

İFLASTA TAKASA İTİRAZ EDİLMESİ HALİNE İLİŞKİN BİR ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARI

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA-FERENDECİ ^(*)

Alman Federal Mahkeme'si 9. Dairesinin 07.07.2005 tarihli ve IX ZR 241/01 sayılı kararı¹:

Kaynak (Nachschlagewerk): evet

Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarındaki Kararları (BGHZ): hayır

Alman Federal Mahkemesi'nin Sistematiik Derlemesi (BGHR): evet

Eski Alman İflas Kanunu'nun (KO) 60. maddesi

İflas idarecisinin masaya ait malların az olmasına ilişkin ilan mahkeme-yi bağlamaz.

Alman Federal Mahkemesi, 07 Temmuz 2005 – IX ZR 241/01 – Celle Eyalet Yüksek Mahkemesi, Hannover Asliye Hukuk Mahkemesi

Alman Federal Mahkemesi'nin 9. Hukuk Dairesi 7 Temmuz 2005 tarihinde sözlü duruşma sonucunda, daire başkanı hakim Dr. Fischer, hakimler Raebel, Kayser, Cierniak ve Lohmann tarafından şu kararı vermiştir:

Davalının temyizi üzerine Celle Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 11. Hukuk Dairesi'nin 16 Ağustos 2001 tarihinde verdiği karar kaldırılmaktadır; bunun sonucunda davalının, D. Şirketine 73.834,73 DM ve davacıya 268.018,74 DM ve her iki alacağa ilişkin 11 Şubat 1999 tarihinden itibaren % 4 faiz ödemeye mahkum edilmesi de kaldırılmaktadır.

^(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı'nda Öğretim Üyesi

¹ Çevirenin notu: Kararın Almanca metni için bak. <http://www.bundesgerichtshof.de/>.

Dava, kararın kaldırıldığı çerçevede yeniden yargılama yapılmak ve karar verilmek üzere – ki buna temyiz mahkemesinin yargılama giderleri da dahildir – tekrar istinaf mahkemesine geri yollanmaktadır.

Olay (Tatbestand):

Davacı, A şirketinin iflas tasfiyesinde iflas idarecisidir. A şirketinin iflası 1 Mart 1993’de açılmıştır. 1 Haziran 1993’de Aşağı Saksonya Staatsanzeiger Gazetesi’nde masaya ait malların az olduğu ilan edilmiştir. Davalı, Ağustos 1993’de kurulan üç kurtarıcı şirketlerden² biridir. Davacı – temyiz yargılamasında bu konudaki menfaat çerçevesinde – 341.853,47 DM ve faizin ödenmesini talep etmektedir. Alacağın kendisi tartışmalı değildir. Alacak, davalıya 1993 ile 1995 arası yapılan 268.018,74 DM miktarındaki ödemeler - ki bu meblağlar masaya aittir – ve 73.834,73 DM miktarında AM şirketinin 1996 ve 1997 yılında davalıya yaptığı ödemelerden oluşmaktadır. AM şirketi tarafından yapılan ödemeler ilişkin hak aslında davalı tarafında D şirketine temlik edilmişti. Davacı bundan dolayı ödemenin D şirketine yapılmasını talep etmektedir. Davalı ise, gene tartışmasız olan ve aynı miktarda olan karşı talebinin olduğunu ileri sürerek, takası beyan etmektedir. Bu talebin 152.464,45 DM miktarındaki bölümü davalının 28 Ekim 1993’den önce masaya yaptığı sevkiyatlar ve edimlere ilişkindir.

Taraflar arasında, masada malın az olmasından dolayı yapılan takas beyanının geçerli olup olmaması konusu ihtilaflıdır. Davalı ayrıca taraflar arasında bir hesaplaşma kloxunun varlığını dermeyer etmektedir. Asliye hukuk mahkemesi davayı takas beyanını kabul ettiğinden dolayı reddetmiştir. İstinaf mahkemesi ise davalıyı netice talebi doğrultusunda ödemeye mahkum etmiştir. Temyiz talebi ile davalı davanın esastan reddedilmesi talebini tekrar dermeyer etmektedir.

Karar Gerekçesi (Entscheidungsgründe):

Temyiz talebi haklıdır. İstinaf mahkemesinin verdiği kararın temyiz edildiği çerçevede kaldırılmasına ve davanın tekrar istinaf mahkemesine yollanmasına karar verilmiştir.

² Çevirenin notu: Auffanggesellschaft olarak adlandırılan bu kurtarıcı şirketler, iflas eden şirketin yerine kurulan ve iflas eden şirketin mevcudiyetini / devamını bir şekilde koruması amacını güden şirketlerdir.

I.

İstinaf mahkemesinin görüşüne göre Eski Alman İflas Kanunu'nun 55. maddesinin 1. cümlesinin 1. bendine göre takas geçersizdir. İstinaf mahkemesinin görüşüne göre davalının borcu, iflasın açılmasından ve masaya ait malların az olduğunun ilanından sonra ve kendi alacağı da ancak iflasın açılması ve masaya ait malların az olmasının ilanından sonra oluşmuştur. Dolayısıyla taraflar arasında bir hesaplama klozu kararlaştırılmış olsa dahi, bu anlaşma Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 134. maddesi ve Eski Alman İflas Kanunu'nun 55 maddesi kapsamında geçersizdir. Bu bağlamda davacının dürüst davranma konusunda şüpheler olsa dahi, bu şüpheler varılan sonucu değiştirmemektedir.

II.

Bu görüş hukuki denetim sonucunda isabetli bulunmamıştır.

1. Eski Alman İflas Kanunu'nun 55. maddesinin 1. cümlesinin 1. bendi – en azından doğrudan – masa alacaklılarına uygulanmamaktadır. Masaya karşı ayrı bir talebi olan alacaklılar kural olarak masaya borcu varsa bunu takas edebilmektedirler (BGHZ 30, 248, 250; 130, 38, 45; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetz 17. Aufl. § 55 KO Anm. 3 c aa; Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 55 Rn. 7 g; Jaeger/Lent, KO 8. Aufl. § 55 Rn. 4). Bu sonuç zaten kanunun lafzından da anlaşılmaktadır, kanun “müflise” karşı olan alacaklılardan (yani masaya karşı olan alacak değil) söz etmektedir (BGHZ 130, 38, 41; Jaeger/Lent, aaO). Eski Alman İflas Kanunu'nun 55. maddesinin amacı zaten masaya ait malların tam ve eksiksiz şekilde tüm alacakların eşit tatmin edilmesi için muhafaza edilmesine yöneliktir, böylece masaya ait malların haksız bir şekilde dağıtımı engellenmek istenmektedir (BGH, Urt. v. 6. Dezember 1990 – IX ZR, WM 1991, 251, 252; Jaeger/Lent, aaO). Müflisin bir borçlusu, iflastan dolayı değersiz hale gelmiş olan bir alacağı, ucuz bir şekilde sahip olarak takası beyan etmesine ve böylece diğer iflas alacaklıların aleyhine ve zarar görecekları biçimde hareket etmesine özellikle izin verilmemektedir. Oysa masa alacaklılarının durumu farklıdır. Masaya ait malın bulunmaması ve az olması halleri dışında, alacaklarına tam olarak kavuşmaktadırlar. Bu alacaklarını icra takibi yolu ile de takip etmeleri mümkündür (BGHZ 130, 38, 46). Bundan dolayı kendileri de masaya borçlular ise, takası dermeyeran etmelerine bir engel bulunmamaktadır. Masaya ait bir malın bulunmaması veya az olması hallerinde ise (Eski Alman İflas Kanunu'nun 60.

maddesi) Eski Alman İflas Kanunu'nun 53 ve 55. maddeleri kıyasen uygulanmaktadır (BGHZ 130, 38, 46 vd.; BFH ZIP 2001, 428, 430).

2. İstinaf mahkemesi hatalı bir şekilde, takasın beyan edilmesi mümkün olduğu anda, masaya ait malın az olup olmadığı konusunu incelememiştir.

a) Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarına göre hayat olayını tespit eden hakimin, Eski Alman İflas Kanunu'nun 60. maddesi çerçevesinde ihtilaf konusu olan masaya ait malın az olması konusunu Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 287. maddesinin 2. fıkrasına göre incelemek zorundadır (BGHZ 147, 28, 36 vd.; 154, 358, 369). Bunun dermeyeran edilmesi ve ispatı iflas idarecisine aittir. İflas idarecisinin masaya ait malların az olduğunu gazetede ilan ettirmesi, dermeyeran yükümlülüğü için yeterli midir konusu Federal Mahkemesi bakımından henüz içtihatlarla belirlenmemiştir. Alman Federal İş Mahkemesi'nin içtihatlarına göre dava takip yetkisi iflas idarecisine geçmiş bir davada, iflas idarecisinin masa alacaklısına karşı açtığı davada, masaya ait malların az olduğunun ilan edilmesi, bu hususun dermeyeran edilmesi bakımından yeterli görülmemektedir (ZInsO 2002; 889 mit zust. Anm. Berscheid, ZInsO 2002, 868, 869; aynı şekilde BFH ZIP 1996, 1838, 1840; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 60 Anm. 2; a.A. OLG Duesseldorf ZIP 1995, 2003, 2004 mit zust. Anm. Uhlenbruck, EWir 1996, 33). Hukuk Dairesi olarak biz de bu görüşe katılmaktayız.

aa) Eski Alman İflas Kanunu'nun 60. maddesinin şartlarından biri, masaya ait malların tüm alacakların tatmin edilmesine yetmemesi halidir. Bu durumu / şartı tespit etmek ve ilan etmek de iflas idarecisinin görevidir (OLG Duesseldorf, aaO m. w. N.). Ancak bu görevini yerine getirilmesi, iflas idarecisi tarafından yürütülen davaları hukuken doğrudan etkilememektedir. İflas idarecisinin görevi olduğu ve onun tarafından yapılan bu tespitin mahkeme tarafından bir daha denetlenmemesi söz konusu değildir. Eski Alman İflas Kanunu'nda, mahkemenin, iflas idarecisi tarafından yapılan bu tespit ve ilan ile bağlı olması gerektiği konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır, dolayısıyla mahkeme bu ilan ile bağlı değildir.

bb) Temyiz dilekçesine yazılan cevap dilekçesinde her ne kadar Dairenin Yeni Alman İflas Kanunu'nun (InsO) 208. maddesine ilişkin içtihadın ve görüşün (BGHZ 154, 358, 360 vd.), Eski Alman İflas Kanunu'nun 60. maddesine de, yani masaya ait malların az olduğuna dair yapılan ilana - kıyasen uygulanması gerektiği savunulsa da, bu mümkün değildir. Söz konusu karar-

da Daire, Yeni Alman İflas Kanunu'nun 208. maddesinin amacını ve oluşum tarihçesini dikkate alarak karar vermiştir. Buna göre iflas idarecisi henüz mevcut olan masaya ait malların tasfiyesini Yeni Alman İflas Kanunu'nun 208. maddesinin 3. fıkrasına göre yapabilmesi olanağı verilmektedir. Bu bağlamda yapılan ilan planlama açısından bir güvenlik sağlamaktadır; masa alacaklıların Yeni Alman İflas Kanunu'nun 209. maddesin 1. fıkrasının 3. bendine göre ortaya çıkan kayıplara katlanmak zorundalar, zira bu durumda masanın en iyi şekilde değerlendirilmesi hedefi / amacı daha ön plana çıkmaktadır; zaten bu çerçevede iflas idarecisinin Eski Alman İflas Kanunu'na göre sorumluluğu daha fazladır ve dolayısıyla alacaklıların menfaatlerinin ihlal edilmesi bu şekilde kompanse edilmektedir.

Ayrıca masaya ait malların az olması halinde, masaya ait malların az olması ilanı bağlayıcı etki gösterirse, o zaman tasfiyesi de daha kolay olacaktır. Ancak Eski Alman İflas Kanunu masaya ait malların az olması hali için özel bir tasfiye tanımamaktadır. Daire, söz konusu problemde Yeni Alman İflas Kanunu'nun bir "ön etkisi" sadece yasal bir dayanağın veya içti-hadın olmaması halleri için ön görmektedir; yani yürürlüğe girecek hukukun dikkate alınmasında, hakimin henüz yürürlükte kanun ile bağlı olması kuralına ve yeni kanundan farklı bir düzenlemenin bulunmasına duyulan güvene karşı bir aykırılık bulunmamaktadır (BGHZ 134, 116, 125 vd.). Eğer yeni düzenlemede, henüz yürürlükteki kanuna göre farklı bir uygulama öngörülmekteyse, o zaman Dair ön etkiyi reddetmektedir (BGHZ 130, 38, 43). Yeni Alman İflas Kanunu'nun 208. maddesine göre masaya ait malların az olması halinde tasfiye prosedürü, Alman Federal Mahkeme tarafından bilinçli olarak Eski Alman İflas Kanunu'na sadık kalınarak yorum yolu ile düzenlenmiştir (InsO-RegE'nin 318. maddesinin hükümet gerekçesi, RWS-Dokumentation I, S. 432). Söz konusu hükümlerin de bir ön etkisi olamamaktadır.

b) Davacı, masanın 1 Haziran 1993 tarihinde bile tüm alacaklıların tatminine yetmeyeceğini dermeyeran etmiştir. Ancak davacının kendi iddiasında bile, "masaya ait malların az olması" terimini isabetli bir şekilde kullandığına dair şüpheyi yer vermemektedir. Davalının savunması üzerine davacı, 1993 sonbaharında davalıya ait hisse senetlerinin satışından 9,4 milyon DM aldığını kabul etmiştir. Davacının kendi iddiasına göre bu kazanç sayesinde, 28 Ekim 1993 tarihinde ihtilafsız olarak kabul edilen davalının kendisinden olan 902.464,45 DM miktarında alacağı için 750.00 DM miktarında ödeme

yapabilmiştir. Bundan başka ödemeler “tasfiyenin ilerleme çerçevesinde” mümkün olmamıştır. Ancak bu şekilde masaya ait malların az olduğu ve hatta ne zamandan itibaren az olduğu yeterince dermeyeran edilmemiştir. 10 Ağustos 1999’da davacı tarafından masaya ait borçların 3.037,343,06 DM olarak belirtilmiştir. Bu borçlar kapsamında Eski Alman İflas Kanunu’na göre yargılama giderleri ve avukatlık ücretleri önemli bir yer tutmaktadır, bunun yanı sıra “farklı işçilerin”, “farklı sağlık sigortaların” ve Hameln ile Hannover şehirlerinin iş ve işçi bulma kurumlarının da alacakları bulunmaktadır. Ancak bunların 1 Mart 1993’de iflasın açılması ile masaya ait malların az olmasına ilişkin ilanın yapıldığı 1 Haziran 1993 tarihleri arasında doğmuş olmaları mümkün değildir.

3. Takasın yapılabileceği anda masaya ait malların az olduğu konusu tespit edilemediğinden, iptali istenen kararın kaldırılması gerekmektedir. Davanın, istinaf mahkemesine geri yollanmasına ve davacıya iddiasını tamamlamasına fırsat verilmesine ve gerekirse delil sunmasına karar verilmiştir.

III.

Yapılacak olan yeni yargılama için Hukuk Dairesi şu hukuki hususlara dikkat edilmesi gerektiğini belirtmektedir:

1. Temyiz dilekçesine yazılan cevap dilekçesinde belirtildiği – ve hukuken hatasız bir şekilde tespit edilen – masaya ait malların az olması hali dilekçenin aksine mecburen devam etmek zorunda değildir. Eğer masaya ait mallar 1 Haziran 1993 tarihinde az olduğu kabul edilirse, o zaman daha sonra ki bir zamanda – her türlü masa borcunun ödenmesine yetmiştir ve bu konu davalı açısından önem arz etmektedir. Bu bağlamda ayrıca takas dermeyeran edilebilme anı da önem taşımaktadır.

2. Takasa konu olan alacakların, Eski Alman İflas Kanunu’nda hangi sıraya ait oldukları sorusu ise, önem arz etmemektedir. 73.834,53 DM miktarında kısmı alacak için istinaf mahkemesi, davalı için tanık G’nin işlem yaptığı ve masaya ait çeklerin bilinçli olarak davalı lehine ciro edildiği konusunda davacının iddiası üzerine, takası yasaklayan Alman Medeni Kanunu’nun 393. maddesini incelemek zorunda kalabilir.

3. Davalı tarafından savunma olarak ileri sürülen, ancak asliye hukuk mahkemesi tarafından ispat edilememiş olarak kabul edilen hesaplaşma klotu ile, iflas hukukuna dayana bir takas yasağına rağmen, takasın kabul edile-

ceği konusu kararlaştırılmışsa, o zaman hesaplaşma klozunun iflasın amacına aykırı ve bundan dolayı geçersiz olup olmadığı konusunun da incelenmesi gerekecektir (vgl. BGHZ 150, 353, 360 vd.). Eğer takasın beyanı zaten mümkünse, klozun geçerli olup olmadığının da bir önemi kalmamaktadır.

Fischer

Raebel

Kayser

Cierniak

Lohmann

Kısaltmalar Cetveli

- a.A. : andere Ansicht (karşı görüşte)
aaO : am angegebenen Ort (daha önce belirtilen şekilde)
Anm. : Anmerkung (kenar notu)
Aufl. : Auflage (bası)
BFH : Bundesfinanzhof (Alman Federal Finans Mahkemesi)
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGHZ : Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarındaki Kararları)
DM : Deutsche Mark (Eski Alman para birimi)
EWiR : Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
InsO : Insolvenzordnung (Yeni Alman İflas Kanunu)
KO : Konkursordnung (Eski Alman İflas Kanunu)
m. w. N. : mit weiteren Nachweisen (başka kaynaklara da atıf var)
OLG : Oberlandesgericht (Eyalet Yüksek Mahkemesi)
RegE : Regierungsentwurf (Hükümet Taslağı)
Rn. : Randnummer (kenar nou)
S. : Seite (sayfa)
Urt. : Urteil (karar)
v. : vom
vgl. : vergleiche (karşılaştırınız)

WM	: Wertpapiermitteilungen
ZInsO	: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	: Zivilprozessordnung (Alma Medeni Usul Kanunu)
ZR	: Zivilrecht (özel hukuk)
zust.	: zuständig (ilgili, yetkili)