



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

# Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı - VIII

**Türk, Alman ve İsviçre  
Hukukunda  
İflâs, Konkordato ve Noterlik  
Alanındaki Gelişmeler**

Abant 9-10 Ekim 2009



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

**MEDENÎ USÛL**  
**VE**  
**İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI**  
**TOPLANTISI - VIII**

TÜRK, ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKUNDA  
İFLÂS, KONKORDATO VE NOTERLİK  
ALANINDAKİ GELİŞMELER

Abant

9-10 Ekim 2009

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 184

*Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları  
Toplantısı VIII*

Yayına Hazırlayan  
Doç. Dr. Murat Atalı

ISBN: 978-605-5614-62-1  
© Türkiye Barolar Birliği  
Birinci Baskı: Eylül 2010, Ankara

Türkiye Barolar Birliği  
Oğuzlar Mahallesi  
Barış Manço Caddesi, 1366. Sokak No: 3  
06520 Balgat - ANKARA  
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)  
Faks: (312) 286 55 65  
web: [www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr)  
e-posta: [yayin@barobirlik.org.tr](mailto:yayin@barobirlik.org.tr)

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık  
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)  
[www.dusatelyesi.com](http://www.dusatelyesi.com)

Baskı  
Şen Matbaa  
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe-Ankara  
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

**MEDENÎ USÛL**  
**VE**  
**İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI**  
**TOPLANTISI - VIII**

TÛRK, ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKUNDA  
İFLÂS, KONKORDATO VE NOTERLİK  
ALANINDAKİ GELİŞMELER

Abant

9-10 Ekim 2009

**ORGANİZASYON KOMİTESİ**

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ**

*(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)*

**Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES**

*(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)*

**Doç. Dr. Murat ATALI**

*(Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)*

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ .....	IX
-------------	----

### AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ.....	3
(Organizasyon Komitesi Başkanı)	
Hasan YENİ .....	7
(Türkiye Noterler Birliği Başkanı)	
Sadullah ERGİN .....	11
(T.C. Adalet Bakanı)	

### BİRİNCİ GÜN (9 Ekim 2010)

#### I. OTURUM

Oturum Başkanı	
Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD.....	18
Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER	
Das deutsche Insolvenzrecht - Wichtige	
Änderungen gegenüber dem Konkursrecht und	
Bewährung in der Praxis .....	20
(Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER'in tebliğinin	
Türkçe tercümesi)	
Alman Acz Hukuku-İflâs Hukuku Karşısında	
Önemli Değişiklikler ve Uygulamada Yerleşmesi .....	49

Prof. Dr. Isaak MEIER Wege zu einem effizienten Sanierungsverfahren: Bericht zum schweizerischen Recht im Hinblick auf die Revision des türkischen Rechts .....	75
--	----

(Prof. Dr. Isaak MEIER'in tebliğinin Türkçe tercümesi) Etkin Bir Yeniden Yapılandırma Usulü: Türk Hukukundaki Değişiklikler Bakımından İsviçre Hukukundaki Gelişmeler .....	119
--	-----

Tartışmalar .....	161
-------------------	-----

## II. OTURUM

Oturum Başkanı Seyit ÇAVDAR .....	180
--------------------------------------	-----

Prof. Dr. Oğuz ATALAY İflâs Sistemimiz Neden İflâs Etti? .....	181
---	-----

Tartışmalar .....	197
-------------------	-----

## III. OTURUM

Oturum Başkanı Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA .....	209
--	-----

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ İflas Ertelemesinin Değerlendirmesi ve Eleştirisi .....	211
---	-----

Tartışmalar .....	227
-------------------	-----

## İKİNCİ GÜN (10 Ekim 2010)

### I. OTURUM

Oturum Başkanı	
Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ .....	253
Prof. Dr. Süha TANRIVER	
Konkordato Hukuku Alanındaki Gelişmeler .....	255
Tartışmalar .....	281

### II. OTURUM

Oturum Başkanı	
Prof. Dr. Bilge UMAR.....	299
Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD	
Stand und Probleme des Internationalen	
Insolvenzrechts.....	301
(Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD'in tebliğinin	
Türkçe tercümesi)	
Uluslararası İflas Hukukunun Konumu ve	
Problemleri .....	339
Tartışmalar .....	373

### III. OTURUM

Oturum Başkanı	
Hasan YENİ .....	385
Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD	
Aktuelle Entwicklungen des Notariats	
in Deutschland .....	389



(Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD'in tebliğinin Türkçe tercümesi) Almanya'da Noterlik Hakkındaki Son Gelişmeler .....	409
Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER Das Notarwesen in Deutschland .....	431
(Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER'in tebliğinin Türkçe tercümesi) Almanya'da Noterliğin Yapısı .....	441
Prof. Dr. Isaak MEIER Schweizerisches Notariatsrecht: Ein Rest kantonaler Vielfalt im vereinheitlichten Privat-, Prozess- und Anwaltsrecht .....	451
(Prof. Dr. Isaak MEIER'in tebliğinin Türkçe tercümesi) İsviçre Noterlik Hukuku: Birleştirilmiş Özel Hukuk, Usûl Hukuku ve Avukatlık Hukuku İçinde Kantonal Çeşitlilikten Bir Kalıntı .....	471
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ Noterlik Kanunu Tasarısı Işığında Noterlik Mesleğine Giriş .....	489
Prof. Dr. Süha TANRIVER İşlevsel Açıdan Noterlik Kurumuna Yeni Bir Vizyon Kazandırılmasına Yönelik Bazı Düşünceler .....	495
Tartışmalar .....	523

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın sekizincisi 9-10 Ekim 2009 tarihlerinde Bolu-Abant'da gerçekleştirilmiştir.

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın sekizincisinde Türk, Alman ve İsviçre hukuklarında külli icra, bu çerçevede iflâs ve konkordato ile noterlik alanındaki gelişmeler değerlendirilmiş ve tartışılmıştır. Bu toplantımız bir yönü ile bir önceki toplantının da devamı niteliğindedir. Zira, önceki toplantımızda icra hukuku ve ilâmsız icra ele alınmışken, bu toplantıda iflâs ve konkordato konuları ele alınmıştır. Böylece takip (icra) hukukumuzun en temel sorunları ve sistemi, bu çerçevede cüz'i ve küllî icradaki gelişmeler ve sorunlar arakaya iki toplantıda tartışılarak bir bütünlük sağlanmıştır. Bu konuda en kapsamlı tartışmalar ve gelişmeler bu iki toplantı kitabında yayınlanmış olacaktır. Bu yönüyle birlikte Türk hukukuna önemli bir katkı sağlayarak kaynak oluşturduğumuzu söyleyebiliriz. Bir önceki toplantı kitabının önsözünde de belirttiğimiz üzere, alanın uzmanları, uygulayıcılar, Bakanlık temsilcileri ve karşılaştırmalı hukuku aktaran yabancı konuklarla hem cüz'i hem de küllî icra konusunda yol gösterici mahiyette toplu bir değerlendirme imkânı ortaya çıkmıştır. Bunun, hem genel anlamda hem de yapılacak düzenlemelere sağlayacağı önemli katkılar olacaktır.

Toplantının diğer konusu noterlik ise, son yıllarda üzerinde yeni tartışmaların yapıldığı bir alandır. Noterlik alanın-

da ülkemiz ile yakın hukuk sistemleri olan Alman ve İsviçre hukukundaki durum ele alınmış; konu, uygulamacılar ve öğretim üyeleri tarafından birçok yönüyle değerlendirilmiştir.

Her sene gelişerek yürüttüğümüz toplantımıza, T. C. Adalet Bakanı Sayın Sadullah Ergin de katılmış, sadece toplantı kapsamında değil, diğer çalışmalarla ilgili de ileriye dönük bilgi vermiş, katkı sağlamış, destek olmuşlardır. Kendilerine, bu vesileyle şükranlarımızı sunuyoruz. Sayın Bakan dışında, ayrıca başta Kanunlar Genel Müdürlüğü olmak üzere, Adalet Bakanlığı temsilcilerinin katılımı Toplantının daha verimli geçmesi ve Toplantıdaki tartışmaların hayata geçirilmesi imkânını arttırmaktadır. Bakanlığın bu katılımının hem medenî usûl ve icra iflâs hukuku ailesine hem de Türk hukukuna önemli katkı ve destek sağladığına inanıyorum. Keza Yargıtayımızın konuyla ilgili değerli daire başkan ve üyelerinin de katılımı, toplantımızın daha verimli geçmesini sağlamıştır; kendilerine de ayrıca teşekkür ediyorum.

Toplantı Türkiye Noterler Birliği'nin desteği ve işbirliği ile gerçekleştirilmiştir. Hem toplantının organizasyonu hem de kayıtların bant çözümlerinin yapılmasını sağlayan dönemin Türkiye Noterler Birliği Başkanı Sayın Hasa:ı Yeni'ye ve Türkiye Noterler Birliği Yönetimi'ne organizasyon komitesi adına teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Toplantının kitap halinde basımında ise, her sene olduğu gibi Türkiye Barolar Birliği katkı sağlamıştır. Bu çerçevede, Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Av. V. Ahsen Coşar'a, ayrıca Sayın Av. Cengiz Tuğral'a ve yayın kurulu Başkanı Sayın Av. Teoman Ergül'e ve Türkiye Barolar Birliği Yönetimi'ne sürekli yanımızda hissettiğimiz destekleri için şükranlarımızı sunuyoruz. Ayrıca Türkiye Barolar Birliği yayın işleri personeline de teşekkür ederiz. Bu vesileyle, kendisini kaybetmenin üzüntüsünü yaşadığımız Türkiye Barolar Birliği'nin önceki değerli başkanı Sayın Av. Özdemir Özok'u da rahmet ve şükranla anmayı borç biliyoruz.

Bugüne kadar Yargıtay, Adalet Bakanlığı, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Noterler Birliği ile hep işbirliği içinde ol-

duk; hukukumuzun bu temel kurumlarıyla yürüttüğümüz işbirliğinin iyi bir örnek oluşturduğunu düşünüyor, bu işbirliğinin artarak devam edeceğine inanıyoruz.

Toplantıya Almanya ve İsviçre'den katılan Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Gottwald, Prof. Dr. Wolf-Dietrich Walker ve Prof. Dr. Isaak Meier Alman ve İsviçre hukukundaki konuyla ilgili gelişmeleri aktarmışlardır. Kendilerine katkıları için tekrar teşekkür ediyorum. Değerli tebliğleri ve sürekli destekleri için Prof. Dr. Süha Tanrıver ve Prof. Dr. Oğuz Atalay'a teşekkürler. Almanca tebliğleri, Türkçe çevirileri ile birlikte yayınlıyoruz. Çevirileri yapan Yrd. Doç. Dr. Tolga Akkaya'ya, Dr. Evrim Erişir'e, Dr. Nedim Meriç'e, Arş. Gör. Özlem Yazar'a ve Arş. Gör. Nilüfer Boran - Güneysu'ya da teşekkür ediyorum. Bugüne kadar tüm toplantıları birlikte yürüttüğüm Prof. Dr. Muhammet Özkes'in tükenmeyen enerjisi ile sağladığı vazgeçilmez destek ve emekleri olmasa idi bu toplantıları gerçekleştiremezdik. Fedakârlığına, emeklerine ne kadar teşekkür etsem azdır. Toplantı tebliğ ve tutanaklarının tasnifi, düzenlenmesi, basıya hazırlığı organizasyon komitemizin sekreteryaya işlerini de yürüten üyesi Sevgili Doç. Dr. Murat Atalı tarafından yapılmıştır. Özellikle yabancı katılımcıların olduğu bir toplantıda, konuşmaların düzenlenmesi gibi zor ve yorucu bir işi gerçekleştirdiği için; ayrıca kendisinin idarî ve akademik işleri yanında her zamanki fedakârlığı ile tek başına organizasyonla ilgili birçok sıkıntıyı, bize dahi hissettirmeden göğüslediği için kendisine teşekkürü yerine getirilmesi gereken bir borç biliyoruz. Kitabın yayına hazırlanması sırasında ve özellikle dizgi, tashih ve düzenlemelerde ayrıca Yrd. Doç. Dr. Emel Hanağası yardımcı olmuştur. Bu toplantılarda her zaman katkısını eksik etmeyen sevgili Emel Hanağası'na, yayın işleri ile ilgilenen Dr. Mustafa Göksu'ya teşekkür ederiz. Ayrıca burada sayamadığım ancak toplantının başlangıcından sona ermesine kadar pek çok yönden destek olan çeşitli Fakültelerden katılan genç meslektaşlarıma desteklerinin süreceği ümidiyle teşekkür ediyorum. Ayrıca toplantıya katılan tüm Hocalarımıza ve genç meslektaşlarımıza şükranlarımı arz ediyorum.

Ekim 2010 yılı içerisinde dokuzuncusunu gerçekleştireceğimiz Mederî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nda görüşmek dileğiyle sevgi ve saygılar sunuyorum.

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ**  
Organizasyon Komitesi Başkanı

**BİRİNCİ GÜN**  
**9 Ekim 2009 (Sabah)**

**AÇILIŞ KONUŞMALARI**

**Arş. Gör. Dr. Müjgan YÜCEL** (Program Sunucusu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi):

MÜJGAN  
YÜCEL'İN  
KONUŞMASI

Saygıdeğer hocalarımız, Almanya ve İsviçre'den katılan değerli öğretim üyeleri, değerli misafirler; Sekizinci Türk Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'na hoş geldiniz.

Şimdi, açılış konuşmalarını yapmak üzere, Organizasyon Komitesi Başkanı ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Hocamızı kürsüye davet ediyorum.

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ** (Organizasyon Komitesi Başkanı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi):

HAKAN  
PEKCANITEZ'İN  
KONUŞMASI

Sayın Bakanım, Türkiye Noterler Birliği'nin değerli başkan ve yönetim kurulu üyeleri, Yargıtay 12. ve 19. hukuk dairelerinin sayın başkan ve üyeleri, Almanya ve İsviçre'den toplantımızı onurlandıran değerli öğretim üyeleri, değerli hocalarım, sevgili meslektaşlarım; bugün Sekizinci Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nı gerçekleştiriyoruz. Bu toplantıya katıldığınız ve katkılarınız için şimdiden teşekkür ediyorum.

HAKAN  
PEKCANİTEZ'İN  
KONUŞMASI

Bu yılki toplantımızda Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında iflâs, konkordato, iflâsın ertelenmesi ve uluslararası aciz hukukuna ilişkin konuları değerlendireceğiz ve kendi ülkemiz hukuku bakımından sonuçlar çıkarmaya çalışacağız.

Bu çalışmalarımız doktrine getireceği katkılar yanında, uygulamamıza ve belki aynı zamanda ileride İcra İflâs Kanunu'nda da yapılabilecek bazı reform çalışmalarına ışık tutacaktır diye düşünüyorum.

Bugünkü toplantımızın konusu, daha çok iflâs hukukunu ilgilendirdiği için bu konuda yıllardır uygulamamıza içtihatlarıyla çok önemli katkılar sağlayan, iki hukuk dairesinin değerli başkan ve üyelerini katılımları da bizim için çok önemliydi. Kendileri bu davetimizi kabul ettikleri ve bizi onurlandırdıkları için teşekkür ediyorum huzurunuzda.

Bu toplantımızda üç yabancı konuğumuz tebliğ sunacaklar. Ben, her üç konuğumuza da, davetimizi kabul ettikleri, bizi onurlandırdıkları ve değerli görüşlerini bizimle paylaşacakları için ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

Sayın Prof. Dr. Peter Gottwald, Regensburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve aynı zamanda Dünya Usûl Hukukçuları Birliği'nin Başkanı. Sayın Gottwald, bize milletlerarası aciz hukukunun sorunları ve mevcut durumu hakkında bir tebliğ sunacak.

İkinci konuğumuz, İsviçre Zürih Üniversitesi'nden Prof. Dr. Isaak Meier. Sayın Meier, geçen yıl da bizim toplantımızı onurlandırmıştı. Bu yıl İsviçre hukukunda 2003 yılından itibaren sürdürülen ve İsviçre İcra İflâs Kanunu'nda ve özellikle konkordato alanında yapılan reform çalışmaları hakkında bilgi sunacak. Sayın Meier, İsviçre'deki bu konuda yapılan reform çalışmalarında da komisyon üyesi. Bu çalışmalar mutlaka Türk icra ve iflâs hukuku bakımından önem taşıyor.

Üçüncü konuğumuz, Gießen Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Sayın Prof. Dr. Wolf Dietrich Walker. Özellikle son yıllarda usûl hukukçularının Almanya'daki ikinci adresi. Bize orada bütün imkânlarını sunan değerli meslektaşım. Sayın



Walker, Alman aciz hukukunu iflâs hukukuna nazaran önemli değişikliklerini ve uygulamadaki görünümünü anlatacak.

Türk hukukuyla ilgili olarak Sayın Tanrıver ve Sayın Atalay konuşmacı olarak katılacaklar. Sayın Tanrıver, "İflâs Dışı Konkordatoya İlişkin Bazı Sorunlar ve Değerlendirmeler" konulu bir tebliğ sunacak. Sayın Atalay ise, "İflâs Sistemimiz Neden İflâs Etti?" diye bir sorunun cevabını aramaya çalışacak.

Ben de, "İflâsın Ertelenmesi" konusunu eleştirel olarak değerlendirmeye çalışacağım.

İkinci gün öğleden sonra ise, "Noterliğin Güncel Sorunları ve Geleceğe İlişkin Değerlendirmeler" yapılacak. Almanya ve İsviçre'den gelen konuklarımız bu oturumda ayrı ayrı tebliğ sunacaklar.

Biz, medenî usûl hukukçuları olarak, uzun süredir noterlik alanındaki çalışmalara da katkı vermeye gayret ediyoruz. Bu amaçla, şu anda henüz tamamlanmamış durumdaki Noterlik Kanunu Tasarısı çalışmalarında da yer aldık. Bu Tasarı belli bir aşamaya geldikten sonra, noterlerin taşınmazlara ilişkin işlemler yapma konusunda siyasi bir karar verilmesi gerektiğinden, şimdilik durduruldu. Umuyorum, Türkiye noterleri de, yeni hazırlanacak bir tasarıdan sonra, Avrupa'daki noterlerin sahip oldukları yetkileri ve en önemlisi noterlik mesleğinin gelişimi bakımından yeni ve çağdaş bir yasaya sahip olacaklar.

Bu toplantıyı pek çok kişinin katkısı ve desteğiyle gerçekleştirdik. Öncelikle, Noterler Birliği Başkanı Sayın Hasan Yeni'ye ve onun şahsında Yönetim Kurulu üyelerine ve tüm Türkiye noterlerine teşekkür etmek istiyorum, çünkü bu toplantımızın sponsorluğunu onlar üstlendiler. Bizim için çok önemli katkılarından ötürü kendilerine teşekkür ediyorum.

Bugün sizlere geçen yıl Çeşme'de yaptığımız "İlamsız İcra" konulu toplantımızın kitap haline getirilmiş halini sunduk. Böylelikle bu yıl da geçen yılki toplantıdaki tebliğleri ve tartışmaları kitap haline getirdik ve bunu yetiştirdik. Bu yedinci toplantımızın tebliğlerini ve tartışmalarını da yine her yıl olduğu gibi Türkiye Barolar Birliği'nin desteğiyle gerçekleştirdik.

MUHAMMET  
ÖZEKES'İN  
KONUŞMASI

Ben Türkiye Barolar Birliği'ne de huzurunuzda bir kez daha teşekkür etmek istiyorum.

Son olarak, toplantının organizasyonunda emeklerini, özellikle anmak zorunda olduğum Sayın Doçent Dr. Muhammet Özekes'e ve Murat Atalı'ya teşekkür etmek istiyorum. Onların sayesinde bu toplantıyı gerçekleştirdik.

Keza, özellikle geçen yılki tebliğlerin kitap haline gelmesinde bize destek veren Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Dr. Emel Hanağası'na, yine Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Mustafa Göksu ile Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Pınar Çiftçi'ye huzurunuzda teşekkür ediyorum.

Bugün Abant'ta belki de beklenenden daha güzel bir gün yaşıyoruz; aydınlık, güneşli bir gün. Bu aydınlığın bizim toplantımıza da yansımaları umuyor, bu dileklerle hepimize saygılar sunuyorum.

**Arş. Gör. Dr. Müjgan YÜCEL:** Açılış konuşmalarını yapmak üzere, Türkiye Noterler Birliği Başkanı Sayın Hasan Yeni'yi arz ediyorum.

**Hasan YENİ** (Türkiye Noterler Birliği Başkanı): Sayın Bakanım, Yargıtayımızın sayın daire başkan ve üyeleri, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın Sayın Başkan ve üyeleri, çok kıymetli hocalarım, sayın noter meslektaşlarım, sayın konuklar, saygıdeğer hanımefendiler, beyefendiler; ülkemizin bu nadide bölgesinde sizleri misafir etmekten, sizlerle bir arada bulunmaktan tüm meslektaşlarım adına memnuniyet duyduğumuzu ifade etmek istiyorum.

Günümüz dünyasında birçok uluslararası organizasyonlar yapılmaktadır. Her biri kendi alanında kilit rol oynamakta olan uluslar, ekonomik sektörler ve meslekler arasındaki ilişkiler ağının kurulmasına katkıda bulunmaktadır. İşte burada toplanan hukukçuların amacı, toplum için daha iyi hizmet arayışında olan, birlikte bu çabayı göstererek kalıcı iş birliği ve diyalogu sürdürmektir.

HASAN  
YENİ'NİN  
KONUŞMASI

HASAN  
YENİ'NİN  
KONUŞMASI

Yine amaç, ülkeler arasındaki ilişkileri pekiştirmek, karşılaşılan sorunların birlikte çözümünü sağlamaktır. Bu nedenle, Abant'ta buluşuyor olmamızın önemini vurgulamadan geçemeyeceğim.

Değerli konuklarımız; devletimizin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın belirlediği çizgide demokratik, laik, sosyal hukuk devletinin tüm ölçütleri ile yaşama geçmesi, tüm bireyler ve kurumlar arasında barış, kardeşlik, huzur, güven, karşılıklı sevgi ve saygının gerçekleşmesi dileğiyle şahsım, Türkiye Noterler Birliği Yönetim Kurulu ve tüm noter meslektaşlarım adına sizlere hoş geldiniz diyor, hepinizi en içten saygılarımla selamlıyorum.

Bir toplumda huzur, barış, birlik ve beraberlik sadece ekonomik kalkınmayla sağlanamaz. Bunun yanında, hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla işlemesi, yargı mekanizmasının hızlı ve etkin bir şekilde çalışması da gerekir. Aslında, bu olmadan ekonomi de gelişmez. Sosyal, kültürel ve ekonomik gelişmenin temel şartı adalettir. Hukuk devleti, laik yönetim anlayışı olmazsa demokrasi de olmaz. İnsan hakları ve özgürlükler, ancak hukukun üstünlüğünü kabul eden bir devlet anlayışıyla güvence altına alınabilir.

Dünya tarihinin gelişiminde çok önemli bir yeri olan ülkemizin, ekonomik, sosyal alanlarda ve hukuk alanında da en ileri düzeyde söz sahibi olması, gerçek bir hukuk devleti kimliğine ulaşması, bizim en büyük hedefimizdir.

Değerli konuklar, Türkiye'de medenî usûl ve icra iflâs hukuku alanının gelişimine katkıda bulunmak için, temeli 2002 yılında atılan Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'yla başlayan bu süreçte birkaç yıldır yoğun bir çaba gösterilmektedir. Bu doğrultuda toplantılar sekiz yıldan beri düzenli olarak sürdürülmektedir. Umuyoruz ki, bugün olduğu gibi, daha da gelişerek düzenli olarak devam edecektir.

Değişik fakültelerde görev yapan akademik kadrodaki artış, hem bu alanda yapılan yüksek lisans ve doktora çalışmalarının artışıyla orantılı olarak medenî usûl ve icra iflâs hukuku

alanındaki akademik çevre, özellikle son on yılda oldukça büyük bir genişleme kat etmiştir. Herhangi bir izaha ihtiyaç duymayacak kadar açıktır ki, bu alanın uygulamada önemi çok büyüktür. Özellikle icra iflâs hukukunda ortaya çıkan içtihatlarla göz atıldığında bu durum kendisini net olarak göstermektedir.

Ayrıca, uygulama genişliği ve yoğunluğu bakımından bu alanda her yargısal faaliyette tüm özel hukuku kapsayan bir yargılama alanı olan medenî usûl hukuku, maddi hukukla birlikte ve ondan bağımsız olarak kendini göstermektedir.

Bu sebeple, bu alandaki kavramların, kurumların, kaynakların bilinmesi, doğru uygulanması ve anlaşılması özel bir önem kazanmıştır. Bu toplantıların sürece önemli katkıları olacaktır. Gerçekleştirilen etkinlik, kendi alanında bir referans, hem akademik hem de uygulama alanında önemli bir kaynak olacak, farklı görüşlerin karşılıklı tartışılacağı ve değerlendirileceği bir zemin oluşturacaktır. Burada bulunan herkesin bu beklentileri gerçekleştirecek birikime ve bilgiye fazlasıyla sahip olduğuna inanıyorum.

Türkiye Noterler Birliği Başkanı ve bir meslektaşınız olarak, gelinen bu noktadan büyük onur duymaktayım ve bu toplantıyı hepimizin arzu ettiği gibi, yarının toplumu yararına barış, uyum ve refahını temin için geleceğe bakarak kutlamanızı temenni ediyorum. Biz de Türk noterleri olarak medenî usûl ve icra iflâs hukukçuları çalışmalarının gelişimine katkıda bulunmak adına bu organizasyon içinde yer aldık. Bize bu imkânı sağlayan, aynı zamanda noterlik hukuku alanında da sorunlarımızın çözümünde önemli destek ve katkıları olan saygıdeğer hocalarıma müteşekkir olduğumuzu belirtmek istiyorum.

Devletin globalleştiği, hukukun enternasyonal hale geldiği ve ülkemizin Avrupa Birliğine girme çalışmalarının sürdüğü bir dönemde medenî usûl ve icra iflâs hukuku alanında parlayan bu ışığın daha da güçlü bir şekilde tüm alanlara yansması ve bu toplantının güzel sonuçlar doğurması dileğiyle hepimizi en içten saygılarımla selamlıyorum.

**Arş. Gör. Dr. Müjgan YÜCEL:** Açılış konuşmalarını yapmak üzere, Adalet Bakanı Sayın Sadullah Ergin'i arz ediyorum.

**Sadullah ERGİN** (Adalet Bakanı): Değerli hocalarım, Yargıtayımızın değerli daire başkan ve üyeleri, Noterler Birliğimizin Saygıdeğer Başkanı ve çok kıymetli katılımcılar; 2002 yılından bu yana her yıl düzenli olarak yapılan ve bu yıl 8. düzenlenen Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı münasebetiyle sizinle birlikte olmaktan büyük onur ve mutluluk duymaktayım.

SADULLAH  
ERGİN'İN  
KONUŞMASI

Başta, organizasyon komitesi olmak üzere, toplantının düzenlenmesinde emeği geçenleri tebrik ediyorum. Bu yıl tebliğ sunmak üzere ülkemize teşrif eden değerli katılımcılara da hoş geldiniz diyerek hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Değerli misafirler, Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlandığı üzere, bir hukuk devleti olarak, gerek vatandaşlarımızın gerekse ülkemizde yatırım yapan, iş ilişkileri kuran yabancıların devletimizden talep ettiği adalet hizmetini adil, hızlı, etkin ve verimli bir şekilde sunmak zorundayız. Bu husus, va-

SADULLAH  
ERGIN'IN  
KONUŞMASI

tandamızın hak ettiği demokratik ve çağdaş hukuk sistemi-  
ni oluşturmak açısından Hükümetimizin ve Bakanlığımızın temel hedefi ve öncelikleri arasındadır.

Sözünü ettiğim temel hedef çerçevesinde, Avrupa Birliği'ne uyum süreci de dikkate alınarak, hukuk alanında çok önemli reformlara imza atılmıştır. Bakanlığımızca bu nitelikteki çalışmalara ara verilmeksizin devam edilmektedir.

Malumunuz olduğu üzere, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarıları Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'nda kabul edilmiş ve halen Genel Kurul gündeminde bulunmaktadır. Bunlardan Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun görüşmelerine başlanmıştır. Bu görüşmeler şu anda Genel Kurul gündeminde devam etmektedir. Temel yasa niteliğinde olan bu tasarılarında birçok yeni hükümler bulunmaktadır. Bu kanun tasarılarının eş zamanlı olarak kanunlaşması, yeni mevzuatın uygulamada karmaşaya sebep olmadan yerleşmesi ve içtihatların oluşması bakımından önem arz etmektedir.

Son olarak, Bakanlığımızın koordinesinde geniş bir katılımı hazırlanan Yargı Reformu Stratejisi kamuoyuna açıklanmıştır. Yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi, yargının tarafsızlığının geliştirilmesi, yargının verimliliği ve etkinliğinin artırılması, yargıya güvenin artırılması, adalete erişimin kolaylaştırılması, alternatif çözüm yollarının geliştirilmesi gibi temel konularda belirlediğimiz hedefleri Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı'nda açıkladığımız program çerçevesinde kısa ve orta vadede gerçekleştirmeyi umut ediyoruz.

Yargı Reformu Stratejisi'nin "*İcra İflâs Sisteminin Etkinliğinin Artırılması*" bölümünde belirttiğimiz gibi, günümüzde icra ve iflâs sisteminin etkin işlememesi, ekonomik ve ticari hayatı olumsuz etkilemekte, adalet hizmetlerine olan güveni sarsmaktadır. Bu güvensizlik, yerli sermayeyi olumsuz yönde etkilediği kadar, ülkemizde yatırım yapmak isteyen yabancı girişimcileri de ciddi tereddüde sevk etmektedir. Ekonomik yaşamda hukuki güvenliğin sağlanması ve toplumsal barışın ko-

runması, bu fonksiyonun hızlı, etkili ve adil çalışacak şekilde tasarlanmasına bağlı bulunmaktadır.

Diğer yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adil yargılanma hakkına ilişkin kararlarında, icra ve iflâs takiplerini "makul süre" kavramı içerisinde değerlendirmektedir. İcra ve iflâs sistemine ilişkin sorunlu alanlar, takip hukukuna ilişkin mevzuattan kaynaklanan sorunlar, aşırı iş yükü, organizasyonun yeterince işlevsel olmaması, insan kaynaklarının nitelik ve niceliğine ilişkin olumsuzluklar, uygulamadaki yanlış alışkanlıklar, fiziki ve teknik altyapı yetersizlikleri gibi başlıklar altında bu sorunlar toplanmaktadır.

İcra ve iflâs sisteminin iyileştirilmesi yönünde öngördüğümüz diğer tedbirlerin yanı sıra, İcra ve İflâs Kanunu'nun yerinden ele alınması, sözü edilen sorunların çözümü açısından atılacak en önemli adımlardan biridir. Yapılacak mevzuat değişikliği çalışmalarında Avrupa Birliği müktesebatına uyum gözetilerek ve uluslararası uygulamalar dikkate alınarak bu gayretler neticelendirilecektir.

Bilindiği üzere, ekonominin etkin ve verimli olarak işleyebilmesi için her şeyden önce işletmelerin verimli bir şekilde çalışmaları, borçlarını ödeyebilecek ve alacakları tahsil edebilecek durumda olmaları gerekmektedir. Ekonomik düzende rekabet edemeyen işletmeler ve girişimciler daima mevcut olacaktır. Alacaklı ile borçlu arasındaki hassas dengeyi gözetip, öngörülebilir ve şeffaf bir icra iflâs hukuku işletmeler ve girişimciler için etkili bir çıkış yolu sağlayacak ve yeniden yapılandırılmalarına imkân verecektir. Bu durum ise, ticari yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanan sakıncaları en aza indireyecek, ticari ilişkilerin ve finansal sistemin istikrar kazanmasında hayati bir rol oynayacaktır.

Nitekim 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda da, bu amaçlarla düzenlenmiş bazı kurumlar bulunmaktadır. Ancak yürürlüğe girdiği 1932 tarihinden bu yana pek çok değişiklik yapıldığından, kanunun bütünlüğü maalesef bozulmuştur.



SADULLAH  
ERGİN'İN  
KONUŞMASI

Bakanlığımızca yürütülmekte olan, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu yerini almak üzere, dünyada ve ülkemizde yaşanan sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmelere uygun ve günümüz ihtiyaçlarına cevap veren modern bir icra iflâs sisteminin kurulması amacıyla yeni bir kanun tasarısı hazırlanması çalışmalarına devam edilmektedir. Bu amaçla, öncelikle icra ve iflâs hukuku anabilim dalında görev yapan öğretim üyelerimize, hukuk fakültesi dekanlıklarımıza, baro başkanlıklarımıza, uygulamada yaşanan sorunların temelini teşkil eden konulara ilişkin olarak belirlenen soruların yöneltilmesi suretiyle görüş ve önerilerini almaktayız.

İcra ve İflâs Kanunu'nun tamamının ele alınarak yeni bir kanun tasarısı hazırlanması Bakanlığımız gündeminde yer almakla birlikte, son dönemlerde Bakanlığımıza değişik kurum ve kuruluşlardan iflâs hukuku alanında yaşanan sorunlar ile bunların çözümü için kanunda değişiklik yapılması talepleri iletilmektedir. Özellikle küresel krizin bir sonucu olarak, zor durumda olan şirketlerin iyileştirilmesi amacıyla kanunda düzenlenen iflâsın ertelenmesi, konkordato ve yeniden yapılandırma kurumlarına ilişkin hükümlerde Bakanlığımıza iletilen sorunlar nedeniyle önümüzdeki günlerde bir değişiklik ihtiyacı gündeme gelebilecektir.

Yapılması muhtemel değişikliklerin ihtiyaçları karşılayacak ve sorunları çözebilecek nitelikte olmasını sağlamak amacıyla, söz konusu kurumlara ilişkin uygulamadan veya mevzuattan kaynaklanan sorunlar ile bunların çözümünün neler olabileceği hususunda ilgili kurum ve kuruluşlardan görüş ve öneriler istenmiştir. Ayrıca, bugün burada, bu platformda hocalarımızın ve Yargıtayımızın değerli üyelerinin katılımlarıyla yapılan bu toplantıdan çıkacak sonuçlar bizler için yol gösterici olacak.

Diğer yandan, İcra ve İflâs Kanunu ile ilgili olarak uygulamada yaşanan problemlerin çözümünü sağlamak ve icra hizmetlerinin etkinliğini artırmak üzere, icra dairelerinin kurumsal kapasitesinin güçlendirilmesi amacıyla bir proje çalışması planlanmış ve bu proje kabul edilmiştir. 2010 yılı ortala-

rında belirlenecek olan AB üyesi ülke veya ülkelerle "Eşleştirme Projesi" şeklinde yürütülecek olan "İcra Dairelerinin Etkinliğinin Artırılması Projesi"nin 2012 yılında tamamlanması öngörülmektedir.

Toplantının diğer bir gündem maddesi olan noterlik kurumunun genel olarak hukuki uyumsuzlukları daha ortaya çıkarmadan önlemek, uyumsuzlukların çözümünde ise yargının işini kolaylaştırmak gibi çok önemli bir görev ifa ettiğini, böylelikle adaletin tesisine hizmet ettiğini düşünmekteyiz. Bu yönüyle toplumsal yaşamda önemli bir yere sahip olan noterlik kurumunu ülkemizde meydana gelen ekonomik, sosyal ve hukuki alanlardaki hızlı değişime uygun hale getirmek, Avrupa Birliği'ni oluşturan devletlerin noterlik mevzuatıyla birliği sağlamak amacıyla başta 1512 sayılı Noterlik Kanunu ve ilgili diğer alanlarda yapılacak değişiklikler hususundaki çalışmalar da gündemimizde bulunmaktadır.

Değerli misafirler, bu yıl düzenlenen Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nda, Türk, Alman ve İsviçre hukuklarında iflâs, konkordato ve noterlik hukuku alanındaki gelişmeler konusu ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

Alanlarında ihtisas sahibi olan çok değerli konuşmacılar, konuya ilişkin görüş ve önerilerini sunma fırsatı bulacaklardır. Bu toplantı, Bakanlığımızın bu alanda yapacağı çalışmalar açısından büyük bir önem de arz etmektedir.

Sözlerimi bitirmeden önce, bu toplantıları en başından beri organize edenler arasında olan ve şu anda maalesef aramızda bulunamayan Doç. Dr. Haluk Konuralp'i de rahmetle anmak istiyorum. Kendisi Bakanlığımız bünyesinde, başta icra iflâs ve usûl hukukuna ilişkin olmak üzere, birçok kanun tasarısı taslağının hazırlanmasında bulunmuş ve değerli katkıları olmuştu. Ayrıca, toplantıyı organize edenler tarafından büyük bir vefa örneği olarak, eşi Sayın Aynur Konuralp ve kıymetli oğulları Emre de bugün toplantımızda bulunmaktadır; öyle düşünüyorum. Bu vesileyle, rahmetli Konuralp'e, tekrar Mevla'dan rahmet diliyorum, değerli ailesine ve çocuğuna sabırlar diliyorum.

SADULLAH  
ERGIN'IN  
KONUŞMASI

Sekizinci Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'na katılan değerli katılımcı ve konuşmacılara başarılar diliyor, yapılacak çalışmaların bundan sonraki mevzuat çalışmalarımıza ışık tutacağı inancıyla hepinize yeniden saygılar sunuyorum.

# **BİRİNCİ GÜN**

**9 Ekim 2009**

## **BİRİNCİ OTURUM**

### **Oturum Başkanı**

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD**

(Almanya – Regensburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

### **Tebliğ Sunanlar**

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER**

(Almanya – Gießen Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Das deutsche Insolvenzrecht – Wichtige Änderungen gegenüber dem Konkursrecht und Bewährung in der Praxis

**Prof. Dr. Isaak MEIER**

(İsviçre – Zürih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Wege zu einem effizienten Sanierungsverfahren: Bericht zum schweizerischen Recht im Hinblick auf die Revision des türkischen Rechts

**Arş. Gör. Dr. Müjgan YÜCEL:** Şimdi, birinci oturumu gerçekleştirmek üzere, oturum başkanı Sayın Prof. Dr. Peter Gottwald ve tebliğ sunacak olan değerli hocalarımız Sayın Prof. Dr. Wolf Dietrich Walker ile Sayın Prof. Dr. Isaak Meier'i davet ediyoruz.

MÜJGAN  
YÜCEL'İN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD (Oturum Başkanı):** İlk sözü Sayın Walker'e veriyorum; kendisi, Alman aciz hukukuna ilişkin bilgiler verecek bize. Buyurun Sayın Walker.

PETER  
GOTTWALD'IN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER:** Sayın Bakan, Sayın Türkiye Noterler Birliği Başkanı, Türk Yargıtayı'nın sayın daire başkan ve üyeleri, sayın meslektaşlarım, hanımefendiler, beyefendiler; 8. Türk Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı küçük bir jübile ile çakışmakta. Bildiğiniz gibi, Alman Aciz Kanunu, bundan tam *bir* sene önce 1 Ocak 2009'da yürürlüğe girmişti. Bu da bence güzel bir vesile oldu, Alman Aciz Kanunu'nun uygulamada işe yarayıp yaramadığını inceleyebilmek için ve bu vesileyle burada bana söz verdiğiniz için teşekkür ederim.

WOLF-DIETRICH  
WALKER'İN  
KONUŞMASI

**Oturum Başkanı Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD**  
**Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER**  
(Almanya - Gießen Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**DAS DEUTSCHE INSOLVENZRECHT -  
WICHTIGE ÄNDERUNGEN GEGENÜBER DEM  
KONKURSRECHT  
UND BEWÄHRUNG IN DER PRAXIS**

Vortrag auf der VIII.  
Tagung der türkischen Zivilprozessrechtslehrer  
am 8. Oktober 2009 in Abant

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

Die VIII. Tagung der türkischen Zivilprozessrechtslehrer fällt mit einem kleinen Jubiläum zusammen. Die deutsche Insolvenzordnung ist am 1.1.2009 vor genau 10 Jahren in Kraft getreten. Das ist ein guter Anlass für die Prüfung, ob sich das deutsche Insolvenzrecht in der Praxis bewährt hat.

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

## I. Von der Konkursordnung (KO) zur Insolvenzordnung (InsO)

Diese Prüfung ist nur möglich, wenn man weiß, warum es überhaupt zur Insolvenzordnung gekommen ist. Vor dem Jahr 1999 gab es mehrere Rechtsgrundlagen, nämlich die Konkursordnung von 1877, die Vergleichsordnung von 1935 und für die neuen Bundesländer, die bis 1990 zur DDR gehörten, die Gesamtvollstreckungsordnung, die bei den folgenden Ausführungen nicht weiter behandelt werden soll. Die Konkursordnung war auf Liquidation ausgerichtet, die Vergleichsordnung auf Sanierung.

Die Konkursordnung und die Vergleichsordnung hatten sich seit Mitte der siebziger Jahre in der Praxis nicht mehr bewährt.<sup>1</sup> Es gab viele Jahre, in denen nur etwa 20 % der beantragten Konkursverfahren wirklich durchgeführt werden konnten. In den restlichen fast 80 % aller beantragten Verfahren wurde das Konkursverfahren entweder gar nicht erst eröffnet oder wieder eingestellt, weil nicht genügend Masse vorhanden war, um wenigstens die Kosten des Konkursverfahrens zu decken. Und selbst die durchgeführten Konkursverfahren waren für die einfachen Konkursgläubiger wenig erfolgreich. Das Vermögen der Konkurschuldner war meistens so gering, dass daraus die ungesicherten Forderungen der Gläubiger durchschnittlich nur in Höhe von 4-7 % erfüllt werden konnten.<sup>2</sup> Die Vergleichsordnung spielte in der Praxis fast überhaupt keine Rolle. Der Grund dafür lag vor allem darin, dass ein Vergleich zur Abwendung des Konkurses nur möglich war, wenn der Schuldner den Gläubigern die Erfüllung von mindestens 35 % ihrer Forderungen anbieten konnte. Dafür reichte das Vermögen derjenigen Schuldner, die die Eröffnung des Vergleichsverfahrens beantragt haben, aber in aller Regel nicht aus.<sup>3</sup> Die

<sup>1</sup> *Uhlenbruck*, NJW 1975, 897, und *Kilger*, KTS 1975, 142, sprachen damals schon vom „Konkurs des Konkurses“.

<sup>2</sup> Vgl. die Angaben bei *MünchKommInsO/Stürner*, 2. Aufl., 2008, Einl. Rn. 33.

<sup>3</sup> *Huber*, JuS 1998, 437, 438.

statistische Bedeutung der Vergleichsverfahren war regelmäßig deutlich kleiner als 1 % aller Insolvenzen.

Aus diesen Gründen wurde über 15 Jahre lang über eine Reform des Konkurs- und Vergleichsrechts diskutiert. Sie führte zur Verabschiedung der Insolvenzordnung im Jahr 1994.<sup>4</sup> Diese ist aber erst im Jahr 1999 in Kraft getreten.

## II. Ziele des Insolvenzverfahrens

Das wichtigste Ziel des Insolvenzverfahrens besteht wie früher beim Konkursverfahren darin, die Gläubiger des Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen (§ 1 S. 1 InsO). Das ist der wesentliche Unterschied zur Einzelzwangsvollstreckung. Dort wird nach dem Prioritätsprinzip derjenige Gläubiger zuerst befriedigt, der zuerst die Zwangsvollstreckung betreibt. Zur Erreichung des Zieles der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung stellt die Insolvenzordnung zwei Wege zur Verfügung, nämlich erstens die Liquidation des Schuldnervermögens und bei Unternehmensinsolvenzen zweitens die Sanierung des insolventen Unternehmens auf Grund eines Insolvenzplans. Die früheren Ziele der Konkursordnung und der Vergleichsordnung sind also jetzt in der Insolvenzordnung vereint.

Die Insolvenzordnung verfolgt noch ein zweites Ziel, das es vorher in der Konkursordnung nicht gegeben hat und das es in dieser Form auch im türkischen Konkursrecht nicht gibt. Dabei geht es um die sogenannte Restschuldbefreiung des Schuldners (§ 1 S. 2 InsO). Dieser soll unter bestimmten Voraussetzungen die Chance erhalten, am Ende des Verfahrens schuldenfrei zu sein und damit seine wirtschaftliche Freiheit wieder zurückzubekommen.

---

<sup>4</sup> BGBl. I, 2866.



BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

### III. Das Regelinsolvenzverfahren

Zur Erreichung dieser Ziele sind in der Insolvenzordnung verschiedene Arten des Insolvenzverfahrens geregelt. Die wichtigste ist das Regelinsolvenzverfahren. Es ähnelt dem früheren Konkursverfahren. Das Vermögen des Schuldners wird verwertet, und aus dem erzielten Erlös werden die Insolvenzgläubiger gleichmäßig in Höhe der sogenannten Insolvenzquote befriedigen.

Das Regelinsolvenzverfahren entspricht wohl am ehesten dem direkten Konkurs im türkischen Recht. Es kann vom Schuldner und von einem Gläubiger beantragt werden (§ 13 Abs. 1 InsO). Allerdings ergeht anders als nach türkischem Recht kein Depotbeschluss, durch den der Schuldner noch eine letzte Chance zur Zahlung erhält.

#### 1. Einleitung und Ablauf des Regelinsolvenzverfahrens

##### a. Eröffnungsverfahren

Der Insolvenzantrag setzt vielmehr sogleich die erste Stufe des Insolvenzverfahrens in Gang, nämlich das Insolvenzeröffnungsverfahren.

Im Rahmen des Eröffnungsverfahrens prüft das Insolvenzgericht, ob das Insolvenzverfahren zulässig ist, ob ein Insolvenzgrund gegeben ist und ob im Vermögen des Schuldners genügend Masse vorhanden ist, um wenigstens die Kosten eines Insolvenzverfahrens zu decken (vgl. § 26 InsO). Als Eröffnungsgrund kommen die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (§ 17 InsO), die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) und bei juristischen Personen auch die Überschuldung (§ 19 InsO) in Betracht. Der gegenüber dem früheren Konkursrecht neu eingeführte Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit soll bewirken, dass die Insolvenz möglichst so frühzeitig beantragt wird, dass noch genügend Masse für die Verteilung an die Gläubiger vorhanden ist oder dass die Sanierungschancen im Rahmen eines Insolvenzplanes noch groß sind.

Bis zur gerichtlichen Entscheidung über die Insolvenzeröffnung können mehrere Wochen oder Monate vergehen. In dieser Zeit besteht die Gefahr, dass das Vermögen des Schuldners weiter verringert wird. Deshalb hat das Insolvenzgericht die Möglichkeit, schon vor der Entscheidung über den Eröffnungsantrag alle Maßnahmen zu treffen, die erforderlich erscheinen, um eine Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners zu verhindern (§ 21 InsO). Zu diesen sichernden Maßnahmen gehört zum Beispiel die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 InsO). Diesem kann schon jetzt die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übertragen werden; dann ist er ein sogenannter starker vorläufiger Insolvenzverwalter (§§ 22 Abs. 1, 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO). Gleichzeitig verliert der Schuldner schon im Eröffnungsverfahren seine Verfügungsbefugnis. Der vorläufige Verwalter hat dann das Unternehmen des Schuldners vorläufig fortzuführen. Von dieser Möglichkeit, einen starken Insolvenzverwalter zu bestellen, wird allerdings in der Praxis selten Gebrauch gemacht.<sup>5</sup> Meist kommt es nur zu einer sogenannten schwachen Insolvenzverwaltung (§ 22 Abs. 2 InsO), und das Insolvenzgericht ordnet an, dass Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung dieses Insolvenzverwalters wirksam sind (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO).<sup>6</sup> Ferner kann das Insolvenzgericht schon im Eröffnungsverfahren Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner untersagen (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO).

Das Eröffnungsverfahren dient also vor allem dazu, den Wettlauf der Gläubiger zu beenden, die Masse zu sichern und Zeit zu gewinnen, um einen Überblick über alle Aktiva und Passiva zu bekommen. Ein Unternehmen des Insolvenzschuldners kann in dieser Phase stabilisiert und die Arbeitsplätze können zumindest vorläufig erhalten werden.

<sup>5</sup> Pape, ZinsO 2009, 1, 3.

<sup>6</sup> Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 22. Aufl., 2007, § 54 Rn. 37 f.

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

Zwar besteht bei der Fortführung eines Unternehmens durch den vorläufigen Insolvenzverwalter die Gefahr, dass nicht genügend liquide Mittel vorhanden sind, um die Vergütung an die Arbeitnehmer zu bezahlen. Diese sind aber anderweitig gesichert. Sie haben nämlich für die letzten drei Monate vor Insolvenzeröffnung einen Anspruch auf Insolvenzgeld gegen die Agentur für Arbeit (§§ 183, 185 SGB III). Das Insolvenzgeld ist genauso hoch wie das Nettoarbeitsentgelt. Zwar entsteht der Insolvenzgeldanspruch der Arbeitnehmer erst mit der gerichtlichen Insolvenzeröffnung; es gibt aber eine Konstruktion, wie dieses Insolvenzgeld schon im Eröffnungsverfahren vorfinanziert werden kann. Weil die Vergütungsansprüche Arbeitnehmer in einem bestimmten Umfang schon durch die Agentur für Arbeit gesichert sind, haben diese Ansprüche anders als im türkischen Recht keinen besonderen Rang mehr bei der Verteilung des Erlöses nach Verwertung der Masse.

Das Eröffnungsverfahren endet mit der gerichtlichen Entscheidung über den Antrag auf Insolvenzeröffnung.

Zwei Möglichkeiten sind denkbar:

Der Antrag wird abgewiesen, wenn zum Beispiel die Voraussetzungen eines Eröffnungsgrundes (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung) nicht vorliegen. Der Antrag ist auch dann abzuweisen, wenn die Masse so niedrig ist, dass sie voraussichtlich nicht einmal die Verfahrenskosten deckt.

Wenn der Antrag dagegen zulässig und begründet ist, ernannt das Insolvenzgericht einen Insolvenzverwalter. Anders als im türkischen Recht wird als keine Konkursverwaltung aus drei Personen gebildet, sondern nur ein Insolvenzverwalter bestellt. Außerdem erlässt das Gericht einen Eröffnungsbeschluss (§ 27 InsO). Darin werden unter anderem die Gläubiger aufgefordert, ihre Forderungen innerhalb einer bestimmten Frist beim Insolvenzverwalter anzumelden und ihm mitzuteilen, welche Sicherungsrechte sie an den beweglichen Sachen des Schuldners haben. Diejenigen Personen, die Verpflichtungen gegenüber dem Schuldner haben, werden in dem Eröffnungs-

beschluss aufgefordert, nicht mehr an den Schuldner zu leisten, sondern an den Verwalter. Der Eröffnungsbeschluss wird sofort öffentlich bekannt gemacht.

Durch die Insolvenzeröffnung wird das pfändbare Vermögen des Schuldners beschlagnahmt. Das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über dieses zu verfügen, geht auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 I InsO). Zwangsvollstreckungen für einzelne Insolvenzgläubiger sind während der Dauer des Insolvenzverfahrens weder in die Insolvenzmasse noch in das sonstige Vermögen des Schuldners zulässig (§ 89 InsO). Das dient dem Ziel der Insolvenzordnung, die Gläubiger gleich zu behandeln. Eine Verringerung der Insolvenzmasse durch Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen zu Gunsten einzelner Gläubiger soll verhindert werden. Der Schutz der Insolvenzmasse wird noch dadurch verstärkt, dass Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die einzelnen Insolvenzgläubigern im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch eine Sicherung an Gegenständen der Insolvenzmasse verschafft haben, unwirksam werden (sogenannte Rückschlagsperre, § 88 InsO).

#### **b. Ablauf des eröffneten Regelinsolvenzverfahrens**

Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat der Insolvenzverwalter das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen sofort in Besitz zu nehmen und zu verwalten (§ 148 Abs. 1 InsO).

Er hat ein Verzeichnis der Massengegenstände und ein Gläubigerverzeichnis zu erstellen sowie der Gläubigerversammlung über die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu berichten (§§ 151, 142, 156 InsO). Gegenstände, die nicht zur Insolvenzmasse gehören, hat er an die Aussonderungsberechtigten (§ 47 InsO) herauszugeben. Umgekehrt zieht er Forderungen des Schuldners zur Insolvenzmasse ein. Bestimmte Dauerschuldverhältnisse wie zum Beispiel Mietverhältnisse

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

über Grundstücke oder Räume sowie Arbeitsverhältnisse bestehen mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort (§ 108 Abs. 1 InsO). Vermögensgegenstände, die innerhalb bestimmter Fristen vor Insolvenzeröffnung durch Rechtshandlungen aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden sind, kann der Insolvenzverwalter unter bestimmten Voraussetzungen im Wege der sogenannten Insolvenzanfechtung wieder zur Insolvenzmasse zurückfordern (§§ 129 ff., 143 Abs. 1 InsO).

Der Insolvenzverwalter hat die Masse unverzüglich nach dem Berichtstermin zu verwerten, sofern nicht die Gläubigerversammlung etwas anderes beschließt.

Die Vermögensgegenstände können einzeln oder als Gesamtheit verkauft werden. Grundstücke kann der Insolvenzverwalter aber auch vom Rechtspfleger zwangsversteigern lassen. Welcher Erlös bei der Verwertung erzielt wird, hängt oft vor allem von den Qualitäten des Insolvenzverwalters ab.

Falls ein Unternehmen zur Masse gehört, erweist sich die Verwertung einzelner Vermögensgegenstände, die zu dem Unternehmen gehören, in der Regel als nachteilig, weil nur geringe Erlöse erzielt werden. Vorteilhafter ist es meistens, wenn das Unternehmen als Ganzes veräußert werden kann. Erstens wird dabei meistens ein höherer Erlös erzielt, und zweitens können auf diese Weise die Arbeitsplätze oft wenigstens teilweise erhalten bleiben. Über die Art der Verwertung entscheidet die Gläubigerversammlung, an deren Beschlüsse der Insolvenzverwalter gebunden ist. (§§ 157, 159 InsO). So kann sich die Gläubigerversammlung für eine Fortführung statt für eine Zerschlagung des Unternehmens entscheiden. Es gibt aber keinen gesetzlichen Vorrang der Sanierung vor der Liquidation.

Ein Insolvenzgläubiger, der bei der Verteilung des Verwertungserlöses berücksichtigt werden will, muss seine Forderungen schriftlich beim Insolvenzverwalter anmelden (§ 174 Abs. 1 InsO). Der Insolvenzverwalter hat jede angemeldete Forderung in eine Tabelle einzutragen (§ 175 Abs. 1 InsO). Nach Ablauf der für die Anmeldung gesetzten Frist findet ein Prüfungstermin

statt. Wenn in diesem Termin einer angemeldeten Forderung niemand widerspricht, gilt die Forderung als festgestellt (§ 178 Abs. 1 InsO). Der Gläubiger nimmt dann mit seiner Forderung an der Erlösverteilung teil. Nach Abschluss des Insolvenzverfahrens kann er aus der Eintragung seiner Forderung in die Tabelle wie aus einem vollstreckbaren Urteil in das Neuvermögen des Schuldners vollstrecken (§ 201 InsO). Die Eintragung in die Insolvenztabelle ist also ein Vollstreckungstitel.

Falls ein Gläubiger oder der Insolvenzverwalter einer angemeldeten Forderung widerspricht, muss die Berechtigung der angemeldeten Forderung in einem Prozess geprüft werden. Nur wenn der Gläubiger diesen Prozess gewinnt, nimmt er an der Verteilung des Erlöses teil (§ 189 InsO).

Falls der Schuldner einer angemeldeten Forderung widerspricht, hat dieser Widerspruch für das weitere Insolvenzverfahren keine Bedeutung. Der Widerspruch des Schuldners hat aber zur Folge, dass der Gläubiger der bestrittenen Forderung nach Abschluss des Insolvenzverfahrens nicht aus der Insolvenztabelle vollstrecken kann. Er muss dann eine Leistungsklage erheben, um einen Vollstreckungstitel zu bekommen.

Nach Verwertung der Masse und Feststellung der Forderungen kann der erzielte Erlös an die Gläubiger verteilt werden. Zuständig für die Verteilung ist der Insolvenzverwalter. Falls über bestrittene Forderungen, die ein Gläubiger zur Tabelle angemeldet hat, noch Prozesse anhängig sind, muss der Insolvenzverwalter den auf diese Forderungen entfallenden Betrag zunächst zurückhalten. Wenn der Gläubiger der bestrittenen Forderung seinen Prozess gewinnt, wird der Betrag später an ihn ausbezahlt. Falls er den Prozess verliert, findet eine Nachtragsverteilung an die übrigen Gläubiger statt (§ 203 InsO).

Der Verwertungserlös wird zum Teil abweichend von der Rangfolge nach türkischem Recht folgendermaßen verteilt:

Aus denjenigen Gegenständen, die mit Sicherheiten belastet sind, werden nach Abzug der Verfahrenskosten die absonderungsberechtigten gesicherten Gläubiger befriedigt.

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

Aus der verbleibenden Masse werden im nächsten Schritt die Massegläubiger wegen ihrer Masseansprüche befriedigt. Dazu gehören außer den Kosten des Insolvenzverfahrens nur diejenigen Verbindlichkeiten, die anlässlich oder während des Insolvenzverfahrens entstehen (§§ 53–55 InsO). Das sind zum Beispiel Ansprüche, die der Insolvenzverwalter durch Verträge oder durch unerlaubte Handlungen begründet. Erst dann werden die gewöhnlichen Insolvenzgläubiger, die einen zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten ungesicherten Anspruch gegen den Schuldner haben, gleichmäßig (mit einer meist niedrigen Insolvenzquote) befriedigt. An der letzten Stelle kommen dann sogenannte nachrangige Insolvenzgläubiger (§ 39 InsO). Dazu gehören zum Beispiel Gläubiger, die Forderungen aus Geldstrafen, aus Schenkungsversprechen oder wegen ihrer Teilnahme am Insolvenzverfahren haben. Derartige Forderungen sieht der Gesetzgeber als weniger schutzwürdig an. Für die nachrangigen Insolvenzgläubiger bleibt in aller Regel nichts zur Verteilung übrig.

Bei der Verteilung gibt es anders als nach der früheren Konkursordnung keinen Vorrang mehr für die Steuerforderungen des Staates und auch keinen für Ansprüche von Arbeitnehmern. Diese sind wegen rückständiger Vergütungsansprüche für die letzten drei Monate vor Insolvenzeröffnung schon durch das Insolvenzausfallgeld der Agentur für Arbeit gesichert. Für Ansprüche auf Zahlung einer Betriebsrente gibt es eine spezielle Insolvenzversicherung, die von den Unternehmen finanziert wird. Wenn Arbeitnehmer infolge der Insolvenz entlassen werden müssen, kann für sie in einem sogenannten Sozialplan die Zahlung von Abfindungen aus der Insolvenzmasse vereinbart werden. Für solche Sozialpläne kann bis zu einem Drittel der Insolvenzmasse eingeplant werden (§ 123 InsO).

## **2. Praktische Bedeutung und Bewertung des Regelinsolvenzverfahrens**

Die Frage, ob das Regelinsolvenzverfahren seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung erfolgreicher abgewickelt werden

kann als das frühere Konkursverfahren, wird sowohl von renommierten Praktikern<sup>7</sup> als auch von Wissenschaftlern<sup>8</sup> bezweifelt.

So haben die Regelungen der Insolvenzordnung kaum dazu geführt, dass die für die ungesicherten Gläubiger zur Verfügung stehende Insolvenzmasse wesentlich größer ist als früher.<sup>9</sup> Der vom Gesetzgeber neu eingeführte Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit hat in der Praxis nicht zur Folge gehabt, dass Insolvenzen zu einem früheren Zeitpunkt angemeldet werden, zu dem die Masse noch nicht weitgehend ausgezehrt ist. Bei Schuldnern, insbesondere solchen mit Unternehmen, gibt es allgemein keine Bereitschaft, früher als unbedingt nötig Insolvenz anzumelden. Es besteht genau die entgegengesetzte Tendenz, so lange weiter zu machen, bis nichts mehr geht.<sup>10</sup> Die Erweiterung der Insolvenzanfechtung und die Beseitigung der früheren Konkursvorrechte des Steuerfiskus und der Arbeitnehmer haben nicht ausgereicht, um die Befriedigungsquote wesentlich zu erhöhen.

Auch die erweiterten Möglichkeiten des Insolvenzverwalters, Verfügungen in der letzten Zeit vor der Insolvenzeröffnung durch Anfechtung wieder rückgängig zu machen, und die Regelung, dass Zwangsvollstreckungsmaßnahmen im letzten Monat vor der Insolvenzeröffnung unwirksam sind, hat nichts daran geändert, dass die für die Insolvenzgläubiger zur Verfügung stehende Masse auf Grund von Sicherungsrechten einzelner Gläubiger in erheblichem Umfang verringert wird.

Aber ganz erfolglos waren die Änderungen von der Konkursordnung zur Insolvenzordnung doch nicht. Anhand der Statistiken lässt sich zeigen, dass die Anzahl der eröffneten Insolvenzverfahren deutlich größer geworden ist. Während unter der Geltung der Konkursordnung in manchen Jahren

<sup>7</sup> Pape, ZInsO 2009, 1, 4.

<sup>8</sup> Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 22. Aufl., 2007, § 38 Rn. 18.

<sup>9</sup> MünchKommInsO/Stürmer, Einl. Rn. 45b; Pape, ZInsO 2009, 1, 5.

<sup>10</sup> Pape, ZInsO 2009, 1, 4.



BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

80 % aller beantragten Insolvenzeröffnungen mangels Masse abgewiesen oder zumindest später eingestellt wurden, betrug die Zahl der im Jahr 2008 mangels Masse abgewiesenen Verfahren nur noch weniger als 10 %. Das mag auch daran liegen, dass die absonderungsberechtigten gesicherten Gläubiger aus der Verwertung ihrer Sicherheiten erst nach Abzug der Kosten für die Feststellung und Verwertung des Gegenstandes, die pauschal 9 % des Verwertungserlöses betragen, befriedigt werden (§§ 170 Abs. 1, 171 InsO).<sup>11</sup>

Ein anderes Problem besteht darin, dass vor allem bei Arbeitnehmern, aber auch bei Politikern noch immer große Unkenntnisse über das Insolvenzverfahren bestehen. Das Wort Insolvenz klingt negativ. Es macht Angst. Viele Arbeitnehmer haben die Vorstellung, dass mit der Insolvenz ihres Arbeitgebers automatisch die Arbeitsplätze verloren gehen, weil die Möglichkeit der Sanierung zu wenig bekannt ist. Das hat sich zum Beispiel im Fall des Autoherstellers Opel gezeigt. Die wenigen Politiker, die eine Sanierung von Opel im Wege eines geordneten Insolvenzverfahrens ins Gespräch gebracht haben, hatten keine Chance, sich durchzusetzen. Vielmehr wurde von vornherein die gesamte Diskussion darauf gelenkt, in welcher Höhe staatliche Mittel eingesetzt werden sollten, um das Unternehmen Opel ohne Insolvenzeröffnung am Leben zu erhalten und an einen neuen Investor verkaufen zu können.

#### IV. Das Insolvenzplanverfahren

Weil diese Form der Verwertung oft zu einer Zerschlagung des Schuldnervermögens führt und der Verwertungserlös gering ist, wurde durch die Insolvenzordnung das Insolvenzplanverfahren neu eingeführt. In diesem Verfahren können die Gläubiger einen Insolvenzplan beschließen, in dem die Verwertung des Schuldnervermögens und die Verteilung der

---

<sup>11</sup> Zu dem Zusammenhang zwischen Kostenbeteiligung der absonderungsberechtigten Gläubiger und Anzahl der eröffneten Verfahren ebenso *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 4.08.

Masse an die Gläubiger abweichend vom Gesetz geregelt ist. Insbesondere soll der Insolvenzplan dazu dienen, ein Unternehmen des Insolvenzschuldners nicht zu zerschlagen, sondern zu erhalten. Die Sanierung, die es seit dem Jahr 2003 auch im türkischen Recht gibt, dient vor allem dem Erhalt der Arbeitsplätze in dem insolventen Unternehmen. Für die Erhaltung eines Unternehmens gibt es verschiedene Möglichkeiten. Erstens kann ein Insolvenzplan mit dem Ziel vereinbart werden, das Unternehmen zu sanieren und es dem Schuldner zu belassen. Der Insolvenzplan hat dann die Funktion eines Sanierungsplanes. Zweitens kann in dem Insolvenzplan vereinbart werden, dass das Unternehmen von dem Schuldner gelöst und auf einen anderen Träger übertragen wird. Zu diesem Zweck kann dann eine sogenannte Auffanggesellschaft gegründet werden. Dann hat der Insolvenzplan die Funktion eines Übertragungsplanes. Man spricht von einer übertragenden Sanierung.

### 1. Möglicher Inhalt eines Insolvenzplans

In dem Insolvenzplan können die Befriedigung der gesicherten, absonderungsberechtigten Gläubiger und der ungesicherten Insolvenzgläubiger, ferner die Verwertung der Insolvenzmasse und deren Verteilung an die Beteiligten sowie die Haftung des Schuldners nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens abweichend von der Insolvenzordnung geregelt werden.

Konkrete Beispiele für verschiedene Regelungen in einem Insolvenzplan sind:

- Willenserklärungen zur zur Übertragung eines bestimmten Grundstücks aus dem Schuldnervermögen an einen bestimmten Erwerber (§ 228 InsO),
- Eingriffe in die Rechtsstellung von absonderungsberechtigten Gläubigern mit Sicherungsrechten (§ 238 Abs. 1 2 InsO),
- der Erlass von Forderungen an den Schuldner (§ 225 Abs. 1 InsO),

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

- die Stundung von Forderungen (§ 255 InsO),
- die Neuausrichtung des Unternehmens,
- Verpflichtungserklärungen Dritter. Das spielt eine wichtige Rolle beim Einsatz staatlicher Mittel zwecks Erhalt eines Unternehmens z.B. in Form von staatlichen Krediten oder Bürgschaften.
- Einzelne Gruppen wie zum Beispiel Kleingläubiger können bessergestellt werden als nach der Insolvenzordnung, andere wie zum Beispiel Großgläubiger oder Absonderungsberechtigte können schlechter gestellt werden. Innerhalb derselben Gruppe ist allerdings eine Gleichbehandlung der Gläubiger geboten.

## 2. Einleitung und Ablauf des Insolvenzplanverfahrens

Zu einem Insolvenzplanverfahren kommt es nur dann, wenn der Insolvenzverwalter oder der Schuldner einen Insolvenzplan aufstellt und an das Insolvenzgericht vorlegt (§ 218 Abs. 1 InsO). Der Verwalter kann dazu von der Gläubigerversammlung beauftragt werden (§ 218 Abs. 2 InsO).

Das Insolvenzgericht bestimmt einen Termin, in dem der Insolvenzplan erörtert werden und anschließend über den Plan abgestimmt werden soll (§ 235 Abs. 1 InsO). Der Plan muss nämlich durch die Gläubiger angenommen werden. Es gibt keinen Zwang zum Insolvenzplan, keine Zwangssanierung und keinen Zwangsvergleich. Nicht alle Gläubiger sind stimmberechtigt. Diejenigen, deren Forderung durch den Plan voll erfüllt wird, haben kein Stimmrecht. Die absonderungsberechtigten Gläubiger sind nur dann stimmberechtigt, wenn der Plan in ihre Rechtsstellung eingreift (§ 238 InsO).

Die von Rechtsänderungen im Insolvenzplan möglicherweise betroffenen Gläubiger sind in mindestens vier Gruppen einzuteilen (§ 222 InsO):

- die gesicherten absonderungsberechtigten Gläubiger,

- die ungesicherten Insolvenzgläubiger,
- die nachrangigen Insolvenzgläubiger
- und die Arbeitnehmer, wenn sie als Insolvenzgläubiger mit nicht unerheblichen Forderungen beteiligt sind.
- Ferner können Kleingläubiger als eine eigene Gruppe aufgenommen werden; das bietet sich an, wenn die Kleingläubiger bei der Verteilung des Erlöses eine höhere Quote erhalten sollen als Großgläubiger.

Nicht zu den beteiligten Gruppen gehören die Aussonderungsberechtigten sowie die Massegläubiger; in ihre Rechtsstellung kann durch den Insolvenzplan nicht eingegriffen werden.

Jede Gruppe der stimmberechtigten Gläubiger stimmt gesondert über den Insolvenzplan ab (§ 243 InsO). Zur Annahme des Insolvenzplans ist in jeder Gruppe eine doppelte Mehrheit erforderlich: Erstens die Mehrheit der abstimmenden Gläubiger und zweitens die Mehrheit der von den Gläubigern geltend gemachten Ansprüche (Kopfmehrheit und Summemehrheit, § 244 InsO). Die Gläubiger dürfen ihre Zustimmung zu dem Plan aber nicht ohne Grund verweigern. Es gilt ein sogenanntes Obstruktionsverbot (§ 245 InsO). Deshalb gilt die Zustimmung einer abstimmenden Gruppe als erteilt, wenn diese Gruppe durch den Insolvenzplan voraussichtlich nicht schlechter gestellt wird, als sie ohne den Plan stünde, wenn die Gläubiger dieser Gruppe angemessen an dem wirtschaftlichen Wert beteiligt werden und wenn die Mehrheit der abstimmenden Gruppen dem Plan zugestimmt hat.

Auch der Schuldner muss dem Plan zustimmen. Es geht ja um die Verteilung seines Vermögens und um seine künftigen Pflichten. Allerdings gilt seine Zustimmung als erteilt, wenn er dem Plan nicht widerspricht (§ 247 Abs. 1 InsO). Außerdem darf auch der Schuldner seine Zustimmung nicht ohne Grund verweigern. Deshalb ist sein Widerspruch gegen den Plan unbeachtlich, wenn er durch den Plan voraussichtlich nicht schlechter gestellt wird, als er ohne einen Plan stünde und kein

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

Gläubiger einen wirtschaftliche Wert erhält, der den vollen Betrag seines Anspruchs übersteigt (§ 247 InsO).

Nach der Annahme des Insolvenzplans durch die Gläubiger und der Zustimmung des Schuldners muss der Plan noch durch das Insolvenzgericht bestätigt werden (§ 248 InsO). Das Insolvenzgericht prüft dann von Amts wegen, ob der Plan angenommen worden ist und ob die gesetzlichen Vorschriften über den Inhalt des Insolvenzplans und das Planverfahren beachtet worden sind. Außerdem kann ein Insolvenzgläubiger beantragen, dass die Bestätigung versagt wird, wenn er glaubhaft macht, dass er durch den Plan schlechter gestellt wird, als er ohne Plan stünde (§ 251 Abs. 1 InsO). Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die wirtschaftlichen Interessen der Gläubiger angemessen berücksichtigt werden. Das Insolvenzgericht entscheidet durch Beschluss.

Mit der Rechtskraft der gerichtlichen Bestätigung des Insolvenzplans treten die in dem Plan festgelegten Wirkungen für und gegen alle Beteiligten ein (§ 254 Abs. 1 S. 1 InsO). Deshalb sind auch die Beteiligten, die dem Plan widersprochen haben, und solche Insolvenzgläubiger, die ihre Forderungen gar nicht angemeldet hatten, an den Plan gebunden (§ 254 Abs. 1 InsO).

Auch dann, wenn die Gläubiger einen Insolvenzplan beschließen, muss der Insolvenzverwalter dafür sorgen, dass zunächst die Masseansprüche vorrangig erfüllt werden (§ 258 Abs. 2 InsO). Sodann beschließt das Insolvenzgericht die Aufhebung des Insolvenzverfahrens (§ 258 Abs. 1 InsO). Damit endet grundsätzlich auch das Amt des Insolvenzverwalters. Allerdings kann in dem gestaltenden Teil des Insolvenzplans vorgesehen werden, dass die Erfüllung des Plans überwacht wird (§ 260 Abs. 1 InsO). Die Überwachung ist dann Aufgabe des Insolvenzverwalters (§ 261 Abs. 1 InsO). Insoweit besteht dann sein Amt fort. Weitergehend kann im Insolvenzplan vorgesehen werden, dass bestimmte Rechtsgeschäfte des Schuldners oder einer gegründeten Übernahmegesellschaft während der Zeit der Überwachung nur mit Zustimmung des Insolvenzverwalters wirksam sind (§ 263 InsO). Insgesamt kann

man sagen, dass durch den Insolvenzplan die Aufgaben des Insolvenzverwalters auch auf die Zeit nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens erstreckt werden kann.

Falls der Schuldner die in dem Insolvenzplan vorgesehenen Ansprüche nicht erfüllt, können die Gläubiger die Einzelzwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreiben; denn das Insolvenzverfahren ist ja aufgehoben. Als Vollstreckungstitel gilt dann die Insolvenztabelle in Verbindung mit dem Insolvenzplan (§ 257 Abs. 1 InsO).

### 3. Praktische Bedeutung und Bewertung des Insolvenzplanverfahrens

Insgesamt ist der Insolvenzplan in erster Linie als ein von den Gläubigern selbst gesteuertes Sanierungsinstrument gedacht. In der Praxis bestehen allerdings gegen das Insolvenzplanverfahren erhebliche Vorbehalte. Es gibt meist zu viele Gläubiger, die nicht akzeptieren, dass sie im Insolvenzplan auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten sollen, um eine Fortführung des insolventen Unternehmens zu ermöglichen. Die Mehrzahl der Gläubiger ist nach wie vor an einer schnellen Liquidation interessiert, bei der sie wenigstens einen geringen Teil ihrer Forderungen erfüllt bekommen. An einem wirtschaftlichen Überleben des Unternehmens haben zu viele Gläubiger meistens kein Interesse.

Angeblich soll die Zahl der Fälle, in denen insolvente Unternehmen auf Grund eines Insolvenzplans fortgeführt werden, in Deutschland nur 1 % betragen.<sup>12</sup> Die Hoffnungen und Erwartungen in das Sanierungsinstrument des Insolvenzplans haben sich bisher also noch nicht erfüllt.

Ein weiterer Grund dafür wird auch in der Person des Insolvenzverwalters gesehen. Dieser müsste eigentlich bei der Fortführung und Sanierung eines insolventen Unternehmens hervorragende Managerqualitäten haben. Das ist aber aus drei

---

<sup>12</sup> Anton, ZInsO 2009, 506, 507.

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

Gründen nicht immer der Fall. Erstens gibt es für das Auswahlverfahren keine konkreten gesetzlichen Regeln. Vorgesehen ist nur, dass der Verwalter eine geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person sein muss (§ 56 Abs. 1 InsO). Die Gerichte führen meist umfangreiche (Verwaltervorauswahl) Listen, in die man als Bewerber für Insolvenzverwaltungen aufgenommen wird. Die Auswahl der Verwalters aus dieser (Vorauswahl)Liste ist gerichtlich nicht überprüfbar. Die Gläubiger haben auf die Auswahl des Insolvenzverwalters nur insoweit Einfluss, als sie sich in der ersten Gläubigerversammlung mit einer qualifizierten Mehrheit für einen anderen als den vom Gerichts ausgewählten Insolvenzverwalter entscheiden können (§ 57 InsO). Zweitens wird die Tätigkeit der Insolvenzverwalter offenbar nicht attraktiv genug vergütet. Und drittens wird mutiges unternehmerisches Denken und Handeln dadurch verhindert, dass die Verwalter sich bei Fehlern schadensersatzpflichtig machen können (§ 60 InsO).<sup>13</sup>

## V. Die Eigenverwaltung

Bei einer Unternehmensinsolvenz kann das Insolvenzgericht eine sogenannte Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO) anordnen. Dann wird kein Insolvenzverwalter bestellt. Vielmehr behält der Insolvenzschuldner selbst das Recht zur Verwaltung und Verfügung. Das Insolvenzgericht ernennt nur einen sogenannten Sachwalter. Dieser hat aber weniger Befugnisse als ein Insolvenzverwalter. Er hat im Wesentlichen die Funktion, den Schuldner bei der Eigenverwaltung zu beaufsichtigen. Die Anordnung der Eigenverwaltung kommt nur in Betracht, wenn entweder der Schuldner selbst die Insolvenzeröffnung beantragt oder – falls ein Gläubiger den Eröffnungsantrag gestellt hat, dieser dem Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung zustimmt (§ 270 Abs. 2 Nr. 1, 2 InsO). Eine Eigenverwaltung scheidet aus, wenn nach den Umständen eine Verfahrensver-

---

<sup>13</sup> Anton, ZInsO 2009, 506, 509.

zögerung oder ein sonstiger Nachteil für die Gläubiger zu erwarten ist (§ 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO).

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

### **1. Abweichungen vom Regelinsolvenzverfahren**

Die wichtigste Abweichung vom Regelinsolvenzverfahren besteht darin, dass der Schuldner seine Verfügungsmacht behält und lediglich unter der Aufsicht eines Sachwalters steht. Ein eventueller Insolvenzplan kann entweder vom Sachwalter oder vom Schuldner selbst ausgearbeitet werden. Auf Antrag der Gläubigerversammlung ordnet das Insolvenzgericht an, dass bestimmte Rechtsgeschäfte des Schuldners nur mit Zustimmung des Sachwalters wirksam sind (§ 277 Abs. 1 InsO). Grundsätzlich ist es aber der Schuldner selbst, der Masseverbindlichkeiten begründen, Massegläubiger befriedigen und Forderungen zur Insolvenzmasse einziehen kann. Auch die Verteilung des Erlöses obliegt dem Schuldner, der dabei allerdings von dem Sachwalter überprüft wird (§ 283 Abs. 2 S. 2 InsO).

Lediglich einzelne Aufgaben verbleiben allein bei dem Sachwalter. Dazu gehört das Recht zur Insolvenzanfechtung (§ 280 InsO).

### **2. Praktische Bedeutung und Bewertung der Eigenverwaltung**

Eine Eigenverwaltung verspricht durchaus Vorteile. Bei der Fortführung eines zum Schuldnervermögen gehörenden Unternehmens kann die Erfahrung des Schuldners, der sein Unternehmen am Besten kennt und auch mit der Branche am Besten vertraut ist, genutzt werden. Außerdem fallen keine Kosten für den Insolvenzverwalter an.

Andererseits ist die Eigenverwaltung für die Gläubiger mit hohen Risiken belastet. Schließlich hat der Insolvenzschuldner selbst seine wirtschaftlichen Schwierigkeiten verursacht, und das beruht häufig auf unternehmerischem Versagen. Deshalb



BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

stellt sich die Frage, warum gerade er geeignet sein soll, das Unternehmen aus der Krise zu führen mit dem Ziel, die Gläubiger so gut wie möglich zu befriedigen. Die Eigenverwaltung kommt daher von vornherein nur dann in Betracht, wenn die Gläubiger ein hohes Vertrauen in den Insolvenzschuldner haben und wenn dessen spezielle Kenntnisse für die Verfahrensabwicklung unentbehrlich sind.<sup>14</sup> In der Praxis überwiegen die Vorbehalte der Gläubiger. Deshalb kann die Eigenverwaltung nach wie vor nicht als Erfolgsmodell, sondern als seltener Ausnahmefall angesehen werden.<sup>15</sup>

## VI. Das Verbraucherinsolvenzverfahren und sonstige Kleinverfahren

Schließlich wurde durch die Insolvenzordnung für den Fall, dass der Schuldner eine natürliche Person ist, noch ein sogenanntes Verbraucher- beziehungsweise Kleininsolvenzverfahren eingeführt. Es soll ein vereinfachtes Verfahren sein, gegenüber dem Regelinsolvenzverfahren in verschiedenen Punkten modifiziert.

### 1. Abweichungen vom Regelinsolvenzverfahren

Das Verbraucherinsolvenzverfahren hat drei Phasen:

In der ersten Phase soll sich der Schuldner zunächst um eine außergerichtliche Schuldenbereinigung bemühen.

Diese Phase findet also noch vor dem Antrag auf Insolvenzeröffnung statt. Der Schuldner kann sich bei seinen Bemühungen von einer Schuldnerberatungsstelle unterstützen lassen. Falls es zu einer außergerichtlichen Einigung mit den Gläubigern kommt, findet von vornherein gar kein Insolvenzverfahren statt.

---

<sup>14</sup> Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 22. Aufl., 2007, § 64 Rn. 1.

<sup>15</sup> Pape, ZInsO 2009, 1, 6.

Nur wenn die Bemühungen um eine außergerichtliche Schuldenbereinigung erfolglos bleiben, stellt der Schuldner einen Antrag auf Insolvenzeröffnung. Er muss seinem Antrag einen Plan beifügen, wie nach seiner Vorstellung die Schulden bereinigt werden sollen (§ 305 Abs. 1 Nr. 1, 4 InsO). Jetzt beginnt die zweite Phase. Das Insolvenzgericht prüft, ob dieser Plan grundsätzlich geeignet ist, stellt diesen Plan den vom Schuldner benannten Gläubigern zu und versucht, mit diesen auf der Grundlage des Schuldenbereinigungsplanes eine gerichtliche Einigung zu erreichen (§§ 307, 308 InsO). Wenn sämtliche Gläubiger dem Schuldenbereinigungsplan zustimmen, wird dieser vom Insolvenzgericht durch Beschluss festgestellt. Der Schuldenbereinigungsplan hat dann die Wirkung wie ein gerichtlicher Vergleich. Er ist Vollstreckungstitel (§ 308 Abs. 1 S. 2 InsO). Der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gilt dann als zurückgenommen (§ 308 Abs. 2 InsO).

Falls einer oder mehrere Gläubige berechnigte Einwendungen gegen den Schuldenbereinigungsplan erheben, wird das Verfahren über den Eröffnungsantrag von Amts wegen vorgesetzt (§ 311 InsO). Wenn der Eröffnungsantrag zulässig und begründet ist, wird in der dritten Phase das vereinfachte Insolvenzverfahren eröffnet. Anders als im Regelinsolvenzverfahren wird kein Insolvenzverwalter, sondern nur ein sogenannter Treuhänder bestimmt (§ 313 Abs. 1 InsO). Er nimmt zwar grundsätzlich die Funktion eines Insolvenzverwalters wahr, hat aber nur eingeschränkte Befugnisse. Das Verfahren ist insofern vereinfacht, als es weniger Termine beim Insolvenzgericht gibt als im Regelinsolvenzverfahren. Unter bestimmten Voraussetzungen kann das Insolvenzgericht anordnen, dass das Verfahren schriftlich durchgeführt wird.

Im Verbraucherinsolvenzverfahren gibt es keine Eigenverwaltung und keinen Insolvenzplan, weil dieser eher auf Unternehmensinsolvenzen zugeschnitten ist.

## 2. Praktische Bedeutung und Bewertung des Verbraucherinsolvenzverfahrens

Die Idee des Verbraucherinsolvenzverfahrens wird zwar weitgehend als richtig angesehen, nicht aber die gesetzliche Umsetzung.<sup>16</sup> Insbesondere die notwendigen Versuche einer außergerichtlichen und einer gerichtlichen Schuldenbereinigung haben sich in der Praxis offenbar weitgehend als bedeutungslos erwiesen.<sup>17</sup> Die außergerichtliche Schuldenbereinigung scheidet in der Regel schon wegen der fehlenden Mitwirkungsbereitschaft der Gläubiger aus. Von ihnen ist eine Zustimmung zu dem Einigungsvorschlag des Schuldners grundsätzlich nicht zu erwarten, weil der Schuldner in aller Regel entweder gar nichts (Nullplan) oder eine viel zu geringe Befriedigungsquote anzubieten hat. Zur gerichtlichen Schuldenbereinigung kommt es schon meist deshalb nicht, weil das Gericht von einem solchen Versuch absehen kann, wenn nach seiner freien Überzeugung der Schuldenbereinigungsplan voraussichtlich nicht angenommen wird. Das ist der Regelfall. Wenn die Gläubiger einer außergerichtlichen Schuldenbereinigung nicht zugestimmt haben, spricht viel dafür, dass dies auch bei einem gerichtlichen Einigungsversuch nicht gelingt. Im Hinblick auf widersprechende Gläubiger gibt es offenbar kaum noch gerichtliche Schuldenbereinigungen.<sup>18</sup> Die Vorschriften über das vereinfachte Insolvenzverfahren nach gescheiterter Schuldenbereinigung werden verbreitet als überflüssig angesehen.<sup>19</sup> Der Aufwand der Verbraucherinsolvenzen ist im Verhältnis zu dem Ertrag zu groß.<sup>20</sup>

## VII. Die Restschuldbefreiung

Nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens können die Insolvenzgläubiger, soweit ihre Ansprüche bisher nicht befrie-

<sup>16</sup> Huber, JuS 1998, 1140.

<sup>17</sup> Pape, ZInsO 2009, 1, 7.

<sup>18</sup> Pape, ZInsO 2009, 1, 8.

<sup>19</sup> Pape, ZInsO 2009, 1, 8.

<sup>20</sup> MünchKommInsO/Stürner, Einl. Rn. 45b.

diget wurden, wieder die Einzelzwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreiben (§ 201 InsO). Das kann für den Schuldner eine lebenslange Haftung bedeuten. Da Millionen von Haushalten in Deutschland überschuldet sind, ist diese Situation insbesondere für Familien mit Kindern äußerst belastend. Außerdem besteht die Gefahr, dass solche Schuldner kein Motiv haben, pfändbares Arbeitseinkommen zu erzielen, so dass sie sich in Schwarzarbeit flüchten. Aus diesem Grund wurde in der Insolvenzordnung die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung eingeführt. Diese kann unter anderen Voraussetzungen erreicht werden als die Rehabilitation des Konkursschuldners nach türkischem Recht.

### 1. Voraussetzungen der Restschuldbefreiung

Die Restschuldbefreiung kann nur von natürlichen Personen beantragt werden (§ 286 InsO). Dabei kann es sich um Verbraucher handeln, aber auch um Einzelunternehmer und freiberuflich Tätige wie zum Beispiel Ärzte, Rechtsanwälte und Architekten. Der Schuldner muss dem Antrag auf Restschuldbefreiung eine Erklärung beifügen, dass er seine pfändbaren Forderungen auf Arbeitsvergütung für die Zeit von sechs Jahren nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens an einen vom Gericht zu bestimmenden Treuhänder abtritt.

Eine Restschuldbefreiung kommt niemals von Amts wegen in Betracht. Sie setzt einen Antrag des Schuldners voraus. Dieser Antrag soll mit demjenigen auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens verbunden werden (§ 287 Abs. 1 InsO). Eine isolierte Restschuldbefreiung ohne Durchführung eines Insolvenzverfahrens gibt es nicht. Das hat zur Folge, dass eine Restschuldbefreiung ausscheidet, wenn der Antrag auf Insolvenzeröffnung mangels Masse abgewiesen wird oder wenn ein eröffnetes Insolvenzverfahren später mangels Masse wieder eingestellt wird. Nach der ursprünglichen Fassung der InsO hatten die meisten Schuldner gar keine Chance, überhaupt in das Restschuldbefreiungsverfahren hereinzukommen, weil das dafür notwendige Insolvenzverfahren gar nicht mangels

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

Masse gar nicht erst eröffnet wurde. Das hat sich geändert, als im Jahr 2001 mit den neu eingefügten §§ 4a ff. InsO die Möglichkeit geschaffen wurde, dass solchen Schuldnern, welche die Verfahrenskosten nicht aufbringen können, die Kosten zunächst gestundet werden. In der Praxis gibt es zwar erhebliche Vorbehalte gegen diese Kostenstundung, und zum Teil wird gefordert, sie wieder abzuschaffen. Tatsächlich werden aber im Laufe des Restschuldbefreiungsverfahrens in mehr als der Hälfte aller Fälle so viel Vermögenswerte in die Masse gezogen, dass damit zumindest die Verfahrenskosten gedeckt werden können.<sup>21</sup>

Die Restschuldbefreiung soll nach § 1 S. 2 InsO nur dem redlichen Schuldner zugute kommen. Deshalb ist die Restschuldbefreiung durch Beschluss des Insolvenzgerichts zum Beispiel dann zu versagen, wenn der Schuldner wegen einer Insolvenzstraftat rechtskräftig verurteilt wurde, wenn er falsche schriftliche Angaben über seine wirtschaftlichen Verhältnisse gemacht hat, wenn er seine Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten verletzt hat und wenn er im Verbraucherinsolvenzverfahren falsche Angaben gemacht hat (vgl. § 290 InsO).

Das Insolvenzgericht entscheidet über den Antrag nach Anhörung der Insolvenzgläubiger und des Insolvenzverwalters durch Beschluss. Dieser Beschluss ergeht in der Regel nicht durch einen Richter, sondern durch einen Rechtspfleger. Entweder wird der Antrag auf Restschuldbefreiung abgewiesen, oder das Gericht kündigt die Restschuldbefreiung an für den Fall, dass später die weiteren Voraussetzungen eintreten (§ 291 InsO). Mit der Ankündigung der Restschuldbefreiung wird gleichzeitig ein Treuhänder bestimmt, auf den die vom Schuldner abgetretenen pfändbaren Forderungen übergehen (§ 291 Abs. 2 InsO).

Die vom Gericht angekündigte Restschuldbefreiung tritt nur ein, wenn der Schuldner in einem Zeitraum von sechs Jahren ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestimmte Oblie-

---

<sup>21</sup> Pape, ZInsO 2009, 1, 7.

genheiten erfüllt (§ 295 InsO). Erstens muss er in dieser Zeit eine angemessene Erwerbstätigkeit ausüben oder sich jedenfalls um eine solche bemühen. Den pfändbaren Teil seiner Bezüge muss er an einen vom Gericht bestellten Treuhänder abtreten (§ 287 Abs. 2 InsO). Zweitens muss er Erbschaften, die er erwirbt, zur Hälfte an den Treuhänder herausgeben. Drittens muss er jeden Wechsel seines Wohnsitzes oder seiner Arbeitsstelle unverzüglich dem Insolvenzgericht und dem Treuhänder anzeigen, und er darf keine Einkünfte verheimlichen. Und viertens darf er Zahlungen für die Insolvenzgläubiger nur an den Treuhänder leisten und keinem einzelnen Insolvenzgläubiger einen Sondervorteil verschaffen. Die Erfüllung dieser Obliegenheiten ist vom Treuhänder zu überwachen, wenn der Gläubigerausschuss das beschließt (vgl. § 292 Abs. 2 InsO). Wenn der Schuldner während der Laufzeit von sechs Jahren eine seiner Obliegenheiten verletzt und dadurch die Befriedigung der Insolvenzgläubiger beeinträchtigt, hat das Insolvenzgericht auf Antrag eines Insolvenzgläubigers die Restschuldbefreiung zu versagen (§ 296 Abs. 1 InsO). Der Treuhänder hat die eingehenden Beträge einmal jährlich an die Insolvenzgläubiger zu verteilen (§ 292 Abs. 1 InsO).

## 2. Erteilung und Wirkung der Restschuldbefreiung

Nach Ablauf der sechsjährigen Wohlverhaltensperiode entscheidet das Insolvenzgericht nach Anhörung der Insolvenzgläubiger, des Treuhänders und des Schuldners durch Beschluss darüber, ob die angekündigte Restschuldbefreiung wirklich erteilt wird (§ 300 Abs. 1 InsO). Falls Restschuldbefreiung erfolgt, wirkt diese gegen alle Insolvenzgläubiger (§ 301 Abs. 1 InsO). Dann können keine Nachforderungen mehr gestellt und keine Einzelzwangsvollstreckungen mehr durchgeführt werden. Selbst Forderungen, die im Insolvenzverfahren nicht angemeldet wurden, sind verloren (§ 301 Abs. 1 S. 2 InsO).

Von dieser umfassenden Restschuldbefreiung gibt es einige Ausnahmen (§ 302 InsO). Dazu gehören Verbindlichkeiten des Schuldners aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung, Geldstra-

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

fen und Ansprüche auf Rückzahlung zinsloser Darlehen, die dem Schuldner zur Begleichung der Kosten des Insolvenzverfahrens gewährt wurden.

Falls Insolvenzgläubiger neben ihren Forderungen gegen den Schuldner auch Rechte gegen Mitschuldner und Bürgen des Schuldners hatten, werden diese Forderungen durch die Restschuldbefreiung nicht berührt (§ 301 Abs. 2 S. 1 InsO). Gegen einen Bürgen des Schuldners kann ein Gläubiger also nach wie vor die Zwangsvollstreckung betreiben.

### **3. Praktische Bedeutung und Bewertung der Restschuldbefreiung**

In jedem Jahr gibt es fast 100.000 Insolvenzverfahren mit anschließender Restschuldbefreiung. Insofern kann man von einem Erfolgsmodell der Insolvenzordnung sprechen. Zwar haben viele Gläubiger erhebliche Bedenken, dem Schuldner die Wohltat der Restschuldbefreiung<sup>22</sup> zukommen zu lassen und damit gleichzeitig auf ihre Forderungen gegen den Schuldner entgeltlich zu verzichten. In der Tat führt die Restschuldbefreiung zu einem Eingriff in Rechte der Gläubiger. Andererseits können die Gläubiger in fast allen Fällen ohnehin nicht damit rechnen, das sie jemals auf pfändbares Vermögen des Schuldners zugreifen können. Sie werden deshalb faktisch gar nicht schlechter gestellt als ohne Restschuldbefreiung. Insofern ist es durchaus akzeptabel, dass dem Schuldner mit der Restschuldbefreiung die Chance zu einem wirtschaftlichen Neuanfang eingeräumt wird, weil die Gläubiger dadurch letztlich keinen Vermögensnachteil erleiden.

### **VIII. Zwischenbilanz nach zehn Jahren InsO**

Die Bilanz nach zehn Jahren Insolvenzordnung fällt gemischt aus.

---

<sup>22</sup> Pape, ZInsO 2009, 1, 6.

Es gibt nach wie vor eine sehr hohe Anzahl von Insolvenzverfahren (über 155.000 Verfahren). Zwar weist die Jahresstatistik 2008 einen Rückgang gegenüber dem Jahr 2007 aus; aber im Jahr 2009 ist die Zahl wieder ansteigend.

Einerseits scheinen die meisten Regelungen in der Praxis zu funktionieren. Andererseits wird vielfach beklagt, dass die Ziele, die mit der Ablösung der Konkursordnung durch die Insolvenzordnung verfolgt wurden, bisher nicht erreicht wurden.<sup>23</sup>

Erstens ist die bei Insolvenzeröffnung den Gläubigern zur Verfügung stehende Masse nicht wesentlich größer als zur Zeit der Konkursordnung. Zwar wird es allgemein begrüßt, dass die unter der Konkursordnung noch geltenden Vorrechte für Arbeitnehmer und den Steuerfiskus, die vor den übrigen einfachen Gläubigern zu befriedigen waren, abgeschafft wurden. Aber die den ungesicherten Insolvenzgläubigern zur Verfügung stehende Masse wird auch heute noch weitgehend durch die zur Absonderung berechtigten gesicherten Gläubiger aufgebraucht. Die Befriedigungsquote einfacher Insolvenzgläubiger beträgt nach wie vor im Normalfall nur höchstens 6 %. Immerhin ist die Anzahl der Verfahren, bei denen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wurde, spürbar zurückgegangen.

Zweitens hat sich das Insolvenzplanverfahren in der Praxis noch nicht genügend durchgesetzt. Deshalb wird auch das Ziel der Unternehmenssanierung und damit der Erhalt von Arbeitsplätzen noch nicht in dem Umfang erreicht, wie es wünschenswert wäre. Auch die Politik sucht gerade in großen Krisen wie etwa derjenigen bei dem Autohersteller Opel nicht die Lösung über ein Insolvenzplanverfahren, sondern nach Lösungen außerhalb der Insolvenz unter Einsatz von viel staatlichen Mitteln.

Statistisch gesehen am erfolgreichsten ist wohl die Einführung der Restschuldbefreiung. Sie hilft aber nur kleinen

---

<sup>23</sup> Jauernig/Berger, § 38 Rn. 18.



BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

Schuldnern und ist nicht geeignet, Unternehmen zu erhalten und Arbeitsplätze zu sichern.

Insgesamt kann man sagen, dass die Insolvenzrechtsreform mit dem Inkrafttreten der InsO im Jahr 1999 nur vorläufig abgeschlossen wurde.<sup>24</sup> Schon seit Jahren gibt es das Schlagwort von der „Dauerbaustelle InsO“.<sup>25</sup> Bei zukünftigen Reformen wird es unter anderem darum gehen, wie eine Aufzehrung der Masse durch Sicherungsrechte verhindert werden<sup>26</sup> und wie die Akzeptanz von Insolvenzplanverfahren zwecks Unternehmenssanierung erhöht werden kann. Allerdings ist auch das beste Insolvenzrecht niemals in der Lage, die wirtschaftlichen Ursachen für Insolvenzen zu beseitigen.<sup>27</sup> Und auch die Bedeutung des Insolvenzverfahrens für die Erhaltung von Unternehmenswerten wird vermutlich immer unbefriedigend bleiben.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 4. Aufl., 2007, Rn. 4.03.

<sup>25</sup> Pape, *ZInsO* 2009, 1.

<sup>26</sup> In diesem Sinne auch Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 4. Aufl. 2007, Rn. 4.08.

<sup>27</sup> Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 4. Aufl. 2007, Rn. 4.03.

<sup>28</sup> MünchKommInsO/*Stürner*, Einl. Rn. 45b.

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER**

(Almanya - Gießen Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**ALMAN ACZ HUKUKU- İFLÂS HUKUKU  
KARŞISINDA ÖNEMLİ DEĞİŞİKLİKLER VE  
UYGULAMADA YERLEŞMESİ**

8 Ekim 2009'da Abant'ta

VIII. Türk Medenî Usûl Hukukçuları Kongresi'nde  
Sunulan Tebliğ<sup>\*</sup>\*\*

WOLF-DIETRICH  
WALKER'İN  
TEBLİĞİ

VIII. Türk Medenî Usûl Hukukçuları Kongresi, Alman acz hukukunun yakın tarihli bir yıl dönemine denk gelmektedir. Alman Acz Kanunu tam on yıl önce 1.1.2009'da yürürlüğe girmiştir. Bu, Alman acz hukukunun uygulamada yerleşip yerleşmediğinin incelenmesi için iyi bir fırsattır.

\* Tebliğin genişletilmiş ve birkaç dipnot ilâve edilmiş hâli.

\*\* Çev. Dr.: Evrim Erişir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

## I. İflâs Kanunu'ndan (KO) Acz Kanunu'na (InsO)

Bu inceleme yalnız, neden gerçekten Acz Kanunu'na ulaşıldığı biliniirse yapılabilir. 1999 yılından önce ilk olarak 1877 tarihli İflâs Kanunu, ikinci olarak 1935 tarihli Konkordato Kanunu ve üçüncü olarak 1990 yılına kadar DDR'ye bağlı olan yeni Federal eyaletler bakımından Külli Takip Kanunu (GesO) (aşağıdaki açıklamalarda ayrıca ele alınmayacaktır) olmak üzere pek çok hukukî dayanak bulunmaktaydı. İflâs Kanunu tasfiyeye, Konkordato Kanunu iyileştirmeye yönelikti.

İflâs Kanunu ve Konkordato Kanunu 1970'li yılların ortalarından itibaren uygulamada artık kendini kabul ettiremedi.<sup>1</sup> Talep edilen iflâs tasfiyelerinin yalnız % 20'sinin gerçekten yürütülebildiği yıllar yaşandı.<sup>2</sup> Geriye kalan talep edilen iflâs tasfiyelerinin % 80'inde ya iflâs tasfiyesi hiç açılmıyordu ya da en azından iflâs masraflarını karşılayacak yeterli masa mevcut olmadığından erteleniyordu. Ve yürütülen iflâs tasfiyelerinin bile adı alacaklılar bakımından getirisi azdı. Müflisin malvarlığı çoğu zaman o kadar azdı ki, teminatsız alacaklılar bu malvarlığından ortalama yalnız % 4-7 arasında karşılanabiliyordu.<sup>3</sup> Konkordato Kanunu uygulamada neredeyse hiç rol oynamıyordu. Bunun sebebi her şeyden önce, iflâs dışı bir konkordatonun yalnız borçlunun alacaklılara, alacaklarının en az % 35'ini ifa etmeyi teklif edebildiğinde mümkün olmasında yatmaktaydı. Ancak konkordato usûlünün açılmasını talep eden borçluların malvarlığı hemen hemen her durumda yeterli gelmiyordu.<sup>4</sup> Konkordato usûlünün istatistiksel anlamı normal olarak bütün aczlerin % 1'inden oldukça az olmasıydı.

Bu sebeplerden ötürü 15 yılın üzerinde bir zaman süresince iflâs ve konkordato hukukuna ilişkin bir reform müzakere

<sup>1</sup> Uhlenbruck, NJW 1975, s. 897 ve Kilger, KTS 1975, s. 142, o dönemde "iflâsın iflâsından" söz etmekteydiler.

<sup>2</sup> Alman Federal İstatistik Kurumu bir acz istatistiği tutmaktadır. Güncel acz istatistiği ve Almanya'daki aczlerin gelişimine ilişkin güncel veriler internette "www.destatis.de" adresinde incelenebilir.

<sup>3</sup> Karş. MünchKommInsO/Stürmer, 2. Aufl., 2008, Einl. Rn. 33'teki veriler.

<sup>4</sup> Huber, JuS 1998, s. 437, 438.

edildi. Bu müzakere, 1994'te Acz Kanunu'nun kabul edilmesi ile sonuçlandı.<sup>5</sup> Ancak bu Kanun 1999'da yürürlüğe girdi.

## II. Acz Usûlünün Amaçları

Acz usûlünün en önemli amacı önceden iflâs tasfiyesinde olduğu gibi borçlunun alacaklılarının külliye tatmin edilmesidir (§ 1 c. 1 InsO). Bu amaç, cüzî icraya göre temel farklılıktır. Cüzî icrada öncelik prensibine göre cebri icraya önce başlayan alacaklı önce tatmin edilmektedir. Acz Kanunu, alacaklıların aynı düzeyde tatmini amacına ulaşılmasına yönelik olarak, biri borçlu malvarlığının tasfiyesi, diğeri bir acz planına dayalı olarak acz hâlindeki işletmenin iyileştirilmesi olmak üzere iki yol sunmaktadır. Şu hâlde, İflâs Kanunu'nun ve Konkordato Kanunu'nun önceki amaçları Acz Kanunu'nda kabul edilmemiştir.

Acz Kanunu, daha önce İflâs Kanunu'nda ve bu hâliyle Türk İflâs Kanunu'nda bulunmayan bir amacı daha takip etmektedir. Burada borçlunun *bakiye borçtan kurtulması* olarak ifade edilen durum söz konusudur (§ 1 c. 2 InsO). Borçlu, belirli koşullar altında prosedürün sonunda borçlarından kurtulma ve ekonomik özgürlüğünü yeniden geri alma şansını elde etmektedir.

## III. Adî Acz Usûlü

Bu amaçlara ulaşılabilmesine yönelik olarak Acz Kanunu'nda çeşitli acz usûlleri düzenlenmiştir. Bunlardan en önemlisi adî acz usûlüdür. Bu, önceki iflâs tasfiyesine benzerdir. Borçlunun malvarlığı paraya çevrilmekte ve elde edilen bedelden acz alacaklıları acz oranı olarak ifade edilen miktarda aynı düzeyde tatmin edilmektedir.

Adî acz usûlü daha çok Türk hukukundaki doğrudan iflâsa denk düşmektedir. Adî acz usûlü borçlu veya bir alacaklı ta-

<sup>5</sup> BGBl. I, s. 2866.

rafından talep edilebilir (§ 13 f. 1 InsO). Mamafih Türk hukukundan farklı olarak borçlunun ödeme için son bir şans elde ettiği depo kararı verilmemektedir.

## 1. Adî Acz Usûlünün Başlaması ve Seyri

### a. Açılış Usûlü

Acz talebi, acz usûlünün ilk basamağı olan acz açılış usûlünü derhal harekete geçirir.

Açılış usûlü bağlamında acz mahkemesi her şeyden evvel, acz sebebinin bulunup bulunmadığını ve borçlunun malvarlığında en azından acz usûlü masraflarını karşılayacak yeterli masanın mevcut olup olmadığını inceler (karş. § 26 InsO). Açılış sebebi olarak borçlunun ödeme aczi (§ 17 InsO), ödeme aczi tehlikesi (§ 18 InsO) ve tüzel kişilerde borca batıklık da (§ 19 InsO) gündeme gelir. Önceki iflâs hukuku karşısında sisteme yeni dahil edilen açılış sebebi olan ödeme aczi tehlikesi, aczin olabildiğince erken bir zamanda talep edilmesini, alacaklılara paylaşırma için yeterli masanın mevcut olmasını veya iyileşme şansının bir acz planı çerçevesinde daha yüksek olmasını sağlar.<sup>6</sup>

Acz açılışına ilişkin mahkeme kararına kadar haftalar ya da aylar geçebilir. Bu dönemde borçlunun malvarlığının daha da azaltılması tehlikesi mevcuttur. Bunun için acz mahkemesi açılış talebine ilişkin karardan önce borçlunun malvarlığı durumunun kötüleşmesinin engellenmesi için gerekli bütün tedbirleri alma imkânına sahiptir (§ 21 InsO). Bu muhafaza tedbirlerine, örneğin geçici bir acz memurunun atanması da dahildir (§ 21 f. 2 c. 1 b. 1 InsO). Acz memuruna şimdiden borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi devredilebilir; bu durumda o, güçlü geçici acz memuru olarak ifade edilen konuma sahip olur (§§ 22 f. 1, 21 f. 2 b. 2 InsO). Aynı zamanda borçlu daha açılış usûlünde tasarruf yetkisini kaybeder. Geçici acz memuru bu durumda borçlunun işletmesini geçici ola-

<sup>6</sup> MünchKommInsO/*Ganter*, 2. Aufl., 2008, § 1 Rn. 22.

rak yürütmek durumundadır. Güçlü bir acz memuru atanması imkânından uygulamada nadiren yararlanılmaktadır.<sup>7</sup> Çoğu zaman yalnız zayıf acz memuru olarak ifade edilen konum gündeme gelmektedir (§ 22 f. 2 InsO) ve acz mahkemesi borçlunun tasarruflarının yalnız acz memurunun onayı ile hüküm doğurmasına hükmetmektedir (§ 21 f. 2 b. 2 InsO).<sup>8</sup> Bundan başka acz mahkemesi, daha açılış usûlünde borçluya karşı cebrî icra tedbirlerini yasaklayabilir (§ 21 f. 2 b. 3 InsO).

Şu hâlde açılış usûlü, her şeyden önce, alacaklılar arasındaki yarışın sona erdirilmesine, masanın güvence altına alınmasına ve bütün aktif ve pasif hakkında genel bir bilgi elde edilmesi için zaman kazanılmasına hizmet etmektedir. Acz borçlusunun bir işletmesi bu aşamada sağlamaştırılabilir ve işyerindeki kadrolar en azından geçici olarak muhafaza edilebilir.

Gerçi işletmenin geçici acz memuru ile yürütülmesinde, işçilere ücretlerinin ödenmesi için yeterli likit gelir kaynaklarının bulunmaması tehlikesi mevcuttur. Ancak bu, başka surette güvence altına alınmıştır. Zira, işçilerin İş ve İşçi Bulma Kurumu'ndan aczin açılmasından evvel son üç ay için acz ödeneğini talep hakkı vardır (§§ 183, 185 SGB III<sup>9</sup>). Acz ödeneği, net işçi ücreti ile aynı tutardadır. Gerçi işçinin acz ödeneği talebi mahkemenin aczin açılması kararı ile doğar. Ancak bu acz ödeneğinin önceden açılış usûlünde finanse edilebilmesi imkânı mevcuttur. (§ 186 SGB III). İşçinin ücret taleplerinin belirli bir kısmı İş ve İşçi Bulma Kurumu'nda güvence altında bulunduğundan, bu talepler Tük Hukuku'ndan farklı olarak masanın paraya çevrilmesinden sonra elde edilecek bedelin dağıtımında özel bir imtiyaza sahip değildir.

*Açılış usûlü, aczin açılması talebi hakkında mahkemenin kararı ile sona erer.*

Burada iki ihtimal düşünülebilir:

<sup>7</sup> Pape, ZinsO 2009, 1, 3.

<sup>8</sup> Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 22. Aufl., 2007, § 54 Rn. 37 vd.

<sup>9</sup> Sosyal Güvenlik Kanunu III (Çalışmayı teşvik).

Talep, örneğin bir açılış sebebinin (ödeme aczi, borca batıklık) koşulları mevcut değilse reddedilir. Masa, görüntüğe göre prosedür masraflarını karşılayamayacak kadar az ise, talep yine reddedilmelidir (§ 26 f. 1 c. 1 InsO).

Talep buna karşılık caiz ve esas bakımdan haklı ise, acz mahkemesi nihai bir acz memuru atar. Türk Hukuku'ndan farklı olarak üç kişilik iflâs idaresi oluşturulmaz. Ayrıca mahkeme bir açılma kararı verir (§ 27 InsO). Bu kararda alacaklılar, alacaklarını belirli bir süre içinde acz memuruna bildirmeye ve memura borçlunun taşınır mallarında hangi teminat haklarının bulunduğunu bildirmeye davet edilirler (§ 28 f. 1, 2 InsO). Borçluya karşı yükümlülükleri bulunan kişiler, açılma kararında artık borçluya değil, acz memuruna ifada bulunmaya davet edilirler (§ 28 f. 3 InsO). Açılma kararı derhal ilân edilir (§ 30 f. 1 InsO).

Borçlunun haczi kabil malvarlığına aczın açılması ile el konulur. Borçlunun acz masasına ait olan malvarlığını idare ve bunun üzerinde tasarruf etme hakkı, acz memuruna geçer (§ 80 I InsO). Münferit acz alacaklılarının, ne acz masasına ne de borçlunun diğer malvarlığına yönelik cebri icraları acz usûlü süresince caizdir (§ 89 InsO). Bu durum, Acz Kanunu'nun alacaklılara eşit muamele edilmesi amacına hizmet eder. Acz masasının münferit cebri icra önlemleri ile bazı alacaklılar lehine azaltılması engellenmelidir. Acz masasının muhafazası ayrıca, acz usûlünün açılması talebinden önceki son bir ay içinde, bazı acz alacaklılarına acz masasındaki değerlerde bir teminat sağlayan cebri icra önlemlerinin geçersiz olması yolu ile güçlendirilir (kötüleştirme yasağı, § 88 InsO).

### **b. Açılmış Adı Acz Usûlünün Seyri**

Aczın açılmasından sonra acz memuru acz masasına dahil olan bütün malvarlığını derhal hakimiyet altına almak ve idare etmek durumundadır (§ 148 f. 1 InsO).

Acz memuru, acz masasına dahil olmayan şeyleri, masadan çıkarma hakkı olanlara (§ 47 InsO) iade etmelidir. Acz me-

muruna buna karşılık, borçlunun alacaklarını acz masasına dahil eder. Acz memuru, aczin açılmasından evvel belirli süreler içinde hukukî tasarruflar yoluyla borçlunun malvarlığından çıkmış malvarlığı değerlerini belirli koşullar altında aczde tasarrufun iptali denilen bir yol ile yeniden acz masasına geri isteyebilir (§§ 129 vd., 143 f. 1 InsO).

Acz memuru, alacaklılar toplanması aksine karar vermediği sürece masayı rapor tarihinden itibaren gecikmeksizin paraya çevirmelidir (§ 159 InsO). Paraya çevirmede ne kadar bedel elde edileceği, her şeyden evvel acz memurunun vasıfları ile doğru orantılıdır.

Şayet bir işletme masaya aitse, işletmeye ait münferit malvarlığı değerlerinin paraya çevrilmesi prensip olarak avantajlı değildir, çünkü az bir bedel elde edilir. Çoğu zaman daha avantajlı olan, işletmenin bütün olarak satılabilmesidir. Burada ilk olarak genellikle yüksek bir bedel elde edilir ve ikinci olarak bu suretle en azından kadrolar çoğu zaman kısmen muhafaza edilir. Paraya çevirme şekline, kararları acz memurunu bağlayan alacaklılar toplanması karar verir (§§ 157, 159 InsO). Alacaklılar toplanması böylelikle işletmenin parçalanması yerine, devamına karar verebilir. Ancak tasfiyeden önce iyileştirmenin kanunî bir önceliği bulunmamaktadır.

Paraya çevirmede elde edilen bedelin dağıtımında dikkate alınmak isteyen bir acz alacaklısı, alacaklarını *yazılı olarak acz memuruna* bildirmelidir (§ 174 f. 1 InsO). Acz memuru bildirilen her alacağı bir cetvele kaydeder (§ 175 f. 1 InsO). Alacakların bildirilmesine ilişkin kanunî sürenin geçmesinden sonra inceleme süresi başlar. Bu sürede bildirilen bir alacağı kimse itiraz etmezse, alacak sabit addolunur (§ 178 f. 1 InsO). Bu durumda alacaklı, alacağı ile paylaştırmaya katılır. Alacağının cetvele kaydolması sayesinde alacaklı, acz usûlünün sona ermesinden sonra icra edilebilir bir hüküm gibi borçlunun yeni malvarlığına cebri icra uygulatabilir (§ 201 InsO). Şu hâlde, acz cetveline kayıt bir ilâmdir.

Şayet bir alacaklı veya acz memuru bildirilen alacağı itiraz ederse, bildirilen alacağın haklılığı bir yargılamada ince-



lenmek zorundadır. Alacaklı yalnız bu davayı kazanırsa, paylaştırmaya katılabilir (§ 189 InsO).

Masanın paraya çevrilmesi ve alacakların tespitinden sonra elde edilen satış bedeli alacaklılara dağıtılabilir. Dağıtım için acz memuru yetkilidir (§ 187 f. 3 c. 1 InsO). Şayet bir alacaklının cetvele bildirdiği ihtilâflı alacak hakkında halen davalar derdestse, acz memuru bu alacağa isabet eden bedeli önce alıkoyar (§ 189 f. 1, 2 InsO). İhtilâflı alacağın alacaklısı davayı kazanırsa, bedel daha sonra kendisine ödenir. Şayet davayı kaybederse, geriye kalan alacaklılara ilâve bir dağıtım yapılır (§ 203 InsO).

Paraya çevirmeden elde edilen bedel, Türk Hukuku'ndaki sıralardan kısmen ayrılmak suretiyle aşağıdaki gibi dağıtılır:

Teminatla takyit edilmiş mallardan acz usûlü masrafları ayrıldıktan sonra imtiyazlı alacaklılar tatmin edilir (§ 170 InsO). İkinci aşamada, geriye kalan masadan masa alacaklılarının masa alacakları karşılanır. Buna, acz usûlü masrafları dışında yalnız acz usûlü dolayısıyla veya süresince oluşan borçlar dahildir (§§ 53-55 InsO). Bunlar örneğin, acz memurunun sözleşme veya haksız fiiller yoluyla yarattığı borçlardır. Ancak bundan sonra, borçluya karşı acz usûlünün açıldığı tarihte doğmuş bir talebi olan teminatsız adî acz alacaklıları aynı düzeyde (çoğu zaman az bir acz oranı ile) tatmin edilirler (§§ 187 vd. InsO). Son sırada, ikinci derece acz alacaklıları olarak ifade edilen alacaklılar gelirler (§ 39 InsO). Buna örneğin, para cezasından, bağışlama vaadinden veya acz usûlüne katılmalarından doğan alacakların alacaklıları dahildir. Bu türden alacakları kanun koyucu daha az korunmaya değer görmüştür. İkinci dereceden acz alacaklıları için prensip itibariyle paylaştırmadan geriye bir şey kalmamaktadır.

Önceki İflâs Kanunu'ndan farklı olarak paylaştırmada devletin *vergi alacakları ve işçi talepleri için bir imtiyaz* bulunmamaktadır. İşçiler, aczın açılmasından önceki son üç ay için birikmiş ücret alacakları bakımından İş ve İşçi Bulma Kurumu'nun acz ödeneği sayesinde güvence altındadırlar (§§ 183 vd. InsO). İşyeri işletme emeklilik ücreti talepleri bakımından işletmeler-

ce finanse edilen özel bir acz güvencesi vardır (§§ 7 vd. BetrAVG<sup>10</sup>). İşçinin acz sonucunda işine son verilmesi gerekiyorsa, onun için acz masasından bir sosyal plan dahilinde tazminat ödemeleri kararlaştırılabilir. Bu tür sosyal planlar acz masasının üçte birine kadar planlanabilir (§ 123 InsO).

## 2. Adî Acz Usûlünün Pratik Önemi ve Değerlendirilmesi

Adî acz usûlünün Acz Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden beri sorunların üstesinden önceki İflâs Kanunu'na göre daha başarılı bir şekilde gelip gelemediğine yönelik olarak, hem tanınmış uygulamacılar<sup>11</sup> hem de bilim adamlarınca<sup>12</sup> şüphe edilmektedir.

Bu meyanda, Acz Kanunu'nun düzenlemeleri, teminatsız alacaklılara emre amade kılınan acz masasının eskiye göre net bir şekilde daha büyük olmasını pek sağlayamamıştır.<sup>13</sup> Kanun koyucu tarafından sisteme yeni dahil edilen açılış sebebi olan ödeme aczi, uygulamada masanın henüz geniş ölçüde tüketilmediği daha erken bir tarihte acz bildiriminde bulunulması sonucunu ortaya çıkarmamıştır. Borçlularda, özellikle işletmesi olanlarda, daha önce acz bildiriminde bulunmayı muhakkak gerekli görme eğilimi genel olarak bulunmamaktadır. Tam tersine, gidebildiği yere kadar devam etme eğilimi vardır.<sup>14</sup>

Ancak İflâs Kanunu'ndan Acz Kanunu'na dönük değişiklikler, tamamen başarısız da değildir. Federal İstatistik Kurumu'nun acz istatistiği sayesinde, açılmış acz usûllerinin sayısının net bir şekilde arttığı ortaya konabilir. İflâs Kanunu'nun yürürlüğü altında bazı yıllarda talep edilen bütün aczlerin % 80'ini masa yokluğundan reddedilir veya en azından daha sonra ertelenirken, 2008 yılında masa yokluğundan reddedi-

<sup>10</sup> İşyeri İşletme Emekliliğinin İyileştirilmesine İlişkin Kanun (İşyeri İşletme Emeklilik Ücreti Kanunu).

<sup>11</sup> Örneğin *Pape*, ZInsO 2009, 1, 4.

<sup>12</sup> Örneğin *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 22. Aufl., 2007, § 38 Rn. 18.

<sup>13</sup> MünchKommInsO/*Stürner*, Einl. Rn. 45b; *Pape*, ZInsO 2009, 1, 5.

<sup>14</sup> *Pape*, ZInsO 2009, 1, 4.

len acz usûlleri yalnız % 10'dan daha az tutmaktadır. Bunun, teminatlı alacaklıların, teminatlarının paraya çevrilmesinden, ilkin elde edilen bedelin götürü olarak % 9'u tutan malın tespiti ve paraya çevrilmesi masraflarının düşülmesinden sonra tatmin edilmelerinden kaynaklandığı da söylenebilir (§§ 170 f. 1, 171 InsO).<sup>15</sup>

Bir başka mesele de, her şeyden evvel işçilerde, aynı zamanda politikacılarda halen acz usûlü hakkında büyük bilgisizliğin mevcut olmasıdır. Acz sözcüğü olumsuz bir çağrışım yapmakta, korkutmaktadır. İyileştirme olanağı çok az bilindiğinden pek çok işçi, işverenlerinin aczi ile işlerini otomatikman kaybedeceklerine inanmaktadırlar. Bu durum örneğin, otomobil üreticisi Opel olayında görülmektedir. Opel'in düzenli bir acz planı ile iyileştirilmesini dile getiren az sayıda politikacının kendini kabul ettirebilme şansı yoktu. Baştan bütün tartışma daha çok, Opel işletmesinin acz açılmaksızın hayatta kalması ve yeni bir yatırımcıya satılabilmesi için ne miktarda devlet yardımının tahsis edileceğine yöneldi.

#### IV. Acz Planı Usûlü

Bu tarz bir paraya çevirme, çoğu zaman borçlunun malvarlığının parçalanmasına yol açtığı ve elde edilen bedel az olduğu için, Acz Kanunu ile acz planı usûlü yeni sisteme dahil edildi. Bu usûlde, alacaklılar borçlunun malvarlığının paraya çevrilmesini ve masarın alacaklılara dağıtımını Kanun'dan farklı olarak düzenledikleri bir acz planı ile kararlaştırılabilirler. Bilhassa acz planı, acz borçlusunun bir işletmesinin parçalanmamasına, tam tersine muhafaza edilmesine hizmet etmelidir. 2003 yılından beri Türk hukukunda da var olan iyileştirme, acz hâlindeki işletmedeki kadroların muhafazasına hizmet eder. Bir işletmenin muhafazası için çeşitli imkânlar vardır. İlk olarak bir acz planı, işletmenin iyileştirilmesi ve borçluya bırakıl-

<sup>15</sup> İmtiyazlı alacaklıların masraflara katılması ile açılmış acz usûllerinin sayısı arasındaki ilişki hakkında aynı yönde bkz. *Häsemeyer, Insolvenrecht*, 4. Aufl. 2007, Rn. 4.08.

ması amacı ile kararlaştırılabilir. Bu durumda acz planı iyileştirme planı fonksiyonuna sahiptir.<sup>16</sup> İkinci olarak acz planında, işletmenin borçludan ayrılması ve başka bir kişiye devredilmesi kararlaştırılabilir. Bu amaca yönelik olarak "toplama şirketi" olarak isimlendirilen şirket kurulabilir. Bu durumda acz planı, devir planı fonksiyonuna sahip olup devri bir iyileştirme söz edilir.<sup>17</sup>

### 1. Bir Acz Planının Olası İçeriği

Acz planında teminatlı, imtiyazlı ve teminatsız alacaklıların tatmini, bunun dışında acz masasının paraya çevrilmesi ve bunun ilgililere dağıtımı, bunun gibi borçlunun acz usûlünün sona ermesinden sonra sorumluluğu, Acz Kanunu'ndan farklı olarak düzenlenebilir.

*Bir acz planındaki çeşitli düzenlemelere somut örnekler şunlardır:*

- Belirli bir taşınmazın borçlunun malvarlığından belirli bir iktisap edene devrine ilişkin irade açıklamaları (§ 228 InsO),
- Teminat hakları olan imtiyazlı alacaklıların hukukî durumlarına müdahaleler (§ 238 f. 1 InsO),
- Alacakların ibrası (§ 225 Abs. 1 InsO),
- Alacakların ertelenmesi (§ 255 InsO),
- İşletmenin yeniden yapılandırılması,
- Üçüncü kişilerin taahhüt beyanları. Bu, bir işletmenin muhafazası amacıyla devlet yardımının tahsisinde önemli rol oynamaktadır. Örneğin, devlet kredileri veya kefalet şeklinde.
- Zanaatkar veya diğer küçük alacaklılar gibi muhtelif gruplar, Acz Kanunu'ndan daha iyi; büyük alacaklılar

<sup>16</sup> Foerste, Insolvenzrecht, 4. Aufl., 2008, Rn. 428 vd.

<sup>17</sup> Foerste, Insolvenzrecht, 4. Aufl., 2008, Rn. 430.

veya imtiyazlı alacaklılar gibi diğerleri ise daha kötü bir şekilde oluşturulabilir. Ancak aynı grup içinde alacaklıların eşit muamele görmeleri gereklidir (§ 226 InsO).

## 2. Bir Acz Planı Usûlünün Başlaması ve Seyri

Bir acz usûlüne yalnız acz memuru veya borçlu, bir acz planı ortaya koyar ve planı acz mahkemesine ibraz ederse başlanır (§ 218 f. 1 InsO). Memur, bunun için alacaklılar toplanması tarafından görevlendirilebilir (§ 218 f. 2 InsO).

Acz mahkemesi, acz planının görüşüleceği ve müteakiben oylanacağı bir duruşma günü belirler (§ 235 f. 1 InsO). Zira plan, alacaklılarca kabul edilmelidir. Acz planına yönelik bir mecburiyet, mecburî iyileştirme ve mecburî sulh söz konusu değildir. Bütün alacaklılar oy hakkına sahip değildir. Planda alacağı tamamen ifa edilenlerin oy hakkı yoktur. İmtiyazlı alacaklılar yalnız plan hukukî durumlarına müdahale ediyorsa oy hakkına sahiptirler (§ 238 InsO).

Acz planındaki hukukî değişikliklerden etkilenmesi muhtemel alacaklılar, en az dört gruba ayrılmalıdır (§ 222 InsO):

- Teminatlı imtiyazlı alacaklılar,
- Teminatsız acz alacaklıları,
- İkinci derecedeki acz alacaklıları,
- ve acz alacaklısı olarak büyük miktarda alacakları ile katılmışlarsa işçiler,
- Daha sonra küçük alacaklılar ayrı bir grup olarak kabul edilirler. Bu durum, küçük alacaklılar elde edilen bedelin dağıtımında büyük alacaklılara nazaran daha yüksek oran elde edeceklerse caziptir.

İlgili gruplara, masadan çıkarma hakkı bulunurlar, bunun gibi masa alacaklıları dahil değildir. Acz planı yolu ile onların hukukî durumlarına müdahale edilemez.<sup>18</sup>

Oy hakkı olan alacaklı grubunun her biri, acz planını ayrı ayrı oylar (§ 243 InsO). Acz planının kabulü için her grupta çifte çoğunluk gereklidir: İlk olarak oy kullanan alacaklıların ve ikinci olarak alacaklılar tarafından ileri sürülen taleplerin çoğunluğu (Alacaklı ve alacak çoğunluğu, § 244 InsO). Alacaklılar plana onay vermekten sebepsiz kaçınamazlar.

Borçlu da planı onaylamalıdır. Zira onun malvarlığının dağıtımı ve gelecekteki yükümlülükleri söz konusudur. Mamafih borçlu plana itiraz etmezse, onay vermiş kabul edilir (§ 247 f. 1 InsO). Bundan başka, borçlu da, onay vermekten sebepsiz kaçınamaz.

Acz planının alacaklılarca kabulü ve borçlu tarafından onaylanmasından sonra plan acz mahkemesince tasdik edilmiştir (§ 248 InsO). Acz mahkemesi planın kabul edilip edilmediğini ve acz planının içeriğine ve acz planı usûlüne ilişkin hükümlerin dikkate alınıp alınmadığını kendiliğinden inceler. Acz mahkemesi duruşma yapmadan karar verir.

Acz planının tasdiki kararının kesinleşmesi ile planda belirlenen hükümler ilgililerin lehine veya aleyhine sonuç doğurmaya başlar (§ 254 f. 1 c. 1 InsO). Bunun için plana itiraz etmiş ilgililer ve alacaklarını hiç bildirmemiş acz alacaklıları da planla bağlı hâle gelirler (§ 254 f. 1 InsO).

Alacaklılar bir acz planı kararlaştırdıklarında da, acz memuru masa taleplerinin öncelikle ifa edilmesini sağlamalıdır (§ 258 f. 2 InsO). Bunun üzerine acz mahkemesi acz usûlünün kaldırılmasına karar verir (§ 258 f. 1 InsO). Böylelikle acz memurunun görevi de esas itibarıyla sona erer. Mamafih acz planının inşâ kısmında planın yerine getirilmesine nezaret edilmesi öngörülebilir (§ 260 f. 1 InsO). Nezaret, acz memurunun görevidir (§ 261 f. 1 InsO). Bu bakımdan, acz memurunun görevi devam eder. Yine, acz planında borçlunun veya devralan

<sup>18</sup> MünchKommInsO/Eidenmüller, 2. Aufl., 2008, § 217 Rn. 79, 85.

WOLF-DIETRICH  
WALKER'İN  
TEBLİĞİ

şirketin belirli hukukî işlemlerinin nezaret süresince yalnız acz memurunun onayı ile geçerli olacağı öngörülebilir (§ 263 InsO). Şu hâlde, acz planı ile acz memurunun görevlerinin, acz usûlünün kaldırılmasından sonraki döneme de uzatılabileceği söylenebilir.

Şayet borçlu acz planında öngörülen talepleri ifa etmezse, alacaklılar borçluya karşı cüz'î icraya başvurabilirler. Zira acz usûlü hükmünü yitirmiştir. Bu durumda, ilâm olarak acz planına bağlı acz cetveli geçerlidir (§ 257 f. 1 InsO).

### 3. Acz Planı Usûlünün Pratik Önemi ve Değerlendirilmesi

Acz planı ilk etapta, alacaklıların kendisi tarafından idare edilen bir iyileştirme aracı olarak düşünülmüştür. Mamafih uygulamada acz planı usûlüne karşı ciddi çekinceler bulunmaktadır. Çoğu zaman, acz planında acz hâlindeki işletmenin devamını sağlamak için alacaklarının bir kısmından vazgeçmesi gerektiğini kabul etmeyen çok sayıda alacaklı vardır. Alacaklıların çoğunluğu, önceden olduğu gibi, en azından alacaklarının az bir kısmını elde etmiş olacakları hızlı bir tasfiye ile ilgilenmektedirler. İşletmenin iktisadî olarak hayatta kalması ile çok sayıda alacaklı çoğu zaman ilgilenmemektedir.<sup>19</sup>

Acz hâlindeki işletmelerin bir acz planından ötürü sürdü-rüldüğü durumların sayısı Almanya'da iddia edildiğine göre yalnız % 1 tutmaktadır.<sup>20</sup> Şu hâlde, acz planı iyileştirme aracına yönelik umutlar ve beklentiler şu ana kadar karşılanmamıştır.

Buna ilişkin diğer bir sebep de, acz memurunun kişiliğinde görülmektedir. Acz memuru, aslında acz hâlindeki işletmenin devamı ve iyileştirilmesinde olağanüstü yöneticilik özelliğine sahip olmalıdır. Ancak bu, üç sebepten ötürü her zaman vaki değildir: İlk olarak seçim usûlünde somut kanunî düzenlemeler yoktur.<sup>21</sup> Yalnız, memurun uygun, bilhassa ticarete va-

<sup>19</sup> Karş. *Anton*, ZInsO 2009, s. 506, 507.

<sup>20</sup> *Anton*, ZInsO 2009, s. 506, 507.

<sup>21</sup> Buna ilişkin bkz. "Uhlenbruck Komisyonu'nun" Önerileri, NZI 2007, s.

kıf ve alacaklılar ve borçludan bağımsız gerçek kişi olması gerektiği öngörülmüştür (§ 56 f. 1 InsO). Mahkemeler çoğu zaman, acz memuru adaylarının kabul edildiği kapsamlı (idareci ön seçim) listeleri tutmaktadır. Memurun bu (ön seçim) listesinden seçimi, mahkemece denetime tâbi değildir. Alacaklıların acz memuru seçimine, yalnız ilk alacaklılar toplanmasında nitelikli çoğunlukla mahkemece seçilen acz memurundan başka birisini seçebilmeleri bakımından etkileri vardır (§ 57 InsO). İkinci olarak, acz memurunun faaliyetinin yeterince cazip bir şekilde ücretlendirilmediği açıktır. Ve üçüncü olarak, cesur müteşebbis düşünme ve hareket etme, memurların hata hâlinde tazminat sorumluluğu ile karşı karşıya kalmalarından ötürü engellenmektedir (§ 60 InsO).<sup>22</sup>

## V. Borçlunun Şahsen Yönetimi

Bir işletme aczinde, acz mahkemesi borçlunun şahsen yönetimine (§§ 270 vd. InsO) hükmedebilir. Bu durumda acz memuru atanmaz. İdare ve tasarruf hakkı bilakis acz borçlusunda kalır. Acz mahkemesi kayyım yediemin atar: Fakat kayyımın acz memuruna göre daha az yetkisi vardır. Onunesas itibariyle borçluya şahsen yönetiminde nezaret etme fonksiyonu vardır. Borçlunun şahsen yönetimine hükmedilmesi, yalnız ya borçlunun kendisi aczin açılmasını talep etmişse ya da -şayet bir alacaklı, açılma talebinde bulunmuş- borçlunun şahsen yönetim talebine onay vermişse (§ 270 f. 2 Nr. 1, 2 InsO) gündeme gelir. Borçlunun şahsen yönetimi, şartlara göre, acz usûlünün gecikmesi veya alacaklılar için sair bir zarar bekleniyorsa mümkün değildir (§ 270 f. 2 Nr. 3 InsO).

### 1. Adî Acz Usûlünden Ayrıldığı Noktalar

Adî acz usûlünden ayrıldığı en önemli nokta, borçlunun tasarruf yetkisini muhafaza etmesi ve yalnız kayyımın nezare-

507.

<sup>22</sup> Anton, ZInsO 2009, s. 506, 509.



ti altında bulunmasında yatmaktadır. Muhtemel bir acz planı, ya kayyım ya da borçlunun kendisi tarafından kaleme alınabilir. Alacaklılar toplanmasının talebi üzerine acz mahkemesi, borçlunun belirli hukukî işlemlerinin yalnız kayyımın muvafakatı ile hüküm ifade edeceğine hükmeder (§ 277 f. 1 InsO). Fakat borçlunun kendisi esas itibariyle, masa borcu tesis edebilir, masa alacaklılarına ifada bulunulabilir ve acz masasının alacaklarını tahsil edebilir. Elde edebilen bedelin dağıtımını da borçlunun yükümlülüğündedir. Mamafih borçlu, bu konuda kayyım tarafından denetlenir (§ 283 f. 2 c. 2 InsO).

Sadece birkaç görev, kayyımın kendisinde kalır. Acze dayalı tasarrufun iptalini isteme hakkı buna dâhildir (§ 280 InsO).

## 2. Borçlunun Şahsen Yönetiminin Pratik Önemi ve Değerlendirilmesi

Borçlunun şahsen yönetimi, bütünüyle avantajlar vaat etmektedir. Borçlunun malvarlığına dahil olan işletmenin devam ettirilmesinde, işletmesini en iyi tanıyan ve branşı da en iyi bilen borçlunun tecrübesinden yararlanılabilir. Bundan başka acz memuru masrafı da oluşmamaktadır.

Diğer taraftan borçlunun şahsen yönetimi, alacaklılar için yüksek risklerle doludur. Nihayet acz borçlusu, ekonomik zorluklara kendisi yol açmıştır ve bu durum, çoğu kez işletme kaynaklı başarısızlıklara dayanmaktadır. Bunun için, borçlunun neden alacaklıları olabildiğince iyi bir şekilde tatmin etme amacıyla işletmeyi krizden çıkarmaya ehil olmak zorunda olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır. Borçlunun şahsen yönetimi bu nedenle baştan yalnız alacaklılar, acz borçlusuna yüksek bir güvenleri bulunduğu ve borçlunun özel bilgisinin acz usûlünün tamamlanmasında gereksiz görülmediğinde gündeme gelir.<sup>23</sup> Uygulamada alacaklıların tereddütleri ağır basmaktadır. Bunun için borçlunun şahsen yönetimi önceden olduğu

<sup>23</sup> *Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 22. Aufl., 2007, § 64 Rn. 1.*

gibi başarı modeli olarak değil, tersine nadir görülen istisnai hâl olarak değerlendirilebilir.<sup>24</sup>

WOLF-DIETRICH  
WALKER'İN  
TEBLİĞİ

## VI. Tüketici Acz Usûlü ve Diğer Küçük Usûller

Nihayet Acz Kanunu ile borçlunun bir gerçek kişi olması durumu için tüketici- daha doğrusu küçük acz usûlü olarak ifade edilen müessese sisteme dahil edilmiştir (§§ 304 vd. InsO). Bu, adî acz usûlü karşısında çeşitli noktalarda değiştirilmiş basitleştirilmiş bir usûl olmalıdır.

### 1. Adî Acz Usûlünden Ayrıldığı Noktalar

Tüketici acz usûlünün üç aşaması vardır:

İlk aşamada borçlu öncelikle borçların yargı dışı yoldan tasfiyesi için girişimde bulunmalıdır (§ 305 f. 1 Nr. 1 InsO). Şu hâlde, bu aşama, aczin açılması talebinden önce gerçekleşmektedir. Borçlu, girişimlerinde borçlu danışma merkezinden destek alabilir. Şayet alacaklılarla yargı dışı bir uzlaşmaya varılırsa, en başından acz usûlü söz konusu olmaz.

Yalnız borçların tasfiyesine yönelik girişimler başarısız olduğunda, borçlu aczin açılması talebinde bulunur. O, talebine kanaatine göre borçların nasıl tasfiye edileceğine ilişkin bir plan eklemelidir (§ 305 f. 1 Nr. 1, 4 InsO). Tam bu anda ikinci aşama başlar. Acz mahkemesi, bu planın prensip itibariyle uygun olup olmadığını inceler, planı borçlu tarafından belirtilen alacaklılara tebliğ eder ve onlarla borçların tasfiyesi planını temelinde yargısal bir uzlaşma sağlanmasını dener (§§ 307, 308 InsO). Bütün alacaklılar borçların tasfiyesi planını onaylarsa, bu durum acz mahkemesince duruşmasız bir kararla tespit edilir. Bu durumda, borçların tasfiyesi planı mahkeme içi sulh etkisine sahiptir. Plan, icra kabiliyetini haiz ilâmdır (§ 308 f. 1 c. 2 InsO). Bunun üzerine, acz usûlünün açılması talebi geri alınmış kabul edilir (§ 308 f. 2 InsO).

<sup>24</sup> Pape, ZInsO 2009, 1, 6.

WOLF-DIETRICH  
WALKER'İN  
TEBLİĞİ

Şayet bir veya daha çok alacaklı, borçların tasfiyesi planına karşı haklı itiraz ileri sürerlerse, açılış talebi usûlü kendiliğinden öne geçer (§ 311 InsO). Açılış talebi caiz ve haklı ise, üçüncü aşamada basit acz usûlü açılır. Adî acz usûlünden farklı olarak acz memuru değil, yalnız kayyım olarak isimlendirilen kişi belirlenir (§ 313 f. 1 InsO). O, gerçi esas itibariyle acz memurunun işlevini yerine getirir; ancak, sınırlı yetkiler sahiptir. Usûl, adî acz usûlüne göre acz mahkemesinde daha az duruşma yapılması bakımından basitleştirilmiştir. Belirli koşullar altında acz mahkemesi, usûlün yazılı olarak yürütülmesine hükmedebilir.

Tüketici acz usûlünde şahsen yönetim ve acz planı yoktur. Çünkü plan, daha çok işletme aczlerine uygun düşmektedir.

## 2. Tüketici Acz Usûlünün Pratik Önemi ve Değerlendirilmesi

Tüketici acz usûlü fikri gerçi geniş ölçüde kabul görmektedir. Ancak konunun kanunen düzenlenmesi için aynı şey söylenemez.<sup>25</sup> Bilhassa zorunlu yargı dışı ve mahkeme için borçların tasfiyesi denemeleri uygulamada geniş ölçüde önemsiz görülmüştür.<sup>26</sup> Borçların yargı dışı tasfiyesi prensip itibariyle alacaklıların işbirliğinde bulunmaya hazır olmamalarından ötürü mümkün olamamaktadır. Onlardan borçlunun uzlaşma teklifine onay vermeleri esas itibariyle beklenmemelidir. Çünkü borçlu prensip olarak ya hiçbir şey (sıfır planı) ya da çok dar kapsamda bir ifa oranı sunabilecek durumdadır. Borçların yargısal tasfiyesine çoğu zaman erişilememektedir. Çünkü kanaatine göre borçların tasfiyesi planı muhtemelen kabul edilmeyecekse, mahkeme bu tür bir denemeden sarfınazar etmektedir.<sup>27</sup> Bu durum, kural hâlinindedir. Alacaklılar borçlunun yargı dışı tasfiyesini onaylamazlarsa, bu, yargısal bir uzlaşma girişiminin de başarısızlığı uğrayacağını göstermektedir.

<sup>25</sup> Huber, JuS 1998, s. 1140.

<sup>26</sup> Pape, ZInsO 2009, 1, 7.

<sup>27</sup> MünchKommInsO/Ott/Vuia, § 306 Rn. 5.

İtiraz eden alacaklılar bakımından borçların yargısal tasfiyesi neredeyse hiç söz konusu olmamaktadır.<sup>28</sup> Borçların tasfiyesinin başarısızlığından sonra basit acz usûlüne ilişkin hükümler yaygın bir şekilde gereksiz görülmektedir.<sup>29</sup> Tüketici aczlerinin külfeti, yararına göre daha büyüktür.<sup>30</sup>

## VII. Bakiye Borçtan Kurtulma

Acz usûlünün kaldırılmasından sonra acz alacaklıları, talepleri şu ana kadar karşılanmadığı takdirde, borçluya karşı cüzi icraya başvurabilirler (§ 201 InsO). Bu, borçlu için ömür boyu sorumluluk anlamına gelir. Almanya'da milyonlarca hane halkı borca batık olduğu için, bu durum bilhassa çocuklu aileler için olağanüstü kısıtlayıcıdır. Ayrıca bu türden borçluların haczi kabil işçilik gelirlerini tahsil etme konusunda motivasyonlarının bulunmaması, bunun sonucunda kaçak çalışmaya yönelmeleri tehlikesi mevcuttur. Bundan dolayı Acz Kanunu'nda bakiye borçtan kurtulma imkânı sisteme dahil edilmiştir. Bakiye borçtan kurtulma, Türk hukukunda müflisin rehabilitasyonuna göre farklı koşullar altında sağlanır.

### 1. Bakiye Borçtan Kurtulmanın Koşulları

Bakiye borçtan kurtulma, yalnız gerçek kişiler tarafından talep edilebilir (§ 286 InsO). Burada tüketiciler, aynı zamanda tek adam şirketi ve doktorlar, avukatlar ve mimarlar gibi serbest meslek erbabı söz konusu olabilir. Borçlu, bakiye borçtan kurtulma talebine, haczi kabil işçilik alacaklarını acz usûlünün açılmasından itibaren 6 yıl süresince mahkeme tarafından belirlenecek kayyımaya temlik edeceğine dair bir taahhüt eklemelidir (§ 287 f. 1 c. 1 InsO).

Bir bakiye borçtan kurtulma hiçbir zaman kendiliğinden gündeme gelmez, borçlunun talebini şart koşar. Bu talep, acz

<sup>28</sup> Pape, ZInsO 2009, 1, 8.

<sup>29</sup> Pape, ZInsO 2009, 1, 8.

<sup>30</sup> MünchKommInsO/Stürmer, Einl. Rn. 45b.

usûlünün açılması talebi ile birleştirilmelidir (§ 287 f. 1 InsO). Acz usûlü yürütülmeksizin izole bir bakiye borçtan kurtulma yoktur. Bunun, aczın açılması talebinin masa yokluğundan reddedilmesi hâlinde, bakiye borçtan kurtulmanın mümkün olamaması şeklinde bir sonucu vardır. Acz Kanunu'nun önceki hâlinde esasen çoğu borçlunun bakiye borçtan kurtulma usûlüne dahil olma şansı yoktu. Çünkü bunun için gerekli acz usûlü, masa yokluğundan açılmıyordu. Bu, 2001 yılında yeni dahil edilen Acz Kanunu §§ 4a vd. ile acz usûlü masraflarını karşılayamayacak bu türden borçlulara, masrafların ertelenmesi olanağının yaratılması ile değiştirildi. Gerçi uygulamada masrafların ertelenmesine yönelik ciddi tereddütler bulunmaktadır ve kısmen bunun yeniden kaldırılması istenmektedir. Fakat gerçekten bütün olayların yarısından fazlasında, bakiye borçtan kurtulma usûlü boyunca, en azından acz usûlü masraflarının karşılanabileceği kadar çok malvarlığı değeri masaya dahil edilmiştir.<sup>31</sup>

Bakiye borçtan kurtulma Acz Kanunu § 1 c. 2'ye göre yalnız dürüst borçluya yaramalıdır. Bunun için acz mahkemesinin kararı ile örneğin borçlu, bir acz cürmünden ötürü kesin hükümle mahkûm olduysa; ekonomik ilişkilerine yönelik yanlış yazılı bildirimde bulunmuşsa; bilgi ve katkıda bulunma yükümlülüklerini ihlâl etmişse ve tüketici acz usûlünde yanlış bildirimde bulunmuşsa bakiye borçtan kurtulma, reddedilmelidir (*karş.* § 290 InsO).

Acz mahkemesi, acz alacaklılarını ve acz memurunu dindikten sonra, talep hakkında duruşma yapmadan kararını verir. Bu karar prensip olarak hâkim tarafından değil, bir adli memur tarafından verilir. Ya bakiye borçtan kurtulma talebi reddedilir ya da mahkeme diğer koşulların ileride gerçekleşeceği ihtimali için bakiye borçtan kurtulmayı ilân eder. (§ 291 InsO). Bakiye borçtan kurtulmanın ilânı ile eş zamanlı olarak borçlu tarafından devredilen haczi kabil alacakların kendisine geçeceği kayyım belirlenir (§ 291 f. 2 InsO).

<sup>31</sup> Pape, ZInsO 2009, 1, 7.

Borçlu, acz usûlünün açılmasından itibaren altı yıllık bir dönemde belirli yükümlülükleri yerine getirirse, mahkeme tarafından ilân edilen bakiye borçtan kurtulma borçlu tamam olur (§ 295 f. 1 Nr. 1-4 InsO): İlk olarak borçlu, bu dönemde kazanç getiren makul bir işte çalışmalı veya en azından bunun için çaba göstermelidir. Borçlu, gelirlerinin hacizli kısmını, mahkeme tarafından atanan kayyıma devretmelidir (§ 287 f. 2 c. 1 InsO). İkinci olarak borçlu, elde ettiği mirasın yarısını kayyıma teslim etmelidir. Üçüncü olarak borçlu, yerleşim veya iş yerini her değiştirdiğinde durumu derhal acz mahkemesine ve kayyıma bildirmelidir ve kazançlarını gizlememelidir. Ve dördüncü olarak o, acz alacaklılarına ödemeleri yalnız kayyıma yapabilir ve münferit acz alacaklısına özel surette avantaj sağlayamaz.

Alacaklılar toplanması kararlaştırmışsa, bu ve diğer yükümlülüklerin ifasına kayyım tarafından nezaret edilmelidir (karş. § 292 f. 2 InsO). Borçlu altı yıllık süre devam ederken yükümlülüklerinden birini ihlâl ederse ve bununla acz alacaklılarının karşılanmasına hâlel gelirse, acz mahkemesi bir acz alacaklısının talebi üzerine bakiye borçtan kurtulmayı reddetmelidir (§ 296 f. 1 InsO). Kayyım, elde edilen meblağı ayrıntılı olarak yılda bir kez acz alacaklılarına dağıtmalıdır (§ 292 f. 1 c. 2 InsO).

## 2. Bakiye Borçtan Kurtulmaya Hükmedilmesi ve Bakiye Borçtan Kurtulmanın Etkisi

Altı yıllık dürüst hareket etme döneminin geçmesinden sonra acz mahkemesi acz alacaklılarını, kayyımı ve borçluyu dinledikten sonra duruşma yapmaksızın ilân edilen bakiye borçtan kurtulmaya gerçekten hükmedilip hükmedilmeyeceğine karar verir (§ 300 f. 1 InsO). Şayet bakiye borçtan kurtulma kararı çıkarsa, bu, bütün acz alacaklılarına karşı hüküm ifade eder (§ 301 f. 1 InsO). Bu durumda, yeni alacaklar ileri sürülemez ve cüzî icra artık yürütülemez. Acz usûlünde bildirilmeyen alacaklar dahi sona erer (§ 301 f. 1 c. 2 InsO).

WOLF-DIETRICH  
WALKER'İN  
TEBLİĞİ

Bu kapsamlı bakiye borçtan kurtulmanın bazı istisnaları vardır. Borçlunun kasdıyla yol açtığı haksız fiilden, para cezalarından ve borçluya acz usûlü masraflarının ödenmesi için sağlanan faizsiz kredinin geri ödenmesi taleplerinden doğan yükümlülükler bu kapsamdadır.

### 3. Bakiye Borçtan Kurtulmanın Pratik Önemi ve Değerlendirilmesi

Her yıl Federal İstatistik Kurumu'nun acz istatistiğine göre bakiye borçtan kurtulmaya bağlanan yaklaşık 1000.000 acz usûlü bulunmaktadır. O bakımdan, Acz Kanunu'nun bir başarı modelinden söz edilebilir. Gerçi çoğu alacaklının borçluya bakiye borçtan kurtulmanın nimetini hediye etmeye<sup>32</sup> ve bununla aynı zamanda borçluya karşı alacaklarından nihai olarak vazgeçmeye dair ciddi şüpheleri vardır. Gerçekten bakiye borçtan kurtulma, alacaklının haklarına müdahaleye yol açmaktadır. Diğer taraftan, alacaklılar, neredeyse bütün hâllerde zaten borçlunun haczi kabil malvarlığına herhangi bir zamanda el atabileceklerini düşünmemektedirler. Bu nedenle, alacaklılar fiilen hiçbir şekilde bakiye borçtan kurtulmanın yokluğuna göre daha kötü duruma getirilmemektedirler. O bakımdan, borçluya bakiye borçtan kurtulma ile ekonomik bir yeniden başlangıç şansının verilmesi bütünüyle kabul edilebilir. Çünkü alacaklılar bu yolla, son tahlilde malvarlığı zararına uğramamaktadırlar.

### VIII. Onuncu Yılın Sonunda Acz Usûlüne İlişkin Ara Bilanço

Acz Kanunu'nun onuncu yılının sonunda bilanço karışık bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

Önceden olduğu gibi çok yüksek bir acz usûlü sayısı vardır (155.000'in üzerinde usûl). Gerçi 2008'in yıllık istatistiği 2007

<sup>32</sup> Pape, ZInsO 2009, 1, 6.

yılı karşısında geriye gidiş arz etmektedir. Ancak 2009 yılında sayı yeniden yükselmiştir.

Bir yandan çoğu düzenlemenin uygulamada işlediği görülmektedir. Diğer yandan çok defa İflâs Kanunu'nun Acz Kanunu ile yürürlükten kaldırılmasıyla takip edilen hedeflere şu ana kadar ulaşamadığından şikâyet edilmektedir.<sup>33</sup>

İlk olarak aczın açılmasında, alacaklılara emre amade kılınan masa, İflâs Kanunu'na nazaran ciddi ölçüde büyümemiştir. Gerçi genel olarak İflâs Kanunu döneminde geçerli olan işçilerin ve Hazine'nin vergi alacaklarının diğer adî alacaklılardan önce tatmin edilmesini gerektiren imtiyaz hakkının kaldırılması memnuniyetle karşılanmaktadır. Ancak teminat altında olmayan acz alacaklılarına emre amade kılınan masa bugün de imtiyaz sahibi alacaklılarca geniş ölçüde tüketilmektedir. Adî acz alacaklıların alacaklarını elde etme oranı önceden olduğu gibi normal durumda yalnız en yüksek % 6 tutmaktadır. Yine de acz usûlünün açılmasının masa yokluğundan reddildiği acz usûllerinin sayısı hissedilir ölçüde gerilemiştir.

İkinci olarak acz planı usûlü uygulamada yeterince yerleşmemiştir. Bunun için işletmenin iyileştirilmesi ve bununla kadroların muhafazası hedefine henüz arzu edilen seviyede ulaşamamıştır. Siyaset de, tam da otomobil üreticisi Opel'de olduğu gibi büyük krizlerde, acz planı usûlüne üzerine değil, acz dışında devletin çokça gelir kaynaklarının tahsis edilmesine yönelik çözümler aramaktadır.

İstatistiksel olarak görülmektedir ki, en başarılı olan, muhtemelen bakiye borçtan kurtulmanın sisteme dahil edilmesi-dir. Fakat bakiye borçtan kurtulma, yalnız küçük borçluların işine yaramaktadır ve işletmeleri ayakta tutmaya ve kadroları güvence altına almaya elverişli değildir.

Şu hâlde, acz hukuku reformunun Acz Kanunu'nun 1999'da yürürlüğe girmesi ile yalnız geçici olarak tamamlandı-

<sup>33</sup> *Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, 22. Aufl., 2007, § 38 Rn. 18.



WOLF-DIETRICH  
WALKER'İN  
TEBLİĞİ

ğı söylenebilir.<sup>34</sup> Yıllardan beri "Acz Kanunu'nun Devamlı Şantiyesi" sloganı vardır.<sup>35</sup> Gelecekteki reformlarda bu meyanda, masanın teminat hakları yolu ile yok edilmesinin nasıl engellenebileceği<sup>36</sup> ve işletmenin iyileştirmesi amacıyla acz planı usûlünün kabulünün nasıl yükseltilebileceği söz konusu olacaktır. Mamafih en iyi acz hukuku da hiçbir zaman aczlerin ekonomik sebeplerini ortadan kaldırmaya muktedir değildir.<sup>37</sup> Ve acz usûlünün işletme değerlerinin muhafazası bakımından önemi de muhtemelen hep yetersiz kalacaktır.<sup>38</sup>

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Sevgili Walker, fevkalade berrak ve fevkalade güzel bir şekilde bize Almanya'daki aciz hukukunu anlattınız. Sadece parlak yanını değil, gölge- li yanlarına da değindiniz. Bu güzel konuşmanız için çok teşekkür ederiz.

Şimdi on beş dakikalık küçük bir kahve arası veriyoruz efendim. Alman hukuku yorar, onun için kahveyi hak ettik.

<sup>34</sup> *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, 4. Aufl., 2007, Rn. 4.03.

<sup>35</sup> *Pape*, *ZInsO* 2009, 1.

<sup>36</sup> In diesem Sinne auch *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, 4. Aufl. 2007, Rn. 4.08.

<sup>37</sup> *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, 4. Aufl. 2007, Rn. 4.03.

<sup>38</sup> *MünchKommInsO/Stürner*, 2. Aufl., 2008, Einl. Rn. 45b.

**Oturum Başkanı Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD**

**Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Isaak MEIER**

(İsviçre - Zürih Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Sayın hanımefendiler ve beyefendiler, programımıza uygun olarak, Zürih Üniversitesi'nden Prof. Dr. Isaak Meier'le devam ediyoruz. Almanya açısından bakıldığında, İsviçrelilerin her şeyi daha iyi yapıp yapmadıklarını öğrenebilmek için sözü Sayın Profesör Meier'e veriyorum.

PETER  
GOTTWALD'IN  
KONUŞMASI

Buyurun Sayın Meier.

**Prof. Dr. Isaak MEIER** (İsviçre - Zürih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Tebliğime başlarken hepinizi içten selamlıyorum. Yargıtay'ın çok saygıdeğer daire başkanları ve üyeleri, sevgili meslektaşlarım, toplantının gerçekleşmesinde emeği geçenler, hanımefendiler ve beyefendiler, hepinizi içten selamlıyorum.

ISAAK  
MEIER'İN  
KONUŞMASI

Burada sizlere hitap etmekten dolayı büyük mutluluk hissetmekteyim. Burada kendimi evimde hissediyorum demem mümkün. Bunun sebebi, sadece burada, İstanbul'da ve Abant'ta gördüğümüz ve yaşadığımız büyük konukseverlik değil, aynı zamanda İsviçre ve Türkiye'nin aynı hukuka sa-

hip bulunmaları. Bizlerin haciz hukuku konusunda Türkiye ve İsviçre arasında belli bir ortaklıklar var. Burada iflâs usûlü, konkordato usûlü ve iflâs erteleme ortaklıktır. Her ne kadar bu üç düzenleme de iki hukuk içerisinde birçok değişikliğe uğramış olsa da, özleri itibarıyla birbirine büyük benzerlik gösterir. Almanya'dan gelen meslektaşlarım da burada bulunduğu için, burada bu usûlleri kısa bir şekilde karakterize edeceğim.

**Prof. Dr. Isaak Meier**  
(Universität Zürich)

**WEGE ZU EINEM EFFIZIENTEN  
SANIERUNGSVERFAHREN: BERICHT ZUM  
SCHWEIZERISCHEN RECHT IM HINBLICK AUF DIE  
REVISION DES TÜRKISCHEN RECHTS\***

*Unter Mitarbeit von lic. iur. Claudia Wyss*

**1. Einleitung**

**1.1. Rechtsgrundlagen**

Das schweizerische Insolvenzrecht und ebenso das türkische Recht kennen grundsätzlich folgende Verfahren:

- Das in Art. 159 ff. SchKG<sup>1</sup> geregelte Konkursverfahren;

BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

---

\* Erweiterte Fassung des vom Verfasser am 10. Oktober 2009 an der 8. türkischen Zivilprozess- und Konkursrechtstagung in Bolu/ Abant vom 9.-10. Oktober 2009 vor der Vereinigung der türkischen Zivilprozess- und Konkursrechtslehrer gehaltenen Vortrags über die Revision des schweizerischen Sanierungsrechts.

<sup>1</sup> Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889. (SR 281.1), in Kraft getreten am 1.1.1892.

BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

- Das ebenfalls im SchKG umschriebene Nachlassverfahren, ein Vergleichs- oder Insolvenzplanverfahren (Art. 293 ff. SchKG);
- Der sog. Konkursaufschub, der im Obligationenrecht in Zusammenhang mit den Pflichten der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, bei Überschuldung ein Insolvenzverfahren zu beantragen, geregelt ist (Art. 725a OR<sup>2</sup>). Nach meinen Informationen hat das türkische Recht dieses Verfahren kürzlich übernommen.

Für einzelne Bereiche bestehen bzgl. der Insolvenz Sonderregelungen.<sup>3</sup> Für Banken bspw. existiert in der Schweiz ein eigenes Insolvenzverfahren, welches von der Finanzmarktaufsicht (FINMA) bestimmt und geleitet wird (Art. 25 ff. Bankengesetz).<sup>4</sup> Dieses spezielle Insolvenzverfahren ist jedoch nicht Thema dieses Aufsatzes, es sei lediglich Folgendes angemerkt: Die inhaltlich nicht begrenzten Sanierungsmassnahmen können bereits bei begründeter Besorgnis, dass eine Bank überschuldet ist und ausserdem ernsthafte Liquiditätsprobleme hat, angeordnet werden (Art. 25 Abs. 1 BankG).<sup>5</sup> Dieses Verfahren sieht praktisch keine Mitwirkungsrechte der Gläubiger vor.<sup>6</sup> Anfangs 2009 hat die FINMA zum Beispiel als Massnahmen des Insolvenzrechts, die finanziell angeschlagene UBS verpflichtet, Kundendaten an die amerikanischen Steuerbehörden herauszugeben.<sup>7</sup> Dies zeigt, wie weit hier der Begriff Insolvenzrecht gefasst wird.

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220), in Kraft getreten am 1.1.1912.

<sup>3</sup> Wie bspw. bei Banken, Versicherungen, Eisenbahnunternehmen etc. (vgl. Amonn Walter/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Auflage, Bern 2008, § 54 Rz. 3).

<sup>4</sup> Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG, SR 952.0), in Kraft getreten am 1. März 1935.

<sup>5</sup> HAAS CHRISTIAN, in: Watter Rolf (Hrsg.), Bankengesetz, Basler Kommentar, Basel/Genf/München 2005, Art. 25 Rz. 2.

<sup>6</sup> Hüpkes Eva, BankG-BSK (Fn. 5), Art. 29 Rz. 24 und Art. 30 Rz. 1.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu: <<http://www.finma.ch/d/aktuell/Seiten/mm-ubs-xbor->

## 1.2. Übertragende und direkte Sanierung des Unternehmens als juristische Person

Um die Funktion der verschiedenen Insolvenzverfahren zu verstehen, ist es vor allem wichtig, die beiden Grundformen der Sanierung, die sog. *übertragende* und *direkte Sanierung* zu unterscheiden. Bei der direkten Sanierung, wie sie in diesem Aufsatz genannt wird, wird das Unternehmen als juristische Person gerettet. Bei der übertragenden Sanierung hingegen wird der Betrieb vollständig oder beschränkt auf den gesunden Teil von einer neu gegründeten Auffanggesellschaft oder einem bereits bestehenden Unternehmen übernommen.<sup>8</sup>

Für eine übertragende Sanierung eignen sich als rechtlicher Rahmen sowohl das Nachlassverfahren, als auch das Konkursverfahren. In der Schweiz werden kleine- und mittlere Unternehmen häufig mit Hilfe des Konkursverfahrens restrukturiert. Ein Unternehmen, welches sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, gründet wie gesagt kurz vor Einleitung des Insolvenzverfahrens eine Auffanggesellschaft. Diese übernimmt alsdann kurz vor oder nach der Eröffnung des Konkursverfahrens den gesunden Teil des Unternehmens und

der-20090218.aspx>.

<sup>8</sup> Hunkeler Daniel, Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Diss. Freiburg 1996, Rz. 97 ff. insb. 103; HURTER HANS, Der Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung, Diss. Bern 1988, S. 11 und 36 ff.; LUDWIG PETER, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich), Diss. Bern 1970, S. 8 ff.; Meier Isaak, Die Weiterführung des Unternehmens nach Konkurseröffnung, in: BLSchK (Blätter für Schuldbeitreibung und Konkurs) 67 (2003) H. 1, S. 4; Meier Isaak, „Prepackaged Chapter 11 Plan“ - Chances and Limits of a Pre-negotiated Reorganization in the Existing and Future Swiss Insolvency Law, Peter Henry/Jéandin Nicolas /Kilborn Jason (Hrsg.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21<sup>st</sup> Century, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 412; Stöckli Kurt, Der Verkauf von Betriebsteilen während der Nachlassstundung, Anwaltsrevue 2 (2010), S. 68; Vollmar, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 298 Rz. 17; Wüthrich Karl, Sanierung über eine Auffanggesellschaft in der Schweiz, in: DACH, Europäische Anwaltsvereinigung (Hrsg.), Unternehmenssanierung, Köln/Zürich/Wien 1998, S. 29 ff., S. 30.

BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

führt diesen weiter.<sup>9</sup> Das Unternehmen als juristische Person wird mit den verbleibenden Vermögenswerten und den Aktien der Auffanggesellschaft im Konkursverfahren liquidiert. Als Hintergrundverfahren kann aber auch ein Nachlassverfahren dienen.

Für eine direkte gerichtliche Sanierung, bei denen die juristische Person nach Erfüllung des Sanierungsplans wieder weiterexistiert, steht allein das Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG) zur Verfügung. Im geltenden Recht kann es diese Aufgabe nur in wenigen Fällen erfüllen.<sup>10</sup>

Schon jetzt ist hervorzuheben, dass das Nachlassverfahren in der heutigen Praxis wohl in den seltensten Fällen als „direktes“ Sanierungsinstrument in dem Sinne dient, dass ein Unternehmen in der Nachlassstundung weiterbetrieben und alsdann durch den Nachlassvertrag (verbunden mit betriebswirtschaftlichen Massnahmen) saniert wird.<sup>11</sup> Meist hat es nur die Bedeutung eines milden Liquidationsverfahrens des insolventen Unternehmens.<sup>12</sup> Die Sanierung hat schon – wenn überhaupt – vorher durch Gründung der Auffanggesellschaft stattgefunden.

Die Anzahl bewilligter Nachlassverträge in der Schweiz ist generell relativ gering (vgl hierzu untenstehende Tabelle).<sup>13</sup> Häufiger als bewilligte Nachlassverträge dürften wohl Nachlassstundungen sein.

<sup>9</sup> Meier, BLSchK 67 (Fn. 8), S. 25 f.; vgl. hierzu auch Meier Isaak/PEYER Jürg/RUTSCHMANN FELIX, Auffanggesellschaft als Lösung, in: NZZ (Neue Zürcher Zeitung) vom 19. Oktober 2001, S. 15; Wüthrich (Fn. 8).

<sup>10</sup> GASSER Dominik, Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung des neuen Vermögens nach rev. SchKG, ZBJV 1 (1996), S. 1-25, S. 2.

<sup>11</sup> Meier, BLSchK 67 (Fn. 8), S. 4.

<sup>12</sup> BGE 114 III 120 (120 f.); BGE 108 III 83 (87 f., E. 4a.); Amonn/Walther (Fn. 3), § 55 Rz. 22; Meier, BLSchK 67 (Fn. 8), S. 5.

<sup>13</sup> Bundesamt für Statistik, abgedruckt in BLSchK jeweils im nachfolgenden Jahr oder unter <www.bfs.admin.ch> (ab 2004 wurden die Nachlassverträge nicht mehr statistisch erfasst).

Tabelle: Anzahl bewilligter Nachlassvert

Jahr	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Nachlassverträge	113	131	107	110	124	130	232

### 1.3. Revisionsbestrebungen im schweizerischen Sanierungsrecht

Das Nachlassverfahrensrecht des SchKG, wie es 1929 von der Türkei mehr oder weniger unverändert übernommen worden ist,<sup>14</sup> hat seither zwei grosse Revisionen erfahren:

In der Revision von 1949 wurde der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gesetzlich geregelt, nachdem er bereits von der Praxis zugelassen worden ist.<sup>15</sup> Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist bekanntlich nichts anderes als ein Liquidationsverfahren, das für den Schuldner aber auch für den Gläubiger gewisse Vorzüge aufweist. Was die Gläubiger anbelangt, so muss das Verwertungsergebnis höher erscheinen als der Erlös, der im Konkurs erzielt werden könnte (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1<sup>bis</sup> SchKG, vgl. hierzu aber 8.3.). Der Vorteil des Schuldners hingegen liegt darin, dass mit Zustandekommen des Nachlassvertrages die Schulden getilgt sind und keine Verlustscheine ausgestellt werden, wie dies im Konkurs der Fall wäre.<sup>16</sup>

Verschiedene wichtige Neuerungen auch für das Nachlassverfahren brachte die umfassende Revision des SchKG

<sup>14</sup> Kuru, Baki, Das schweizerische Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz in der Türkei, in: ZSR (Zeitschrift für schweizerisches Recht) 83 (1964), S. 331; Yildirim Kamil, Die Grundzüge des türkischen Zwangsvollstreckungsrechts – insbesondere das Einleitungsverfahren, in: Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik (Vol. 2) 2003, S. 2.

<sup>15</sup> Art. 316a-316t aSchKG (altSchKG); vgl. BBl (Bundesblatt) 1948 I 1218, S. 1230.

<sup>16</sup> Amonn/Walther (Fn. 3), § 55 Rz. 3; Hunkeler, Nachlassverfahren (Fn. 8), Rz. 78; Ludwig (Fn. 8), S. 122.



BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

von 1997.<sup>17</sup> Hier sind insbesondere folgende Revisionspunkte erwähnenswert:

- Die mögliche Dauer der Nachlassstundung wurde von maximal vier auf 24 Monate verlängert (Art 295 Abs. 4 SchKG);<sup>18</sup>
- Es wurde die provisorische Nachlassstundung (Art. 293 Abs. 3 und 4 SchKG) eingeführt;
- Mit Zustimmung des Nachlassgerichtes kann der Schuldner fortan auch während der Stundung Grundstücke und sonstiges Anlagevermögen veräussern, was eine wichtige Massnahme für Restrukturierungen während der Stundung darstellt (Art. 298 Abs. 2 SchKG).
- Schliesslich wird die Zustimmung der Gläubiger erleichtert, in dem der Nachlassvertrag nunmehr schon als angenommen gilt, wenn 1/4 der Gläubiger zustimmt, welche mindestens 3/4 der Gesamtsumme der Forderungen ausmachen (sog. alternatives Quorum, Art. 305 Abs. 1 SchKG).

Die Revisionen des türkischen Rechts sind nicht im Einzelnen bekannt. Bekannt ist lediglich, dass in der Revision von 2003 ebenfalls der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung eingeführt worden ist. Zudem hat die Türkei kürzlich auch den Konkursaufschub aus dem OR übernommen.

Was das schweizerische Nachlassverfahrensrecht angeht, so steht eine dritte grosse Revision nunmehr bevor.<sup>19</sup> Anlass bildete vor allem der Zusammenbruch der Swissair.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Vgl. hierzu BBl 1991 III 1.

<sup>18</sup> Amtl. Bull. SR (Amtliches Bulletin Ständerat) 1994, S. 1094 f. und 1993, S. 656 (Geschäftsnummer: 91.034; Votum Salvioni Sergio).

<sup>19</sup> Zur Übersicht der laufenden Revision im schweizerischen Sanierungsrecht vgl. <<http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/SchKG.html>>.

<sup>20</sup> Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren über die Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren (Bericht Phase 2), Bern Juni 2008, S. 3, zu finden unter: <<http://>

Im Herbst 2001 musste die Swissair wegen Zahlungsunfähigkeit ihren Betrieb einstellen.<sup>21</sup> Das „Swissair-Grounding“ am 2. Oktober 2001, wie es allgemein genannt wird, wurde zu einem der schwärzesten Tage der schweizerischen Luftfahrts- und Wirtschaftsgeschichte.<sup>22</sup> Der Betrieb der Swissair konnte zwar nachfolgend gerettet und weitergeführt werden. Dies war jedoch nur unter enormem Einsatz von Steuergeldern und der Privatwirtschaft – insgesamt waren es über CHF 4,5 Milliarden – möglich.

Die Sanierung der Swissair war eine übertragende Sanierung;<sup>23</sup> Die Swissair (Holding) als juristische Person wurde und wird im Nachlassverfahren liquidiert; der Betrieb der Swissair inklusive Personal und Flugzeuge etc. ist von der Crossair, einer regionalen Airline, die damals eine Tochtergesellschaft der Swissair war, im März 2003 übernommen und in „SWISS“ umgetauft worden.<sup>24</sup> Zuvor wurde die Swissair, die nach dem „Grounding“ Nachlassstundung beantragt hat, mit Steuergeldern von CHF 1,4 Milliarden während 6 Monaten weiterbetrieben!<sup>25</sup> Zusätzlich haben die Kantone, die Banken und andere grosse Unternehmen weitere CHF 3 Milliarden in die Crossair bzw. SWISS investiert.<sup>26</sup>

---

[www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung\\_und.Par.0003.File.tmp/ve-ber-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung_und.Par.0003.File.tmp/ve-ber-d.pdf); RÜETSCHI DAVID, Zur Revision des Sanierungsrechts, Die Volkswirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD/ Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Hrsg.), Heft 5, 83. Jahrgang, Bern 2010, S. 4, einsehbar unter: <http://www.dievolkswirtschaft.ch/editions/201005/Rueetschi.html>.

<sup>21</sup> BBl 2003 5403, S. 5410.

<sup>22</sup> BBl 2003 5403, S. 5406; Willmann Brigitta/Haemmerli Thomas/Lüchinger René, Lüchinger René (Hrsg.), Swissair, Mythos & Grounding, Zürich 2006, S. 136 und 196 ff.

<sup>23</sup> Hunkeler Daniel, Versäumnis des Gesetzgebers als Mitursache für das Swissair-Debakel?, BISchK 66 (2002), S. 8.

<sup>24</sup> Für weitere Informationen zum aktuellen Verfahren siehe <http://www.liquidator-swissair.ch>.

<sup>25</sup> Siehe hierzu Medienmitteilung vom 27. Februar 2002 „Von der Swissair zur Swiss“, zu finden unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/archiv/01318/index.html?lang=de>.

<sup>26</sup> Siehe hierzu Medienmitteilung vom 07. November 2001 „Botschaft über

Dieser ganze Vorgang hatte Zweifel an der Effizienz des schweizerischen Nachlassverfahrensrechts aufkommen lassen.<sup>27</sup> Während in den USA offensichtlich immer wieder Airlines (United Airlines seit 2002; US Airways bereits zum zweiten Mal; Billiganbieter ATA ) im Rahmen des *Chapter 11* ohne sichtbare Beeinträchtigung des Betriebes erfolgreich restrukturiert werden und worden sind, schien in der Schweiz eine Weiterführung wie gesagt nur unter enormem Einsatz von Steuergeldern und lediglich unter vollständiger Zerschlagung der Strukturen – eben als „Phönix aus der Asche“ – möglich.<sup>28</sup>

Nachdem in verschiedenen parlamentarischen Vorstößen (LOMBARDI, STRAHM, WICKI, GROSS)<sup>29</sup> die Überprüfung des schweizerischen Nachlassverfahrensrechts gefordert worden war, hat das Bundesamt für Justiz im Sommer 2003 eine Expertengruppe mit dem Auftrag eingesetzt, zu prüfen, inwieweit das Nachlassverfahrensrecht in Richtung Sanierungsverfahren entwickelt werden kann.<sup>30</sup>

Seit Juni 2008 liegt nun der erste Gesetzesentwurf für eine Revision des Insolvenzrechts vor.<sup>31</sup> Im Januar 2009 wurde das

---

Verpflichtungs- und Zahlungskredite verabschiedet“, zu finden unter: <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/archiv/00806/index.html?lang=de>>.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu BBl 2003 5403, S. 5475 ff.

<sup>28</sup> BBl 2003 5403, S. 5458.

<sup>29</sup> Zu den Einzelnen Motionen, Postulaten und Initiativen vgl. u.a. Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung: „Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig?“, April 2005, S. 1 (Bericht Phase 1), zu finden unter: <[http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung\\_und.Par.0001.File.tmp/bersanierungsrecht-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung_und.Par.0001.File.tmp/bersanierungsrecht-d.pdf)>.

<sup>30</sup> Mitglieder dieser Expertengruppe waren: Dr. Daniel Hunkeler, PD Dr. Franco Lorandi, Prof. Dr. Henry Peter, Prof. Dr. Daniel Staehelin, RA Karl Wüthrich, RAin Monique Albrecht, Fürsprecher Dominik GAS-SER. Der Autor war ebenfalls Mitglied dieser Expertengruppe.

<sup>31</sup> Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren über die Änderungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (VE-SchKG), Juni 2008, zu finden unter: <[http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung\\_und/ve-entw-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung_und/ve-entw-d.pdf)>.

Vernehmlassungsverfahren, eröffnet, welches im Mai desselben Jahres wieder abgeschlossen worden ist.<sup>32</sup> Im Verlaufe des Herbstes 2010 wird nun voraussichtlich die Botschaft erarbeitet.<sup>33</sup>

Sollte das weitere Gesetzgebungsverfahren ohne gravierende Störungen weiterlaufen, könnte das neue Recht wahrscheinlich frühestens in etwa drei Jahren in Kraft treten.

Der Entwurf hat folgende Zielsetzungen:

- Verbesserung der Chancen der insolvenzrechtlichen Rettung eines Unternehmens als juristische Person;
- Erleichterung der Übernahme des Betriebes durch einen neuen Rechtsträger (sog. übertragende Sanierung);
- Stärkung der Rechte der Gläubiger im Sanierungsverfahren;
- Vermehrung der Konkurs- und Nachlassmasse durch Stärkung des Anfechtungsrechts namentlich im Konzern;
- Ganz wichtig: Vereinheitlichung des Nachlassverfahrensrechts durch Integration des Konkursaufschubes nach Art. 725a OR in das Nachlassverfahrensrecht.<sup>34</sup>

Andere Bestrebungen, wie die Verschärfung der Insolvenzantragspflicht sind schliesslich nicht in den Entwurf aufgenommen worden, weil der Gesetzgeber bei der schon

<sup>32</sup> Vgl. diesbezüglich die Stellungnahme zum Vorentwurf im Vernehmlassungsverfahren im Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, August 2009 (Ergebnisbericht August 2009), zu finden unter: <[http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung\\_und.Par.0017.File.tmp/ve-ber-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung_und.Par.0017.File.tmp/ve-ber-d.pdf)>.

<sup>33</sup> Rüetschi David, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Entwicklungen 2009, Bern 2010, S. 33. Der Bundesrat hat das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) mit der Ausarbeitung der Botschaft beauftragt (Rüetschi, Zur Revision des Sanierungsrechts [Fn. 20], S. 5).

<sup>34</sup> Vgl. hierzu Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 5 ff.

BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

weiter gediehenen Revision des Aktienrechts gerade auf solche Bestimmungen verzichten wollte.<sup>35</sup>

## 2. Postulate für ein effektives Sanierungsverfahren

Wie eine geplante oder bestehende gesetzliche Regelung zu beurteilen ist, kann nur gesagt werden, wenn man sich zuvor Klarheit verschafft, was ein effektives Sanierungsverfahren ausmacht. Es ist klar, dass man darüber verschiedener Ansicht sein kann. Meines Erachtens sind jedoch folgende Punkte wesentlich:

1. Die notwendigen Sanierungsmaßnahmen, welche ein insolventes Unternehmen retten können, werden (selbstverständlich) durch wirtschaftliche Überlegungen bestimmt. Ein effektives gerichtliches Sanierungsverfahren muss so ausgestaltet sein, dass diese Maßnahmen möglichst uneingeschränkt umgesetzt werden können. Beispiel: Die Swissair hätte als juristische Einheit gerettet werden können, wenn die Möglichkeit bestanden hätte, die Beteiligungen an der Sabena und anderen defizitären Fluggesellschaften in einer geordneten Weise zu lösen.<sup>36</sup>

2. Ein effektives Sanierungsverfahren ermöglicht sowohl die übertragende als auch die direkte Sanierung. Namentlich bei grossen Unternehmen ist es vielfach unerlässlich, dass sie als betriebliche und juristische Einheit saniert und weitergeführt werden können. Gerade im Fall Swissair hat sich gezeigt, welche enormen Mittel notwendig waren, um mit der SWISS ein neues Unternehmen aufzubauen. Für die direkte Sanierung ist es namentlich notwendig, dass das Unternehmen auch unter dem Regime des Sanierungsverfahrens weitergeführt werden kann. Die übertragende Sanierung verlangt namentlich, dass

---

<sup>35</sup> Siehe BBI 2008 1589, S. 1690.

<sup>36</sup> Sabena war bis 2001 die staatliche Fluggesellschaft Belgiens. 1995 hat sich die Swissair mit 49% an der Sabena beteiligt (vgl. hierzu: <[http://www.sabena.com/EN/Historique\\_FR.htm](http://www.sabena.com/EN/Historique_FR.htm)>).

der ganze Betrieb oder gesunde Teile davon kurze Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens verkauft werden können.

3. Wichtig ist schliesslich, dass das Recht soweit möglich Anreize dafür schafft, dass Dritte bereit sind, in das insolvente Unternehmen neu zu investieren. Hierzu ist es wichtig, dass der investierende Dritte eine Vorzugstellung in einem allfälligen Konkurs bekommt und/oder für die neuen Darlehen Sicherheiten gestellt werden können.<sup>37</sup> Ein neuer Investor wird in der Regel auch eine massgebliche Beteiligung am Unternehmen erwarten. Auch hierzu hat das Recht die rechtlichen Voraussetzungen zu schaffen.

4. Schliesslich müssen die Verfahrens- und Mitwirkungsrechte der Gläubiger so ausgestaltet werden, dass sie einer Sanierung nicht hinderlich sind.

### 3. Überblick über das schweizerische Insolvenzrecht nach geltendem Recht und dem Revisionsentwurf

Bevor hier auf Einzelfragen eingegangen werden kann, wird kurz ein Überblick gegeben, wie das schweizerische Insolvenzrecht schon nach geltendem Recht insb. gestützt auf die Revision von 1997 aussieht und ganz besonders nach dem neuen Revisionsentwurf aussehen soll:

- Streichung des Konkursaufschubes sowie Verstärkung der Dualität von Konkurs- und Nachlassverfahren, welche nunmehr nahtlos ineinander übergehen können (vgl. hierzu 4. und 5.);
- Starke Erleichterung des Zugangs zum Nachlassverfahren (u.a.) durch Einführung einer provisorischen Nachlassstundung sowie Verlängerung der Nachlassstundung (vgl. hierzu 6.);

<sup>37</sup> Dies ist bereits im geltenden Recht der Fall, denn die neu anfallenden Verbindlichkeiten während dem Nachlassverfahren werden zu Massverbindlichkeiten (Art. 310 Abs. 2 SchKG).

BEITRAG  
VON  
ISAAC  
MEIER

- Ermöglichung der Weiterführung des Geschäftes und der Restrukturierung während der Nachlassstundung (Moratorium, vgl. hierzu 7.);
- Erleichterung der Bewilligung des Nachlassvertrages (vgl. hierzu 8.);
- Erweiterung der Möglichkeiten für die Ausgestaltung des Nachlassvertrages (vgl. hierzu 8.);
- Möglichkeit der Eingriffe in Verträge (vgl. hierzu 9.);
- Verstärkung der Gläubigerrechte (vgl. hierzu 10.);
- Konzerninsolvenzrecht (vgl. hierzu 11.);
- Einführung des Mehrwertsteuerprivilegs (vgl. hierzu 12.).

#### **4. Streichung des Konkursaufschubes im OR und Integration im Nachlassverfahren**

In der laufenden Revision wurde bewusst auf die Einführung eines Einheitsinsolvenzverfahrens verzichtet, wie es das deutsche Recht heute vorsieht.<sup>38</sup> Immerhin soll der Konkursaufschub nach Art. 725a im OR gestrichen und in das Nachlassverfahren integriert werden. Damit reduziert sich das schweizerische Insolvenzverfahren auf das Konkurs- und Nachlassverfahren im SchKG.

Nachdem das türkische Recht den Konkursaufschub kürzlich eingeführt hat, ist sicherlich von grossem Interesse, warum die Schweiz dieses Verfahren gerade wieder streichen will. Die passende Antwort zu finden ist nicht leicht, zumal sich der Verfasser selber in der Kommission dagegen ausgesprochen hat.

Es gibt keine Untersuchungen darüber, wie häufig der Konkursaufschub Anwendung findet. In der deutschsprachigen Schweiz werden jährlich wohl nur sehr wenige Konkurs-

---

<sup>38</sup> Häsemeyer Ludwig, Insolvenzrecht, 4. Auflage, Köln/München 2007, Rz. 1.01 (S. 6).

aufschübe bewilligt. In der französischsprachigen Schweiz solle er häufiger vorkommen. Von einem Missbrauch des Konkursaufschubes kann sicher keine Rede sein.

Meines Erachtens ist der Konkursaufschub vom Konzept her ein durchaus überzeugendes Institut. Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten können damit Ruhe vor den Gläubigern erlangen, auch wenn sie gar keinen gerichtlichen Nachlassvertrag anstreben, sondern vielmehr lediglich Zeit für eine aussergerichtliche Lösung gewinnen möchten. Im geltenden Recht hat der Konkursaufschub gegenüber dem Nachlassverfahren den Vorteil, dass nicht zwingend ein Sachwalter eingesetzt werden muss und daher wesentlich weniger Kosten verursacht (Art. 725a Abs. 2 OR). Ausserdem muss er nicht zwingend öffentlich bekannt gemacht werden (Art. 725a Abs. 3 OR).<sup>39</sup> In der Praxis wird der Konkursaufschub etwa auch eingesetzt, wenn der Konkurs wie bei Fussballclubs keine Option ist, jedoch vorläufig noch kein Konzept vorliegt, wie ein Nachlassverfahren begründet werden könnte. Grundsätzlich kann gesagt werden, dass es sich beim Konkursaufschub um ein flexibles Institut handelt, welches an geringere Voraussetzungen geknüpft ist als die Nachlassstundung.<sup>40</sup>

Die Expertengruppe war mehrheitlich vom Sinn des Konkursaufschubes als separates Instrument nicht überzeugt. Sie nahm vielmehr an, dass die (wenigen) Vorzüge auch mit dem Nachlassverfahren verbunden werden könnten.<sup>41</sup> Namentlich sieht der Entwurf hierfür zwei Bestimmungen vor:

<sup>39</sup> Vgl. Bauer Thomas, Unternehmenskrise: Konkursaufschub oder Nachlassstundung?, *IWIR* 3 (2000), S. 89 ff.; Bürgi Urs, Konkursaufschub oder Nachlassstundung?, *Recht & Steuern*, 6/2009, S. 34 f.; Giroud Roger, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Zürich 1086, S. 127 und Fn. 148a; zu den Vor- und Nachteilen einer Publikation vgl. Dubach Alexander, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, *SJZ* (Schweizerische Juristen-Zeitung) 1998, S. 149 ff. S. 159.

<sup>40</sup> Dubach (Fn. 39), S. 150; Meier, *BlSchK* 67 (Fn. 8), S. 5.

<sup>41</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 4.



BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

- Der Konkursaufschub bietet wie gesagt mit dem Moratorium für die Gläubiger den Rahmen für eine aussergerichtliche Sanierung. Falls diese gelingt, hat das Verfahren seinen Zweck erfüllt und findet damit sein natürliches Ende. Entsprechend schlägt die Kommission vor, eine Bestimmung mit folgendem Wortlaut aufzunehmen: „*Gelingt die Sanierung vor Ablauf der Stundung, so hebt das Nachlassgericht die Nachlassstundung von Amtes wegen auf.*“ (Art. 296a Abs. 1 Satz 1 VE-SchKG). Das heisst, das Nachlassverfahren kann auch ohne einen Nachlassvertrag anzustreben, lediglich deshalb eingeleitet werden, um im Hinblick auf eine aussergerichtliche Einigung Gläubigerschutz zu erlangen.
- Im Weiteren kann das Gericht für die Dauer der provisorischen Stundung ausnahmsweise auf die Bestellung eines Sachwalters verzichten (Art. 293b VE-SchKG). Wenn ein Unternehmen nur eine aussergerichtliche Lösung anstrebt, ist ein Sachwalter unter Umständen nicht notwendig. Wie bereits gesagt ist es ja auch beim Konkursaufschub nicht notwendig, einen Sachwalter einzusetzen.

Ob diese Bestimmungen ausreichend sind, um die Funktionen des Konkursaufschubes zu übernehmen, wird sich zeigen. Meines Erachtens wäre – wie gesagt – die Beibehaltung des Konkursaufschubes wünschenswert gewesen.

##### **5. Nahtloser Übergang vom Konkurs- zum Nachlassverfahren und umgekehrt**

Dem Schuldner, welcher ja meistens die Initiative zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens ergreift bzw. ergreifen muss, verbleiben somit nach dem Revisionsentwurf zwei Möglichkeiten: Das Konkurs- oder das Nachlassverfahren. Die Wahl ist jedoch keine endgültige. Schon durch die Revision von 1997 und ganz besonders nach dem Entwurf sind die beiden

Verfahren so miteinander verbunden, dass je nach Bedürfnis von einem Verfahren in das andere gewechselt werden kann.<sup>42</sup>

Vor der Konkureröffnung kann das Konkursgericht (u.a.) das Verfahren von Amtes wegen aussetzen, sofern Anhaltspunkte für eine Sanierung bestehen und die Akten dem Nachlassgericht überweisen (Art. 173a Abs. 2 SchKG).<sup>43</sup> Ausserdem hat der Schuldner während dem Konkursverfahren die Möglichkeit, einen Nachlassvertrag vorzuschlagen (Art. 173a Abs. 1 und 2 SchKG). Das Konkursamt waltet dann als Sachwalter.

Das Nachlassverfahren kann aber auch von Amtes wegen in ein Konkursverfahren übergehen. Nach dem Entwurf hat das Nachlassgericht sofort den Konkurs zu eröffnen, wenn es das Gesuch um Nachlassstundung nicht bewilligen kann (Art. 294 Abs. 3 VE-SchKG). Auch wenn diese Bestimmung den Gläubigern den Vorteil gewährt, die Konkureröffnung nicht mehr selber beantragen und entsprechend den Kostenvorschuss tragen zu müssen, so ist dies sicher eine Bestimmung, über die man auch unterschiedlicher Meinung sein kann.<sup>44</sup> Sie wird möglicherweise dazu führen, dass die Nachlassstundung wirklich erst in allerletzter Minute – eben wenn das Unternehmen konkursreif ist – beantragt wird. Zu diesem Zeitpunkt ist das Unternehmen bereits hoch verschuldet und die Chancen für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages sind gering. Ausserdem wurde im Vernehmlassungsbericht darauf hingewiesen, dass dem Schuldner bei einer automatischen Konkureröffnung das rechtliche Gehör nicht gewährt wird.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Vgl. Art. 296b, Art. 298 Abs. 3, Art. 309 VE-SchKG sowie Art. 173a Abs. 2 und Art. 195 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

<sup>43</sup> Dieser Fall kommt in der Praxis kaum jemals vor (DIGGELMANN PETER/HEINRICH ANDREAS MÜLLER, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), *Kurzkommentar SchKG*, Basel 2009, Art. 173a Rz. 3).

<sup>44</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 15.

<sup>45</sup> Ergebnisbericht August 2009 (Fn. 32), S. 10 (Nr. 438).

## 6. Starke Erleichterung des Zugangs zum Nachlassverfahren und Verlängerung der Nachlassstundung

Wesentliches Anliegen der Revision von 1997 und besonders auch der laufenden Revision war und ist die Erleichterung des Zugangs zur Nachlassstundung.<sup>46</sup>

Nach dem Entwurf braucht das Gesuch um Nachlassstundung nicht mehr näher begründet zu werden, sondern es müssen nur die notwendigen Geschäftsunterlagen (wie bspw. Bilanz, Erfolgsrechnung und Liquiditätsplanung) beigelegt werden (Art. 293 lit. a VE-SchKG). Ausserdem muss vom Schuldner auch kein Entwurf eines Nachlassvertrages mehr eingereicht werden. Damit wird die Stellung des Gesuches um Nachlassstundung enorm erleichtert, denn der Schuldner muss nicht vorgängig selber die Aussicht auf Sanierung prüfen, sondern kann dies dem provisorischen Sachwalter überlassen.

Da die ebengenannte Pflicht des Schuldners zur Einreichung eines Vertragsentwurfs entfällt, wird die Möglichkeit einer provisorischen Nachlassstundung, welche bereits seit der Revision von 1997 besteht, von zwei auf vier Monate verlängert (Art. 293a Abs. 1 VE-SchKG). Während diesem Zeitraum können die Verhältnisse angemessen geprüft werden.<sup>47</sup> Mit der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung wird wie bereits erwähnt ein provisorischer Sachwalter bestellt, welcher die besondere Aufgabe hat, die wirtschaftliche Lage des Schuldners und die Aussicht auf Sanierung zu prüfen (Art. 293 Abs. 3 SchKG). Beachtenswert ist allerdings, dass nach dem Revisionsentwurf die Bestellung des Sachwalters neu als eine Kann-Vorschrift ausgestaltet ist (vgl. Art. 293b VE-SchKG).<sup>48</sup> In diesen Fällen, in welchen kein Sachwalter bestellt wird,

<sup>46</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 6 und 18.

<sup>47</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 18.

<sup>48</sup> Die Kann-Vorschrift wurde im Vernehmlassungsverfahren teilweise kritisiert, da folglich eine angemessene Kontrolle der Erhaltung der Vermögenswerte nicht mehr gewährleistet sei. Allerdings fand die fakultative Einsetzung auch Befürwortung hinsichtlich der Kostenersparnis (vgl. Ergebnisbericht August 2009 (Fn.32), S. 7 [Anm. 433]).

hat die Nachlassstundung nur eine Moratoriums-Funktion, welche aber für das Anstreben eines Nachlassvertrages nicht unbedingt geeignet ist.<sup>49</sup>

Als weitere ganz wichtige Neuerung wird die Nachlassstundung sodann grundsätzlich nicht veröffentlicht (Art. 293c Abs. 2 VE-SchKG). Diese sog. stille Stundung soll dem Schuldner ermöglichen, sein Unternehmen ohne drohenden Wert- und Imageverlust weiterzuführen oder zu veräussern.<sup>50</sup> Notwendig ist eine Publikation lediglich, wenn dies der Schutz Dritter, insbesondere der Arbeitnehmer und unbeteiligter Dritter, welche mit dem Schuldner einen Vertrag abschliessen möchten, erfordert. Gerade diese Dritten sind jedoch geschützt, da die Forderungen, die während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters ergehen, Masseverbindlichkeiten darstellen und die Arbeitnehmer ausserdem privilegierte Gläubiger sind (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG). Diese Gläubiger müssen vollständig befriedigt werden, ansonsten der Nachlassvertrag überhaupt nicht bestätigt werden kann (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Speziell schützenswert hingegen wären m.E. vielmehr die Gläubiger der Dritten Klasse (Art. 219 Abs. 4 SchKG), denn gerade ihnen kann während der provisorischen Nachlassstundung ein finanzieller Schaden erwachsen, ohne dass sie sich wehren können. Ist die Massnahme jedoch erfolgversprechend, so lässt man eine Nichtveröffentlichung

<sup>49</sup> Die Nachlassstundung kann nämlich aufgehoben werden, sofern eine Sanierung vor Stundungsablauf gelingen sollte (Art. 296a Abs. 1 VE-SchKG; Bericht Phase 2 [Fn. 20], S. 6); Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 10; Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 6.

<sup>50</sup> Zu den negativen Wirkungen einer Publikation vgl. Hardmeier Hans Ulrich, in: Forstmoser Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b: Der Verwaltungsrat, Art. 707-726, 2. Auflage, Zürich 1997, Art. 725a OR Rz. 1341; Meier Isaak, Confidentiality and publicity in insolvency law – is a secret court-based rescue procedure desirable?, Peter Henry/Jeandin Nicolas /Kilborn Jason (Hrsg.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21<sup>st</sup> Century, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 315 ff., S. 320; SCHMID Markus L., Überschuldung und Sanierung, Diss. Freiburg 1984, S. 66 f.; siehe auch BGE 101 III 99 (107, E. 4).

zu. Zudem ist davon auszugehen, dass eine Veröffentlichung bei börsenkotierten Gesellschaften wegen der Pflicht zur ad hoc-Publizität unumgänglich ist.<sup>51</sup> Von dieser Regelung werden daher vor allem die KMU's profitieren, die mangels Publikation von einem drohenden Reputationsverlust durch das Nachlassverfahren verschont bleiben.<sup>52</sup> Diese sog. „stille“ Nachlassstundung ist allerdings nicht unproblematisch, insbesondere weil sie den „Insidern“ Vorteile gegenüber den nicht informierten Gläubigern und Kunden verschafft.<sup>53</sup> Ausserdem schafft sie eine generelle Unsicherheit gegenüber Unternehmen mit finanziellen Problemen, weil der Geschäftspartner damit rechnen muss, dass sich dieses Unternehmen bereits in einem Insolvenzverfahren befindet. Diese Unsicherheit schmälert wiederum die Kreditwürdigkeit dieser Unternehmen.<sup>54</sup> Die Kommission war jedoch mehrheitlich der Auffassung, dass sie die Chancen für eine Sanierung gerade von KMU's erheblich verbessern kann. Die stille Stundung ermöglicht es, dass der Schuldner zusammen mit dem Sachwalter ein fertiges „Sanierungspaket“ schnüren kann, dass er dann mit der Bekanntmachung der definitiven Nachlassstundung präsentieren kann (ähnlich dem „*prepackaged bankruptcy*“, wie es im amerikanischen Recht propagiert wird).<sup>55</sup>

Wie bereits gesagt kann die provisorische Nachlassstundung für höchstens vier Monate bewilligt werden. Art. 293a Abs. 1 VE-SchKG hat den Wortlaut: „*Das Nachlassgericht*

<sup>51</sup> Nach Art. 53 des Kotierungsreglements (KR); vgl. hierzu auch Meier, Confidentiality and publicity in insolvency law (Fn. 50), S. 321 f.; Hsu Peter Ch., Ad-hoc-Publizität, Diss. Zürich 2000; Richtlinie betr. Ad-hoc-Publizität (RIaHP, siehe <[http://www.six-exchange-regulation.com/admission\\_manual/06\\_15-DAH\\_de.pdf](http://www.six-exchange-regulation.com/admission_manual/06_15-DAH_de.pdf)>).

<sup>52</sup> GASSER (Fn. 10), S. 11.

<sup>53</sup> Meier, Confidentiality and publicity in insolvency law (Fn. 50), S. 324.

<sup>54</sup> Meier, Confidentiality and publicity in insolvency law (Fn. 50), S. 321.

<sup>55</sup> § 1129 (b) U.S. BC (U.S. Bankruptcy Code). Zum Verfahren des sog. „*prepackaged plan*“ vgl. Ferriell Jeffrey T./Janger Edward J., *Understanding Bankruptcy*, 2. Auflage, Newark/San Francisco/Charlottesville 2009, S. 761 f.; Meier Isaak, «Prepackaged chapter 11» – eine nachahmenswerte Form der Sanierung von Unternehmungen?, ZZZ 4 (2004), S. 499 ff.; Meier, „Prepackaged Chapter 11 Plan“ (Fn. 8), S. 407 ff.

*bewilligt unverzüglich eine provisorische Stundung für höchstens vier Monate und trifft von Amtes wegen weitere Massnahmen, die zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens notwendig sind.*"  
Ergibt sich in dieser Zeit, dass konkrete Aussicht auf Sanierung besteht, so bewilligt das Gericht die definitive Stundung für weitere vier bis sechs Monate (Art. 294 Abs. 1 VE-SchKG). Auf Antrag des Sachwalters kann die Stundung später wie bisher auf zwölf bis maximal 24 Monate ausgedehnt werden (Art. 294a A).

## 7. Weiterführung des Geschäftes, Restrukturierung und Refinanzierung während der Nachlassstundung (Moratorium)

### 7.4. Weiterführung des Geschäftes unter dem Regime der Nachlassstundung

Die Sanierung eines Unternehmens im Rahmen des Nachlassverfahrens ist oft nur möglich, wenn das Unternehmen während der Nachlassstundung weitergeführt werden kann.<sup>56</sup> Dies ist unabdingbar, wenn eine direkte Sanierung des Unternehmens angestrebt wird. Auch wenn später der Betrieb als ganzes an eine Auffanggesellschaft oder Drittfirma übertragen wird, kann ein Bedürfnis für die Weiterführung des Betriebes unter dem Regime der Nachlassstundung bestehen.

Das schweizerische Recht bietet insgesamt einen recht guten rechtlichen Rahmen für eine Weiterführung. Der Schuldner bleibt grundsätzlich – ähnlich wie im amerikanischen Recht – weiterhin verfügungsbefugt.<sup>57</sup> Er führt demzufolge die Geschäfte selber. Dem Sachwalter kann nach Art. 298 SchKG jeweils diejenige Befugnis gegeben werden, welche im Einzelfall als angebracht erscheint (Beschränkung auf Aufsichtsfunktion, Mitwirkung des Sachwalters für einzelne Handlungen oder

<sup>56</sup> Hunkeler Daniel, Nachlassverfahren (Fn. 8), Rz. 97.

<sup>57</sup> Im amerikanischen Recht als sog. „debtor in possession“ (vgl. hierzu Ferriell/Janger [Fn. 55], S. 146 f. und 704 f.; sowie nachfolgend 9.2).

sogar vollständige Geschäftsführung durch den Sachwalter).<sup>58</sup> Der Abschluss von Verträgen wird dadurch stark begünstigt, als Verpflichtungen des Schuldners in einem allfälligen Konkursverfahren zu Massaverbindlichkeiten werden, sofern der Sachwalter dem Rechtsgeschäft zugestimmt hat (Art. 310 Abs. 2 SchKG).

In der Praxis zeigt sich allerdings, dass es trotzdem sehr schwierig ist, ein Unternehmen während der Nachlassstundung erfolgreich weiterzuführen. Ein Unternehmen in Nachlassstundung gilt allgemein – ob dies nun im konkreten Fall berechtigt ist oder nicht – als nicht oder nur wenig kreditwürdig.<sup>59</sup> Die Lieferanten bestehen daher auf Zahlung „Zug um Zug“ und Banken werden trotz absoluter Priorität kaum Kredit geben.<sup>60</sup> Der Hauptgrund dürfte sein, dass das schweizerische Nachlassverfahren – anders als etwa das *Chapter 11* des U.S.-Rechts – weniger kalkulierbar ist.<sup>61</sup> Im Fall SWISSAIR war zum Beispiel bis zum Schluss unklar, ob der Nachlassvertrag von den Gläubigern angenommen wird oder nicht.<sup>62</sup> Angesichts der Unsicherheit besteht auch die Gefahr, dass die besten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oft in dieser Phase das sinkende Schiff verlassen!

### 7.5. Restrukturierung während der Nachlassstundung

Auch wenn das Unternehmen als solches saniert werden soll, wird es meist notwendig sein, schon während der Nachlassstundung Restrukturierungsmassnahmen vorzunehmen,

<sup>58</sup> Amonn/Walther, § 54 Rz. 37 ff.

<sup>59</sup> Meier, „Prepackaged Chapter 11 Plan“ (Fn. 8), S. 411; in diesem Sinne auch Roth Jürg, Die vorrangige Behandlung von Darlehen in der Insolvenz, SJZ 105 (2009), S. 457 und Fn. 1.

<sup>60</sup> Meier, „Prepackaged Chapter 11 Plan“ (Fn. 8), S. 411.

<sup>61</sup> Im schweizerischen Recht ist die Zustimmung der Gläubiger massgebend, während im amerikanischen Recht der Reorganisationsplan auch dann angenommen werden kann, wenn nur eine Gläubigergruppe zugestimmt hat (zum sog. „cram-down“ Verfahren siehe 8.2.).

<sup>62</sup> Krampf Michael, Swissair: Nachlassrichter überfordert, plädoyer 2003, S. 20.

wie bspw. Verkauf von Liegenschaften, Tochtergesellschaften oder Betriebsteilen, um einerseits die notwendige Liquidität während des Nachlassverfahrens sicherzustellen, andererseits aber auch einen Wertverlust zu vermeiden.<sup>63</sup> Im Falle einer übertragenden Sanierung werden in der Regel der gesamte Betrieb oder zumindest die gesunden Teile davon kurz nach Bewilligung der Nachlassstundung verkauft werden müssen.

Bereits die Revision von 1997 hat das früher bestehende absolute Verbot, (insb.) Liegenschaften und Bestellungen von Pfändern während der Nachlassstundung zu verkaufen, aufgehoben.<sup>64</sup> Nach Art. 298 Abs. 2 SchKG können heute mit Zustimmung des Nachlassgerichtes Anlagevermögen aller Art verkauft und Pfandrechte begründet werden. In der Praxis hat sich diese Bestimmung bewährt. Erfahrungsgemäss können solche Bewilligungen in kurzer Zeit eingeholt werden.

Im Entwurf sind diese Rechtshandlungen nach Art. 298 Abs. 2 SchKG noch dadurch erleichtert worden, dass diese vom (neu eingeführten) Gläubigerausschuss bewilligt werden, wenn ein solcher bestellt worden ist (Art. 295a Abs. 3 VE-SchKG). Diese Neuerung bringt allerdings wiederum verschiedene Probleme mit sich (vgl. hierzu 10.2.).

## 7.6. Auffinden eines neuen Investors

Die Sanierung eines Unternehmens gelingt oft nur, wenn ein neuer finanzkräftiger Investor gefunden werden kann.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Zum Beispiel durch Verlust des Know-hows (wie gesagt bspw. durch anderweitige Orientierung wichtiger Arbeitnehmer sowie Kunden), Reputationsverlust durch Bekanntmachung der Insolvenz des Unternehmens etc. (Hard Meier Hans Ulrich, Das aktienrechtliche Moratorium und der gerichtliche Nachlassvertrag als Sanierungsinstrumente - Unter Berücksichtigung der Vorlage der eidgenössischen Räte zur Revision des SchKG, in: Meier Isaak/Riemer Hans Michael/Weimar Peter [Hrsg.], Recht und Rechtsdurchsetzung: FS für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 503 ff., S. 505; Krampf [Fn. 62], S. 20; Stöckli [Fn. 8], S. 67).

<sup>64</sup> BBl 1991 III 1, S. 184.

<sup>65</sup> BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 13



BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

Meines Erachtens leistet auch hier das schweizerische Recht grundsätzlich den Beitrag, welchen man von einem Sanierungsrecht erwarten kann. Für die neu bereit gestellten Darlehen besteht wie gesagt ein absolutes Rangprivileg, falls es trotzdem zum Konkurs kommen sollte (Art. 310 Abs. 2 SchKG).<sup>66</sup> Das schweizerische Gesellschafts-, insb. Aktienrecht bietet auch ausreichende Möglichkeiten, um den neuen Investor am Unternehmen zu beteiligen.<sup>67</sup>

Auch hier zeigt allerdings die Praxis, dass es gleichwohl sehr schwierig ist, einen neuen Investor zu finden, der bereit ist, in ein Unternehmen zu investieren, welches sich in Nachlassstundung befindet. Der Hauptgrund dürfte wiederum sein, dass das Nachlassverfahren und dessen Zustandekommen – wie gesagt – zu ungewiss sind (vgl. hierzu 7.1.).

## **8. Erleichterung der Bewilligung des Nachlassvertrages/ Erweiterung der Möglichkeiten für die Ausgestaltung des Nachlassvertrages**

### **8.1. Allgemeines**

Auch die Voraussetzungen für die Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrages sollen nach dem Vorentwurf von 2008 wesentliche Änderungen erfahren.

### **8.2. Verminderung des Quorums für die Zustimmung der Gläubiger**

Bereits in der Revision von 1997 ist das notwendige Quorum für die Zustimmung der Gläubiger, damit ein Nachlassvertrag bewilligt werden kann, herabgesetzt worden. Alternativ

---

Rz. 759 und 764.

<sup>66</sup> Vgl. hierzu BGE 126 III 294 (295, E. 1b); Amonn/Walther (Fn. 3), § 54 Rz. 45; Roth Jürg, (Fn. 59), S. 463 ff.; Roth Jürg, Sanierungsdarlehen, Nachrang – Gleichrang – Vorrang, Diss. Basel 2009, S. 465.

<sup>67</sup> Z.B. durch die Herausgabe von Vorzugsaktien (Art. 654 und 656 OR), Genussscheinen (Art. 657 OR), oder verschiedener Formen von Anleihen (bspw. Anleiheobligationen, Wandel- und Optionsanleihen).

zur Mehrheit der Gläubiger, welche mind. 2/3 der Gesamtforderungssumme vertreten, genügen nun auch schon 1/4 der Gläubiger, welche 3/4 der Forderungssumme innehaben (Art. 305 Abs. 1 SchKG und Art. 305 Abs. 1 lit. b VE-SchKG). Damit können wenige Grossgläubiger das Zustandekommen eines Nachlassvertrages sicherstellen und es wird verhindert, dass mangels Beteiligung der Kleingläubiger der Vertrag nicht zustande kommt.<sup>68</sup>

Der Entwurf hält jedoch weiterhin daran fest, dass die (Drittklass-) Gläubiger als Gesamtheit gezählt werden. Die Möglichkeit, wie im U.S.-Recht verschiedene Gläubigergruppen zu bilden, welche dann einzeln zustimmen müssen, wurde bewusst nicht übernommen, da die Umsetzung dieser Regelung mit praktischen Schwierigkeiten verbunden wäre.<sup>69</sup> Ausserdem kann im U.S.-Recht das Nachlassgericht den Nachlassvertrag schliesslich sogar in einem sog. „*cram-down*“-Verfahren bewilligen, auch wenn nur eine Gläubigergruppe zustimmt, sofern für die Gläubiger insgesamt ein besseres Ergebnis zu erwarten ist als im Konkurs.<sup>70</sup> Auch die Übernahme dieses Verfahrens wurde von der Expertengruppe abgelehnt, da im schweizerischen SchKG der Grundsatz gilt, dass die Mehrheit der Gläubiger dem Nachlassvertrag zustimmen muss und entsprechend ein „richterliches Diktat“ dem Institut des Nachlassvertrages widersprechen würde.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> GASSER (Fn. 10), S. 11; HARD Meier, FS für Hans Ulrich Walder (Fn. 63), S. 503 ff., S. 510 f.; Hunkeler Daniel, in: KUKO-Hunkeler (Fn. 43), Art. 305 Rz. 7.

<sup>69</sup> Nach der Expertengruppe besteht das Hauptproblem in der Abgrenzung der „im wesentlichen gleichen Rechte“ der Gläubiger (vgl. Bericht Phase 1 [Fn. 29], S. 31).

<sup>70</sup> § 1129 (b) U.S. BC; Ferriell/Janger (Fn. 55), S. 771 f.; Meier ISAAK, Chapter 11 im Vergleich mit dem schweizerischen Nachlassverfahren, in: Basedow/Meier/Schnyder/Einhorn/ Girsberger (Hrsg.), Private Law in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague 2000, S. 445 ff., S. 458 f.

<sup>71</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 31.

BEITRAG  
VON  
ISAAC  
MEIER

### 8.3. Verzicht auf Sicherstellung der Nachlassdividende

Der ordentliche Nachlassvertrag soll die Weiterführung des Unternehmens als juristische Person ermöglichen, in dem die Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten oder ihre Erfüllung aufschieben (Art. 314 Abs. 1 SchKG). Bei Ersterem handelt es sich um einen sog. Prozent- oder Dividendenvergleich, bei der aufschiebenden Erfüllung hingegen um einen Stundungsvergleich.<sup>72</sup>

Nach allgemeiner Ansicht in Lehre und Praxis bedeutet die in Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG verlangte „Sicherstellung des Vollzugs des Nachlassvertrages“ (d.h. die Sicherstellung der Drittklassforderungen), dass die Nachlassdividende bei Bestätigung des Nachlassvertrages durch das Nachlassgericht mehr oder weniger „cash“ zur Verfügung stehen muss. Es kann also kein Nachlassvertrag bewilligt werden, in dem der Schuldner die Dividende aus der Weiterführung des sanierten Unternehmens finanziert.<sup>73</sup> Damit sind natürlich diesem Nachlassvertrage enge Grenzen gesetzt. In der Praxis dürfte dies denn mitunter ein wesentlicher Grund sein, warum Nachlassverträge derart selten vorkommen.<sup>74</sup>

Nach dem Revisionsentwurf soll es in Zukunft genügen, wenn der Schuldner ein überzeugendes Konzept dafür vorlegen kann, dass er die Nachlassdividende aus dem sanierten Betrieb in einer bestimmten Zeit nach Bestätigung des Nachlassvertrages (unter Umständen über mehrere Jahre) abbezahlen kann (dies ist auch typisch für das amerikanische Recht).<sup>75</sup> Es wird somit auf die Sicherstellung des Vollzug des Nachlass-

<sup>72</sup> Amorn/Walther (Fn. 3), § 53 Rz. 14 ff.; FRITZSCHE HANS/WALDER-BOHNER Hans Ulrich, Schuldbetreibungs- und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 71 Rz. 6 f.; HUNKELER, in: KUKO-Hunkeler (Fn. 43), Art. 314 Rz. 3 ff.

<sup>73</sup> In diesem Sinne Fritzsche/Walder (Fn. 72), A.M. Hunkeler, in: KUKO-Hunkeler (Fn. 43), Art. 306 Rz. 14.

<sup>74</sup> Vielmehr sind sie häufig nur dann möglich, wenn einzelne Grossgläubiger ganz auf die Sicherstellung ihrer Forderung verzichten (Hardmeier, in: BSK-SchKG [Fn. 8], Art. 306 Rz. 24).

<sup>75</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 29 und Fn. 62.

vertrages verzichtet, wobei die Forderungen der privilegierten Gläubiger sowie der Massagläubiger weiterhin sichergestellt werden müssen (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 VE-SchKG).

#### 8.4. Streichung des Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1<sup>bis</sup> SchKG

Die Voraussetzung beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, nach welcher das Verwertungsergebnis insgesamt höher erscheinen muss, als der Erlös, der voraussichtlich im Konkurs erzielt werden könnte (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1<sup>bis</sup> SchKG), wird im Revisionsentwurf ersatzlos gestrichen, da sie einen Anwendungsfall von Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG resp. Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 VE-SchKG darstellt.<sup>76</sup> Dieser sieht vor, dass die angebotene Summe in richtigem Verhältnis zu den Möglichkeiten des Schuldners stehen muss.

#### 8.5. Einbezug der Aktionäre in die Sanierung

Eine wichtige Besonderheit des amerikanischen Konkursrechts ist die Behandlung der Inhaber und Eigentümer des sanierungsbedürftigen Unternehmens (*equity holder*). Als Grundsatz gilt, dass diese Personen erst etwas erhalten, wenn sämtliche ungesicherten und gesicherten Gläubiger voll befriedigt sind.<sup>77</sup>

Als Folge dieser sog. „*absolute priority rule*“ verlieren die Eigner gemäss dem amerikanischen Recht grundsätzlich ihre Stellung!<sup>78</sup> Die Anteile am Unternehmen bzw. seine Aktiven gehen auf die Gläubiger über oder werden von Dritten erworben. Die Eigner haben allerdings die Möglichkeit im Unternehmen zu verbleiben, wenn die Mehrheit der Gläubiger zustimmt oder sie dem Unternehmen neue Mittel zufügen und dadurch eine

<sup>76</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 15.

<sup>77</sup> Ferriell/Janger (Fn. 55), S. 772 ff.; Tabb Charles J/Brubaker Ralph, *Bankruptcy Law Principles, Policies and Practice*, 2. Auflage, Newark/San Francisco/Charlottesville 2006, S. 787; Meier, Chapter 11 im Vergleich (Fn. 70), S. 457.

<sup>78</sup> Ferriell/Janger (Fn. 55), S. 773.

BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

richterliche Bewilligung des Sanierungsplans entgegen dem Willen der Gläubigermehrheit möglich wird.<sup>79</sup>

Dem schweizerischen Recht ist dieser Gedanke bisher völlig fremd. Im geltenden Recht müssen die Gläubiger akzeptieren, dass ihre Forderungen in einem ordentlichen Nachlassvertrag unter Umständen drastisch reduziert werden. Die Rechte der Aktionäre bleiben demgegenüber nicht nur völlig unangetastet, sondern sie profitieren noch davon, dass die Aktien durch die -von den Gläubigern „finanzierte“- Sanierung an Wert gewinnen.<sup>80</sup>

Nach den ökonomischen Analysen des Rechts ist diese Lösung letztlich nicht vertretbar. Die Aktien verkörpern den Wert eines Unternehmens und die Herrschaft über das Unternehmen. Die Einschränkung der Gläubigerrechte in einem Insolvenzverfahren ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn sie im Gegenzug das Unternehmen bzw. seinen Gegenwert erhalten. Dies erfordert grundsätzlich, dass die Aktien entweder ihnen übertragen oder an einen Dritten zu ihren Gunsten verkauft werden. Die Aktionäre sollen höchstens dann ihre Stellung behalten können, wenn sie im Umfang des Wertes ihrer Aktien (nach Sanierung) einen Beitrag leisten und damit gewissermassen ihre Aktien „zurückkaufen“.

Im Revisionsentwurf wird nun diesem Gedanken Rechnung getragen. In Zukunft soll ein ordentlicher Nachlassvertrag nur noch bewilligt werden können, wenn die Anteilseigner, wie bspw. die Aktionäre bei der Aktiengesellschaft, einen angemessenen Sanierungsbeitrag geleistet haben. Der neue

---

<sup>79</sup> Die sog. „*New Value Exception to Absolute Priority Rule*“. Ferriell/Janger (Fn. 55), S. 782 ff.; Friedberg Julie L., *Wanted Dead or Alive: The New Value Exception to the Absolute Priority Rule*, 66 *Temp. L. Rev. (Temple Law Review)* 893 (1993); Miller Walter W., *Bankruptcy's new value exception: no longer a necessity*, 77 *B.U.L.Rev. (Boston University Law Review)* 975 (1997); vgl. hierzu auch Lynn M. LoPucki/William C. Whiteford, „*Bargaining over Equity's Share in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies*, 139 *U.Pa.L.Rev (University of Pennsylvania Law Review)* 125 (1990-1991).

<sup>80</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 16; Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 30.

Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 VE-SchKG hat dabei den Wortlaut: „Bei einem ordentlichen Nachlassvertrag (Art. 314 Abs. 1) müssen die Anteilshaber einen angemessenen Sanierungsbeitrag leisten.“ Wie die Erfahrungen in den USA zeigen, kann mit einer solchen Regelung für die Aktionäre ein wesentlicher Anreiz für Investitionen in das insolvente Unternehmen geschaffen werden.<sup>81</sup>

Ein solcher Beitrag an die Sanierung kann sein: Ein sog. Aktionärsdarlehen als Eigenkapital oder das Akzeptieren einer Kapitalherabsetzung, um eine Kapitalerhöhung zugunsten eines Investors zu ermöglichen.<sup>82</sup>

## 9. Möglichkeit der Eingriffe in Verträge nach dem Revisionsentwurf

### 9.1. Allgemeines

Die Kommission schlägt zur Erhöhung der Sanierungschancen auch wichtige Neuerungen des materiellen Nachlassverfahrensrechts vor, welche nachfolgend behandelt werden.

### 9.2. Erklärung der Nichterfüllung von vertraglichen Realansprüchen

Im schweizerischen wie wohl auch im türkischen Recht besteht betr. die Erfüllung von Verträgen heute folgende Rechtslage:

Bei *Geldleistungen* erfolgt die Erfüllung nur noch nach Massgabe des Nachlassvertrages. Mit der Bewilligung der Nachlassstundung können und dürfen Geldschulden – abgesehen von den in Art. 297 Abs. 2 SchKG genannten Ausnahmen – nicht mehr in Betreibung gesetzt und entsprechend auch nicht mehr bezahlt werden (Art. 297 Abs. 1 SchKG). Die Er-

<sup>81</sup> Für die amerikanische Rechtsprechung vgl. Tabb/Brubaker (Fn. 77), S. 784 ff.

<sup>82</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 16.

BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

füllung erfolgt vielmehr erst und in eingeschränkter Form der Nachlassdividende nach Bewilligung des Nachlassvertrages.

Anders verhält es sich, falls der Schuldner eine *Realleistung* zu erbringen hat. Beim ordentlichen Nachlassvertrag und allgemein während der Nachlassstundung können und müssen Realleistungen in vollem Umfange in natura erbracht werden.<sup>83</sup> Bei Nichterfüllung kann der Vertragspartner des Schuldners auch Klage einleiten. Dies kann unter Umständen eine Sanierung erschweren oder verhindern. Beispiel: Das Unternehmen hat sich vor Bewilligung der Nachlassstundung gezwungen gesehen, einen Teil des Warenlagers zu einem sehr schlechten Preis zu verkaufen. Später stellt sich heraus, dass das Unternehmen diese Teile dringend benötigt.

Für das amerikanische Konkursrecht ist es selbstverständlich, dass der Schuldner (*debtor in possession*, kurz DIP) auch im Rahmen einer Sanierung nach *Chapter 11* bei jedem Vertrag entscheiden kann, ob er diesen annehmen oder zurückweisen will. Die Annahme sowie die Rückweisung bedürfen ausserdem der Zustimmung durch das Konkursgericht.<sup>84</sup>

Die Kommission schlägt entsprechend dieser Regelung vor, Art. 211 SchKG aus dem Konkursrecht analog auch beim ordentlichen Nachlassvertrag/während der Nachlassstundung anzuwenden. Art. 211 Abs. 1 SchKG besagt, dass im Konkurs Realleistungen grundsätzlich in eine Geldforderung umzuwandeln sind, wenn die Konkursverwaltung erklärt, dass sie den Vertrag nicht in Natura erfüllen möchte. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung bedeutet im Nachlassverfahren, dass der Schuldner auch hier wählen kann, ob er eine Realleistung in Natura erbringen will oder nicht. Falls er die Geschäfte während der Nachlassstundung weiterführt, wird er – schon zur Verhinderung des Vertrauensverlustes gegenüber seinen Geschäftspartnern – in der Regel sämtliche Verträge auch erfüllen wollen und müssen. Immerhin kann er

<sup>83</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 32.

<sup>84</sup> Ferriell/Janger (Fn. 55), S. 392; Meier, Chapter 11 im Vergleich (Fn. 70), S. 455.

die Erfüllung einzelner Verträge, welche eine Sanierung verhindern würden, verweigern und damit den Vertragspartner für den Schadenersatz auf die Nachlassdividende verweisen.

Bei Verträgen, in denen sich der Nachlassschuldner dazu verpflichtet hat, eine *Realleistung* zu erbringen, findet beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nach seiner Bestätigung wie im Konkurs eine Umwandlung der Forderungen in Geld statt (nach Art. 211 Abs. 1 SchKG).<sup>85</sup>

### 9.3. Auflösung von Dauerschuldverhältnissen

Auch ein grosses Problem für eine Sanierung können für den Schuldner nachteilige Dauerschuldverhältnisse sein wie bspw. langfristige Mietverträge für Räumlichkeiten, welche nicht mehr genützt werden; Leasingverträge zu überhöhten Leasingzinsen; langfristige Lieferverträge; etc. Bei Swissair waren es vor allem langfristige Verträge mit defizitären Fluggesellschaften, wie Sabena und anderen (vgl. hierzu 2.); Bei Chrysler waren es offenbar auch Verträge mit (selbständigen) Vertretern in Kanada und den USA.

Ähnlich wie im amerikanischen Konkursrecht schlägt die Kommission eine Bestimmung vor, wonach sämtliche Dauerschuldverhältnisse vom Nachlassschuldner während der Nachlassstundung jederzeit fristlos aufgelöst werden können (Art. 297a VE-SchKG). Der Vertragspartner kann dann die Ersatzansprüche maximal bis zum Ablauf der festen Vertragsdauer bzw. bis zum Ablauf der Kündigungsfrist geltend machen. Wichtig ist jedoch, dass diese Ersatzansprüche auf die Nachlassdividende reduziert werden. Art. 297a VE-SchKG hat daher den Wortlaut: „*Der Schuldner kann mit Zustimmung des Sachwalters ein Dauerschuldverhältnis unter Entschädigung der*

<sup>85</sup> Analog Art. 211 Abs. 2 SchKG; vgl. BGE 112 II 444 (449, E. 4); BGE 107 III 106 (109, E. 3c); Jeanneret Vincent, in: Dallèves LOUIS/Foëx Bénédicte/Jeandin Nicolas (Hrsg.), *Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé*, Commentaire Romand, Basel/Genf/München 2005, Art. 211 Rz. 12.



BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

*Gegenpartei jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen; die Entschädigung gilt als Nachlassforderung.*“ Diese Bestimmung stellt eine wesentliche Erleichterung dar und begünstigt eine Sanierung, indem der Schuldner von einer u.U. grossen finanziellen Belastung befreit wird und es möglich wird, die notwendige Liquidität für die Durchführung einer erfolgreichen Sanierung bereitzustellen.<sup>86</sup>

Eine wesentliche und viel beklagte Hypothek einer übertragenden Sanierung ist zudem Art. 333 OR, wonach die übernehmende Gesellschaft für sämtliche offenen Forderungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer solidarisch mit der alten Gesellschaft haftet, und zwar unabhängig davon, ob die Arbeitsverträge weitergeführt werden oder nicht.<sup>87</sup> Die Kommission schlägt vor, diese Bestimmung für die Übertragung von Betrieben oder Betriebsteilen nicht nur wie schon nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts im Konkursverfahren, sondern auch im gesamten Nachlassverfahren, d.h. auch während einer Stundung, in der ein Prozentvergleich angestrebt wird, als nicht anwendbar zu erklären.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Duc Pablo, Die laufende Reform des Unternehmenssanierungsrechts aus praktischer Sicht, Die Volkswirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD/Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Hrsg.), Heft 5, 83. Jahrgang, Bern 2010, S. 32.

<sup>87</sup> Die Anwendbarkeit von Art. 333 OR im Konkurs- und Nachlassverfahren ist allerdings umstritten (vgl. hierzu BGE 129 III 335 [338 ff., E. 2.2.], der die Anwendbarkeit von Abs. 3 schliesslich verneint; Hofstetter Hans, Anwendbarkeit von Art. 333 OR in Sanierungssituationen, insbesondere im Nachlass- und Konkursverfahren - Tendenzen in Lehre und Praxis, AJP 2003, S. 153 ff. und die darin genannten Werke; Vollmar, in BSK-SchKG (Fn. 8), Art. 298 Rz. 18); Duc (Fn. 86), S. 32; Meier, BLSchK 67 (Fn. 8), S. 22; Vermeil Guy/Sulmoni Charles, Transfer of Business by a Distressed Company - Applicability of Article 333 of the Swiss Code of Obligations?, Peter Henry/Jeandin Nicolas /Kilborn Jason (Hrsg.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21<sup>st</sup> Century, Zürich/ Basel/Genf 2006, S. 185 ff., S. 190 ff.

<sup>88</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 35.

## 9.4. Einschränkung der dinglichen Rechte

### 9.4.1. Allgemeines

Ein Gesetzgeber, der das Insolvenzrecht revidieren will, kommt nicht darum herum, auch die Sicherungsrechte auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen. Sicherungsrechte sind zwar unerlässliche Instrumente einer kostengünstigen Finanzierung, in der Insolvenz bilden sie jedoch oft wesentliche Hindernisse für eine Sanierung. Im Weiteren sind sie – im Falle der Liquidation – der Hauptgrund für die „Armut“ der Masse. Die Diskussion um die Sicherungsrechte stand denn auch – neben anderen Themen – im Mittelpunkt der letzten Revisionen des Insolvenzrechts in Deutschland und der Schweiz.

Die dinglichen Rechte sollen – anders als im U.S.-Recht – grundsätzlich unangetastet bleiben. Immerhin hat sich die Kommission dazu durchgerungen, das Retentionsrecht für Geschäftsmieten zu streichen und die Wirkung der Globalzession einzuschränken.

### 9.4.2. Aufhebung des Retentionsrechts für Geschäftsmiete

Das Retentionsrecht des Vermieters ist ein altes, jedoch schon seit längerer Zeit umstrittenes Sicherungsrecht. Bekanntlich wurde das mietrechtliche Retentionsrecht in der Mietrechtsrevision von 1989 auf die Geschäftsmiete reduziert (Art. 268 ff. OR).<sup>89</sup> In der Botschaft des Bundesrates vom 27. März 1985 wurde noch vorgeschlagen, auf dieses Sicherungsrecht gänzlich zu verzichten.<sup>90</sup> Im Parlament wurde jedoch eine Ausnahme für die Geschäftsmiete namentlich mit der Begründung gemacht, dass Jungunternehmer Schwierigkeiten hätten, geeignete Geschäftsräumlichkeiten zu finden, wenn sie als Sicherheit nicht das Retentionsrecht bieten könnten.<sup>91</sup> Die

<sup>89</sup> Vgl. hierzu BBl 1985 I 1389.

<sup>90</sup> BBl 1985 I 1389, S. 1457.

<sup>91</sup> Zu den Ausführungen des Parlaments vgl. Amtliches Bulletin Nationalrat (Amtl. Bull. NR) 1989, S. 511 ff. (85.015; Votum Wyss William);

BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

Expertengruppe der gegenwärtigen Sanierungsrechtsrevision schlägt nun wiederum die gänzlich Abschaffung des Retentionsrechts vor.<sup>92</sup>

Meines Erachtens lässt sich die Bedeutung des Retentionsrechts des Vermieters ohne rechtstatsächliche Untersuchung kaum abschätzen. Es darf immerhin vermutet werden, dass das Retentionsrecht bei Auswahl des Mieters und Festsetzung des Mietzinses keine entscheidende Bedeutung hat. Selbstverständlich nimmt jedoch ein Vermieter dieses Sicherungsrecht im Falle der Insolvenz des Vermieters – quasi als unerwartetes Geschenk – gerne in Anspruch. Möglich ist allerdings auch, dass höhere Kauttionen verlangt werden.

Im Allgemeinen kann wohl gesagt werden, dass die Berechtigung dieses gesetzlichen Sicherungsrechts fraglich ist. In der Literatur wird etwa von Honsell insbesondere auch das Retentionsrecht an Sachen Dritter gemäss Art. 268a OR kritisiert.<sup>93</sup>

In der Insolvenz des Mieters können die Retentionsrechte (z.B. an einem Warenlager) ein wesentliches Hindernis für eine Sanierung bilden, da u.U. wesentliche Vermögensgegenstände blockiert werden.<sup>94</sup> Ebenso tragen die Retentionsrechte im Falle einer konkursrechtlichen Liquidation des Unternehmens erheblich zur „Armut“ der Masse bei.

### 9.4.3. Globalzessionen

Die Globalzession hat wohl auch heute noch – namentlich im Kreditgeschäft mit KMU – eine grosse praktische Bedeu-

---

Honsell Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Auflage, Bern 2006, S. 222; Zihlmann Peter, Mietrecht, 6. Auflage, Zürich 2007, S. 226 f.

<sup>92</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 26.

<sup>93</sup> Honsell (Fn. 91), S. 223.

<sup>94</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 26; Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 38; Weber Roger, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basler Kommentar, 4. Auflage, Basel/Genf/München 2007, Art. 268 Rz. 3 ff.

tung.<sup>95</sup> Auch wenn dieses Sicherungsrecht mit grossen Risiken verbunden ist, wird es wohl auch heute noch regelmässig zur Anwendung kommen. Globalzessionen werden in aller Regel als Sicherungszessionen ausgestaltet.<sup>96</sup> Der Einzug der Forderungen steht damit der Bank und nicht dem Schuldner bzw. Die Globalzession erfüllt im schweizerischen Recht die Funktion eines (besitzlosen) Pfandrechts an einer Vielzahl von Vermögenswerten, die nur der Gattung nach bestimmt sind, wie es in vielen ausländischen Rechtsordnungen verwirklicht ist (vgl. z.B. die „floating charge“ des englischen Rechts etc.).<sup>97</sup>

Anders als das Faustpfandrecht (Art. 884 ff. ZGB<sup>98</sup>) behindert die Globalzession die allgemeine Geschäftsführung des Schuldners nicht, denn die Vermögensgegenstände bleiben grds. in der Verfügungsmacht des Schuldners.<sup>99</sup> Der Schuldner ist immerhin insofern (erheblich) eingeschränkt, als er faktisch „auf Gedeih und Verderb“ der Hausbank ausgeliefert ist, sobald er in finanzielle Schwierigkeiten kommt.

Die Wirkungen der Globalzession in der Nachlassstundung sind nicht geklärt. Sie umfasst auf jeden Fall sämtliche Forderungen, die vor der Bewilligung der Nachlassstundung resp. deren Publikation (nach Art. 296 SchKG) entstanden sind.<sup>100</sup>

<sup>95</sup> Reetz Peter, Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, (Habil. Fribourg) Zürich 2006, Rz. 2; Lorandi Franco, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, in AJP 2005, S. 1309.

<sup>96</sup> Girsberger Daniel, in: BSK-OR (Fn. 94), Art. 164 Rz. 40; Näheres zur Sicherungszession vgl. Reetz (Fn. 95).

<sup>97</sup> Eine „floating charge“ ist eine sog. Unternehmenshypothek, wobei sie das gesamte Vermögen oder auch nur Teile davon belasten kann, welches nicht bereits anderweitig belastet ist. Das wesentliche Merkmal dieser Art von Sicherheit ist, dass deren Höhe zum Zeitpunkt der Errichtung noch nicht bekannt ist (Fletcher Ian F., The law of insolvency, 2. Auflage, London 1996, S. 610 f.; Crystal Michael/Phillips Mark/Davis Glen [Hrsg.], buttherworths insolvency law handbook, , 11. Auflage, London 2009, section 175 und 251).

<sup>98</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210), in Kraft getreten am 1.1.1912.

<sup>99</sup> Das Faustpfand hingegen kann nur durch Besitz an der Pfandsache begründet werden (Art. 884 Abs. 1 ZGB).

<sup>100</sup> Vgl. Hardmeier, in: BSK-SchKG (Fn. 8), Art. 310 Rz. 7.

BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

Meines Erachtens erfasst die Globalzession auch Forderungen, die erst später zur Entstehung gelangen, da der Schuldner ja – anders als im Konkurs – seine Verfügungsbefugnis nicht verliert (Art. 298 Abs. 1 SchKG).<sup>101</sup>

Globalzessionen können vor allem bei KMU's eine Sanierung erschweren oder sogar verunmöglichen. Sie entziehen dem Unternehmen gerade diejenigen flüssigen Mittel, welche es im Zeitpunkt von finanziellen Schwierigkeiten dringend benötigen würde. Die Kommission schlägt deshalb vor, dass sie mit Eröffnung der Nachlassstundung definitiv dahinfallen sollen.<sup>102</sup>

#### 9.5. Anfechtungsklage auch im ordentlichen Nachlassvertrag?

Die Expertenkommission hat auch diskutiert, ob die Anfechtungsklage wie in den meisten ausländischen Insolvenzverfahren auch im ordentlichen Nachlassverfahren zugelassen werden soll.<sup>103</sup> Nach geltendem Recht kann die Anfechtungsklage bekanntlich lediglich beim Verfahren betr. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung erhoben werden (vgl. Art. 331 SchKG).

Die Kommission hat sich schliesslich mit knapper Mehrheit gegen eine Zulassung beim ordentlichen Nachlassvertrag ausgesprochen. Das Hauptargument war dabei, dass die Sanierung nicht durch Anfechtungsklagen gestört werden soll, die sich häufig gerade gegen Personen richten, die sich besonders um die Sanierung bemühen. Gegen dieses Argument spricht allerdings, dass offensichtlich in vielen Kantonen ausschliesslich zur

<sup>101</sup> A.M. Lorandi. Nach ihm stehen Forderungen, die nach der Nachlassstundung entstehen, dem Nachlassschuldner zu, ausser der Nachlassrichter hat nach Art. 298 Abs. 2 SchKG seine Zustimmung gegeben (Lorandi, AJP 2005 [Fn. 95], S. 1310).

<sup>102</sup> Dies entspricht der konkursrechtlichen Rechtsprechung (BGE 111 III 73 [75 ff., E. 3a-c]); Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 28; Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 38.

<sup>103</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 11.

Vermeidung von Anfechtungsklagen Liquidationsvergleiche in Form von Prozentvergleichen abgeschlossen werden.<sup>104</sup> Ausserdem ist fragwürdig, ob nicht dennoch eine Kontrollmöglichkeit i.S. einer Anfechtungsklage auch im ordentlichen Nachlassverfahren vorgesehen werden sollte, insbesondere um Investoren oder andere Beteiligte davon abzuhalten, im Vorfeld grosse Summen (wie bspw. Boni) abzuräumen, ohne dabei nachträglich verfolgt werden zu können.

## 10. Verstärkung der Gläubigerrechte

### 10.1. Allgemeines

Grundfragen eines Insolvenzrechts sind: Welche (rechtsstaatlichen) Verfahrensrechte sollen und müssen den Gläubigern gewährt werden? Wie weit soll das Verfahren den Gläubigern zur Selbstverwaltung übertragen werden?

Anders als im Konkurs können die Gläubiger in der Nachlassstundungsphase kaum Kollektivrechte wahrnehmen. Die Gläubigerversammlung nach Art. 301 SchKG dient lediglich der Information.<sup>105</sup> Die Gläubiger haben lediglich einzeln das Recht, über die Zustimmung und Ablehnung des Nachlassvertrages schriftlich abzustimmen (Art. 305 Abs. 1 i.V.m. Art. 302 Abs. 3 SchKG).

Die Gläubiger können jedoch im Verlaufe des Nachlassverfahrens verschiedene Individualrechte wahrnehmen. Sie haben u.a. folgende Möglichkeiten zur Mitgestaltung des Verfahrens:

- Beschwerdeerhebung gegen alle Entscheide des Sachwalters (gemäss Art. 295 Abs. 3 i.V.m. Art. 17 SchKG):

<sup>104</sup> Denn Anfechtungsklagen sind beim Nachlassverfahren nur im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zulässig (Art. 331 Abs. 1 SchKG; Amonn/Walther (Fn. 3), § 55 Rz. 34).

<sup>105</sup> Amonn/Walther (Fn. 3), § 54 Rz. 60 f.; Fritzsche/Walder (Fn. 72), § 73 Rz. 10; Küderli Luc, Die Willensbildung der Gläubigergemeinschaft, Diss. Zürich 1963, S. 21; Vock Dominik, Stimmberechtigung an der Gläubigerversammlung, ZZZ 2005, Heft 6, S. 247 ff., S. 249; Vollmar, in: BSK-SchKG (Fn. 8), Art. 302 Rz. 1.

BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

Hier besteht jedoch die Schwierigkeit, dass die Gläubiger hiervon überhaupt Kenntnis erhalten; im Weiteren stellt sich die Frage, wie eine Person sich als Gläubiger ausweisen kann und muss, um beschwerdelegitimiert zu sein.<sup>106</sup>

- Die Gläubiger haben nach dem Revisionentwurf nicht mehr die Möglichkeit der Rechtsmitteleinlegung gegen den Entscheid betreffend die Einsetzung eines Sachwalters (Art. 293d VE-SchKG); hingegen sind nunmehr der Schuldner sowie auch alle Gläubiger zum Weiterzug der Bewilligung der Nachlassstundung legitimiert (Art. 295b Abs. 1 VE-SchKG).
- Sie haben kein allgemeines Recht auf Anhörung im Verfahren betreffend die Bewilligung der Nachlassstundung. Das Gericht kann lediglich nach Ermessen einzelne Gläubiger von sich aus anhören (Art. 294 Abs. 1 SchKG; Art. 294 Abs. 2 VE-SchKG).
- Bei anderen wichtigen Entscheiden, wie insbesondere betreffend die Ermächtigung zur Veräußerung von Aktiven werden die Gläubiger grds. nicht angehört (vgl. Art. 298 SchKG). Der Revisionsentwurf sieht allerdings neu vor, dass der Gläubigerausschuss – sofern ein solcher während der Nachlassstundung eingesetzt worden ist (vgl. hierzu sogleich...) – die Aufgabe des Nachlassrichters übernimmt und die Ermächtigung zum Verkauf von Anlagevermögen erteilt (Art. 298 Abs. 2 VE-SchKG). Hier stellt sich allerdings die Frage, ob die Gläubiger die Zustimmung des Sachwalters nach Art. 298 Abs. 1 SchKG allenfalls anfechten können.<sup>107</sup>

<sup>106</sup> Die Gläubiger im Nachlassverfahren sind grds. dann legitimiert, wenn sie ihre Forderung angemeldet haben und diese noch nicht rechtskräftig abgewiesen worden ist (BGE 90 III 86 [87 f., E. 1]; BGE 53 III 107 [109 ff.]; Lorandi Franco, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG Basel/Genf/München 2000, Rz. 185).

<sup>107</sup> Zur Beschwerdeerhebung gegen Weisungen des Sachwalters ist grds.

- Nach allgemeiner Ansicht haben die Gläubiger keine Möglichkeit, am Verfahren als Nebenintervenienten teilzunehmen.<sup>108</sup>

BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

## 10.2. Einsetzung eines Gläubigerausschusses während der Nachlassstundung

Wie bereits vorhin kurz erwähnt, soll nach dem Revisionsentwurf nun neu auch im Nachlassverfahrensrecht eine beschränkte Gläubigerselbstverwaltung eingeführt werden.

Wie die bisherige Praxis zeigt, sind in der definitiven und oft schon in der provisorischen Nachlassstundung wichtige Entscheidungen und Dispositionen, wie der Verkauf von Unternehmensteilen (vgl. hierzu 7.2), notwendig. Die Kommission möchte deshalb die Gläubiger anders als im geltenden Recht bereits ab Beginn der Nachlassstundung stärker einbeziehen.

Das Nachlassgericht wird daher die Befugnis erhalten, mit Bewilligung der Stundung – falls solche Entscheidungen anstehen – zugleich einen Gläubigerausschuss einzusetzen, in dem die wichtigsten Gläubigerkategorien angemessen vertreten sind (Art. 295a Abs. 1 VE-SchKG). Der Gläubigerausschuss beaufsichtigt sodann den Sachwalter, erteilt ihm die notwendigen Weisungen und wird von diesem regelmässig über den Stand des Verfahrens informiert (Art. 295a Abs. 2 VE-SchKG). Für die Geschäfte nach Art. 298 Abs. 2 SchKG, wie die Veräusserung des Anlagevermögens oder die Begründung von Pfandrechten, ersetzt die Bewilligung des Gläubigeraus-

---

der Schuldner legitimiert (Vollmar, in: BSK-SchKG [Fn. 8], Art. 295 Rz. 27). Dritte sind nur dann zur Beschwerde legitimiert, wenn sie von der Weisung des Sachwalters betroffen sind (BGE 82 III 131 [134, E. 1 f.], was bei den Gläubigern regelmässig der Fall sein dürfte).

<sup>108</sup> Die Gläubiger haben i.d.R. lediglich ein wirtschaftliches Interesse im Hinblick auf das Nachlassverfahren, welches für eine Nebenintervention nicht ausreicht (Frei Nina J., in: SPÜHLER KARL/Tenchio Luca/Infanger Dominik [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2010 Art. 75 Rz. 2; Meier ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 185).



BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

schusses auch die Zustimmung des Nachlassgerichtes (Art. 295a Abs. 3 VE-SchKG).<sup>109</sup>

Die Kehrseite dieser m.E. begrüßenswerten Verstärkungen der Gläubigerrechte ist allerdings, dass sie das Verfahren wesentlich verteuern können.<sup>110</sup> Ausserdem ist fraglich, ob die Mitglieder des Gläubigerausschusses bei der Ermächtigung des Verkaufs von Anlagevermögen oder der Einsetzung eines Sachwalters überhaupt über das notwendige Fachwissen verfügen, um angemessen entscheiden zu können.

### 10.3. Ausserordentliche Gläubigerversammlung

Dauert die Nachlassstundung zudem mehr als 12 Monate, muss der Sachwalter überdies eine sog. *ausserordentliche* Gläubigerversammlung einberufen (Art. 294a Abs. 2 VE-SchKG). In dieser Versammlung werden die Gläubiger nicht nur über das Verfahren informiert, sondern sie haben auch die Befugnis, während der Versammlung über die Bestätigung oder Abberufung von Sachwalter und Gläubigerausschuss zu entscheiden (Art. 294a Abs. 3 VE-SchKG).

## 11. Konzerninsolvenzrecht?

Die zentrale Frage im Konzerninsolvenzrecht lautet: Kann in der Insolvenz eines Konzerns das gesamte Vermögen der Muttergesellschaft und aller Töchter zu einer Masse vereinigt werden, an der die Gläubiger aller Gesellschaften beteiligt werden (sog. *substantive consolidation*)?

Für die Expertengruppe war klar, dass dies grundsätzlich nicht in Frage kommt.<sup>111</sup> Wenn das materielle Recht auch im Konzernverbund (zu Recht) auf die Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaft aufbaut, kann das Insolvenzrecht nicht einfach

<sup>109</sup> Für eine ähnliche Ausgestaltung des Verfahrens hat sich bereits Krampf im Jahre 2003 ausgesprochen (Krampf [Fn. 62], S. 21).

<sup>110</sup> Ergebnisbericht August 2009 (Fn. 32), S. 11.

<sup>111</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 30; Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 49.

alle Aktiven der insolventen sowie der wenn möglich noch gesunden Konzerngesellschaften in einen Topf werfen und alle Gläubiger gleich behandeln!<sup>112</sup> Eine einheitliche Behandlung kann höchstens in Ausnahmesituationen in Betracht gezogen werden, etwa wenn in allen betroffenen Gesellschaften eine Gläubigermehrheit dies verlangt oder die Konzernstruktur in qualifizierter Form missbräuchlich verwendet worden ist.<sup>113</sup> Die Kommission hat schliesslich nach langen Diskussionen auch die Konsolidierung in diesen Ausnahmefällen abgelehnt.<sup>114</sup>

Die Expertenkommission beschränkte sich indessen auf einzelne verfahrensrechtliche Massnahmen zur Koordination verschiedener Insolvenzverfahren.

- Das Gesetz wird die Organe, Amtstellen und Gerichte beauftragen, Insolvenzverfahren von Konzerngesellschaften soweit sinnvoll zu koordinieren. In gegenseitigem Einvernehmen können sich die Gerichte und Aufsichtsbehörden auf eine einheitliche Zuständigkeit einigen (Art. 4a Abs. 1 VE-SchKG).
- In materieller Hinsicht wird immerhin für die die Gläubiger schädigenden Transaktionen unter Konzerngesellschaften eine Erleichterung der Anfechtungsklage vorgesehen (Art. 286 Abs. 3 VE-SchKG, Beweislastumkehr bei Handlungen zugunsten einer nahestehenden Person wie insbesondere Gesellschaften eines Konzerns; Art. 288 Abs. 3 VE-SchKG, Beweislastumkehr für das Nichterkennen der Benachteiligungsabsicht bei Handlungen zugunsten einer nahestehenden Person wie insbesondere Gesellschaften eines Konzerns).

<sup>112</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 48 f.

<sup>113</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 50 und 53.

<sup>114</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 30.

BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

## 12. Einführung des Mehrwertsteuerprivilegs

Durch das neue MWST-Gesetz wurde ein neues Privileg der zweiten Klasse eingeführt (Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e SchKG).<sup>115</sup> Da es sich bei diesen Forderungen oftmals um hohe Beträge handelt, wird die vollständige Befriedigung der privilegierten Nachlassgläubiger durch dieses zusätzliche Privileg massgeblich erschwert und somit insgesamt das Zustandekommen eines Nachlassvertrages vermehrt verunmöglichlicht.<sup>116</sup>

## 13. Gesamtbeurteilung

### 13.1. Chapter 11 und Revisionsvorschlag

Sollten diese Vorschläge die vielen Hürden des nachfolgenden Gesetzgebungsverfahrens ohne wesentliche Einschränkungen nehmen, werden wir ein Sanierungsrecht haben, das mit dem bekannten sanierungsfreundlichen *Chapter 11* des amerikanischen Rechts viele Gemeinsamkeiten aufweist.<sup>117</sup>

Tabelle: Vergleich Chapter 11 – Sanierungsrecht nach der Revis

Amerikanisches Chapter 11	Nachlassverfahrensrecht nach der laufenden Revision
Gemeinsamkeiten	
Automatische Nachlassstundung mit Antragsstellung	Stark erleichterte Erlangung der Nachlassstundung

<sup>115</sup> Art. 111 MWSTG (Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Mehrwertsteuergesetz vom 12. Juni 2009 [SR 641.20] in Kraft getreten am 1. Januar 2010).

<sup>116</sup> Hunkeler Daniel, Konkursrechtliche Privilegierung der Mehrwertsteuer, in: Jusletter, vom 26. Oktober 2009, Rz. 4 f.

<sup>117</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 2. RÜETSCHI, Zur Revision des Sanierungsrechts (Fn. 20), S. 5 f.

Führung des Verfahrens durch den Schuldner ohne Sachwalter (DIP)	Ausnahmsweiser Verzicht auf die Einsetzung eines Sachwalters während der provisorischen Nachlassstundung.
Bewilligung des Nachlassplans, wenn die Erfüllung als „machbar“ erscheint.	Verzicht auf die Sicherstellung der Nachlassdividende (d.h. Verzicht auf Sicherstellung des Vollzugs des Nachlassvertrages).
Umfassender Eingriff in Vertragsverhältnisse	Ablehnung der Erfüllung nach Art. 211 SchKG; Möglichkeit der Auflösung von Dauerschuldverhältnissen; Beendigung der Globalzession; Keine Anwendung von Art. 333 OR beim Verkauf des Unternehmens
Möglichkeit eines „prepackaged bankruptcy“ (Einholung der Zustimmung der Gläubiger vor Verfahrenseröffnung)	Vorbereitung des Nachlassverfahrens während der stillen provisorischen Nachlassstundung.
<b>Unterschiede</b>	
Möglichkeit der Anfechtungsklage	Ausschluss der Anfechtungsklage
Unterschiedliche Behandlung der Gläubiger in Gläubigergruppen	Gleichbehandlung der Gläubiger, Verzicht auf Bildung von Gläubigergruppen
Bewilligung des Nachlassvertrages unter Umständen auch entgegen dem Willen der Gläubigermehrheit	Notwendigkeit der Zustimmung der Gläubigermehrheit und nicht der -gesamtheit

### 13.2. Beurteilung des Revisionsentwurfes nach den Postulaten für ein effizientes Sanierungsverfahren

Zum Schluss wird geprüft, wie die Reformvorschläge von 2008 im Lichte der eingangs aufgestellten Postulate für ein effizientes Sanierungsverfahren zu beurteilen sind.

Meines Erachtens werden viele dieser Postulate in weitem Umfange erfüllt:

- Den wirtschaftlichen Bedürfnissen einer Sanierung wird dadurch Rechnung getragen, dass für den Schuldner nachteilige, noch nicht erfüllte Verträge zurückgewiesen werden und Dauerschuldverhältnisse fristlos aufgelöst werden können;
- Das Recht gestattet – im Rahmen des rechtlich möglichen – eine Weiterführung des Verfahrens während der Stundung; während der provisorischen Stundung wird die Weiterführung noch dadurch wesentlich begünstigt, dass die Stundung (unter Umständen) nicht öffentlich bekannt gegeben werden muss;
- Der Betrieb kann mit Zustimmung des Nachlassrichters resp. Gläubigerausschusses kurz nach Bewilligung der Nachlassstundung verkauft werden;
- Neuen Investoren kann für Darlehen ein Rangprivileg im Falle eines Konkurses gegeben werden. Die Möglichkeit der Gewährung einer Beteiligung am Unternehmen wird dadurch begünstigt, dass die Aktionäre einen Beitrag an die Sanierung leisten müssen;
- Die auf das notwendigste beschränkten Gläubigerrechte sind einer Sanierung kaum hinderlich.

Ein nur schwer zu ändernder Umstand wird allerdings bleiben, nämlich dass das Nachlassverfahren im Ergebnis schwer voraussehbar ist, d.h. es wird schwierig sein, abzuschätzen ob der Nachlassvertrag durch die Gläubiger angenommen wird oder nicht. Ich meine jedoch, dass mit einem guten „*case-management*“ des Sachwalters und einer aktiven Informations-

politik dieses Problem wesentlich entschärft werden kann. Namentlich ist es etwa schon nach dem heutigen Recht möglich, dass sich der Sachwalter die notwendige Zustimmung der Gläubiger schon in einem frühen Verfahrensstadium sichert und damit (mehr oder weniger) Gewissheit schaffen kann, dass der Nachlassvertrag später auch bewilligt wird.

BEITRAG  
VON  
ISAAK  
MEIER

Ein nicht zu verkennendes Problem des neuen Rechts wird jedoch sein, dass das Recht erhebliche Anreize für den Schuldner schaffen wird - möglicherweise zum Nachteil der Gläubiger - statt einer aussergerichtlichen Sanierung eine Sanierung in einem Nachlassverfahren anzustreben. Als Stichworte seien nur erwähnt: Möglichkeit der Verweigerung der Realerfüllung, fristlose Auflösung von Dauerschuldverhältnissen, Beendigung der Globalzession, keine Geltung von Art. 333 OR bei Verkauf von Unternehmen etc. Die Kommission war jedoch überzeugt, dass diese Gefahr im Interesse eines effektiven Sanierungsrechts in Kauf genommen werden muss.

**Prof. Dr. Isaak MEIER**

(İsviçre, Zürich Üniversitesi)

**ETKİN BİR YENİDEN YAPILANDIRMA USULÜ:  
TÜRK HUKUKUNDAKİ DEĞİŞİKLİKLER  
BAKIMINDAN İSVİÇRE HUKUKUNDAKİ  
GELİŞMELER<sup>1</sup>**

*(lic. iur. Claudia Wyss'in katkılarıyla)*

**1. Giriş**

**1.1. Hukukî temeller**

Hem İsviçre Aciz Hukuku (Insolvenzrecht) hem de Türk Hukuku aşağıdaki usullere aşınadır:

- İsviçre İİK<sup>1</sup> m. 159'da düzenlenen iflâs takibi;

<sup>1</sup> 9-10 Ekim 2009 tarihlerinde Bolu/Abant'da düzenlenen 8. Türk Medenî Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısında, İsviçre yeniden yapılandırma hukukundaki değişiklikler hakkında 10 Ekim 2009 tarihinde sunulan tebliğin genişletilmiş halidir.  
<sup>2</sup> Çev.: Yard. Doç. Dr. Tolga Akkaya, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı.  
<sup>3</sup> 11 Nisan 1889 (SR 281.1) tarihli, 1.1.1892 tarihinde yürürlüğe giren Federal İcra ve İflâs Kanunu. Çev. Notu: Bu kanun, çevirinin bundan sonraki

- Keza İsviçre İİK'da tanımlanan tereke tasfiyesi işlemleri, konkordato veya aciz usulü (Insolvenzverfahren) (İİK m.293 vd.);
- Borçlar hukukunda ticari şirketlerin ve kooperatiflerin yükümlülükleriyle bağlantılı olarak, borca batıklık durumunda iflâsın talep edilmesi, iflâsın ertelenmesi düzenlenmiştir. (BK<sup>2</sup> m. 725a). Bildiğim kadarıyla Türk Hukuku bu usulleri yakın zamanda benimsedi.

Bazı alanlar için aciz usulüne ilişkin farklı düzenlemeler bulunmaktadır.<sup>3</sup> Örneğin, İsviçre'de bankalar bakımından Mali Piyasalar Denetleme Kurulu (FINMA) tarafından belirlenen ve kontrol edilen özel bir aciz usulü bulunmaktadır (Bankalar Kanunu m. 25 vd.).<sup>4</sup> Bu özel aciz usulü bu makalenin konusu değildir, yalnızca şunlara değinilecektir: İçeriği sınırlanmış yeniden yapılandırma tedbirleri, borca batık ve ciddi likidite problemleri yaşayan bir banka bakımından, önceden ciddi problemler var olması halinde emredilebilir (Bankalar Kanunu m. 25, f. 1).<sup>5</sup> Bu usul, pratik olarak alacaklıya katılma hakkı tanımamaktadır.<sup>6</sup> 2009 yılının başında, FINMA iflâs hukuku tedbiri olarak, örneğin finansal olarak atıl UBS'i müşterileri verilerini Amerikan vergi dairelerine sunmakla yükümlü tutmuştur.<sup>7</sup> Bu durum, aciz hukuku kavramının ne kadar kapsamlı olduğu göstermektedir.

---

bölümlerinde kısaca "İİK" şeklinde ifade edilecektir.

<sup>2</sup> İsviçre Medenî Kanunu'na ek yapılmasına ilişkin 30 Mart 1911 tarihli, 1.1.1912 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun (Beşinci Bölüm: Borçlar Hukuku, SR 220).

<sup>3</sup> Örneğin, bankalar, sigortalar, demiryolu işletmeleri vb. (Krşl. Amonn Walter/Walter Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 8. Auflage, Bern, 2008, § 54 Rz. 3).

<sup>4</sup> 8 Kasım 1934 tarihli, 1 Mart 1935 tarihinde yürürlüğe giren Bankalar ve Tasarruf Sandıkları Hakkında (Bankalar Kanunu, SR 952.0) Federal Kanun.

<sup>5</sup> Haas Christian, in: Watter Rolf (Hrsg.), Bankengesetz, Basler Kommentar, Basel/Genf/München 2005, Art. 25 Rz. 2.

<sup>6</sup> HÜPKES EVA, BankG-BSK (Fn. 5), Art. 29 Rz. 24 und Art. 30 Rz. 1.

<sup>7</sup> Krşl. için bkz.: <<http://www.finma.ch/d/aktuell/Seiten/mm-ubs-xborder-20090218.aspx>>.



## 2.2. İşletmelerin Tüzel Kişi Olarak Devralma Yoluyla ve Doğrudan Yeniden Yapılandırılması

Farklı aciz usullerinin fonksiyonlarını anlayabilmek için, devralma yoluyla ve doğrudan yeniden yapılandırma şeklinde ikiye ayrılan yeniden yapılandırmanın her iki temel şekli de özellikle önemlidir. Doğrudan yeniden yapılandırmada, bu makalede belirtildiği gibi, işletme bir tüzel kişi olarak kurulanır. Buna karşılık devralma suretiyle yeniden yapılandırmada ise, işletmenin tamamı veya sağlıklı kısmı, yeni kurulan kurtarma şirketi veya daha önceden var olan işletme tarafından devralınır.<sup>8</sup>

Devralma suretiyle yeniden yapılandırma için, hukukî alanda hem konkordato usulü hem de iflâs usulü uygundur. İsviçre'de, küçük ve orta ölçekli işletmeler, daha çok iflâs usulü yardımıyla yapılandırılmaktadır. Ekonomik sıkıntı içinde bulunan bir işletme, iflâsın açılmasından hemen önce bir kurtarma şirketi kurmaktadır. Bu şirket daha sonra, iflâsın açılmasından kısa süre önce veya sonra işletmenin sağlıklı kısmını devralmakta ve bunu devam ettirmektedir<sup>9</sup>. İşletme, bir

<sup>8</sup> Hunkeler Daniel, Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Diss. Freiburg 1996, Rz. 97 ff. insb. 103; Hurter Hans, Der Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung, Diss. Bern 1988, S. 11 und 36 ff.; Ludwig Peter, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich), Diss. Bern 1970, S. 8 ff.; Maier Isaak, Die Weiterführung des Unternehmens nach Konkursöffnung, in: BLSchK (Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs) 67 (2003) H. 1, S. 4; Maier Isaak, „Prepackaged Chapter 11 Plan“ - Chances and Limits of a Pre-negotiated Reorganization in the Existing and Future Swiss Insolvency Law, Peter Henry/Jeandin Nicolas /Kilborn Jason (Hrsg.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21<sup>st</sup> Century, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 412; Stöckli Kurt, Der Verkauf von Betriebsteilen während der Nachlassstundung, Anwaltsrevue 2 (2010), S. 68; Vollmar, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 298 Rz. 17; Wüthrich Karl, Sanierung über eine Auffanggesellschaft in der Schweiz, in: DACH, Europäische Anwaltsvereinigung (Hrsg.), Unternehmenssanierung, Köln/Zürich/Wien 1998, S. 29 ff., S. 30.

<sup>9</sup> Meier, BLSchK 67 (Fn. 8), S. 25 f.; Krşl. için ayrıca bkz. Meier ISAAK/Peyer Jürg/Rutschmann Felix, Auffanggesellschaft als Lösung, in: NZZ (Neue Zürcher Zeitung) vom 19. Oktober 2001, S. 15; Wüthrich (Fn. 8).

tüzel kişilik olarak, birbirine bağlı malvarlığı değerleri ile ve kurtarıcı şirketin aktifleriyle birlikte iflâs usulünde paraya çevrilir. Arka plandaki prosedür olarak konkordato usulüne de hizmet edebilir.

Yeniden yapılandırma planının gerçekleştirilmesinden sonra, tüzel kişinin varlığını sürdürmeye devam ettiği doğrudan yeniden yapılandırma bakımından, sadece konkordato usulü uygulanabilir (İİK m. 293 vd.). Yürürlükteki hukuk, bu görevi sadece sınırlı hallerde gerçekleştirilebilir.<sup>10</sup>

Zaten konkordato usulünün, bugünkü uygulamada “doğrudan” yeniden yapılandırma aracı olarak, bir işletmenin, konkordato mühleti içinde devam ettirilmesi ve daha sonra konkordato sözleşmesi ile (işletmenin finansal durumuna ilişkin tedbirlere bağlı olarak) yeniden yapılandırılması anlamında çok sınırlı hallerde hizmet ettiği belirtilmelidir.<sup>11</sup> Bu, iflâs eden işletmenin yumuşak şekilde paraya çevrilmesi anlamına gelmektedir. Yeniden yapılandırma, zaten -şayet varsa- önceden kurtarma şirketinin kurulması ile birlikte gerçekleşmiştir.<sup>12</sup>

İsviçre’de onaylanan konkordato sayısı genel olarak ve nispeten azdır (Aşağıdaki tabloyu inceleyiniz).<sup>13</sup> Gerçi konkordato sözleşmesi olarak onaylananlar, çoğunlukla konkordato mühletidir.

<sup>10</sup> GASSER Dominik, Nachlassverfahren, Insolvenzerklärung und Feststellung des neuen Vermögens nach rev. SchKG, ZBJV 1 (1996), S. 1-25, S. 2.

<sup>11</sup> Meier, BLSchK 67 (Fn. 8), S. 4.

<sup>12</sup> BGE 114 III 120 (120 f.); BGE 108 III 83 (87 f., E. 4a.); Amonn/Walther (Fn. 3), § 55 Rz. 22; Meier, BLSchK 67 (Fn. 8), S. 5.

<sup>13</sup> Federal İstatistik Dairesi tarafından, takip eden yıl içinde icra ve iflâs Bülteni’nde (BLSchK) veya <www.bfs.admin.ch> adresinde yayınlanır. (2004 yılından itibaren konkordato istatistikleri yayınlanmamıştır).

Tablo: Talep edilen konkordato sayısı

Yıl	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Konkordato	113	131	107	110	124	130	232

### 2.3. İsviçre Yeniden Yapılandırma Hukukunda Reform Hareketleri

İsviçre İİK'daki konkordato hukuku, 1927 yılında Türkiye tarafından az çok değiştirilerek iktibas edildikten sonra,<sup>14</sup> bugüne kadar iki büyük değişiklik geçirmiştir:

1949 yılındaki değişiklikle, daha önce uygulamada kabul edilmiş olan malvarlığının terki suretiyle konkordato sözleşmesi yasayla da düzenlenmiştir.<sup>15</sup> Bilindiği üzere, malvarlığının terki suretiyle konkordato, borçluya ve aynı zamanda alacaklıya kesin faydalar sunan paraya çevirme (tasfiye) usulünden farklı değildir. Alacaklıları ilgilendiren husus, paraya çevirmenin sonucunun iflâsta elde edilebilecek satış bedelinden daha fazla olmasıdır (İİK m. 306, f. 2, b. 1, krşl. için 8.). Buna karşılık, konkordato sözleşmesinin yapılması ile borçların tasfiye edilmesi ve iflâstan farklı olarak aciz belgesi düzenlenmesi, borçlu bakımından avantajdır.<sup>16</sup>

1997 yılında İİK'da yapılan kapsamlı değişiklikler de konkordato bakımından farklı önemli yenilikler getirdi.<sup>17</sup> Özellikle aşağıdaki değişiklikler, burada zikredilmeye değerdir:

<sup>14</sup> Kuru Baki, Das schweizerische Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz in der Türkei, in: ZSR (Zeitschrift für schweizerisches Recht) 83 (1964), S. 331; Yıldırım Kamil, Die Grundzüge des türkischen Zwangsvollstreckungsrechts - insbesondere das Einleitungsverfahren, in: Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik (Vol. 2) 2003, S. 2.

<sup>15</sup> İİK m. 316a-316t (Eski İİK); Krşl. BBl (Bundesblatt) 1948 I 1218, S. 1230.

<sup>16</sup> Amonn/Walther (Fn. 3), § 55 Rz. 3; Hunkeler, Nachlassverfahren (Fn. 8), Rz. 78; LUDWIG (Fn. 8), S. 122.

<sup>17</sup> Krşl. için bkz. BBl 1991 III 1.

ISAAC  
MEIER'İN  
TEBLİĞİ

- Verilebilecek en fazla konkordato mühleti, 4 aydan 24 aya çıkarıldı (İİK m. 295, f. 4);<sup>18</sup>
- Geçici konkordato mühleti yürürlüğe girdi (İİK m. 293, f. 3 ve 4);
- Borçlu, konkordato mahkemesinin onayını alarak, yapılandırma bakımından önemli bir tedbir olarak kabul edilen, taşınmazları ve diğer sabit varlıklarını mühlet içinde de temlik edebilmeye başladı (İİK m. 298, f. 2)
- Son olarak, alacaklıların muvafakatinin alınması kolaylaştırıldı. Böylece bundan böyle, talep edilen toplam alacağın en az  $\frac{3}{4}$  'üne sahip olan alacaklıların  $\frac{1}{4}$ 'ünün kabul etmesi halinde, konkordato sözleşmesi kabul edilmiş sayılmaktadır (seçimlik karar nisabı olarak adlandırılır, İİK m. 305, f. 1).

Türk Hukukundaki değişiklikler ayrıntılı olarak bilinmemektedir. Sadece 2003'de yapılan değişiklikle malvarlığının terki suretiyle konkordatonun da yürürlüğe girdiği bilinmektedir. Ayrıca Türkiye, iflâsın ertelenmesini de kısa süre önce İsviçre Borçlar Hukukundan iktibas etmiştir.

İsviçre konkordato hukukundaki üçüncü büyük değişiklik bugünlerde yaklaşmaktadır.<sup>19</sup> Bu sonucu özellikle Swissair'ın iflâsı doğurmuştur.<sup>20</sup> Swissair 2001 sonbaharında ödeme güç-

<sup>18</sup> Amtl.Bull.SR (Amtliches Bulletin Ständerat) 1994, S. 1094 f. und 1993, S. 656 (Geschäftsnummer: 91.034; Votum Salvioni Sergio).

<sup>19</sup> İsviçre yeniden yapılandırma hukukunda devam eden değişiklikler hakkında genel bilgi için bkz. <<http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/SchKG.html>>.

<sup>20</sup> İcra ve İflâs Kanunu'nun değiştirilmesiyle görevli uzmanlar grubunun konkordato usulüyle ilgili raporu: (SchKG): Yeniden yapılandırma usulü (Raporun 2. Bölümü), Bern Haziran 2008, S. 3, Rapor için bkz. <[http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung\\_und.Par.0003.File.tmp/ve-ber-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung_und.Par.0003.File.tmp/ve-ber-d.pdf)>; Rüetschi David, Zur Revision des Sanierungsrechts, Die Volkswirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD/ Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Hrsg.), Heft 5, 83. Jahrgang, Bern 2010, S. 4, einsehbar unter: <<http://www.dievolkswirtschaft.ch/editions/201005/Rueetschi.html>>.

lûğü nedeniyle işletmesini durdurmak zorunda kaldı.<sup>21</sup> Herkesin adlandırdığı şekli ile 2 Ekim 2001'deki "Swissair Grounding" (Swissair'in zonunlu inişi), İsviçre hava taşımacılığı ve ekonomi tarihi bakımından en kötü günlerden biriydi.<sup>22</sup> Gerçi Swissair işletmesi daha sonra kurtarılabilir ve devam ettirilebilir. Ancak, bu çok yüksek maliyetli vergilerle ve özel sektörün müdahalesiyle -toplamda 4.5 milyar İsviçre Frangı (CHF)- mümkün olabildi.

Swissair'in yeniden yapılandırılması, devralma suretiyle yeniden yapılandırmaydı.<sup>23</sup> Swissair (Holding) bir tüzel kişi olarak konkordato yoluyla paraya çevrildi. Swissair işletmesi, personel ve uçaklarıyla birlikte, o zamanlarda Swissair'in yavru ortaklığı olan bölgesel havayolu şirketi Crossair tarafından Mart 2003'de devralındı ve "İSVİÇRE" yeniden vaftiz edildi.<sup>24</sup> "Zorunlu inişten" sonra konkordato mühleti talep eden Swissair, 1.4 milyar İsviçre Frangı vergi geliri ile altı ay boyunca işletilmeye devam edildi!<sup>25</sup> Ayrıca kantonlar, bankalar ve diğer büyük işletmeler Crossair'e, daha doğrusu "SWISS'e", 3 milyar İsviçre Frangı daha yatırım yaptı.<sup>26</sup>

Tüm bu süreç, İsviçre konkordato hukukunun etkinliği hakkındaki şüphelerin artmasına neden oldu.<sup>27</sup> Amerika Birleşik Devletlerinde havayolları daima (United Airlines 2002'den; US Airways daha önce iki kez; Billiganbieter ATA) Chapter 11

<sup>21</sup> BBl 2003 5403, S. 5410.

<sup>22</sup> BBl 2003 5403, S. 5406; Willmann Brigitta/Haemmerli Thomas/Lüchinger René, Lüchinger René (Hrsg.), Swissair, Mythos & Grounding, Zürich 2006, S. 136 und 196 ff.

<sup>23</sup> Hunkeler Daniel, Versäumnis des Gesetzgebers als Mitursache für das Swissair-Debakel?, BISchK 66 (2002), S. 8.

<sup>24</sup> Güncel durum hakkında daha fazla bilgi için bkz. <<http://www.liquidator-swissair.ch>>.

<sup>25</sup> 27 Şubat 2002 tarihli ve „Von der Swissair zur Swiss“ başlıklı basın açıklaması için bkz. <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/archiv/01318/index.html?lang=de>>.

<sup>26</sup> 7 Kasım 2001 tarihli ve „Botschaft über Verpflichtungs- und Zahlungskredite verabschiedet“ başlıklı basın açıklaması için bkz. <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/archiv/00806/index.html?lang=de>>.

<sup>27</sup> Krşl. için bkz. BBl 2003 5403, S. 5475 ff.

çerçevesinde işletmelere zarar verilmeksizin başarılı bir şekilde yapılandırılmasına rağmen, İsviçre'de işletmenin devam ettirilmesi, zikredildiği üzere ancak ve sadece çok yüksek miktardaki vergi gelirleriyle ve yalnızca kurumların tamamen tahribi ile -başka bir deyişle "zümürüdü anka gibi küllerinden yeniden doğmasıyla" (Phönix aus der Asche)- mümkün görünmektedir.<sup>28</sup>

Farklı parlamenter inisiyatifler neticesinde (Lombardi, Brahm, Wicki, Gross),<sup>29</sup> İsviçre konkordato hukukunun gözden geçirilmesi talep edildikten sonra, Federal Adalet Bakanlığı 2003 yılında aldığı bir kararla, konkordato hukukunun yeniden yapılandırma usulü yolunda nasıl geliştirilebileceğinin araştırılması için bir uzmanlar grubu oluşturdu.<sup>30</sup>

Eylül 2008'de aciz hukukunun yenilenmesi için ilk kez yasa tasarısı hazırlandı.<sup>31</sup> Ocak 2009'da başlayan ön tasarı hazırlanması süreci (Vernehmlassungsverfahren), aynı yılın Mayıs ayında sona erdi.<sup>32</sup> 2010 sonbaharında Parlamento raporunun (Botschaft) hazırlanması öngörülmektedir.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> BBl 2003 5403, S. 5458.

<sup>29</sup> Münferit kararlar, ilkeler ve girişimler için bkz. Bericht der Experten- gruppe Nachlassverfahren, Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung: „Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig?“, April 2005, S. 1 (Bericht Phase 1), Bkz. <[http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung\\_und.Par.0001.File.tmp/ber-sanierungsrecht-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung_und.Par.0001.File.tmp/ber-sanierungsrecht-d.pdf)>.

<sup>30</sup> Uzmanlar grubu, Dr. Daniel Hunkeler, PD Dr. Franco Lorandi, Prof. Dr. Henry Peter, Prof. Dr. Daniel Staehelin, RA Karl Wüthrich, RAIN Monique Albrecht, Fürsprecher Dominik GASSER isimli üyelerden oluşmaktaydı. Bu makalenin yazarı da uzmanlar grubunun üyesiydi.

<sup>31</sup> Konkordato Uzmanlar Grubunun Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun değiştirilmesi için hazırladıkları ön tasarı (VE-SchKG), Haziran 2008, Bkz. <[http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung\\_und/ve-entw-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung_und/ve-entw-d.pdf)>.

<sup>32</sup> Bu konuda bkz. ön tasarı hazırlıklarının (Vernehmlassungsverfahren) sonucu hakkındaki raporda yer alan ön tasarı hakkındaki açıklamalar, Ağustos 2009 (Ergebnisbericht August 2009), Bkz.: <[http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung\\_und.Par.0017.File.tmp/ve-ber-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung_und.Par.0017.File.tmp/ve-ber-d.pdf)>.

<sup>33</sup> Rüetschi David, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Entwicklungen 2009, Bern 2010, S. 33. Der Bundesrat hat das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) mit der Ausarbeitung der Botschaft beauftragt (RÜETSCHI, Zur Revision des Sanierungsrechts [Fn. 20], S. 5).

Sonraki yasama süreci ciddi kesintilere uğramadan ilerleyebilirse, bu yeni düzenleme muhtemelen en erken yaklaşık 3 yıl içinde yürürlüğe girebilir.

Tasarı aşağıdaki hedefleri gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır

- Tüzel kişilik olarak bir işletmenin aciz hukuku çerçevesinde kurtarılması şansını artırmak;
- İşletmenin yeni bir tüzel kişi tarafından devralınmasını (devralma yoluyla yeniden yapılandırma olarak adlandırılır) kolaylaştırmak;
- Yeniden yapılandırma yolunda alacaklının haklarını güçlendirmek;
- Özellikle şirketler topluluğunda iptal talep etme hakkını güçlendirmek suretiyle, iflâs ve konkordato masasının mevcudunu çoğaltmak
- Çok önemli: BK m. 725a'ya göre, iflâsın ertelenmesi yolunu konkordato hukukuna entegre ederek, konkordato hukukunu yeknesaklaştırmak.<sup>34</sup>

Kanun koyucu, daha önce başarılı olan anonim şirketler hukuku değişikliklerinde, tam olarak bu tür kurallardan vazgeçmek istediğinden, aciz yolu talep etme yükümlülüğünün kuvvetlendirilmesi gibi hükümler sonuç olarak tasarıya alınmamıştır.<sup>35</sup>

## 2. Etkin Bir Yeniden Yapılandırma Usulü Bakımından İlkeler

Planlanan veya var olan yasal bir düzenlemenin nasıl değerlendirilmesi gerektiği, ancak etkin bir yeniden yapılandırma yolunu neyin temin edebileceği açıklığa kavuşturulduğu takdirde söylenebilir. Şüphesiz bu konuda farklı bakış açıları olabilir. Kişisel olarak aşağıdaki hususları önemli görmekteyim:

<sup>34</sup> Krşl. için bkz. Bericht Phase 1 (Fn.29), S. 5 ff.

<sup>35</sup> Bkz. BBl 2008 1589, S. 1690.

1. Aciz halindeki bir işletmeyi kurtarmaya elverişli zorunlu yeniden yapılandırma tedbirleri, doğal olarak ekonomik mülahazalardan hareketle belirlenir. Etkin bir yargısal yeniden yapılandırma usulü, tedbirlere mümkün olduğunca sınırlama olmadan hükmedilebilmesine olanak sağlayacak şekilde düzenlenmelidir. Örneğin, SABENA ve diğer açık veren hava yolu şirketlerinin ortaklıklarının sistematik bir şekilde çözülebilmesi imkânı var olsaydı, Swissair, hukukî bütünlüğünü koruyarak kurtarılabilirdi.<sup>36</sup>

2. Etkin bir yeniden yapılandırma usulü, hem devralma suretiyle hem de doğrudan yeniden yapılandırmaya imkân tanımaktadır. Özellikle büyük işletmelerin, ticari ve hukukî birlik olarak yapılandırılabilmesi ve devam ettirilebilmesi daha önemlidir. Swissair olayında, Swiss ile yeni bir işletmenin kurulmasının ne tür olağanüstü araçları gerekli kıldığı kesin olarak görülmüştür. Doğrudan yeniden yapılandırma bakımından, işletmenin özellikle yeniden yapılandırma rejimi altında da devam ettirilebilmesi gereklidir. Devralma suretiyle yeniden yapılandırma ise, özellikle aciz usulünün açılmasından kısa süre sonra, işletmenin tamamının veya sağlıklı kısmının satılabilmesini gerekli kılmaktadır.

3. Sonuç olarak, üçüncü kişiler aciz halindeki işletmeye yeniden yatırım yapmaya hazır olduğunda, bunun için hukuken olabildiğince çok teşvik bulunması önemlidir. Bu amaçla, üçüncü kişiye muhtemel bir iflâsta imtiyazlı bir durum sağlanması ve/veya yeni krediler için teminatlar gösterilebilmesi önemlidir.<sup>37</sup> Yeni bir yatırımcı, kural olarak işletmede kesin bir ortaklık bekleyecektir. Bu amaçla, hukuk da gerekli hukukî koşulları gerçekleştirmelidir.

<sup>36</sup> Sabena 2001'e kadar Belçika devlet havayolu şirketi idi. Swissair, 1995'de Sabena'ya % 49 oranında ortak oldu. (Kırs. için bkz. <[http://www.sabena.com/EN/Historique\\_FR.htm](http://www.sabena.com/EN/Historique_FR.htm)>).

<sup>37</sup> Konkordato sırasında yeni tahakkuk eden yükümlülükler masa borcuna dönüşeceğinden (İİK m. 310, f. 2), bu zaten yürürlükteki hukukta mevcut olan bir durumdur.



4. Sonuç olarak, alacaklının usulî hakları ve ortaklık hakları, yeniden yapılandırmaya engel olmaması için sınırlandırılmalıdır.

### 3. Genel Olarak Yürürlükteki İsviçre Aciz Hukuku ve Değişiklik Tasarısı

Somut sorunlara girmeden önce sizlere yürürlükteki İsviçre aciz hukuku hakkında, özellikle 1997 değişikliklerine dayanarak ve yeni değişiklik tasarısında gözükten yönüyle genel bilgi vermek istiyorum.

- Sorunsuz bir şekilde birbiriyle birleştirilecek iflâs ve konkordato usulleri arasındaki düalizmin, iflâsın ertelenmesinin kaldırılması (Krş. için bkz. 4. ve 5.);
- Konkordato mühletinin uzatılması yanında, geçici konkordato mühleti verilmesi suretiyle, konkordatoya başvuru imkânının önemli ölçüde kolaylaştırılması (Krş. için bkz. 6.);
- Konkordato mühleti (moratoryum, Krş. için bkz. 7.) sırasında, işletmelerin yeniden yapılandırılması ve devam ettirilmesine imkân tanınması;
- Konkordato anlaşmasının kabul edilmesinin kolaylaştırılması (Krş. için bkz. 8.);
- Sözleşmelere itiraz imkânı (Krş. için bkz. 9.);
- Alacaklı haklarının güçlendirilmesi (Krş. için bkz. 10.);
- Şirketler topluluğu aciz hukuku (Krş. için bkz. 11.);
- Katma değer vergisi imtiyazı tanınması (Krş. için bkz.12.).

#### 4. Borçlar Kanunundaki İflâsın Ertelenmesi Yolunun Kaldırılması ve Konkordato Usulüne Entegrasyonu

Devam eden değişikliklerde, bugün Alman Hukukunun öngördüğü gibi, tek bir aciz usulünün sürdürülmesinden vazgeçilmiştir.<sup>38</sup> Her şeye rağmen BK m. 725a'da düzenlenen iflâsın ertelenmesi kaldırılmalı ve konkordato usulüne entegre edilmelidir. Böylece İsviçre aciz usulü, İİK'da iflâs ve konkordato usulüne dönüşmektedir.

Türk Hukuku iflâsın ertelenmesi yolunu yürürlüğe soktuktan kısa süre sonra, İsviçre'nin bu usulü neden tekrar kaldırdığı, şüphesiz ilgi çekicidir. Makalenin yazarının, bizzat komisyonda iflâsın ertelenmesi yolunun kaldırılmasına karşı koymuş olmasına rağmen, bu soruya cevap vermesi kolay değildir.

İflâsın ertelenmesinin ne sıklıkla uygulandığı konusunda hiçbir araştırma bulunmamaktadır. İsviçre'nin Almanca konuşan kısımlarında, bir yıl içinde oldukça az sayıda iflâsın ertelenmesi kabul edilmektedir. İsviçre'nin Fransızca konuşan kantonlarında ise, iflâsın ertelenmesi daha çok gündeme geliyor olabilir. İflâsın ertelenmesinin kötüye kullanıldığı, kesin olarak söylenemez.

Kanımca iflâsın ertelenmesi, kavamsal bakımdan tamamen yeterli bir kurumdur. Ekonomik sıkıntı içinde bulunan işletmeler, yargısal konkordato sözleşmesini talep etmeyip, aksine daha ziyade mahkeme dışı bir çözüm için zaman kazanmak istediklerinde de alacaklılardan bir mola alabilirler. Yürürlükteki hukuka göre, iflâsın ertelenmesi, konkordato usulüne nazaran bir kayyım atanmasının zorunlu olmaması ve önemli ölçüde az masraf çıkarmasından dolayı daha avantajlıdır (BK m. 725a, f. 2). Ayrıca iflâsın ertelenmesinin ilân edilmesi zorunlu değildir (BK m. 725a, f. 3).<sup>39</sup> Uygulamada, fut-

<sup>38</sup> Häsemeyer Ludwig, Insolvenzrecht, 4. Auflage, Köln/München 2007, Rz. 1.01 (S. 6).

<sup>39</sup> Krşl. Bauer Thomas, Unternehmenskrise: Konkursaufschub Oder Nachlassstundung?, Iwir 3 (2000), S. 89 Ff.; Bürgi Urs, Konkursaufschub Oder Nachlassstundung?, Recht & Steuern, 6/2009, S. 34 f.; GIROUD ROGER,

bol kulüplerinde olduğu gibi iflâs bir seçenek değilse ve konkordato usulü olarak yapılandırılabilir başka bir geçici bir hukukî kurum yoksa, iflâsın ertelenmesi devreye sokulmaktadır. İlkesel olarak iflâsın ertelenmesinde, sıkı koşullara bağlı konkordato mühletinden daha esnek bir kurumun söz konusu olduğu söylenebilir.<sup>40</sup>

Uzmanlar grubunun çoğunluğu, iflâsın ertelenmesinin farklı bir enstrüman olarak düşünülmemesi gerektiği kanısındaydı. Komisyon (az sayıdaki) avantajın da konkordato usulüne bağlanabileceği kabul etmekteydi.<sup>41</sup> Tasarı bu amaçla özellikle iki kural öngörmektedir:

- İflâsın ertelenmesi, zikredildiği üzere, borçların ertelenmesi yoluyla alacaklılar bakımından mahkeme dışı yeniden yapılandırma için bir imkân sunmaktadır. Bu başarılı olduğu takdirde, usul kendi amacını gerçekleştirmekte ve bununla doğal sonucuna ulaşmaktadır. Bu bağlamda komisyon, takip eden ifadeyle bir hüküm kabul edilmesini önermektedir: *"Mühlet sona ermeden önce yeniden yapılandırma başarılı olursa, konkordato mahkemesi, konkordato mühletini re'sen kaldırır."* (İİK Ön Tasarısı m.296a, f. 1, c. 1) Buna göre, konkordato usulü, mahkeme dışı çözüm halinde alacaklının korunabilmesi için, konkordato sözleşmesi talep edilmeden de yalnızca bu nedenle başlatılabilir.
- Ayrıca mahkeme, istisnai olarak geçici mühlet için bir konkordato komiseri atanmasından vazgeçebilir (İİK Ön Tasarısı m. 293b). Bir işletme sadece mahkeme dışı bir çözüm istediğinde, muhtemelen bir konkordato komiseri gerekli değildir. Daha önce zikredildiği

Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Zürich 1086, S. 127 und Fn. 148a; zu den Vor- und Nachteilen einer Publikation vgl. Dubach Alexander, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, SJZ (Schweizerische Juristen-Zeitung) 1998, S. 149 ff. S. 159.

<sup>40</sup> Dubach (Fn. 39), S. 150; Meier, BfSchK 67 (Fn. 8), S. 5.

<sup>41</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 4.

üzere, iflâsın ertelenmesinde de bir kayyım atanması zorunlu değildir.

Bu düzenlemelerin, iflâsın ertelenmesi yolunun fonksiyonlarını kapsamak konusunda yeterli olup olmadığı zaman içinde ortaya çıkacaktır. Ben -belirttiğim gibi- iflâsın ertelenmesi yolunun muhafaza edilmesinden yanayım.

### 5. İflâs Usulünden Konkordato Usulüne ve Konkordato Usulünden İflas Usulüne Sorunsuz Geçiş İmkânı

Aciz usulüne başvuru inisiyatifini daha çok elinde bulundurması gereken borçluya, değişiklik tasarısından sonra iki imkân tanınmaktadır: İflâs ve konkordato usulleri. Ancak seçim kesin değildir. 1997 değişikliğiyle ve özellikle tasarıdan sonra her iki usul, ihtiyaca göre bir usulden diğerine geçilmesi mümkün olacak şekilde birbirine bağlanmıştır.<sup>42</sup>

İflâsın açılmasından önce, yeniden yapılandırma için dayanak noktaları ve konkordato mahkemesine sunulan belgeler bulunmaktaysa, iflâs mahkemesi (u.a.) tasfiyeden re'sen vazgeçebilir (İİK m.173a, f. 2).<sup>43</sup> Ayrıca borçlu, iflâs sırasında konkordato sözleşmesi teklif etme imkânına sahiptir (İİK m. 173a, f. 1 ve 2). İflâs idaresi daha sonra görevini konkordato komiseri olarak sürdürür.

Ancak konkordato usulü, kendiliğinden de bir iflâs usulüne dönüşebilir. Tasarıya göre, konkordato mahkemesi, konkordato mühleti talebi kabul edilemeyecekse, derhal iflâsı açmak zorundadır (İİK Ön Tasarısı m. 294, f. 3). Bu hüküm, alacakhya iflâsın açılmamasını bizzat talep etmeme ve buna paralel olarak masraf avanslarını taşımak zorunda olmaması avantajını sunduğu halde, hakkında farklı görüşler olabilecek bir

<sup>42</sup> Krşl. İİK Ön Tasarısı m. 296b, m. 298, f. 3, m. 309 ile İİK m. 173a, f. 2 ve m. 195, f. 1, b. 3.

<sup>43</sup> Bu Durum Uygulamada Hiçbir Zaman Söz Konusu Olmaz (Diggelmann Peter/Heinrich Andreas Müller, In: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG, Basel 2009, Art. 173A Rz. 3).

düzenlemedir.<sup>44</sup> Bu sert düzenleme, muhtemelen konkordato mühletinin gerçekten son dakikada, keza işletmenin iflâs etmesi için gerekli koşullar oluştuğunda, talep edilmesine neden olacaktır. Bu aşamada, hâlihazırda işletmenin borcu çoktur ve bir konkordato sözleşmesinin onaylanması şansı azdır. Ayrıca, ön tasarı raporunda iflâsın otomatik olarak açılması durumunda, borçluya hukukî dinlenilme hakkı tanınmadığına işaret edilmiştir.<sup>45</sup>

## 6. Konkordato Başvurusunun ve Konkordato Mühletinin Uzatılmasının Önemli Ölçüde Kolaylaştırılması

1997 değişikliğinin ve özellikle devam eden değişikliğin önemli bir amacı, konkordato mühleti alınmasının kolaylaştırılmasıdır.<sup>46</sup>

Tasarıya göre, konkordato mühleti talebinin daha detaylı gerekçelendirilmesine ihtiyaç duyulmamakta, sadece zorunlu ticari belgelerin (örneğin, bilânço, gelir tablosu ve likidite planı (Erfolgsrechnung und Liquiditätsplanung) gibi) konkordato mühleti talebine eklenmesi yeterlidir (İİK Ön Tasarısı m. 293). Ayrıca borçlu tarafından, artık konkordato sözleşmesi tasarısı sunulması da gerekli değildir. Böylece konkordato mühleti için dilekçe verilmesi büyük ölçüde kolaylaştırılmıştır. Zira borçlu önceden yeniden yapılandırmanın durumunu kendisi incelemek zorunda kalmadan, bunu geçici konkordato komiserine devredebilmektedir.

Borçlunun konkordato sözleşmesi tasarısı hazırlama yükümlülüğü kaldırıldığından, 1997 değişikliğinden beri var olan geçici konkordato mühleti imkânı 2 aydan 4 aya çıkarılmıştır (İİK Ön Tasarısı m. 293a, f.1). Bu zaman dilimi içinde koşullar makûl bir şekilde kontrol edilebilir.<sup>47</sup> Geçici konkordato müh-

<sup>44</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 15.

<sup>45</sup> Sonuç Raporu Ağustos 2009 (Fn. 32), S. 10 (Nr. 438).

<sup>46</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 6 und 18.

<sup>47</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 18.

letin onaylanması ile, özellikle borçlunun mali durumunu ve yeniden yapılandırmanın nasıl gittiğini denetlemekle görevli geçici bir konkordato komiseri atanır (İİK m. 293, f. 3). Tasarıya göre, konkordato komiserinin atanması yeni bir tamamlayıcı hüküm olarak düzenlenmiştir (Krş. İİK Ön Tasarısı m. 293b).<sup>48</sup> Konkordato komiseri atanmayan durumlarda, konkordato mühleti, konkordato sözleşmesinin hazırlanması için kesinlikle uygun olmayan, sadece bir moratoryum işlevi görmektedir.<sup>49</sup>

Diğer önemli bir yenilik, bundan böyle konkordato mühletinin kural olarak ilân edilmemesidir (İİK Ön Tasarısı m. 293c, f. 2). Sessiz (ilân edilmeyen) mühlet olarak da adlandırılan bu mühlet, değer ve imaj kaybı yaşamadan, borçlunun işletmesini devam ettirmesini ve devretmesini mümkün kılmalıdır.<sup>50</sup> İlân yalnızca, borçlu ile sözleşme yapan üçüncü kişilerin, özellikle işçilerin ve tarafsız üçüncü kişilerin (unbeteiligt dritter) korunması için gerekli ise zorunludur. Üçüncü kişiler, talepleri masa borcu sayıldığından ve işçiler ayrıca imtiyazlı alacaklı olduklarından zaten korunmaktadırlar (İİK m. 219, f. 4, b.a, Birinci Sınıf). Konkordato sözleşmesi bütünüyle onaylanamayacaksa, bu alacaklılar tamamen tatmin edilmelidir (İİK

<sup>48</sup> Bu tamamlayıcı hüküm, sonuç olarak malvarlığı değerlerinin muhafazasının makul bir şekilde kontrol edilmesini artık sağlamadığından, ön tasarı hazırlık sürecinde kısmen eleştirilmiştir. Esasen ihtiyari bir atama, masraflardan tasarruf edilebilmesi bakımından destek de bulmaktadır. (Krşl. Ergebnisbericht August 2009 (Fn. 32), S. 7 [Anm. 433]).

<sup>49</sup> Yeniden yapılandırma, süre sona ermeden önce gerçekleşmek zorunda olduğu takdirde, konkordato mühleti ayrıca iptal edilebilir. (İİK Ön Tasarısı m. 296a, f. 1; Bericht Phase 2 [Fn. 20], S. 6); Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 10; Bericht Phase 1 (Fn.29), S. 6.

<sup>50</sup> İlânın olumsuz etkileri için krşl. Hardmeier Hans Ulrich, in: Forstmoser Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b: Der Verwaltungsrat, Art. 707-726, 2. Auflage, Zürich 1997, Art. 725a OR Rz. 1341; Meier Isaak, Confidentiality and publicity in insolvency law - is a secret court-based rescue procedure desirable?, Peter Henry/Jeandin Nicolas /Kilborn Jason (Hrsg.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21<sup>st</sup> Century, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 315 ff., S. 320; SCHMID Markus L., Überschuldung und Sanierung, Diss. Freiburg 1984, S. 66 f.; siehe auch BGE 101 III 99 (107, E. 4).

m. 306, f. 2, b. 3). Kanımca, geçici konkordato mühleti sırasında kendisini savunamayarak finansal zararları artan üçüncü sıradaki alacaklılar (İİK m. 219, f. 4), özel olarak korunmaya değer olmalıydı. Bununla birlikte tedbirler ümit verici ise, ilân yapılmamasına izin verilir. Buna göre, borsaya kayıtlı şirketlerde, aleniyet yükümlülüğünden (ad-hoc publizitaet) dolayı ilânın zorunlu olduğu kabul edilmelidir<sup>51</sup>. Bu düzenlemeden özellikle, ilân yapılmaması nedeniyle, konkordato sayesinde itibar kaybindan kurtulan küçük ve orta ölçekli işletmeler (KMU) yararlanacaktır.<sup>52</sup> Bu “sessiz” konkordato mühleti, esasında bilgilendirilmeyen alacaklılara ve müşterilere nazaran, “içerden bilgi sahibi olanlara” (insidern) avantaj sağladığından sorunsuzdur.<sup>53</sup> Ayrıca ilân, iş ortağı bu işletmenin önceden aciz usulü içinde bulunduğunu hesaba katmak zorunda olacağından, finansal problemler yaşayan işletmelere karşı genel bir belirsizlik yaratmaktadır. Diğer yandan bu belirsizlik, işletmenin kredibilitesini düşürmektedir.<sup>54</sup> Gerçi Komisyonun çoğunluğu, konkordato mühletinin, küçük ve orta ölçekli işletmelerin yeniden yapılandırılabilmesi şansını önemli ölçüde iyileştirebileceği kanısındaydı. Konkordato mühletinin ilan edilmemesi, daha sonra kesin konkordato mühletinin duyurulmasıyla borçlunun konkordato komiseri ile birlikte sunabileceği tam bir “yeniden yapılandırma paketini” hazırlayabilmesini mümkün kılmaktadır. (Amerikan Hukukunda uygulanan “prepacked bunkruptcy” ile benzerdir).<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Kotasyon Yönetmeliği M. 53'E Göre (Kr); Krşl. İçin Ayrıca Bkz. Meier, Confidentiality And Publicity In Insolvency Law (Fn.50), S. 321 F.; Hsu Peter Ch., Ad-Hoc-Publizität, Diss. Zürich 2000; Richtlinie Betr. Ad-Hoc Publizität (Rlahp, Siehe <Http://Www.Six-Exchange-Regulation.Com/Admission\_manual/06\_15-Dah\_de.Pdf>).

<sup>52</sup> GASSER (Fn. 10), S. 11.

<sup>53</sup> Meier, Confidentiality and publicity in insolvency law (Fn. 50), S. 324.

<sup>54</sup> Meier, Confidentiality and publicity in insolvency law (Fn. 50), S. 321.

<sup>55</sup> § 1129 (B) U.S. Bc (U.S. Bankruptcy Code). „Pre-Packaged Plan“ Olarak Adlandırılan Usul Hakkında Bkz. Ferriell Jeffrey T./Janger Edward J., Understanding Bankruptcy, 2. Auflage, Newark/San Francisco/Charlottesville 2009, S 761 F.; Meier Isaak, «Prepackaged Chapter 11» – Eine Nachahmenswerte Form Der Sanierung Von Unternehmungen?, Zzz 4 (2004), S. 499 Ff.; Meier, „Prepackaged Chapter 11 Plan“ (Fn. 8), S. 407 Ff.

ISAAC  
MEIER'İN  
TEBLİĞİ

Daha önce zikredildiği üzere, geçici konkordato mühleti en fazla 4 ay için verilebilir. İİK Ön Tasarısı m. 293a, f. 1 hükmüne göre, "Konkordato mahkemesi, derhal en çok beş aylık bir geçici mühlet verir ve re'sen borçlunun mallarının muhafazası için gerekli olan diğer tedbirleri alır." Bu süre içinde yeniden yapılandırmanın başarılı olacağı somut bir şekilde ortaya çıkarsa, mahkeme kalan 4-6 aylık kesin mühleti onaylar (İİK Ön Tasarısı, m. 294, f.1). Daha sonra konkordato komiserinin talebi üzerine süre, önceden olduğu gibi, 12 aydan 24 aya kadar uzatılabilir (İİK Ön Tasarısı, m. 294a, f. 1).

## 7. Konkordato Mühleti (Moratoryum) Esnasında Faaliyetin Sürdürülmesi, Yeniden Yapılandırma ve Refinansman

### 7.1. Konkordato Mühleti Rejimi Altında Faaliyetin Sürdürülmesi

Bir işletmenin konkordato yoluyla yeniden yapılandırılması, çoğu zaman ancak işletmenin konkordato mühleti içinde devam edebilmesi ile mümkündür.<sup>56</sup> Bir işletmenin doğrudan yeniden yapılandırılması talep edilirse, işletmenin sürdürülmesi mecburidir. İşletme daha sonra bütünüyle bir kurtarma şirketine veya üçüncü bir firmaya devredildiği zaman da, konkordato mühleti rejimi altında işletmenin devamı ihtiyacı ortaya çıkabilir.

İsviçre Hukuku, genel olarak işletmenin devamı için iyi bir hukukî ortam sunmaktadır. Borçlu kural olarak, -Amerikan Hukukunda olduğu gibi- tasarruf yetkisine sahip olarak kalır.<sup>57</sup> Bu nedenle işlemleri kendisi yürütür. İİK m. 298'e göre, somut olayda konkordato komiserine uygun olan her türlü yetki verilebilir. (Denetim işlevinin sınırlandırılması, bireysel işlemler için komiserin katılımı veya işlemlerin tamamen komi-

<sup>56</sup> Hunkeler Daniel, Nachlassverfahren (Fn. 8), Rz. 97.

<sup>57</sup> Amerikan Hukukunda „debtor in possession“ olarak adlandırılır (Kırs. için Ferriell/Janger [Fn.55], S. 146 f. und 704 f.; Bunun yanında ayrıca 9.2).



ser tarafından yürütülmesi).<sup>58</sup> Komiser hukukî işlemleri onayladığında (İİK m.310, f. 2), borçlunun yükümlülükleri muhtemel bir iflâsta masa borcu sayılacağından, böylece sözleşmelerin kurulması önemli ölçüde teşvik edilmektedir.

Buna rağmen uygulamada, konkordato mühleti içinde bir işletmenin başarılı bir şekilde devam ettirilmesi, yine de çok zor gözükmektedir. Bir işletme konkordato mühleti içinde genel olarak -somut olayda haklı olsun ya da olmasın- hiç krediye değer görülmemekte veya çok az krediye değer görülmektedir.<sup>59</sup> Bu nedenle sağlayıcılar (lieferanten) peyderpey ödemede ısrar etmekte ve bankalar mutlak önceliğe rağmen nadiren kredi vermektedirler.<sup>60</sup> Bunun temel nedeni, muhtemelen, İsviçre konkordato usulünün -Amerikan Hukukundaki Chapter 11'den farklı olarak- öngörülebilirliğinin daha az olmasıdır.<sup>61</sup> Örneğin, Swissair olayında, konkordato sözleşmesinin alacaklılar tarafından kabul edilip edilmeyeceği son ana kadar belirsizdi<sup>62</sup>. Güvensizlik nedeniyle, işletmenin en iyi çalışanlarının genellikle bu safhada baştan gemiyi terk etme tehlikesi vardır.

## 2.2. Konkordato Mühleti İçinde Yeniden Yapılandırma

İşletmenin yeniden yapılandırılması gerektiğinde, bir yandan konkordato sürecinde paraya çevirme işleminin güvenceye alınması, diğer yandan da bir değer kaybının yaşanmaması için, konkordato mühleti içinde taşınmazların, yavru ortaklıkların veya bazı işletme bölümlerinin satılması gibi yeniden ya-

<sup>58</sup> Amonn/Walther, § 54 Rz. 37 ff.

<sup>59</sup> Meier, „Prepackaged Chapter 11 Plan“ (Fn. 8), S. 411; in diesem Sinne auch Roth Jürg, Die vorrangige Behandlung von Darlehen in der Insolvenz, SJZ 105 (2009), S. 457 und Fn. 1.

<sup>60</sup> Meier, „Prepackaged Chapter 11 Plan“ (Fn. 8), S. 411.

<sup>61</sup> Amerikan Hukukunda, bir alacaklı grubu kabul ettiği takdirde, yeniden yapılandırma planı daha sonra da kabul edilebilmesine rağmen, İsviçre Hukukunda alacaklıların muvafakati gereklidir. („cram-down“ olarak adlandırılan usul için bkz. 8.2.).

<sup>62</sup> Krampf Michael, Swissair: Nachlassrichter überfordert, plädoyer 2003, S. 20.

pılandırma tedbirlerinin alınması genellikle zorunludur.<sup>63</sup> Devir suretiyle yeniden yapılandırma durumunda, kural olarak tüm işletme, konkordato mühletinin onaylanmasından kısa süre sonra satılmak zorundadır.

Zaten 1997 değişikliği, önceden var olan taşınmazların ve kurulan rehinlerin konkordato mühleti içinde paraya çevrilmesi yasağını kaldırmıştır.<sup>64</sup> İİK m. 298, f. 2'ye göre, bugün konkordato mahkemesinin onayı ile tüm sabit varlıklar satılabilir ve rehin hakları kurulabilir. Uygulamada bu düzenleme ispatlanmıştır. Tecrübelere göre, bu tür izinler kısa süre içinde temin edilebilmektedir.

Tasarıda, İİK m. 298, f. 2'ye göre yapılan hukukî işlemler, atandığı takdirde iflâs bürosu (yeni yürürlüğe girmiştir) tarafından onaylanabilmesi suretiyle kolaylaştırılmıştır (İİK Ön Tasarısı m. 295a, f. 3). Ancak bu yenilikler beraberinde yeniden farklı problemler getirmektedir (Krş. 10.2).

### 2.3. Yeni Bir Yatırımcının Bulunması

Bir işletmenin yeniden yapılandırılması, genellikle ancak finansal açıdan güçlü yeni bir yatırımcı bulunabildiğinde başarılı olur.<sup>65</sup>

Kanımcı İsviçre hukuku, bir yeniden yapılandırma hukukundan beklenebilecek katkıyı kural olarak burada da sunmaktadır. Eğer iflâs meydana gelirse, zikredildiği üzere, yeni alınan kredi (borç) için mutlak bir sıra önceliği mevcuttur (İİK

<sup>63</sup> Örneğin, (zikredildiği üzere önemli çalışanların ve müşterilerin farklı şekillerde yönlendirilmesiyle) know-how'un kaybedilmesi, işletmenin aciz halinin duyurulması suretiyle itibar kaybı yaşanması (Hardmeier Hans Ulrich, Das aktienrechtliche Moratorium und der gerichtliche Nachlassvertrag als Sanierungsinstrumente - Unter Berücksichtigung der Vorlage der eidgenössischen Räte zur Revision des SchKG, in: Meier Isaak/Riemer Hans Michael/Weimar Peter [Hrsg.], Recht und Rechtsdurchsetzung: FS für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 503 ff., S. 505; Krampf [Fn. 62], S. 20; Stöckli [Fn. 8], S. 67).

<sup>64</sup> BBI 1991 III 1, S. 184.

<sup>65</sup> Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 13 Rz. 759 und 764.

m. 310, f. 2).<sup>66</sup> İsviçre ortaklıklar hukuku, özellikle anonim ortaklıklar hukuku da, yeni bir yatırımcının işletmeye katılması için yeterli imkânlar sunmaktadır.<sup>67</sup>

Bununla beraber, konkordato mühleti içinde bulunan bir işletmeye yatırım yapmaya hazır bir yatırımcı bulunmasının esasen çok zor olduğunu, uygulama da göstermektedir. Bunun temel nedeni, muhtemelen yine -zikredildiği üzere- konkordato usulünün ve sonuçlarının pek çok belirsizlik içermesidir (Krş. 7.1.).

### 3. Konkordato Sözleşmesinin Onaylanmasının Kolaylaştırılması / Konkordato Sözleşmesi Düzenlenebilmesi için İmkânların Artırılması

#### 1.1. Genel Olarak

Adi konkordato sözleşmesinin onaylanması için gerekli koşullar da 2008 değişiklik Ön Tasarısından sonra önemli değişiklikler geçirmelidir.

#### 2.2. Alacaklıların Rızası İçin Aranılan Yeter Sayının Azaltılması

Konkordato sözleşmesinin onaylanabilmesini sağlayan alacaklıların rızası için gerekli olan yeter sayı, daha önce 1997 değişikliğiyle indirilmiştir. Alacaklı çoğunlu için, toplam alacağın en az 2/3'üne sahip alacaklıların bulunması gereklidir veya alacaklı sayısının 1/4'nün toplam alacağın 3/4'üne sahip olması yeterlidir (İİK m. 305, f. 1 ve İİK Ön Tasarısı m. 305, f. 1, b. b). Böylece, az sayıdaki büyük alacaklılar konkordato sözleşmesinin meydana gelmesini güvence altına alabilmekte ve

<sup>66</sup> Krşl. BGE 126 III 294 (295, E. 1b); Amonn/Walther (Fn. 3), § 54 Rz. 45; Roth Jürg, (Fn. 59), S. 463 ff.; Roth Jürg, Sanierungsdarlehen, Nachrang - Gleichrang - Vorrang, Diss. Basel 2009, S. 465.

<sup>67</sup> Örneğin, imtiyazlı hisse senetlerinin (BK m. 654 ve 656), intifa belgelerinin (BK m. 657) veya farklı şekildeki istikrazların (örneğin tahvillerin, hisse senetlerine dönüştürülebilir tahvillerin ve yeni pay alma hakkı tanıyan dönüştürülebilir tahvillerin) geri verilmesi.

küçük alacaklıların muvafakatlerinin bulunmaması nedeniyle sözleşmenin oluşmaması tehlikesi bertaraf edilmektedir.<sup>68</sup>

Ancak tasarı, (üçüncü sınıf) alacaklıların bir bütün sayılmasını kabul etmektedir. Amerikan hukukundaki, ayrı ayrı oylama yapmaları zorunlu olan farklı alacaklı gruplarının oluşturulması imkânı, bu düzenlemenin uygulanması pratik zorluklar içerdiğinden bilinçli olarak iktibas edilmemiştir.<sup>69</sup> Ayrıca, Amerikan hukukunda, sadece bir alacaklı grubu kabul ettiğinde ve alacaklılar için sonuçta iflâsa nazaran daha iyi bir sonuç beklenmekteyse, konkordato mahkemesi sonuç olarak konkordato sözleşmesini "cram down" olarak adlandırılan usulle de onaylayabilir.<sup>70</sup> Uzmanlar grubu, İsviçre İİK'da kabul edilen ilkeye göre, alacaklıların çoğunluğunun konkordato sözleşmesini kabul etmesi zorunlu olduğundan ve buna uygun olarak bir "yargısal kararın/emrin (richterliches Diktat)" konkordato sözleşmesi kurumuna aykırı olacağı gerekçesiyle bu usulü kabul etmemiştir<sup>71</sup>.

### 2.3. Tasfiye Payının Güvence Altına Alınmasından Vazgeçilmesi

Adî konkordato sözleşmesi, alacaklıların taleplerinin bir kısmından vazgeçmesi veya ifâsının ertelenmesi suretiyle, işletmenin tüzel kişilik olarak devam etmesini sağlamalıdır (İİK m. 314, f. 1). İlkinde yüzde veya tenzilat konkordato-

<sup>68</sup> Gasser (Fn. 10), S. 11; Hardmeier, FS für Hans Ulrich Walder (Fn. 63), S. 503 ff., S. 510 f.; Hunkeler Daniel, in: KUKO-Hunkeler (Fn. 43), Art. 305 Rz. 7.

<sup>69</sup> Uzmanlar grubuna göre temel sorun, alacaklıların "önemli ölçüde eşit haklarının" sınırlandırılmasındadır. (Krşl. Bericht Phase 1 [Fn. 29], S. 31).

<sup>70</sup> § 1129 (b) U.S. BC; Ferriell/Janger (Fn. 55), S. 771 f.; Meier ISAAK, İsviçre konkordato usulünün Chapter 11 ile karşılaştırması için bkz. Basedow/Meier/Schnyder/Einhorn/ Girsberger (Hrsg.), Private Law in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague 2000, S. 445 ff., S. 458 f.

<sup>71</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 31.

su, buna karşılık ifânın ertelenmesinde ise vade konkordatosu söz konusudur.<sup>72</sup>

Öğretideki ve uygulamadaki genel görüşe göre, İİK m. 306, f. 2, b. 2' de talep edilen "Konkordato sözleşmesinin icrasının teminat altına alınması" (üçüncü sınıf taleplerin güvence altına alınması anlamına gelir), konkordato sözleşmesinin, konkordato mahkemesi tarafından tasdikindeki tasfiye payının, çok veya az "nakit" ödenmeye mecbur olduğu anlamına gelir. Bu nedenle, borçlunun tasfiye payını yeniden yapılandırılan işletmeden finanse edebileceği hiçbir konkordato sözleşmesi tasdik edilemez.<sup>73</sup> Bununla doğal olarak konkordato sözleşmesine katı sınırlamalar getirilmektedir. Muhtemelen bu, konkordato sözleşmelerinin uygulamada neden çok nadir ortaya çıktığının önemli nedenlerinden biridir.<sup>74</sup>

Değişiklik tasarısına göre gelecekte, borçlunun yeniden yapılandırılan işletmenin tasfiye paylarını, konkordato sözleşmesinin onaylanmasından belirli bir süre sonra (şartlar oluştuğunda birden fazla yıla yayarak) ödeyebileceği konusunda (Amerikan hukuku için de tipik bir durum [karşılaştırınız İİK m. 306]), ikna edici plan sunulması yeterli sayılmalıdır.<sup>75</sup> Bu nedenle, masa alacaklıları gibi imtiyazlı alacaklıların taleplerinin güvence altına alınması zorunluluğu devam etmekle birlikte, konkordato sözleşmesinin ifâsının güvence altına alınmasından feragat edilmiştir (İİK Ön Tasarısı m. 306, f. 1, b. 2).

<sup>72</sup> Amonn/Walther (Fn. 3), § 53 Rz. 14 ff.; Fritzsche Hans/Walder-Bohner Hans Ulrich, Schuldbetreibungs- und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 71 Rz. 6 f.; Hunkeler, in: KUKO-Hunkeler (Fn. 43), Art. 314 Rz. 3 ff.

<sup>73</sup> Bu bağlamda, Fritzsche/Walder (Fn. 72), A.M. Hunkeler, in: KUKO-Hunkeler (Fn. 43), Art. 306 Rz. 14.

<sup>74</sup> Bu daha ziyade ancak bazı büyük alacaklılar, taleplerinin güvence altına alınmasından tamamen feragat ettikleri takdirde mümkündür. (Hardmeier, in: BSK-SchKG [Fn. 8], Art. 306 Rz. 24).

<sup>75</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 29 und Fn. 62.

## 2.4. İİK m. 306, f. 2, b. 1'in Kaldırılması

Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, paraya çevirme sonunda elde edilen gelirin, iflâsta ulaşılabilecek tahmini satış bedelinden daha fazla olması şartı (İİK m. 306, f. 2, b. 1), İİK Ön Tasarısı m. 306, f. 1, b. 1 ile ilişkili İİK m. 306, f. 2, b. 1'in uygulanması durumunu ifade ettiğinden, değişiklik tasarısından tamamen çıkarılmıştır<sup>76</sup>. Bu düzenlemeye göre, teklif olunan meblağ borçlunun imkanlarıyla doğru orantılı olmalıdır.

## 2.5. Ortakların Yeniden Yapılandırmaya Katılımı

Amerikan iflâs hukukunun önemli bir özelliği, yeniden yapılandırılması gereken işletmenin ortaklarının ve maliklerinin işlemleridir (*equity holder*). İlkesel olarak bu kişiler, ilk kez, tüm teminatl ve teminatsız alacaklılar tamamen tatmin edildiğinde bir şeyler elde edebilirler.<sup>77</sup>

"*Absolute priority rule*" olarak adlandırılan mutlak öncelik kuralının sonucu olarak, malik kural olarak pozisyonunu kaybetmektedir!<sup>78</sup> İşletmenin malvarlığı, daha doğrusu aktifleri, alacaklıların üstüne geçmekte veya üçüncü kişiler tarafından iktisap edilmektedir. Bununla birlikte, alacaklıların çoğunluğu kabul ettiğinde veya işletmeye yeni araçlar eklenmesi ve bununla alacaklı çoğunluğunun iradesinin aksine mahkemece yeniden yapılandırma planı onaylandığı takdirde, işletmenin maliki işletmede kalma imkânına sahip olmalıdır<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 15.

<sup>77</sup> Ferriell/Janger (Fn. 55), S. 772 ff.; Tabb Charles J/Brubaker Ralph, Bankruptcy Law Principles, Policies and Practice, 2. Auflage, Newark/San Francisco/Charlottesville 2006, S. 787; Meier, Chapter 11 im Vergleich (Fn. 70), S. 457.

<sup>78</sup> Ferriell/Janger (Fn. 55), S. 773.

<sup>79</sup> Die Sog. „*New Value Exception To Absolute Priority Rule*“. Ferriell/Janger (Fn. 55), S. 782 Ff.; Friedberg Julie L., Wanted Dead Or Alive: The New Value Exception To The Absolute Priority Rule, 66 Temp. L. Rev. (Temple Law Review) 893 (1993); Miller Walter W., Bankruptcy's New Value Exception: No Longer A Necessity, 77 B.U.L.Rev. (Boston University Law Review) 975 (1997); Vgl. Hierzu Auch Lynn M. Lopucki/William C. Whiteford, „Bargaining Over Equity's Share In The Bankruptcy Re-

Daha önce bu düşünceler İsviçre hukukuna tamamen yabancıydı. Yürürlükteki hukuka göre, alacaklılar adî konkordato sözleşmesindeki koşullar altında, alacak taleplerinin büyük ölçüde indirilmesini kabul etmek zorundadırlar. Buna karşılık, ortakların hakları sadece tamamen dokunulmamış kalmamakta, ayrıca ortaklar -alacaklılar tarafından "*finanse edilen*"- yeniden yapılandırma ile değer kazanan hisselerden kar elde etmektedirler.<sup>80</sup>

Hukukun ekonomik analizi bakımından, bu çözüm sonuç olarak isabetli değildir. Hisse senetleri, bir işletmenin değerini ve işletme üzerindeki hâkimiyeti temsil etmektedir. Bir aciz usulünde, alacaklıların haklarının sınırlandırılması, kural olarak alacaklılar sadece karşılığında işletmeyi, daha doğrusu işletmenin değerini elde ettikleri takdirde haklıdır. Bu, ilkesel olarak ya hisselerin onlara devredilmesini veya onların yararına üçüncü kişilere satılmasını gerektirir. Ortaklar durumlarını, en iyi (yeniden yapılandırmaya göre), hisselerinin değeri çerçevesinde katkı yaptıklarında ve böylece hisselerinin benzerini "*geri satın aldıkları*" takdirde koruyabilirler.

Değişiklik tasarısında bu düşünceler dikkate alınmaktadır. Gelecekte adî konkordato sözleşmesi, anonim ortaklıktaki ortaklar gibi, hisse sahipleri ancak uygun bir yeniden yapılandırma sermayesi koyduklarında tasdik edilebilecektir. İİK Ön Tasarısı m. 306, f. 1, b. 3'ün hükmüne göre, "*Pay sahibi, adî konkordato sözleşmesinde (m. 314, f. 1), uygun bir yeniden yapılandırma sermayesi koymak zorundadır*". Amerika Birleşik Devletleri'ndeki tecrübelerin gösterdiği üzere, bu tür bir düzenlemeyle, iflâs etmiş bir işletmeye yatırım yapmaları için ortaklara önemli bir teşvik sunulmaktadır.<sup>81</sup>

Yeniden yapılandırmada sermaye olarak koyulabilecekler şunlardır: Öz sermaye olarak ortağın kredi vermesi veya bir

organization Of Large, Publicly Held Companies, 139 U.Pa.L.Rev (University Of Pennsylvania Law Review) 125 (1990-1991).

<sup>80</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 16; Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 30.

<sup>81</sup> Amerikan içtihatları için bkz. Tabb/Brubaker (Fn. 77), S. 784 ff.

yatırımcı lehine sermaye artırımının mümkün olması için sermaye azaltılmasının kabul edilmesi.<sup>82</sup>

### 3. Değişiklik Tasarısına Göre Sözleşmelere Müdahale İmkânı

#### 1.1. Genel Olarak

Komisyon, yeniden yapılandırma şansının artması için, maddî konkordato hukukuyla ilgili aşağıda ele alınan önemli yenilikleri de önermektedir.

#### 1.2. Sözleşmeye Dayanan Aynı Taleplerin İfa Edilmeyeceğinin Bildirilmesi

İsviçre hukukunda, Türk hukukunda da olduğu gibi, sözleşmelerin tamamlanması konusundaki mevcut hukukî durum aşağıdaki şekildedir:

Nakit ödemelerde sözleşmenin ifâsı, ancak konkordato sözleşmesinin şartlarına göre gerçekleşir. Konkordato mühletinin tasdiki ile para borçları -İİK m. 297, f. 2'de sayılan istisnalar bir yana- takip edilemeyeceği gibi, edilmemelidir de ve buna paralel olarak daha fazla ödeme yapılmamalıdır (İİK m. 297, f. 1). Sözleşmenin ifâsı, daha ziyade ilk kez konkordato sözleşmesinin onaylanmasından sonra ve konkordato tasfiye payı ile sınırlı bir şekilde gerçekleşmektedir.

Borçlu aynı ifâ ile yükümlü ise durum farklıdır. Adî konkordato sözleşmesinde ve genel olarak konkordato mühleti içinde aynı ifâlar, doğal olarak tüm sonuçlarıyla meydana gelebilir ve gelmelidir.<sup>83</sup> Hatta borcun ifâ edilmemesi halinde, sözleşmenin diğer tarafı dava açabilir. Bu durum yeniden yapılandırmayı zorlaştırabilir veya engelleyebilir. Örneğin, işletme konkordato mühleti onaylanmadan önce, mağazanın (deponun) bir kısmını çok düşük bir fiyata satmak zorunda kala-

<sup>82</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 16.

<sup>83</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 32.



bilir. Daha sonra işletme, bu kısma mecburen ihtiyaç duyduğunda ise tam tersi söz konusu olur.

Amerikan iflâs hukuku için, yeniden yapılandırma kapsamında da borçlunun (*debtor in possession*, kısaca DIP) *Chapter 11'e* göre yürütülen bir yeniden yapılandırma kapsamında, her sözleşmede aynı ifâyı kabul etmeyi isteyip istemediğine karar vermesi doğaldır. Hem kabul hem de ret için, iflâs mahkemesi tarafından açıkça onay verilmesi gerekir.<sup>84</sup>

Komisyon, bu düzenlemeye uygun olarak, iflâs hukukuna ilişkin İİK m. 211'in kıyasen adı konkordato sözleşmesinde veya konkordato mühleti içinde de uygulanmasını önermektedir. İİK m. 211'e göre, iflâsta, iflâs idaresi sözleşmeyi fiilen (*in natura*) ifâ etmek istediğini açıklarsa; aynı ifâ, kural olarak para alacağına çevrilmelidir. Bu hükmün konkordato usulünde kıyasen uygulanması, borçlunun burada da aynı ifâyı fiilen (*in natura*) gerçekleştirmek isteyip istemediğini seçebilmesi anlamına gelir. Borçlu, işlerini konkordato mühleti içinde devam ettirdiği takdirde, -iş ortaklarına karşı güven kaybının önlenmesi için- kural olarak ek başka sözleşmeleri ifâ etmeyi de ister ve ifâ etmek zorundadır. Sonuç olarak borçlu, yeniden yapılandırmayı engelleyebilecek münferit sözleşmelerin ifâsını her zaman reddedebilir ve sözleşmenin diğer tarafını, zararını gidermesi için konkordato kâr payına yönlendirebilir.

Konkordato borçlusunun *aynî ifâ (Realleistung)* ile yükümlü olduğu sözleşmeler bakımından, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, bu sözleşmelerin onaylanmasından sonra, iflâsta olduğu gibi, aynı taleplerin para alacağına dönüştürülmesi vuku bulur.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Ferriell/Janger (Fn. 55), S. 392; Meier, Chapter 11 im Vergleich (Fn. 70), S. 455.

<sup>85</sup> Kıyasen İİK m. 211, f. 2 ; Krşl. BGE 112 II 444 (449, E. 4); BGE 107 III 106 (109, E. 3c); Jeanneret Vincent, in: Dallèves LOUIS/Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Commentaire Romand, Basel/Genf/München 2005, Art. 211 Rz. 12.

### 1.3. Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi

Yeniden yapılandırma bakımından, borçlu için önemli olabilecek diğer bir problem de artık kullanılmayan yerler için yapılan uzun süreli kira sözleşmeleri; aşırı leasing faizi içeren leasing sözleşmeleri; uzun süreli teslim sözleşmeleri (Liefervertrag); Swissair olayında özellikle SABENA ve diğer zarar eden uçak şirketleri ile yapılan uzun süreli sözleşmeler (Krş. 2); Chrysler olayında Kanada ve Amerika'daki temsilciler ile yapılan sözleşmeler gibi, zarara neden olan sürekli borç ilişkileridir.

Komisyon, Amerikan iflâs hukukuna benzer şekilde, bir hüküm önermektedir. Buna göre, konkordato borçlusu, tüm sürekli borç ilişkilerini, konkordato mühleti içinde her zaman süresiz olarak feshedebilir (İİK Ön Tasarısı m. 297a).

Sözleşmenin diğer tarafı ise, tazminat haklarını ancak belirlenen sözleşme süresi sona erinceye, daha doğrusu fesih süresi tükeninceye kadar talep edebilir. Bu tazminat haklarının konkordato kâr payına indirilmesi de önemlidir. İİK Ön Tasarısındaki m. 297a'nın ifadesiyle: "*Borçlu, komiserin tasdiki ile, sürekli bir borç ilişkisini karşı tarafa tazminat ödemek koşuluyla her halükarda istediği zaman feshedebilir. Tazminat masa alacağı olarak kabul edilir*". Bu düzenleme önemli bir kolaylığı ifade etmektedir ve borçlunun büyük finansal yüklerden kurtarılmasını ve başarılı bir yeniden yapılandırmanın sürdürülmesi için ihtiyaç duyulan likiditenin sağlanmasını mümkün kılan bir yeniden yapılandırma ile uyumludur.<sup>86</sup>

Devralma yoluyla yeniden yapılandırmanın önemli ve çok şikayet edilen bir güvencesi BK m. 333'dür. Buna göre, devralan ortaklık, işçilerin hizmet sözleşmelerinin devam edip etmediğine bakılmaksızın, işçilerin ödenmeyen tüm alacaklarından eski ortaklıkla birlikte müteselsilen sorumludur.<sup>87</sup> Ko-

<sup>86</sup> Duc Pablo, Die Laufende Reform Des Unternehmenssanierungsrechts Aus Praktischer Sicht, Die Volkswirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement Evd/Staatssekretariat Für Wirtschaft Seco (Hrsg.), Heft 5, 83. Jahrgang, Bern 2010, S. 32.

<sup>87</sup> Sonuç Olarak Bk'nun 333. Maddesinin, İflâs Ve Konkordato Usulünde Uygulanıp Uygulanamayacağı Tartışmalıdır. (3. Fıkranın Uygulanma-

misyon, bu hükmün, daha önce olduğu gibi, sadece Federal Mahkeme'nin iflâs usulündeki yeni içtihatlarına (BGE 129 III 335) göre, işletmelerin tamamının veya bir kısmının devredilmesi için değil, bunun yanında tüm konkordato usulünde de, yani tenzilat konkordatosu talep edilen konkordato mühleti içinde de uygulanamaz bir hüküm olarak açıklanmasını önermektedir.<sup>88</sup>

#### 1.4. Aynî Hakların Sınırlandırılması

##### 9.4.1. Genel Olarak

Aciz hukukunu yenilemek isteyen bir kanun koyucu, teminat haklarını ve bunun hukukî dayanaklarını da incelemeye kendini mecbur hisseder. Teminat hakları masrafsız bir finansmanın vazgeçilmez unsurlarından olmasına rağmen, bununla birlikte finansman, çoğu zaman acizde yeniden yapılandırma bakımından önemli engeller yaratmaktadır. Ayrıca teminat hakları, -tasfiye halinde (im falle der Liquidation) - masanın fakirleşmesinin temel nedenidir. Teminat haklarıyla ilgili tartışma, -diğer konular yanında- Almanya ve İsviçre'deki aciz hukukuyla ilgili son değişikliklerinin merkezinde yer almaktadır.

Aynî haklar -Amerikan hukukundan farklı olarak- kural olarak dokunulmamış kalmalıdır. Komisyon en azından, ticari kiralar için hapis hakkının kabul edilmemesine ve genel temlikin etkilerinin sınırlandırılmasına karar verdi.

sına İzin Vermeyen Federal Mahkeme Kararı İçin Bkz. Bge 129 Iii 335 [338 Ff., E. 2.2.]; Hofstetter Hans, Anwendbarkeit Von Art. 333 Or In Sanierungssituationen, Insbesondere Im Nachlass- Und Konkursverfahren - Tendenzen In Lehre Und Praxis, Ajp 2003 , S. 153 Ff. Und Die Darin Genannten Werke; Vollmar, In Bsk-Schkg (Fn. 8), Art. 298 Rz. 18); Duc (Fn. 86), S. 32; Meier, Blschk 67 (Fn. 8), S. 22; Vermeil Guy/Sulmoni Charles, Transfer Of Business By A Distressed Company - Applicability Of Article 333 Of The Swiss Code Of Obligations?, Peter Henry/Jeandin Nicolas /Kilborn Jason (Hrsg.), The Challenges Of Insolvency Law Reform In The 21<sup>st</sup> Century, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 185 Ff., S. 190 Ff.

<sup>88</sup> Bericht Phase 1 (Fn.29), S. 35.

#### 9.4.2. Ticarî Kiralarda Hapis Hakkının Kaldırılması

Kiralayanın hapis hakkı, eski ve aynı zamanda uzun süreden beri tartışılmayan bir teminat hakkıdır. Bilindiği üzere, kira hukukundaki hapis hakkı, 1989'daki kira hukuku değişikliklerinde ticari kiralar ile sınırlandırıldı (BK m. 268 vd.).<sup>89</sup> Federal Parlamento'da 27 Mart 1985 yılında alınan kararla, bu teminat haklarından tamamen vazgeçilmesi önerilmiştir.<sup>90</sup> Bununla beraber, özellikle yeni işletmelerin teminat olarak hapis hakkı tanımadıkları durumlarda uygun işyerlerini bulmakta zorluklar yaşadıkları gerekçesiyle, parlamentoda ticari kiralar için istisna getirilmiştir.<sup>91</sup> Diğer yandan, yeniden yapılandırma hukukunda değişiklik yapılması için oluşturulan daha önceki uzmanlar grubu, sadece hapis hakkının tamamen kaldırılmasını önermektedir.<sup>92</sup>

Kanımca kiralayanın hapis hakkının anlamı, hukukî vakıa araştırması olmaksızın değerlendirilemez. Yine de kiracının seçiminde ve kira faizinin belirlenmesinde, hapis hakkının kararı etkileyecek derece önemli olmadığı tahmin edilebilir. Doğal olarak, kiralayan bu teminat hakkını, kiracının aczi halinde -sanki sürpriz bir hediye gibi- memnuniyetle talep edecektir. Ancak yüksek teminatların talep edilmesi de mümkündür.

Genel olarak, yasal teminat hakkı yetkisinin muhtemelen tartışmalı olduğu söylenebilir. Literatürde Honsell tarafından, BK m. 268a'ya göre, özellikle üçüncü kişilerin eşyaları üzerindeki hapis hakkı da eleştirilmektedir.<sup>93</sup>

Kiracının aczi halinde, (örneğin bir eşya deposu üzerindeki) hapis hakkı, muhtemelen malvarlığı değerlerinin bloke edilmesine neden olacağından, yeniden yapılandırma bakımından

<sup>89</sup> Krşl. için bkz. BBl 1985 I 1389.

<sup>90</sup> BBl 1985 I 1389, S. 1457.

<sup>91</sup> Parlamento raporları için bkz. Amtliches Bulletin Nationalrat (Amtl. Bull.NR) 1989, S. 511 ff. (85.015; Votum Wyss William); Honsell Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Auflage, Bern 2006, S. 222; Zihlmann Peter, Mietrecht, 6. Auflage, Zürich 2007, S. 226 f.

<sup>92</sup> Bericht Phase 2 (FN. 20), S. 26.

<sup>93</sup> Honsell (Fn.91), S. 223.

önemli bir engel oluşturabilir.<sup>94</sup> Keza hapis hakkı, iflâs yoluyla işletmenin paraya çevrilmesinde de önemli ölçüde masarın "*fakirleşmesine*" neden olacaktır.

### 9.4.3. Genel Temlik

Genel temlik kesinlikle bugün de hâla –küçük ve orta ölçekli işletmelerin (KMU) kredi işlemlerinde– büyük pratik öneme sahiptir.<sup>95</sup> Bu teminat hakkı, büyük risklerle bağlantılı olduğu halde, kesinlikle günümüzde dahi sıklıkla uygulanmaktadır. Genel temlikler, her halükarda teminat amacıyla temlik şeklinde düzenlenmektedir.<sup>96</sup> Hakları talep etme yetkisi borçluya veya komişere değil, bankaya aittir.

Genel temlik, birçok yabancı hukuk düzeninde olduğu gibi (Örneğin, İngiliz hukukundaki "*floating charge*" ile karşılaştırınız), İsviçre Hukukunda da, türlerine göre çok sayıdaki belirli malvarlığı değerleri üzerindeki (mülkiyetsiz) rehin hakkı işlevini yerine getirmektedir.<sup>97</sup>

Genel temlikten farklı olarak, teslimine bağlı rehin hakkı (Faustpfandrecht) (İsv.MK m. 884 vd.),<sup>98</sup> borçlunun genel işletme

<sup>94</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 26; Bericht Phase 1 (Fn.29), S. 38; Weber Roger, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basler Kommentar, 4. Auflage, Basel/Genf/München 2007, Art. 268 Rz. 3 ff.

<sup>95</sup> Reetz Peter, Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, (Habil. Fribourg) Zürich 2006, Rz. 2; Lorandi Franco, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, in AJP 2005, S. 1309.

<sup>96</sup> Girsberger Daniel, in: BSK-OR (Fn.94), Art. 164 Rz. 40; Näheres zur Sicherungszession vgl. REETZ (Fn.95).

<sup>97</sup> İşletme ipotegi olarak adlandırılan „*floating charge*“, önceden başka şekilde sınırlandırılmamış tüm malvarlığını veya bunun sadece bir kısmını sınırlandırılabilen bir ipotek türüdür. Bu tür bir teminatın ayırtecdici unsuru, henüz kurulduğu sırada miktarının belirsiz olmasıdır. (Fletcher Ian F., The law of insolvency, 2. Auflage, London 1996, S. 610 f.; Crystal Michael/Phillips Mark/Davis Glen [Hrsg.], butterworths insolvency law handbook, , 11. Auflage, London 2009, section 175 und 251).

<sup>98</sup> 10 Aralık 1907 tarihli (SR 210) ve 1.1.1912 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medenî Kanunu

ISAAC  
MEIER'İN  
TEBLİĞİ

faaliyetini sınırlandırmamaktadır. Zira malvarlığı değerleri kural olarak borçlunun tasarruf yetkisi içinde yer almaktadır.<sup>99</sup> Ancak, finansal olarak zor bir duruma düşer düşmez, kadere gerçekte tamamen bankanın insafına (vicdanına) kalan bir borçlu yine de oldukça sınırlandırılmıştır.

Genel temlikin konkordato mühleti içindeki etkileri açık değildir. Genel temlik, her halükarda, konkordato mühletinin tasdikinden ve bununla ilişkili olarak ilânından (İİK m. 296) önce var olan tüm hakları içermektedir.<sup>100</sup> Kanımca, borçlu tasarruf yetkisini kaybetmediğinden, genel temlik -iflâstan farklı olarak- ilk kez sonradan ortaya çıkan borçları da içine almaktadır (İİK m. 298, f. 1).<sup>101</sup>

Genel temlik, özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerde (KMU) yeniden yapılandırmayı zorlaştırabilir veya imkânsız hale getirebilir. Genel temlik, işletmeyi tam da finansal zorluklar ortaya çıktığı zaman ihtiyaç duyulan likit kaynaklardan yoksun bırakmaktadır. Komisyon, bu nedenle, konkordato mühletinin başlamasıyla birlikte genel temlikin kesin olarak hükümsüz hâle gelmesini önermektedir.<sup>102</sup>

### 1.5. Adî Konkordato Sözleşmesinde İptal Davası?

Komisyon, çoğu yabancı iflâs usulünde olduğu gibi, iptal davasına (Anfechtungsklage), adî konkordato içinde de izin verilmesinin gerekli olup olmadığını kapsamlı şekilde tartıştı.<sup>103</sup> Bilindiği üzere, yürürlükteki hukuka göre iptal da-

<sup>99</sup> Buna karşılık teslimine bağlı rehin, ancak rehin konusuna zilyet olunarak kurulabilir (Art. 884 Abs. 1 ZGB).

<sup>100</sup> Vgl. Hardmeier, in: BSK-SchKG (Fn. 8), Art. 310 Rz. 7.

<sup>101</sup> A.M. Lorandi. Lorandi'ye göre, konkordato hakiminin İİK m. 298, f. 'ye göre onay verdiği haller hariç, konkordato mühleti verilmesinden sonra doğan haklar konkordato borçlusuna aittir. (Lorandi, AJP 2005 [Fn.95], S. 1310).

<sup>102</sup> Bu iflâsa ilişkin içtihatlarla uyumludur. (BGE 111 III 73 [75 ff., E. 3a-c]); Bericht Phase 2 (FN. 20), S. 28; Bericht Phase 1 (Fn.29), S. 38.

<sup>103</sup> Bericht Phase 1 (Fn.29), S. 11.

vası, yalnızca malvarlığının terki suretiyle konkordatoda açılabilir (Krş. İİK m. 331).

Komisyon nihayet çok az bir çoğunlukla, adî konkordato usulünde iptal davasına izin verilmemesi yönünde karar aldı. Burada, iptal davası ile yeniden yapılandırmaya zarar verilmemesi gerektiği konusundaki temel argüman, iptal davasının çoğunlukla doğrudan yeniden yapılandırmaya teşebbüs eden kişilere yönelmesidir. Ancak, bu argümana karşı, iptal davalarını önlemek amacıyla açıkça birçok kantonda iflâs içi konkordatonun yüzde konkordatosu şeklinde yapıldığı ileri sürülmektedir.<sup>104</sup> Ayrıca, sonradan takip edilebilme imkânı olmaksızın, önceden (örneğin ikramiye gibi) büyük miktarlarda kazanç elde etmek peşinde olan yatırımcıları veya diğer katılımcıları engellemek için, adî konkordato usulünde de iptal davası anlamında bir denetim imkânının öngörülmesi gerekip gerekmediği tartışılmaya değerdir.

## 10. Alacaklıların Haklarının Güçlendirilmesi

### 1.1. Genel Olarak

Aciz hukukun temel problemleri şunlardır: Alacaklılara tanınması zorunlu usulî haklar (hukuk devleti ilkesi bakımından) hangileridir? Usul alacaklılara hangi ölçüde özerklik vermelidir?

Alacaklı, iflâstan farklı olarak, konkordato mühleti safhasında kural olarak müşterek (kollektif) haklardan nadiren yararlanabilir. İİK m. 301'e göre, alacaklılar toplantısı sadece bilgilendirmeye hizmet etmektedir.<sup>105</sup> Alacaklılar sadece, kon-

<sup>104</sup> Zira, iptal davaları konkordato usulünde sadece malvarlığının terki suretiyle konkordato sözleşmesinde caizdir. (İİK m. 331, f. 1; Amonn/Walther (Fn. 3), § 55 Rz. 34).

<sup>105</sup> Amonn/Walther (Fn. 3) § 54 Rz. 60 f.; Fritzsche/Walder (Fn.72), § 73 Rz. 10; Küderli Luc, Die Willensbildung der Gläubigergemeinschaft, Diss. Zürich 1963, S. 21; Vock Dominik, Stimmberechtigung an der Gläubigerversammlung, ZZZ 2005, Heft 6, S. 247 ff., S. 249; Vollmar, in: BSK-SchKG (Fn. 8), Art. 302 Rz. 1.

kordato sözleşmesinin kabulü ve reddi hakkında karar verme hakkına sahiptir (İİK m. 302, f. 3 ile birlikte İİK m. 305, f. 1).

Buna rağmen, alacaklılar konkordato boyunca farklı münferit hakları kullanabilirler. Alacaklılar, sürecin birlikte şekillendirilmesi için aşağıdaki imkânlarla sahiptirler:

- Konkordato komiserinin tüm kararlarına karşı itiraz edilmesi (İİK m. 17 ile birlikte İİK m. 295, f. 3'e göre): Ancak, burada alacaklının bundan her halde bilgi edinmesi sorunu doğar; Ayrıca, bir kişinin itiraz yetkisine sahip olabilmek için alacaklı sıfatını nasıl ispat edebileceği ve etmesi gerektiği sorusu gündeme gelir.<sup>106</sup>
- Değişiklik tasarısına göre, alacaklılar artık komiserin atanması kararına karşı kanun yoluna başvurma imkânına sahip değildir (İİK Ön Tasarısı m. 293d); Buna karşılık, bundan böyle borçlu ve tüm alacaklılar, konkordato mühletinin onaylanmasına karşı kanun yoluna başvurmaya yetkilidirler (İİK Ön Tasarısı m. 295, f. 1).
- Alacaklı konkordato mühletinin tasdiğiyle ilgili yargılamada, genel bir (hukuki) dinlenme hakkına sahip değildir. Ancak, mahkeme takdir yetkisine dayanarak bir alacaklıyı re'sen dinleyebilir (İİK m. 294, f.1; İİK Ön Tasarısı m. 294, f. 2).
- Özellikle aktiflerin devredilmesi yetkisiyle ilgili kararlarda olduğu gibi, diğer önemli kararlarda, kural olarak alacaklı dinlenmez. (Krş. İİK m. 298). Değişiklik tasarısı bir yenilik olarak, konkordato mühleti içinde atanması halinde, iflâs bürosunun konkordato hâkiminin görevlerini devralmasını ve sabit varlıkla-

<sup>106</sup> Konkordato usulünde, kural olarak alacaklı talebini bildirdiği ve bu henüz kesin hükümle reddedilmediği takdirde itiraz etmeye yetkilidir. (BGE 90 III 86 [87 f., E. 1]; BGE 53 III 107 [109 ff.]; Lorandi Franco, *Betriebsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG Basel/Genf/München 2000, Rz. 185).



rın satılması için yetki verilmesini öngörmektedir (İİK Ön Tasarısı m. 298, f. 2). Burada alacaklıların İİK m. 298, f. 1'e göre konkordato komiserinin onaylanmasını, gerektiğinde reddetme imkanına sahip olup olmadıkları sorusu ortaya çıkmaktadır.<sup>107</sup>

- Genel görüşe göre, alacaklı fer'i müdahil olarak yarılamaya katılma imkânına sahip değildir.<sup>108</sup>

## 1.2. Konkordato Mühleti İçinde İflâs Bürosu Atanması

Zaten az önce kısaca açıklandığı üzere, değişiklik tasarısına göre, artık konkordato hukukunda da sınırlı bir alacaklı muhtariyeti tanınmalıdır.

Daha önceki uygulamaların gösterdiği gibi, kesin ve çoğunlukla geçici konkordato mühleti içinde, işletmenin kısmen satılması gibi (Kırş. 7.2) önemli kararlar ve tasarruflar gereklidir. Bu nedenle Komisyon, yürürlükteki hukuktan farklı olarak, alacaklıyı konkordato mühletinin başlangıcından itibaren sürece dâhil etmek istemektedir.

Konkordato mahkemesi, bu nedenle mühletin onaylanmasıyla birlikte -bu tür kararların mevcudiyeti halinde- önemli alacaklı gruplarının temsil edildiği bir iflas bürosu (Gläubigerausschuss) atama yetkisine sahip olacaktır (İİK Ön Tasarısı m. 295a, f. 1).

<sup>107</sup> Komiserin talimatlarına karşı itiraz yoluna başvurma yetkisi kural olarak borçluya aittir. (Vollmar, in: BSK-SchKG [Fn. 8], Art. 295 Rz. 27). Üçüncü kişiler ise sadece komiserin talimatlarından etkilendikleri takdirde itiraz edebilirler. BGE 82 III 131 [134, E. 1 f.], Bu durum alacaklılar bakımından olağan bir durum sayılmalıdır).

<sup>108</sup> Alacaklı kural olarak, konkordato usulü bakımından fer'i müdahil olması için yetersiz kalan sadece ekonomik bir menfaate sahiptir. (Frei Nina J., in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2010 Art. 75 Rz. 2; Meier Isaak, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 185).

İflas bürosu komiseri denetler, ona gerekli talimatları verir ve böylece düzenli olarak konkordatonun durumu hakkında bilgilendirir (İİK Ön Tasarısı m. 295a, f. 2). Sabit varlıkların satılması veya aynî hakların kurulması gibi İİK m. 298'e göre yapılan işlemler bakımından, iflas bürosunun onayı, konkordato mahkemesinin tasdiki yerine de geçer (İİK Ön Tasarısı m. 295a, f. 3).<sup>109</sup>

Karınca bu durumun tersi, usulü büyük ölçüde pahalılaştırabilecek alacaklı haklarının tebrik edilmeye değer şekilde güçlendirilmesidir.<sup>110</sup> Ayrıca alacaklılar toplantısı üyelerinin, sabit varlıkların satışına yetki verilmesinde veya konkordato komiserinin atanmasında doğru karar verebilmek için gerekli uzmanlık bilgisine sahip olup olmadığı tartışmalıdır.

### 1.3. Olağanüstü Alacaklılar Toplantısı

Konkordato mühleti 12 aydan fazla sürerse, komiser bu konuda alacaklıları *olağanüstü* alacaklılar toplantısına davet etmelidir (İİK Ön Tasarısı m. 294a, f. 2). Bu toplantıda alacaklılar sadece konkordato süreci hakkında bilgilendirilmez. Alacaklılar toplantısı, ayrıca komiserin ve iflâs bürosunun tasdiki veya azli konusunda karar verme yetkisine de sahiptir (İİK Ön Tasarısı m. 294a, f. 3).

## 2. Şirketler Topluluğu Aciz Hukuku?

Şirketler topluluğu aciz hukukundaki merkezi soru şudur: Bir şirketler topluluğunun aczinde, ana ortaklığın ve yavru ortaklıkların tüm malları bir iflâs masasında birleştirilebilir mi ve bu masaya tüm ortaklıkların alacaklıları katılabilir mi? (*substantive consolidation* olarak adlandırılır).

<sup>109</sup> Daha önce Krampf, konkordatonun benzer bir şekilde yapılandırılmasına 2003 yılında karşı çıkmıştı. (Krampf [Fn. 62], S. 21).

<sup>110</sup> Ergebnisbericht August 2009 (Fn. 32), S. 11.

Komisyon bunun esasen sorun olmadığından emindi.<sup>111</sup> Maddî hukuk, şirketler topluluğunu da (haklı olarak) her bir ortaklığın bağımsızlığı üzerine yapılandırdığı takdirde, aciz hukuku, müflisin tüm aktiflerini ve hala mümkün ise şirketler topluluğunun sağlıklı şirketlerini basitçe tek potaya atamaz ve tüm alacaklılara eşit davranamaz!<sup>112</sup>

Yeknesak bir uygulama, muhtemelen tüm ilgili ortaklıklarda alacaklı çoğunluğunun bunu talep etmesi veya şirketler topluluğunun yapısının nitelikli şekilde suistimal edilmesi gibi istisnai hallerde söz konusu olabilir.<sup>113</sup> Komisyon uzun tartışmalardan sonra, sonuç olarak bu istisnai hallerde de bir birleştirmeyi kabul etmemiştir.<sup>114</sup>

Komisyon kendini farklı aciz usullerinin koordinasyonu için münferit usul hukuku tedbirlerinin alınmasıyla sınırlandırmıştır.

- Kanun, şirketler topluluğu aciz usulünün mümkün olduğunca anlamlı koordine edilmesi için organları, resmî mercileri ve mahkemeleri görevlendirecektir. Mahkemeler ve denetim makamları, aksi yönde anlaşarak tek tip (yeknesak) bir yetki üzerinde birleşebilirler (İİK Ön Tasarısı m. 4a, f. 1).
- En azından maddî açıdan, şirketler topluluğu altında alacaklıya zarar veren işlemler için iptal davasının kolaylaştırılması öngörülmüştür (İİK Ön Tasarısı m. 286, f. 3, şirketler topluluğuna dâhil bir ortaklık gibi, yakın kişiler lehine yapılan işlemlerde ispat yükünün tersine çevrilmesi; İİK Ön Tasarısı m. 288, Abs. 3, şirketler topluluğuna dâhil bir ortaklık gibi, yakın kişiler lehine yapılan işlemlerde, zarar verme kastını bilmeyen kişiler için ispat yükünün tersine çevrilmesi).

<sup>111</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 30; Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 49.

<sup>112</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 48 f.

<sup>113</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 50 und 53.

<sup>114</sup> Bericht Phase 2 (Fn. 20), S. 30.

### 3. Katma Değer Vergisi İmtiyazının Yürürlüğe Girmesi

Yeni Katma Değer Vergisi Kanunu (MVST) ile ikinci sınıfa yeni bir imtiyaz tanındı (İİK m. 219, f. 4, b. e İkinci sınıf).<sup>115</sup> Bu haklar çoğu zaman yüksek meblağlı olduğundan, imtiyazlı alacaklıların tamamen bu şekilde tatmin edilmesi ek imtiyazları oldukça zorlaştırmakta ve bu nedenle sonuçta konkordato sözleşmesinin yapılma olasılığını daha da imkânsız hale getirmektedir.<sup>116</sup>

### 4. Genel Değerlendirme

#### 1.1 . Chapter 11 ve Değişikli Önerisi

Bu teklifler, takip eden kanun yapma sürecindeki birçok zorluğu önemli sınırlamalar olmadan aştığı takdirde, Amerikan Hukukunun meşhur yeniden yapılandırma dostu Chapter 11'i ile birçok benzerlik gösteren bir yeniden yapılandırma hukukuna sahip olacağız.<sup>117</sup>

**Tablo: Tasarıdaki yeniden yapılandırma ile  
Chapter 11'in karşılaştırılması**

Amerikan Hukukundaki Chapter 11	Devam Eden Değişikliklere Göre Konkordato Hukuku
<b>Benzerlikler</b>	
Dilekçenin sunulmasıyla otomatik olarak konkordato mülhleti verilmesi	Konkordato mülhetinin çok kolay elde edilebilmesi

<sup>115</sup> Katma Değer Vergisi Kanunu m. 111 (12 Haziran 2009 tarihli [SR 641.20] ve 1 Ocak 2010 da yürürlüğe giren Federal Katma Değer Vergisi Kanunu).

<sup>116</sup> Hunkeler Daniel, Konkursrechtliche Privilegierung der Mehrwertsteuer, in: Jusletter, vom 26. Oktober 2009, Rz. 4 f.

<sup>117</sup> Bericht Phase 1 (Fn. 29), S. 2. RÜETSCHI, Zur Revision des Sanierungsrechts (Fn. 20), S. 5 f.

Sürecin kayyım olmaksızın borçlu tarafından (DIP= Debtor in Possession) yürütülmesi	Geçici konkordato mühleti içinde, istisnai olarak komisyer atanmasından vazgeçilmesi
Konkordato planının, gerçekleştirilmesi "olanaklı" görüldüğü takdirde kabul edilmesi	Konkordato tasfiye payının teminat altına alınmasından feragat edilmesi (Konkordato sözleşmesinin ifâ edilmesinin teminat altına alınmasından vazgeçilmesi anlamına gelir.)
Sözleşme ilişkilerine kapsamlı itiraz	İİK m. 211'e göre ifânın reddedilmesi; sürekli borç ilişkilerinin feshi imkânı, genel temlikin sona erdirilmesi; İşletmelerin satışında BK m. 333'ün uygulanmaması
"Propackaged Bankruptcy" imkânı (iflâs açılmadan önce alacaklıların rızasının alınması)	Konkordatonun, var olan geçici konkordato mühleti içinde hazırlanması
<b>Farklar</b>	
İptal davası imkânı	İptal davasının olmaması
Alacaklı grupları içindeki alacaklılara farklı davranılması	Alacaklılara aynı şekilde davranılması, alacaklı gruplarının oluşturulmasından vazgeçilmesi
Koşulları oluştuğunda, alacaklı çoğunluğunun isteklerinin aksine, konkordato sözleşmesinin onaylanması	Alacaklı çoğunluğunun -tümünün değil- rızasının gerekli olması

## 2.2. Yeniden Yapılandırma Usulünün Etkinliği İlkesine Göre Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi

Nihayet başlangıçta zikredilen etkin bir yeniden yapılandırma usulü ilkesi ışığında, 2008 reform önerilerinin nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelendi.

Kanımca bu ilkelerin çoğu büyük ölçüde gerçekleşmektedir.

- Borçlunun aleyhine olan, henüz ifâ edilmeyen sözleşmelerden dönülebilmesi ve sürekli borç ilişkilerinin süresiz olarak feshedilebilmesi gibi, yeniden yapılandırmanın ekonomik gereklerinin dikkate alınması;
- Mühlet içinde -hukuken mümkün olduğu takdirde- davanın devam ettirilmesi; geçici mühlet sırasında dahi, mühletin (koşulları olduğu takdirde) ilân edilmesi zorunlu değilse, davanın devam ettirilmesi büyük ölçüde uygundur.
- İşletme, konkordato hâkiminin ve bununla bağlantılı olarak iflâs bürosunun onayı ile, konkordato mühletinin tasdikinden hemen sonra satılabilir.
- Kredi veren yeni yatırımcılara, iflâs halinde sıra önceliği verilebilir. İşletmeye katılmanın garanti altına alınması imkânı, ortakların yeniden yapılandırmaya sermaye koyması zorunlu tutularak sağlanır.
- Asgari düzeyde sınırlı tutulmuş alacaklı hakları yeniden yapılandırmaya mani değildir.

Konkordatonun sonucunun güçlkle tahmin edilmesi, zor değişen tek gerçek olarak kalmaya devam edecektir. Bu konkordato sözleşmesinin alacaklılar tarafından kabul edilip edilmeyeceğinin zorlukla tahmin edilebileceği anlamına gelir. Belirtmeliyim ki, konkordato komiserinin iyi bir "dava yönetimi" (case management) ile ve aktif bir bilgilendirme politikasıyla, bu problem önemli ölçüde hafifletilebilir. Özellikle bugünkü hukuka göre, komiserin alacaklıların zorunlu rızasını hemen erken bir yargılama aşamasında güvence altına alması ve bununla (az ya da çok) konkordato sözleşmesinin daha sonra onaylanacağı konusunda da kesinlik sağlayabilmesi mümkündür.

Yeni hukuka göre, yanlış değerlendirilmemesi gereken problemlerden biri aşağıdaki şekilde olacaktır: Hukuk -potansiyel olarak alacaklıların aleyhine olan- mahkeme dışı ye-

niden yapılandırma yerine, konkordato usulü ile yeniden yapılandırma talep edilmesi için önemli teşvikler yaratacaktır. Bunları sadece kavramsal olarak ifade etmek gerekirse: Aynî ifânın reddedilmesi, sürekli borç ilişkilerinin süresiz feshi, genel temlikin sona erdirilmesi imkânı, işletmenin satılması ve bezeri hallerde BK m. 333'ün geçerli olmaması. Buna rağmen komisyon, bu tehlikenin, etkin yeniden yapılandırma hukuku yararına göze alınması gerektiği kanısına varmıştır.

ISAAC  
MEIER'İN  
TEBLİĞİ

## TARTIŞMALAR

TARTIŞMALAR

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD** (Oturum Başkanı): Çok teşekkürler Sayın Meier. Modern bir iyileştirme hukukunun neler içermesi gerektiğini bize çok güzel anlattınız, tebliğiniz gerçekten çok ilgi çekiciydi. Benzer problemlere biz de Almanya'da cevaplar bulmak zorundayız. Demek ki burada hukuki formüllerin, hukuki problemlerin doğru bir şekilde anlaşılması gibi bir mesele var. Bütün ülkelerde bu mesele var, bütün ülkelerde bunun çözümleri bulunmak zorunda. Yani ekonomik bakımdan gerçekçi olan, yapılabilir olan nedir; hukukun da bu şekilde formüller bulması gerekmektedir.

Şimdi, tebliğler ile ilgili tartışma bölümünü açıyorum. Her iki tebliğle ilgili sorusu olanları, sorularını yöneltmeye davet ediyorum.

Evet, isterseniz ben biraz buzları kırmak için hem Sayın Meier'e hem Walker'e bir soru ile başlayayım. Sorum şu: Böyle bir iyileştirme usûlü için parayı nereden bulacağız? Sayın Meier çok açık bir şekilde şunu söyledi, evvela borçluya bu erteleme verilir ki iyileştirme planı yapılabilsin, tartışılabilsin ve



TARTIŞMALAR

bunun neticesinde herhangi bir şekilde işletmenin kısmen ya da toplam olarak hayatta kalması sağlanabilsin. Ama genellikle bu durumlarda işlerin yürüyebilmesi için ilave sermayeye ihtiyaç vardır.

Peki, bu para nereden gelecek? Bunu sormak istiyorum. Bunu zorla almak mümkün müdür? Veyahut da, ne bileyim, insanların gönüllü olarak katkıda bulunmalarını mı bekleyeceğiz? Ne diyorsunuz?

**Prof. Dr. Isaak MEIER:** Evet, gerçekten de can alıcı soru bu, "Yatırımcıyı nereden bulacağız?" Çok doğru. Bu paranın hiçbir yerden gelmesi beklenemez. Ama şunu belki söyleyebiliriz: İsviçre hukuku bu konuda ne yapmıştır? Evvela, hissedarları iyileştirmeye dahil etmeye çalışmıştır, Amerikan hukukundan ilham alarak. İkinci olarak, bu, yeni yatırımcıların güven kazanmasını sağlamıştır, onlarda itimat duygusu oluşturmak istemiştir. Tabii, hukuki olarak bizim yapabileceğimiz sadece bu.

Belki şunu da ilavede yarar var: Yatırımcı için güven çok önemlidir. Yani bu aciz usûlü içerisinde durum ne olacak? Yatırımcı bunu bilmek ister, mesela Chrysler'i Fiat almıştı, gayet kısa bir süre içinde durumun belli olması gerekir. İlginç olan şeydu: On gün içerisinde Amerika'daki üç merci Chrysler'in Fiat'a satışını onaylamışlardı. Yani hukuki çerçevenin evvel emirde kurulması gerekiyor ki çok hızla bir güven ortamı oluşturulsun.

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER:** Alman haciz hukukuna göre, hiç kimseyi zorlayamazsınız, acz durumuna düşmüş işletmeye para yatırması için. Teorik olarak şu ihtimal düşünülebilir: ilk olarak paranın (kaynağın) aciz halindeki şirketin bizzatı kendisinden bulunması söz konusu olabilir; ikinci ve daha zayıf ihtimali ise şöylece değerlendirmek mümkündür: Almanya'da yasa koyucu, borca batıklığı acz prosedürünün açılması için bir sebep olarak öngörmüştür. Diyelim ki, bir tü-

zel kişilik acz beyanı ediyor ise, o zaman burada pasiflerin aktiflerden çok olması, yani borca batma durumu olması gerekiyor. Buna rağmen, Alman hukukunda borca batma durumunda dahi hemen haciz başvurusunda bulunmak gerekmez. Eğer olumlu bir tahmin söz konusu ise. Yani diyelim ki bu acze düşmüş olan işletmeye iyi bir sipariş gelmiştir, para beklenmektedir. O durumda haciz açılışı için başvuruda bulunma yoluna gidilmeyebilir. Bu bir ümit, yani işletmenin kendisini idare etmesi ümit ediliyor.

Onun dışında, bankalar ve yabancı yatırımcılardan kredi alınması söz konusudur. Burada aslında oradaki idarecinin yahut da geçici idarecinin en soylu görevi diyeyim, bu tür banka ve kredi kurulları karşısında güven verici olmaktır. Ben bu kimselerle konuştum, mesela: Sen böyle bir büyük haciz durumunda en önemli görevin nedir? Hukuki konular nasıldır? Hiç bilmiyorum, aklım ermiyor, ama bir bankaya gidip, onların karşısına çıkıp bunun neden önemli olduğunu hemen şu anda, şu işletmeye para vermelerinin neden yararlı olacağını onlara anlatmam gerekiyor. Yani güven vermesi, itimat telkin etmesi gerekiyor. Tabii, devletin de burada dahil olabilir, devlet kendisine böyle bir sorumluluk verebilir. Büyük durumlarda, acz durumlarında.

Yine Opel örneğine gelmek istiyorum: Opel'de eğer bir acz açılmış olsaydı o zaman devlet böyle bir acz planı usûlü içerisinde çeşitli krediler ya da kefaletler şeklinde para verebilirdi. Ama tabii bunun da zorlayıcı hiçbir hukuki dayanağı yoktur.

**Prof. Dr. Dr. hc. Peter GOTTWALD:** Teşekkürler. Buyurun.

**Seyit ÇAVDAR** (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanı): Her iki konuşmacıya da açıklamalarından dolayı çok teşekkür ediyorum. Benim sorum Sayın Meier'e. İsviçre'de iflâsın ertelenmesi süresinin iki ayla dört aylık süre içerisinde olduğunu, yalnız bir kez dokuz aya çıkmış olduğunu söyledi. Yanlış anla-

TARTIŞMALAR

mamışsam, erteleme süresinin iki ay ve dört ay süreyle sınırlandırıldığını, bir kez dokuz aya çıkmış oldu.

Sualim anlaşılmadı herhalde, tekrar edeyim mi? İkinci bir سوالim daha var? Çeviri mi olmuyor?

**Prof. Dr. Isaak MEIER:** Konkordato mühleti yasal olarak düzenlenmiştir, orada yirmi dört aya kadar artırılabilir. Fakat iflâs ertelemesine ilişkin yasada herhangi bir düzenleme yok ve mahkemelerin uygulaması iki ila dört ay arasında onay verme şeklinde bir sonuca vardı ve çok ekseri, çok aşırı istisnai durumlarda dokuz aya çıkıyor. Bu konuda da yine Türk hukukundaki gibi bir uygulama var. Burada yasal bir kısıtlama yok, kısıtlamayı mahkeme getiriyor.

**Seyit ÇAVDAR:** Ben سوالimi daha açık olması itibariyle şöyle ifade edeyim: Şimdi, sizin konuşmanızda erteleme süresinin iki ile dört ay arasında olduğunu, mahkemelerin bu yönde karar verdiğinizi söyledikten sonra, konuşmanızın bir bölümünde ertelemeyi konkordato hükümlerine uydurmaya çalıştığınızı, yaklaşmaya çalıştığınızı söylemişsiniz. Bu iki konuşma metnini birbiriyle bağlantılı olarak kurduğumuzda, şayet bu sonuçlardan bir adım ileriye gidersek İsviçre hukukunda iflâsın ertelenmesi müessesesi kaldırılıp konkordatoyla bağlantı kurulmak suretiyle bu sürelere gidilme mi isteniyor? Amaçlanan bu mudur? Bunu öğrenmek istiyorum, açıklar mısınız diyecektim ama سوال yarım kaldığı için o işte bir yanlış anlaşma oldu. Teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Buyurun Sayın Meier.

**Prof. Dr. Isaak MEIER:** Evet, çözüm arzu edilen şey bu. Bizim teklifimiz, iflâs ertelemesinin ortadan kaldırılması ve bundan sonra sadece konkordato mühletinin kalmasıdır. Yani aczin ortadan, iflâs ertelemesi çerçevesinde bu olumlu yönler-

den faydalanmak istiyorsan bunu konkordato mühletine dönüştürmek gerekiyor ve burada İsviçre hukuku içerisinde konkordato mühletinin bu iflâs ertelemesinin sahip olduğu haklara sahip olması için belli değişiklikler yapılması gerektiğini söylemiştik. Burada konkordato komiserinin devreden çıkarılması arzu ediliyor olabilir. Örneğin, bir işletme sahibi iki ile dört ay içerisinde böyle bir mühlet talep edebilir ve bu süreç içerisinde de mahkeme dışı bir iyileştirmeye gitme yolunu açmak isteyebilir.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Buyurun Sayın Üstündağ.

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ** (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi): Efendim, son yıllarda Batı'da icra iflâs hukuku büyük gelişmelere aday olarak görünüyor ve tabii her ülke kendine göre birtakım çözümler üretiyor. Şimdi, klasik icra iflâs hukukundan günümüz şartlarına uyan bir icra iflâs hukuku yaratma gayreti var. Bu gayret içinde benim tespitim, Batı ülkelerinde icra iflâs hukukları büyük bir değişime maruz kalıyor. Fakat bu değişim izlenirken belli ilkelerden çok her ülke yine muhafazakâr, tutucu yanıyla problemlere yaklaşma ihtiyacı duyuyor gibi geliyor bana. Şöyle ki, mesela ben merak ediyorum, Chapter 11 Amerika'da var. Amerikan ekonomisi bugün dünya üzerindeki ekonomiler açısından gözle görülür şekilde bir üstünlük gösteriyor. Orada bu ihtiyaç çok önceleri duyulmuş. Birtakım gelişmeler ortaya çıkmış ve mevzuata geçmiş ve uygulamalar da olmuş.

Şimdi, Almanya'da klasik kurumları bırakarak, konkordatoyu ve iflâsı (Konkurs) terk ederek aciz (Insolvenz) diye bir sistem getirilirken Amerikan sisteminden ne ölçüde yararlandırdığı konusunda bilgi sahibi değiliz. Acaba oraya başvurma konusunda bir kompleks oldu mu, yoksa oranın uygun bulunan ve uygulama ihtimali bulunan hükümleri dikkate alınarak bir düzenleme yapıldı mı? Bu birincisi.

TARTIŞMALAR

İkincisi, İsviçre'deki yaklaşım, klasik kurumları muhafaza ederek -yani Almanya'dan farklı olarak- o klasik kurumların ihtiyaca cevap verebilir biçimde reforme edilerek ve bu reformda da Sayın Isaak Meier'in söylediği Amerikan sistemine başvurmakta fazla bir taassup ve sıkıntı hissedilmemiş, oradaki birtakım şeyler alınarak mevcut sisteme monte edilme-ye çalışılmış ve böylece iyileştirme konusunda yeni, İsviçre'ye özgü bir sistem yaratılmak istenmiş. Şimdi, biz esas itibarıyla tabii radikalizm yanlısıyız, bir sistemden öbürüne geçerken biliyorsunuz Batılı kanunları hiçbir komplekse kapılmadan ictibas ettik. Bu kompleks sanıyorum şimdi Kara Avrupası'nda varlığını muhafaza ediyor. Olabildiğince Amerikan sistemi çok mükemmel olsa bile, araya bir mesafe koyarak, ondan istifade açısında sıkıntılar yaratıp kendi aklımızın yarattığı birtakım çözümler peşinde koşuyoruz gibi geliyor bana. Eğer Amerikan sistemi ki ilk defa iyileştirme Amerikan sistemiyle tanındığına göre ve orada da uzun yıllar uygulandığına göre, neden o sistem -hele Almanya bakımından- büyük ölçüde dikkate alınmayarak -eğer alınmamışsa- yeni çözümler peşinde koşuluyor diye düşünüyorum. Bunun cevaplanmasını istiyorum. Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Buyurun Sayın Walker.

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER:** Tabii efendim, Almanya da, tıpkı öteki Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, Türkiye'de de olduğu gibi, büyük bir yasa reformundan önce hukuklar mukayese edilir, Amerikan hukukundan da bu arada yararlanılır. Ama "birebir" denir almak. Ne bileyim, bu bizim şu andaki konumuz olan aciz hukukuyla ilgili olarak birebir devralmak bence çok da işe yaramaz. Çünkü zaten her ülkenin kendi ekonomik ve hukuki çerçevesi birbirinden farklıdır. Bunun bir kompleks veyahut da "Yabancı şeyleri ben katiyen istemem" gibi bir tutumla ilgili yoktur. Aciz hukukuna bakın, haciz huku-

kunda elbette anayasa hukukunun meseleleri de derhal devreye giriyor. Kişilerin mal varlığına müdahale meselesi işin içine giriyor. Her ülkenin anayasası aynı değildir; bu bir.

İkincisi, aciz hukukuyla iş hukuku arasında da bir müteka-biliyet olmak zorundadır. İşçilerin bu hakları, işçilerin talepleri ne şekilde korunacak, korunsun mu, bunlar kimin tarafından korunsun, aciz hukuku tarafından mı korunsun, başka hukuk alanları mı bunları korusun gibi. Dolayısıyla bütün bu mülahazalar bize yol göstermişse bunun herhangi bir şekilde kompleksle ilgisi yok. Bu kompleks zamanları geride kaldı efendim.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Buyurun Sayın Meier.

**Prof. Dr. Isaak MEIER:** Konuşmamda şunu netleştirmek, altını çizmek istedim: Chapter 11'dan çok şey aldık Amerika'dan. Örneğin, sürekli borçlara ilişkin düzenleme, geriye yönelik sözleşmeler, reel borçlar gibi birçok noktayı devraldık ve bu açıdan bakıldığında Amerika'daki iflâs hukukundan çok da farklı değil bizim yeni düzenlemelerimiz. Ama bunu ifade ederken şunun da altını çizmeye çalıştım: Amerikan iflâs hukuku içerisinde yer alan bazı noktalar var ki bunlar siyasi bir karar alınmayı gerektirmiştir. ... Fakat şunu söylemeden geçmek istemiyorum: Chapter 11'in önemi de biraz abartılıyor olabilir. Örneğin, İsviçre'de yılda 200 tane konkordato vakası oluyor ve bunu Amerika Birleşik Devletleri'ndeki acz davalarıyla karşılaştırdım ve Chapter 11 çerçevesinde bakıldığında, artık İsviçre'deki konkordato davalarının sayısı Amerika'da Chapter 11'e göre yapılan acz davalarının sayısından çok daha yüksek. Dolayısıyla bu Chapter 11'in önemini çok abartmamak gerekiyor. Oradan faydalanabileceğiniz çok şey var, fakat genel itibarıyla o kadar da önemli değil.

TARTIŞMALAR

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Buyurun Sayın Pekcanitez.

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ:** Gerek Sayın Meier'e gerekse Sayın Walker'e ayrı şeyi sormak istiyorum. Bu konuda özellikle Sayın Meier'in İsviçre'de de bir çalışması olduğunu, bir teklifi olduğunu biliyorum. Sayın Walker de bunu çok geniş olarak anlatmadı. 2001-2002 yıllarında Türkiye'de İcra İflâs Kanunu Komisyonu olarak çalışırken biz de o zaman bu müesseseyi, yani gerçek kişilerin kalan borçlardan kurtulması "*Schuldenbefreiung*" denilen müesseseyi incelemiştik, fakat o günkü koşullar böyle bir müessesenin İcra İflâs Kanunu'na alınmasını mümkün kılmıyor idi. Kızım Kanunumuzda şu anda sermaye şirketleri bakımından birden fazla iyileştirme imkânı var. Keza, tüzel kişiler bakımından böyle, ama gerçek kişiler bakımından hiçbir düzenlememiz yok. Bu konuda biraz daha ayrıntılı bilgi rica ediyorum. Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Buyurun Sayın Meier.

**Prof. Dr. Isaak MEIER:** İsviçre hukukunda kalan borçların silinmesi uygulaması bu komisyon tarafından kısaca incelendi. Fakat en nihayetinde şu sonuca vardık: Biz bir komisyon olarak bu usûlü denetleme görevine sahip değiliz. Bizim şu anda içinde bulunduğumuz durum -Türkçede de farklı olmadığını düşünüyorum- bir iflâs süreci, usûlü eğer borçlu yeni bir mal varlığına sahip olursa, o zaman yeniden bu tür taleplerde bulunmak da mümkündür.

Ben şahsen İsviçre'de böyle bir kalan borçtan kurtulma olanaklarının, özellikle küçük şirketler için geçerli olduğunu düşünüyorum, uygulanabilir olduğunu düşünüyorum. Ben, diğer meslektaşlarımla beraber bir araştırma yaptım ve özel kişilerin 40.000 İsviçre Frangı üzerindeki borçları söz konusu olduğunda -ki, aşağı yukarı 40.000 liraya tekabül ediyor sanı-

rım- bu insanlar borçlarını hiçbir zaman kullanamazlar normal koşullarda, o yüzden böyle bir işlemi burada da hayata geçirmek gerekiyor.

Kalan borçların ortadan kaldırılmasına ilişkin gerçek şahıslar ve tüzel şahıslar arasındaki fark: Tüzel şahıslarda böyle bir farklılık yok. Çünkü tüzel şahıslarda acz davası açıldığında zaten tüzel kişi olması ortadan kalkıyor. Dolayısıyla bu kalan borçların tasfiyesine gerek kalmıyor. Eğer acz usûlünün ardından bir tüzel kişi olarak kalıyorsa, o zaman uygulama yapmak gerekiyordu. Gerçek şahıslarda böyle bir kalan borçların kaldırılması gibi bir şey gündeme gelebilir. Çünkü milyonlarca böyle özel kişiler bu tür borçlarla karşı karşıyadır. Örneğin, ev satın almak için ya da otomobil gibi menkul değerler için borçlanılmışsa... Mesela, işten çıkarılıyor ve bu kredilerin geri ödenmesi için gerekli mal varlığından, maddi geliri ortada kalmıyor. Bu tür şahıslar alacaklılarına karşı genellikle hiçbir şey sunamıyor, tatmin etmek için. Yani burada borçların tasfiyesi planı oluşturulmuşsa, borçların temizlenmesi planı oluşturulmuşsa ortada hiçbir kaynak yok diye varsayalım. Şimdi, yasa koyucu şunu teklif etti ki bence de çok mantıklı geliyor: Eğer bir gerçek kişi böyle bir acz usûlüne başvurursa ve bu başvurusu esnasında şöyle derse: *"Önümüzdeki altı yıl boyunca mümkünse bir iş yerine başvuracağım ve buradan elde ettiğim bütün geliri bir yedime teslim edeceğim ve rehmedilebilir bütün kısmını bir yedime vereceğim ve gelirim yarısını da alacaklıların kullanımına sunacağım ve altı yıl boyunca düzenli olarak buna riayet edeceğim dersem, bu altı yılın sonunda borçlarımın silinmesini ve ekonomik olarak yeni bir hayata başlamayı talep ediyorum."* diye bir başvuruda bulunabilir. Borçlu: *"Eğer bunu yapmazsam, eğer bir işe başvurduğumda ve bir işte çalışmaya başladığımda maaşımın rehmedilebilir bir kısmı alınacak ve kalan kısım o kadar az olacak ki... Alacak ki, işsizlik sigortasından faydalanabileceğim ve bu aynı zamanda da vergilendirmeden kaçak çalışacağım."* Bunun üzerine, yasa koyucu *"O zaman böyle yapalım"* dedi ve bu başarılı şekilde de üretildi. 100.000 tane kalan borcu temizlenen insan oldu. Altı yıl içerisinde bu insanlar borçsuz olacak ve bu aynı zamanda onun için iyi bir gelir kazanacağı, bir işe girme motivasyonu



TARTIŞMALAR

artar. Çünkü buradan elde ettiğiniz gelirin aynı zamanda size de bir kısmı kalması gerekiyor, yoksa motivasyonunuz kalmaz.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Buyurun sayın Tanriver.

**Prof. Dr. Süha TANRIVER** (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Ben Meier'e soru sormak istiyorum, özellikle konkordatonun tasdiğiyle ilgili.

Konkordato sürecinin iflâsın ertelenmesi karşısında cazip hale getirilebilmesinin yollarından birisi de, hem sürece girişin hem de konkordato prosedürünün, özellikle tasdik prosedürünün kolaylaştırılması. Tasdik şartları arasında İsviçre'nin 306 ncı maddesinde, bizim 298. maddemizde teminat koşulu da var. Konkordatoyu tıkayacak en önemli koşullardan birisi. Halihazırdaki düzenlemeye göre, teminat koşulu kayıtlı alacaklar için geçerli bir koşul durumunda. Kayıtlı alaktan maksat ise, yirmi günlük süre içerisinde konkordato komiserine yazdırılmış olan alacaklar yahut varlığı resmî sicillerden anlaşılan alacaklı. Bu bağlamda da üç ayrı alacak kategorisini mütalaa etmek gerekir. Birincisi, kayıtlı adi alacaklar. Bunlar için halihazırdaki sistemde eğer yüzde konkordatosu söz konusu ise, konkordatoda kararlaştırılan yüzde ölçüsünde, mühlet konkordatosu söz konusu ise alacağın tamamı tutarında.

Buna ilaveten, kayıtlı imtiyazlı alacaklılar -ki başlı başına bir sorun, onu da bir alt soru olarak sormak istiyorum- için İcra İflâs Kanunu'nun halihazırdaki iflâsta alacaklıların sırasını belirleyen bizim 206. maddemiz var. İmtiyazlı alacaklılar için yine tam olarak konkordatonun türü her ne olursa olsun, gösterme zorunluluğu var.

Bir de buna, belki biraz önce de işaret edildi, tasarruf yetkisi serbestisi bakımından, özellikle borçlu ile konkordato mühleti içerisinde ilişkiye girecek üçüncü kişiler açısından önemli bir güvencedir, belki o kredi temini veyahut hukuki ilişkilerin devam ettirilmesi bağlamında. Üçüncü kişi konkordato borçlu-

su ile komiserin onayını almak suretiyle ilişkiye girmişse, bunlar konkordatoda tam olarak ödenmesi zorunlu olan alacak. Eğer ileride de iflâs gündeme gelecek olursa masa alacağı konumunda, masa alacağı gibi değerlendirilecek.

290. maddede, yanılmuyorsam İsviçre'nin de 298. maddesinde, iflâs dışı adi konkordatoda, konkordato mühleti içerisinde borçlunun tasarruf yetkisinin durumu belirlenmiş durumda. Bu teminat koşulu bakımından ne gibi kolaylıklar var? Çünkü özellikle bankalardan teminat alınacaksa rehin istenmesi gündeme geliyor. Rehin de yasak tasarruflar arasında, ancak icra mahkemesinin somut sistemde izni mümkün, icra mahkemesinin izniyle belki rehin temin etmek. Çünkü yasak tasarruflar: gayrimenkullerini devredemez, üzerinde sınırlı aynı hak tesis edemez şeklinde. Özellikle gayrimenkul rehinleri bakımından ciddi bir problem olarak karşımıza çıkıyor. Bir tek bir şey var, alacaklıları ikna edip teminattan vazgeçmesini sağlamak ki, bu da zor.

Burada tabii şunu sorgulamak lazım: Acaba bu imtiyazlı alacak kavramının -ki, siz de tartışmanızda söz ettiniz, biraz önce Profesör Walker de işaret etti, hatta işçi alacakları ve vergi alacakları bakımından biz bunu tümüyle kaldırdık şeklinde- bir alacağın imtiyazlı olup olmadığı sorunu da maddi hukuk sorunu, usûl hukukçularının karar vereceği bir sorun değil. Bunların tutarı ne kadar azaltılırsa o ölçüde konkordatonun tasdik edilmesi ve külli icranın temel esprisi olan alacaklıların eşit işlem görmesi şeklindeki kural da gerçekleştirilmiş olur. Çünkü alacaklılar ne kadar eşit işlem göreceğine inanırsa, o ölçüde konkordato süreci de kolaylaşır. Acaba bu bağlamda süre ve miktar sınırlaması düşünülebilir mi, 206. maddede sayılan alacaklılar bakımından, imtiyazlı alacaklıları belirleyen düzenleme bakımından? Gerçekten karar verilmesi gereken bir konu.

Adi alacaklar bakımından konkordato yüzdesi ölçüsünde teminat göstermekten vazgeçilme düşünülebilir mi? Sadece konkordatodan etkilenmeyecek alacaklarla bu kapsam sınırlı tutulabilir mi?

TARTIŞMALAR

İşin daha vahimi: İflâs içi konkordatoda bu nasıl yerine getirilecek, teminat koşulu? Çünkü masaya giren mal ve haklar üzerinde müflisin tasarruf yetkisi yok, iflâs idaresine geçmiş durumda. Birinci sorum bu.

İkincisi de, konkordato sürecinin işleyişinde mantalite şu: İşletme iyileştirilebiliyorsa, ayakta kalabilecekse konkordato, iyileştirilemiyorsa bir an önce tasfiye sürecinin başlatılması, ki bunun aracı da iflâs olarak karşımıza çıkıyor.

İsviçre sisteminde, ki bizde de yapılmak istendi ama, yarın ben onu tartışmaya açacağım. Hem mühlet verilmesi aşamasında hem de tasdik aşamasında borçlunun dürüstlüğü'nün aranmayacağı açıkça vurgulanmış durumda. Bizde tasdik de var ama mühlet aşamasında hâlâ dürüstlüğü'nün aranması intibahı uyandıran düzenlemeler var.

Bir de, 308. maddemiz var, İsviçre'de kaçta tekabül ediyor bilmeyorum: Konkordatonun tamamen feshi kurumu diye bir kurum söz konusu. Borçlu dürüst olmayan tutum ve davranışlarıyla konkordatonun alacaklılar tarafından kabul edilmesini ve tasdikini sağlamışsa, bu konkordatonun tamamen feshi sebebi. 308'deki bu konkordatonu tamamen feshindeki o temel espri varken, acaba hâlâ İsviçre tasdik şartları arasında dürüstlük koşulu ihmal edilebilir mi? Çünkü burada şu çıkıyor: İleride konkordatonun tümüyle yürürlükten kaldırılması sonucunu doğuracak olan bir durum tasdik aşamasında mutlaka gözetilmek gerekir. Tamamen fer'e ilişkin bir düzenlemede ön tasarıda da herhangi bir değişiklik görmedim, onun hâlâ muhafaza edildiğini görüyorum, "*unredliche Handlungen*" şeklinde, dürüstlikle bağdaşmayan tutum ve davranışlardan hâlâ söz ediliyor.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Buyurun Sayın Meier.

**Prof. Dr. Isaak MEIER:** Evet efendim, çok önemli meselelere değindiniz. Müsaade ederseniz, ben bazılarını öncelikle cevaplamak istiyorum. Bunlardan birincisi de, borçlunun dü-rüst davranışı.

İsviçre hukukunda 1997 senesinde bu kriterden tamamıyla vazgeçmiştik. Artık bu konuda bu tartışma yok. Yani borçlu konkordatoyu hak ediyor mu hak etmiyor mu tartışması artık yapılmıyor. Hatta bazı kriminal davranışlar neticesinde dahi acze düşmüş olsa bile, alacaklıların adına bir konkordato açılabilir; tamamen alacaklıların lehine burada başka kriterler artık göz önünde tutulmuyor.

Diğer bir değindiğiniz soru ise, imtiyazlar idi, devletin imtiyazları. İsviçre hukukunda devlet hiç imtiyaz sahibi değildir. Tamamen üçüncü sıradan bir alacaklıdır, diğerleriyle aynı durumdadır. Ama devlette, özellikle konkordato usûlünde bir sorun çıkıyor. Çünkü esas olarak vergiler ve sosyal katkılar burada söz konusu. Bu nedenle de itiraz ediyor devlet, tıpkı diğer alacaklılar gibi, o da parmak kaldırıyor, oyunu veriyor.

Mali kurumlarının tabii bunu kabul edip etmemeleri meselesi var. Şimdi, neden acaba Türkiye’de, burada Maliye bu konuda, daha doğrusu Türkiye’de Maliyenin bu konudaki tutumu nedir?

Bir noktaya daha değindiniz bu bağlamda: Bir banka eğer bir kredi verecek olursa, bu konkordato mühleti sırasında ne olacak?

Eğer maddi durum düzgün ise, otomatik olarak burada bir masa yükümlülüğü ortaya çıkar. Yani bir iflâs olacak olsa bile, bankanın burada ayrıcalıklı bir konumu var. Yani bütün bu alacaklıların hepsinin emniyet içerisinde olduğunu dolayısıyla görmekteyiz. Bugün mesela, hâlâ bankalar piyasaya göre hareket ederler. Yani bir borçluya bu konkordato mühleti içerisinde para vermek iyi midir? Mesela, Amerika’da “*Post paidishen financing*” diye bir kurum var, bu post paidishen financing özellikle aciz durumunda para verir. Ve dolayısıyla pra-

TARTIŞMALAR

tik olarak emniyete kendisinde ama adları yani tabii yeterince mal varlığının da var olması gerekiyor, o ayrı.

Bir başka sorunuzu daha not etmişim: Elbette böyle bir konkordato usûlünün alacaklıların emniyette olması halinde kabul edilebileceğini söylüyoruz. Evet, ben zaten İsviçre hukukunda bu konkordato temettüsü artık emniyete alınmak zorunda değil. Özellikle bir iki sene, yani bu açılışın kabul edilmesinin bir iki sene sonrasında bunun peşin olarak ödenmesi gerekiyor. Bunun için bir banka garantisi olması gerekiyor. Yani bu temettütünün bir iki sene sonra ödenebileceğine dair bir garanti olması gerekiyor.

Bilemiyorum, sorularınızdan hepsini cevaplandırabildim mi? Aklımdan kaçmış olanlar varsa tekrar sorabilirsiniz.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Buyurun Sayın Walker.

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER:** Hemen ben de müsaade eder misiniz Alman hukukuyla ilgili bu konuda bir ilavede bulunayım. Dürüst davranıştan bahsettiniz, evet Almanya'da hâlâ bu dürüst davranan borçlu kavramı var. Fakat bu aciz usûlü ya da aciz plan usûlünün açılıp açılmamasıyla ilgili olarak değil, doğrudan doğruya bakiye borçlardan kurtulma konusunda bir kavram. Çünkü kalan borçlardan kurtulma, doğrudan doğruya dürüst davranan borçlunun lehine bir düzenleme olarak düşünülmüştür. Yani suç işleyen veyahut da sah-te bilgi verenler için, onlar için söz konusu değildir, dürüst olan içindir.

**Av. Şakir BALCI:** Hoş geldiniz, çok aydınlanıyoruz verdiğiniz bilgilerle. Ben zamanın yetmezliğini de dikkate alarak, çok merak ettiğim kısa bir soruyu Sayın Meier'e sormak istiyorum.

Türk hukukumuzda yeniden yapılandırma modelleri içerisinde ekonomik montanı itibarıyla büyük-küçük işletme ay-

rımı yok. Dolayısıyla bütün iyileştirme modelleri yaklaşık olarak bu ekonomik büyüklüğün dışında -ayrıntılara girmeden arz edeceğim- gerçekleştiriliyor. Bahsettiniz ki, İsviçre’de yeni gündeme gelmek üzere revizyonlar içerisinde farklı açıklama ve değerlendirmeler var. Bilebildiğim kadarıyla, örneğin İngiltere olmak üzere, mali büyüklüklerine göre yeniden yapılandırma modelleri kapsamına alınabilecek işletmelere farklı projelendirmelerden söz ediliyor. İsviçre’de şu andaki tartışmalarımızın içinde bu tür bir somut olay var mı? Kişisel olarak bu konudaki görüşünüzü merak ediyorum. Böyle bir yapılandırma modelleri içerisinde ekonomik ölçeğin öne konmak suretiyle yapılandırma modellerine -en başta konkordato olmak üzere- büyük ve küçük işletmelerin farklı prosedürlerde daha kolay ve pratik girebilmelerinin yolu açık olabilir mi? Bu yönünde tartışmalar nedir? Bunlardan bilgilenmek istiyorum.

Bu konu, aynı zamanda az önce size salonda soruldu, iflâsın ertelenmesi süresinin, hatta İsviçre’nin iflâs ertelemesinden konkordatoya yöneldiği şeklindeki algılamamızın da bir anlamda cevabı olacaktır. Çünkü ülkelerin uygulama farklılıkları bir yana, büyük-küçük işletme farklılığının takdir ederseniz yapılandırma sürecinde psikolojik, mali, ekonomik prosedürler itibarıyla çok büyük farklılıkları var. Yapılandırma modellerinin sürelerinde de etkin şekilde işliyor. Bu konuda biraz aydınlatırsanız müteşekkirim.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Isaak MEIER:** Şu an gündeme getirdiğiniz şey gerçekten de önemli bir sorun teşkil ediyor. Çünkü İsviçre’deki konkordato davaları oldukça pahalı, son derece pahalıdır. Çünkü bir konkordato komisyonu iki, üç asistanla beraber çalışıyor ve burada KOBİ’ler söz konusu olduğunda bu bilirkişilerin bu konkordato komiserlerinin aldıkları rakamlar 100.000 frankları kadar buluyor ve bu sayıda çok bu tür durumlarla karşı karşıya kalan çok sayıda KOBİ var. Dolayısıyla bunlar için oldukça pahalı geliyor bu.

TARTIŞMALAR

Burada sizin de dile getirdiğiniz gibi, küçük ve orta ölçekli işletmeler için daha basit bir yöntem, bir usûl bulunabilir. Gerçek kişiler konkordato usûlüne tabi değildir, İcra İflâs Kanunu'nun 33. maddesine göre borçlarından kurtulma başlıktır bu, ama bu da bir tür moratoryumdur. Yani gerçek kişilere uygulanan bir moratoryumdur. Ve bu yöntemi, bu usûlü küçük ölçekli işletmeler için de kullanılıp kullanılmayacağı düşünüyor şu anda.

Şahsi görüşüm, bazı münferit kanun maddelerini bu gerçek kişi için uygulanan uygulamaların küçük ölçekli şirketlere de uygulanabilmesinin yolunu açacak şekilde değiştirebileceğini düşünüyorum. İngiltere'deki uygulama hakkında bilgi sahibi değilim açıkçası. Birkaç yıl önce İngiliz hukuku çalıştım ve burada çoğu durumda aktarmalı iyileştirme usûlleri olduğunu gördüm. Burada şirket satılıyor ve bu bankalar tarafından belirlenmiş olan bir usûldür ve buradan bir fayda çıkarılabilir mi, bir kâr elde edilebilir mi, bunu bilmiyorum. Tabii oradan bir faydalı sonuç bulabilir miyiz İngiltere modelinden, bakmak gerekiyor.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Ne yazık ki günü dilediğimiz kadar uzatamıyoruz, burada artık bitirmek zorundayız, öğleden sonra da yoğun bir programımız olacak, o yüzden sorularınızı daha fazla alamayacağız; ilginiz ve sabrınız için, bizleri dinlediğiniz için çok teşekkür ederim.

Tartışmacılarımıza da çok teşekkür ediyorum; özellikle her iki tebliğ sahibi meslektaşına çok teşekkür ediyorum.

**Arş. Gör. Dr. Müjgan YÜCEL:** (Oteldeki konaklama ve öğleden sonraki program hakkında bilgi)

**BİRİNCİ GÜN**

**9 Ekim 2009**

**İKİNCİ OTURUM**

**Oturum Başkanı**

**Seyit ÇAVDAR**

(Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanı)

**Tebliğ Sunan**

**Prof. Dr. Oğuz ATALAY**

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

İflâs Sistemimiz Neden İflâs Etti?



**Oturum Başkanı: Seyit ÇAVDAR**

**Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Oğuz ATALAY**

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

**Arş. Gör. Dr. Müjgan YÜCEL:** Sizlere dağıtılmış olan toplantı programında küçük bir değişiklik yapılmıştır, onu durdurmak istiyorum.

MÜJGAN  
YÜCEL'İN  
KONUŞMASI

Konuların birbirinden bağımsız olması sebebiyle, öğleden sonraki tebliğler iki oturum halinde sunulacaktır.

Sayın Prof. Dr. Oğuz Atalay'ın daha genel olan tebliği, Sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'in daha özel olan tebliğinden önce sunulacaktır.

Bu arada, on beş dakikalık kahve molası da ilk oturumdan sonra verilecektir.

Şimdi, ikinci oturumu yönetmek üzere, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Seyit Çavdar'ı ve tebliğ sunacak olan Sayın Prof. Dr. Oğuz Atalay hocamızı davet ediyoruz.

SEYİT  
ÇAVDAR'IN  
KONUŞMASI

**Seyit ÇAVDAR** (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanı - Oturum Başkanı): Değerli konuklar, ikinci oturuma başlamadan önce, bizleri Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesi olarak bu toplantıya davet eden Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Komitesi'ne ve Noterler Birliği'ne, her iki daire başkan ve üyeleri adına teşekkür ediyorum.

Sabahki oturumda oturumu yöneten ve bize konularını sunan yabancı konuklarımıza da özellikle teşekkür ediyorum.

Öğleden sonraki oturumun bize fazlasıyla faydalı olacağı ümidini taşıyorum. Sizlere de katılımınızdan dolayı teşekkür ediyorum.

Öğleden sonraki ilk oturumda, Sayın Prof. Dr. Oğuz Atalay, bize "*İflâs Sistemimiz Neden İflâs Etti*" konusunda sunumunu yapacaktır.

Kendisinin bize sunacağı bu sunumundan çok fazla istifade edeceğimizi düşünüyorum. Özellikle sizler ve şahsım adına teşekkür ediyorum.

Söz sizin, buyurun hocam.

**Prof. Dr. Oğuz ATALAY**

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## İFLÂS SİSTEMİMİZ NEDEN İFLÂS ETTİ?

OĞUZ  
ATALAY'IN  
TEBLİĞİ

Yargıtay'ın değerli daire başkanları, değerli üyeler, Sayın Noterler Birliği Başkanı, Saygıdeğer Hocalarım, sevgili meslektaşlar, genç arkadaşlar; hepinizi saygıyla selamlıyorum.

*"İflâs Sistemimiz Neden İflâs Etti?"*

Almanya'da 1970'li yılların ikinci yarısında söylenmeye başlanan, "*Konkurs des Konkurses*" sözü artık bizde de ifade edilmeye başlandı: İflâsların iflâsı.

İflâs sistemi, bilindiği gibi, çok eski zamandan bu yana özel bir önem arz etmiştir. Roma hukukunda borçlunun tüm alacaklıların eline bırakılması, önce bedeni üzerinde, daha sonra tüm mallarının zilyetliğinin borçluya geçirilmesi şeklinde başlayan uygulama, tarih içinde sadece borçlunun mal varlığıyla sorumluluğuna ve külli bir tasfiye usûlüne dönüşmüştür.

İflâs, bildiğiniz gibi, kelime kökü olarak "*fûlus*"a atfedilmektedir. Fûlus da bakır para, yani hiç değeri olmayan "*Fûlu-*

OĞUZ  
ATALAY'IN  
TEBLİĞİ

*su ahmer*" denilen -bakırın kırmızı renginden ötürü- alım gücü olmayan bir paradır. Yani değer ifade etmeyen anlamına gelen bir kökten türemiş iflâs kelimesi. Değerli hocam Bilge Umar, "*Parayı pulu bitirmek*" şeklinde tanımlamıştır.

İflâsın birkaç anlamı olduğunu teknik olarak değerli hocamız Sayın Bilge Umar'dan öğrendik. Fakat pratikte tacirin iflâs etmesi, ödeme aczine düşmesiyle eş anlamda kullanılmaktadır. Bu da *Mecelle*'deki medenî iflâsla *Kanunnameyi Ticaret*'teki ticari iflâs arasındaki farktan kaynaklanmıştır. *Mecelle*'deki iflâs için, mahkemenin iflâs kararına gerek olmaksızın, borçlunun ödeme aczine düşmesi yeterli idi.

İflâs, pratikteki anlamıyla tacirin borçlarını ödeyemeyecek hale gelmesi ve teknik olarak da ticaret mahkemesinin vereceği bir kararla borçlunun mal varlığının üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması ve alacaklılarının bir bütün olarak borçlunun mal varlığı üzerinde yürütülecek tasfiye işlemleri sonucunda tatmin edilmesi şeklinde devam eden bir prosedürü ifade etmektedir. İflâs hukuku, iflâsa tabi şahısların kanunda öngörülen sebeplere dayanılarak mahkeme tarafından iflâslarına karar verilmesi ile başlayan ve mal varlığının paraya çevrilip alacaklıların bu hâsılatтан tatmin edilmeleri veya edilemediğinin tespitiyle sonuçlanan, yine ticaret mahkemesinin iflâsın kapanması kararıyla biten bir süreçtir.

Klasik anlamıyla iflâs, işleri idare edemeyen, basiretsiz tacirlerin kaçınılmaz sonudur ve bu anlamda başkaca bir kavram bu iflâsın içine dâhil edilmemiştir. Bu anlayış çerçevesinde, ticaretle uğraşan kişi işleri iyi idare edemediği parayı pulu bitirmiştir ve artık onun ticari hayata devam etmesine izin vermemek gerekir; çünkü piyasa için bir tehlike arz etmektedir. Burada alacaklıların menfaati korunmak gerekir, bu sebeple müflis borçlunun ticari hayattan, ekonomik hayattan tasfiye edilmesi gerekir. Bu tasfiye de külli bir tasfiye şeklinde olmalıdır. Fakat artık günümüzde sadece tasfiyeyi hedeflemeyen, aynı zamanda mümkünse kurtarmayı ön plana çıkaran, fakat son çare olarak iflâs tasfiyesini gündeme getiren yeni bir anlayış söz konusudur. İşte bu anlamda, yeniden yapılandırmayı,

kurtarmayı, ıslahı veya mali durumun iyileştirilmesi yöntemlerini de içeren, fakat zorunlu olduğu durumlarda da iflâs tasfiyesiyle sonuçlanabilen "geniş anlamda iflâs hukukundan" söz etmek mümkündür. Bu yeni anlayış doğrultusunda, Avrupa ülkelerinde klasik iflâs kurumu artık terk edilmiştir. Özellikle Almanya'da daha önceki İflâs Kanunu olan "*Konkursordnung*" ve "*Nachlassverfahren*" artık kaldırılmış, onun yerine aciz hali prosedürünü düzenleyen "*Insolvenzordnung*" geçmiştir. Bu düzenleme, ödeme aczi içindeki tacirlerin mümkünse iyileştirme, kurtarma, olmadığı takdirde tasfiyelerini düzenlemektedir. Keza Fransızlar da iflâs kanunlarını artık iflâs olarak anmıyorlar, "*Kolektif tasfiye*" şeklinde bir terimle karşılıyorlar.

Böylece, özellikle ekonomik ilişkilerin karmaşıklaşması, tacirlerin gerçek kişi tacirler ve aile şirketlerinden ibaret olmaktan çıkıp, büyük işletmelerin oluşması, çok uluslu işletmelerin ortaya çıkması ve bunların da büyük boyutlarda ticaret yapmaları, çok büyük istihdam yaratmaları ve dolayısıyla bu işletmelerin küçük işletmeler gibi derhal tasfiyelerinin doğru olmayacağı, mümkünse bu işletmelerin sağladığı toplumsal yararın korunması sağlanması düşünceleri ile de iflâs hukukunun kapsamı genişlemiş ve geniş anlamda iflâs, hem kurtarma hem tasfiye usûllerini düzenleyen bir hukuk alanı haline gelmiştir.

İflâs hukukunun, özellikle ekonomik kriz sonraları özel bir önem kazandığını biliyoruz. Ekonomik krizlerden sonra en çok konuşulan hukuk dallarından birisi iflâs hukukudur. Bu da çok doğaldır, çünkü kriz dönemlerinde iflâslar gündeme gelmektedir.

Bilge Umar hocama tekrar atıf yapacağım, "*İflâs hukukunun amacı kapitalin korunmasıdır*" diyor. Hatta "*Kredinin anası*" tabirini de ondan öğrenmiştim. Bir Fransız yazar iflâsa "*Kredinin anası*" diyor. Ekonomik sistemin korunması için de iflâs hükümleri önemli çünkü. İflâs hükümleri, sadece tasfiye amaçlayan hükümler değil, ekonomik hayatın işlerliğinin korunması, ekonomik hayata, ticarete olan güvenin korunması ve sermayenin korunması için de iflâsa ilişkin hükümlere ihtiyaç var. Çünkü borçlunun alacaklarından erken davrananın, hacizler

yoluyla borçlunun mal varlığının tamamına sahip olması, satarak paraya çevirmesi, diğer alacaklılara hiçbir şey kalmaması, alacağını alamayan diğer ticaret erbabının da krize domino taşı etkisiyle yakalanmasına sebebiyet verecektir. Buna "Sistemik Risk" diyoruz. İşte, bu sistemik riskin harekete geçmesinin engellenmesi için de iflâs hukuku hükümleri önem arz etmektedir. Bu anlamda iflâs hukuku, ekonomik altyapıyı oluşturan en önemli unsurlardan biri olan ticaretin, iktisadi hayatın korunmasında, olduğu gibi devamının sağlanmasında büyük önem arz etmektedir.

Ekonomik altyapıdaki ve sosyal devlet düşüncesindeki değişiklikler kuşkusuz iflâs kavramının içinin doldurulmasında ve uygulamasında da değişikliğe sebebiyet vermiştir. Sosyal devlet anlayışının hâkim olmadığı pür kapitalist, pür piyasa ekonomisi anlayışında "batan batar, kalan sağlar bizimdir" şeklindeki anlayış zaman içinde dönüşmüş ve sosyal düşüncelerle sadece işletmenin düşünülmemesi, o işletmede istihdam edilen işçilerin korunması ve o işletmede üretilen katma değerlerin korunması, aynı zamanda vergi kaynağı olarak işletmenin -kamu yararı bakımından- korunması gibi düşünceler de etkin olmuş ve iflâs hukukunun amacını etkilemiştir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, tüm Avrupa'da son yıllarda, son değişikliklerle klasik iflâs hukuku anlayışı, yani dar anlamda iflâs, tasfiye hukuku anlayışı kurtarma prosedürlerini de içeren geniş anlamda iflâs hukuku anlayışına dönüştüğüdür. Avrupa'daki bu yeni iflâs hukuku anlayışının Anglo-Amerikan hukukundan etkilendiği bir gerçektir. Gerçekte birebir Amerikan hukuku hükümlerinden yararlanulmasına gerek olmaksızın, ekonomik gelişmelerin bizi bu anlayışa getirmiş olduğu da düşünülebilir. Çünkü dünya artık globalleşti. Yani bir yerdeki, bir ülkedeki ekonomik ilişkiler, o ülkeyle sınırlı kalmıyor. Tüm dünyada benzer ekonomik ilişkiler, benzer vakıalar yaşanıyor. Son yaşadığımız global ekonomik kriz bunun en güzel örneğidir. Amerika'da Mortgage kriziyle başlayan son dalga, Avrupa'ya, Uzak Doğu'ya yansıdı ve finans sektöründe ve reel sektörde ciddi krizler, yıkımlar yaşandı. Bunun üzerine, gerçekten Amerika Birleşik Devletleri'nde

Chrysler'in, General Motors'un, Almanya'da Opel'in örneklerinde olduğu gibi, kurtarma fikri, ister istemez ön plana çıkmaya başladı. Demek ki, artık çağdaş iflâs hukuku düzenlenirken, sadece işleri kötü götüren bir tacir modeli değil, konjonktürel durumdan etkilenen, global etkenlerden etkilenen, orta, büyük ve çok uluslu işletmeler de dikkate alınmalı, bunların toplumda ekonomik yapıda gördüğü fonksiyonların da korunmasına özen gösterilmelidir. Tabii ki her hukuk sisteminde, şu andaki klasik iflâs anlayışında sahip olduğumuz tasfiyeye ilişkin hükümler de kaçınılmaz bir şekilde olacaktır. Ancak iflâs hukukunun ana hatlarıyla amaçlarından söz ederken, alacaklıların alacağını tahsiline çalışılması ve mümkün merteye daha yüksek oranlarda tatmin edilmeleri yanında, iflâsların önlenmesi, hatta cezai müeyyidelerle tacirlerin ya da iflâsa tabi olan kişi ve kuruluşların daha dikkatli olmaya sevk edilmesi ve bu sayede iflâsların önlenmesi, ekonomik düzenin korunması ve bu yolla aynı zamanda sosyal barışın sağlanması hedefleri de dikkate alınmalıdır. Bir diğeri de, gerçek kişi tacirler için ön plana çıkan, borçlunun korunması amacıdır. İflâs hukuku, tüm bu amaçları bünyesinde barındırmaktadır. Bu amaçların gerçekleştirilmesine hizmet etmek üzere, son zamanlarda ülkemizde de 2003 ve 2004 yıllarında önemli değişiklikler yapıldı; uygulamada ne hal aldığını daha sonra ele alacağız. Bu değişikliklerdeki amaçta, biraz önce arz ettiğim satır başları hâkim olmuştur. Türkiye'nin o sırada içinde bulunduğu ekonomik durum ve uluslararası bazı kuruluşlarla ilişkilerin de burada hâkim olduğunu itiraf etmek lazım. Türkiye'ye kredi veren uluslararası kredi kuruluşları IMF ve Dünya Bankası, Türkiye'ye gelen paranın burada eridiğini ve tahsilatın yapılamadığını belirterek bazı model kanunlardan söz etmiş ve ilk çalışmalarını böyle tetiklemişti. Fakat komisyon Türk hukukuna özgü, Türk hukuk yapısını bozmayan bir çalışmayla konkordato hükümlerinde ve Ticaret Kanunu'ndaki iflâsın ertelenmesi müessesesinde bazı değişikliklere giderek söz konusu ihtiyaçları ve iflâsın bu amaçlarını karşılamaya çalışmıştı. Fakat bu yetmedi ve yeniden yapılandırma olarak karşımıza çıkan yeni bir müesseseye karşılaştık. İcra ve İflâs Kanunu'ndaki 2004 yılındaki

OĞUZ  
ATALAY'IN  
TEBLİĞİ

değişiklikle, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma şeklinde bir müessese hukuk hayatımıza girdi. Bu müessese, alacaklıların kanunda öngörülen çoğunluğunun onayı ile önceden bir yargısal makama müracaat edilmeksizin, tamamen alacaklılarla borçlu arasında yapılan anlaşmanın mahkemede tasdikıyla sonuçlanan ve yürürlüğe giren bir mali durum iyileştirmesi veya ıslah yöntemiydi.

İngilizcede "*reorganisation*" ya da "*reconstruction*" diye anılan, yani yeniden yapılandırma, yeniden kurulma, teşkilatlanma şeklinde çevirebileceğimiz usûller gerçekten Amerikan hukukundan mülhemdir. Bizim yeniden yapılandırma-muz da *American Bankruptcy Act Chapter Eleven*'ın "*Türk Versiyonu*" diyebileceğimiz bir şekilde olmuştur. Fakat maalesef başarısız bir denemeydi, kanun hükümleri halen yürürlükte olmasına rağmen, şu ana kadar benim tespit edebildiğim iki uygulaması gerçekleşmiştir. Bunun sebeplerine birazdan aşağıda genel olarak değineceğiz.

İflâs hukukumuzda hâkim olan ilkelere, iflâs hukukunun amacına ve değişen anlamına uygun olarak iflâs hukuku, yeniden yapılandırmayı, iyileştirmeyi ve aynı zamanda tasfiyeyi düzenleyen hükümler sevk etmelidir. Bunları sevk ederken borçlunun korunmasına, iş yerinin korunmasına, katma değer-in korunmasına, ticari hayata güvenin sağlanmasına hizmet eden hükümler getirilmelidir. Fakat Türk iflâs hukukunun sözünü ettiğimiz 2003 ve 2004 yılındaki değişikliklerle bu müesseseleri içine almakla beraber, maalesef yine de çağdaş anlayışta-ki amaca uygun bir hale geldiğini söylemek mümkün değildir.

Bizim iflâs hukukumuzda şu anda iflâsa ilişkin hükümler var, tasfiyeye ilişkin hükümler var, iflâsın ertelenmesine ilişkin hükümler var, konkordatoya ilişkin hükümler var, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya ilişkin hükümler var. Tüm bu hükümler geniş anlamda bizim iflâs hukukumuzu oluşturuyor. Acaba bu kadar düzenleme zengini bir hukuk sistemi hakkında "*İflâs sistemimiz iflâs etti*" denilebilir mi?

Evet, iflâs sistemimiz iflâs etmiştir. Çünkü uygulamada sözünü ettiğimiz müesseselerden sadece iflâsın ertelenmesi mü-



essesesi uygulama alanı bulmaktadır. Orijin itibarıyla da iflâsın ertelenmesi müessesesi, bir takip hukuku müessesesi değildir; bir iflâs hukuku müessesesi değildir. Aslında, şirketler hukukuna özgü bir geçici hukuki koruma müessesesidir kanaatimizce. Çünkü sadece sermaye şirketleri hakkında öngörülmüştür, çünkü yönetim kurulunun şirketin mali durumunun bozukluğunu -yani borca batıklığı- mahkemeye bildirme yükümlülüğünü düzenleyen Ticaret Kanunu 324. maddenin -İsviçre'de Borçlar Kanunu m. 725- istisnası şeklinde ortaya çıkmaktadır. Yönetim Kurulu, şirket borca batıksa bunu mahkemeye bildirmelidir, ancak mali durumun iyileştirilmesi ihtimal varsa erteleme istenebilir. Dolayısıyla bu müessese, yani tek uygulaması olan bu müessese aslında bir şirketler hukuku müessesesidir. Bunun dışında İcra İflâs Kanunumuzda düzenlenen kurumlar maalesef ya uygulanmamaktadır veya uygulamada düzenlemeden beklenen amaç gerçekleşmemektedir.

Şimdi bu kurumlara geelim: Anacak öncelikle şu soruya kısaca cevap vermek gerekir: Bir iflâs hukuku düzenlemesi yapılırken hangi ilkelerin gerçekleşmesine dikkat edilmesi gerekir? İflâs hukukumuzda, yargılama hukukumuzda, geçerli olan tasarruf ilkesi geçerlidir. Bu ilke, alacaklıların inisiyatifiyle takibin başlamasını anlatmaktadır; bizim hukukumuzda re'sen iflâs usûlü yoktur. Tasfiyenin iflâs organlarıncâ yürütülmesi ve doğrudanlık ilkesi, yani işlemleri doğrudan iflâs organlarının yapması, bu konuda aracı kullanmaması; takip ekonomisi, sürat, ucuzluk, basitlik ve menfaatlerin telifi; alenilik ve özellikle daha çok borçlu bakımından ortaya çıkan dürüstlük ilkesi, usûldeki dürüstlük ilkesi gibi iflâs hukukunda da hüküm konulurken göz önünde bulundurulması gereken ilkelerdendir.

İflâs tasfiyesine özgü olarak da kanunilik, belirlilik (muayyenlik), şekle bağlılık ve paraya çevirme ilkelerinden söz etmek mümkündür. Bunlardan kasıt, uygulanacak müesseselerin, yöntemlerin ve yetkilerin kanunla belirlenmiş olması, belirli olması, kanunla muayyen müesseseler olması, gereğidir. Şeklin hâkim olması, icra organlarının, özellikle iflâs organlarının işlemlerinde belli şekil şartlarına uymak zorunda olması -satış yöntemlerinde bariz bir şekilde görüldüğü gibi- ve te-

mel ilkenin mal ile tatmin değil, borçlunun mal varlığını paraya çevirmesi sonunda nakit yoluyla tatmin, yani paraya çevirme ilkesi, iflâs hukukuna hâkim olan diğer ilkelerdir.

Bizim iflâs sistemimizde sadece İsviçre'de ve bizde olan takipli iflâs ve doğrudan iflâs (takipsiz iflâs) şeklinde ikili bir yapı söz konusudur. İflâsa tabi kişilere karşı, ki iflâsa tabi kişi kavramı İsviçre'deki ile bizden biraz farklıdır, bizde kural olarak, sadece tacirler ve tacirler hakkında hükümlere tabi olanlar iflâsa tabidir; kısaca iflâsa tabi şahıslar çevresi biraz daha dardır. Takipli iflâs prosedürü, iflâsa tabi borçluya karşı icra dairesine müracaat ile bir ödeme emri gönderilmesi, buna itiraz süresi tanınması; itiraz edilip edilmemeye göre, ama her hâlıkârda ticaret mahkemesinde iflâs davası açılması; iflâs davasında alacaklıların davet edilip dinlenmesi -ilan yoluyla davet edilmesi- borçlunun borçlu olduğu kesinleştiğinde kendisine iflâstan kurtulmak için son bir çare tanınması, tüm borç ve masraflarıyla birlikte yedi gün içinde borcu mahkeme veznesine depo etmesi ve bu da olmazsa, borçlunun iflâsına açılmasına karar verilmesi şeklinde özetlenebilir.

Takipsiz iflâsta ise yine İsviçre ve Türk hukukuna özgü olarak -ki, diğer ülke hukuklarında benim ulaşabildiğim bu kadar çok doğrudan iflâs sebebi yoktur- temel olarak kabul edilen iki iflâs sebebi var: Ödeme aczi, "*Zahlungunfähigkeit*" ve bir de sermaye şirketlerinde ve tüzel kişilerde borca batıklık "*Überschuldung*". Bunun dışında, bizim hukukumuzda düzenlenen, yani İcra İflâs Kanunu'nun 177. maddesinde düzenlenen doğrudan iflâs sebepleri farklı alanlarda maddi iflâs sebebi olarak, şekli iflâs sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, konkordatonun feshedilmiş olması, başka hiçbir inceleme yapılmasına gerek kalmaksızın şekli bir incelemeyle iflâsa götürebilmektedir. İlama dayanan bir alacağın icra emriyle istendiği halde ödenmemesinde, çok şekli bir incelemeyle yine iflâs kararı vermek mümkündür.

Kural olarak doğrudan iflâs sebepleri: Borçlunun mal varlığı durumuna, mali yapısına veya belli davranış tarzına bağlanmış olan sebeplerdir; işte, hileli işlemlerde bulunmak, bun-

lara teşebbüs etmek gibi. Fakat uygulamada bu kadar çok iflâs sebebi varken, iflâs takiplerinin fazla olmadığını görüyoruz. Yani takipli iflâs, bizim hukukumuzda çok büyük bir uygulama alanı bulmamaktadır. Bunun sebebi kanaatimce şudur: Bir tek alacaklı, kendi alacağını almak için iflâsa tabi borçluya karşı takip yürütecek, onu iflâsla tehdit edecek, gerekirse iflâs davası açacak, masraflarını karşılayacak, fakat iflâs ederse çoğunlukla alacağına kavuşamayacaktır. Özellikle adi alacaklar, imtiyazsız alacaklar için durum budur. Bu tür alacaklılar, tüm masrafları üstlenecek, emeği sarf edecek, avukatına para verecek, fakat kendisi hiçbir şey alamayacaktır. Bu yüzden iflâs takibi ülkemizde çok sıklıkla başvurulmuş bir yol değildir. Doğrudan iflâs yoluyla iflâslara da son yıllarda borca batıklık sebebiyle iflâs dışında uygulamamızda rastlanmamaktadır. Burada da yine aslolan, alacaklıların sadece kendi alacağını tahsile odaklanmış olmasıdır ki gayet doğaldır. Borçlunun iflâs etmesinde menfaati olmayan alacaklıların iflâs davası açmaları, hakikaten beklenmez ve ülkemizde de durum böyledir.

Daha önce, yani 1985 değişikliğinden önceki dönemde, çok sayıda ihtiyarî iflâs talepleri vardı. Borçlu, borçlular İİK'nun 178. maddesinden yararlanarak ihtiyarî iflâslarını isteyip çok kısa bir sürede iflâs ederek takiplerden kurtulmaktaydılar. Bu uygulama da, daha sonra getirilen bazı düzenlemelerle 1985, 1988 değişiklikleriyle artık çok rahat bir uygulama olmaktan çıktı, borçlular da artık bu yola başvurmamaktadırlar.

Borca batıklık sebebiyle iflâstaki duruma gelince, 2003'teki İcra İflâs Kanunu'nun 179. maddesindeki değişikliğe kadar çok fazla bir uygulama alanı bulmamaktaydı. Öncelikle sermaye şirketleri kanunen iflâsı talep yükümlülükleri olmasına rağmen, borca batıklıklarını mahkemeye bildirmemekteydiler. Adi alacaklılar iflâstan garamme payı kendilerine düşmeyeceği için iflâsı istememekteydiler. Teminatlı alacaklılar ise iflâsta bir menfaatleri olmadığı için iflâs istememekteydiler. Çünkü bizde rehinli alacaklılar iflâsa rağmen takibe devam edebilirler ve alacaklarına kavuşabilirler, yani iflâs rehinli takipleri etkilememektedir. Sonuç itibarıyla, teminatlı alacaklar iflâs yolunu tercih etmemekteydiler, çünkü hiçbir çıkarları yoktur; Te-

minatsız (adi) alacaklar da iflâs istememektedirler, çünkü teminatlı ve imtiyazlı alacaklılardan geriye bir şey kalmayacağından alacaklarına kavuşamayacaklardır. Bu sebeple iflâs uygulamamız maalesef böylelikle iflâs etmiştir.

2003'ten sonraki gelişmelerde ise, borca batıklık sebebiyle iflâs istenmesi haline münhasır kılınan iflâsın ertelenmesi sebebiyle borca batıklık kavramı gündeme gelmiştir. Gerçekliğe bakacak olursak, birçok işletme bizde zaten borca batıktır, ancak bilanço makyajlarıyla hayatlarına devam etmektedirler, realite bu merkezdedir. Bu şirketler, bankalardan kredi alacakları zaman bilançoları iyi, öz varlıkları yüksek görünür, sağlıklı görünür, fakat aynı şirket bir iki ay sonra iflâsın ertelenmesine niyetlendiğinde gerçek bilançosu borca batık bilanço çıkar. İşte, borca batıklık sebebine dayanmak zorunda olduğu için iflâsın ertelenmesi istediğinde, mecburen kanun gereği "*Ben borca batık hale geldim, ancak mali durumumu iyileştirmem mümkündür*" diyerek mahkemeye başvurur. Eğer iflâsın ertelenmesindeki proje yerinde görülmezse mahkeme borca batıklık sebebiyle iflâsa hükmeder. Son zamanlardaki iflâsların sebebi de budur. Yani gerçekte iflâs talebi ile mahkemeye gidilip iflâs edilmek istediğinden veya kanuni zorunluluğu yerine getirmek istediğinden değil, iflâsın ertelenmesi talebi uygun görülmediği için bizde şirketler borca batıklık sebebiyle iflâs etmektedir. Dolayısıyla 2003 yılından sonraki borca batıklık sebebiyle iflâs uygulamasının artması bizi ümitlendirmesin. Yani bizim iflâs sistemimiz çalışmıyor; kimse iflâs istemiyor, şirketler de alacaklılar da iflâstan kaçıyorlar.

Bu sonucun temel sebebi, ekonomiktir. İflâs sistemini düzeltmenin, aslında uygulamayı tam olarak düzeltme anlamına gelmeyeceğini, gelemeyeceğini kabul etmek gerekir. Çünkü öz sermaye yetersizliği hastalığıyla malul olan şirketlerin ekonomik hayatı, maalesef yabancı kaynakla devam etmektedir. Yabancı kaynak ihtiyacı ise bankalarca verilen kredilerle karşılanmaktadır. Bizde kredi uygulaması çoğunlukla ticari kredi şeklindedir. Proje finansman kredi uygulaması son zamanlara kadar çok değildir; hatta bazı dönemlerde hiç yoktur. O sebeple, bu yabancı kaynak ihtiyacı ve ekonomik kriz-

ler sürdükçe, iflâs hukukunun tam olarak arzu edilen şekilde düzenlenmesi, kanuni düzenlemelerle yoluna konması hemen hemen imkânsız gibidir.

Bizim iflâs sistemimizin iflâs etmesinin temel sebeplerinden bir tanesi, bu büyük kredi ihtiyacıdır ve kredinin yapısı da önem arz etmektedir. Kredi verilirken, bizdeki banka uygulamasında temel teminat olarak ipotek aranmaktadır. Bunun yanında şirketin, hisse sahiplerinin ve yöneticilerinin kefil olarak taahhüt altına girmeleri aranmaktadır. Dolayısıyla iflâsa gerek kalmaksızın kreditorün kendi kredisini tahsil edebilecek birçok imkânı doğmaktadır. Bu yüzden, ayrı zamanda sermaye şirketlerinin ekonomik hayattaki fonksiyonlarını gerçekleştirdiğini söylemek mümkün değildir. Zira gerçek kişilerin kendi hususi hayatlarına ayırdıkları mamelek dışında, ticaret hayatlarına ayırdıkları, ona hasrettikleri mameleki riske atmaları ve şirket iflâs ettiğinde sadece bunun riske girmesi şeklindeki düşünce ülkemizde hayata geçememektedir. Çünkü tüzel kişilik yanında, şirketle ilgili tüm gerçek kişiler, tüm hak sahipleri, menfaat sahipleri kredi sözleşmelerinin altına kefil olarak imza koymuştur. Şirketin iflâs etmesiyle gerçek kişilerin fiilen ödeme güçlüğüne düşmesi banka için ayıdır ve o kredisini teminatlarından tahsil edebilecektir. O yüzden, kredi kurumlarının iflâs hukukundan beklediği bir şey yoktur. Bu yüzden iflâs hukukumuz canlılık kazanmamıştır.

İflâs sistemimizin alacaklıların alacaklılarına tam olarak kavuşmalarını mümkün kılmaması, hatta biraz olsun adi alacaklıların pay almasına imkân tanımamasının sebeplerinden biri de imtiyazlar sistemimizdir. Son değişiklikle 2003 yılında imtiyazlı alacaklılar üç sraya indirilmiştir -İcra İflâs Kanunu m. 206- yani birinci sırada işçi alacakları, ikinci sırada aile hukukundan doğan alacaklar, üçüncü sıra diğer kanunlarda imtiyazlı olduğu belirtilen alacakların sırasıdır. Son sıra, adi alacaklardır. İşte, burada bizim kamu alacaklarının imtiyazlı olması, kanaatimce adi alacakları iflâs yoluyla takipten men eden diğer bir unsurdur.

Özel kanunlarda imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklar zımında her zaman yeni alacaklar ortaya çıkabilecektir, çıkmaktadır da. Bizim hukukumuzda Bankacılık Kanunu'nda TMSF'nin alacakları özel bir önem arz etmektedir ve kamu alacakları içinde birinci "*Prima inter pares*" şeklinde bir alacak niteliğine sahiptir; o da iflâsta imtiyazlı olacaktır. Almanya'da kamu alacakları imtiyazlı olmaktan çıkarılmıştır; kanaatimce bizde de yapılması gereken bir değişikliktir.

Ayrıca, borçlunun iflâs etmesi durumunda veya ödeme güçlüğüne düşmesi durumunda alacağını tahsil edemeyeceğine inanan alacaklılar, inançlı temlikler yoluyla kendi alacaklarını garanti etmektedirler. İflâs masası açıldığında masaya girecek önemli mal varlığı kalmamaktadır. Özellikle gelecekteki alacaklar dahi baştan temlik alınarak, alacaklılar kendilerini garantiye almaktadırlar. Bu da, iflâs sisteminden fayda beklenmemesinin sebeplerden birisidir. Bizde inançlı temlik yoluyla, kredi veren kişi borçlunun bir gayrimenkulünü kendi mülkiyetine geçirmesi; borç ödendiğinde tekrar iade etmesi şeklindeki uygulama sebebiyle de alacaklılar kendilerini garantiye alabildiklerinden, borçluyu iflâs yoluyla takipte bir menfaatleri olmamaktadır. Özellikle inşaat sektöründe, borçlunun devam etmekte olan taahhüt işlerinden doğacak istihkaklarının tamamı temlik edilmek suretiyle alacaklıya garanti sağlanması usûlü de sıklıkla uygulandığından, alacaklının tahsil riski ortadan kalkmaktadır. Böyle bir borçluyu iflâs ettirmekte, teminatsız alacaklıların bir menfaati olmayacaktır. Zira masa açılınca zaten masaya girecek bir şey yoktur, çünkü temlik tasarrufu bir muameledir. Temlik işlemlerinin iptali, tasarrufun iptali davası (*Anfechtungsklage*) ile belki mümkün olabilir ama o da ayrı bir zahmettir.

İflâs tasfiyelerinin uzun sürmesi de iflâs sistemimizin iflâs sebeplerinden biridir ve bunun önü maalesef alınmamaktadır. Daha önceki kanun değişikliklerine bakıldığında, tüm İcra İflâs Kanunu değişikliklerinin temel gerekçelerinden birinin, "*takibin hızlandırılması ve suistimallerin engellenmesi*" olduğu görülecektir... Yani muvazaalı borç doğurucu işlemler yoluyla borçlunun denetimine geçen iflâs masası olgusu ve bu sebeple

takiplerin uzun sürmesi hep değişiklik, reform ihtiyacını doğurmuştur, fakat maalesef bu kadar değişikliğe rağmen hâlâ aynı şikayet konularından söz etmek mümkündür.

İflâs hukukumuzun diğer müesseselerinden biri olan uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma da uygulama alanı bulamamıştır. Başka bir deyişle, çok genç bir müessese olmasına rağmen bu usûl de kısa sürede iflâs etmiştir. Tasdikle sonuçlanan tek bir uygulaması olduğunu biliyorum. İkinci uygulamasının ise alacaklıların yüzde 99'unun kabul etmesine rağmen mahkemece tasdik edilmediğini öğrendim.

Burada uygulamadan kaynaklanan bazı problemlerden söz etmek mümkündür. Biraz önce belirttiğim gibi, bizim ülkemizde işletmelerin yabancı kaynak ihtiyacı sebebiyle birinci problemleri kredi problemidir. Şirketle ne pahasına olursa olsun kredi bulmak için uğraşır ve ancak bütün malı mülkü teminata vererek kredi temin edebilirler. Daha sonra bu kredileri ödeyemez hale gelirler ve iflâsın ertelenmesine başvururlar. İflâsın ertelenmesinin bugün şikayet edilir bir müessese haline gelmesinin temel sebeplerinden biri de, yeniden yapılandırma konusundaki tecrübesizliğimiz, ilgisizliğimiz, isteksizliğimiz olabilir. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma dediğimiz müessesenin uygulama alanını bulmamasının temel sebebi, prosedürün başlangıcında borçluya bir koruma sağlamamasıdır. Alacaklılarla mutlak bir anlaşma beklenmesi, anlaşma olduktan sonra mahkemeye başvurup sadece anlaşmayanları da bağlayacak, bir mahkeme tasdikiyle gerçekleşmesidir. Oysa Amerika'daki *Chapter Eleven* prosedürü, borçlu öncelikle mahkemeye müracaat ettiğinde "*Otomatik Stay*" dedikleri, federal bazda bütün takiplerin kendinden durması ve borçluya bir süre tanınması, bu süre içinde alacaklarıyla planı müzakere edip oylaması ve sonuçta onay alması şeklinde bir sisteme dayanmaktadır. Bizde ise önce müzakere etmesi, anlaşması, sonra mahkemeye başvurması şeklinde bir sistem. Bu da uygulamada revaç görmemesinin temel sebebidir.

Bir diğeri, bizim uygulamamızda en büyük alacaklı grubunu oluşturan bankalarımızın, ödemesi gecikmiş kredi alacakla-

OĞUZ  
ATALAY'IN  
TEBLİĞİ

rı konusunda zaten ihtiyarî olarak münferit yeniden yapılandırma sözleşmeleri yapıyor olmalarıdır. Uygulamada, bankalar son kriz sonrasında birçok borçlusunun borçlarını ihtiyarî olarak yapılandırmıştır. Borçlunun batmasından ve onun kendisine, kreditora teminat olarak verdiği fabrikanın veya taşınmazların satılmasından yeteri kadar tahsilât yapılmayacağını gören basiretli kreditorler, ayakta kalma kabiliyeti olduğuna inandıkları borçluları desteklemekte ve borçları yeniden yapılandırarak kendi kredilerinin tahsilini böylelikle garanti altına almaktadırlar. Ancak kolektif davranma, toplu yeniden yapılandırmalar maalesef çok rastladığımız bir uygulama değil. Yani uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma usûlüyle tüm alacaklıların bir araya gelerek bunu yapmaları şeklinde bir uygulamamız yoktur. Münferiden bankaların, münferiden fiili vade konkordatosu şeklinde bir uygulamayı hayata geçirdiklerini, bu sebeple de uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya çok rağbet etmediklerini söylemek mümkündür

Diğer müessesemiz, konkordato -ki çok ayrıntısına girmeyeceğim, ayrı bir tebliğin konusudur- mühleti içinde toplantının yapılması, oylanmanın yapılması, mahkeme tasdikine sunulması ve yine bu mühlet içindeki -toplam beş aydır- mahkemece tasdik kararı verilmesi zorunluluğu getirildiği için ve konkordato mühletinden sonra ihtiyati tedbir yoluyla dahi takiplerin durdurulmasına karar verilemeyeceğine ilişkin hüküm getirildiği için hukukumuzda uygulama alanı bulmamaktadır. Keza konkordatonun uygulanmamasının sebeplerinden biri de, konkordatodan etkilenmeyen alacaklıların sayısının çokluğudur; imtiyazlı alacaklıların, kamu alacaklılarının bundan etkilenmemesidir. Bu ayrıcalıklar sistemi de bu müessesenin maalesef iflâsına sebebiyet vermiştir diye düşünüyorum.

### Sonuç

Tüm bunları toparlayacak olursak: Türk iflâs hukukunda bir reforma ihtiyaç vardır. Ticaret Kanunu'ndan ithal edilen iflâsın ertelenmesi müessesesi dışında hiç bir iflâs hukuku müessesesinin fiilen uygulanmadığı bir iflâs hukuku iflâs



etmiştir. Demek ki bir müdahaleye gerek vardır; yeni bir İcra İflâs Kanunu çalışmasına büyük bir ihtiyaç vardır. Yeni yapılacak kanun bakımından, satır başlarıyla olması gereken iflâs hukukumuzda, mutlaka iyileştirme, kurtarma veya konkordato ile entegre bir sistem dizayn etmeliyiz kanaatindeyim. Öncelikle borçlunun -ki, bu sadece sermaye şirketleri ile sınırlandırılmamalıdır- mahkemeye müracaatıyla takiplere karşı korumanın başladığı, borçluya takipten arınmış bir periyot sağlayan ve fakat mutlaka alacaklılara oy hakkının tanındığı, yani alacaklıların oylarıyla nihai sonuca gidilen bir sistem dizayn edilmelidir. Müracaat eden şirketin hiç kurtulma ihtimali olmadığı mahkemece baştan anlaşıldığında, doğrudan iflâsın açılması; kurtulma ihtimali olduğuna kanaat getirildiğinde ise borçluya süre verilmesi; bu süre içinde alacaklılarla profesyonel kayyımlar denetiminde müzakere sürecinin sonuçlandırılması ve daha sonra da yine profesyonel kurumlarca izlenmesi ve bunun feshi gibi müesseselerin tekrar düzenlendiği bir iflâs sistemimize ihtiyaç olduğu kanaatindeyim.

Burada iflâsın ertelenmesi müessesesinde karşımıza çok çıkan, o sebeple tekrar zikretmeden geçemeyeceğim, profesyonel bilirkişilik, yani zorunlu bilirkişilik ve kayyımlık kurumlarını artık bizim de zikretmeye başlamamız gerekmektedir. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunda -İcra İflâs Kanunumuzdaki- bağımsız denetim şirketlerinin yeniden yapılandırma projesi hakkında bir finansal analiz raporu ve bir karşılaştırmalı iflâs analiz raporu hazırlamaları zorunluluğu getirilmiştir; bu gerçekten ciddi bir çalışmadır. Eğer iflâsın ertelenmesinde de bu olsaydı, yani orada da bilirkişilik yapan müesseseler münhasıran bağımsız denetim kuruluşu olsaydı ve SPK tarafından denetlenen kuruluşlar olsaydı kanaatimce iflâsın ertelenmesi bu kadar gayriciddî ve bu kadar çok da şikâyet edilir bir kurum haline gelmezdi. O yüzden, olması gereken hukuk bakımından, iflâs hukukumuzda mahkemeye müracaatta bulunan şirketin iyileşme kabiliyetinin bulunup bulunmadığı konusunda her iktisat mezununun veya her muhasebecinin, mali müşavirin bilirkişilik yapmasına izin vermemek gerekir. Bağımsız denetim kuruluşları, kendileri de denetime tabi

OĞUZ  
ATALAY'IN  
TEBLİĞİ

olan, lisans ile iş yapan, akredite bağımsız denetim kuruluşlarına, konuda zorunlu bilirkişilik olarak yer verilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Yeni yapılacak düzenlemede konkordato müessesesi - İsviçre'deki gibi- muhafaza edilip, iflâs ile konkordato arasında eşgüdüm sağlanmalı. Aynı mahkeme gerekirse konkordatonun yapılmasına, gerekirse doğrudan iflâsa karar verebilmelidir. Mali durumun iyileşmesi ümidinin varlığı halinde devreye girecek olan iyileştirme ya da yeniden yapılandırma sürecini "konkordato" ya da "yeniden yapılandırma" olarak adlandırmak mümkündür. Ancak bizim de iflâs etmiş olan "iflâs" kavramını terk etmemiz ve "Zorunlu tasfiye" ya da "Yeniden yapılandırma ve tasfiye prosedürü" şeklinde bir kavram kabul etmemiz mümkündür.

Beni sabırla dinlediğiniz için çok teşekkür ediyorum.

## TARTIŖMALAR

**Seyit ÇAVDAR** (Oturum Başkanı): Sayın Atalay'a teşekkür ediyorum. Buyurun Sayın Pekcanitez.

TARTIŖMALAR

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ:** Sayın Atalay'a teşekkür ediyorum.

Ben de bir makale yazmıştım "*İflâs Sistemimiz İflâs Etti*" diye. O yüzden, Sayın Atalay'ın belki de zaman nedeniyle değinmediği birkaç noktayı daha ayrıntılarıyla sürdürmek istiyorum.

Birincisi, yeniden yapılandırma müessesesi iflâs etmedi bana göre, çünkü hiç doğmadı ki; daha doğrusu, ölü doğdu o. Ölü doğduğu için onu bir kenara bırakalım, onu belki birazdan daha fazla açıklayabilirim. Bu müessese, bize zorla kabul ettirildi. Bu nedenle ölü doğan bir müesseseydi ve o şekilde de hep devam etti.

TARTIŞMALAR

Benim asıl iflâs sistemimizin iflâs etmesine ilişkin nedenler konusunda söylemek istediğim ise, şu iflâs prosedürü. Şimdi, müsaadenizle şöyle bir tasfiyeyi gözlerinizin önüne sermek istiyorum. Önce iflâs mahkemesine başvuracağız, mahkeme uzun bir prosedürden sonra iflâs kararı verirse bunu iflâs dairesine bildirecek... İflâs dairesi alacakları toplayacak, bir alacaklar bürosu kurulacak. Buradan birinci alacaklar toplantısına geçilecek. Sonra bir ikinci alacaklılar toplantısı var. Bu arada iflâs idaresi seçilecek ve bu öyle bir seçilecek ki altı kişi; sonra onun yarısını icra mahkemesi seçecek. Müsaadenizle günümüzde bu kadar insanı bir araya toplamak için biz inanın bir yıl uğraşıyoruz. Bir kere yapıyoruz bunu. Bir daha sizi çağır-mamız gerektiğinde bir yıl daha geçmesi lazım. E, şu iki tane iflâs idaresi dışındaki iki alacaklar toplantısını düşünün. Bugünkü koşullarda böyle bir toplantıyı yapmak son derece zor, son derece pahalı. Hangi parayla yapacaksınız? Ben, o yüzden, iflâs sistemi içinde, adına iflâs diyelim veya adını başka koyalım, hiç fark etmeyecek. Sistem şöyle olabilir: İflâs açıldıktan sonra bunu bir tek daire alır ve baştan sona kadar yürütür. Bence İsviçre sisteminin belki İsviçre'nin küçük bir ülke olmasıyla ilgili olabilir, alacakları bir araya getirmek Türkiye'de kolay değil. Düşünün, onlarca, yüzlerce alacaklıyı bir araya getireceksiniz. Ne konuşacaklar? Nasıl konuşacaklar? Kapıda alacaklar toplantısı yapacaksınız, orada alacakların ispat eden belgelerle içeri girecekler ve burada karar alacaklar! Basit tasfiye bizim için en uygun olanı. Ha, buna engel var mı derseniz, yok ama maalesef iflâsların büyük bir çoğunluğu da böyle geliyor.

İkincisi, iflâs erken açılırsa başarı söz konusu olur, alacaklar alacaklarını elde edebilirler. Bütün her şey bittikten sonra tabii ki iflâsın açılmasıyla kapanması bir. Sabahleyin Walker'in gösterdiği istatistikler çok ilginçti, 1989'da iflâsların açılmasından sonra kapanmasının oranı o kadar yüksek ki. Ama günümüze geldiği zaman bu sayı gittikçe azalmış. Bu da Alman aciz hukukunun bir ölçüde başarısını gösteriyor.

Üçüncüsü, ben sizinle aynı şeyi düşünüyorum: Türkiye'de imtiyazlı alacaklıların içinden kamu alacakları çıkarılmalı. Bu böyle yapılmadığı takdirde bir taraftan kamu alacakları için

ayrı bir usûl, diğer taraftan diğer alacaklılar için usûl; ama iflâsta her hâlükârda kamunun alacakları imtiyazlı. Ee, işçilerin ve vergi alacaklarının miktarı o kadar çok yüksek oluyor ki. Bundan zaten diğer alacaklıların alacaklarını elde etmesi mümkün değil.

Bir de şuna katılıyorum: Bu kadar çok iflâs sebebinin yer almasının bir manası yok. İflâs sebebi iki ya da üç olsa yeterli. Özellikle bizim hukukumuzda ilamın gereği yerine getirilmezse, e bu da bir iflâs sebebi. Bu, bütün ilamlı icra takiplerinde böyle bir sonuç söz konusu olabilir.

Bunları söylemek istedim, teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Oğuz ATALAY:** Teşekkür ederim Sayın Hocam.

Gerçekten planda olmasına rağmen çok uzatmamak için özette geçtim, "*İflâs Sistemimizin Yapısı*" başlığında ben de aynı şeyleri söylemeyi öngörmüştüm. İflâs sistemimiz, malum alacaklıların oylarına öncelik veren bir sistem. Yani tarihsel gelişimle ilgili bir mesele. Malumunuz, Roma'da Tiber ırmağının öbür tarafına borçluyu alacaklılarına teslim etmekten başlıyor, alacaklıların konumu; iflâs tasfiyesini yönlendirmeye kadar, ki en bariz alacaklılar toplantısı esas karar organı, geliyor. Burada borçlunun mallarının yönetiminin alacaklılara bırakılıp bırakılmayacağı tercihini yapmak lazım. Yani bir hukuk politikası tercihidir. Tabii hukuk politikası tercihi de keyfi olmaz, gerçeklerden ve sonuçlardan hareketle çözüm üretmek için bir tercih yapılır. Ben de değerli hocama katılırim. İflâs tasfiyesinin basite indirgenmesi gerekir; çok fazla makam.

Şimdi, iflâs dairesi var, iflâs idaresi var. Genç arkadaşlarıma özellikle sesleniyorum, bir icra iflâs hukukçusu olmak istiyorsanız, Bilge Umar'ın *İcra İflâs Hukukununun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi*'ni mutlaka okumanız lazım. Nereden nereye gelmişiz, kavramlar nereden doğmuş, ne anlama geliyor? İsviçre'deki tarihçe, Almanya'daki tarihçe, Amerika'daki tarihçe, her şey var içinde. Ben bu toplantı vesilesiyle hocamı bir kez daha o kitabı baştan sona okuma şerefine nail oldum.

TARTIŞMALAR

Hocama, huzurlarınızda yazdıkları için teşekkür ediyorum. Gerçekten alacaklıların bu konumunu anlamak için tarihçeye bakmak lazım. Ama tarih değişti, dünya değişti ve ülkemizde de sonuç olarak söylemeden geçemeyeceğim: İflâs sistemimizin iflâs etmesinin temelindeki en önemli mesele, etik meseledir. Borçlularda borç ödeme ahlakı kalmamıştır memlekette. Bazı alacaklıların da "*Benden sonra tufan*" şeklinde davranmaları, yani küçük bir alacağını almak için bile büyük bir gemiyi batırmayı göze almaları şeklindeki davranış maalesef bu yaşadığımız sorunların temelinde yatmaktadır.

Ayrıca, Adalet Bakanlığı'nın İcra İflâs Teşkilatı'ndaki yapılanmayı da tamamlaması lazım. Bu İflâs Teşkilatı'yla, bu yetersiz bir İflâs Teşkilatı, mükemmel şeyler yapılması mümkün değil. İflâs müdürlerinin 1932 tarihindeki değişikliklerle veya 1924 tarihindeki değişikliğin esbabı mucibesinde -yanlış hatırlıyorsam- yazıyor, hukuk fakültesi mezunu iflâs müdürlerinden söz ediyor. Yani onlar amaçlanmış. Devrim sırasında o idealist insanlar böyle bir düzen kurmayı amaçlamışlar. Hukuk fakültesi mezunu insanlar iflâs dairesi müdürü olur, icra dairesi müdürü olur diye düşünülmüşler. Ama uygulamamız böyle değil. Maalesef, bilgi birikimi, eğitim ve toplumun temel sorunu olan etik sorunlar ve ekonomik sorunlar bir araya gelmiş, iflâs sistemimizi maalesef iflâs ettirmiştir.

**Seyit ÇAVDAR:** Her iki değerli hocamıza da çok teşekkür ediyorum. Şimdi, çay-kahve arası vermeden önce iki veya en fazla üç sual alacağız. İlk sözü Sayın Bilge Umar'a veriyorum, buyurun Sayın hocam.

**Prof. Dr. Bilge UMAR** (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Teşekkür ediyorum. Efendim, benimki soru değil, küçük bir katkı.

Aslında, iflâs prosedürünün uzunluğu değerli Pekcanitez'in anlattığından daha da acıklı. Çünkü o, fark etmişsinizdir, sürecin bir aşamasını dalgınlıkla söylemedi. İşte, ödeme emri

gönderiliyor, borçlu itiraz etti, etmedi, iflâs hükmünü almak için mahkemeye müracaat ediliyor. Özellikle borçlu itiraz etmişse alacağın varlığını tespit etmek bakımından çok uzaya-bilen bir süreç sonunda iflâs hükmü çıkıyor. “*Sonra iflâs dairesine haber veriliyor*” dedi, o işte alacaklıları topluyor. Ee, arası vardı, unutmayalım. İflâs takibin kesinleştiğini tespit edince, alacağımı aldım tespit edince mahkeme ilan veriyor: “*Ey sayın alacaklılar, var mı içinizde itiraz eden? Acaba iflâs hükmü verilmesi gerekmiyor*” diyen var mı içinizde? Ve müdahale fırsatını veriyor alacaklılara. Bir alacaklı gelip de “*Hiç de lüzum yoktur, haciz yoluyla münferit takipler yapılması suretiyle pekâlâ herkes hakkını alabilir. Ne diye iflâs hükmü verilecekmış, iş uzayacak. İtiraz ediyoruz*” deyince, acaba doğru mu değil mi diye bunun incelenmesi gerekecek, öyle değil mi? Hadi, bir uzun ara aşaması daha eklendi sürece.

Bunu vurgulamak istemiştım efendim. Teşekkür ederim.

**Seyit ÇAVDAR:** Teşekkür ediyorum, Sayın hocam. Buyurun Sayın Üstündağ.

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ:** Şimdi, bizim kanunumuza baktığımızda, biz kanunun orijini olan İsviçre’yi âdeta takip ediyoruz. Ne yapmışız? Oradaki gibi iflâsı düzenlemişiz, konkordatoyu düzenlemişiz ve sabahki toplantıda bir konuşmacının da belirttiği gibi, yeniden yapılanmaya da sempatiyle bakan bir İsviçre anlayışı içindeyiz. Nitekim bunu konkordato sistemine monte edecek biçimde birtakım formüller arayışı içindeyiz.

Binaenaleyh, şimdi, İsviçre önemli. Almanya farklı yaptı; Almanya tuttu iflâsı kaldırdı, konkordatoyu da kaldırdı, sistemi ikiye indirdi. Biri iflâs, öbürü de yeniden yapılanma. Şimdi, yeniden yapılanma hakkındaki değerlendirmeler henüz çok erken Türkiye açısından. Lüzumlu olup olmadığı konusunda, Bir kere genel temayül buraya gidiyor. Bugün için uygulamasının bulunmaması, özel yeniden yapılanma mevzu-

TARTIŞMALAR

tının üretilmiş olmasındandır. Gerek *İstanbul yaklaşımı* gerek *Anadolu yaklaşımı* kriz dönemi dolayısıyla çıkarılmış özel yeniden yapılanma sistemleri vardır ve bunlar dolayısıyla kanuna girmiş olan genel yeniden yapılanma kurallarının uygulanmasına hâlihazırda ihtiyaç duyulmamıştır. Ama yeniden yapılanmaya ihtiyaç, özel çıkarılan kanunlar dolayısıyla sabittir, teslim edilmiştir ve reddedilmemiştir. Onun için, yeniden yapılanma açısından biraz bekleyelim. Bugünün gidişi de iflâsın öyle çok arzulanır bir gidiş olmadığı istikametindedir. Yani kurumları öldürmek yerine, olabildiğince kurumları sağlığa kavuşturma yaklaşımıdır. Siz eğer yeniden yapılanma üzerinde tereddütler doğurursanız, iflâsa öncelik verirseniz o yıkım daha büyük yıkım olur.

İki, İsviçre’de yürüyen bu sistem, yani iflâs, konkordato, yeniden yapılanma, yeni sempatik bir yaklaşım var, orada yürüyor, bir ölçüde yürüyor. Mesela, kurtarma rejimi olarak konkordatoyu bizde sabote eden Yargıtay’ın kararlarıdır. Yargıtay bazı aklievvel hukukçuların etkisiyle konkordatonun tasdikinin mutlaka dört aylık süre içinde gerçekleşmesi zorunluluğunu getirmiştir. Dört ayda tasdik aşamasına bir iş gelebilir mi? Ve bunu o kadar ısrarla bazı hukukçular savunmuşlardır ki, sonunda yasa koyucu da bu feryatlara kapılmış ve o da ne demiştir: “*Dört ay içinde tasdiki tekemmül ettirin, hatta siz takip yasağını ihtiyati tedbir yoluyla dahi sağlayamazsınız*” Şimdi, burada bir yandan Yargıtay’ın kusuru var, bir yandan da teoride kifayetsiz bilgilere sahip olanların Yargıtay’ı etki altına almasının getirdiği bir şey var. Binaenaleyh, buradan hareket ederek konkordatoyu reddetmenin anlamı yok. Konkordato bir kurtarma yoludur.

İkinci bir problem: İflâsın bugün iflâs etmesi diye bir şeyi ben kabul etmiyorum. İflâsı iflâs ettiren şey, iflâsın ertelenmesi kurumunda beş senelik süre uzatmaya olanak tanınmasıdır. İflâs ertelenmesi beş senelik süreye yayılacak şekilde uygulandığı zaman siz hiçbir şey yapamazsınız. İflâs da ettiremiyorsunuz, o zaman bu süreyi aslında dar tutmanız lazımdı. Bu süreyi niye genişlettiler? Bu süreyi genişlettiğiniz zaman da iflâs olmayı doğmaz. Herkes iflâsın ertelenmesi kurumuna başvurmaya



başladı ve iflâs öldü. Ölmesi doğru muydu? Yaşamayı kabiliyeti olmayan kurumların iflâs ettirilmesi de normaldi, niye iflâs iflâs etti. İflâsı engelleyen en önemli faktör, iflâsın ertelenmesi kurumunun yanlış uygulamasıdır ve yasa koyucunun iflâsın ertelenmesi bir yıl iken beş yıla çıkardı, beş yıl içinde Yargıtay da hazırlıksız yakalandığı için iflâs ertelenmesi mebzulen uygulandı, mebzulen uygulanınca da iflâsa yer kalmadı. Halbuki iflâsın ertelenmesi kurumu olması gerektiği şekilde, ki zannediyorum Yargıtay son zamanlarda o cömert uygulamasından vazgeçip, daraltıcı uygulamaya geçiyor ki, doğru olan budur. Mesela, İsviçre’de tereddüt halinde iflâsa hükmeder. Hiçbir zaman iflâsın ertelenmesi İsviçre’de suistimal edilmemiştir. Tatbikata baktığınızda durum böyle. Ama bizde iflâsın ertelenmesi kurumu suistimal edilmiştir.

Bir başka Yargıtay’ın bize yüklediği hata, kusura bakmasınlar: Alman hukukunda teminat amaçlı inançlı temlik taşınmazlar bakımından mümkün değildir. Alman hukukçuları burada, eğer yanlış söylüyorsam “Hayır” desinler. Alman hukukunda taşınmazlar açısından teminat amaçlı inançlı temlik tanınmamıştır. Bizde teminat amaçlı inançlı temlik taşınmazlarda da tanınmıştır, tefecilere pas verilmiştir. Ne yapıyor tefeciler? Kredilerini garanti altına almak için “*Yap mülkiyeti bana, ödediğin zaman sana iade ederim*” Alman hukukunda bunun şartlı taşınmaz temliki olduğu söyleniyor, taşınmazlar bakımından ve şartlı taşınmaz temliki de cari değildir. O bakımdan, Alman hukukunda sadece menkuller bakımından inançlı teminat amaçlı temlik vardır. Şimdi Yargıtay bunu açınca da büyük bir vüs’at kazandı bu, büyük bir uygulama kazandı, tefecilere gün doğdu. Siz adamın krediye ihtiyacı olana malını verirseniz, malını da bir daha geri alması mümkün olmaz.

O bakımdan, kurumlar kuruluş amaçlarına uygun, o felsefede yorumlanır ve uygulanırsa, bir sürü şikayet ettiğimiz şeylerin gerçekleşmeyeceği düşüncesindeyim ve mevcut mevzuatla da fazla oynamanın yararlı olacağı kanaatinde değilim. Çok şükür bu düşünceye Adalet Bakanı da dışarıki bir sohbetimizde belirtti, “*Kökten bazı değişiklikler değil, ihtiyaç duyulan noktalarda değişiklik yapacağız*” dedi. Doğru olan da budur.

TARTIŞMALAR

Çok teşekkür ederim.

**Seyit ÇAVDAR:** Ben Sayın hocamın panelist hocamıza soru soracağını düşünmüştüm.

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ:** Korsan bildiri oldu!

**Seyit ÇAVDAR:** Ama anladığım kadarıyla Yargıtay'a sualler sordu. Hocamdan çok özür diliyorum, sizin de zamanınızın çok dar olduğunu bildiğim için, ana hatlarıyla cevap vermek istiyorum.

Her şeyden önce şunu kabul etmemiz lazım ki, yargı kararlarını beğenmeyebilirsiniz, eleştirebilirsiniz, lakin uymak zorundasınız.

İkincisi, Yargıtay kendisi yasa yapmamaktadır. Yargıtay, yapılmış olan mevcut yasayı uygulamaya çalışmaktadır. En basit bir örnek vermek istiyorum: İflâsın ertelenmesi müessesesi icra iflâs hukukunda 179. maddeyle kabul edildikten sonra, Hakan hocamın ve Oğuz hocamın da isabetle belirttiği gibi, bizim kötü niyetli tacirlerin hepsi borca battı. Evet, önceden hiçbirisini "*Borca batışım*" dediremezsiniz. Ne zaman ki iflâsın ertelenmesi dava konusu edilmeye başladı, herkes mecburi iken "*Borca batışım*" demeyenler, mecbur olmadığı halde iflâsın ertelenmesi kararı alabilmek için "*Borca batışım*" dediler. 179. madde hepimizin önünde, açın bakın, ana hatlarını aldı, hiçbir şey almadı.

Şimdi, "*Yargıtay ilk önce iflâsın ertelenmesi kararlarını onadı, sonra da bozmaya başladı*". Eleştiri bu.

Değerli konuklar, biz 19. Hukuk Dairesi olarak iflâsın ertelenmesi davaları açılıp karara bağlandığı andan itibaren tüm yönüyle incelemeye çalışıyoruz. İflâsın ertelenmesi davası diyebiliriz, talebi diyebiliriz, ne ad altında adlandıırırsak adlandıralım, şu andaki mevcudiyetini 19. Hukuk Dairesi'ne borç-

ludur. Neden? Çünkü ticaret mahkemeleri bir iflâsın ertelenmesi davasına bakmamıştır. Baktılar ve tedbir verilmesi gerektiği inancıyla tedbir verdiler. Tedbiri alan kötü niyetli, iflâsın ertelenmesini talep eden taraf, davanın uzaması için elinden gelen tüm imkânı ortaya getirdi. Bilirkişi raporunu, giderini yatırmadı, rapora itiraz etti, bilançoysu eksik verdi, iyileştirme projesini... Yani bir sürü... Amaç neydi? Ben tedbiri aldım, aldıktan sonra borcun ödemesi uzasın anlamında.

Bu nasıl fark edildi? Yasada yazmuyor, uygulama çok yeni. Ne yaptı 19. Hukuk Dairesi? Ya, kötü niyetliler tedbir kararı aldığı zaman bunu suistimal ediyordu. O zaman, kararlarıyla bir yol çizmeye çalıştılar. Dedik ki: *"Ticaret mahkemeleri, siz iflâsın ertelenmesi davasında tedbir kararı vermeden önce bir ön araştırma yapınız, bir ön rapor alınız. Bu raporu aldığınız zaman, şayet ki borca batık olduğunu belirliyorsanız, şayet iyileştirme projesi size inandırıcı geliyorsa ondan sonra tedbir veriniz"* dedi. Tabii, bu yöne de gelince ne oldu: *"İflâsın erteleme müessesesi 19. Hukukun kararlarıyla yürümez hale geldi"* diye eleştirilmeye başladı. Önce, hepsi oluyordu *"Veriliyor"* diye eleştiriyorduk, biraz da işi sıkı tutunca, bu sefer de *"Olmuyor, müesseseyi yürütmüyor"* diye eleştirildi.

Onun için, tabii ki çok yeni bir müessese, uygulama zamanla oturacak. Ama şunu herkes peşinen kabul etmeli: İflâsın ertelenmesi talebi, iyi niyetli borcunu ödemek isteyen borçlu için. Kötü niyetli hırsıza kapı kilit tutmaz. Ne yaparsanız yapın, girecektir.

Diğer yandan, yeniden yapılandırmayla ilgili: Ben 1991 yılından bu yana 19. Hukuk Dairesi'nde yim. Bu zamana kadar sadece bir tane yeniden yapılandırmayla ilgili dava açıldı, onunla ilgili ticaret mahkemesi karar verdi, 19. Hukuk Dairesi'ne temyiz edildi, ancak incelemesi yapılmadan temizden feragat edildi, vazgeçildi. Şu ana kadar bize bu yönde, şu anda, yani gelmiş de bize, heyete intikal etmedi, dağıtım olmadı, onu bilmiyorum... Gelmiş bir dosya yok.

TARTIŞMALAR

Fazla zamanınızı almak istemiyorum. Bizleri sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum. Hocama da bu güzel sunum için teşekkür ediyorum.

On beş dakika çay molası veriyoruz.

**BİRİNCİ GÜN**

**9 Ekim 2009**

**ÜÇÜNCÜ OTURUM**

**Oturum Başkanı**

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA**

(Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

**Tebliğ Sunan**

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ**

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

İflâs Ertelemesinin Değerlendirmesi ve Eleştirisi

**Oturum Başkanı: Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA**

**Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ**

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Arş. Gör. Dr. Müjgan YÜCEL:** Sayın konuklar; birazdan, bugünkü toplantımızın üçüncü oturumuna başlayacağız. Bu oturumun başkanlığını, Sayın Prof. Dr. Yavuz Alangoya gerçekleştirecek; Sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez ise tebliğ sunacaklardır.

MÜJGAN  
YÜCEL'İN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA** (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Efendim, toplantımızın bu oturumunda benim hatırladığım kadarıyla sadece İcra İflâs Kanunu'nda iki veya üç maddede düzenlenip, Ticaret Kanunu'ndaki hükmün de bir tekrarı olan -179. maddeyi kastediyorum- böyle üç madde etrafında dönen bir müessesenin bu kadar zengin bir yayına sebebiyet verdiğini ben hiç görmemiştim. İflâsın ertelenmesinden bahsediyorum.

YAVUZ  
ALANGOYA'NIN  
KONUŞMASI

Biraz evvel arkadaşlarla da konuşurken, sadece bu konuda üç tane tez var, monografik çalışma. Vallahi sayısını bilmiyorum, birçok makale ve hep bu çerçevede içerisinde. Demek ki

YAVUZ  
ALANGOYA'NIN  
KONUŞMASI

burada bir mesele var, öyle anlaşılıyor. Burada, şu veya bu şekilde bir mesele var.

Şimdi, sabahki oturumlarda İsviçre'de beni büsbütün meseleyle ilgilenmeye sevk eden, büsbütün sevk eden İsviçre'de "Konkursaufschub" denilen bu erteleme müessesesinin yeni tasarıda kaldırılmış olduğunu görüyoruz. Çünkü Komisyon "Buradaki menfaatler, buradaki lehte noktalar, diğer yargılamada karşılanabilir niteliktedir" diyor.

Almanya'ya baktığımız zaman, "Eigenverwaltung" denilen müessesenin de çok rağbette olan bir müessese olmadığı, özellikle borçlunun çok inisiyatifine bırakılmış olması dolayısıyla müesseseyi bu duruma getirmiş olan borçluya niye bu kadar çok imkân veriyoruz şeklinde bir anlayış çerçevesi içinde pek müessesenin uygulanmadığı görülmektedir.

Bize gelince, biraz evvelki tebliğden de gördük, iflâs hukukunda düzenlenmiş müesseselerin hemen hepsi -şu veya bu sebeple, ben bir değer hükmü vermek istemiyorum- için uygulanamıyor ifadesi kullanıldı ve buna hepimiz şahidiz, hakikaten öyle. Bilmiyorum, istatistikler elimde değil ama. Ama buna mukabil, Profesör Atalay'ın da çok güzel belirttiği gibi, tam bir icra iflâs hukuku müessesesi olup olmadığı şüpheli olan bir müessese, iflâsın ertelenmesi müessesesi, uygulama bakımından diğerleriyle kabili kıyas olmayan bir kapsama ulaşmıştır. Ve bu müessese üzerinde çok ciddi tartışmalar vardır. Lehte olanlar olduğu gibi, aleyhte olanlar da vardır.

Bazı tezlere baktığımda, doğrusu bu noktada, bu istikamette pek fazla değerlendirme yapılmamış olduğunu da görüyorum.

İşte, değerli meslektaşım Prof. Pekcanutez bu müesseseye ilişkin beni başlığından da ümide düşüren eleştirel bir yaklaşımı olacak. Çünkü ben de bu müesseseye biraz eleştirel bir gözle bakıyorum.

Buyurun Sayın Pekcanutez.

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ**

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

## **İFLÂS ERTELEMESİNİN DEĞERLENDİRMESİ VE ELEŞTİRİSİ**

HAKAN  
PEKCANİTEZ'İN  
TEBLİĞİ

Teşekkür ediyorum Sayın Başkanım. Değerli meslektaşlarım; ben izin verirseniz önce iflâsın ertelenmesi müessesesinin 4949 sayılı Kanun'la hukukumuzda neden İcra İflâs Kanunu'nda düzenlenerek yeniden girdiğini ifade etmek istiyorum.

Bildiğiniz gibi, 2000-2001 krizinden sonra Türkiye'de özellikle banka alacaklarının ya da pek çok alacaklının alacağını tahsil edememesi hemen gündeme İcra İflâs Kanunu değişikliğini getirdi. Uzun süre pek çok bakan da bu konuda *"İşte, bu alacakların İcra İflâs Kanunu değiştirilerek tahsil edileceği"* konusunda kamuoyuna çeşitli açıklamalar yaptılar. Âdeta bütün problem, bütün ekonomik kriz İcra İflâs Kanunu değişikliğinden sonra çözülecekmişçesine.

Nitekim, bunun ardından bir komisyon oluşturuldu ve bu komisyon İcra İflâs Kanunu değişikliklerini değerlendirirken, çok ciddi bir şekilde baskı uygulandı. Mutlaka Amerikan hu-



kukundaki o "Chapter Eleven" diye sabahtan beri ifade edilen müessesenin Türk hukukuna alınması yönünde.

Ben, bu komisyonda görev yaptım. Biz ise, şöyle bir çözüm aradık, dedik ki: Hiç bilmediğimiz, hukukumuzda tek bir kalem dahi oynatılmamış olan bu "Chapter Eleven"ı hukukumuzda almak yerine, İsviçre hukukundaki 1991 yılında değişikliğe uğrayan ve yeniden düzenlenen Borçlar Kanunu'ndaki o 725/a maddesinden esinlenerek, bu iflasın ertelenmesi müessesesini hukukumuzda alalım ve diyelim ki: İşte, yeniden yapılandırma, iyileştirme bu şekilde Türk hukukunda sağlanabilecek.

Hatta bununla da kalmadık, bunun yanına bir de, bonus gibi, mal varlığının terki suretiyle konkordatoyu ilave ettik. Diyeceksiniz ki: Bunları yapmayabilirdiniz, doğru, yapılmayabilirdi. Ama Türkiye'nin o IMF'den aldığı 1,6 milyar dolar bu kanunun çıkarılması şartına bağlanmıştı ve kanun bu şekilde kabul edildi.

Arkasından, tekrardan yeniden yapılandırmanın kanuna alınması yönünde bir baskı uygulandı ve bir baktık ki bizim İcra İflas Kanunu'na üç tane müessese daha girdi. Bu arada, kanunların TBMM'de, özellikle Adalet Komisyonu'nda görüşülürken çok farklı müdahalelere tabi olduğunu da söyleyeyim ve bu müdahalelerin de çok tehlikeli sonuçlar yarattığını da söylemeliyim. İşte, bu Adalet Komisyonu'nda yapılan müdahalelerden sonra, konkordato işlemez hale getirildi, mefluç hale getirildi. Çünkü beş ay içinde tasdik mecburiyeti getirildi. Bu, imkânsızdı. Ama şunu söyleyeyim: Acaba konkordatoyu biz gerçekte komisyon olarak kabul ettiğimiz gibi, yirmi dört aya kadar uzayan bir süre içinde tasdik edilebilme imkânını kabul etseydik bugün durum değişecek miydi? Hayır, yine değişmeyecekti. Sebep? Sebep, ben 1988 öncesi iflasları esas alarak bunu gerekçelendirmek istiyorum.

1988'den önce bütün borçlular iflas etmek için mahkemelerin kapısında kuyruk oluşturdular, hatta avukatların kapısında kuyruk oluşturdular: "Ne olur, beni de iflas ettir" diye yalvardılar. Hatta bazı avukatlar kendini "İflas mühendisi" gibi tanıtarak, bu konuda yüzlerce mahkemelere iflas başvurula-

rında bulundu ve o günkü düzenlememiz, mahkemenin böyle bir başvuruyu hemen kabul ederek iflas kararı vermesi biçiminde olduğu için, Türkiye’de belki dünyanın hiçbir yerinde olmayan şekilde iflas kararları verilmeye başlandı. Sebep? Çünkü iflas ettiğiniz zaman, sonunda tasfiyenin iki, üç, dört yıl sürmesi sonunda kâr ediyordunuz. Borcunuzun iflas anında dörtte 1’ini ödeyebilecek durumda iken, iflas tasfiyesi sonunda tümünü ödediğiniz gibi, o mal varlığının yarısını da cebinize atıyordunuz. Neden? Çünkü faiz işlemiyordu. Dışarıda enflasyon % 90, % 100, % 120 idi, faiz işlemiyordu ve bu işten herkes kârlı çıkıyordu. 1988’de bir hüküm getirildi, denildi ki: “İflastan sonra da faizler işlemeye devam edecek” Ve o değişiklik iflasların birdenbire kesilmesine neden oldu.

Tabii ki arkasından konkordato ile ilgili de önemli değişiklikler yaşandı. Sonuç? Sonuç, artık borçlar mahkeme önlerine gidip: “*Ne olur, beni de iflas ettir*” şeklinde talepte bulunmaya başladılar. Ama başka bir müessese, kötü niyetli kullanılacak bir müessese gerekiyordu, işte iflasın ertelenmesi bunun için âdeta biçilmiş bir kaftandı. Çünkü bu müessese kabul edilir edilmez başvurular başladı ve bugün müracaat edip ertesi gün tedbir kararı almak suretiyle uygulama yerel mahkemeler iflasın ertelenmesini incelerken, tedbir yoluyla bütün takipleri durdurdular. Ve bunun sonunda, iflasın ertelenmesi bütün borçluların dikkatini çekti; 2003 yılından sonra. Hâlbuki iflasın ertelenmesi, bizim Ticaret Kanunu’ muzun kabulünden itibaren mevcut olan bir müesseseydi. Herhangi bir ayrıntının düzenlenmemesi, iflasın ertelenmesinin o dönemde talep edilmesini de gerektirmiyordu. Bilmiyordu, kötü niyetli kullanılmaya müsait olduğu bilinmiyordu. İlk defa benim hatırladığım, bildiğim... Bir de makale yazılmıştı ki bu başvuruda bilirkişilik yapan bir kişi tarafından “*Nisim Franko*” tarafından yazılmıştı. 1988 yılında İzmir’de bir yumurta ve piliç üretimi yapan bir firma ilk defa Ankaralı bir avukatın başvurusuyla iflasın ertelenmesini İzmir’deki Asliye Ticaret Mahkemesi’nden istedi. Bu başvuruyla ilk defa karşı karşıya kalan İzmir’deki Asliye Ticaret Mahkemesi de, altı aylık bir süre verdi. Bakın, bir yıl gibi bir süre öngörmedi, sadece altı aylık bir süre verdi ve

HAKAN  
PEKCANİTEZ'İN  
TEBLİĞİ

altı aylık sürenin sonunda bu firmanın iyileşemeyeceği görüldüğü için iflasına karar verdi. Daha fazla uzatılmadı.

Bunun arkasından uygulamada zaman zaman birkaç karar gördüysem de, asıl uygulama 2003'ten sonra başladı. Bizim maalesef çok sağlıklı istatistiklerimiz yok, internetten de baktığım zaman 2006 ve 2007'yi aldım, 2008 ve 2009, uluslararası bilemiyorum, çünkü asıl sayının artışı orada söz konusu ama, iflasın ertelenmesi başvurusu 2006'da 373, 2007'de 753. Bu, zannediyorum 2008 ve 2009'da katlayarak çoğalıyor. Herhalde böyle devam edecek.

Şimdi, bu müessese diğer ifade ettiğim konkordato, yeniden yapılandırma, mal varlığının terki suretiyle konkordato yanında dördüncü bir müessese olarak görülüyor. Ama uygulamada sadece ve sadece iflasın ertelenmesini biliyoruz. En çok yapılan başvuru bu.

Konkordatodan söz edilmedi, benim bildiğim kadarıyla 2003'ten sonra hiçbir konkordato başvurusu olmadı. Olsaydı bile belki eskiden gelme olabilir, çünkü beş ay içinde o konkordatoyu tasdik edecek ve ondan sonra da temyiz için süre kalabilecek bir durumun olabileceğini -Ha, imkânsız demiyorum ama- pek zannetmiyorum. Çünkü bu beş aylık süre zaten konkordatonun işlememesi için Adalet Komisyonunda müdahale edilerek getirilen bir düzenleme idi.

Biz icra iflas hukukçuları da iflasın ertelenmesini pek sevdi, çok makaleler yazdık, ben de dahilim buna. Son üç yıl içinde yazılmış üç tane profesörlük takdim tezi var, bir tane doktora tezi var, pek çok monografik çalışma var, pek çok makale var, bundan sonra da yazılacak ve yazılacağını da tahmin ediyorum. Uygulama da çok sevdi, doktrin de çok sevdi. Âdeta, sanki iflasın ertelenmesini yazmamışsan "*Eh, sana icra iflas hukukçusu da demeyiz*" şeklinde bir yaygın bir iflasın ertelenmesi makalesi çokluğu var. Ben Türk hukukunda bunu bir tek anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusundan hatırlıyorum, orada da galiba üç veya dört doktora ve doçentlik tezi yazılmıştı.

Şimdi, her şeyden önce kanun yapma tekniği bakımından, bir kanunda hem konkordato hem iflasın ertelenmesi hem yeniden yapılandırma gibi, tamamen farklı ve bizim hukukumuza yabancı bir sistemin yer almasının doğru olmadığı kanısındayım. Birisi var ise diğerine gerek yok. Hadi ikisi varsa üçüncüsüne gerek yok. Bizimkisi âdeta borçluya bir seçenek, birden fazla seçenek gibi, hangisini isterse... Ve dikkat edin, bunu sadece sermaye şirketleri için öngörüyoruz. Diğer şirketler veya gerçek kişiler bakımından, tacirler bakımından böyle bir imkân söz konusu değil. Nedense son yıllardaki değişiklik, sadece sermaye şirketleri bakımından bunu gerektiriyor.

Şimdi, sırasıyla tespit edebildiğim uygulamadaki iflasın ertelenmesine ilişkin eleştirilerimi ifade etmek istiyorum. Birincisi, biraz önce Sayın Oğuz Atalay'ın iflasla ilgili açıklamalarına da katkıda bulunurken ifade ettiğim gibi, iflas, mümkün olduğu kadar erken açılmalı. Erken açılabilirse ancak iflasta bir masa ve masaya ait mal varlığının oluşması mümkün. İflasın ertelenmesi, sadece borca batık olma halini öngörüyor. Daha önce biz borçluya diyoruz ki: *"Hayır, borca batık hale gel, ondan sonra ertelemeyi talep et"* Bunu, şuna benzetebiliriz: Hastayım, doktora gidiyorum, ama bana diyor ki: *"Yeteri kadar hasta değilsin, şöyle bir komaya gir, ondan sonra gel, ben seni o zaman iyileştireyim ya da bak iyileşme formüllerini o zaman sana söyleyeceğim."*

Bana göre iflasın ertelenmesi müessesesinin en zayıf noktalarından bir tanesi bu. Borca batık hale gel, ondan sonra iflasın ertelenmesini isteyebilirsin... Halbuki, yeniden yapılandırma böyle bir tehlikenin varlığı halinde dahi bu müesseseye başvurabilme imkânını sunuyor. Konkordatoda ise zaten böyle bir borca batık hal şartı yok. Dolayısıyla eğer biz iflasın ertelenmesini daha önceden talep edebilme imkânı sunabilirsek, o zaman ertelemenin daha da gerçekçi olabileceğini ve iyileştirmenin daha iyi koşullarda sağlanabileceğini söylemek istiyor. Yoksa borca batık hale geldikten sonra, ki bunun ne zamandan beri borca batık hale geldiği de belli değil, âdeta son nefesinde ertelemeyi talep eden bir borçlunun kurtulabilme şansı çok istisnai hallerde söz konusu olabilir.

HAKAN  
PEKCANİTEZ'İN  
TEBLİĞİ

İşin bir başka çelişkili yönü: Biz, bu halde olan, yani borca batık halde olan borçluya erteleme talebinde bulunabilme imkânı sunuyoruz, ama ona şöyle diyoruz: “Yalnız, *senin hakkındaki alacaklıların alacakları aynen muhafaza edilecek, üstelik faizler de işlemeye devam edecek.*” Halbuki konkordatoda, siz gücünüze uygun olarak alacaklılarınızla anlaşabilirsiniz, onlara iskonto ya da vade öngörebilirsiniz, faizleri ödemeyebilirsiniz, böyle bir teklif yapabilirsiniz. İflasın ertelenmesinde böyle bir imkânınız yok. Öyle ki, hem siz borca batık halde olacaksınız hem de buna rağmen faizler eskisi gibi işlemeye başlayacak ve bir mucize gerçekleşecek. O mucizenin sonunda siz sağlığınıza kavuşacaksınız, sapasağlam hale geleceksiniz ve tıkr tıkr borçlarınızı da ödeyeceksiniz. Dikkat edin, henüz bir vade de yok. İflasın ertelenmesi koşullarının sağlandığı ve sizin sağlığa kavuştuğunuz açıklandığı gün bütün alacaklarınıza erteleme bittiği için... O sırada takip yapmış, yapmamış, haciz koymuş... Bütün alacaklarınıza faizleriyle beraber alacaklarınızı ödeyeceksiniz. Bu bir mucize. Yani bu bir şapkan-dan tavşan çıkarmaya benziyor bana göre. Benim uygulamada gördüğüm de bu. Elimizde maalesef bir istatistiki bilgi yok. Ne kadar şirket kurtuluyor, bunun başarı oranı nedir?

Şimdi burada uygulamanın bir başka yönünü söylemek istiyorum: Bu imkânsızlığı aşmak için uygulamada gerçekten iyileşmek isteyen pek çok şirket, bu sefer başka bir yola başvuruyor, sanki borca batıkmiş gibi davranıyor. Borca batık olmadığı halde. Ee, bunu nasıl yapıyor? Uygulamadan bildiğim bu çok kolay. “Siz sadece bizden bilanço isteyin, borca batık mı olsun, yoksa sapasağlam, turp gibi bir şirketin bilançosunu mu istiyorsunuz? İkisini de hallederiz” diyorlar. Aynı anda, aynı şirket, aynı koşullarda. Kim hazırlıyor bunu? O şirketin muhasebecisi. İşte o zaman, henüz borca batık hale gelmeden bizim uygulamamızda iflasın ertelenmesi talep edilmeye başlandı. Çünkü bu şekilde zorladığınız zaman, ister istemez bunu aşmak için bir çözüm aranıyor. Ki bunu iyi niyetle iflasın ertelenmesine başvuru olarak değerlendirilebileceğini söylüyorum. Ama bu kanuna aykırı... Kanuna aykırı olan bir başvuru bu.

Ha, o zaman da borca batık olmadığı mahkemenin bilirkişi raporuyla tespit edildiği zaman talep reddediliyor. Onun için, bana göre sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iyileşebilmesi için erken teşhis önemlidir, erken başvuru önemlidir, erken iyileştirme planları önemlidir. Borca batık olduktan sonra geriye kalan iyileştirme projelerinin son derece sınırlı ve imkânsız olduğunu düşünüyorum.

İflasın ertelenmesi ihtiyati tedbirler bakımından da eleştirilmesi gereken bir müessese. Şimdi, kanunda belki de en ciddi düzenleme yapılırken hatalardan birisi, 179. maddede yapılandırılır. 179. maddede, ikinci fıkrada deniliyor ki: "*Mahkeme, gerekli görürse idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseleri ve alacaklıları dinleyebilir. İflasın ertelenmesi talebi öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılır.*" Şimdi, bunu okuduğunuz zaman, iflasın ertelenmesi zaten kendisi âdeta bir ihtiyati tedbir gibi, bir geçici hukuki koruma önlemi gibi algılanıyor ve nitekim doktrinde bazı kişiler de iflasın ertelenmesini bir geçici hukuki koruma önlemi olarak değerlendiriyorlar. Ben bu görüşe katılmıyorum. Bunun sebeplerini sonra açıklayabilirim, bu tartışmaya girmek istemiyorum. Ama bu ifade, iflasın ertelenmesi başvurusunu sanki bir ihtiyati tedbir başvurusu gibi değerlendirilmesine neden oldu. Nitekim İstanbul'da bütün asliye ticaret mahkemeleri bugün iflasın ertelenmesi için tedbir isteyip ertesi gün alınabilecek şekilde bunu uygulamaya koydu.

Sonuç? Zaten tedbir yoluyla takipleri durdurduğunuz zaman, çekişmesiz yargı işini oyalamaktan başka geriye hiçbir şey kalmıyor. Bu konuda Yargıtay çok isabetli bir karar verdi bana göre, hem de işin başında, o da şu, dedi ki: "*İflasın ertelenmesi talepleri ilan edilmelidir.*" Kanunda bir dayanağı yok. Bana göre var. Şöyle var, bu da doktrinde tartışmalı ama: "*İflasın ertelenmesi bir çekişmesiz yargı işidir.*" Buna maalesef dava diyen de var, hatta hızını alamayıp "*Bu, ne çekişmelidir ne de çekişmesizdir, çekişmelidir ama davalısı yok*" gibi, böyle yepyeni bir teori üreten de var bu çalışmalarda.

Biz tasarıda bunun çekişmesiz yargı olduğunu açıkça ifade ettik, çünkü burada doğrudan iflasta davalı yok, tipik bir

HAKAN  
PEKCANİTEZ'İN  
TEBLİĞİ

çekişmesiz yargı. Bu konuda bir tereddüt de yok. Dolayısıyla bunu dava olarak değerlendirmek veya bir başka yöne çekmenin de bir manası yok. Çekişmesiz yargının en tipik özelliklerinden bir tanesi, kamu düzenine ilişkindir. Zaten iflasın özünde de bu var. Ee, kamu düzenini ilgilendiren bir konuda mahkeme tabii ki bütün ilgilileri haberdar etmek imkânına sahip, daha doğrusu böyle bir mecburiyeti var. Ee, bunu tebliğat yoluyla yapmak çok pratik değil. İlan, bunun belki en basit, en çabuk olanıydı. O yüzden bu kararın son derece isabetli olduğunu düşünüyorum.

Ha, şunu sorabiliriz: *"Acaba bütün bunlardan sonra iflasın ertelenmesi kararını kanundaki düzenleme sebebiyle bir kez daha acaba ilan etmeye gerek var mı?"* Çünkü kanun diyor ki: *"Hüküm fıkra-sını bir kez daha ilan edeceğiz."* İflastaki gibi.

Şimdi, buradan bir başka yöne geçmek istiyorum, bir başka eleştiriye geçmek istiyorum. Başvuruyu ilan ettiniz... Dikkat edilirse, İsviçre'de iflasın ertelenmesi kararı dahi ilan edilmiyor. Sebep? Çünkü bu tür başvuruda bulunan borçlunun kredi alabilmesi veya diğer hukuki ilişkilere girebilmesi konusunda zarar görmemesi. Ama bunu şimdi bizim hukukumuz bakımından değerlendirelim: Biz ilan ediyoruz, ilan ettikten sonra artık o borçlu herkesin gözünde iflasın ertelenmesini talep etmiş, yani bir ayağı çukurda, bir an önce iflas edebilme ihtimaline sahip.

Peki, böyle bir şirketle kim bundan sonra ilişkiye girer? Kim kredi verir? Kim alışveriş eder? Buradan bir başka soruyu daha sormak lazım: Peki, iflasın ertelenmesini talep etmiş ve böyle bir ilan çıkmış olan şirketin bundan sonraki yapacağı hukuki işlemlerde alacaklı olan kişilerin alacağı ne olacak? Bunlar, iflastaki gibi masa alacağı olacak mı? Hayır. Yani siz iflasın ertelenmesinden sonra bir şirkete borç vermişseniz, bir şirketle bir ilişki kurmuşsanız, bir ticari ilişkiye girmişseniz, o şirket iflas ettikten sonra o alacağınız masa alacağı filan değil. Keza, şirket iflasın ertelenmesi sırasında sizden satın aldığı malı ödemediği takdirde, aldığı kredinin faizlerini ödemediği takdirde, hiçbir şey yapamıyorsunuz bizim hukukumuz-

da. Çünkü erteleme sırasında takip yapamıyoruz. Ee, şimdi benim paramı ödemeyecek, benim alacağımı ödemeyecek olan bir şirket bundan sonra ticari yaşamını sürdürebilmek için ne yapabilir? Peşin parayla alışveriş edebilir. Peki, bu şirket nasıl bir şirketti? Borca batık bir şirket. Ee, borca batık demek, elinde likit olmaması demek. Ee, likidi olmayan nasıl peşin parayla alışveriş edecek?

Bir başka eleştiri konusu: İflasın ertelenmesi kararı verebilmek için mahkemeler -bizim uygulamamızda çok sık yapıldığı gibi- bilirkişi atayacaklar. Kim bu bilirkişiler? Hayatında bir bakkal dükkanı dahi işletmemiş, bir kez bile herhangi bir şeyi alıp satmamış, sadece defter tutmuş ya da bir yerde muhasebeci olarak çalışmış kişiler. Ama yazdıkları raporlara bakıyorsunuz, milyonlarca alacaklının alacağı hakkında bir karar veriyor. Bunların içinde bir de hukukçular var, hukukçu bilirkişi. Halbuki iflasın ertelenmesinde hukuki hiçbir şey yok. Kanun'un koşullarını zaten yerel mahkeme hâkimi biliyor, yerel mahkeme hâkimi de üç hâkimden oluşuyor; bir başkan ve iki üyeden. Üstelik bunların çoğu da yirmi yılın üzerinde görev yapmış olan hâkimler, tecrübeli hâkimler. Peki, hukukçunun ne işi var? Ne yapacak hukukçu orada? Borca batıklığı mı tespit edecek? Bilmiyor ki. İyileştirme planı hakkında mı ahkâm kesecek? Onu da bilmiyor. Peki, ne yapacak? Peki, muhasebeci hayatında kaç şirket iyileştirmiş? Maalesef bu kişiler iyileştirme konusunda rapor hazırlıyorlar. Kısacası, uzman olmayan, böyle bir raporu yazabilecek durumda olmayan kişiler maalesef bu raporları yazıyorlar.

Aynı şey kayyım atamada da var. İflasın ertelenmesi kararı veren mahkeme kayyım atayacak. Ancak kayyım atarken, kayyımın ne gibi yetkileri ve görevleri olduğuna hâkim karar verecek. Şimdi, bana göre iflasın ertelenmesinin en yumuşak karnı burada. Ben alacaklıyım, milyonlarca lira alacağım var, mahkemede bir çekişmesiz yargı işi var iflasın ertelenmesi konusunda, benim itiraz edebilme imkânım var ama, onu bilirkişi ne kadar değerlendirip takdir edecek bilemiyorum. Ama onun dışında benim hiç müdahalem yok. Bütün o iyileştirme planını inceleyip karar verecek olan hâkim.



HAKAN  
PEKCANİTEZ'İN  
TEBLİĞİ

Peki, hâkimin bu konuda işletme, finans, bankacılık, vergi hukuku, ama en önemlisi bir şirketin kurtulması ve yeniden yapılandırılması konusunda ne kadar bilgisi var? Hiç... O zaman, bir hâkim benim şirketim, milyonlarca lira borçlu olduğum bir şirketim hakkında tek başına karar verecek. Biz alacakları bir kenara bırakıyoruz bu sistemde, onlara sadece bir ilan üzerine itiraz edebilme imkânı tanıyoruz, ondan sonra hâkime iflasın ertelenmesi konusunda tek başına karar verme yetkisi sunuyoruz.

Kayyım atıyoruz. Kim kayyım olarak atanan kişiler? Avukatlar. Kaç tane şirketi acaba böyle bir durumdan alıp çıkarabilmiş? Ee, *"Biz ertelemeye sayılanlara göre bunu takip ediyoruz"* dersiniz, hâkim nereden bilebilecek kayyımın görevlerini, tam olarak nasıl tespit edecek? Çünkü kanunda hiçbir düzenleme yok, konkordatoda genel bir çerçevesi çizilmiş. Yeniden yapılandırmada bu çok açık ifade edilmiş. Üstelik orada kayyım olarak atanacak olan kişilerin belli bir eğitimi almış, bu konuyla ilgili uzman olan kişiler olması da ifade edilmiş.

Şimdi sayın meslektaşım Meier belki bunları duyduğu zaman, kendi ülkesinde bunların olmadığını söyleyecek. Doğru, zaten sizin bir cümleiniz beni çok etkiledi. Yeter, ondan sonra belki İsviçre'yi öyle değerlendirmek lazım. Siz dediniz ki: *"Bizim ülkemizde iflasın ertelenmesi hiçbir şekilde kötüye kullanılmadı, böyle bir şey söz dahi söz konusu değil."* Bizim ülkemizde de baştan beri iflasın ertelenmesi kötü niyetle kullanıldı. Ben, oradan hareketle bunları söylüyorum. Belki kanun böyle bir şeye açıkça sebebiyet vermiyor, ama uygulama böyle.

Şimdi, kayyım şirketi denetleyecek. Peki, ben alacaklı olarak kayyıma gidebilir miyim? *"Vallahi, o kayyıma bağlı, kayyım benimle ilgili herhangi bir şekilde hesap verme zorunda değil. Benim talebimi kabul edip ona göre rapor vermek zorunda değil. Benim ona doğrudan başvurmam mümkün değil. Benim taleplerime aykırı davranırsa onu en önemlisi şikayet edebilmem mümkün değil."* Ben ne yapabilirim? Mahkemeye müracaat edebilirim. Peki, mahkeme beni ne kadar dinleyecek o aşamada?

Bir diğerk problemimiz: İflas ertelenmesine yönelik bir karar çıktı. Süre? Bir yıl. Neden? Ee, kanunda bir yıl... Halbuki kanunda en fazla bir yıllık sürenin verilebileceğinden söz ediliyor. Bir yıl ne olacak? Bir yılda o kadar çok şey olabilir ki, her şey zaten çok kısa sürede olup bitiyor. Bir yıl boyunca o şirket kendi başına.

Kayyım? İşte, kayyım da arada bir mahkemeye rapor verecek.

Bu bir yıllık süre uygulaması son derece yanlış olmuştur. Bakın, İsviçre'de ilk uygulama, iflasın ertelenmesi talebi kabul edildikten sonra iki aylık, üç aylık süreler veriliyor, dört aylık süre veriliyor. Erteleme bu kadar uzatılıyor. Bizde ilk süre bir yıl. Keşke her şey bir yılla kalsa. İşin bir başka yönü var: İflasın ertelenmesinden önce tedbir isteniyor. Tedbir görüşülüp karar verildikten sonra, o süreden sayılmıyor. Yani ihtiyati tedbir yoluyla takipler durdurulmuş ise, o bir yıllık süreden sayılmıyor. Onu bir şekilde geçiriyoruz, çünkü o tedbirle ilgili bir süre, sonra ertelemeden sonra bu süre başlıyor. O zaman süre çıktı iki yıla. Yargıtaydan bozulup bir eksik sebebiyle yeniden yerel mahkemeye geldiğinde süre yeniden başlıyor. Ee, üç yıl geçti ama henüz biz bir yılı bile yaşamadık. Bırakın iki yılı, iki ayı, üç ayı, dört ayı, işte üç yıl geçiverdi.

Bu arada, siz alacaklısınız, milyonlarca alacağınız var, eliniz kolunuz bağılısınız. Peki, siz dayanabilir misiniz buna? Bir yıllık, iki yıllık gecikmelere dayanabilir misiniz? Sizin öyle bir paranız olması lazım ki, öyle yedek akçeleriniz olması lazım ki: *"Aman ne olacak canım, işte 1 milyon lira alacağım var, ama önemli değil. Ben bir yıl, iki yıl ertelemenin sonuna kadar beklerim, bana da hiçbir şey olmaz."* Eğer bunu diyemiyorsanız, o zaman siz de yıkılmaya başlıyorsunuz, biraz önce Sayın Atalay'ın benzettiği domino taşları gibi. Siz de başka bir yerden erteleme talep ediyorsunuz. Ee, siz talep edince başka şirketler de bunun arkasından, bunun peşinden gelebiliyor. Kısacası, bir başka sorun, bu süreyle ilgili olan sorun.

İflasın ertelenmesinde alacaklıların gruplandırılması gibi bir müessese yok. Bütün alacaklar aynı, bütün alacaklar eşit,

HAKAN  
PEKCANİTEZ'İN  
TEBLİĞİ

ama sadece ipotekli alacaklar bundan farklı. Bir de işçi alacakları, ki ipotekli alacaklar diye kasten söylüyorum. Aslında komisyon böyle bir ipotekli alacağı kabul etmiş iken, yine Adalet Komisyonu'ndaki müdahaleyle bu, sadece ipotekler için değil, menkul ve ticari işletme rehinlerini de kapsayan şekilde düzenlenerek bu konu daha genişletildi ve alacaklıların durumu farklı bir hale getirildi. Şimdi, müessese olarak İsviçre'den farklı olan bu düzenlememizin bir başka olumsuz yönü var, o da şu: İflasın ertelenmesi sırasında rehinli alacaklar takip yapabilecekler. Ama satış isteyemeyecekler. Ancak, onların -dikkat edin- alacaklarının tümü karşılanırsa bile, bundan sonra erteleme sonuna kadar devam edecek süre içinde faiz alacakları karşılanmıyorsa, onlar takibe devam edebilecek. O ipotekli menkulleri, ipoteklerin hepsini satabilecekler. Sattığı zaman zaten geriye de bir şey kalmayacak.

Ha, bunun bir tek istisnası var, o da ne? Borçlu teminat gösterirse. Borçlu yine şapkadandan bir tavşan çıkarmak durumunda. Neden? Borca batık, zaten borca batık olduğu için bu hallere düşmüş. Biz ona diyoruz ki: "*Teminat göster*" Peki, diğer alacaklılar için? Onlara teminat yok! Hâlbuki konkordatonun tartışılrsa dahi bir şekilde teminat yönü var. Yani iflasın ertelenmesi sırasında alacaklıların alacağını alabilecekleri miktar erteleme sonunda imkânsız hale gelebiliyor. Siz, iflasın ertelenmesi talep edildiği sırada alacağınızın belki yüzde 20'sini, yüzde 30'unu alabilecek iken, bu süre içinde yüzde 10'unu, yüzde 5'ini alabiliyorsunuz. Peki, bu süre neden geçiriliyor? Ee, biraz nefes almak; üstelik kanun da böyle bir imkân getirmiş. Sayın Meier yine dedi ki: "*Konkordato bizde çok pahalı*" Hemen söyleyeyim, iflasın ertelenmesi bizde çok ucuz, çok kısa. Neden? Biz kayyıma galiba uygulamada 1.000 lira ya da 1.500 lira veriyoruz değil mi, 1000 lira! Başka da bir masrafı yok. Peki, bunun mutlaka bir gideri, avukatlı vekâlet ücreti, vesaire söz konusu, ama eh onu da tabii ki bu hale düşmüş olan şirket seve seve göze alıyor.

Kontrolsüz bir şekilde iflasın ertelenmesini isteyebiliyoruz, kolaylıkla, hiç. Daha önceden bir denetim olmaksızın bu başvuruyu yapabiliyoruz. Ha, diyoruz ki, nasıl olsa mahke-

me tekrardan bir bilirkişiye bu incelemeyi yaptıracak. Ama inanın, o şirketin stokları, mal varlığı, vesairesi her ne kadar keşif yapmak suretiyle uygulamada gerçekleştirilmeye çalışılıyor ise de, maalesef bu keşif veyahut da bu araçların hiçbirisi doğru bir sonuca varabilmeye müsait değil. O yüzden, bu borca batıklık bilançosunun tespiti de uygulamada sanıldığı kadar ciddi yapılamıyor. Nitekim Yargıtayın bütün kararları da olmasa da, çoğu kararında şunu görüyorum: Yargıtay artık her şeyi bıraktı, işe yön vermeyi bıraktı, bilirkişi raporlarını inceliyor. Diyor ki: *"Bilirkişi raporları denetime elverişli değil"* Demek ki öyle raporlar veriliyor ki, okuyunca bir şey anlamıyorsunuz. Ama nasıl oluyorsa hâkim anlayıp bir karar veriyor erteleme yönünde.

Öyle rastgele başvurular var ki, yeni kurulmuş şirket, ortaklar kuruluşla ilgili paylarının dörtte 1'ini ödemişler, geliyor mahkemeye iflasın ertelenmesini istiyor. *"Peki, sen daha geri kalan ¾'ünü bile ödemişsin. Önce öde ondan sonra gel."* *"Yook, benim cebimden bir şey çıkmasın, ama siz bir erteleme kararı verin..."* Bu şekilde kötü niyetle işleyen bu mekanizmayı bundan sonra böyle devam ettirmek mümkün değil.

Ha, şimdi şunu soruyorum: Acaba iflasın ertelenmesi iyileştirilebilir mi? Acaba iflasın ertelenmesini biz kaldığı yerden ıslah edebilir miyiz? Bana göre bu haliyle, iş bu hale geldikten sonra hayır. Çünkü uygulamada erteleme sözünü duyan alacaklıların tüyleri diken diken oluyor ve korkuyorlar. Bu duyulduğu zaman korkulan bir müessesese haline geldi. Çok kısa sürede uygulamada çok olumsuz bir şekilde gelişme gösterdi. Bana göre İsviçre'de hiç yaşanmadığı halde kaldırılan iflasın ertelenmesi müessesesi hukukumuzda en azından adını değiştirerek bir başka şekilde girmek zorundayız. Ama bunu yaparken de özellikle bir şeyi vurgulamak istiyorum: Bizim İcra ve İflas Kanunu'muz, dikkat ederseniz, her değişikliğin özünde bir tepki değişikliği şeklinde yapılmıştır. Hep tepkinin sonucudur. Borçlular kötü niyetle davranmıştır; madem öyle işte böyle şeklinde ona karşı tedbirler getirilmiştir. Ama hiçbir zaman bunun sonu gelmemiştir. İşte, ertelemeyi de değerlendirirken dikkatli olmamız lazım. Bu müessesese her ne kadar kötü niyet-

HAKAN  
PEKCANİTEZ'İN  
TEBLİĞİ

le kullanıldıysa da eğer bir iyileşme düşünülüyor ise bir tepki olarak değil, bütün bunlardan bir sonuç çıkararak, bir senteze vararak bir karar vermeliyiz ve böyle bir değişikliği düşünmeliyiz. Ama şunu açıkça ifade edeyim: Bir seçim yapmak zorunda Türk hukuku. Ya yeniden yapılandırma, Alman hukukundaki gibi "Inzolvensplan" bunu tercih edebiliriz, bunu seçebiliriz veya iflasın ertelenmesini ıslah edebiliriz ya da konkordatoyu seçebiliriz. Ama bunun hepsinin bir kanunda yer almasına gerek yok.

Bütün bunları yaparken bir şeyi daha bilmeliyiz: Hiçbir şekilde İcra İflas Kanunu'nda yapılacak olan değişiklikler ekonomiyi düzeltebilecek ve şirketlerin iyileşmesini sağlayacak düzeltmeler biçiminde olmayacaktır. Çünkü o iyileşme ekonominin kanunlarıyla gerçekleşecektir, İcra İflas Kanunu ile değil. İcra İflas Kanunu sadece o prosedürü düzenler, ama iyileşme tamamen bir başka uzmanlık, ekonominin kendi kanunlarıyla çözüme varabilecek hususlardır.

Bunu şunun için söylüyorum, geçen toplantıda da ifade etmiştim: Ekonomik krizlerin ardından tepki olarak değiştirilen İcra İflas Kanunu'nda, maalesef her seferinde şu zannedilerek hükümler getirilmiş: İcra İflas Kanunu'nu değiştirelim, ondan sonra zaten her şey düzelir... Hayır! Hiç bu gerçekleşmedi, bundan sonra da gerçekleşmeyecek. Ne kadar bu kanun hükümleriyle ilgilenirsek, değiştirirsek değiştirelim, ekonomi kendi düzeni içinde bu iyileşmeyi sağlayacak ya da bu krizlerin içinden kurtulabilecek. Yoksa İcra İflas Kanunu krizlerden kurtulabilmeyi sağlayabilecek bir kanun değil.

Bunun dışında başka pek çok nokta var. İnanın, ben şunu fark ettim: İflasın ertelenmesine eleştirisel olarak -Sayın hocanın ifade ettiği gibi- çok fazla çalışmalarda yer verilmediğini gördüm. Ben biraz belki şeytanın da avukatlığını yaparak, ama uygulamadaki o kötü niyetli uygulamayı da dikkate alarak, iflasın ertelenmesi kurumunu değerlendirdiğimde gerçekten bugüne kadar en fazla kötü niyetle kullanılan müesseselerden biri olduğunu gördüm. Pek çok uygulaması var, bun-

lardan söz etmeyeceğim, ama bir tanesine izin verirseniz örnek vereyim.

Bir faktöring şirketiyle yine böyle bir toplantı yaparken dediler ki: *"İçimiz cız ediyor."* Neden? *"Bizden firmalar otomobili leasing yoluyla alıyorlar. Bu otomobillerin büyük bir çoğunluğu da İstanbul'da gördüğümüz o büyük cipler. En çok cız eden, bu erteleme kararı alındıktan sonra o cip bizim önümüzden geçiyor. Ama bu arada taksitlerini de ödemiyor. Biz de hiçbir şey yapamıyoruz."* Âdeta alay eder gibi, belki korna da çalıyor geçerken. Ben, bunun tabii İsviçre'de yaşanmadığını tahmin ediyorum, ama Türkiye'de biz bunları yaşadık.

Şimdi, kesin bir sonuca varmam gerekiyor ise, ben iflasın ertelenmesinin eğer ıslahı mümkün görülüyorsa adı değiştirilerek bir daha hatırlanmamak üzere, tıpkı iflas yerine aciz gibi, böyle şekilde dönüştürülmesini veya bu müesseselerden birisi seçilerek artık onunla iflası entegre ederek kanunu bu şekilde düzenlemenin uygun olacağını düşünüyorum ve hepinize teşekkür ediyorum beni dinlediğiniz için ve saygılar sunuyorum.

## TARTIŞMALAR

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA** (Oturum Başkanı): Efendim, bu tebliğden sonra bir Türk hukukçusunun iflâsın ertelenmesi yoluyla ilgili bir değerlendirmesi var, onu söyleyip müzakereye geçeceğiz.

TARTIŞMALAR

*“Türk hukukunda iflâsın ertelenmesi yolu, buna karar verilme, hatta ihtiyati tedbir kararı anında, kalabilmiş mal varlığının kısa sürede buharlaştırılması yoludur”* diyor. Mesele maalesef budur. Sonuçta, biraz evvel Sayın Pekcanitez’in de söylediği gibi, elimizde bir istatistik yok. 700 tane kadar var; 700 tane nereye gitti, ne oldu bu 700’ün sonucu? Vallahi ben eminim ki - hepsi demek doğru değil ama- çok büyük bir kısmında sadece bir buharlaşma projesi ortaya çıktı.

Şimdi efendim, biraz evvel başlangıçta da söylediğim gibi, Sayın Pekcanitez’in de belirttiği gibi, bu konuda hakikaten bizim icra iflâs hukukumuzda rastlanmamış bir şekilde müthiş bir yayın var. Yani çok ilgili herkes bununla. Ama ben ümit ediyorum ki bu çok büyük ilgi, bugün, şimdi sorular safhasında çok soru sormaya müncer olmaz. Çünkü onun katiyen

TARTIŞMALAR

kabahati bende değildir, Sayın Komisyon'un beni ikaz etmesidir. Hatta "Size güveniyoruz, sorular sorma hususunu mümkün olduğu kadar kısa bitirebilerseniz çok müteşekkir oluruz" dediler. İşin şaka tarafı bu, ama hakikaten kısıtlı bir zaman içindeyiz.

Şimdi, bu konuda söz almak isteyen arkadaşlarımıza söz vereceğiz.

İsimleri sırasıyla kaydediyoruz.

Yedi arkadaşımızın ismini kaydettik.

Rahmetli arkadaşımız Konuralp bir toplantıda, söz alanlardan biri aşağı yukarı yarım saat kadar bir konuşma yapınca, bana döndü, ben de bugünkü gibi oturumu yönetiyordum, dedi ki: "Hocam, bunların adına korsan tebliğ denilir" dedi. Onun için, istirhamım, korsan tebliğ olmaması ve çok kısa olması, onu sizin takdirinize bırakıyorum, çok kısa bir şekilde lütfen sorularınızı sorunuz.

İlk önce Şakir bey, buyurun efendim.

**Av. Şakir BALCI:** Sayın Başkanım, esasen ben kesinlikle dinleyici olmayı çok arzu ederek toplantıya geldim, ilgiyle takip ediyorum, çok kısa, bütün tembihlerinize uyararak bir iki konudan söz etmek istiyorum.

Şimdi, bir an Sayın Hakan Pekcanitez hocamı dinlerken, iflâsın ertelenmesi kurumunu sanal bir kişi olarak bu salonda varsaydım ve iflâsın ertelenmesi kurumu adına sanallaştırdığım bu kişi sanki şöyle dedi salona -bu tabiri kullandığım için beni bağışlayın- "Beni siz anlamıştınız, siz de yanlış anlamışsınız". Ya da şu şekilde düzeltebilirim: Esasen yapılan eleştirilerin tümünün yerden göğe kadar haklı tarafları var, ancak ben iflâsın ertelenmesi kurumunun getirilişindeki gerekçelerine, Hükümet gerekçesi ve TBMM gerekçelerine baktığımda, 1995, 2001 krizleri, *Anadolu yaklaşımları, İstanbul yaklaşımları* yaşamış ülkemizde o gerekçelerin altına imza atmayacak -yani gerekliliği noktasında, bu yapılandırma modeli olarak ele alırsanız- hukukçu göremiyorum. Bu yönünü, bu manevi yönünü çok faz-



la irite etmemek ya da çok fazla eleştirmemek gerektiğini düşünüyorum. Ancak, elbette başka yollar, metotlar önerilecektir. Dolayısıyla burada erteleme kurumu üzerinde eleştirel anlamda çok fazla şeyler söyleyebilecek durumdayız, ama zaman almamak gerekiyor diye.

Sanki biraz iflâsın ertelenmesi kurumunun boynu bükük kaldı gibi gördüm salonda, onun için arz etmek istedim.

Bir de şu dikkatimi çekti: Eleştirel noktaların tamamı sayın konuşmacı ve öncelerinde, bana göre uygulamayla alakalı. Yani teorik bazda iflâsın ertelenmesinin felsefesine karşı durmak değil, daha çok uygulamadaki problemlerinin eleştirisi ki, bu son derece haklı, yerinde, hatta az bile eleştirel.

Hemen sözümü kesiyorum, ben, pratik olarak bazı izlenimlerimle şunu gördüm: Dilekçesini verip tedbir kararı ve bir ay sonra iflâsın ertelenmesi kararı alınan dosyalar olduğu gibi, on dört ay süre ile tedbir talebinin cevaplanmamış olduğunu bildiğim iflâs erteleme başvuruları da var. Şimdi, bu ikisini yan yana koyduğum zaman, zannediyorum iflâsın ertelenmesi kurumunun başlangıçtaki o iyi niyetli gerekçelerde ifade edilen amacının tam okunamadığını, kişisel bazda bizlerin de onu tam okuyamamakla alakalı kusurlarımız olduğunu düşünüyorum.

Çok teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Teşekkür ediyorum.

Süha bey, buyurun efendim.

**Prof. Dr. Süha TANRIVER** (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): İflâsın ertelenmesindeki garabette birinci bağlamda hemen dikkat çeken şey, ertelemenin normal süresi bir yıl, uzatmalar dört yıl. Yarı iki katı olur, bir sene olur, iki sene olur. Öyle bir garabet var ki dört yıl daha buna eklenebiliyor, beş yıllık bir uzun soluklu süre.

TARTIŞMALAR

Kriz altında olan, özellikle enflasyonist koşulların egemen olduğu ülkelerde bu süre çok büyük bir süre ve şirketin içinin boşaltılması için de bir anlamda yeterli olanağa borçlunun sahip kılınması anlamına geliyor.

Bir başka paralellik, hep dikkatimi çekmiştir, iflâsın ertelenmesinin hükümlerine bakın, bir de konkordato mühleti verilmesinin hükümlerine bakın. Büyük ölçüde birbiriyle paralellik arz ediyor. Özellikle alacaklılar bakımından yeni takip yapma yasağı ve mevcut takipleri devam ettirme yasağı var. Bunu dengeleyecek olan mekanizma nedir? Borçlu bakımından da tasarruf yetkisi sınırlansın. Fakat iflâsın ertelenmesinde tasarruf yetkisi sınırlaması çok daha dar kapsamda. Konkordatoda aşırı disipline edilmiş halde. Mahkemenin müdahalesi, komiserin katılımı gibi çok daha katı, çok daha sıkı bir disiplin var. Ve bu hükümler bağlamında paralellik kurulduğunda beş ay yararlanabileceğiniz bir olanaktan beş yıl yararlanma imkânı varken, e konkordatoyu niye çalıştırsın? Beş ay ondan yararlanabilecek, maksimum uzatma dahil. Öbüründe beş yıla kadar bu süreç işleyip devam ediyor.

**Seyit ÇAVDAR:** Öyle değil, 1 artı, 1, 1, 1 şeklinde devam ediyor.

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Devam edebiliyor.

**Seyit ÇAVDAR:** Tabii, beş yıl birden değil.

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Hayır, biliyorum da tatbikatta beş yıl çok verilen bir rakam mı?

**Seyit ÇAVDAR:** Birden beş yıl değil, ilk önce 1 yıl, sonra birer yıllık uzatmalar, azami sınır beş yıl.

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Onu anladım efendim, yani tatbikatta bir olayda beş yıl toplam süre alınıyor mu?

**Prof. Dr. Süha TANRIVER:** Birer yıl, birer yıl şeklinde.

**Seyit ÇAVDAR:** Uzun süreni de var.

**Prof. Dr. Süha TANRIVER:** Birer yıl, birer yıl şeklinde.

Bir başka kolaylık, ertelemede bir iyileştirme projesi, bir de bilirkişi ayarladığınız zaman zaten erteleme kararını alıyorsunuz.

Konkordato mühletinin şu andaki koşullarına bakın. Almanız için birtakım şartları yerine getirmeniz lazım. Yarın bunlar tek tek tartışılacak.

Bir başka önemli özellik, ertelemede kayyım var, nesebi gayrisahih çocuk gibi, hukuki konumu da tanımlanamıyor. Konkordato sürecinde, konkordato komiseri var. Aslında bu kayyım falan da değildir, özel hukuktaki kayyımla karıştırılıyor. Bununla hiçbir bağı, ilişkisi de yoktur.

Fransız hukukundan gelen "komiser" sözcüğü, ki bir işi sevk ve idareyle geçici olarak görevlendirilen kimse anlamındadır bu. Komiser sözcüğünü buraya koysalar, konkordato komiseriyle karışacak. Hatta hükümet komiseri falan gibi de algılanacak. Çünkü bizde komiser denildiğinde ilk akla polis komiseri geliyor. Şöyle de bir enteresanlık olmuştu, benim "Konkordato Komiseri" kitabım çıktığında "Yeni bir komiserlik türü çıktı" diye benim kitaplarım satış rekorları kırdı, Barbara Cartland'ın romanları gibi, bir anda 300-400 tane satma şansım oldu, ki yayıncı için de büyük bir imkân doğmuş oldu, ki bir tezin 300-400 tane satması mucizevi bir şeydir. Bilahare konkordato komiseri konusu tamamen de uzak; belki konkordato hukuk alanında yazılmış ilk monografik çalışmalardan birisi konumunda.

Kayyımın konumu belli olmadığı gibi, kayyım olarak atanabilmek için varlığı gereken koşullar da belli değil. Hocam işaret etti, konkordatoda hiç olmazsa yasa diyor ki: "Lazım gelen bilgi ve tecrübeye sahip bir veya birden fazla Türk vatandaşı kişi atanabilir." Kayyımın sürecin işleyişinde rolü son derece önemli. O nedenle hukukçudan ziyade, şirket yönetimine egemen, işletme iktisadına egemen bir kimse olmasında yarar var. Avukatların hiçbir şey yapması mümkün değil. Nasıl atanıyor kayyımılık? İşte, sen bilirkişilik alırsan, şu işimi çözersen seni de kayyım atarım, 3-4 milyar para alırsın, dört beş dosya... Ki, çoğu kere kayyım ne yaptığının farkında bile değil, hukukçu-

TARTIŞMALAR

ların aldatılması son derece kolaydır, çünkü muhasebe hileleriyle bakıyorsunuz şirketi batırabilirsiniz de aynı anda ekonomik açıdan çok iyi konumda olan bir şirket haline de getirebilirsiniz. Kayyımın konkordato komiserine yaklaştırılması lazım; hem statü hem işlevleri hem de konum itibarıyla.

Ben şuna da işaret etmek istiyorum: Belki iflâsın ertelenmesi kurumunun bu kadar kötüye kullanılmasındaki en önemli etken kayyımlardır. Çünkü sürecin uzamasında olumlu raporu yazan kişi kayyımdır, bu kadar süre taşınmasında. Ve ben şuna da hayret ediyorum: Kayyımlık yapmak için bu koşullarda cahil cesaretine sahip olmak gerekir. Çünkü hem hukuki sorumluluk, özellikle cezai sorumluluk açısından her an potansiyel yargılanabilir konumda. Fakat her ne hikmetse uygulamada bir türlü kayyımın cezai sorumluluğuna, kendine çekidüzen vermesine, disipline edilmesine yönelinmiyor. O nedenle bunlara işaret etmek istedim.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Teşekkür ederim Sayın Tanriver, bizi aydınlattınız belirli noktalarda.

Seyithan bey, buyurun.

**Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN** (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Teşekkür ederim. Hocam, aslında bana göre bir kurum değerlendirilirken, tabii kurumun aleyhinde olan görüşler ileri sürülmesine imkân tanındığı gibi, lehinde olan görüşlere de en azından imkân tanınması gerekir. Yoksa bir kurumu sağlıklı olarak değerlendirmek mümkün olmaz. Ancak biraz önce bir söz alan arkadaşımın söylediği, işte boynu bükük de kalmayacaktır herhangi bir kurum, muhakkak o kurumun da doğru olduğuna, yararlı olduğuna inananlar varsa bunu dile getireceklerdir, ben de onlardan birisiyim. Ama biraz heyecanım var, kusura bakmayın.

Belki biraz daha uzun olacak, ama bu uzamanın çok da zararlı olmayacağını en azından taahhüt edebilirim. Ben not aldığımda kadarıyla hızlı hızlı ifade edeyim.

Bir kere, öncelikle ifade edeyim ki bu kurumdan en büyük rahatsızlık duyan, hatta bu kurumu mümkünse bir kaşık suda boğacak olan finans kuruluşlarıdır. Bunların başında da maalesef bankalar ve faktöring kuruluşları geliyor. Dolayısıyla bir kere konuya çok ihtiyatla yaklaşmamız lazım. Neden? Bir kere, bankalar ve faktöringler, finans kuruluşlarının alacaklarını güvencede tabii, tuzları kuru. Alacaklarının 3 katı, 5 katı güvence almışlardır, "Eh, firmayı batıralım gitsin, biz de ipotegimizden alalım." Yok öyle! Öyle bir firmayı kurmak, istihdamı sağlamak, ülke ekonomisine katma değer oluşturmak kolay şeyler değil. Bir firmayı kolaylıkla batırabilirsiniz, ama kolaylıkla kuramazsınız.

Şimdi ben, belirtilen çok zararlı, hatta hocamı dinleyince şöyle düşündüm: Acaba ne habisi bir urmuş ki bunu derhal kaldırmak lazım, yok etmek lazım diye.

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Bir şey söyleyeceğim, Sayın Pekcanutez'in eleştirdiği noktaların birer cümleyle karşılığını verelim, lütfen; çok uzatırsak, Pekcanutez'inki kadar uzun bir konuşmayla karşılaşırız.

**Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN:** Tamam Hocam.

Bir kere, bu kurum doktora gidince "Daha da kötüleş öyle gel" kurumu değil. Ben bu kurumu şöyle düşünüyorum: Doktora gidiyorsunuz, diyorsunuz ki: "Benim bir belirgin hastalığım yok ama kendimi iyi hissetmiyorum, örneğin nefes alamıyorum veya yorgunum, vesaire..." Doktor da size gerekli tahlilleri, tetkikleri yapıyor ve eğer tedavi gerektiren bir şey varsa ona göre size bir tedavi uyguluyor. Çünkü burada biz iflâsın ertelenmesinde şirketin o anki mal varlığının o günkü değerini hesap ediyoruz. Yani bir iflâs masası açıldığı zaman, bunlar ne edecek, alacaklıların eline ne geçecek, kaydi değer olarak değil. Yani

TARTIŞMALAR

hastalığımız şu anda bir şey gözüküyor olabilir, ama yapılan tahlillerde, tetkiklerde çok ciddi bir rahatsızlığımız çıkabilir. Detaya girmiyorum, kısa kısa geçiyorum.

Bir kere, uygulamada hep bir yıl değil, altı ay verilenler de var. Mahkeme isterse üç ay da verebilir, iki ay da verebilir, dokuz ay da verebilir.

Bir diğer husus, tedbir kararı bir kere bu kadar hemen bir günde alınabilen bir karar değil. En erken üç dört haftada alınabiliyor ve bilirkişi incelemesi yapılmadan hiçbir mahkeme, en azından İstanbul mahkemelerinden çok iyi biliyorum, bilirkişi incelemesi yapılmadan tedbir kararı verilmiyor ve bu da asgari dört, beş hafta sürüyor. Yani o mahkemelerin yetkilileri, hâkimleri buralarda olmayabilir, ama bunu da ifade etmek gerekir.

Tedbir kararıyla şirketin mal varlığı buharlaşmıyor. Tam tersine, şirketin mal varlığını mahkeme korumaya alıyor ve şirket yetkililerine yediemin sıfatıyla teslim ediyor, kayyımı da sorumlu kişi olarak tayin ediyor kayyımı da. Dolayısıyla mal varlığı kaçırılıyor, vesaire değil.

Hocamız, iflâs ertelemesinin çok ucuz bir yol olduğunu söyledi. Tam tersine, bana göre bugün bir iflâsın ertelenmesi tedbiri veya kararı alabilmek için, bir kere 20-30 milyar veya 15-20 milyarı gözden çıkarmanız lazım. Arzu ederseniz bunun tek tek dökümünü yapabilirim.

Bir diğer husus, konkordato, yeniden yapılanma ve iflâs ertelemesi, bunlar tamamen birbirine yabancı, birbirini yok eden kurumlar, birbirini dışlayan kurumlar değil, aynı kurum içerisinde hepsi bir araya rahatlıkla gelebilir. Yani, iflâs ertelemesine giden bir şirket konkordato da teklif edebilir proje kapsamında. Uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırmayı da gündeme getirebilir.

Bir diğer husus, çekişmeli çekişmesiz yargı olduğu hususu. Bu çok net değil, bana göre bunun ne kadar kamu düzenini ilgilendirdiği de tartışılabilir. Ben çok da fazla ilgilendirdiğini düşünmüyorum.

Bir diğer husus, likit para konusu. Zaten çoğu zaman firmaları bu hale getirenler bankalardır. Eğer firmanın durumu iyi olursa çantalarla dolaşıp firmaların peşinde "kredi verelim" diye dolaşan bankalar, istemedikleri anda daha vadesi gelmeyen çekleri ibraz etmek suretiyle istediği firmayı likidite sıkıntısına düşürebilir.

Bir diğer önemli husus, bazı kredi kurumlarının, hatta alacaklarının iflâsın ertelenmesini çok kötü gördüklerine de katılmıyorum. Bir kısım kredi kurumları, aksine "Git, iflâs ertelemesi al getir" diyebiliyorlar.

Son olarak şunu söyleyeyim, birkaç husus daha var ama uzayacak: Bence ilk defa güç, borçluların eline geçti biraz. Güç kimdeyse herkes bunu biraz kullanıyor, herkes gücünü biraz kullandığı gibi borçlu da kullanıyor.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Peki Seyithan bey, teşekkür ederim. Sayın Meral Sungurtekin, buyurun.

**Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN - ÖZKAN** (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Öncelikle ifade etmek istediğim şey şu: Doçentlikle ilgili çalışmamı yaptığım dönemde, işçi alacaklarının iflâs halinde ne şekilde korunacağıyla ilgili bir çalışma yapıyordum ve birinci sırada, yani imtiyazlı alacak olarak işçi alacaklarının aslında asla işçilere teslim edilemediğini, bu sıkıntının sadece Türk hukukunda değil, Avrupa hukukunda da hissedilerek Avrupa Birliği'nde birtakım düzenlemelerle bunun aşılına çalışıldığını fark etmiştim. O dönemde Ana Bilim Dalı Başkanımız da olan Sayın hocam Hakan Pekcanitez'le de bu konuda kürsü toplantılarımızda konuştuğumuzda, sürekli ödeme güçlüğü içine düşülme olgusundan yola çıkılmasının daha doğru olabileceği, borca batıklık kavramının çok geç kalınmış bir an olarak değerlendirilmeye alınması gerektiğini düşündüğümü ifade etmiştim. Hocam da bugün bunu ifade ettiler. Borca batıklık, özellikle, ör-

TARTIŞMALAR

neğin bir hasta düşünün, kanser olmuş, erken teşhis edildiğinde birtakım tedbirler alarak bu tedbirlerle belki hastayı daha uzun bir süre yaşatmak onu topluma kazandırmak mümkün olabiliyor. Ancak eğer siz son aşamasındaysanız bu hastalığın, yapılabilecek pek bir şey kalmıyor. İşte, borca batık olan işletmeler de aslında son evreye gelmiş olan, dördüncü evrede olan hastalar gibi pek bir şey yapılamayacak olan -iyileştirme adına- maalesef yol kat edilmesi mümkün olmayan hastalar. Dolayısıyla Avrupa Birliği'nde olduğu gibi, ödeme güçlüğü içine düşülmesi olgusu -biz *acz* kelimesiyle açıklıyoruz-, "*Zahlungsunfähigkeit*" kavramı özellikle burada yola çıkılması gereken kavram olarak algılanırsa, iflâsın ertelenmesi kurumunun doğuşundaki belki yapılmış olan bir aksaklık o anlamda giderilebilir. Ancak, sadece borca batıklık olgusuna bağlanılmasıyla da kalınmamıştır, mahkemenin özellikle iflâsın ertelenmesiyle ilgili karar verirken bilirkişi raporları ve bu çerçevede değerlendirmeler gerçekleştirilirken maalesef iş yükünü de çok fazla olması sebebiyle yeterince iyileşme kapasitesi var mıdır bu hasta şirketin? Bu da tespit edilememektedir.

Bu anlamda, özellikle Süha hocamızın da kayyım konusundaki açıklamalarına yürekten katılıyorum ve "*Konkursaufschub*" kavramı yerine, acaba biz Alman hukuk sisteminde olduğu gibi bir geçici *acz* idaresi atayarak altı ay süreyle o geçici *acz* idaresinin iyileşme potansiyelini mahkemenin de gözetimi altında böyle bir hayatiyet kazanabilir mi, devam edebilir mi bu işletme; bunu tespit ederek yola daha sonra "*Insolvenzverwalter*" denilen "*Acz İdaresi*" denilen ve profili de Alman hukukunda çok net bir biçimde çizilmiştir. Hangi alanlarda uzman olması gerekiyor, sorumluluğu nedir, görevleri nelerdir; bu tür bir yapılanma sağlarsak, adı da "*iflâsın ertelenmesi*" olmasın bana kalırsa, çünkü çok kötü bir tecrübe yaşadığı diye düşünüyorum ben Türk hukuku iflâsın ertelenmesiyle ilgili olarak. Daha farklı bir ad ile yeniden yapılandırmanın isabetli olacağı kanusundayım.

Teşekkürler.



**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Meral hanım, çok teşekkürler ederim.

Sayın Talih Uyar, buyurun efendim.

**Av. Talih UYAR:** Efendim, az önce arkadaşımız, değerli meslektaşımız, iflâsın ertelenmesi kararından sonra doğan borçlar için cebri icra takibi yapılamayacağını isabetli olarak belirttiler. Buna rağmen, son eserlerinde, monografilerinde bazı genç arkadaşlarımız bu gibi durumlarda cebri icra takibi yapılabilmesi yolunda görüş belirtmişlerdir. Fakat yasal olarak bu şekilde bu aşamada icra takibi yapmanın mümkün olduğunu savunmak pek mümkün olmamakla beraber, teoride böyle bir görüşün bulunduğunu ifade etmek isterim.

Bu arada, diğer bir grup hukukçu arkadaşımız ise, bu gibi hallerde erteleme süresinin yenilenmemesi gerektiğini savunmuşlardır -ki biz de aynı görüşe katılmıştık-. Bu gibi durumlarda, özellikle kiracısı erteleme kararı almış olan kiralayanlar çok zor durumdadırlar. Çünkü beş yıl veya Sayın Başkanımızın ifade ettiği gibi, bazen yedi yılı bulan süreç içerisinde kiracısı olan kişinin erteleme kararı almış olması halinde kendisine bir kuruş kira parası ödememe durumuyla karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu nedenle, bu konuda eğer yenileştirme, ıslah yoluna gidilecekse acil olarak bu gibi durumlarda ya icra takibi yapma imkânı taranması gerekir veyahut da bu gibi başvurularında mahkemelerin erteleme süresini uzatmamaları gerekir. Aksi takdirde hakikaten ciddi sıkıntılı, sancılı dönem başlayacaktır.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Sayın Necati Aksoyoğlu, buyurun.

**Av. Necati AKSOYOĞLU (Bankalar Birliği Adına):** Teşekkür ederim.

TARTIŞMALAR

Hiç hesapta olmamasına rağmen Sayın Seyithan Deliduman'ın önce yaptığı eleştirilere cevap vermek zorundayım. Biz kendilerini Gebze çevresindeki hemen hemen tüm iflâs ertelemelerindeki değişmez bilirkşi olarak yakından tanıyoruz zaten. Bu nedenle, bu gösterdiği tepkiyi anlıyorum, ama anlayışla karşılayamıyorum.

Diğer yandan, modern ekonomilerin değişmez olmazsa olmazı olan bankalar birer kredi kuruluşudur. Yoksa elinde çantayla dolaşan esnaf değildir, bunu hatırlatmak istiyorum.

Benim asıl sorum, iflâs erteleme kurumunun günümüzde geldiği noktanın asıl nedeni olarak -bizim görebildiğimiz kadarıyla, yüzlerce iflâs ertelemesine muhatap olduk çünkü- biz, ertelemeyle beraber verilen ihtiyati tedbirleri görüyoruz. Pek çok eleştirilecek şey vardır tabii eleştiri yöneltebileceğimiz bu kuruma, ama asıl kurumu çökerten bu olmuştur. Yedi yıldır bunu vurguluyoruz.

Sayın Baki Kuru hocam keşke burada olsalardı, bir makalesinde çok güzel eleştirmişler. İcra İflâs Kanunu'nun 159. maddesinin son fıkrası. Gerçi bu 159. madde takipli iflâs içinde düzenlenmiş bir madde, ama orada bile "*İflâs talebini alan hâkim ihtiyati tedbir yoluyla da olsa takipleri durduramaz*" diyor. Tam da iflâs ertelemeindeki durumun aynısı. Doğrudan iflâs halinde neden böyle bir ilke göz ardı edildi bugüne kadar? Ben bunu Hakan Pekcanitez hocamdan dinlemek istiyorum. Asıl çökerten neden de bu değil midir? Benzeri Oğuz Atalay hocama da yöneltmek istiyorum, çünkü yeni iflâs önerisinde borçlunun bir başvurusuyla bir korumalı dönem başlatmak istiyor. Pek çok şeyi çözebilir ama bu çöküntüyü getirmez mi daha baştan?

Teşekkür ederim hocam.

**Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN:** Çok kısa, şimdi, bir kere,

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Diyecek bir şeyim yok, siz kendiliğinizden söz aldınız.

**Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN:** Hukuken cevap hakkı doğdu, zaten bunlar kayıt altına alınıyor. O yönüyle de güzel.

Bir kere, tüm bilirkişilikleri ben yapmış olsaydım ve o kadar maruf ve meşhur olsaydım, ki bunu isterdim, çünkü bilirkişiliği yürekle, cesaretle, bilgiyle ve dürüstlikle yapabilmek önemli. Eğer yanlış yaparsanız mutlaka bir yerde patlak verir. Dolayısıyla bu çok da kolay bir iş değil. Ama eğer öyle olsaydı sayın arkadaşım benim isim soyadımı "*Delidumrul*" veya "*Deliorman*" değil, "*Deliduman*" olarak tanırdı. Çünkü artık bu bir marka, bana göre, herhangi bir şeyin markası olur gibi.

İkincisi, bu çok rahatlıkla mahkeme kayıtlarında alınabilir. Zaten onu da yapacağım, çünkü karşımızda muhatap banka, güçlü Bankalar Birliği madem. Çünkü bu kişilik haklarıma da bir bakıma hakaret oluyor, bunu da belirteyim.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Evet, peki. Benim kayıtlarıma göre son konuşmacı Sayın Ömer Lütfi Tombaloğlu. Buyurunuz efendim. Oğuz, ben senin ismini önce yazdım, sonra seni silip Süha'yı yazdım, öyle dediler.

**Prof. Dr. Oğuz ATALAY:** Takdir sizin, sayın hocam.

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Peki, şimdi seni ilave ediyorum.

Buyurun, sayın Tombaloğlu.

TARTIŞMALAR

**Ömer Lütfi TOMBALOĞLI** (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Üyesi): Sayın hocam, sözlerime başlarken bütün hocalarıma saygılar sunuyorum.

Biz 12. Hukuk Dairesi olarak, çekişmesiz yargı olarak iflâsın ertelenmesi talebi üzerine verilen tedbir kararlarında başlamış ve takiplerin durdurulması taleplerinde başlangıçta henüz iflâsın ertelenmesine karar verilmeden İcra İflâs Kanunu'nun 179/A ve 179/B maddelerinin sonuçlarını hasıl eder şekilde takiplerin durdurulmasına veya iptaline karar verilemez diye bir takiplerin durdurulması talebini reddediyorduk. Fakat son uygulamamız iflâsın ertelenmesi talebinde mahkemelerce gerek ara kararıyla veya tensiple takiplerin başlamış ve tedbirden sonra da başlayacak takiplerin durdurulmasına karar verilmişse, Hukuk Genel Kurulu kararı doğrultusunda icra hâkiminin mahkemenin tedbir kararını yorumlamayacağından mahkemece verilmesi gereken iş, şikayet halinde verilmesi gereken iş, takiplerin durdurulmasıdır. Çünkü icra dairesi tedbir kararını yorumlamayacağından mahkemece takiplerin durdurulmasına karar verilmelidir.

Bir de henüz iflâsın ertelenmesine karar verilmeden takibin iflâsın ertelenmesinde sonucu hasıl olacak takipten de iptaline karar verilemez diyoruz.

Bir de bu borca batık kişiler hakkında başlamış icra takipleri sırasında kesinleşen hacizler iflâsın ertelenmesi kararıyla birlikte mevcudiyetlerini muhafaza ederler.

Ben bunları belirttikten sonra şu üç husus üzerinde durmak istiyorum. Birincisi, borca batık kişiden, esasında hacizli mal iktisabı eden kişi, iyi niyetli sayılmaz. Çünkü alacaklılar yönünden haciz şerhi. Haciz şerhi en büyük teminattır. Fakat zaruret halinde haciz şerhiyle bir malı iktisap eden kişiye haciz zaptı 103 veya 58 davetiyle tebliğ edildiğinde bu kişi şahsıyla değil, hacizli mal varlığıyla artık borca batık kişinin borcu için takip edilmektedir.

Şimdi, borca batık kişi takiplerin durdurulması talebine icra müdürü tarafından reddedilmesi halinde, onun borcu ne-

deniyle takip edilen. İhbarına maruz kalan kişi, ben zaruret halinde *"Bu kişi iyi niyetli"* diyorum, kendi kanımca, acaba şikâyet hakkı var mıdır?

İkincisi, kambiyo takiplerinde, bonoda, keşideci için aval veren, tıpkı asıl borçlu gibi sorumludur çünkü. Keşideci hakkında iflâsın ertelenmesi kararı verildiğinde aval verene de bu karar sirayet edecek midir?

Üçüncüsü, genel kredi sözleşmelerinde kredi borçlusuna müşterek ve müteselsil borçlu sıfatıyla kefil olanlar yönünden de iflâsın ertelenmesi kararının sirayeti söz konusu mudur? Yani bu karara, mesela icra dairesine asıl borçlu takibin durdurulmasını talep etmiştir, reddetmiştir, ama onun gibi sorumlu olan borçlular yönünden sirayet etmesi söz konusu olması gerekir. Ki uygulamada farklı kararlar var. Ben, tabii burada onun eleştirisine girmek istemiyorum, ama burada bir hakka-niyetsizlik var diyorum.

Saygılar sunuyorum.

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Sayın Profesör Oğuz Atalay, buyurun.

**Prof. Dr. Oğuz ATALAY:** Teşekkür ederim Sayın hocam.

Ben değerli hocama teşekkür ediyorum eleştirel bakışı için.

İflâsın ertelenmesi konusunda 2003 yılından sonraki ilk denemeyi kaleme alan kişi olarak hakikaten bu konudaki yayınların zenginliği gözler yaşartıyor. Fakat maalesef çok yeni şeyler yok. Yani hep aynı meseleler etrafında dönüyor, yeni öneriler hiç gelmedi genç arkadaşlarımızdan, bizden sonra yazanlardan. O bakımdan üzücü.

İflâsın ertelenmesi, artık ben kitabın 2. baskısının ön sözünde aynen şu ifadeyi kullandım: *"Gerektiği gibi uygulandığında ciddi ve yararlı bir müessese olan iflâsın ertelenmesi, uygulamanın özellikle bilirkişilik uygulamasının neticesinde zararlı bir*

TARTIŞMALAR

*kurum haline dönüşmüştür*". Cümlelerim aynen böyle. Gerçekten de bu vakiadır. Maalesef iflâsın ertelenmesindeki uygulama sorununun temelinde yetkin olmayan bilirkişiler yatmaktadır. Bu konuda zorunlu bilirkişilik getirilirse, herkesin eline bırakılmazsa, özellikle hukukçular da hiç dahil edilmezse bu işe çok iyi olur, Hakan hocama tamamen katılıyorum. Yani gerçekten mali incelemeyi yapan bilirkişi "*Bu şirket borca batıktır*" demişse ve "*Bu proje fizibıldır*" demişse, hukukçuya diyecek hiçbir şey kalmıyor. Sadece koşulları sıralıyor, "*Bu koşul vardır, bu koşul vardır, bu koşul vardır...*" O kadar.

Şimdi, ben Sayın hocama -şimdiye kadar herhalde çok soru gelmedi- ben bir soru sormak istiyorum: İflâsın ertelenmesi kaldırılınsın. Ben de o neticeye gelmiş olanlardanım, iflâsın ertelenmesi kaldırılınsın, fakat şu şartlar: Konkordato veya yarıdan yapılandırma, bunlardan biri tercih edilerek iflâsla entegre bir hale getirilerek. Acaba hocam, bu kadar radikal değişikliğin geçici bir, cüzi bir değişiklik yapılamayacağına inanıyor ise -ki Bakan bey de zannediyorum bir hazırlık yapıldığından söz yetmişti- iflâsın ertelenmesi müessesesi için özel olarak bir komisyon toplanırsa, buraya ne önerirsiniz? Yani çok kısa vadede hangi tedbirler alınırsa, hangi değişiklikler getirilirse iflâsın ertelenmesi zarar vermez veya zararları en aza indirilebilir?

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Ali Cem BUDAK** (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): 19. Hukuk Dairesi'nin birkaç defa tesadüf ettiğim ve her seferinde de arkasında karşı oy yazısı olan bir içtihadı var, ben onunla ilgili olarak Hocamın görüşünü, hatta belki Sayın Başkan'ın görüşünü burada alabilir miyiz diye düşündüm.

Birden fazla sermaye şirketinin birlikte iflâsın ertelenmesini talep etmesinin caiz olup olmadığı; ben bu konudaki görüşlerinizi diliyorum.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Sekiz kişiye söz verebildik, müsaade ederseniz burada keselim demeyeceğim ama bir-iki kişiye daha vereyim, 10 kişide de keseyim.

Buyurun efendim.

**Arş. Gör. Cumhur RÜZGARESEN** (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi): Sayın Hocamız, ertelemenin borca batıklık şartına bağlandığını söylemişti ve bunun da bu kurumun bir zayıf noktası olduğunu belirtti.

Sabahleyin Sayın Profesör Walker, "*Alman hukukunda 'drohende Zahlungsunfähigkeit' yani aciz hali tehlikesi bulunduğu şeklinde bir iflâs sebebi var*" dedi. Bizde bunun 1999'dan önceki Konkursordnung'da bulunmadığı ve sonraki ihtiyaçlara binaen getirildiği, ancak işlemediği belirtildi.

Şimdi, burada bu iki durum arasındaki noktayı nasıl bulacağız, yani ortalama nasıl olacak? Birisinde borca batıklığı bekliyoruz, ki bir şey kalmıyor şirkette, şirket boşaltılmış oluyor. Diğerinde aciz hali tehlikesi var, mesela Alman hukukunda olduğu gibi. Deniliyor ki: "*Henüz mallar boşaltılmadan lütfen gidin iflâsınızı isteyin*" şeklinde veya "*İsteyebiliriz*" şeklinde bir iflâsın açılma sebebi var. Bu bizde yok şu anda. Eğer getirilse, ki bir de diyoruz ki: Orada işlememiş, bizde de işlemeyecek. Burada bir ahlaki sorun olduğu kesin, ama hukuki olarak nasıl bir çözüm bulmamız lazım?

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Buyurun Sayın Başkan, son olarak size söz veriyorum.

**Seyit ÇAVDAR:** Sayın Başkanım, ben sormayacaktım, ancak buradaki Sayın hocam bizim 19. Hukuk Dairesi'nin iflâsın ertelenmesiyle ilgili kararında benim muhalefetimden, başlangıcından beri yazmış olduğum muhalefetimden bahsedin-

TARTIŞMALAR

ce söz almak durumunda kaldım. Verdiğiniz için çok teşekkür ediyorum.

Hakan hocam bu muhalefeti ve çoğunluk görüşünü açıklarsa ben bu konuda açıklama yapmayacağım. Ama uygun görürlerse... Ben çok kısa açıklama istiyorum.

Sabahki ben Sayın Meier'in konuşmasında da bir sual yöneltmiştim, işte o sual bizim bu Türkiye'de iflâsın ertelenmesinde holding bünyesinde yer alan birden fazla şirketin birlikte iflâsın ertelenmesi talebinde bulunabilir mi, bulunamaz mı noktasında toplandı. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, o zaman ben Yargıtay üyesiydim, iflâsın ertelenmesinin bu şekilde açıldığı, holding bünyesinde birden fazla şirketin açılması halinde verilen kararın temyiz edilmesi üzerine 19. Hukuk Dairesi'ne geldiğinde biz tabii heyet olarak buradaki arkadaşlarımızla beraber, o zamanki Başkanımız Sayın Coşkun Koçak'ın başkanlığında toplandık, bu konu uzunca tartışıldı.

Sonuçta ben, açamayacakları, birlikte iflâsın ertelenmesi talebinde bulunamayacakları görüşündeydim. Fakat çoğunlukta arkadaşlarımız "Açabilirler" şeklinde karara varıldı. Tabii ki siz bir heyet halinde çalışıyorsanız çoğunluğun kararı geçerlidir ve uygulama da o yönde devam etmektedir. Ben de halen muhalefetime yazmaktayım. Çoğunluğun görüşü o yönde tecelli ettiği için, o yönde oluştuğu için şu anda yapılacak bir şey yok. Uygulama o yönde devam etmektedir.

Teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA:** Teşekkür ederim efendim.

Şimdi, müsaade ederseniz 10 kişiyle sınırlayalım demiştik, çünkü bu gerçekten çok uzun sürebilir. 10. kişi olarak ben kendime söz veriyorum, çok kısa bir şey.

Şu bakımdan: Gerek Şakir bey gerek Seyithan beyle ilgili söylemek istiyorum, işin esasına ilişkin değil de. Şimdi, sayın konuşmacı, bu müessesenin bugünkü haliyle kendisinden beklenen sonuçları vermediğini ve bunun gerekçelerinin ne



olduğunu açıkladı. Yani burada bir sanal kişi olarak veyahut o müessese taraftarı olan kişilerle bir karşılıklı bir çekişme, bir nizalı bir durum yaratmak gibi bir şey söz konusu değil. O bakımdan, yani böyle bir savunmaya geçmek falan da söz konusu değil. Görüşler bunlardır, görüşler açıklanmaktadır.

İkincisi, belki çok kısa şunu da söyleyeyim: Sayın Başkanın işaret ettiği ve meslektaşım Ali Cem Bey'in söylediği, bu birleştirmeyi kabul eden davada, tamamen birleştirmeye ilgili, bana, dava ortaklığıyla ilgili bir monografiye atıf yapılıyor ve madem orada daha sonra bir dava ortaklığı ortaya çıkabiliyor, öyleyse bu başta da olabilir, bu birleştirme bu şekilde en başta da istenebilir diye. Ben bu konudaki görüşümü saklı tutuyorum, ama bu kararlarda nedense hep benim şeyime de bir atıf oluyor.

Efendim, şimdi Sayın Pekcanitez'den bu şeylere cevaplarını rica ediyorum.

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ:** Hocam, teşekkür ediyorum.

Önce Şakir Bey'in eleştirilerine cevap vereyim: Kendisi konuşmasında hem "*Neden eleştirmeyelim bu kadar, tabii ki eleştirelim, hatta az bile*" dedi. Ama sonra da "*Niye bunları eleştiriyoruz?*" diye kendi söylediğinin tam tersini söyledi. Ne yapalım! Ben uygulamadaki yanlışları burada dile getirmeye çalıştım. Eğer doğruysa buna cevap verebilirsiniz.

Yine, dikkat ederseniz, benim konuşmamın başlığı: "*İflâsın Ertelenmesi Kurumuna Eleştirisel Bir Bakış*". Ben buraya bu kurumunu methetmeye gelmedim, eleştirmeye geldim. Dolayısıyla söylediklerim de uygulamada gördüklerim. Bunlar, benim sanal bir odaya çekilip de kendimden uydurduğum şeyler değil, bunlar uygulamada gördüğüm şeyler. Dolayısıyla bu eleştirisel bakışı böyle değerlendirmeniz gerektiğine inanıyorum.

Süha Bey'in bir yıl, dört yıl ve beş yıllık süreler hakkında söylediklerini son derece önemsiyorum. Bu arada, hepimizin bilgisi dâhilinde ama, bir kez daha ifade edeyim: Bir de bili-

TARTIŞMALAR

yorsunuz şu anda Mecliste bekleyen bir Ticaret Kanunu'muz var, Tasarı olarak komisyondan geçti. Bu Ticaret Kanunu Tasarısı'nın ilk düzenlemesinde erteleme için üst sınır olarak süre üç yıl öngörülmüştü, sonra tekrardan bu sürenin kalktığını gördüm. Kim kaldırdı, neden kalktı, onu bilemiyorum. Ama bir üst sınır olarak Türk hukukunda beş yıl, uzun bir süre. Bu da biliyorsunuz Türkiye'de bir şirketin ihtiyacı sebebiyle –hepimizin bildiği bir husus olduğu için bunu dile getiriyorum– hemen daha bir yıllık süre bitmeden yeni bir kanunla "Artı dört yıl" olarak süre uzatıldı. Halbuki Tasarı'da ve Kanun'un ilk değişikliğinde bu süre 1+1 şeklindeydi. Sonra bu bir yıl bile bitmeden 1+4, yani toplam beş yıl oldu.

Şimdi, Talih beyin haklı düşüncesini burada dile getirmek istiyorum: Biz erteleme süresi boyunca takip yapamayacağız. Peki, sizin kiraladığınız iş yerinin kiralamayı kendisine bu süre boyunca kiranızı ödemezseniz ne yapacak? Takip yapamayacak. Beş yıl bekleyecek.

Bana göre, hangi müesseseyi seçersek seçelim; bakın, alacaklıların etkisi ve katkısı mutlaka artırılmalı. Ne konkordato da ne de "Insolvenzplan" içinde veya "Chapter Eleven"da alacaklıları dışlayarak, bir kenara bırakarak bu işin içinden sıyrılmak mümkün değil. Bu, bizim uygulamamız, eşyanın tabiatına da aykırı. Onları hiç dinlemeyeceksiniz, hiç kaale almayacaksınız ve sadece borçluyu koruyacaksınız.

Burada bir meslektaşımızın maalesef ifade ettiği "Şimdi sıra bizde, fırsat elimize geçti, intikam alacağız" şeklindeki ifadesini de mantıklı ve hukuki bulmadığımı söyleyeyim; sadece öyle söyleyeyim.

Erteleme süreci içinde atanan kayyımlar, dediğiniz gibi, önce bilirkişi oluyor, erteleme konusunda bilirkişilik yapıyor, sonra kayyım olarak atanıyor. Yargıtay bu durumlar için özel olarak karar verdi, dedi ki: "Bilirkişi olarak atanan kişi daha sonra kayyım olamaz." Son derece isabetli buluyorum bu kararı.

Bakın, ben daha açık bir örnek vereyim, bunda hiç sakınca yok. Sayın Başkanla beraber bir şehirde idik. Toplantıya katı-

lan bir kişi dedi ki: *"Hocam, burada kayyımlar şirkete gidince araba istiyorlar ve bize araba vereceksiniz diyerek şirketi zorluyorlar. Ayrıca şirkette geldiklerinde bütün tanıdıklarını telefonla arıyorlar ve telefon masraflarını da şirkete yazdırıyorlar. Ayrıca bir de para alıyorlar."* Ben bunu kürsüde dile getirdiğimde bir kayyım geldi dedi ki: *"Hocam, araba dediğiniz Clio, öyle matah bir araba vermediler"*. Maalesef durum bu. Ben bu ayrıntılara girmedim, işin daha çok farklı yönleri var, daha çok hukuki açıdan değerlendirmeye çalıştım. Yoksa bu kadar derinlere insek de, uygulamada çok ciddi sıkıntılar var.

Bir başka husus, hacizler. İflâsın ertelenmesinin bana göre bir başka sıkıntısı orada. Takipler duruyor, haciz kalkmıyor. Peki, siz bir fabrikayı, bir işletmeyi düşünün, hammadde üzerine hacizler konmuş. Hiçbir şey yapamazsınız haciz konan hammaddelere. Hacizli olduğu için belki parasının ödeyerek satın aldığınız hammaddeyi kullanamayacaksınız. Gidip dışarıdan yeni hammadde almak zorundasınız. Haczi kaldıramıyorsunuz. Satın almak istediğiniz hammadde için satıcıların size taksit yapmaları vade tanımaları son derece zor. Peşin almak zorundasınız. Bana göre iflâsın ertelenmesinin uygulamasında yumuşak karnı burada. Bu sorunu mutlaka çözmek gerekiyor.

Seyithan Deliduman, marka olan soyadınızı gayet doğru söylüyorum. Size de aynı şeyi söyleyeceğim: Lehinde olan şeyleri konuşmak üzere ben buraya gelmedim. Eğer lütfedip programa baksaydınız, benim buraya eleştirel bir yaklaşım için geldiğimi görürdünüz. Biz iflâsın ertelenmesini eleştiriyoruz. Siz bu kurumu çok seviyor olabilirsiniz, sevmeye devam edin. Bilirkişilik yapıyor da olabilirsiniz, devam edin. Ama ben kuruma eleştirel olarak bakmak üzere burada konuşmacıyım. Diğer yönlerini ben makale olarak da yayınladım.

Diyorsunuz ki: *"Nerede çıkıyor hasta olduğu, doktora gidiyor."* Efendim, doktora giderken borca batık, bir sermaye şirketinin borca batık olması sağlık durumunu ifade ediyor. Borca batıklık iflâsını talep etmek zorunluluğu getiriyor şirkete. Sizin ifadenizle henüz hastalanmadan aile hekimine mi gidiyor, koruyucu hekime mi gidiyor? Hayır.

TARTIŞMALAR

E, diyorsunuz ki: “Ben, çekişmeli mi çekişmesiz mi buna katılmıyorum” Katılmıyorsunuz, çünkü benim yazdıklarımı dahi doğru aktarmıyorsunuz tezinizde. Ben, hiçbir şekilde “Dava” demediğim halde, kitabınızda sanki ben “Çekişmesiz yargı” yerine “Dava” ifadesini kullanmışım gibi ifadeler kullanıyorsunuz; bunu da size söyledim. Ben hiçbir yerde, hiçbir maddede bunun bir dava olduğunu söylemedim, baştan itibaren bunun bir çekişmesiz yargı olduğunu söylüyorum. Bunda da hiç tereddüt dahi etmedim. Baştan beri çekişmesiz yargıyı yazan Baki hocamız bunun çekişmesiz yargı olduğunu son derece doğru olarak söylemiş durumda. Biz tasarıda bunun böyle olduğunu söylüyoruz, makalemde böyle olduğunu söylüyorum. Ama bakıyorum, son iki profesörlük takdim tezinde borçlunun iflâsın ertelenmesi başvurusu dava olarak ifade ediliyor. Bu çok ağır bir hata! Üzülüyorum!..

“Efendim, güç şimdi borçlunun elinde” Biz hukuk konuşuyoruz, biz intikam almak ya da gücün şu anda onun ya da bunun elinde olduğunu söylemiyoruz. Ben, yeri geldiğinde Bankalar Birliği’nde bankaların pek çok müdahalesini, düşüncesini, eleştirilerini cevapladım. Ama şu anda bankaların iflâsın ertelenmesi konusundaki sıkıntılarını son derece yerinde buluyorum. Sizin milyonlarca alacağınız için beş yıl boyunca faizler işleyecek ama siz hiçbir şey yapamayacaksınız. Alacağının tahsil edemeyen bankalar ve alacaklıları da mutlaka düşünmemiz gerekiyor. Aksi takdirde hepiniz zarar görebiliriz. Bir mortgage dünyanın bütün ülkelerinde bir şekilde, domino taşları şeklinde büyük felaketlere neden oldu.

Sayın Tombaloğlu’nun eleştirisi yok, sadece katkıda bulundular, teşekkür ediyorum.

Sayın Atalay’ı dinlerken Sayın Öztekin monografisini hatırladım, o monografisinde diyor ki: “Acaba biz bu kurumla bir canavar mı yarattık?” Ondan sonra kurumu değerlendirmeye başlıyor. Doğru, acaba biz bir canavar mı yarattık? Kanaatimce sırf kanun hükümleri bu canavarı yaratmadı. Zira benzer hükümlerin yer aldığı İsviçre hukukunda böyle bir sorun yok. Sorun bizim uygulamamızda.

"Erteleme kaldırılсын, fakat konkordato iflâsla nasıl entegre olsun, ne önerirsiniz?" Açıkçası, bu konuda herhangi bir öneride bulunmak yerine, önce uygulamadaki bu sıkıntıları tespit etmemiz lazım. Ondan sonra, bütün bu sıkıntıları, bütün bu problemleri tespit ettikten sonra belki oturup bir tercih yapmamız lazım: Acaba biz Alman hukukundaki gibi Insolvenzplan'ı mı esas alacağız... Yoksa konkordato ve ertelemeyi bir üçüncü kurum olarak mı düzenleyeceğiz. Hangi yol hukukumuzda uygun ise bu yolu düzenlememiz ve diğerlerinin kaldırmamız gerekir. Ancak bu konuda şu anda İcra ve İflâs Kanunu'ndaki düzenlemelerinin hiçbirisinin yeterli ve uygun kurumlar olmadığını düşünüyorum. Bazı kurumlar ise gereksiz. Örneğin, konkordato beş yıldır hiç uygulanmıyor, ama Kanun'da yer alıyor. Keza yeniden yapılandırma hiç uygulanmıyor ama Kanun'da yer alıyor. Uygulanmayan bu kurumların Kanun'da yer almasının da bir anlamı kalmıyor.

Sayın Rüzgaresen'in sorusuna da şöyle cevap vereyim son olarak: "*Borca batıklığı esas almayalım, onun yerine aciz halini ya da ödeme güçlüğüne esas alalım, ama o da Alman hukukunda farklı*" dediniz. Ben, ilk iflâsın ertelenmesiyle ilgili makalemi yazdığımda da aynı düşünceye sahiptim ve dedim ki: "*Niye aciz halini biz erteleme talebinde bulunmak için yeterli görmüyoruz?*" Çünkü aciz hali çoğu zaman neyin habercisidir? Borca batıklığın. Peki, belli, ateşiniz çıkmış, bütün belirtiler ortada, ağır hastalanacaksınız. Bu ağır hastalığınızı "*Bekle, daha gelme, müracaat etme*" şeklinde engellemek mi doğru, yoksa hastalık ağırlaşmadan başvuru imkânını getirmek mi doğru? Nitekim yeniden yapılandırmanın içinde, dikkat ederseniz, ne var? Böyle bir tehlikenin olması yeterli görülüyor. Ben bunu doğru buluyorum. Ayrıca şunu da ifade edeyim, uygulamada fiilen aciz hali borca batıklık gibi gösterilerek zaten uygulanıyor.

Evet, zannediyorum hocam soruları cevaplandırabildim.

Bu arada, sabahtan beri tercüme konusunda çok büyük emek veren ve baktığım zaman da gerçekten bütün vücuduyla bu tercüme konusunda büyük bir emekle bize yardımcı ol-

TARTIŞMALAR

maya çalışan her iki mütercim arkadaşımıza da gönülden teşekkür ediyorum. Sağ olsunlar, var olsunlar.

Teşekkür ediyorum.

**İKİNCİ GÜN**  
**10 Ekim 2009**

**BİRİNCİ OTURUM**

**Oturum Başkanı**  
**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ**  
(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim  
Üyesi)

**Tebliğ Sunan**  
**Prof. Dr. Sûha TANRIVER**  
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)  
Konkordato Hukuku Alanındaki Gelişmeler

**Oturum Başkanı: Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ**

**Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Süha TANRIVER**

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

**Arş. Gör. Dr. Müjgan YÜCEL:** Sekizinci Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın ikinci gününe hoş geldiniz.

MÜJGAN  
YÜCEL'İN  
KONUŞMASI

İkinci günün ilk oturumunda, Sayın Profesör Dr. Saim Üstündağ hocamız oturuma başkanlık edecek; Sayın Profesör Dr. Süha Tanrıver hocamız ise tebliğ sunacaktır.

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ (Oturum Başkanı):** Sayın katılımcılar, biliyorsunuz elektriğin azizliğine uğradık. Bu nedenle programa tam uygun hareket edebilmemiz zorlaştı. Hem siz hem biz biraz çaba sarf ederek bir önceki programdaki ortaya çıkmış olan aksaklığı giderebilmek olanağına sahip olacağımızı sanıyorum ve şimdi, 10.30'da başladığımızı varsayarsak, kırk beş dakika sayın konuşmacı konuşacak. Ondan son-

SAİM  
ÜSTÜNDAĞ'IN  
KONUŞMASI



SAİM  
ÜSTÜNDAĞ'IN  
KONUŞMASI

ra kısa bir süre tartışalım, on beş dakika içinde ve böylece biraz telafi edebilme imkânına kavuşalım.

Buyurun Süha bey.

SÜHA  
TANRIVER'İN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Süha TANRIVER:** Teşekkür ederim hocam.

Her zaman olduğu gibi, burada da şansımın azizliğine uğradım. Dışarıda da tabii çok cazip, konkordato hukukundaki yapılması gereken yeniliklerle mukayese edildiğinde çok cazip, insanı cezp edici bir hava var. Maalesef işkence ve tazip suretiyle size konkordato hukuku alanındaki yenilikleri anlatmak durumunda bulunuyorum.

**Prof. Dr. Süha TANRIVER**

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**İFLÂS DIŞI ADİ KONKORDATOYA İLİŞKİN  
GÜNCEL SORUNLAR VE  
BAZI DEĞERLENDİRMELER\***

SÜHA  
TANRIVER'İN  
TEBLİĞİ

**A. GENEL OLARAK**

Konkordatoya ilişkin olarak yapılan temel ayrımlardan birisini de, adî konkordato- malvarlığının terki suretiyle konkordato ayrımı oluşturur. Bu ayrımın temelinde, her iki konkordato türünün gerçekleştirmeye yönelmiş oldukları amaçların birbirinden farklılık göstermesi yatmaktadır. Adî konkordato, esas itibarıyla, borçlunun işletmesinin başında bulunmak suretiyle, ekonomik durumunu düzeltmesine ve varlığını devam ettirmesine uygun bir ortamın yaratılmasını hedeflediği halde; malvarlığının terki suretiyle konkordato, esas itibarıyla-

\* Bu makale, 9-10 Ekim 2009 tarihlerinde Bolu/ Abant'ta gerçekleştirilmiş olan 8. Medenî Usûl Hukukçuları Toplantısı'nda sunulmuş bulunan tebliğın aynen yayınlanmış metnidir.

la, borçlunun malvarlığının aktiflerinin tamamı ya da bir kısmı üzerindeki tasarruf yetkisinin, iflâsa nazaran daha yumuşak ve daha esnek bir rejim içinde gerçekleştirilecek olan tasfiye amacı ile sınırlı olarak, alacaklılara intikal ettirilmesini hedefler.<sup>1</sup> Yani, adî konkordatoda amaç, borçlunun işletmesinin iyileştirilmesinin, (yaşamasının) ayakta kalmasının sağlanması olduğu halde; malvarlığının terki suretiyle konkordato amaç, esas itibarıyla, daha esnek bir rejim içerisinde, alacaklıların alacaklarının ödenmesini gerçekleştirebilmek için, borçlunun ekonomik bütünlüğünün (mevcudunun) tasfiye edilmesidir.<sup>2</sup> Bu nedenle, adî konkordatoda, borçlunun menfaatleri; malvarlığının terki suretiyle konkordato ise, alacaklıların menfaatleri daha ön plâna çıkmıştır.<sup>3</sup> Adî konkordatodan maksat, mahkeme dışı konkordato<sup>4</sup> ile malvarlığının terki suretiyle konkordato<sup>5</sup> dışında kalan ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 285 ilâ 309 (bu maddeler dahil) uncu maddeleri arasında düzenlenmiş bulu-

<sup>1</sup> Coradi, A., *Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren Art.293 ff. SchKG, Diss., Zürich 1973, s. 31.*

<sup>2</sup> Tanrıver, S./Deynekli, A., *Konkordatonun Tasdiki*, Ankara 1996, s.45; Tanrıver, S., *Konkordato Komiseri*, Ankara 1993, s.197.

<sup>3</sup> Coradi, s. 35.

<sup>4</sup> Konkordato prosedürü içerisinde görev yapan herhangi bir resmî makamın katılımı olmaksızın, borçlunun, doğrudan doğruya alacaklıları ile ayrı ayrı anlaşmak suretiyle gerçekleştirdiği konkordato türüne, mahkeme dışı konkordato denir. (Leimgruber, O., *Der Nachlassvertrag nach Schweizer Recht*, Zürich (Târihsiz), s. 14; Berkin, N., *İflâs Hukukunda Konkordato*, İstanbul 1948, s.117; Kuru, B., *İflâs ve Konkordato Hukuku*, 2. B. (Tıpkı basım), İstanbul 1988, s. 406).

<sup>5</sup> Paraya çevirtmek suretiyle oluşturulan değerden tatmin edilmek üzere, borçlunun malvarlığının aktiflerinin tamamı yahut bir kısmı üzerindeki tasarruf yetkisinin alacaklılara bırakılmasını öngören konkordato türüne, "malvarlığının terki suretiyle konkordato", daha doğru bir deyişle "mevcudun terki suretiyle konkordato" denir. Sözü edilen konkordatodanın gerçekleşmesi ile birlikte, borçlu hem iflâs etmekten ve dolayısıyla iflâsın kamu hukuku bakımından doğuracağı sonuçlardan kurtularak ticarî saygınlığını (ekonomik kimliğini) korur; hem de aktiflerin tasfiyesi sonucunda oluşan değerden karşılanmayan alacak kesimleri için, borç ödemedi aciz belgesi düzenlenmesi söz konusu olmaz (Ganahl, E., *Entscheidungskriterien für die Wahl und Bestätigung eines Nachlassvertrages gemaess SchKG., Diss., St. Gallen 1978, s. 8; Tanrıver/Deynekli s. 46).*

nan konkordato türüdür.<sup>6</sup> İşaret edilen hususu, sözü edilen yasal düzenlemenin başlığının 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, "Adî konkordato" olarak belirlenmiş bulunması da, doğrulamaktadır. Bu tür konkordato, vade veya yüzde konkordatosu biçiminde ortaya çıkabileceği gibi; kombine (bileşik) konkordato biçiminde de ortaya çıkabilir. Yine, söz konusu konkordato, zaman itibarıyla, iflâstan önce olabileceği gibi, iflâstan sonra da olabilir.

## B. ADÎ KONKORDATO KURUMUNUN UYGULAMADA İŞLEMEZ HALE GELMESİNİN SEBEPLERİ

4949 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılması-na Dair Kanun ile en yoğun değişikliklerin gerçekleştirildiği alanlardan birisini de, adî konkordato hükümleri oluşturmaktadır. Bu özelliğine rağmen, son yıllarda, adî konkordato kurumunun uygulaması son derece sınırlı sayıda olmuştur. Bunun belli başlı nedenlerini, şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Borca batık durumda bulunan, ekonomik süreç içerisinde daha etkin ve daha geniş kapsamlı bir rol üstlenmiş olan anonim ortaklıklarla limitet ortaklıkların kullanabileceği hukukî olanaklar arasında yer alan iflâsın ertelenmesi kurumunun, adî konkordato kurumuna nazaran daha cazip hale getirilmiş olmasıdır. Anılan kurumun cazibe merkezi haline getirilmesinde, şu temel etkenler rol oynamaktadır:

a. Her şeyden önce, iflâsın ertelenmesi prosedürü, adî konkordato prosedürüne nazaran, daha basit, daha esnek ve daha seri olarak işleyen ve daha sonuç alınmasına olanak veren bir prosedür konumundadır.

b. Yine, iflâsın ertelenmesi kurumu, borçluya, alacaklıları karşısında, bir yıllık normal süreye ilâveten, uzatma süreleri de dâhil olmak üzere toplam maksimum beş yıllık bir süre için, rahat bir nefes alma ve mahkeme dışı çözüm yolları üret-

<sup>6</sup> Tanrıver/Deynekli s. 44.

me konusunda daha geniş olanaklara sahip olmayı mümkün kılar bir nitelik taşımaktadır. Adî konkordatoda, konkordato mühleti, uzatma dahil toplam beş aydır. Hükümleri itibarıyla konkordato mühleti ile arasında paralellik kurulmuş olan iflâsın ertelenmesi kurumunun, zaman kesiti itibarıyla, bu bağlamda borçluya sağlayabileceği avantajların iflâsın ertelenmesine nazaran daha fazla olduğu açık bir biçimde ortadadır.

c. Öte yandan, iflâsın ertelenmesi süresi içerisinde, borçlu, tasarruf yetkisi itibarıyla, adî konkordatoda konkordato mühleti içerisinde sahip olduğu tasarruf yetkisiyle karşılaştırıldığında, daha geniş bir serbestliye sahiptir; denetim bağlamında da daha esnek ve daha ılımlı bir rejime tâbi tutulmuştur. İflâsın ertelenmesi sürecine, konkordatoda olduğu gibi, mahkemenin, katı bir müdahalesi söz konusu değildir ve bu süreçte görev yapan resmi kimliği bulunan bir konkordato komiseri de yoktur. İflâsın ertelenmesi sürecinin işleyişinde kendisine rol verilmiş olan kayyım da, ne statü ne de işlevleri itibarıyla, konkordato komiserine eşdeğer bir konumdadır. Bu durumda, iflâsın ertelenmesi kurumunun, adî konkordato kurumuna nazaran daha cazip hale gelmesinde rol oynayan önemli etkenlerden birisini teşkil etmektedir.

2. Yine, 4949 sayılı Kanun'un 75. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 296. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen değişiklikle, tasdik sürecinin tamamlanması da dahil olmak üzere, azamî üç ay, uzatılmışsa toplam beş aylık konkordato mühleti içerisinde, konkordatonun oluşturulması sürecinin tümüyle gerçekleştirilmesi öngörülmektedir ki; konkordato prosedürü içerisinde icrası gereken işlemlerin çokluğu ve yoğunluğu ile ülkemiz bütününde yargının genel işleyişi gözetilecek olursa, bu pek mümkün görülmemektedir.<sup>7</sup>

Geçmişte yaşanan tecrübeler, konkordato mühleti içerisinde, genelde, tasdik incelemesinin gerçekleştirilip sonuçlandırılmadığını; hatta bu incelemeye baz oluşturacak konkordato komiserinin raporunun ve eklerinin dahi, çoğunlukla mühle-

<sup>7</sup> Bkz. aşa. D, II.

tin bitiminden önce, incelemeyi yapacak olan yargı yerine tevdi edilmesinin sağlanmasında, büyük güçlüklerle karşılaşıldığını göstermektedir. Tasdik süreci içinde, yargı yerince bilirkişiye başvurulması halinde, bilirkişi incelemesinin gerçekleştirilmesi bile, bu inceleme sonucunda düzenlenecek raporun kesinlik kazanması evresi de dikkate alınacak olursa, bizatihi aylarca sürebilmektedir. İşaret edilen bu tespitlerden, tasdikten önceki aşamalarda da, konkordato işlemlerinin yoğunluğu karşısında, konkordatonun oluşturulması prosedürünün gereklerinin tümüyle yerine getirilmesinin sağlanmasının, üç yahut uzatma dahil toplam beş aylık bir zaman kesiti olan konkordato mühleti içerisinde mümkün olmayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Süreyle ilgili bu düzenlemenin varlığı dahi, daha işin başında, adî konkordato kurumunun, işlemez deyiş yerindeyse "üzerine ölü toprağı serpilmiş bir kurum" haline gelmesine neden olmuştur.

3. İflâs dışı adî konkordatoya, iflâsa tâbi olmayan borçlular da başvurabilir. Konkordato mühletinin kaldırılması, tasdik talebinin reddi ve konkordatonun tamamen feshine karar verilmiş olması hallerinde, iflâsa tâbi olmayan borçluların da doğrudan doğruya iflâsını alacaklıların istemelerine olanak verilmiş bulunması (İİK m. 177/3; m. 301), iflâsın, adetâ cezaî bir yaptırım gibi işlerlik kazanması sonucunu doğurmuş; bu durum da konkordatoya başvurunun cazibesini yitirmesinde önemli ölçüde etkili olmuştur. Özellikle, mevcut düzenleme çerçevesinde, konkordatonun tasdiki istemi, komiserin raporunu ve eklerini, çoğunlukla, üç uzatılmışsa toplam beş aylık konkordato mühleti içerisinde ibraz etmesinin, fevkalâde güç olması sebebiyle, mahkemece reddedilecek; bu durum, oluşumunda belki de hiçbir kusuru bulunmayan iflâsa tâbi olmayan borçlunun hakkında doğrudan doğruya iflâs prosedürüne işlerlik kazandırılması sonucunu yaratabilecektir.

Bugüne kadarki pratik, iflâsın ertelenmesi kurumunun, amacından saptırılarak, özellikle, prosedürünün basitliği, kolaylığı ve çabuk sonuç alınabilirliğe olanak vermesi sebebiyle aşikâr bir biçimde kötüye kullanıldığını; batık borçluların kurtarılması adı altında, uzun soluklu olarak, doğurmuş ol-

duğu hukukî sonuçlar itibarıyla, alacaklıların büyük ölçüde zarar görmesine sebebiyet veren bir mekanizmaya dönüştürüldüğünü ortaya koymaktadır. Gelişen bu durum karşısında, iflâsın ertelenmesi kurumu, tümüyle kaldırılmalı; bu yapılamıyorsa, anılan kurumun, hüküm ve sonuçları itibarıyla konkordato mühletinin hüküm ve sonuçlarıyla arz etmiş olduğu paralellikler de dikkate alınarak, etkin bir iyileştirme aracı olarak işlev görmesine olanak verecek değişiklikler de yapılmak kaydıyla, iflâs dışı adî konkordato sürecine entegrasyonu bir önce sağlanmalıdır.

### C. KÜLLİ İCRA SİSTEMİ İÇERİSİNDE YER ALAN MEKANİZMALAR VE ADİ KONKORDATONUN BU MEKANİZMALAR KARŞISINDAKİ KONUMU

Külli icra sistemi bütünü içinde, bugün için beş mekanizma mevcuttur. Bunlar:

- a. İflâsın ertelenmesi,
- b. Adî ve malvarlığının terki suretiyle konkordato,
- c. İflâs,
- d. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması,
- e. Fevkalâde hallerde mühlet.

Yukarıda yapılan tespitler çerçevesinde, iflâsın ertelenmesi kurumunun durumu ortadadır.

Tamamen Uluslararası Para Fonu'nun dayatması sonucu İcra ve İflâs Kanunu'na girmiş, ihtiyaçların ve bir kültürün ürünü olarak doğmamış bulunması sebebiyle, bugüne kadar hiç işlerlik kazanmamış, adetâ üzerine ölü toprağı serpilmiş bir kurum konumunda olan sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması kurumunun da, kâğıt üstünde kalan hukukî varlığına bir an önce son verilmelidir.

Fevkalâde mühlet kurumu ise son derece istisnai hallerde (özellikle süreklilik arz eden ekonomik krizin yaşandığı dönemlerde) ve yürütme organının istek ve arzusuna bağlı olarak işlerlik kazanan bir kurum konumundadır. O da, bu nedenle çok cazip bir durumda bulunmamaktadır.

Bu durumda, külli icra sistemi içerisinde yer alan ve işlerlik kazandırılabilir mekanizmalar olarak konkordato ve iflâs kurumları daha ön plâna çıkmaktadır. Esas itibarıyla, borçlunun işletmesinin başında bulunması suretiyle, ekonomik durumunu düzeltmesi veya varlığını devam ettirmesi, yani işletmesinin iyileştirilmesi hedefleniyorsa, adî konkordatoya; borçlunun, ekonomik bütünlüğünün tasfiye edilmesi ve bu tasfiyenin daha esnek, daha ılımlı ve borçluyula alacaklılarının daha yararına olacak bir rejim içerisinde gerçekleştirilmesi hedefleniyorsa, malvarlığının, daha doğru bir deyişle mevcudun terki suretiyle konkordatoya; daha katı bir rejim içerisinde gerçekleştirilmesi arzulanıyorsa, iflâs yoluna başvurulmalıdır.

Efektif bir iyileştirme mekanizması haline getirilmesine yönelik değişiklikler gerçekleştirilmek kaydıyla, külli icra sistemi içerisinde yer alan adî konkordatoyla iflâs arasında, sürecin işleyişinde görev alan cebrî icra organlarının işlemleri arasında da mümkün olabildiğince bir koordinasyonun sağlanması suretiyle, nesnel yahut maddî bir irtibatın (organik bir bağın) kurulmasına özen gösterilmelidir (Bkz. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun İyileştirme Prosedürünün Revizyonuna Dair Uzmanlar Komisyonu Öntasarı m4/a).<sup>8</sup> Bu nesnel yahut maddî irtibat, işletmenin iyileştirilmesi, ayakta tutulup ekonomiye katkı sağlamasının mümkün olduğu hallerde, adî konkordato sürecine; bunun mümkün olmadığı hallerde ise, derhal iflâsın açılması sürecine işlerlik kazandırılmak suretiyle sağlanmalıdır.

Bu bağlamda, borçlu yahut iflâs isteyebilecek olan bir alacaklısı, somut ve reel bir temele dayalı olarak, konkordato mühleti talebinde bulunmuşsa, mahkeme, iflâs hakkındaki kararını erteleyebilmeli; aynı şekilde, iflâsa karar verecek olan mahke-

<sup>8</sup> Bundan sonra, bu Öntasarı, metin içinde "İsviçre Öntasarısı" olarak anılacaktır.



me de, konkordatonun oluşumuna dayanak teşkil edecek somut bulgular ve koşullar varsa, re'sen süreci erteleyip; dosyayı konkordato talebini inceleyecek olan yargı yerine gönderebilmelidir (Karş. İsviçre Öntasarısı m. 173/a).

#### D. İFLÂS DIŞI ADI KONKORDATO PROSEDÜRÜNÜN EFEKTİF (ETKİN) BİR İYİLEŞTİRME ARACI HALİNE GETİRİLEBİLMESİ İÇİN YAPILMASI GEREKENLER

##### I. Konkordato Mühleti Talebi ve Nazara Alınabilmesi Şartlarıyla İlgili Olarak Yapılması Gerekenler

Her şeyden önce, konkordato sürecine giriş ve konkordato prosedürünün işleyişi daha sade, daha yalın bir hale getirilmeli ve daha da kolaylaştırılmalıdır. Mevcut yasal düzenlemeye göre, konkordato hükümlerinden yararlanmak isteyen herhangi bir borçlu ile borçlunun iflâsını isteyebilecek olan her alacaklı, gerekçelendirmek kaydıyla, konkordato işlemlerinin başlatılması talebinde bulunabilir (İİK. m. 285, I, II). Borçlunun yanı sıra, alacaklılara da, konkordato talep etme olanağının tanınması karşısında, konkordatonun, artık sadece borçluya tanınan hukukî bir lütûf olmaktan çıkartılıp; borçlunun yanı sıra alacaklıların ve hatta kamunun menfaatlerinin dengelenmesine ve bir potada uzlaştırılmasına hizmet eden bir hukukî kuruma, etkin bir iyileştirme aracına dönüştürülmek istendiği söylenebilir. Bunun tüm boyutları itibarıyla gerçekleştirilebilmesi için, olması gereken hukuk bakımından, koşulları oluşmuşsa, konkordato sürecini re'sen başlatma yetkisinin, mahkemeye de verilmesi uygun olur.

Yine, sağlıklı ve gerçekçi bir değerlendirmeyi mümkün kılmak amacıyla, borçlunun konkordato mühleti talebine eklenmesi gereken belgeler arasına tüzel kişi borçlular bağlamında, kuruluş senedi, statü, yönetim kurulu ve genel kurul toplantı tutanakları, faaliyet raporları ve denetleme organlarının rapor-

larının ve ayrıca ticaret ortaklıklarında pay defterleri ile pay sahipleri listesinin de dahil edilmesi, tüzel kişilerin konkordato taleplerinin objektif çerçevede değerlendirilmesi bağlamında katkı sağlayabilir.<sup>9</sup>

İcra ve İflâs Kanunu'nun, konkordato talebinin nazara alınması şartlarını, yani konkordato mühleti verilmesini belirleyen 286. maddesinin birinci fıkrasında, 4949 sayılı Kanun'un 68. maddesiyle yapılan değişiklikte, eski metinde yer alan "*borçlunun işlerinde doğruluğu*" ibaresi ile asgarî % 50 ödeme taahhüdünü öngören "*mevcudun yüzde elliye ödemeye yetişip yetişmediği*" ibaresi çıkartılmıştır. Öngörülen yasal değişiklikle, 286. maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemede yer alan "*borçlunun işlerindeki doğruluğu*" ibaresinin çıkartılması suretiyle, dürüstlük koşulunun, yargı organlarınca konkordato mühleti verilmesi bağlamında artık aranmayacağı gibi bir izlenim yaratılmış; hatta değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde, bunun izlenimden öte bir nitelik taşıdığı, mühlet verilmesinin koşulları arasında, artık dürüstlük koşulunun yer almadığı açıkça vurgulanmıştır. Bunun temelinde yatan düşünce, konkordatonun yalnızca borçlunun yararlanabileceği bir lûtuft olmaktan çıkartılıp; borçlunun yanı sıra, alacaklıların ve hatta kamunun menfaatlerinin dengelenmesine ve bir potada uzlaştırılmasına yönelik olarak işlev üstlenmiş bir kurum, bir maliye politikası aracı olarak görülmeye başlanması ve hassaten alacaklılara da, borçlu hakkında konkordato prosedürünün işletilmesini talep etme olanağının tanınmış bulunmasıdır. Kanun koyucu, yeni düzenlemede, "*borçlunun işlerindeki doğruluğu*" ibaresinin yerine, işletmesinin ekonomik anlamda ayakta kalabilirliğinin temin edilmesini temel alan ve bunun en önemli aracı olarak algılanan tümüyle ekonomik veriler üzerine kurulu bir ölçüt işlevini gören "*konkordatonun başarı ihtimâli*" ibaresini, ikame etmek istemiştir. Ancak, her nedense, yasal değişiklik yapılırken, İcra ve İflâs Kanunu'nun 286. maddesinde yer alan "*projenin alacaklıları zarara sokma kastından âri olup olması*" ibaresi çıkartılmamıştır. Sözü edilen ibarenin muhafa-

<sup>9</sup> Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 35.

za edilmiş bulunması, genel çerçevede, kusur araştırması temelinde dayalı olarak, daha dar kapsamda da olsa, borçlunun dürüstlüğü'nün, mühlet verilmesi aşamasında, hâla yasal bir koşul olarak aranması gerektiğine, üstü örtülü bir biçimde de olsa işaret etmektedir. Yapılan bu tespit karşısında, gerçekleştirilen yasal değişiklikle, borçlunun dürüst olmasının konkordato mühleti verilmesi bağlamında artık aranmayacağı gibi bir izlenim yaratılmışsa da, bu izlenim gerçekçi bir temele dayanmamaktadır. Bu durumda, icra mahkemesi, konkordato mühleti talebini karara bağlarken, projenin alacaklıları zarara sokma kastından âri olup olmadığını belirleme temelinde, kusur araştırmasını baz almak suretiyle, borçlunun dürüst olup olmadığını tâyine çalışacaktır. Öte yandan, borçlunun iyi niyetinden şüphe edilmesini gerektiren bir halin varlığının, tasarruf yetkisinin ve özellikle mühletin kaldırılması nedeni olarak, mehz Kanun'dan farklılaşarak, bizde hâla muhafaza edilmesi ve konkordato bağlamında, dürüstlüğü'nün bir anlamda genel yaptırımını olan konkordatonun tamamen feshine ilişkin yasal düzenlemede (İİK m. 308) herhangi bir değişiklik yapılmamış bulunması, konkordatoda dürüstlüğü'nün korunmasını baz alan bir suçun ihdâsı (İİK m. 334) ve varlığının korunması, borçlunun dürüstlüğü'nün, konkordato prosedürünün bütününde hâla etkili olduğunun diğer göstergelerini oluşturmaktadır. Sonuç olarak, kapsamı daraltılmış, kusur araştırmasına dayalı bir analize indirgenmiş olsa bile, dürüstlük, hâlihazırda, mühlet talebinin incelenmesi ve karara bağlanması bağlamında, göz ardı edilemeyecek olan bir yasal koşul durumundadır.<sup>10</sup>

4949 sayılı Kanun ile getirilen yasal düzenlemede, eskisinden farklı olarak, "konkordatonun başarı ihtimâli" ibaresine yer verilmesinden hareketle, Türk doktrininde, mühlet verilmesinin koşulları arasında, konkordatonun başarı ihtimâlinin mevcut olmasının da arandığı yönünde görüşler ileri sürülmüştür.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Aynı yönde, bkz., Kuru, B., *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, İstanbul 2004, s. 1236.

<sup>11</sup> Pekcanitez, H. / Atalay, O. / Sungurtekin-Özkan, M. / Özekes, M., *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. B., Ankara 2009, s. 620; Kuru, B./ Arslan, R./ Yılmaz, E., *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 23. B., Ankara 2009, s. 632.

İsviçre'deki yasal düzenleme de olduğu gibi (İsviçre İİK m. 294, II, 2.c.), bizdeki yasal düzenlemede de, "projenin alacaklıları zarara sokma kastından âri olması" ibaresine yer verilmemiş bulunsaydı, konkordatonun başarı ihtimâlinin bulunmasının, mühlet verilmesi sırasında gözetilmesi gereken müstâkil bir yasal koşul olduğu söylenebilirdi. Yasal düzenleme, bu haliyle irdelendiğinde, konkordatonun başarı ihtimalinin mevcudiyetinin de, borçlunun malvarlığının durumu, ödeme güçlüğü içerisine düşme nedenleri gibi, mühlet verilmesinin aslî koşulları arasında yer alan ve projenin alacaklıları zarara sokma kastından âri olmasını öngören koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tâyininde kullanılacak olan ölçütlerden birisi ve en önemlisi olduğu söylenebilir. Kaldı ki; konkordatonun başarı ihtimâli mevcut değilse, zaten o konkordato projesi, doğal olarak bünyesinde alacaklılara zarar verme kastını da barındırır. Yine, bu ölçüt, hâlen konkordato mühleti verilmesinin şartları arasında yer aldığı kabul edilen, teklif edilen meblağın, borçlunun malvarlığının aktifleri ile orantılı olması koşulunun<sup>12</sup> gerçekleşip gerçekleşmediğinin tâyininde de, önemli bir işlevi yerine getirir. Çünkü, orantılılık koşulunun tâyini, konkordatonun başarı ihtimâli ile doğası gereği zaten yakın bir ilişki içerisinde.

Konkordatonun, borçlunun, alacaklarının ve hatta kamunun menfaatlerinin dengelenmesini, bir potada uzlaştırılmasını hedefleyen bir hukukî kuruma dönüştürülmesi, etkin bir maliye politikası aracı olması arzu ediliyorsa, borçlunun işletmesinin ekonomik anlamda yaşayabilir ve yaşatılabilirliğini temel alan ve tümüyle ekonomik veriler üzerine kurulu bir ölçüt işlevi gören iyileştirilebilirlik ve oluşturulacak olan konkordatonun tasdikinin başarı ihtimâli koşulu tek koşul olarak baz alınmalı, projenin alacaklıları zarara sokma kastından âri olmasıyla borçlunun iyi niyetinden şüphe edilmesini gerektiren tutum ve davranışlarının onun tasarruf yetkisinin yahut konkordato mühletinin kaldırılması nedeni olarak muhafaza

<sup>12</sup> Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes s. 620; Kuru/Aslan/Yılmaz s. 632.

edilmesini öngören yasal düzenlemeler, bir an önce kaldırılmalı; bu bağlamda, İcra ve İflâs Kanunu'nun 308 ve 334. maddesinde yer alan kurallar da tekrar gözden geçirilmelidir. Bu yapılırsa, konkordato sürecinin başlatılması da önemli ölçüde kolaylaştırılmış olur.

Konkordato mühleti talebinde bulunulmasından, bu talebin, icra mahkemesince incelenip karara bağlanmasına kadar, genelde oldukça uzun bir zaman geçmektedir. Hatta, çoğu kere, bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ihtiyaç duyulması sebebiyle, konkordato mühleti talebine ilişkin olarak gerçekleştirilecek inceleme aylarca dahi sürebilmektedir. Dolayısıyla, konkordato mühleti talebinde bulunulmasından, bu talebin karara bağlanmasına kadar geçen dönem içerisinde, borçlunun, malvarlığında alacaklıların zarara uğramasına yol açabilecek nitelikte hukukî işlemlerde bulunması mümkün olduğu gibi; alacaklıların da yeni takipler, (özellikle, iflâs takipleri) yapmak suretiyle, borçlunun konkordato girişimini etkisiz kılacak tutum ve davranış sergilemeleri mümkündür. Zira, konkordato mühletinin hükümleri, konkordato mühleti talebinde bulunulduğu târihten itibaren değil; mühlet kararının verildiği târihten itibaren ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, konkordato mühleti talebinde bulunulmasından, bu talep hakkında karar verilmesine kadar geçen dönem içerisinde, borçlunun malvarlığında alacaklıların zarara uğramasına yol açabilecek nitelikte hukukî işlemlerde bulunmasını ve alacaklılarında mevcut takipleri devam ettirmek ve yeni takipler yapmak suretiyle özellikle borçlunun konkordato girişimini baltalamalarını engelleyecek, yani daha işin başında, borçlu ile alacaklıların menfaatlerini adil bir biçimde koruyacak ve dengeleyecek bir mekanizmaya ihtiyaç vardır.<sup>13</sup> Bu bağlamda, 4949 sayılı Kanun'un 67. maddesiyle, İcra ve İflâs Kanunu'nun 285. maddesine üçüncü fıkra olarak eklenen düzenleme ile icra mahkemesine, konkordato talebi üzerine, borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü takdirde, ismi açıkça biraz önce zikredi-

<sup>13</sup> Tanrıver, S., *Konkordato Prosedürünün İslahı İle İlgili Bazı Düşünceler*, (AÜHFD, 2001/3, Ayrı Bası, 1-9), s. 2.

len Kanun'un 290. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen önlemleri alma yetkisi tanınmıştır. Bu durumda, icra mahkemesi, konkordato talebinde bulunulmasından, bu talebin karara bağlanmasına kadar geçen zaman kesitinde, borçlunun malvarlığının muhafazasını temin için, kendiliğinden, izni dışında, borçlunun rehin tesis etmesini, kefil olmasını, taşınmazlarını ve işletmesinin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devretmesini, takyit etmesini ve ivazsız tasarruflarda bulunmasını yasaklayabilir; bu yasaklamaların tamamını getirebileceği gibi; bir ya da bir kaçını da getirebilir. Ancak, bu önlemler, borçlunun malvarlığının muhafazası için tek başına yeterli değildir. Bu çerçevede yapılacak yasal değişiklikle, kanunla belirlenen yasak tasarruflar dışında kalan tasarrufların, hukuken geçerli olabilecek bir biçimde gerçekleştirilmesi veya denetlenmesi yahut da borçlunun işletmesi üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisini tümüyle üstlenecek olan "geçici bir konkordato komiseri" atama yetkisinin de, icra mahkemesine tanınması uygun olur. Yine, bu ön aşamada, borçlu ile alacaklılarının menfaatleri arasında, daha işin başında bir denge kurulabilmesini temin ile borçlunun, konkordato girişimini, başarı ile sonuçlandırmasına uygun bir ortamı yaratmak amacıyla, konkordato mühleti talebinde bulunulmasından, bu talebin karara bağlanmasına kadar geçen dönem içerisinde, yapılacak olan yeni takipler ile derdest takipleri, İcra ve İflâs Kanunu'nun 289. madde hükmü ile somut olayın şartlarını ve özelliklerini gözeterek, geçici bir süre (belirli bir süre) için tatil edebilme yetkisinin de, icra mahkemesine bırakılması, konkordatonun amaçları gözetildiğinde, daha sağlıklı bir tutum teşkil eder (Karş. İsviçre İİK m. 293, III, IV; Eski Alman Konkordato Kanunu § 11, 12, 13, 46).<sup>14</sup>

Olması gereken hukuk açısından borçlunun kendisinin yahut bir alacaklısının konkordato mühleti talebinde bulunması üzerine, borçlunun işletmesinin iyileştirilmesi yahut konkordatonun başarı (tasdiki) ihtimâli mevcutsa, icra mahkemesi, hemen üst sınırı dört ayı geçmeyen geçici bir konkordato mühleti vermeli; bu mühlet, hem borçlunun tasarruf yetkisinin sı-

<sup>14</sup> Tanrıver, *Konkordato Prosedürü*, s. 2-3.

nırlanması hem de borçluya karşı yeni takip yapma ve mevcut takipleri devam ettirme yasağı itibarıyla kesin konkordato mühletinin hükümlerini doğurmalı ve ayrıca icra mahkemesi, bu bağlamda, bir ya da birden ziyade geçici konkordato komiseri görevlendirebilmeli; üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasının zorunlu kılması hali hâriç olmak üzere bu geçici konkordato mühleti ilân edilmemeli; geçici konkordato mühleti verilmesi ve geçici konkordato komiseri tâyinine ilişkin icra mahkemesi kararları da kesin olmalıdır. Buna karşılık, icra mahkemesi, aşikâr bir biçimde borçlunun işletmesinin iyileştirilmesi veya oluşturulacak olan konkordatonun başarı ihtimâli (tasdiki ihtimâli) yoksa, borçluya geçici konkordato mühleti vermek yerine derhal iflâsın açılmasının sağlanması prosedürüne işlerlik kazandırılması için harekete geçmelidir (Karş. İsviçre Öntasarısı m. 293a-293d).

Yine, geçici konkordato mühleti içerisinde borçlunun işletmesinin iyileştirilmesi yani konkordatonun başarı ihtimâlinin (tasdiki ihtimâlinin) mevcut olmadığı aşikâr bir biçimde anlaşılıyorsa, icra mahkemesi, re'sen iflâsın açılması prosedürüne işlerlik kazandırılması için harekete geçmeli yani dosyayı asliye ticaret mahkemesine göndermelidir.

Ayrıca, geçici konkordato mühleti içerisinde, borçluyu, alacaklı talep etmişse mutlaka onu da dinleyip, komiserin bu konudaki mütalaasını da aldıktan sonra, iyileştirme yahut konkordatonun başarı (tasdiki) ihtimâlinin muhtemel olduğu kanısına varan geçici konkordato mühletini vermiş olan icra mahkemesi, re'sen borçluya kesin bir konkordato mühleti vermesi ve kesin bir konkordato komiser atamalı,<sup>15</sup> iyileştirme veya konkordatonun tasdiki ihtimâlinin varlığını devam ettirmediği kanısına ulaşmışsa, borçlu hakkında iflâsın açılması sürecine işlerlik kazandırılması için harekete geçmelidir.

Hâlihazırdaki sistemimizde, konkordato mühleti talebinin reddine ilişkin icra mahkemesi kararlarına karşı, tefhimden itibaren on gün içerisinde, talepte bulunan borçlu ise, borçlu

<sup>15</sup> İsterse geçici konkordato komiserini de kesin konkordato komiseri olarak atayabilir.

tarafından; alacaklı ise, alacaklı tarafından temyize gidilebilir (İİK m. 286, son fıkra). Buna karşılık, bugün için, icra mahkemelerinin konkordato mühleti verilmesi kararlarına karşı gidilebilecek herhangi bir hukuksal çare mevcut değildir. Hiç olmazsa, olması gereken hukuk açısından, mühlet talebine itiraz da bulunmuş olup da, bu itirazları icra mahkemesince dikkate alınmamış olan alacaklılara, mühlet verilmesi kararını temyiz edebilme olanağını tanımak gerekir.

## II. Konkordato Mühleti ve Sonuçlarıyla İlgili Olarak Yapılması Gerekenler

4949 sayılı Kanun'un 69. maddesiyle, İcra ve İflâs Kanunu'nun 287. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklik ile, icra mahkemesince, borçluya verilecek olan konkordato mühletinin üst sınırı, iki aydan, üç aya çıkarılmıştır. Uzatma da dahil edilecek olursa, konkordato mühleti, hâlihazırda azamî beş aydır. Öte yandan, konkordatonun tasdiki isteminin karara bağlanmasının, yapılan yasal değişiklikle (4949 sayılı Kanun m. 75), herhâlükârda konkordato mühleti içinde, kısa bir zamanda gerçekleştirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Tasdik süreci de dahil olmak üzere, konkordato prosedürünün gereklerinin, tümüyle, üç aylık, (uzatma da dahil beş aylık) konkordato mühleti içerisinde, ülke sosyal gerçekliği de dikkate alındığında, tamamlanması hemen hemen imkânsız gözükmektedir.<sup>16</sup> Geçmişte yaşanan tecrübeler, konkordato mühleti içerisinde, genelde tasdik incelemesinin gerçekleştirilip sonuçlandırılmadığını; hatta, bu incelemeye baz oluşturacak olan komiserin raporu ile eklerinin dahi çoğunlukla mühletin bitiminden önce, incelemeyi yapacak olan yargı yerine tevdi edilmesinin sağlanmasında büyük güçlüklerle karşılaşıldığını göstermektedir. Tasdik süreci içinde bilirkişiye başvurulması halinde, bu incelemenin gerçekleştirilmesi bile, raporun kesinleşmesi süreci de dikkate alınacak olursa, bizâtihi aylarca sürebilmektedir. İşaret edilen bu tespitler ile tasdikten ön-

<sup>16</sup> Bkz. yuk. B.



ceki aşamalarda da konkordato sürecinin yoğunluğu karşısında, konkordatonun oluşturulması prosedürünün gereklerinin tümüyle yerine getirilmesinin sağlanmasının, üç yahut uzatma da dahil beş aylık bir zaman kesiti olan konkordato mülleti içerisinde mümkün olamayacağı açıkça anlaşılır. Süre ilgili değişikliğin yetersizliği, daha işin başında, konkordato kurumunun, işletilemez, deyiş yerindeyse üzerine ölü toprağı serpilmiş bir kurum haline gelmesine sebebiyet verir. Konkordato kurumunun, işlevsel bir kurum haline getirebilmesinin temini için, konkordato mülletinin üst sınırının 8 ay olarak belirlenmesi ve ayrıca bu sürenin komiserin talebi üzerine azamî 12 aya kadar uzatılmasına da olanak verilmesi<sup>17</sup> uygun olur.

Öte yandan külli icra sistemi içinde, adî konkordatoyla iflâs arasında kurulacak olan maddî-nesnel (organik) irtibatın zorunlu bir sonucu olarak, konkordato mülletinin kaldırılması kurumu yerine, iflâsın açılması kurumu ikame edilmeli; borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli ise yahut artık konkordatonun tasdiki ihtimâlinin (borçlunun işletmesinin iyileştirilmesi ihtimâlinin) ortadan kalktığı açıkça anlaşılıyorsa, derhal iflâsın açılması sürecine işlerlik kazandırılması için harekete geçilmelidir. Yine, borçlu, konkordato mülleti içerisinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 290. maddesindeki tasarruf yetkisi sınırlamalarına yahut konkordato komiserinin talimatlarına aykırı davranmışsa, komiserin bildiri üzerine, tasarruf yetkisinin kaldırılması yahut iflâsın açılması seçeneklerine işlerlik kazandırılmalı; halihazırdaki düzenlemede var olan konkordato mülleti içerisinde borçlunun iyi niyetinden şüphe edilmesini gerektiren tutum ve davranışlar sergilemiş bulunması hali de, bu bağlamda bir sebep olmaktan çıkartılmalıdır.

Konkordato mülleti verilmesinin sonuçlarından ilki, müllet içerisinde borçluya karşı icra ve iflâs takibi yapılamaması ve müllet verilmesinden önce ona karşı başlatılmış olan bu ta-

<sup>17</sup> İsviçre Hukukunda, konkordato mülleti azamî 6 aydır. Bu süre, komiserin talebi üzerine, azamî olarak 12 aya kadar; kompleks durumlarda ise, 24 aya kadar uzatılabilir (İsviçre İİK m. 295, I, III).

kiplere devam edilememesidir (İİK m. 289). Bu kuralın, iki istisnası mevcuttur. Bunlar:

1. Konkordato mühleti içerisinde, borçluya karşı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir ve daha önceden borçluya karşı başlatılmış olan bu tür bir takibe de devam edilebilir; ancak rehinli malın satışı ile rehinle mal ile ilgili muhafaza tedbirleri konkordato mühleti içerisinde gerçekleştirilemez.

2. İcra ve İflâs Kanunu'nun 206. maddesinin birinci fıkrasında yer alan alacaklar için, konkordato mühleti içerisinde, borçluya karşı haciz yoluyla takip yapılabileceği gibi mühlet verilmesinden önce borçluya karşı başlatılmış olan bu tür bir takibe de, mühlet içerisinde devam edilebilir.

Bunların dışında, olması gereken hukuk açısından, külli icra sisteminin bir parçası olan konkordatoda, külli icranın temel esprisine uygun olarak tüm alacaklıların eşit işlem görmesini temin amacıyla, İcra ve İflâs Kanunu'nun 206. maddesinin birinci sırasında yer alan alacaklıların sahiplerine (özellikle, işçi alacaklarına) konkordatodan etkilenmeme dışında, yeni takip yapma ve mevcut takipleri devam ettirme yasağı bağlamında herhangi bir ayrıcalık tanınmamalı; bu gerçekleştirilemiyorsa, süre ve meblağ itibarıyla mutlaka bir sınırlama getirilmelidir.

Bunlardan başka, getirilecek olan yasal düzenleme ile konkordato mühleti içerisinde borçluya karşı alacaklılar tarafından doğrudan doğruya iflâs yoluna başvurulamayacağı; bu bağlamda, iflâs davası açılmışsa buna devam edilemeyeceği hususu da hüküm altına alınmalıdır.

3494 sayılı Kanunla, İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklikle, konkordato mühletinin dolmasıyla birlikte borçluya karşı takip yapma yasağının sona ereceğini, mühletin bitiminden sonraki dönem içerisinde ihtiyati tedbir yoluyla da olsa borçluya karşı başlatılmış ya da başlatılacak olan takiplerin durdurulamayacağını öngören bir düzenleme (m. 287 son f.) getirilmiştir. Bu düzenleme, İcra ve İflâs Kanunu'nun 300. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kuralın önemli ölçüde işlevliliğini yitirmesine ve konkordato sistemi içerisinde, konkur-

dato prosedürünün tamamlanmasına kadar geçen dönemde de, borçlu bakımından tasarruf yetkisi sınırlaması; alacaklılar bakımından ise, yeni takip yapma ve mevcut takipleri devam ettirme yasağı getirilmek suretiyle, borçlu ile alacaklıları arasında kurulmuş olan çıkar dengesinin, alacaklılar lehine bozulmasına sebebiyet verir bir nitelik taşımaktadır. Hâlihazırda, tasdik prosedürünün sonuçlandırılmasının da mühlet içerisine sığdırılması yasal bir zorunluluk haline getirildiğine göre, İcra ve İflâs Kanunu'nun 287. maddesinin son fıkrasında yer alan düzenleme de biran önce kaldırılıp; yine, aynı Kanun'un 300. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen kuralla yetinilmesi, daha yerinde ve daha tutarlı bir davranış olur.<sup>18</sup>

Konkordatoda mühleti verilmesinin sonuçlarından birisi de, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasıdır. Borçlu, konkordato mühleti içerisinde, esas itibarıyla, konkordato komiserinin gözetimi (denetimi) altında faaliyetlerini sürdürür. Ancak, o, icra mahkemesinin izni olmadan, rehin tesis edemez, taşınmazlarını ve işletme tesisatını devredemez; üzerinde sınırlı bir aynî hak tesis edemez, kefil olamaz ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Getirilen bu sınırlama, genel tasarruf yetkisi sınırlamasıdır. Bunun dışında, icra mahkemesi, somut olayın özgün koşullarını ve özellikle alacaklıların menfaatlerinin korunması hususunu dikkate alarak, borçlunun, belirli işlemleri hukuken geçerli bir biçimde yapabilmesini konkordato komiserinin katılımı koşulu-na bağlayabilir yahut borçlunun işletmesinin faaliyetlerini yürütme (sevk ve idare) yetkisini tümüyle konkordato komiserine de bırakabilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 290. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmış olan yasak tasarrufların, borçlunun faaliyet gösterdiği alanın doğası gereği, günlük işleyişle ilgili mutad tasarruflar arasında yer aldığı işletmeler bağlamında (örneğin, müteahhitlik işiyle uğraşan şirketlerde), her seferinde icra mahkemesinin izninin alınmasındaki güçlük ve prosedürün uzayacağı endişesi göz önüne alındığında, borçlu tarafından, icra mahkemesinin değil de, komiserin izni yahut katı-

<sup>18</sup> Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 280; Tanrıver, *Konkordato Prosedürü*, s. 4.

lımunun sağlanması suretiyle yapılmasına olanak tanınması, olması gereken hukuk açısından, amaca daha uygun olur.<sup>19</sup> 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, konkordato komiserinin denetim süreci içerisinde daha etkili olabilmesini sağlamak ve konkordato borçlusu ile hukukî işlem yapacak olan üçüncü kişilerin, bu işleme komiserce izin verilip verilmediğini, her bir somut durumda araştırmaları hususunda özendirilmelerini temin için, mühlet içerisinde komiserin onayı ile borçluca gerçekleştirilen hukukî işlemlerden kaynaklanan borçların, konkordato teminatının hesaplanmasında bütünüyle gözetileceği (İİK m. 298/3); konkordatoya tâbi olmayacağı (tam olarak ödeneceği) ve ileride iflâs gündeme gelecek olursa, masa alacağı gibi işlem göreceği esasının benimsenmesi, yerinde olmuştur.

Bunun yanı sıra, 4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklikle, icra mahkemesine, somut olayın koşullarını gözeterek, özellikle alacaklıların tatmini açısından bir güvence oluşturması sebebiyle, borçlunun malvarlığının muhafazası için, aslî ve temel unsur konumunda bulunan işletmesinin faaliyetlerini, yürütme, koordinasyon ve işleyişini sağlama (sevk ve idare etme) yetkisini, tümüyle konkordato komiserine bırakabilme olanağının verilmesi de, konkordato sürecinin başarı ile tamamlanmasının tehlikeye düşürülmesinin önlenmesi ile alacaklıların haklarının korunması açısından bir emriyet sübabı işlevi göreceği için ilk plânda sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi olarak değerlendirilebilir. Ancak, konkordatoda esas amacın, borçlunun işletmesinin başında bulunmak suretiyle faaliyetlerini devam ettirmesine izin vermek suretiyle ekonomik durumunu düzeltmesine uygun ortamı yaratmak olduğu gözetilirse, borçlunun işletmesi üzerindeki tasarruf yetkisinin tümüyle konkordato komiserine bırakılması seçeneğine, çok istisnaî hallerde işlerlik kazandırılması daha makûl bir tavır olur. Hatta, bu bağlamda, komisere tanınacak olan yetki, olması gereken hukuk açısından, konkordato borçlusunun işletmesinin yönetiminin ona bırakılması yerine sadece konkordato borçlusunun parasal ilişkilerini düzenlemey-

<sup>19</sup> Tanrıver, *Konkordato Prosedürü*, s. 6.

le sınırlı tutulma şeklinde somutlaştırılmalıdır. Halihazırdaki yasal düzenlemeye göre, borçlu, konkordato mühleti içerisinde, icra mahkemesinin iznini almadan kanunda sayılmış olan yasak tasarruflardan birisini yapmış yahut icra mahkemesinin ancak komiserin katılımı suretiyle yapılmasını öngördüğü bir işlemi komiserin katılımını sağlamadan gerçekleştirmiş ya da komiserin emir ve talimatlarına aykırı davranışlar sergilemişse, komiserin bildirim üzerine, icra mahkemesi borçlunun tasarruf yetkisinin yahut konkordato mühletinin kaldırılmasına karar verecektir (İİK m. 290, III). Yukarıda izah ettiğimiz üzere, adî konkordatoyla iflâs arasında kurulacak maddî-nesnel irtibatın zorunlu bir sonucu olarak,<sup>20</sup> olması gereken hukuk açısından, konkordato mühletinin kaldırılması yerine, iflâsın açılmasına karar verilmesini sağlamak için harekete geçme seçeneği yaptırım haline getirilmeli ve bu seçeneği yaptırıma, borçlu bakımından doğuracağı ağır ve ciddî sonuçlar da dikkate alınarak, istisnai hallerde işlerlik kazandırılmalıdır.

Öte yandan, konkordato mühletinin verilmesiyle birlikte müstakbel alacakların devri yetkisinin sona ereceği hususu ile konkordatoda takas hükümlerine etkin bir biçimde işlerlik kazandırılmasının temini açısından alacaklarının konusu paradan başka bir şey olan alacaklıların alacaklarının para alacağına dönüştürülebilmesine, İcra ve İflâs Kanunu'nun 198. maddesinin kıyasen uygulanmasının sağlanması suretiyle olanak verilmesi hususu, yasal çerçevede hüküm altına alınmalıdır (Karş. İsviçre Öntasarısı m. 297). Yine, konkordato mühleti verilmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere, özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere (iş, kira, leasing sözleşmeleri gibi) etkisinin ne olacağı hususuna, yasal çerçevede, mutlaka açıklık kazandırılmalıdır (Bkz. İsviçre Öntasarısı m. 297a).

Konkordato mühleti verilmesinin sonuçlarından bir diğeri de, konkordato komiseri atanmasıdır. Çünkü, konkordato komiseri atanabilmesinin ön koşulunu, borçluya konkordato mühleti verilmesi oluşturmaktadır. Konkordato komiserleri de, tıpkı icra ve iflâs müdürleri gibi, konkordato prosedürü

<sup>20</sup> Bkz. yuk. C.

içerisinde, ilgililerin haklarının ve menfaatlerinin korunmasını ve adil ölçülerde uzlaştırılmasını sağlamaya yönelik olarak görev yaparlar; yani üstlenmiş oldukları görev bir kamu görevidir<sup>21</sup> ve bu görevin ifası sırasında resmî bir kimliğe (kamu görevlisi kimliğine) sahiptirler.<sup>22</sup> Kanun koyucunun, statü itibarıyla, konkordato komiserleri ile icra ve iflâs müdürleri arasında bir paralellik kurmaya çalışmış olması da, konkordato komiserlerine, resmî bir görevli (kamu görevlisi) kimliği kazandırma düşüncesinin ürünüdür. Komiserlerin de, icra ve iflâs müdürleri gibi tutanak düzenlemekle yükümlü bulunmaları (İİK m. 8), yakınlarına ait işleri görmekten ve kendi kendileriyle hukukî işlem yapmaktan yasaklı tutulmaları (İİK m. 10, 11), işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvuru olanağının mevcudiyeti, tebligatlar ve bilgi alma bağlamında icra ve iflâs müdürleri ile eşdeğer bir (İİK m. 21, 359) konuma sahip kılınmış olmaları, resmî görevli olarak kabul edildiklerinin açık kanıtlarını oluşturmaktadır. Hukukî nitelendirmeye ilişkin olarak yapılan bu tespit çerçevesinde, olması gereken hukuk açısından, İsviçre hukukunda da olduğu gibi, konkordato komiserlerinin hukukî sorumluluğunun da, kusur sorumluluğu (dar anlamda haksız fiil sorumluluğu) olarak değil de, icra ve iflâs müdürlerinin sorumluluğuna paralel bir biçimde düzenlenmesi, yani icra ve iflâs müdürleri hakkındaki hükümlerden hangilerinin konkordato komiserlerine de uygulanacağını belirleyen kuralın kapsamı içerisine, 5. madde hükmünün de dahil edilmesi, daha uygun düşer<sup>23</sup> (AY m. 129, V; m. 40, II; m. 5).

Yine, olması gereken hukuk açısından, konkordato komiserleri ile ilgili olarak, komiser atanmasına ilişkin icra mahkemesi kararına karşı bir başka makama itiraz olanağının tanınması<sup>24</sup>; komiserlerin görevlerini bizzat yerine getirmek<sup>25</sup> sır sak-

<sup>21</sup> Hüseyi, O., *Der Nachlassvertrag und die Stundung als Grundlagen der rechtlichen Sanierungsmassnahmen nach schweizerischem Recht*, Diss., Winterthur 1944, s. 132; Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, 132.

<sup>22</sup> Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 135-136.

<sup>23</sup> Tanrıver, *Konkordato Prosedürü*, s. 7; Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s.269-273; krş. İsv. İİK m.5.

<sup>24</sup> Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 105.

<sup>25</sup> Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 154; Kuru, *İflâs*, s.439.

lamak ve eşit işlem yapmakla ödevli olduklarının açıkça ifade edilmesi;<sup>26</sup> komisere yapmış olduğu faaliyet karşılığında bir ücret ödeneceğinin yasal çerçevede de açıkça vurgulanması, sözü edilen ücretin tutarının nasıl tâyin edileceğinin bir tarife-ye bağlanması<sup>27</sup> ve ücret tutarını belirleyen karara karşı, başka bir yargılama makamına itirazda bulunma olanağını veren bir düzenlemenin getirilmesi<sup>28</sup> ve komiserler üzerinde, onları atayan icra mahkemelerinin genel gözetim ve denetim yetkisinin bulunduğuna açıkça işaret edilmesi yerinde olur.<sup>29</sup>

### III. Konkordatoda Alacaklıların Etkinliklerinin Artırılmasıyla İlgili Olarak Yapılması Gerekenler

Konkordato süreci içinde alacaklıların haklarının (etkinliklerinin), prosedürün amacına ve işleyişine olumlu katkı sağlayacak şekilde güçlendirilmesine de ihtiyaç vardır. Bu bağlamda, konkordato sürecini başlatma hakkının alacaklılara tanınması, komiser tâyini ve konkordato mühleti ile ilgili kararlara karşı kanun yollarına komiserin tüm kararlarına karşı ise şikâyet yoluna müracaat yetkisi ile konkordato sürecinin işleyişi hakkında komiserden düzenli olarak bilgilendirmeyi talep yetkisi sayılabilir. Yine, olması gereken hukuk açısından, bununla ilişkili olarak, konkordato mahkemesi, şartlar gerektiriyorsa, en önemli alacaklı kategorilerinin temsilcilerinden bir alacaklılar bürosu teşkil edebilmeli; bu büro, komiser üzerinde gözetim ve denetim yetkisine sahip kılınmalı, ona talimatlar verebilmeli; düzenli olarak prosedürün seyri hakkında ondan bilgi alabilmeli ve Kanun'un 290 ıncı maddesinde belirtilmiş olan yasak işlemleri yapmada borçlunun yetkilendirilmesi konusundaki kararın kendisine bırakılmasını da (Bkz., İsviçre Öntasarısı m. 295a) icra mahkemesinden talep edebilmelidir.

Öte yandan, konkordato prosedürünün evrelerinden birisini de, alacaklılar toplanması oluşturur. Ancak, iflâstakinden

<sup>26</sup> Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 158-162.

<sup>27</sup> Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 143.

<sup>28</sup> Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 145-146.

<sup>29</sup> Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 259-260.

farklı olarak, konkordatodaki alacaklılar toplanmasının amacı, alacaklıları, borçlunun malvarlığının durumu hakkında bilgilendirmek, aydınlatmak ve onların konkordatoya muvafakat etmelerini sağlamaktır.<sup>30</sup> Yani, konkordatoda alacaklılar toplanması, esas itibarıyla, borçlunun durumu hakkında alacaklıların bilgilendirilmesini sağlayan bir araç işlevi görür.<sup>31</sup> Sözü edilen alacaklılar toplanmasının, konkordato sürecinin işleyişinin biçimlendirilmesi, yönlendirilmesi ve özellikle süreçte yer alanların denetlenmesinde aktif herhangi bir rolü yoktur. Bu alacaklılar toplanmasının, konkordato sürecindeki rolünün genişletilmesi ve etkin kılınması için, olması gereken hukuk açısından, süreçte işleyişe olumlu katkı sağlayacak şekilde aktif bir işlev üstlenmesine olanak tanınması uygun olur. Bunun yapılması, aynı zamanda, konkordatoda alacaklıların haklarının güçlendirilmesi sonucuna da doğurur.

#### IV. Konkordatonun Tasdiki Süreciyle İlgili Olarak Yapılması Gerekenler

Konkordato sürecine giriş gibi konkordatonun tasdiki süreci evresinde de bir takım kolaylıkların sağlanması konkordatonun etkin bir işlev görebilmesinin temini açısından zorunludur. İcra ve İflâs Kanunu'muzun 298 inci maddesine göre, konkordatonun tasdikine karar verilebilmesi için varlığı gereken koşullar şunlardır:

1. Teklif olunan meblağın, borçlunun kaynakları ile orantılı olması,<sup>32</sup>

2. Konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini, alacakları kabul edilmiş olan imtiyazlı alacakların tamamen ödenmesini ve mühlet sırasında komiserin onayıyla akdedilmiş borçların ifasını sağlamak için, bu alacaklılardan her biri özel ola-

<sup>30</sup> Coradi, s. 49; Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 199.

<sup>31</sup> Coradi, s. 49; Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 199.

<sup>32</sup> Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, paraya çevirme halinde elde edilen hâsılat veya üçüncü kişi tarafından teklif edilen meblağın, iflâs yoluyla tasfiye halinde elde edilecek bedelden fazla olacağına öngörülmesi.



rak ve açıkça kendi alacağı bakımından vazgeçmedikçe, yeterli teminatın gösterilmesi,

3. Konkordatonun tasdikinin gerektirdiği yargılama masrafları ve ilâm harçlarının tasdik kararından önce, borçlu tarafından mahkeme veznesine depo edilmiş olması.

Bu koşullara, alacaklıların en az yarısını aşan bir çoğunluğun, konkordatoya muvafakat vermiş olması (kişi çoğunluğu) ve bu muvafakati veren alacaklıların konkordatoya kayıtlı tüm alacaklıların en az üçte iki çoğunluğunun sahibi durumunda bulunması (meblağ çoğunluğu) koşulunu da ilâve etmek gerekir.

Her ne kadar, borçlunun dürüst olması koşuluna, konkordatonun tasdiki koşulları arasında açıkça yer verilmemek suretiyle dürüstlük koşulunun tümüyle kaldırıldığı gibi bir izlenim yaratılmışsa da, İcra ve İflâs Kanunu'nun 308. maddesinde hâlâ "*suiniyetle sakatlanmış*" bir konkordatonun tamamen feshine ilişkin düzenlemenin aynen muhafaza edilmesi karşısında, tasdik incelemesini yapacak olan yargı yerinin, konkordatonun tasdiki aşamasında da borçlunun konkordato süreci içerisinde dürüstlük bağdaşmayan ve ileride konkordatonun tümüyle feshedilmesine (iptaline) sebebiyet verecek tutum ve davranışlarının mevcut olup olmadığını, konkordatonun selâmeti ve abesle iştigâl edilmesinin şimdiden önlenmesi açısından evleviyetle gözetmesinin zaruri olduğu söylenebilir.

Konkordatonun, borçlunun, alacaklıların ve hatta kamunun menfaatlerinin dengelenmesine ve bir potada uzlaştırılmasına hizmet eden etkin bir iyileştirme aracı olması hedefleniyorsa, tasdik bağlamında borçlunun dürüstlüğüyle ilişkilendirmeye olanak verecek bir nitelik taşıyan İcra ve İflâs Kanunu'nun 308 ile 334. maddeleri hükümlerinin metinlerinin yeniden gözden geçirilmesi uygun olur.

Konkordato çoğunluğunun teşkilinde uygulamada karşılaşılması muhtemel güçlüklerin şimdiden önlenmesi ve tasdik prosedürü bağlamında bir kolaylık yaratılmasının temini için, alacaklı (kişi) çoğunluğunda, basit çoğunluktan vazgeçilip; İsviçre'de olduğu gibi en az 1/4 çoğunlukla yetinilmesi

daha yerinde olur. Yine, konkordato çoğunluğu ile ilgili yasal değişiklikler yapılırken, hem alacak hem alacaklı çoğunluğunun hesaplanmasında dikkate alınamayacak olan alacaklıları belirleyen düzenlemenin kapsamı içerisine (İİK m. 297, II), borçlunun kayınpederi, kayınvalidesi, torunları, kardeşleri ve kayınbiraderi ile evlâtlık ilişkisi varsa, borçluyu evlât edinenin; borçlu evlât edinmişse, evlâtlığının da dahil edilmesi, bu hususta daha sağlıklı sonuç alınmasında büyük yarar sağlar.<sup>33</sup> Zira, bunların alacaklarının, çoğunlukla öngörülen nisabı gerçekleştirmek amacıyla sunî olarak yaratılmış bulunduğu konusunda daima ciddî bir şüphe mevcuttur.<sup>34</sup>

Konkordatonun tasdiki şartlarından birisini de teminat koşulu oluşturur. Borçlu, kayıtlı olmak kaydıyla, tüm adî alacaklar için, teklif edilen konkordato yüzde konkordatosu ise, konkordatoda kabul edilen yüzde oranında; vade konkordatosu ise, tamamı tutarında, tüm imtiyazlı alacaklılar için ise, ister yüzde ister vade konkordatosu teklif edilmiş olsun, alacaklılar açıkça vazgeçemedikleri sürece, alacaklarının tamamı oranında teminat göstermek zorundadır.

4949 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklik ile, tam olarak temin edilmesi gereken alacakların kapsamı içerisine, borçlunun, konkordato mühleti içerisinde, konkordato komiserinin onayıyla gerçekleştirmiş olduğu hukukî işlemlerden kaynaklanan alacaklar da dahil edilmiş ve bu suretle borçlu ile hukukî işleme girecek olan üçüncü kişilerin, borçlu tarafından yapılmak istenen hukukî işleme, konkordato komiserinin muvafakat verip vermediğini, her bir somut durumda araştırmaları hususunda özen ve titizlik göstermeleri sağlanmak istemiştir. Ayrıca, komiserin onayıyla gerçekleştirilen hukukî işlemlerden kaynaklanan alacaklara, konkordato şartlarına tâbi olarak değil de; tam olarak ödenmesi gereken alacaklar arasında yer verilmiştir (4949 sayılı Kanun

<sup>33</sup> Kuru, İflâs, s. 457 dn.171; Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 220 dn.341; Burcuoğlu, E./Yuda, R., *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, İstanbul 1968, s. 60; Tanrıver, *Konkordato Prosedürü*, s. 8 dn. 25.

<sup>34</sup> Tanrıver, *Konkordato Prosedürü*, s. 8 dn. 25.

m. 82 ile değişik İİK m. 303, I, 1. cümleinin mefhumu muhalifinden). Konkordatonun tasdikini en çok güçleştirecek olan ve borçlunun gerçekleştirmekte en çok zorlanacağı koşul teminat koşuludur. Bu bağlamda, mutlaka bir açılımın sağlanması, bir kolaylığın yaratılması zorunludur. Bu tespit ışığında, konkordatoya kayıtlı adî alacaklar, temin edilmesi gereken alacaklar arasından çıkartılmalı; imtiyazlı alacaklar olabildiğince daraltılmalı ve özellikle İcra ve İflâs Kanunu'nun 206. maddesinin üçüncü sırasındaki alacaklara ilişkin düzenleme yeniden gözden geçirilmeli,<sup>35</sup> bir daraltma yapılmalı; daraltma yapılamıyorsa, mutlaka süre ve meblağ itibarıyla bir sınırlama getirilmelidir.<sup>36</sup> Özellikle, imtiyazlı alacakların kapsamı daraltılacak olursa, hem külli icranın temel esprisi olan mümkün merteye tüm alacaklıların eşit işlem görmesi ilkesine uygun davranılmış olur hem de konkordatoda tam olarak ödemesi zorunluluğu bulunan alacaklıların kapsamı daraltılacağı için, adî alacaklıların da daha yüksek oranda tatmin edilmesinin kapısı aralanmış olur.

Öte yandan, 4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 298. maddesine eklenen düzenleme ile konkordatonun tasdiki isteminin borçlu bakımından doğuracağı ağır sonuçlar da gözetilerek, somut olayın koşulları ve özelliklerini, borçlu ile alacaklıların menfaatlerini adil ve eşit ölçüler içerisinde uzlaştırıp dengelemesine imkân verecek şekilde örtüştürebilmek, mümkün merteye, konkordatoya hayatiyet kazandırabilmek için, tasdik incelemesini yapacak yargı yerine yetersiz bulması halinde, teklifte re'sen yahut talep üzerine gerekli düzeltmeleri yapabilme olanağının verilmesi de isabetli olmuştur.

<sup>35</sup> Hangi alacaklara imtiyaz verileceği hususu, bir usul hukuku sorunu değil; maddî hukuk sorunudur ve yasama siyasetiyle yakın ilişki içerisinde.

<sup>36</sup> İşçi alacakları, imtiyazlı alacak olmaktan çıkartılmalı; nafaka, velâyet ve vesayet alacaklarında hâlihazırdaki bir yıllık süre altı aya indirilmeli ve hatta bu bağlamda bir meblağ sınırlaması getirilmeli ve özel kanunlarında imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklar bağlamında mutlaka bir ayıklama gerçekleştirilmeli, bir malın ayırından kaynaklananların dışında kalan vergi alacaklarına herhangi bir imtiyaz tanınmamalıdır.

## TARTIŞMALAR

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ** (Oturum Başkanı): Sayın katılımcılar, Sayın Tanrıve'-in fevkalade doyurucu olan açıklamaları için çok teşekkür ediyorum. Vaziyete fevkalade hâkim olan bir uzmanın çok güzel ve ayrıntılı açıklamaları doğrusu tatmin edici idi.

TARTIŞMALAR

Ayrıca, süreye riayet ettiği, hassasiyeti için de teşekkür ediyorum. Gerçi bir müdahaleyi zorunlu kıldı, ama beni mazur görsünler, beş dakikalık bir sapma var. O halde on beş dakika olan tartışma bölümümüzü on dakikaya indirirsek programdaki sarkmayı bir ölçüde yine telafi etmiş oluruz diye düşünüyorum.

Söz almak isteyenler?

Ali Cem Budak, Değnekli, Sungurtekin, Sema Taşpınar  
Ayvaz, Nedim Meriç, Leyla Akyol.

Yedi kişiyle sınırladık. Buyurun, sayın Ali Cem Budak.

TARTIŞMALAR

**Prof. Dr. Ali Cem BUDAK** (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Teşekkür ederim hocam.

Şimdi, dürüstlük koşulunun tasdik şartları arasından kaldırılmasından bahsetti Hocamız. Ondan evvel de sözlerine girerken çok isabetli olarak etik meselenin aslında konunun temelinde yattığına da değindi ve ardı ardına dürüstlük koşulunu tekrar karşımıza çıkararak kanun hükümlerine değindi. Bunların bazıları icra iflâs suçlarıyla ilgili 331, 333 ve 334. maddelerde karşımıza çıkıyor. Konkordatonun zarar vermek kastından ari olması, mühlet verilmesi şartlarından biri olarak yer alıyor. 308. madde, suiniyetle muallel konkordatonun feshine imkân veren ve nihayet tasarruf yetkisinin kaldırılmasına imkân veren 290. maddenin üçüncü fıkrası.

Hakikaten bunları böyle topluca görünce, başlangıçta kaldırılmış gibi görünen iyi niyet, dürüstlük şartının tekrar tekrar karşımıza çıktığını görüyoruz. Benim bu konuda şöyle bir düşüncem var: İşletmenin konkordatoya muhtaç duruma gelmesiyle ilgili aşamadaki dürüstlük sorgulaması meselesiyle bizzat konkordatoya müracaatın dürüst olması meselesini birbirinden ayırmak lazımdır kanaatindeyim. Yani konkordatoya muhtaç duruma düşürürken işletmeyi, dürüst davrandı mı davranmadı mı geriyé doğru bakarken, bu bir mesele edilmeyebilir. Ama bizzat konkordato müracaatının dürüstlúkle yapılması gerektiği kanaatimce şüphe yoktur. Mesela, bilanço hileleri mevcutsa, yalancı alacaklılar yaratılmışsa, konkordato dışı vaatler yapılmışsa, bu gibi dürüst olmayan, bizzat konkordatoya ilişkin dürüstlük harici davranışların bir icra iflâs suçu olarak kalması ve konkordatonun feshine imkân vermesinin ben hâlâ doğru olduğu düşüncesindeyim. Hocamın kanaatini de bu konuda duymak istiyorum.

Çok teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ:** Teşekkür ederiz Sayın Budak. Buyurun Sayın Değnekli.

**Doç. Dr. Adnan DEĞNEKLİ** (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi): Şimdi, konkordato müessesesinin neden başarısız olduğuyla ilgili Hocam çok güzel açıklamalar yaptı. Özellikle verilen üç aylık mühlet süresi ve uzatılan iki aylık sürenin sonunda beş aylık bir mühletin koruyucu etkisi var. Yani bu sürede borçlu hakkında istisnalar haricinde takip yapılamıyor.

Şimdi, şu öneriler getirildi: Birincisi, mühlet talebiyle beraber bir tedbir kararı verilsin. Bu, iflâsın ertelenmesinin mevcut, şu andaki uygulamasına benziyor. Şimdi, uygulamada da -Kanun'da olmamasına rağmen- erteleme talebiyle beraber tensiple mahkemelerden talepte bulunuyorlar, mahkemeler de tedbir kararı veriyor. Bu şekilde bir öneri var.

Bir de, buradaki öneri: Buradaki sürenin uzatılması. Örneğin, mühlet verilecek sürenin altı ay veya toplam mesela bir yıla uzatılması. Böyle bir husus öngörüldüğünde, gerçekten başlangıçta bir tedbir kararı verildiğinde ve tasdik kararının sonuna kadar mühletin koruyucu etkisi uzatılırsa iflâsın ertelenmesi kurumunun uygulanması artar. Bugün için uygulanmıyor.

Bir de, bu 286. maddenin son fıkrasındaki düzenleme var. Burada da "*Tedbir yoluyla dahi olsa mühletin bitiminden sonra takipler durdurulamaz*" diyor. Belki buna da bir açıklık getirilebilir. Yani asıl konkordatoyu engelleyen maddelerden biri de bu.

Şimdi, bir diğer husus da, hocamın özellikle bu imtiyazlı alacaklar konusunda açıklamaları oldu. Gerçekten imtiyazlı alacakların konkordatoda nasıl işlem göreceği karışık. Örneğin, işçi alacakları. İşçi alacakları, imtiyazlı olduğu için alacak çoğunluğunda dikkate alınmayacak, ama tam olarak ödenecek, teminatla ilgili maddede belirtiliyor. Geçiyoruz 303. maddeye, iki tane istisna tanımı. Bir, rehinli malla teminat altına alınan alacak. Bir diğeri de eşya ve gayrimenkulün aynından doğan kamu alacakları. Bunun haricinde konkordato hükümlerini diğer alacaklar yönünden konkordatoya tabi değil.

Şimdi, işçi alacakları yönünden düşündüğümüz zaman, gerçekten konkordatodan etkileniyor mu etkilenmiyor mu; üzerinde durmak gerekir. Tam olarak ödenecek, demek ki tenzilat

TARTIŞMALAR

konkordatosundan etkilenmiyor. Ama vade konkordatosundan etkileniyor diye düşünebiliriz. Bu takdirde de şöyle bir ilişki çıkıyor: Mühlet içinde -işçi alacakları için- haciz yoluyla takip yapılabilir. Haciz yoluyla takip yapıp da tahsil edildiği zaman, e vade konkordatosunda bu nasıl telif edilecek? Böyle bir sorun ortaya çıkar.

Bir de, bu işçi alacaklarındaki imtiyazın sınırlanmasıyla ilgili, Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği çıkarıldı, Ücret Garanti Fonu getirildi. Konkordato mühleti verilmesi halinde işçilerin üç aylık alacağı Garanti Fonu'ndan artık alınabilecek. Buna ilişkin bir de yönetmelik çıkarıldı, yönetmelikte de ücretin ne olacağı, üst sınırın ne olacağı belirlendi. Üç aylık dönem yönünden, üç aylık ücret alacağı yönünden sorun yok. Ama ondan öncesi için kalan üç ayının, kalan dokuz ay -örneğin bir yıllık ise- yönünden sorun çıkabilir.

Bir de, yabancı ülkeler, özellikle bu işçi alacaklarıyla ilgili uluslararası sözleşmeler var, ücreti garanti altına alan. Eğer Türkiye o sözleşmeye taraf olursa belki o zaman Ücret Garanti Fonu'nun da kapsamı genişler, işçi alacaklarına imtiyaz tanınmayacak bir durum ortaya çıkar.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ:** Biz de teşekkür ediyoruz.

Biliyorsunuz, imtiyazlı alacak konusu İsviçre'de de fevkalade kızgın bir alan. Daraltılar, fakat daraltmanın hemen akabinde "*Aman yine bunları genişletelim, eski hale getirelim*" diye mücadeleler var, zorlamalar var. Bilmiyorum bu konu oldukça tartışmalı bir konu, şiddetli tartışmaların cereyan ettiği bir alan.

Sayın Sungurtekin, buyurun.

**Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN-ÖZKAN** (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Öncelikle çok teşekkür ediyorum arkadaşımıza.

Adnan beyin söylediklerine benim de bir katkımlar olacak. Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde Avrupa Birliği'nin bir direktifi çerçevesinde işçi alacakları bakımından bir fon sistemi uygulanıyor. İsviçre'de hem fon hem de imtiyaz sistemi yan yana yürütülüyor. Sosyal devlet olma ilkesi sonucu olarak işçi alacakları konusundaki hassasiyeti devre dışı bırakmak zor gözüküyor. Ancak asıl sorun, sanıyorum ki işçi alacaklarından da öncelikle bu süreçte alacakların karşılığını temin konusunda başvuruda bulunduğumuz mal varlığının yoksullaşmasını engellemek. Bu yoksullaşmayı engellemek konusunda da temel sorun, taşınmaz üzerindeki rehin hakkı sahipleri dışında kalan rehin hakkı alacaklılarının öncelikli olan konumunun devam ettirilmesi gerekip gerekmediği noktasıdır. Yani, acaba taşınır rehni konusunda biz bir düşünce değişikliğine gidebilir miyiz? Ki, bu özellikle Alman hukukunda gerçekleştirilen değişikliklerin sonucunda ortaya çıkmıştır. İşçi alacaklarından ziyade rehin konusunda biraz daha hassasiyetle durmamız gerektiğini düşünüyorum. Hocamız bu konuda ne düşündür, onu merak ediyorum.

Ayrıca, sürekli borç ilişkilerinden söz ettik, ki hizmet akdi de bir sürekli borç ilişkisi yaratıyor. Hizmet sözleşmelerinin çok rahatlıkla işletme ödeme güçlüğü içine düşmüştür, dolayısıyla hangi yolu tercih edersek edelim, istersek bir iyileştirme süreci, bu iyileştirme süreci dün ciddi eleştirilere muhatap olan iflâsın ertelenmesi kurumu biçiminde olabilir ya da iflâsın ertelenmesi kurumundan vazgeçersek konkordato öncesi yargısal olmayan bir iyileştirme imkânının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği noktasında olabilir. Ama mutlaka o arada hizmet sözleşmelerinin otomatikman son bulacağı gibi bir şeyi iş hukukunun kabul etmesi mümkün gözüküyor. Hatta Almanya'da "Insolvenzarbeitsrecht" diye ayrı bir alan ortaya çıktı. İşçilerin hizmet akdiyle ilgili beklentilerinin bir biçimde karşılanmasını sağlayacak, İşçinin Feshe Karşı Korunması Kanunu çerçevesinde de acz idaresinin yapması gerekenler, uyması gereken kurallar olduğu, keza bu Kanun'un 113. paragrafında ifade ediliyor. Ama özellikle hizmet akdiyle ilgili hassasiyetin asıl kayba sebebiyet verenin rehin hakları olduğunu



TARTIŞMALAR

düşündüğümünden -kan kaybına sebebiyet verenin- taşınır rehinleri konusunda acaba daha farklı bir politika izlenebilir mi? Fakirleşmesini önlemek bakımından, karşılığın azalmasını önlemek bakımından? Ben bunu sormak istiyorum.

Teşekkürler.

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ:** Teşekkür ederim.

Sayın Taşpınar, buyurun.

**Doç. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ** (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Benden önceki iki meslektaşımın sorularıyla da bağlantılı, o yüzden çok kısa geçeceğim.

Birincisi, Ali Cem hocanın söylediği dürüstlük koşuluyla ilgili. Ben de açıkçası dürüstlük koşulunu değerlendirirken -hocamızın değerlendirmesini rica edeceğim kendisinden- konkordatoya başvurduğu andaki dürüstlikle o güne kadar ki işlerindeki dürüstlük kavramının birbirinden ayrılması gerektiğini düşünüyorum. Konkordatonun tasdiki için dürüstlüğe aykırı eylem ve işlem yapılmasında bir sakınca olmadığını, hatta hukukun genel kuralları olduğunu, iyi niyet ve diğer kurallar çerçevesinde doğru olduğunu düşünüyorum. Nitekim İsviçre İcra İflâs Kanunu'nun dürüstlüğü tamamen ortadan kaldıran, konkordatoyu lütuf olmaktan çıkarmasına rağmen, 313. maddesi konkordatonun tamamen feshinde yine dürüstlüğe aykırı eylem ve işlemleri fesih sebebi kabul ediyor. Bunu da bir dayanak olarak belirtmek istiyorum.

İkincisi, konkordatonun daha çok iyileştirilmesi gerektiğini söyledi hocamız. Şimdi, konkordato aslında önemli değişiklikler geçirdi, ama yeniden yapılandırmada önemli bir handikapı var konkordatonun, o da alacaklılar arasındaki mutlak eşitlik ilkesi. Hatta eşitliğe aykırı davranması da konkordatonun fesih sebebi. Oysa, işte bizim sistemimize şu anda yeni giren Amerikan usûlü diyebileceğimiz yeniden yapılandırmada veya diğer örneklerinde -örneğin Almanya'dakinde olduğu

gibi- alacaklıların menfaatlerine göre sınıflandırılması ve alacaklılara farklı muamelede bulunabilme imkânı getirildi. Bizim konkordato bu anlamda çok sert ve katı. Acaba, konkordato hükümlerinde alacaklılar arasındaki bu mutlak eşitlik ilkesi göz ardı edilebilir mi yeni düzenlemelerle? İkincisi de, Sungurtekin hocamızın söylediği, rehinli alacaklılar meselesi.

Çok teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ:** Biz teşekkür ederiz.

Sayın Meriç, buyurun.

**Arş. Gör. Nedim MERİÇ** (Dokuz Eylül Üniversitesi): Ben, Ali Cem ve Sema hocamın söylediği dürüstlük ilkesiyle ilgili soracaktım.

Konkordatoda dürüstlük unsuru aranmamış olsaydı bile Medenî Kanun madde 2 kapsamında biz gerek tasdikte ve bir süreç olması dolayısıyla, süreç boyunca da dürüstlük kuralını aramamız gerekmez miydi diye sormak istemiştim hocamıza.

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ:** Dürüstlük kuralı aransın diyorsunuz.

Sorunuz var mı?

**Arş. Gör. Nedim MERİÇ:** Hocam, yani özel düzenleme olmasaydı bile, genel ilkedden dolayı aranması... Başka bir sorum yok hocam.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ:** Teşekkür ediyorum.

Sayın Akyol, buyurun.

TARTIŞMALAR

**Arş. Gör. Leyla AKYOL** (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi): Hocam, haklı olarak sunduğu tebliğde konkordatoya daha çok işlerlik kazandırılması için süreç giriş ve özellikle konkordato şartları bakımından hükümlerin tekrar gözden geçirilmesi ve işlerlik kazandırılmasından bahsetti. Bu anlamda benim sorum şu şekilde olacaktır: Özellikle 301. madde bakımından konkordatonun mühletinin kaldırılması veyahut konkordatonun asliye ticaret mahkemesi tarafından tasdik edilmemesi halinde, özellikle adi konkordato gibi her türlü borçlunun başvurabileceği bir konkordato da borçlulara bu şekilde ağır bir sonucun uygulanması ve doğrudan iflâsın istenmesinin konkordatonun uygulanmasına olumsuz bir etkisi olup olmadığı ya da hocamızın bu konudaki görüşünü merak ediyorum.

Çok kısa bir şey daha eklemek istiyorum Hocam, izninizle: Özellikle konkordatonun tasdiki talebinden feragat edilmesi halinde de 301 inci maddenin uygulanması gerekliliği konusundaki fikrini rica ediyorum.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ:** Teşekkür ediyoruz.

Sayın Balcı, buyurun.

**Av. Şakir BALCI:** Benim hemen üç tespitim ve bir sorum var, çok kısa.

Dünkü tespitlerimiz var, iflâsın ertelenmesi konusunda son derece çekincelerimiz var. Konkordato işlerliği yok. Yeniden yapılandırmanın işlerliği yok. Dördüncü bir tespit daha var, şu anda global kriz var ve Türkiye’de ciddi bir kriz var. Sonuçta bu müesseselerden birisine borçlunun sağlıklı ulaşabilmesi yolu açılmalı. Zannediyorum tartışmanın konusu da bu.

Sayın Süha hocamdan ben şu soruları veya kişisel yorumunu alabilmek üzere şu konuların satır başlarını geçmek istiyorum: Konkordatonun mühlet aşaması ve tasdik dahil sü-

reçle ilgili. Ticaret mahkemesinin tasdik makamı olması, sürecin daha kısaltılması, yasalasma sürecinin belki revizyonu uzun süreceği dikkate alındığında, ticaret mahkemesinin tasdik sürecinden çıkarılıp çıkarılmaması ne tür bir etki yaratır? Çok hukuki olmayan sekter bir bakış mıdır, yoksa her şeyi bilen icra mahkemesi hâkiminin önünde bu tasdik işleminde gerekli ufak tefek yasal değişiklikler yapılmak suretiyle, acaba tasdik işleminin de icra mahkemesi hâkiminden geçirilmesi süreci, mevcut beş aylık süreci kısaltmada bir pratik değer ifade eder mi? Çok mu hukuka aykırı bir düşüncedir, onu merak ettim ve cevabını almak istiyorum.

Onun dışında, dün Sayın 19. Daire Başkanımız da isabetle belirtti, erteleme sürecinde ilan yasal olarak açıklık içermekle birlikte iflâsın ertelenmesi sürecinde, başvurunun ilanı Yargıtay kararlarıyla zaruret haline dönüştü. Konkordato hükümlerindeki, özellikle sürelerle ilişkin -belki geçmiş döneme tepki olarak- çok kesin ifadeler var. Çok fazla başvuru olduğu için de yüksek Yargıtay'ımızın yorumlarını alabilmiş değilim. Bu başvurulardan sonuç almak adına -en azından- acaba bu 3+2 aylık süreçlerle ilgili konular Yargıtay'a gitse erteleme talebinin ilanına ilişkin legal gerekçeler ifade edilmek suretiyle ülkemizdeki hukuki yapı da dikkate alınarak bu beş aylık süre zaruretlerle -yasal tabirlere rağmen- tıpkı ertelemenin ilanındaki meşruiyet düşüncesi gibi, hukuki durum dikkate alınarak. Yargıtay'ımızın görüşü olabilir miydi? Bu bir senaryo soru bir anlamda. Bunların Sayın Tanrıver'in kişisel görüşleri de dahil olmak üzere, yarutlanabilmesini talep ederim.

Sağolun.

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ:** Teşekkür ediyoruz.

Buyurun Sayın Tanrıver.

**Prof. Dr. Süha TANRIVER:** Teşekkür ederim hocam.

TARTIŞMALAR

Dürüstlük koşulu hakikaten zor karar verilmesi gereken bir koşul, süre sınırlı olduğu için ben o konudaki görüşlere giremedim. Bir başka görüş de diyor ki: Mühlet verilmesi ve tasdik sürecinden bağımsız olarak bu koşul ele alınıp irdelenmek, değerlendirilmelidir.

Konkordatodan amaç şu, yani çağdaş hukuklardaki gelişimi şu: Konkordato bir dönüşüm içerisine giriyor. Sadece borçlunun kullanabileceği bir hukuki lütuf değil. Bunun ilk adımı nedir? Alacaklılara da bu yola başvurma olanağının tanınmış olmasıdır. Hangi kayıtla? İflâsa nazaran daha fazla yarar sağlayacağı açıkça ortada. Konkordato olanağından yararlanacak olan işletmeleri bu olanaktan yararlandırmayıp tasfiye edilmesi halinde, eğer bu işletmeler üretim sürecine büyük ölçüde katkıda bulunan işletmeler ise, hem iş yerleri kapanacak, üretim düşecek, istihdam olanakları daralacak, bir sürü işsizler grubu ortaya çıkacak ve sosyal sigortalarla ilgili birçok sorun da peş peşe gelecek.

Kamunun da menfaatlerinin dengelenmesine hizmet edebilmesi için dedim ki: *"Gerekliyse mahkemeye de bu süreci resen başlatma olanağı verilmeli."* Siz bir değişim geçirtmek istiyorsanız, bir evrim kazandırmak istiyorsanız, yasal düzenlemeyi de buna uygun hale getirmek lazım. Arkadaşlarım sadece m. 308'le irtibatlandırdı. Madde 308'in dışında onun başka dayanakları da var. 290. maddede hâlâ borçlunun iyi niyetinden şüphe edilmesini gerektiren hal. Projenin alacaklıları zarara sokma kastından arı olması ne demek? Kusur temeline dayalı olarak mühlet alınabilmesinin önüne geçilmesi demek.

Burada bir karar vermek zorundasınız. İyileştirme olanağı varsa konkordato, yoksa iyileştirme olanağı, yoksa iyileştirme ihtimali mevcut değilse derhal iflâs sürecine işlerlik kazandırmak. İsviçre zaten bu tercihi yaptığı için, belki de Alman sistemiyle, Anglosakson sistemiyle de bunun yansımalarıdır bunlar. Böyle bir yol tercih edilmiştir.

Şimdi, m. 308'e bakıyoruz: Ne diyor m. 308? *"Hile ve dürüst olmayan tutum ve davranışlarla konkordatonun kabul edilmesinin yahut tasdikinin başarılması"*... Uyuşmazlık ne olacak?

Uyulmamışsa konkordatonun tamamen feshi istenecek. Konkordatonun tamamen feshinin istenebileceği sonucunu doğuran bir durum özellikle konkordatonun tasdiki aşamasında gözetilmezse yahut mühlet verilmesi aşamasında gözetilmezse sizin o ana kadar yapmış olduğunuz tüm faaliyet abesle iştilgal edilmesi anlamına gelir. İleride feshe sebebiyet verecek bir durumu sürecin başlaması ve tasdikle son bulması evresinde gözetmemek mümkün değildir. Ben 308. M. ben kaldırılıns demiyorum. 308. M. gözden geçirilsin diyorum, ama ca uygun hale getirilsin.

Adnan arkadaşım birtakım katkılarda bulundu. O enteresan bir hükümdür. Konkordato mühletinin bitiminden sonra ihtiyati tedbir yoluyla takiplerin durdurulamaması, yeni takip yapılmasının önlenememesi diye. Bir de bununla ilgili, 300. maddemizin ikinci fıkrası var, diyor ki: "*Konkordato mühletinin hükümleri konkordatonun tasdiki hakkındaki kararın ilanımla sona erer.*" Bu, Halit Narin'i iflâs ettirmek için icat edilmiş olan bir hükümdür. 3494 sayılı Kanun'la yeni düzenleme karşısında da anlamsız hale gelmiş. Eskiden m. 300/2 vardı, yeni düzenlemede zaten her hâlükârda tasdik incelemesinin konkordato mühleti içerisinde yapılması zorunlu, zaten yapılamamışsa, başarılammışsa süreç akamete uğrayacaktır. Dolayısıyla o kuralın pek bir anlamı yok, yani tasdik sürecinin uzamasının dolayısıyla mühletin dolmasıyla birlikte takip yasağı ortadan kalktığı için, tedbirle durdurmanın önüne geçilmek istenmiştir.

Tedbir dendi, burada mantalite şu: 286. maddenin son fıkrası var, bizde yarısı alınmış yarısı alınmamış. Konkordato prosedürünün başlatılması talebi üzerine, icra mahkemesi borçlunun mal varlığının muhafazası için gerekli görüyorsa, 290. maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde tasarruf yetkisi sınırlaması getirebiliyor, otomatik getirecek, tedbire falan ihtiyaç yok. Kendisi re'sen alacak, ihtiyaç duyuyorsa. Bu yarım alınmış. Bu nasıl olabilir? Konkordato mühleti verilmesinin iki temel hükmü var, borçlu bakımından tasarruf yetkisi sınırlaması, alacaklılar bakımından yeni takip yapma ve mevcut takiplere devam ettirme yasağı. Borçlu bakımından kayıtlama var, bir sınırlama var, o da yarım getirilmiş. Alacaklılar

TARTIŞMALAR

bakımından herhangi bir kayıtlama yok, alacaklılar yeni takip yapıp mevcut takipleri devam ettirmek suretiyle konkordato girişimini ne yapabilirler? Baltalayabilme olanağına sahiptirler. Ben de diyorum ki: Bunu İsviçre’de olduğu gibi yapalım, ilk şeyde olduğu gibi: 290. madde çerçevesinde genel tasarruf yetkisi sınırlaması getirsin, yine yeni takip yapma ve mevcut takipleri devam ettirme anlamında da mahkemeye belirli bir süre ile sınırlı olarak durdurma yetkisi tanınsın. İsviçre’de çok daha bu konuda birtakım değişiklikler var. Konkordato talep edilmesi üzerine borçluya bir geçici konkordato mühleti veriliyor. Ön tasarıda öngörülen sistemle, geçici konkordato mühleti veriliyor ön tasarıda getirilen modelde. Ancak burada bir ölçü var, diyor ki: *“Konkordatonun tasdik edilemeyeceği, yani başarı ihtimalinin mevcut olmadığı aşikâr bir biçimde ortada ise, geçici konkordato mühleti verilmez, doğrudan doğruya iflâsın açılmasına karar verilir.”* Geçici konkordato mühletinin sonuçları aynen kesin konkordato mühletinin sonuçları gibi. Konkordato mühleti içinde konkordatonun tasdiki ihtimali yahut iyileştirme ihtimali varsa konkordato mühleti veriliyor. Yoksa derhal iflâsın açılması sürecine geçiliyor. Ön tasarıda öngörülen böyle bir model de var.

Benim önerim: Madde 286’yı kesin konkordato mühletinin doğuracağı hükümlere paralel bir biçimde ıslah etmek, mahkemeye bu süreci resen başlatma olanağını tanımaktır.

Tabii, imtiyazlı alacaklılar konusu dünkü tebliğlerde de dile getirildi. Hemen birkaç cümleyle geçiştirilecek bir konu değil, başlı başına ele alınması ve karar verilmesi gereken bir sorun, zor bir konu, İsviçreliler de çözememiş. Ve daha ziyade ne ile alakalı? Maddi hukukla ilgili olarak karar verilmesi gereken bir sorun, usûl sorunu değil. Ve bu karar vermede de yasama siyaseti önemli, yasa koyucunun tercihleri önemli.

Şimdi, işçi alacaklarını Almanya’da olduğu gibi, Türk hukuku bağlamında yok saymak mümkün değil. Ne yapılabilir sorusu, belki miktar sınırlaması yahut süre sınırlaması dediğimiz olay. Taşınır rehni bakımından acaba bir açılım yaratılabilir mi? İşçi alacağı nasıl bir alacak? Sözleşmeden doğan bir ala-

cak. Taşınır rehni sınırlı aynı hak. Aynı haklarda en basit kuraldır, bir şahsi hakla aynı hak karşı karşıya geldiğinde aynı hak daima üstün tutulur. Bu bağlamda bir tercih çok daha zor gibi görünüyor.

Yine hizmet sözleşmelerine konkordato mühletinin açılmasının etkisi ne olmalı veyahut prosedürün açılmasının etkisi? Ben "*kendiliğinden sona ersin*" demedim zaten, İsviçreliler de onu önermiyor. Herhangi bir ihbarda bulunmadan sözleşmeyi feshedebilme olanağı tanınmalı, uygun bir tazminat karşılığında. Bu da konkordato alacağı gibi tatmin edilmeli. Yoksa otomatik sona erme diye bir şey olmaz. Eğer bu olanak da tanınmazsa borçlunun mal varlığının durumunu düzeltmesi, ekonomik faaliyetlerini sürdürmesi mümkün olmayabilir. Leasingde de aynı şey geçerli, hizmet sözleşmelerinde de yine aynı şey geçerli.

Yeniden yapılandırma ile ilgili olarak da şunu söylemek mümkündür: Konkordatoda mümkün merteye alacaklılar arasında eşit işlem görmesi, yeniden yapılandırmada ise farklı açılımların bu bağlamda yaratılması olanağının varlığı sorusuna gelince: İsviçre de zaten tıkanığını hissetmiş. Dün uzun uzadıya burada duruldu, "*Auffangesellschaft*" diye bir kavramdan söz edildi, mevcut malvarlığının tümüyle yeni kurulan bir kurtarma şirketine devredip devreden çıkması diye. Konkordatoda da pekâlâ bu tür açılımla yapılabilir, özellikle mahkeme dışı konkordato bunu mümkün kılar. Alacaklı sayıları küçük gruplar halinde ise, büyük alacaklı sayılar küçük tutarlar itibarıyla daha fazla tam tatmin, daha büyük alacaklı grupları açısından daha belli bir yüzde oranında tatmin esası getirilebilir. Yalnız burada şunu gözden geçiriyoruz: Konkordato iflâsa tabi olsun olmasın, herhangi bir borçlunun yararlanacağı olanak, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma ise sermaye şirketleriyle kooperatifler bakımından işlerlik kazanan bir kurum.

301. maddenin konkordato girişimine etkisi üzerinde bir arkadaşımız soru sordu. Demin zaten o oluşturulan model çerçevesinde mühletin kaldırılması yerine otomatik olarak iflâsın açılması prosedürünün devreye sokulması. Bu bir anlamda er-



TARTIŞMALAR

teleme ile konkordatonun birbirine entegre edilmesinin sağlanması yolu. Böyle bir tercih yapılacak olursa, m. 301'i gözden geçirmek gerekir.

Konkordatonun tasdiki talebinden feragat edilirse acaba bu, borçlunun doğrudan doğruya iflâsı nedeni oluşturur mu? Hakikaten enteresan bir soru. Tasdik kararı, sadece konkordato isteminde bulunan alacaklının hukuki durumunu değil, diğer alacaklıların da hukuki durumunu etkilediği için, burada feragate izin vermemek lazım. Feragat yapılmış olsa bile bu etkisiz olması daha doğru olur. Aksi takdirde ne olur? Tasdik ihtimalinin gerçekleşmeyeceğini hissettiği anda feragat olanağını kullanmak suretiyle doğrudan doğruya iflâs prosedürünün hakkında işlerlik kazanmasını önleme olanağına ilgili kavuşmuş olur.

Yine, ticaret mahkemesiyle ilgili Şakir Balcı beyefendinin soruları var. Ben bir cümleden söz ettim, dedim ki: *"Konkordato ile iflâs arasında bir geçiş sağlanacaksa, bu süreç içinde görevli olan organlar bağlamında da sağlanmalıdır."* Konkordato sürecinde mühlet verilmesi aşamasında, mühletin uzatılması aşamasında icra mahkemesi, tasdik aşamasında asliye ticaret mahkemesi. Benim öngördüğüm modellerde eğer yaşatılabiliyorsa konkordato, yaşatılamıyorsa derhal iflâs olacaksa, burada icra mahkemesi devre dışı çıkarılıp tamamen asliye ticaret mahkemesinin belki fonksiyon görmesi sağlanabilir.

*"Bu beş aylık süreyi uzatma olanağı var mı ilanlarla falan?"* Beş aylık süreyi uzatma olanağı yok. Geçmişte bunun tartışması yapıldı, süre çok kısa olduğu için giremedim. Eskiden 296. maddede, *"Mümkünse konkordatonun tasdiki kararını, tasdik incelemesini konkordato mühleti içinde verir."* şeklindeydi. Şimdiki m. 296/2' de ise, *"Tasdik prosedürü dahil, konkordato mühleti içinde vermek zorundadır"* diyor. Belki de konkordatoyu işletemez hale getiren neden bu. O düzenleme, yani yasa değişikliğinden önceki düzenlemede tartışılan şeydu -dün Saim hocam da aynı konuya işaret etti- konkordato mühleti içinde bırakın tasdiki yapmak, komiserin raporunu ve eklerini çoğu kere tevdi etmesi bile mümkün olmuyordu. Çünkü yargının genel iş-

leyişi var. Tartışma hangi noktadaydı? Komiserin raporunun eklerini konkordato mühleti süresi içinde ibraz etmemesi halinde tasdik incelemesini yapacak mahkeme hangi kararı verecek? Tasdik talebinin reddine mi karar verecek? Nasıl bir karar vermesi lazım? Sürecin oluşumunda bir başka sorun, borçlunun hiç kusuru yok, komiser raporuna eklerini süresi içinde getirememiş, tasdik talebinin reddine karar verdirecek olursanız doğrudan doğruya karar da kesinleşecek olursa, iflâs prosedürü işlerlik kazanabilecek. Bu tür problemler ortaya çıkmıştı. Böyle ilanla falan uğraşmaktansa, bu müessesenin yaşatılması isteniyorsa bence yapılması gereken en temel değişiklik, konkordato mühleti dört aydan az altı aydan uzun olmamalı. Hatta on iki aya kadar, on sekiz aya kadar - ülkelerin kendi içinde buldukları koşullara göre yapacakları tercihler doğrultusunda - komiserin raporu üzerine bu sürelerin de uzatılmasına olanak verilmesi lazım. Yahut İsviçre'deki model gibi, geçici konkordato mühleti, arkasından şans varsa kesin konkordato mühleti, şans varsa zaten konkordatonun tasdikıyla bu süreç daha da uzar hale gelecektir.

Teşekkür ederim, sağolun.

**Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ:** Efendim, şimdi haklı olarak katılımcılar diyecekler ki: Sunum yapan arkadaşına iltimas geçildi. Bilerek bu iltiması yaptım, zaman sınırlamasını uygulamadım. Çünkü sevgili Tanrıver hayatını konkordato hukukuna adanmış durumda. Hemen hemen bütün çalışmaları bu alanda. Büyük bir birikim içinde. Yani böyle bir fırsat bulmuş, sizin tahammülünüzü zorladık, ama bu fırsatı da sunucuya vermenin doğru olacağını düşündüm. Beni de lütfen bağışlayın.

Oturumu burada kapatıyorum. On dakika kahve molasından sonra yeni oturum başlayacaktır.

Sabrınız için teşekkür ediyorum.

**İKİNCİ GÜN**  
**10 Ekim 2009**

**İKİNCİ OTURUM**

**Oturum Başkanı**  
**Prof. Dr. Bilge UMAR**  
(Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

**Tebliğ Sunan**  
**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD**  
(Almanya / Regensburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Öğretim Üyesi)  
Stand und Probleme des Internationalen Insolvenzrechts

**Oturum Başkanı: Prof. Dr. Bilge UMAR**

**Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD**

(Almanya - Regensburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Arş. Gör. Dr. Müjgan YÜCEL:** İkinci günün ikinci oturumuna Sayın Prof. Dr. Bilge Umar başkanlık edecek.

Sayın Prof. Dr. Peter Gottwald de tebliğ sunacak.

MÜJGAN  
YÜCEL'İN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Bilge UMAR** (Oturum Başkanı): Hepinize iyi günler dileyerek ikinci gün ikinci oturumu açıyorum.

*"Milletlerarası Aciz ya da Külli Takip Hukuku'nun Durumu ve Sorunları"*; başlık budur, konuşma kırk beş dakika sürecek efendim, sonra tartışma olacak.

BİLGE UMAR'IN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Sayın Başkan, hanımefendiler, beyefendiler; benim için de burada sizlere hitap edebilmek büyük bir onur efendim.

Evet, artık benim konuşmamla beraber ulusal hukuk sorunlarının dışına çıkacağız, uluslararası sularda seyre başlayacağız.

Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD  
(Universität Regensburg)

STAND UND PROBLEME DES INTERNATIONALEN  
INSOLVENZRECHTS

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

**I. Stand und Bedeutung**

In den letzten zehn Jahren hat die Internationalisierung der Wirtschaft weiter zugenommen. Mit ihr einher gingen ein Strukturwandel in den alten Industriestaaten, aber auch wirtschaftliche Turbulenzen, nicht zuletzt als Folge der Finanzmarktkrise der letzten beiden Jahre. Alle diese Entwicklungen haben dazu geführt, dass internationale Insolvenzen wesentlich häufiger sind als in den Jahren zuvor.<sup>1</sup>

Hinzu kommt, dass die Europäischen Gemeinschaften mit der Verordnung Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren vom 29. Mai 2000 (in Kraft seit 31. Mai 2002)<sup>2</sup> eine einheitliche

---

<sup>1</sup> Zur Lage bis 1996 s. *Gottwald*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, 1997.

<sup>2</sup> ABl EG L 160/1 vom 30. 06. 2000. Zur Vorgeschichte s. *B. Kompat*, Die neue Europäische Insolvenzordnung, 2006, S. 30 ff.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

Ordnung der Insolvenzverfahren in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften in Kraft gesetzt haben, die eine intensive, in ihrem Ausmaßen nie vorher gekannte Beschäftigung mit dem Internationalen Insolvenzrecht ausgelöst hat. In einer gewissen Konkurrenz zum Europäischen Recht steht das Model Law on Cross-Border Insolvency vom 30. Mai 1997 der United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).<sup>3</sup> Während die Europäische Verordnung jetzt innerhalb von 26 Staaten der EU (nicht aber in Dänemark) gilt, will das UNCITRAL-Modell-Gesetz Grundregeln für eine weltweite Zusammenarbeit bei transnationalen Insolvenzen aufstellen und eine gerechte und effektive Insolvenzabwicklung sicherstellen.<sup>4</sup> Ergänzt wird es durch den UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law vom 25. Juni 2004<sup>5</sup> und den Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation vom 1. Juli 2009.<sup>6</sup>

Das Istanbuler Europarats-Übereinkommen über bestimmte internationale Aspekte des Konkurses vom 5. 6. 1990,<sup>7</sup> das Deutschland und die Türkei gezeichnet haben, hat seit dem erfolgreichen Erlass der weiter reichenden EuInsVO keine Zukunftschancen mehr, so dass ich hierauf nicht näher eingehen möchte.

Daneben gibt es zahlreiche weitere internationale Regelwerke über die effektive Abwicklung transnationaler Insolvenzen, etwa die Weltbankprinzipien vom April 2001,<sup>8</sup> die amerikanischen Guidelines for Court-to-Court Communications

<sup>3</sup> Kommentiert von *Hollander/Graham*, in Pannen, Europäische Insolvenzordnung, 2007, S. 703.

<sup>4</sup> *St. Kolmann*, Kooperationsmodelle im internationalen Insolvenzrecht, 2001, S. 413 ff.

<sup>5</sup> UN General Assembly A/59/17, S. 21.

<sup>6</sup> Der Interimtext besteht aus den UNCITRAL Notes on Cooperation, Communication and Coordination in Cross-Border Insolvency Proceedings vom 13. 3. 2009, AC/N.9/WG.V/WP.86.

<sup>7</sup> Abgedruckt in I. L. M. 30 (1991), 165. Zur näheren Information s. *St. Kolmann*, Kooperationsmodelle, S. 63 ff.

<sup>8</sup> Abgedruckt in *B. Wessels*, Cross-Border Insolvency Law, International Instruments and Commentary, 2007, S. 59.

in Cross-Border Cases vom Juni 2001<sup>9</sup>, die Prinzipien des ALI für die Zusammenarbeit zwischen den NAFTA-Staaten bei transnationalen Insolvenzen von 2000,<sup>10</sup> schließlich die Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases vom 17. Juni 2009, die ALI und das International Insolvency Institute gemeinsam ausgearbeitet haben<sup>11</sup> oder den afrikanischen Uniform Act Organizing Collective Proceedings for Wiping off Debts von 1999.<sup>12</sup> Ergänzt werden diese Regeln durch die privat erarbeitete Richtlinien der International Federation of Insolvency Professionals (INSOL) für die Kommunikation und Kooperation in grenzüberschreitenden Insolvenzfällen vom Mai 2007.<sup>13</sup>

Alles zusammen genommen gibt es folglich kaum einen Rechtsbereich, der sich in den letzten Jahren so stark entfaltet und fortentwickelt hätte, wie das internationale Insolvenzrecht.

## II. Prinzipien des Internationalen Insolvenzrechts

### 1. Der Grundsatz der Universalität

Zwar ist unser materielles Recht noch weitgehend nationalstaatlich geprägt. Dennoch hat sich für die Abwicklung internationaler Insolvenzen seit längerem die Erkenntnis durchgesetzt, dass nur eine möglichst einheitliche Abwicklung des weltweit belegenen Schuldnervermögens zu effektiven und praktikablen Lösungen führt. Die meisten nationalen Rechtsordnungen und das Europäische Recht sehen daher vor, dass ein gegen den Schuldner eröffnetes Hauptinsolvenzverfahren grundsätzlich das gesamte weltweit belegene Vermögen des Schuldners erfasst, damit es nach einheitlichen Regeln entwe-

<sup>9</sup> Abgedruckt in *Wessels*, S. 753 (deutsch in KTS 2005, 121).

<sup>10</sup> Vgl. *J. Westbrook*, Principles of cooperation among the NAFTA countries, 2003.

<sup>11</sup> *I. Fletcher* hat 2008 Draft General Principles in Berlin, *B. Wessels* 2009 die endgültigen Prinzipien in New York vorgelegt.

<sup>12</sup> Abgedruckt in *Wessels*, S. 983.

<sup>13</sup> Abgedruckt in *Wessels/Virgós*, European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency, 2007, S. 5.



BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

der abgewickelt oder der Schuldner saniert werden kann.<sup>14</sup> Für das Territorialitätsprinzip, wonach die Wirkungen eines nationalen Insolvenzverfahrens auf den Eröffnungsstaat begrenzt sind, tritt heute im Grunde niemand mehr ein.

Allerdings bestehen zwischen den nationalen Rechtsordnungen erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Gleichbehandlung der Gläubiger bzw. der Vorrechte einzelner Gläubigergruppen, aber auch über den Schutz nationaler Gläubiger vor ausländischen Gläubigern, so dass etwa die europäische Insolvenzverordnung ausdrücklich und das UNCITRAL-Modellgesetz sinngemäß die Eröffnung national begrenzter Sekundärverfahren zulassen; die Europäische Insolvenzverordnung nur, wenn der Schuldner in den betreffenden Mitgliedsstaat eine Niederlassung hat (Art. 2 lit. h, 3 II, 27 EuInsVO), das UNCITRAL-Modellgesetz bereits dann, wenn der Schuldner Vermögen in dem betreffenden Staat hat. Insoweit kann man von einem *Grundsatz der begrenzten Universalität* sprechen,<sup>15</sup> da ein Hauptinsolvenzverfahren jedenfalls solange transnationale Wirkung hat, als kein Sekundär- oder Partikularverfahren eröffnet ist.

## 2. Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren

Korrespondierendes Gegenstück zum Universalitätsprinzip ist die Anerkennung des am Sitz des Schuldners eröffneten Insolvenzverfahrens in allen anderen Staaten. Ideal ist, wenn diese Anerkennung (vorbehaltlich eines *ordre public*-Verstoßes, Art. 26 EuInsVO, § 343 I 2 Nr. 2 d InsO) automatisch erfolgt, d. h. dass das Hauptverfahren *ipso iure* in allen anderen Staaten wirkt. Eine solche Regelung enthält Art. 16 I EuInsVO

<sup>14</sup> R. Geimer, Intern. Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. 3382 ff.; Kindler, in MünchKommBGB, Bd. 11, 4. Aufl. 2006, Internationales Insolvenzrecht Einl. Rn. 4 ff.; St. Smid, Praxishandbuch Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2007, § 1 Rn. 98 ff., § 36 Rn. 2.

<sup>15</sup> B. Wessels/B. Markell/J. Kilborn, International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters, 2009, S. 40 ff., 67; Pannen/Riedemann, EuInsVO, 2007, Rn. 34 f.; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 35.08 ff.

für die Anerkennung eines Insolvenzverfahrens innerhalb der Mitgliedstaaten der EU sowie § 343 I InsO für das autonome deutsche Recht. Außerhalb politisch eng verbundener Staaten wird das Grundprinzip der Anerkennung des ausländischen Insolvenzverfahrens aber meist nur modifiziert umgesetzt. Ein ausländischer Verwalter, der im Inland Befugnisse ausüben will, muss seine Stellung förmlich anerkennen lassen (so Art. 15 UNCITRAL-ML). Will der Verwalter eine ausländische Entscheidung vollstrecken, bedarf es stets der Vollstreckbarerklärung. In der EU erfolgt diese im einfachen Beschlussverfahren nach Art. 25 I 2 EuInsVO iVm. Art. 38 ff. EuGVO (Brüssel I-VO). Entscheidungen aus Drittstaaten müssen in Deutschland sehr förmlich in ordentlichen Klageverfahren (§ 353 InsO iVm. §§ 722, 723 ZPO) für vollstreckbar erklärt werden.

Das UNCITRAL-Modellgesetz (ML) sieht insoweit zwingend eine Anerkennung vor, eröffnet hierfür aber ein einfaches und schnelleres Verfahren. Nach Art. 15 ML kann der ausländische Verwalter die Anerkennung seines Verfahrens im Ausland verlangen, wenn er die Eröffnung des Erstverfahrens und seiner Bestellung förmlich nachweist. Schon ab Stellung des Anerkennungsantrags kann der ausländische Verwalter nach Art. 19 ML zum Schutz des Vermögens des Schuldners und im Interesse der Gläubiger vorläufigen Rechtsschutz beantragen, der die Einstellung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einschließt und eine vorläufige Verwaltung ermöglicht.

Nach europäischem und deutschem autonomen Recht treten die Wirkungen des ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens auch in Deutschland automatisch ein, so dass es eines solchen Antrags und solcher Anordnungen gar nicht bedarf. Immerhin dienen solche Anordnungen der Klarstellung und Rechtssicherheit für den inländischen Rechtsverkehr, da Inlandswirkungen von Hoheitsakten von Insolvenzgerichten aus Drittstaaten, die ja teilweise in einer im Inland unverständlichen Sprache ergangen sind, keineswegs selbstverständlich sind.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

### 3. Der Grundsatz gleichmäßiger Befriedigung

Für das Insolvenzverfahren ist es im Gegensatz zur Einzelzwangsvollstreckung typisch, dass nicht nur einzelne Gläubiger oder Gläubigergruppen befriedigt werden, sondern das vorhandene Vermögen im Falle der Liquidation zur gleichmäßigen quotalen Befriedigung aller Gläubiger, die ihre Forderung angemeldet haben, herangezogen wird („*par conditio creditorum*“). Inländer und Ausländer sind dabei gleich zu behandeln.<sup>16</sup> Keine einheitliche Auffassung besteht bislang aber darüber, ob alle Gläubiger mit gleichem Rang zu befriedigen sind, oder ob und in welchem Umfang Vorrechte einzelner Gläubigergruppen anzuerkennen sind. Dem Ideal gleichmäßiger Befriedigung würde gewiss eine internationale Verlustgemeinschaft aller Gläubiger entsprechen. Tatsächlich gibt es aber in vielen Rechtsordnungen nach wie vor Vorrechte für den Fiskus wegen Steuern, für Sozialversicherungsbeiträge, für Lohnforderungen und ähnliches. Das deutsche Recht hat 1999 solche Vorrechte abgeschafft, aber die klassenlose Insolvenz ist noch kein international geltendes Recht.

### 4. Zulässigkeit nationaler Sonderverfahren

Grenzen der Gleichbehandlung ergeben sich vor allem, wenn in einzelnen Ländern nationale Sekundär- bzw. Partikularverfahren eröffnet werden (vgl. Art. 3 IV EuInsVO) und in diesen Verfahren entweder nur ein Teil der Gläubiger seine Forderungen anmeldet oder hier nationale Vorrechte zum Tragen kommen. Insoweit ist anerkannt, dass ein Gläubiger, der in einem Sekundärverfahren eine gewisse Befriedigung erhält, diese auch dann behalten darf, wenn im Hauptverfahren nur eine geringere Quote zur Verteilung kommt (vgl. § 342 II 1 deutsche InsO). Umgekehrt: Eine im Sekundärverfahren erhaltene Befriedigung ist auf die Befriedigung im Hauptverfahren anzurechnen, so dass der Gläubiger im Hauptverfahren erst

---

<sup>16</sup> R. Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. 3379.

dann etwas erhält, wenn dort eine höhere Quote erzielt wird (§ 342 II 2 InsO).

### 5. Offenheit für Sanierung

Es besteht international inzwischen Übereinstimmung, dass Insolvenzverfahren nicht nur der Liquidation des Schuldnervermögens dienen, sondern wenn möglich auch eine Sanierung oder Reorganisation des Schuldners ermöglichen sollen. Ob insoweit national ein Verfahren mit offenem Ziel zur Verfügung steht oder mehrere alternative Verfahren, ist eher eine sekundäre Frage. Wichtig ist, dass der Übergang von einem in ein anderes Verfahren möglich ist und dass wirtschaftliche Weichenstellungen im Hauptverfahren in den Sekundärverfahren nach Möglichkeit respektiert werden.

### III. Das Europäische Insolvenzrecht

Seit ihrem Inkrafttreten am 31. Mai 2002 hat die Europäische Insolvenzverordnung die Insolvenzbewältigung für transnationale Fälle in der Europäischen Union wesentlich erleichtert. Sie hat ein Zeitalter der Hoffnung eröffnet,<sup>17</sup> ist eine Art Grundgesetz des Europäischen Insolvenzrechts<sup>18</sup> geworden. Dazu muss man sich vergegenwärtigen, dass in der Zeit zuvor jedenfalls ein Teil der Mitgliedsstaaten noch streng dem Territorialitätsprinzip verhaftet war und ausländische Insolvenzverfahren nicht anerkannt hat.

Gleichwohl enthält die Europäische Insolvenzverordnung kein umfassendes vereinheitlichtes europäisches Insolvenzrecht. Für Gesamt(vollstreckungs)verfahren i.S. des Art. 1 I regelt sie vielmehr lediglich die internationale Zuständigkeit für die Eröffnung von Haupt- und Sekundärverfahren sowie die

<sup>17</sup> E. Ricci, *New trends in insolvency proceedings*, in Pellegrini Grinover/Calmon, *Direito processual comparado*, 2007, S. 267, 281.

<sup>18</sup> P. Mankowski NZI 2009, 571 (Anmerkung zu EuGH, 2. 07. 09, C-111/08, *Alpenblume*).

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

Zusammenarbeit zwischen Haupt- und Sekundärverwaltern, die Anerkennung der jeweiligen Verfahren in den Mitgliedsstaaten i. S. einer Wirkungserstreckung<sup>19</sup> und schließlich die kollisionsrechtliche Behandlung der im Insolvenzverfahren auftretenden Rechtsfragen. Die Vereinheitlichung des Insolvenz kollisionsrechts führt aber mittelbar zu einem Wettbewerb der nationalen Insolvenzrechte und dürfte damit indirekt, zumindest a la longue, zu einer Angleichung der materiellen Insolvenzrechte führen.

### 1. Verhinderung von forum shopping

Die Verfasser der Insolvenzverordnung sind von den bestehenden, erheblichen Unterschieden in den materiellen Rechten der Mitgliedstaaten ausgegangen und wollten mit einer einheitlichen Zuständigkeitsordnung in Art. 3 EuInsVO für internationale Insolvenzen ein forum shopping bei grenzüberschreitenden Fällen verhindern.<sup>20</sup> Erwägungsgrund (4) des Vorspanns der Europäischen Insolvenzverordnung legt ausdrücklich fest, dass im Interesse eines ordnungsgemäßen Funktionierens des Binnenmarktes verhindert werden muss, dass es für die Parteien vorteilhafter ist, Vermögensgegenstände oder Rechtsstreitigkeiten von einem Mitgliedsstaat in einen anderen zu verlagern, um auf diese Weise eine verbesserte Rechtsstellung anzustreben.

Allerdings hat der EuGH entschieden, dass jedes Insolvenzgericht eines EU-Staates zwar seine internationale Zuständigkeit prüfen muss, deren Ergebnis aber in anderen Mitgliedsstaaten nicht mehr in Frage gestellt werden darf (s. u. 3), so

<sup>19</sup> J. Schmittmann/Th. Hesselmann, Die internationale Zuständigkeit und Wirkungserstreckung in der EuInsVO unter besonderer Berücksichtigung von Kompetenzkonflikten, ZInsO 2008, 967; Rauscher/Müsch, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 2006, Einl. EG-InsVO Rn. 3.

<sup>20</sup> P. Huber, Probleme der Internationalen Zuständigkeit und des forum shopping aus deutscher Sicht, in Gottwald, Europäisches Insolvenzrecht - Kollektiver Rechtsschutz, 2008, S. 1, 3; M. de Cristofaro, Probleme der internationalen Zuständigkeit und des forum shopping aus ausländischer Sicht, ebda, S. 39 ff.

dass es in Grenzen, doch bei einem Wettlauf vor Gericht und der Möglichkeit des forum shopping bleibt.<sup>21</sup>

## 2. Hauptinsolvenzverfahren am Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen

Zu diesem Zweck gestattet die Verordnung die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens in dem Mitgliedsstaat, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Dieses Verfahren soll universale Geltung mit dem Ziel haben, das gesamte Vermögen des Schuldners zu erfassen. Diese Regelung kam zustande als Kompromiss zwischen der kontinentalen Konzeption, wonach an den Sitz der Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung anzuknüpfen sei und dem Common Law, das den satzungsmäßigen Sitz als Anknüpfungspunkt bevorzugt. Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO knüpft zwar an den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners an. Entsprechend dem Erwägungsgrund 13 soll dies der Ort sein, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht, und der damit für Dritte feststellbar ist. Andererseits wird nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO bei Gesellschaften und juristischen Personen bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen der Ort des satzungsmäßigen Sitzes ist. Dieses kompromissartige Zusammenfügen unterschiedlicher Konzeptionen führte denn alsbald zu deutlich divergierenden Auslegungen, die allerdings inzwischen durch die Rechtsprechung des EuGH zumindest teilweise harmonisiert worden sind.<sup>22</sup>

Die Anknüpfung an den satzungsmäßigen Sitz kann dazu führen, dass ein Insolvenzverfahren in einem Staat eröffnet

<sup>21</sup> P. Mankowski, Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts durch die Eurofood-Entscheidung?, BB 2006, 1753, 1756.

<sup>22</sup> Vgl. N. Carstens, Die internationale Zuständigkeit im europäischen Insolvenzrecht, 2005; C. Keggenhoff, Internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren, 2006, S. 51 ff.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

wird, in dem der Schuldner überhaupt keine Betriebsstätte unterhält, sondern lediglich einen Briefkasten. Dies ist regelmäßig für seine Gläubiger im Staat der tatsächlichen Betriebsstätte bzw. Betriebsstätten nachteilig, macht aber auch dem Verwalter, der im Staat des satzungsmäßigen Sitzes bestellt wird, die Arbeit nicht einfach.

a. Umgekehrt ist die Formel vom „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen“ außerordentlich vage und interpretationsbedürftig.<sup>23</sup> Vor allem englische Insolvenzgerichte haben lange Zeit angenommen, dass der Mittelpunkt der Interessen eines Unternehmens an dem Ort liegt, von dem aus die Geschäfte geführt würden. Dabei wurde nicht auf die Führung des Alltagsgeschäfts, sondern auf das interne Fällen der strategischen Entscheidungen abgestellt. Diese sog. *head office theory*<sup>24</sup> führte dazu, dass bei internationalen Konzernen am Sitz der Muttergesellschaft nicht nur das Hauptverfahren über die Muttergesellschaft, sondern auch die Hauptverfahren über das Vermögen der Konzerntöchter eröffnet werden konnten, selbst wenn diese Töchter selbst in diesem Staat keinerlei Geschäftsbetrieb unterhielten. Ein solches Vorgehen erleichterte gewiss die einheitliche Abwicklung bzw. Sanierung eines internationalen Konzerns. Eine solche Auslegung leugnet aber letztlich die Selbständigkeit der Konzerntöchter und deren eigene Haftungsverfassung und führte für deren Gläubiger zu unangemessenen Ergebnissen. Dieser Auslegung ist der EuGH daher in der Sache *Eurofood v. Parmalat* mit Urteil vom 2. 5.2006<sup>25</sup> zu Recht entgegengetreten.

<sup>23</sup> Vgl. C. Wiedemann, Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, ZInsO 2007, 1009; B. J. Attinger, Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen nach EuInsVO - erfolgreiches Konzept oder Quelle der Rechtsunsicherheit?, 2008; MünchKommInsO/Reinhart, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 3 EuInsVO Rn. 7-37. Zur Auslegung des ähnlichen § 3 I 2 InsO s. AG Essen ZIP 2009, 1826.

<sup>24</sup> Vgl. die Nachweise bei Pannen/Pannen, EuInsVO, Art. 3 Rn. 35 ff.

<sup>25</sup> Slg. 2006, I-3813 = NZI 2006 360; dazu Freitag/Leible, Justizkonflikte im Europäischen Internationalen Insolvenzrecht und (k)ein Ende?, RIW 2006, 641; Leipold, Starker Auftritt - der Europäische Gerichtshof zum

b. Die international tätige *Parmalat S.p.A.*<sup>26</sup> gründete 1997 die Eurofood IFSC Ltd. mit Sitz in Dublin / Irland als reine Finanzierungsgesellschaft für den Konzern. Eurofood hatte in Dublin weder eigene Geschäftsräume noch Angestellte, sondern wurde über eine Anwaltssozietät betrieben. 2003 wurde über die Parmalat Gesellschaft in Italien eine außerordentliche Verwaltung angeordnet. Das italienische Gericht erstreckte diese außerordentliche Verwaltung auch auf die Eurofood Ltd. in Dublin. Einen Monat später wurde für Eurofood in Irland ein vorläufiger Verwalter bestellt. Hiergegen wandte sich nun der italienische außerordentliche Kommissar. Mit Urteil vom 2. 5. 2006 nahm der EuGH schließlich zu den Kompetenzkonflikten zwischen dem High Court Dublin und dem Tribunale di Parma Stellung. Er betont in der Entscheidung zu Recht, dass es für Konzernunternehmen keinen einheitlichen COMI am Sitz der Muttergesellschaft gibt. Der Mittelpunkt der wirtschaftlichen Interessen sei vielmehr für jedes Unternehmen selbständig zu bestimmen. Er befinde sich im Zweifel am satzungsmäßigen Sitz und diese Vermutung könne nur widerlegt werden, wenn das Tochterunternehmen an diesem Sitz keine wirtschaftliche Tätigkeit unterhalte. Da Eurofood die Finanzierungsangelegenheiten aber über die Dubliner Anwaltskanzlei tatsächlich in Irland ausgeführt hat, lag ihr Mittelpunkt der wirtschaftlichen Interessen in Irland und nicht in Italien.

M. E. hat der EuGH mit dieser Entscheidung zu Recht darauf abgestellt, dass der COMI an dem für Dritte, d. h. potenzielle Gläubiger feststellbaren Ort der hauptsächlichen Geschäftstätigkeit, des operativen Geschäfts zu orten ist. Abgestellt wird damit in der Sache auf den effektiven Verwaltungssitz.<sup>27</sup> Gewiss besteht nach Art. 43 EGV eine europäische Niederlassungsfrei-

---

Europäischen Insolvenzrecht, Liber amicorum Lindacher, 2007, S. 65, 66 ff.

<sup>26</sup> Società per Azioni.

<sup>27</sup> B. Kübler, Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, Festschrift für Gerhardt, 2004, S. 527, 540 ff.; H. Eidenmüller, Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen: Zuständigkeitskonflikte unter der EuInsVO, NJW 2004, 3455, 3457.



BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

heit. Aber diese Niederlassungsfreiheit wird eben nicht nur durch registermäßige Anmeldung konkretisiert, sondern auch durch die tatsächliche Geschäftstätigkeit. Geschäftspartner und damit potenzielle Gläubiger bedürfen berechtigterweise darauf vertrauen, dass sie ihre Rechte am Ort der üblichen Geschäftstätigkeit verfolgen können und dass folglich notfalls auch ein Insolvenzverfahren an diesem Ort und grundsätzlich nach dessen Recht gegen den Schuldner stattfinden wird.<sup>28</sup> Dagegen lässt sich nicht einwenden, der Schuldner habe ja einen satzungsmäßigen Sitz und der potenzielle Gläubiger könne aus der Art der Firmierung erkennen, dass sich der Schuldner einer bestimmten, anderen Rechtsordnung unterstellt hat, so dass zur Vereinfachung daran anzuknüpfen sei.<sup>29</sup> Denn im Wirtschaftsverkehr wird die komplette Firmierung meist gar nicht verwendet, vielmehr vertraut der Gläubiger eben auf den tatsächlichen Ort der Geschäftstätigkeit als Anknüpfungspunkt und ist in diesem Vertrauen auch zu schützen.

Allerdings hat die Eurofood-Entscheidung des EuGH nicht alle Auslegungsfragen zu Art. 3 Abs. 1 EuInsO gelöst. Der EuGH hat zwar, wie dargelegt, die head office theory zurückgewiesen, aber nicht ganz die sog. *business activity theory* bestätigt, nach der der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen am Ort der werbenden Geschäftstätigkeit liegt.<sup>30</sup> Abzustellen wäre danach auf die von außen erkennbaren Kundenbeziehungen, den Einsatz von Mitarbeitern, den Ort der Buchhaltung und die angegebenen Bankverbindungen. Je nach Fallgestaltung könnte auch der Ort, an dem das hauptsächliche Vermögen des Schuldners belegen ist, maßgeblich sein.

<sup>28</sup> A. A. P. Oberhammer, Von der EuInsVO zum europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, 27, 36.

<sup>29</sup> So Eidenmüller NJW 2004, 3455, 3458; ders., Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen, ZHR 169 (2005), 528, 562 (für intern. Konzernunternehmen).

<sup>30</sup> M.-Ph. Weller, Die Verlegung des Centre of Main Interests von Deutschland nach England, ZGR 2006, 835, 856 f., a. A. Pannen/Pannen, Europäische Insolvenzordnung, 2007, Art. 3 Rn. 42, 45, 49.

Jedoch hat der EuGH mit dem Wortlaut des Art. 3 I 2 Eu-InsVO auf den Ort des satzungsmäßigen Sitzes abgestellt, der erst widerlegt werden müsse. Die Beweislast dafür liegt bei dem, der ein anderes COMI, behauptet.<sup>31</sup> Deshalb wird auch die Ansicht vertreten, als Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen sei bereits der Ort des Sitzes der Geschäftsführung anzusehen, auch wenn sich sämtliche Produktionsstätten in einem anderen Staat befinden.<sup>32</sup> Dies zeigt, dass zu diesem Punkt weiterer Klärungsbedarf besteht.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass ein (Haupt-)Insolvenzverfahren über eine sog. Schein-Auslandsgesellschaft nicht im Staat des Satzungssitzes, sondern im Staat der realen Geschäftstätigkeit zu eröffnen ist.<sup>33</sup>

c. Eine *Verlagerung des COMI* im Vorfeld einer Insolvenz, um sich einer „günstigeren“ Rechtsordnung zu unterstellen, ist aber durchaus möglich. Würde man bei Produktions-, Dienstleistungs- oder Vertriebsunternehmen verlangen, dass der Schwerpunkt des realen operativen Geschäfts, der „business activities“ ins Ausland verlagert wird, so wäre dies aus praktischen Gründen kurzfristig kaum möglich.<sup>34</sup> Ob eine Verlagerung, etwa der bloßen Geschäftsführung im Vorfeld der Insolvenz als unbeachtlicher Missbrauch anzusehen ist,<sup>35</sup> ist

<sup>31</sup> High Court of Justice London (3. 7. 09), ZIP 2009, 1776, 1777.

<sup>32</sup> M.-Ph. Weller ZGR 2008, 835, 857.

<sup>33</sup> Vgl. High Court of Justice London (*Hans Brochier Ltd. v. Exner*), NZI 2007, 187 u. AG Nürnberg NZI 2007, 286; dazu *Andres/Grund*, Die Flucht vor deutschen Insolvenzgerichten nach England, NZI 2007, 137; *U. Huber*, Inländische Insolvenzverfahren über Auslandsgesellschaften nach der Europ. Insolvenzordnung, Festschrift für Gerhardt, 2005, S. 387; *Pannen*, Die „Scheinauslandsgesellschaft“ im Spannungsfeld zwischen dem ausländischen Gesellschaftsstatut und dem inländischen Insolvenzstatut, Festschrift für Gero Fischer, 2008, S. 403, 405 f.

<sup>34</sup> Vgl. *Schwemmer*, Die Verlegung des centre of main interests (COMI) im Anwendungsbereich der EuInsVO, NZI 2009, 355.

<sup>35</sup> Dafür MünchKommInsO/*Reinhart*, Art. 3 EuInsVO Rn. 52 ff.; auch *H. Eidenmüller*, Rechtsmißbrauch im Europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, 137.

noch eine offene Frage. Solange die tatsächlichen Geschäftsaktivitäten an einem Ort sind, reicht es für eine Verlagerung des Verwaltungssitzes jedenfalls nicht aus, dass die Buchungsunterlagen an einem anderen Ort verbracht werden. Ab Stellung eines Insolvenzantrags greift letztlich die vom EuGH bekräftigte *perpetuatio fori*.<sup>36</sup>

### 3. Das Prioritätsprinzip

Innerhalb der EU wird das Verbot des *forum shopping* durch das Prioritätsprinzip gefestigt: Die erste Eröffnung eines (Haupt-)Insolvenzverfahrens gegen einen Schuldner ist in allen anderen EU-Staaten zwingend zu beachten. Solange die erste Entscheidung nicht aufgehoben ist, darf in einem anderen EU-Staat kein weiteres Hauptverfahren eröffnet werden.<sup>37</sup> Um das *forum shopping* weiter einzuschränken, hat der EuGH zwar im *Eurofood-Urteil* die Bestellung eines vorläufigen Verwalters mit Verfügungsbefugnis über das Schuldnervermögen der endgültigen Insolvenzeröffnung gleichgestellt.<sup>38</sup> Der Vorrang des ersten Verfahrens gilt aber lediglich dann nicht, wenn das Verfahren des anderen EU-Mitgliedsstaats gegen den inländischen *ordre public* verstößt (Art. 26 EuInsVO). Die korrekte Anwendung von Art. 3 EuInsVO ist keine Frage des nationalen *ordre public*. Das ausländische Verfahren ist also auch dann zu beachten, wenn das Gericht seine internationale Zuständigkeit zu Unrecht bejaht haben sollte,<sup>39</sup> so dass gezielter Vortrag zum COMI durchaus zu *forum shopping* führen kann, insb. wenn das Gericht dessen Richtigkeit nicht oder nur unzureichend überprüft.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> *EuGHE* 2006, I-701 = NZI 2006, 153 (*Staubitz-Schreiber*).

<sup>37</sup> *P. Huber* (Fn. 20), S. 7; *MünchKommInsO/Reinhart*, Art. 3 EuInsVO Rn. 58; *St. Smid* (Fn. 14), § 39 Rn. 7 ff.

<sup>38</sup> Die Bestellung eines vorläufigen Verwalters mit Zustimmungsvorbehalt genügt. Vgl. *P. Huber* (Fn. 20), S. 15; *St. Reinhart*, Die Bedeutung der EuInsVO im Insolvenzeröffnungsverfahren, NZI 2009, 73, 74.

<sup>39</sup> *EuGHE* 2006, I-3813 = NZI 2006, 360; *Leipold*, *Liber amicorum Lindacher*, 2007, S. 65, 72; *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO, 2002, Art. 3 Rn. 41, 42.

<sup>40</sup> *P. Huber* (Fn. 20), S. 11.

#### 4. Bewältigung von Konzerninsolvenzen

Obwohl schon vor Erlass der Europäischen Insolvenzverordnung international der Einsatz von Tochtergesellschaften weit beliebter war als die Gründung bloßer unselbständiger Auslands-Niederlassungen, enthalten die Europäische Insolvenzverordnung, aber auch das UNCITRAL-Modellgesetz keinerlei Regelungen über die Behandlung von Konzerninsolvenzen.<sup>41</sup>

a. Sicherlich kann man ein Tochterunternehmen nicht einfach als unselbständige Niederlassung behandeln, so dass die Eröffnung eines Einheitsverfahrens über einen internationalen Konzern grundsätzlich ausscheidet. Eine *substantial consolidation* kommt allenfalls in Ausnahmefällen bei einer nicht auflösbaren Vermögensvermischung in Betracht, wenn also Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft nicht getrennt verwaltet werden.<sup>42</sup>

b. Gewiss erleichtert es aber eine Sanierung eines internationalen Konzerns, aber auch seine Abwicklung, wenn alle Entscheidungen in der Hand *eines* Insolvenzverwalters liegen. Solange man den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen aller Konzernunternehmen am Sitz der Muttergesellschaft ansiedeln (entsprechend der *head office theory*), oder die Tochtergesellschaften als Niederlassungen der Muttergesellschaft behandeln konnte,<sup>43</sup> konnte ein und derselbe Verwalter für alle Konzernunternehmen bestellt werden. Die Koordination aller Verfahren war damit gewährleistet. Nach der Eurofood-Entscheidung des EuGH ist die Sache nicht mehr so einfach. Denn für jedes Konzernunternehmen muss der COMI selbständig

<sup>41</sup> Pannery/Pannen, EuInsVO, Art. 3 Rn. 46.

<sup>42</sup> P. OBERHAMMER KTS 2009, 27, 64 f.; vgl. MünchKommInsO/Ehricke, Internationales Konzerninsolvenzrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Rn. 4, 14 f.

<sup>43</sup> Vgl. B. Kompa (Fn. 2), S. 113 ff.; Undritz, in Hamburger Kommentar zur InsO, 3. Aufl. 2009, Art. 2 EuInsVO Rn. 7.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

bestimmt werden.<sup>44</sup> Dies schließt natürlich nicht aus, dass ein COMI am Sitz der Muttergesellschaft besteht. Ein bloßer Beherrschungsvertrag mit Verlustübernahmepflicht der Mutter, Garantien oder Patronatserklärungen der Mutter sollten aber keinen Einfluss auf den COMI von Tochtergesellschaften ausüben.<sup>45</sup> Zulässig ist aber sicherlich die Eröffnung eines Sekundärverfahrens im Staat der „Niederlassung“ der Tochtergesellschaft, so dass die Wirkung des Hauptinsolvenzverfahrens (partiell) „unterlaufen“ werden kann.<sup>46</sup> Wenn sich der COMI danach in verschiedenen Mitgliedsstaaten befindet, liegt es nahe, schon aus Gründen der Rechtskenntnis und Sprachkenntnis unterschiedliche Verwalter zu bestellen. Regeln, die diese Verwalter verpflichten würden, ihre Arbeit aufeinander abzustimmen, bzw. die dem Verwalter der Muttergesellschaft ein entscheidendes Übergewicht geben, bestehen derzeit nicht.

## 5. Koordination von Haupt- und Nebenverfahren

Auch außerhalb des Bereichs der Konzerninsolvenz wirkt die Koordination von Hauptinsolvenzverfahren und Sekundärverfahren Probleme auf.

### a. Kooperation der Verwalter

Die Europäische Insolvenzverordnung regelt selbst eingehend die Zusammenarbeit zwischen den Verwaltern der

---

<sup>44</sup> D. Adam, *Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz internationaler Unternehmensverbindungen*, 2006; St. Deyda, *Der Konzern im europäischen internationalen Insolvenzrecht*, 2008; St. Deyda, *Der Konzern im europäischen internationalen Insolvenzrecht*, 2008, S. 74 ff.; N. Probst, *Die internationale Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren im europäischen Insolvenzrecht*, 2008, S. 59 ff.; MünchKommInsO/Ehricke, *Internationales Konzerninsolvenzrecht*, Rn. 12; D. Adam/Ch. Poertzgen, *Überlegungen zum Europäischen Konzerninsolvenzrecht*, ZInsO 2008, 281 u. 347.

<sup>45</sup> St. Deyda (Fn. 44), S. 100 ff., 115; a. A. P. Huber (Fn. 20), S. 11.

<sup>46</sup> S. das Beispiel bei P. Huber (Fn. 20), S. 20 f.

verschiedenen Verfahren, auch wenn hier Einzelheiten offen bleiben.

Art. 31 EuInsVO sieht eine Pflicht der Verwalter zur gegenseitigen Unterrichtung und zur Zusammenarbeit vor.<sup>47</sup> Die Verwalter von Sekundärverfahren haben dem Verwalter des Hauptverfahrens Gelegenheit zu geben, Vorschläge für die Verwertung oder die Verwendung der Masse des Sekundärinsolvenzverfahrens zu unterbreiten (Art. 31 III). Der Verwalter des Hauptverfahrens kann die Aussetzung der Verwertung des Vermögens eines Sekundärverfahrens beantragen (Art. 33). Schließlich kann der Verwalter des Hauptverfahrens beantragen, dass ein Sekundärverfahren (soweit zulässig) ohne Liquidation durch Sanierungsplan oder Vergleich beendet wird und entsprechende Beendigungen können nur bestätigt werden, wenn der Verwalter des Hauptverfahrens dem zustimmt oder zumindest die Interessen der Gläubiger des Hauptverfahrens durch diese Maßnahmen nicht beeinträchtigt werden (Art. 34 I EuInsVO).

Auch wenn auf diese Weise ein gewisser Vorrang des Hauptinsolvenzverfahrens sichergestellt ist, hat der Hauptinsolvenzverwalter doch kein generelles Weisungsrecht gegenüber dem Verwalter eines Sekundärverfahrens, so dass gerade bei der Erarbeitung von Sanierungskonzepten Reibungsverluste entstehen können. Es ist deshalb kaum verwunderlich, dass die Verwalter von Hauptinsolvenzverfahren vielfach versuchen, Hauptgläubiger in anderen Staaten von der Stellung eines Antrags auf Eröffnung eines Sekundärverfahrens abzuhalten, in dem sie ihnen eine Befriedigung nach dem

<sup>47</sup> Vgl. U. Ehrliche, Probleme der Verfahrenskoordination - Eine Analyse der Kooperation von Insolvenzverwaltern und Insolvenzgerichten bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren, in Gottwald, Europäisches Insolvenzrecht - Kollektiver Rechtsschutz, 2008, S. 127, 144 ff.; M. Horig, Kooperation von Insolvenzverwaltern, 2008, S. 53 ff.; L. Czaja, Umsetzung der Kooperationsvorgaben durch die Europäische Insolvenzverordnung im deutschen Insolvenzverfahren, 2009, S. 75 ff.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

Recht ihres Staates auch ohne Eröffnung eines besonderen Sekundärverfahrens zuzusagen.<sup>48</sup>

### b. Kooperation der Gerichte

Eine Zusammenarbeit der Insolvenzgerichte von Haupt- und Nebenverfahren ist dagegen in der europäischen Insolvenzverordnung in keiner Weise angesprochen. Da die europäische Insolvenzverordnung aber eine Koordinierung der Maßnahmen in Bezug auf das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners in den verschiedenen Mitgliedsstaaten erreichen will, kann aus dem Schweigen nicht geschlossen werden, dass eine solche Zusammenarbeit unzulässig wäre. Eine Zusammenarbeitspflicht lässt sich sicher nicht direkt aus Art. 31 EuInsVO ableiten.<sup>49</sup> Ansatzpunkte für eine Zusammenarbeit ergeben sich aber aus der Unterrichtungspflicht nach Art. 21 EuInsVO und aus der Notwendigkeit der gegenseitigen Information vor einer Entscheidung über die Aussetzung der Verwertung im Rahmen des Art. 33 EuInsVO.<sup>50</sup> Auch der High Court of Justice London hat eine Kooperationspflicht der Insolvenzrichter in internationalen Verfahren akzeptiert und angenommen, dass das zuständige Gericht des Hauptinsolvenzverfahrens befugt ist, an alle anderen zur eventuellen Eröffnung von Sekundärverfahren zuständigen Gerichte Schreiben zu versenden, in denen die jeweiligen Richter gebeten werden, bei Stellung eines Insolvenzantrags für Sekundärverfahren den Verwalter des Hauptverfahrens zu benachrichtigen und ihm Gelegen-

<sup>48</sup> Vgl. High Court of Justice London (*Collins v Aikman*), NZI 2006, 654; P. Huber (Fn. 20), S. 31; Meyer-Löwy/Plank, Entbehrlichkeit des Sekundärverfahrens bei flexibler Verteilung der Insolvenzmasse im Hauptinsolvenzverfahren?, NZI 2006, 622.

<sup>49</sup> Vallender, Gerichtliche Kommunikation und Kooperation bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren im Anwendungsbereich der EuInsVO – eine neue Herausforderung für Insolvenzgerichte, KTS 2008, 59, 66 f.; ders., Die Zusammenarbeit von Richtern in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren nach der EuInsVO, Festschrift Lürer, 2008, S. 479.

<sup>50</sup> Vallender KTS 2008, 59, 69 f.; Czaja (Fn. 47), S. 237 ff., 269 ff.; ablehn. Eltricke (Fn. 47), S. 127, 160 ff.

heit zur Stellungnahme einzuräumen.<sup>51</sup> Eine Ergänzung der europäischen Insolvenzverordnung um eine entsprechende Zusammenarbeitspflicht der Insolvenzgerichte würde sich freilich empfehlen, um Zweifel auszuschalten.

## 6. *Vis attractiva concursus*

Die Europäische Insolvenzverordnung schweigt zur Frage, ob Zivilprozesse, die eng mit dem Insolvenzverfahren zusammenhängen, etwa eine Insolvenzanfechtungsklage, bei dem Gericht der Insolvenzeröffnung erhoben werden können oder ob hierfür die allgemeinen Zuständigkeitsregeln, also der Gerichtsstand am Sitz des Anfechtungsgnegers gilt.

a. Das autonome deutsche Recht lehnt eine sog. *vis attractiva concursus*, also eine Zuständigkeitskonzentration beim Insolvenzgericht ab.<sup>52</sup> Andere Staaten, wie die USA oder die Länder des romanischen Rechtskreises sehen dagegen vor, dass das Gericht am Ort der Insolvenzeröffnung auch über die Insolvenzanfechtung sowie Streitigkeiten über Aussonderung, Absonderung und sonstige Vorzugsrechte entscheidet.<sup>53</sup>

b. Die Europäische Insolvenzverordnung regelt unmittelbar keine *Zuständigkeit für Annexverfahren* und damit auch keine Zuständigkeitskonzentration am Sitz des Insolvenzgerichts. Jedoch sieht Art. 25 Abs. 1 Unterabs. 2 EuInsVO vor, dass auch Entscheidungen, die unmittelbar aufgrund des Insolvenzverfahrens ergehen und im engem Zusammenhang damit stehen, anzuerkennen und nach der Brüssel I-VO für vollstreckbar zu erklären sind. Da die Brüssel I-VO auf Konkurse einschließlich ihrer Annexverfahren nach Art. 1 II lit. b

<sup>51</sup> ZIP 2009, 578 = NZI 2009, 450 m. Anm. Mankowski.

<sup>52</sup> Gottwald/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 51 Rn. 31.

<sup>53</sup> Gottwald/Kolmann, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 133 Rn. 56.



BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

EuGVO nicht anwendbar ist,<sup>54</sup> bleibt eine Zuständigkeitslücke. Die h. M. will diese für *Insolvenzanfechtungsklagen* durch eine analoge Anwendung von Art. 3 EuInsVO schließen.<sup>55</sup> Dieser Argumentation hat sich der EuGH auf Vorlage des BGH mit Urteil vom 12. 2. 2009 angeschlossen.<sup>56</sup>

Ob eine solche *vis attractiva concursus* auch für andere insolvenznahe Verfahren gilt, ist bisher vom EuGH nicht entschieden worden.<sup>57</sup> Weitgehend wird angenommen, dass Art. 3 EuInsVO analog für Feststellungsklagen zur Insolvenztabelle gilt, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens neu eingeleitet werden.<sup>58</sup> Sie soll auch gelten für die Haftungsklagen gegen den Insolvenzverwalter<sup>59</sup> sowie für Streitigkeiten zwischen Schuldner und Insolvenzverwalter.<sup>60</sup> Die deutsche Literatur lehnt eine Analogie dagegen für Klagen auf Aussonderung oder Absonderung überwiegend ab.<sup>61</sup>

<sup>54</sup> EuGHE 1979, 733 (*Gourdain v. Nagler*) = RIW 1979, 273.

<sup>55</sup> Ch. Willemer, *Vis attractiva concursus* und die Europäische Insolvenzverordnung, 2006, S. 180 ff., 206; N. Cartens (Fn. 22), S. 109 f.; F. Strobel, *Die Abgrenzung zwischen EuGVVO und EuInsVO im Bereich insolvenzbezogener Einzelentscheidungen*, 2006, S. 213 ff., 221.; Panner/Panner, Art. 3 EuInsVO Rn. 111, 114; M. Zeuner/Elsner, *Die internationale Zuständigkeit der Anfechtungsklage oder die Auslegung des Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO*, DZWIR 2008, 1; a. A. W. Hau, *Masseanreicherung und Gläubigerschutz im Europäischen Insolvenzrecht*, in Gottwald, *Europäisches Insolvenzrecht - Kollektiver Rechtsschutz*, 2008, S. 79, 111 ff.

<sup>56</sup> EuGH (*Deko Marty*) ZIP 2009, 427 = NZI 2009, 199 = NJW 2009, 2189 mit Folgeentscheidung des BGH ZIP 2009, 1287; dazu *Mörsdorf-Schulte*, *Zuständigkeit für Insolvenzanfechtungsklagen im Eröffnungsstaat*, ZIP 2009, 1456; F. Cranshaw, *Aktuelle Fragen zur Europäischen Insolvenzverordnung vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH*, DZWIR 2009, 353.

<sup>57</sup> Beim EuGH anhängig sind der Fall „*German Graphics*“ (Rs C-292/08), ABl EU C 272/6 v. 25.10. 08 (zum Eigentumsvorbehalt) und „*MG Probud Gdynia*“ CRS C-444 (07), ABl EU C 283/23 v. 24.11. 07 (zur Arrestvollziehung).

<sup>58</sup> Ch. Willemer, S. 319 ff., 350; Panner/Panner Art. 3 Rn. 114; mit anderer Differenzierung F. Strobel (Fn. 55), S. 249 ff.

<sup>59</sup> Ch. Willemer, S. 380 ff., 393; Panner/Panner Art. 3 Rn. 144; a. A. F. Strobel (Fn. 55), S. 237 ff.

<sup>60</sup> Ch. Willemer, S. 393 ff., 396; F. Strobel (Fn. 55), S. 262 ff.

<sup>61</sup> Ch. Willemer, S. 353 ff., 367; Panner/Panner Art. 3 EuInsVO Rn. 114; F. Strobel (Fn. 55), S. 257 ff.

Obwohl die Entscheidung *Gourdain v. Nagler* des EuGH von 1979<sup>62</sup> nahelegt, Art. 3 EuInsVO auch für Haftungsklagen gegen Geschäftsleiter und Gesellschafter wegen Insolvenzverschleppung anzuwenden, möchte die h. M. in Deutschland dies nicht tun, weil solche Haftungsklagen nicht zwingend die Eröffnung eines Insolvenzverfahren voraussetzen würden.<sup>63</sup> Für Klagen gegen Geschäftsführer und Gesellschafter wegen Insolvenzverschleppung trifft dies indes nicht zu; diese Haftung ist sachlich dem Insolvenzrecht zuzuordnen, so dass auch Art. 3 EuInsVO angewandt werden sollte.<sup>64</sup>

## 7. Die Lex fori concursus und ihre Ausnahmen

Bei den bisherigen Überlegungen habe ich ausgespart, nach welcher Rechtsordnung grenzüberschreitende Insolvenzen abgewickelt werden, oder anders ausgedrückt: Welches Ergebnis der Wettlauf um die internationale Hauptzuständigkeit hat. Die Lösung ist im Ansatz einfach. Sie kann gar nicht anders sein: Das Insolvenzverfahren wird nach dem Recht abgewickelt, mit dem der Sachverhalt die engste Verbindung hat, d. h. jedes Verfahren wird nach der *lex fori* des Eröffnungsstaates abgewickelt, kurz nach der *lex fori concursus*. Diese Kollisionsgrundnorm gilt für jedes Insolvenzverfahren, auch wenn sie nicht überall gesetzlich fixiert ist. Gibt es nur ein (Haupt-) Verfahren, so wird das gesamte Vermögen des Schuldners nach der *lex fori concursus* abgewickelt, gibt es neben dem Hauptverfahren weitere Sekundärverfahren, so werden die Sekundärverfahren nach ihrer jeweils eigenen *lex fori concursus* abgewickelt. Je nach Sachlage können sich hieraus erhebliche Verwerfungen und Spannungen für die grundsätzlich gebotene Zusammenarbeit zwischen den Verwaltern und den Gerichten der Haupt- und der Sekundärverfahren ergeben.

<sup>62</sup> EuGHE 1979, 733 = NJW 1979, 1772.

<sup>63</sup> Ch. Willemer, S. 212 ff., 310; F. Strobel (Fn. 55), S. 229 ff.; Geimer/Schütze/Haß/Herweg, Internationaler Rechtsverkehr, 2005, Art. 3 EuInsVO Rn. 27; Panner/Pannen Art. 3 Rn. 114; Hau (Fn. 55), S. 79, 118 ff.

<sup>64</sup> Pannen, Festschrift für Gero Fischer, 2008, S. 403, 407.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

a. Diese Insolvenzgrundnorm ist in Art. 4 EuInsVO kodifiziert worden. Nach Art. 4 Abs. 1 bestimmt das Insolvenzrecht des Mitgliedsstaats, in dem das Verfahren eröffnet wird, das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen. Die *lex fori concursus* gilt aber eben nur für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen, nicht aber für das allgemeine Vertragsrecht, das Deliktsrecht, das Sachenrecht, das Gesellschaftsrecht<sup>65</sup> und das Arbeitsrecht, um nur einige wichtige Rechtsbereiche zu nennen, die in jedem Insolvenzverfahren eine Rolle spielen.

Hieraus ergibt sich eine erhebliche Abgrenzungsproblematik: Was gehört zum Insolvenzrecht und was ist nicht mehr Insolvenzrecht? Art. 4 Abs. 2 S. 2 EuInsVO listet 13 Bereiche auf, die „insbesondere“ zum Insolvenzrecht gehören und dem Insolvenzstatut unterstehen. Es handelt sich um

1. die Art zulässiger Schuldner,
2. die Abgrenzung der Insolvenzmasse und die mögliche Einbeziehung von Neuerwerb,
3. die Befugnisse von Schuldner und Verwalter nach Insolvenzeröffnung,
4. Voraussetzungen einer Aufrechnung in der Insolvenz,
5. Auswirkungen auf laufende Verträge des Schuldners,
6. Auswirkungen auf die Rechtsverfolgung einzelner Gläubiger (ausgenommen Wirkungen auf anhängige Rechtsstreitigkeiten),
7. die Anmeldung von Insolvenzforderungen und Behandlungen von Forderungen nach Insolvenzeröffnung,
8. Anmeldung, Prüfung und Feststellung der Forderung,

---

<sup>65</sup> Vgl. *Pannen*, Festschrift für Gero Fischer, 2008, S. 403, 408 ff.; *H. Eidenmüller*, Gesellschaftsstatut und Insolvenzstatut, *RabelsZ* 70 (2006), 474; ferner *Th. Nitsche*, Konzernfolgeverantwortung nach *lex fori concursus*, 2007; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Rn. 35.30a.

9. Erlösverteilung, Rang der Forderungen und Rechte der Gläubiger nach Teilbefriedigung aus dinglichen Rechten oder in Folge einer Aufrechnung,

10. Voraussetzungen und Wirkungen einer Beendigung des Verfahrens insb. durch einen Vergleich oder Insolvenzplan,

11. Rechte der Gläubiger nach Beendigung des Verfahrens,

12. Kosten des Insolvenzverfahrens und

13. Voraussetzungen und Folgen anfechtbarer Rechtshandlungen, die Gläubiger benachteiligen.<sup>66</sup>

Kommt es also zur Eröffnung eines Hauptverfahrens, so richten sich alle diese Fragen hinsichtlich des gesamten (grundsätzlich weltweiten) Schuldnervermögens nach dem Recht des Staates des Hauptverfahrens. Der Insolvenzverwalter des Hauptverfahrens verwaltet und verwendet das gesamte dem Schuldner gehörende Vermögen, auch das Auslandsvermögen.<sup>67</sup> Werden Sekundärverfahren eröffnet, so richten sich alle diese Fragen territorial begrenzt auf den Staat des Sekundärverfahrens nach dem Recht dieses jeweiligen Staates, so dass die Einheitlichkeit des Verfahrens und der anwendbaren Rechte unterbrochen wird.<sup>68</sup> Da sich die materiellen Insolvenzrechte in den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten nach wie vor beträchtlich unterscheiden, könnte es je nach dem Staat, in dem das Hauptverfahren eröffnet wird, für beteiligte Gläubiger zu erheblichen Überraschungen und Rechtseinbußen kommen. Um dies zu verhindern, sehen die Art. 5 bis 15 EuInsVO für zahlreiche wichtige Bereiche Sonderanknüpfungen vor, die dem Vertrauen der Beteiligten auf ihre wohl erworbenen Rechte Rechnung tragen sollen.

<sup>66</sup> Hierzu näher *U. Huber*, Das für die anfechtbare Rechtshandlung maßgebende Recht, Festschrift für Heldrich, 2005, S. 695.

<sup>67</sup> *U. Haas*, Die Verwertung der im Ausland belegenen Insolvenzmasse im Anwendungsbereich der EuInsVO, Festschrift für Gerhardt, 2005, S. 319; *O. Rossbach*, Europäische Insolvenzverwalter in Deutschland, 2006, S. 167 ff..

<sup>68</sup> *Pannen*, Festschrift Gero Fischer, 2008, S. 403, 407/08.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

## b. Dingliche Rechte

Nach Art. 5 EuInsVO werden dingliche Rechte, die in anderen Mitgliedsstaaten belegen sind, von der Eröffnung eines Verfahrens in einem anderen Mitgliedsstaat „nicht berührt“. Die Regel will also dem gesicherten Gläubiger den Bestand der Sicherheit im Insolvenzfall garantieren.<sup>69</sup> Umstritten ist freilich, wie diese Art der „Unberührtheit“ zu verstehen ist. Befindet sich eine Sicherheit im Eröffnungsstaat, so unterliegt sie auch nach Art. 5 dem Insolvenzrecht des Eröffnungsstaates mit seinen Einschränkungen. Wird etwa gegen einen Schuldner in Deutschland ein Insolvenzverfahren eröffnet, so kann der Verwalter pfandrechtsähnliche Rechte verwerten und dabei Kostenbeiträge einbehalten (§§ 166 ff., 171 InsO). Befindet sich die Sicherheit in einem anderen Staat, so ist zweifelhaft, ob im Insolvenzverfahren nur das Sachenrecht des Sicherungsrechtsstatuts Anwendung findet oder ob dieses durch das in diesem Land geltende Insolvenzrecht zu ergänzen ist, so dass die Sicherheit gegebenenfalls landestypische Einschränkungen erfährt.<sup>70</sup> Nach wohl überwiegender Meinung in Deutschland wird die Formulierung „nicht berührt“ so verstanden, dass das dingliche Sicherungsrecht vom ausländischen Insolvenzverfahren völlig unangetastet bleiben muss. Dies erscheint mir freilich im Ergebnis als verfehlt, da das dingliche Sicherungsrecht damit gegebenenfalls größeren Schutz genießt als es im Fall einer Insolvenzeröffnung im Belegenheitsstaat genießen würde.<sup>71</sup> Dennoch greifen nach h. M. insolvenzrechtliche Beschränkungen nur, wenn im Lagestaat ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet wird und werden kann.

<sup>69</sup> Pannert/*Ingelmann*, Europäische Insolvenzverordnung, Art. 5 Rn. 1.

<sup>70</sup> Hierfür *Flessner*, Festschrift für Drobnig, 1998, S. 277, 282; *Haas*, Die Verwertung der im Ausland belegenen Vermögensmasse, Festschrift für Gerhardt, 2005, S. 319, 329.

<sup>71</sup> *Gottwald/Kolmann*, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 131 Rn. 31.

#### IV. Das UNCITRAL-Modellgesetz

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

Das UNCITRAL-Modellgesetz von 1997 strebt nicht nach regionaler oder gar weltweiter Rechtseinheit bei der Bewältigung grenzüberschreitender Insolvenzen. Es enthält weder einheitliche Regeln für das materielle Insolvenzrecht und das Insolvenzverfahren noch ein Insolvenzkollisionsrecht.<sup>72</sup> Weil sich die Insolvenzrechte der Staaten auch in internationalen Fällen unterscheiden, stellt es vielmehr Regeln dafür auf, dass und wie Verwalter und Gerichte praktisch zusammenarbeiten können und müssen, um reale grenzüberschreitende Fälle sinnvoll und effizient abwickeln zu können. Die vorgeschlagenen Lösungen sind sozusagen „aus der Praxis für die Praxis“ entwickelt worden und haben daher bereits eine beachtlich breite Aufnahme, nicht nur in Common law-Staaten gefunden. In den letzten Jahren haben Australien (2008), Kolumbien (2006), Eritrea (1998), Großbritannien (2006), Japan (2000),<sup>73</sup> Mauritius (2009), Mexiko (2000), Montenegro (2002), Neuseeland (2006), Polen (2003), Korea (2006), Rumänien (2003), Serbien (2004), Slowenien (2007), Südafrika (2000) und die Vereinigten Staaten von Amerika (2005)<sup>74</sup> die vorgeschlagenen Regeln in ihr nationales Recht übernommen.

Das Modellgesetz hat also deutlich weniger ehrgeizige Zielsetzungen als die EuInsVO und beschränkt sich darauf, Mindeststandards der Zusammenarbeit bei grenzüberschreitenden Insolvenzfällen aufzustellen.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> St. Kolmann, Kooperationsmodelle (Fn. 4), S. 416.

<sup>73</sup> Vgl. T. Mikami, Internationales Insolvenzrecht in Japan, in Gottwald, Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts, 2002, S. 327, 333 ff.

<sup>74</sup> Vgl. die durchgehende Gegenüberstellung des neuen Ch. 15 US Bankruptcy Code mit dem ML bei Hollander/Graham, UNCITRAL, in Pannen, EuInsVO, 2007, S. 703 ff. sowie J. Westbrook, Multinational Enterprises in General Default: The UNCITRAL Model Law and Related Regional Reform, in Gottwald: Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts, 2002, S. 259 ff.

<sup>75</sup> Westphal/Goetker/Wilkens, Grenzüberschreitende Insolvenzen, 2008, Rn. 1480; B. Wessels/B. Markell/J. Kilborn, International Cooperation (Fn. 14), S. 197 ff.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

## 1. Recht auf unmittelbaren Zugang zu Gericht

Ähnlich wie eine Reihe älterer Übereinkommen<sup>76</sup> sieht Art. 9 ML ein Recht ausländischer Verwalter auf unmittelbaren Zugang zu Gericht vor. Sinn dieser Regel ist nicht so sehr die Bekräftigung eines allgemeinen völkerrechtlichen Grundsatzes als dessen Konkretisierung, dass ein Verwalter sich direkt an ausländische Gerichte wenden kann, ohne diplomatische oder konsularische Hilfe seines Heimatstaates in Anspruch nehmen zu müssen.<sup>77</sup> Dieses Recht dient dazu, dass der Verwalter in einfacher Weise die Anerkennung seines Verfahrens betreiben (Art. 15 ML) und bis zur Entscheidung darüber vorläufigen Rechtsschutz nach Art. 19 ML erreichen kann. Da Common-Law-Staaten, insb. das amerikanische Recht zumindest teilweise aus der bloßen Antragstellung bereits eine vollständige Unterwerfung unter die inländische Gerichtsbarkeit abgeleitet haben, sieht Art. 10 ML ergänzend vor, dass Anträge des ausländischen Verwalters auf Anerkennung seines Verfahrens bzw. auf vorläufigen Rechtsschutz noch keine Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit des Anerkennungsstaates zur Folge haben. Ein wenig übertreibend wird insoweit auch von der „Regel des sicheren Geleits“ gesprochen.<sup>78</sup>

## 2. Anerkennung des ausländischen Verfahrens

### a. Anerkennungswirkung

Das europäische Zivilprozessrecht<sup>79</sup> und das europäische Insolvenzrecht<sup>80</sup> verstehen unter Anerkennung die (automati-

<sup>76</sup> Vgl. Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2007, § 4 Rn. 7.

<sup>77</sup> Pannen/Hollander/Graham, Europäische Insolvenzverordnung 2007, UNCITRAL Rn. 134; J. Westbrook (Fn. 74), S. 237, 249; Benning/Wehling, Das „Model Law on Cross-Border Insolvency“ der Vereinten, EnZW 1997, 618, 620.

<sup>78</sup> Vgl. Hollander/Graham UNCITRAL Rn. 141.

<sup>79</sup> Nagel/Gottwald, IZPR, 6. Aufl. 2007, § 11 Rn. 21.

<sup>80</sup> Gottwald/Kolmann, Ins.Hdb. 4. Aufl., § 133 Rn. 6, 12 ff.; Paulus, EuInsVO, 2006, Art. 17 Rn. 2.

sche) Wirkungserstreckung einer ausländischen Entscheidung auf das Gebiet des Anerkennungsstaates. Dieser Begriff liegt dem UNCITRAL-Modellgesetz nicht zugrunde. Anerkennung bedeutet hier vielmehr, dass das auf Antrag des Verwalters anerkannte ausländische Insolvenzverfahren im Inland ganz bestimmte in Art. 20 ML aufgeführte Wirkungen hat. Diese Wirkungen treten nicht automatisch ein, sondern sind erst Folge der Anerkennung auf Antrag des Verwalters, und sie treten ein, unabhängig davon, ob das ausländische Verfahren die gleichen Wirkungen hat oder nicht.<sup>81</sup> Nach Art. 20 Abs. 1 ML hat die Anerkennung zur Folge, dass

1. individuelle Gerichtsverfahren untersagt bzw. anhängige Verfahren, die das Vermögen des Schuldners betreffen ausgesetzt werden (sog. *automatic stay*),
2. die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners einstweilen eingestellt wird, und
3. der Schuldner nicht mehr über seine Vermögenswerte verfügen kann.

Umfang, Dauer und Reichweite all dieser Wirkungen im Einzelnen richten sich aber nach dem Insolvenzrecht des Anerkennungsstaates (Art. 20 Abs. 2 ML).<sup>82</sup> Sinn dieser Regelung ist die effektive Sicherung des Schuldnervermögens vor dem Zugriff durch die Gläubiger des Anerkennungsstaates und vor Manipulationen durch den Schuldner.<sup>83</sup>

Allerdings gilt dies nur, wenn das anerkannte Verfahren ein Hauptinsolvenzverfahren ist. Ein ausländisches Partiku-

<sup>81</sup> Vgl. St. Kolmann, Kooperationsmodelle (Fn. 4), S. 424 f.; Hollander/Graham, in Pannan, EuInsVO, UNCITRAL Rn. 167; FK-InsO/Wenner/Schuster, 5. Aufl. 2009, Anh. 5 nach § 358 Rn. 6 ff.; M. Haga, Europäisches Insolvenzrecht aus der Sicht von Drittstaaten, in Gottwald, Europäisches Insolvenzrecht - Kollektiver Rechtsschutz, 2008, S. 169, 193.

<sup>82</sup> Hollander/Graham, in Pannan, EuInsVO, UNCITRAL Rn. 216.

<sup>83</sup> Kolmann, Kooperationsmodelle, S. 425.



BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

lar- oder Sekundärverfahren kann zwar ebenfalls anerkannt werden, wenn der Schuldner eine Niederlassung im Eröffnungsstaat hat. In diesem Fall hat die Anerkennung aber keine festen Wirkungen, vielmehr kann das Gericht nach der Anerkennung durch Einzelanordnungen gem. Art. 21 und 22 ML dem ausländischen Verwalter Unterstützung zuteil werden lassen, soweit dieser etwa Informationen benötigt, die die Masse seines Verfahrens betreffen, oder soweit Vermögenswerte, die seiner Masse zuzuordnen sind, rechtswidrig in den Anerkennungsstaat verbracht wurden.<sup>84</sup>

#### b. Anforderungen an den Anerkennungsantrag

Wie gesagt ist die Anerkennung des ausländischen Verfahrens grundsätzlich Voraussetzung dafür, dass dem ausländischen Verwalter im Anerkennungsstaat Rechtsschutz gewährt wird. Damit diese Anerkennung rasch erfolgen kann, stellt Art. 15 Abs. 2 ML einfache zu erfüllende Mindestvoraussetzungen für die Einreichung von Unterlagen auf.<sup>85</sup> Der Verwalter muss eine beglaubigte Abschrift des ausländischen Eröffnungsbeschlusses und seiner Bestallung oder alternativ eine Bescheinigung über die Existenz des Verfahrens und seine Bestallung vorlegen. Es genügt aber auch jedes andere Beweismittel zu beiden Punkten. Der Verwalter kann selbstverständlich auch weitere Unterlagen vorlegen, so dass das Gericht besser beurteilen kann, ob es sich im Ausland um ein Hauptverfahren oder ein Partikularverfahren handelt.

Neben diesen Unterlagen soll der ausländische Verwalter das Gericht auch von anderen ihm bekannten Insolvenzverfahren über denselben Schuldner unterrichten (Art. 15 III ML). Soweit erforderlich kann das Gericht eine Übersetzung der vorgelegten Urkunden in eine der inländischen Amtssprachen verlangen (Art. 15 IV ML).

---

<sup>84</sup> Kolmann, S. 426.

<sup>85</sup> Hollander/Graham, UNCITRAL Rn. 173.

### c. Anerkennungsvoraussetzungen

Das UNCITRAL-Modellgesetz will erreichen, dass dem ausländischen Verwalter rasch inländische Hilfestellung zu Teil wird. Deshalb sind die Anerkennungsvoraussetzungen leicht zu erfüllen und bedürfen keiner aufwendigen Prüfung. Nach Art. 17 ML müssen dem Antrag die nötigen Unterlagen beigelegt sein, dass ausländische Verfahren muss ein Insolvenzverfahren sein und der Antragsteller ein ausländischer Insolvenzverwalter. Außerdem muss der Antrag bei dem zuständigen Gericht des Anerkennungsstaates gestellt sein. Nach Art. 16 ML darf das Gericht auch ohne Legalisierung davon ausgehen, dass die vorgelegten Urkunden echt sind und es sich bei dem Gericht, das sie ausgestellt hat, tatsächlich um ein Insolvenzgericht i. S. des Modellgesetzes handelt.<sup>86</sup>

Einziges Anerkennungshindernis ist danach letztlich der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 6 ML. Danach darf die Anerkennung nur verweigert werden, wenn ein Tätigwerden für den ausländischen Verwalter „offensichtlich“ im Widerspruch zur öffentlichen Ordnung des Anerkennungsstaates stünde.

Keine Voraussetzung der Anerkennung ist, dass der ausländische Eröffnungsbeschluss bereits rechtskräftig ist. Auch auf eine Gegenseitigkeit kommt es nicht an.<sup>87</sup>

Da das Modellgesetz für die Anerkennungswirkungen danach unterscheidet, ob das ausländische Verfahren ein Hauptverfahren oder ein Sekundärverfahren ist, muss letztlich auch dieser Punkt bei der Anerkennung überprüft werden.<sup>88</sup> Nach Art. 17 Abs. 2 lit. a ML wird das ausländische Verfahren als Hauptverfahren anerkannt, wenn es an dem „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners“ eröffnet wurde. Diese Anknüpfung deckt sich der Zuständigkeit in Art. 3 der EuInsVO ergänzend wird wie in Art. 3 nach Art. 16 Abs. 3 ML vermutet, dass der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen

<sup>86</sup> Kolmann, S. 429; Hollander/Graham UNCITRAL Rn. 180 meinen, die Vermutungen würden auch ohne Urkundenvorlage greifen..

<sup>87</sup> Hollander/Graham UNCITRAL Rn. 188.

<sup>88</sup> Vgl. Kolmann, S. 430 ff.; Hollander/Graham UNCITRAL Rn. 189 f.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

des Schuldners der satzungsmäßige Sitz ist. Der wesentliche Unterschied zum europäischen Recht liegt aber darin, dass das Anerkennungsgericht die Zuständigkeit des Eröffnungsgerichts überprüfen kann. Das Gericht soll so rasch wie möglich über den Anerkennungsantrag entscheiden (Art. 17 III ML) und kann seine Entscheidung grundsätzlich auch ändern oder aufheben, wenn sich ihre Unrichtigkeit herausstellt (Art. 17 IV ML).

Etwas komplizierter ist die Anerkennung eines ausländischen Partikularverfahrens geregelt. Ein solches Verfahren wird anerkannt, wenn der Schuldner in dem ausländischen Staat eine Niederlassung unterhält (Art. 2 lit. f, Art. 17 II lit. b ML).

Wird ein ausländisches Hauptverfahren anerkannt, so kann zusätzlich im Inland ein Partikularverfahren eröffnet werden, wenn der Schuldner Vermögen im Anerkennungsstaat hat (Art. 28 ML). Insoweit besteht eine gewisse Ungereimtheit, da dieses Partikularverfahren seinerseits in anderen Staaten nicht anerkannt werden muss, weil der Schuldner eben nur Vermögen und keine Niederlassung in dem Eröffnungsstaat hat.<sup>89</sup>

#### d. Sicherungsmaßnahmen

Obgleich die Anerkennungsprüfung letztlich rein formaler Art ist und deshalb rasch erfolgen kann, sieht Art. 19 ML ausdrücklich vor, dass der ausländische Verwalter ab Stellung des Anerkennungsantrags bis zum Zeitpunkt der Entscheidung darüber zur Sicherung des status quo einstweiligen Rechtsschutz beantragen kann,<sup>90</sup> insbesondere Einstellung der Zwangsvollstreckungen in das Vermögen des Schuldners, Beauftragung des Verwalters oder einer anderen Person mit der Verwaltung und Verwertung der in dem betreffenden Staat belegenen Insolvenzmasse, Ermächtigung zur Verfügung über und zur Belastung von Vermögenswerten des Schuldners, aber

<sup>89</sup> Vgl. Kolmann, S. 431; Hollander/Graham UNCITRAL Rn. 281; FK-InsO/Wenner/Schuster, Anh. 5 nach § 358 Rn. 13.

<sup>90</sup> Hollander/Graham UNCITRAL Rn. 203 ff., 205.

auch zur Vernehmung von Zeugen, Bereitstellung von Informationen über das Schuldnervermögen, zur die Aufnahme von Beweisen und schließlich jeden sonstigen Rechtsschutz, der einem Insolvenzverwalter im Anerkennungsstaat zur Verfügung steht (Art. 19 Abs. 1 ML). Bei der Gewährung solchen vorläufigen Rechtsschutzes soll das Gericht die Interessen der Gläubiger und anderer interessierter Personen einschließlich des Schuldners angemessen berücksichtigen (Art. 22 Abs. 1 ML). Die Sicherungsmaßnahmen können auch von besonderen Bedingungen abhängig gemacht werden (Art. 22 II ML).

Gibt es mehrere ausländische Verfahren, deren Anerkennung beantragt worden ist, so hat das ausländische Hauptverfahren Vorrang (Art. 30 lit. a ML). Das Anerkennungsgericht hat eine Zusammenarbeit und Abstimmung mit den ausländischen Gerichten und ausländischen Verwaltern anzustreben.

#### **e. Die Anerkennungswirkungen nach dem Modellgesetz**

Sofern nicht bereits ein inländischen Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet worden ist (vgl. Art. 29 lit. a ii ML), hat die Anerkennung eines ausländischen Verfahrens als Hauptverfahren zwingend die in Art. 20 Abs. 1 vorgesehenen Wirkungen:

1. Anerkannt wird der ausländische Insolvenzbeschluss, d. h. der Schuldner verliert die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen (Art. 20 I lit. c),
2. die Zwangsvollstreckung gegen das Vermögen des Schuldners wird einstweiligen eingestellt (Art. 20 I lit. b) und
3. anhängige Rechtsstreitigkeiten werden ebenfalls einstweilen unterbrochen (Art. 20 I lit. a).

Die wichtigste Wirkung ist also die Anerkennung des Insolvenzbeschlages. Wird im Ausland ein Verfahren mit Eigenverwaltung eröffnet oder handelt es sich bei dem Hauptverfahren noch um ein vorläufiges Verfahren, bei dem den Schuldner die

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

Verfügungsbefugnis noch nicht entzogen wurde, so kann ein überschießende Wirkung im Anerkennungsstaat dadurch vermieden werden, dass das anerkennende Gericht die Reichweite der Anerkennung gem. Art. 20 II ML anderweitig bestimmt.<sup>91</sup>

Solange im Anerkennungsstaat nicht ein eigenes Insolvenzverfahren gegen den Schuldner eröffnet wird, richtet sich die Abwicklung des Vermögens des Schuldners aber nicht nach dem Recht des ausländischen Staates, dessen Verfahren anerkannt worden ist, vielmehr kann das Gericht nach Art. 21 und 22 ML jeden geeigneten Rechtsschutz gewähren. In Art. 21 Abs. 1 ML sind vor allem Dingen Maßnahmen der Massesicherung vorgesehen, aber auch die Masseverwaltung und Verwertung des im Inland belegenen Schuldner Vermögens durch den ausländischen Verwalter oder eine andere vom Gericht bestimmte Person (Art. 21 I lit. e ML). Konsequenterweise kann dann auch eine Verteilung des erzielten Erlöses angeordnet werden, wobei die Interessen der Gläubiger im Anerkennungsstaat angemessen zu schützen sind (Art. 21 II ML).

Ergänzend sieht Art. 23 ML vor, dass der ausländische Verwalter berechtigt ist Anfechtungsklagen zu erheben und das der im Verfahren bei denen der Schuldner Partei ist und die nicht ausgesetzt wurden, intervenieren kann (Art. 24 ML).

#### f. Eröffnung eines inländischen Verfahrens

Die Anerkennung eines ausländischen Hauptverfahrens hindert nicht die nachträgliche Eröffnung eines inländischen Partikularverfahrens, beschränkt auf das im Inland belegene Vermögen (Art. 28 ML). An diesem Verfahren dürfen sich ausländische Gläubiger mit den gleichen Rechten wie inländische beteiligen (Art. 13 ML). Allerdings müssen ausländische Gläubiger nur nichtbevorrechtigten inländischen Gläubigern gleichgestellt werden (Art. 13 II ML), besondere Vorrechte müssen

<sup>91</sup> Vgl. Kolmann, S. 437 f.; Hollander/Graham UNCITRAL Rn. 216; J. Westbrook (Fn. 74), S. 251. Dies übersehen FK-InsO/Wenner/Schuster, 5. Aufl. nach § 358 Rn. 9.

also nicht anerkannt werden.<sup>92</sup> Wird nachträglich ein Inlandsverfahren eröffnet, so müssen Unterstützungsmaßnahmen für das ausländische Verfahren ggf. geändert, eingeschränkt oder aufgehoben werden (Art. 29 lit. e ML). Im übrigen hat das Gericht für eine Zusammenarbeit mit ausländischen Gerichten und Verwaltern und für eine Abstimmung der erforderlichen Schritte zu sorgen (Art. 29 lit. a ML).

### 3. Zusammenarbeit zwischen Insolvenzgerichten und Insolvenzverwaltern

Das Modellgesetz kennt, wie gesagt, keine Wirkungserstreckung, sondern sieht in großem Umfang Unterstützungsmaßnahmen für ein ausländisches Verfahren nach den Bedürfnissen des Einzelfalls vor. Konsequenterweise gebietet das Modellgesetz jedem Insolvenzgericht so eng wie möglich mit den ausländischen Gerichten oder ausländischen Verwaltern zusammenzuarbeiten (Art. 25 I ML). Diese Zusammenarbeit kann unmittelbar oder über den zuständigen Verwalter erfolgen.<sup>93</sup> Das Gericht kann mit ausländischen Gerichten oder Verwaltern unmittelbar verkehren und unmittelbar Informationen oder Unterstützung von ihnen anfordern (Art. 25 II ML). Die Zusammenarbeit kann auf jede geeignete Weise erfolgen, unterliegt also dem pflichtgemäßen Ermessen der Beteiligten.<sup>94</sup> Art. 27 ML sieht im Einzelnen vor, dass das Gericht Hilfspersonen bestellen kann, Informationen übermitteln, die Verwaltung und Überwachung des Schuldnervermögens koordinieren kann, gleichzeitig anhängige Verfahren gegen denselben Schuldner abstimmen und gerichtliche Vereinbarungen billigen oder bei der Umsetzung helfen kann. Bei den in Art. 27 lit. d ML genannten Vereinbarungen handelt es sich um die sog. protocols, deren möglichen Inhalte in den Notes on Cooperation vom 13. März 2009, die Grundlage des beschlossenen Practice Guides sein sollen im Einzelnen aufgeführt sind. Nach Nr. III

<sup>92</sup> Vgl. Kolmann, S. 449; Hollander/Graham UNCITRAL Rn. 156.

<sup>93</sup> M. Hortig, Kooperation von Insolvenzverwaltern, 2008, S. 75 ff.

<sup>94</sup> Kolmann, S. 454.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

Rn. 1-190 der UNCITRAL Notes on Cooperation können solche „Cross-Border Agreements“ sämtliche denkbaren Fragen regeln, die bei der Abwicklung eines grenzüberschreitenden Insolvenzverfahrens anfallen.<sup>95</sup> Ob solche Vereinbarungen der Zustimmung bzw. Genehmigung der Insolvenzgerichte bedürfen, wird nicht darin festgelegt, sondern richtet sich nach dem Recht der beteiligten Staaten.

#### 4. Weitere UNCITRAL-Regelwerke

UNCITRAL hat sich mit Verabschiedung des Modellgesetzes aber nicht aus dem internationalen Insolvenzrecht verabschiedet. 2004 hat es, wie schon eingangs erwähnt, einen „Legislative Guide on Insolvency Law“ vorgelegt. Dieser Leitfaden enthält auf 400 Seiten umfassende Vorschläge und Empfehlungen an den nationalen Gesetzgeber, wie ein modernes, effektives Insolvenzrecht aussehen kann. Für grenzüberschreitende Insolvenzen wird die Übernahme des UNCITRAL-Modellgesetzes empfohlen (recommendation 5).

Und zum 1. 7. 2009 hat die Kommission den „Practice Guide“ über die Zusammenarbeit, Nachrichtenübermittlung und Koordination von grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren verabschiedet, in dem in Einzelnen ausgeführt wird, wie grenzüberschreitende Vereinbarungen (sog. „protocols“) aussehen könnten, wie die Übermittlung von Informationen erfolgen und wie Verwaltung und Überwachung der Insolvenzabwicklung koordiniert werden kann.

Die Verabschiedung eines weiteren Regelwerks über die Behandlung von Konzernen in der Insolvenz steht ebenfalls bevor. Aufgrund der praktischen Bedeutung arbeitet UNCITRAL auch an Regeln über die Behandlung von Sicherheiten an Immaterialgüterrechten wie Patenten, Warenzeichen usf...

<sup>95</sup> Zur Wirkungsweise der protocols s. *M. Hortig*, S. 217 ff.; *Taylor*, Protokolle - Individuelle Vereinbarungen bei grenzüberschreitenden Insolvenzen, in *Pannen, EulnsVO*, S. 691 ff.

## V. Ergebnis des Überblicks

Mit diesem Hinweis auf noch ausstehende Reformen möchte ich meinen Überblick über das derzeit für Europa relevante internationale Insolvenzrecht abschließen.

Wie gezeigt, bestehen zwei miteinander konkurrierende Systeme, die sich aber durchaus gegenseitig ergänzen können.

Das System der Europäischen Insolvenzverordnung, dem das autonome deutsche Recht synchron entspricht, verwirklicht eine einheitliche Verfahrensordnung und stellt einheitliche Kollisionsregeln für die Behandlung internationaler Insolvenzen auf. Die damit erreichte universale Wirkung eines Hauptinsolvenzverfahrens hat den großen Vorteil der Einfachheit und Klarheit; sie kommt grundsätzlich ohne administrative oder gerichtliche Unterstützungsmaßnahmen aus. Ein gewisse Schwierigkeit dieses Systems liegt darin, dass es zu einem Wettlauf um das „einfachste“ Insolvenzverfahren und materielle Insolvenzrecht kommt, insbesondere da das erste eröffnete Hauptverfahren grundsätzlich vorbehaltlos zu respektieren ist. Ein derartiges System kann nur funktionieren, wenn zwischen den beteiligten Staaten wirklich gegenseitige Rücksichtnahme besteht und Auswüchse bekämpft werden können. Dazu kann einerseits ein Sekundärverfahren am Sitz einer Niederlassung eröffnet werden, dessen Masse dann dem unmittelbaren Einfluss des Hauptverwalters entzogen ist, andererseits besteht mit dem Europäischen Gerichtshof eine Instanz, die durch autoritative Auslegungsvorgaben erreichen kann, dass die Einheit und Wirksamkeit des Systems gewahrt bleibt.

Das UNCITRAL-Modellgesetz geht dagegen davon aus, dass zwischen den Staaten verschiedener politischer Blöcke nicht unbedingt volles Vertrauen herrscht, andererseits aber aufgrund der wirtschaftlichen Verflechtungen die Notwendigkeit einer verstärkten, möglichst einfachen unmittelbaren Zusammenarbeit in Insolvenzfragen besteht. Aus diesem Grund sieht das Modellgesetz vor, dass ein nationales Gericht einem ausländischen Verwalter auf Antrag jede notwendige Hilfestellung in möglichst einfacher, unbürokratischer Form

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD



BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

gewähren kann. Auch insoweit wird zwischen der Hilfe für ein Hauptverfahren und ein Sekundärverfahren differenziert. Eine Zusammenarbeit auf der Grundlage der Notwendigkeit des Einzelfalls führt dazu, dass den beteiligten Gerichten und Verwaltern zumindest formal ein größeres Ermessen eingeräumt ist und damit die Notwendigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit besteht. Damit die Spielregeln für diese Zusammenarbeit nicht in jedem Einzelfall erst neu erfunden werden müssen, hat UNCITRAL die bisherigen Erfahrungen zusammengetragen und in dem Practice Guide vom 1. 7. 2009 im Einzelnen niedergelegt, wie grenzüberschreitende Verwalterverträge, sog. protocols, aussehen können.

Beim gegenwärtigen Stand des internationalen Insolvenzrechts und der derzeitigen Wirtschaftsböcke, ist man wahrscheinlich gut beraten, beide Modelle zu kombinieren.<sup>96</sup>

Da die Türkei eine Vollmitgliedschaft in der Europäischen Union anstrebt, ist sicher unabdingbar, dass ihr internationales Insolvenzrecht gegenüber den EU-Staaten den Grundregeln und dem Standard der europäischen Insolvenzverordnung entspricht. Andererseits besteht die Notwendigkeit der Zusammenarbeit mit anderen Staaten, mit denen größere Handelsbeziehungen bestehen, insbesondere Japan und den USA, sinnvoll zu regeln. Das deutsche Recht hat sich bisher damit beholfen, die Zusammenarbeit auf der Grundlage des eigenen Systems flexibel zu gestalten. Gerichte und Insolvenzverwalter tun sich aber gewiss leichter, wenn insoweit gesetzliche Leitlinien für die Zusammenarbeit bestehen, so dass eine zusätzliche Umsetzung des UNCITRAL-Modellgesetzes wie in Großbritannien, Polen und Slowenien durchaus von Vorteil sein kann.

---

<sup>96</sup> Hierfür J. Westbrook (Fn. 74), S. 237, 276 ff.; Fletcher, *International Insolvency in Transformation: United Kingdom Perspectives on Implementation of the European Union Regulation on Insolvency Proceedings*, in Gottwald, *Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrecht*, 2002, S. 279, S. 325 f.

Das internationale Insolvenzrecht ist derzeit insgesamt noch im Fluss. Regeln für ein internationales Konzerninsolvenzrecht stehen kurz vor der Verabschiedung.<sup>97</sup> Über Regeln für die internationale Behandlung von Sicherheiten, insbesondere bei Immaterialgüterrechten wird noch beraten.<sup>98</sup>

Insgesamt kann aber erfreulicherweise festgestellt werden, dass das internationale Insolvenzrecht in den letzten Jahrzehnten derart ausgebaut wurde, dass auch grenzüberschreitende Insolvenzen größeren Ausmaßes einigermaßen sachgerecht bewältigt werden können.

---

<sup>97</sup> Report of Working Group V (Insolvency Law), UN General Assembly, 2 Dec 2008, A/CN.9/666 para. 23-111.

<sup>98</sup> Ebda (Fn. 97), para. 112-117.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD**

(Regensburg Üniversitesi)

## **ULUSLARARASI İFLAS HUKUKUNUN KONUMU VE PROBLEMLERİ\***

### **I. Konumu ve Anlamı**

Son 10 yılda ekonominin küreselleşmesi arttı. Bununla birlikte eski sanayi ülkelerindeki yapısal değişiklikler ve ayrıca ekonomik girdaplar, son iki yılda ekonomi piyasalarındaki krizlerin son sonucu değildir. Bütün bu gelişmeler önceki yıllara nazaran uluslararası iflasların önemli ölçüde sık olmalarına da neden oldu.<sup>1</sup>

Bunun üzerine Avrupa Topluluğu iflas usulü hakkında 1346 / 2000 sayılı 29 Mayıs 2000 tarihli (31 Mayıs 2002'den beri

PETER  
GOTTWALD'IN  
TEBLİĞİ

\* Çev.: Dr. Nedim Meriç, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Zur Lage bis 1996 s. *Gottwald*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, 1997.

PETER  
GOTTWALD'IN  
TEBLİĞİ

yürürlükte)<sup>2</sup> Tüzük ile Avrupa Topluluğu ülkelerinde ortak bir iflas usulünü<sup>3</sup> düzenlediler. Bu Tüzük etkin ve kendi ölçüsünde uluslararası iflas hukukuyla daha evvel hiç görülmemiş şekilde meşgul oldu. Avrupa Topluluğu Tüzüğü ile karşılaştırılma yapılıncaya karşımıza uluslararası ticaret hukuku alanında Birleşmiş Milletler Komisyonu'nun 30 Mayıs 1997 tarihli uluslararası iflasa ilişkin Model Kanun bulunmakta.<sup>4</sup> Bu Model Kanun uluslararası iflasta dünya çapında ortak bir çalışmanın yapılmasına yönelik temel esasları ortaya koymak ve bu yolla adil ve etkin bir iflas usulünün sağlanmasını hedeflemişti.<sup>5</sup> Bu Kanun, 25 Haziran 2004<sup>6</sup> tarihli uluslararası iflas hakkında Legislative Guide ve 1 Temmuz 2009 tarihli uluslararası iflasta işbirliğine ilişkin Practice Guide ile tamamlanmıştır.<sup>7</sup>

Türkiye ile Almanya arasında 5.6.1990 tarihinde<sup>8</sup> imzalanan İflasın Belirli Uluslararası Bakış Açısı Hakkında İstanbul Avrupa Konseyi Anlaşması, zengin ve geniş içeriğe sahip Avrupa İflas Tüzüğü'nün sayalaşmasından beri gelecek şansına sahip olamadı, ki ben bundan daha fazla yakınlaşmaya gidilmesini istemiyorum.

Bunun dışında uluslararası iflasın etkin tasfiyesine ilişkin çok sayıda uluslararası kurallar bulunmakta, örn, Nisan 2001

<sup>2</sup> ABI EG L 160/1 vom 30. 06. 2000. Zur Vorgeschichte s. B. *Kompat*, Die neue Europäische Insolvenzordnung, 2006, S. 30 ff.

<sup>3</sup> Zu deren Abgrenzung s. Art. 1, 2 lit. a EuInsVO mit Anhang A; vgl. *Bariatti*, Recent Case-Law Concerning Jurisdiction and the Recognition of Judgments under the European Insolvency Regulation, *RebelsZ* 73 (2009), 629, 631 ff.

<sup>4</sup> Kommentiert von *Hollander/Graham*, in Pannen, Europäische Insolvenzordnung, 2007, S. 703.

<sup>5</sup> *St. Kolmann*, Kooperationsmodelle im internationalen Insolvenzrecht, 2001, S. 413 ff.

<sup>6</sup> UN General Assembly A/59/17, S. 21.

<sup>7</sup> Der Interimtext besteht aus den UNCITRAL Notes on Cooperation, Communication and Coordination in Cross-Border Insolvency Proceedings vom 13. 3. 2009, AC/N.9/WG.V/WP.86.

<sup>8</sup> Abgedruckt in I. L. M. 30 (1991), 165. Zur näheren Information s. *St. Kolmann*, Kooperationsmodelle, S. 63 ff.

tarifli<sup>9</sup> Dünya Bankası İlkeleri, Haziran 2001 tarihli<sup>10</sup> uluslararası olaylarda Court-to-Court Communications için Amerikan Temel Esasları, 2000 tarihli<sup>11</sup> uluslararası iflasta Nafta Ülkeleri Arasındaki ortak Çalışma için ALI Prensipleri, son olarak ALI ve Uluslararası İflas Enstitüsünün ortak çalışmasına dayanan<sup>12</sup> 17 Haziran 2009 tarihli Uluslararası İflasa İlişkin Evrensel İlkeler ya da 1999 tarihli Afrikanische Uniform Act Organizing Collective Proceedings for Wiping off Debts.<sup>13</sup> Bu kurallar uluslararası iflas olaylarında iletişim ve işbirliği için Mayıs 2007 tarihli INSOL'ün özel çalışmasına dayanan Tüzüğü ile tamamlanmıştır.<sup>14</sup>

Bütün bu kurallar EuInsVO (Avrupa İflas Tüzüğü) ve UNCITRAL Model Kanun gibi benzer düzenlemeleri içermekte ve farklı ulusların iflas idarelerinin ortak çalışmalarına yönelik pratik sorunların detaylarına girmektedir. Bu kurallar uluslararası iflasın yerine getirilmesi için somut ve gerçekte adil olan düzenlemelere uygulamanın büyük ilgisini göstermiştir.

Bütün bunların hepsi birlikte ele alınunca sonuç olarak son yıllarda kuvvetli bir şekilde ortaya çıkmış bir hukuk alanının olduğu söylenebilecektir ki, bu hukuk alanı uluslararası iflas hukukudur.

## II. Uluslararası İflasın İlkeleri

### 1. Evrensellik İlkesi

Maddi hukukumuz halen geniş ölçüde ulusallığı temel olarak şekillenmiştir. Uluslararası iflasın tasfiyesi için, borçlu-

<sup>9</sup> Abgedruckt in B. Wessels, Cross-Border Insolvency Law, International Instruments and Commentary, 2007, S. 59.

<sup>10</sup> Abgedruckt in Wessels, S. 753 (deutsch in KTS 2005, 121).

<sup>11</sup> Vgl. J. Westbrook, Principles of cooperation among the NAFTA countries, 2003.

<sup>12</sup> J. Fletcher hat 2008 Draft General Principles in Berlin, B. Wessels 2009 die endgültigen Prinzipien in New York vorgelegt.

<sup>13</sup> Abgedruckt in Wessels, S. 983.

<sup>14</sup> Abgedruckt in Wessels/Virgós, European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency, 2007, S. 5.

nun dünyaya yayılan malvarlığının sadece tek bir tasfiye ile etkili ve pratik çözümlere ulaşılacağı düşüncesi uzun zamandan beri kendisini kabul ettirmiştir. Çoğu ulusal hukuk düzeni ile Avrupa hukuku, borçluya karşı açılan asıl iflas usulünün esas olarak borçlunun dünyada bulunan bütün malvarlığını kapsadığını öngörmektedir (Evresellik esası), böylece borçlu malvarlığı tek bir düzene göre ya tasfiye edilecek ya da borçlu kurtarılacaktır.<sup>15</sup> Karşıt olan ülkesellik ilkesi için ise (ki bu ilkeye göre ulusal bir iflas usulünün etkisi iflasın açıldığı ülke ile sınırlıdır) günümüzde kimse arka çıkmamaktadır.

Elbette ulusal hukuk düzenlemeleri arasında alacaklıların eşitliği, özellikle bazı alacaklı gruplarının imtiyazlı olması vs., bakımından önemli farklılıklar olduğu gibi, ayrıca ulusal alacaklının yabancı alacaklıdan korunmasına ilişkin de farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle Avrupa İflas Tüzüğü açıkça ve UNCITRAL Model Kanun özüyle ikinci derece ulusal bir tasfiye usulünün açılışını kabul etmektedir. Avrupa İflas Tüzüğü'ne göre borçlu ilgili üye ülkede yerleşim yerine sahip olmalıdır (Art. 2 lit. h, 3 II, 27 EuInsVO)<sup>16</sup>. UNCITRAL Model Kanun'a göre ise borçlunun ilgili ülkede malvarlığının olması yeterlidir.<sup>17</sup> Asıl iflas yargılaması uluslararası, dünya çapında etkilere sahip olduğunca ikincil ya da kısmi usulün açılması durumunda *sınırlayan ülkesellik ilkesinden* bahsedilecektir.

<sup>15</sup> R. Geimer, Intern. Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. 3382 ff.; Kindler, in MünchKommBGB, Bd. 11, 4. Aufl. 2006, Internationales Insolvenzrecht Einl. Rn. 4 ff.; St. Smid, Praxishandbuch Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2007, § 1 Rn. 98 ff., § 36 Rn. 2; P. Gottwald, Internationales Insolvenzrecht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. III, 2000, S. 819 ff.

<sup>16</sup> Vgl. K. Wimmer, Die Besonderheiten von Sekundärinsolvenzverfahren unter Berücksichtigung des Europäischen Insolvenzübereinkommens, ZIP 1998, 982.

<sup>17</sup> B. Wessels/B. Markell/J. Kilborn, International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters, 2009, S. 40 ff., 67; Pannen/Riedemann, EuInsVO, 2007, Rn. 34 f.; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 35.08 ff.

## 2. Yabancı İflas Usûlünün Tanınması

a. Evrensellik ilkesinin tamamlayıcı parçası, borçlunun yerleşim yerinde açılan iflas usûlünün bütün diğer ülkelerde tanınmasıdır. İdeal olan bu tanınmanın otomatik gerçekleşmesi, yani asıl usulün kendiliğinden diğer bütün ülkelerde etki doğurmasıdır (kamu düzenine ilişkin aykırılıklar saklı kalmak kaydıyla, Art. 26 EuInsVO, § 343 I 2 Nr. 2 d InsO). Benzeri bir düzenleme Avrupa Birliği üye ülkelerindeki usuller için EuInsVO'nun 16. paragrafında ve bağımsız Alman Hukuku için InsO (Alman İflas Kanunu) paragraf 343 I'de bulunmaktadır.<sup>18</sup> Politik sıkı ilişkilerin olduğu ülkeler dışında yabancı iflas usûlünün tanınmasına ilişkin esaslar çoğu kez değişikliğe uğratarak düzenlendi. Bir ülke içinde yetkilerini kullanmak isteyen yabancı idarenin konumu, resmi olarak tanınmak zorundadır (bkz. Art. 15 UNCITRAL Model Kanun). İdare yabancı hükmü icra etmek isterse, her zaman için bir icra edilebilirlik açıklamasına ihtiyaç duyacaktır. Avrupa Birliği'nde bu, EuInsVO paragraf 38 vd.'na göre basit karar yargılaması usulüyle temin edilmektedir. Üçüncü ülkelerin hükümleri Almanya'da normal yargılama usulünde çok şekli kurallarla icra edilebilir olarak açıklanmaktadır (§ 353 InsO iVm. §§ 722, 723 ZPO).

b. UNCITRAL-Model Kanun basit ve hızlı bir tanıma yargılamasını zorunlu olarak öngörmektedir. Model Kanun paragraf 15'e göre yabancı idare, ilk yargılamanın açıldığını ve kendisinin bu göreve atandığını resmi olarak ispat etmekle yabancı bir ülkede kendi usulünün tanınmasını isteyebilir. Daha tanıma talebinin verilmesinden itibaren UNCITRAL Model Kanun paragraf 15'e göre yabancı idare borçlunun mallarının muhafazası için ve alacaklıların menfaati varsa, cebri icra tedbirlerinin düzenlenmesini içeren ve geçici bir idareyi mümkün kılan geçici hukuki koruma talep edebilir.

Avrupa ve bağımsız Alman hukuklarına göre, benzer bir talep ve düzenlemeye kesinlikle ihtiyaç duyulmaksızın yaban-

<sup>18</sup> Vgl. P. Gottwald (Fn. 15), S. 819, 822 ff.

PETER  
GOTTWALD'IN  
TEBLİĞİ

cı asıl iflas yargılama etkilerini Almanya'da kendiliğinden doğuracaktır. En azından benzer düzenlemelerin olması, ülke hukuku için güvenliğe ve şeffaflığa hizmet etmektedir, çünkü kısmen ülke içinde anlaşılabilen bir dille üçüncü bir ülkenin iflas mahkemeleri tarafından çıkarılan tasarrufların ülke içine etkisi kesinlikle kendiliğinden olamamaktadır.

### 3. Eşit Tatmin Edilme İlkesi

İflas usulü için cebri icranın aksine tipik olan şey, sadece bir alacaklının ya da bir alacaklı grubunun tatmin edilmesi olmayıp, bilakis alacağı için başvurmuş olan bütün alacaklıların eşit orantılarda tasfiyede tatmin edilmesi amacıyla mevcut malvarlığına el konulmasıdır (*per conditio creditorum*). Ülke vatan-daşı ile yabancıya böylece eşit davranıldı.<sup>19</sup> Ama bütün alacaklıların aynı sırada tatmin edilmek zorunda oldukları ya da bazı alacaklı gruplarına rüçhan hakkı tanınıp tanınmadığı ve tanındıysa hangi kapsamda tanındığı konusunda birbirlerinin aynı olan düzenlemeler şimdiye kadar oluşturulmadı. Eşit tatmin için ideal olan herhalde bütün alacaklılardan uluslararası bir zarar-zıyan grubu oluşturulmasıdır. Gerçekte de birçok hukuk düzeninde vergiden dolağı maliye alacağı için, sosyal güvenlik primleri için ücret alacakları ve benzerleri için iflasın öncesine ilişkin olduğu gibi sonrasına ilişkin de rüçhan hakları bulunmaktadır. Alman Hukuku 1999'da benzer rüçhan haklarını kaldırdı, ama sıra ayırımı yapmayan iflas henüz daha uluslararası yürürlükteki hukuk olmadı.

### 4. Ulusal İkinci Usulün Caiz Olması

Eşit davranmanın sınırları, bazı ülkelerde ulusal ikincil yargılamanın açıldığı ve bu yargılamada ya alacaklıların alacaklarının bir kısmı için başvurduğu ya da ulusal rüçhan haklarını ileri sürdüğü durumlarda ortaya çıkmaktadır (vgl. Art. 3 IV

<sup>19</sup> R. Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. 3379.



EuInsVO).<sup>20</sup> Asıl yargılamadaki paylaştırmada az bir alacak oranı elde etmiş olan alacaklının ikinci yargılamada elde ettiği şeyleri alıkoymasına ayrıca kabul edilebilir. Zarar-zıyan grubu prensibi ama ikincil usulde elde edilen tatmini (ödemeyi) asıl usuldeki tatmine mahsup edilmesi zorunluluğunu da öngörmektedir. Alacaklı eğer asıl usulde yüksek bir paya ulaşmışsa orada ilk olarak bir şeyler elde edecektir (§ 342 II 2 InsO).

### 5. Yeniden Yapılandırma İçin Açıklık

Bu arada iflas usulünün sadece borçlu malvarlığının tasfiyesine hizmete etmeyip, mümkünse aynı zamanda borçlunun kurtarılmasına veya ıslahına da olanak verdiği uluslararası genel kabul görmektedir. Ulusal bir yargılamanın açık bir amaç için var olup olmadığı veya daha fazla bir alternatif oluşturup oluşturmadığı ikincil bir sorundur. Önemli olan, bir usulden diğer bir usule geçişin mümkün olması ve asıl usuldeki ekonomik yolların ikincil usulde de mümkün olarak kabul edilmesidir.

### III. Avrupa İflas Hukuku

31 Mayıs 2002'de yürürlüğe girdiğinden beri Avrupa İflas Tüzüğü, Avrupa Birliği içinde uluslararası olaylar için iflasın gerçekleştirilmesi önemli ölçüde kolaylaştırıldı. Bu, eski Avrupa iflas hukukunun temel tek bir kanunu olabilmeye<sup>21</sup> ilişkin umutları yeşertti.<sup>22</sup> Daha evvel üye ülkelerden bir kısmında katı bir ülkesellik ilkesinin geçerli olduğu ve yabancı iflas yargılamasının tanınmadığı ayrıca unutulmamalıdır.

Bununla birlikte Avrupa İflas Tüzüğü, kapsamlı tek bir Avrupa iflas hukukunu içermemektedir. Paragraf 1 I anlamı çerçevesinde bütün bir usul için bu Tüzük, daha ziyade asıl usul

<sup>20</sup> Vgl. P. Gottwald (Fn. 15), S. 819.

<sup>21</sup> P. Mankowski NZI 2009, 571 (Anmerkung zu EuGH, 2. 07. 09, C-111/08, Alpenblume).

<sup>22</sup> E. Ricci, New trends in insolvency proceedings, in Pellegrini Grinover/Calmon, Direito processual comparado, 2007, S. 267, 281.

ve ikincil usulün açılması ve hatta asıl ve ikincil idareler arasında, usullerin etkilerinin genişlemesi<sup>23</sup> adına üye ülkelerdeki her bir yargılamanın tanınması ve ayrıca iflas yargılamasında ortaya çıkan hukuki sorunların devletler özel hukukundaki çözümlere dair ortak çalışma için uluslararası yetkiyi düzenlemektedir. Ancak uluslararası yetkini ve devletlerarası iflas hukukunun tek bir yönde standartlaşması, doğrudan ulusal iflas hukukuyla rekabete ve doğrudan, en azından *a la longue*, maddi iflas hukukunun düzeltilmesine yol açtı.

Şimdi, Avrupa hukuku ile daha yakın ilgilenelim.

### 1. Birden Fazla Yetkinin Azaltılması

İflas Tüzüğü'nü hazırlayanlar üye ülkelerin maddi hukuklarındaki önemli farklılıkları tanıdılar. EuInsVO'nun paragraf 3'te tek bir yetkiye ilişkin düzenleme ile uluslararası iflas için yetkili olan yerlerin azaltılmasını istediler.<sup>24</sup> Avrupa İflas Tüzüğü'nün gerekçesinde bu düşünce açıkça, iç hukukun düzgün işletilmesindeki menfaat adına, taraflar için daha avantajlı olan bir üye ülkedeki borçlu malvarlığının ya da çekişmenin başka bir üye ülkeye taşınarak bu yolla daha iyi bir hukuki durum elde edilmesinin önlenmesi olarak ifade ve tespit edilmiştir.

Gerçi EuGH, Avrupa Birliği'ne üye bir ülkenin iflas mahkemesinin kendi uluslararası yetkisini incelemek zorunda olduğu ve fakat buna ilişkin varılan sonucun bir başka üye ülke-

<sup>23</sup> J. Schmittmann/Th. Hesselmann, Die internationale Zuständigkeit und Wirkungserstreckung in der EuInsVO unter besonderer Berücksichtigung von Kompetenzkonflikten, ZInsO 2008, 967; Rauscher/Mäsch, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Einl. EG-InsVO Rn. 3.

<sup>24</sup> P. Huber, Probleme der Internationalen Zuständigkeit und des forum shopping aus deutscher Sicht, in Gottwald, Europäisches Insolvenzrecht – Kollektiver Rechtsschutz, 2008, S. 1, 3; M. de Cristofaro, Probleme der internationalen Zuständigkeit und des forum shopping aus ausländischer Sicht, ebda, S. 39 ff.

de tartışılmayacağı ve böylelikle bu sınır içinde mahkemelere başvuru ve forum shopping imkânının olacağına karar verdi.<sup>25</sup>

## 2. Esas Menfaat Merkezinde Asıl İflas Usulü

Tüzük, asıl iflas usulünde yetkili yer olarak borçlunun esas menfaatinin bulunduğu merkezi düzenlemektedir. Bu usul, borçlunun bütün malvarlığını içermek şeklindeki evrensel bir amacı taşımaktadır. Bu düzenleme, asıl idarenin veya asıl idarenin yerleşim yerinin bulunduğu yere bağlanmayı öngören uluslararası anlayış ile bağlantı noktası olarak tüzüğe (sicile) bağlı yerleşim yerini benimseyen Common Law arasında bir uyum sağlanarak oluşturuldu. EuInsVO paragraf 3, fıkra 1 cümle 2, borçlunun esas menfaat merkezine bağlılığı öngörmektedir. Bu yoruma göre, borçlunun işlerini olağan olarak idare ettiği yer, esas menfaat merkezi olmalı ve böylece bu yer üçüncü kişi için de tespit edilebilir Diğer taraftan paragraf 3 fıkra 1 2. cümleye (EuInsVO) göre şirketlerde ve tüzel kişiliklerde aksi ispat edilene kadar, esas menfaat merkezi yeri olarak, onların sicile göre yerleşim yerleri olan yer kabul edilmelidir. Farklı anlayışların bu uzlaşısı, bu arada EuGH içtihatları ile de kısmen bağdaştırılmış olan birbirinden farklı yorumlara neden oldu.<sup>26</sup>

Sicilde gösterilen yere bağlılık, borçlunun sadece posta kutusunun bulunduğu bir ülkede iflas usulünün yapılabilmesine neden oldu. Bu işletmenin (işletmelerin) fiilen bulunduğu yerdeki alacaklılar için dezavantaj oluşturur ve yerleşim yeri ülkesinde atanmış idarenin işini zorlaştırır.

<sup>25</sup> P. Mankowski, Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts durch die Eurofood-Entscheidung?, BB 2006, 1753, 1756; H. Vallender, Gefahren für den Insolvenzstandort Deutschland, NZI 2007, 129, 130 f.

<sup>26</sup> Vgl. N. Carstens, Die internationale Zuständigkeit im europäischen Insolvenzrecht, 2005; C. Keggenhoff, Internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren, 2006, S. 51 ff.

a. Aksine esas menfaat merkezi düzenlemesi, olağandışı belirsiz ve yoruma muhtaçtır.<sup>27</sup> Özellikle İngiliz iflas mahkemeleri, uzun zaman işveren işlerini yönettiği yeri menfaatin merkezi olarak kabul ettiler. Fakat olağan işlerin idare edildiği yere göre değil, bilakis uluslararası olaylarda stratejik kararlar verdiler. Head Office Teori<sup>28</sup> olarak anılan bu teori, uluslararası şirket birleşmelerinde ana şirketin yerleşim yerini, sadece ana şirket hakkındaki asıl yargılama için değil, birleşmeye giren yavru şirketin kendisi bu ülkede hiç işletme işletmiyor olsa bile bilakis birleşmeye giren yavru şirketin malvarlığı üzerindeki asıl yargılamanın açılabilmesi için de yetkili görmektedir. Bu tür bir usul şüphesiz uluslararası şirket birleşmelerinde tek düze tasfiyeyi, hatta şirket kurtarmalarını kolaylaştırmaktadır. Ama bu tür bir yorum, sonuç olarak birleşen yavru şirketin bağımsızlığını ve kendisine ait sorumluluğu inkâr eder ve onun alacaklıları için yersiz sonuçlara neden olur. EuGH, Eurofood ve Parmalat olayında 2.5.2006<sup>29</sup> tarihli verdiği hükümlerle bu yoruma haklı olarak direndi.

b. Parma'da yerleşim yeri olan uluslararası faaliyet gösteren Parmalat S.p.A.<sup>30</sup> 1997'de İrlanda'da yerleşim yeri olan Eurofood IFSC Ltd. ile sadece bir finansal şirket birleşmesi kurar. Eurofood'un Dublin'de ne kendisine ait bir bürosu ne de memuru bulunmaktadır, tersine sadece bir avukatlık ortaklığı işletmektedir. 2003'te İtalya'da Parmalat şirketi hakkında olağa-

<sup>27</sup> Vgl. C. Wiedemann, Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, ZInsO 2007, 1009; B. J. Attinger, Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen nach EuInsVO – erfolgreiches Konzept oder Quelle der Rechtsunsicherheit?, 2008; MünchKommInsO/Reinhart, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 3 EuInsVO Rn. 7-37. Zur Auslegung des ähnlichen § 3 I 2 InsO s. AG Essen ZIP 2009, 1826.

<sup>28</sup> Vgl. die Nachweise bei Pannery/Pannen, EuInsVO, Art. 3 Rn. 35 ff.

<sup>29</sup> Slg. 2006, I-3813 = NZI.2006 360; dazu Freitag/Leible, Justizkonflikte im Europäischen Internationalen Insolvenzrecht und (k)ein Ende?, RIW 2006, 641; Leipold, Starker Auftritt – der Europäische Gerichtshof zum Europäischen Insolvenzrecht, Liber amicorum Lindacher, 2007, S. 65, 66 ff.

<sup>30</sup> Società per Azioni.

nüstü bir idare kurulur. İtalya mahkemesi bu olağanüstü idareyi Dublin'deki Eurofood Ltd. şirketi üzerine kadar genişletir. Bir ay sonra Eurofood için İrlanda'da geçici bir idare oluşturulur. Bu duruma sadece İtalya olağanüstü idare komiseri karşı çıktı. 2.5.2006 tarihli hükümle EuGH, High Court Dublin ile Tribunde di Parma arasındaki yetki çatışması hakkındaki durumu açıkladı. Mahkeme (EuGH) kararında haklı olarak birleşmeye giren işveren şirketin, ana şirketin yerleşim yerinde bilinen bir COMİ'si olmadığını vurguladı. Ekonomik menfaatin merkezi her şeyden evvel her işveren için bağımsız değerlendirilmek zorundadır. Bu, sicildeki yerleşim yerine göre bilinemez ve bu tahminin yanlışlığı yavru şirketin söz konusu yerde herhangi bir ekonomik faaliyeti bulunmamakla da ortaya konulabilir. Eurofood, Dublin'deki avukatlık bürosuna ilişkin finansal işlerini fiilen İrlanda'da gerçekleştirmiş olmakla, onun ekonomik menfaatinin merkezi İrlanda olacak ve fakat İtalya olmayacaktır.

EuGH haklı olarak bir taraftan üçüncü kişi için COMİ'nin stratejik anlamda asıl işin potansiyel alacaklılarının tespit edilebildiği yer olduğunu da bir taraftan tespit etti<sup>31</sup>. Böylelikle işin etkin olarak idare edildiği yer muhafaza edilmiş oldu. Tabii ki EGV art 43'e göre yerleşim yeri edinme özgürlüğü bulunmaktadır. Ama bu yerleşim yeri edinme özgürlüğü, sadece sicile başvuru ile somutlaşmayıp, bilakis fiilen işin görülmesine göre somutlaştırılacaktır. İş ortağı ve böylelikle potansiyel alacaklılar, haklarını işin mutad görüldüğü yerde takip edebileceklerine ve sonuç olarak icap ederse bir iflas tasfiyesinin bu merkezde ve esasen borçluya karşı haklarının da burada vukubulacağına güvenmiş olmalılar.<sup>32</sup> Buna karşı kimse, borçlunun sicilde yazılı yerin ve potansiyel alacaklıların ticaret unvanının çeşidi dolayısıyla borçlunun belirli başka bir hukuk dü-

<sup>31</sup> B. Kübler, Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, Festschrift für Gerhardt, 2004, S. 527, 540 ff.; H. Eidenmüller, Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen: Zuständigkeitskonflikte unter der EuInsVO, NJW 2004, 3455, 3457.

<sup>32</sup> A. A. P. OBERHAMMER, Von der EuInsVO zum europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, 27, 36.

PETER  
GOTTWALD'IN  
TEBLİĞİ

zenine bağlı olduğunu anlayabileceklerini, o kadar ki bağlılığın bu kadar basit olacağını ileri süremezler.<sup>33</sup> Çünkü ekonomik ilişkilerde bütünüyle ticaret unvanı genellikle kullanılmayıp, alacaklı, bağlantı noktası olarak daha çok işin fiilen gerçekleştiği yere güvenir ve bu güvenle korunmak zorundadır.

Bunun dışında EuGH'nin Eurofood kararı EuInsVO paragraf 3 f.1'e ilişkin bütün yorum sorunlarını çözmedi. Gösterdiği gibi EuGH her ne kadar Head Office Teori'yi reddettiysede esas menfaat merkezini müşteri kazanılan faaliyet yeri olduğunu benimseyen<sup>34</sup> Business Activity Teori'yi de tamamen onaylamadı. Bu karara göre esas menfaat merkezi olarak dışarıdan tanınabilen müşteri ilişkileri, ortak çalışanların istihdamı, borçlunun muhasebesinin tutulduğu yer ve alacaklılara bildirilen banka bilgileri ölçü alınmıştır. Olaya göre, borçlunun asıl malvarlığının bulunduğu yer de ölçü alınabilir. Çünkü EuInsVO paragraf 3 I 2 düzenlemesinin lafzına dayanarak EuGH aksi ispat edildiği durumda sicile kaydedilen yeri esas aldı. İspat yükü, borçlunun esas menfaat merkezinin başka bir COMI olduğunu iddia edene düşer.<sup>35</sup> Bundan dolayı, halihazırda işin yapıldığı yerin, bazı üretim yerleri başka bir ülkede bulunsun bile esas menfaat merkezi olarak görülme zorunda olduğu savunuldu.<sup>36</sup> Bu, bu hususun daha da açıklanmaya muhtaç olduğunu göstermektedir.

Sonuç olarak bu, görülen yabancı şirket hakkında asıl iflas usulünün yerleşim yeri ülkesinde değil, bilakis fiili olarak faaliyetlerini gerçekleştirdiği ülkede açabileceği anlamını taşır.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> So *Eidenmüller* NJW 2004, 3455, 3458; *ders.*, *Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen*, ZHR 169 (2005), 528, 562 (für intern. Konzernunternehmen).

<sup>34</sup> *M.-Ph. Weller*, *Die Verlegung des Centre of Main Interests von Deutschland nach England*, ZGR 2006, 835, 856 f., a. A. *Parnen/Pannen*, *Europäische Insolvenzordnung*, 2007, Art. 3 Rn. 42, 45, 49.

<sup>35</sup> High Court of Justice London (3. 7. 09), ZIP 2009, 1776, 1777.

<sup>36</sup> *M.-Ph. Weller* ZGR 2008, 835, 857.

<sup>37</sup> Vgl. High Court of Justice London (*Hans Brochier Ltd. v. Exner*), NZI 2007, 187 u. AG Nürnberg NZI 2007, 286; dazu *Andres/Grund*, *Die Flucht vor deutschen Insolvenzgerichten nach England*, NZI 2007, 137; *U. Huber*, *Inländische Insolvenzverfahren über Auslandsgesellschaften nach*

c. Daha uygun olan hukukun uygulanması için iflasın hazırlık aşamasında COMI'nin değiştirilmesi mümkündür. Gerçek iş hacminin ağırlığını yabancı ülkeye nakletmiş olan üretici, hizmet ve satışla uğraşan işverenlerden bunun istenilmesi ve kısa sürede gerçekleşmesi pratik gerekçelerden dolayı mümkün değildir.<sup>38</sup> İflasın hazırlık aşamasında yalın işletme faaliyetinin değiştirilmesinin bir suiistimal olarak görülüp görülmeyeceği<sup>39</sup> ise ortada olan bir sorudur. Fiilen faaliyet bir yerde görüldüğü sürece, muhasebe belgelerinin bir başka yere götürülmesi idari merkezin nakli için yeterli olmayacaktır. İflas talebinin verilmesinden beri EuGH tarafından tanınan perpetuatio fori (açılan yeri değiştirme yasağı) söz konusu olacaktır.<sup>40</sup>

### 3. Öncelik İlkesi

Avrupa Birliği içinde öncelik ilkesi vasıtasıyla forum shopping (birden fazla yerin yetkili olması) yasağı teminat altına alındı. Borçluya karşı ilk açılan asıl iflas usulü, Avrupa Birliği'nin diğer ülkelerinde dikkate alınmak zorundadır. İlk verilen hüküm, iptal edilmediği sürece, bir başka Avrupa Birliği ülkesinde iflasın devamı mahiyetinde asıl yargılama yapılamaz.<sup>41</sup> Forum shoppingi devamlı surette sınırlamak amacıyla Eurofood-hükmünde EuGH, geçici idare atanmasını, iflasın kesin açılmasının borçlu malvarlığı üzerinde tasarruf ile (gibi) bir değerlendirdi.<sup>42</sup> Usulün bir başka Avrupa Birliği ül-

der Europ. Insolvenzordnung, Festschrift für Gerhardt, 2005, S. 387; Pannen, Die „Scheinauslandsgesellschaft“ im Spannungsfeld zwischen dem ausländischen Gesellschaftsstatut und dem inländischen Insolvenzstatut, Festschrift für Gero Fischer, 2008, S. 403, 405 f.

<sup>38</sup> Vgl. Schwemmer, Die Verlegung des centre of main interests (COMI) im Anwendungsbereich der EuInsVO, NZI 2009, 355.

<sup>39</sup> Dafür MünchKommInsO/Reinhart, Art. 3 EuInsVO Rn. 52 ff.; auch H. Eidenmüller, Rechtsmissbrauch im Europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, 137.

<sup>40</sup> EuGHE 2006, I-701 = NZI 2006, 153 (Staubitz-Schreiber); krit. Bariatti (Fn. 3), RabelsZ 73 (2009), 629, 634 ff.

<sup>41</sup> P. Huber (Fn. 24), S. 7; MünchKommInsO/Reinhart, Art. 3 EuInsVO Rn. 58; St. Smid (Fn. 15), § 39 Rn. 7 ff.

<sup>42</sup> Die Bestellung eines vorläufigen Verwalters mit Zustimmungsvorbe-

PETER  
GOTTWALD'IN  
TEBLİĞİ

kesindeki kamu düzenini ihlal etmesi durumunda ise, ilk açılan usulün önceliği söz konusu olmayacaktır (EuInsVO art.26). EuInsVO paragraf 3'ün doğru uygulanması, ulusal kamu düzeninin sorunu değildir. Mahkeme, kendi uluslararası yetkisinin COMİ'ye ilişkin amaçlanan naklin forum shoppinge yol açabileceği, özellikle de mahkemenin bu husustaki (forum shopping konusundaki) doğruluğu incelemeyeği veya yeterli olarak incelemeyeği durumlarda<sup>43</sup> bu yetkinin haksız olduğu sonucuna varırsa,<sup>44</sup> yabancı usul bu durumda dikkate alınmak zorundadır. Öncelik ilkesi, birden fazla üye ülkede iflas talebinin ileri sürülmesine ve çabuk bir iflas açılışının gerçekleşmesi için rekabetin yaşanmasına engel değildir<sup>45</sup>.

#### 4. Şirket Birleşmelerinde İflasın Yapılması

Avrupa İflas Tüzüğü'nün çıkarılmasından önce uluslararası yavru şirket, sanki sadece bağımlı bir ülke dışı şube kurulmuş gibi görülmekte iken, Avrupa İflas Tüzüğü ve aynı zamanda UNCITRAL Model kanun birleşen şirketlerin iflasının nasıl ele alınacağı üzerine hiçbir hüküm içermemektedir.<sup>46</sup>

a. Kesinlikle yavru şirket, uluslararası şirket birleşmelerinde tek bir usulün söz konusu olacak şekilde öyle kolayca bağımlı şube olarak değerlendirilmemelidir. Bir *Substantial Consolidation*, olsa olsa istisnaen malvarlığının ayrılamayacak şekilde karıştırılması durumunda, eğer ana ve yavru şirket ayrı ayrı yönetilmemekte ise,<sup>47</sup> söz konusu olabilecektir.

---

halt genügt. Vgl. P. Huber (Fn. 24), S. 15; St. Reinhart, Die Bedeutung der EuInsVO im Insolvenzeröffnungsverfahren, NZI 2009, 73, 74.

<sup>43</sup> P. Huber (Fn. 24), S. 11.

<sup>44</sup> EuGHE 2006, I-3813 = NZI 2006, 360; Leipold, Liber amicorum Lindacher, 2007, S. 65, 72; Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO, 2002, Art. 3 Rn. 41, 42; Bariatti RabelsZ 73 (2009), 629, 640, 643; vgl. aber AG Nürnberg NZI 2007, 185 und dazu D. Andres/A. Grund, Die Flucht vor deutschen Insolvenzgerichten nach England, NZI 2007, 137.

<sup>45</sup> Krit. Bariatti RabelsZ 73 (2009), 629, 642.

<sup>46</sup> Pannier/Pannen, EuInsVO, Art. 3 Rn. 46.

<sup>47</sup> P. OBERHAMMER KTS 2009, 27, 64 f.; vgl. MünchKommInsO/Ehricke,



b. Eğer bütün kararlar tek bir iflas idaresinin eline verilecek olursa, şüphesiz bu uluslararası bir birleşmenin kurtarılmasını ve aynı şekilde tasfiyesini kolaylaştıracaktır. Bütün birleşen şirketlerin esas menfaat merkezi ana şirketin yerleşim yeri olursa (Head Office Teoriye göre) ya da yavru şirkete ana şirketin bir şubesi olarak davranılacak olursa,<sup>48</sup> birleşen bütün şirketler için bir ve aynı idare atanmalıdır. Bütün yarğalamalar arasında koordine böylelikle güvence altına alınmış olur. EuGH'nin Eurofood hükmüne göre ise bu öyle kolay değildir. Çünkü her birleşen şirket için COMİ bağımsız olarak belirlenmek zorundadır.<sup>49</sup> Tabii bu ana şirketin yerleşim yerinde COMİ'nin oluşturulacağı ihtimalini ortadan kaldırmaz. Ana şirketin kaybı üstlendiği salt bir yönetim sözleşmesi, garantiler ya da ana şirketin himaye açıklaması, yavru şirketin COMİ'sine bir etki doğurmamalıdır.<sup>50</sup> Tabii ki yavru şirketin yerleşim yeri ülkesinde ikincil bir usulün açılması caiz olup, bu yolla asıl iflas usulünün etkisi kısmen delinebilecektir.<sup>51</sup> COMİ farklı üye ülkelerde bulunmaktaysa, makul olan dil ve hukuki bakımdan farklı idarelerin atanması olacaktır. Bu idarelerin, özellikle ana şirketin idaresine etkili bir ağırlık verilerek çalışmalarını birbiriyle uyumlu yapmalarına ilişkin kural, bu durumda uygulanmayacaktır.

Internationales Konzerninsolvenzrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Rn. 4, 14 f.

<sup>48</sup> Vgl. B. Kompät (Fn. 2), S. 113 ff.; Undritz, in Hamburger Kommentar zur InsO, 3. Aufl. 2009, Art. 2 EuInsVO Rn. 7.

<sup>49</sup> D. Adam, Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz internationaler Unternehmensverbindungen, 2006; St. Deyda, Der Konzern im europäischen internationalen Insolvenzrecht, 2008; St. Deyda, Der Konzern im europäischen internationalen Insolvenzrecht, 2008, S. 74 ff.; N. Probst, Die internationale Zuständigkeit zur Eröffnung von Insolvenzverfahren im europäischen Insolvenzrecht, 2008, S. 59 ff.; MünchKommInsO/Ehricke, Internationales Konzerninsolvenzrecht, Rn. 12; D. Adam/Ch. Poertzgen, Überlegungen zum Europäischen Konzerninsolvenzrecht, ZInsO 2008, 281 u. 347.

<sup>50</sup> St. Deyda (Fn. 49), S. 100 ff., 115; a. A. P. Huber (Fn. 24), S. 11.

<sup>51</sup> S. das Beispiel bei P. Huber (Fn. 24), S. 20 f.

## 5. Asıl ve İkincil Usulün Koordinesi

Şirket birleşmelerine ilişkin iflasların dışında da asıl iflas usulü ile ikincil iflas usulü arasındaki koordine de problemler ortaya çıkmaktadır.

### a. İdarelerin İşbirliği

Avrupa İflas Tüzüğü, burada ayrıntıları açık bırakılan usullerin idareleri arasında ortak çalışmayı detaylarıyla düzenler. EuInsVo paragraf 3 1 idarelerin karşılıklı bilgi verme ve ortak çalışma yükümlülüğünü öngörmektedir.<sup>52</sup> İkincil usulün idaresi, asıl usulün idaresine, ikincil iflas usulünün iflas masasının idaresi ve paraya çevrilmesi için teklifler sunma olanağı tanımak zorundadır (Paragraf 3 1 III). Asıl usulün idaresi, ikincil bir usuldeki malların paraya çevrilmesi işleminin ertelenmesini talep edebilir (Paragraf 33). Sonunda asıl usulün idaresi, ikincil usulün tasfiye yapılmaksızın, kurtuluş planı ya da sulhle sona erdirilmesini talep edebilir ve söz konusu sona ermeler, asıl usulün idaresince onaylanabilir ya da en azından bu sona erme yollarıyla asıl usulün alacaklılarının menfaati zarar görmemekte ise onaylanabilir (Paragraf 34 I EuInsVO).

Bu yolla asıl iflas usulünün önceliği teminat altına alınmış olunur. Oysaki asıl iflas idaresinin borçtan kurtulma planının hazırlanmasında çatışma dolayısıyla kayıpların ortaya çıkabileceği genel bir talimat hakkı ikincil usulün idaresine karşı bulunmamaktadır. Bundan dolayı asıl iflas usulü idaresinin, asıl usulün alacaklılarına, ki bunlara kendi ülkelerinin hukuklarına göre ikincil bir özel usul açılmaksızın öncelik -imtiyaz ta-

<sup>52</sup> Vgl. U. Ehrlicke, Probleme der Verfahrenskoordination - Eine Analyse der Kooperation von Insolvenzverwaltern und Insolvenzgerichten bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren, in Gottwald, Europäisches Insolvenzrecht - Kollektiver Rechtsschutz, 2008, S. 127, 144 ff.; M. Horrig, Kooperation von Insolvenzverwaltern, 2008, S. 53 ff.; L. Czaja, Umsetzung der Kooperationsvorgaben durch die Europäische Insolvenzverordnung im deutschen Insolvenzverfahren, 2009, S. 75 ff.

nınmıştır, bir başka ülkede ikincil usulün açılmaması için talepte bulunmadan alıkoyması çok az şaşırtıcıdır<sup>53</sup>.

### b. Mahkemelerin İşbirliği

Asıl ve ikincil usulün iflas mahkemelerinin ortak çalışması, Avrupa İflas Tüzüğü'nde hiçbir şekilde düzenlenmemiştir. Ancak Avrupa İflas Tüzüğü, farklı üye ülkelerdeki ödeme güclüğü içine düşmüş bir borçlunun malvarlığı ile ilgili tedbirlerin koordinasını arzu etmekte olduğundan, susmasından böyle bir ortak çalışmanın caiz olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Ortak çalışmaya ilişkin bir yükümlülük şüphesiz doğrudan paragraf 31'den çıkarılamaz.<sup>54</sup> Ortak çalışma için temel dayanakları, paragraf 21 EuInsVO'daki bilgilendirme yükümlülüğü ile paragraf 33 EuInsVO kapsamındaki paraya çevirme işleminin ertelenmesi konusunda kara vermeden evvel karşılıklı bilgilendirme yükümlülüğü oluşturmaktadır.<sup>55</sup> High Court of London da, asıl iflas usulünde yetkili olan mahkemenin, ikincil usulün olası açılabileceği bütün başka yetkili mahkemelere yazı yazarak, bu mahkemenin hakimlerinden ikinci bir usul için iflas talebinde bulunulunca asıl usulün mahkemesine haber vermesi ve görüşünü belirtmesini istemesi konusunda yetkili olduğuna ilişkin olarak uluslararası usulde if-

<sup>53</sup> Vgl. *U. Ehrlicke*, Probleme der Verfahrenskoordination – Eine Analyse der Kooperation von Insolvenzverwaltern und Insolvenzgerichten bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren, in *Gottwald*, Europäisches Insolvenzrecht – Kollektiver Rechtsschutz, 2008, S. 127, 144 ff.; *M. Horig*, Kooperation von Insolvenzverwaltern, 2008, S. 53 ff.; *L. Czaja*, Umsetzung der Kooperationsvorgaben durch die Europäische Insolvenzverordnung im deutschen Insolvenzverfahren, 2009, S. 75 ff.

<sup>54</sup> *Vallender*, Gerichtliche Kommunikation und Kooperation bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren im Anwendungsbereich der EuInsVO – eine neue Herausforderung für Insolvenzgerichte, KTS 2008, 59, 66 f.; *ders.*, Die Zusammenarbeit von Richtern in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren nach der EuInsVO, Festschrift Lüter, 2008, S. 479.

<sup>55</sup> *Vallender* KTS 2008, 59, 69 f.; *Czaja* (Fn. 52), S. 237 ff., 269 ff.; *ablehn. Ehrlicke* (Fn. 52), S. 127, 160 ff.; *ders.*, Zur Kooperation von Insolvenzgerichten bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren im Anwendungsbereich der EuInsVO, ZIP 2007, 2395, 2399 ff.

İflas hakiminin işbirliği yükümlülüğünü kabul etmiştir<sup>56</sup>. Bu husustaki tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla Avrupa İflas Tüzüğü'nün tamamlanması adına iflas mahkemelerinin sözü geçen ortak çalışma yükümlülüğünü tabii ki tavsiye edecektir.

## 6. Vis Attractiva Concursus

Avrupa İflas Tüzüğü, iflas usulu ile çok sıkı bağları olan medeni usul yargılamalarında, örneğin, iflasın kaldırılması davasının iflasın açıldığı mahkemede görülüp görülmeyeceği ya da bunun için iflasın kaldırılması davasında davalının yerleşim yeri olan genel yetki kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı konularında düzenleme içermektedir.

a. Alman hukuku, iflas mahkemesinde yetkilerin yığılması anlamına gelen vis attractiva concursus olarak anılan bu durumu kabul etmemektedir.<sup>57</sup> Buna karşılık Amerikan ya da Roman hukuk bölgelerindeki gibi başka devletler, iflasın açıldığı yerdeki mahkemenin, iflasın kaldırılmasına ilişkin olduğu gibi, istirdat, imtiyazlı alacaklılara ilişkin ve başkaca rüçhanlı alacaklılara ilişkin çekişmelerde karar verebileceğini (yetkili olduğunu) kabul etmekte.<sup>58</sup>

b. Avrupa İflas Tüzüğü doğrudan Annex yargılaması (iflas idaresinin açtığı iflasın kaldırılması davası ve iflas idaresine karşı açılan zarar davası) için yetkiyi düzenlememekte ve böylelikle iflas mahkemesinin yerleşim yerinde yetki yığılması olmamaktadır. Hâlbuki EuInsVO paragraf 25 fıkra 1 alt fıkra 2 iflas iflas usulü nedeniyle doğrudan kararlar verilebileceği, bu sıkı bağlantı içinde bulunabileceklerini, tanınabi-

<sup>56</sup> ZIP 2009, 578 = NZI 2009, 450 m. (krit.) Anm. *Mankowski*.

<sup>57</sup> *Gottwald/Huber*, *Insolvenzrechts-Handbuch*, 4. Aufl. 2010, § 51 Rn. 31.

<sup>58</sup> *Gottwald/Kolmann*, *Insolvenzrechts-Handbuch*, 4. Aufl. 2010, § 133 Rn. 56.

leceklerini ve Brüssel I VO'na göre icra edilebilir açıklamasına sahip olabileceklerini öngörmektedir. Annex yargılamasını da içine alan iflasa ilişkin Brüssel I VO, EuGVO paragraf 1 II lit.b'ye göre uygulanmadığı<sup>59</sup> için bu hususta bir yetki boşluğu oluşmuştur.<sup>60</sup> Öğretideki ağırlıklı görüş, iflasın kaldırılması yargılamaları için EuInsVO paragraf 3'ün kıyasen uygulanması gerektiği yönündedir. Bu yaklaşımı EuGH 12.2.2009 tarihli BGH kararını örnek alarak benimsedi.<sup>61</sup>

Vis Attractiva Concurse'den birinin iflasa yakın başka yargılamalar için de uygun olup olmadığı belirsizdir. İflas usulünden sonra yeniden açılan iflas sıra cetvelinin tespiti davası için paragraf 3 EuInsVO'nun kıyasen uygulanacağı büyük ölçüde kabul edilmektedir.<sup>62</sup> Bu yaklaşım borçlu ile iflas idaresi arasındaki çekişmelerde olduğu gibi,<sup>63</sup> iflas idaresine karşı açılan sorumluluk davaları için de geçerlidir.<sup>64</sup> Alman doktrinini ağırlıklı olarak, bu kıyasa istirdat ve imtiyazlı alacaklara

<sup>59</sup> EuGHE 1979, 733 (*Gourdain v. Nagler*) = RIW 1979, 273.

<sup>60</sup> Ch. Willemer, *Vis attractiva concursus und die Europäische Insolvenzverordnung*, 2006, S. 180 ff., 206; N. Cartens (Fn. 26), S. 109 f.; F. Strobel, *Die Abgrenzung zwischen EuGVVO und EuInsVO im Bereich insolvenzbezogener Einzelentscheidungen*, 2006, S. 213 ff., 221.; Pannery/Pannery, Art. 3 EuInsVO Rn. 111, 114; M. Zeuner/Elsner, *Die internationale Zuständigkeit der Anfechtungsklage oder die Auslegung des Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO*, DZWIR 2008, 1; a. A. W. Hau, *Masseanreicherung und Gläubigerschutz im Europäischen Insolvenzrecht*, in Gottwald, *Europäisches Insolvenzrecht - Kollektiver Rechtsschutz*, 2008, S. 79, 111 ff.

<sup>61</sup> EuGH (*Deko Marty*) ZIP 2009, 427 = NZI 2009, 199 = NJW 2009, 2189 mit Folgeentscheidung des BGH ZIP 2009, 1287; dazu Mörsdorf-Schulte, *Zuständigkeit für Insolvenzanfechtungsklagen im Eröffnungsstaat*, ZIP 2009, 1456; F. Cranshaw, *Aktuelle Fragen zur Europäischen Insolvenzverordnung vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH*, DZWIR 2009, 353. Die Eröffnung eines Hauptverfahrens schließt die Anordnung von Vollstreckungsmaßnahmen (Arrestvollziehung in anderen Mitgliedstaaten) aus (EuGH, 21.1.2010, C-444/07) (*MG Probud Gdynia*) NZI 2010, 156 = ZIP 2010, 187).

<sup>62</sup> Ch. Willemer, S. 319 ff., 350; Pannery/Pannery Art. 3 Rn. 114; mit anderer Differenzierung F. Strobel (Fn. 60), S. 249 ff.

<sup>63</sup> Ch. Willemer, S. 393 ff., 396; F. Strobel (Fn. 60), S. 262 ff.

<sup>64</sup> Ch. Willemer, S. 380 ff., 393; Pannery/Pannery Art. 3 Rn. 144; a. A. F. Strobel (Fn. 60), S. 237 ff.

ilişkin davalarda karşıdır.<sup>65</sup> EuGH mülkiyetin muhafaza edilmesinden dolayı açılan iade davasında iflas hukukuyla olan sıkı bağlantıyı kabul etmedi.<sup>66</sup>

EuGH'nin 1979 tarihli<sup>67</sup> Gourdian v.Nagler hükmü, Eu-InsVO paragraf 3'ün ihmali iflastan dolayı şirket yöneticisi ve ortaklarına karşı sorumluluk davaları için de uygulanabileceği çıkarsamasını yaptıysa da, bu görüşe Almanya'da öğretilen hâkim görüş, bu tür sorumluluk davaları için bir iflas usulünün açılmasının zorunlu bir şart olamayacağı gerekçesiyle<sup>68</sup> katılmadı. Sorumluluğun nesnel olarak iflas hukuku ile bağlı olduğu ve bu sebeple paragraf 3 EuInsVO'nun uygulanabileceği ihmali iflastan dolayı şirket yöneticisi ve ortaklarına karşı açılan davalar için ise bu yaklaşım geçerli değildir.<sup>69</sup>

### 7. *Lex Fori Concursus* (İflasın Açıldığı Ülke Hukukunun İflasa İlişkin Hususlarda Geçerli Olması) ve İstisnaları

Şimdiye kadar ki yorumlarda, hangi hukuk düzenine göre uluslararası iflasın gerçekleştirileceğine değinilmedi. Bütün alacaklılara eşit davranılması için sadece tek bir çözüm olmalı. Her iflas usulü, iflas olayının sıkı ilişki içinde olduğu, yani iflasın açıldığı ülkenin hukukuna, kısaca *lex fori concursus*'a göre yapılacaktır. İhtilaflara ilişkin bu esas kural, kanunlarda hiç yazılmamış olsa bile her iflas yargılaması için geçerlidir. Sadece tek bir asıl usul söz konusu ise, borçlunu bütün malvarlığı *lex fori concursus*'a göre yerine getirilecektir. İflas idaresi buna göre borçlunun malvarlığı üzerinde dünya çapında idari ve ta-

<sup>65</sup> Ch. Willemer, S. 353 ff., 367; Pannern/Pannern Art. 3 EuInsVO Rn. 114; F. Strobel (Fn. 60), S. 257 ff.

<sup>66</sup> EuGH (10.9.2009, C-292/08) (*German Graphics*), ZIP 2009, 2345 = DZWIR 2010, 102 (dazu Cranshaw, S. 89) = NZI 2009, 741.

<sup>67</sup> EuGHE 1979, 733 = NJW 1979, 1772.

<sup>68</sup> Ch. Willemer, S. 212 ff., 310; F. Strobel (Fn. 60), S. 229 ff.; Geimer/Schütze/Haß/Herweg, Internationaler Rechtsverkehr, 2005, Art. 3 EuInsVO Rn. 27; Pannern/Pannern Art. 3 Rn. 114; Hau (Fn. 60), S. 79, 118 ff.

<sup>69</sup> Pannern, Festschrift für Gero Fischer, 2008, S. 403, 407.

sarruf yetkisine sahiptir.<sup>70</sup> Asıl usulün yanında ikincil bir usul bulunmakta ise, ikincil usul o anki kendi *lex fori concursus*na göre yerine getirilecektir. Olaya göre asıl ve ikincil usulün mahkemeleri ve idareleri arasında öngörülen ortak çalışma için önemli ihtilaf ya da uyuşmazlıklar çıkabilecektir.

a. Bu iflas temel normu EuInsVO paragraf 4'te düzenlenmiştir. Paragraf 4 fıkra 1'e göre usulün açıldığı üye ülkenin iflas hukuku, iflas usulünü ve etkilerini belirler. *Lex fori concursus* sadece iflas usulü ve etkileri için geçerli olup, her iflas usulünde bir fonksiyonu olan ve kendisine ait bir hukuk sahasını ifade eden genel sözleşmeler hukuku, haksız fiiller, eşya hukuku, şirketler hukuku<sup>71</sup> ve iş hukuku için geçerli değildir.<sup>72</sup>

Burada önemli bir sınırlama problemi çıkmaktadır: İflas hukukuna ait olan nedir ve iflas hukuku ne değildir? EuInsVO paragraf 4 f.2 c.2 özellikle iflas hukukuna giren ve iflas tüzüğü altında bulunan 13 alanı listelemektedir. Burada söz konusu olan şunlardır:

1. İflasına izin verilen borçlunun niteliği,
2. İflas masasının belirlenmesi ve mümkün olan yeni kazanımların eklenmesi,
3. İflasın açılmasından sonra idarenin ve borçlunu yetkileri,
4. İflastaki takasın şartları,
5. Borçlunun yürürlükteki sözleşmeleri üzerine etkisi,
6. Bazı alacaklıların hukuki takiplerine etkileri (derdest hukuki çekişmelere olan etkiler istisna olmak üzere)

<sup>70</sup> P. Gottwald (Fn. 15), S. 819, 828.

<sup>71</sup> Vgl. Pannen, Festschrift für Gero Fischer, 2008, S. 403, 408 ff.; H. Eidenmüller, Gesellschaftsstatut und Insolvenzstatut, RabelsZ 70 (2006), 474; ferner Th. Nitsche, Konzernfolgeverantwortung nach lex fori concursus, 2007; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Rn. 35.30a.

<sup>72</sup> Vgl. F. Kienle, Grundlagen des internationalen Insolvenzrechts, NotBZ 2008, 245, 251, 253 ff.

7. İflas alacağı başvurusu ve iflasın açıldıktan sonraki alacaklara ilişkin işlemler,

8. Alacak başvurusu, incelenmesi ve tespiti,

9. Satıştan elde edilen paranın paylaşılması, alacakların sırası ve bir takasın sonucu olarak veya aynı haklardan dolayı kısmi ödemeler sonrasında alacaklıların hakları,

10. Özellikle bir sulh ya da iflas planı vasıtasıyla usulün sona ermesinin şartları ve etkileri,

11. Usulün sona ermesinden sonra alacaklıların hakları,

12. İflas usulünün masrafları,

13. Alacaklılara zarar veren iptal edilebilir hukuki fiillerin şartları ve sonuçları.<sup>73</sup>

Asıl usul açılmış olmakla, borçlunun malvarlığı açısından bütün bu sorunlar asıl usulün görüldüğü ülkenin hukukuna göre cevaplandırılacaktır. Asıl usulün iflas idaresi, yabancı ülkedeki malvarlığı da dahil olmak üzere borçluya ait bütün malvarlığını idare eder ve paraya çevirir.<sup>74</sup> Eğer ikincil usul açılacak olursa, bütün bu sorular egemenlik dolayısıyla ikincil usulün görüldüğü ülke ile sınırlanır ve ilgili bu ülkenin hukukuna göre cevaplandırılacaktır, ki bu durum usulün tek elden olması ile uygulanan hukukta kesintilere yol açacaktır.<sup>75</sup> Her bir Avrupa Birliği üye ülkelerindeki maddi iflas hukuku, eskisi gibi önemli farklılıkları taşıdığı sürece, asıl usulün görüldüğü ülkeye göre tasfiyeye katılan alacaklılar için önemli sürprizler ve hukuki kayıplar oluşabilecektir. Bu durumu engellemek adına EuInsVO paragraf 5'ten 15'e kadar önemli hususlarda, tasfiyeye katılanların kazanılmış haklarına olan güvenini hesaba katan istisnalar öngörüldü.

<sup>73</sup> Hierzu näher *U. Huber*, Das für die anfechtbare Rechtshandlung maßgebende Recht, Festschrift für Heldrich, 2005, S. 695.

<sup>74</sup> *U. Haas*, Die Verwertung der im Ausland begebenen Insolvenzmasse im Anwendungsbereich der EuInsVO, Festschrift für Gerhard, 2005, S. 319; *O. Roszbach*, Europäische Insolvenzverwalter in Deutschland, 2006, S. 167 ff..

<sup>75</sup> *Pannen*, Festschrift Gero Fischer, 2008, S. 403, 407/08.



**b. Aynı Haklar:** EuInsVO paragraf 5'e göre başka bir üye ülkede kayıtlı bulunan aynı haklara, bir başka üye ülkedeki bir usulün görülmesinden dolayı dokunulamaz. Bu kural, alacaklıya teminat altında olan alacağına ilişkin garantinin iflas olayında varlığını devam ettireceğini içermektedir.<sup>76</sup> Tabii ki dokunulmazlığın bu çeşidinin nasıl anlaşılacağı tartışmalıdır. Teminat iflasın açıldığı ülkede bulunmakta ise, kısıtlamalarıyla birlikte iflasın açıldığı ülkenin hukukuna (paragraf 5'e göre) tâbidir. Almanya'da bir borçluya karşı iflas usulü açılırsa, idare rehin benzeri hakları paraya çevirebilir ve fakat elde edilen tutarı alıkoyabilir (§§ 166 ff., 171 InsO). Eğer teminat bir başka üye ülkede ise, iflas usulünde sadece teminat haklarına ilişkin düzenlemenin, eşya hukukunun uygulama bulup bulmayacağı ya da bunun bu ülkedeki geçerli iflas huku-ku tarafından (gerektiğinde sınırlamaları ile birlikte) tamamlanıp tamamlanmayacağı kuşkuludur.<sup>77</sup> Almanya'daki hâkim görüş, *dokunulamaz* ibaresini, aynı teminat haklarına yabancı iflas yargılaması tarafından kesinlikle dokunulmamak zorunda olması olarak anlamaktadır. Bu bana tabii ki sonuçta yanlış gözükmemektedir, çünkü aynı teminat hakları, bulunduğu ülkedeki iflas tasfiyesi olayından daha büyük bir korumayı gerektiğinde içermektedir.<sup>78</sup> Hâkim düşünceye göre iflas hukukuna ilişkin sınırlamalar sadece teminatın bulunduğu ülkede ikincil bir iflas usulü açılmış veya açılabilir olduğu durumda söz konusu olacaktır.

#### IV. UNCITRAL-Model Kanun

1997 tarihli UNCITRAL Model Kanun, uluslararası iflasın gerçekleştirilmesinde bölgesel ya da tamamıyla dünya çapında bir hukuk birliğinin sağlanmasını hedeflemiştir. Bu Ka-

<sup>76</sup> Panner/*Ingelmann*, Europäische Insolvenzverordnung, Art. 5 Rn. 1.

<sup>77</sup> Hierfür *Flessner*, Festschrift für Drobniç, 1998, S. 277, 282; *Haas*, Die Verwertung der im Ausland belegenen Vermögensmasse, Festschrift für Gerhardt, 2005, S. 319, 329.

<sup>78</sup> Gottwald/*Kolmann*, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 131 Rn. 31.

nun ne maddi iflas hukuku ve iflas usulü için tekdüze kuralları ne de iflas ihtilafı kurallarını içermektedir.<sup>79</sup> Daha çok bu Kanun, uluslararası gerçek iflasın faydalı ve etkin yerine getirilmesi için, idarenin ve mahkemenin pratik olarak nasıl çalışabileceklerine ve çalışmak zorunda olduklarına yönelik kuralları düzenlediler. Kanunda öngörülen çözümler, tabir caizse 'pratik için pratikten' geliştirildi ve bundan dolayı sadece Common law ülkeleri için değil, diğer ülkeler için de önemli ölçüde geniş bir kabul buldu. Son yıllarda Avustralya (2008), Kolombiya (2006), Eritra (1998), İngiltere (2006), Japonya (2000),<sup>80</sup> Mauritius (2009), Meksika (2000), Karadağ (2002), Yeni Zelanda (2006), Polonya (2003), Kore (2006), Romanya (2003), Sırbistan (2004), Slovakya (2007), Güney Afrika (2000) und Amerika Birleşik Devletleri (2005)<sup>81</sup> teklif edilen kuralları kendi ulusal hukuklarında kabul ettiler.

Model Kanun, EuInsVO'dan açıkça daha az ihtiraslı hedefleri barındırır ve uluslararası iflas olaylarında ortak çalışmanın sadece asgari standartlarını belirlemekle kendisini kısıtlamıştır.<sup>82</sup>

## 1. Mahkemeye Doğrudan Başvuru Hakkı

Eski bir anlaşmada<sup>83</sup> olduğuna benzer şekilde paragraf 9 ML, yabancı idareye mahkemeye doğrudan başvurma hakkı

<sup>79</sup> St. Kolmann, Kooperationsmodelle (Fn. 5), S. 416.

<sup>80</sup> Vgl. T. Mikami, Internationales Insolvenzrecht in Japan, in Gottwald, Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts, 2002, S. 327, 333 ff.

<sup>81</sup> Vgl. die durchgehende Gegenüberstellung des neuen Ch. 15 US Bankruptcy Code mit dem ML bei Hollander/Graham, UNCITRAL, in Pannen, EuInsVO, 2007, S. 703 ff. sowie J. Westbrook, Multinational Enterprises in General Default: The UNCITRAL Model Law and Related Regional Reform, in Gottwald: Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts, 2002, S. 259 ff.

<sup>82</sup> Westphal/Goetker/Wilkens, Grenzüberschreitende Insolvenzen, 2008, Rn. 1480; B. Wessels/B. Markell/J. Kilborn, International Cooperation (Fn. 17), S. 197 ff.; K. Wimmer, Die UNCITRAL-Modellbestimmungen über grenzüberschreitende Insolvenzverfahren, ZIP 1997, 2220.

<sup>83</sup> Vgl. Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2007, § 4

vermektedir. Bu kuralın anlamı bir idarenin diplomatik veya kendi ülkesinin konsolosluğunun yardımını almak zorunda olmaksızın doğrudan yabancı mahkemeye başvurabilme şeklindeki somutlaştırılmadan daha ziyade genel bir kamu hukuku ilkesinin doğrulanması değildir.<sup>84</sup> Bu hak, idarenin basit bir şekilde yargılamanın tanınmasını hızlı bir şekilde yapmaya (paragraf 15 ML) ve paragraf 19 ML'ye göre hükme kadar geçici hukuki korumanın sağlanabilmesine hizmet eder. Common law ülkeleri, özellikle de Amerika hukuku, yalnızca talepte bulunmakla ülke içi bir yargılamaya tam bir bağılılığı kısmen türetmekte iken, paragraf 10 ML bunu, yabancı idarenin kendi yargılama sürecinin ve geçici hukuki korumalarının tanınmasına ilişkin dilekçe verilmekle tanınma istenen ülkenin yargısına tâbi olunacağı sonucuna daha ulaşılamayacağı düzenlemesi ile tamamlamaktadır. Biraz daha mübalağalı olarak 'emniyetli korumanın kurallarından' söz edilecektir.<sup>85</sup>

## 2. Yabancı Yargılamanın Tanınması

### a. Tanınma Etkisi

Avrupa medeni usul hukuku<sup>86</sup> ve Avrupa iflas hukuku,<sup>87</sup> tanınmayı, tanıyan ülkenin hukuk sahasında yabancı bir hükmün (otomatik olarak) etki genişliği olarak anlamaktadır. Bu kavram, UNCITRAL Model Kanun'un temelinde bulunmaktadır. Burada tanınma, daha fazla olarak idarenin talebi üzerine tanınan yabancı iflas yargılama sürecinin (usulünün) tanıyan ülkede paragraf 20 ML'de belirtilen etkilere tamamıyla sahip olması anlamına gelmektedir. Bu etkiler otomatik olarak ortaya çıkmazlar, bilakis idarenin talebi üzerine tanıma sonu-

Rn. 7.

<sup>84</sup> Pannen/Hollander/Graham, Europäische Insolvenzverordnung 2007, UNCITRAL Rn. 134; J. Westbrook (Fn. 81), S. 237, 249; Benning/Wehling, Das „Model Law on Cross-Border Insolvency“ der Vereinten, EnZW 1997, 618, 620.

<sup>85</sup> Vgl. Hollander/Graham UNCITRAL Rn. 141.

<sup>86</sup> Nagel/Gottwald, IZPR, 6. Aufl. 2007, § 11 Rn. 21.

<sup>87</sup> Gottwald/Kolmann, Ins.Hdb. 4. Aufl., § 133 Rn. 6, 12 ff.; Paulus, EuInsVO, 2006, Art. 17 Rn. 2.

PETER  
GOTTWALD'IN  
TEBLİĞİ

cu ve yabancı usulün aynı etkilere sahip olup olmadığına bağlı olmaksızın etkileri ortaya çıkar.<sup>88</sup> Paragraf 20 fıkra 1 ML'ye göre tanınmanın şu sonuçları vardır:

1. Söz geçen yargılama, borçlu malvarlığına ilişkin derdest bir usulü yasaklar,

2. Borçlu malvarlığı üzerinde geçici olarak cebri icra uygulanır,

3. Borçlu artık kendi malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunamaz.

Somut olayda bütün bu etkilerin kapsamı, süresi ve etki alanı tanıyan ülkenin iflas hukukuna göre belirlenir (Paragraf 20 f. 2 ML).<sup>89</sup> Bu düzenlemenin gerekçesini, borçlunun malvarlığı değerleri üzerinde hile yapmasından ve tanıyan ülkenin alacaklıları tarafından borçlu malvarlığına el konulmasından evvel borçlu malvarlığının etkili olarak teminat altına alınması oluşturur.<sup>90</sup>

Fakat bu sadece tanınan usulün, asıl iflas usulü olması durumunda söz konusudur. Yabancı bir ikincil usul ise, ancak borçlunun iflasın açıldığı ülkede yerleşim yerinin olması halinde tanınabilecektir. Bu durumda tanıma ancak kesin etkilere sahip olmayacak, daha ziyade paragraf 21 ve 22 ML'ye göre özel düzenlemeler tarafından tanınmasından sonra, mahkeme idarenin tanıyan ülkeye hukuka aykırı şekilde taşınmış kendi usulüyle ilgili bilgilere ihtiyacı olması durumunda ya da idarenin iflas masasında olduğu kabul edilen tanıyan ülkeye hukuka aykırı şekilde taşınmış borçlu malvarlığı değerleri bulunmakta ise idareye destek verecektir.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Vgl. *St. Kolmann*, Kooperationsmodelle (Fn. 5), S. 424 f.; *Hollander/Graham*, in Pannen, EuInsVO, UNCITRAL Rn. 167; *FK-InsO/Wenner/Schuster*, 5. Aufl. 2009, Anh. 5 nach § 358 Rn. 6 ff.; *M. Haga*, Europäisches Insolvenzrecht aus der Sicht von Drittstaaten, in Gottwald, Europäisches Insolvenzrecht – Kollektiver Rechtsschutz, 2008, S. 169, 193.

<sup>89</sup> *Hollander/Graham*, in Pannen, EuInsVO, UNCITRAL Rn. 216.

<sup>90</sup> *Kolmann*, Kooperationsmodelle, S. 425.

<sup>91</sup> *Kolmann*, (Fn. 5), S. 426.

### b. Tanıma Dilekçesindeki Talepler

Söylenildiği gibi yabancı usulün tanınması, tanıyan ülkede yabancı idareye hukuki korunmanın garanti edilmesinin esasen bir şartıdır. Bu tanımın hızlı bir şekilde gerçekleşmesi için paragraf 15 fıkra 2 ML, belgelerin sunulmasına yönelik kolayca yerine getirilebilecek şartları düzenlemektedir.<sup>92</sup> İdare yalnızca yabancı iflasın açılması kararı ile idarenin atanması kararının tasdikli bir suretini veya alternatif olarak usulün varlığı ve kendi atanmasına ilişkin bir belge sunmak zorundadır. Bu iki hususta başka deliller de yeterli olabilecektir, ama idare tabii ki aynı zamanda (yabancı ülkede asıl ya da ikinci usulün olup olmadığı konusunda mahkemenin daha iyi hüküm verebilmesi için) başka belgeler de sunabilir.

Bu belgeler yanında yabancı idare aynı borçlu hakkında kendisinin bildiği başkaca iflas usulleri hakkında da mahkemeyi bilgilendirmelidir (paragraf 15 III ML). Gerekirse mahkeme sunulan belgelerin kendi resmi diline bir çevirisinin yapılmasını da isteyebilir (paragraf 15 IV ML).

### c. Tanıma Şartları

UNCITRAL Model Kanun yabancı idareye hızlı bir ülke içi yardım yapılması amacını taşır. Bundan dolayı tanıma şartları kolaylıkla yerine getirilebilen ve çok zaman alan bir incelemeye ihtiyaç göstermez. Lüzumlu olan belgeler dilekçeye eklenmiş ve tanıyan ülkenin yetkili mahkemesine verilmiş ise, mahkeme, resmi onaylama yapılmaksızın sunulan belgelerin gerçek ve bu belgeleri düzenleyen mahkemenin gerçekte bir iflas mahkemesi olduğundan yola çıkmalıdır.<sup>93</sup>

Tanıma engeli olan tek husus, paragraf 6'da düzenlenen kamu düzeni hususu olacaktır. Eğer tanıma başvurusu yapılan ülkenin resmi düzenlemelerine yabancı idarenin görevlendirilmesi açıkça aykırılık oluşturmakta ise, tanıma reddedilir.

<sup>92</sup> *Hollander/Graham*, UNCITRAL Rn. 173.

<sup>93</sup> *Kolmann*, (Fn. 5), S. 429; *Hollander/Graham* UNCITRAL Rn. 180 meinen, die Vermutungen würden auch ohne Urkundenvorlage greifen..

Yabancı ülkenin iflasın açılma kararının hali hazırda kesin hüküm oluşturması tanınmanın bir şartı değildir. Karşılıklık da ayrıca söz konusu olmayacaktır.<sup>94</sup>

Model Kanun tanınmanın etkileri için yabancı usulün asıl bir usul ya da ikincil usul olup olmadığı konusunda bir ayırım yaptığı sürece, bu hususlar tanımada incelenmek zorundadır.<sup>95</sup> İflas usulü, 'borçlunun esas menfaatinin merkezinde' açıldıysa, paragraf 13 fıkra 2 lit a ML'ye göre yabancı usul asıl usul olarak tanınır. Bu bağlantı, EuInsVO paragraf 3'teki yetkiyi ve paragraf 3'te olduğu gibi paragraf 16 fıkra 3 ML'ye göre borçlunun esas menfaatinin merkezinin, tüzükte (sicilde) belirtilen yerleşim yeri olduğu tahminini tamamlayıcı olarak kabul etmektedir. Avrupa Hukukuyla olan önemli farklılık tanıyan mahkemenin iflası açan mahkemenin yetkisini inceleyebileceği noktasında toplamaktadır. Mahkeme tanıma talebi hakkında mümkün olduğu kadar hızlı karar vermelidir (paragraf 17 III) ve eğer kendi kararın bir yanlışlık ortaya çıkarsa değiştirebilir ve kaldırabilir (paragraf 17 IV ML).

Eğer borçlu yabancı ülkede yerleşmiş ise, yabancı ikinci usuller de tanınabilir (Paragraf 2 lit. F, paragraf 17 II lit. B ML).

Yabancı bir usulün tanındığı durumda borçlunun tanıyan ülkede malvarlığı varsa, ek olarak ülke içinde ikincil bir usul açılabilir. Borçlunun sadece malvarlığının olup, iflasın açıldığı ülkede yerleşim yerinin olmaması durumunda ikincil usulün bir başka üye ülkede tanınmamak zorunda olması ise, elbette bir saçmalık oluşturmaktadır.<sup>96</sup>

#### d. Emniyet Tedbirleri

Tanuma incelemesi sadece şekli bir usul olmasına ve bundan dolayı hızla sonuçlandırılmasına rağmen, paragraf 19 ML açıkça yabancı idarenin tanıma dilekçesinin verilmesinden bu

<sup>94</sup> Hollander/Graham UNCITRAL Rn. 188.

<sup>95</sup> Vgl. Kolmann, (Fn. 5), S. 430 ff.; Hollander/Graham UNCITRAL Rn. 189 f.

<sup>96</sup> Vgl. Kolmann, (Fn. 5), S. 431; Hollander/Graham UNCITRAL Rn. 281; FK-InsO/Wenner/Schuster, Anh. 5 nach § 358 Rn. 13.

hususla karar verilinceye kadar şu anki durumun emniyete alınması için geçici hukuki koruma talep edebileceği<sup>97</sup>, özellikle borçlunun malvarlığı üzerine cebri icra koydurabileceği, ilgili ülkede bulunan iflas masasının paraya çevrilmesi ve idaresi için bir başka kişiyi ya da idareyi vazifelendirebileceği, borçlunun malvarlığı değerlerindeki yükümlülüklerine ve bu malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruflara ilişkin yetkileri, ama aynı zamanda tanıkların dinlenmesine ilişkin yetkileri, borçlu malvarlığı hakkında bilgilerin hazır tutulmasını, delillerin kabulü ve son olarak tanıyan ülkedeki iflas idaresinin tasarrufuna bırakılmış başkaca hukuki korumaların verilmesinde borçlunun ki de dâhil olmak üzere menfaati olan bir başkasının ve alacaklının menfaatini uygun düştüğü ölçüde mahkemenin dik-kate alacağını düzenler (paragraf 22 fıkra 1 ML). Emniyet tedbirleri özel bazı şartlara da bağlı kılınabilir (paragraf 22 II ML).

Birden fazla tanınması talep edilmiş yabancı usul bulunmakta ise, yabancı asıl usul önceliğe sahiptir (paragraf 30 lit a ML). Tanıyan mahkeme yabancı idare ve mahkemelerle koordineye ve ortak çalışmaya gayret göstermek zorundadır.

#### e. Model Kanuna Göre Tanınmanın Etkisi

Hâlihazırda borçlunun malvarlığı üzerinde ülke içinde bir iflas usulü açılmadığı sürece (krş. Paragraf 39 lit a ii ML) yabancı bir usulün tanınması asıl usul olarak zorunlu tanınması paragraf 20 fıkra 1'de düzenlenen etkilerini doğurur.

1. Yabancı iflasla el koyma tanınır, yani borçlu kendi malvarlığı üzerindeki idare ve tasarruf yetkilerini kaybeder.

2. Geçici olarak borçlu malvarlığına karşı cebri icra gerçekleştirilir ve

3. Derdest hukuki çekişmeler geçici olarak dururlar (paragraf 20 I lit. A.).

<sup>97</sup> Hollander/Graham UNCITAL Rn. 203 ff., 205.

PETER  
GOTTWALD'IN  
TEBLİĞİ

Bunlardan önemli olan etki, el koymanın tanınmasıdır. Yabancı ülkede kendi özel idaresiyle bir usul açıldıysa ya da asıl usulde borçlunun tasarruf yetkisinden henüz yoksun bırakılmadığı daha geçici bir usul söz konusu olmakta ise, tanıyan ülkedeki normal etki, tanıyan mahkemenin tarumanın etki alanını paragraf 20 II ML'ye göre başka türlü onaylama-sıyla engellenebilir<sup>98</sup>.

Tanıyan ülkede borçluya karşı bağımsız bir iflas yargılaması açılmadığı sürece, borçlu malvarlığının tasfiyesi usulü tanınmış olan yabancı ülkenin hukukuna göre gerçekleşmeyip, bilakis mahkeme paragraf 21 ve 22 ML'ye göre her bir uygun hukuki korumayı alabilir. Paragraf 21 fıkra 1 ML'de her şeyden önce masa emniyet tedbirleri olmak üzere ülke içinde bulunan borçlu malvarlığının yabancı idare ya da mahkeme tarafından belirlenmiş başka bir kişi tarafından masanın idaresini ve paraya çevrilmesini de öngörmektedir (paragraf 21 1 lit. e. ML). Bununla tutarlı olarak bu arada tanıyan ülkedeki alacaklıların menfaatinin korunması zorunluluğundan dolayı elde edilen hâsılâtın paylaşılması da düzenlenebilecektir (paragraf 21 II ML). Tamamlayıcı olarak paragraf 23 ML, yabancı idarenin, iflasın kaldırılması davası açma ve borçlunun taraf olduğu ve durmayan bir yargılamaya müdahale edebil-meye yetkili olduğunu da öngörmektedir (Paragraf 24 ML).

#### f. Ülke İçi Usulün Açılması

Yabancı asıl usulün tanınması, akabinde ülke içi ikincil bir usulün açılmasını engellemez, sadece ülke içinde malvarlığını sınırlar (Paragraf 28 ML). Bu usule yabancı alacaklılar ülke içindeki alacaklılar gibi eşit haklarla katılabilirler (Paragraf 13 ML). Fakat yabancı alacaklılar sadece imtiyazlı olmayan ülke içindeki alacaklılarla eşit görülme zorundadır (Paragraf 13 II ML), özellikli öncelik hakları ise tanınmaz.<sup>99</sup> Sonradan ülke içi

<sup>98</sup> Vgl. Kolmann, (Fn. 5), S. 437 f.; Hollander/Graham UNCITRAL Rn. 216; J. Westbrook (Fn. 81), S. 251. Dies übersehen FK-InsO/Wenner/Schuster, 5. Aufl. nach § 358 Rn. 9.

<sup>99</sup> Vgl. Kolmann, (Fn. 5), S. 449; Hollander/Graham UNCITRAL Rn. 156.



usul açıldıysa, yabancı usul için alınan koruma tedbirleri değiştirilmek, sınırlanmak ya da kaldırılmak zorundadır (Paragraf 29 lit. e. ML). Ayrıca mahkeme, yabancı mahkeme ve idarelerle ortak bir çalışma yapmak ve zorunlu aşamalarda olurlarını almak zorundadır (Paragraf 29 lit a. ML).

### 3. İflas Mahkemeleri ve İflas İdareleri Arasında Ortak Çalışma

Söylenildiği gibi Model Kanun bir etki genişliği tanımayıp, bilakis somut olayın ihtiyaç durumuna göre yabancı bir usul için geniş kapsamlı bir koruma tedbirleri öngörmektedir. Tutarlı bir şekilde Model Kanun her iflas mahkemesine, yabancı mahkeme ve idarelerle mümkün olduğu kadar fazla ortak çalışmasını emretmektedir (Paragraf 25 I ML). Bu ortak çalışma doğrudan ya da yetkili idari yerler üzerinden gerçekleştirilecektir.<sup>100</sup> Mahkeme, yabancı mahkemelerle ya da idarelerle doğrudan sıkı ilişkiler kurabilir ve ondan doğrudan koruma ve bilgi talep edebilir (Paragraf 25 II ML). Ortak çalışma katılanların yükümlülüklerini de içerecek şekilde uygun olan her şekilde gerçekleşebilir.<sup>101</sup> Paragraf 27 ML, somut bazı olaylarda, mahkemenin, yabancı personel atayabileceğini, bilgiler iletebileceğini, borçlu malvarlığının denetlenmesi ve idaresini koordine edebileceğini, aynı zamanda aynı borçluya karşı derdest yargılamaya onay verebileceğini ve mahkeme önündeki anlaşmaları onaylayabileceğini ya da satışta yardımcı olabileceğini öngörmektedir. Paragraf 27 lit d. ML'de anılan anlaşmalarda protokoller söz konusu olup, bunların mümkün olan içerikleri 13 Mart 2009 tarihli Notes on Cooperatin'nda tek tek belirlenmiştir. UNCITRAL Notes on Cooperation Nr. III Rn. 1-190'a göre bu türden "*Cross Border Anlaşmaları*", uluslararası iflas tasfiyesi kapsamına giren akla gelebilecek bütün sorunları düzenler.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> M. Hortig, Kooperation von Insolvenzverwaltern, 2008, S. 75 ff.

<sup>101</sup> Kolmann, S. 454.

<sup>102</sup> Zur Wirkungsweise der protocols s. M. Hortig, (Fn. 100), S. 217 ff.; Taylor, Protokolle – Individuelle Vereinbarungen bei grenzüberschreitenden Insolvenzen, in Pannen, EuInsVO, S. 691 ff.; Paulus, „Protokolle“

Bu tür anlaşmaların iflas mahkemelerinin onayına ihtiyaç du-  
yup duymadığı belirsiz bırakılmış olup, bu anlaşmalar, katı-  
lan ülkelerin hukuklarına göre belirlenecektir.

## V. Genel Sonuç

Henüz daha tamamlanmamış reformlara ilişkin bu bilgi-  
lerle Avrupa için önemli uluslararası iflas hukukuna genel bir  
bakış açısı ortaya kondu. Yukarıda gösterildiği gibi birbirini  
karşılıklı tamamlamaya çalışan rakip iki sistem bulunmaktadır.

1. Eş zamanlı olarak bağımsız Alman Hukukunu da içine  
alan Avrupa İflas Tüzüğü Sistemi, bir usulün gerçekleştirilmesi  
ve uluslararası iflasın yapılması için tek düze kanunlar ihtila-  
fı kurallarını düzenler. Böylece asıl iflas usulünün uluslararası  
etkisi kolaylık ve açıklık açısından büyük bir avantajı ortaya  
koyar; bu etki idari ya da kazai koruma tedbirleri olmaksızın  
esasen gerçekleşir. Bu sistemin zorluklarından biri, basit iflas  
yargılaması ile maddi iflas hukukunun birlikte yürütülmesin-  
de, özellikle ilk açılan iflas usulünün koşulsuz kabul edilme-  
sinde bulunmaktadır. Böyle bir sistem, sadece katılan ülkele-  
rin gerçekten asıl usulün karşılıklı dikkate alınması ve aşırılık-  
larla mücadele etmeleri durumunda işleyecektir. Ayrıca bir ta-  
raftan asıl idarenin iflas masası üzerinde doğrudan bir etkisi-  
nin söz konusu olmadığı yerleşim yerinde ikincil bir usul açı-  
labilirken, diğer taraftan Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ile  
bir üst yargı yeri oluşturularak, onun yorum ve talimatlarıyla  
sistemin tekliği ve etkisi korunmaktadır.

2. Buna karşılık Model Kanun ise tam bir güvenin hâkim  
olmadığı ama bir taraftan ekonomik bütünleşmelerin görüldüğü,  
farklı politik bloklardaki ülkeler arasındaki uluslararası  
iflas sorunlarında sıkı, mümkün olduğunca kolay doğrudan  
bir ortak çalışma zorunluluğundan yola çıkar. Bu sebepten do-  
layı, Model Kanun, ulusal bir mahkemenin yabancı bir idare-

---

- ein anderer Zugang zur Abwicklung grenzüberschreitender Insolvenzen, ZIP 1998, 977; M. Wittinghofer, Der nationale und internationale Insolvenzverwaltungsvertrag, 2004. S. 339 ff., 411 ff.

ye, talep edilmesi durumunda istenilen her yardımın mümkün olduğunca basit ve bürokrasinin devreye sokulmadığı yöntemlerle yapılmasını öngörmektedir. Ayrıca asıl ve ikincil usulleri de birbirinden ayırmaktadır. Somut olayda zorunluluk esasına dayanan ortak bir çalışma, katılan mahkemele-re ve idarelere en azından şekli büyük bir takdir alanı ver-meye ve güçlü ortak bir çalışmanın yapılmasına ilişkin zorunlu-luğun oluşmasına yol açar. Bu ortak çalışma için oyun kural-larının her bir olayda yeniden bulunmaması için, UNCITRAL şimdiye kadar ki tecrübeleri derledi ve uluslararası idari sözleşmelerin ve protokollerin nasıl olacağı konusundaki ayrıntı-ları 1.7.2009'daki *Practice Guide*'de yazıya geçirdi.

3. Şu anki ekonomik blokların ve uluslararası iflas hukukunun güncel konumunda, her iki model birleştirilerek sorun-lara çözüm bulunmaktadır.<sup>103</sup>

Türkiye Avrupa Birliğine tam üyeliği hedeflediği sürece, kesinlikle Avrupa Birliği üyelerine karşı kendi uluslararası hukukunu, Avrupa İflas Hukuku'nun standartlarına ve temel kurallarına uydurmakla bağlıdır. Diğer taraftan özellikle Japonya ve Amerika Birleşik Devletleri gibi büyük ticari ilişkilerin olduğu başka ülkelerle ortak çalışmanın şartlarını düzenlemek lüzumu da ortaya çıkmaktadır. Alman hukuku şimdiye kadar, kendi sistemine dayanan ortak çalışmayı biçimlendirmek suretiyle sorunu çözdü. Mahkemeler ve iflas idareleri, ortak bir çalışma için İngiltere, Polonya ve Slovonya'daki gibi Uncitral Model Kanunu'nu tamamlayan düzenlemeler gibi avantaj oluşturan yasal temel ilkeler belirlerlerse bu hususta zorluğu kolayca aşabilirler.

4. Uluslararası iflas hukuku halen akan bir nehirdedir. Birleşen şirketlerin uluslararası iflas için kuralları, yasallaş-

<sup>103</sup> Hierfür J. Westbrook (Fn. 81), S. 237, 276 ff.; Fletcher, International Insolvency in Transformation: United Kingdom Perspectives on Implementation of the European Union Regulation on Insolvency Proceedings, in Gottwald, Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrecht, 2002, S. 279, S. 325 f.

PETER  
GOTTWALD'IN  
TEBLİĞİ

madan az evvel belirlenmiştir.<sup>104</sup> Özellikle fikri haklarda olmak üzere uluslararası tedbir işlemleri için ise kurallar halen hazırlanmaktadır.<sup>105</sup>

Sonuçta uluslararası iflas hukukunun son on yılda genişlediği ve uluslararası iflasın büyük ölçüde olaya göre gerçekleşebildiği memnuniyetle tespit edilecektir.

---

<sup>104</sup> Report of Working Group V (Insolvency Law), UN General Assembly, 2 Dec 2008, A/CN.9/666 para. 23-111.

<sup>105</sup> Ebda (Fn. 104), para. 112-117.

## TARTIŞMALAR

**Prof. Dr. Bilge UMAR** (Oturum Başkanı): Sayın Gottwald'e, bu çok aydınlatıcı bilgileri bizimle paylaştığı için, çok teşekkür ederiz.

TARTIŞMALAR

Şimdi isterseniz tartışma bölümüne geçelim, daha doğrusu önce soruları alayım.

Soru sormak isteyenler lütfen isimlerini yazdırsınlar.

Savaş Bozbel, Ahmet Başözen, Cumhuriyet Rüzgaresen, Lütfi Tombaloğlu, Musa Aygül, Ali Cem Budak.

Buyurun Savaş Bey.

**Doç. Dr. Savaş BOZBEL** (Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Öncelikle Hocama bu değerli sunumundan dolayı çok teşekkür ediyorum.

Benim sorum şu olacaktı: Hem Avrupa *Insolvenzordnung*'undan hem de *Uncitral Modelgesetz*'ten bahsedildi. Bu

TARTIŞMALAR

konuda acaba hocam şunu söyleyebilir mi: Bu lisans, özellikle fikrî mülkiyet hukukundaki lisanslarla ilgili olarak, bu lisansların, özellikle lisans verenin iflâsı halinde iflâs masasına dahil olup olmayacağı veya ne olacağıyla ilgili bir düzenleme var mı bu konuda? Hem *Uncitral Modelgesetz*'te hem de Avrupa *Insolvenzordnung*'unda? Çünkü -yanılmıyorsam- bu konuda Almanya'da *Insolvenzordnung*'un 103. maddesinde bir değişiklik yapılması düşünülüyor; aynı Japonya'da ve Amerika'da olduğu gibi, lisans verenin iflâs etmesi halinde lisansların bu iflâstan etkilenmemesiyle ilgili olarak. Bu sorum hem Sayın hocam Gottwald'e, hem de diğer özellikle bu kadar değerli medenî usûl hukukçularını ve icra hukukçularını burada bulmamdan dolayı -ben ticaret hukukçusuyum- kendilerine soruyorum: Bu konuda acaba ne düşünürler? İsviçre'de durum nedir? Hocalarımız bu konuda ne düşündüklerini söyleyebilirlerse memnun olurum.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Bilge UMAR:** Buyurun Sayın Gottwald.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Almanya'da *Insolvenzordnung*'un 108. paragrafının (a) bendine ilişkin öneri, bu lisans sahiplerinin de acze dahil edilmesi konusundaki değişiklik talepleri uygulamada ne yazık ki dirençle karşılaşılıyor. Yasa koyucu 2007 yılında bunu teklif etti, fakat henüz hayata geçirmedir.

UNCİTRAL'de oluşacak olan modelin içeriği hakkında size bir bilgi veremiyorum, çünkü bunu görmemiz gerekiyor önce. Ama eminim ki temayül bu fikri de, yani markaları ve patent lisansları da acz esnasında kullanılması yönünde olacağını düşünüyorum. Böylelikle bunlar da ekonomik olarak kullanılabilir hale gelecekler.

**Prof. Dr. Bilge UMAR:** Buyurun Ahmet bey.

**Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN** (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Ben de hocama teşekkür ederek bir soru sormak istiyorum.

Bu, özellikle sınır ötesi etkileri olan iflâsla alakalı. Örnek olarak, Almanya'da bir iflâs davası açıldığında, ama sınır ötesi etkileri olan bir iflâs davası açıldığında, verilen muhafaza tedbirlerini diğer ülkelerde arunda uygulama imkânımız var mı? Bununla alakalı çabalar var mı? Bu bir.

İkincisi, iflâs açıldıktan sonra, ikinci iflâsların açılması ya da tanıma süreçleri uzun sürüyor. Tanımaya başvuruyla alakalı, tanımaya başvuruyla birlikte tedbir kararları verilebiliyor, ama bu aşamaya kadar sınır ötesi ülkelerdeki malların başka ülkelere kaçırılması ihtimali çok fazla. Bununla alakalı bir teknolojik altyapı kuruldu mu? Örnek olarak, Almanya'daki iflâs mahkemesi ya da kısa bir sürede Avusturya kararını verebilip ilan yaptırabiliyor mu? Bununla alakalı bir çaba, çalışma var mı; iyi niyetli kazanımları önleme açısından?

Teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Tabii ki sorduğunuz soru, aslında *"Bir sistemi mal varlığını kaçırmasını önlemek için ne kadar mükemmel şekilde geliştirebilirsiniz?"* diyorsunuz. Bunun pratik uygulamada belli sınırları olduğunu düşünüyorum açıkçası. Eğer sizi doğru anladıysam, burada demek istediğiniz şey, mal varlığının kaçırılmasını ne kadar, ne oranda engelleyebiliriz ya da söz konusu ülkedeki düzenlemeleri ne kadar güvenlik altına alabiliriz diye sormuyorsunuz aslında. Yurt dışına kaçırmayı soruyorsunuz. Avrupa Birliği ülkeleri içerisinde, Avrupa Birliği sınırları içerisinde geçerlidir bu ve Alman acz hukukundan yola çıkarak şunu da söyleyebiliriz: Dünya çapında da geçerlidir, fakat buradaki asıl mesele, üçüncü ülkeler, yani kaçırılacak olan ülkeler de bunu öyle görüyorlar mı? Eğer bu konuda iş birliğine varırlarsa, iş birliği

TARTIŞMALAR

yaparlarsa bir sorun yok, yapmazlarsa tabii ki şansımıza küsmemiz gerekir. Burada tabii ki üçüncü bir ülkenin kendi egemenlik haklarına müdahale etmek mümkün değil. Onun da mutlaka sizinle iş birliğine yanaşması gerekiyor. Eğer getirmiş olduğunuz el koyma, tedbir düzenlemesini karşı taraf da kabul ediyorsa o zaman sorun yok.

Bir diğer sorunuzu da şöyle anlıyorum: Sermayenin başka ülkelere aktarılması elektronik ya da teknik olarak nasıl önlenebilir? Ve burada bu işlemlere, transaksioonlara katılan bankalar hangi oranda acz hakkında haberdar edilecek, ona da bağlı tabii ki. Almanya'da elektronik bir haberleşme sistemimiz var, bildirme sistemimiz var. Artık gazetede ilan edilmiyor, elektronik ortamda ilan ediliyor. Bu sayede tabii ki bir hızlandırma elde etmiş oluyorsunuz. Ama burada da yine hâkim kararı ile bunun internet, yani elektronik ortama geçirilmesi arasında belli bir zaman geçiyor ve bu da belli bir oranda mal varlığının kaçırılması söz konusu olabilir. Bunu yüzde yüz engellemenin mümkün olduğunu düşünmüyorum.

**Prof. Dr. Bilge UMAR:** Şimdi, Cumhur Rüzgaresen'de söz.

**Arş. Gör. Cumhur RÜZGARESEN:** Benim sorum, Avrupa Birliği acz hukukundaki prosedürün açılmasıyla ilgili olacak.

Avrupa Birliği acz hukukunda prosedürün açılması için gerekli olan sebepler ile üye devletlerdeki acz prosedürü veya iflâs prosedürü açılması için gerekli olan sebepler arasındaki bağlantı, bu konudaki problemler veya çatışmalar var mı? Örneğin, Avrupa Birliğinin acz hukuku var, ama bir İsviçre'nin ise iflâs hukuku var. Bu durumda herhangi bir problem oluşmakta mıdır, bunu öğrenmek istiyorum?

Teşekkür ederim.



**Prof. Dr. Bilge UMAR:** Buyurun Sayın Gottwald.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Bildiğim kadarıyla bu konuda herhangi bir sorun ortaya çıkmadı. Acz düzenlemeleri, acz sebepleri ulusal yasalar çerçevesinde belirleniyor. Bu konuda Avrupa Birliğinin Acz Yasası'nda acz (iflâs) sebepleri yer almıyor. Genel olarak ulusal yasalarda borca batıklık (Überschuldung) ve borçları ödemeyememe/ödemelerin tatili (Zahlungsunfähigkeit), bir iflâs (acz) sebebi olarak kabul ediliyor ve bu borca batıklık konusundaki münferit farklılıklar, yani üye ülkelerin ulusal hukukları arasındaki münferit teknik farklılıklar da uluslararası düzeyde herhangi bir soruna bugüne kadar sebep olmadı. Uluslararası bir holding yıkıldığında, yani bu o kadar ciddi bir konu oluyor ki zaten, bu kadar ufak tefek şeyler üzerinde tartışmalar yürümüyor, öyle ifade edeyim.

**Prof. Dr. Bilge UMAR:** Yalnız çeviren arkadaş "*Überschuldung* (aşırı borçlanma" dedi; bunu, "*borca batıklık*" diye anlamamız gerekir.

Şimdi, bundan sonraki Lütfi beyin sorusuna geçelim.

**M. Lütfi TOMBALOĞLU:** Ben Sayın Gottwald'a yetkiyle ilgili bir soru soracağım.

Şimdi, İcra İflâs Kanunu'nun 154. maddesinde "*İflâs yoluyla takipte yetkili merci borçlunun muamele merkezinin bulunduğu icra dairesidir*" demektedir. Ayrıca, "*Merkezi yurt dışında bulunan ticari işletmeler hakkında ilgili merci Türkiye'deki şubenin birden ziyade şubesinin bulunması halinde merkez şubenin bulunduğu yerdeki icra dairesidir*" düzenlemesi vardır.

Ben, tabii tespit edebildiğim kadarıyla Avrupa Adalet Divanı, esas aczin içindeki kuruluşlar yönünden muamele merkezinin esas faaliyet alanının bulunduğu yer veya ticaret sicilineki kayıtlı bulunduğu yer olarak esas almaktadır diye tespit ettim sayın konuşmacıdan.

TARTIŞMALAR

Şimdi, Avrupa Birliği ülkelerinde faaliyet gösteren yabancı bir ticari kuruluşla ilgili acz halinde yetkili merci bizim düzenlememizde olduğu gibi merkez şubesinin bulunduğu yer mi yoksa birden fazla şubesinin bulunması halinde merkez şubesinin bulunduğu yer mi veyâ bu kuruluşlar için hangi icra merci yetkili olacaktır Avrupa Birliği'ne faaliyet gösteren yabancı şirketler yönünden, acz haline düşmesi halinde?

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Avrupa hukuku, uluslararası alandaki yetkiyi düzenlemektedir. Bu süreç, bu dava nerede açılacağı, ikinci usûlün nerede açılacağına ilişkin düzenleme yapıyor. Fakat hangi makamın yetkili olduğunu, yerel düzeyde hangi makamın sorumlu olduğunu düzenlemiyor. Bu konuda şunu söyleyebilir: "*Borçlunun bulunduğu ana merkezdeki yetkili makam yetkilidir*" diyebilir ya da örneğin bir ülkede bütün usûllerden sorumlu olan iki tane acz mahkemesi olabilir; burada konusunda uzmanlaşmış acz hâkimleri olabilir. Fakat bu her devletin kendi tasarrufu dahilindedir. Burada da Türk hukuku, Türk kanunları bunu nasıl istiyorlarsa o şekilde oluşturabilirler.

**Prof. Dr. Bilge UMAR:** Cevap anlaşıldı zannediyorum. Demek ki yetkili yer diye Türkiye gösterilmişse, Türkiye içinde hangi mahkemeye başvurulması gerektiğini Türk hukuku düzenleyecek.

Buyurun Musa bey.

**Yrd. Doç. Dr. Musa AYGÜL** (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Avrupa Birliği'nde şirketlerin serbest dolaşımında ATAD (Avrupa Toplulukları Adalet Divanı) *kuruluş yeri* lehine kararlar verdi. Halbuki iflâsla ilgili olarak işletme merkezinin bulunduğu yerde aciz prosedürünün açılması gerektiği söylendi. Bu iki durum arasında, yani şimdi şirketin hak ve fiil ehliyetine kuruluş yeri hukuku uygulanırken, özellikle tali aciz prosedürünün açılması durumunda,

tasarruf ehliyetinin kısıtlanması bakımından, şirketin hak ve fiil ehliyeti bakımından bir ihtilafın, bir çelişkinin ortaya çıkması mümkün müdür?

İkinci sorum da, Türkiye'den verilen bir iflâs kararının Almanya'da tanınması mümkün müdür?

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** İlk sorunuzla ilgili olarak, evet, tabii, ben konuşmamda buna değindim. Şimdi, aciz prosedürüne, usûlüne, prosedürün başlatıldığı mahkemenin hukuku uygulanır dendiği zaman, ülkenin mahkemesine göre eğer açacak olursanız, ortaya şöyle bir soru çıkmaktadır, acaba aciz hukuku nedir, borçlar hukuku nedir, haksız fiil hukuku vs. nedir, yani bunların birbirlerine nazaran sınırları ne-residir. Ve unutmamak gerekir ki, bütün bu hukuk dallarında, Avrupa Birliği çapında bir hukuk uyumlaştırması/yeknesaklaştırması söz konusu olmadığı müddetçe, değişik ülkelerin hukukları arasında uyum sorunlarıyla hep karşılaşılacaktır; bunu yüzde yüz olarak gidermek mümkün değildir. Aslında sorun görüldüğünden daha küçüktür. Çünkü birçok alanda, örneğin iş hukuku ve şirketler hukuku gibi pek çok alanda Avrupa Birliği düzenlemeleri sayesinde o kadar çok hukuk yeknesaklaştırması sağlanmıştır ki, artık farklılıklar tahammül edilemeyecek / çok büyük sorunlar doğuracak büyüklükte değildir. Ama tabii ki farklılıklar mevcuttur, bu açık.

İkinci sorunuzu tekrar eder misiniz?

**Yrd. Doç. Dr. Musa AYGÜL:** Türk hukukunda farklı görüşler olmakla beraber, yabancı iflâs kararlarının Türkiye'de tanınabilip tanınamayacağı konusu ihtilafı; özellikle öğretilerde farklı görüşler var. Benim merak ettiğim, Türkiye'de verilen ve sınır ötesi etkisi olan bir iflâs kararının Almanya'da tanınması mümkün müdür, yasal durum ve mahkemelerin tatbikatı nasıldır? Yani orada da aciz usûlleri başlayabilecek mi?

TARTIŞMALAR

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Hiç şüphesiz; zira Alman iflâs (aciz) hukuku evrensellik (Universalität) ilkesini kabul etmiştir. Eğer bu işletmenin esas merkezi Türkiye’de ise ve onunla ilgili bir aciz prosedürü başlatılmış ise bu Almanya’da tanınır ve bu otonom (AB mevzuatı dışında kalan) Alman hukukuna göre otomatik olarak olur; yani herhangi bir ilave mahkeme kararı aranmaz. Ama eğer Türk iflâs idaresi Almanya’da herhangi bir tasfiye (icra) işlemi yapmaya ihtiyaç duyar ise, o zaman onunla ilgili bir tenfiz davası açması gerekir. Tabi bu biraz zahmetli bir iş. Ama ilke olarak sadece özel hukuk alanında kalır ise, yani borçlunun zorunlu temsilcisi olarak hareket ederse, doğrudan doğruya Alman devletinin egemenlik alanına giren bir iş yapmaya kalkmaz ise, o zaman ayrıca bir işleme/karara gerek yoktur. Bu idareci Almanya’da istediği gibi hareket edebilir ve fiilleri geçerli olur. Mesela, bir Alman bankası dönüp de bu adama: “sen *persona non grata*sın” diyemez, çünkü o gerçek iflâs idarecisidir ve temsil yetkisini haizdir. Bu yetkiler, ilave bir işleme gerek olmaksızın, Almanya’da da geçerlidir.

**Prof. Dr. Bilge UMAR:** Ali Cem Budak Bey, buyurun.

**Prof. Dr. Ali Cem BUDAK** (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Aslında benim sorum kısa ve basit: Acaba, istatistiki malumat mevcut mu, gerek Almanya’daki durum gerek Avrupa Birliğindeki durum bakımından? Bu Milletlerarası Aciz Tüzüğü’nün uygulanmasıyla ilgili? Şimdiye kadar bu şekilde kaç adet dava görüldü?

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Maalesef elimizde herhangi bir istatistiki bilgi yok.

Hiç şüphesiz, orta ölçekli bir ulusal firma ile ilgili aciz prosedürünün dahi çoğu zaman -en azından Avrupa ülkeleri düzeyinde- uluslararası etkisi söz konusu olmaktadır. Ama bun-

lar hakkında kapsamlı, güvenilir ve resmi istatistiki bilgiler maalesef mevcut değil.

TARTIŞMALAR

**Prof. Dr. Bilge UMAR:** Herkese çok teşekkür ediyoruz efendim.

Öğleden sonraki oturumumuzda buluşmak üzere.

**İKİNCİ GÜN**  
**10 Ekim 2009**

**ÜÇÜNCÜ OTURUM**

**Oturumun Konusu:**  
"Noterlik Hukuku Alanında Türk, Alman ve İsviçre  
Hukuklarındaki Gelişmeler"

**Oturum Başkanı**  
**Hasan YENİ**  
(Türkiye Noterler Birliği Başkanı)

**Tebliğ Sunanlar**  
**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD**  
(Almanya – Regensburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim  
Üyesi)  
Aktuelle Entwicklungen des Notariats in Deutschland

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER**  
(Almanya - Gießen Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)  
Das Notarwesen in Deutschland

**Prof. Dr. Isaak MEIER**  
(İsviçre – Zürih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)  
Schweizerisches Notariatsrecht: Ein Rest kantonaler Vielfalt im  
vereinheitlichten Privat-, Prozess- und Anwaltsrecht

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ**  
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)  
Noterlik Kanunu Tasarısı Işığında Noterlik Mesleğine Giriş

**Prof. Dr. Süha TANRIVER**  
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)  
İşlevsel Açından Noterlik Kurumuna Yeni Bir Vizyon  
Kazandırılmasına Yönelik Bazı Düşünceler

**Arş. Gör. Dr. Müjgan YÜCEL:** İkinci günün üçüncü ve son oturumuna başlıyoruz. Bu oturumumuzun konusu "*Noterlik Hukuku Alanında Türk, İsviçre ve Alman Hukuku Alanındaki Gelişmeler*" dir. Oturuma Sayın Hasan Yeni başkanlık edecek; Sayın Prof. Dr. h.c. Peter Gottwald, Sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Sayın Prof. Dr. Wolf-Dietrich Walker, Sayın Prof. Dr. Isaak Meier ve Sayın Prof. Dr. Süha Tanrıver tebliğ sunacaklardır. Şimdi Sayın Başkan'ı ve tebliğ sunacak olan saygıdeğer hocalarımızı kürsüye davet ediyorum.

MÜJGAN  
YÜCEL'İN  
KONUŞMASI

**Hasan YENİ** (Oturum Başkanı, Türkiye Noterler Birliği Başkanı): Saygıdeğer hocalarım, kıymetli konuklar, sevgili meslektaşlarım; öncelikle Noterlik Hukuku alanında özellikle Almanya, İsviçre ve Türk hukuklarındaki aktüel gelişmeleri ve genel olarak noterlik mesleğinin durumunu ele alacağımız bu oturumumuza katkı sunacak olan tebliğ sahibi hocalarımıza çok teşekkür ediyorum. Bizim için çok önemli ve değerli olan bu konuyu burada öğrenme imkanı bulacağız.

HASAN  
YENİ'NİN  
KONUŞMASI

HASAN  
YENİ'NİN  
KONUŞMASI

Saygıdeğer konuklar, değerli meslektaşlarım; burada kısa bir teşekkür konuşması yapmak istiyorum.

Böyle bir toplantıda noterlik mesleğine gösterdikleri ilgi ve katkıyla bizleri ve Türk noterlerini onurlandıran medenî usûl ve icra iflâs hukukçularına ve tertip komitesine meslek örgütüm adına şükranlarımı sunuyorum.

Bu toplantıya katılarak bizleri onurlandıran Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ve 19. Hukuk Dairesi Başkan ve üyelerine ayrıca sonsuz şükranlarımı sunuyorum.

Katılan Adalet Bakanlığı yetkililerine, ayrıca yurt dışından ve yurt içinden katılan değerli akademisyen hocalarıma da en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Yine, bizi yalnız bırakmayan vefalı noter meslektaşlarıma en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Şimdi, bu arada noterlik mesleği hakkında bazı kısa açıklamalarda bulunmak istiyorum. Ola ki yabancı konuklarımız bu sunumlarında bizim bu görüşlerimize bir cevap da oluşturlar diye düşünüyorum.

Türkiye'de hukuk fakültesi mezunları noter olmaktadır. Ancak Türkiye'de esas kanunumuzda mesleğe girişte bazı düzenlemeler olmasına rağmen, 6. madde gereği ayrık haller düzenlenmiştir ve hukuk fakültesi mezunu olup avukatlık veya hâkimlik stajını tamamlayanlardan bazı belgeler alınarak Adalet Bakanlığımızca bir sicil tutulmakta ve hukuk fakültesi mezunlarına, stajını tamamlayan mezunlarına bu şekilde noterlik atama belgesi verilmektedir. Şu anda bu belgelerin sayısı 27.000 civarındadır. Noterliğe atananların 7.000 sıra numarasında olduğunu düşünürsek, 20.000 açığın herhalde 50 yılda kapanması mümkün görünmemektedir.

Ben, bu kısma fazla girmek istemiyorum, bunu hocam zaten ileride anlatacak, noterlik mesleğine giriş şartlarının yeniden düzenlenmesini. Türkiye'de noterler taşınmaz satış işlemlerini, aynı hak tesislerini yapamamaktadır. Yabancı konuklarımızın bilgisi açısından bunu ifade ediyorum. Türkiye'de noterler 60. madde gereğince yapılması başka bir makam, mer-



ci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemi yaparlar. Gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yaparız. Kâğıtların üzerindeki mühür, imza ve işaretleri onaylarız. Örnek veririz. Tercüme yaparız bir dilden diğer dile. Protesto, ihbarname ve ihtarname göndeririz. Tescil işlemini yaparız. Kanunen tescilli gereken işlemleri, sözleşmelerle ilgili olarak söylüyorum ve kanunlarla verilmiş diğer işlemleri yaparız. Yani görüldüğü gibi 1972 yılında çıkan 1512 sayılı Noterlik Kanunu çıktığı zamana göre çok ileri bir kanun olmasına rağmen, artık güncelliğini kaybetmiştir, mutlaka değiştirilmesi lazımdır. Bu konuda zaten hocalarım gerekli izahatı vereceklerdir.

Bir hususu daha burada açıklamak istiyorum: Türkiye Noterler Birliği 20 Eylül - 6 Ekim 1975 tarihleri arasında toplanan 8. Genel Kurul'unda Uluslararası Latin Noterler Birliği üyesi olmuştur ve 1975 yılından beri ülkemizde Latin noterlik sistemi uygulanmakta, biz de Latin Noterler Birliği'nin çok saygın bir üyesi konumundayız. Türkiye'de 1587 noterlik vardır şu an itibarıyla. Noterliklerimiz 1. sınıf, 2. sınıf ve 3. sınıf diye ayrılmaktadır. Bir piramit şeklinde oluşmaktadır. 507 bayan, 918 erkek noterimiz vardır. Türkiye Noterler Birliği'nin merkezi Ankara'dadır, 7 kişilik seçimle gelen bir Yönetim Kurulu tarafından yönetilmektedir. Yönetim Kurulu kendi içinden başkanını, başkan yardımcısını ve saymanını seçmektedir. Ayrıca, yine genel kurullarımızda seçilen ve beş kişiden oluşan bir Disiplin Kurulu vardır. Meslek kurullarına aykırı hareket edenler hakkında bu kurullarda karar verilmektedir. Tamamen tarafsız ve bağımsız bir Kurul mahiyetindedir.

Türkiye Noterler Birliği merkezine bağlı, taşra örgütü vazifesini gören 18 tane noter odamız vardır. Bu noter odalarımız müstakil bir hüviyeti olmayıp Türkiye Noterler Birliği'nin o yörelerdeki temsilciliğini yapmaktadırlar.

Noterlik Kanunu'muz 1926'da "Noterlik Kanunu" adını almıştır. Daha önce "Kâtibi Adil Kanunu" ve Osmanlı döneminde de daha değişik kanunlar adı altında yürürlükte kalmıştır. İlk Noterlik Kanunu 1938 yılında çıkmıştır: 3456 sayılı Noterlik Ka-

HASAN  
YENİ'NİN  
KONUŞMASI

nunu... 1972 yılında nihayet şu anda yürürlükte olan 1512 sayılı Noterlik Kanunu çıktı ve halen yürürlükte bulunmaktadır.

Bu Kanun'da çok istememize rağmen, hüküm bulunan staj müessesesi ne yazık ki uygulanmamaktadır, çünkü ayrık hal-lerle noterliğe farklı bir şekilde atama yapılmaktadır.

Ben, çok önemli bir sıkıntıyı burada sizin bilgilerinize sunuyorum, konuklarımız açısından da belki önemli olabilir: Noterlik mesleğine biz de bu alınan belgelerle yaş tahdidi olmadan girilebilmektedir. Yani bizde şu anda 60 yaşında, 62 yaşında, 63 yaşında bir kişi gelip o belgeye dayanarak, numarası tutuyorsa noter olabilmektedir. Bunun mutlaka değişmesi lazımdır. Hiçbir meslekte yaş tahdidi olmadan intisap etmek mümkün değildir. Biz noterlikte yeni yaşamızda -hocam mutlaka hatırlayacaktır- 30, 33 veya 32 gibi yaşları öngördük. Bu konuyu da bilgilerinize sunuyorum ve katıldığınız için hepinize tekrar teşekkür ediyorum

Ben sözü daha fazla uzatmadan, mikrofonu hemen Alman hukuku alanındaki durumu bize anlatacak olan Sayın Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Gottwald'e vermek istiyorum. Buyurun Sayın Gottwald.

PETER  
GOTTWALD'IN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD:** Teşekkür ediyorum sayın başkan; çok saygıdeğer bayanlar ve baylar, çok saygıdeğer noterler; dışarıda muhteşem güzel bir doğayı dolduran güneşli havaya rağmen, size burada, Alman hukukunda noterlik alanındaki aktüel gelişmeler hakkında kısa ve özlü bilgiler sunmama izin verdiğiniz için çok teşekkür ediyorum ve hepinizi içten selamlıyorum. Ben, sevgili meslektaşım sayın Walker'le yaptığımız paylaşım çerçevesinde, Noterlik alanında Alman hukukundaki durumun belli bir kısmına ilişkin bilgi vereceğim.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD**

(Universität Regensburg)

## **AKTUELLE ENTWICKLUNGEN DES NOTARIATS IN DEUTSCHLAND**

### **I. Der Notar als Rechtspflegeorgan**

Für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und anderen Aufgaben sind in Deutschland die Notare als „unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes“ „der vorsorgenden Rechtspflege“ zuständig (§ 1 BNotO). Das Beurkundungswesen liegt nahezu vollständig in ihrer Hand (§§ 1 ff. BeurkG). Lediglich Gerichte (§ 127 a BGB; § 62 BeurkG), Jugendämter (§§ 59, 87 e SGB VIII) und Standesämter (§§ 3 ff. PStG) haben begrenzte ergänzende bzw. vorrangige Zuständigkeiten zur Beurkundung. Bei Immobiliengeschäften jeder Art, bei Eheverträgen, Adoptionen, öffentlichen Testamenten und Erbverträgen, Unternehmensgründungen und -umgestaltungen sowie Registeranmeldungen ist aber praktisch ausschließlich der Notar zuständig. Lediglich bei der Testamentserrichtung kann der einzelne Bürger statt des öf-

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

fentlichen (notariellen) Testaments (§§ 2231 Nr. 1, 2232 BGB) auch ein rein privatschriftliches Testament (§§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB) errichten.

Vor einer Beurkundung soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig aufnehmen. Er soll dabei auch darauf achten, das Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden (§ 17 I BeurkG).

#### a. Der Notar als öffentlicher Amtsträger

Aus dieser Grundnorm leitet das deutsche Recht ab, dass der Notar eine fürsorgende Tätigkeit ausübt, seine Beurkundungstätigkeit also keine private Dienstleistung, sondern ein Rechtspflegeakt ist. Die Beurkundung ist sicher keine Rechtsprechung im Sinne einer Streitentscheidung, wohl aber eine staatliche Rechtspflegeaufgabe im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.<sup>1</sup> Der Notar ist insoweit Außenstelle der Justiz,<sup>2</sup> er untersteht deren Aufsicht (§§ 92 ff. BNotO) und ist, da er als freier Beruf tätig wird, beliehener Unternehmer.

Zur Begründung wird angeführt, dass im sozialen Rechtsstaat nach dem Grundgesetz (Art. 20 III, 28 I GG) auch die vorsorgende Rechtspflege zu den staatlichen Rechtspflegeaufgaben gehöre.<sup>3</sup>

Der deutsche Notar darf nicht einfach Vorgelegtes beurkunden, sondern muss zuvor überprüfen und soweit nötig und

<sup>1</sup> N. Preuß, *Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger*, 2005, S. 112 ff.; W. Habscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7. Aufl. 1983, § 6 III (S. 35 f.); W. Brehm, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 4. Aufl. 2009, § 3 Rn. 11; Schippel, *Bundesnotarordnung*, 7. Aufl. 2000, § 1 Rn. 8 ff.

<sup>2</sup> N. Preuß, *Der Notar als Außenstelle der Justiz - Erfüllung staatlicher Rechtspflegeaufgaben durch externe Funktionsträger*, DNotZ 2008, 258, 263.

<sup>3</sup> W. Baumann, *Das Amt des Notars - seine öffentlichen und sozialen Funktionen*, MittRhNotK 1996, 1, 3, 21.

möglich belehren. Diese Betreuung dient der juristisch präzisen Formulierung, der Vermeidung künftiger Streitigkeiten, dem Schutz Schwächerer, auch dem Schutz von Ausländern<sup>4</sup>. Verbrauchern muss der Notar einen zu beurkundenden Vertragstext grundsätzlich zwei Wochen vorher zur Verfügung stellen (§ 17 II a Nr. 2 BeurkG), damit diese nicht überrumpelt werden.<sup>5</sup> Als unparteiischer Amtsträger darf der Notar niemanden ohne Grund seine Tätigkeit verweigern (§ 15 I BNotO) und nicht eine Partei einseitig beraten.<sup>6</sup> Damit der Notar seine Aufgaben sachgerecht wahrnehmen kann, sind ihm sämtliche anderen Beruflichen Tätigkeiten untersagt (§ 8 BNotO).

Das Bundesverfassungsgericht hat die Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege stets als originäre Staatsaufgaben eingestuft. Der Notar stehe deshalb dem Richter nahe und sei Träger eines öffentlichen Amtes.<sup>7</sup> Wie ein Richter müsse er daher unabhängig, integer und unparteilich sein.<sup>8</sup> Der deutsche Notar steht insoweit in der Tradition des lateinischen Notariats.<sup>9</sup>

## b. Europarechtliche Einwände

Gegen diese Einordnung, der 21 Mitgliedsstaaten der EU folgen, wendet sich ein Vertragsverletzungsverfahren, dass die Europäische Kommission am 27. 6. 2007 gegen die Bundesrepublik Deutschland und inzwischen 14 weitere Mitgliedsstaaten vor dem Europäischen Gerichtshof eingeleitet hat.<sup>10</sup> Deutsch-

<sup>4</sup> W. Baumann, MittRhNotK 1996, 1, 22.

<sup>5</sup> Vgl. H. Grziwotz, Vom Mitternachts- zum Sonntagsnotar, ZfIR 2009, 627.

<sup>6</sup> W. Baumann, MittRhNotK 1996, 1, 24.

<sup>7</sup> BVerfGE 73, 280, 292 = NJW 1987, 8877; W. Baumann, MittRhNotK 1996, 1, 17.

<sup>8</sup> BVerfGE 54, 237 (Rz. 47 ff.) = NJW 1980, 2123; vgl. N. Preuß, Zivilrechtspflege (Fn. 1), S. 142 ff., 179 ff.

<sup>9</sup> W. Baumann, MittRhNotK 1996, 1, 3 ff.

<sup>10</sup> Vgl. N. Preuß, Kompetenzkonflikt zwischen Europäischer Union und Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet des Notarrechts, GPR 1/08, S. 2; U. Karpenstein/l. Liebich, Das deutsche Notariat vor dem Europäischen Gerichtshof, EuZW 2009, 161.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

land und den anderen Staaten wird vorgeworfen, mit ihrem notariellen Berufsrecht die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 I 1 EGV zu verletzen; die Bereichsausnahme des Art. 45 EGV für Tätigkeiten, die „mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind“, greife nicht. Im Anschluss an Vorstellungen des anglo-amerikanischen Rechtskreises<sup>11</sup> meint die Kommission, Beurkundungen seien einfach Dienstleistungen, müssten daher den Angehörigen aller Mitgliedsstaaten bei voller Freizügigkeit offen stehen und könnten auch privaten Dienstleistungsunternehmen überlassen werden.<sup>12</sup> Da der Notar ebenso wie ein Rechtsanwalt als FreiBerufler privatwirtschaftlich tätig werde, übe er eben keine hoheitliche Gewalt aus. Einzelne hoheitliche Tätigkeiten, wie die öffentliche Versteigerung änderten nichts daran, dass jedenfalls der Kern der notariellen Tätigkeit nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt anzusehen sei. Der Notar beurkundet zwar nach Belehrung, gebe aber den Inhalt der Parteierklärungen nicht vor.<sup>13</sup> Alle freien Berufe seien letztlich mehr oder weniger staatlich reguliert, ohne dass diese dadurch zu staatlichen Funktionsträgern würden.<sup>14</sup>

Nach deutscher Vorstellung verhält es sich genau umgekehrt: Der Notar handelt im Rahmen staatlicher Rechtsfürsorge. Er darf daher nur im Inland und ohne extraterritoriale Wirkung handeln, zumindest solange die EU nichts anderes vorsehe.<sup>15</sup>

### c. Stellungnahme

Was trifft nun zu? Entscheidend ist, ob der Notar „öffentliche Gewalt“ i. S. des Art. 45 EGV ausübt.<sup>16</sup> Niemand

<sup>11</sup> Vgl. R. Stürner, Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Notariat, Liber amicorum Lindacher, 2007, S. 175, 184.

<sup>12</sup> U. Karpenstein/I. Liebich EuZW 2009, 161.

<sup>13</sup> St. Schill, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit - Der Anfang vom Ende eines Privilegs?, NJW 2007, 2014, 2017.

<sup>14</sup> Vgl. J. Kämmerer, Freiheit und Staatsgebundenheit der Notare, NJW 2006, 2727, 2730.

<sup>15</sup> N. Preuß, GPR 1/08, S. 4 f.

<sup>16</sup> Zweifelnd G. Hirsch, Die Europäisierung der freien Berufe, DNotZ 2000,

sieht den Notar im Kernbereich staatlicher Gewalt. Aber der deutsche Notar erstellt Urkunden mit erhöhter Beweiskraft (§ 415 ZPO). Er kann Vollstreckungsunterwerfungen (§§ 794 I Nr. 5, 800 ZPO) beurkunden, von Anwaltsvergleichen sowie vollstreckbaren Urkunden vollstreckbare Ausfertigungen erteilen (§§ 796 c, 797 ZPO) und eidesstattliche Versicherungen abnehmen (§ 2356 II 1 BGB). In Bayern kann eine eingetragene Lebensgemeinschaft vor dem Notar geschlossen werden. All dies sind gerichtsspezifische bzw. hoheitliche Tätigkeiten, deren Vornahme sich im Ausland verbietet. Da die Notaren in allen verklagten Staaten des lateinischen Notariats ähnliche Funktionen haben und bei einer autonomen Auslegung das Normverständnis der Mitgliedsstaaten ja mit zu berücksichtigen ist, erscheint es mir eher unwahrscheinlich, dass der EuGH im Ergebnis die Rechtspflegefunktion und den hoheitlichen Auftrag der Notare leugnen und das lateinische Notariat beseitigen wird.

Naheliegender erscheint mir, die notarielle Tätigkeit zwar unter die Bereichsausnahme des Art. 45 EGV einzuordnen, aber die Beschränkung auf eigene Staatsangehörige als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 12 I EGV zu beanstanden. Meines Erachtens sollte jeder Unionsbürger, der die entsprechende Vorbildung aufweisen kann, auch zum Notariat in allen Ländern zugelassen werden können.

## II. Nurnotariat und Anwaltsnotariat

### 1. Arten der Notare

Während in den meisten Staaten der EU, die dem lateinischen Notariat folgen, gesetzlich ein Nurnotariat besteht, ist die Lage in Deutschland etwas schwieriger. Überwiegend besteht auch hier das Nurnotariat. Im Nordwesten Deutschlands gibt

---

729; J. Fleischhauer, Europäisches Gemeinschaftsrecht und materielles Berufsrecht, DNotZ 2002, 325; bekräftigend dagegen B. Zypries, Notariat bleibt Aufgabe der öffentlichen Gewalt, Rede vor dem DAV-Forum Anwaltsnotariat vom 6. 3. 2009.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

es aber stattdessen das sog. Anwaltsnotariat. In Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Teilen von Nordrhein-Westfalen (dem OLG-Bezirk Hamm) und Schleswig-Holstein wird das Amt des Notars traditionell im Nebenberuf neben dem Beruf des Rechtsanwalts ausgeübt (vgl. § 3 II BNotO). Da der Anwaltsnotar sein Notaramt nur als Nebenberuf versieht, gibt es mehr Anwaltsnotare als hauptberufliche Notare. Nach der Statistik, die die Bundesnotarkammer veröffentlicht hat, gab es 2009 1.586 hauptberufliche Notare und 6.755 Anwaltsnotare.<sup>17</sup>

In Baden-Württemberg ist die Lage anders. Hier gibt es derzeit in Baden noch beamtete Notare im Landesdienst und in Württemberg Bezirksnotare, die Beamte im gehobenen Dienst (ohne volles Jurastudium) sind.

## 2. Stellung der Notare

Jeder Notar, gleich welcher Art, muss deutscher Staatsgehöriger sein und (abgesehen von den Bezirksnotaren) die Befähigung zum Richteramt haben (§ 5 BNotO). Notaren wird ein bestimmter Ort als Amtssitz zugewiesen (§ 10 I 1 BNotO). Der Notar darf grundsätzlich nur in seinem Amtsbezirk tätig werden (§§ 10 a, 11 BNotO). Die Länder bestellen nur so viele Notare, wie dies erforderlich ist. Dabei wird auf eine flächendeckende Versorgung des Landes, auch der ländlichen Gebiete besonders geachtet. Der Notar darf seine Urkundstätigkeit gegenüber niemand ohne hinreichenden Grund verweigern (§ 15 I BNotO). Er erhält für seine Tätigkeit Gebühren nach der Kostenordnung und kann diese Gebühren, wie jede Behörde selbst für vollstreckbar erklären und beitreiben lassen (§ 155 BNotO).

Der Beruf des Notars ist sozial äußerst angesehen. Auch das Einkommen der Notare ist überdurchschnittlich hoch und betrug 2008 im Durchschnitt in Deutschland 204.000 €, so dass sich in all den Jahren jeweils die Besten eines Prüfungsjahrgangs um eine Einstellung als hauptberufliche Notarassessoren

---

<sup>17</sup> Notarstatistik, DNotZ 2009, 242.



bewerben bzw. in den Anwaltsnotarsgebieten ein Andrang auf die Zulassung als Anwaltsnotar herrscht. Die Notarkammern können also regelmäßig nach Bedarf aus den Besten auswählen. Zusätzlich verlangt § 6 I BNotO, dass Bewerber nach ihrer Persönlichkeit für das Amt des Notars geeignet sein müssen. Meist wollen die Notarkammern junge Berufsanfänger sofort einstellen und lehnen die Einstellung von Bewerbern, die zwischenzeitlich andere Tätigkeiten ausgeübt haben ab. Selbst Promotionszeiten wurden lange Zeit nicht zugebilligt.

Hauptberufliche Notare und Anwaltsnotare haben dieselben Zuständigkeiten und dieselben Amtspflichten. Beim Anwaltsnotar muss aber sichergestellt werden, dass Anwaltstätigkeit und Notartätigkeit strikt voneinander getrennt werden. Deshalb darf ein Anwaltsnotar nicht als Notar tätig werden, wenn er in der gleichen Angelegenheit bereits als Anwalt tätig war und umgekehrt.

### 3. Zugang zum Anwaltsnotariat

a. Während die Auswahl der hauptberuflichen Notare im allgemeinen ohne Schwierigkeiten erfolgt, hat sich immer wieder die Frage gestellt, aufgrund welcher Kriterien Anwälte zum Anwaltsnotar bestellt werden sollen. Eine ausschließliche Anknüpfung an die frühere Note des Assessorexamens wäre sicherlich nicht sachgerecht, da das Anwaltsnotariat ja gerade von der Berufserfahrung des Notars als Anwalt profitieren will. Andererseits verbietet der Anspruch nach umfassender, sachkundiger und unabhängiger Rechtsberatung im Staatsauftrag, dass jeder „Wald- und Wiesenanwalt“ nach einigen Jahren Berufspraxis auf Antrag zum Anwaltsnotar bestellt werden kann. Bis 1991 war der Zugang zum Anwaltsnotariat dennoch sehr liberal geregelt. Nach 15 Jahren Anwaltspraxis und dem erfolgreichem Besuch ca. 4-wöchiger Notargrundkurse der deutschen Notarakademie konnte der Bewerber eigentlich sicher mit seiner Zulassung als Anwaltsnotar rechnen.<sup>18</sup> 1991

<sup>18</sup> Vgl. *Schalast*, Neue juristische Institutionen in den Transformationsstaa-

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

wurde der Zugang verschärft. Es wurde ein konkretes Qualitätsprofil eingeführt und das Auswahlverfahren transparenter geregelt.<sup>19</sup>

b. 1998 wurde das notarielle Berufsrecht erneut geändert. Ein Ziel war, nach der deutschen Wiedervereinigung für einheitliche Berufsqualifikationen in Ost und West zu sorgen. Ein zweites Ziel war, den Besonderheiten des öffentlichen Amtes, insbesondere der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14. 7. 1987<sup>20</sup> Rechnung zu tragen. Das vom BVerfG beanstandete Verbot einer Sozietät zwischen Anwaltsnotar und Wirtschaftsprüfer wurde aufgehoben. Anwaltsnotaren ist seither erlaubt, auch als Patentanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und vereidigter Buchprüfer tätig zu sein (§ 8 II BNotO).<sup>21</sup> Um die Neutralität des Notars zu sichern, wurden aber gleichzeitig die Mitwirkungsverbote erweitert. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG darf der Notar seither nicht mehr in Angelegenheiten einer Person beurkunden, mit der sich er zur gemeinsamen Berufsausübung oder in Bürogemeinschaft verbunden ist. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 8 BeurkG darf der Notar nicht in Angelegenheiten einer Person beurkunden, die den Notar in derselben Angelegenheit bevollmächtigt hat oder zu der Notar in einem ständigen Dienst- oder ähnlichem ständigen Geschäftsverhältnis steht. § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG erweitert das Mitwirkungsverbot auf Angelegenheiten einer Person, für die der Notar oder ein mit dem Notar in Berufsausübung oder Bürogemeinschaft verbundener Berufsträger außerhalb einer Amtstätigkeit in derselben Angelegenheit bereits tätig war, es sei denn, es handelt sich um eine Beratungstätigkeit im Auftrag aller an der Beurkundung Beteiligten. Die Einhaltung dieses Mitwirkungsverbots wird von der Aufsichtsbehörde,

ten: Der Beruf des Notars, WiRO 2001, 363, 665.

<sup>19</sup> Vgl. Gesetz zur Änderung des Berufsrecht der Notare und Rechtsanwälte vom 29. 1. 1991, BGBl. 1150.

<sup>20</sup> BVerfGE 76, 171 = NJW 1988, 191; BVerfGE 76, 196 = NJW 1988, 193.

<sup>21</sup> Vgl. Eylmann, Bewegung im Berufsrecht der Notare, NJW 1988, 2929, 2930.

also primär dem Landgerichtspräsidenten (§ 92 Nr. 1 BNotO), genauestens überwacht. Dem Notar wurde nunmehr gesetzlich vorgeschrieben, seine Geschäftsstelle während der üblichen Geschäftszeiten offen zu halten (§ 10 III BNotO), Beurkundungen um Mitternacht oder am Sonntag wurden ihm aber nicht verboten. Das Werbeverbot für Notare wurde gelockert. Ein Notar ist nunmehr nur noch eine dem öffentlichen Amt widersprechende Werbung verboten (§ 29 I BNotO).

c. In diesem Jahr ist das Berufsrecht der Anwälte erneut in mehrfacher Hinsicht geändert worden. Im Jahre 2004 hatte das BVerfG die bisherige Verwaltungspraxis zur Auswahl von Anwaltsnotaren teilweise für verfassungswidrig erklärt und eine notarspezifische Prüfung der fachlichen Eignung des Bewerbers gefordert.<sup>22</sup> Diese Vorgaben will das Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 2. 4. 2009 einlösen, in dem es den Zugang zum Anwaltsnotariat neu regelt.<sup>23</sup> Nach der Neufassung von § 6 BNotO muss ein Bewerber nunmehr

1. 5 Jahre lang hauptberuflich in nicht unerheblichen Umfang für verschiedene Auftraggeber als Rechtsanwalt tätig gewesen sein,

2. er muss diese Tätigkeit sein mindestens 3 Jahren in dem Landgerichtsbezirk ausgeübt haben, in dem er eine Notarstelle besetzen möchte,

3. er muss eine notarielle Fachprüfung bestanden haben und

4. er muss mindestens 15 Zeitstunden jährlich ab dem Bestehen der Fachprüfung an Fortbildungsveranstaltungen für Notare teilnehmen.

<sup>22</sup> BVerfGE 110, 304 =NJW 2004, 1935 (Rn. 81).

<sup>23</sup> BGBl. I 696; zur Begründung s. BT-Drucks. 16/4972 v. 5. 4. 2007.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

Vor der Bestellung zum Anwaltsnotar muss der Bewerber überdies nach der notariellen Fachprüfung 160 Stunden Praxisausbildung bei einem Ausbildungsnotar durchlaufen. Die notarielle Fachprüfung kann bereits abgelegt werden, wenn jemand als Rechtsanwalt zugelassen ist und die generellen Voraussetzungen für die Bestellung zum Notar erfüllt. Die schriftliche Fachprüfung umfasst 6 fünfstündige Aufsichtsarbeiten (§ 7 b BNotO) aus dem Bereich Bürgerliches Recht, Wohnungseigentumsrecht, Recht der Personen- und Kapitalgesellschaften, Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit insbesondere Beurkundungsrecht, Grundbuch-, Vormundschafts-, Nachlass- und Registerrecht, Notarrecht, Kostenrecht, Grundzüge des Handelsrechts, der Zwangsvollstreckung, des Insolvenzrechts, des Öffentlichen Rechts einschließlich Sozialrecht und des Steuerrechts sowie des Internationalen Privatrechts (§ 7 a IV BNotO). Hinzu kommt eine mündliche Prüfung die aus einem Vortrag und einem einstündigen Prüfungsgespräch besteht (§ 7 c BNotO).

Erfüllt ein Bewerber alle Voraussetzungen, richtet sich die Reihenfolge der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerber „nach der persönlichen und fachlichen Eignung unter Berücksichtigung der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung und der bei der Vorbereitung auf den NotarBeruf gezeigten Leistungen.“ Bei einem Notarassessor ist die Dauer des Anwärterdienstes angemessen zu berücksichtigen. Bei Anwaltsnotaren wird „die fachliche Eignung nach Punkten bewertet; die Punktzahl bestimmt sich zu 60 vom Hundert nach dem Ergebnis der notariellen Fachprüfung und zu 40 vom Hundert nach dem Ergebnis der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung, soweit nicht im Einzelfall nach Anhörung der Notarkammer ausnahmsweise besondere, die fachliche Eignung vorrangig kennzeichnete Umstände zu berücksichtigen sind. Bei gleicher Punktzahl im Regelfall auf das Ergebnis der notariellen Fachprüfung abzustellen.“ Allerdings kann man zu dieser notariellen Fachprüfung erst ab 1. 2. 2010 zugelassen werden (§ 120 II BNotO). Für Besetzungsverfahren bleibt es bis dahin beim bisherigen Recht.

Anliegen der Neuregelung ist es, ein Zugangs- und Auswahl-system einzuführen, das fachliche Mindeststandards sichert und den verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine geordnete Auswahl Rechnung trägt.

#### 4. Abschaffung der Amts- und Bezirksnotare im Baden-Württemberg

Nahezu zeitgleich mit der Neuordnung und Verschärfung des Zugangs zum Anwaltsnotariat hat Baden-Württemberg die Strukturen seines Notariats reformiert. Bis 2018 sollen flächendeckend alle Amtsnotariate aufgelöst und in Notariate mit freiBeruflicher Amtsausübung übergeführt werden.<sup>24</sup> Die Überführung erfolgt in zwei Schritten: Ab sofort werden in Baden-Württemberg neu nur noch freiBerufliche Nurnotariatsstellen besetzt. Die Notare im Landesdienst und bisherigen Bezirksnotare können sich ebenfalls um diese Stellen bewerben (§ 114 II BNotO i. d. F. des Art. 1 des Änderungsgesetzes vom 15. 7. 2009). Die Ende 2017 noch vorhandenen Notare im Landesdienst oder Notarvertreter gelten kraft Gesetzes als bestellte Nurnotare (§ 114 II BNotO i. d. F. von Art. 2 des Änderungsgesetzes vom 15. 7. 2009). Bewerber für die Ernennung zum Bezirksnotar werden Ende 2017 Notarassessoren gleichgestellt. Auf diese Weise soll erreicht werden, dass auch in Baden-Württemberg ein modernes, funktionsfähiges und leistungsstarkes Notariat entsteht, dass den heutigen Anforderungen voll gerecht wird.

### III. Reform des Disziplinarrecht

Alle Notare unterstehen nach den §§ 92 ff. BNotO der Aufsicht (1) des Präsidenten des Landgerichts des Bezirks, in dem sie ihren Amtssitz haben, (2) dem Präsidenten des Oberlandesgerichts und (3) der Landesjustizverwaltung. Bei

<sup>24</sup> Vgl. Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 15. 07. 2009, BGBl. I, 1798; zur Begründung s. Gesetzentwurf des Bundesrates vom 2. 4. 2008, BT-Drucks. 16/8696.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

Disziplinarvergehen können gegen den Notar ein Verweis, eine Geldbuße oder notfalls die Entfernung aus dem Amt angeordnet werden (§ 97 I 1 BNotO). Auch die Zwangsversetzung ist eine mögliche Disziplinarmaßnahme (§ 97 II BNotO). Gegen Disziplinarmaßnahmen stehen dem Notar Rechtsbehelfe an das Oberlandesgericht und den Bundesgerichtshof zu. Die Verfahren vor beiden Instanzen wurden bisher im sog. Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit abgewickelt.

Nachdem das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit nun durch das FamFG vom 17.12. 2008<sup>25</sup> zum 1. 9. 2009 neu geordnet wurde, hat der Gesetzgeber auch das anwaltliche und notarielle Disziplinarrecht neu geordnet.

Nach dem Gesetz zur Neuregelung des notariellen Disziplinarrechts vom 17. 6. 2009<sup>26</sup> wurde zunächst das Verfahren in Disziplinarmaßnahmen dem Disziplinarverfahren vor dem Verwaltungsgericht nach dem Bundesdisziplinalgesetz unterstellt (§§ 75 V 4, 96, 105, 109 BNotO).

Durch das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht vom 30. 7. 2009<sup>27</sup> wurde zusätzlich das gesamte Disziplinarverfahren generell dem Verwaltungsverfahren unterstellt (§ 64 a I 1 BNotO i. d. F. von Art. 3 des Änderungsgesetzes).

Außerdem wurde angeordnet, dass auch sonstige Verwaltungsakte, die gegenüber Notaren ergehen, vor dem Oberlandesgericht (mit Rechtsmittel an den BGH) angefochten werden können, und dass diese Verfahren nunmehr nach der Verwaltungsgerichtsordnung abzuwickeln sind (§ 111 b BNotO i. d. F. von Art. 3 Nr. 20 des Änderungsgesetzes).

---

<sup>25</sup> BGBl. I 2586.

<sup>26</sup> BGBl. I 1282.

<sup>27</sup> BGBl. I 2449.

#### IV. Neuordnung des Notarkostenrechts

Eine Reform des Notarkostenrechts hat der Gesetzgeber in der Ende September zu Ende gegangenen 16. Legislaturperiode nicht mehr beschließen können. Er hat diese Reform aber soweit vorbereitet, dass sie vermutlich in den nächsten zwei Jahren verabschiedet werden kann. Während Gerichtskostengesetz und Rechtsanwaltsvergütungsgesetz bereits am 5. Mai 2004 neu gefasst wurden und zum 1. 9. 2009 durch das Gesetz zur Reform des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit neugefasst und durch das FamGKG für Gerichtskosten ergänzt wurden, sind die Notarkosten und die Kosten der sonstigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit immer noch in der Kostenordnung vom 26. 7. 1957 geregelt. Dieses Gesetz regelt strukturell primär die Gerichtskosten und legt erst im zweiten Teil (§§ 140 ff. KostO) fest, dass die Regeln über die Gerichtskosten für die Kosten der Notare entsprechend gelten (§ 141 KostO). Da die Gerichte aber keine Beurkundungszuständigkeit mehr haben, ist diese Art der gesetzlichen Regelung inzwischen überholt. Während die neuen Kostengesetze für alle anfallenden Tätigkeiten in einem Kostenverzeichnis im Anhang klare Gebührentatbestände festlegen, ist dies bei der Kostenordnung noch nicht der Fall. Eine Neufassung soll diesen veränderten Gegebenheiten Rechnung tragen. Einen vollständig ausgearbeiteten Entwurf einer neuen Kostenordnung hat die Expertenkommission „Reform der Notarkosten“ der Bundesjustizministerin am 10. 2. 2009 übergeben. Danach sollen die neuen Gebühren auch leistungsorientierter ausgestaltet werden. Der Notar soll vor allem für Entwürfe, bei denen es nicht zu einer Beurkundung kommt, besser entlohnt werden. Damit Notare in strukturschwachen Regionen ebenfalls ausreichend verdienen, sollen vor allem die Gebühren im untersten Wertbereich angehoben werden.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Vgl. Erläuterungen zum Entwurf einer Kostenordnung, S. 58 ff. Der Entwurf ist über [www.bmj.de/files/-/3480/Expertenkommission](http://www.bmj.de/files/-/3480/Expertenkommission) aufrufbar.

## V. Der Notar und der elektronische Rechtsverkehr

### 1. Das elektronische Handelsregister

In Vollzug der EU-Richtlinie 2003/58/EG vom 15. 7. 2003<sup>29</sup> wird das deutsche Handelsregister seit dem 1. 1. 2007 nur noch vollständig elektronisch geführt (§ 8 I HGB). Sämtliche Anträge und Unterlagen können nur noch elektronisch eingereicht werden, müssen also vorher eingescannt und die Kopien beglaubigt werden. Als Folge davon kann das Handels- und Unternehmensregister im Internet unter „www.handelsregister.de“ von jedermann (ohne Nachweis eines besonderen Interesses) abgefragt werden (§ 9 I 1 HGB), was ein erheblicher Fortschritt ist. Aufrufbar sind nicht nur der Inhalt der Registereintragung, sondern auch die vom Notar elektronisch eingereichten Dokumente. Der Aufruf ist allerdings gebührenpflichtig und kostet 4,50 € pro Registerblatt (JVKostO § 7 b iVm. GV Nr. 400).<sup>30</sup> Nur Bekanntmachungen der letzten vier Wochen können nach § 10 HGB kostenfrei aufgerufen werden.<sup>31</sup>

Nach § 12 I HGB sind Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister elektronisch in öffentlich-beglaubigter Form über das bundeseinheitliche Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) beim Registergericht einzureichen.<sup>32</sup> Die gleiche Form ist für eine Vollmacht zur Anmeldung erforderlich.

<sup>29</sup> ABl. EG Nr. L 221/13 v. 4. 9. 2003.

<sup>30</sup> U. Seibert/D. Decker, DB 2006, 2446, 2448. Für das Unternehmen selbst besteht der Vorteil, dass die elektronische Bekanntmachung nach § 137 I Nr. 5 a KostO nur 1 € kostet.

<sup>31</sup> U. Seibert/D. Decker, DB 2006, 2446, 2448.

<sup>32</sup> U. Seibert/D. Decker, Das Gesetz über elektronische Handelsregister - Der „Big Bang“ im Recht der Unternehmenspublizität, DB 2006, 2446, 2447; J. Schlotter/T. Reiser, Ein Jahr EHUG - die ersten Praxiserfahrungen, BB 2008, 118; M. Sikora/M. Schwab, Das EHUG in der notariellen Praxis, MittBayNot 2007, 1. Zu den Kosten der Handelsregisteranmeldung beim Notar s. W. Tiedtke/M. Sikora, Kosten im elektronischen Rechtsverkehr, MittBayNot 2006, 393.



Die Anmeldung zum Handelsregister selbst ist aber weiterhin traditionell beim Notar in Papierform zu erstellen. Sodann beglaubigt der Notar die Unterschrift des Anmeldenden (§ 40 BeurkG). Dann wandeln der Notar bzw. seine Mitarbeiter die Papier-Dokumente in Dateien um, diese hat der Notar höchstpersönlich elektronisch zu beglaubigen (§ 12 II HGB).<sup>33</sup> § 39 a BeurkG regelt die Beglaubigung einfacher elektronischer Zeugnisse. Dazu muss das erstellte Dokument vom Notar persönlich<sup>34</sup> mit einer qualifizierten elektronischen Signatur des Notars nach dem Signaturgesetz versehen werden.<sup>35</sup> Mit dem Zeugnis muss eine Bestätigung der Notareigenschaft verbunden werden.<sup>36</sup> In der Praxis ergibt sich diese aus dem eingetragenen Attribut des Signaturzertifikats des Notars.<sup>37</sup> Pro Anmeldung braucht der Notar alle Dokumente nur einmal mit der PIN-Eingabe zu beglaubigen. Das elektronische Versenden selbst kann der Notar wieder auf Mitarbeiter delegieren.<sup>38</sup>

Die Anmeldung wird in maschinell lesbarer Form übermittelt, so dass das Registergericht die Daten nicht neu erfassen muss, sondern leicht überprüfen kann. Die Anmeldung wird durch den Richter oder Rechtspfleger für die Veröffentlichung im Internet überprüft und freigegeben. Für den elektronischen Verkehr selbst stehen inzwischen die Softwares „XNotar“ und

<sup>33</sup> R. Mödl/C. SCHMIDt, ZIP 2008, 2332, 2333. Für Einzelheiten s. S. Apfelbaum/J. Bettendorf, Die elektronisch beglaubigte Abschrift im Handelsregisterverkehr, RNotZ 2007, 89.

<sup>34</sup> Vgl. Mitteilung „Höchstpersönliche Verwendung von Signaturkarten“, DNotZ 2008, 161; J. Bettendorf/S. Apfelbaum, Die persönliche Erzeugung der Signatur bei der Erstellung elektronischer notarieller Urkunden, DNotZ 2008, 85; J. Bettendorf, Die elektronische Signatur aus Berufsrechtlicher Sicht, in: W. Lüke/J. Püls, Der elektronische Rechtsverkehr in der notariellen Praxis, 2009, S. 27.

<sup>35</sup> Vgl. D. Gassen, Die Form der elektronischen Notarurkunde, RNotZ 2007, 142; H. Malzer, Elektronische Beglaubigung und Medientransfer durch den Notar nach dem Justizkommunikationsgesetz, DNotZ 2006, 9; K. Oertel, Elektronische Form und notarielle Aufgaben im elektronischen Rechtsverkehr, MMR 2001, 419.

<sup>36</sup> Vgl. Schaub, in EbenRoth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 12 Rn. 3.

<sup>37</sup> R. Mödl/C. SCHMIDt, ZIP 2008, 2332, 2333.

<sup>38</sup> R. Mödl/C. SCHMIDt, ZIP 2008, 2332, 2335.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

„SigNotar“ zur Verfügung, mit denen die notwendigen Vorgänge reibungslos ausgeführt werden können.<sup>39</sup>

Nach § 9 I HGB ist die Einsichtnahme in das Handelsregister jedermann zu Informationszwecken gestattet. Die Landesjustizverwaltungen bestimmen das elektronische Informations- und Kommunikationssystem, über das die Daten aus den Handelsregistern abrufbar sind. Die Bundesländer haben hierfür inzwischen ein gemeinsames zentrales Länderportal ([www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de)) geschaffen. Auf diese Weise kann allen Marktteilnehmern der heute schnelllebigen Wirtschaft schnelle und zuverlässige Information über andere Unternehmen zur Verfügung gestellt werden.<sup>40</sup> Derzeit bestehen Online-Zugriffsmöglichkeiten auch auf die Handelsregister von Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Italien, Niederlande, Österreich und Spanien.<sup>41</sup>

Bei Gerichten und Notariaten hat die Einführung des elektronischen Handelsregisters natürlich erfordert, dass die entsprechenden technischen Einrichtungen geschaffen wurden. Außerdem ist die Bearbeitung im Notariat nunmehr aufwändiger, zumindest soweit Unterlagen eingescannt werden müssen. Das System hat sich aber insgesamt bewährt und ist ein eindeutiger Fortschritt.

## 2. Der elektronische Rechtsverkehr in Grundbuchsachen

Nach den positiven Erfahrungen mit dem Handelsregister hat der Gesetzgeber nun die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass auch der Grundbuchverkehr voll in elektronischer Form abgewickelt werden kann. Allerdings bestehen in den

<sup>39</sup> ZZt. In der Version „ELRV 3.0“; vgl. R. Mödl/C. SCHMIDt, Licht und Schatten im elektronischen Rechtsverkehr mit dem Handelsregister, ZIP 2008, 2332, 2334; R. Mödl, ELRV 3.0 – eine neue Dimension des elektronischen Rechtsverkehrs, in W Lücke/J. Püls (Fn. 34), S. 55.

<sup>40</sup> Schaub, in EbenRoth/Boujong, HGB, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 10; H.-J. Fischer, Die Bedeutung des elektronischen Registerverkehrs für den Wirtschaftsstandort Deutschland, in W Lücke/J. Püls (Fn. 34), S. 49.

<sup>41</sup> Schaub, in EbenRoth/Boujong, § 9 Rn. 11.

einzelnen Bundesländern teilweise noch nicht alle technischen Voraussetzungen dafür, so dass der volle elektronische Grundbuchrechtsverkehr erst nach und nach eingeführt werden kann.

Die Notwendigkeit zur Einführung eines elektronischen Rechtsverkehrs in Grundbuchsachen ergab sich aus den gleichen Überlegungen wie beim Handelsregister, nämlich dass schriftliche Urkunden nur schwer verfügbar sind und ihre Einsicht viel Zeit kostet.

a. Schon seit Jahren gibt es in den Ländern, in denen das Grundbuch unter Abbildung des traditionellen Grundbuchblattes maschinell (elektronisch) geführt wird, die Möglichkeit, im Rahmen eines *automatisierten Abrufverfahrens* online Einsicht in das Grundbuch zu nehmen.<sup>42</sup> Nach § 133 I, II GBO steht dieses Verfahren Gerichten, Behörden, Notaren und öffentlich-bestellten Vermessungsingenieuren zur Verfügung.<sup>43</sup> Schon die Einführung dieses Abrufverfahrens hat die Arbeit der Notariate wesentlich vereinfacht. Die Grundbucheinsicht ist vom PC im Notariat aus möglich.

b. Durch das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren (ERVGBG) vom 11. 8. 2009<sup>44</sup> hat der Gesetzgeber nunmehr die gesetzliche Grundlage dafür geschaffen, dass die Länder auch den vollständigen *elektronischen Rechtsverkehr in Grundbuchsachen* einführen können. Die §§ 135 ff. GBO n. F. sehen vor, dass Anträge, sonstige Erklärungen sowie Nachweise über Eintragungsvoraussetzungen dem Grundbuchamt als elektronische Dokumente übermittelt werden können. Gleichzeitig kann bestimmt werden, von welchem Zeitpunkt an Notare verpflichtet sind, alle diese Dokumente elektronisch

<sup>42</sup> Zur Entwicklung s. Meikel/Engel, GBO, 10. Aufl. 2009, Vor § 126 Rn. 3 ff., 30 ff.

<sup>43</sup> S. [www.grundbuchportal.de](http://www.grundbuchportal.de).

<sup>44</sup> BGBl. I/2713.

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

zu übermitteln (§ 135 I 2 Nr. 4 a GBO). Nach § 135 II GBO können auch die Grundakten selbst elektronisch geführt werden.

§ 137 I GBO sieht vor, dass die bisherigen Anträge und Eintragungsbewilligungen, die in öffentlich beglaubigter Form dem Grundbuchamt nachzuweisen waren, durch ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39 a BeurkG versehenes elektronisches Dokument dem Grundbuchamt übermittelt werden können. Die Parallele zum elektronischen Handelsregister ist also unverkennbar.

Ergänzend ist geplant, ein *elektronisches Grundschuldverfahren* unter Einbindung der Banken zunächst versuchsweise einzuführen.<sup>45</sup>

c. Für den *Abruf von Daten* aus dem elektronischen Grundbuch und den elektronischen Grundakten kann ein automatisiertes Verfahren eingerichtet werden. Die Regeln über das bisherige automatisierte Verfahren gelten entsprechend, so dass Gerichte, Behörden, Notare und Vermessungsingenieure wiederum uneingeschränkte Einsicht haben. Das Gesetz enthält, wie *Wilsch* im Beck'schen Online-Kommentar zur GBO ausführt, eine „kopernikanische Grundbuchverfahrenswende“.<sup>46</sup>

Anders als beim Handelsregister wird das elektronische Grundbuch aber nicht sofort bundesweit eingeführt, vielmehr bleibt den Ländern Handlungsspielraum, die Voraussetzungen für die technische Einführung selbst zu regeln. Immerhin steht inzwischen mit dem im November 2008 erstellten X-Justiz-Fachmodul „Grundbuch“ ein Datenformat zur Verfügung, das den Austausch der Grundbuchdaten in strukturierter Form gewährleistet.

<sup>45</sup> D. Gassen/R. Mödl, Der elektronische Rechtsverkehr in Grundbuchsachen, ZRP 2009, 77 ff.; D. Gassen/J. Kirchner, Perspektiven des elektronischen Rechtsverkehrs in Grundbuchsachen, in W Lücke/J. Püls (Fn. 34), S. 65.

<sup>46</sup> *Wilsch*, in Beck OK GBO, Stand 1.10. 2009, § 135 Rn. 1.

## VI. Die Ergebnisse dieses Überblicks

1. Der deutsche Notar ist eine traditionelle *Einrichtung der vorsorgenden Rechtspflege*. Der deutsche Gesetzgeber hat für wirtschaftlich besonders wichtige Geschäfte regelmäßig die notarielle Beurkundung, zumindest die notarielle Beglaubigung vorgeschrieben. Der Notar ist insoweit der Berufene, fachkundige und neutrale Rechtsberater. An dieser staatstragenden, in positivem Sinne konservativen Position dürfte sich wohl auch in naher Zukunft nichts ändern. Ich glaube nicht, dass das Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission zu einer wesentlichen Umgestaltung der Stellung des Notars und des notariellen Berufsrechts führen wird.

2. Der deutsche Gesetzgeber hat gleichwohl in den letzten Jahren, verstärkt in diesem Jahr versucht das *notarielle Berufsrecht* zu *modernisieren*, primär um den hohen Standard fachlicher Qualifikation, den man heute von einem Notar erwartet, besser als bisher zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere für die Neuregelung des *Zugangs zum Anwaltsnotariat*, aber auch für die allmähliche *Abschaffung des beamteten Bezirksnotars* in Baden-Württemberg.

3. Da sich die Tätigkeitsschwerpunkte verschieben, bedarf selbstverständlich auch das *Kostenrecht* für die Notare der *Modernisierung*, ebenso wie das Kostenrecht der anderen juristischen Berufsträger bereits vor Jahren reformiert wurde. Eine solche Reform ist in Angriff genommen worden und wird vermutlich in den nächsten zwei Jahren verabschiedet werden.

4. Die größte Veränderung im Bild der Notare und in ihrer praktischen Tätigkeit hat aber die Einführung des *elektronischen Rechtsverkehrs beim Handelsregister* und die nun anstehende vollständige Einführung des *elektronischen Rechtsverkehrs für den Grundbuchverkehr* gebracht. Der elektronische Rechtsverkehr hat zunächst einmal höhere Investitionen für den Notar

BEITRAG  
VON  
PETER  
GOTTWALD

erfordert. Er hat aber zugleich wesentliche Vorteile und zwar sowohl für Notare wie für deren Klienten, da mit der elektronischen Kommunikation viel Zeit und Geld gespart wird und das Informationssystem generell deutlich verbessert wird. Die Notare haben an der Einführung dieses elektronischen Rechtsverkehrs selbst immer aktiv mitgearbeitet, weil nur ein wirklich modernes, leistungsfähiges Notariat es auf Dauer rechtfertigt, dass die Parteien die nicht unerheblichen Kosten für die notarielle Beratung und Beurkundung zu tragen haben.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Peter GOTTWALD**

(Almanya - Regensburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## **ALMANYA'DA NOTERLİK ALANINDAKİ GÜNCEL GELİŞMELER\***

PETER  
GOTTWALD'IN  
TEBLİĞİ

### **I. Yargı Organı Olarak Noter**

Almanya'da noterler, yasal süreçlerin belgelenmesi ve diğer görevlerden "*bağımsız bir şekilde kamu hizmeti gören*" ve "*hukukun düzgün işlemesi için tedbir alan*" makamlar olarak yetkilidirler (§ 1 BNotO). Belgelendirme işlemi neredeyse tamamen noterlerin elindedir (§§ 1 ff. BeurkG). Sadece mahkemelerin (§ 127 a BGB; § 62 BeurkG), gençlere kamusal yardım ile görevli dairelerin (§§ 59, 87 e SGB VIII) ve evlendirme dairelerinin (§§ 3 ff. PStG) kısıtlı, tamamlayıcı ve öncelikli belgelendirme yetkileri vardır. Gayrimenkulle ilişkin tüm işlemlerde, evlilik sözleşmelerinde, evlat edinme işlemlerinde, resmî vasiyet-

---

\* Çev.: Arş. Gör. Özlem Yazar, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

PETER  
GOTTWALD'IN  
TEBLİĞİ

name ve miras sözleşmelerinde, şirket kuruluşları ve şirketlerin yapısal değişikliklerinde ve sicil kayıtlarında ise yalnızca noter yetkilidir. Ancak belirtmek gerekir ki kişi, vasiyetnamesini resmi (noter tarafınca düzenlenmiş) şekil yerine (§§ 2231 Nr. 1, 2232 BGB), bizzat kendisi de yazılı olarak hazırlayabilir (§§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB).

Noter, belgelendirme işleminden önce tarafların isteklerini araştırmalı, taraflar için konuyu aydınlatmalı, işin hukuksal önemi ve kapsamı ile ilgili olarak tarafları bilgilendirmeli ve tarafların açıklamalarını açık ve net bir şekilde edinmelidir. Bu arada tecrübesiz ve bilgisiz tarafın zarara uğramamasına dikkat etmelidir (§ 17 I BeurkG).

#### a. Kamu Görevlisi Olarak Noter

Noter, Alman hukukunda kamu görevlisi olarak kabul edildiğinden, noterin belgelendirme hizmeti özel hizmet değil, yargısal nitelikte bir işlemdir. Belgelendirme işlemi, kesinlikle bir çekişme sonunda verilen bir mahkeme kararı değildir; çekişmesiz yargı altında, hukukun düzgün işlemesine yönelik tedbir niteliğindeki kamusal bir görevdir.<sup>1</sup> Noterlik bu anlamda, yargı örgütünün bir kolu olduğundan,<sup>2</sup> yargının denetimi altındadır (§§ 92 ff. BNotO) ve serbest meslek olarak yerine getirildiğinden, yetkilendirilmiş bir kurumdur.

Anayasaya göre sosyal hukuk devletinde (Art.20III, 28I GG) hukukun düzgün işlemesi için tedbir alma görevi de devletin hukuku koruma görevleri içersindedir.<sup>3</sup> Devlet bu göre-

<sup>1</sup> N. Preuß, *Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger*, 2005, S. 112 ff.; W. Habscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7. Aufl. 1983, § 6 III (S. 35 f.); W. Brehm, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 4. Aufl. 2009, § 3 Rn. 11; Schippel, *Bundesnotarordnung*, 7. Aufl. 2000, § 1 Rn. 8 ff.

<sup>2</sup> N. Preuß, *Der Notar als Außenstelle der Justiz - Erfüllung staatlicher Rechtspflegeaufgaben durch externe Funktionsträger*, DNotZ 2008, 258, 263.

<sup>3</sup> W. Baumann, *Das Amt des Notars - seine öffentlichen und sozialen Funktionen*, MittRhNotK 1996, 1, 3, 21.



vinin yerine getirilmesinde yardımcı olması için noterleri yetkilendirilmiştir.

Alman noteri, kendisine sunulan her belgeyi öylesine tasdik edemez. Öncelikle belgeyi incelemeli, gerekli ve mümkün olduğu ölçüde tarafları bilgilendirmelidir. Noterin bu eylemi, zayıf kişileri ve yabancıları korumaya,<sup>4</sup> ileride oluşabilecek çekişmeleri önlemeye ve noterin yaptığı işlemlerin hukuki olarak formüle edilmesine hizmet eder. Noter, tarafların sonradan bir sürprizle karşılaşmamaları için, işlem ile ilgili sözleşme metnini iki hafta önceden hazırlamalıdır<sup>5</sup> (§ 17 II a Nr. 2 BeurkG). Tarafsız bir kamu görevlisi niteliğinde olan noter, gerekçesi olmadığı sürece hiç kimsenin işlemini yapmayı reddedemez (§ 15 I BNotO) ve yalnızca bir tarafı bilgilendiremez.<sup>6</sup> Tüm bu görevlerini yerine getirebilmesi için noterin başka mesleki alanlarda çalışması yasaktır (§ 8 BNotO).

Anayasa mahkemesi, noterin bu tedbir nitelikli görevlerini her zaman kamusal görev olarak sınıflandırmıştır. Bu nedenle Noter, hâkime yakın bir kamu görevlisidir. Yani, bir hâkim gibi bağımsız, dürüst ve tarafsız olmak zorundadır.<sup>7</sup> Alman noterliği, bahsedilenler bakımından Latin noterliğinin geleneklerine sahiptir.<sup>8</sup>

## b. Avrupa Hukukuna Göre İtirazlar

Avrupa Komisyonu, 21 adet Avrupa Birliği'ne üye devlet arasından Latin noterliğinin geleneklerine sahip devletlere, yani Federal Almanya Cumhuriyeti ve diğer 14 üye ülkeye karşı 27.6.2007 tarihinde Avrupa Adalet Divanında sözleşmeyi ihlal davası açmıştır.<sup>9</sup> Davanın gerekçesi, Avrupa Birliğinin

<sup>4</sup> W. Baumann, MittRhNotK 1996, 1, 22.

<sup>5</sup> Vgl. H. Grziwotz, Vom Mitternachts- zum Sonntagsnotar, ZfIR 2009, 627.

<sup>6</sup> W. Baumann, MittRhNotK 1996, 1, 24.

<sup>7</sup> BVerfGE 54, 237 (Rz. 47 ff.) = NJW 1980, 2123; vgl. N. Preuß, Zivilrechtspflege (Fn. 1), S. 142 ff., 179 ff.

<sup>8</sup> W. Baumann, MittRhNotK 1996, 1, 3 ff.

<sup>9</sup> Vgl. N. Preuß, Kompetenzkonflikt zwischen Europäischer Union und Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet des Notarrechts, GPR

Çalışma Usulüne İlişkin Sözleşme'nin (AEUV) 49. maddesinde düzenlenmiş olan çalışma özgürlüğünün, Almanya ve söz konusu diğer ülkelerin noterlik meslek kanunlarınınca ihlal edildiği düşüncesidir (ex-Art. 43 I 1 EGV); aynı sözleşmenin elli birinci maddesinin istisnası (ex-Art.45 EGV) "*kamu gücüyle ilgili görevleri*" kapsamamaktadır. Anglo-amerikan hukuk çevresinin görüşlerine<sup>10</sup> bağlı olarak Komisyon, belgelendirme işleminin yalnızca bir hizmet olduğu, bu nedenle üye devletlerin bireylerince de serbestçe yapılabileceği ve belgelendirme işleminin özel hizmet şirketlerine de devredilebileceği görüşündedir.<sup>11</sup> Buna göre noterlik, avukatlık gibi serbest meslek niteliğindedir ve özel ticari işletme gibi çalışmaktadır. Bu sebeple çok da özel (üstün) bir görev yapmamaktadır. Birkaç resmi açık arttırma gibi özel görevler noterlik hizmetlerinin çekirdeğini oluşturmakta ve bu da kamu gücünün yerine getirilmesinden başka bir anlama sahip değildir. Noter bilgilendirmeden sonra tasdik işlemi yapmakta, ancak tarafların beyanlarının içeriğini dikte ettirmemektedir.<sup>12</sup> Komisyona göre, nihayetinde bütün serbest meslekler devletin görev organlarına dönüştürülmeden, az veya çok devlet tarafından düzenlenmiştir.<sup>13</sup>

Alman düşüncesine göre ise durum tam tersidir: Noter devletin kamu düzeni çerçevesinde işlem yapmaktadır. Bu nedenle bazı özel bölgeleri etkilemeyecek biçimde sadece ülke içinde işlem yapabilmektedir ve bu eylemi en azından Avrupa Birliği başka bir şey öngörmedikçe yapabilir.<sup>14</sup>

1/08, S. 2; U. Karpenstein/I. Liebach, Das deutsche Notariat vor dem Europäischen Gerichtshof, EuZW 2009, 161.

<sup>10</sup> Vgl. R. Stirner, Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Notariat, Liber amicorum Lindacher, 2007, S. 175, 184.

<sup>11</sup> U. Karpenstein/I. Liebach EuZW 2009, 161.

<sup>12</sup> St. Schill, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit - Der Anfang vom Ende eines Privilegs?, NJW 2007, 2014, 2017.

<sup>13</sup> Vgl. J. Kämmerer, Freiheit und Staatsgebundenheit der Notare, NJW 2006, 2727, 2730.

<sup>14</sup> N. Preuß, GPR 1/08, S. 4 f. Nach dem Gesetzentwurf des Bundesrates vom 21.4.2010 „zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare“, BT-Drucks. 17/1469, sollen den Notaren die Aufgaben der Nachlassgerichte und weitere Aufgaben der

### c. Görüş Beyanı

Bu durumda ne olmaktadır? Belirleyici olan ise, noterin, Avrupa Birliğinin Çalışma Usulüne İlişkin Sözleşme'nin 51. maddesi (ex-Art.45 EGV) anlamında "kamusal gücü" kullanıp kullanmadığıdır.<sup>15</sup> Hiç kimse noteri kamusal gücün merkezinde görmemektedir. Ancak, Alman noteri yüksek delil gücü bulunan belgeler düzenlemektedir (§ 415 ZPO). Noter cebri icra mahkûmiyetlerini tasdik edebilir (§§ 794I Nr.5, 800 ZPO), avukat tarafından yapılan uzlaştırmaların ve bazı belgelerin uygulanabilir suretlerini düzenleyebilir (§§796c, 797 ZPO). Tüm bunların yanında, noterin yemin yerine geçen taahhütler alabilme yetkisi de vardır (§2356 II 1 BGB). Hatta noter, Bayern eyaletinde yaşam birliğini (evlilik benzeri) dahi düzenleyebilir. Bunların hepsi mahkemeye ait ya da önemli görevlerdir ve bunların yurtdışında yerine getirilmesi yasaktır. Dava edilmiş olan tüm Latin Noterliği geleneğine sahip devletler benzer fonksiyonlara sahip olduklarından, üye devletlerin norm anlayışının otonom gerekçelendirmelerde dikkate alınması gerekir. Bu nedenle Avrupa Adalet Divanının, noterlerin hukuki fonksiyonlarını, önemli görevlerini inkâr etmesi ve Latin noterliğini kaldırması olası gözükmemektedir.

Bana daha olası gelen ise, noterlik görevinin Avrupa Birliğinin Çalışma Usulüne İlişkin Sözleşme'nin 51. maddesinin istisnası (ex-Art.45 EGV) olarak kabul edilmesi, noter olmanın vatandaşlıkla sınırlandırılmasının ise aynı sözleşmenin 18. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının (ex-Art. 12 I EGV) ihlali olarak değerlendirilmesidir. Kanımca ön eğitimi başaran her bir Avrupa Birliği vatandaşı bütün ülkelerde noter olarak görev yapabilmelidir.

freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen werden.

<sup>15</sup> Zweifelnd G. Hirsch, Die Europäisierung der freien Berufe, DNotZ 2000, 729; J. Fleischhauer, Europäisches Gemeinschaftsrecht und materielles Berufsrecht, DNotZ 2002, 325; bekräftigend dagegen B. Zypries, Notariat bleibt Aufgabe der öffentlichen Gewalt, Rede vor dem DAV-Forum Anwaltsnotariat vom 6. 3. 2009.

## II. Noter ve Avukat Noterliği

### 1. Noterlik Çeşitleri

Latin hukuku etkisindeki çoğu Avrupa Birliği ülkesinde kanunen sadece bir noterlik kurumu mevcutken, Almanya'daki durum biraz daha farklıdır. Çoğunlukla Almanya'da da sadece noterlik işi yapan noterler bulunmaktadır. Almanya'nın kuzeybatısında bunun yerine "avukat noter" olarak adlandırılan kurum vardır. Bremen, Berlin, Hessen şehirlerinde ve Niedersachsen, Schleswig-Holstein eyaletleri ile Nordrhein-Westfalen eyaletinin bir kısmında noterlik, geleneksel olarak avukatlık mesleğinin yanında ek iş olarak yapılmaktadır (vgl. § 3 II BNotO). Avukat noterlerin noterlik mesleğini ek iş olarak yapabilmesi sebebiyle, avukat noterlerin sayısı sadece noterlik yapan noterlerden daha fazladır. Federal Noterler Odasının yayınlamış olduğu istatistiğe göre, 2009 yılı içinde sadece noterlik yapan noter sayısı 1.586 iken, avukat noter sayısı ise 6.755'dir.<sup>16</sup>

Baden-Württemberg eyaletindeki durum ise farklıdır. Baden'de şu an eyalet noterleri, Württemberg'de ise yüksek memurluk statüsünde olan ve hukuk fakültesini bitirmemiş (hukuk dersleri almış) kişilerden oluşan bölge noterleri görev yapmaktadır.

### 2. Noterlerin Statüsü

Noterliğin hangi türü olursa olsun, noterlik yapmak isteyen kişi Alman vatandaşı olmalı ve (bölge noterleri hariç) hâkimlik mesleğini yapmaya yetkili olmalıdır (§ 5 BNotO). Notere belirli bir görev yeri tahsis edilir (§ 10 I 1 BNotO) ve noter yalnızca o görev yerinde çalışabilir (§§ 10 a, 11 BNotO). Eyaletler, ihtiyaçları oranında noter talep edebilir. Noterlerin bütün alanları kapsayacak şekilde yerleştirilmesine ve küçük yerlerdeki dağılıma özellikle dikkat edilir. Noter yeterli gerekçe belirtmeden hiç kimsenin işini reddetmeye yetkili değildir (§ 15 I BNotO). Noter, yaptığı iş karşılığında ücret tarifesinde belir-

<sup>16</sup> Notarstatistik, DNotZ 2009, 242.

lenmiş olan miktarı talep edebilir ve her kamu makamı gibi bu ücret için icra takibi yapabilir (§ 155 BNotO).

Noterlik, sosyal statüsü oldukça yüksek bir meslek olarak görülmektedir. Noterlerin kazançları da Almanya'da ki ortalama gelir düzeyinin üstündedir; 2008 yılı içinde gelir ortalamaları 204.000 Euro'dur. Buna göre, son yıllarda hâkimlik sınavını en iyi derece ile başarmış kişiler, ek meslek olarak değil asıl meslek olarak yalnızca noterliğe başvurmakta ya da avukat noterlik yapabilecekleri bölgelerde görev yapmayı tercih etmektedirler. Noter odaları, noterlik mesleğine başvuranlar arasından en iyilerini kural olarak seçebilirler. Federal Noterlik Kanunu'nun 6. paragrafının 1. fıkrasına göre, adayların kişiliklerinin de noterlik mesleğine uygun olması gerekir. Noter odaları çoğunlukla, mesleğe yeni atılacak kişileri tercih etmekte, noterliğe başvurmadan önce başka işlerle meşgul olmuş kişileri tercih etmemektedir. Hatta doktora yapmış adaylar dahi uzun bir zaman boyunca kabul edilmemişlerdir.

Avukat noterler ve bu işi tek meslek olarak yapan noterlerin görev ve yetkileri aynıdır. Ancak, avukat noterlerin hukuk işlerini ve noterlik işlerini birbirinden ayrı yürütmeleri ve bu konuya dikkat etmeleri gerekir. Avukat noter, avukatlık yaptığı konuyla ilgili noterlik, noterlik yaptığı konuyla ilgili avukatlık yapamaz.

### 3. Avukat Noter Olmanın Koşulları

a. Meslek olarak sadece noterlik yapan kişilerin seçimi problemsiz bir şekilde gerçekleşirken, avukat noterlerin hangi kriterlere göre seçilmesi gerektiği sorusu hala cevaplandırılmamıştır. Avukat noterlerin hâkimlik sınavında almış oldukları nota göre seçilmeleri uygun bir çözüm değildir. Çünkü bu noterlik çeşidinde önemli olan avukatlık mesleği esnasına kazanılan deneyimler ve bu deneyimlerden yararlanmaktır. Diğer yandan devlet görevinde bağımsız hukuk danışmanlığı yapanların avukat noter olmaları yasaktır. Kırsal alanlarda görev yapan avukatların birkaç yıl meslek deneyiminden sonra

avukat noter olmaları mümkündür. Avukat noter olma koşulları 1991 yılına kadar oldukça liberal niteliktedir. Buna göre, on beş yıllık avukatlık pratiğine sahip ve Noterlik Akademisi'nin yaklaşık dört hafta süren temel noterlik kursuna katılan aday, avukat noter olarak kabul ediliyordu.<sup>17</sup> 1991 yılında mesleğe giriş koşulları zorlaştırılmış, somut bir kalite profili düzenlenmiş ve seçim yöntemi daha şeffaf bir hale getirilmiştir.<sup>18</sup>

b. 1998 yılında Noterlik Meslek Kanunu değiştirilmiştir. Bu değişimle amaçlanan hedeflerden ilki, Almanya'nın yeniden birleşimi sonrasında, doğu ve batı için mesleğe giriş şartlarının dengelenmesidir. İkinci hedef, resmi kurumun özelliklerini ortaya koymak ve özellikle 14. 7. 1987<sup>19</sup> tarihli Anayasa Mahkemesi kararını dikkate almaktır. Söz konusu kararla birlikte, avukat noterlerin ve denetçilerin şirket kurma yasakları kaldırılmıştır. Avukat noterler bu yasağın kaldırılmasından beri, patent avukatı, vergi danışmanı, ekonomi denetmeni yeminli mali müşavirlik işlerini de yapabilmektedir<sup>20</sup> (§ 8 II BNotO). Ancak, noterlerin tarafsızlığının korunması için aynı zamanda iştirak etme yasakları da genişletilmiştir. Düzenleme Yasasının üçüncü paragrafının birinci fıkrasının dördüncü bendine göre noter, ortak olduğu veya aynı büroyu paylaştığı kişilerle ilgili belgelendirme işlemi yapamaz. Aynı paragrafın sekizinci bendine göre ise noter, vekili olduğu kişinin işiyle ilgili belgelendirme işlemi de yapamaz ve birisiyle sürekli bir iş veya hizmet ilişkisi varsa o durumda da belgelendirme işlemi yapamaz. İştirak etme yasağı aynı paragrafın yedinci bendine göre, noter ile aynı büroya bağlı kimseler ve belgelendirilecek konuyla ilgili görevli veya önceden görev almış kişilere ilişkindir. Bu iştirak yasağına uyulması denetleme makamınca, yani eyalet mahkemesi başkanın-

<sup>17</sup> Vgl. *Schalast*, Neue juristische Institutionen in den Transformationsstaaten: Der Beruf des Notars, WiRO 2001, 363, 665.

<sup>18</sup> Vgl. Gesetz zur Änderung des Berufsrecht der Notare und Rechtsanwälte vom 29. 1. 1991, BGBl. 1150.

<sup>19</sup> BVerfGE 76, 171 = NJW 1988, 191; BVerfGE 76, 196 = NJW 1988, 193.

<sup>20</sup> Vgl. *Eylmann*, Bewegung im Berufsrecht der Notare, NJW 1988, 2929, 2930.

ca (§ 92 Nr. 1 BNotO) yakından izlenir. Noter, çalışma saatleri içerisinde bürosunu açık tutmak zorundadır (§ 10 III BNotO). Ayrıca, gece yarısı veya Pazar günleri belgelendirme yapılması yasak değildir. Noterlerin reklam yasağı da hafifletilmiştir. Noterin kamuyu yanıltacak nitelikte reklam yapması ise yasaklanmıştır (§ 29 I BNotO).

c. Avukatların Meslek Kanunu 2009 yılında birçok yönden değiştirilmiştir. Anayasa mahkemesi 2004 yılında, avukat noterlerin seçilmesinde kullanılan o güne kadarki uygulamanın anayasa aykırı olduğunu açıklamış ve noter olmak isteyen adayların sınava tabi tutulmasını istemiştir.<sup>21</sup> Bahsedilen bu öngörüler, 2.4.2009 yılında Federal Noterlik Kanunu'na dâhil edilecek ve avukat noterliğe giriş yeniden düzenlenecektir.<sup>22</sup> Federal Noterlik Kanunu'nun 6. paragrafındaki yeni düzenlemeye göre aday;

1. Beş yıl boyunca değişik dallarda avukatlık yapmış ve farklı farklı müvekillere sahip olmalıdır.
2. Avukatlık mesleğinin en az üç yılını, noter olarak görev yapmak istediği eyalette icra etmelidir.
3. Noterlik sınavında başarılı olmalı
4. Sınavdan sonra her yıl en az on beş saatlik hizmet içi eğitime katılmalıdır.

Bunların yanı sıra aday, noterlik sınavından sonra yüz atmış saat bir noterin yanında pratik de yapmalıdır. Avukat olma hakkını kazanmış ve noter olabilme koşullarına sahip herkes noterlik sınavına girebilir. Altı adet ve her biri beş saat olan yazılı noter sınavı (§ 7 b BNotO), şu bölümlerden oluşmaktadır: Medeni hukuk, konut mülkiyeti hukuku, kişiler hukuku ve şir-

<sup>21</sup> BVerfGE 110, 304 =NJW 2004, 1935 (Rn. 81).

<sup>22</sup> BGBl. I 696; zur Begründung s. BT-Drucks. 16/4972 v. 5. 4. 2007.

PETER  
GOTTWALD'IN  
TEBLİĞİ

ketler hukuku, çekişmesiz yargı hukuku ve özellikle de belgelendirme hukuku, tapu hukuku, velayet hukuku, miras hukuku, sicil hukuku, noterlik hukuku, masraf hukuku, ticaret hukukunun temel konuları, icra hukuku, iflas hukuku, kamu hukuku, vergi hukuku ve uluslararası özel hukuk (§ 7 a IV BNotO). Aday, yazılı sınavdan sonra sözlü sınava da girer. Sözlü sınavda aday, sunum yapmakta ve de bir saat süren sözlü sorulara cevap vermektedir (§ 7 c BNotO). Bu koşulların hepsini yerine getiren adaylar arasında mesleğe en uygun aday, sırasıyla, kişisel ve branş açısından noterliğe uygunluğu, avukatlık sınav notu, ve noterlik mesleğine hazırlık aşamasında gösterdiği başarılar dikkate alınarak seçilmektedir. Belirtmek gerekir ki, stajyer noter olarak çalışma süresi, ölçülü bir şekilde takdir edilmelidir. Avukat noterlerin mesleki alandaki uygunluğu, puanlarla değerlendirilmektedir. Puanlamanın %60'ını noterlik sınav sonucu oluştururken, hukuk eğitimin sonunda yapılan avukatlık sınav sonucu %40'ını belirlemektedir. Adayın meslekte çok yetenekli olması ve bu konuda noterler odasının da görüşü alındığında, yukarda bahsedilen puanlama istisnaen önemli olmamakta; aday mesleğe kabul edilmektedir. Eşit puanlı adaylar arasındaki seçimde ise, noterlik sınav sonucu önem kazanmaktadır. Söz konusu noterlik sınavı, 1.2.2010 tarihinden sonra uygulanacaktır (§ 120 II BNotO) ve bu tarihe kadar noterlerin yerleştirilmesi eski kanuna göre gerçekleşecektir. Noterlik sınavının düzenlenme sebebi, noterliğe giriş ve seçilme koşullarını asgari güvence altına almak ve bu koşulların anayasal ilkelere uygun olmasını sağlamaktır.

#### 4. Baden-Württemberg'deki Eyalet ve Bölge Noterliğinin Kaldırılması

Baden-Württemberg'deki noterlik yapısı, yukarda bahsedilen avukat noterliğine girişle ilgili düzenlemeyle neredeyse aynı tarihte değiştirilmiştir. Buna göre 2018 yılına kadar resmi noterlik ortadan kaldırılıp, serbest meslek olarak yapılan noter-



liğe geçilecektir.<sup>23</sup> Bu geçiş süresi iki aşamada olacaktır. Bundan böyle Baden-Württemberg'e, noterliği serbest meslek olarak yapacak kişiler atanacaktır. Şimdiye kadar eyalet noteri ve bölge noteri olarak görev yapmış olanlar da, serbest meslek olarak yapılan noterliğe atanmayı talep edebilirler (§ 114 II BNotO i. d. F. des Art. 1 des Änderungsgesetzes vom 15. 7. 2009). Ancak, 2017 yılının sonunda, hala eyalet noteri veya noter vekili olarak görev yapanlar, kanuna göre serbest meslek noteri sıfatını kazanacaktır (§ 114 II BNotO i. d. F. des Art. 1 des Änderungsgesetzes vom 15. 7. 2009). Bölge noterliğine başvurular ise, 2017 yılının sonunda stajyer noterlerle aynı statüde tutulacaklardır. Bu düzenlemenin amacı, Baden-Württemberg eyaletinde modern, fonksiyonel, başarılı ve günün şartlarına uygun bir noterlik kurumu yaratmaktır.

### III. Disiplin Hukukunun Reformu

Federal Noterlik Kanununun doksan ikinci ve devamındaki fıkralara göre bütün noterler, makamlarının bulunduğu yerin bölge eyalet mahkemesi başkanının, eyalet yüksek mahkemesinin ve eyalet hukuk idaresinin denetimi altındadır. Noterler, bir disiplin suçu işlediklerinde, uyarı ve para cezasına hatta makamdan uzaklaştırılma cezasına çarptırılabilir (§ 97 I 1 BNotO). Disiplin cezalarına karşı notere, Eyalet Yüksek Mahkemesi'ne ve Federal Yüksek Mahkeme'ye başvurma hakkı tanınmaktadır. Bu imkânlar şimdiye kadar her iki kurumda da çekişmesiz yargı işi olarak halledilmiştir.

Çekişmesiz yargı, 17.12.2008<sup>24</sup> tarihinden 1.3.2009 tarihine kadar aile davalarına uygulanacak usule ilişkin kanun tarafından yeniden düzenlenmiştir. Bunun sonucunda kanun koyucu, avukat ve noterlerin disiplin hukukunu yeniden uyarlamıştır.

<sup>23</sup> Vgl. Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 15. 07. 2009, BGBl. I, 1798; zur Begründung s. Gesetzentwurf des Bundesrates vom 2. 4. 2008, BT-Drucks. 16/8696.

<sup>24</sup> BGBl. I 2586.

PETER  
GOTTWALD'IN  
TEBLİĞİ

Noterlerin disiplin hukukunun yeniden düzenlenmesiyle ilgili 17.6.2009<sup>25</sup> tarihli kanuna göre, disiplin tedbirleri usulü ve disiplin cezaları usulüne ilişkin konulara idare mahkemesi bakacaktır (§§ 75 V 4, 96, 105, 109 BNotO).

30.7.2009 tarihinde<sup>26</sup> avukat ve noterlerin mesleklerine ilişkin kanun yapılan yenilikle, tüm disiplin cezaları usulünün genel olarak İdari Usul Kanunu'nda düzenlenmesine karar verilmiştir (§ 64 a I 1 BNotO i. d. F. von Art. 3 des Änderungsgesetzes).

Bunun yanı sıra, noterlerle ilgili diğer bütün idari işlemlere karşı eyalet mahkemesi karşısında itirazda bulunabilme hakkı düzenlenmiş ve bu yöntemin İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre cereyan edeceğine karar verilmiştir (§ 111 b BNotO i. d. F. von Art. 3 Nr. 20 des Änderungsgesetzes).

#### IV. Yeni Noterlik Masraf Kanunu Düzenlemesi

Kanun koyucu, noter masrafı konusunda yapılacak reformu, Eylül sonunda sona eren 16. Yasama dönemi içinde gerçekleştirememiş, ancak iki yıl içinde gerçekleşecek şekilde hazırlamıştır. Mahkeme masraflarına ve avukat ücretlerine ilişkin kanun 5 Mayıs 2004 tarihinde değiştirilmiş, çekişmesiz yargının reformuna ilişkin kanun 1.9.2009 tarihinde yenilenmiş ve mahkeme masraflarına ilişkin düzenlemeyle tamamlanmıştır. Noter masrafları ve çekişmesiz yargı usulünün masrafları ise hala 26.7.1957 tarihli kanuna göre belirlenmektedir. Söz konusu kanun, yapısal anlamda öncelikle mahkeme masraflarını düzenlemekte ve mahkeme masrafı olarak kabul edilen noter masraflarına da (§ 141 KostO) kanunun ikinci bölümünde yer vermektedir (§§ 140 ff. KostO). Ama mahkemeler belgeleme işleminden sorumlu olmadıklarından, düzenleme bir anlamda zamanaşımına uğramıştır. Yeni düzenlemede, noterin ya-

<sup>25</sup> BGBl. I 1282.

<sup>26</sup> ABl. EG Nr. L 221/13 v. 4. 9. 2003.

pacağı tüm işlerin ücretini gösteren bir ücret tarifesi mevcuttur ve tüm bunların amacı, değişen şartlara uyum sağlamak-  
tır. Noter masrafları reformu adını taşıyan bu yeni düzenleme,  
uzman bir komisyon tarafından hazırlanmış ve 10.2.20096 ta-  
rihinde adalet bakanına teslim edilmiştir. Bu düzenlemeye  
göre, noterlerin ücretleri performanslarına göre belirlenecek-  
tir. Noterler, hazırladıkları taslaklar için daha iyi ücret alacak-  
lardır. Aynı zamanda, iş yükünün daha az olduğu bölgelerde  
çalışan noterlerin mağdur olmaması için asgari ücret miktarı  
da arttırılacaktır.<sup>27</sup>

## V. Noter ve Elektronik Yazışma Trafığı

### 1. Elektronik Ticaret Sicili

15.7.2003 tarihli<sup>28</sup> ve 2003/58/EG sayılı Avrupa Birliği di-  
rektiflerine göre, 01.01.2007 tarihinden itibaren tüm Alman ti-  
icaret sicil işlemleri elektronik ortamda yürütülecektir (§ 8 I  
HGB). Tüm başvuru ve belgeler sadece elektronik olarak ib-  
raz edilebilir. Ayrıca tüm bunların daha önceden taranmış ve  
kopyalarının onaylanmış olması gerekir. Bunun sonucunda,  
ilgili ticaret sicilleri, [www.handelregister.de](http://www.handelregister.de) adresinde herkes  
tarafından (belge zorunluluğu olmaksızın) incelenebilecek-  
tir (§ 9 I 1 HGB) ve bu önemli bir gelişmedir. Bu sayede sade-  
ce sicil kayıtları değil aynı zamanda noter tarafından elektro-  
nik olarak gönderilmiş dokümanlar da görüntülenebilir. Sor-  
gulama ücrete tabi olup, sicil sayfası başına 4,50 Euro tutmak-  
tadır<sup>29</sup> (JVkO § 7 b iVm. GV Nr. 400). Ticaret Kanunu'nun  
10. paragrafı gereğince, sadece son dört haftanın duyuruları  
ücretsiz sorgulanabilir.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Vgl. Erläuterungen zum Entwurf einer Kostenordnung, S. 58 ff. Der Entwurf ist über [www.bmj.de/files/-/3480/Expertenkommission](http://www.bmj.de/files/-/3480/Expertenkommission) auf-  
rufbar.

<sup>28</sup> ABl. EG Nr. L 221/13 v. 4. 9. 2003.

<sup>29</sup> U. Seibert/D. Decker, DB 2006, 2446, 2448. Für das Unternehmen selbst besteht der Vorteil, dass die elektronische Bekanntmachung nach § 137 I Nr. 5 a KostO nur 1 € kostet.

<sup>30</sup> U. Seibert/D. Decker, DB 2006, 2446, 2448.

PETER  
GOTTWALD'IN  
TEBLİĞİ

Ticaret Kanunu'nun 12. paragrafının birinci fıkrasına göre, Ticaret Siciline tescil başvuruları elektronik ortamda, resmi onaylı biçimde yapılır ve bu başvuru, bütün Federal Almanya'da geçerli olan sicil mahkemesindeki elektronik mahkeme ve idari posta kutusu üzerinden iletilir.<sup>31</sup> Aynı biçim başvuruda kullanılacak vekâletname için de gereklidir.

Ticaret Siciline başvuru noterde yazılı olarak gerçekleştirilmelidir. Böylece noter başvuran kişinin imzasını onaylar. Ardından, noter veya çalışanları yazılı belgeyi elektronik ortama aktarırlar ve bunu noter şahsen elektronik ortamda onaylar (§ 12 II HGB).<sup>32</sup> Belgelendirme Kanunu'nun otuzdokuncu paragrafı, basit elektronik belgelerin onaylanmasını düzenler. Buna göre noter tarafından hazırlanan evrak, noter tarafından şahsen<sup>33</sup> ve İmza Kanununa göre geçerli elektronik imza ile onaylanmalıdır.<sup>34</sup> Bu belgeye noterin resmi bilgileri de eklenmelidir.<sup>35</sup> Uygulamada ise noterin imzası zaten resmi bilgileri de içermektedir.<sup>36</sup> Noter, dokümanları sadece bir defa-

<sup>31</sup> U. Seibert/D. Decker, Das Gesetz über elektronische Handelsregister – Der „Big Bang“ im Recht der Unternehmenspublizität, DB 2006, 2446, 2447; J. Schlotter/T. Reiser, Ein Jahr EHUG – die ersten Praxiserfahrungen, BB 2008, 118; M. Sikora/M. Schwab, Das EHUG in der notariellen Praxis, MittBayNot 2007, 1. Zu den Kosten der Handelsregisteranmeldung beim Notar s. W. Tiedtke/M. Sikora, Kosten im elektronischen Rechtsverkehr, MittBayNot 2006, 393.

<sup>32</sup> R.Mödl/C. SCHMIDt, ZIP 2008, 2332, 2333. Für Einzelheiten s. S. Apfelbaum/J. Bettendorf, Die elektronisch beglaubigte Abschrift im Handelsregisterverkehr, RNotZ 2007, 89.

<sup>33</sup> Vgl. Mitteilung „Höchstpersönliche Verwendung von Signaturkarten“, DNotZ 2008, 161; J. Bettendorf/S. Apfelbaum, Die persönliche Erzeugung der Signatur bei der Erstellung elektronischer notarieller Urkunden, DNotZ 2008, 85; J. Bettendorf, Die elektronische Signatur aus Berufrechtlicher Sicht, in: W. Lücke/J. Püls, Der elektronische Rechtsverkehr in der notariellen Praxis, 2009, S. 27.

<sup>34</sup> Vgl. D. Gassen, Die Form der elektronischen Notarurkunde, RNotZ 2007, 142; H. Malzer, Elektronische Beglaubigung und Medientransfer durch den Notar nach dem Justizkommunikationsgesetz, DNotZ 2006, 9; K. Oertel, Elektronische Form und notarielle Aufgaben im elektronischen Rechtsverkehr, MMR 2001, 419.

<sup>35</sup> Vgl. Schaub, in EbenRoth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 12 Rn. 3.

<sup>36</sup> R. Mödl/C. SCHMIDt, ZIP 2008, 2332, 2333; Scherf, Angehörige der

ya mahsus bir pin numarası ile onaylamalıdır. Elektronik gönderme/sorgu ise noter tarafından çalışanlarına devredilebilir.<sup>37</sup>

Başvuru, mekanik şekilde okunabilir olarak gönderilir. Böylece, Sicil Mahkemesi'nin bilgileri yeniden girmesine gerek kalmaz ve bilgiler kolayca denetlenebilir. Başvuru, hakim veya adli idare memuru tarafından kontrol edilir ve internette yayımlanır. Elektronik haberleşme için *Xnotar* ve *SigNotar* programları bulunmakta ve her ikisiyle de gerekli işlemler kolayca halledilmektedir.<sup>38</sup>

Ticaret Kanunu'nun 9. paragrafının 1. fıkrasına göre, bilgi edinmek isteyen herkes ticaret siciline erişebilir ve ticaret sicilini inceleyebilir. Eyalet adli yönetimi, Ticaret Sicili'ndeki bilgilerin ulaşılabilir olması için gerekli olan elektronik haberleşme sistemini belirler. Bu amaçla eyaletler, *www.handelsregister.de* adresi altında merkezi bir portal oluşturmuşlardır. Böylece günümüz süratli iş dünyasında hızlı ve güvenilir bilgi tüm müşterilere sunulur.<sup>39</sup> Şu anda Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Yunanistan, İngiltere, İtalya, Hollanda, Avusturya ve İspanya gibi ülkelerin ticaret sicil kayıtlarına online erişilebilmektedir.<sup>40</sup>

Elektronik ticaret sicilinin mahkeme ve noterlerde uygulamaya konulması, ihtiyaç olan teknik altyapının hazırlanmasını gerektirmiştir. Lakin noterlerdeki iş yükü evrakların elekt-

---

rechts- und steuerberatenden sowie wirtschaftsprüfenden Berufe in der Welt des elektronischen Rechtsverkehr, in Scherf/Schmieszek/Viefhues, Elektronischer Rechtsverkehr, 2006, S. 159, 162 (Rn. 25 ff.).

<sup>37</sup> R. Mödl/C. SCHMIDt, ZIP 2008, 2332, 2335.

<sup>38</sup> ZZt. In der Version „ELRV 3.0“; vgl. R. Mödl/C. SCHMIDt, Licht und Schatten im elektronischen Rechtsverkehr mit dem Handelsregister, ZIP 2008, 2332, 2334; R. Mödl, ELRV 3.0 – eine neue Dimension des elektronischen Rechtsverkehrs, in W Lücke/J. Püls (Fn. 34), S. 55.

<sup>39</sup> Schaub, in EbenRoth/Boujong, HGB, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 10; H.-J. Fischer, Die Bedeutung des elektronischen Registerverkehrs für den Wirtschaftsstandort Deutschland, in W Lücke/J. Püls (Fn. 34), S. 49.

<sup>40</sup> Schaub, in EbenRoth/Boujong, § 9 Rn. 11.

ronik ortama aktarılması gerekli olduğundan artmıştır. Buna rağmen sistem ilgi görmüş olup, kesin bir gelişme konusudur.

## 2. Tapu İşlemlerinde Elektronik Yazışmalar

Kanun koyucu ticaret sicili ile yaptığı olumlu deneyimden sonra şimdi de tapu işlemlerinin tamamen elektronik ortamda yürütülebilmesi için gerekli şartları yerine getirdi. Ancak bazı eyaletlerde teknik şartlar tam sağlanmadığından elektronik tapu işlemleri aşama aşama uygulamaya konulabilmektedir.

Tapu işlerindeki elektronik yazışmalara geçişin gerekliliği aynı ticaret sicilindeki düşüncelerle oluşmuştur. Bu düşünceler, yazılı evraklara/ dokümanlara erişimin zor olması ve bu evrakların incelenmesinin çok zaman almasıdır.

a. Yıllardan beri geleneksel tapu işlerini elektronik ortamda kaydederek yürüten eyaletlerde, otomatik sorgulama yoluyla tapuya online erişim olanağı bulunmaktadır.<sup>41</sup> Tapu Sicil Tüzüğü'nün 133. paragrafının birinci ve ikinci fıkrasına göre bu yöntem mahkemelerin, dairelerin, noterlerin ve resmi olarak görevlendirilmiş ölçüm mühendislerinin kullanımına açıktır.<sup>42</sup> Sadece bu sorgulama süreci dahi noterlerin işlerini oldukça hafifletmiştir. Noterlikteki bilgisayardan tapu siciline bakmanız mümkündür.

b. 11/08/2009<sup>43</sup> tarihli Elektronik Yazışmaların Uygulamaya Konulması Kanunu ve tapu işlemlerindeki elektronik dosyalardan dolayı kanun koyucu, eyaletlerin tapu işlerindeki bütün kanuni yazışmalarını elektronik ortamda yapabilmeleri için gerekli yasal temeli hazırlamıştır. Tapu Sicil Tüzüğü'nün 135. ve devamı paragrafları, başvuruların, beyannamelerin ve kayıt ön şartları olan belgelerin tapu dairesine elektronik do-

<sup>41</sup> Zur Entwicklung s. Meikel/Engel, GBO, 10. Aufl. 2009, Vor § 126 Rn. 3 ff., 30 ff.

<sup>42</sup> S. www.grundbuchportal.de.

<sup>43</sup> BGBl. I/2713.

küman olarak verilebilmesini öngörmektedir. Söz konusu düzenleme ile noterlerin hangi süre içinde evrakları elektronik ortama aktarmaları gerektiği de belirlenebilir (§ 135 I 2 Nr. 4a GBO). Aynı paragrafta göre temel dosyalar da elektronik olarak tutulabilir.

Tapu Sicil Tüzüğü'nün 135. paragrafı, şimdiye kadar resmi şekilde onaylanıp tapu dairesine sunulması gereken başvuru ve sicil kayıt olurlarının, Düzenleme Yasası'nın 39. paragrafınca basit elektronik belge olarak belirlenmiş dokümanlar ile yapılabileceği kabul edilmiştir. Yani ticaret sicilindeki uygulamayla bir paralellik söz konusudur. Wilsch'in Beck'in online şerhinde belirttiği gibi, söz konusu kanuni düzenleme "*Ko-pernikus türünde tapulama dönemi*" başlatmıştır.<sup>44</sup>

Elektronik tapu sicili, ticaret sicilinden farklı olarak bütün eyaletlerde uygulanmamaktadır. Eyaletlere teknik dönüşümü kendilerinin hazırlayabilmeleri için esneklik sağlanmaktadır. Yine de Kasım 2008'de hazırlanan ve *X-Hukuk-Alanmodülü* adında "*Tapu*" ile bir veri programı mevcuttur. Bu da tapu verilerinin düzenli bir biçimde aktarılmasını/değiştirilmesini sağlamaktadır.

c. Bu sürece (tamamlayıcı olarak), Bankaların da dâhil edilmesi ve deneme amaçlı olarak *elektronik yollarla temel borç sorgulaması* planlanmaktadır.<sup>45</sup>

## VI. Genel Bakışın Sonuçları

1. Alman Noterliği, bir hukukun düzgün işlemlerini sağlayan geleneksel bir tedbir kurumudur. Alman kanun koyucu, özellikle ticari anlamda önemli işlerin düzenli olarak noterlikçe belgelendirilmesini veya en azından noterce tasdik edilmesini

<sup>44</sup> Wilsch, in Beck OK GBO, Stand 1.10. 2009, § 135 Rn. 1.

<sup>45</sup> D. Gassen/R. Mödl, Der elektronische Rechtsverkehr in Grundbuchsachen, ZRP 2009, 77 ff.; D. Gassen/J. Kirchner, Perspektiven des elektronischen Rechtsverkehrs in Grundbuchsachen, in W Lücke/J. Püls (Fn. 34), S. 65.

PETER  
GOTTWALD'IN  
TEBLİĞİ

öngörmüştür. Noter bu anlamda görevlendirilen, uzmanlık bilgisi olan ve tarafsız hukuk danışmanıdır. Noterin, devletin bir kolu olarak kabul edilen (olumlu anlamda tutucu) pozisyonu yakın gelecekte de değişmeyecek gibi gözüküyor. Ben, Avrupa Komisyonu'nun açtığı sözleşmenin ihlali davasının, noterlik mesleğinde ve Noterlik Meslek Kanununda önemli bir değişikliğe yol açacağına inanmıyorum.

2. Alman kanun koyucu son yıllarda, özellikle bu yıl daha yoğun bir biçimde, Noterlik Meslek Kanunu'nu modernleştirmeye ve noterlik alanında beklenen yüksek standardı sağlama-ya çalışmaktadır. Bu çaba, avukat noterlik bakımından mesleğe "giriş" aşamasında önemliken, Baden-Württemberg eyaletindeki resmi noterlik ya da bölgesel noterlik çeşitlerinin ise "kaldırılması"nda kendini göstermektedir.

3. Teknolojik gelişmeler sonunda görev ağırlıkları değiştiğinden ve diğer hukuk dallarına ilişkin masraf kanunları yıllar önce reform edildiğinden, Noterlik Masraf Kanunu'nun da modernleşmesi gerekmektedir. Bu tür bir reform incelenmeye alınmıştır ve muhtemelen önümüzdeki iki yıl içerisinde çıkartılacaktır.

4. Noterliğe ilişkin en büyük değişim, ticaret sicilinde elektronik hukuki yazışmaların kullanılması ve aynı imkânın tapu işlemleri için de uygulanacak olmasıdır. Hukuki yazışmaların elektronik ortamda yapılması noterler için yüksek yatırımlar gerektirmiştir. Ancak, bu durumun hem noter hem de müvekkilliği için iki avantajı vardır. Bu avantajlar, elektronik iletişim sayesinde zamandan ve paradan tasarruf etmek ve bilgi edinme sisteminin oldukça iyileşmesidir. Noterler elektronik hukuki yazışmaların kullanılması için aktif olarak çaba sarf etmişlerdir. Çünkü sadece gerçek anlamda modern, iyi çalışabilen noterler uzun vadede noterlikle ilgili (danışmanlık ve belgelendirme) küçümsenemeyecek masrafları karşılayabileceklerdir.



## KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
AEUV	: Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
BeurkG	: Beurkundungsgesetz
BGBI	: Bundesgesetzblatt
BNotO	: Bundesnotarordnung
BVerfGE	: Bundesverfassungsgericht
bzw.	: beziehungsweise
DAV	: Deutscher Anwaltverein
DB	: Der Betrieb
DNotZ	: Deutsche Notar-Zeitschrift
EGV	: Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EHUG	: Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister
ELRV	: Elektronischer Rechtsverkehr
EuGH	: Europäischer Gerichtshof
EuZW	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f., ff.	: folgende, fort folgende
FamGKG	: Gesetz über Gerichtskosten in Familiensachen
Fn.	: Fussnote
GBO	: Grundbuchordnung
GG	: Grundgesetz
GPR	: Gesetz über die politischen Rechte
HGB	: Handelsgesetzbuch
iVm	: in Verbindung mit
JVKostO	: Justizverwaltungskostenordnung
KostO	: Kostenordnung

- MittBayNot : Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins,  
der Notarkasse und der Landesnotarkammer  
Bayern
- MittRhNotK : Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
- MMR : MultiMedia und Recht.
- NJW : Neue Juristische Wochenschrift
- Nr. : Nummer
- PStG : Personenstandsgesetz
- Rn. : Randnummer
- RNotZ : Rheinische Notar-Zeitschrift
- Rz. : Randzeichen
- SGB : Sozialgesetzbuch
- Vgl. : Vergleiche
- WiRO : Wirtschaft und Recht in Osteuropa
- ZfIR : Zeitschrift für Immobilienrecht
- ZIP : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
- ZPO : Zivilprozessordnung
- ZRP : Zeitschrift für Rechtspolitik

**Hasan YENİ:** Sayın Peter Gottwald'a teşekkür ediyorum ve sözü Sayın Walker'e veriyorum. Buyurun Sayın Walker.

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER:** İki gündür devam eden toplantımıza bu oturum sırasında katılmış olan saygıdeğer noterler, sayın hâkimler, meslektaşlar, asistan arkadaşlar ve sevgili dostlar, ben, Sayın Gottwald'in sunumunu tamamlayıcı bir tebliğ sunacak ve Almanya'daki noterlik kurumunun yapısını ve özellikle organizasyon ve işleyiş boyutu itibariyle anlatmaya çalışacağım.

WOLF-DIETRICH  
WALKER'İN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER**  
(Justus-Liebig-Universität Gießen)

## **DAS NOTARWESEN IN DEUTSCHLAND**

Abant, 10.10.2009

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

### **I. Die wichtigsten Rechtsquellen**

Die wichtigste Rechtsquelle des Notarwesens ist die Bundesnotarordnung (BNotO). Sie enthält die grundlegenden Bestimmungen des notariellen Berufsrechts, insbesondere zur Bestellung zum Notar, zur Ausübung des Amtes und den hierbei zu beachtenden Pflichten, zur Notaraufsicht einschließlich des Disziplinarverfahrens und zur Beruflichen Selbstverwaltung der Notare.

Verschiedene Bestimmungen der Bundesnotarordnung werden konkretisiert durch Richtlinien der 21 Notarkammern. Die Vorschriften für das Verfahren bei der Beurkundung

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

einschließlich der Aufgaben der Notare finden sich im Beurkundungsgesetz.

## II. Das Notariat als öffentliches Amt

Das Notariat stellt als Teilbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine eigenständige staatliche Rechtspflegeeinrichtung dar. Der Notar ist Träger eines öffentlichen Amtes. Der Zugang zum NotarBeruf wird ausschließlich durch den Staat eröffnet und gesteuert. Das Amt des Notars ist nicht übertragbar und nicht vererblich. Der Notar ist bei der Erhebung von Gebühren für seine hoheitliche Tätigkeit an die gesetzlichen Gebührenbestimmungen gebunden (§ 17 BNotO). Gebührenvereinbarungen sind ausgeschlossen. Schließlich zeigt sich die hoheitliche Funktion des Notars darin, dass er die gewünschte Urkundstätigkeit nicht verweigern darf, sofern nicht besondere Gründe vorliegen (§ 15 BNotO).

## III. Überblick über die Notariatsformen

In Deutschland existieren drei verschiedene Notariatsformen:

Den gesetzlichen Regelfall bildet das hauptBerufliche Notariat (§ 3 Abs. 1 BNotO). Es wird auch als Nur-Notariat bezeichnet. Hier ist der Notar eben ausschließlich Notar. Dieses hauptBerufliche Notariat gibt es in den überwiegenden Teilen Deutschlands.

Daneben gibt es in einzelnen Bundesländern das Anwaltsnotariat (§ 3 Abs. 2 BNotO). Hier ist der Notar gleichzeitig auch Rechtsanwalt.

Die dritte Form bilden die staatlichen Notariate, die es nur in einem Bundesland (Baden-Württemberg) gibt. Die staatlichen Notariate sind nicht mit selbstständig tätigen Notaren, sondern mit Notaren im Landesdienst besetzt (§ 114 BNotO). Für sie gilt nicht die Bundesnotarordnung (§ 114 Abs. 3 BNotO). Bis zum Jahr 2018 sollen die staatlichen Notariate durch

hauptBerufliche Notariate ersetzt werden. Deshalb bleiben sie bei den folgenden Überlegungen unberücksichtigt.

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

#### IV. Das hauptBerufliche Notariat (Nur-Notariat)

##### 1. Zugangsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen für die Bestellung zum hauptamtlichen Notar lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Deutsche Staatsangehörigkeit (§ 5 BNotO). Diese Voraussetzung wird von der Europäischen Kommission als europarechtswidrig angesehen, weil sie nicht mit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG vereinbar sei.
- Befähigung zum Richteramt (§ 5 BNotO). Der Notar muss also beide juristischen Examina bestanden haben und damit Volljurist sein.
- Persönliche Eignung (§ 6 Abs. 1 S. 1 BNotO). Charakterliche, körperliche oder geistige Mängel können bei einer Bewertung aller Gesamtumstände zu einer Ablehnung des Bewerbers führen.
- Fachliche Eignung (§ 6 Abs. 1 S. 1 BNotO). Diese bemisst sich nach dem Ergebnis des 2. juristischen Staatsexamens und nach den bei der Vorbereitung auf den NotarBeruf gezeigten Leistungen.
- Das Höchstalter für die erstmalige Bestellung zum Notar liegt bei 60 Jahren (§ 6 Abs. 1 S. 2 BNotO).
- Ableistung eines dreijährigen Anwärterdienstes als Notarassessor in dem Bundesland, in dem sich jemand um die Bestellung zum Notar bewirbt (§ 7 Abs. 1 BNotO).
- Freies Notaramt. Es muss ein Bedürfnis für die Bestellung eines neuen Notars bestehen. Es werden nämlich nur soviele hauptBerufliche Notar bestellt, wie es den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege

entspricht (§ 4 BNotO). Für diese Bedürfnisprüfung sind Kriterien entwickelt worden, wie die Anzahl von Notaren für eine angemessene Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Leistungen gesichert werden kann.

- Bestehen einer Berufshaftpflichtversicherung (§ 6a BNotO).

## 2. Weitere Berufstätigkeiten und Nebentätigkeiten

Der hauptBerufliche Notar darf keinen weiteren Beruf ausüben (§ 8 Abs. 2 S. 1 BNotO). Er darf auch nicht Inhaber eines besoldeten Amtes, (zum Beispiel hauptamtlicher, besoldeter Bürgermeister, Minister oder besoldeter Hochschullehrer) sein (§ 8 Abs. 1 S. 1 BNotO). Von dieser Regel kann die Justizverwaltung Ausnahmen zulassen. Wenn ein hauptBeruflicher Notar etwa ein Amt als Minister antritt, darf er in dieser Zeit sein Notaramt nicht persönlich ausüben. Für ihn wird dann ein Notariatsverwalter bestellt (§ 56 Abs. 1 BNotO). Das kann auch ein Notarassessor sein. Ehrenamtliche politische Ämter darf ein Notar dagegen neben seinem Amt ausüben.

Eine Nebenbeschäftigung gegen Vergütung darf der hauptBerufliche Notar nur ausüben, wenn ihm dies die Aufsichtsbehörde vorher genehmigt hat (§ 8 Abs. 3 BNotO). Ob eine solche Genehmigung erteilt wird, liegt im Ermessen der Aufsichtsbehörde. In der Praxis wird etwa eine Nebentätigkeit in Aufsichtsgremien von Kreditinstituten in der Regel genehmigt. Im Übrigen gibt es genehmigungsfreie Nebentätigkeiten, so zum Beispiel die Übernahme des Amtes als Testamentsvollstrecker, Insolvenzverwalter oder Schiedsrichter sowie eine wissenschaftliche, künstlerische oder Vortragstätigkeit (§ 8 Abs. 4 BNotO). Nicht genehmigungspflichtig ist auch die Tätigkeit als Mediator, weil diese nach allgemeiner Ansicht zur Amtstätigkeit des Notars im Sinne von § 24 Abs. 1 BNotO gehört.

### 3. Berufsverbindungen

Die Verpflichtung zur höchstpersönlichen Amtsausübung steht einer Berufsverbindung zum Beispiel mit Rechtsanwälten entgegen. Hauptberufliche Notare dürfen sich nur mit anderen am selben Amtssitz bestellten Notaren zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden oder mit ihnen gemeinsame Geschäftsräume haben (§ 9 BNotO). Für eine solche Verbindung kommt dann die Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Inhalt einer Bürogemeinschaft in Betracht. Die Verbindung muss der Aufsichtsbehörde und der Notarkammer angezeigt werden (§ 27 BNotO). Eine Sozietät in dem Sinne, dass jedes ihrer Mitglieder durch die Sozietätsvereinbarung ermächtigt und grundsätzlich auch verpflichtet wird, Verträge mit Wirkung für und gegen alle anderen Sozien abzuschließen, ist dagegen für den hauptberuflichen Notar nicht möglich. Auch eine Berufsverbindung in Form einer GmbH oder Partnerschaft kommt nicht in Betracht.

### V. Der Anwaltsnotar

Anwaltsnotare üben in den Gebieten Deutschlands, in denen das Anwaltsnotariat als Notarform zugelassen ist, sowohl die Tätigkeit des Rechtsanwalts als auch diejenige des Notars aus (§ 3 Abs. 2 BNotO). Soweit es um die notarielle Tätigkeit geht, haben Anwaltsnotare dieselben Aufgaben, Rechte und Pflichten wie die Nur-Notare.

#### 1. Zulassungsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen dafür, dass ein Rechtsanwalt gleichzeitig als Notar zugelassen wird, entsprechen bis auf wenige Abweichungen den Zulassungsvoraussetzungen zum hauptamtlichen Notariat. Auch hier sind die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 5 BNotO), die Befähigung zum Richteramt (zwei bestandene juristische Staatsexamina; § 5 BNotO), die persönliche Eignung des Bewerbers und das Bestehen einer



BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

Haftpflichtversicherung (§ 6a BNotO) erforderlich. Folgende Besonderheiten sind erwähnenswert:

Die fachliche Eignung muss hier nach etwas anderen Kriterien festgestellt werden als beim hauptBeruflichen Notar; denn die Bewerber waren bisher nicht als Notarassessoren im Anwärterdienst, sondern als Rechtsanwälte tätig. Zu den Kriterien für die fachliche Eignung gehören das Bestehen des zweiten juristischen Staatsexamens und Leistungen bei der Vorbereitung auf den NotarBeruf, die von den Rechtsanwälten ersten in speziellen Vorbereitungskursen und zweitens bei Notarvertretungen erbracht werden. Die wichtigste aktuelle Problematik im Zusammenhang mit dem Notarwesen in Deutschland bezieht sich auf die Auswahl unter mehreren Bewerbern für das Anwaltsnotariat. Darauf wird sogleich noch einmal besonders zurückzukommen sein.

- Der Bewerber muss eine Wartezeit hinter sich gebracht haben (§ 6 Abs. 2 BNotO). Er muss mindestens fünf Jahre zur Rechtsanwaltschaft zugelassen sein und seit mindestens drei Jahren ohne Unterbrechung in dem in Aussicht genommenen Amtsbereich hauptBeruflich als Rechtsanwalt tätig sein.

- Eine Ernennung zum Anwaltsnotar kommt unabhängig von den persönlichen Voraussetzungen nur in Betracht, wenn dafür ein Bedarf besteht (§ 4 BNotO). Bei dieser Bedürfnisprüfung werden im Bereich des Anwaltsnotariats die durchschnittlichen Geschäftszahlen der im jeweiligen Bezirk tätigen Notare berücksichtigt. Das sind je nach Gebiet zwischen 325 und 450 Notariatsgeschäfte.

## 2. Weitere Berufliche Tätigkeiten und Nebentätigkeiten

Der Anwaltsnotar darf neben seiner Rechtsanwaltschaftstätigkeit auch als Patentanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und vereidigter Buchprüfer tätig sein (§ 8 Abs. 2 S. 3 BNotO). Darin liegt ein entscheidender Unterschied zum Nur-Notar. Die Übernahme eines besoldeten öffentlichen Amtes (zum Beispiel als hauptBeruflicher, besoldeter Bürgermeister oder als Minister)

steht einer gleichzeitigen Tätigkeit als Anwaltsnotar entgegen (§ 8 Abs. 1 BNotO). In dieser Zeit kann für den Anwaltsnotar ein Vertreter bestellt werden (§§ 39 ff. BNotO). Eine Nebenbeschäftigung gegen Vergütung, die mit der Anwaltstätigkeit nichts zu tun hat, muss genehmigt werden (§ 8 Abs. 3 BNotO). Zu den genehmigungsfreien Tätigkeiten gehören auch beim Anwaltsnotar die Übernahme des Amtes als Testamentsvollstrecker, Insolvenzverwalter oder Schiedsrichter sowie wissenschaftliche Tätigkeiten und Vortragstätigkeiten zum Beispiel als Lehrbeauftragter einer Universität (§ 8 Abs. 4 BNotO).

### 3. Berufsverbindungen

Anwaltsnotare dürfen sich mit anderen Anwaltsnotaren, mit Rechtsanwälten, Patentanwälten, Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden oder mit ihnen gemeinsame Geschäftsräume haben (§ 9 Abs. 2 BNotO). Dafür besteht keine Genehmigungspflicht. Die Verbindung ist lediglich der Aufsichtsbehörde und der Notarkammer anzuzeigen (§ 27 BNotO).

Als zulässige Verbindungsformen kommen auch hier die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Bürogemeinschaft, daneben aber auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Sozietät, die GmbH und die Partnerschaftsgesellschaft in Betracht. In den letztgenannten Formen kann der Anwaltsnotar eine Berufsverbindung aber nur in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt eingehen, nicht dagegen in seiner Eigenschaft als Notar.

## VI. Aktuelle Problematik: Auswahl unter mehreren Bewerbern für das Anwaltsnotariat

Die wichtigste aktuelle Problematik des deutschen Notarwesens bezieht sich auf die Auswahl unter mehreren Bewerbern für das Anwaltsnotariat.

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

## 1. Gesetzliche Vorgaben

Da es sich bei dem Amt des Notars um ein öffentliches Amt handelt, gilt das aus dem Grundgesetz (Art. 33 Abs. 2 GG) hergeleitete Prinzip der Bestenauslese. Die Reihenfolge bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern richtet sich deshalb nach der persönlichen und fachlichen Eignung. Bei der Feststellung der fachlichen Eignung sind nach dem Gesetz (§ 6 Abs. 3 BNotO) die Note im zweiten juristischen Staatsexamen sowie die bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten Leistungen, ferner die Dauer der bisherigen anwaltlichen Berufstätigkeit zu berücksichtigen.

## 2. Auslegung und Handhabung der gesetzlichen Vorgaben in der Praxis durch Verwendung eines Punktesystems

Welches Gewicht die einzelnen gesetzlichen Kriterien bei der Feststellung der fachlichen Eignung haben, ist durch Verwaltungsvorschriften der Länder und durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Form eines Punktesystems konkretisiert worden. Danach hat die Note im zweiten juristischen Staatsexamen eine große Bedeutung. Demgegenüber spielen Noten für die Teilnahme an notarspezifischen Vorbereitungskursen, die insbesondere von besonderen Akademien angeboten werden, keine Rolle. Hier hängt die Vergabe von Punkten nur von einer erfolgreichen Teilnahme an diesen Vorbereitungskursen ab, und eine Urkunde über die erfolgreiche Teilnahme wird schon bei der Beantwortung leichter Fragen erteilt. In zahlreichen Auswahlverfahren erhalten mehrere Bewerber die gleiche Punktzahl für ihre Leistungen bei der Vorbereitung auf das Notariat, so dass im Ergebnis auch kleine Unterschiede bei der Note im zweiten Staatsexamen den Ausschlag für die Bewerberauswahl geben.

### **3. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 20.04.2004 – 1 BvR 838/01 (NJW 2004, 1935)**

Dieses Auswahlssystem hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 20.04.2004 für verfassungswidrig erklärt. Es sei nicht geeignet, den besten Bewerber um ein Notariat zu ermitteln und verstoße daher gegen das Prinzip der Bestenauslese (vgl. Art. 33 Abs. 2 GG). Bezüglich der Note im zweiten juristischen Staatsexamen werde das Leistungsprinzip angewendet, obwohl dieses Examen möglicherweise schon viele Jahre zurückliege und über die jetzige Eignung für das Notariat keine große Aussagekraft mehr habe. Dagegen werde bei den Leistungen bei der Vorbereitung auf das Notariat das Leistungsprinzip gerade nicht angewendet, obwohl diese Vorbereitung zeitnah vor der Bewerbung liege und für die fachliche Eignung eine aktuelle Aussagekraft habe.

### **4. Neues Punktesystem als Übergangsregelung**

Wegen dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts haben die Bundesländer neue Verwaltungsvorschriften für die Auswahl unter mehreren Bewerbern für das Anwaltsnotariat erlassen. Zwar bleibt es bei einem Punktesystem; aber jetzt ist es möglich, für besondere individuelle notarspezifische Fähigkeiten oder Leistungen, die zum Beispiel durch Prüfungsnoten oder wissenschaftliche Veröffentlichungen festgestellt werden können, Sonderpunkte vergeben werden. Durch diese Stärkung des Leistungsprinzips bei der Feststellung der fachlichen Eignung soll dem Prinzip der Bestenauslese Rechnung getragen werden.

### **5. Zukünftige Auswahlkriterien (ab 01.05.2011)**

Bei dem jetzigen Auswahlverfahren handelt es sich allerdings nur um eine Übergangsregelung, die bis zum 30.04.2011 gilt. Der deutsche Bundestag hat am 12.02.2009 eine Änderung der Bundesnotarordnung zur Neuregelung des Zugangs zum Anwaltsnotariat beschlossen. Danach gelten neue Auswahl-

BEITRAG  
VON  
WOLF-DIETRICH  
WALKER

kriterien. Anwaltsnotariatsstellen nach diesen neuen Kriterien werden erstmals ab dem 01.05.2011 ausgeschrieben.

Künftig werden für die fachliche Auswahl folgende Kriterien maßgeblich sein:

- Note im 2. Staatsexamen. Dieses Kriterium wird mit 40 % gewichtet.
- Das Ergebnis einer neu eingeführten notariellen Fachprüfung vor dem Prüfungsamt der Bundesnotarkammer. Dieses Kriterium wird mit 60 % gewichtet. Die Prüfung vor der Bundesnotarkammer besteht aus vier fünfständigen Aufsichtsarbeiten und einer mündlichen Prüfung, die sich aus einem Vortrag zu einer notariellen Aufgabenstellung und einem Gruppenprüfungsgespräch zusammensetzt. Derartige Prüfungen werden schon jetzt angeboten, damit sich die interessierten Rechtsanwälte auf ihre Bewerbung um ein Amt als Anwaltsnotar ab 01.05.2011 vorbereiten können.

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER**

(Almanya - Gießen Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## ALMANYA'DA NOTERLİĞİN YAPISI\*

9 Ekim 2009'da Abant\*\*

WOLF-DIETRICH  
WALKER'İN  
TEBLİĞİ

### I. Önemli Hukukî Kaynaklar

Noterliğin yapısına ilişkin en önemli hukukî kaynak, Federal Noterlik Kanunu'dur (BNotO). Kanun, noterlik meslek hukukuna ilişkin temel düzenlemeleri, özellikle noterin atanmasını, görevin icrasını ve bu konuda dikkate alınması gereken yükümlülükleri, disiplin soruşturmasını içine alacak şekilde noterin denetimini ve noterlerin meslekî açıdan kendi kendilerini yönetimini ihtiva etmektedir.

\* Çev.: Dr. Evrim Erişir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Tebliğin cüzi şekilde genişletilmiş hâli. Tebliğ, Almanya'da noterliğin yapısına genel bir bakış sağlamaktadır. Bu nedenle, yargı kararları ve doktrine atıflardan bilinçli olarak kaçınılmıştır.

Federal Noterlik Kanunu'nun çeşitli düzenlemeleri 21 noter odasının yönetmelikleri ile somutlaştırılmaktadır. Noterlerin ödevlerini içine alacak şekilde belgeleme prosedürüne ilişkin hükümler Belgeleme Kanunu'nda bulunmaktadır.

## II. Kamu Görevi Olarak Noterlik

Noterlik, çekişmesiz yargının bölümü olarak bağımsız, resmî bir hukukî koruma müessesesidir. Noterin, kamu görevi vardır. Noterlik mesleğine giriş münhasıran devlet yoluyla mümkündür ve devlet tarafından yürütülür. Noterlik görevi devredilmez ve miras yoluyla geçmez. Noter, kamusal faaliyetine yönelik harçların alınmasında harçlara ilişkin düzenlemelerle bağlıdır (§ 17 BNotO). Harç anlaşmaları caiz değildir. Nihayet, noterin kamusal fonksiyonu, özel sebepler mevcut olmadığı sürece, istenen belgeleme faaliyetinden kaçınmamasında kendisini göstermektedir (§ 15 BNotO).

## III. Noterlik Türlerine Genel Bakış

Almanya'da 1.1.2009 itibariyle toplam 8341 (düşüş eğilimli) noter vardır. Üç farklı noterlik türü bulunmaktadır. Burada önemli ikisi üzerinde durulacaktır:

Kanun'un kural olarak öngördüğü durumu, asıl meslekten noterlik oluşturmaktadır (§ 3 f. 1 BNotO). Bu durum, yalnız noterlik olarak da ifade edilmektedir. Burada noter, münhasıran noterdir. Almanya'nın genelinde asıl meslekten noterlik vardır. Asıl meslekten noterlerin sayısı 1.1.2009 itibariyle toplam 1586'dır.

Bunun yanında bazı eyaletlerde avukat-noterlik bulunmaktadır (§ 3 f. 2 BNotO). Burada noter, aynı zamanda avukattır. 1.1.2009 itibariyle toplamda 6755 avukat-noter vardır.

Burada (daha yakından ele alınmayacak) üçüncü tür, yalnız bir eyalette (Baden-Württemberg) bulunan resmî noterlerdir. Resmî noterlikleri, bağımsız faaliyet gösteren noterler değil, eyalet hizmetindeki noterler oluşturmaktadır (§ 114 BNo-

tO). Bunlar için Federal Noterlik Kanunu uygulanmaz (§ 114 f. 3 BNotO). Resmî noterlerin yerini, 2018 yılına kadar asıl meslekten noterler alacaktır. Bu nedenle, resmî noterler, bundan sonraki açıklamalarda dikkate alınmayacaktır.

#### IV. Asıl Meslekten Noterlik (Yalnız Noterlik)

##### 1. Giriş Koşulları

Asıl görevden noterin atanma koşulları aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- *Alman vatandaşlığı* (§ 5 BNotO). Bu koşul, EG m. 43'e göre yerleşme hürriyeti ile bağdaşmadığından Avrupa Komisyonu tarafından Avrupa hukukuna aykırı bulunmaktadır.
- *Hâkimlik görevi yapmaya muktedir olma* (§ 5 BNotO). Yani noter, hukukçular için her iki devlet sınavını vermiş ve tam hukukçu olmalıdır.
- *Kişisel uygunluk* (§ 6 f. 1 c. 1 BNotO). Koşullar bütünüyle değerlendirilirken karakteristik, bedenî veya ruhî kusurlar, başvuranın reddedilmesine yol açabilir.
- *Meslekî uygunluk* (§ 6 f. 1 c. 1 BNotO). Bu koşul, hukukçular için ikinci devlet sınavının sonucuna ve noterlik mesleğine hazırlıkta gösterilen performansa göre değerlendirilir. Hukukçular için ikinci devlet sınavının büyük öneminden, yalnız iyi notları olan hukukçuların noter olabilecekleri anlaşılmaktadır.
- *Noterliğe ilk atamada 60 yaş, sınırdır* (§ 6 f. 1 c. 2 BNotO).
- *Noterliğe atanmak için başvuru olan bir eyalette üç yıllık noter adaylığı hizmetinin yerine getirilmesi* (§ 7 f. 1 BNotO).
- *Serbest noterlik görevi*. Yeni bir noterin atanması için ihtiyaç bulunmalıdır. Zira, düzenli bir hukukî



korumanın gerekliliklerine uyan sayıda asıl meslekten noter atanmaktadır (§ 4 BNotO). Bu ihtiyacın incelenmesi için, halkın noterlik hizmetleri ile makul seviyede himaye edilmesi için gerekli noter sayısının nasıl sağlanacağı gibi kriterler geliştirilmiştir.

- Meslekî sorumluluk sigortasının mevcudiyeti (§ 6a BNotO).

## 2. Diğer Meslekî Faaliyetler ve Yan Faaliyetler

Asıl meslekten noter başka bir meslek icra edemez (§ 8 f. 2 c. 1 BNotO). O, maaşlı bir makam sahibi (örneğin, asıl görevden maaşlı belediye başkanı, bakan veya maaşlı yüksek okul öğretim üyesi) olamaz (§ 8 f. 1 c. 1 BNotO). Bu kurala adlî yönetimce istisnalar getirilebilir. Asıl meslekten noter, bakanlık görevine başlarsa, bu dönemde noterlik görevini şahsen yerine getiremez. Bu durumda onun yerine noter vekili atanır (§ 56 f. 1 BNotO). Bu kişi, noter adayı da olabilir. Buna karşılık, noter, görevinin yanında fahrî politik görevleri ifa edebilir.

Asıl meslekten noter, ücret karşılığı ek bir işi yalnız, ona denetim makamı önceden izin vermişse yapabilir (§ 8 f. 3 BNotO). Bu türden bir iznin verilir verilemeyeceği, denetim makamının takdirindedir. Uygulamada, kredi kurumlarının denetim kurullarındaki bir yan faaliyete prensip itibariyle izin verilmektedir. Bunun dışında, vasiyeti yerine getirme görevlisi, acz memuru veya hakemlik görevinin üstlenilmesi, bunun gibi bilimsel, sanatsal veya tebliğ sunumu gibi izne tâbi olmayan yan faaliyetler vardır (§ 8 f. 4 BNotO). Arabuluculuk faaliyeti de izne tâbi değildir. Çünkü bu faaliyet, genel kanaate göre noterin § 24 f. 1 BNotO anlamında görev sahasına dahildir.

## 3. Meslekî İlişkiler

Görevin bizzat yerine getirilmesine ilişkin yükümlülüğe, meslekî bir ilişki -örneğin avukatlarla- engel teşkil etmektedir. Asıl meslekten noterler yalnız aynı görev yerine atanan diğer

noterlerle mesleğin müşterek yürütülmesine yönelik ilişki kurabilirler veya onlarla müşterek çalışma bürosuna sahip olabilirler (§ 9 BNotO). Bu durumda, böyle bir ilişki için büro ortaklığı şeklinde adî ortaklık tipi bir hukukî yapılanma gündeme gelir. İlişki, denetim makamına ve noter odasına bildirilmelidir (§ 27 BNotO). Buna karşılık, ortakların her birinin ortaklık anlaşması yoluyla diğer tüm ortakların lehine ve aleyhine etki doğuracak sözleşmeler yapmaya yetkilendirildiği ve esas itibarıyla sorumluluk altına da sokulduğu bir ortaklık, asıl meslekten noterler için mümkün değildir. Limited ortaklık veya işbirliği ortaklığı tipinde bir meslekî ilişki de söz konusu değildir.

## V. Avukat-Noter

Avukat-noterler Almanya'da avukat-noterliğin noterlik şekli olarak kabul edildiği yerlerinde hem avukatın hem de noterin faaliyetini yerine getirir (§ 3 f. 2 BNotO). Avukat-noterler, noterlik faaliyeti söz konusu olduğu sürece, yalnız noterlerle aynı ödev, hak ve yükümlülöklere sahiptir.

### 1.Giriş Koşulları

Bir avukatın aynı zamanda noter olarak kabul edilmesine ilişkin koşullar küçük farklılıklarla asıl meslekten noterliğin kabul koşullarına denk düşmektedir. Burada da Alman vatandaşlığı (§ 5 BNotO), hâkimlik görevi yapmaya muktedir olma (başarılmış iki hukukçular için devlet sınavı; § 5 BNotO), başvuranın kişisel uygunluğu, boş bir noterlik kadrosu ve meslekî sorumluluk sigortasının mevcudiyeti (§ 6a BNotO) gereklidir. Şu hususiyetler bahsedilmeye değerdir:

- Başvuran, *bekleme süresini* geçirmiş olmalıdır (§ 6 f. 2 BNotO). O, en az beş yıl avukatlığa kabul edilmiş ve en az üç yıldan beri ara vermeksizin noter olmak istediği görev çevresinde esas meslekten avukat olarak görevde olmalıdır.

- *Meslekî uygunluk*, burada asıl meslekten noterliğe göre biraz daha farklı kriterlere göre tespit edilme-  
lidir. Zira başvuranlar şu ana kadar noter adayları  
olarak bekleme süresinde değillerdi. Onlar avukat  
olarak çalışıyorlardı ve hukukçular için ikinci dev-  
let sınavının üzerinden zaman geçmişti. Mesleki  
uygunluk kriterlerine, hukukçular için ikinci devlet  
sınavındaki başarı ve noterlik mesleğine hazırlıkta  
avukatlar tarafından ilkin özel hazırlık kurslarında  
ve ikinci olarak noterlere vekâlet etmelerinde ortaya  
konan performanslar dâhildir. Almanya'da noterliğin  
yapısına ilişkin en önemli güncel sorun, çok sayıda  
başvuranların içinden avukat-noterlik için yapılacak  
seçime ilişkindir. Bu konuya birazdan tekrar özel  
olarak geri dönülecektir.
- Avukat-noterliğe atama, kişisel koşullardan bağımsız  
olarak yalnız atama ihtiyacı varsa gündeme gelir (§  
4 BNotO). İhtiyacın incelenmesinde, avukat-noterlik  
branşında ilgili bölgede faaliyet gösteren noterlerin  
ortalama işlem sayısı dikkate alınır. Bu da bölgesine  
göre 325 ila 450 noterlik işlemidir.

## 2. Diğer Meslekî Faaliyetler ve Yan Faaliyetler

Avukat-noter, avukatlık faaliyeti yanında patent vekili, malî müşavir, denetçi ve yeminli muhasebeci olarak da çalışabilir (§ 8 f. 2 c. 3 BNotO). Burada yalnız noterlere göre kesin bir farklılık bulunmaktadır. Maaşlı resmî görevin devralınması (örneğin, asıl meslekten maaşlı belediye başkanı veya bakan olarak) avukat-noterin eş zamanlı faaliyetine engel teşkil etmektedir (§ 8 f. 1 BNotO). Bu dönemde avukat-noter için bir vekil atanır (§§ 39 vd. BNotO). Avukatlık faaliyeti ile hiç ilgisi olmayan ücret karşılığı yan faaliyete izin verilmiş olmalıdır (§ 8 f. 3 BNotO). Avukat noterin de izinden muaf olan faaliyetlerine vasiyeti yerine getirme görevlisi, acz memuru veya hakemlik görevinin üstlenilmesi, bunun gibi örneğin üniversi-

tede öğretim görevlisi olarak bilimsel faaliyetler ve konferans faaliyetleri dahildir (§ 8 f. 4 BNotO).

### 3. Meslekî İlişkiler

Avukat-noterler, diğer avukat-noterlerle, avukatlarla, malî müşavirlerle, vergi vekilleri ile denetçilerle ve yeminli muhasebecilerle mesleğin müşterek icrasına yönelik ilişki kurabilir veya onlarla müşterek çalışma bürosuna sahip olabilir (§ 9 f. 2 BnotO). Bunun için izin alma mecburiyeti bulunmamaktadır. İlişki yalnız denetim makamına ve noter odasına bildirilmelidir (§ 27 BNotO).

Caiz ilişki şekli olarak burada da büro ortaklığı şeklinde bir adı ortaklık, bunun yanında meslekî adı ortaklık, limited ortaklık ve işbirliği ortaklığı gündeme gelir. Avukat-noter, anılan son şekillerde bir meslekî ilişkiye yalnız avukatlık sıfatı ile girebilir, noter sıfatı ile giremez.

## VI. Güncel Sorun: Avukat-Noterliğe Başvuranlar İçinden Seçim

Alman noterlik yapısının en önemli güncel sorunu, başvuruların içinden avukat-noterliğe yapılacak seçime ilişkindir.

### 1. Kanunî Direktifler

Noterlik görevinde kamusal bir görev söz konusu olduğundan, Anayasa'da dayanağını bulan (Art. 33 f. 2 GG) "en iyi-yi seçme" prensibi geçerlidir. Başvuranlar içinden yapılacak seçimdeki sıralama, bundan dolayı kişisel ve meslekî uygunluğa göre yapılır. Meslekî uygunluğun tespitinde Kanun'a göre (§ 6 f. 3 BNotO) hukukçular için ikinci devlet sınavındaki notlar, bunun gibi noterlik mesleğine hazırlıkta gösterilen performans, ayrıca şu ana kadarki avukatlık faaliyetinin süresi dik-kate alınmalıdır.

## 2. Kanunî Direktiflerin Yorumu ve Uygulamada Bir Puanlama Sistemi Vasıtasıyla Tatbiki

Muhtelif kanunî kriterlerin meslekî uygunluğun tespiti ne kadar ağırlığının olacağı, eyaletlerin idarî mevzuatları ve Federal Mahkeme'nin içtihatları vasıtasıyla bir puanlama sistemi dâhilinde somutlaşmaktadır. Buna göre, hukukçular için ikinci devlet sınavındaki notların büyük önemi vardır. Buna karşılık, bilhassa özel akademiler tarafından sunulan özel noterlik hazırlık kurslarına katılım için gereken notlar rol oynamamaktadır. Burada notların verilmesi, yalnız bu hazırlık kurslarına başarılı bir şekilde katılıma bağlıdır ve başarılı bir katılım belgesi zor bir sınavı gerektirmemektedir. Pek çok seçmede birçok aday noterliğe hazırlıktaki performanslarından ayrı puanı almaktadır. Böylelikle ikinci devlet sınavında alınan nottaki küçük farklılıklar da son tahlilde adayların seçiminde sonucu belirlemektedir.

## 3. Federal Anayasa Mahkemesi'nin 20.04.2004 Tarihli Kararı - 1 BvR 38/01 (NJW 2004, s. 1935)

Federal Anayasa Mahkemesi, bu seçim sistemini 20.04.2004 tarihli kararında Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Karara göre, sistem, en iyi başvuruları noter olarak belirlemeye uygun değildir ve bu nedenle "en iyiyi seçme" prensibini ihlâl etmektedir (Karş. Art. 33 f. 2 GG). Hukukçular için ikinci devlet sınavında alınan not bakımından liyakat esası uygulanmaktadır. Ne var ki, bu sınav, muhtemelen yıllar öncesinde kalmıştır ve noterliğe bugünkü uygunluğu ortaya koyma yeteneğine artık sahip değildir. Buna karşılık, noterliğe hazırlıktaki performansta liyakat esası uygulanmamaktadır. Ancak bu hazırlık, başvurudan önce günceldir ve meslekî uygunluğu güncel olarak ortaya koyma yeteneğine sahiptir.

## 1. Geçiş Düzenlemesi Olarak Yeni Puanlama Sistemi

Eyaletler, Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından ötürü, başvuruların içinden avukat-noterlik için seçim yapıl-

masına ilişkin yeni idarî mevzuatı yürürlüğe koymuştur. Gerçi puanlama sistemi muhafaza edilmiştir; ancak, örneğin sınav notları veya bilimsel yayınlar yolu ile belirlenebilecek noterliğe özgü özel bireysel yetenekler veya performanslara özel notlar verilebilmesi artık mümkündür. Meslekî uygunluğun tespitinde liyakat esasının güçlendirilmesi yolu ile en iyiyi seçme prensibi hayata geçirilmektedir.

## 2. Gelecekteki Seçim Kriterleri (1.5.2011'ten itibaren)

Şu andaki seçim usûlünde mamafih yalnız 30.04.2011'e kadar geçerli olacak bir geçiş düzenlemesi söz konusudur. Alman meclisi, 12.02.2009'da Federal Noterlik Kanunu'nda avukat-noterliğe girişin yeniden düzenlenmesine ilişkin bir değişikliği kabul etti. Buna göre, yeni seçim kriterleri geçerli olacaktır. Bu yeni kriterlere göre avukat-noterlik kadroları ilk olarak 01.05.2011'den itibaren ilan edilecektir.

Gelecekte meslekî seçim için şu kriterler belirleyici olacaktır:

- İkinci devlet sınavında alınan not. Bu kriter % 40 üzerinden değerlendirilecektir.
- Sisteme yeni dahil edilen Federal Noterler Odası'nın sınav biriminde yapılacak bir noterlik meslek sınavının sonucu. Bu kriter, % 60 üzerinden değerlendirilecektir. Federal Noterler Odası'ndaki sınav her biri beş saatlik dört gözetim çalışması ve noterliğe ilişkin bir ödevin sunumu ve grup sınavı görüşmesini içeren sözlü sınavdan oluşmaktadır. Böyle sınavlar, ilgilenen avukatların 01.05.2011'den itibaren avukat-noterliğe başvuruya hazırlanabilmesi için daha şimdiden sunulmaktadır.

HASAN YENİ'NİN  
KONUŞMASI

**Hasan YENİ:** Sayın Walker'e teşekkür ediyoruz. Şimdi sözü, bize İsviçre hukukunda noterlik alanındaki gelişmeler hakkında bilgi verecek olan Sayın Prof. Dr. Isaak Meier'e bırakıyorum. Buyurun Sayın Meier.

ISAAK MEIER'İN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Isaak MEIER:** Çok saygıdeğer hanımefendiler, beyefendiler; sizleri ve özellikle bu oturumda aramıza katılan noter meslektaşlarımızı saygıyla selamlayarak başlamak istiyorum.

Ben, tebliğimin başlığını "*Schweizerisches Notariatsrecht – Ein Rest von kantonaler Vielfalt in vereinheitlichten Privat- Prozess- und Anwaltsrecht (İsviçre Noterlik Hukuku – Yeknesaklaştırılmış Özel Hukuk, Usûl Hukuku ve Avukatlık Hukukunda, Kantonal Çeşitlilikten Bir Kalıntı)*" olarak koydum. Noterlik hukuku, İsviçre'de, medenî yargılamanın bir parçası olarak özel hukukla çok sıkı bir ilişki içindedir.

**Prof. Dr. Isaak MEIER**

(Universität Zürich)

**SCHWEIZERISCHES NOTARIATSRECHT: EIN REST  
KANTONALER VIELFALT IM VEREINHEITLICHTEN  
PRIVAT-, PROZESS- UND ANWALTSRECHT\***

BEITRAG  
VON  
ISAAK MEIER

*Unter Mitarbeit von RA lic. iur. Alexia M. Renner*

**1. Notariatsrecht als Teil von Zivilrechtspflege und  
Anwaltsrecht**

Das Notariatswesen gehört zur Zivilrechtspflege und steht damit in engster Verbindung zum Privatrecht. Die mit den notariellen Aufgaben verbundene beratende Tätigkeit rückt das Notariatsrecht sodann in die Nähe des Anwaltsrechts.

- 
- \* Erweiterte Fassung des vom Verfasser am 9. Oktober 2009 an der 8. türkischen Zivilprozess- und Konkursrechtstagung in Bolu/Abant vom 9. - 10. Oktober 2009 vor der Vereinigung der türkischen Zivilprozess- und Konkursrechtslehrer gehaltenen Vortrages über: Schweizerisches Notariatsrecht: Ein Rest kantonalen Vielfalt im vereinheitlichten Privat-, Prozess- und Anwaltsrecht.



BEITRAG  
VON  
ISAAK MEIER

Das schweizerische Privatrecht ist seit 1912 vereinheitlicht. Seit Juni 2002 ist durch das BGFA weitgehend auch das Anwaltsrecht Teil des Bundesrechts. Im Zivilprozessrecht steht die Vereinheitlichung unmittelbar bevor. Die neue Zivilprozessordnung (ZPO) wird am 1. Januar 2011 in Kraft treten.<sup>1</sup>

Das Notariatsrecht im eigentlichen Sinne hingegen bleibt weiterhin kantonales Recht (vgl. Art. 55 SchIT Zivilgesetzbuch [ZGB]).<sup>2</sup> In der Schweiz bestehen daher heute und auch in Zukunft 26 verschiedene Notariatsrechte. Im vorliegenden Beitrag wird vor allem auf die Regelungen von Zürich und Bern eingegangen.

Zum Notariat gehören in der Schweiz typischerweise folgende Aufgaben:

- Die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften und Willenserklärungen aller Art. Das ZGB und das Obligationenrecht (OR) bezeichnen diejenigen Willenserklärungen, für welche die öffentliche Beurkundung vorgeschrieben ist (so etwa für Grundstückskaufverträge, für die Gründung einer AG etc.).<sup>3</sup> Daneben können die Parteien im Rahmen der Privatautonomie die öffentliche Beurkundung für beliebige Rechtsgeschäfte vorsehen;
- Die Errichtung von öffentlichen Urkunden, in welchen Tatbestände, Vorgänge oder rechtliche Verhältnisse festgestellt werden;

---

<sup>1</sup> Die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung verbleiben jedoch in der Kompetenz der Kantone.

<sup>2</sup> Abs. 1 von Art. 55 SchIT ZGB lautet: „Die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird.“

<sup>3</sup> Sog. materiell-rechtliches Beurkundungsrecht, worauf in diesem Beitrag nicht näher eingegangen wird; demgegenüber regelt das hier interessierende sog. formelle Beurkundungsrecht das Verfahren und die Organisation der Beurkundung (zum materiell-rechtlichen Beurkundungsrecht SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg i.Ü. 1988).

- Die Beglaubigung von Unterschriften, Urkunden, Abschriften, Daten etc.;
- Aufgaben im Bereich des Erbrechts mit oder ohne Auftrag des Gerichtes wie etwa die Siegelung der Erbschaft, die amtliche Teilung oder die Ausstellung von Erbscheinen. Je nach Kanton hat der Notar noch zusätzliche Aufgaben, so etwa die Durchführung von freiwilligen Versteigerungen.

Dogmatisch gesehen gehören all diese Geschäfte - wie gesagt - zur Zivilrechtspflege, genauer gesagt zur sogenannten freiwilligen oder nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, deren Hauptmerkmal in der Einseitigkeit des Verfahrens, also im Fehlen einer Gegenpartei besteht.<sup>4</sup>

Die erstgenannten drei Aufgabenbereiche bilden den Kernbereich des Notariatsrechts in der Schweiz, welches durch das kantonale Recht geregelt ist. Beim letztgenannten Bereich können die Kantone bestimmen, ob sie hierfür den Notar oder die Notarin oder eine Verwaltungsbehörde als zuständig erklären wollen (Art. 54 Abs. 2 SchlT ZGB). Verzichten sie hierauf, fällt dieser Bereich in die gerichtliche freiwillige Gerichtsbarkeit, welche abschliessend durch die neue ZPO geregelt wird. So weist z.B. der Kanton Zürich die Ausstellung eines Erbscheines dem Einzelrichter zu (§ 137 lit. d des Gerichts- und Behördenorganisationsgesetzes des Kantons Zürich). Das Verfahren richtet sich damit nach der neuen ZPO. Für den Kanton Bern ist dies hingegen ein Geschäft des Notariatswesens (Art. 57 der Notariatsverordnung des Kantons Bern). Das Verfahren wird hier deshalb vom Kanton geregelt (Art. 54 Abs. 3 SchlT ZGB i.V.m. Art. 1 ZPO).

<sup>4</sup> GULDENER MAX, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, S. 9 ff.; JENT-SØRENSEN INGRID, Summarisches Verfahren, in: Paul OBERHAMMER (Hrsg.), Schweizerisches Zivilprozessrecht, Basel 2010 (erscheint demnächst); KLEY ANDREAS, Rz. 3 zu Art. 54 SchlT ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Basel 2007; Meier ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 361 f.

BEITRAG  
VON  
ISAAK MEIER

Als Beispiel für eine gesetzliche Umschreibung der Aufgaben des Notars sei die Notariatsverordnung des Kantons Zürich zitiert:

§ 1. Dem Notar obliegt, ausser den Aufgaben des Grundbuchamtes und des Konkursamtes, als Urkundsperson

a. die öffentliche Beurkundung aller Willenserklärungen, für welche diese Form vorgeschrieben ist oder von den Beteiligten gewünscht wird;

b. die Errichtung öffentlicher Urkunden über Tatbestände und Vorgänge sowie über rechtliche Verhältnisse;

c. die Beglaubigungen.

2. Vorbehalten bleiben die Vorschriften über die ausschliessliche Zuständigkeit anderer Urkundsbehörden.

Mit fast allen Notariatsgeschäften ist eine weit reichende Rechtsberatung der beteiligten Personen verbunden. Diese rückt das Notariat in die Nähe der Anwaltstätigkeit. In der Schweiz bestehen denn auch engste Beziehungen zwischen Anwaltstätigkeit und Notariat:

- Notare sind meistens zugleich auch Anwälte: In der Regel müssen die Anwälte hierzu allerdings eine Zusatzprüfung bestehen (Bern, Aargau etc.). In einzelnen Kantonen ist aber jeder Anwalt ohne weitere Qualifikation berechtigt, gewisse notarielle Aufgaben zu erfüllen (in St. Gallen zum Beispiel die Beurkundung von Ehe- und Erbverträgen).
- Notare unterliegen wie Anwälte einem Berufs- bzw. Amtsgeheimnis und haben analoge Berufsregeln wie diese einzuhalten.
- Ein wesentlicher Unterscheid besteht allerdings darin, dass Notare eine hoheitliche Funktion ausüben, während Anwälte für ihre Klienten in einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis (Auftragsrecht) tätig sind.
-

## 2. Amtliches, freiBerufliches oder gemischtes Notariat in den Kantonen

BEITRAG  
VON  
ISAAK MEIER

Das Notariat ist in den Kantonen sehr unterschiedlich geregelt. Es gibt das Amtsnotariat, das freiBerufliche Notariat und Mischformen:<sup>5</sup>

Zwölf Kantone kennen ausschliesslich das *freiBerufliche Notariat* (Bern, Uri, Freiburg, Solothurn, Basel-Stadt, Aargau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg, Genf und Jura). Grundsätzlich kann jedermann, welcher die Voraussetzungen hierzu erfüllt, diese Tätigkeit ausüben. Voraussetzungen sind etwa im Kanton Bern ein Universitätsabschluss, ein Praktikum von 24 Monaten (bzw. 18 Monaten für Inhaber des Anwaltspatentes) und eine anspruchsvolle Notariatsprüfung (Art. 5 Notariatsgesetz des Kantons Bern). Einzelne Kantone sehen Höchst- und Mindestgrenzen für die Anzahl der Notare vor (vgl. BGE 133 I 259 S. 261). Die Kantone mit freiBeruflichem Notariat sehen meist einen festen Tarif für die Notariatsgebühren und analoge Berufsregeln wie für die Anwälte vor. Eine Aufsichtsbehörde, meist das Obergericht, wacht über die Einhaltung der Berufsregeln. Die Notare haften für unsorgfältige Berufsausübung und haben in der Regel hierfür eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen (Art. 59 Notariatsgesetz des Kantons Bern).

Im Kanton Zürich sowie in anderen Kantonen (Schwyz, St. Gallen und Thurgau) ist das Notariat einer öffentlichen Stelle, dem Notariat, übertragen (*Amtsnotariat*). Der Notar ist damit Beamter des betreffenden Kantons. Er wird, wie dies für Personen, welche in der Rechtspflege tätig sind, typisch ist, vom Volk gewählt. Als Notar kann gewählt werden, wer über das Notariatspatent verfügt. Hierzu wird eine mehrjährige praktische Tätigkeit, der Besuch von einschlägigen Veranstaltungen an der Universität und eine anspruchsvolle praktische und theoretische Prüfung verlangt. Ein Universitätsabschluss ist jedoch – wie gesagt – nicht notwendig. Für unsorgfältige Amtsführung besteht eine Staatshaftung.

<sup>5</sup> Zum Ganzen CARLEN LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, S. 36 ff.

BEITRAG  
VON  
ISAAK MEIER

Neben diesen beiden gegensätzlichen Formen des Notariats bestehen verschiedene Mischformen. So wird in den Kantonen Luzern, Nidwalden, Basel-Land, Zug und Graubünden das Notariat von Beamten und freiBeruflichen Notaren ausgeübt.

Hervorzuheben ist, dass das Notariat, auch soweit es durch freiBerufliche Notare ausgeübt wird, als eine hoheitliche Tätigkeit gilt. Die Notare können sich daher weder auf die in der Bundesverfassung garantierte Wirtschaftsfreiheit Berufen noch verlangen, dass sie mit ihrer Zulassung in der ganzen Schweiz – gestützt auf das sog. Binnenmarktgesetz – tätig sein können. Weil es sich um eine hoheitliche Tätigkeit handelt, können die Kantone für die Notare auch eine zahlenmäßige Beschränkung vorsehen (BGE 133 I 259 S. 261).

### **3. Örtliche Zuständigkeit und allgemeine Verfahrensgrundsätze**

Nachfolgend interessieren uns die Fragen der örtlichen Zuständigkeit und die allgemeinen Verfahrensgrundsätze für die notariellen Geschäfte.

#### **3.1. Örtliche Zuständigkeit**

Für die örtliche Zuständigkeit sind zwei Fragen zu unterscheiden:

- Erstens: Für welche Geschäfte ist der Notar örtlich zuständig?
- Zweitens: Kann der Notar auch ausserhalb seines Kreises oder Kantons, in dem er zugelassen wurde, tätig werden?

Gerade zur letztgenannten Frage: Ein Notar, sowohl der Amtsnotar als auch der freiBerufliche Notar, kann grundsätzlich nur in dem Kanton bzw. Kreis tätig sein, wo er zugelassen

ist, weil es sich um eine hoheitliche Tätigkeit handelt.<sup>6</sup> In der Praxis wird aber teilweise gegen diese Regel verstoßen.

Die örtliche Zuständigkeit wird in der Schweiz wie folgt beantwortet:

#### *Nationale Zuständigkeit*

Die nationale Zuständigkeit richtet sich nach kantonalem Recht und ungeschriebenen allgemeinen Grundsätzen des Bundesrechts.<sup>7</sup> Nach unbestrittener Meinung kommt die Zuständigkeitsbestimmung für die freiwillige Gerichtsbarkeit von Art. 11 des Gerichtsstandsgesetzes bzw. neu Art. 19 der eidgenössischen ZPO nicht zur Anwendung, obwohl die Notariatstätigkeit auch zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gezählt wird.

Für Rechtsgeschäfte aller Art, welche nicht Grundstücke betreffen, gilt der ungeschriebene bundesrechtliche Grundsatz der Freizügigkeit. Die Parteien können den Notar d.h. in der ganzen Schweiz frei wählen.

Der Grundsatz der freien Wahl gilt im Prinzip auch für Rechtsgeschäfte, welche Grundstücke betreffen. Hier gestattet jedoch das (ungeschriebene) Bundesrecht den Kantonen, eine zwingende Zuständigkeit am Ort der gelegenen Sache vorzusehen (BGE 113 II 501). Eine solche ist für das Zürcher Recht vorgesehen: In § 5 der Notariatsverordnung des Kantons Zürich heisst es: „Zur öffentlichen Beurkundung von Rechtsgeschäften über dingliche Rechte und vormerkbare persönliche Rechte an Grundstücken ist der Notar des Kreises zuständig, in welchem das Grundstück oder ein Teil davon liegt (...).“

#### *Internationale Zuständigkeit*

Für die Notariatsgeschäfte findet das Lugano-Übereinkommen keine Anwendung. Das damit anwendbare Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht sieht für Notariatsgeschäfte wie allgemein für die freiwillige Gerichtsbarkeit keine Zustän-

<sup>6</sup> Vgl. MARTI HANS, Notariatsprozess, Bern 1989, S. 46 f.

<sup>7</sup> Vgl. BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz. 695 ff.

BEITRAG  
VON  
ISAAK MEIER

digkeitsnorm vor. Damit bleibt es auch für die internationalen Zuständigkeiten bei den allgemeinen ungeschriebenen bundesrechtlichen Grundsätzen und dem ergänzenden kantonalen Recht.

Grundsätzlich gelten die Grundsätze des nationalen Rechts analog auch für internationale Verhältnisse. D.h. ein schweizerischer Notar kann auch Rechtsgeschäfte mit Auslandsbeziehung beurkunden. Hierzu können allenfalls ergänzend zu den Formen des kantonalen Rechts auch ausländische Formen beachtet werden (vgl. zum Beispiel § 49 der Notariatsverordnung des Kantons Zürich, wo auf die zusätzliche Beglaubigung der Unterschrift des Notars hingewiesen wird). Falls eine Form nach schweizerischem Recht im Ausland nicht anerkannt wird, können auch ausschließlich ausländische Formen zur Anwendung kommen. Als Rechtsgrundlage hierfür kommt eine analoge Anwendung des für die Rechtshilfe konzipierten Art. 11 IPRG (Bundesgesetz über das internationale Privatrecht) in Frage.

Die umfassende internationale Zuständigkeit ist in zweierlei Hinsicht zu relativieren:

- Der Notar muss auch in der Lage sein, seiner weit reichenden Beratungs- und Aufklärungspflicht nachzukommen. Eine Freizeichnung, wie sie offenbar in der Praxis vorkommt, ist m.E. nicht zulässig. M.E. kann und muss der Notar in einem solchen Fall die Beurkundung ablehnen.
- Zu beachten ist sodann, dass einzelne Kantone dem Notar gestatten, die Zuständigkeit abzulehnen, wenn das Rechtsgeschäft keine ausreichende Beziehung zum Notariatskreis aufweist. In der Notariatsverordnung des Kantons Zürich heisst es zum Beispiel in § 4: „1. Der Notar soll sich jedoch nach Möglichkeit beschränken auf Amtshandlungen für die in seinem Amtskreis niedergelassenen oder sich auf seinem Amte einfindenden Personen und auf Vorgänge und Rechtsgeschäfte, die sich in seinem Amtskreis abwickeln oder mit diesem in engem

*Zusammenhang stehen. 2. Ausnahmen sind gerechtfertigt in den auf mehrere Notariatskreise aufgeteilten Städten und allgemein, wenn die Beteiligten aus sachlichen oder beachtlichen persönlichen Gründen nicht den an sich zuständigen Notar in Anspruch nehmen“.*

Diese Zuständigkeitsregeln gelten für die Kerngeschäfte des Notars, nämlich für die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften und Willenserklärungen aller Art, die Feststellung von Tatbeständen, Vorgängen oder rechtlichen Verhältnissen mittels öffentlicher Urkunde und Beglaubigungen (Art. 55 SchlT ZGB). Gesondert zu beantworten ist die Frage der Zuständigkeit für Geschäfte ausserhalb des notariellen Kernbereichs (Art. 54 SchlT ZGB), wie sie der Notar insb. im Bereich des Erbrechts auszuführen hat (vgl. oben S. 1). Diese Geschäfte fallen unter die Zuständigkeit für die freiwillige Gerichtsbarkeit gemäss Art. 19 ZPO, sofern kein spezielles Forum besteht.<sup>8</sup> Ein solches findet sich etwa bei den Massnahmen im Zusammenhang mit dem Erbgang (Art. 28 Abs. 2 ZPO). Für erbrechtliche Sicherungsmassnahmen gelten sodann die Zuständigkeiten für vorsorgliche Massnahmen (Art. 13 ZPO), werden diese Anordnungen doch in der ZPO, wie im Vorbehalt in Art. 269 ZPO zum Ausdruck kommt, unter dieser Kategorie eingeordnet.

<sup>8</sup> Art. 19 ZPO lautet: „In Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist das Gericht oder die Behörde am Wohnsitz oder Sitz der gesuchstellenden Partei zwingend zuständig, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt.“ Obschon die ZPO lediglich für das Verfahren der gerichtlichen freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung findet (Art. 1 lit. b ZPO), regelt sie also die örtliche Zuständigkeit für die von Verwaltungsbehörden ausgeübten Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Art. 54 SchlT ZGB. Auf die notariellen Kerngeschäfte gemäss Art. 55 SchlT ZGB ist Art. 19 hingegen nicht anwendbar (HIERZU BRÜESCH ANDREA, Rz. 10 zu Art. 19 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010.



### 3.2. Unabhängigkeit

Für die Notare gelten analoge Unabhängigkeitsbestimmungen wie für Richterinnen und Richter. Neben den verschiedenen Stufen der Verwandtschaft des Notars mit den Parteien gilt der allgemeine Ausstandsgrund, wonach der Notar Handlungen für Personen zu unterlassen hat, zu denen er in einem Verhältnis steht, das ihn als befangen erscheinen lässt (§ 78 Notariatsverordnung des Kantons Zürich).<sup>9</sup>

Im freiBeruflichen Notariat wird die Unabhängigkeit (u.a.) auch dadurch sichergestellt, dass den Notaren gewisse Nebentätigkeiten und Anstellungen verboten sind (Unvereinbarkeiten): Im Kanton Basel-Stadt darf zum Beispiel ein Notar nur bei einem anderen Notar angestellt sein. Die Anstellung bei einem anderen Arbeitgeber ist untersagt. Verboten ist auch jede Tätigkeit, welche mit dem Verkauf und der Vermittlung von Liegenschaften zu tun hat (§ 7 Abs. 1 Notariatsgesetz des Kantons Basel-Stadt; vgl. hierzu BGE 133 I 259 S. 262).<sup>10</sup>

### 3.3. Berufs- und Amtsgeheimnis

Beim Amtsnotariat untersteht der Notar dem Amtsgeheimnis; für einen freiBeruflichen Notar gilt das Berufsgeheimnis. Verletzt ein Notar das Amts- bzw. Berufsgeheimnis, macht er sich nach dem Strafgesetzbuch (Art. 320 f. StGB) strafbar.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Ausführlich zur Ausstands- und Unparteilichkeitspflicht Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Rz. 754 ff. u. Rz. 895 ff.; Ruf Peter, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995, Rz. 716 ff. u. Rz. 988 ff.

<sup>10</sup> Siehe zu den Unvereinbarkeiten auch Louis, Notariatsrecht der Schweiz, S. 61 ff.; Ruf, Notariatsrecht, Rz. 441 ff.

<sup>11</sup> Siehe hierzu auch Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Rz. 1136 ff.; Louis, Notariatsrecht der Schweiz, S. 126 ff.; Ruf, Notariatsrecht, Rz. 945 ff.

### 3.4. Wahrheitspflicht/Untersuchungsgrundsatz<sup>12</sup>

Aus der Notariatsverordnung des Kantons Zürich:

§ 35 Das urkundliche Zeugnis über irgendeinen Vorgang oder ein tatsächliches oder rechtliches Verhältnis soll auf der Überzeugung des Notars beruhen, dass es der vollen Wahrheit entspricht.

Wie das Beispiel des Zürcher Rechts zeigt, ist die Wahrheitspflicht ein zentrales Prinzip für die Tätigkeit des Notars. Die Wahrheitspflicht ist auch ein ungeschriebener Rechtssatz des Bundesrechts, soweit es – wie in der Regel bei der öffentlichen Beurkundung – die notariellen Handlungen vorschreibt.

Ein Notar, welcher diese Pflicht verletzt, macht sich nach der besonderen Strafbestimmung von Art. 317 StGB strafbar. Strafbar sind auch die Parteien, welche falsche Angaben gegenüber einem Notar machen (Art. 253 StGB).

Mit der Wahrheitspflicht ist verbunden, dass der Notar von Amtes wegen abzuklären hat, ob die fraglichen Tatsachen und Rechtsverhältnisse auch bestehen. Wie allgemein in der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt somit hier der Untersuchungsgrundsatz. Seine Instrumente sind vor allem die Befragung der Parteien und der Beizug von Urkunden.

### 3.5. Beratungs- und Aufklärungspflicht<sup>13</sup>

Aus der Notariatsverordnung des Kantons Zürich:

§ 18 1. Der Notar bemüht sich mit aller Sorgfalt, den wahren und eindeutigen Willen der vor ihm auftretenden Personen festzustellen, um allfällige Irrtümer und Missverständnisse zu verhüten.

<sup>12</sup> Zum Ganzen Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Rz. 1078 ff.; Louis, Notariatsrecht der Schweiz, S. 120 ff.; Ruf, Notariatsrecht, Rz. 832 ff.

<sup>13</sup> Ausführlich zur Aufklärungspflicht LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, S. 124 ff.; Ruf, Notariatsrecht, Rz. 876 ff.

BEITRAG  
VON  
ISAAK MEIER

2. Er unterrichtet die Parteien über die Tragweite ihrer Entschlüsse, macht sie auf Widersprüche ihrer Erklärungen zu gesetzlichen Vorschriften aufmerksam und erteilt ihnen die notwendigen und gewünschten weiteren Auskünfte.

3. Dabei enthält er sich jeder zudringlichen Einflussnahme auf die Willensbildung, insbesondere was die wirtschaftliche Seite des Geschäftes anbelangt.

Bei all seiner Tätigkeit hat der Notar eine weit reichende Beratungs- und Aufklärungspflicht der Parteien. Für die öffentliche Beurkundung folgt diese Pflicht unmittelbar aus dem Zweck der Formvorschrift. Diese soll sicherstellen, dass die Parteien sich vor Abschluss des Rechtsgeschäftes aller Konsequenzen genau bewusst sind und die Vor- und Nachteile des Rechtsgeschäftes kennen. Damit der Notar sie hierüber aufklären kann, muss er auch genau wissen, welches der wirkliche Wille der Parteien ist.

Die Grenzen der Rechtsberatung und Rechtsaufklärung bestehen in den Geboten der Gleichbehandlung der Parteien und der Neutralität des Notars. Im Weiteren hat er sich grundsätzlich der wirtschaftlichen Beurteilung des Geschäftes zu enthalten. Immerhin kommt er nicht umhin, auch die wirtschaftliche Seite anzusprechen, wenn etwa ein Grundstück zu einem offensichtlich weit über dem üblichen Marktwert liegenden Preis an eine geschäftsunerfahrene Partei verkauft werden soll.

Mit der Pflicht zur Rechtsberatung und Rechtsaufklärung erfüllt der Notar auch einen wesentlichen Beitrag zum Konsumentenschutz und allgemein zur Garantie des Zugangs zum Recht für jedermann.

#### 4. Aufgaben

##### 4.1. Öffentliche Beurkundung

Die wichtigste Aufgabe eines Notars ist die öffentliche Beurkundung. Das schweizerische Recht sieht die öffentliche

Beurkundung für zahlreiche Rechtsgeschäfte vor. Zusätzlich können die Parteien die öffentliche Beurkundung auch als Formerfordernis für beliebige Rechtsgeschäfte vorsehen (vgl. § 1 Ziff. 1 Notariatsgesetz des Kantons Zürich).

Anwendungsfälle sind etwa: Rechtsgeschäfte über dingliche Rechte an Grundstücken und über vormerkbare persönliche Rechte (vgl. § 152 Notariatsverordnung des Kantons Zürich), Erbverträge (Art. 512 ZGB), Statutenänderungen bei einer Aktiengesellschaft (Art. 647 OR), Errichtung einer Stiftung (Art. 81 Abs. 1 ZGB).<sup>14</sup>

Bei der öffentlichen Beurkundung hat die vorhin genannte Beratungs- und Aufklärungspflicht eine besondere Bedeutung. Der Notar hat das Rechtsgeschäft auch in verschiedener Hinsicht zu überprüfen und – falls erhebliche Mängel vorliegen – auch die Beurkundung zu verweigern.<sup>15</sup> Nach § 20 der Zürcher Notariatsverordnung tut er dies u.a.:

- wenn er die Überzeugung gewinnt, dass eine Partei nicht urteilsfähig ist;
- wenn er befürchtet, dass das Geschäft aus einem andern Grunde nichtig oder anfechtbar ist, das Geschäft einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst.

#### 4.2. Notarielle Feststellung von rechtserheblichen Tatsachen

Als weiteres wichtiges Geschäft des Notars ist die notarielle Feststellung von rechtserheblichen Tatsachen zu nennen.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Zum Ganzen Schmid, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen.

<sup>15</sup> Zur Überprüfungspflicht Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Rz. 932 ff.

<sup>16</sup> Hierzu ausführlich Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Rz. 3052 ff.

BEITRAG  
VON  
ISAAC MEIER

Nach § 42 der Zürcher Notariatsverordnung gehören hierzu etwa Feststellungen über die Existenz einer Person, das Vorhandensein von Einrichtungen zum Beispiel auf einem Grundstück sowie Feststellungen betreffend die Durchführung einer Verlosung oder eines Wettbewerbs. In der Praxis kommen notarielle Beurkundungen auch vor, wenn eine Bank einen Tresorraum verschiebt und mit der Beurkundung dem Vorwurf vorbeugen möchte, es seien Vermögenswerte und Dokumente nicht mitgenommen worden. Dasselbe ist auch üblich, wenn die Bank aus irgendwelchen Gründen ein Tresorfach ohne Anwesenheit des Kunden öffnen muss.

Wichtige Geschäfte sind etwa auch die öffentliche Beurkundung eines Verlaufs einer Generalversammlung einer Aktiengesellschaft und ähnliche Sachverhalte.

Verfahrensrechtlich gesehen handelt es sich bei den notariellen Tatsachenfeststellungen um eine Ergänzung des Instituts des Feststellungsurteils, welches sich lediglich auf Rechte und Rechtsverhältnisse beziehen kann. Eine tatsächliche Feststellung des Notars hat allerdings keine Rechtskraftwirkung. *Immerhin erbringt sie nach Art. 9 Abs. 1 ZGB den „vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist.“* D.h. die Feststellung führt zu einer Beweislastumkehr zulasten derjenigen Partei, welche den Inhalt bestreitet.

Die notarielle Feststellung muss von der Beweissicherung gemäss der neuen schweizerischen ZPO abgegrenzt werden. Nach Art. 158 ZPO kann das Gericht jederzeit vorsorglich Beweise abnehmen. Dies ist u.a. dann der Fall, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung oder sonst ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Das Zürcher Recht hat bisher die Befundaufnahmen durch den Notar – im Hinblick auf die Abgrenzung zur zivilprozessualen Beweissicherung – für Tatsachen ausgeschlossen, die ihrer Natur nach der Beweissicherung für einen hängigen oder bevorstehenden Rechtsstreit dienen (so z.B. bezüglich Feststellungen über den Zustand von Mietlokalen, die Beschaffenheit von Warenlieferungen, Mängel eines Werkes, Einwirkungen auf ein Grundstück; vgl.

§ 43 Abs. 1 Notariatsverordnung des Kantons Zürich). M.E. ist jedoch eher von einer konkurrierenden Zuständigkeit beider Rechtsbehelfe auszugehen.<sup>17</sup>

### 4.3. Beglaubigung

Ein wichtiger Anwendungsfall der notariellen Feststellung von Tatsachen ist die notarielle Beglaubigung von Unterschriften, Abschriften und des Datums von Privatkunden (vgl. § 174 Notariatsverordnung des Kantons Zürich). Die Beglaubigung ist zum Teil ausdrücklich im Gesetz vorgesehen (vgl. Art. 14 Abs. 3, Art. 720 und Art. 977 Abs. 2 OR). Darüber hinaus kann sie jedoch für jedes Dokument verlangt werden, welches für die Parteien von Bedeutung ist.

### 4.4. Öffentliche Urkunde<sup>18</sup>

#### 4.4.1. Allgemeines

Vorerst ist zu erwähnen, dass die Schweiz mit dem Verfahren zur provisorischen Rechtsöffnung nach Art. 82 SchKG schon seit über 100 Jahren ein Verfahren kennt, mit dem Geldforderungen, die sich aus einem unterschriebenen Vertrag ergeben, erleichtert vollstreckt werden können. Etwas übertrieben lässt sich sagen: In der Schweiz war und ist eigentlich jeder privatrechtliche Vertrag bezüglich der darin versprochenen Geldleistung eine vollstreckbare Urkunde, ohne dass es hierzu einer Vollstreckungsunterwerfung bedarf.

Mit der neuen schweizerischen ZPO wird zusätzlich eine sog. vollstreckbare öffentliche Urkunde im eigentlichen Sinne eingeführt (Art. 347 ff. ZPO).<sup>19</sup> Die wesentlichen Punkte sind

<sup>17</sup> Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 31.

<sup>18</sup> Vgl. zum Ganzen: Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 439 ff. sowie Meier ISAAK, Die dogmatische Situation des Vollstreckungsrechts aus der Sicht des schweizerischen Rechts, 1. Teil: Vollstreckungstitel sowie Mittel und Zweck der Zwangsvollstreckung, ZZP 121 (2008) S. 325 ff.

<sup>19</sup> Oberhammer PAUL, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde im Vor-

BEITRAG  
VON  
ISAAK MEIER

dabei folgende: Der Schuldner kann vor einem Notar in einer öffentlichen Urkunde grundsätzlich für jede Art von Geldforderungen und anderen Verpflichtungen (sog. Realansprüche) die unmittelbare Vollstreckung anerkennen, ohne dass in einem vorgängigen Zivilprozess ein vollstreckbares Urteil ergangen sein muss.

Nach Art. 347 ZPO gelten dabei folgende Voraussetzungen:

- Die Vollstreckungsunterwerfung muss in der Urkunde ausdrücklich erklärt werden oder anders gesagt, die Schuld sowie die unmittelbare Vollstreckung müssen von der unterzeichnenden Partei anerkannt werden.
- Der geschuldete Betrag und die Leistung müssen wie das Gesetz sagt „genügend bestimmt“ sein. Beim Geldbetrag müssen der Maximalbetrag sowie ein allfälliger Zins genannt sein. Eine Realleistung muss so genau umschrieben werden, dass eine Vollstreckung erfolgen könnte. Beispiele: Genaue Bezeichnung der Sache, bezüglich derer sich die Gegenpartei bei erstem Verlangen zur Herausgabe verpflichtet; genaue Bezeichnung, welche Handlungen in welcher Zeitspanne die betreffende Partei zu unterlassen hat.
- In der Urkunde muss sodann der Rechtsgrund der fraglichen Leistung genannt werden.

---

entwurf einer eidgenössischen ZPO, in: Hans Michael Riemer/Moritz Kuhn/Dominik Vock/Myriam A. Gehri (Hrsg.), FS für Karl Spühler, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 247 ff.; Schmid Jürg, Das Modell der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde im schweizerischen Recht, ZBGR 85 (2004) S. 26 ff.; Spühler Karl, LugÜ 50 - wichtige Neuheit: vollstreckbare öffentliche Urkunde ohne SchKG-Einleitungsverfahren, in: Karl Spühler (Hrsg.), Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2003, S. 76 ff.; Staehelin Daniel, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde - Eine Ausländerin vor der Einbürgerung, in: Monique Jametti Greiner/Bernhard Berger/Andreas Güngerich (Hrsg.), FS für Franz Kellerhals, Bern 2005, S. 208 ff.

Betreffend die Rückzahlung einer Darlehensforderung könnte die Erklärung gemäss dem Bericht zum Vorentwurf ZPO etwa wie folgt lauten:<sup>20</sup>

*„Vor dem unterzeichnenden Notar X ist heute Y erschienen mit dem Ersuchen um öffentliche Beurkundung der folgenden Willenserklärung:*

*Ich anerkenne, Z aus Darlehen vom ... den Betrag von Fr. 50'000.-- zu schulden. Das Darlehen ist jederzeit auf drei Monate kündbar. Für den Betrag von Fr. 50'000.-- anerkenne ich die unmittelbare Vollstreckung im Sinne von Art. 337 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung.“*

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde ist ein starkes Instrument des Gläubigerschutzes.<sup>21</sup> Durch sie könnten Schuldner vor allem als sog. „schwächere Parteien“ (Mieter, Arbeitnehmer oder Konsumenten) überfahren werden. Der Gesetzgeber hat daher konsequent alle Rechtsgebiete vom Anwendungsbereich der öffentlichen Urkunde nach den Art. 347 ff. ZPO ausgenommen, welche sozial sensibel sind. Es sind dies nach Art. 348 ZPO Leistungen aus dem Gleichstellungsgesetz, aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht, aus dem Mitwirkungsgesetz, aus dem Arbeitsrecht sowie nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz und schliesslich allgemein aus Konsumentenverträgen. Die Problematik der vollstreckbaren öffentlichen Urkunden trifft damit „nur“ noch wenige schwächere Wirtschaftsparteien, so etwa die KMU's.

#### 4.1.2. Notarielle Aufgaben

Der öffentliche oder private Notar hat bei der Ausstellung dieser Urkunde den Bestand der Forderung grundsätzlich nicht näher zu prüfen. Er hat m.E. die Ausstellung immerhin zu ver-

<sup>20</sup> Bericht Vorentwurf ZPO, Art. 338, S. 158; ZBGR 85 (2004) S. 29.

<sup>21</sup> Es dient wohl am meisten den Interessen der Banken im Hypothekarkreditgeschäft. Vgl. Oberhammer, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde im Vorentwurf einer eidgenössischen ZPO, S. 252.



BEITRAG  
VON  
ISAAK MEIER

weigern, wenn Gründe vorliegen, die die Vollstreckung offensichtlich ausschliessen.<sup>22</sup> Denkbar ist bspw., dass die Forderung offensichtlich auf einem Konsumentenvertrag beruht (vgl. Art. 348 lit. e ZPO). Im Übrigen ist die allgemeine Beratungs- und Aufklärungspflicht in diesem Bereich besonders wichtig, da die Bedeutung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde für den Laien nicht leicht verständlich ist.

## 5. Ausblick

### 5.1. Informationstechnologie im Notariat

Auch in der Schweiz hält die elektronische Revolution allmählich Einzug im Notariat. Nach einem Entwurf für eine Neufassung von Art. 55 SchIT ZGB soll die öffentliche Urkunde auch in elektronischer Form erstellt werden können.

M.E. ist diese Entwicklung solange begrüßenswert, als damit lediglich die Darstellung, Übermittlung und Aufbewahrung von Daten und Dokumenten vereinfacht wird. Problematisch wird es dann, wenn diese Entwicklung dazu führen sollte, dass die Anwesenheitspflicht der Parteien sowie die notarielle Prüfungs-, Beratungs- und Aufklärungspflicht aufgeweicht und eingeschränkt werden.

### 5.2. Amtsnotariat oder freiBerufliches Notariat?

Für jeden Staat, welcher sowohl das Amtsnotariat als auch das freiBerufliche Notariat kennt, stellt sich die Frage, welchem System der Vorzug gewährt werden soll und welchem die Zukunft gehört.

M.E. haben sich in der Schweiz beide Systeme in gleichem Masse bewährt. Für das gute Funktionieren des Notariats ist allein entscheidend, ob die Notare professionell arbeiten, über einen hohen Ausbildungsstand verfügen sowie Ansehen und Vertrauen genießen. Diese Voraussetzungen können, wie die

---

<sup>22</sup> Vgl. auch ZBGR 85 (2004) S. 30.

Beispiele von Zürich und Bern zeigen, mit beiden Systemen verwirklicht werden. Es ist deshalb nicht damit zu rechnen und m.E. auch nicht wünschenswert, dass sich in absehbarer Zeit der heutige Zustand ändert.

Probleme zeigen sich am ehesten in den Kantonen, in welchen beide Systeme gleichzeitig bestehen. Erfahrungsgemäß bleibt dann die eine oder andere Form auf der Strecke. Entweder haben die freiberuflichen Notare, welche meist zugleich Anwälte sind, nur wenige Notariatsfälle und damit wenig Erfahrung oder dann hat der amtliche Notar, welcher in der Regel kein Volljurist ist, nur ein geringes Ansehen.

### 5.3. Bedeutung des Notariats in der heutigen Zeit

Das Notariat hat nach wie vor eine zentrale Bedeutung. Die öffentliche Beurkundung ist ein effektives Instrument zum Schutz der „schwächeren“ Vertragspartei und damit des Konsumentenschutzes bei wichtigen Geschäften des täglichen Lebens. Es garantiert den Zugang zum Recht für jedermann.

Mit der Feststellung von rechtserheblichen Tatsachen nimmt das Notariat sodann eine wesentliche Rechtsschutzfunktion wahr: sie dient einerseits der Vorbeugung eines Rechtsstreits und zugleich, als Maßnahme der Beweissicherung, der Erleichterung des Rechtsstreits, falls ein solcher dennoch ausbrechen sollte.

Prof. Dr. Isaak MEIER  
(Zürich Üniversitesi)

İSVİÇRE NOTERLİK HUKUKU:  
BİRLEŞTİRİLMİŞ ÖZEL HUKUK,  
USÛL HUKUKU VE AVUKATLIK HUKUKU  
İÇİNDE KANTONAL ÇEŞİTLİLİKTE BİR KALINTI\*\*

(*Av. lic. iur. Alexia M. Renner'in katkılarıyla*)

ISAAK  
MEIER'İN  
TEBLİĞİ

1. Medenî Yargılama ve Avukatlık Hukukunun Bir  
Parçası Olarak Noterlik Hukuku

Noterlik, medenî yargılama hukukuna ait bir kurumdur ve bu nedenle özel hukuk ile aralarında yakın bir bağ bulun-

\* Bu makale, 9 Ekim 2009 tarihinde, Bolu/ Abant' da 9/10 Ekim 2009 tarihleri arasında düzenlenen 8. Türk Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nda sunulan "İsviçre Noterlik Hukuku: Birleştirilmiş Özel Hukuk, Usûl Hukuku ve Avukatlık Hukuku İçinde Kantonal Çeşitlilikten Bir Kalıntı" adlı tebliğin genişletilmiş halidir.

\*\* Çev.: Ar. Gör. Nilüfer Boran-Güneysu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı.

maktadır. Noterlerin görevi ile bağlantılı danışma faaliyetleri, noterlik hukukunu avukatlık hukukuna yaklaştırmaktadır.

İsviçre özel hukuku, 1912'den beri birleştirilmiş bir durumdadır. Avukatlık hukuku da, 2002 yılının haziran ayından itibaren, Avukatların Serbest Dolaşımına Dair Federal Kanun ile geniş bir oranda federal hukukun bir parçası haline gelmiştir. Medenî usûl hukuku ise, çok yakın bir zamanda birleştirilecek ve yeni Medenî Usûl Kanunu (ZPO), 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girecektir.<sup>1</sup>

Bununla beraber, gerçek anlamda noterlik hukuku kantonal niteliktedir (Krş. SchIT ZGB m. 55).<sup>2</sup> Bu nedenle, İsviçre'de bugün ve ileride de olmak üzere, 26 farklı noterlik hukuku bulunmaktadır. Bu makale, her şeyden önce Zürih ve Bern kantonlarındaki düzenlemelere yöneliktir.

İsviçre'de noter, aşağıda belirtilen tipik görevleri yerine getirmektedir.

- Hukukî işlem ve irade açıklamalarının her türünün, resmî olarak belgelendirilmesi. Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu, resmî belgelendirilmenin zorunlu olduğu irade açıklamalarını tespit etmektedir (Taşınmaza ilişkin satım sözleşmesi, anonim şirket kurulması gibi).<sup>3</sup> Bununla birlikte taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hukukî işlemler için istedikleri şekli öngörebilirler;
- Vakıfalar, işlemler veya hukukî ilişkilerin tespitine yönelik resmî belgelerin hazırlanması;
- İmzaların, belgelerin, suretlerin, tarih ve benzerlerinin onaylanması;

<sup>1</sup> Bununla beraber mahkeme organizasyonları ve yargı kararları, kantonların yetkisi içinde kalmaktadır.

<sup>2</sup> "Kendi bölgelerinde resmî belgelendirmenin nasıl yapılacağını, kantonlar belirler." (SchIT ZGB m. 55/I).

<sup>3</sup> Maddî hukuka ilişkin belgelendirme hukuku, bu hukuktan farklı olarak, şekli belgelendirme hukukuna ilişkin usûl ve organizasyonu düzenler. (bkz. SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg i.Ü. 1988).

- Miras hukuku çerçevesinde, mahkemenin talebi veya talebi olmaksızın mirasın mühürlenmesi, resmî katılım ve mirasçılık belgesinin oluşturulması. Kantonuna göre, noter, isteğe bağlı arttırmanın yapılması gibi, ilave görevleri de yerine getirebilir.

Öğretide, bu işlemlerin tamamının, medenî yargılama hukukuna ait olduğu kabul edilmektedir. Daha doğru ifade etmek gerekirse bu işlemler, temel özelliği hasmın bulunmaması olan, çekişmez yargıya aittir.<sup>4</sup>

İlk önce belirtilen üç görev, İsviçre'de noterlik hukukunun temelini oluşturmaktadır. Daha sonra belirtilen görevlerin ise, noter veya idarî makamlarca yerine getirilip getirilemeyeceği kantonlar tarafından belirlenmektedir (SchIT ZGB m. 54/II). Kantonlar, bu belirlemeyi yapmaktan feragat ederlerse; bu işlemler, yeni Medenî Usûl Kanunu'nda düzenlenen çekişmesiz yargı alanına girecektir. Örneğin Zürih kantonunda mirasçılık belgesi verilmesi işlemi, hâkim tarafından yapılmaktadır (Zürih Kantonu Mahkeme ve Yetkili Organlar Kuruluş Kanunu m. 137/d). Bu nedenle yargılama, yeni Medenî Usûl Kanunu'na göre yapılacaktır. Buna karşın Bern kantonu açısından bu, bir noterlik kurumu işlemidir (Bern Kantonu Noterlik Yönetmeliği m. 57). Bu nedenle yargılama, kanton tarafından düzenlenecektir (SchIT ZGB m. 54/III Krş. ZPO m. 1).

Noterin görevlerinin yasal düzenlemesine örnek olarak, Zürih Kantonu Noterlik Yönetmeliği aşağıda gösterilmiştir.

<sup>4</sup> Guldener Max, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, S. 9 ff.; JENT-SØRENSEN INGRID, Summarisches Verfahren, in: Paul OBERHAMMER (Hrsg.), Schweizerisches Zivilprozessrecht, Basel 2010; KLEY ANDREAS, Rz. 3 zu Art. 54 SchIT ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Basel 2007; MEIER ISAAC, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 361 f.

## Noterlik Yönetmeliği (Zürih Kantonu)

### § 1

1. Noter, tapu dairesi ve iflâs idaresi görevlerinin dışın-  
da, aşağıda belirtilen işlemleri belgelendirmekle yükümlüdür.

a. Belirli bir formda veya tarafların talep ettiği biçimde,  
tüm irade açıklamalarının resmî belgelendirilmesi;

b. Hukukî ilişkiler üzerine vakıalar ve işlemlerin resmî bel-  
gelerinin hazırlanması;

c. Tasdikleme.

2. Münhasır yetkiye sahip diğer belge makamları hakkın-  
daki düzenlemeler saklıdır.

Hemen hemen tüm noterlik işlemlerinde, taraflara geniş bir  
hukukî danışmanlık sağlanmaktadır. Bu da, noterlik kurumu-  
nu, avukatlık faaliyetine yaklaştırmaktadır. İsviçre'de noterlik  
ile avukatlık mesleği arasında sıkı bir ilişki de bulunmaktadır.

- Noterlerin çoğu, aynı zamanda avukattır. Noter ve avukatlar, ek bir sınava girmek zorundadır (Bern, Aar-  
gau gibi). Her avukat, her bir kantonda, bazı noterlik görevlerini yerine getirmek üzere, ekstra özellikleri olmadan yetkilendirilebilirler (Örneğin St. Gallen kantonunda evlilik ve miras sözleşmeleri).
- Noterler, avukatlar gibi meslekî ve özellikle resmî sırlara sahiptirler. Noterler, avukatlar gibi, benzer meslekî kurallara uymakla yükümlüdürler.
- Ancak avukatlar ile noterler arasında temel bir farklılık bulunmaktadır. Avukatlar, vekilleri için özel hukuka dair hukukî ilişki içinde bulunurken, noterler egemenliğe dair (hoheit) bir fonksiyonu yerine getirmektedirler.

## 2. Kantonlardaki Kamusal, Özel veya Karma Noterlik

Noterlik kurumu, kantonlarda çok farklı biçimde düzenlenmiştir. Kamusal, özel ve karma noterlik çeşitleri bulunmaktadır:<sup>5</sup>

On iki kantonda, münhasıran özel noterlik kabul edilmiştir (Bern, Uri, Freiburg, Solothurn, Basel-Stadt, Aargau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg, Genf ve Jura). Buna dair ön şarta sahip olan herkes, kural olarak, noterlik yapabilir. Örneğin Bern kantonunda, üniversite diploması, 24 aylık bir staj (Avukatlık ruhsatına sahip olanlar için 18 ay) ve oldukça zor olan noterlik sınav şartı bulunmaktadır (Bern Kantonu Noterlik Kanunu m. 5). Her bir kantonda, noterlik seçimi için azamî ve asgarî sınır belirlenmektedir (Krş. BGE 133 I 259 S. 261). Noterlerin serbest çalıştığı kantonlarda, noterlik ücreti için, çoğunlukla belirlenmiş bir tarife bulunmaktadır ve noterler için de, avukatlar gibi meslekî kurallar söz konusudur. Bir denetim makamı -ki bu makam, genellikle kanton mahkemesidir- meslek kurallarına uyulup uyulmadığını denetlemektedir. Noterler, mesleklerini özensiz yerine getirmekten sorumludurlar ve bunun için kural olarak, meslekî sorumluluk sigortası bulunmaktadır (Bern Kantonu Noterlik Kanunu m. 59).

Zürih kantonunda, diğer kantonlarda (Schwyz, St Gallen ve Thurgau) olduğu gibi, noterlik resmî bir kadrodur. Noter, hukukî işlemlerde alışlagelmiş olduğu üzere, halk tarafından seçilmektedir. Noter, bu nedenle ilgili kantonun memurudur. Noterlik ruhsatına sahip olanlar, noter olarak seçilebilir. Noterlik ruhsatı ise, birkaç yıllık uygulama faaliyetini, üniversitede konuyla ilgili derslerin alınmasını, zor bir uygulama ve teorik sınavı gerektirir. Bunun için, üniversite diploması gerekli değildir. Görevin özensiz ifası halinde, kamusal bir sorumluluk bulunmaktadır.

Bu birbirinden farklı iki noterlik çeşidinin yanında, farklı karma formlar da bulunmaktadır. Luzern, Nidwalden, Ba-

<sup>5</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Carlen LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, s. 36 ff.

sel Land, Zug ve Graubünden kantonlarında noter, memur ve serbest çalışan olarak faaliyet göstermektedir.

Şunu da vurgulamak gerekir ki; noterlik faaliyeti özel noterler tarafından yerine getirilse de, kamusal bir faaliyettir. Noterler bu nedenle, ne federal anayasa ile güvence altına alınmış ekonomik özgürlüğe dayanabilirler ne de İsviçre'nin her yerinde faaliyetlerini icra etmeyi -İç Pazar Kanunu'na dayanarak- talep edebilirler. Burada, egemenliğe ait bir faaliyet söz konusu olduğundan kantonlar, noterler için sayısal sınırlamalar da öngörebilir (BGE 133 I 259 S. 261).

### 3. Yer İtibariye Yetki ve Genel Yargılama İlkeleri

Şimdi, noter işlemlerinde yetki ve genel yargılama ilkelere ilişkin sorunlarını değerlendireceğiz.

#### 3.1. Yer Bakımından Yetki

Yer bakımından yetki için iki soru sorulabilir:

- Birincisi: Noter, hangi işlemler için yer itibariyle yetkilidir?
- İkincisi: Noter, kendi çevresi veya kantonu dışında kabul edilmiş yerlerde de faaliyette bulunabilir mi?

Son soruya ilişkin olarak: Bir noter, ister resmî ister serbest çalışan bir noter olsun, kural olarak, sadece kendisine izin verilen çevrede, kendi kantonunda faaliyette bulunabilir; zira burada egemenliğe ait bir işlem söz konusudur.<sup>6</sup> Ancak, uygulamada bazen bu kural ihlal edilmektedir.

İsviçre'de yetki sorusu şöyle cevaplandırılmaktadır:

<sup>6</sup> Krş. Marti Hans, Notariatsprozess, Bern 1989, S. 46 f.



### Ulusal Yetki

Ulusal yetki, kanton hukukuna ve yazılı olmayan genel federal hukuk ilkelerine göre belirlenmektedir.<sup>7</sup> Noterlik faaliyetleri, genel olarak, çekişmesiz yargı işi kabul edilmesine rağmen; çekişmesiz yargı için yetki, Yargı Yeri Kanunu'nun 11. maddesinde ve özellikle yeni Medenî Usûl Kanunu'nun 19. maddesine göre belirlenmektedir.

Taşınmazları ilgilendirmeyen hukukî işlemlerin her türü için, yazılı olmayan federal ilkeler gereğince, serbest dolaşım geçerlidir. Bunun anlamı, tarafların noteri, İsviçre'nin tamamından serbestçe seçebilmesidir.

Serbest seçim ilkesi, taşınmazı ilgilendiren işlemler için de, kural olarak, geçerlidir. Burada federal kanun (yazılı olmayan), kantonlara ilgili taşınmazın bulunduğu yer için, zorunlu bir yetki öngörme izni vermiştir (BGE 113 II 501). Böyle bir durum, Zürih hukukunda görülmektedir. Noterlik Yönetmeliği'nin 5. maddesi şu şekildedir: "*Aynı haklar ve taşınmaza ilişkin şerh edilebilir şahsî haklara yönelik hukukî işlemlerin resmî olarak belgelenmesinde, taşınmazın tamamının veya bir kısmının bulunduğu bölge noteri yetkilidir (...)*".

### Uluslararası Yetki

16 Eylül 1988 tarihli Mahkemelerin Yetkisine ve Medenî ve Ticarî İşlerde Verilmiş Mahkeme Kararlarının İcrasına Dair Sözleşme'de (LugÜ), noter işlemleri için bir uygulama bulunmamaktadır. Uygulanabilir 1987 tarihli Uluslararası Özel Hukuk Kanunu (IPRG), genel olarak çekişmesiz yargı işlerinde olduğu gibi, noterlik işlemlerinde de herhangi bir yetki kuralı öngörmemektedir. Bu yüzden uluslararası yetki, genel olarak, yazılı olmayan federal ilkeler ve tamamlayıcı kantonal hukuk ile belirlenmektedir.

<sup>7</sup> Krş. Brückner Christian, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz. 695 ff.

Ulusal hukuk ilkeleri, kural olarak, uluslararası ilişkilerde de kıyasen uygulanır. Yani, İsviçreli bir noter, yabancılık unsuru taşıyan bir hukukî işlemlerde de belgelendirme yapabilecektir. Bununla ilgili olarak en azından, kantonal hukukun formlarına ilaveten, yabancı formlar da dikkate alınabilir (Krş. Örneğin Zürih Kantonu Noterlik Yönetmeliği m. 49, burada noterin imzasının da ayrıca tasdik edilmesi gerekmektedir). İsviçre hukukundaki bir form, yurtdışında tanınmıyorsa, uluslararası yabancı formlar da münhasıran uygulanabilir. Burada hukukî dayanak olarak, Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nun istinabeye ilişkin 11. maddesi gösterilebilir.

Uluslararası yetki kurallarının iki dikkat çekici noktası bulunmaktadır:

- Noterin, bu durumda da, geniş bir danışma ve açıklama yükümlülüğü söz konusudur. Uygulamada görülen muhalefet şerhi, kanımca caiz değildir. Bana göre noter, böyle bir durumda, belgelendirme talebini reddedebilmeli hatta reddetmelidir.
- Bazı kantonlar, hukukî işlem ile noterin yetki alanı arasında yeterli bir ilişki yoksa, noterin yetki bakımından reddedilmesini mümkün kılmıştır. Zürih Kantonu Noterlik Yönetmeliği'nin 4. maddesi bu duruma örnek gösterilebilir. "1 Noter, mümkün olduğunca kendi bölgesinde oturan veya bulunan kişilerle, kendi yetki alanında gerçekleştirilen hukukî işlemler ve bunlarla yakından ilgili olan meselelerde resmî faaliyetlerde bulunabilir. 2 Birden fazla noterlik alanına ayrılmış şehirlerde ve genel olarak tarafların, esasa dair veya diğer önemli kişisel nedenlerle, asıl yetkili noterden istifade edemedikleri durumlarda istisnalar caizdir."

Bu yetki kuralları, temel noterlik işlemleri için, özellikle hukukî işlem ve irade açıklamalarının her türünde resmî belgelendirme, vakaların, işlemlerin veya hukukî ilişkilerin resmî belgelerle tespiti ve onaylanması bakımından geçerlidir (SchlT ZGB m. 55). Noterin yetki alanı (SchlT ZGB m. 54) dışındaki işlemler bakımından yetki sorusu, miras hukuku alanında noter

tarafından yürütülen işlemlerdeki yetki kuralları gibi cevaplandırılmalıdır (Krş. Yukarıda S. 1). Bu işlemler, başka bir usûl tespit edilmediği sürece,<sup>8</sup> Medenî Usûl Kanunu'nun 19. maddesi gereğince, çekişmesiz yargıya ilişkin yetki kuralları altında değerlendirilir. Böyle bir işlem, mirasın intikaline yönelik tedbirlerde görülmektedir (ZPO m. 28/II). İhtiyatî tedbirlere yönelik yetki kuralları (ZPO m. 13), miras hukukuna yönelik ihtiyatî tedbirler için de geçerlidir; bu kurallar, Medenî Usûl Kanunu'nun 269. maddesinde gösterilen kategori altında bulunmaktadır.

### 3.2. Bağımsızlık

Hâkimlere ilişkin bağımsızlık düzenlemeleri, noterler için de kıyasen uygulanır. Noter ile taraflar arasında farklı derecelerdeki akrabalık ilişkisinin yanı sıra, genel bir itiraz sebebi de bulunmaktadır; buna göre noter, kendisi ile ilişkide olan kişilere yönelik hukukî işlemleri yapmaktan kaçınacaktır (Zürich Kantonu Noterlik Yönetmeliği m. 78).<sup>9</sup>

Serbest çalışan noterler için de, bağımsızlık güvence altına alınmış, noterlere bazı yan faaliyet ve işler yasaklanmıştır. Örneğin Basel'de, bir noter, sadece başka bir noterin yanında çalışabilir. Noterin başka bir işverenin yanında çalışması yasaklanmıştır. Ayrıca, gayrimenkul satışı ve buna aracılığa yöne-

<sup>8</sup> Medenî Usûl Kanunu'nun 19. maddesine göre: "Kanun başka bir yer belirlemediği sürece, çekişmesiz yargıda talepte bulunanın ikâmetgahı veya oturduğu yer mahkemesi veya merci zorunlu olarak yetkilidir." Medenî Usûl Kanunu'nda sadece kazaî çekişmesiz yargıda yetkiyi düzenlemesine rağmen, Medenî Kanun'un 54. maddesi gereğince, idarî makamlarca yapılan çekişmesiz yargıya ilişkin işlemlerde de, bu yetki kuralları uygulanır. Medenî Kanun'un 55. maddesi gereğince, temel noterlik işlemlerinde 19. madde uygulanmaz. Bkz. Brüesch Andrea, Rz. 10 zu Art. 19 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010.

<sup>9</sup> Bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Rz. 754 ff. u. Rz. 895 ff.; Ruf Peter, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995, Rz. 716 ff. u. Rz. 988 ff.

lik her faaliyet de yasak kapsamındadır (Basel-Stadt Kantonu Noterlik Kanunu m. 7/I; krş. BGE 133 I 259 S. 262).<sup>10</sup>

### 3.3. Meslekî ve Kamusal Sır

Resmî noterler, resmî sırları saklamayı yükümlenir; serbest çalışan noterler için ise, meslekî sır söz konudur. Bir noter, resmî veya meslekî sırrı ihlal ederse, Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılacaktır (StGB m. 320).<sup>11</sup>

### 3.4. Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü/Araştırma İlkesi<sup>12</sup>

#### Noterlik Yönetmeliği (Zürih Kantonu)

§ 35. Herhangi bir işlem veya bir vakıa veya hukukî ilişkiye yönelik belgesel tanıklık, noterin kanaatine dayanmalıdır, bu belgesel tanıklık tamamen gerçeğe uygun olmalıdır.

Zürih kantonunda da görüldüğü üzere, gerçeği söyleme yükümlülüğü, noterlik işlemleri için temel bir prensiptir. Gerçeği söyleme yükümlülüğü, -resmî belgelendirmede olduğu gibi- federal hukukun yazılı olmayan kurallarında öngörülmektedir.

Noter, bu yükümlülüğünü ihlal ederse, Ceza Kanunu'nun 317. maddesindeki özel düzenleme gereğince cezalandırılacaktır (StGB m. 253).

Gerçeği söyleme yükümlülüğü ile bağlantılı olarak noter, kendiliğinden, tartışmalı vakıaları ve hukukî ilişkilerin bulunup bulunmadığını açıklığa kavuşturmak zorundadır. Genel olarak, çekişmesiz yargıda olduğu gibi, burada da araştırma

<sup>10</sup> Bağdaşmazlığa ilişkin bkz. Louis, Notariatsrecht der Schweiz, S. 61 ff.; Ruf, Notariatsrecht, Rz. 441 ff.

<sup>11</sup> Bkz. Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Rz. 1136 ff.; Louis, Notariatsrecht der Schweiz, S. 126 ff.; Ruf, Notariatsrecht, Rz. 945 ff.

<sup>12</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Rz. 1078 ff.; Louis, Notariatsrecht der Schweiz, S. 120 ff.; Ruf, Notariatsrecht, Rz. 832 ff.

ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin unsurları, tarafların sorgulanması ve belgelerin değerlendirilmesidir.

### 3.5. Danışma ve Aydınlatma Yükümlülüğü<sup>13</sup>

#### Noterlik Yönetmeliği (Zürich Kantonu)

##### § 18

1. Noter, tüm hata ve yanlış anlamaları önlemek, kendisine başvuran tarafların gerçek ve açık iradelerini tespit etmek için, tüm dikkati ile çaba sarf eder.

2. Noter, taraflara, kararlarının önemi ve açıklamalarının kanunî düzenlemelerle çeliştiği yerler hakkında bilgi verir ve taraflara gerekli ve istenen bilgileri sağlar.

3. Noter, özellikle işlemin ekonomik yönü gibi, iradenin oluşumunu etkileyecek çabalardan kaçınır.

Noterin tüm işlemlerinde, geniş bir danışma ve açıklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Resmî belgelendirme için bu yükümlülük, şekil kurallarının amacından doğrudan çıkarılmaktadır. Bu yükümlülükler, tarafların hukukî işlemin sonunda tüm sonuçları tam olarak bilmesini ve hukukî işlemin avantaj ve dezavantajlarını tanımasını güvence altına almaktadır. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için, tarafların hangi gerçek iradeye sahip olduklarının noter tarafından bilinmesi zorunludur.

Hukukî danışma ve aydınlatma yükümlülüğünün sınırı, taraflara eşit davranma yükümü ve noterin tarafsızlığıdır. Ayrıca noter, kural olarak, işlemin ekonomik olarak değerlendirmesinin dışında kalmalıdır. Buna ilaveten noter, örneğin bir taşınmaz açıkça piyasa değerinin üzerinde karşı tarafa satılmaya çalışılıyorsa, işlemin ekonomik boyutunu taraflarla konuşmamalıdır. Hukukî danışma ve açıklama yükümlülüğü ile noter,

<sup>13</sup> Aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Louis, *Notariatsrecht der Schweiz*, S. 124 ff.; Ruf, *Notariatsrecht*, Rz. 876 ff.

tüketicinin korunmasına da katkıda bulunur ve genel olarak, herkesin hukuka ulaşımının güvencesini sağlar.

#### 4. Görevler

##### 4.1. Resmî Belgelendirme

Bir noterin en önemli görevi, resmî belgelendirme faaliyettir. İsviçre hukukunda, birçok hukukî işlem için, resmî şekil öngörülmektedir. Ayrıca taraflar da, yaptıkları hukukî işlemlerde belirli bir şekil öngörebilirler (Krş. Zürih Kantonu Noterlik Kanunu m. 1 bent 1).

Bu konunun uygulama alanına şu durumlar örnek gösterilebilir: taşınmazlara ilişkin hukukî işlemler ve şerh edilebilen kişisel haklar (Krş. Zürih Kantonu Noterlik Yönetmeliği m. 152); miras sözleşmeleri (ZGB m. 512), bir anonim şirkette statü değişiklikleri (OR m. 647), bir vakfın kurulması (ZGB m. 81/I).<sup>14</sup>

Resmî belgelendirme faaliyetinde, daha önce ifade edilen danışma ve açıklama yükümlülüğünün önemli bir anlamı bulunmaktadır. Noter, hukukî işlemi çeşitli bakış açıları altında değerlendirir, şayet büyük bir eksiklik görüyorsa, belgelendirme talebini reddeder.<sup>15</sup> Zürih Kantonu Noterlik Yönetmeliği'nin 20. maddesine göre noter, şu durumlarda belgelendirme talebini reddetmelidir:

- Noter, taraflardan birinin temyiz kudretine sahip olmadığı kanaatindeyse;
- Noter, işlemin başka bir nedenle batıl veya itiraz edilebilir olmasından, işlemin imkânsız veya hukuka aykırı bir içeriğe sahip olmasından veya iyiniyete aykırılığından endişe ediyorsa.

<sup>14</sup> Bkz. Schmid, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen.

<sup>15</sup> Denetleme yükümlülüğüne ilişkin bkz. Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Rz. 932 ff.

## 4.2. Hukukî Öneme Haiz Vakıaların Noter Tarafından Tespiti

Hukukî öneme haiz vakıaların noter tarafından tespiti, bir diğer önemli işlem olarak nitelendirilebilir.<sup>16</sup>

Zürih kantonu Noterlik Yönetmeliği'nin 42. maddesine göre, bir insanın varlığının, bir taşınmazın mevcudiyetinin, bir çekilişin veya yarışmanın yürütülmesinin tespiti, bu konuya örnek gösterilebilir. Uygulamada bir banka, kasa daireisinin yerini değiştirir ve suç isnadını belgelendirme ile önlemek isterse, noterin belgelendirme faaliyeti ile kasadaki malvarlığı değerini ve belgeleri kontrol altında tutmaktadır. Yine bankanın herhangi bir nedenle kasayı, müşterinin bulunmadığı bir durumda, açmak zorunda kalması halinde de bu işlem uygulanmaktadır.

Örneğin bir anonim şirket genel kurul toplantısının resmî belgelendirmesi ve benzeri olaylar önemli işlemler olarak değerlendirilebilir.

Yargılama hukukunda, noterin vakia tespiti, tespit davasının tamamlayıcısı niteliğindedir. Ancak noterin, bir vakıayı tespiti, kesin hüküm etkisi yaratmamaktadır. Yine de bu tespit, Medeni Kanunu'nun 9. maddesinin 1. fıkrasına göre, içeriğinin yanlışlığı tespit edilmediği sürece tam anlamıyla bir delildir. Yani tespit ile ispat yükü, içeriğe itiraz eden tarafta kalmaktadır.

Noter tarafından yapılan tespit, İsviçre yeni Medenî Usûl Kanunu'na göre delil tespiti bakımından sınırlandırılmalıdır. Medenî Usûl Kanunu'nun 158. maddesine göre, diğerlerinin yanı sıra, dilekçe sahibi taraf, bir tehlike içinde olduğunu veya en azından korunmaya değer bir yararı bulunduğunu ispat ederse, mahkeme her zaman ihtiyatî delillere başvurabilir. Zürih hukukunda şimdiye kadar, bazı vakıaların tespiti yasaklanmıştır. Bunlar doğaları gereği mevcut veya yakın gelecekteki bir uyuşmazlıkta delil tespitine hizmet eden vakıalar-

<sup>16</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Rz. 3052 ff.

dır (Örneğin kiraya verilen yerin durumunun, emtianın tesliminin sağlanmasının, eserin kusurunun, taşınmaz üzerindeki etkinin tespiti. Zürih Kantonu Noterlik Yönetmeliği m. 43/I). Kanımca, her iki hukukî imkân, yarışan yetkiler olarak kabul edilmelidir.<sup>17</sup>

### 4.3. Tasdik

Vakıaların noter tarafından tespitinin en önemli uygulama alanı, özel belgelerdeki imzaların, suretlerin ve tarihlerin noter tarafından tasdikidir (Krs. Zürih Kantonu Noterlik Yönetmeliği m. 174). Tasdik, kısmen de olsa, yasada açıkça öngörülmüştür (Krs. OR m. 14/III, 720 ve 977/II). Ayrıca noterler, taraflarca talep edilen ve onlar için önem sahip olan her belgeyi de tasdik edebilir.

### 4.4. Resmî Belgeler<sup>18</sup>

#### 4.4.1. Genel Olarak

Öncelikle şunu belirtmeliyim ki, İsviçre hukukunda, İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesine göre, geçici hukukî imkân usûlü ile -ki bu usûl yüzyıldan beri uygulanmaktadır- sözleşmeden kaynaklanan para alacağının daha rahat icra edilebilmesi sağlanmaktadır. Konuya ilişkin abartılı olarak şu söylenebilir: İsviçre'de, para alacağına ilişkin hükümlere sahip her özel hukuk sözleşmesi, icraya başvurmaya gerek duyulmaksızın (Vollstreckungunterwerf), icra edilebilir bir belge niteliğindedir.

Yeni İsviçre Medenî Usûl Kanunu ile buna ek olarak, icra edilebilir resmî belge de, aynı anlamda icra edilebilme kabili-

<sup>17</sup> Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 31.

<sup>18</sup> Krs. Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 439 ff.; Meier ISAAC, Die dogmatische Situation des Vollstreckungsrechts aus der Sicht des schweizerischen Rechts, 1. Teil: Vollstreckungstitel sowie Mittel und Zweck der Zwangsvollstreckung, ZJP 121 (2008) S. 325 ff.



yetine sahip olacaktır (ZPO m. 347 vd.).<sup>19</sup> Burada önemli noktalar şunlardır: Borçlu, noter önünde kural olarak, para alacağının her türü veya diğer yükümlülükleri (özellikle aynı talepler) resmî bir belge altında, doğrudan icrasını tanıyabilir; üstelik bunu daha önce verilmiş usûl hukuku anlamında bir hüküm olmaksızın yapabilir. Medenî Usûl Kanunu'nun 347. maddesine göre gerekli ön şartlar şunlardır:

- İcra kabiliyeti, açıkça belirtilmiş olmalıdır veya diğer bir deyişle borç ve doğrudan icra, imzalayan tarafça tanınmak zorundadır.
- Borçlanılan miktar veya edim, yasanın deyimi ile yeterince belirlenmiş olmalıdır. Meblağ ve müeccel faizler gibi maksimum meblağ da belirlenmek zorundadır. İcranın rahatlıkla yerine getirilebilmesi için, bir aynı edimin de açıkça yazılması gerekmektedir. Karşı tarafın ifayı taahhüt ettiği eşyanın açıkça belirlenmesi, ilgili tarafın hangi eylemden, hangi zamanda kaçınacağını açıkça belirlenmesi örnek olarak gösterilebilir.
- Belgede, ilgili edimin hukukî sebebi de gösterilmek zorundadır.

Ödünç alacağının geri ödenmesi ile ilgili beyan, Medenî Usûl Kanunu Tasarı göre, aşağıdaki şekilde gerçekleşecektir<sup>20</sup>:

*İcra edilebilir resmî belgelere yönelik örnek:*

<sup>19</sup> Oberhammer Paul, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde im Vorentwurf einer eidgenössischen ZPO, in: Hans Michael Riemer/Moritz Kuhn/Dominik Vock/Myriam A. Gehri (Hrsg.), FS für Karl Spühler, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 247 ff.; Schmid Jürg, Das Modell der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde im schweizerischen Recht, ZBGR 85 (2004) S. 26 ff.; Spühler Karl, LugÜ 50 - wichtige Neuheit: vollstreckbare öffentliche Urkunde ohne SchKG-Einleitungsverfahren, in: Karl Spühler (Hrsg.), Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2003, S. 76 ff.; Staehelin Daniel, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde - Eine Ausländerin vor der Einbürgerung, in: Monique Jametti Greiner/Bernhard Berger/Andreas Güngerich (Hrsg.), FS für Franz Kellerhals, Bern 2005, S. 208 ff.

<sup>20</sup> Bericht Vorentwurf ZPO, Art. 338, S. 158; ZBGR 85 (2004) S. 29.

ISAAC  
MEIER'İN  
TEBLİĞİ

*“Y, bugün noter X’e, aşağıdaki irade açıklamasının belgelen-  
dirilmesi talebi ile başvurmuştur: Z’ye, ödünç sözleşmesi nedeniyle  
50.000 Frank borçluyum. Sözleşme üç ay önceden bildirilmek şartıyla  
her zaman feshedilebilir. 50.00 Franklık borç için, İsviçre Medenî  
Usûl Kanunu’nun 337 ve devamı maddeleri gereğince doğrudan ic-  
rayı kabul ediyorum.”*

İcra edilebilir resmî belgeler, alacaklıların korunmasında önemli bir araçtır.<sup>21</sup> Bu belgelerle, zayıf taraf olarak adlandırılan borçlular (kiracı, işçi veya tüketici) zarar görebilir. Bu nedenle, kanun koyucu, kararlı bir şekilde, Medenî Usûl Kanunu’nun 347 ve devamı maddeleri gereğince, sosyal hassasiyete sahip tüm hukuk dallarını, resmî belgelerin kullanım alanından müstesna tutmuştur. Medenî Usûl Kanunu’nun 348. maddesine göre bunlar; eşitlik kanunundan kaynaklanan edimler, kira ve hasılat, meskun mahal ve işyerleri ile tarımsal hasılat ve iş hukukundan, iş bulma kanununda ve son olarak genel tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan hususlardır. İcra edilebilir resmî belgeler, sadece küçük ve orta ölçekli işletmeler gibi, zayıf ekonomik tarafın bulunduğu hallerde sorun oluşturmaktadır.

#### 4.4.2. Noterlik Görevleri

Resmî veya özel noter, talebin var olup olmadığını, kural olarak, ayrıntılı bir biçimde incelemeyiz. Kanımca noter, icraya açıkça kapalı bir sebebin bulunması halinde, talebi reddedecektir.<sup>22</sup> Buna, talebin açıkça tüketici sözleşmesini ilgilendirmesi örnek olarak gösterilebilir (Krş. ZPO m. 348/e). Ayrıca burada, icra kabiliyetine sahip resmî belgeler açısından, daha önce genel olarak açıklanan danışma ve açıklama yükümlülüğü özellikle önemlidir.

<sup>21</sup> Bu durum, çoğunlukla ipotek işlemlerinde bankaların yararına hizmet etmektedir. Krş. Oberhammer, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde im Vorentwurf einer eidgenössischen ZPO, Festschrift für Karl Spühler, S. 252.

<sup>22</sup> Krş. ZBGR 85 (2004) S. 30.

## 5. Sonuç

### 5.1. Noterlikte Bilgi Teknolojileri

Elektronik devrim, İsviçre'de de yavaş yavaş noterlik kurumunu ilgilendirmeye başlamıştır. Taşınmaza ilişkin eşya hukuku alanında İsviçre Medeni Kanunu'nun yenilenmesine dair tasarının 55. maddesi, resmî belgelerin, elektronik şekilde de düzenlenebileceğini öngörmektedir.

Bana kalırsa bu gelişme, bilgi ve belgelerin gösterilmesi, nakli ve muhafazasını kolaylaştırıyorsa olumlu karşılanmalıdır. Bu gelişmeler, tarafların hazır bulunma zorunluluğu ile noterliğe ilişkin danışma ve açıklama yükümlülüğüne sapma ve sınırlama getirmesi halinde sorunlara neden olabilecektir.

### 5.2. Resmî veya Özel Noterlik?

Resmî veya özel noterlik kurumunu benimseyen her şehir için, sorulması gereken soru, hangi sistemin daha ayrıcalıklı olduğu ve hangisinin geleceğe yönelik olduğudur.

Bana kalırsa, iki sisteminin de İsviçre hukukunda aynı değere sahip olduğu söylenebilir. Noterlik kurumunun fonksiyonlarını, iyi bir biçimde yerine getirebilmesi için sadece, noterlerin yüksek eğitim standartları ile saygı ve güven içinde profesyonel olarak çalışıp çalışmadıkları belirleyicidir. Zürih ve Bern kantonlarındaki örneklerde görüldüğü üzere, bu şartlar her iki sistemde de gerçekleştirilebilir. Bu nedenle, kanımca, mevcut durumun değişmesi beklenmemeli ve istenmemelidir.

Problem, çoğunlukla her iki sistemi birden uygulayan kantonlarda görülmektedir. Tecrübeler de göstermektedir ki, bir veya yeni bir forma da mesafeli yaklaşılmaktadır. Çoğunlukla avukat olan ve noterlik faaliyeti sınırlı olan ve bu nedenle yetersiz tecrübeye sahip özel noter de, kural olarak tam olarak hukukçu olmayan resmî noterler de yeterince saygı görmemektedir.

ISAAC  
MEIER'İN  
TEBLİĞİ

### 5.3. Noterliğin Günümüzdeki Anlamı

Noterlik kurumu, daha önce de belirttiğimiz üzere, önemli bir anlama sahiptir. Resmî belgelendirme, sözleşmedeki zayıf tarafı koruyan etkili bir araçtır; bununla günlük hayattaki önemli işlemlerde tüketicinin korunması sağlanmaktadır. Noterlik, herkesin hukuka ulaşımının güvencesini sağlamaktadır.

Noter, hukukî vakıaların tespiti ile önemli bir hukukî fonksiyonu yerine getirmektedir. Buna göre noter tarafından yapılan tespit, bir yandan uyumsuzlukları engellemeye hizmet ederken; diğer yandan da, ileride hukukî bir uyuşmazlık çıkması durumunda, delil tespiti ile uyuşmazlığın aydınlatılmasını da sağlamaktadır.

HASAN YENİ'NİN  
KONUŞMASI

**Hasan YENİ:** Sayın Meier'e teşekkür ediyoruz.

Şimdi, Hakan hocamız, "*Noterlik Kanunu Tasarısı Işığında Noterlik Mesleğine Giriş*" konulu sunumunu yapacaktır. Ben sözü hemen kendisine veriyorum; buyurun sayın hocam.

HAKAN  
PEKCANİTEZ'İN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ:** Teşekkür ediyorum Değerli Başkanım.

Ben yüzlerde epeyce bir yorgunluk sezdim dinlerken ve sizi izlerken. Bunun en büyük sebebi, öğlen ki yemek. Hele yanında bir de ayran olunca bu son derece doğal.

Şimdi, belki noterlik mesleği için noterliğe giriş sizi biraz gençleştirecek, çünkü noterliğe girişinizi hatırlatacak ve beni daha rahat dinleyebileceksiniz.

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ**

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## **NOTERLİK KANUNU TASARISI IŞIĞINDA NOTERLİK MESLEĞİNE GİRİŞ**

Noterlik Kanunu 1972 yılında yürürlüğe girdikten sonra 5 ila 21. maddeleri hiç uygulanmamış. Öyle güzel maddeler var ki, okuduğunuz zaman teorik olarak çok hoş. Ama kanunun yürürlüğe girmesinden sonra hiç uygulanmamış. Neden? Bildiğiniz gibi, "*Ayrık haller*" başlıklı bir 6. madde var. Orada hiç staja gerek olmaksızın avukatların ve hâkimlerin müracaat ederek sıraya girmeleri ve deftere kayıttan sonra noter olabilmeleri mümkün hale getirilmiş. İşte bu hükümden sonra da hiç kimse staj yapmamış. Herkes ya noter olabilmek için avukatlıktan ya da hâkimlikten gelmişler. Ve noter olarak atandıktan sonra da hiçbir sınav, hiçbir staj dönemi yaşamamışlar. Onların daha önceki avukatlık stajı yeterli görülmüş.

Dilerseniz avukatlık stajına dönelim. Türkiye'de hukuk fakültelerinden mezun olan kişilerin avukat olabilmeleri için sı-

HAKAN  
PEKCANITEZ'İN  
TEBLİĞİ

HAKAN  
PEKCANİTEZ'İN  
TEBLİĞİ

nava girmeleri gerekmiyor. Elinizi kolunuzu sallayarak baroya müracaat edip bir yıl geçirdikten sonra avukat olabiliyorsunuz. Ne başında bir sınav var ne de sonunda. Bildiğim kadarıyla, sadece Makedonya böyle, İspanya böyle idi, ancak İspanya'da da önümüzdeki yıl -bildiğim kadarıyla- staj ve sınav avukatlar için zorunlu hale gelecek.

Şimdi, hal böyle iken, noterlik mesleğine bakışı bir kez daha değerlendirmek zorundayız. Çünkü özellikle sayın konuşmacıların da ifade ettiği gibi, noterlik mesleği artık koruyucu adalet içinde değerlendiriliyor. Bu koruyucu adalet içinde görev yapacak olan kişilerin mümkün olduğu kadar daha bilgili, daha iyi yetişmiş, daha donanımlı olmaları gerekiyor. Bunun için belki en önemli ölçütlerden bir tanesi de mesleğe girerken yapılacak olan sınav.

Sayın Walker de söyledi, biz Almanya'ya yine Bayern'e gittiğimizde de orada genç bir noterden aynı şeyi dinlemiştik. Almanya'da ikinci devlet imtihanında ancak ilk 10'a girenler noter olabiliyorlar. Bizim ülkemizde böyle bir sınav yok. Umarım en kısa sürede bu avukatlar için de söz konusu olur. Belki ortak bir sınavı da düşünebiliriz, ama ortak bir sınavı belki daha genel olarak düşünmek gerekirken noterler kendi meslekleri bakımından noterliğe girişi mutlaka değerlendirmeli. Nitekim daha önceki adalet bakanları döneminde başlayan bir Noterlik Kanunu Tasarısı çalışması var. Bu çalışmanın ben ortasında komisyon üyesi olarak katıldım, ama şunu ifade edeyim: Beni en çok heyecanlandıran bu tasarıda noterlik mesleğine girişle ilgili hükümler oldu. Çünkü gerçekten daha çağdaş, daha bilgili noterlerin yetişebilmesi için stajyer sayısının Noterler Birliği tarafından belirlenmesi ve bu sayının önceden ilan edilerek başvuruların yapılabilmesine imkân tanınması Tasarı'nın 7. maddesinde öngörüldü. Bu sınav, yılda bir kez olabileceği gibi, gerekirse birden fazla da yapılabilmesi kabul edildi. Bu sınavı ancak başaranlar staja başlayabilecek, başarılı olamayanlar ise tekrar sınava girecekler ya da bir başka mesleği tercih edecekler.

Sınavı o dönemde tek seçenek gibi gördüğümüz için ve bu sınava müracaatın çok yüksek sayıda olacağını düşündüğümüz için Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılabileceğini değerlendirdik. Çünkü bugün için hâkimlik sınavlarına başvuru 5.000'in üzerinde. Ben Türkiye'de noterlik için bir sınav açıldığında bunun iki, üç misli olabileceğini düşünüyorum. Böyle olunca, 10.000 kişinin üzerindeki başvurunun başka türlü sınav biçiminde gerçekleştirilmesi mümkün değil.

Belki bu sınavla yetinilmeyebilir, bu sınavın arkasından bir mülakat da belki söz konusu olabilir, ama belki bugün uygulamadaki hâkimlik sınavını esas alacak olursak, işte hâkimlik sınavındaki o çoktan seçmeli sınav ve arkasından mülakatta belki bu staj dönemi başlayabilir.

Tabii, staj mutlaka bir ücret ödenerek yapılması gereken ve geçirilmesi gereken bir dönem. Bu yüzden staj döneminde noter stajyerlerin mutlaka bir ücret alması ve bunun için de Noterler Birliğinde bir fon oluşturulması öngörüldü. Bu staja başlayabilmek ya da sınava girebilmek için önceki kanundaki mevcut hükümler, yani 7. maddedeki hükümler aynen muhafaza edildi diyebilirim. Sadece 12. bentteki noterlik görevini devamlı ve gereği gibi yapmaya engel vücut veya akılca malul olmamayı kaldırdık. Takdir edersiniz ki akılca malul olma söz konusu ise zaten bunun için ayrıca bir hüküm koymaya bile gerek yok. Ama bir vücut engelinin de burada bir engel teşkil etmeyeceğini değerlendirdik.

İkinci farklılık: Staj yapılacak yerde ikametgâhı bulunmak... Bu zaten staj bittikten sonra bir zorunluluk olduğu için başlangıçta böyle bir şeyi koymanın zorunlu olmadığını düşündük. Çünkü stajın belli bir dönemini bir merkezde geçirilmesini bu tasarıda öngördük. Burada bu merkez Adalet Akademisi olarak ifade edildi, ama ben şu anda bu merkezin Noterler Birliği tarafından bir "Noterler Akademisi" biçiminde düzenlenebileceğini, öngörülebileceğini düşünüyorum, tıpkı İtalya'daki "Avukatlar Akademisi" gibi, nasıl "Hâkimler Akademisi" var ise, noterler de kendi stajyerlerini yetiştirmek için kendilerine özgü bir noterler akademisini pekâlâ Ankara'da kurabilirler. Eğer

HAKAN  
PEKCANİTEZ'İN  
TEBLİĞİ

bu mümkün olabilirse, bu takdirde stajın belirli bir döneminin bu akademide geçirilmesi de söz konusu olabilir.

Noterlik mesleğine giriş için başlangıçta bu sınavın yapılmış olması ve staja başlanılmış olması yanında, stajyer hakkında yanında staj yaptığı noterin sürekli olarak bir rapor hazırlaması ve bu raporu da odaya sunması ve bütün bu raporların olumlu olması sonucunda o kişinin stajının bittiğine ilişkin noter odasında bir ilanun yapılması; bu ilana da bir itiraz yapılmaması halinde bu stajı tamamlamış olan kişinin tekrardan bir sınava girerek ondan sonra noter yardımcısı olarak göreve başlaması söz konusu olarak düzenlendi.

Demek ki, iki sınav olacak; bir başlangıçta bir de sonunda. Ancak sonundaki sınavın daha rahat yapılabilmesi için bunun tamamen yönetmelik hükümlerine tabi olacağı öngörüldü ve bunun bir Öğrenci Yerleştirme Merkezi şeklinde bir merkez tarafından yapılması özellikle öngörülmedi.

Tabii ki staj süresi önemliydi, iki yıl da olabilirdi, ama özellikle uygulamada hâkimlik stajı ve avukatlık stajı da birlikte değerlendirilerek bu süre bir yıl olarak öngörüldü. Belki burada şu sorulabilir: Peki, yaş konusunda nasıl bir düzenleme getirildi? Sınava başvurabilmek için şöyle bir düzenleme getirildi, giriş sınavının yapıldığı ocak ayının son günü itibarıyla 35, doktora yapmış olanlar için 38 yaşını bitirmemiş olmak. Buna karşılık, stajın bitiminden sonra noter olarak atanabilmek için en fazla 40 yaşında olmak. Neden 40 dersiniz? Bizde bir söz var, ne deriz: Kırkıdan sonra saz çalınmaz. Biz de tasarıda kırkıdan sonra noter olunamayacağını söyledik. Belki Sayın Walker'ı biraz önce dinlediğimizde 60 yaş Almanya'daki, epeyce ilerlemiş bir yaş gibi görünebilir, ama bunun uygulamasının ya hiç olmadığı ya da çok istisnai olduğunu düşünüyorum. Hele hele o en iyi sınav notuyla bu ilişkilendirildiğinde zaten burada 60 yaşında çok fazla çekinilecek bir tarafı yok.

Şimdi asıl sorun, belki Sayın Yeni'nin başlangıçta ifade ettiği, bizim ülkemizdeki şu belge sahiplerinin durumu ne olacak? Çünkü galiba 27.000 belge sahibi var, bunların 7.000 kadar olanı atanmış, geriye 20.000 kalıyor. Peki, bu kanun hüküm-



leri yürürlüğe girerse ne olacak? Önce şunu söyleyeyim: Yaş konusunda herhangi bir müktesep haktan, vesairenden söz etmek söz konusu olmayacak, bu yaş her zaman değiştirilebilir. İşte görüyorsunuz, 2011'de Almanya'da yeni kanun hükümleri yürürlüğe girecek, dolayısıyla bu yeni kanun hükümlerine göre atamalar yapılacak. Dolayısıyla bizim açımızdan da yaş sınırı getirildiği takdirde bu yaşın altında kalan kişiler atanabilecek, 40 yaşın üzerinde olanlar ise atanamayacak.

Bu, henüz kamuoyuna sunulmuş, tartışılmış, değerlendirilmiş ve bitirilmiş bir tasarı değil. Bunu özellikle şunun için söylüyorum: Çünkü Trabzon'daki toplantıda bazı meslektaşlarımız katılmamışlardı, özellikle onlar için de söylüyorum, bir meslektaşımız sanki bu kanun hükümleri, bu tasarının tamamlanmış, hatta Adalet Komisyonunda olduğuna ilişkin önünde bir belge olduğundan söz etti. Benim elimde olmadığı için o sırada cevap verememiştim, şimdi bunu ele geçirdim. Burada benim konuşmam da var daha önceki toplantıda, ne ben ne de bir başkası böyle bir şeyi, yani bu kanun tasarısının Adalet Komisyonunda olduğuna dair bir açıklamayı yapmıyor. Dolayısıyla bu zannediyorum bir şekilde yanlış anlaşılardan kaynaklanıyor. Söylemek istediğim, bu benim sizlere ifade ettiğim, aslında üzerindeki görüşmeler tamamlanmış, ama kanun tasarısının bazı hükümleri sebebiyle yarım kalmış, araya seçim girmiş olması nedeniyle henüz tamamlanamamış olan bir tasarı. Yeniden ele alınır ve yeniden görüşülürse mutlaka bu tasarıdaki hükümlerin tekrardan düşünülmesi, tekrardan değerlendirilmesi veya günümüzle ilgilendirilmesi söz konusu olabilir. En azından, biraz önce söylediğim akademi yönünden bu değerlendirme yapılabilir.

Ben, sadece bu tasarımı sizlerle paylaşmak istedim. Beni dinlediğiniz için de teşekkür ediyorum.

HASAN YENİ'NİN  
KONUŞMASI

**Hasan YENİ:** Hakan hocamıza teşekkür ediyoruz.

Hakan hocamız, alışlageldiği şekilde yine ders anlatır gibi anlattı, hepimiz iyi dinledik. Sağ olsun Hocam.

Bildiğiniz gibi, Hakan hocamız, bizim Noterlik Kanunu Komisyonu'nun başkanıdır.

Şimdi, yine Noterlik Kanunu Komisyonu'nun üyesi olan hocamız Sayın Prof. Dr. Süha Tanrıver, "*İşlevleri İtibarıyla Noterlik Kurumuna Bir Bakış*" isimli sunuşunu yapacaktır.

Buyurun Hocam.

HAKAN  
PEKCANİTEZ'İN  
KONUŞMASI

**Prof. Dr. Süha TANRIVER:** Akşamın bu dar saatinde sizi daha da fazla yormamak için, olabildiğince özet, temel noktalara işaret edeceğim. Sorular sorulduğunda ihtiyaç duyulursa o satır başlarıyla sıraladığım hususları açıklamaya gayret edeceğim.

Hakan hocam, hukuki yapılanma açısından noterlik kurumunu değerlendirdi. Ben de işlevleri itibarıyla noterlik bağlamında yapılması düşünülen yeniliklerden söz edeceğim. Biraz önce sözü edilen tasarıda da bu bağlamda birçok adım atılmış durumdaydı, ama tasarı bir türlü işlerlik kazanamadı.

**Prof. Dr. Süha TANRIVER**

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**İŞLEVSEL AÇIDAN  
NOTERLİK KURUMUNA  
YENİ BİR VİZYON KAZANDIRILMASINA YÖNELİK  
BAZI DÜŞÜNCELER**

SÜHA  
TANRIVER'İN  
TEBLİĞİ

**I. Genel Olarak**

Noterlik, adalet hizmetleri bütünü içinde yer alan, işlevlerinin ağırlığı ve önemi, tam anlamıyla yeni yeni kavranmaya başlanan bir kurumdur.

1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda, noterlerin işlevlerinin nelerden ibaret bulunduğu, genel olarak yapabilecekleri işler (NK m. 60) ve özel olarak yapabilecekleri işler (NK m. 61, 62-67, 68, 69, 70) şeklinde, ikili bir kategorik ayrıma tâbi tutulmak suretiyle belirlenmiştir.

İşlevleri açısından yaklaşıldığında, noterlerin, genel çerçevede, hukuk alanı içerisinde son derece çeşitlilik gösteren geniş bir yelpaze içerisinde rol üstlenen bir görevli konumunda buldukları söylenebilir.

Bu çerçevede noterlerin, en temel ve en klasik işlevini, hukukî işlemleri belgelendirmek yahut onaylamak suretiyle onlara resmîyet kazandırmak oluşturur. Noterlik Kanunu'nun 1. maddesinde, "*hukukî işlemleri belgelendirirler*" denilmek suretiyle, noterlerin bu klasik işlevine açıkça işaret edilmiştir. Yine, Noterlik Kanunu'nun 82. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve "*Bu kanun hükümlerine göre belgelendirilen işlemler resmî sayılır.*" kuralı da, işaret edilen hususu doğrulamaktadır.

Günümüzde yeni bir vizyon kazanmaya başlamış olan noterlerin, bu klasik işlevlerinin ötesinde, son derece geniş ve çeşitlilik gösteren bir yelpazede pek çok yeni işlevi üstlendiği de gözlemlenmektedir.

## II. Noterlerin Üstlenmiş Oldukları Yeni İşlevler

• Noterlerin işlevleri bağlamında karşılaşılan en önemli yeniliklerden ilkinin, düzenleyebilecekleri işlem grupları arasına, taşınmaz mülkiyetinin ivazlı veya ivazsız olarak nakli ile taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesisini konu alan sözleşmeleri yapmanın dahil edilmiş bulunması oluşur. Almanya, Belçika, İspanya, Fransa, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg, Hollanda gibi Avrupa Birliğine dahil pek çok ülkede, noterler bu konuda münhasır yetkili konumuna getirilmişlerdir.<sup>1</sup> Hatta Birlik üyesi ülkeler arasında yer alan Fransa'da, taşınmaz satımı bağlamında, satım sözleşmesi noterlikçe gerçekleştirilmediği sürece, tapu sicilinde tescile dahi olanak verilmemektedir.<sup>2</sup> Bunun yanı sıra, Fransa ve Belçika'da,

<sup>1</sup> Tanriver, S., Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın Getirdikleri, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan, İstanbul 2004, s. 577-597, s. 586.

<sup>2</sup> Hergeth, C. A., *Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag*, München 1995, s. 41.

noterlere gayrimenkul komisyonculuğu yapma görevi dahi bahşedilmiştir.<sup>3</sup> Ancak, böyle bir görevin noterlere bırakılmasının, adlî hizmetler bütünü içinde yer alan ve bir kamu hizmeti niteliği taşıyan noterlik hizmetlerinin, kamu hizmeti niteliğinin zedelenmesine yol açabileceği ve onu alelâde bir ticarî faaliyet boyutuna indirip; rekabete sebebiyet verebileceği hususları birlikte gözetildiğinde, çok sağlıklı olacağı söylenemez. Taşınmaz mülkiyetinin ivazlı veya ivazsız olarak naklini ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesisini konu alan sözleşmelerde, Birlik bünyesindeki ülkelerin büyük çoğunluğunda, noterlerin münhasır yetkili kılınmış olmasının temelinde yatan olgu, noterliklerin, bu bağlamda, işlem güvenliğini gerçekleştirme en elverişli ve en uygun hukukî yapılanmayı içeren kurum olarak görülmeleridir.

• **Noterlerin işlevleri bağlamında ortaya çıkan en önemli yeniliklerden birisi de, onları karakterize eden temel figür haline “danışmanlık işlevlerinin” gelmiş bulunmasıdır.** Artık, günümüzde, noterlik hizmetleri, klasik işlevler arasında yer alan belge onaylama ve belgelendirme ile sınırlı kalmayıp; bundan daha öte bir noktaya, hukukî ilişkilerin, şimdiden ileride ortaya çıkması muhtemel tüm hukukî sorunların doğumunu önleyebilecek nitelikte biçimlendirilmesi, ilgililerin istemleri ve hukukun gerekleri doğrultusunda yeniden yapılandırılması yönünde beliren çağdaş bir çizgiye, yani, “hukukî danışmanlık” boyutuna taşınmış durumdadır.<sup>4</sup> Bizim de içerisine dahil olmaya çalıştığımız bir topluluk olan Avrupa Birliği ülkelerinde de hâkim eğilim bu yöndedir.<sup>5</sup> Noterler, işlem bazında, ilgiliyi, yönlendirme ve gerekiyorsa yapılandırma biçiminde beliren danışmanlık işlevleri itibarıyla “hukuk mühendisi” olarak nitelendirilebilirler ve onlar işlevlerinin bu boyutu itibarıyla, diğer yargı görevlilerinden farklılaşırlar; âdeta tıp

<sup>3</sup> Hergeth, s. 30.

<sup>4</sup> Tanrıver, Armağan, s. 577.

<sup>5</sup> Tanrıver, Armağan, s. 577, 588.

taki "koruyucu hekim" benzeri bir konuma sahiptirler.<sup>6</sup> İşte bu sebeptendir ki, noterler, danışmanlık işlevi ve bu işlevin icrası sırasında taşınmış oldukları hukuk mühendisliği kimliği dolayısıyla, "koruyucu yahut önleyici yargının" aslî unsuru; ayrılmaz bir parçası sayılırlar.<sup>7</sup> Koruyucu yahut önleyici yargının bir parçası olarak burada sözü edilen hukuksal danışmanlıktan maksat, bireylerin menfaatlerini korumak ve gelecekteki muhtemel riskleri önlemek amacıyla, özel hukuk ilişkilerinin güvence altına alınması yahut inşası sürecine, ilişkinin doğasına uygun önlemlere işlerlik kazandırılması suretiyle katılınmasıdır.<sup>8</sup> Noter de, hukukî ilişkinin, ilgilinin menfaatlerini optimal seviyede gerçekleştirecek ölçüde biçimlendirilmesi ve inşası sürecinde, hukukçu kimliği ile katkı sağlamakta ve bu suretle, muhtemel risklerin şimdiden bertaraf edilmesi evresinde, görüş ve düşünceleriyle belirleyici bir işlev görmektedir. Bu sebeple, o, çekişmesiz yargı bütünü içinde mütalaa edilen koruyucu yahut önleyici yargının temel öğelerinden birisi konumundadır.

Noterin, ilgililerin menfaatlerini, tüm risklerden olabildiğince arındırılmış bir biçimde optimal seviyede koruma ve gerçekleştirme işleviyle yakın ilişki içerisinde bulunan temel yükümlülüklerinden birisini de, araştırma ve aydınlatma yükümlülüğü oluşturur.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Arslan, R./Tanrıver, S., *Yargı Örgütü Hukuku*, 2. B., Ankara 2001, s. 211.

<sup>7</sup> Tanrıver, Armağan, s. 597; Haedrich-Riedenklau, U., *Notarielle Rechtsbetreuung*, Frankfurt am Main Bern New York Paris 1990, s.17; Schilken, E., *Gerichtsverfassungsrecht*, 2., *neuebearbeitete- und ergaenzte Auflage*, Köln Berlin Bonn München 1994, s. 415,418; Wolf, M., *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige*, *Sechstste, völlig neuebearbeitete Auflage*, München 1987, s.325; Ayrıca bkz. Federal Alman Noterlik Kanunu § 24, I.

<sup>8</sup> Haedrich-Riedenklau, s. 17.

<sup>9</sup> Noterlerin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı içerisine, genel olarak, işlemin hukuken taşıdığı anlam, arzu edilen sonucun ortaya çıkabilmesi için varlığı gereken hukukî şartlar, şekle ilişkin kanunî gerekler, işlemin hüküm ve sonuçları ile ifası ve icrasına ilişkin bilgilerin verilmesi girer (Maass, E., *Haftungsrecht des Notar*, Bonn 1994, s. 35). Bu yükümlülüğün gereklerinin özenle yerine getirilmesi, taşınmazlar üzerindeki aynı hakları konu alan işlemler bakımından, özel bir önem arz eder (Maass, s. 35-36). Hatta işleme yabancı bir hukukun uygulanması gerekiyorsa, bu durumu da, noter, aydınlatma yükümü uyarınca ilgilieye bildirmeli ve bu

Bu yükümlülük, veciz bir biçimde, Alman Belgelendirme Kanunu'nun 17. maddesinde ifade edilmiştir. Sözü edilen düzenlemeye göre, noter, ilgililerin gerçek arzusunu araştırmak, olayları (durumu, işin esasını) açıklığa kavuşturmak ve işlemin hukuken taşıdığı anlam, önem ve sonuçları hakkında ilgiliyi aydınlatmak ve irade beyanlarını herhangi bir şüpheye ve anlam kargaşasına yer vermeyecek biçimde düzenleyeceği belgeye aktarmak durumundadır. Bu evrede, noter, tecrübesiz ve genellikle hukukî kavram ve kurumlara tümüyle yabancı olan ilgililerin, zarar görmesine neden olabilecek kuşkular ile hataları gidermeye, bunların önüne geçmeye özen göstermek zorundadır. Yine, noter, gerçekleştirilmesi istenen işlemin kanunla yahut ilgililerin gerçek iradesiyle örtüştüğü konusunda bir kuşku taşıyor ise, bu kuşkusunu ilgililerle paylaşmalı, bu konudaki düşüncelerini onlara açıklamalıdır. Buna rağmen ilgililer ikna edilememiş ise, en sağlıklı yol, noterin kendisinden istenen işlemi yapmaktan kaçınması olacaktır.

Noterlerin aydınlatma yükümlülüğü ile organik açıdan bağlantı içerisinde bulunan diğer bir kurum, danışmanlık işlevidir; hatta aydınlatma yükümlülüğü (ödevi) ile danışmanlık işlevi yer yer iç içe geçmiş bir durumdadır.<sup>10</sup> Zaten işin doğası gereği, aydınlatma kavramının kapsamı içerisine yer yer yönlendirme, kanalize etme, biçimlendirme ve hatta farklı bir hukukî format içerisinde yeniden yapılandırma; yani, danışmanlık kavramı da girer. Bir başka ifadeyle, noter, işlem tesisini için kendisine müracaat edenin, âdeta hukuk danışmanı gibi bir işlevi yerine getirir.<sup>11</sup> Onun bu bağlamda göreceği işlev, kapsam itibarıyla hukukî konularla sınırlıdır.<sup>12</sup> Alman Federal Noterlik Kanunu'nun 24. maddesinin birinci fıkrasında,

---

bildirim yapıldığına dair iradesine de düzenlediği belgede mutlaka yer vermelidir (Maass, s. 45). Yine, noterin, işlemin, özellikle vergi hukuku bakımından doğuracağı sonuçlar konusunda, tarafları uyarması ve bilgilendirmesinin de, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı içerisinde yer aldığı kabul edilmektedir (Maass, s. 41).

<sup>10</sup> Ulukapı, Ö., *Noterlik Mesleği, Noterin Hak ve Yükümlülükleri*, Konya 2003, s. 167.

<sup>11</sup> Ulukapı, s. 169.

<sup>12</sup> Ulukapı, s. 169-170.

noterlerin danışmanlık işlevi açıkça hükme bağlanmıştır. Sözü edilen düzenlemeye göre, noter, belge taslaklarının hazırlanması bağlamında, ilgilileri yönlendirme, ileride çıkması muhtemel sorunları şimdiden bertaraf edebilecek kapsamda görüş ve düşüncelerini açıklamak suretiyle ilişkiyi biçimlendirmelerine yardımcı olma ve onlara danışmanlıkta bulunmakla ödevli konumdadır. Bu düzenleme çerçevesinde noter, ilgiliye, belgelendirme bağlamında danışmanlık yapabileceği gibi; müstakilen de danışmanlık hizmeti sunabilir.<sup>13</sup>

Fransız hukukunda da, noterlerin, özellikle aile, miras ve şirketler hukuku alanında, malvarlığı idaresi bağlamında, belgelendirme yanında, ona nazaran daha fazla ve daha yoğun bir biçimde, danışmanlık faaliyeti sunan görevli konumunda bulunduğu ve danışmanlık işlevinin kapsamı içerisine de, ilgiliye, vergi hukukuna ilişkin yükümlülüklerini açıklamak; hatta ona bu kapsamda en uygun düzenlemeyi bulup önermenin dahi yer aldığı kabul edilmektedir.<sup>14</sup>

Fransa'nun yanı sıra, diğer Avrupa Birliği ülkelerinde de, noterlerin danışmanlık işlevi, diğer işlevlerine nazaran daha baskın ve daha ön plâna çıkmış durumdadır.<sup>15</sup> Yine, noterlik hukuku alanında özel düzenlemelere sahip İsviçre'nin bazı kantonlarının, noterlikle ilgili kodifikasyonlarında, noterlerin danışmanlık işlevine, açıkça işaret edilmiş olduğu gözlemlenmektedir. Cenevre Noterlik Kanunu'nun 1. maddesine göre, noterler, hukukî alanda tavsiye ve görüş bildirebilirler. Yine, aynı Kanun'un 8. maddesine göre, noterin, ilgililere, tavsiyelerde bulunma ödevi bulunmaktadır. Ayrıca, ilgili yahut taraf, belgenin niteliği, biçimi, anlamı ve hukukî sonuçları hakkında, noterden kendisini bilgilendirmesini isteyebilir. Bern Noterlik Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca, noter, ilgilileri, belgenin içeriği, biçimi ve hukukî sonuçları hakkında bilgilendirmekle ödevlidir. Vaud Noterlik Kanunu'nun 56. maddesi uyarınca da, noter, ilgililerin gerçek niyetini öğrenir ve bunu bel-

<sup>13</sup> Haedrich-Riedenklau, s. 30-32.

<sup>14</sup> Litzka, S. P., *Notare in Frankreich und Deutschland*, München 1999, s. 133.

<sup>15</sup> Tanrıver, Armağan, s. 588; Ulukapı, s. 168-169.



geye açık ve kesin bir biçimde yansıtır. Ayrıca, ilgilileri, angajmanlarının kapsamı ve sonuçları hakkında bilgilendirir ve menfaatlerinin korunması için gereken tüm çabayı sarf eder.

1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda, noterlerin danışmanlık işlevini açıkça öngören herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu durum, hiç bir zaman, noterlerin danışmanlık işlevlerinin bulunmadığı anlamına gelmez. Noterlik Kanunu'nun 1.maddesinde, noterlere, "*hukukî anlaşmazlıkların doğumunu önleme*" görevi yüklenmiştir. Yine, Noterlik Kanunu'nun 72. maddesinin son fıkrası uyarınca, notere, iş yaptıracak kimsenin, gerçek arzularını tümüyle öğrenme ve gerçekleştireceği işleme yansıtma ödevi yüklenmiştir. Öte yandan, Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nin 91. maddesinin üçüncü fıkrasında ise, notere, hukukî işlerin belgelendirilmesi esnasında, ilgiliye iradesini serbestçe ve kendi isteği ile eksiksiz bir biçimde beyan etmesine olanak veren bir ortamı yaratma ve yapılan işlemin niteliğine göre, gerekli soruları sorup işlemin sonucu hakkında ilgiliye açıklamalarda bulunma yükümü getirilmiştir.

Noterlik Kanunu'nun 1. maddesinde, noterlerin, "*hukukî anlaşmazlıkların doğumunu önlemekle*" görevli kılınması suretiyle, onların danışmanlık işlevlerine ve dolayısıyla hukuk mühendisi olma kimliklerine üstü örtülü bir biçimde de olsa işaret edilmek istenmiştir.<sup>16</sup> Çünkü hukukî ilişkilerin, ileride hukukî sorunların doğumunu önleyecek şekilde şimdiden biçimlendirilmesi, ilgililerin istemleri doğrultusunda somut olayın özgün koşullarına göre belirli bir hukukî kalıp içerisinde bir bütün halinde yapılandırılması, zaten danışmanlık işlevinin bir parçasıdır; hatta onun esasını oluşturur.

Öte yandan, Noterlik Kanunu'nun 72. maddesinin üçüncü fıkrası ile Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nin 91. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeler de, noterin, çoğu zaman danışmanlık işlevi ile iç içe geçen ve onun ayrılmaz bir parçasını oluşturan araştırma ve aydınlatma yükümlülüğünün somut delilleri olarak algılanmak gerekir. Çünkü, noterin, il-

<sup>16</sup> Tanrıver, Armağan, s. 577; Tanrıver, S., *Noterlik Açısından Vekâlet (Temsil)*, 2. B., Ankara 2001, s. 78.

giliyi kanalize edebilmesi ve işlemin inşasına katkı sağlayabilmesi için, öncelikle, ilgiliye, iradesini serbestçe ve istediği biçimde beyan etmesine imkân veren bir ortamı yaratması, gerçek iradesinin ne olduğunun tam olarak kavranabilmesi bağlamında ona sorular sorması, yapılacak olan hukuki işlemin hüküm ve sonuçları konusunda dikkatini çekmesi ve ileride doğabilecek muhtemel sorunların şimdiden önlenebilmesi için, ne gibi düzenlemelere yer verilmesinin uygun düşeceği noktasında, aydınlatıcı bilgiler sunması gerekir.<sup>17</sup>

İşaret edilen bu düzenlemelerin bütünü gözetildiğinde, adli sistem içerisinde belgelendirme işlevini üstlenmiş olan noterin, üstlenmiş olduğu bu misyonun doğası gereği, "*danışmanlık işlevinin*" de bulunduğu açıkça ortadadır ve çağdaş yapılanmaya paralel bir biçimde, noterlik figüründe, baskın motif olarak, bu boyutun dolayısıyla hukuk mühendisliği kimliğinin ön plâna çıkarılması bir zorunluluk halini almıştır.

Noter, belgelendirme bağlamında üstlenmiş bulunduğu işlevin doğası gereği olarak sunduğu danışmanlık hizmetinden dolayı, ilgiliden ayrıca bir ücret talep edemez.<sup>18</sup>

• **Noterlerin işlevleri ile ilgili önemli bir yenilik de, onların hukuk sistemi içerisinde üstlenmiş oldukları icraya (sevk ve idareye) ve muhafazaya ilişkin görevlerinin kapsamının genişletilmiş bulunmasıdır.** Mevcut Noterlik Kanunu'nda, icra ile ilgili işlevlerin tipik örneği olarak, vasiyeti tenfiz memurluğu zikredilmektedir (NK m. 50). Bu bağlamda, noterlere, menkul ve gayrimenkul malların, hatta özel malvarlığının idaresi, ihtiyarî açık artırma ile satışın icrası işlemleri ile tereke yöneticiliği işlevi de bırakılabilir.

Yine, objektif ve kamu güvenine en ziyade mazhar kuruluş olmaları sebebiyle, "*yedimlilik*" bağlamında da, noterlerin rol üstlenmesi yerinde bir tutum olur.<sup>19</sup> Yedimlilik kap-

<sup>17</sup> Tanrıver, Vekâlet, s. 78.

<sup>18</sup> Ulukapı, s. 170.

<sup>19</sup> Tanrıver, Armağan, s. 597.

samında, noterin, kendisine tevdi edilen parayı (örneğin, satıcıya verilmek üzere kendisine tevdi edilmiş bulunulan semeni) veya kıymetli evrâkı muhafaza ile görevlendirilmesi halleri özel bir önem taşımaktadır ve genelde yedieminlik uygulaması, noterler bağlamında bu şekilde somutlaşmaktadır. Yine, noterlerin, menkul ve gayrimenkul malların (hatta özel malvarlığının) sevk ve idaresini üstlendikleri ölçüde, "kayıym" gibi hareket etmek zorunluluğu ile karşı karşıya bulduklarına açıkça işaret etmekte yarar vardır. Bunların dışında, noterin, konkordato prosedürü içerisinde konkordato komiseri; iflâsın ertelenmesi prosedürü içerisinde ise kayyım (komiser olarak nitelendirilmesi daha uygun olur) sıfatıyla atanması da, sevk ve idareye ilişkin görevleri bağlamında mümkün olmak gerekir.

• Noterlerin işlevleri alanında karşılaşılan önemli yeniliklerden bir diğerini de, onların, artık, çekişmesiz yargının bir organı olarak görülmeye başlanmış bulunmaları teşkil etmektedir. Almanya ve Avusturya'da, mahkemelerin yanı sıra, noterler de, çekişmesiz yargının bir kuruluşu olarak nitelendirilmektedirler.<sup>20</sup> Özellikle, Avusturya hukukunda noterler, mahkemece yapılan görevlendirme çerçevesinde, "mahkeme komiseri" sıfatıyla pek çok çekişmesiz yargı işini yerine getirmeyi üstlenmiş durumdadırlar. Noterlerin, mahkeme komiseri sıfatıyla üstlenebilecekleri çekişmesiz yargı işlerinin neler olduğu, 1970 tarihli Mahkeme Komiserleri Kanunu'nun 1. maddesinde gösterilmiştir. Anılan düzenleme çerçevesinde noterlere, mahkeme komiseri sıfatıyla, verasete ilişkin olarak, tibben gerçekleşmiş ölüm olgusunun hukuken tespiti ve

<sup>20</sup> Baermann, J., *Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht*, Berlin Heidelberg, New York 1968, s. 15-16; Yıldırım, M. K., *Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı (Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Toplantısı-IV, Ankara 2006, s. 18-48)*, s. 28-29; Atalı, M., *Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı (Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Toplantısı-IV, Ankara 2006, s. 50-105)*, s. 76-77; Atalı, M., *Avusturya'da Noterlik Hukuku Alanında Gelişmeler ve Noterlerin Bazı Çekişmesiz Yargı İşlerinde Mahkeme Komiseri Sıfatıyla Görev Almaları (Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s. 37-45)*, s. 40 vd.; Kuru, B., *Nizasız Kaza*, Ankara 1961, s. 127.

bu bağlamda ivedilik gerektiren (gecikmesinde sakınca bulunan) tüm tedbirleri alma, verasetle ilgili olarak yapılması gereken diğer resmî işlemleri yapma; veraset işleri dışında ise taşınmazlar ile özel müşterilatinin ve üst hakkının satışını gerçekleştirme, bir malvarlığının paylaşılması da dahil olmak üzere, bilanço, hesap ve tablolarını (envanterini) oluşturma yahut kontrol etme görevi bırakılabilir. Mahkeme komiseri sıfatıyla yürüttükleri faaliyetler bakımından noterler, bağlı oldukları mahkemenin gözetimi ve denetimi altındadırlar (GKG m. 7a); hakimler hakkındaki yasaklılık ve ret sebepleri onlar hakkında da uygulama alanı bulur (GKG m. 6); kendilerine tevdi edilen işin tamamlanması için, mahkemenin noterlere belirli bir süre tayin etmesi mümkündür (GKG m. 7). Çekişmesiz yargı işlerinin görülmesi evresinde, noter, kendi yetki çevresiyle sınırlı olmaksızın ülkenin tamamında gerekli her türlü çalışmalarda bulunabilir; bu bağlamda delil toplayabilir ve tebligat yaptırtabilir (GKG m. 9, I). Mahkeme komiseri sıfatıyla noter tarafından görülen işe, taraf, tanık veya bilirkişi sıfatıyla katılan kimseler, bu iş mahkeme tarafından karara bağlansaydı hangi hak ve yetkilere sahip olacak idiyse; aynı hak ve yetkilere, işin noter aracılığıyla gerçekleştirilmesi halinde de sahip olacaklardır (GKG m. 9, II).

Hukukumuzda, çekişmesiz yargı işlerinde uygulanacak olan yargılama usulünü belirleyen ayrı bir çekişmesiz yargılama usulü kanunumuz bulunmadığı gibi, mevcut Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda da çekişmesiz yargı işleriyle ilgili olarak sevk edilmiş olan ve sistematik bir bütünlük arz eden özel düzenlemeler yer almamaktadır. Anılan düzenleme boşluğundan kaynaklanan zaruret nedeniyle, çekişmeli yargı işlerini baz almak suretiyle hazırlanmış olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri, çekişmesiz yargı işlerinde de işlerlik kazandığı için, uygulamada çekişmesiz yargı işleri de, tıpkı çekişmeli yargı işleri gibi bir dava formatı içerisinde mahkemeler önüne getirilmekte, mahkemeler de bu tür işleri davalar gibi görüp karara bağlamaktadırlar. Bu durum ise, zaten ağır iş yükü altında bulunan mahkemelerin, iş yüklerinin daha da artmasına, verimliliklerinin azalmasına ve yargılamanın da

gecikmesine neden olmaktadır. Mümkün olan en kısa süre içerisinde, Almanya ve Avusturya'da olduğu gibi, tüm çekişmesiz yargı işlerinde uygulanacak olan yargılama usulünü belirleyen bir çekişmesiz yargılama usulü kanunu çıkartılması; bu yapılamıyorsa şimdilik mevcut Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu içerisinde, çekişmesiz yargı işlerinde uygulanacak olan usul ile temel ilke ve kuralları belirleyen bir pasajın eklenmesi ve bu çerçevede ismi biraz önce zikredilmiş olan yabancı ülkelerin hukuklarında olduğu gibi bazı çekişmesiz yargı işlerinde, noterlere de, bizatihi gerçekleştirmeleri kaydıyla, hakimler gibi bağımsız, tarafsız ve objektif bir kimliğe sahip olmaları ve hukuken de yetkin bir konumda bulunmaları sebebiyle, yargılama usullerinin sağlamış olduğu güvencelere benzer güvenceler sağlayan özel usullerde getirilmek suretiyle, bazı görevler verilebilmelidir.<sup>21</sup>

Bu çerçevede, daha ziyade bir olgunun yahut durumun tespiti ya da bildirilmesi biçiminde gerçekleşen genelde menfaat bazında bir irdeleme ve değerlendirme yapılmasını, bir anlamda yargılamayı çoğunlukla gerektirmeyen, çekişmesiz yargı işlerinin (örneğin, terekenin tespiti ve yazımı ve bu işlemlerin sona erdiğinin mirasçılara bildirilmesi, vasiyetname-nin açılması, nüfus kayıtlarının baz alınması suretiyle mirasçılık belgesi verilmesi, mirasın reddi beyanının kabulü ve tescilli, mirasın reddinin reddedenden sonra gelen mirasçılara bildirilmesi, terekenin resmî defterinin tutulması, vasiyeti yerine getirme görevlisine görevinin bildirilmesi, terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi ve tevdi mahalli tayini gibi işlerin) noterlere bırakılması mümkün kılınmalıdır. Ayrıca, noterin yapmış olduğu çekişmesiz yargıya ilişkin işlemlerine karşı, ilgililere sulh hukuk mahkemesine itiraz yoluyla müracaat

<sup>21</sup> Nitekim, 2006 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın dokuzuncu kısmında 386 ila 392. maddeler arasında (bu maddeler de dahil) çekişmesiz yargı işleri ile bu bağlamda işlerlik kazanacak olan usul, ilke ve kuralları belirleyen özel hükümler sevk edilmiş ve adı geçen Tasarı'nın 389. maddesinin üçüncü fıkrasında, mahkemeler dışındaki resmi makamlara bırakılan çekişmesiz yargı işlerinde uygulanacak olan usulün, kendi özel kanunlarında belirtilmesi gerektiği hususuna da açıkça vurgu yapılmıştır.

etme olanağının tanınması ve onların bu konuda vereceği karara da kesin bir nitelik atfedilmesi suretiyle bir kontrol mekanizmasının öngörülmesi, hak arama özgürlüğü (AY m. 36) ile hukukî güvenlik (AY m. 2) bakımından ortaya çıkabilecek muhtemel endişeleri giderici bir işlevi yerine getirir. Yine, bağımsız idarî otoritelerde, moda deyimiyile üst kurullarda, üye sıfatıyla görev üstlenecek olan üst düzey kamu görevlilerine yemin verdirmeye (örneğin, bkz. SPK m. 21; RKHK m. 26; EPK m. 7 gibi), buna ilişkin tutanağı düzenleme ve ilgili kuruma gönderme işi de, özel usulü öngörülmek kaydıyla, pekalâ noterlere bırakılabilmelidir.

• **Noterlerin işlevleri bağlamında karşılaşılan diğer bir yenilik de, onların, alternatif uyuşmazlık çözümlerinde, önemli rol üstlenebilecek bir konumda bulunmalarındır.** Burada sözü edilen alternatif uyuşmazlık çözümlerinden maksat, bağımsız, tarafsız ve objektif konumda bulunan ve aynı zamanda uzmanlık eğitimi almış olan üçüncü bir kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları, ortaklaşa bir çözüm geliştirebilmeleri için bir araya getirerek iletişim kurmalarını ve bu suretle sorunlarının çözümünü kendilerinin bulmalarını sağlamak yahut onlara somut olayın koşullarına ve özelliklerine uygun olarak üzerinde tartışıp mutabakata varabilecekleri optimal çözüm önerileri üretip sunmak suretiyle, uyuşmazlığın halli bağlamında destek vermesini öngören ve devlet mahkemelelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran seçimlik bir yol olarak işlerlik kazanan ve tümüyle gönüllülük esası üzerine bina edilmiş bulunan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür.<sup>22</sup> Bu tanımlama çerçevesinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının karakteristik özelliklerini, gönüllü katılım, bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunma ve tatmin olmama halinde tarafların yargıya başvuru hakkının mevcudiyetini koruması teşkil etmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargının alternatif fi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye

<sup>22</sup> Özbek, M., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2004, s. 83; Ildır, G., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2003, s. 30.

çalışılan yahut onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü değildir. Sözü edilen yolların asıl hedefi, küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmektir.<sup>23</sup> Alternatif uyuşmazlık çözümleri Devlete ait yargı yetkisinin mutlak ege-menliğine herhangi bir hanel getirmeden işlerlik kazanan, yargıyla entegre biçimde uyuşmazlık çözümünde uygulanma alanı bulan ve hukuk sistemini zenginleştiren bir süreçler (mekanizmalar) bütünü olarak nitelendirilebilir.<sup>24</sup> Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ilki ve en önemlisini arabuluculuk oluşturur.<sup>25</sup> Arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan, uzmanlık eğitimi almış üçüncü kişinin katkısı yahut katılımıyla yürütülen gönüllü usul; yani ihtiyarî olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir.<sup>26</sup> Arabulucu ise, bu süreçte görev yapan kişiyi ifade eder. Arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar vermez; taraflara tartışabilecekleri ve irdeleyebilecekleri çözüm önerilerinde bulunmaz. O, sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve bir diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; onlara ortaklaşa bir çözüm üretmelerine olanak verecek şekilde rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle yardımcı olur.<sup>27</sup> Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun (başarının) elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir.<sup>28</sup> Arabulucu, tarafla-

<sup>23</sup> Pekcanitez, H., Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, (*Hukukî Perspektifler Dergisi*, 2005/5, s. 12-16), s. 15.

<sup>24</sup> Pekcanitez, s. 15.

<sup>25</sup> Özbek, s. 201; Ildır, s. 88.

<sup>26</sup> Tanrıver, S., Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış (*Makalelerim* 2006, s. 59-83), s. 66.

<sup>27</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 66.

<sup>28</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 67.

rın sakin ve makul bir biçimde görüş ayrılıklarını tartışmalarını sağlamak için uyuşmazlık çözüm sürecinde çaba sarf eder; uzayan görüşmelerde de sınırların gerildiği, gurur sorunlarının ortaya çıktığı hususu dikkate alındığında, onun rolü daha ziyade, tarafların soruna daha akılcı ve daha ılımlı bir biçimde yaklaşmalarını temin etmektir.<sup>29</sup> Arabuluculuk işlevini, en mükemmel ve en etkin şekilde yerine getirebilecek görevliler arasında noterler de yer alır.<sup>30</sup> Her şeyden önce, hukukî ilişkilerin belgelendirilmesi evresinde, tarafların gerçek iradeleri, işlemin içeriği ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olan; hatta ileride çıkması muhtemel hukukî sorunların doğumunu önlemek için belge bazında ilgililere bir anlamda danışmanlık hizmeti dahi veren noterin, eğitimini almış olması kaydıyla, düzenlediği belge bağlamında ilgililer arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkması durumunda, bu uyuşmazlığın giderilmesi sürecinde arabulucu sıfatıyla çok büyük katkılar sağlayacağı hususunda da, herhangi bir kuşkuyla kapılmamak gerekir.<sup>31</sup>

• **Noterlerin önemli bir işlevi yerine getireceği alanlardan birisini de, tahkim yargılaması oluşturur.** Türkiye’de yatırım yapacak olan şirketlerin, özellikle yabancı şirketlerin gerçekleştirilecek olan sözleşmelerde tahkim yoluna gidilmesini ön koşul olarak getirmeleri; bunun sağlanmaması halinde, yatırım yapmaktan kaçınacaklarını açıkça ifade etmiş bulunmaları sebebiyle, günümüz Türkiye’inde tahkim, özellikle milletlerarası tahkim, etkin bir biçimde uygulama alanı bulan bir kurum haline gelmiş ve kayda değer bir ivme kazanmıştır. Tahkim yolunun etkinlik kazanmasının sağlanması suretiyle, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin dış borç bulma maliyetinin düşürülmesi, global sermayeden daha fazla pay alınması ile yabancı sermaye kökenli yatırımlar için birinci derecede risk olan politik riskin izolasyonu hedeflenmiştir.<sup>32</sup> Tahkimden maksat,

<sup>29</sup> Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 67.

<sup>30</sup> Özbek, s. 292-293.

<sup>31</sup> Özbek, s. 292-293.

<sup>32</sup> Tanrıver, S., *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim (Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005, s. 125-150)*, s. 143.



tarafların, aralarındaki hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü, ya yasal bir zorunluluk nedeniyle ya da anlaşmak suretiyle hakem olarak nitelenen kişi veya kurullara bırakmalarıdır.<sup>33</sup> Tahkimin dayanağını, tarafların iradesi oluşturuyorsa, ihtiyarî tahkimden; yasal bir zorunluluk oluşturuyorsa mecburi tahkimden söz edilir. Noterler, ihtiyarî tahkim bağlamında uzman ve tarafsız hukukçu kimlikleri ile etkin bir işlev görebilirler. Zaten, Noterlik Kanunu'muz da, 50. maddesinde, noterlikle, hakemliğin bağdaşabileceğini belirtmek suretiyle, noterlerin, tahkim prosedürünün işleyişinde hakem olarak görev alabilmelerine olanak vermiştir. Ancak, bu bağlamda, özellikle ihtiyarî tahkim alanında, noterler, her nedense, bugüne kadar etkin bir rol oynayamamışlardır.

• **Noterlerin işlevleri bağlamında karşılaşılan önemli yeniliklerden birisini de onların tespit işlerinde etkin ve geniş kapsamlı bir biçimde rol üstlenmeleridir.** Hâlihazırdaki Noterlik Kanunu'muz, noterlerin özel olarak yapacakları işler arasında, tespit işlerini de saymıştır. Noterlik Kanunu'nun 61. maddesi uyarınca, noterler, bir şeyin veya yerin hal ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini tespit ederler ve davet edildiklerinde piyango ve özel kuruluşların kur'a, seçim ve toplantılarında hazır bulunarak durumu belgelendirirler. Anılan tespit işlemlerinin, noterler tarafından tutanakla belgelendirilmek suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir (NK m. 102). Noterlerce, Noterlik Kanunu'nun 61. maddesi hükmü çerçevesinde gerçekleştirilmiş bulunan tespit işlemleri, teknik anlamda bir delil tespiti işlemi (HUMK m. 368 vd.) olarak nitelendirilemez; onların yapmış olduğu bu tespit işlemlerinin, vakıa ya da durum tespiti olarak değerlendirilmesi daha sağlıklı bir yaklaşım biçimi teşkil eder.<sup>34</sup> Noterler tarafından, Noterlik Kanunu'nun 61. maddesi çerçevesinde yapılan tespit iş-

<sup>33</sup> Arslan, R. / Tanrıver, S., *Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı*, 2. B., Ankara 2001, s.213.

<sup>34</sup> Tanrıver, S., *Noterlerin Tespit İşleri (Makalelerim 2006, Ankara 2007, s. 85-98)*, s. 87. Ayrıca bkz. 2006 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı m. 405, II.

lemlerinin, teknik anlamda delil tespiti işlemi niteliği taşıması, onlara ispat hukuku bağlamında, herhangi bir değer atfedilemeyeceği anlamına da asla gelmez. Mahkemeler, nasıl ki, delil tespiti yoluyla elde olunan tanık beyanlarını, bilirkişi ve keşif incelemesinin sonuçlarını serbestçe değerlendirebiliyorlarsa; noterlerin tespit işlemlerini içeren tutanaklarda yer alan beyan, bilgi ve olguları da, aynı şekilde, önlerine gelen davalarda serbestçe değerlendirip, takdir edebilmelidirler. Öte yandan, bir kamu hizmeti gören ve kamu güvenine en ziyade mazhâr resmî görevli konumunda bulunan noterlerin, Noterlik Kanunu'nun 61. maddesi hükmü çerçevesinde yapmış oldukları tespit işlemlerini içeren ve aynı Kanun'un 82. maddesinin son fıkrası uyarınca, aksi ispat edilinceye kadar içerikleri doğru kabul edilen tutanaklarının, mahkemelerde, inandırıcılık ve güvenilirlik açısından (yani, ispat ölçüsü bağlamında), takdiri delillerden daha üstün bir güce sahip olacağı ve bu suretle yargı organlarının işini önemli ölçüde kolaylaştıracağı hususunu da göz ardı etmemek gerekir.<sup>35</sup> Ülkemizde, yargı organlarının ağır iş yükü altında olduğu ve bundan dolayı adalet hizmetlerinin önemli ölçüde yavaşladığı hatta aksadığı dikkate alınacak olursa, bazı iş ve işlemlerin, yargı organlarının yanında adliye teşkilâtı bütünü içinde yer alan yardımcı organlar aracılığıyla gerçekleştirilmesi kapısının aralanması hususunda, bir zorunluluğun bulunduğu söylenebilir.<sup>36</sup> Uygulamada, dava açılmasından önceki evrede, en sık müracaat edilen işlem kategorilerinden birisini de, delil tespiti işlemleri oluşturmaktadır. Bu bağlamdaki talepler de, zaten ağır iş yükü altında bulunan mahkemelerin, iş yüklerini daha da ağırlaştırmaktadır. O nedenle, olması gereken hukuk bağlamında, dava açılmasından önceki evrede gerçekleştirilecek olan teknik an-

<sup>35</sup> Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, İstanbul 2001, s. 4478; Özüarı, R., *Açıklamalı Noterlik Hukuku*, Ankara 1987, s. 65; Akyol, L., *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Tespiti*, Ankara 2003 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) s. 39; s.40; Yavaş, M., *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Tespiti*, İstanbul 1999 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) s. 55.

<sup>36</sup> Yılmaz, E., *Noterlik İşlemlerinin Hukuk Davalarındaki ve İcra-İflâs Takiplerindeki Önemi (Noterlik Hukuku Sempozyumu I-II*, Ankara 1997, s. 41-62), s. 54.

lamda delil tespiti işlemleri çerçevesinde, mahkemelerin yanı sıra gerekli alt yapı kurumlarını oluşturmak ve yargısal usullerin sağladığı güvencelere benzer güvenceler içeren özel usul hükümleri öngörmek suretiyle, adliye teşkilâtı bütünü içinde yer alan ve artık birçok yargısal görevleri de üstlenmeye başlamış bir kuruluş haline gelmiş bulunan noterlik kurumundan da yararlandırılması düşünülmelidir.<sup>37</sup> Dava açılmasından sonraki evrede gerçekleştirilecek olan delil tespiti işlemleri bakımından, münhasıran mahkemeler yetkili kılınmıştır. Burada sözü edilen mahkemeden maksat, davaya bakan mahkemedir (HUMK m. 370). Bir davanın açılmasından sonra, davaya bakan mahkemeden başka bir mahkeme, o davaya ilişkin delillerin tespitine karar veremez ve delil tespiti yapamaz; yaparsa böyle bir delil tespiti geçersizdir ve mahkemece alınacak olan hükme esas tutulamaz.<sup>38</sup> Bunun temelinde yatan olgu, dava-

<sup>37</sup> Aynı yönde bkz. Yılmaz, *Noterlik İşlemleri*, s. 54.

<sup>38</sup> Kuru, *Usul IV*, s. 4435. İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 58. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, Danıştay'da, idare veya vergi mahkemelerinde, bir idarî davanın açılmasından sonra, bu davayla ilgili delillerin tespiti, ancak davanın açıldığı Danıştay'dan, idare mahkemesinden veya vergi mahkemesinden istenebilir. Anılan hüküm, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 370. maddesinde öngörülen kuralın teyidi niteliğindedir. Bu durum karşısında, Danıştay'da, idare yahut vergi mahkemesinde, bir idarî dava açılmasından sonra, o davayla ilgili delillerin tespiti, ancak davaya bakan Danıştay dairesi veya kurulu, idare yahut vergi mahkemesince gerçekleştirilebilir (Kuru, *Usul IV*, s. 4437-4438; Gözübüyük, Ş./Turgut, T., *İdare Hukuku*, C: II, *İdarî Yargılama Hukuku*, Ankara 1999, s. 997; "... İdarî yargıda keşif ve bilirkişi incelemelerinin, davaya bakan idarî yargı mercileri tarafından yapılması gerekli olduğundan 2577 sayılı Kanun'un 58. maddesinin ikinci fıkrasındaki delillerin tespitine ilişkin hükümlere dayanılarak mahallinde adli yargı mercii tarafından keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak bunun sonucuna göre işlemlerin iptaline karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır." Danıştay D., 9.3.1995, 1994-3089/1995-925 (Arslan, Z./Berk, K., *İdare Hukuku ve İdarî Yargıya İlişkin Temel Kanunlar*, İstanbul 2002, s. 346). Ancak, davaya bakan Danıştay, idare ve vergi mahkemeleri, istemi uygun gördüğü takdirde, üyelerinden birini bu işle görevlendirebileceği gibi, tespitini mahalli idarî veya adli yargı mercilerince yapılmasına da karar verebilir (İYUK m.58, II). Sözü edilen delil tespiti işlemi İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yollamada bulunması sebebiyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun delillerin tespitiyle ilgili hükümleri çerçevesinde (m. 368-374) gerçekleştir-

nın açılmasından sonra, bir davayla ilgili olan delillerin tespiti işleminin, en sağlıklı ve en doğru bir biçimde, bizatihi davanın açıldığı ve hâlen görüldüğü mahkemece gerçekleştirileceği düşüncesi ve yargılamaya başlanılmasından sonraki evrede, birer yargılama ilkesi olan ve delillerin toplanması, incelenmesi ve tartışılmasıyla yakın ilişki içerisinde bulunan doğrudan doğruyalık,<sup>39</sup> sözlülük ve yüz-yüzelik (vicahîlik) ilkelerinin işlerlik kazanmış olmasıdır. Davanın açılmasından sonraki evrede, bir davayla ilgili delillerin tespiti işleminin davanın açıldığı mahkeme dışında bir başka mahkemece gerçekleştirilmesine dahi izin verilmediğine göre, olması gereken hukuk açısından, davanın açılmasından sonraki evrede, noterlere de delillerin tespiti ile ilgili olarak herhangi bir görev verilmesi sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi teşkil etmez.

Noterlik Kanunu'nun 61. maddesinde, noterlerin, ilgili şahısların kimlik ve beyanlarını da tespit edebileceği hususu yer almaktadır. Bu durumda, noter, kendisine müracaat eden şahsın, sadece kimliğini değil; bunun yanı sıra huzurunda yapmış olduğu açıklamaları da tespit edebilecektir<sup>40</sup>. Kanun koyu-

---

lir. Yine, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde de bir davanın açılmasından sonra, açılan bu davayla ilgili delillerin tespiti, ancak, davaya bakan mahkeme olan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daire veya Daire Kurulu'ndan istenebilir. Görevli daire veya daire kurulu isteği uygun gördüğü takdirde, üyelerden birini bu işlerle görevlendirebileceği gibi tespit mahalli adli, idarî veya askerî yargı mercilerince yaptırılmasına da karar verebilir (AYİMK m.58, I, II).

<sup>39</sup> Doğrudan doğruyalık ya da doğrudanlık ilkesinden maksat, uyuşmazlığa ilişkin yargılamanın, araya başkaca bir makam ya da kişi girmeden, bizatihi kararı verecek mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi ve çözüme kavuşturulmasıdır. Bu ilke uyarınca, uyuşmazlık hakkında karar verecek olan mahkeme, dava malzemesinin bir parçasını teşkil eden delilleri bizzat değerlendirmeli ve irdelemelidir. Bu kural, hukuk yargısı bağlamında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 241 inci maddesinde genel çerçevede ifade edilmiştir (Geniş bilgi için bkz. Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 212-214; Şahin, C., *Ceza Muhakemesinde İspat*, Ankara 2001, s. 97-100).

<sup>40</sup> Kanımızca, noterler, hem hukukî hem cezaî hem de idarî konularda, tespit işlemi yapabilirler. Yapılmış olan bu tespitlere, delil gücünün tanınıp tanınmayacağı hususunun takdiri, tümüyle davaya bakacak olan mahkemeye aittir. Ancak, davanın açılmasından sonraki evrede, delillerin tespiti bağlamında, davaya bakan mahkeme dışında bir

cu, anılan düzenleme ile Anglo-Sakson kökenli bir kurum olan "affidavit" kurumuna işlerlik kazandırma hususunda, olumlu bir adım atmak istemiştir.<sup>41</sup> Ancak, atılan bu olumlu adım, yeterli değildir. Bu olumlu adımın sonuç verebilmesi ve affidavit kurumunun Türk hukukunda da işlerlik kazanabilmesi için, ifade tespiti işlerinde, noterlere, kendisine beyanda bulunan kişiye yemin verdirmeye yetkisinin de, bir an önce, yapılacak yasal değişiklikle tanınması yerinde olur. Çünkü Noterlik Kanunu'nun 75. maddesinde öngörülen hal dışında, noterin, kendisine beyanda bulunan kimseye yemin verdirmeye yetkisi mevcut değildir.

Burada sözü edilen *affidavit*'ten maksat, karşı tarafa haber verilmesi gerekmeden, bir kimsenin, yemin verdirmeye yetkili kişi ya da mercii huzurunda, kendi arzusuyla doğruluğunu yeminle teyit etmek suretiyle yapmış olduğu açıklamalarını içeren ve belirli şekil şartlarına uygun bir biçimde düzenlenmiş bulunan yazılı belgedir.<sup>42</sup> Affidavit'te, yemin eden kimsenin, bildiği olaylar yer alır; bu belge, bir kişinin kimliğiyle il-

---

başka mahkemece yapılmış olan delil tespitleri dahi geçersiz olduğuna göre, bir yargı organı konumunda bulunmayan noterler tarafından yapılan tespitlere de evleviyetle itibar edilmeyeceğinden, davanın açılmasından sonraki evrede, noterlerin, hukukî, idarî ve cezai konularda tespit faaliyetinde bulunmaması gerekir. Çünkü, bir kimsenin noter tespiti yaptırmasının gayesi, onu, ileride yargısal süreçte bir şekilde kullanmaktır. Davanın açılmasından sonraki evrede yapılan noter tespitine, hiçbir şekilde itibar edilmeyeceğine göre, noterin sözü edilen sürecin işlemlerinden sonra, Noterlik Kanunu'nun 61. maddesi çerçevesinde herhangi bir tespit faaliyetine girişmemesi daha uygun olur. Yine, burada, kamu davasının açılmasından önceki aşama olarak tanımlanan soruşturma evresinde, kişi hürriyeti ve güvenliğinin (AY m. 19) söz konusu olması, kişinin bir suç işlediği isnadıyla karşı karşıya bulunması ve bu bağlamda yapılacak olan tespitlerin, büyük ölçüde koruma tedbirlerine (CMK m. 90-140) (örneğin, arama, el koyma gibi) işlerlik kazandırılması suretiyle gerçekleştirilecek olması hususu gözetildiğinde, anılan tedbirlere ihtiyaç duyulmadığı ve bunların işlerlik kazanamadığı ölçüde ve dolayısıyla son derece sınırlı bir alanda, noter aracılığıyla tespit yaptırılabilmesinin de altının çizilmesi gerekir.

<sup>41</sup> Karayalçın, Y., *Affidavit ve Türk Hukuku*, (Batider., 1986/3-4, s. 47-56), s. 56; Ertanhan, M., *Medenî Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Ankara 2005, s. 167 dn. 55.

<sup>42</sup> Karayalçın, s. 48.

gili olabileceği gibi; hukukî bir konu veya hesap yahut zararın miktarıyla da ilgili olabilir.<sup>43</sup> Dava dilekçeleri, taraf beyanları, tanıkların ifadeleri, bilimsel mütalâalar (uzman tanık görüşü) affidavit şeklinde yani içeriğinin doğruluğu yetkili kişi ya da mercii huzurunda yeminle teyit edilmek suretiyle verilebilir.<sup>44</sup> Affidavit uygulamasında esas olan, tanığın ve uzman tanığın kendi bilgilerinin yahut beyanlarının, metinde tam, doğru ve kesin bir biçimde yer almasıdır; başkalarından duyulanları aktarma, ancak istisnaen kabul edilebilir.<sup>45</sup>

Yine, affidavit'ın delil teşkil edebilmesi için, onun, öncelikle tümüyle şekil şartlarını uygun bir biçimde gerçekleştirmiş olması ve içeriğinde yer alan hususların mahkemece kabule şayan bulunması gerekir.<sup>46</sup> Affidavit'ler, genelde, mahkemece, ihtiyatlı bir biçimde değerlendirilir; gerçekte ilgili olarak aksi ispat edilebilir bir karine teşkil ederler ve aksini ispat külfeti karşı tarafa aittir.<sup>47</sup>

Affidavit kurumu, özellikle uzman tanıklık kurumu bakımından özel bir anlam ve önem taşır. Uzman tanıklık kurumu, ilk defa Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 67. maddesinin 6. fıkrasında yer alan düzenlemeyle hukukumuzda girmiş durumdadır. Anılan yasal düzenlemeye göre, Cumhuriyet Savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii ve kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalâa alabilir. Yine 2006 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın "*Uzman Görüşü*" üst başlıklı 297. maddesinde, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemeye paralel bir biçimde, tarafların dava konusu olayla ilgili olarak uzmanından bilimsel mütalâa alabileceği hususuna açıkça vurgu yapılmıştır. Anılan düzenleme, hukuk yargısı bağlamında da, "*tarafbilirkişisi*" olarak adlandırılan Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan "*uzman tanık*

<sup>43</sup> Karayağın, s. 50.

<sup>44</sup> Karayağın, s. 56.

<sup>45</sup> Karayağın, s. 51.

<sup>46</sup> Karayağın, s. 51.

<sup>47</sup> Karayağın, s. 51.

lık" kurumuna açıkça işaret etmektedir.<sup>48</sup> Uzman tanıktan mak-sat, özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir husus hakkında, taraf-ların istemi üzerine, uzman sıfatıyla mahkemeyi aydınlatan kimsedir. Tanığın işlevi, olay hakkında duyu organları ara-cılığıyla edinmiş olduğu bilgileri aktarmak iken; uzman tanık-tan beklenen hâkimin özel bilgiyi gerektirmesi sebebiyle belli olgular hakkında çıkarmayacağı sonuçlara ulaşmasını sağla-maktır. Uzman tanık kullanımında, iki husus belirleyici işlev görür: Bunlardan birincisi, uzman tanığın bilgisine başvuru-lan hususun, sıradan bir kimsenin bilemeyeceği bilimsel, tek-nik ve meslekî bir konuyla ilgili olması, yani spesifik ve özel bir bilgiyi gerektiren bir nitelik taşımasıdır. İkincisi ise, bilgi-sine başvuru-lan kimsenin kendisine müracaat edilen hususta, engin ve köklü bir bilgi birikimine, yeterli deneyime ve do-nanıma sahip olması, konunun gerçekten uzmanı konumun-da bulunmasıdır. Noterlere, uzman tanıkların beyanlarını ye-min verdirmek suretiyle tespit etme olanağı tanırursa, mahke-melerin, bir anlamda taraf bilirkişisi sayılan uzman tanıkların görüşlerini kaâle alması, tartışması ve neden itibar edilmedi-ğini gerekçelendirmesi zorunluluğu ortaya çıkar ve bu suret-le yargı yerlerinin taraf bilirkişilerinin vermiş oldukları bilim-sel mütalâalara önyargıyla yaklaşmalarının da önüne geçilmiş olur. Çünkü uzman tanığın görüşlerini mahkemenin kararın-da tartışmaması; benimsememişse, hangi gerekçelerle benim-semediğini kararında göstermemiş bulunması, hukukî dinle-nilme hakkının (HUMK m. 73) daha genel çerçevede ise, onun da ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu adil yargılanma hakkı-nın (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6; AY m. 36) ihlâli anlamına gelir.

Böylelikle, noterler adli sistem içerisinde, uyuşmazlık ön-cesinde koruyucu yargının bir parçası olarak; uyuşmazlıktan sonraki evrede de, hakem ya da arabulucu sıfatıyla görev üst-lenmiş bir konuma getirilmiş bulunurlar. Buna, bir de çekiş-mesiz yargının bir organı, bir kuruluşu olma niteliği ilâve edi-

<sup>48</sup> Ceza muhakemesi hukuku bakımından aynı nitelime içim, bkz. Hakeri, H./ Ünver, Y., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2007, s. 131; Toroslu, N./ Feyzioğlu, M., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2007, s. 201.

lecek olursa, noterlik kurumu, adli sistem içerisinde, en etkin ve en işlevsel hukuk kurumu kimliğini kazanır.

Noterlerin, tüm bu işlevleri gözetildiğinde, hukuk alanı içerisinde son derece çeşitlilik ve dinamizm gösteren geniş bir yelpaze içerisinde rol üstlenen bir görevli konumunda buldukları söylenebilir.

Noterlerin, üstlenmiş oldukları, nitelik itibariyle yer yer birbirinden çok farklılık gösteren ve çok geniş bir alana yayılmış olan görevlerini etkin ve amaca uygun bir biçimde yerine getirebilmelerinin ve adliye teşkilâtı bütünü içinde etkin bir figür olarak ön plâna çıkabilmelerinin temini için, hukukî yapılanmalarıyla işleyişlerinde de, bir takım değişikliklerin yapılması şarttır. Bu değişikliklerin, belli başlılarını aşağıdaki gibi, sıralamak mümkündür:

1. Noterlik, hukukçu kimliği ile yapılacak kariyerde zirve noktalarından birisi olarak algılanmalı ve bu temel espriye uygun olarak, mesleğe giriş, staj, mesleğe kabul ve meslekte yükselme yeniden düzenlenmeli ve süreklilik arz eden meslek içi eğitime ağırlık verilmelidir.<sup>49</sup> Avrupa Birliği ülkelerinin çoğunluğunda, noterlik mesleğine kabul için, noterlik stajını tamamlama ve özel noterlik sınavını başarı ile vermiş bulunma aranmaktadır.<sup>50</sup>

2. Noterlik hizmetlerinin işleyişinde, noterlerin hukukî anlaşmazlıkların doğumunun önlenmesine katkı sağlama nitelikleri; yani, danışmanlık işlevleri ve hukuk mühendisi olma kimlikleri daha ön plâna çıkartılmalıdır. Yani, noterliklerin, imza yetkisinin başkâtime devri suretiyle alelade bir işyeri ya da işletme gibi yönetilmesi anlayışına bir an önce son verilmelidir. Çağdaş noterlik sistemlerinde, noterliği karakterize eden temel figür konumundaki hukuk mühendisliği kimliği, danışmanlık işlevinin somut plânda bir yansıma biçimi olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun gerçekleştirilebilmesi ise, bizatihi noterin kendisinin, onun bulunmadığı hallerde hukukçu kimliği

<sup>49</sup> Tanrıver, Armağan, s. 584.

<sup>50</sup> Tanrıver, Armağan, s. 584.



bulunan bir noter yardımcısının sürekli olarak noterlik daire-  
sinde bulunması koşuluna bağlıdır.

3. Tüm noterlik büroları, azamî etkinliği ve verimliliği sağ-  
layacak şekilde, hem personel hem de teknik araç ve gereçlerle  
donatılmalı ve bu büroların elektronik devletle entegre ola-  
bilecek şekilde yapılandırılmasına; tüm birimlerle elektronik  
ortamda iletişim kurulmasına özen gösterilmeli; bu bağlamda,  
mutlaka belirli standartların getirilmesi yoluna gidilmelidir.

4. Özellikle, belgelendirme ve danışmanlık bağlamındaki  
işlevlerinin kompleks bir nitelik taşıması sebebiyle, noterle-  
rin, diğer noterlerle, hatta avukat, malî müşavir ve muhasebecilerle  
"meslek ortaklığı" kurmasına ya da "ortaklaşa büro" biçiminde  
çalışmasına bir an önce olanak tanınmalıdır.<sup>51</sup> Örneğin,  
Belçika'da 1986 yılından beri, noterlerin, noterlerle ya da avu-  
katlarla ortaklaşa biçimde çalışması mümkündür.<sup>52</sup> İspanya'da  
1984 yılından beri, noterlerin, ortak büro biçiminde faaliyet-  
te bulunmaları caizdir.<sup>53</sup> Hollanda'da da, noterlerin, noterler,  
avukatlar ve malî müşavirlerle, ortaklıklar oluşturmalarına ola-  
nak verilmiştir.<sup>54</sup>

5. Çağdaş bir yapılanma örneği sergileyen Avrupa  
Birliği'ne dahil ülkelerdeki noterliklerde gözlemlenen ortak  
bir özellik de, bu ülkelerdeki noterliklerin, devletin özel bir  
denetimine tâbi kılınmış bulunmalarıdır. Devlet adına bu de-  
netim görevini, genelde, noterlerin adalet hizmetleriyle ilişkili  
olarak işlev görmeleri sebebiyle, Adalet Bakanlığı yerine getir-  
mektedir. Adalet Bakanlığı tarafından gerçekleştirilecek olan  
bu denetimin, mesleğin otonomisine, organizasyon ve karar  
alma süreçlerine çok katı bir biçimde müdahale edilmesi bo-  
yutuna varmamasına özen gösterilmekte; genel çerçevede, no-  
terleri gözetim ve denetim, noterlik mesleğindeki en üst kuru-  
luşa ve onun bölgesel organları olan noter odalarına bırakıl-  
makta; Bakanlık denetimi de, en üst kuruluşun idarî ve malî

<sup>51</sup> Tanrıver, Armağan, s. 596.

<sup>52</sup> Hergeth, s. 53.

<sup>53</sup> Hergeth, s. 54.

<sup>54</sup> Hergeth, s. 50.

nitelikteki faaliyetleri ile sınırlı bulunmakta; orada yoğunluk kazanmaktadır.<sup>55</sup>

Türk hukuk düzeninde, Adalet Bakanlığı'nın, noter odaları ile Türkiye Noterler Birliği üzerindeki denetiminin, geneli itibariyle, idarî vesayet denetiminin sınırlarını aşip; yer yer âdeta hiyerarşik denetime yaklaştığı görülmekte; bu durumda, olağan denetimin kapsamı dışında kaldığı için, noterliklerin Bakanlık karşısındaki bağımsızlığını önemli ölçüde zedelemektedir.

Türk hukuk düzeninde, noterliklerin örgütlenmesinde, en altta noterlikler, onun üstünde bölgesel organlar sıfatıyla noter odaları ve tepede kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşu yani özerk bir kamu tüzel kişisi olan Türkiye Noterler Birliği bulunmaktadır. Merkezi İdare tarafından, idarede bütünlük ilkesi uyarınca, merkez dışında yer alan özerk kuruluşlar üzerinde uygulanacak olan denetim, hiyerarşik denetim değil; vesayet denetimidir; bu denetimin yoğunluğu da özerk kuruluşların özelliklerine ve yapısına göre değişim gösterir. İdarî vesayet denetimi, hiyerarşik denetimin aksine tümüyle istisnâî bir nitelik taşır; yani işlerlik kazanacağı alanın sınırlarının açıkça kanunla belirtilmiş olması gerekir.<sup>56</sup> Öte yandan, merkezî idarenin, özerk kamu tüzel kişileri üzerinde uygulayacağı vesayet denetiminin çerçevesinin belirlenmesinde ölçü işlevini kamu tüzel kişisinin niteliği ve özerkliği yerine getirir.<sup>57</sup>

Vesayet denetiminin sınırları, kanunla, bir kamu tüzel kişisinin kişilik sahibi olmasını anlamsızlaştıracak ve onu âdeta merkezî idarenin hiyerarşisine tâbi kılacak derecede genişletilirse, artık vesayeti aşan hiyerarşiye büyük ölçüde yaklaşan bir

<sup>55</sup> Tanrıver, Armağan, s. 592-593.

<sup>56</sup> Onar, S. S., *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, İstanbul 1960, s. 625; Akıllıoğlu, T., *Noterlik Hukuku Açısından Kamu Hizmeti ve İdarî Vesayet Kavramları (Noterlik Hukuku Sempozyumu III-IV-V, Ankara 1999, s. 11-18)*, s. 16; Erhürman, T., *Adalet Bakanlığı'nın Noterlik Hizmeti Konusundaki Yetkilerinin Hukuksal Niteliği (Noterlik Hukuku Sempozyumu I-II, Ankara 1997, s. 87-98)*, s. 91; Günday, M., *İdare Hukuku*, 5. B., Ankara 2002, s. 74-75.

<sup>57</sup> Erhürman, s. 91.

denetim modeli benimsenmiş ve anayasa koyucunun bir yapıya kamu tüzel kişiliği verme iradesi kanun koyucunun iradesiyle bertaraf edilmiş olur.<sup>58</sup>

Vesayet denetiminin, Türk hukukundaki klasik görünüm biçimi merkezî idarenin, belirli bir alanda faaliyet gösteren kamu tüzel kişilerinin işlemlerini, onaylaması ya da onaylamaması biçiminde ortaya çıkar; merkezî idare, kamu tüzel kişisini yok sayarak onun tarafından tesis edilmesi gereken işlemleri bizzat tesis edemez; o sadece onay vermek ya da vermemek suretiyle işlemin yürürlüğe girmesini veya girmemesini sağlar.<sup>59</sup> Adalet Bakanlığı, Türkiye Noterler Birliği ile onun bölgesel organlarını denetleyen makam konumundadır; bu denetim, niteliği itibarıyla hiyerarşik değil; vesayet denetimi olmak gerekir. Ancak, bunun dışında, Adalet Bakanlığı, Noterlik Kanunu'nun 121. maddesi uyarınca, noterlikler üzerinde, Türkiye Noterler Birliği'nin varlığına rağmen, etkin ve yoğun bir biçimde gözetim ve denetim yetkisine sahiptir. Adalet Bakanlığı denetimi, Türkiye Noterler Birliği ile onun bölgesel organlarına hasredilmeli; Bakanlığın noterlikler üzerindeki genel gözetim ve denetim yetkisi tüümüyle kaldırılmalı; sözü edilen denetimin, Birlik, kendi bünyesinde kurulmuş bulunan Teftiş Kurulu'nda yer alan müfettişleri aracılığıyla gerçekleştirmelidir. Bu durum, noterlik mesleğinin en üst çerçevede genel koordinasyonunu ve işleyişini sağlamakla görevli özerk bir yapıya sahip kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşunun (Türkiye Noterler Birliği'nin) varlığının zorunlu sonucudur.

Öte yandan, mevcut Noterlik Kanunu'nda, bazı alanların noterlik mesleğinin asıl hamisi olan Türkiye Noterler Birliği'nin tüümüyle saf dışı bırakılması ya da sadece onun görüşünün alınmasıyla yetinilmesi suretiyle, doğrudan doğruya Adalet Bakanlığının tasarrufuna bırakıldığı gözlemlenmektedir. Bunlara, örnek olarak,

- Boşalan ve açılan noterlikleri ilân etme (NK m. 22);

<sup>58</sup> Erhürman, s. 91.

<sup>59</sup> Onar s. 627; Günday s. 78-79; Erhürman s. 91-92.

- Stajdan beklenen yararın hasıl olup olmadığına karar verme (NK m. 17);
- Noterliğe atanmak için yapılan başvuruları kabul etme, eksiklikleri tamamlatma; (NK m. 23) ve tüm sınıf noterliklerine atama (NK m. 24, m. 27); noterlik teminatını tamamlatma (NK m. 38 son); notere yıllık iznini verme (NK. m. 57); hastalık izni süresi sonunda iyileşmeyen noterlerin görevlerine son verme (NK m. 59); fazla ücretlerin iadesi kararını alma (NK m. 117); noterin geçici olarak işten el çektirilmesine karar verme (NK m. 123); para cezası dışındaki disiplin cezalarını yerine getirme (NK m. 145,I); noter odası kurulamayan yerlerdeki noterliklerin hangi odaya bağlanacağı tâyin etme (NK m. 179,II) ve noterin görevine son verme (NK m. 19) gösterilebilir.

Adalet Bakanlığı'na, bu bağlamda tanınmış olan yetkileri, vesayet denetimi ile açıklamak mümkün değildir. Bu çerçevede, noterlik kamu hizmeti örgütlenmesinin en üst noktasında yer alan, kamu tüzel kişiliğine sahip Türkiye Noterler Birliği tümüyle yok sayılmış ve merkezî idare, noterlik kamu hizmetinin denetleyen değil; bizâtihi örgütleyen konumuna gelmiştir. Bu durum ise, bir kamu hizmetinin belirli bir kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu aracılığıyla yürütülmesi esasıyla asla bağdaştırılamaz.

Yine, mevcut yasal düzenlemeye göre Adalet Bakanlığı, Türkiye-Noterler Birliği'nin görüşünü almak kaydıyla, noterlik açma ve birden fazlasının boşalması kaydıyla kapatılmasına (NK m. 3) noterliklerin sınıflandırılmasına (NK m. 4), noterlik stajına kabul edileceklerin belirlenmesine karar verme (NK m. 14) ve ücret tarifesini hazırlama yetkilerine sahiptir.

Bu hallerde, idarî vesayetin doğasına aykırı olarak, kararı asıl alması gereken kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan Türkiye Noterler Birliği'nin karar almasına izin verilmemekte; o sadece görüş bildiren bir mercii konumuna getirilmekte denetim makamı olan Adalet Bakanlığı ise, kararı bizzat veren makam statüsüne kavuşturulmaktadır; bunu da

kamu hukuku bağlamında klasik vesayet denetimi kurumu ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Bunların dışında Cumhuriyet Savcıları ve adalet müfettişlerinin noterlikler üzerindeki denetim yetkisi kaldırılmalı; Türkiye Noterler Birliği bu denetimi kendi Teftiş Kurulu aracılığıyla gerçekleştirmelidir.

6. Noterlerin, özellikle, hukukî güvenliğin sağlanması ve hukukî anlaşmazlıkların doğumunun önlenmesi süreci içinde, etkin bir işlev görebilmelerinin temini için, batı hukuk düzenlerinde olduğu gibi, hukukî sorumlulukları, haksız fiil sorumluluğu baz alınmak suretiyle yeniden düzenlenmeli; bu yapılamıyorsa, mevcut hukukî sorumlulukları (NK m. 162) nitelik itibariyle ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olmaktan çıkartılıp; olağan sebep sorumluluğuna dönüştürülmeli<sup>60</sup> ve ayrıca, meslekî sorumluluk sigortalarının etkinliği artırılmalı, yaygınlaştırılması sağlanmalı ve kapsamları da son derece geniş tutulmalıdır.

<sup>60</sup> Tanrıver, Armağan, s.596-597.

## TARTIŞMALAR

**Hasan YENİ** (Oturum Başkanı): Sûha hocamıza teşekkür ediyorum.

Değerli arkadaşlarım, şimdi soru-cevap kısmına geçmiş bulunuyoruz.

TARTIŞMALAR

Şimdi soru sormak isteyenlerin isimlerini kaydediyoruz: Lütfi Tombaloğlu, Metin Özdamgacı, Mustafa Özbek, Macuncu, Leyla Akyol Aslan, Asuman hanım, Bülent Yiğit.

Buyurun Sayın Tombaloğlu.

**M. Lütfi TOMBALOĞLU:** Şimdi, ben Sayın Isaak Meier ve Profesör Walker'e soru yöneltmek istiyorum.

Bu noterlerin denetimini, bilindiği gibi tabii Adalet Bakanlığı'nın denetimindedir noterler, cumhuriyet savcıları ve adalet müfettişleri tarafından. Şimdi, noterler kesmiş olduğu devlete ait harç ve damga vergilerini her ayın 25'ine kadar Maliye'ye yatırmak durumundadırlar. Acaba bu İsviçre'de ve Almanya'da noterler hangi tarihe kadar devletin vergi payları, alacağı harçları yatırmak durumundadır?

TARTIŞMALAR

Bir de özel soru soracağım: Motorlu taşıt araçlarının kati satışları noter devir senetleriyle yapılmaktadır. Bunların trafik sicilinde bir ara emniyet vasıtasıyla yerine getirilmesi gündeme geldi, fakat şu anda yine noterler tarafından bu devri işleri yürütülmektedir. Yine İsviçre ve Almanya'da motorlu taşıt araçlarının devirleri ne şekilde yapılmaktadır?

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER:** Şöyle söyleyeyim: Almanya'da noterler sadece masraf listesine dair bulunan masrafları ödüyorlar, vergiyle ilgili bir düzenleme yok.

Motorlu taşıt satışında ve devrinde ise Almanya'da noterler katılmazlar bu sürece. Herkes kendisi gerçekleştiriyor bu devir işlemini.

**Prof. Dr. Isaak MEIER:** İsviçre'de de motorlu taşıtların satışıyla ilgili olarak noterlerin hiçbir yetki alanı ve sorumluluğu yoktur. Taşınmazların, örneğin arsa satışlarında ise kısmen noterler devreye girer. Buradaki adli işlemin tamamı, ki buna arsa satışından elde edilen gelir vergisinin ödenmesine kadar noterlik kurumu dahildir, bunları da sonra vergi daireesine öderler ama belli bir zaman kıstı yoktur.

**Hasan YENİ:** Burada ben de soru sormak istiyorum.

Lütfi Bey herhalde bu Trafik Kanunu'nda yapılan ve trafik tescil kuruluşlarına verilmek istenen yasayı savunmak mı ne yapmak istedi bilmiyorum, ama ben şunu soruyorum: Acaba Almanya'da ve İsviçre'de bu kara nakil vasıtalarının ve araçlarının satışını trafik polisleri mi yapıyor veya kim yapıyor? Hangi kurum tarafından yapılmaktadır? Sayın konuşmacılar bunu açıklarlarsa memnun olurum.

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER:** Almanya'da kara taşıtlarının satışı özel, yani gerçek kişilerin sorumluluğundadır ve bunlar kendileri yaparlar. Bunun için bir avukatı devreye sokmalarına gerek yoktur, herhangi bir devlet kurumunu dahil et-

melerine gerek yoktur ve noterin de burada bir işi yoktur. Ben hayatım boyunca çok sayıda kara taşıtı satın aldım ve sattım ve bunu hep tek başıma yaptım.

**Prof. Dr. Isaak MEIER:** İsviçre’de de aynı hukuki durum geçerlidir. Noterler kara araçlarının satışıyla hiçbir ilgisi yoktur. Bunu gelecekte belki bir değişiklik olabilir, belki de resmî bir belgelendirme yapılabilir, bir belge hazırlanabilir noter aracılığıyla. Fakat genel itibarıyla bu sözleşmeler araç satın alan herkes satan kişiyle böyle bir sözleşme hazırlar. Örneğin, banka ile bir sözleşme imzalanabilir, o da aracın finansmanı ile ilgili olarak, krediyle ilgili olarak, ama noterlerin bu konuyla hiçbir ilgisi yoktur.

**Hasan YENİ:** Buyurun Metin Bey.

**Metin ÖZDAMGACI** (Körfez 1. Noteri): Çok kısa olarak arz etmek istediğim bir husus var: Almanya ve İsviçre’deki noterlik sistemlerini, bakış açılarını dinledik konuşmacılarımızdan. Bizim ülkemizdeki bakış açısını göstermek bakımından çok kısa bir şey söylemek istiyorum: Genelde insan hayatında üç önemli sözleşme, akit bulunmaktadır. Bunlardan birisi, evlenme sözleşmesi, evlenme akdi. Bunu ülkemizde genelde ilkokul mezunu muhtarlar ve ortaokul mezunu veya ilkokul mezunu belediye memurları yapmaktadır. Diğer önemli sözleşme, taşınmaz devri sözleşmeleri. Bunlar tapuda yapılmaktadır. Yine tapu memurlarının da çoğu ilkokul mezunu, ortaokul mezunu, en fazlası lise mezunu görevlilerdir. Bir de insan hayatındaki üçüncü önemli sözleşme, araçlarla ilgili sözleşmedir. Bunu sadece hukukçu olan noterler yapmakta, onları da noterlerden almak için durmadan tasarılar hazırlanmaktadır. Bunu devletin veya sistemin bu sözleşmelere ve noterlere verdiği önemi bakımından arz etmek istedim.

Sayın Komisyon üyesi hocalarımıza da Komisyon çalışmalarında bu hususu gündeme getirmelerini arz etmek istedim.



TARTIŞMALAR

Saygılar sunarım efendim.

**Hasan YENİ:** Teşekkür ederim Metin bey.

Mustafa Bey, buyurun.

**Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK** (Başkent Üniversitesi Öğretim Üyesi): Başkanım, teşekkür ediyorum.

İzin verirseniz, sorudan ziyade çok kısa bir katkıda bulunmak istiyorum. Sayın Profesör Gottwald'ın tebliği sırasında bir ufak not aldım.

Şimdi, hakikaten noterlik medenî usûl hukukunda uyumsuzluk öncesi delil üretmesi bakımından fevkalade önemli. Avrupa Birliği'nde adalete erişimin bir unsuru olarak da noterlik hizmetlerine erişim kabul ediliyor. Bizde de kanun koyucu bu konuda ciddi adımlar attı, Yargı Reformu Stratejisi 2009 Planında, noterlik, orta vadede reform yapılması düşünülen konular içinde. Eylem Planı'nda da gene Noterlik Kanunu Tasarısı'na yer verildi.

Avrupa Topluluğu Anlaşması'nda, Avrupa yargı bölgesinde kişilerin, malların, hizmetlerin serbest dolaşımı çerçevesinde noterlik iki kısımda ele alınıyor. Birincisi, noterlerin serbest dolaşımı, noterlik hizmetinin serbest dolaşımı. İkincisi, noter senetlerinin serbest dolaşımı.

Üç ay önce çok yeni bir dava açıldı Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'na. Avrupa Komisyonu tarafından Hollanda'ya karşı açıldı. Sayın Prof. Gottwald de bu hususa temas etti, Hollanda hazırladığı bir tasarıyla diğer üye devlet vatandaşı olan noterlerin Hollanda'da noterlik yapmasına izin vermeyi planlıyordu. Ancak bunun tam tersine bir kanun yürürlüğe koydu ve burada iki temel gerekçeyle Hollanda buna karşı çıkıyor. Birincisi, *"Noterlik bir kamu görevidir, bu nedenle yabancı bir üye devlet mensubunun Hollanda'da noterlik yapması mümkün değildir."*

İkincisi, *"Üye devletler arasında noterlik eğitimi konusunda da bir standart yoktur."* Fakat Avrupa Komisyonu uzun süredir bu görüşe karşı çıkıyor. Avrupa Komisyonu da iki karşı argü-

man ileri sürüyor. Birincisi, *“Noterlik bir kamu hizmetidir, fakat noterler bir devlet memuru değildir ve dar ve teknik anlamda kamu görevlisi de sayılamaz. Bu nedenle diğer üye devlet vatandaşlarının Hollanda’da noterlik yapmasına engel olunması Avrupa Topluluğu Anlaşması’na göre ayrımcılık sayılır ve üye devlet vatandaşlarının çalışma hürriyetine aykırı bir tutumdur.”*

İkinci gerekçesi de, *“Eğitim standardı konusunda Avrupa Birliği Yükseköğrenim Yönergesi’ne atıf yapılmalıdır ve burada aranan koşul asgari üç yıllık bir lisans eğitimi koşuludur. Dolayısıyla bu da serbest dolaşımın önünde bir engel değildir.”* denildi. Şu an ATAD’ta derdest bu dava, merakla sonucunu bekliyoruz.

Son olarak da, ikinci unsur olan noter senetlerinin, yani noter belgelerinin serbest dolaşımında da, özellikle kayıtsız ve şartsız para borcu ikrarı içeren ilamlı icraya dayanak noter senetlerinin icrası Avrupa Birliği’nde şu an tartışılan ciddi bir konu. Bu konuda da Brüksel I. Tüzüğü’ne dayanılarak ara bir tanıma usûlü olmadan böyle bir noter senedinin doğrudan ilamlı icraya koyulması düşünülüyor. Bu konuda da çok ciddi bir tartışma söz konusu. Arz ederim.

**Hasan YENİ:** Teşekkür ederim Mustafa hocam.

Sayın Muhsin Macuncu, buyurun.

**Muhsin MACUNCU** (Beyoğlu 27. Noteri): Değerli konuşmacıları ve katılımcıları saygıyla selamlıyorum. Konuşmacılara teşekkürlerimi ve şükranlarımı sunuyorum.

Bendenizin sorusu, İsviçreli değerli üstada: Atanmış noterlerden söz ettiler. *“Bunların herhangi bir hukuk eğitimi alması, herhangi bir mesleki formasyona ihtiyacı yok”* dediler veya ben öyle anladım. Seçilme kriterleri nedir? Nasıl seçiyorlar bu tür noterleri? Hangi kıstasa göre seçiyorlar? Aydınlatırlarsa sevinirim. Saygılar sunuyorum.

TARTIŞMALAR

**Prof. Dr. Isaak MEIER:** Serbest meslek sahibi noterlerle memur noterler arasında bir fark var. Serbest meslek sahibi noterlerin mutlak surette bir hukuk eğitimi görmüş olmaları gerekiyor. Onun dışında, bir ila iki yıllık bir staj yapmış olmaları gerekiyor. Buna da ilaveten, bir noterlik sınavını başarmış olmaları, zor bir sınavı başarmış olmaları gerekiyor. Bu, bir yandan da pratik bir sınavdır, çeşitli belge düzenlemeleri, vesaire yapmaları istenir, aynı zamanda teorik tarafı da vardır. Fakat bahsettiğim bu memur noterler de memurdurlar ve İsviçre’de kantondan kantona onların durumu çok farklıdır. Ben Zürih kantonu hakkında bilgi verebilirim. Zürih kantonunda lise mezuniyeti aranmaz, ama üç yıl boyunca üniversiteye devam etmiş olabilir, ama bitirmiş olması gerekmez. Beş yıl süreyle bir noterlikte çalışmış olması istenir. Yani pratik bir bilgi istenir ve gerçekten iyi insanlar, şahsen tanınırlar, çok iyi vasıflara sahiptirler, kalifiye elemanlardır. Fakat dediğim gibi, üniversite eğitimine sahip değildirler. Belki bunu o kantonun noterleri önünde bunu söylemem lazım, ama bazı kantonlarda bence noterlik şartları çok düşük ve çok düşük kriterler getiriliyor. Bunu yüksek sesle söylemem belki doğru değil. Bazı kantonlarda avukatlar tabii noterlik yapıyor ve onların durumunda da bence ciddi düzelme ihtiyacı var.

**Hasan YENİ:** Teşekkür ederim.

Leyla hanım, buyurun.

**Arş. Gör. Leyla AKYOL-ASLAN** (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Benim sorum Sayın hocam Prof. Dr. Süha Tarriver’e olacaktı.

Noterlerin görevleri, malum Noterlik Kanunu’nun 60. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş. Sorum aslında kısa, şu şekilde: Noterlerin kendisine kanunen tevdi edilmiş olan bir görevi yapmaması ya da yapmaktan kaçınması halinde 125. maddede ve devamında öngörölmüş olan disiplin cezası dışında özellikle tek bir noterin bulunduğu küçük yerlerde bunu sağ-

lamanın herhangi bir yolu olup olmadığını, buna ilişkin herhalde hukuki bir imkân olup olmadığını öğrenmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Süha TANRIVER:** Bir yerde tek noter söz konusu ise ve noter kanunen yapması zorunlu olan bir işi yapmamışsa, bu ceza hukuku açısından suç olur. Zaten noter Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisidir, yargı görevlisi değildir. Yargı görevlilerinin neler olduğu 6. maddede sayılmıştır. Dolayısıyla olsa olsa kamu görevlisi, çünkü adalet hizmetleri bütünü içinde yer almaktadır. Adalet hizmetlerinin ifasına ya da işleyişine katkı sağlamaktadır. Görevi ihmal suçu nedeniyle –yahut duruma göre, somut olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gereken– Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunabilir.

Bir başka boyut ise disiplin sorumluluğu var. Disiplinle ilgili özel hüküm zaten Noterlik Kanunu'nda öngörülmüştür. Nasıl avukatlıkta o disiplin sorumluluğuyla ilgili rejim harekete geçirilebiliyorsa, burada da aynı şekilde aynı rejimin harekete geçirilmesi lazım. Zaten bölgesel organlardır noter odaları. Bölgesel organlar gerekiyorsa durumu Türkiye Noterler Birliğine intikal ettirirler.

Burada yeri gelmişken şunu da söyleyeyim: Noterlik mesleğinin aslında belki bir anlamda özertleştirilmesi açısından da üzerinde durulması gereken hususlar var. Noterler üzerinde biliyorsunuz Adalet müfettişleri ile cumhuriyet savcılarının denetim yetkisi var, kamu hizmetiyle ilişkili görülmesi sebebiyle. Noterler Birliği bünyesinde ayrı bir birim oluşturulmuştur, ayrı bir yönetmelik var Teftiş Birimi diye. Gerekiyorsa onlar da devreye sokulabilir. Hatta olması gereken hukuk bakımından Adalet müfettişleri ile cumhuriyet savcılarının denetim yetkisi tümüyle kaldırılması gerekir.

Hukuki sorumluluk bağlamında da 162. madde son derece ağır, eğer tabii ispat edebilirsiniz. Bir olgu, bir durum olduğuna göre tanıkla da bu pekâlâ da ispat edilebilir. "Kanun-

TARTIŞMALAR

*nen yapılması gereken işlemi yapmaktan kaçınmıştır” şeklinde. İşlemin kanunen yapılması gereken bir işlem olup olmadığını tabii yetkili organ takdir edecektir.*

Ben Leyla hanımın sorusunu dinlerken Bilge hocam bir hususa işaret ettiği için onu dinlemekle meşguldüm, o sorunun bana yöneltildiğini bilmediğim için Hakan hocamın uyarısı üzerine hemen döndüm.

Burada yeri gelmişken, hocam dedi ki: “Acaba noterlerin yapmış olduğu iş ve işlemlerden dolayı idari yargı yerinde devlete karşı dava açılması olanağı mümkün mü?” diye. Noterlik bir kamu hizmeti, ama noter aynı zamanda serbest meslek mensubu ve kendine özgü bir yapılanması var. Aynen avukatlardaki yapılanmanın paraleli bir yapılanma modeli de buraya monte edilmiş durumda. Zaten hukuki sorumluluk konusunda yasa koyucu açıkça tercihini yapmış, 162. maddede diyor ki: “Noterin görevi, kanunen yapılması gereken görevi yapmamasından yahut yapmaktan kaçınmasından kaynaklanan zararlardan dolayı notere karşı dava açılır” diye. 4. Hukuk Dairesi buna ilişkin birçok kararı mevcuttur. Burada asıl belki tartışılması gereken İsviçre ve Alman hukukunda durumun nasıl olduğudur. Sayın konuşmacılardan belki o sorulabilir, tebliğ verirken de söyledim, ama üstünde durulmadı. Burada bizim sistemimizdeki tercih, ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu. Yani objektif özen yükünün ihlal edilmiş olması olgusunu temel alıyor. Gerekli objektif özeni gösterse bile gene kurtulamıyor. Tek imkan iliyet bağının kesilmesi olarak ortaya çıkıyor. Hukuki sorumluluk, tamamen özel hukuk bütünü içinde çözülmesi gereken bir sorumluluk türü olarak düzenlenmiş durumda. Dolayısıyla devlete karşı dava açılması yahut idarenin sorumluluğuyla ilişkilendirilmesi bu sistem içerisinde pek mümkün görülüyor. Belki devlet memuru noterlik olsaydı, hizmetin kötü işlemesi yahut Anayasa'nın 125. maddesi yahut idarenin gene kusursuz sorumluluk bütünü içinde yer alan 125. maddedeki hizmet kusuru düşünülebilirdi. Ama bu yapılanma çerçevesinde hukuki sorumluluk, özel hukuk sorumluluğu olarak düzenlenmiş durumdadır.

**Hasan YENİ:** Teşekkür ederim hocam.

Asuman hanım, buyurun.

**Asuman EĞİLMEZ** (Beşiktaş 17. Noteri): Bütün katılımcılara teşekkür ederim.

Benim bir tane düzeltmem var, Hakan hoca, bizim Türkiye'deki noterlerin staj görmediklerini, hemen işe başladıklarını söyledi. Ama yabancı katılımcılar için düzeltmek istiyorum: Bizde staj yok, ama biz üçüncü sınıftan başlıyoruz. Yani işi çok az olan bir noterlikte başlıyoruz. Bütün arkadaşlardan yardım alıyoruz, ondan sonra dört sene sonra ikinci sınıfa geçiyoruz. Ben, Beşiktaş 17. Noteriyim, yirmi iki yıldır noterim, İstanbul'a gelmek için de on yılım geçti. Yani her gün başka bir şey öğrenerek stajı meslekte yaparak, yüzmeyi denizde öğreniyoruz, onu düzeltmek istedim.

Staj görmüyoruz, ama diğer katılımcılar herhalde bir noterlikte başlıyorlar ve öyle devam ediyorlar Almanya'da, öyle değil mi? Sanırım öyle.

Sorum Almanya ile ilgili: Noterler duruşmaya gidince görevi kim yapıyor, randevulu mu çalışıyorlar?

İkincisi de, apostil memleketlerinde, İsviçre'de ve Almanya'da apostil nasıl işliyor?

**Hasan YENİ:** Teşekkür ederim.

Buyurun Sayın Pekcanitez.

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ:** Ben, staj yapılmadığını söyledim, sizin herhangi bir düzeltmeyle "staj yapıldığı" veya "staj yaptığınızı" söylemeniz söz konusu değil. Siz üçüncü bölgeden doğrudan noter olarak başlıyorsunuz. Yani hiçbir staj yapmadan noter olabiliyorsunuz. Ayrıca ben sizin bilgisiz olduğunuzu da söylemedim, sadece staj yapmadığınızı söyledim ve doğru olan da staj yapmadığınızı. Öyle değil mi?

Teşekkür ediyorum. Dolayısıyla bir şey düzeltilmiş olmadı.

TARTIŞMALAR

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER:** Ben hemen cevap vereyim Almanya'daki durumla ilgili olarak.

Bizim ülkemizde noterler arasında bir sınıflandırma yoktur, sadece noter olanlar veyahut da hem avukat hem noter olanlar arasında da böyle bir sınıf ayrımı yoktur, sınıflandırma yoktur. Avukatlık ve noterlik faaliyetini ne şekilde örgütleyeceğini de herkes kendi başına karar verir. Yani mahkemeye gitmesi gerekiyorsa o zaman kendi noterliğinde başka randevular vermemesi gerekir. Yani her iki faaliyeti de birbirine zarar vermeksizin sürdürmenin bir yolunu bulması lazım. Mesela, bir hafta sadece noterlik yapar, bir hafta sadece avukatlık yapabilir, ama bunu kendisi düzenlemekle yükümlüdür.

**Hasan YENİ:** Teşekkür ederim.

Buyurun Bülent bey.

**Bülent YİĞİT (Kadıköy 25. Noteri):** Benim sorum Süha hocama öncelikle.

Bildiğimiz gibi, Noterlik Kanunu noterlere tespit yapma yetkisi vermiştir. Bu herhangi bir yerin hal ve durumu veya bir ifade ve kimlik tespiti şeklindedir. Fakat bu uygulamada Adalet Bakanlığımızın yayınlamış olduğu genelgelerle kısıtlanmıştır. Hemen hemen biz hiçbir türlü tespit yapamaz duruma getirilmiş haldeyiz.

Bir akademisyen olarak, sizce bu tespitin çerçevesi ne olmalıdır? Ayrıca, diğer Almanya ve İsviçre hukukunda bu konu nasıl düzenlenmiştir?

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Süha TANRIVER:** Tespit konusu son derece önemli ve noterlerin özel olarak yapacağı işler arasında sayılmıştır, Noterlik Kanunu'nun 61. maddesinde.

Buradaki tespit, biraz önce de vurguladım, teknik anlamda delil tespiti değildir, bir olgu ya da durumun tespitidir. Ancak bir olgu ya da durumun noter tarafından tespit ediliyor olması, onu ileride hukuk davasında hiçbir şekilde kullanılamayacağı anlamına asla gelmez. Noterler, biliyorsunuz tüm işlemleri bir tutanak şeklinde tespit ederler, Noterlik Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca da içerikleri aksi ispat edilinceye kadar doğru kabul edilir. Hatta o terkle ilgili olarak biliyorsunuz Yargıtay'a kadar uzanmış terk olgusunun tespitiyle ilgili -terk sebebiyle boşanma davasında- bir süreç söz konusu.

Özellikle "İdari yargı ve ceza konularında noterler tespit yapar mı yapamaz mı?" tartışması söz konusu. Ceza yargısında tabii bir suç isnadı da söz konusu olduğu için, burada biraz daha temkinli yaklaşmak gerekir. Belki bu tespit, özellikle ifade ve kimlik tespiti, idari yargı bağlamında son derece bir önemli işlevi yerine getirebilir. Burada şuna işaret etmek istiyorum: Anglosakson hukukunda "affidavit" diye bir kurum var, Bilge hocam da bilir, kendisi uzman bilirkişi olarak da bir olayda görev yapmıştı. Affidavit, yemin verdirmeye yetkili bir makamın huzurunda ilgilinin kimliğinin ve ifadesinin tespit edilmesi. Noterlik Kanunu'nun 75. maddesinde buna paralel bir hüküm var, fakat noterin yemin verdirme yetkisi yok. Eğer yemin verdirilip bu ifade ve kimlik tespiti kapısı aralanırsa bu belgeler önemli bir işlevi de, özellikle idari yargıdaki yazılılığın getirdiği sıkıntının bir anlamda aşılmasına da katkı sağlayabilir.

Yine, Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nun 67. maddesinin son fıkrasında, "Uzman tanık" diye bir kurum devreye girdi. Hukuk yargısında da tasarıda bu yönde adımlar uzman görüşü diye, özel bir düzenleme yine yapılmak istenmektedir. Bu uzman tanıkların ifadelerinin de bu şekilde, affidavit adı altında tespit edilmesi, taraf bilirkişisinin bir anlamda ciddiye alınmasının sağlanması, dikkate alınmaması halinde de hukuk yargısı bağlamında özellikle hukuki dinlenilme hakkının ihlali açısından bir değerlendirme, bir kritik yapılabilir.

Ceza yargısı konusunu tabii iyi gözden geçirmek lazım, çünkü ceza yargısında kişinin güvenliğiyle ilgili, emniyet ted-



TARTIŞMALAR

birleri de devreye girebilir, arama, el koyma, tutuklama gibi. Onun için, hukuk yargısı bağlamında bir işlevi yerine getirebilir. Hatta olması gereken hukuk açısından, belki bir daha bir ileri adım, delil tespiti işlemleri acaba noter aracılığıyla yapılabilir mi? Bunun sorgulanması gerekir. Acaba noter tanık beyanlarını tespit edebilir mi? Yani teknik anlamda delil tespiti yapabilir mi yapamaz mı? Ben bunu bir makalemde uzun uzadıya tartıştım, "Noterlerin Tespit İşleri" diye. Benden sonra yine Ahmet Başözen arkadaşımız da bu konuyu geniş bir biçimde ele aldı. Olması gereken hukuk açısından tasarıda da yine bu bağlamda hazırlanmış bir tasarı da var bunun yolunun aralanması. Burada tabii özellik arz eden noktalar şu: Bir kere, noter hukukçu kimliği bulunan bir görevli, objektif ve tarafsız hareket etmek durumunda, kamusal birtakım hak ve yükümlülükleri söz konusu. Burada delil tespiti işlemlerinin noterlere bırakılmasının sağladığı güvencelere paralel hukuki güvenceler getirilmek suretiyle dava açılmasından önceki evrede belki noter marifetiyle delil tespiti kapısı aralanabilir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun halihazırda ki delil tespitiyle ilgili hükümlerine bakıldığında, dava açılmasından sonraki evrede bu hiçbir şekilde mümkün değildir. Dava açılmasından sonraki evrede delil tespiti işlemini ancak davaya bakan mahkeme yapabilir. Bu yetki de kesin bir yetkidir. Bir başka mahkemenin dahi yapacağı delil tespiti işlemi geçerlilik taşımaz, çünkü davanın esasını karara bağlayacak, aslını karara bağlayacak olan mahkeme de tespit işlemini de en iyi gerçekleştirecek konumdadır. Bir başka mahkemenin yapacağı delil tespitine bile olanak verilmediğine göre, dava açılmasından sonraki evrede noterlerin delil tespiti yapmasının mümkün olmadığını da altını çizmek gerekir.

**Hasan YENİ:** Teşekkür ederim hocam.

Buyurun Lütfi bey.

**M. Lütfi TOMBALOĞLU:** İcra İflâs Komisyonu'nda da çalıştım. İcra memurlarının tebligat usûlsüzlüğünün, tebliga-

tın usûlüne uygun yapılıp yapılmadığı konusunda takdir yetkileri yoktur. Eğer takdir yetkisi verdiğimiz takdirde icra memurlarına hâkim yetkisi vermiş oluruz düşüncesi hakimdi.

Şimdi, mahkemelerin yapacağı delil tespitlerinin noterlere tevdi edilmesi de noterlere hâkim gibi takdir yetkisi vermek gibi anlaşılabilir. Bu da belki sakıncalı olabilir. Bunların da dikkate alınması gerekir.

**Prof. Dr. Süha TANRIVER:** Hasar tespitini düşünelim; tespit davası uygulama çok sık karıştırılıyor. Hâkimkiminleyecek? Bilirkişiyle, noter de bilirkişi marifetiyle pekâlâ bilirkişinin söylediklerini tutanağa geçebilmelidir. Takdir olgusu söz konusu... Veyahut tanık beyanlarını, sadece olanı geçirebilir, olanı, söylenenleri tespit edebilir.

**Hasan YENİ:** Almanya ve İsviçre'deki durumu, Almanya'daki tespit işlemleriyle ilgili durum noterler tarafından mı yapılıyor, mahkemeler tarafından mı yapılıyor?

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER:** Aslında mahkemeler yapıyor. Noterler tabii belli bir belge düzenleme çerçevesi içerisinde bir satım veyahut da bir şirket kuruluşuyla ilgili olarak bunu yapıyorlar. Ama onun dışında noterler bir tespit yapmaz, hayır.

Tabii, teorik olarak bunu değiştirmek bence mümkün, ama bugüne kadar bizim ülkemizde bu konuda herhangi bir tartışma da yapılmadı, yani "Noterlere ilave görevler verilsin" tartışması yapılmadı.

**Prof. Dr. Isaak MEIER:** Şimdi, İsviçre'de bu mümkün, hatta söylemiştim, bu tür tespitleri noterler evet yapabilirler. Bu enteresan bir soru sorulmuştu bununla ilgili "Sınır nerede olmalıdır, bu tespitin sınırı" denmişti. Bizim ülkemizde mahkeme-

TARTIŞMALAR

ler bir dava açılmadan önce delilleri toplarlar, ama bence burada iki kurum yan yana mevcut. Her ikisi de mümkün. Mesela, hasar tespitinde, mesela bir binada hasar tespitinde bir hâkim diyelim ki su birikmiş ve ne kadar su birikmiş temelde .... soruyor. Bunu pekâlâ bir noter yapabilir bence.

**Hasan YENİ:** Teşekkür ederim efendim.

**Yaşar ALTÜRK** (Avukat): Efendim, Avukatlık Kanunu bir kazaya uğradı Türkiye’de. Avukatlık Kanunu’nun 1999 değişikliğinde staj zorunluluğu getirilmişti, mesleğe başlarken. Aradan üç yıl geçti stajyer avukatlar uygulama dönemine geldiğinde imza kampanyası başlattılar “*Bu maddenin ertelenmesi*” diye. Sonra 6 stajyer avukat Bakanlığa gitti, TBMM koridorlarına gitti, 6 stajyer avukatın çabasıyla bu madde yürürlükten tamamen kaldırıldı. Türkiye Barolar Birliği’nin çok yoğun çabalarına, Hikmet Sami Türk hocamızın çok yoğun çıkışlarına rağmen, madde yürürlükten kalktı. Hâkimlik sınavı şu an yargıda, yönetmelik iptali boyutuyla, vesaire.

Tabii, bu tasarı çalışmalarınız da çok güzel çalışmalar. Hukuk fakültelerimizin sayısı 50’yi buldu. Avukatlık, noterlik, hâkimlik sınavı boyutuyla sınavı kimin yapacağını da dikkate alarak düzenlemek gerektiği görüşümdedir ve bir kazaya uğramaması çok önem taşıyor. Çünkü stajyerlerimiz savcıdan beraat istiyor, mahkemeden takipsizlik kararı istiyor. Bu noktadayız, vahimdir.

Saygılar sunuyorum efendim.

**Hasan YENİ:** Teşekkür ederim hocam.

**Berrin ÇINAR** (Silivri 1. Noteri): Hocam yanlış hesapladığımızı söyledi. Damgada bazı hatalı hesaplamalar oluyor, ancak bu bizim hukukçu kimliğimizde evrakı değerlendirirken-

ki farklı yorumlarımızdan kaynaklanıyor diye söyleyeyim. Ortaklık nedir, onu bilmiyorum.

Bir de sorumluluk konusuydu.

Teşekkür ediyorum.

**Hasan YENİ:** Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Süha TANRIVER:** *“Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik”* diye benim bir yazım var, uzun uzadıya bunu anlattım size. Mesela Hollanda’da bunun bir örneği var. Buradaki ortaklık ticari ortaklık değil, birlikte çalışma. Bu ortaklaşa büro biçiminde olabilir, *“Tam ortaklık”* da demiyor, *“Toplu çalışma”* da olabilir. Bu nedir? Avukatlarla bir koordinasyon, yeminli mali müşavirlerle bir koordinasyon. Benim noterlerin yanlış hesapladığı gibi bir iddiam yok. Ben de bir fahri noterim, bunu da kabul etmek lazım. Burada şey şu: Damga Vergisi Kanunu bugün içinden çıkılmaz hale gelmiştir. Noter bu işlemde ne kadar harç alacağım ne kadar vergi alacağım diye niye uğraşsın? Madem işi hukuk danışmanlığı, yönlendirme, yeminli mali müşavire bu işi havale edecek *“Kardeşim, ne kadar alınacak, sen hesapla”* Ben *“Yanlış hesaplıyorlar, bu sorumluluk doğuruyor”* anlamında söylemedim. Koordineli çalışmaya da açık olmak gerekir.

Teşekkür ederim.

**Hasan YENİ:** Teşekkür ederim.

Ben şimdi Almanya’dan ve İsviçre’den gelen konuklarımıza bir soru sormak istiyorum, bu bütün salonun ortak sorusudur diye düşünüyorum.

Noterlik Kanunu’nun 162. maddesi gereğince, *“Noterler stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar”* hükmü vardır. Bu Yar-

TARTIŞMALAR

gıtayımız ve yargı camiasında objektif, kusursuz sorumluluk şeklinde mütalaa edilmekte ve bizler çok büyük bir sorumluluk altında bulunmaktayız. Biz, bunu aşabilmek için Türkiye Noterler Birliği olarak bütün noterlerimizin mali mesuliyet sigortası diye bir sigorta yaptık. Bu sigortanın değişik kademelerine bütün arkadaşlarımız girmektedirler. Ben şimdi Almanya ve İsviçre'den gelen konuklarımıza şunu sormak istiyorum: Acaba sizde de böyle bir sorumluluk var mıdır, sizdeki bu mali mesuliyet sigortalarının kapsamı ve dereceleri nedir? Bu konuda bizi aydınlatırsanız memnun oluruz.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER:** Almanya'da da tabii ki noterlerin böyle bir sorumlulukları vardır. Eğer yanlış belgelendirme yaparsa ya da yanlış yönlendirirse aynı zamanda tazminat da öder. Tabii ki bu ancak bilinçli olarak, kasti olarak yanlış davranırsa ya da yanlış yönlendirirse bir mesleki sigorta bütün noterlerin bu sigortaya sahip olması gerekiyor. Ama kapsamının ne olduğunu bilmiyorum, bu konuda bir düzenleme var mı ondan da haberdar değilim. Fakat her noter kendisi, kendi çalışmaları çerçevesinde, onları kapsayacak genişlikte bir sigortaya başvuracaktır diye düşünüyorum.

**Prof. Dr. Isaak MEIER:** İsviçre'de serbest meslek sahibi noterler ve mesleği noterlik olanlar arasında bir ayrıma gitmemiz gerekiyor. Serbest noterlerde özel hukuk içerisinde bir sorumluluk anlaşılıyor. İhmal karşılığında, ihmal söz konusu olduğunda kusurlu davranış nedeniyle sorumlu tutulabiliyorlar. Bunlar da tabii ki mesleki teminat sigortası yaptırıyorlar. Bu her avukatın olduğu gibi, noterlerin de vardır ve bunlar da birkaç milyon franklık sigortalar oluyor. 4 milyon, 5 milyon franklık sigortalardan haberim var örneğin.

Görevi gereği mesleki olarak noter olanlarda ise bir devlet memuru gibi muamele görürler. Böyle noterlerin ihmalleri, kusurunda oluşan zararlarda kantona karşı bir kusur nede-

niyle dava açılır ve burada da kanton, eğer burada kasten bir kusur ya da ihmal görürse.

**Hasan YENİ:** Teşekkür ederim efendim.

Değerli arkadaşlarım, toplantımız burada sona erecektir. Ben, bu konuda son sözleri söylemek üzere Hakan hocama söz veriyorum.

Buyurun hocam.

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ:** Teşekkür ediyorum, değerli Başkanım.

Ben, program çok uzadığı için, kapanış konuşmasını da çarçabuk bitirmek ve bu toplantımızın da sonuna geldiğimizi size ifade etmek istiyorum. Bu gecikmenin nedeni sabah yaşadığımız elektrik kesintisi oldu.

Öncelikle, bu toplantının gerçekleşmesinde iki gün boyunca hem Türk icra iflâs hukuku ile ilgili çeşitli konuları değerlendirebilmek hem de Türkiye'deki noterlik ve yabancı ülkelerdeki noterlik konusunda çeşitli görüşleri almak için bu toplantıyı organize etmemizde bize destek olan Türkiye Noterler Birliği'ne, katıldığımız için sizlere, özellikle yabancı ülkelere gelen konuklarımıza, bize şeref veren, onurlandıran değerli Yargıtay üyelerine, meslektaşlarıma, sonsuz teşekkürler etmek istiyorum.

8. Türk Medenî Usûl Hukukçuları Toplantısı'nı da bu şekilde bitirmiş oluyoruz.

Ben, sözü Değerli Başkanuma veriyorum, ancak salonda bulunan medenî usûl hukukçularına on dakika sonra bize ait olan toplantıya katılmak üzere tekrar burada olmalarını onlardan bekliyorum, tekrar teşekkür ediyorum ve saygılar sunuyorum.

**Hasan YENİ:** Saygıdeğer konuklar, değerli meslektaşlarım; biz bu hukukçuların arasında olmaktan kıvanç duyduk.

TARTIŞMALAR

Bir nebze katkımız olmuşsa bundan bütün meslek örgütüm adına mutluluk duyacağımızı ifade etmek istiyorum.

Hocam sağ olsun bize her aşamada bu yolları açmıştır. Ben, inşallah gelecek toplantıların da böyle aydınlık ve hep birlikte geçmesini diliyorum. Hepinizi en içten saygılarımla selamlıyorum.



**30.00 TL**

Bariş Manço Caddesi 1366. Sokak No: 3 06520 Balgat / Ankara  
Tel: (+90.312) 292 59 00 (Pbx) Faks: (+90.312) 286 55 65  
web: [www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr) • e-posta: [yayin@barobirlik.org.tr](mailto:yayin@barobirlik.org.tr)