık yaptığını ifade ederek, dava esnasında da davacıya akıl vermemiştir. Davacının avukatlığını yaptığı zamanların da geride kaldığını belirten Federal Mahkeme, davacı ile hakimin arasındaki mesleki ilişkinin de kesin şekilde bittiğini ve bu ilişkinin hiçbir zaman kişisel bir ilişkiye dönüşmediğini de eklemiştir. Bütün bu hususların değerlendirilmesi halinde, hakimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren bir durumun oluşmadığı sonucuna varan Federal Mahkeme, hakimin kendisini reddetmesini isabetli bulmamıştır<sup>30</sup>.

Görüldüğü üzere Federal Mahkeme bu kararında da yine somut olgulara önem vermiştir. Ayrıca yine tarafların bakış açısının önemini vurgulamış ve fakat somut davada objektif bir olgunun oluşmadığını ve taraflardan birinin hakimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren bir izlenime / hissiyata kapılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

### 5) Değerlendirme

İncelenen Federal Mahkeme Kararlarından anlaşıldığı üzere, hakimin reddedilmesine ilişkin talebin kabul edilmesi veya reddedilmesi için bazı kriterler bulunmakla beraber (örneğin hakimi reddeden tarafın bakış açısı gibi, objektif olgular gibi), her somut olayın kendi özelliklerine göre karar verilmesinin önemi isabetli şekilde vurgulanmaktadır. Hakikaten de özellikle hakimin reddi gibi kurum bakımından şekli kararların verilmemesi kanımızca önemlidir. Belli başlı kriterlerin olması, her olayın aynı kriterlerce değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Ancak kriterleri olaya uygularken, somut olayın özelliklerini de, dikkate almak gerekir. İncelenen üçüncü kararda Federal Mahkeme farklı görüşlere yer vermiştir, ancak somut olaya en uygun çözümü bulmaya da gayret etmiştir. Her zaman aynı kurguda aynı sonuca varılamayacağı ortadır ve kanımızca somut olayın özellikleri hakimin reddi talebi incelenirken en önemli kriter olmalıdır.

---

<sup>30</sup><http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=37461e09b068a8c478760692f3790e6c&nr=33005&pos=9&anz=14>, s. 4, s. 5.

## SONUÇ

Bilindiği üzere günümüzde hakimin reddi kurumuna ne yazık ki amaç dışı da başvurulmaktadır. Bazen taraflar veya avukatları bu yola başvurarak, yargılamayı uzatmayı (sürüncemede bırakmayı) hedeflemektedirler; bazen de davayı esastan kaybedeceklerini anladıklarında da hakimin reddi kurumuna başvurarak, hakimin değişmesini ümit ederek, yeni hakimin farklı karar vereceğini bir ihtimal olarak değerlendirmektedirler.

Ancak hakimin reddi kurumu elbette “ekstra” bir kanun yolu değildir. Hakimin reddi kurumu, çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere, kanuni hakim prensibinin istisnasını teşkil etmektedir. Herkes kanuni hakim prensibine göre yargılanma hakkına sahiptir, bu temel bir haktır; ancak kanuni hakimin de tarafsız olması gerekmektedir; bu husus da aynı derecede önemli bir temel haktır. O halde herkesin hem tarafsız kanuni hakim önünde yargılanmasını teminat altına alabilmek için, hakimin reddi ve hakimin yasaklılık kurumlarının önemleri büyük ve her iki kurum da elzemdir. Ancak kurumlara amaç dışı başvurulması, hem yargılamayı uzatmakta, hem yargıyı yıpratmakta hem de bir sonuç vermemektedir.

Almanya’da Bonn ve Berlin’de iş mahkemesinde hakim olan arkadaşlarımızla görüştüğümüzde, Almanya’da da hakimin reddi kurumuna başvuru sayısının – eskiye nazaran - yükseldiğini öğrendik. Arkadaşlarımız, söz konusu başvuruların çoğunun yargılamayı uzatma amaçlı olduğunu ve hakimin reddi kurumunun bir nevi “kanun yolu” kurumu gibi kullanıldığını, başka bir deyişle amacından saptırıldığını, ifade ederken, bundan duydukları rahatsızlığı da dile getirmektedirler.

Hakimin reddi kurumu, “ekstra” veya ayrı bir kanun yolu değildir. Taraflardan birinin kendini kanuni hakimi önünde tarafsız olarak yargılanmadığını hissettiği anda başvuracağı bir kurumdur. Söz konusu başvurusunun da ne zaman başarılı olacağı veya hangi hallerde reddedileceği de yukarıda belirttiğimiz üzere belirli kriterlere bağlı olarak, ama şekli karar verilmeden sonuca bağlanması gerektiğine inanıyoruz.

### ZUSAMMENFASSUNG

*Die Ablehnung des Richters ist in der deutschen Zivilprozessordnung – wie auch in der türkischen Zivilprozessordnung mit der Gesetzesnummer 6100 – im Gesetz geregelt und wird als Ausnahme der richterlichen Aufgabe, jedes Verfahren, dass eröffnet wird auch zu Ende zu bringen, angesehen. Diese Ausnahme fundiert auf der Begründung, dass ein Richter bei der Ausführung seiner richterlichen Tätigkeit unparteiisch sein muss. Daher ist bzw. kann ein Richter abgelehnt werden, wenn der Verdacht aufkommt, er sei nicht mehr unparteiisch. Manche Gründe für die Ablehnung eines Richters sind nicht eindeutig, bzw. können grenzwertig sein, so dass es im Einzelfall sehr schwierig sein kann, über die Ablehnung des Richters zu entscheiden. Daher haben wir versucht in der vorliegenden Arbeit, anhand der Untersuchung von manchen BGH Urteilen, ein paar Beispiele für die Ablehnung des Richters, herauszuarbeiten.*

*Hierbei wurde bewusst das deutsche Recht ausgewählt, weil sich das deutsche und türkische Recht im Hinblick auf die Ablehnung des Richters sehr ähneln und dieselben Grundzüge aufweisen.*

*In der türkischen ZPO (HMK) ist der Grund der Ablehnung für den Richter in Art. 36 genannt. Es ist die Befürchtung der Befangenheit des Richters; dies ist der Hauptgrund für die Ablehnung. Desweiteren sind im selben Artikel fünf Fälle für die Ablehnung des Richters beispielhaft aufgezählt. Der Artikel enthält keine ausschliessliche Aufzählung.*

*In der türkischen Zivilprozessordnung kann der Richter sich selbst ablehnen, er kann aber auch durch die Parteien bzw. durch eine Partei abgelehnt werden.*

*Die Parteien haben diesbezüglich ein zeitlich befristetes Recht, sie müssen den Richter nach Kenntnis des Ablehnungsgrundes bis zur nächsten mündlichen Verhandlung ablehnen; dies beinhaltet auch den Anfang der mündlichen Verhandlung, sofern die Ablehnung als erste Handlung erfolgt.*

*Die Partei, die den Richter ablehnen möchte, muss ihren Antrag demzufolge fristgerecht einreichen und zugleich die Beweise für das Vorliegen des Ablehnungsgrundes gemäß Art. 38 II türkischer ZPO beibringen.*

*Der Ablehnungsantrag muss bei dem Gericht, dem der abgelehnte Richter angehört, eingereicht werden. Dieser wird sodann der gegnerischen Partei zugestellt; welche auf diesen Antrag innerhalb einer Woche eine Stellungnahme erwidern kann. Nachdem diese Frist abgelaufen ist, wird der Ablehnungsantrag gemäß Art. 38 V türkischer ZPO dem abgelehnten Richter für seine eigene Stellungnahme hinsichtlich des Ablehnungsantrags überreicht. Der Richter hat hierfür eine Frist von einer Woche. Anschliessend wird der Antrag mit der Stellungnahme des Richters an das Gericht, welches über den Ablehnungsantrag zu entscheiden hat, eingereicht. Das Gericht, welches über den Ablehnungsantrag zu entscheiden hat, ist das Gericht, dem der Richter angehört. Dieses Gericht tagt und entscheidet in diesem Fall ohne den abgelehnten Richter.*

*Wie oben erwähnt, kann sich der Richter auch selbst ablehnen. Auch in diesem Fall wird das Gericht, dem der abgelehnte Richter angehört, ohne dessen Anwesenheit über den Antrag entscheiden.*



*In dieser Zeit, d.h. bis das zuständige Gericht über den Ablehnungsantrag entschieden hat, darf der Richter das Verfahren nicht weiterführen. Ausnahmen hiervon sind einstweilige Verfügungen; in diesen Fällen darf der abgelehnte Richter wegen der Eiligkeit der Angelegenheit tätig werden, ansonsten ruht das Verfahren. Sollte das Gericht den Ablehnungsantrag ablehnen, so wird der Richter wie gewohnt das Verfahren weiterleiten und auch in der Sache entscheiden (gemäß Art. 42 III türkischer ZPO). Wenn jedoch das Gericht den Ablehnungsantrag für zutreffend erachtet, so ist dem Richter die Fortführung des Verfahrens nicht mehr gestattet und er wird durch einen Richter, der dieselben Aufgaben hat, ersetzt. Hierbei kann der "neue" Richter, die Verfügungen seines Vorgängers, die er nach Entstehung des Ablehnungsgrundes getätigt hat, für nichtig erklären (gemäß Art. 43 III türkischer ZPO).*

#### **KISALTMALAR**

- Art.: Artikel  
bak.: bakınız  
BGH: Bundesgerichtshof  
bzw.: beziehungsweise  
d.h.: das heisst  
HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu  
s.: sayfa  
vd.: ve devamı  
ZPO: Zivilprozessordnung

### KAYNAKÇA

- ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ Sema, *Medeni Usul Hukuku, Yetkin Hukuk Yayınları*, İstanbul, 2016.
- BAUMBACH Adolf/ LAUTERBACH Wolfgang/ ALBERS Jan/ HARTMANN Peter, *Zivilprozessrecht Kommentar*, München, 76. neubearbeitete Auflage, 2018.
- BUDAK Ali Cem/ KARAARSLAN Varol, *Medeni Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2.baskı, 2018.
- GÖREN ÜLKÜ Nazlı, *Medeni Yargılama Hukuku'nda Hâkimin Reddi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2013.
- KURU Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2017.
- MUSIELAK Hans Joachim/ VOIT Wolfgang, *Zivilprozessrecht Kommentar*, Verlag Franz Vahlen, München, 15. neubearbeitete Auflage, 2018.
- PAULUS, Christoph G., *Zivilprozessrecht*, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 6. Auflage, 2017.
- PEKCANITEZ Hakan/ ÖZEKES Muhammet/ AKKAN Mine/ TAŞ KORKMAZ Hülya, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt I, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- PRUTTING Hanns/ GEHRLEIN Markus, *Zivilprozoesrecht Kommentar*, Hermann Luchterhand Verlag, Köln, 8. Auflage, 2016.
- ROSENBERG Leo/ SCHWAB Karl Heinz/ GOTTWALD Peter, *Zivilprozessrecht*, C.H.Beck Verlag, München, 18. neubearbeitete Auflage, 2018.
- SCHILKEN Eberhard, *Zivilprozessrecht*, Vahlen Verlag, München, 7. neubearbeitete Auflage, 2014.

### İnternet Kaynakları

<http://juris.bundesgerichtshof.de/>



## **ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN**



**ALMAN FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BROKDORF  
KARARI:  
TOPLANMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI ÜZERİNE\***

Çev. / Übersetzt von  
Dr. Berke ÖZENÇ<sup>\*\*</sup>, <sup>\*\*\*</sup>

1. Yurttaşların, toplanma özgürlüğünü kullanarak siyasi görüş ve irade oluşturma süreçlerine aktif olarak katılma hakkı, demokratik bir toplumun işleyişinin vazgeçilmez unsurları arasında yer alır. Toplanma özgürlüğünün bu temel nitelikteki önemi, gerek temel hakkı sınırlandıran hükümlerin yürürlüğe konması sırasında yasa koyucu tarafından, gerekse bu hükümlerin yorumlanması ve uygulanması sırasında yetkili makamlar ve mahkemeler tarafından dikkate alınmalıdır.

2. Açık alanlardaki toplantılar için bildirimde bulunma yükümlülüğüne ve bu toplantıların dağıtılması ve yasaklanması için aranan koşullara dair Toplanma Yasası'nda yer alan düzenlemeler (Md. 14, 15), yorumlanmalarında ve uygulanmalarında aşağıda yer alan hususlar dikkate alındığı takdirde, anayasal gerekliliklerle uygundur:

a) Spontane gösterilerde bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır ve bildirim yükümlülüğünün ihlali otomatik olarak, dağıtma ya da yasaklamayı meşru kılmaz.

---

\* BVerfGE 69, 315. Federal Anayasa Mahkemesinin 14 Mayıs 1985 Tarihli Kararı, 1 BvR 233/81, 341/81. Bu çeviri aynı zamanda "Alman Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin Temel Kararlarının Tercümesi Projesi" isimli derleme kitapta yayınlanacaktır.

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

\*\*\* Çevirinin son okumasını yapıp, görüşlerini paylaşan Şeyda Emek'e çok teşekkür ederim.

**b)** Dağıtma ve yasaklama yalnızca, ölçülük ilkesi sıkı bir şekilde gözetilerek eşit değerdeki hukuki menfaatlerin korunması amacıyla ve bu hukuki menfaatlerin, yalnızca açık dayanaklardan çıkarılabilecek doğrudan bir tehlike altında olması halinde gerçekleştirilebilir.

**3.** Devlet makamları, barışçıl yürütülmüş kitlesel gösteri örneklerine uygun bir şekilde, toplanmanın sürdürülmesi amacına yönelik bir tutum almakla ve başarısı kanıtlanmış tecrübelerin, yeterli sebep olmaksızın gerisinde kalmamakla yükümlüdür. Düzenleyiciler; tek taraflı güven sağlayıcı tedbirlerin alınmasına ya da gösterinin sürdürülmesi amacına yönelik bir işbirliğine ne denli hazırsa, yetkili makamların, kamu güvenliğinin tehlikeye düşmesi nedeniyle gerçekleştirecekleri müdahale için gereken eşik de o oranda yükselir.

**4.** Bir gösterinin bir bütün olarak barışçıl olmayan bir seyir izlemesi ya da düzenleyici ve taraftarlarının bu tür bir seyri amaçlaması ya da en azından onaylaması söz konusu değilse, bireylerin ya da bir azınlığın taşkınlığı öngörülse dahi, toplanma özgürlüğünün Anayasa tarafından tüm yurttaşlara sağlanan koruması, barışçıl katılımcılar için varlığını sürdürür. Bu tür bir olayda, toplantının bütününe yönelik önleyici bir yasağın konulması için, tehlike oluşacağına dair teşhisin sıkı koşullara dayanmasının yanı sıra barışçıl göstericilerin temel haklarını kullanmalarına imkân veren, makul şekilde uygulanabilir tüm araçların önceden tüketilmesi gerekir.

**5.** İdare mahkemeleri geçici tedbire dair yargılama sırasında kapsamlı bir denetim vasıtasıyla, bir gösteri yasağının acil icrasının, kural olarak temel hakkın kullanımının nihai şekilde engellenmesine yol açtığını dikkate almalıdır.

**6.** Hâkimin hukuk yaratmasının sınırlarına dair.

### **Kararın Sonucu**

**I.** Aşağı Saksonya ve Schleswig-Holstein Eyaletleri Yüksek İdare Mahkemesi'nin 28 Şubat 1981 tarihli, 12 OVG B 26/81 ve 12 OVG B 28/81 sayılı kararları, ilk derece mahkemelerinin kararları aleyhine olan itirazların kabul edildiği kısımlar bakımından, başvuruçuların Anayasa'nın 8. maddesinden kaynaklanan temel haklarını, Anayasa'da yer alan hukuk devleti ilkesi ile bağlantılı olarak ihlal etmiştir. Kararlar, bu kısımlar bakımından iptal edilmiştir. Mesele, Yüksek İdare Mahkemesi'ne iade edilmiştir.

**II.** İkinci başvurucuların diğer anayasa şikâyetleri reddedilmiştir.

**III.** Schleswig-Holstein Eyaleti İdaresi, başvurucuların masraflarını tazminle yükümlüdür.

### **Gerekçe**

#### **A.**

#### **Olay ve İlgili Mevzuat (Özet)**

Almanya'da gösteri düzenleme özgürlüğünün güvencesinin anayasal temelini, ifade özgürlüğünün yanı sıra toplanma özgürlüğü oluşturmaktadır. Anayasa'nın 8. maddesine göre:

(1) Bütün Almanlar, bildirimde bulunmadan ya da izin almadan barışçıl ve silahsız olarak toplanma hakkına sahiptir.

(2) Açık alanlardaki toplanmalar için bu hak yasa aracılığıyla ya da bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir.

Ayrıca 1953 yılında yürürlüğe giren ve çeşitli değişiklikler geçiren Toplanma Yasası da toplantı ve gösteri yürüyüşlerini düzenlemektedir. Yasanın 14. maddesine göre:

(1) Her kim açık alanlarda kamusal bir toplantı ya da yürüyüş düzenlemek isterse, toplantı ya da yürüyüşün kamuya duyurulmasından en geç 48 saat önce söz konusu eylemlerin kapsamını içerecek şekilde yetkili makamlara bildirimde bulunmakla yükümlüdür.

(2) Bildirimde, toplantı ya da yürüyüşten kimin sorumlu olduğuna yer verilmelidir.

Yasanın 15. maddesine göre:

(1) Toplantı ya da yürüyüşe dair kararların verilmesi esnasında teşhis edilebilen koşullara göre toplantı ya da yürüyüşün gerçekleşmesi ile kamu güvenliği ya da düzeni doğrudan tehlike altına girmiş ise, yetkili makam bu eylemleri yasaklayabilir ya da belirli koşullara tabi kılabilir.

(2) Eğer bildirim yapılmamışsa ya da bildirimde yer verilen çerçevenin dışına çıkmışsa ya da yetkili makamın belirlediği koşullara aykırı hareket edilirse ya da 1. fıkrada yasaklama için öngörülmüş koşullar ortaya çıkmarsa, yetkili makam bir toplantı ya da yürüyüşü dağıtabilir.

(3) Yasaklanmış bir toplantı dağıtılabılır.



Anayasa şikâyetleri, Brokdorf'ta nükleer santral kurulmasını protesto etmek amacıyla düzenlenmesi planlanan gösterilerin yasaklanmasına ilişkindir. Brokdorf'ta bir nükleer santral kurulmasına ilişkin planlar ve çalışmalar 1976 yılından itibaren idari yargı önüne taşınmış ve bu süreçte, söz konusu faaliyetleri protesto etmek amacıyla, bazıları barışçıl olmayan gösteriler düzenlemiştir. Brokdorf'ta düzenlenen gösterilerde yaşanan sorunlar karşısında daha sonra kolluk güçleri temsilcileri, çevre koruma dernekleri üyeleri ve toplumsal temsiliyeti haiz kişiler, çevre meselelerine dair sorunların barışçıl yollarla çözülmesinde izlenmesi gereken yöntemleri tartışmak üzere bir araya gelmiş, ardından uzlaşılan sonuçlar "Stuttgart Tartışmaları" başlığı ile 1984 yılında kamuoyu ile paylaşılmıştır.

Anayasa şikâyetine konu olan süreç, verilen dört yıllık aranın ardından 1980 yılının sonunda, inşaata devam edileceğinin duyurulmasıyla birlikte başlamıştır. 14 Şubat 1981 tarihinde bir araya gelen 60 sivil toplum örgütünün temsilcileri, 28 Şubat 1981 tarihinde kitlesel bir gösteri yapma kararı almıştır. 21 Şubat'ta nihai planlaması yapılan kitlesel gösteri için gerekli olan bildirimlerin 23 Şubat'ta yapılması planlanmıştır.

Steinburg Bölge İdaresi ilk olarak hâlihazırda kendilerine bir bildirim ulaşmadığına dair bir "uyarı" yapmayı düşünmüş, fakat daha sonra bu uyarıyı gerçekleştirmeden 23 Şubat tarihinde genel bir tasarruf işlemiyle, 27 Şubat ve 1 Mart tarihleri arasında, gerek inşaat alanındaki, gerekse Wilstermarsch'ta 210 kilometrekarelik bir bölgedeki tüm gösterileri yasaklamıştır. Bölge İdaresi, yasağın gerekçesi olarak herhangi bir bildirim yapılmamasını göstermiştir, ama İdare'ye göre bu bildirim yapılsa dahi, söz konusu gösterinin yasaklanması gerekir. İdare bu yaklaşımını, planlanan gösteriye katılanlar arasında önemli sayıda şiddet yanlısı göstericinin bulunması endişesine dayandırmıştır. Bu endişeyi destekleyen kanıtlar olarak da çeşitli gazete haberlerini ve bazı grupların şiddeti öven ya da onaylayan broşürlerini göstermiştir. Ayrıca İdare, daha önce Brokdorf'ta ve Hamburg'ta yapılan gösteriler sırasında, şiddet yanlılarının, barışçıl göstericileri kalkan olarak kullandıklarını vurgulamıştır. Bölge İdaresi daha sonra, bu yasaklama kararının İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 80. maddesinin 4. fıkrası uyarınca acil icrasına hükmetmiştir.

24 Şubat 1981'de, aralarında ikinci başvuruçuların bulunduğu kişiler, nükleer santral çevresinde 28 Şubat tarihinde bir gösteri yapmak için bildirimde bulunmuşlar, idari makamlar 25 Şubat'ta, genel tasarruf işlemiyle

getirilen yasağa dayanarak başvuruyu reddetmiş ve ardından birinci ve ikinci başvurucular, bu yanıt ve genel tasarruf işlemine itiraz etmişlerdir.

Schleswig-Holstein İdare Mahkemesi, itirazları değerlendirmiş ve 27 Şubat'ta, genel tasarruf işleminin acil icrasını, inşaat alanına uzaklığı bazı yerlerde 9 kilometreye varan polis barikatları ve bu barikatlara 100 metrelik mesafeyi kapsayan güvenlik alanları açısından onaylamıştır. Yasağın bu alan dışında kalan ve 210 kilometrekarelik bir alanı kapsayan kısımları bakımından ise idare mahkemesi ölçülülük ilkesine aykırılık tespit etmiştir. Mahkeme bu tespitinde toplanma özgürlüğünün yüksek önemine ve bu özgürlüğün, göstericilerin dilediği yerde toplanma hakkını içeren kapsamına işaret etmiştir. Bu noktadan hareketle, inşaat alanına yönelik şiddet içeren eylemlerine dair endişelerin, idare makamlar tarafından sunulan bilgilerle desteklendiğini, fakat bölgenin bütününde geçerli bir yasak için, söz konusu alanda kamu güvenliği ve düzeninin doğrudan tehlikeye düştüğüne dair yeterli gerekçe sunulmadığını vurgulayan idare mahkemesi, sadece olasılıklara ya da daha önce Hamburg'ta yapılmış bir gösteriye atıf yapmanın yeterli olamayacağına hükmetmiş, sonuç olarak, inşaat alanını korumaya yönelik barikatları ve güvenlik alanlarını aşan bölge bakımından, başvurucuların itirazlarını kabul ederek, söz konusu itirazların idari işlemin icrası üzerinde yarattığı erteleyici etkinin yeniden tesisine karar vermiştir.

Bu karar aleyhine 27 Şubat'ta, idarenin temsilcilerinin davet üzerine katılımıyla, Yüksek İdare Mahkemesi'ne itiraz edilmiş ve Yüksek İdare Mahkemesi bu itirazı kabul ederek, 28 Şubat'ta ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ve başvurucuların itirazları sonucu oluşan erteleyici etkiyi bir bütün olarak kaldırarak toplanma yasağını onaylamıştır. Yüksek İdare Mahkemesi, barışçıl ve iyi niyetli göstericilerin sayıca çok olmasının, sayıca az fakat etkili olan şiddete meyilli eylemcileri etkisiz kılmaya yetmediğini vurgulamıştır. Daha önceki eylemler sırasında yaşananlara değinen Yüksek Mahkeme, gösterinin büyüklüğü ve mekânının özellikleri dikkate alındığında, idari makamların, yetkili bir düzenleme komitesi ile işbirliği yapabilmesinin önemini altını çizmiş, fakat böyle bir komitenin yokluğu ve Toplanma Yasası'nın öngördüğü tarihte bir bildirim yapılmamış olmasının yaratacağı sorunlara işaret etmiştir. Yüksek Mahkeme, böyle bir işbirliği sonucunda bu tür kitlesel gösteriler için, yerel mekânlar ya da yollar yerine büyük stadyumlar ya da kitlesel gösteriler için elverişli olabilecek farklı alanların belirlenebileceğini, bunun için Federal Almanya'nın çeşitli

yerlerinde uygun mekânların bulunabileceğini ve katılımcıların amaçlarına hanel getirmeksizin, bu mekânlar arasında bir seçim yapılabileceğini vurgulamıştır. Mahkeme bu değerlendirmeler ışığında, bir yandan kitlesel gösterilerin düzenleyicilere önemli sorumluluklar yüklediğine, diğer yandan da anayasal dayanağı bulunan ve Toplanma Yasası'nda düzenlenen bildirim yükümlülüğünün, bir temel hak olan toplanma özgürlüğünün kullanımını bakımından belirleyici olduğuna işaret ederek kararını sonlandırmıştır.

Daha sonra elli bin kişinin katılımıyla bazı taşkınlıkların da yaşandığı bir gösteri gerçekleştirilmiş, fakat sonuç olarak kolluk güçleri, katılımcıları aramaya tabi tutmakla birlikte bariyerlerin aşılmasına da izin vermiştir. Bu süreç sonucunda birinci ve ikinci başvurucular, anayasa şikâyeti gerçekleştirmiştir.

Birinci başvurucular ilk olarak, Toplanma Yasası'nın 15. maddesinde yer alan oldukça muğlak genel hükümlerin Anayasa'nın 5. ve 8. maddelerine aykırılığını gündeme getirmiş, ardından yetkili makamların barışçıl ve barışçıl olmayan göstericiler arasında herhangi bir ayırım gözetmeyerek bu denli geniş kapsamlı bir yasak getirmelerinin ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Başvuruculara göre, yalnızca küçük grupların inşaat alanı çevresinde taşkınlık yapacağına dair bilgiler karşısında, var olan kolluk güçlerinin sayısı da dikkate alındığında, bölgenin geri kalan kısmında bir gösteriye izin verilmesi gerekirdi.

İkinci başvurucular ise ilk olarak, İYUK'un 6. fıkrasının 2. cümlesindeki açık hükme rağmen, Yüksek İdare Mahkemesi'nin, idari makamların temsilcilerini itiraz ehliyetine sahip olarak değerlendirmesinin, temel haklarını ihlal ettiğini ifade etmiştir. İkinci başvuruculara göre, dava konusu kitlesel gösteriler spontane bir olayla ilgili olduğu ve farklı grupları bir araya getirdiği için tam anlamıyla sorumlu bir düzenleyicinin ortaya çıkması olanaklı değildir. İkinci başvurucular ayrıca, muhtemel şiddet uygulamalarına dair tartışmalı bilgilere dayanarak bu kapsamda genel bir yasağın öngörülmüş olmasının ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Federal Almanya Hükümeti'ni temsilen İçişleri Bakanı, Schleswig-Holstein Eyaleti'ni adına Eyalet Başbakanı, önceki yargılama süreçlerinin katılımcısı olarak Steinburg Bölge İdaresi, Polis Sendikası ve Çevrenin Korunması İçin Yurttaş İnisiyatifleri Federal Birliği anayasa şikâyetine müdahil olarak görüş bildirmişlerdir.

**B.**

Anayasa şikâyetleri kabul edilebilirdir.

**I.**

Anayasal yargı denetiminin konusu, gösteri yasaklarının derhal icrası (*Sofortvollzug*) ve bunun idari yargı tarafından onaylanmasıdır. Bu tedbirler, başvuruçuların kişisel olarak bildirimde buldukları gösterilere ilişkin oldukları ölçüde, başvuruçuları doğrudan etkilemiştir. Öte yandan bu gösterilerin yasaklanması -Yüksek İdare Mahkemesi'nin doğru bir şekilde ortaya koyduğu üzere- tartışmalara neden olan nükleer santral aleyhine söz konusu zaman diliminde planlanan tüm gösterileri kapsayan ve haklı olarak idari yargı denetiminin merkezinde yer alan genel tasarrufun acil icrasından ayrı olarak değerlendirilemez.

Gösteri yasaklarının acil icrası ve bunların yargı tarafından onaylanması nedeniyle başvuruçuların, ilgili makamlara bildirmiş mekânlarda planlanan tarihlerde gösteriler düzenlemesi engellenmiştir. Kamu gücünün bu eylemlerinde başvuruçular, temel haklar tarafından korunan hukuki statülerine bir müdahale görmüşlerdir. Bu eylemler yargı önüne taşındığı ve bu açıdan hukuk yolları tüketildiği için, başvuruçuların süresi içinde yaptıkları anayasa şikâyetleri yasal olarak öngörülmüş kabul edilebilirlik koşullarını karşılamaktadır (Md. 93 I, Nr. 4a, Md. 94 II, GG, §§ 90 vd. BVerfGG). Esasa dair yargı sürecinde hukuk yollarının tüketilmemiş olması, yerleşik içtihat uyarınca, başvuruçuların anayasa şikâyetlerinin kabul edilebilirliğini engellemez, çünkü bu esasa dair yargılama süreci karşısında geçici yargılama süreci, İYUK'un 80. maddesinin 5. fıkrası uyarınca hukuken özerktir (BVerfGE 53, 30 [52]; 59, 63 [82], ayrıca buradaki referanslar).

**II.**

Schleswig-Holstein Başbakanı ve Steinburg Bölge İdaresi tarafından kabul edilebilirlik aleyhine, ikincillik ve hukuki menfaat bakımından ileri sürülen görüşler de temelsizdir.

**1.** Başvuruçuların, -yargılama sürecine davet ile katılanların başvuru hakkının Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kabulünde olduğu gibi- yalnızca geçici yargılama sürecinde önem taşıyan ve bu nedenle de esasa dair yargılamada artık sonuca bağlanamayacak olan temel hak ihlallerinden

şikâyetçi olmaları bakımından, ikincillik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Ayrıca başvuruçuların şikâyetleri, ancak esasa dair inceleme esnasında nihai olarak karara bağlanması gereken, fakat acil nitelikteki yargılamada sadece basit bir denetime tabi olan gösteri yasağının hukuka uygunluğu meselesine ilişkindir. Federal İçişleri Bakanı da yerinde bir şekilde, ikincillik ilkesi dikkate alındığında dahi, İYUK'a göre gerçekleştirilen basit yargı sürecinde verilen nihai kararlar aleyhindeki anayasa şikâyetlerinin, istisnai olarak kabul edilebilir bulunabileceğine dair içtihatlarla işaret etmiştir. Bunun koşulu, söz konusu nihai kararın, daha kapsamlı olgusal netleştirmeye ihtiyaç duymaması ve Federal Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 90. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iç hukuk yollarının tüketimine istisna getiren koşulların var olmasıdır (BVerfGE 53, 30 [53 vd.]; 58, 257 [263]). Bu tür istisnalar, acil icra kararı, amaçlanan temel hak kullanımını nihai olarak engellerse ve böylelikle geçici tedbirin önemini arttırsa, meşru hale gelir (krş. BVerfGE 56, 216 [234]).

Bu koşullar, spesifik bir olaya ilişkin gösterilerin yasaklanmasının acil icrası açısından da var olabilir. Burada, -İYUK'un 80. maddesinin değişiklik gerekçesinde ortaya konduğu üzere (BTDrucks 9/1905, s. 5)- basit yargılama usulü, fiilen esasa dair yargılamanın işlevini üstlenir. Dava konusu olayda, Toplanma Yasası'nın ilgili hükümlerinin Anayasa açısından nasıl değerlendirilmesi ve yorumlanması gerektiğine ve kitlesel gösterilerin yasaklanması ve bu yasağın acil icrası bakımından Anayasa'nın 8. maddesinin sağladığı temel hak güvencesi doğrultusunda hangi ölçütlerin göz önüne alınmak zorunda olduğuna dair, yargılamanın özünü oluşturan meseleler, temel anayasal önemi haizdir. Şimdiye dek bu temel hakka dair anayasal bir içtihadın var olmaması nedeniyle bu durum, kabul edilebilirlik niteliğinin onaylanmasını da haklı kılar. Anayasa şikâyetleri hakkındaki karar, başka olgusal inceleme gerektirmemektedir.

**2.** Anayasa şikâyetleri, gerekli hukuki menfaat açısından eksiklik taşımamaktadır. Özellikle de gösteri tarihinin geçmiş olması ve böylelikle yasağa dair acil icranın konusuz hale gelmesi gerekçesiyle hukuki menfaat açısından bir eksiklik olduğu söylenemez. Yerleşik içtihat uyarınca, eğer aksi halde temel bir anayasa hukuku meselesinin çözümü gerçekleşmeyecek ve [davaya konu olan] müdahale özel önem taşıyan bir temel hakka ilişkin ise, anayasa şikâyeti ile elde edilmek istenen talebin karşılanmasının ardından dahi hukuki menfaat varlığını korur (krş. BVerfGE 33, 247 [257 vd.]; 50, 244 [247 vd.]; 53, 30 [54]). Buraya kadarki değerlendirmelerden bu koşulların hâlihazırda var olduğu sonucu çıkmaktadır.

İtirazlarının reddinin ardından esasa dair herhangi bir iddia ileri sürmüş olmamalarına rağmen, birinci başvuru için de korunmaya değer menfaatlerin var olduğu tespit edilebilir. Planlanan gösteriden önceki gece yapmış oldukları anayasa şikâyeti için kabul edilebilirliğe dair herhangi bir kuşku yoktur (geçici tedbir talebine ilişkin karar ile krş. BVerfGE 56, 244 [246]). Bu nedenle birinci başvuru hukuki menfaatleri sadece daha sonraki olgular aracılığıyla ortadan kalkmış olabilir. Fakat birinci başvuru hukuki menfaatleri ile talep ettikleri hususlara ilişkin olarak her halükarda ikinci başvuru sürecinde karar verilecektir; bu nedenle birinci başvuru için hukuki menfaatin devamı bakımından, kabul edilebilirlik koşulu olarak sıkı ölçütler aramaya gerek yoktur (krş. BVerfGE 50, 290 [320]; 62, 117 [144]). Yukarıda değinildiği üzere İYUK'un 80. maddesinin 5. fıkrasına göre gerçekleştirilen yargılamanın anayasal yargı denetimi bakımından hukuken özerk görülmesi gerekir ve birinci başvuru hukuki menfaatleri, hangi koşullar altında gösteri yasağının acil icrasına karar verilebileceğinin anayasa hukuku bakımından netleştirilmesinde çıkarları vardır. Bu nedenlerle, birinci başvuru hukuki menfaatleri gösteri tarihini kaçırılmalarının ardından esasa dair idari yargıda dava açmama, başlangıçta var olan hukuki çıkarların daha sonra ortadan kalktığı kabulünü gerektirmez.

### C.

Anayasa şikâyetleri, Yüksek İdare Mahkemesi'nin, yargılama sürecine davet ile katılanların şikâyetleri üzerine, gösteri yasaklarının acil icrasını, idare mahkemesinin takdir ettiği kapsamı aşan şekilde onaylaması bakımından temele sahiptir. Toplanma Yasası'nın, dolaylı şekilde şikâyete konu teşkil eden ve aynı zamanda itiraz edilen kararlarla ilgili olan hükümleri, anayasal yargı denetiminden geçer.

### I.

Anayasa hukuku açısından denetim ölçütü toplanma özgürlüğü hakkıdır (Anayasa Md. 8).

1. Önceki yargılama sürecinde itiraz edilen önlemler ile bunlara temel oluşturan yasal hükümler, başvuru hukuki menfaatleri, planlanan gösterileri gerçekleştirme özgürlüklerini sınırlandırmıştır. Bu özgürlük; -basit bir araya gelmelerden ya da eğlence amaçlı toplanmalardan farklı olarak- toplantıları ve gösteri yürüyüşlerini, toplumsal, iletişime dayalı gelişimin dışı vurumu olarak koruyan Anayasa'nın 8. maddesinde güvence altına alınmıştır. Bu

koruma, tartışmalar yürütülen ya da münakaşa edilen organizasyonlarla sınırlı değildir, ortak hareket etmenin çeşitli biçimlerini, sözlü olmayan ifade biçimleri de dâhil olmak üzere kapsar. Toplanma özgürlüğünün çarpıcı ya da sansasyonel düşünce açıklaması amaçlarıyla kullanıldığı gösteri özelliği taşıyan eylemler de bu kapsama dâhildir. Önceki yargılama sürecinde, belirli içerikteki düşüncelerin -örneğin çağrı, konuşma, şarkı ya da pankart şeklinde- açığa vurulmasının engellenmesi gerektiğine dair unsurlar bulunmadığı için, gösteriler karşısında alınan tedbirler açısından, 8. maddeye ek olarak ifade özgürlüğü hakkının da denetim ölçütü olarak nasıl kullanılabileceğine dair bir incelemeye gerek yoktur.

2. Aynı zamanda ve öncelikle farklı düşünen azınlıkların çıkarlarını koruyan negatif bir hak olarak Anayasa'nın 8. maddesi, hak öznelerinin; organizasyonun mekân, zaman, tarz ve biçimini özerk bir şekilde belirleme hakkını güvence altına alır ve aynı zamanda kamusal bir toplantıya katılma ya da katılmamaya dair devletin baskı yapmasını yasaklar. Bu açıdan [söz konusu] temel hak, özgürlükçü bir devlet düzeninde özel bir konumu hak eder; engellenmeksizin ve özel izin almaksızın başkalarıyla toplanma hakkı her zaman için, bilinçli yurttaşın özgürlük, bağımsızlık ve olgunluğunun simgesi olmuştur. Fakat aynı zamanda bu özgürlüğün güvencesi, siyasi toplantılara dair uygulamasında, anlamı devlet müdahalesi karşısında korumayı aşarak engellenmemiş kişisel gelişime uzanan temel bir karara vücut verir. Anglo-Amerikan hukuk çevrelerinde doğal hukuk düşüncesinde kök salmış toplanma özgürlüğü, daha erken dönemlerde, halk egemenliğinin ifadesi ve bu doğrultuda, siyasi süreçlere aktif katılıma dair demokratik yurttaşlık hakkı olarak anlaşılmaktaydı (krş. Quilisch, Die demokratische Versammlung, 1970, s. 36 vd.; Schwäble, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, 1975, s. 17 vd.) Benzer şekilde [söz konusu] özgürlüğün anlamı, Federal Almanya İçişleri Bakanı'nın, Polis Sendikası'nın ve Çevrenin Korunması İçin Yurttaş İnisiyatifleri Federal Birliği'nin açıklamalarında vurgulanmış; aynı zamanda doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmiştir.

(krş. özellikle Blumenwitz, Versammlungsfreiheit und polizeiliche Gefahrenabwehr bei Demonstrationen, Festschrift für Samper, 1982, s. 131 [132]; Blanke/Sterzel, Inhalt und Schranken der Demonstrationsfreiheit des Grundgesetzes, Vorgänge 1983, s. 67 [72 vd.]; Denninger, Zwölf Thesen zur Demonstrationsfreiheit, DRiZ 1969, s. 70 vd.; Dietel/Gintzel, Demonstrationsfreiheit und Versammlungsfreiheit, 8. bs, 1985, Einl. s. 1, para. 18 vd., Md. 1'e ve para. 7 vd., Md. 14'e dair, VersG; Frankenberger,

Demonstrationsfreiheit - eine verfassungsrechtliche Skizze, Kritische Justiz 1981, s. 370 [371 vd.]; Frowein, Versammlungsfreiheit und Versammlungsrecht, NJW 1969, s. 1081 vd.; Geulen, Versammlungsfreiheit und Großdemonstrationen, Kritische Justiz 1983, s. 189 [192]; Herzog, (Manunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz), 1981, para. 1 vd., Md. 8'e dair; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14. bs, 1984, s. 157; Hoffmann-Riem, Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1984, para. 27 vd., Md. 8'e dair; krş. v. Münch, Grundgesetzkommentar, 2. bs., 1981, para. 1 vd., Md. 8'e dair; Ossenbühl, Versammlungsfreiheit und Spontandemonstration, Der Staat 1971 [10], s. 53 [59 vd.]; Ott, Kommentar zum Versammlungsgesetz, 4. bs., 1983, s. 27 vd.; Quilisch, a.g.e., s. 108 vd.; P. Schneider, Demokratie in Bewegung, Probleme der Versammlungsfreiheit, Festschrift für Mühlmann, 1969, s. 249 [257 vd.]; Schwäble, a.g.e., s. 18, 65 vd.)

a) Toplanma özgürlüğünün henüz ele alınmadığı anayasa yargısı içtihatlarında, uzun zamandan bu yana ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun vazgeçilmez ve temel öğelerinden biri sayılmaktadır. İfade özgürlüğü, insan kişiliğinin en doğrudan dışa vurumu ve özgürlükçü demokratik bir devlet düzeni için kurucu nitelikte olan, en önemli insan haklarından biri olarak kabul edilir, çünkü ifade özgürlüğü, bu devlet biçiminin varlık koşulu olan sürekli entelektüel tartışmayı ve fikirlerin mücadelesini olanaklı kılar (krş. BVerfGE 7, 198 [208]; 12, 113 [125]; 20, 56 [97]; 42, 163 [169]). Eğer toplanma özgürlüğü, kolektif düşünce açıklaması özgürlüğü şeklinde anlaşılırsa, bu özgürlük için de temel olarak bir farklılık söz konusu olamaz. İfade özgürlüğünün kullanımının kural olarak ayırt edici yanı olan argümantasyon unsurunun gösteriler açısından geri planda olması, bu tespitle bir çelişki oluşturmaz. Gösterici; fiziksel varlığıyla, tamamen kamusal olarak ve medyanın aracılığı olmadan düşüncesini ifade ederken, aynı zamanda kendi kişiliğini doğrudan bir şekilde dışa vurur. Gösteriler, varsayılan ideal hallerinde, görüşlerin ortaklaşa ve bedensel olarak görünür kılınmasıdır. Böylelikle katılımcılar bir yandan söz konusu görüşlerin başkalarıyla birlikte teyit edilmesini deneyimler ve diğer yandan kelimenin gerçek anlamıyla dışarıya karşı -sadece oradaki varlıklarıyla, zuhur etme ve birbirleriyle ilişki biçimleriyle ya da mekân seçimleriyle- pozisyon alırlar ve bakış açılarını ortaya koyarlar. Bu tür düşünce açıklamalarının demagoji aracılığıyla kötüye kullanılabilmesi ve sorunlu bir şekilde duygusallaştırılabilmesi tehlikesi, toplantı özgürlüğü konusundaki temel



değerlendirmeler açısından ancak ifade ve basın özgürlüğü alanındaki kadar düşük düzeyde belirleyici olabilir.

**b)** Toplanma özgürlüğünün temel önemi, siyasi iradenin oluşum sürecinin demokratik bir toplumdaki özgün şekli dikkate alındığında, çok daha belirgin hale gelir. Komünist Parti kararında ifade edildiği üzere özgürlükçü demokratik düzen; tarihsel olarak gelişen ve şu anda var olan devlet ve toplum ilişkilerinin geliştirilebilir ve geliştirilmesi gereken ilişkiler olduğuna dair temel anlayış üzerinde yükselir ve böylelikle, siyasi iradenin sürekli yenilenen kararları aracılığıyla yerine getirilmesi gereken ebedi bir ödev ortaya çıkar (BVerfGE 5, 85 [197]). Siyasi iradenin bu kararlarının oluşum yöntemi; sürekli entelektüel tartışma, karşılıklı kontrol ve eleştiri aracılığıyla, devlet içinde etkin siyasi güçler arasında ortaya çıkan denge- nin sonucunda ve bu siyasi güçlerin toplamı olarak şekillenen (görece) doğru bir politik hat için en sağlam güvenceyi sağlayan, bir deneme-yanılma süreci olarak tasvir edilmiştir (a.g.k. [135]; ayrıca krş. BVerfGE 12, 113 [125]). Siyasi partilerin finansmanına dair daha sonraki kararda bu değerlendirmelerden yararlanılmış ve bir demokraside siyasi iradenin oluşumunun, devlet organlarından halka doğru değil de halktan devlet organlarına doğru bir seyir izlemesi gerektiği vurgulanmıştır; yurttaşların siyasi iradenin oluşumuna katılım hakkı sadece seçimlerde oy verme sırasında ortaya çıkmaz; demokratik bir devlette özgürce, açık olarak, herhangi bir düzenlemeye tabi olmadan ve prensip itibarıyla "devlet müdahalesinden azade" şekilde gerçekleşmesi gereken siyasi görüşlerin oluşum sürecini etkilemek de bu katılım hakkının parçasıdır (BVerfGE 20, 56 [98 vd.]).

Yurttaşlar bu sürece farklı derecelerde katılırlar. Büyük örgütler, finansal olarak güçlü durumdaki bağış verenler ya da kitle iletişim araçları önemli etkiler yaratabilirken, yurttaşlar bu süreçte kendilerini daha ziyade aciz hissederler. Medyada doğrudan yer bulmanın ve böylelikle kendini ifade etme şansının az sayıda insana mahsus olduğu bir toplumda, organize bir şekilde siyasi partilere ve örgütlere katılmak dışında genel olarak bireylere kalan sadece, gösteriler için toplanma özgürlüğünü kullanmak suretiyle kolektif bir etki yaratma olanağıdır. Bu özgürlüğün engellenmeden kullanılması sadece siyasi olarak acizlik düşüncesine ve siyasete ilgisizliğe yol açan tehlikeli eğilimler karşısında etki doğurmaz. Siyasi iradenin oluşumundaki güç dengesinin, ancak tüm bileşenlerin belirli düzeyde kuvvetli gelişimi halinde, görece doğru çıktılar üretebilmesinin mümkün olması nedeniyle de, toplanma özgürlüğü nihai olarak kamu yararına hizmet eder.

Tüm bu değerlendirmelerin yanı sıra toplanmalar öğretilerde doğru bir tespitle demokratik açıklığın temel ögesi olarak tanımlanmaktadır: "Toplanmalar; ... siyasi süreçler üzerinde kamusal etki yaratılmasına, çoğulcu inisiyatiflerin ve alternatiflerin gelişimine ya da eleştiri ve protestoya imkan tanır... ; bir parça özgün ve ehlileştirilmemiş doğrudan demokrasi içerir ki bu, siyasi faaliyetleri yoğun bir rutine gömülme tehlikesinden korumaya yarar (Hesse, a.g.e., s. 157; aynı doğrultuda Blumenwitz, a.g.e. [s. 132 vd]). Özellikle de parlamenten temsilî sistemlere dayanan ve referandumlar aracılığıyla az sayıda katılım hakkının tanındığı demokrasilerde toplanma özgürlüğü temel ve vazgeçilmez bir işlevsel öneme sahiptir. Bu tür demokrasilerde -bir iktidar değişiminin ardından kolayca geri döndürülemeyecek ve herkes için ağır sonuçlar doğuran kararların alınmasında dahi- esas olarak çoğunluk ilkesi geçerlidir. Öte yandan bu tür demokrasilerde, seçimler arasında seçmen çoğunluğunun dahi etkisi büyük ölçüde sınırlıdır; devlet iktidarı özel organlar aracılığıyla kullanılır ve üstün bir bürokratik aygıt tarafından yönetilir. Genel itibarıyla, bu organlar tarafından çoğunluk ilkesine dayalı olarak alınan kararlar, azınlıkların korunmasını etkin olarak sağlayabildikleri ölçüde, meşruiyet kazanır; siyasi görüşlerin ve iradenin oluşumuna azınlıkların önceden yeterli düzeyde tesir edebilmeleri, bu kararların [toplumsal] kabulünde etkili olur (krş. BVerfGE 5, 85 [198 vd.]). Protesto gösterisi, temsilî organların olası kötüye kullanımların ve hataların farkına varmamaları ya da vaktinde farkına varmamaları ya da başka çıkarları gözeterek, bu kötüye kullanım ve hataları kabullenmeleri halinde, özellikle gerekli olabilir (krş. BVerfGE 28, 191 [202]). Öğretilerde toplanma özgürlüğünün temsilî sistemler için taşıdığı istikrar sağlayıcı işlev haklı olarak belirtilmiştir; bu özgürlük, memnuniyetsiz bireylere, hoşnutsuzluk ve eleştirilerini kamusal düzeyde açığa vurma ve giderme imkânı sağlar. [Bu özgürlük ayrıca], potansiyel sorunları açığa çıkaran, entegrasyon sorunlarını görünür ve resmi politikaların yönünün düzeltilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını mümkün kılan bir politik erken uyarı sisteminin vazgeçilmez koşulu olarak işlev görür. (Blanke/Sterzel, a.g.e. [69]).

## II.

Toplanma Yasası'nın, önceki yargılama süreçleri bakımından belirleyici nitelikteki hükümleri, toplanma özgürlüğünün temel önemi dikkate alınarak yorumlanmaları ve uygulanmaları halinde, anayasal gerekleri karşılar.

1. Yüksek düzeydeki önemine karşın toplanma özgürlüğü koşulsuz olarak korunmamaktadır. Anayasa'nın 8. maddesi, sadece "barışçıl ve silahlı toplanma" hakkını güvence altına alır (krş. aşağıda III 3.a) ve ayrıca bu hakkın açık alanlardaki toplantılar bakımından yasa kaydı ile sınırlandırılmasını öngörmüştür. Böylelikle Anayasa; dış dünyaya etkisi nedeniyle, toplanma özgürlüğünün açık alanlarda kullanımına dair, bir yandan söz konusu özgürlüğün kullanımının koşullarını sağlamak, öte yandan başkalarının çatışan çıkarlarını yeterli düzeyde korumak adına -bilhassa organizasyon ve usul bakımından- özel düzenlenmelere ihtiyaç olduğu hususunu dikkate almıştır.

Weimar Anayasası'nın 123. maddesinde, açık alanlardaki toplantıların "yasa uyarınca bildirim yükümlülüğüne tabi tutulabileceği ve kamu güvenliği için doğrudan tehlike halinde yasaklanabileceği" açıkça ifade edilmişken, [yürürlükte olan] Anayasa, içeriksel olarak sınırlandırılmamış gözükken basit bir yasa kaydı ile yetinmiştir. Fakat bu, söz konusu temel hakkın sahip olduğu anayasal güvencenin geçerlilik gücünün, yasa koyucunun, bu hakkın özüne saygı göstererek bıraktığı alanla sınırlı olduğu anlamına gelmez. Federal İçişleri Bakanı'nın yerinde bir şekilde ifade ettiği üzere aynı husus, Anayasa'nın lafzına göre sınırını, genel nitelikteki yasaların çerçevesinde bulan, fakat sıradan yasalar aracılığıyla kapsamının keyfi olarak daraltılması mümkün olmayan ifade özgürlüğü açısından da geçerlidir (buna dair temel olarak bkz. BVerfGE 7, 198 [207 vd.]; ayrıca krş. BVerfGE 7, 377 [404]). Tüm sınırlandırıcı düzenlemelerinde yasa koyucu, yukarıda tartışılan ve Anayasa'nın 8. maddesinde somutlaşan anayasal tercihi dikkate almak zorundadır; toplanma özgürlüğünün kullanımını sadece, eşit ağırlıktaki başka bir hukuki menfaatin korunması adına ve ölçülülük ilkesini sıkı bir şekilde gözeterek sınırlandırabilir.

İdari makamların ve mahkemelerin, yasa koyucu tarafından yürürlüğe konan [söz konusu] temel hakkı sınırlayıcı yasaları yorumlama ve uygulama sürecinde, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına dair hükümlerin yorumlanması bakımından dikkate alınan hususlar aynen geçerlidir (krş. BVerfGE 7, 198 [208]; 60, 234 [240]; toplanma özgürlüğüne dair hukuki durum için bkz. BVerwGE 26, 135 [137]). Toplanma özgürlüğünü sınırlandıran müdahalelere dair gereklilik, bu özgürlüğün kullanımı sırasında göstericinin, üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmesi durumunda ortaya çıkar. Bu tür müdahaleler esnasında da devlet organları, temel hakları kısıtlayan yasaları her zaman için bu temel hakkın özgürlükçü demokratik bir devletteki temel önemi ışığında yorumlamalı ve alacakları tedbirleri, eşit

ağırlıktaki hukuki menfaatlerin korunması için gerekli olan hususlarla sınırlı tutulmalıdırlar. İdari makamların özellikle; temel hakkı sınırlayıcı yasaların uygulanmasını aşan, ulaşım yollarının engellenmesi ve ağırdan alan, caydırıcı kontroller gerçekleştirilmesi suretiyle bir gösteriye katılımı makul olmayan düzeyde zorlaştıran ya da gösterinin devlet müdahalesinden masun, düzenlenmemiş karakterini, aşırı ölçüde denetim ve kayıt yükümlülükleriyle değiştiren tedbirleri, bu gerekliliklere aykırı olur (krş. BVerfGE 65, 1 [43]).

2. Yasa koyucunun, Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan yasa kaydına dayanarak yürürlüğe koyduğu Toplanma Yasası hükümlerinden, sadece 14. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen bildirim yükümlülüğü ve 15. maddede düzenlenen gösterinin dağıtılmasına ve yasaklanmasına dair koşullar, önceki yargılamalar bakımından önem taşır. Bildirim süresi ve toplantının sorumlu düzenleyicisinin bildirimine dair hükümlerin incelenmesi gerekli değildir; ne idari makamlar ne de mahkemeler, kararlarını bu hükümlere dayanarak kurmuşlardır.

a) Toplanma Yasası'nın 14. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen bildirim yükümlülüğü Weimar Anayasası'nda toplanma özgürlüğünün sınırlandırılmasında meşru bir ölçüt olarak açıkça öngörülmüştü. Federal İdare Mahkemesi'nin görüşüne göre bildirim yükümlülüğü, toplanma özgürlüğünün sınırlandırılmasında -kural olarak- çok düşük bir etkiye sahiptir (BVerwGE 26, 135 [137 vd.]). Federal Adalet Mahkemesi (krş. BGHSt 23, 46 [58 vd.]) ve öğretideki baskın görüş de bildirim yükümlülüğüne dair düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmaktadır. Bildirim yükümlülüğünün istisnaları olduğu ve bu yükümlülüğün ihlalinin otomatik olarak bir toplantının yasaklanması ya da dağıtılmasını haklı kılmadığı dikkate alındığında, söz konusu yaklaşımlara katılmak gerekir.

Bildirim yükümlülüğü yalnızca açık alanlardaki toplantılar için geçerlidir, çünkü bu tür toplantılar, dışsal etkileri nedeniyle çoğu kez özel tedbirler gerektirir. Bildirimin içerdiği ayrıntılar, ilgili makamlara gerekli bilgileri sağlamalıdır. Böylelikle söz konusu makamlar, bir yandan toplantının mümkün olduğunca kesintisiz bir seyir izlemesi için yapılması gereken trafik düzenlemelerine ve alınması gereken diğer tedbirlere, diğer yandan üçüncü kişilerin çıkarları ve ortak yararlar açısından neyin gerekli olduğuna ve her iki çıkarın nasıl uzlaştırılabileceğine dair genel bir resim oluşturabilirler (krş. BTDrucks 8/1845, s. 10). Baskın olan görüşe göre, güncel bir sebeple aniden oluşan spontane gösterilerde süresi içinde bildirim

yapma yükümlülüğü ortadan kalkar (krş. BVerwGE 26, 135 [138]; Ba-yObLG, NJW 1970, s. 479; Dietel/Gintzel, a.g.e., para 23 Md. 1'e ve para. 18 vd., Md. 14'e dair, VersG; Herzog, a.g.e., para. 48, 82 ve 95, Md. 8'e dair, GG; v. Münch, a.g.e., para. 10, Md. 8'e dair, GG; Hoffmann-Riem, a.g.e., para. 47, Md. 8'e dair, GG; Frowein, a.g.e. [1085 vd.]; Ossenbühl, a.g.e. [65 vd.]; P. Schneider, a.g.e. [264 vd.]). Spontane gösteriler Anayasa'nın 8. maddesinin koruması altındadır; bu gösteriler ile hedeflenen amaca, Toplanma Yasası'nda yer alan hükümlere uyulması durumunda erişilemeyecekse, söz konusu hükümler bu gösterilere uygulanamaz. Spontane gösterilerin, yasadaki bu hükümler dikkate alınmadan hukuken tanınması, Anayasa'nın 8. maddesinin 1. fıkrasının esas olarak "bildirimde bulunmadan ya da izin almadan" toplanmayı güvence altına aldığı; 2. fıkra uyarınca bu özgürlüğün açık alandaki toplanmalar açısından yasaya dayanarak sınırlandırılabilirliği, fakat bu tarz sınırlandırmaların 1. fıkranın sağladığı güvenceyi belli türdeki toplantılar için tamamen ortadan kaldırmayacağı ve daha ziyade bu güvencenin, yukarıda tespit edilen koşulların gerçekleşmesi halinde, bildirim yükümlülüğünden azade kılacağı gerekçeyle meşrulaştırılabilir.

Spontane gösterilere dair bu değerlendirme, toplantıların düzenine dair yasal hükümlerin, bir temel hak olan toplanma özgürlüğü ışığında uygulanması ve gerektiğinde bu özgürlük karşısında geri plana itilmesi zorunluluğuna dayanır. Toplanma ve gösteri yürüyüşlerinin yapılmasını güvence altına alan Toplanma Yasası değil, [anayasada düzenlenen] toplanma özgürlüğüdür; Toplanma Yasası sadece, gerekli hallerde yapılabilecek sınırlandırmaları öngörür. Bildirim yükümlülüğünün ihlalinin otomatik olarak bir toplantının yasaklanması ya da dağıtılmasına yol açmayacağı olgusu, bu tespitle uyum içindedir. Gerçi bildirim yapılmamış bir toplanmayı organizatör ya da lider sıfatıyla "yürüten" kişi cezalandırılabilir bir eylem gerçekleştirmiş olur (Md. 26 VersG). Ayrıca Toplanma Yasası'nın 15. maddesinin 2. fıkrası, yetkili makamların açık alanlardaki toplanma ve gösteri yürüyüşlerini, eğer bunlar için bildirim yapılmamışsa, dağıtma "bile"ceklerini düzenlemektedir. Federal İçişleri Bakanı bir başka yaptırım olarak önleyici bir yasaklamanın, yasadaki açıkça tanımlanmış dağıtma önleminden daha yumuşak bir araç oluşturabildiği ölçüde, mümkün olduğunu ifade etmiştir. Fakat dağıtma ve yasaklama her halükarda yetkili makamların hukuki bir yükümlülüğü değil, toplanma özgürlüğünün yüksek değeri karşısında ancak müdahale için gerekli diğer koşulların oluşması halinde, görev gereği kullanılabilir bir yetkidir; bildirim yapılmaması

ve bununla bağlantılı olarak ortaya çıkan bilgi eksikliği bu müdahaleyi yalnızca kolaylaştırır.

Bildirim yükümlülüğü istisnasız olmamakla ve bu yükümlülüğünün ihlali otomatik olarak dağıtma ve yasaklamaya yol açmamakla birlikte, önemli kamu menfaatlerine dayanan bu yükümlülüğün her koşulda ölçüsüz olduğu kabul edilemez. Spontane gösteriler için istisnai değerlendirmeleri meşru kılan farklı özelliklerin, büyük gösteriler için var olup olmadığı ve ne ölçüde var olduğu, farklı bir bağlam içinde tartışılmalıdır (bkz. aşağıda III.2.).

**b)** Yetkili makamlara, toplanmaları belirli koşullara tabi kılma ya da yasaklama ya da dağıtma yetkisini; bu "kararların verilmesi esnasında teşhis edilebilen koşullara göre toplantı ya da yürüyüşün gerçekleşmesi ile kamu güvenliği ya da düzeni doğrudan tehlike altına girmiş ise" tanıyan Toplanma Yasası'nın 15. Maddesi de, anayasa uygun olarak yorumlanması koşuluyla anayasaya uygunluk denetiminden geçer.

Başvurucular ve Çevrenin Korunması İçin Yurttaş İnisiyatifleri Federal Birliği, müdahalenin koşulu olan "kamu güvenliği ya da düzeninin tehlikeye düşmesi" kavramlarının belirsizliği nedeniyle itirazlarını dile getirmişlerdir ki onlara göre, müdahaleye dair kararın, alt düzeydeki idari makamların ve adli kolluğun takdir yetkisi kapsamında olması, bu kavramları daha da sorunlu haline getirmektedir. Buna karşın -Federal İçişleri Bakanı'nın yerinde olarak tespit ettiği üzere- söz konusu kavramlar, kolluk güçlerine dair mevzuat aracılığıyla yeterli düzeyde açık bir içeriğe kavuşmuştur (krş. Drews/Wacke/Vogel/Martens, *Gefahrenabwehr*, 8. bs, 1977, Cilt 2, s. 117 vd. ve 130 vd.). Buna göre "kamu güvenliği" kavramı; bireyin yaşam, sağlık, özgürlük, şeref, mülkiyet ve servetinin yanı sıra hukuk düzeninin ve devlet kurumlarının bütünlüğü gibi temel hukuki menfaatlerin korunması kapsar. Bu kapsamda eğer korunan bu menfaatlere yönelik cezalandırılabilir bir ihlal tehdidi söz konusu olursa, kural olarak kamu güvenliğinin tehlikeye düştüğü varsayılır. "Kamu düzeni" kavramından, o zaman diliminde hâkim pozisyonda olan toplumsal ve etik görüşlere göre, uyulması, belirli bir bölgede, düzenli bir müşterek insani yaşamın vazgeçilmez koşulu olarak görülen, yazılı olmayan kurallar bütünü anlaşılır.

Kuşkusuz kavramlara dair bu açıklamalar tek başına, yasanın Anayasa'ya uygun bir şekilde uygulanmasını garanti etmez. Anayasal bir değerlendirme için önem taşıyan iki sınırlandırma bulunmaktadır. Bu sınırlamalara yasanın kendisi yer vermektedir ve bunlar, yasaklama ve dağıtmanın

esasen bir seçenek olarak sadece temel hukuki menfaatlerin korunması amacıyla değerlendirilebilmesine yol açar. Tek başına kamu düzeninin tehlikeye düşmesi, genel olarak bu araçların kullanılması için yeterli değildir.

Birincisi; son çare olarak (*ultima ratio*) yasaklama ve dağıtma, koşulların gerektirdiği daha hafif bir aracın önceden tüketilmesini gerektirir (aynı doğrultuda bkz. BVerwGE 64, 55). Bu, ölçülülük ilkesine dayanmaktadır. Fakat bu sadece, aracın seçilmesindeki takdir yetkisini kısıtlamaz, aynı zamanda yetkili makamların karar vermedeki takdirini de kısıtlar. Anayasal bir temel hak olarak korunan toplanma özgürlüğü ancak, özgürlüğün önemini dikkate alan bir çıkar dengelemesi, bunun, diğer eş düzeydeki hukuki çıkarların korunması açısından gerekli olduğunu ortaya koyarsa geri plana çekilir. Dolayısıyla, bu özgürlüğün sınırlandırılmasını alelade herhangi bir çıkar meşrulaştırmaz; bu temel hakkın kullanımının kitlesel niteliği neticesinde zorunlu olarak ortaya çıkan ve toplantının amacı üzerinde olumsuz etki yaratmadan kaçınılması mümkün olmayan rahatsızlıklara, genel olarak üçüncü kişilerin tahammül etmesi gerekir. GöstERICİLERİN ve akan trafiğin sokaklarda bir arada olması -kural olarak- düzenlemeler aracılığıyla sağlanabileceği için, tek başına trafiğin akışına dair gerekçeler, toplanmaların yasaklaması için oldukça düşük bir düzeyde dikkate alınabilir.

İkinci olarak, idari makamların müdahale yetkisi, yasaklama ve dağıtmanın yalnızca kamu güvenliğinin ya da düzeninin "doğrudan tehlike altına girmesi" halinde meşru olması ile sınırlanmıştır. Doğrudanlık ögesi vasıtasıyla, müdahale koşullarına genel kolluk mevzuatından daha sıkı bir çerçeve çizilmiştir. Burada gerekli olan, her bir somut olayda bir tehlike tanımı yapılmasıdır. Gerçi bu her zaman için olasılığa dair bir karar içerir; ama bu kararın dayanakları kanıtlanabilmelidir ve kanıtlanmalıdır. Bu doğrultuda yasa, alınan kararın "teşhis edilebilen koşullara", diğer bir ifadeyle olgu, vaka ve diğer keyfiyetlere dayanması gerektiğini, sadece kuşku ya da tahminlerin yeterli olamayacağını ifade etmiştir. Toplanma özgürlüğünün temel önemini dikkate alarak idari makamlar, özellikle önleyici bir yasaklama kararı alırken, tehlike teşhisine dair ölçütleri genişletmemelidir, çünkü söz konusu makamlar karara dair değerlendirmeyi hatalı yapsalar bile, daha sonradan [toplanmayı] dağıtma imkânına sahiptirler. Somut olayda hangi ölçütlerin gerekli olduğuna öncelikle yerel mahkemeler karar vermelidir (krş. bir yandan Dietel/Gintzel, a.g.e., para. 12, Md. 15'e dair, VersG, şuraya atıfla BVerwGE 45, 51 [61]; diğer yandan Ott, a.g.e., para.

5, Md. 15'e dair, VersG ve Werbke, NJW 1970, s. 1 [2]; benzer şekilde OVG Bremen, DÖV 1972, s. 101 [102]; OVG Saarlouis, DÖV 1973, s. 863 [864] ve Federal Almanya Parlamentosu'nun Adalet Komisyonu Raporları için bkz. 1978, BTDrucks 8/1845, s. 11). Bu ölçütlere somut koşullarından izole olarak Anayasa'da yer vermek oldukça zordur. Daha ziyade bu ölçütler, düzenleyicilerin kitlesel gösterilerde işbirliğine dayalı hazırlıklara ne düzeyde açık olduğu ve endişe edilen karışıkları, yalnızca üçüncü kişilerin mi yoksa küçük bir azınlığın mı yarattığı gibi hususlara bağlı olabilir. (krş. aşağıda III.1. ve 3.). Eğer Toplanma Yasası'nın 15. maddesinin yorumlanmasında ve uygulanmasında, yasaklamaların ve dağıtımların; ölçülülük ilkesi gözetilerek sadece önemli toplumsal çıkarların korunması amacıyla ve sadece, bu hukuki çıkarların doğrudan ve teşhis edilebilir koşullardan çıkarsanan bir tehlikeye düşmesi halinde gerçekleştirilmesi sağlanırsa, bir bütün olarak bu madde Anayasa'nın 8. maddesi ile uyumludur.

### III.

Toplanma Yasası'nın yukarıda tartışılan hükümlerinin kitlesel gösteriler için de geçerli olduğu konusunda anayasa hukuku bakımından bir itiraz söz konusu olamaz. Yine de bu hükümlerin uygulanmasında, bu tür gösterilerin barışçıl bir şekilde sürmesini mümkün kılabilmek için gösterilen çabalar sonucunda derlenen ve başarısı sınırlanmış deneyimlerden yararlanmak gerekir.

1. Önceki yargılama süreçlerinde sunulan raporların ve Stuttgart Tartışmaları'nın sonucunun (bkz. yukarıda A.) ortaya koyduğu üzere; 1979 Gorleben Yürüyüşü, 1981 Bonn Barış Gösterisi ya da 1983 Güney Almanya İnsan Zinciri türü gösterilerin barışçıl seyrine pek çok öge etki eder. Hukuki durumun zamanında netleştirilmesinin yanı sıra her iki tarafta da provokasyon ve agresif motivasyonların olmaması; düzenleyicilerin, katılımcıları barışçıl davranma ve şiddet uygulayanları izole etme doğrultusunda yönlendirmesi; devlet gücünün, gerektiğinde polisten arındırılmış alanlar oluşturarak, kendini sağduyulu bir şekilde geri planda tutması ve aşırı tepkilerden kaçınması ve özellikle de her iki tarafın birbirini tanıdığı, bilgi paylaştığı ve mümkünse, öngörülemez çatışma durumlarının aşılmasını kolaylaştıracak, güvene dayalı bir iş birliği kurduğu bir iletişimin vaktinde inşası, bu öğeler arasında yer alır.



Bu deneyimlerin dikkate alınmasına dair bir yükümlülüğün, koruma yükümlülüğünden hâlihazırda çıkarsanabileceği hususunu karara bağlamaya gerek yoktur. Polis Sendikası'nın görüşüne göre devlet makamları için [bu] koruma yükümlülüğü, diğer yüksek değerdeki temel hak güvencelerine benzer şekilde Anayasa'nın 8. maddesinde var olan anayasal temel yaklaşımdan kaynaklanır ve toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin gerçekleşmesini mümkün kılmanın yanı sıra bu temel hakkı, üçüncü kişilerin taciz ve taşkınlıklarından korumayı amaçlar. Her halükarda yakın tarihli anayasa mahkemesi içtihadı dikkate alınmalıdır. Buna göre temel haklar yalnızca maddi hukukun şekillenmesini etkilemez, aynı zamanda, temel hak korumasını etkin kılacak organizasyonel ve usuli biçimlerin oluşturulması için ve ayrıca, var olan usul kurallarının temel hakları kollayıcı biçimde uygulanması için de ölçütler koyar (krş. BVerfGE 53, 30 [65 vd. ve 72 vd.]; daha yakın tarihli kararlar için bkz. BVerfGE 56, 216 [236] ve 65, 76 [94]; 63, 131 [143]; 65, 1 [44, 49]). Bu içtihadın, toplanma özgürlüğü de esaslı bir usuli ve organizasyonel içeriğe sahip olduğu için, bu temel hakka uygulanması hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. Bir özgürlük olarak bu temel hak, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin içeriğinin biçimlendirilmesi hususunda bir yönlendirme içermez, bunu düzenleyicinin özgür kararına bırakır ve toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin gerçekleştirilmesi için gerekli olan organizasyonel çerçeveyi çizmekle yetinir. Devlet makamlarının, barışçıl yürütülmüş kitlesel gösteri örneklerine uygun olarak toplanmanın sürdürülmesi amacına yönelik bir tutum alması ve yeterli sebep olmaksızın, başarısı kanıtlanmış tecrübelerin gerisinde kalmaması gerekliliği, özgürlüklerin usul hukuku açısından etkinleştirilmesi çabası ile uyumludur. Bu tecrübelerin sadece göz önüne alınmaması, ayrıca fiilen de denenmesi yükümlülüğü, bunun yasaklama ya da dağıtma şeklindeki müdahalelere nazaran daha yumuşak bir araç olması nedeniyle de, anayasal olarak gerekçelendirilebilir. Devlet makamları kitlesel gösterilen yürütülmesini için bu şekilde ne derece ciddi çaba gösterirlerse, daha sonra bu çabalarının sonuçsuz kalmasının ardından gerçekleştirecek yasaklama ve dağıtmalar, idari yargı denetimine de o denli dayanıklı olacaktır.

Tabii yukarıda belirtilen, devlet makamlarına yönelik usuli talepler, tehlikeden koruma şeklindeki polisiye görevleri kökten değiştirecek ya da örneğin daha esnek müdahale stratejilerini olanaksız kılacak derecede genişletilmemelidir. Aynı şekilde ve daha da önemlisi; gerek gösterilerin, siyasi düşünce ve irade oluşumuna, ilkesel olarak devlet müdahalesinden

azade ve düzenlemelerle yön verilmemiş katkılar şeklinde ortaya çıkan karakterinin, gerekse düzenleyicilerin, gösterilerin biçim ve içeriğini özerk olarak belirleme hakkının altını oyacak talepler, gösterilerin düzenleyici ve katılımcılarına yöneltilemez. Düzenleyici ve katılımcılardan talep edilecek husus sadece, barışçıl olmayan tutumlardan kaçınmaları ve üçüncü tarafın çıkarlarına müdahaleyi asgariye indirmeleri olursa, bu son öge karşılanmış olur. Gösterici ve katılımcıların bu yükümlülüğü doğrudan, temel hakların sağladığı korumadan ve bu korumanın başkalarının temel haklarıyla uyumundan kaynaklanır. Daha geniş usuli yükümlülükler, bu temel hakkın kullanımının toplumla ilişkisiyle ve kitlesel gösterilerin etkilerinin ortaya çıkmasına neden olan kişilerin ortak sorumluluğuyla gerekçelendirilebilir. Bu tür yükümlülükleri, [Anayasa'nın 8. maddesinde] yer alan yasa kaydının çerçevesi ve sınırları içerisinde, yukarıda değinilen deneyimleri değerlendirerek yasal düzlemde daha ayrıntılı olarak düzenlemek, yasa koyucuya bırakılmalıdır. Tabii ki düzenleyici ve katılımcıların; yasa koyucunun ayrıntılı düzenlemesi olmadan da, kitlesel gösteriler için sınanmış deneyimlerden çıkarsanabilecek tavsiyeleri, mümkün merteye kendi inisiyatifleriyle dikkate almaları yerinde bir yaklaşım olur. İdari pratik ve yargısal içtihat her halükarda bu tür bir eğilimi desteklemekle anayasal olarak yükümlüdür: Düzenleyiciler; kitlesel gösterilerin bildirim sürecinde, tek taraflı güven sağlayıcı tedbirlerin alınmasına ve hatta gösterinin sürdürülmesi amacına yönelik bir işbirliğine ne denli hazırsa, kamu güvenliği ve düzeninin tehlikeye düşmesi nedeniyle yetkili makamların müdahale etmesi için gereken eşik de o oranda yükselir.

**2. Çevrenin Korunması İçin Yurttaş İnisiyatifleri Federal Birliği'nin görüşünün aksine Anayasa'dan, kitlesel gösterilerin, Toplanma Yasası'nın 14. maddesinde yer alan bildirim yükümlülüğünden, spontane gösteriler gibi müstesna tutulacağı çıkarsanamaz.**

1953 tarihli Toplanma Yasası'nın geleneksel, disiplini bir şekilde organize edilen ve yönetilen toplantılara yönelik olduğu doğrudur (krş. Almanya Federal Meclisi, 83. Oturum Stenografik Tutanakları, 12 Eylül 1950, s. 3123 vd.). Buna karşın son yıllarda toplantıların hem organizasyonunda hem de yürütümünde bir dönüşüm yaşanmaktadır. Pek çok sayıda tekil grup ve inisiyatif, belirli bir organizasyonel bağ oluşturmadan ve kısmen farklılaşan amaçlarla ortak bir sebep vesilesiyle – özellikle çevrenin ve barışın korunması alanlarındaki konularda- bir araya gelmekte ve harekete geçmekte, tartışmakta ve ortaklaşa gösteriler organize etmektedir. Tüm bileşenler, hazırlık ve yürütme açısından temelde eşit yetkiye sahip

oldukları için, düzenleyici ve yürütücüye dair aslen sorunsuz gözükene tasavvurlar bu tür gösterilere pek de uymamaktadır. Ayrıca bireylerin, düzenleyici ve yürütücü sıfatıyla sorumlu olarak ortaya çıkma eğilimi zayıflayabilmektedir, çünkü ceza ya da sorumluluk hukukundan kaynaklanan bir isnat ile karşılaşma riski, açık düzenlemelerin ya da öngörülebilir içtihatların eksikliği nedeniyle en azından bir süre için tahmin edilemez düzeydeydi.

Bununla birlikte, bu tür dönüşümlerden sonuçlar çıkarmak ve Toplanma Yasası'nın düzenlemelerini geliştirmek öncelikle yasa koyucunun görevidir. Bu gerçekleşmediği sürece, toplanma özgürlüğüne ilişkin düzenlemelerin eksik olarak nitelendirilmesi gerektiği ve Anayasa'nın 8. maddesinin sağladığı korumanın, 1953 yılındaki yasa koyucunun, hakkında düzenlemeler yaptığı toplanmaları aşacak şekilde genişlediği göz ardı edilemez. Fakat değinilen dönüşümler, kitlesel gösterilerdeki bildirim yükümlülüğünün Anayasa'dan kaynaklanan bir gereklilik olarak ortadan kalması sonucunu doğurmaz, yalnızca bildirim farklı bir işleve sahip olmasına yol açar:

Çok sayıda grup tarafından gerçekleştirilen bir gösteriye öngelen açıklık ve kamusal tartışma aracılığıyla yetkili makamlar genel olarak [gösterinin] zamanı ve mekânı ve hatta konseptine dair ayrıntılar hakkında zaten bilinenmiş olurlar. Buna rağmen bu tür kitlesel toplantılarda bildirim, kitlesel gösterilerde de uygulanması gerekebilecek tedbirlerin de, muhataplara yöneltilmesi gerekliliği nedeniyle rasyonel bir anlam taşır. Bunun dışında bildirim aracılığıyla kurulan iletişim, birbirini tanımayı aşarak, değinilen nedenlerle yetkili makamların hazır olması gereken ve gösteriyi yürütenler açısından da kendi çıkarları için tavsiyeye şayan olan bir diyalog ve işbirliğini mümkün kılar. Böylelikle daha sürecin başında, karşıt çıkarlar, muhtemel çatışma durumları ve karşılıklı yükümlülükler açıkça ortaya çıkar. Ayrıca yetkili makamların geleceğe dönük tespitlerinin güvenilirliği ve [yine bu makamların] tepki eşiği yükselir. Kitlesel bir gösteriye dair düzenleyiciler ve kolluk güçleri tarafından yürütülen özenli hazırlıklar ve buna uygun bir işbirliği aynı zamanda gösterilerin barışçıl olmayan bir seyir izlemesi tehlikesini azaltır. Bu koşullarda bildirim yükümlülüğünün temel geçerliliği sürebilir ve sürmelidir. Tekil gruplar ya da bireyler, topluca bir bildirim ya da yönetim gerçekleştirme konusunda kendilerini yetersiz görürlerse, kitlesel gösterilerdeki düzenleyici yapının karmaşıklığı nedeniyle, doğal olarak, toplanma yasasının 14. maddesinin, 15. maddenin 2. fıkrasıyla bağlantılı biçimde anayasaya uygun yorumu gerekli hale gelir.

Kendini diyaloga açık bir konumda ortaya koymaya ve sorumluluk almaya yönelik olarak sahip olunan sadece kısıtlı bir yetki ve bunlar için sadece sınırlı şekilde hazır olma imkânı, bildirim yapılmaması durumundaki muhtemel yaptırımların denetimi sırasında göz ardı edilemez. Bütün sorumluluğu taşıyan bir bildirim sahibinin eksikliği sadece, yetkili makamların karışıklıklar sırasındaki müdahale eşiğinin -spontane gösterilerde olduğu gibi- düşebilmesi sonucu doğurur. Tabii bunun için de yetkili makamların, dürüst bir işbirliği olanağının sunulması gibi usuli yükümlülüklerini yerine getirerek, barışçıl şekilde planlanmış bir gösterinin gerçekleşmesini mümkün kılmak için kendi üzerlerine düşen her şeyi yapmış olmaları gerekir.

**3.** Bireylerin ya da bir azınlığın taşkınlıklarının, Toplanma Yasası'nın 15. maddesi uyarınca, kamu güvenliği ve düzeninin doğrudan tehlikeye düşmesi nedeniyle gösterinin yasaklanmasını ya da dağıtılmasını meşru kılıp kılmayacağı ya da hangi koşullar altında meşru kılacağına dair önceki yargılama sürecinde de önem taşıyan sorun, özellikle kitlesel gösteriler için daha da sıklıkla kendini gösterir.

**a)** Anayasa sadece "barışçıl ve silahsız toplanma" hakkını korur. Frankfurt Anayasası'nda (*Paulskirchen Verfassung/1849*) ve aynı şekilde Weimar Anayasası'nda barışçıl olma koşuluna yer verilmesiyle; entelektüel tartışma ve siyasi irade oluşumunu etkilemek için bir araç olarak kavranan toplanma özgürlüğünün, hâlihazırda hukuki doğasından kaynaklanan bir husus açıklığa kavuşturulmuştur (krş. BGH, NJW 1972, s. 1571 [1573]). Şiddet içeren eylemlerin söz konusu olduğu davaya konu olan olaylar, kabul edilebilir etkiler ve barışçıl olmayan davranışlar arasında belirgin bir sınır çizmeye imkân vermemektedir. Eğer bir katılımcı kişilere ya da eşyalara karşı şiddet içeren eylemler icra ederse, her halükarda barışçıl olmayan şekilde davranmış olur. İhkak-ı hakkın geçerli olduğu Orta Çağ'ın aşılmasının ardından, şiddetin icrasını, özellikle zayıf konumdaki azınlıkların yararına devlette tekelleştiren hukuk düzeni, bu tür eylemlerden kaçınılması hususunda kesin bir tutum sergilemelidir. Bu husus, siyasi süreçlere aktif katılımın aracı olan toplanma özgürlüğünün müdafaası için önkoşuldur ve -Weimar Dönemi'ndeki sokak çatışmaları deneyimlerinin gösterdiği üzere- özgürlükçü bir demokrasi için de vazgeçilmezdir, çünkü şiddet içeren eylemlerden korunma [çabası], özgürlükleri sınırlandıran tedbirleri de tetiklemektedir. Göstericilerden barışçıl bir tutum sergilemelerinin beklenmesi, ancak bu şekilde istediklerini elde edebilecek olmaları

nedeniyle daha da makul hale gelir. Buna karşın, şiddet içeren çatışmalarda göstericiler, sonuçta daima devlet iktidarı karşısında mağlup olurlar ve aynı zamanda ulaşmak istedikleri amaçlar gölgede kalır.

**b)** Eğer düzenleyicinin ve taraftarlarının şiddet içeren eylemler planladıkları ya da başkalarının bu tür davranışlarını en azından onayladıkları yüksek bir ihtimal olarak öngörülebilirse, toplanmanın yasaklaması kararı, kitlesel gösterilerde de anayasa hukuku bakımından özel bir sorun meydana getirmez. Bu tür bir gösteri, barışçıl olmadığı için Anayasa'nın 8. maddesindeki korumanın hiç bir suretle kapsamına girmez; dolayısıyla bu tür bir gösterinin dağıtılması ve yasaklanması, söz konusu temel hakkı ihlal edemez. Buna karşın düzenleyici ve taraftarları barışçıl bir tutum sergiler ve karışıklıklar yalnızca dışsal unsurlardan (karşıt gösteriler, kargaşa çıkaran gruplar) kaynaklanırsa, hukuki durum benzer bir açıklıkta kendini gösterir. Bu durum için öğretide haklı bir şekilde, yetkili makamların tedbirlerinin esas olarak kargaşa çıkaranlara yönelmek zorunda olduğu ve sadece istisnai polisiye tedbirlere dair zorunluluk halinin (*Polizeilicher Nots-tand*) özel koşulları gerçekleşirse, toplantının bütününe karşı harekete geçilebileceği işaret edilmiştir (Hoffmann-Riem, a.g.e., para. 23 ve 53, Md. 8'e dair, GG; Dietel/Gintzel, a.g.e., para 14, Md. 15'e dair, VersG; krş. v. Münch, a.g.e., para. 39, Md. 8'e dair, GG; Drosdzol, Grundprobleme des Demonstrationsrechts, JuS 1983, s. 409 [414]; Frowein, a.g.e. [1084]).

Kolektif bir barışçıl olmama halinden endişe edilmemesi, bir gösterinin bir bütün olarak şiddet içeren ya da isyan şeklinde bir seyir izlemesinin (krş. Md. 13 I Nr. 2, VersG) ya da düzenleyici veya taraftarlarının bu tür bir seyri amaçlamasının (krş. Md. 5 Nr. 3, VersG) ya da en azından onaylamasının söz konusu olmaması halinde mümkündür. Bu durumda, diğer bazı göstericiler ya da bir azınlık taşkınlık yapsa bile, toplanma özgürlüğünün Anayasa tarafından tüm yurttaşlara sağlanan koruması, barışçıl katılımcılar için varlığını sürdürür (krş. v. Münch, a.g.e., para. 18, Md. 8'e dair, GG; Herzog, a.g.e., para. 59 vd., 89 vd., Md. 8'e dair, GG; Hoffmann-Riem, a.g.e., para. 23, Md. 8'e dair, GG; Blanke/Sterzel, a.g.e. [76]; Schwäble, a.g.e., s. 229 ve 234; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 6. bs., 1983, para. 4, Md. 8'e dair). Eğer bireylerin barışçıl olmayan davranışları, yalnızca [bu tür davranışların] failleri için değil de, toplanmanın bütünü bakımından temel hakkın sağladığı korumanın ortadan kalkması sonucunu doğursaydı, bu kişiler, gösterilerin işlevini değiştirme ve diğer katılımcıların iradesi hilafına, gösterileri hukuka aykırı hale getirme imkânını elde ederlerdi (bu şekilde daha önce bkz. OVG Saarlouis, DÖV 1973, s. 863

[864 vd.]); neredeyse her zaman katılımcıların bir kısmının barışçıl olmayan niyetlerine dair “bilgiler” ortaya konabileceği için, pratikte de tüm kitlesel gösteriler yasaklanabilirdi.

Anayasa'nın 8. maddesinin sağladığı korumanın bu şekilde süren etkisi, temel hakkı sınırlayan hukuk normlarının uygulanmasında göz önüne alınmalıdır (kısmen barışçıl olmayan şekilde seyreden gösterilerdeki ceza ve sorumluluk hukukuna dayalı tedbirler için krş. BGHSt 32, 165 [169]; BGHZ 89, 383 [395]; ayrıca krş. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun kararı, EuGRZ 1981, s. 216 [217]). Yasa kaydına tabi olarak temel hakkın sağladığı koruma, Toplanma Yasası'nın 15. maddesine dayanarak kamu güvenliğinin korunması amacıyla, gösterinin bütününe yönelik, yasaklanmanın da dâhil olduğu tedbirlerin alınması olasılığını dışlamaz. Bununla birlikte, barışçıl katılımcıların, temel haklarını kullanma şanslarını, daha başlangıçta ortadan kaldırmadığı ve düzenleyiciye, barışçıl olmayan katılımcıları izole etme noktasında öncelik tanıdığı için, etkisini sonradan doğuran dağıtma tedbirini değerlendirmek, tercih edilmelidir. Buna karşın, şiddete eğilimli bir azınlığın endişe edilen taşkınlıkları nedeniyle toplanmanın bütününe yönelik önleyici bir yasak, -toplanma özgürlüğünün, bu özgürlüğe dayanan usuli ölçütlerle en uygun şekilde korunması yükümlülüğü bunu gerektirir- sadece sıkı koşullar altında ve Toplanma Yasası'nın 15. maddesinin Anayasa'ya uygun bir şekilde uygulanması halinde meşru olur. Bunun için tehlikenin oluşacağına dair öngörünün yüksek bir olasılığa dayanmasının yanı sıra (krş. OVG Saarlouis, DÖV 1973, s. 863 [864]; BayVGH, DÖV 1979, s. 569 [570]; aynı doğrultuda Schwäble, a.g.e., s. 229 und Drosdzol, a.g.e. [415]) barışçıl göstericilerin temel haklarını kullanmalarını mümkün kılacak (yasağın mekânsal olarak dar tutulması gibi), makul şekilde uygulanabilir tüm araçların önceden tüketilmesi gerekir. Özellikle, son çare olarak (*ultima ratio*) gösterinin bütünü yasaklanması, barışçıl göstericiler ile işbirliği kurularak bir tehlikenin engellenmesine yönelik daha hafif bir tedbirin başarısız olmasını ya da bu tür bir işbirliğinin, göstericilere isnat edilebilecek sebeplerle imkânsız olmasını gerektirir. Spesifik koşullara dayanarak genel bir önleyici gösteri yasağı konulması takdir edilirse, bu durumda kitlesel gösterilerde ağırlıklı olarak barışçıl niyet taşıyan katılımcılara, bu tür bir olağandışı ve radikal önlemin her halükarda belirli bir süre önceden duyurulması gerekir. Böylelikle, [tanınan] bu süre içinde, endişe edilen tehlikelerin tartışılması ve uygun karşı tedbirlerin alınması için fırsat sunulur.

#### IV.

Yukarıda ortaya konan çerçeve doğrultusunda, önceki yargılama sürecinde uygulama alanı bulan yasal hükümlerin, anayasaya uygun bir yorum halinde itiraz edilebilir bir yanı olmadığı için, şikâyete konu olan idari yargı kararları, sadece bu hükümlere dayanmaları nedeniyle başvuruçuların temel haklarını ihlal etmez. Buna karşın yasal düzenlemelerin uygulanması, anayasa yargısı denetimi açısından bütünüyle hukuka uygun değildir.

1. Mahkemeler her iki aşamada birbirleriyle uyum içinde; idari bir tedbirin acil icrasına dair idari yargı denetiminde, eğer bu tedbirin hukuka uygunluğu basit denetim vasıtasıyla yeterli düzeyde değerlendirilemiyorsa, [karşıt] çıkarların tartılmasının gerekli olduğu görüşünü, esas almışlardır. Mahkemeler, davaya konu olan türdeki olaylarda daha sıkı bir denetimin yapılması gerektiği hususunu göz ardı etmemişlerdir.

Federal Anayasa Mahkemesi, sınır dışı etme yaptırımının acil icrası bağlamında verdiği ilk pilot kararında, yurttaşlara yüklenen yükümlülük ağırlaştıkça ve idarenin aldığı tedbirin geri döndürülemez nitelikteki etkisi arttıkça, yurttaşların hukuki korumadan yararlanma haklarının geri plana itilme imkânının azalacağını ifade etmiştir. (BVerfGE 35, 382 [402]). Bu yaklaşım, oturma izninin kaldırılmasına yönelik tedbirlerin acil icrasına ilişkin kararda, bir iltica başvurusunun açıkça temelsiz olması nedeniyle reddedilmesi hakkındaki vaka üzerinden, daha da geliştirilmiştir (BVerfGE 67, 43 [61 vd.]). Bu tür bir ret işleminin etkileri dolayısıyla ve etkin bir hukuki korumanın sağlanması amacıyla bu kararda, idare mahkemesinin, geçici tedbir usulünü değerlendirirken, kendini, “açıkça temelsizlik” hakkındaki kararın varsayımsal doğruluğuna dair bir saptama ile sınırlanamaması, bunun yerine, açıkça temelsizlik meselesini tüketici olarak netleştirmesi ve bu noktada basit bir denetimi aşması talep edilmiştir. Bu içtihat, eğer icra kararı daha sonra fiilen geri döndürülemez nitelikte ise, acil nitelikteki yargılamalarda, esas şikâyetin başarı olasılığının daha kapsamlı olarak incelenmesi gerektiğine dair idare hukuku öğretisindeki yaklaşım ile uyum içindedir (Kopp, VwGO, 6. bs, 1984, para. 82 Md. 80’e dair; Eyermann/Fröhler, VwGO, 7. bs., 1977, para. 47b, Md. 80’e dair). Federal İçişleri Bakanı’nın ve Polis Sendikası’nın, gösterilere dair davalarda geçici tedbirin artan önemine işaret ederek, idari mahkemelerinin acil nitelikteki yargılamalarda da kapsamlı bir denetim vasıtasıyla, [gösterilerde] temel hakkın kullanımının çoğu kez o anki koşullara bağlı, diğer bir

ifadeyle spesifik bir olayla ilişkili olduğunu ve bir [gösteri] yasağının acil icrasının, çoğu kez bu hakkın kullanımının nihai şekilde engellenmesi sonucunu doğurduğu hususlarını dikkate almaları gerektiğini ifade etmeleri, bu görüşle paralellik arz eder. İYUK'un 80. maddesinin 6. fıkrasında gerçekleştirilen değişiklik de, toplanma özgürlüğüne ilişkin hukuki alanda, idari yargıdaki acil nitelikteki yargılamanın, fiilen, esasa dair yargılamanın işlevini üstlenmesi gerekçesine dayandırılmıştır (BTDrucks 9/1905, S. 5). Yetkili makamlar, aldıkları kararları yeterli neden olmadan sürüncemede bırakarak, idari yargı kapsamındaki acil nitelikteki yargılamada yeterli düzeyde kapsamlı bir denetimi olanaksız kılarırsa, bu, bir hukuk yoluna başvurulmasının, idari işlemin icrası üzerinde yarattığı erteleyici etkinin, yenden doğmasına yol açabilir.

Mahkemeler dava konusu olayda, bu çerçeveye uygun olarak yoğunlaştırılmış idari yargı denetimini gerçekleştirmiştir. İdare mahkemesindeki süreçte bu, yetkili makamların kararının kısmen iptali sonucunu doğurmuştur. Yüksek İdare Mahkemesi ise kararı bir bütün olarak onaylamış; fakat kararını öncelikli olarak karşıt çıkarların tartılması üzerine kurmamış, -esasa dair yargılamaya benzer şekilde- temel olarak, itiraz edilen yasağın hukuka uygunluğunu denetlemiş ve kararını esasen bu şekilde gerekçelendirmiştir.

**2. Değinilen özellikler nedeniyle anayasa yargısı denetiminin de normalden daha kapsamlı bir şekilde gerçekleştirilmek zorunda olup olmadığını karara bağlamaya gerek yoktur (genel kural için krş. BVerfGE 53, 30 [61 vd.]). Sıkı bir ölçütün uygulanması halinde dahi ilk derece kararı bu denetimden başarıyla geçer.**

İdare mahkemesi, kararında yerinde bir şekilde, [gösterinin] düzenleyicisinin dilediği yerde toplanmasını da kapsayan, toplanma özgürlüğü temel hakkının yüksek önemini vurgulamıştır. Mahkeme, kararını bildirim yapılmaması üzerine değil, Toplanma Yasası'nın 15. maddesine göre, şiddet içeren taşkınlıklar aracılığıyla kamu güvenliğinin doğrudan tehlikeye düşürülmesi üzerine kurmuştur. Kararda, [idari makamların] yasaklama kararının gerekçesiyle ve Yüksek İdare Mahkemesi'nin daha sonraki değerlendirmesiyle uyumlu olarak, bu tür taşkınlıkların sadece katılımcıların küçük bir azınlığından beklenildiği görüşüne dayanılmıştır. Bu durumda, barışçıl katılımcı kitlesi için varlığını sürdürün temel hak koruması, Toplanma Yasası'nın 15. maddesine dayanan önleyici bir gösteri yasağının ko-



yulabilmesi için, tehlikenin teşhisinde yüksek bir olasılığın varlığını gerektiren bir etki doğurur. [Bu etkinin yarattığı bir diğer koşul], barışçıl göstericilerin temel haklarını kullanmalarına imkân veren, makul şekilde uygulanabilir tüm araçların önceden tüketilmesi zorunluluğudur. İdare mahkemesi, yasağın acil icrasını, inşaat projesinin yakın çevresiyle sınırlandırarak bu hususu yeterli düzeyde dikkate almıştır.

Mahkemenin, bu kararında, yasağın hukuka uygunluğunun denetimi bağlamında ve ayrıca ölçülülük ilkesine dayalı olarak çıkarların tartılması vasıtasıyla yoğunlaştığı husus; inşaat araçlarına ve özellikle de inşaat alanını çevreleyen çitlere yönelik şiddet eylemlerinden gerçekten de endişe edilebileceği, fakat başka türdeki taşkınlıklara dair yeterli dayanakların bulunmadığı olmuştur. Bu öngörüler, sunulan belgelere, kabul edilebilir olgulara dayanmaktadır, ayrıca bunlar, daha sonra da inşaat sahasının yakınında gerçekten de taşkınlıkların vuku bulması ile tasdik edilmiştir. Bu doğrultuda birinci başvuru acil icra kararının idare mahkemesi tarafından onaylanan şekli hakkında itirazda bulunmamıştır. Yalnızca ikinci başvuru, inşaat sahasının korunması için daha bir dar yasaklanmış alanın yeterli olacağını ileri sürmüştür. Fakat ikinci başvuru, tartışmalı bir inşaat projesine, katılımcıların duygularını harekete geçirecek mesafedeki bir yakınlığın tehlikeli gelişmeleri tetikleyebileceğini ve bu nedenle kitlesel gösterilerdeki gergin durumlarda büyük bir uzaklığın gerekli olabileceğini göz ardı etmişlerdir (krş. Stuttgart Tartışmaları'nın girişindeki No: III. 5. ve Kuzey Wesfalya İçişleri Bakanı'nın 1977 yılında Kalkar'da gerçekleşen kitlesel gösteri hakkındaki raporu). Başvurular özellikle, bu bağlamda yetkili makamlara etkin koruyucu tedbirleri yürürlüğe koymak için tanınan ve idare mahkemesinin, kolluk güçleri tarafından hazırlanan sokak barikatlarıyla oluşturulan sınırın mesafesi açısından saygı gösterdiği takdir payını yok saymışlardır. Göstericilerin tehlike riski taşıyan gelişmeleri engellemeye ve -yetkili makamlar ile bağlantı kurmak ve katılımcılara, barışçıl davranma ve şiddet faillerini izole etme konusunda etki etmek vasıtasıyla- söz konusu makamların müdahalesinin eşiğini yükseltmeye katkı sundukları, başvurular tarafından ileri sürülmediği için, Anayasa Mahkemesi'nin de bu sınırı Anayasa açısından tartışmaya açma imkânı azalır.

**3.** Yukarıda değinilen nedenlerle Yüksek İdare Mahkemesi'nin kararı da ilk derece mahkemesinin kararını onaylaması ve ikinci başvuruların şikâyetlerini reddetmesi bakımından itiraz konusu edilemez. Buna karşın

Yüksek İdare Mahkemesi'nin kararları, bu mahkemenin, yargılama sürecine davet ile katılanların şikâyetlerini kabul etmesi ve gösteri yasağının acil icrasını idare mahkemesinin kabul ettiği kapsamı aşarak Wilstermarsch'ın bütünü açısından onaylaması bakımından, tüm başvuruçuların Anayasa'nın 8. maddesinden kaynaklanan temel haklarını hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olarak ihlal etmiştir.

a) Polis Sendikası'nın görüşüne göre, yasal düzenlemelerin Yüksek İdare Mahkemesi tarafından uygulanması, Anayasa'nın 8. maddesinin gereklerinin pek çok açıdan yanlış değerlendirilmesine dayanmaktadır (aynı doğrultudaki eleştiriler için bkz. Drosdzol, a.g.e. (415); Jacob, DÖV 1981, s. 463).

Kitlesel gösterilere dair acil icra edilebilir yasakların, dava konusu olaydaki kapsamda ve gerekçelerle yürürlüğe konulması halinde, anayasa uygunluk açısından onaylanabilmesinin, süreç içinde edinilen bilgiler dikkate alındığında, oldukça zor olduğu eleştirisine hak verilebilir. Ne yetkili makamlar ne de Yüksek İdare Mahkemesi, göstericilerin büyük bir çoğunluğunun barışçıl bir şekilde gösteri yapmak istemelerinden yeterli hukuki sonuçlar çıkarmışlardır (krş. yukarıda C.III.3.b). Bu doğrultuda, Yüksek İdare Mahkemesi, idare mahkemesi tarafından onaylanan yasaklanmış alanın dışındaki alan için yapılan tehlike teşhisini denetlerken, bu alanda, kişilere ve mala karşı taşkınlıkların vuku bulacağına dair yeterli düzeyde verinin bulunmadığı idare mahkemesi tarafından açıkça ifade edilmiş olmasına rağmen, [yetkili makamların söz konusu tehlike teşhisi için] yeterli düzeyde dayanak aramamıştır. Yüksek İdare Mahkemesi, Wilstermarsch'ın geri kalan kısmındaki kamu güvenliği tehlikesini yalnızca, "Federal Almanya'nın her bölgesinden gelmek isteyen iyi ve kötü niyetli göstericilerin, aralarında ön bildirim yapacak ve yetkililer ile temas kurarak sorumluk alacak kimsenin olmamasına rağmen, kendilerini Brokdorf'a ulaştıracak alanda toplanmalarına ve büyük kitleler halinde küçük mekânlara yürümelerine" dayandırmıştır. Bu gerekçe, kötü niyetli göstericilerin söz konusu alanda hangi sebeple şiddet içeren şekilde davranacaklarına dair herhangi bir dayanak içermemektedir. Yüksek İdare Mahkemesi'nin değerlendirmeleri, inşaat alanının çevresi ile sınırlı bir yasağın kamu güvenliğinin korunması için yeterli olabileceğine dair bir denetimden, halkın huzursuzluk ve endişelerine ve Wilstermarsch'ın kitlesel gösterilere uygunluk açısından yetersizliğine kaymıştır. Fakat önleyici bir gösteri yasağının kapsamlı müdahalesinin temeli, üçüncü kişilerin endişeleri değil,

sadece, kamu güvenliğini doğrudan tehlikeye düştüğüne dair açık koşulların varlığı olabilir; bir gösteriyi yerel kaygılarla herhangi bir stadyuma yönlendiren bir muhakeme, gösterinin sebebi ve mekânı arasındaki idare mahkemesi tarafından da vurgulanan bağı göz ardı etmiş olur. Yüksek İdare Mahkemesi yerinde bir şekilde bildirim yapılmasına ve uygun bir iletişimin kurulması açısından bu nedenle ortaya çıkan güçlülere dayansa da, yetkili makamların -zamanın, mekânın ve katılımcı grupların bilgilerine sahip olmalarına rağmen- işbirliğine dayalı bir hazırlığa zemin oluşturacak, aslen söz konusu makamların kendilerinin başlangıçta yapmayı takdir ettiği "uyarı"yı yapmamalarını göz önüne almamıştır.

Sonuç olarak, toplanma özgürlüğü temel hakkını barışçıl göstericilerin büyük çoğunluğu bakımından 210 kilometrekarelik bir alanda, fiili olarak günlerce yürürlükten kaldıran, olağanüstü düzeyde geniş kapsamlı bu yasağın hukuka uygunluğu aleyhinde ciddi şüphelerin var olduğu söylenebilir. Diğer yandan, kitlesel gösterilerin barışçıl şekilde yürütüleceğine dair temel bulguların ancak belli bir süre sonra elde edildiği ve Brokdorf Eylemi'nin barışçıl şekilde seyretmesini sağlamak için, eylemin düzenleyicilerinden de daha fazlasının beklenebileceği göz önüne alınabilir. Yüksek İdare Mahkemesi'nin, kararını verdiği anda yasağı basit denetim sonucunda hukuka uygun bulmasının, bu şartlar altında ve acil yargılamanın özellikleri dikkate alındığında Anayasa'ya uygun olup olmadığı meselesi, anayasal denetim açısından yine de bir yana bırakılabilir, çünkü Yüksek İdare Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararlarını o an geçerli olan hukuki duruma göre, başvuru aleyhine olarak değiştirme yetkisini haiz olmadığı için, anayasa şikâyetleri her halükarda geçerliliğini korur:

**b)** Dava konusu kararların verildiği tarihte İYUK'un 80. maddesinin 6. fıkrasının 2. bendi, bir hukuk yolunun erteleyici etkisinin yeniden tesis edilmesine dair başvuruların kabul edildiği idare mahkemesi kararlarına karşı itiraz yolunu kapatmaktaydı. Bu açık yasal düzenlemeye rağmen, Yüksek İdare Mahkemesi, yargılama sürecine davet ile katılanların ilk derece mahkemesinin kararları aleyhindeki başvurularını kabul edilebilir bulmuştur. Yüksek İdare Mahkemesi böylelikle hukuk devleti ilkesini ihlal ederek hâkimin hukuk yaratmasına dair kabul edilebilir sınırı aşmıştır. Bu aynı zamanda, başvurucuların Anayasa'nın 8. maddesinden kaynaklanan temel haklarını da ihlal etmiştir, çünkü ilk derece mahkemesi kararlarının hukuk devleti ilkesine aykırı bir şekilde değiştirilmesi, başvurucuların, Wilstermarsch'ın geri kalanında toplanma özgürlüklerini kullanmalarının engellenmesi sonucunu doğurmuştur. Başvurucuların aynı kararla

bağlantılı olarak söz konusu engellenmeye yönelen ve Anayasa'nın 8. maddesinin ihlaline dayanan anayasa şikâyetleri, başvurulardan hangisinin ilk derece mahkemesi kararlarına karşı itiraz yolunun kapalı olduğunu ileri sürmüş olduğundan bağımsız olarak kabul edilebilir niteliktedir.

**aa)** Yüksek İdare Mahkemesi'nin yargılama sürecindeki yaklaşımının, İYUK'un 80. maddesinin 6. fıkrasının 2. cümlesinin o dönemdeki haline uygun olmayabileceğini, Federal İçişleri Bakanı da açıklamasında ifade etmiştir. Yasa koyucunun 20 Aralık 1982 tarihli yasayla (BGBl. I s. 1834), bir hukuk yolunun erteleyici etkisini yeniden tesis eden ilk derece kararlarına itiraz yolu açmak amacıyla, bu düzenlemede bir değişikliği gerekli görmesi bu görüşle uyumludur (krş. BTDrucks 9/1905, s. 5). Yasanın daha önceki halinin, kabul edilebilir yorum yoluyla kapatılabilecek hukuki boşluklar içerdiğine dair hem Yüksek İdare Mahkemesi hem de Schleswig-Holstein Başbakanı tarafından savunulan görüşe katılmak da olanaklı değildir:

Federal Anayasa Mahkemesi, Yüksek İdare Mahkemesi tarafından da atıf yapılan pilot nitelikteki kararında, bir makamın itirazının, İYUK'un 80. maddesinin 6. fıkrasının 2. bendinin eski haline dayanılarak reddedilmesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığını açıkça ortaya koymuştur. Yalnızca, hem bir yurttaşta menfaat sağlayan, hem de bir diğerine yükümlülük yükleyen çift etkili idari işlemlerde ilgili hüküm Anayasa'ya uygun olarak, usuli silahların eşitliği ilkesine gereğince her iki tarafın da şikâyete ehil olduğu şeklinde yorumlanabilir. Toplanma Yasası'nın 15. maddesine göre oluşturulmuş bir gösteri yasağı, düzenlemenin içeriği ve muhatabı bakımından çift etkiyi haiz bir idari işlem değildir. Bu işlemin özelliği, bir kişinin yararına olanın bir diğerinin zararına olmasına yol açmasıdır. Öyle ki işlemin oluşması, sürmesi ve ortadan kalkmasında bir tarafın pozitif, diğer tarafın ise negatif bir çıkarı vardır (krş. Laubinger, *Der Verwaltungssakt mit Doppelwirkung*, 1967, s. 1 vd., 29). Ayrıca üçüncü tarafın herhangi bir çıkarının zarar görmesi yeterli değildir; imar hukuku ve çevre hukukundaki komşuluk ya da rekabet kaynaklı şikâyetler açısından mahkeme içtihatlarında ve öğretilerde kabul edildiği üzere, bir idari yargı başvurusunun konusu olabilecek, hukuken korunan bir çıkarın zarar görmesi bağlamında bir kaybın oluşması gerekir (krş. Erichsen/Martens, a.g.e.; Meyer/Borgs, *VwVfG*, 2. bs, 1982, para. 10 Md. 13'e dair; Knack, *VwVfG*, 2. bs., 1982, para. 5.3.1 Md. 35'e dair). Her iki tarafa da başvuru

hakkının tanınması ve var olan yasal boşlukların yorum yoluyla kapatılması, bu tür idari işlemler açısından silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir ve etkin hukuki korumanın güvencesini oluşturur.

Buna karşın Toplanma Yasası'nın 15. maddesi uyarınca gerçekleştirilen toplanma yasakları sadece, planlanan bir gösterinin katılımcı ve düzenleyicilerine yöneliktir ve onların temel haklarını sınırlandırır. Bu yasaklar kamu güvenliği ve düzeni için konur; üçüncü taraflar için de etki doğurduğunda ise söz konusu olan, içerik ve muhatap bakımından ayrıca belirsiz olan yansıma etkisidir (ayrıca krş. Jacob, DÖV 1981, s. 463). Bu farklı çıkarlar karşısında, burada, çift etkili idari işlemlerde var olana benzer yasal boşluklardan söz edilemez. Burada daha ziyade, Federal Anayasa Mahkemesi'nin değinilen pilot nitelikteki kararında ortaya koyduğu husus geçerlidir: Anayasal düzeyde güvence altına alınmış hukuki korumanın gereği olarak göz önüne alınması gereken unsurlar olan, yetkili makamlar tarafından savunulması elzem kamusal yararlar ile üçüncü kişilerin ağır basan çıkarları; yetkili makamların, acil icra kararı verebilmeleri ve İYUK'un 80. maddesinin 6. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca her zaman, erteleyici etkinin yeniden tesisi yönündeki bir mahkeme kararının değiştirilmesini talep edebilmeleri nedeniyle, yeterli düzeyde gözetilmiş olur (BVerfGE 35, 263 [275]).

Dolayısıyla Yüksek İdare Mahkemesi, eğer yargılamaya davet üzerine katılanların, yasanın o an için geçerli olan haline rağmen şikâyete ehil olarak kabul edilebileceğini kast ediyorsa, Mahkeme'nin bu görüşüne iştirak etmek mümkün değildir. Burada söz konusu olan gösteri yasakları konusunda yetkili makamları temsil eden kişilerdir. Yüksek İdare Mahkemesi, davet üzerine katılanların bir açıdan etkilenen yurttaşlar olduğunu ifade ediyorsa, kararlarda belirtilen tarafların, makamların temsilcileri olduklarını, özel kişilerin daveti için öngörülen nitelikleri taşımadıklarını (Md. 65, VwGO) ve alt derece idare mahkemesinin kararlarıyla hiçbir suretle haklarının ihlal edilmediğini göz ardı etmiştir (ayrıca krş. BayVGH, BayVBl. 1983, s. 85).

**bb)** Yüksek İdare Mahkemesi'nin görüşü yalnızca ilgili yasanın önceki haline aykırı değildir, aynı zamanda hâkimin hukuk yaratma yetkisinin anayasal sınırlarını da aşmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi, mahkemelelerin hukuk yaratma ödevi ve yetkisini her zaman kabul etmiştir (BVerfGE 34, 269 [287 vd.]). Fakat bu yetkiye, hâkimlerin, hukuka ve yasaya bağlı

olduklarına dair hukuk devleti ilkesinin sınır çizdiğini tekrar tekrar vurgulamıştır (BVerfGE 49, 304 [318 vd.]; 57, 220 [248]; 59, 330 [334]; 65, 182 [190 vd., 194 vd.]). Eğer bir mahkeme, yasa koyucunun, genel anayasal ilkeleri somutlaştırarak güvence altına aldığı hukuki konumları zayıflattırsa, bu sınır aşılmış olur (krş. BVerfGE 49, 304 [319 vd.]).

Dava konusu olayda Yüksek İdare Mahkemesi, yasanın metnine aykırı şekilde oluşturduğu yorumunda, İYUK'un 80. maddesinde düzenlenmiş hukuk yolunun anayasal değerini göz ardı etmiştir. Hukuk yollarının bu maddede öngörölmüş erteleyici etkisi, idari süreçlerin temel ilkesini oluşturur. Yetkili makamlar tarafından verilmiş acil icra kararlarının idare mahkemeleri tarafından denetlenmesi, idarenin, yükümlölük doğuran bir idari işleminin itiraz edilemez olmasına dayanarak, geri dönüşü olmayan faaliyetler gerçekleştirmesinden ilgilileri koruması gereken, anayasada güvence altına alınmış hukuk yollarından yararlanma hakkının tezahürüdür (BVerfGE 35, 263 [272 vd.]; ayrıca krş. BVerfGE 51, 268 [284]; 67, 43 [58]). Bir hukuk yolunun erteleyici etkisine dair kararların itiraz edilemez olması da bu amaca hizmet etmekteydi. Anayasa, yasa koyucuyu zorunlu olarak bu tür düzenleme için yükümlü kılmasa da, var olan yasal düzenlemeyi yorum yoluyla, keyfi olarak, yasaya aykırı bir şekilde (*contra legem*) değiştirmek ve hukuk politikasına dair kendi görüşlerini geçerli kılmak, mahkemelerin işi değildir.

Yargılama sürecine davet ile katılanların şikâyetlerini kabul ettiği kısımlar bakımından, Yüksek İdare Mahkemesi kararlarının iptali gerekir. Masrafların tazmini hakkında karar, Federal Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 34 III ve IV maddelerine dayanır.



## ALMAN FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KEFALET KARARI:

### GELİR VE VARLIKTAN YOKSUN AİLE MENSUPLARININ KEFİL OLDUĞU SÖZLEŞMELERİN İÇERİK DENETİMİ ÜZE- RİNE<sup>1\*</sup>

Çev. / Übersetzt von  
Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN<sup>2\*\*</sup>

Özel Hukuk Mahkemeleri yargılama görevini ifa ederken, özellikle BGB'nin 138. ve 242. maddeleri gibi genel hüküm niteliği taşıyan normları somutlaştırırken ve uygularken, Anayasanın 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan irade özerkliği ilkesini dikkate almalıdırlar. Bu sebeple mahkemeler, bir tarafa alışılmışın dışında ağır bir yük yükleyen ve yapısal olarak eşit olmayan bir müzakere süreci sonucunda ortaya çıkan sözleşmelerin içeriğini denetlemekle yükümlüdür.

#### A.

Anayasa şikâyetlerinin konusu, hukuk mahkemelerinin, kredi kullananın ailesine mensup olup, gelir ve varlığı olmayan kişilerle bankalar arasında akdedilen ve bu kişilerin önemli derecede mesuliyet riski altına girmeleri sonucunu doğuran kefalet sözleşmelerini, hangi derecede, anayasal açıdan içerik denetimine tabi tutmaları gerektiği sorusudur.

---

\* BverfGE 89, 214. Federal Anayasa Mahkemesinin 19 Ekim 1993 tarihli kararı - 1 BvR 567/89 ve diğerleri. Bu çeviri aynı zamanda "Alman Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin Temel Kararlarının Tercümesi Projesi" isimli derleme kitapta yayınlanacaktır.

\*\* Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-3808-5332.



## I.

1. Bankalar ile yapılan sözleşmeler, özel olarak düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla uygulanacak olan mevzuat, BGB'nin sözleşmelere dair hükümleri ve bankaların hizmet şartlarını neredeyse tamamıyla ve yeknesak halde düzenledikleri genel işlem koşulları olacaktır. Kredi sözleşmeleri çerçevesinde bankalar, benzer nitelikte olan ve önceden hazırlanmış (genel işlem koşulları içeren) sözleşmeler kullanmaktadır.

Kredi müesseseleri birliklerinin üyesi olduğu merkezi bir kredi komisyonu, bu çerçevede koordinasyon görevini ifa etmektedir. Kredi müesseselerinin teminat uygulamasına bakıldığında, tüketici kredileri ve orta ölçekli işletmelere sunulan kredilerde kefalet sözleşmelerinin, aile fertleri ile akdedildiğini görmek mümkündür. Bu fertlerin gelir ve varlık durumları ise, çoğu kez incelemeye tabi tutulmamaktadır. Bu sözleşmelerin tek amacı, hacze tabi tutulabilecek muhtemel malvarlığının çoğaltılması değil, aynı zamanda mal kaçırmaların önüne geçmek ve kredi kullananları, aile fertlerinin sorumluluk çemberine dâhil edilmesi suretiyle daha özenli davranmaya teşvik etmektir (Alman Bankaları Federal Derneğinin açıklamaları).

2. Son on yıldır özel hukuk mahkemelerine intikal eden ihtilaflara bakıldığında, çok düşük gelirleri olmasına rağmen ebeveynleri ya da eşlerinin kullanılan yüksek miktarda krediler için kefil olmalarından dolayı çıkış yolu olmayan bir yoksulluğa düşen genç yetişkinlerin sayısının arttığı gözlemlenmektedir.

a) Alt merci mahkemeleri söz konusu uygulamayı öncelikle kapsamlı bir içerik denetimine tabi tutmuştur. İlk olarak BGB § 138 incelenmiştir. Düsseldorf (ZIP 1984, 166), Frankfurt (ZIP 1984, 1465) ve Köln (ZIP 1987, 363) Eyalet Yüksek Mahkemeleri ile Hamburg Eyalet Mahkemesi (WM 1985, 1465), iş hayatında tecrübesi olmayan eş ve diğer aile fertlerinin, gelir ve varlıktan yoksul duruma düşecekleri öngörülebilir olmasına rağmen (kefalet sözleşmesinden doğan yükümlülükler açısından) mesuliyet kapsamına dâhil edilmelerinin ahlaka aykırı (*sittenwidrig*) olacağına hükmetmiştir. Lübeck Eyalet Mahkemesi (NJW 1987, 959) ise borçlunun başlangıçtan itibaren ve öngörülebilir şekilde aylık gelirinin haczi kabil olmayan miktarını aşan her türlü yükümlülüğün, ahlaka aykırı olacağına hükmetmiştir. Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi (NJW 1988, 833) ise BGB § 310 hükmünü esas almıştır. Söz konusu hüküm, lafzından öte, bi-

reyi “*feragat edilemeyen bir insan hakkı olan mutluluk yolunda çaba sarfedebilme ve ümit edebilme*” hakkını korumayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, sorumluluk altına girenin bir daha içinden çıkamayacağı bir borç batağına saplanacağından alacaklı açısından aşikâr olduğu bir sözleşmeden doğan bu tür bir yükümlülüğün hükümsüz olduğu kabul edilmiştir.

Diğer Yüksek Eyalet Mahkemeleri ise, sözleşme arefesinde sözleşme taraflarına, diğer tarafı aydınlatma ve karşı tarafın menfaatlerine özen gösterme yükümlülüğü getiren BGB § 242 hükmüne dayanmaktadır (söz konusu içtihatlar için krş. Canaris, Bankvertragsrecht, 3. bası, birinci cilt, kn. 100 vd.; Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 242 kn. 217). Celle (WM 1988, 1436 [1438]) ve Hamm (NJW-RR 1993, 113) Eyalet Yüksek Mahkemeleri, sorumluluk altına giren aile fertlerine karşı açılan davaları, davacı bankaların yanlış anlamaları gerekli şekilde ortadan kaldırmadıkları, bilgilendirme yükümlülüklerini ihlal ettikleri ve dolayısıyla tazminat yükümlülüğü altına girdikleri gerekçeleri ile reddetmiştir.

**b)** Alt derece mahkemelerinin içerik denetimine ilişkin kararları, Federal Adalet Divanının IX. Hukuk Dairesi tarafından bozulmuştur (BGHZ 106, 269; 107, 92; ZIP 1989, 629 vd.; NJW 1991, 2015 vd. ve BB 1992, 387 vd.). III. Hukuk Daire de bu görüşe katılmıştır (ZIP 1989, 487 vd.). Mahkeme, kefalet sözleşmelerinin kefilî borç batağına sürüklenme ihtimali sebebiyle ahlaka aykırı olmadığını belirtmiştir. Fiil ehliyetine sahip olan her kişi için sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğü, ancak en uygun şartlar altında ifası mümkün olan bir borcun üstlenilmesini kapsar. Kefilin ticari alanda tecrübesiz olması, kredi müesseselerine özel bir bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü yüklenmesini gerekli kılmaz. Kural olarak reşit kişi, özel bir uyarı olmadan da, kefalet bildiriminde bulunmanın riskli bir işlem olduğunu bilebilecek durumdadır. Dolayısıyla banka, kefalet yükümlülüğü altına giren bir kişinin, davranışının sonuçlarını ve riskini kendi kendine görecektir ve kendi sorumluluğu çerçevesinde idrak edecek nitelikte olduğuna güvenebilir. Farklı bir değerlendirme ancak, bankanın kendi fiilinden dolayı ve öngörülebilir şekilde kefilin sorumluluk riskini arttıracak bir yanlış anlaşılmaya sebebiyet verdiği durumlarda söz konusu olabilecektir.

Söz konusu bu içtihat, doktrinde kısmen çekinceli şekilde benimsenmiştir (Medicus, ZIP 1989, 817 vd.; Rehbein, JR 1989, 468 vd. ; muhtemelen aynı doğrultuda H. P. Westermann, JZ 1989, 746 vd.; anılanların

hepsi de, Federal Adalet Divanının katı ifadelerinin, somut olayda değerlendirme zorunluluğunu ortadan kaldırmadığına işaret etmektedirler). Ancak söz konusu içtihat doktrinindeki çoğunluk tarafından reddedilmiştir (Derleder, in: Festschrift für Bärmann und Weitnauer, 1990, 121 vd.; Grün, NJW 1991, 925 vd.; H. Honsell, JZ 1989, 495 vd.; Reifner, ZIP 1990, 427 vd.; Reinicke/Tiedtke, ZIP 1989, 613 vd.; Tiedtke, ZIP 1990, 413 vd.). Bazı alt derece mahkemeleri de bu içtihada direnmiştir (Osnabrück Eyalet Mahkemesi, NJW-RR 1990, 306; Münster Eyalet Mahkemesi, NJW 1990, 1668). Yapılan temel eleştiri, Federal Adalet Divanının içerik denetimi görevini çok katı ve ayırım yapmadan ifa ettiği ve bu sebeple Anayasa'da mevcut olan temel değer yargılarını gözden kaçırdığı yönündedir.

c) Federal Adalet Divanının Banka Hukukundan kaynaklanan ihtilaf-lara bakan XI. Hukuk Dairesi bu içtihadını geliştirmiştir (BGH, NJW 1991, 923 ve ZIP 1993, 26). İlgili daire, Anayasa Mahkemesi'nin (BVerfGE 81, 242) içtihadını esas alarak, hâkimin, taraflar arasındaki eşitliğin bozulduğu durumlarda kefalet sözleşmelerini, BGB'nin genel hükümleri vesilesiyle içerik denetimine tabi tutmakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Eşlerin ya da ebeveynlerin bankalara olan yüksek miktarda borçlarından müteselsilen sorumlu olmaları, bazı şartlar altında ahlaka aykırı olarak değerlendirilebilmektedir.

## II.

### 1. 1 BvR 567/89 numaralı dosya

a) Başvurucunun babası öncelikle emlakçı olarak faaliyet göstermiş; bu çerçevede konut inşa edip satmıştır. 1982 yılında Stadtparkasse C. bankasından, kredi limitinin 50.000 DM'tan 100.000 DM'a çıkartılmasını talep etmiştir. Stadtparkasse'nin teminat talebi üzerine o zaman 21 yaşında olan başvuru, 29 Kasım 1982 tarihinde önceden hazırlanmış ve 100.000 DM'lık azami miktarın ve yan masrafların öngörüldüğü kefalet sözleşmesini imzalamıştır. Bu sözleşmede şu hükümlere yer verilmiştir:

"(1) Kefalet, Sparkasse'nin asıl borçluluyla olan ticari ilişkisinden doğan bütün mevcut ve gelecekte ortaya çıkacak, şartlı ya da mutlak alacaklarını kapsar.

...

(3) Kefil, alacaklının öncelikle asıl borçluya başvurma def'inden feragat etmektedir. Kefil, iptal edilebilirlik, mahsup ve asıl borcun zamanlaşımına uğraması def'ilerinden feragat etmiştir. Kefil, diğer rehlinin paraya çevrilme tarz ya da zamanından dolayı herhangi bir hak talebinde bulunamaz. Sparkasse, kefile başvurmadan önce diğer teminatlara başvurmakla yükümlü değildir.

..."

Bunun üzerine kredi limitinin yükseltilmesi talebi onaylanmıştır. Başvurucuna babasının kredi hesabı üzerinde imza yetkisi tanınmıştır. Ancak kendisinin herhangi bir malvarlığı yoktu. Herhangi bir mesleki eğitimi olmayan başvuru, genellikle işsizdi ve kefalet sözleşmesini akdettiği an, bir balık fabrikasında aylık 1.150 DM'a (net) çalışmaktadır.

1984 yılının Ekim ayında baba, emlak işini bırakıp, gemicilik işine başlamıştır. Stadtparkasse, 1,3 Milyon DM değerinde bir geminin alımını finanse etmiştir. Banka 1986 yılının Aralık ayında (2,4 milyon DM değerinde) açık olan kredileri feshedip başvuru, kefaletten dolayı sorumlu tutulacağını bildirmiştir.

**b)** Başvuru öncelikle, kefaletin geçersiz olduğunun tespit edilmesi için dava açmıştır. Stadtparkasse'nin 100.000 DM ve faizlerin ödenmesine dair alacak davası açması üzerine taraflar, tespit davasından vazgeçtiklerini beyan etmişlerdir. Eyalet Mahkemesi karşı davaya haklı bulunmuştur.

Eyalet Yüksek Mahkemesi ise, Eyalet Mahkemesinin kararını değiştirmiş ve karşı davayı reddetmiştir (WM 1988, 1436, 1438). Stadtparkasse, sözleşme görüşmeleri esnasında bilgilendirme yükümlülüğünü kusurlu olarak ihlal etmesinden dolayı kefil, kefaletten serbest bırakmakla yükümlüdür. Gerçi alacaklı, kural olarak kefil, üstlendiği risk hakkında bilgilendirmekle yükümlü değildir. Ancak bu kuralın istisnası, alacaklının fiiliyle kefilde hatalı bir düşüncenin oluşmasına sebebiyet vermiş olması durumudur. Ticari işlerle pek alakası olmadığı aşikâr olan kefile karşı finans kurumunun kefaletten doğan sorumluluğu değersizleştirilmesi ve bu şekilde kefilin iradesini etkilemesi de, buna eş tutulacak bir durum teşkil etmektedir. Mevcut olayda böyle bir durum söz konusudur. Toplanan deliller çerçevesinde banka temsilcisinin, kefalet sözleşmesinin imzalanması esnasında şu ifadeleri kullandığı tartışmasızdır: *“Buyrun lütfen, imzalayın, bunu yaparken büyük çapta bir sorumluluğunuz söz konusu değildir; bunlar*

*sadece formalitedir*". Böylece temsilci, gerçek riski "güzelleştirmiş" ve itibarsızlaştırmıştır. Başvurucunun gerçekçi bir yaklaşım karşısında bu riski kabul edeceğini söylemek, kabul edilemez.

Federal Adalet Divanı ise, Eyalet Yüksek Mahkemesinin kararını bozup, başvurucunun Eyalet Mahkemesi kararına karşı yaptığı temyiz başvurusunu reddetmiştir (ZIP 1989, 629 vd.): Kefalet, tek tarafa borç yükleyen bir hukuki işlem olmakla beraber, bu çerçevede alacaklının bilgilendirme ya da kefilin bilgi ve becerisi hakkında bilgi edinme yükümü söz konusu değildir. 18 yaşının üstünde ve dolayısıyla kanunen reşit olan kişi, ticari hayatta tecrübesi olmasa da, genel itibariyle kefalet bildirimının büyük bir risk içerdiğini bilir. Kefilin, mesul olmayacağına dair beklentisi işlem temeli olarak kabul edilemez. Sparkasse temsilcisinin bu beklentiyi etkileyecek mahiyette herhangi bir davranışı söz konusu değildir. Kefalet beyanında bulunduğu an esas borçlunun ödeme kabiliyetinin iyi olmasından dolayı banka çalışanın verdiği bilgi isabetlidir. Babasının işlerinin gelişimini ve bununla bağlantılı olan kendi sorumluluk riskini başvuru kendisi gözlemlemekle yükümlüdür. Kefalet belgesinde kefaletin feshi imkânına açıkça yer verilmiştir.

c) Başvurucu, Anayasa'nın 1. maddesinin birinci fıkrası ve bununla bağlantılı olarak 2. maddesinin birinci fıkrasına dayanan temel hak ve özgürlüklerinin ve bununla bağlantılı olarak sosyal devlet ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. Eyalet Mahkemesi ve Federal Adalet Divanı, söz konusu temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerin devlete getirdiği koruma ve destek yükümlülüklerini ihlal etmişlerdir.

[...] Kefalet bedelinin 100.000 DM ve yıllık faiz oranının % 8.5 olduğu dikkate alındığında faiz bedeli yıllık 8.500 DM, aylık ise 708 DM olacaktır. Alman Medeni Usul Kanunu'nun § 850c hükmü doğrultusunda (tercüme edenin notu: § 850c ZPO, maaşın hacze tabi tutulabilecek kısmını belirlemektedir) sadece faiz borcunu ifa edebilmek için şikâyetçinin an itibariyle aylık 1.800 DM net kazanç elde etmesi gerekmektedir. Ancak bu miktarda bir gelir hiçbir zaman elde etmemiştir. Kefalet beyanında bulunduğu an hacze tabi olan geliri 413,70 DM idi. 1991 yılının Ekim ayından beri tek oğlunu yalnız başına büyüten anne, geçimini sosyal yardım ve çocuk parası ile temin etmektedir. Ocak 1992 tarihine kadar toplam borç 16.000 DM'a ulaşmıştır. Başvurucunun bu borcu hayatı boyunca ifa edebilmesi imkân dâhilinde gözükmemektedir.

2. 1 BvR 1044/89 numaralı dosya:

a) Başvurucu, 1979 yılında davacı bankaya karşı, bankanın kocasına verdiği 30.000 DM değerinde “*sigorta kredisi*” için kefil olduğunu bildirmiştir. Kefalet beyanı esnasında başvuruçunun herhangi bir geliri ya da malvarlığı yoktur. Ev kadını olarak 1971 ve 1978 senesinde doğmuş olan iki çocuğuna bakmaktadır. Kocasını kredi faizlerini ödeyemediğinde banka, 1988 yılında kredi sözleşmesini feshetmiştir. Bu sürede borç, 32.140,31 DM’ye ulaşmıştır. Hayat sigortasının değeri mahsup edildikten sonra toplam 16.247,02 DM tutarında bir borç kalmıştır. Banka, bu bedel üzerinden başvuruçuya karşı dava açmıştır.

b) Eyalet Mahkemesi, davacıyı, başvuruya konu olan kararı ile haklı bulmuştur: Kefalet sözleşmesinin geçerliliğine dair herhangi bir şüphe söz konusu değildir. BGB § 310 bu bağlamda uygulama alanı bulmaz. Zira, gelecekte doğacak olan alacaklar, ifa edilebilirliği ve miktarı belli olmasa da, gelecekteki malvarlığının devri anlamına gelmemektedir. Kefalet sözleşmesi BGB § 138 bağlamında da geçersiz değildir. Kefalet beyanında bulunduğu esnada başvuruçunun, kredi borcunun tamamını ödenmeden bir işe başlaması ya da başka bir şekilde gelir elde etmesi imkân dâhilindeydi. İşsiz kalması durumunda kocası, çocukların bakımı ve ev işlerinin yapılması görevini üstlenebilirdi. Ancak kişinin daimi olarak çalışmayacak durumda olması bile, kefalet sözleşmesinin ahlaka aykırı olmasına sebebiyet vermez. Bankanın bilgilendirme yükümlülüğünü ihlale yönelik kusurlu davranışına dair herhangi bir delil sunulmamıştır.

Başvuruçunun temyiz başvurusunu Eyalet Yüksek Mahkemesi de, Eyalet Mahkemesi’nin sunduğu sebeplerle reddetmiştir.

c) Başvurucu, Anayasa’nın 1. ve 2. maddelerinde belirtilen temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. İki küçük çocuğun bakımıyla ilgilenen bir annenin yakın zamanda çalışmaya başlayamayacağı banka açısından bilinebilir bir gerçektir. Şu an kendisinden beklenebilecek şekilde bir işte çalışması halinde dahi kefaletten kaynaklanan borcunu ödeyebilecek bir durumda asla değildir. Bilakis borç, devamlı ödeme yapmasına rağmen artacaktır. Bu şekilde geleceğe dair her türlü ümidin yıkılması, Anayasa’ya aykırılık iddiasının temel dayanağını teşkil etmektedir.

[...]

## B.

Başvuruları, usul açısından büyük bir kısmı ile kabul edilebilir niteliktedirler. Ancak birinci başvuruçunun Eyalet Mahkemesi kararına karşı

yaptığı başvuru, hukuki yarar eksikliğinden dolayı reddedilmiştir. Eyalet Mahkemesi başvurucunun kefalet bedelini ödemesine hükmetmiş, söz konusu hüküm başvurucu lehine Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Her ne kadar Federal Adalet Divanı, bankanın başvurusu üzerine Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararını bozup Eyalet Mahkemesi'nin kararını onamışsa da, Federal Adalet Divanının verdiği kararın sonuçlarını ortadan kaldırmak için başvuruları yeterlidir<sup>\*\*\*</sup>. Oysa hukuki yarar, ancak davanın Eyalet Mahkemesine iade edilebilmesi durumunda söz konusu olabilirdi. Fakat bu mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi, Federal Adalet Divanının başvuru konusu kararını incelemelidir. Federal Adalet Divanının kararı bozulduğu takdirde Eyalet Yüksek Mahkemesinin kararı yeniden geçerli olacaktır. Ancak bu karar başvurucunun haklarını ihlal etmediği için, davanın Eyalet Mahkemesine iade edilmesine gerek kalmamaktadır.

### C.

Birinci başvurucunun usul yönünden kabul edilebilir anayasa şikâyeti, esas açısından da kabul edilmiştir. Ancak ikinci başvurucunun anayasa şikâyeti esas yönünden kabul edilemez.

### I.

Her iki anayasa şikâyeti de, hukuk yargılaması çerçevesinde verilmiş ödeme hükümlerine karşı yapılmıştır. Anayasa şikâyetlerinin konusu, mahkeme kararlarının temelini teşkil eden normatif dayanaklar değildir; BGB'nin hükümlerine dair herhangi bir şikâyet söz konusu değildir. Başvurucuların itiraz konusu, medeni yargıya borç sözleşmelerinin içeriğini denetleme yetkisi veren genel hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasıdır. Bu hükümler özellikle BGB § 138 ve 242 hükümleridir. Zira bu genel hükümler uygulanırken anayasal bir hak olan irade özerkliği ve yine aynı nitelikte olan kişilik hakkı dikkate alınmalıdır. Ancak anayasa şikâyetine konu olan süreçte ilgili mahkemeler, bu hususu gözden kaçırmışlardır. Bu gerekçe, temel hak ve özgürlüklerin, özel hukukun genel normlarının somutlaştırılması çerçevesinde taşıdığı önemi isabetli bir şekilde ortaya koymaktadır.

---

<sup>\*\*\*</sup> *Çevirenin* notu: Başvurucunun aynı zamanda Federal Adalet Divanının ve Eyalet Mahkemesinin verdiği karara karşı bireysel başvurusunda bulunması durumunda Eyalet Mahkemesinin kararına karşı yapılan başvuru, hukuki yarar eksikliğinden dolayı reddedilmiştir.

Anayasa, temel hak ve özgürlükler kısmında, bütün hukuk düzenini ilgilendiren anayasal temel değer yargılarını içermektedir. Bu temel değer yargıları, diğer alanlarda doğrudan uygulama alanı bulacak olan normlar üzerinden etkisini göstermekte ve özellikle medeni hukukun genel hükümlerinin yorumlanması bağlamında önem taşımaktadır (krş. BVerfGE 7, 198 [205 vd.]; 42, 143 [148]). BGB § 138 ve 242 hükümleri, genel olarak ahlak kurallarına, örf ve âdete ve dürüstlük kuralına atıfta bulunarak, mahkemelere, öncelikle Anayasa'nın ilkesel kararlarının belirleyici olduğu değer yargılarının kıstas alınarak, genel hükümleri somutlaştırma görevinin ifa edilmesi görevini yüklemektedir. Dolayısıyla hukuk mahkemeleri, genel hükümleri yorumlayıp uygularken, temel hak ve özgürlükleri, bir “*yönerge*” niteliğinde dikkate almakla yükümlüdür. Bu yükümlülük bizzat anayasal niteliktedir. Bu hususu dikkate almayan ve dolayısıyla bir taraf aleyhine hüküm veren mahkemeler, bu tarafın temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmiş olurlar (krş. BVerfGE 7, 198 [206 f.]; Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihat).

Bu demek değildir ki Anayasa Mahkemesi, temel olarak Anayasa'nın altındaki hukuk normlarının yorumlanmasını ve uygulanmasını denetleyecektir. Bilakis Anayasa Mahkemesinin görevi, mahkemelerin temel hak ve özgürlüklere dair norm ve kıstasları dikkate almasını sağlamaktır. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi, kesinleşmiş bir özel hukuk yargı kararına, birbiriyle çatışan iki temel hak ve özgürlüğün birbiri karşısındaki konumu ile ilgili olarak kendisi farklı bir anlayış sergilemiş ve dolayısıyla farklı bir sonuca ulaşmış olsa da, karşı çıkmayacaktır. Anayasa Mahkemesi tarafından düzeltilmesi gereken bir Anayasa ihlalinden söz edebilmek için, ilgili kararın yorum hatası içermesi gerekir. Bu yorum hatası, temel hak ve özgürlüğün temel olarak yanlış anlaşılması, özellikle koruma alanının yanlış yorumlanmasına dayanmalıdır. Ayrıca söz konusu hata, somut olayın değerlendirilmesi açısından belirli bir öneme sahip olmalıdır (BVerfGE 18, 85 [93]; 42, 143 [149]; yerleşik içtihat). Bu değerlendirmeler doğrultusunda birinci başvurucunun anayasa şikâyeti çerçevesinde Federal Adalet Divanının kararı, onanacak nitelikte değildir (II). Diğer taraftan ikinci başvurucunun anayasa şikâyeti çerçevesinde, medeni yargının şikâyete konu olan kararlarında temel hak ve özgürlüklerin önemini kural olarak yanlış anladıklarına dair bir bulgu mevcut değildir (III).



## II.

1. Federal Adalet Divanının değerlendirmesine konu olan kefalet sözleşmesi, gündelik kredi teminatlarından farklıydı. Birinci başvuru, teminat altına alınan kredide kendine ait iktisadi bir menfaati olmamasına rağmen, alışılmadık derecede yüksek bir risk altına girmiştir. BGB'nin öngördüğü ve emredici nitelikte olmayan hemen hemen bütün koruyucu hükümlerden feragat eden başvuru, babasının işletme riski için kefil olmuş, bu kefaletin kapsamı ise, kendi ekonomik imkânlarını çokça aşmakta idi. Mesuliyet durumunda başvuru muhtemelen hayatının sonuna kadar üstlendiği borçtan kurtulamayacağı gerçeği, daha başlangıçta öngörülebilir niteliktedir ve üstelik bu durum aynı zamanda kredi kuruluşu açısından da tespit edilmesi kolay bir husus olarak gözükmektedir. Bu durum, sözleşmenin akdedilmesinin şartları ve sebepleri üzerinde yoğunlaşılmasını gerektirmektedir; ki tarafların savunmaları da bu hususa yoğunlaşmıştır. Başvuru, alt mercilerde Stadsparkasse'nin sözleşme arefesinde karşı tarafın menfaatlerine özen gösterme yükümünü ihlal ettiğini ve kendisinin ticari alandaki tecrübesizliğinden istifade ederek kendi menfaatini korumaya yönelmiş hükümleri kabul ettirdiğini belirtmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi, sonuç itibarıyla bu savunmayı kabul etmiştir. Buna nazaran Federal Adalet Divanı, kefalet sözleşmesini içerik denetimine tabi tutmak için herhangi bir sebep görmemiştir. Federal Adalet Divanı, tarafların söz konusu sözleşmenin akdedilmesi ve içeriği hususunda ne derece hür iradeleri ile hareket edebildikleri sorusu üzerinde durmamıştır. Bu durum, Anayasa tarafından garanti altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesinin yeterince dikate alınmadığını ortaya koymaktadır.

2. a) Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihat uyarınca, kişinin hukuki ilişkilerini kendi iradesi doğrultusunda düzenlemesi, genel hareket serbestisinin bir parçasıdır (krş. BVerfGE 8, 274 [328]; 72, 155 [170]). Anayasa'nın 2. maddesinin birinci fıkrası, sözleşme serbestisini, "*kişinin hukuk hayatında kendi kararlarını kendisinin vermesi*" şeklinde garanti altına almaktadır (Erichsen, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 4. cilt, s. 1210 kn. 58).

Sözleşme serbestisi, zorunlu olarak sınırlandırılmıştır ve hukuki anlamda yapılandırılmaya muhtaçtır. Dolayısıyla özel hukuk düzenleri, birbirine uyum içinde olan düzenleme ve şekillendirici araçlardan oluşan çok yönlü bir sistemden oluşmaktadır. Bu sistem, aynı zamanda anayasal düzene uygun olmak zorundadır. Fakat bu demek değildir ki kanun koyucu,

sözleşme serbestisini istediği gibi sınırlama kudretine sahiptir ve böylece sözleşme serbestisinin anayasal içeriğini ortadan kaldıracaktır. Bilakis kanun koyucu, gerekli olan yapılandırma çerçevesinde Anayasa'nın objektif-hukuki ilkeleri ile bağlıdır. Kanun koyucu, bireye, hukuk hayatında kendi kararlarını kendi kendine verebilme hususunda yeterli bir hareket alanı tanımalıdır. Düzenlenme tarzı itibarıyla sözleşme serbestisi, devlet tarafından icra edilmeye muhtaçtır. Hukuk uygulamasında sözleşme serbestisi de dikkate alınır ve aynı zamanda kanun koyucunun şu yükümlülüğüne sebebiyet verir ki, buna göre kanun koyucu, hukuki manada bağlayıcı olan şekillendirici hukuki işlem araçları sunmalıdır ve yine aynı yükümlülük çerçevesinde kazanılan bu hukuki konumun ihtilaf durumunda icrasını mümkün kılmalıdır.

**b)** Medeni hukuk alanında yasama görevini icra etmekten sorumlu olan kanun koyucu, çatışan anayasal temel hak ve özgürlükleri pratik uyum ("praktische Konkordanz") ilkesi gereğince bir sınırlama yapacaktır. Özel hukuk alanında hak ve özgürlükleri bakımından birbirine eşit aktörler rol oynamaktadır. Bunlar farklı menfaatlere sahip olmakla birlikte, çoğu zaman zıt amaçlar da gütmektedir. Özel hukuk alanında faaliyette bulunan bireyler, bir taraftan Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen haklardan istifade edebilirken, aynı zamanda Anayasa ile korunan sözleşme özgürlüğü ilkesine de dayanabilirler. Bu sebeptir ki sadece daha güçlü olan tarafın hakkı korunmamalıdır. Birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlükler, karşılıklı etki çerçevesinde değerlendirilmeli ve taraflar açısından geçerliliği mümkün olduğu kadar ayakta tutulacak şekilde sınırlandırılmalıdır.

Sözleşme hukukunda menfaat dengesi, taraf iradelerinin birbiriyle uyumu suretiyle kurulmuş sayılmaktadır. Her iki taraf da bağlanmakta ve aynı zamanda hareket serbestisinden istifade etmektedir. Taraflardan birisi, gücünden ötürü sözleşmenin içeriğini fiilen karşı tarafa zorla kabul ettirecek durumda ise, bu durum dıştan müdahale ("Fremdbestimmung") anlamına gelecektir (krş. BVerfGE 81, 242 [255]). Ancak hukuk düzeni, taraflar arasındaki menfaat dengesinin bozulduğu her duruma müdahale edemez. Sırf hukuk güvenliği ilkesi dahi bir sözleşmenin, taraflar arasındaki dengenin bozulması gerekçesi ile, sonradan geçersiz kılınması ya da düzeltilmesinin isabetli olmayacağını anlamak için yeterlidir. Ancak olay, tipikleştirilebilecek nitelikte ise ve söz konusu olayda bir tarafın yapısal olarak daha güçsüz olduğu aşık ise, ve yine sözleşmenin sonuçları güçsüz olan taraf açısından alışılabilir şekilde ağır ise, özel hukuk düzeni bu durumda harekete geçmeli ve düzeltme imkanı vermelidir. Bu yaklaşım

tarzının hukuki dayanağı, Anayasa tarafından garanti altına alınan sözleşme serbestisi (Anayasa'nın 2. maddesinin birinci fıkrası) ve sosyal devlet prensibidir (Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası, 28. maddesinin birinci fıkrası).

c) Yürürlükte olan sözleşme hukuku, bu beklentileri karşılayıcı niteliktedir.

BGB'yi ihdas edenler hukuk hayatında güçsüz olan tarafı korumaya yönelik çeşitli normlara yer vermelerine rağmen, kural olarak hukuk düzeninde birbiriyle eşit olan tarafları esas almışlardır. Ancak İmparatorluk Mahkemesi bu görüşü terk etmiş ve “*sosyal sorumluluğa dayanan maddi bir ahlak anlayışına*” çevirmiştir (Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, s. 24). Bugün ise, sözleşme serbestisinin ancak tarafların az ya da çok eşit konumlara sahip olduğu durumlarda menfaat dengesine sebebiyet verebileceği, menfaat dengesinin bozulduğu durumlarda bunun düzeltilmesi hususunun ise, medeni hukukun en önemli vazifelerinden birisi olduğu hususunda görüş birliği mevcuttur (krş. Limbach, *JuS* 1985, s. 10 vd.'da sunulan genel tablo ve diğer kaynaklar; yakın zamanda Preis, *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, 1993, s. 216 vd.). Bu vazife çerçevesinde BGB'de yer alan bir çok hükmünün değerlendirilmeye alınması imkân dâhilindedir (Hönn, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, 1982).

Bu bağlamda BGB'nin genel hükümleri hayati bir öneme sahiptir. BGB md. 138 f. 2'nin lafzı, bu durumu çarpıcı bir şekilde gözler önüne sermektedir. Bu hükümde bir tarafın güçsüz konuma sahip olmasına sebebiyet verecek tipik unsurlar belirtilmekte ve taraflardan birisinin tecrübesizliği de bu unsurlardan birisi olarak kabul edilmektedir. Daha güçlü olan taraf, bu tecrübesizlikten istifade ederek kendi menfaatlerini tek taraflı olarak dayatarak kabul ettirdiği takdirde, sözleşmenin geçersizliği söz konusu olacaktır. BGB md. 138 f. 1, geçersizliği genel olarak dürüstlüğe aykırı bir davranışa bağlamıştır. BGB md. 242 ise, daha karmaşık hukuki sonuçlara sebebiyet vermektedir. Medeni hukuk bilimi, dürüstlük kuralının sözleşme özgürlüğünün bir parçası haline gelmiş genel bir sınır teşkil ettiği ve hâkime sözleşmenin içeriğini denetleme yetkisi verdiği noktasında hemfikir (krş. Fastrich, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, 1992, s. 70 vd.; Preis, *Grundlagen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, 1993, s. 249 vd.). Bu denetimin şartları ve kapsamı hususu hukuk doktrininde tar-

tıslanmaktadır. Ancak anayasal açıdan yapılacak bir değerlendirme çerçevesinde şu kadarını belirtmek yeterli olacaktır ki, mevcut hukuk düzeni, taraflar arasındaki denge bozukluğuna karşı uygun tepki verebilmek için gerekli araçlara sahiptir.

Bu durumda hukuk yargısı, genel hükümlerin yorumlanması ve uygulanması esnasında, sözleşmelerin başkasının iradesini zorla dayatmak için bir araç haline gelmemesi için gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Taraflar arasında niteliği itibariyle geçerli bir düzenleme mevcut ise, bundan da öteye giden bir içerik denetimine gerek kalmayacaktır. Ancak sözleşmenin içeriği bir taraf için alışılabilir şekilde ağır sonuçlara sebebiyet veriyor ve menfaat dengesi açısından isabetsiz bir sonuç doğuruyor ise, mahkemeler “Sözleşme sözleşmedir!” tespitiyle yetinmemelidirler. Bilakis söz konusu sözleşmenin, taraflar arasındaki yapısal denge bozukluğundan meydana gelip gelmediğini araştırmalı ve gerekli olduğu takdirde yürürlükte olan medeni kanunun genel hükümleri vesilesiyle düzeltme yoluna gitmelidirler. Bu bağlamda izlenecek yöntem ve varılacak sonuç, anayasa normlarının altında olan basit hukuku ilgilendirmekle birlikte Anayasa bu çerçevede geniş bir takdir alanı tanımaktadır. Ancak sözleşme dengesinin bozulması sorunu hiçbir şekilde tespit edilmemiş ya da sorunun çözümü için yanlış araçlara başvurulmuşsa, Anayasa tarafından garanti altına alınan sözleşme serbestisi ilkesinin ihlali söz konusu olacaktır.

**3.** Anayasa şikâyetine konu olan Federal Adalet Divanı kararı, bu tür bir ihlal içermektedir. İhtilaf konusu olan kefalet sözleşmesi, karşılıklı birbirine uygun menfaatler içeren ve riski öngörülebilir bir sözleşme olarak değerlendirilmiştir. Birinci başvurucunun sözleşme dengesi çerçevesinde güçsüz konumuna dair bütün savunmaları, kendisinin reşit olduğu ve oluşabilecek muhtemel riskleri bizzat kendisinin araştırması gerektiği gerekçeleriyle reddedilmiştir. Bu tespit yeterli değildir.

Birinci başvurucunun ihtilaf konusu kefalet sözleşmesi sayesinde kendi iktisadi menfaati olmaksızın üstlendiği sorumluluk riski, belirtildiği üzere alışılabilir şekilde fazladır. İlaveten önceden belirlenmesi de çok zordur. Belirlenen kefalet miktarı, ancak asıl borç için azami bir sınır teşkil etmektedir; dikkati çekecek derecede yüksek olabilen kredi masrafları ve faiz borcu, hesaplanma şekli sözleşmede belirtilmemiş olsa da neticede asıl borca ilave edilecektir. Özellikle teminat altına alınan iktisadi ilişkiden doğan borçlar hiçbir şekilde sınırlandırmaya tabi tutulmamıştır. Buna ilaveten birinci başvurucunun bütün koruyucu hükümlerden feragat

ettiği gerçeği de dikkate alındığında, kendisinin babasının bir ortağı gibi sorumlu kılınması söz konusu olmuştur. Böyle bir sorumluluğun anlam ve kapsamını, tecrübeli iş adamları bile öngörebilecek durumda olamayacaktır. 21 yaşında herhangi bir mesleki eğitime sahip olmayan başvuru için bu husus, fiilen öngörülemez niteliktedir.

Sözleşmenin bir tarafının bu denli güçsüz olduğu durumda esas nokta, sözleşmenin hangi şartlar altında akdedildiği ve özellikle daha güçlü olan sözleşme tarafının nasıl bir davranış sergilediğidir. Yine de Federal Adalet Divanı, kredi müessesesinin her türlü bilgilendirme ve açıklama yükümlülüğünü reddetmektedir. Hatta banka temsilcisinin “*büyük bir mesuliyet altına girmiyorsunuz*” ifadeleri ile baskı oluşturması bile, Federal Adalet Divanı tarafından önemsiz olarak değerlendirilmiştir. Bu ifadeleri Federal Adalet Divanı, sadece ödeme kabiliyetine dair geçici bir sorgulama olarak değerlendirmekte ve bu ifadelerin, başvuru konusunun konumuna herhangi bir etkiye bulunmadığını belirtmektedir. Bu ise, başvuru konusu olaydaki ihtilafa uygun olmamakla birlikte, Anayasa tarafından garanti altına alınmış olan sözleşme serbestisi ilkesini o denli ihlal etmektedir ki, bu ihlal, kararın ayakta tutulmasını imkânsız kılmaktadır. Buna ilaveten genel kişilik hakkının da ihlal edilip edilmediği sorusuna değinmeye gerek kalmamıştır.

### III.

İkinci anayasa şikâyetinin konu olan olayda ise yüksek ve öngörülmesi zor olan bir işletme riski söz konusu değildir. Kefaletin konusu, bir tüketici kredisidir. Bir evin inşaatı aşamasında yapılan masraflar dikkate alındığında sorumluluk riskinin çok yüksek olduğunu iddia etmek mümkün olmayacaktır. Kredi talep edenin, ikinci başvuru konusunun kocası olması nedeniyle kefilin de doğrudan doğruya bir menfaati olduğunu söylemek imkân dâhilindedir. Sözleşmenin kurulma şartlarına bakıldığında da, ikinci başvuru konusunun kefalet sözleşmesini yapmaya zorlandığı ya da başka bir şekilde iradesinin etkilendiğine dair herhangi bir şüphe oluşmamaktadır. Kredi kurumunun bilgilendirme yükümü çerçevesinde kusurlu davranışına dair herhangi bir bulgu da söz konusu değildir. Her ne kadar banka, kredinin verilmesini, kefalet vesilesiyle teminat altına alınması şartına bağlamışsa da, Eyalet Mahkemesinin tespitleri doğrultusunda bilgilendirme yükümlerini ihlal etmemiş, özellikle sorumluluk riskini daha düşük olarak göstermemiştir. Mevcut olay şartları çerçevesinde Eyalet Mahkemesi, BGB § 138 ve 242 hükümlerine etraflıca değinmiştir. Mahkemenin bu bağlamda Anayasa tarafından teminat altına alınan sözleşme serbestisini

görmezden geldiğine dair herhangi bir bulgu da mevcut değildir. Eyalet Mahkemesi ve Eyalet Yüksek Mahkemesi, başvurucunun sırf geliri ve malvarlığı olmaması sebebiyle kefalet sözleşmesinin geçersizliğine hükmetmeyi reddetmişlerdir. Fakat kredinin şekli ve miktarı dikkate alındığında bu sonuç, anayasal açıdan sakıncalı değildir.

Aynı şekilde genel kişilik hakkı ihlali de söz konusu değildir. Yargı tarafından geliştirilen bu temel hakkın, sorumluluktan kurtuluşu mümkün olmayan bir kredi ya da kefalet sözleşmesinin kurulması esnasında ne derece gündeme geleceği sorusuna değinmeye lüzum yoktur. Zira böyle bir tehlikenin varlığına hüküm gerekçelerinde rastlanmamış ve bu husus anayasa şikâyeti çerçevesinde de yeterince kanıtlanamamıştır.



## **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 bildirimleri 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 anlam 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 bölümlene 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](mailto:tauhfd@tau.edu.tr) oder [ztdr@tau.edu.tr](mailto: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.)

ISSN 2687-3923



2687 3923