

REFORM SONRASI ALMAN MEDENÎ KANUNUNDA İMKÂNSIZLIK HÂLLERİ VE SONUÇLARI

Ar. Gör. Mehmet Serkan ERGÜNE*

I. Genel Olarak

Alman Hukukunda yeni yapılan köklü reformdan¹ sonra bütün imkânsızlık hâlleri, aralarındaki mevcut farklılıklar ortadan kaldırılarak borcun ihlâli başlığı altında BGB § 275'de bir arada düzenlenmiştir².

*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1) 26.11.2001 tarihinde yasalaşan BGB reformu, 01.01.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

2) Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında doktrinde bu hususta ortaya çıkan eleştiriler ve değerlendirmeler için bkz. Claus-Wilhelm Canaris, "Zur Bedeutung der Kategorie der Unmöglichkeit für das Recht der Leistungsstörungen", Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Herausgegeben von: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke, Tübingen 2001, s.43 vd; Jan Wilhelm, "Schuldrechtsreform 2001", Juristen Zeitung, 17/2001, s.81-869; Claus-Wilhelm Canaris, "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", Juristen Zeitung, 10/2001, s.499 vd; Barbara Grunewald, "Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und den anfänglichen Unvermögens", Juristen Zeitung, 9/2001, s.433-436; Hans Stoll, "Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen", Juristen Zeitung, 11/2001, s.589-597; Jan Wilhelm/Peter Deeg, "Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen", Juristen Zeitung, 5/2001, s.223-233; Rona Serozan, "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LVIII, Sayı: 1-2, Yıl: 2000, s.231 vd.

Türk ve İsviçre Hukuklarında olduğu gibi, eski BGB sisteminde de başlangıçtaki objektif imkânsızlık ile ifa imkânsızlığı ayrı maddeler hâlinde düzenlenmişti (§§ 275; 306). Halbuki yeni BGB § 275 hükmü ise, hem imkânsızlığın ne zaman ortaya çıktığı ile ilgilenmeksizin başlangıçtaki imkânsızlığı da kapsamına almış hem de objektif - sübjektif imkânsızlık ayırımına artık son vermiş bulunmaktadır³.

Yapılan bu yeni düzenlemeyle her ne kadar bütün imkânsızlık hâlleri BGB § 275'de düzenlenmiş olsa da, bu imkânsızlığa bağlı olarak ortaya çıkan hukukî sonuçlara diğer maddelerde yer verilmiştir. Şöyle ki BGB § 275, borçlunun, imkânsızlık dolayısıyla aslî edim borcundan kanun uyarınca kendiliğinden (ipso iure) veya defî aracı-

3) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Wolfgang Ernst), Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, 4. Auflage, München, 2003; § 275, Rdn.6-7; Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Christian Grüneberg), Band 1, §§ 1-610, Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, München 2003, § 275, Rdn.3-4; Heinrich Dörner/Ansgar Staudinger, Schuldrechtsmodernisierung, 1.Auflage, Baden-Baden 2002, s.23 vd.; Canaris, JZ, s.499-500; Lothar Haas/Dieter Medicus/Walter Rolland/Carsten Schäfer/Holger Wendtland (Medicus), Das neue Schuldrecht, München 2002, § 3, Rdn.34-36; Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Manfred Lepa/Gerhard Ring, Das neue Schuldrecht, Bonn 2002, § 2, Rdn.61; Palandt (Helmut Heinrichs), Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, 61. Auflage, München 2002; Serozan, s.240-241; Jürgen Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Köln 2002, Rdn.275-276; Horst Ehmann/Holger Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, München 2002, s.15; Dirk Olzen/Rolf Wank, Die Schuldrechtsreform, Köln 2002, Rdn.63; Martin Schwab/Carl-Heinz Witt/Daniela Mattheus, Einführung in das neue Schuldrecht, München 2002, s.78; Peter Schlechtriem, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Tübingen 2003, Rdn.278; Ingo Koller/Herbert Roth/Reinhard Zimmermann (Koller), Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, München 2002, s.50; Roland Schimmel/Dirk Buhlmann, Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht, Luchterhand 2002, s.218; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Allgemeines Schuldrecht, 29. Auflage, München 2003, § 22, Rdn.18; Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Köln 2003, Rdn.465-467; Wolfhard Kohte/Hans-W. Micklitz/Peter Rott/Klaus Tonner/Armin Willingmann, Das neue Schuldrecht, München 2003, § 275, Rdn.4.

lığı ile kurtuluşunu düzenlerken, onun imkânsızlaşan aslî ediminin yerine başka bir şey ifa etmekle yükümlü olup olmadığı hususunda, (dolaylı bir anlatım içeren 4.bendi aracılığı ile) sadece diğer maddelere gönderme yapmakla yetinmiştir (Bkz. §§ 280, 283-285, 311a, 326).

II. BGB § 275 Hükmünün Getirdiği Düzenleme

Yeni BGB sisteminde imkânsızlıkla ilgili genel nitelikteki tek hüküm olan § 275, bu hususta birbirinden farklı üç durumu öngörmüş ve bunları ayrı bentler hâlinde düzenlemiştir⁴:

1) § 275 Bent. I Düzenlemesi

§ 275 b. I'de teknik anlamda imkânsızlık hâli düzenlenmiş olup, sözleşme konusu aslî edimin borçlu tarafından yerine getirilmesi, fiilî veya hukukî nitelikteki imkânsızlıktan ötürü kesinlikle mümkün değildir⁵. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, buradaki imkânsızlığın mutlaka objektif nitelikte olmasına gerek yoktur; aslî edimin yerine getirilmesi sadece borçlu için (sübjektif) imkânsızlık teşkil etse dahi § 275 b. I uygulama alanı bulabilecektir. Yani, borçlanılan edimdeki imkânsızlığın objektif veya sübjektif nitelikte olup olmadığına ve ayrıca imkânsızlığın ortaya çıkış anına (başlangıçtaki yahut sonraki imkânsızlık olduğuna) bakılmaksızın⁶ borçlu, § 275 b. I uyarınca edimini yerine getirmekten kanun icabı kendiliğinden (ipso iure) kurtulmaktadır.

4) BGB § 275 hükmü dört bentten ibaret olup, bunlardan ilk üçü imkânsızlık hâleriyle ilgili olurken, sonuncusu imkânsızlığın sonuçlarıyla ilgili olarak diğer hükümlere yolları açan bir düzenleme niteliğindedir.

5) BGB § 275 hükmü, davranış yükümlülüklerinde, cins borçlarında ve tazminat talepleri (§ 251 b. II) ile para alacaklarında uygulama alanı bulmayacaktır. Bkz. Palandt (Heinrichs), § 275, Rdn.3; 26; Münch-KommBGB/Ernst Bd.2a, § 275, Rdn.13.

6) İfa imkânsızlığını düzenleyen eski BGB § 275 b. I hükmünden farklı olarak yeni metinde kanun koyucu, "unmöglich wird" yerine "unmöglich ist" ifadesini kullanmak suretiyle başlangıçtaki imkânsızlığı da bu hükmün kapsamına almıştır.

2) § 275 Bent II Düzenlemesi

Bu hüküm, borçlunun ediminin aslında teorik olarak imkânsız olmadığı, bununla birlikte alacaklının ifaya ilişkin çıkarı dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirildiğinde, edimin yerine getirilmesinin borçludan beklemenin makul olmadığı hâlleri düzenlemektedir. “Pratik imkânsızlık” olarak nitelendirilebilecek bu durumda, edimin ifa edilmesinden alacaklının sağlayacağı menfaat ile borçlunun bu ifa dolayısıyla katlanmak zorunda kalacağı⁷ arasında dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde bir orantısızlık⁸ bulunmaktadır. Örneğin, borç konusu yüzüğün sonradan denizin derinliklerine düşmesi hâlinde⁹, § 275 b. II borçluya edimini yerine getirmekten kaçınma hakkı tanımaktadır.

Bununla beraber belirtmek gerekir ki, borçlanılan edimin ifasında ortaya çıkan ekonomik güçlüklerin bu hüküm kapsamında değil, işlem temelinin çökmesini düzenleyen BGB § 313 çerçevesinde değerlendirilmesi ge-

7) Masrafların yanı sıra, borçlunun ifayı gerçekleştirebilmek için yapmak zorunda olacağı kişisel çaba ve eylemler de bu kapsamda değerlendirilirler. Bkz. Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn.69; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 275, Rdn.17; Schmidt-Räntsch, Rdn.287; Koller/Roth/Zimmermann (Koller), s.51-53; Looschleders, Rdn.475.

8) BGB § 275 b. II’de yer alan bu şartı, aslî edim ile karşı edim arasındaki büyük orantısızlık şeklinde anlamamak gerekir. Zaten, bu tarz sözleşmeler (karşılıklı edimleri arasında büyük orantısızlık bulunanlar), şartları gerçekleştiği takdirde ahlâka aykırılık ve gabin hâlini düzenleyen BGB § 138 uyarınca geçersizlik yaptırımıyla karşı karşıya kalabilirler. Bkz. Schimmel/Buhlmann, s.246-247.

9) Dörner/Staudinger, s.32; Schwab/Witt/Mattheus, s.94; Brox/Walker, § 22, Rdn.20; Schmidt-Räntsch, Rdn.285; Palandt (Heinrichs), § 275, Rdn.22; MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 275, Rdn.95; KommBGB/Grüneberg Bd.1, § 275, Rdn.37; Ehmann/Sutschet, s.16; Koller/Roth/Zimmermann (Koller), s.51; Michael Kittner, Schuldrecht, München 2002, Rdn.690; Schimmel/Buhlmann, s.247; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 275, Rdn.13; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn.69; Roland Schwarze, “Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungenrecht”, Jura, 2/2002, s.76; Looschleders, Rdn.474; karşı. Olzen/Wank, Rdn.114-116.

rekmedir¹⁰. Zira, § 275 b. II hükmü, borçlunun kişisel menfaatlerini kapsamı dışında tutarak, sadece alacaklının ifaya ilişkin çıkarı ile borçlunun katlanacağı fedakarlıklar arasındaki orantısızlığı dikkate almış olup, bunun ötesinde bunların borçlu bakımından çekilmez hâle gelip gelmediğiyle ilgilenmemiştir.

3) § 275 Bent III Düzenlemesi

§ 275 b. III'de yer alan bu hüküm, bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi gereken borçlara ilişkin olması ve b. II'den farklı olarak borçlunun kişisel menfaatlerini dikkate alması itibarıyla özel nitelikteki bir düzenlemedir. Zira bu hüküm sayesinde, alacaklının ifaya ilişkin çıkarının, borçlunun ifayı gerçekleştirebilmek için aşması gereken zorluklar karşısında önemsiz olduğu hâllerde, borçlu kişisel olarak yerine getirmek zorunda olduğu borçları (özellikle, iş görme sözleşmelerinde sıkça uygulama alanı bulacaktır) ifa etmekten kaçınma hakkına sahip olmaktadır. Burada da tıpkı ikinci bentte olduğu gibi, sözleşme konusu borç aslında imkânsız olmamakla beraber ifa dolayısıyla alacaklının sağlayacağı menfaat ile ifanın önündeki engeller arasında, borçludan bunlara katlanması beklenilmeyecek kadar aşırı bir orantısızlık bulunmaktadır. Örneğin, Almanya'da yaşayan ve askerlik görevi nedeniyle Türkiye'ye dönmek zorunda kalan bir Türk işçi veya çocuğu ağır şekilde hastalanan sahne sanatçısı, § 275 b. III'ün tanıdığı imkândan yararlanarak kişisel olarak yerine getirmek zorunda olduğu borçlarını ifa etmekten kaçınabileceklerdir¹¹. Örneklerden de anla-

10) Palandt (Heinrichs), § 275, Rdn.21; 24; 27; KommBGB/Grüneberg Bd.1, § 275, Rdn.17; Canaris, JZ, s.502; Schwab/Witt/Mattheus, s.94-95; Serozan, s.240; Schmidt-Räntsch, Rdn.286; Looschelders, Rdn.475; Kittner, Rdn.692; Brox/Walker, § 22, Rdn.21; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 275, Rdn.13; Schimmel/Buhlmann, s.239-247; karşı. Olzen/Wank, Rdn.120.

11) Dörner/Staudinger, s.33; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.47; MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 275, Rdn.118; Schlechtriem, Rdn.288; Schwab/Witt/Mattheus, s.96; Brox/Walker, § 22, Rdn.23; Ehmann/Sutschet, s.16; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 275, Rdn.19;

şılacağı üzere, b. III'deki bu imkânsızlık, b. II'den farklı olarak borçlunun yapacağı masraflara bağlı değildir; dürüstlük kuralından kaynaklanan hüküm özellikle de vicdanî sebeplerden ötürü aslî edimi yerine getirmekten kaçınma hakkı sağlamaktadır¹².

§ 275'in kapsamına giren hâllerde borçlu, sözleşme konusundaki imkânsızlık dolayısıyla aslî edimini yerine getirmekten kurtulabilmektedir. Ancak, madde metninden de anlaşılacağı üzere, bu sonucun doğması bakımından b. I ile b. II-III arasında önemli bir farklılık söz konusudur. Zira, b. I'de borçlanılan edim, fiilî veya hukukî sebeplerden ötürü imkânsız olduğundan, borçlunun aslî edimini yerine getirmekten kurtulması yönünde ayrıca bir şey yapmasına gerek yoktur; bu hukukî netice, zaten kanun gereği kendiliğinden doğduğundan (ipso iure) hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır.

Halbuki, b. II ve III'ün uygulama alanına giren hâllerde ise, sözleşme konusu edimin ifası her ne kadar fazla çaba ve zahmeti gerektirse de teorik olarak imkânsız olmadığından, borçlunun bundan kurtulabilmesi için kendisine tanınmış olan defi'yi ileri sürmesi gerekmektedir. Yani, b. I'den farklı olarak b. II ve III uyarınca aslî edim borcunun ifasından kaçınma kendiliğinden gerçekleşmemekte, bu hususta (aslî edimini yerine getirmekten kaçınma yönünde) borçluya bir defi hakkı tanınmış bulunmaktadır¹³.

Schmidt-Räntsch, Rdn.293; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn.71; Olzen/Wank, Rdn.137;139; Looschelders, Rdn.481.

12) Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.47; Schimmel/Buhlmann, s.249; Olzen/Wank, Rdn.135; Looschelders, Rdn.482; Schwarze, s.77; bkz. ve karşı Schmidt-Räntsch, Rdn.286; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn.71.

13) Palandt (Heinrichs), § 275, Rdn.32; Canaris, JZ, s.5001; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn. 61; Schwab/Witt/Mattheus, s.93; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.37; Brox/Walker, § 22, Rdn.18; KommBGB/Grüneberg Bd.1, § 275, Rdn.45; Schimmel/Buhlmann, s.239; Kittner, Rdn.695; Schmidt-Räntsch, Rdn. 283-284; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 275,

§ 275 b. II ve III'de yer alan bu def'i hakkı, borçluya aynı zamanda bir seçim hakkı vermektedir¹⁴. Zira borçlu dilerse, kendisine tanınmış olan def'i'yi ileri sürerek aslî edim borcunu yerine getirmekten kaçınabilir; ya da ifanın önündeki engelleri aşarak borcunu sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edebilir¹⁵. Borçlunun, § 275 b. II ve III uyarınca def'i ileri sürerek aslî edimini yerine getirmekten kaçındığı hâllerde, hiç şüphesiz ki kendisi de karşı edimi talep hakkını yitirmekte (BGB § 326 b. I) ve alacaklının bu sebeple uğradığı zararları tazmin etme yükümlülüğü doğmaktadır (BGB §§ 280, 283). Borçlu, eğer aslî edim borcundan kurtulmaya bağlı bu sonuçlardan kaçınmak istiyorsa (karşı edimi kaybetmek ve alacaklının zararını tazmin etmek), sahip olduğu seçim hakkına dayanarak kendi edimini - her ne kadar aşırı zorlukları gerektirse de - sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edebilir¹⁶.

Rdn. 2; Olzen/Wank, Rdn.67; Ehmann/Sutschet, s.132; Koller/Roth/Zimmermann (Koller), s.50 vd. BGB § 275 b. II'nin getirdiği düzenlemenin, şartları varsa hâkim tarafından re'sen dikkate alınacağı; borçlunun direnme yönündeki herhangi bir davranışının def'i olarak kabul edilebileceği şeklindeki görüş için bkz. Dörner/Staudinger, s.33-34; karşı. Palandt (Heinrichs), § 275 Rdn.32; Schimmel/Buhlmann, s.246; MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 275, Rdn.97.

- 14) MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 275, Rdn.93; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.38; Schwab/Witt/Mattheus, s.96.
- 15) Alacaklı, eğer kendi edimini daha önce ifa etmek zorunda ise, borçlunun § 275 b. II-III uyarınca def'i ileri sürerek kendi aslî ediminden kurtulması şeklinde bir riziko ile karşılaşmamak için (gerçi bu takdirde alacaklı daha önceden yerine getirmiş olduğu edimi § 326 b. IV uyarınca geri isteyebilme hakkına sahiptir), tanıyacağı uygun bir süre içerisinde § 275 b. II-III'e dayanıp dayanmayacağını bildirmesini borçludan isteyebilir. Borçlunun, verilen süre içerisinde herhangi bir açıklamada bulunmadığı hâllerde, alacaklı § 323 b. IV uyarınca sözleşmeden dönebilecektir. Bkz. MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 275, Rdn.99.
- 16) § 275 b. I'in kapsamına giren hâllerde ise, daha önceden de belirttiğimiz gibi borçlanılan edimin ifası, fiilî veya hukukî sebeplerden ötürü imkânsız olduğundan borçlunun böyle bir seçim hakkı bulunmamaktadır. Bkz. Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.40.

BGB § 275 b. II ve III'de düzenlenmiş olan bu def'i hakkının kullanımı, hiç şüphesiz ki sınırsız değildir. Zira, def'inin ileri sürülmesi, dürüstlük kuralına (BGB § 242) aykırı olamayacağı gibi; aksi yöndeki davranışlar, hâkim tarafından da re'sen dikkate alınacaktır¹⁷. Ayrıca, borçlu, aralarındaki sözleşme gereğince aşmak zorunda olduğu edim engellerine sığınarak alacaklıya karşı bir def'i ileri süremeyecektir; çünkü bunlar, borçluya § 275 anlamında aslî ediminden kurtulma yönünde def'i hakkı sağlamazlar. Yine bununla bağlantılı olarak, § 275 b. II/2'de borçlunun, edimin ifasında ortaya çıkan engelleri aşma yükümlülüğü altında olduğu da düzenlenmiştir¹⁸. Borçlunun bu edim engellerini aşmak için ne tarz bir çaba sarf etmesi gerektiğinin sınırları ve kapsamı ise, § 275 b. II/1'de yer almaktadır. Bu hükme göre, alacaklının ifaya ilişkin çıkarı ile borçlunun bu sebeple yapmak zorunda kalacağı masraflar¹⁹ arasında, borç ilişkisinin içeriğine²⁰

17) Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.39.

18) Bu hüküm, § 275 b. III'ün kapsamına giren hâllerde de geçerlidir. Bkz. Koller/Roth/Zimmermann (Koller), s.53; Schmidt-Räntsch, Rdn.291.

19) Borçlunun hesapladığı masraflar ile yapmak zorunda kaldıkları arasında bir orantısızlık söz konusu olursa, bunlar işlem temelini çökmesi (BGB § 313) çerçevesinde değerlendirilirler; dolayısıyla bu tarz bir durumda sözleşme konusundaki imkânsızlığı düzenleyen BGB § 275 uygulama alanı bulmayacaktır. Dörner/Staudinger, s.32; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.44. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, BGB § 275 b. II ve III'de yer alan imkânsızlık ile işlem temelini çökmesi teorisini (BGB § 313), aranan ölçütlerin birbirine çok yakın olması nedeniyle birbirinden kolayca ayırmak her zaman için pek mümkün değildir. Zira, her ikisinde de sözleşmede öngörülme ve borcun ifasını beklenilmez kılan bir ifa engeli söz konusu olmaktadır. Aralarındaki farklılık, hükümlerin kaleme alınış tarzlarında yatmaktadır: § 275 b. II'de alacaklının ifa menfaati ile borçlunun katlanacakları arasında büyük bir orantısızlık gerekli iken, § 313'de somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasından söz edilmektedir. § 313 b. I'de yer alan beklenilmezlik kavramı, § 275 b. III'e karşılık gelmekte ve § 275 b. II'deki orantısızlık şartı, en azından bu beklenilmezlik kavramının yakınında yer almaktadır. Aralarındaki farklılıkları tespit etmek yönündeki bu elverişsiz duruma rağmen her iki hukukî durumun sonuçları birbirinden oldukça farklıdır. Zira, § 275 b. II ve

ve dürüstlük kuralına göre aşırı bir orantısızlık bulunmamalıdır; dolayısıyla borçlu bu ölçüyü aşan orandaki zahmet ve masraflara katlanmak zorunda kalmayacak ve § 275 b. II ve III'ün kendisine tanıdığı def'i imkânından yararlanabilecektir. İfa engelinin ortaya çıkmasında borçlunun sorumlu olduğu hâllerde ise, engelin aşılması yönünde ondan beklenecek çabanın ölçüsü tabidir ki daha yüksek olacaktır²¹.

III. BGB § 275 Hükmünün Doğurduğu Sonuçlar

BGB § 275 uyarınca borçlunun kanun uyarınca kendiliğinden (ipso iure) (b. I) veya def'i aracılığı ile (b. II-III) aslî edim yükümlülüğünden kurtulduğu hâllerde, aşağıda yer alan ikincil nitelikteki sonuçlar meydana gelir:

III'de, edimi ifa etmek veya ondan kurtulmak için def'i ileri sürmek arasında bir seçim yapılırken, § 313'de sözleşmenin değişen durumlara uyarlanması amaçlanmaktadır. Bu uyarlama ise olayların büyük bir çoğunluğunda, borçlunun ediminin indirilmesi veya karşı edimin artırılması (gerektiğinde § 313 b. III uyarınca sözleşmesel ilişkinin sona erdirilmesi) şeklinde gerçekleşecektir. Sözleşmenin bu şekilde uyarlanmasının mantıklı ve yararlı olduğu hâllerde, BGB § 313'ün öncelikle hesaba katılması gerektiği yolundaki görüş için bkz. Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.51-52; bununla birlikte § 275'e öncelik tanıyan aksi yöndeki görüş için bkz. Schlechtriem, Rdn.286; Olzen/Wank, Rdn.67; 129; Ehmann/Sutschet, s.54; 184; Schwab/Witt/Mattheus, s.95; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn.72; Koller/Roth/Zimmermann (Koller), s.52. § 275 b. II hükmüne öncelik tanınmasının sonuç itibariyle değişikliğe yol açmayacağı şeklindeki farklı bir görüş için bkz. Palandt (Heinrichs), § 275, Rdn.29. Bu hususta bkz. ve karşı. MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 275, Rdn.19-24; Serozan, s.240.

20) Örneğin, batmış bir gemiyi tekrar su yüzüne çıkarmayı taahhüt eden borçlu, bu yolda ortaya çıkacak edim engellerini aşmak zorundadır; buna karşılık borçlu, bir makinenin deniz yoluyla taşımacılığını üstlenmişse ve bu taşıma sırasında gemi batmışsa, artık söz konusu gemi ve makineyi neden olabilecekleri aşırı masraflardan ötürü denizden tekrar çıkarmak zorunda kalmayacaktır. Bkz. Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.45.

21) Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.43; Schimmel/Buhlmann, s.248; Schmidt-Räntschi, Rdn.289.

- a. İfanın yerine tazminat ödeme sorumluluğu (BGB §§ 280, 283),
- b. bu tazminat yerine alacaklının boşa çıkan masraflarını tazmin etme yükümlülüğü (BGB § 284),
- c. imkânsızlıktan ötürü borçlunun sorumlu olup olmamasından bağımsız olarak, imkânsızlaşan edimin yerine borçlunun üçüncü şahıslardan elde etmiş olduğu tazminat ya da tazminat taleplerinin alacaklıya devredilmesi (BGB § 285).

Öncelikle hemen belirtmek gerekir ki, bu talep haklarından “a” ve “b” seçenekleri, birbirlerinin alternatifi olacak şekilde seçimlik hak olarak düzenlenmiş olup; alacaklı tarafından aynı anda birlikte (kümülatif olarak) ileri sürülemeyeceklerdir²².

BGB §§ 280²³, 283 gereğince ifa yerine istenebilecek tazminat talebi, alacaklının müspet zararını karşılamaktadır²⁴. Alacaklının, bu tazminat talebi için BGB § 281'den

-
- 22) Edimin bölünebildiği hâllerde, alacaklı, imkânsız hâle gelen edimin bir kısmı için § 283 uyarınca ifa yerine tazminat diğer kısmı için ise, § 284 gereğince masraflarının karşılanması talebinde bulunabilecektir. Bkz. MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 284, Rdn.32.
 - 23) § 280 düzenlemesi, borç ihlâllerinde istenebilecek tazminat talepleri bakımından yeni BGB sisteminin temel nitelikteki hükümdür.
 - 24) Tazminat talebinin hesaplanması konusunda fark ve değişim teorilerinin her ikisi de uygulama alanı bulabilecektir. Halbuki, eski BGB sisteminde, alacaklının kendi edimini daha önceden yerine getirdiği hâllerde, sadece değişim teorisi uygulama alanı bulabilmekteydi. Çünkü, fark teorisi, daha önceden yerine getirilen bu edimlerin tekrar iade edilmesini öngördüğünden, alacaklının sözleşmeden dönme zorunluluğu ortaya çıkmaktaydı. Sözleşmeden dönmeye birlikte müspet zarar talebinde bulunmak ise caiz değildi; alacaklı ancak edimini henüz ifa etmediği durumlarda, tazminatın değişim teorisine göre hesaplanmasını talep edebilmekteydi. Yeni BGB § 325'de yer alan sözleşmeden dönmenin tazminat taleplerine engel olmayacağı şeklindeki düzenleme sayesinde alacaklı, artık müspet zararının fark ya da değişim teorisine göre hesaplanması hususunda bir seçim hakkına sahiptir. Ayrıca, § 326 b. IV, daha önceden yerine getirilen edimler bakımından iade talebi hakkına da yer vermektedir. Bu-

farklı olarak borçluya herhangi bir şekilde mehil tayin etmesine gerek yoktur; zira § 283/2 hükmü, ifa yerine istenecek tazminatlarda mehil tayin edilmesini düzenleyen § 281 b. I/1 hükmüne atıf yapmamıştır. Zaten, edimin ifasının imkânsız olduğu bu ihtimalde, tazminat isteye-bilmek için ayrıca mehil tayin edilmesini aramak anlamsız olacaktır²⁵.

Aşağıda da belirteceğimiz üzere, başlangıçtaki imkânsızlıktan kaynaklanan tazminat talebi, kanun koyucu tarafından § 311a b. II hükmünde ayrıca düzenlenmiş olduğundan, § 283'de öngörülen bu tazminat talebi sadece sonraki imkânsızlık hâllerine ilişkindir.

BGB § 275 uyarınca bir kısmî imkânsızlığın söz konusu olduğu hâllerde ise²⁶, borçlu sadece ediminin imkânsız

runla birlikte, § 326 b. I/1 uyarınca alacaklının karşı ediminin düşüyor olmasının, değişim teorisinin uygulanmasına engel olmadığını da belirtmek gerekir. Zira, bu hükümden çıkan sonuç, borçlunun karşı edimi talep yetkisini kaybettiği ama alacaklının isterse hâlâ ifa etmeye yetkili olduğudur. Bkz. Schwab/Witt/Mattheus, s.85; Serozan, s.237; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 283, Rdn.7-9; Looschelders, Rdn.672; Brox/Walker, § 22, Rdn.58-60; KommBGB/Grüneberg Bd.1, § 283, Rdn.6; sadece fark teorisinin uygulama alanı bulabileceği yönündeki aksi görüş için bkz. Schwarze, s.82; § 326 b. I uyarınca kendiliğinden düşen karşı edim nedeniyle değişim teorisinin uygulanmayacağını belirtmekle beraber, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık hâllerinde bu sonucun adil olmayacağı ve bu sebeple yapılacak amaçsal bir yorumla alacaklıya kendi edimini ifa etmek hususunda karar verme yetkisinin (karşı edimin ipso iure düşmesi yerine) tanınarak, tazminatın değişim teorisine göre hesaplanabileceği yönündeki görüş için bkz. MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 326, Rdn.13-14 bkz. ve karşı. Palandt (Heinrichs), § 281, Rdn.19-22.

25) Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.57.

26) BGB § 275, bu ayrıntılı düzenlemesine rağmen eski BGB § 308'ün farklı olarak geçici imkânsızlık hâlini kapsamı dışında tutarak konunun çözümünü uygulama ve teoriye bırakmıştır. Geçici imkânsızlığın olduğu olayların büyük bir çoğunluğunda, alacaklı ifanın mümkün hâle gelmesini beklemek istemiyorsa, borçluya vereceği mehilin sonunda ifadan vazgeçerek tazminat talep edebileceği gibi sözleşmeden de dönebilir. Bkz. Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.49;

olan kısmını yerine getirmekten kurtulur²⁷; buna bağlı olarak alacaklının karşı edimi de ayıplı ifa hâlinde semenin indirilmesini öngören § 441 b. III uyarınca²⁸ kendiliğinden indirimine tâbi tutulur²⁹ (§ 326 b. I/1). Borçlu, ediminin geri kalanından³⁰ hâlâ sorumlu olmaya devam ettiği

Schwab/Witt/Mattheus, s.114; Schmidt-Räntsch, Rdn.280; Olzen/Wank, Rdn.102. Geçici imkânsızlığın sürekli nitelik taşıyacağı ortaya çıktığı takdirde, borçlu ve alacaklının edimleri karşılıklı olarak sona ererler (§§ 275 b. I-III, 326 b. I); alacaklı, mehil tayin etmesine gerek olmaksızın imkânsızlığın çıkış anına göre §§ 280, 283 (sonraki imkânsızlık) veya § 311a b. II (başlangıçtaki imkânsızlık) hükümleri çerçevesinde tazminat talep edebileceği gibi sözleşmeden de dönebilir. İmkânsızlığın sadece geçici nitelikte olduğu hâllerde ise, § 286 anlamında borçlu temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Geçici imkânsızlık hususundaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Eberhard Wieser, "Schuldrechtsreform-Die Unmöglichkeit der Leistung nach neuem Recht", Monatsschrift für Deutsches Recht, 15/2002, s.861-862; Ehmann/Sutschet, s.55-59; MünchKommBGB/Ernst Bd. 2a, § 275, Rdn.132-150; 311a, Rdn.94-100; Palandt (Heinrichs), § 275, Rdn.11-12; KommBGB/Grüneberg Bd.1, § 275, Rdn.23.

- 27) Borçlunun aslî ediminin bölünebilir nitelikte olmadığı durumlarda, kısmî imkânsızlık, edimin tamamı imkânsızlaşmış gibi sonuçlar doğurur. Bkz. KommBGB/Grüneberg Bd.1, § 275, Rdn.32.
- 28) Alacaklının karşı edimi bölünebilir nitelikte değilse, § 441 b. III hükmü tabidir ki uygulama alanı bulmayacaktır. Borçlu imkânsızlıktan ötürü sorumlu olduğu takdirde, karşı edimin bölünemiyor olması herhangi bir sorun doğurmayacaktır. Zira, aslî edimin imkânsızlaşan kısmının yerine geçen küçük tazminat talebi bu denkleştirmeyi sağlamaktadır. Alacaklının, § 283/2, 281 b. I/2-3 çerçevesinde büyük tazminat talep ettiği hâllerde ise, kendi karşı ediminin tamamını yerine getirip getirmemek, tazminatın hesaplanmasında başvuracağı yönetime göre (fark ya da değişim teorisine göre) değişiklik arz edecektir. Borçlu kısmî imkânsızlıktan sorumlu tutulamıyorsa, ediminin imkânsızlaşan kısmının değerini, denkleştirmeyi sağlamak üzere alacaklıya parasal olarak ifa etmelidir; meğer ki, alacaklı herhangi bir menfaatinin kalmadığı gerekçesiyle § 323 b. V'e dayanarak sözleşmeden dönmüş olsun. Bkz. KommBGB/Grothe, Bd.1, § 326, Rdn.32; MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 326, Rdn.28-30.
- 29) Borçlunun sorumlu olduğu kısmî imkânsızlıkta, tazminat talebinin hesaplanması bağlamında alacaklıya kendi ediminin tamamını ifa etme yetkisi verilmesi gerektiği yolundaki görüş için bkz. MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 326, Rdn.15-16; 26.
- 30) Kısmî, imkânsızlığın mevcut olduğu durumlarda, borçlunun

için alacaklı, sadece ifası imkânsızlaşan kısım için tazminat talep edebilecektir (§§ 280 b. I, III; 283). Bununla birlikte, alacaklı, edimin geri kalan kısmına ilişkin herhangi bir menfaatinin kalmaması şartıyla, edimin tamamı imkânsızlaşmış gibi ifadan vazgeçerek § 281 b. I/2-3 uyarınca tazminat talep edebilir veya BGB § 323 b. V/1'e dayanarak sözleşmeden dönebilir³¹. Sözleşmeden dönmeyenin yanı sıra alacaklının, ifanın yerine tazminat talep ettiği hâllerde de (§ 281 b. I/2-3), borçlu daha önceden yerine getirmiş olduğu edimin sözleşmeden dönmeye ilişkin hükümler (BGB §§ 346-348) uyarınca iade edilmesini isteyebilme hakkına sahiptir (§ 281 b. V).

Alacaklı, ifadan vazgeçerek müspet zararının §§ 280, 283 hükümleri uyarınca karşılanması yerine, borçlunun davranışları neticesinde boşa çıkan masraflarının BGB § 284'e dayanarak tazmin edilmesini de isteyebilir³². § 284 gereğince tazminat talep edilebilmesi için öncelikle, alacaklının bu masrafları ifanın gerçekleşeceğine güvenerek ve hakkaniyete³³ uygun bir biçimde yapmış olması gere-

kısmî ifade bulunmaya yetkili olmadığını belirten § 266 hükmü uygulama alanı bulmaz.

- 31) § 323 hükmü, verilen mehile rağmen ifanın hiç ya da gereği gibi yapılmaması nedeniyle sözleşmeden dönmeye ilişkin olsa da, kısmî imkânsızlık hâlinde de uygulama alanı bulur. Zira, borçlunun sorumlu olduğu kısmî imkânsızlık hâlinde, alacaklının daha az haklara sahip olmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Bkz. MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 326, Rdn.23; 27. Kısmî imkânsızlık hâlinde, alacaklının sözleşmeden dönmek için dayanaabileceği bir diğer hükmün BGB § 326 b. V olduğunu da gözden kaçırmamak gerekir. Bkz. Dörner/Staudinger, s.37.
- 32) BGB § 284'de düzenlenmiş olan bu tazminat talebinin hukukî niteliği hususundaki açıklamalar için bkz. MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 284, Rdn.6; Serozan, s.236-237. § 284'deki boşa çıkan masrafların tazmini talebinin, müspet tazminatın yerine istenebileceği gerekçesiyle, alacaklının tazminat talebinin menfi zarara yönelik olduğu hâllerde, § 284 hükmünün uygulama alanı bulamayacağı yönündeki görüş için bkz. KommBGB/Grüneberg Bd.1, § 284, Rdn.4.
- 33) § 284'de öngörülmüş olan bu hakkaniyet şartı, masrafların tazmin edilebilirliği açısından hâkim tarafından re'sen dikkate alınır. Bkz. MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 284, Rdn.21.

kir³⁴; dolayısıyla alacaklı, yapmış olduğu çok yüksek tutarlı masrafların karşılanmasını talep edemeyecektir³⁵; ancak önemle vurgulanmalıdır ki, bu tazminat talebi pozitif zarar miktarıyla da sınırlanmış değildir. Bu tazminat talebinin bir diğer şartı ise, yapılan masrafların amacına ulaşamaması ile borçlunun imkânsızlığa neden olan davranışları arasında illiyet bağı bulunmalıdır; yani eğer borçlunun bu tarzdaki davranışları olmasaydı bile söz konusu masraflar yine de amacına ulaşamayacak idiyse, alacaklının bunlar bakımından § 284 çerçevesinde herhangi bir talep hakkı söz konusu olmayacaktır³⁶. Örneğin, bar işletme amacıyla kiralanmış bir yerde yapılan döşeme masrafları, o yer zaten çalışma izni alacak nitelikte değilse istenemeyecektir; zira, borçlunun ihlâlâ yönelik davranışları ile bunların sonuçsuz kalması arasında herhangi bir illiyet bağı yoktur³⁷.

Belirtmek gerekir ki, alacaklının, §§ 280, 283 uyarınca ifa yerine tazminat veya yapmış olduğu masrafların § 284'e dayanarak tazminini isteyebilmesi için, borçlunun bu imkânsızlıktan ötürü sorumlu olması gerekmektedir³⁸ (BGB §§ 276, 278). Buradaki ispat yükü, sözleşmesel ilişkilerden kaynaklanan tazminat taleplerindeki genel

34) Kısmî imkânsızlık hâlinde ise, alacaklı ancak ifa edilmeyen kısım için yapmış olduğu masrafların tazmin edilmesini isteyebilecektir. Bkz. Palandt (Heinrichs), § 284, Rdn.5.

35) Somut olayda hangi masrafların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yönünde yapılacak tespitlerde, alacaklının müterafik kusurunu düzenleyen BGB § 254 hükmünün kıyasen uygulanmasını öneren görüş için bkz. Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.59.

36) Alacaklı, sözleşmenin kurulmasından önce yapmış olduğu masrafları da § 284'deki şartlar çerçevesinde talep edebilecektir. Bkz. MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 284, Rdn.19. Bununla birlikte, daha iyi şartlar altında sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından kaynaklanan zararlar, § 284 kapsamında tazmin edilebilecek bir masraf türü değildir.

37) Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.59.

38) Benzer bir düzenleme, başlangıçtaki imkânsızlık hâlinde alacaklının tazminat talebini düzenleyen BGB § 311a b. II/2'de de yer almaktadır.

kurala da uygun olacak şekilde BGB § 280 b. I/2 gereğince borçluya aittir (kusur karinesi); yani alacaklının bu tarz tazminat taleplerine muhatap olmak istemeyen borçlu, bu borç ihlâlinden ötürü kendisinin sorumlu tutulamayacağını ispat etmek zorundadır³⁹.

Tıpkı eski BGB § 281'de olduğu gibi yeni BGB § 285 hükmünde de, borçlunun aslî ediminin ifasından § 275 uyarınca imkansız dolayısıyla kurtulduğu hâllerde (kanun uyarınca kendiliğinden veya defî aracılığıyla) onun üçüncü şahıslardan elde ettiği tazminat ya da tazminat talebi gibi kaim değerlerin (surrogatların)⁴⁰, alacaklı tarafından kendisine devredilmesinin talep edilebileceği de öngörülmüştür⁴¹. Bu takdirde, alacaklı kendisine düşen karşı edimi yerine getirmek zorundadır; çünkü devri talep edilen kaim değerler (surrogatlar)⁴² aslî edimin ifasının

39) Tabii öncelikle alacaklının, borçlanılan edimin ifasının § 275 b. I-III anlamında imkânsız olduğunu ispatlaması gerekir. Alacaklı, eğer bu ispat yükümlülüğünü yerine getiremez ise, tazminat talepleri için § 281 çerçevesinde hareket ederek borçluya mehil vermek zorundadır.

40) Kaim değer (Stellvertretendes commodum) yanı sıra borçlunun sözleşme konusu malı üçüncü şahsa satıp devrettiği hâllerde, satım bedeli de (commodum ex negotiatione) alacaklı tarafından § 285 çerçevesinde istenebilecektir. Bkz. Serozan, s.238; Looschelders, Rdn. 688; Palandt (Heinrichs), § 285, Rdn.7; Brox/Walker, § 22, Rdn. 27; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.63. Hatta, commodum ex negotiatione'nin kanunen yasaklanmış bir işleminden doğması da varılan sonucu değiştirmeyecektir. Bkz. KommBGB/Grüneberg Bd.1, § 285, Rdn.10; MünchKommBGB/Volker Emmerich Bd.2a, § 285, Rdn.20. Buna karşılık üçüncü şahıslardan elde edilen bağışlamalar ise, § 285'in kapsamına girmezler. Bkz. Palandt (Heinrichs), § 285, Rdn.7; MünchKommBGB/Emmerich Bd.2a, § 285, Rdn.18; KommBGB/Grüneberg Bd.1, § 285, Rdn.9.

41) § 285'deki bu talep hakkı, kaim değerlerden (surrogat) elde edilen yararlanmaları da (örneğin, faizleri) kapsar. Bununla birlikte borçlu, kaim değerler için yaptığı masrafları, alacaklıya devredilecek bedelden indirme hakkına sahiptir. Bkz. MünchKommBGB/Emmerich Bd.2a, § 285, Rdn.28; KommBGB/Grüneberg Bd.1, § 285, Rdn.14.

42) § 285'deki talep hakkına konu olan kaim değerlerin alacaklıya devri, borçlunun sorumlu olduğu bir sebepten dolayı imkânsızlaşırsa, borçlu bunların değerini alacaklıya tazmin etmek zo-

yerine geçmektedir (§ 326 b. III/1). Bununla birlikte eğer devredilen tazminat ya da tazminat talebinin değeri borçlanılan aslî ediminkinden daha düşük olursa, alacaklının ifa etmekle yükümlü olduğu karşı edim, § 441 b. III uyarınca indirime tâbi tutulur (§ 326 b. III/2)⁴³. § 285 düzenlemesi, tazminat yerine bir denkleştirme hükmü olduğundan⁴⁴, alacaklının kaim değerlerin kendisine devredilmesini talep etmesi onun ayrıca tazminat talebinde bulunmasına engel değildir⁴⁵. Ancak, bu takdirde tazminat talebi, menfaatlerin denkleştirilmesi ilkesi gereğince elde edilen kaim değerler oranında indirilecektir (§ 285 b. II).

runda kalacaktır. Bkz. MünchKommBGB/Emmerich Bd. 2a, § 285, Rdn.29; KommBGB/Grüneberg Bd.1, § 285, Rdn. 15.

- 43) § 326 b. III/2'nin metninden de anlaşılacağı üzere, devri talep edilen surrogatların değerinin borçlanılan aslî edimden daha yüksek olduğu hâllerde, karşı edimin durumuna dair herhangi bir düzenleme (örneğin, karşı edimin de bu oranda yükselmesi şeklinde) bulunmamaktadır. Bu sebeptir ki, surrogatın değeri daha yüksek olduğu takdirde borçlu, alacaklının § 285'in tanıdığı imkândan yararlanmasını engellemek amacıyla olayların büyük bir çoğunluğunda § 275 b. II-III uyarınca def'i ileri sürmekten kaçınma yoluna başvuracaktır. Bu hususta bkz. Schwab/Witt/Mattheus, s.97; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 285, Rdn.5; MünchKommBGB/Emmerich Bd.2a, § 285, Rdn.16; Serozan, s.241.
- 44) Palandt (Heinrichs), § 285, Rdn.9; MünchKommBGB/Emmerich Bd.2a, § 285, Rdn.1-2; 27; Looschelders, Rdn.683; KommBGB/Grüneberg Bd.1, § 285, Rdn.13.
- 45) Alacaklı, § 285 çerçevesinde kaim değerlerin kendisine devrini talep ettiği takdirde, § 284'e dayanarak ayrıca masrafların tazmin edilmesini de isteyemeyecektir; zira, § 285'den kaynaklanan kaim değerlerin devri talebi, edimlerin karşılıklı değişimi düşüncesine dayanırken, § 284'deki masrafların tazmini talebi, aslî edimin imkânsızlık nedeniyle ifa edilmemiş olması düşüncesine dayanmaktadır. Buna karşın sözleşmeden dönme hâlinde ise, ifa yerine tazminat talep edebilme hakkı § 325 gereğince yitirilmediği için, alacaklı § 285 uyarınca kaim değerlerin kendisine devredilmesini de talep edebilecektir. Çünkü, § 285 b. II'den anlaşılacağı üzere, ifa yerine tazminat talebinin ileri sürülebildiği hâllerde, kaim değerlerin devri de talep edilebilmektedir. Bkz. Schwarze, s.83. Bu ihtimalde, tazminatın hesaplanmasında ortaya çıkan sorunlar için bkz. MünchKomm- BGB/Ernst Bd.2a, § 326, Rdn. 95-98.

§ 285'de öngörülen ve aynı nitelikte olmayıp sadece borçlar hukuku hükümlerine tâbi olan bu talep hakkının ileri sürülmesi⁴⁶, §§ 280, 283 ve 284'de düzenlenmiş olan tazminat taleplerinden farklı olarak borçlunun imkânsızlıktan ötürü sorumlu olması şartına bağlı değildir; hatta imkânsızlıktan dolayı alacaklı sorumlu olsa bile § 285 hükmü yine de uygulama alanı bulur⁴⁷.

IV. Başlangıçtaki İmkânsızlık

Eski BGB §§ 306-309 hükümlerine göre başlangıçtaki objektif imkânsızlık ya da hukuka aykırılık hâllerinde, sözleşme geçersiz olmakta ve bu geçersizliği bilen veya bilmesi gereken taraf, diğerinin sözleşmeye güvenden kaynaklanan menfi zararlarını tazmin etmek zorundaydı. Başlangıçtaki subjektif imkânsızlıkta ise, sözleşme geçerli olarak kabul edilmekte ve alacaklı, ifa edilmemeden kaynaklanan müspet zararının tazminini isteyebilmekteydi. Bu hukukî durum, yapılan son yeniliklerden sonra esaslı bir biçimde değiştirilmiştir. Zira, yeni BGB § 311a b. I'e göre, daha sözleşmenin kurulduğu andan beri mevcut bulunan bir imkânsızlık sebebinden ötürü, borçlunun § 275 b. I-III uyarınca aslî edimini yerine getirmek zorunda olmaması, sözleşmenin geçerliliğini etkilememektedir⁴⁸; bir başka deyişle başlangıçtaki imkânsızlık artık bir butlan sebebi olmaktan çıkarılmıştır. Sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunu öngören bu yeni düzenleme, daha

46) § 285 hükmünün uygulanması kendiliğinden gerçekleşmeyip, alacaklının bu yönde bir talepte bulunması şartına bağlı olduğundan, borçlunun kaim değerleri konu edinen daha önceki tarihli ifa teklifleri alacaklıyı temerrüde düşürmekte yeterli olmayacaklardır. Bkz. KommBGB/Grüneberg Bd. 1, § 285, Rdn. 13.

47) Borçlu, § 285'den doğan hakkını kullanıp kullanmayacağını bildirmesi yönünde alacaklıya uygun bir süre tanıyabilir. Alacaklı, bu süre sonunda herhangi bir bildirimde bulunmazsa, borçlunun sorumluluğu hafifleyecektir; zira, artık elde ettiği kaim değer miktarınca değil, elinde kalan miktar uyarınca alacaklıya karşı sorumlu olacaktır. Bkz. MünchKommBGB/Emmerich Bd. 2a, § 285, Rdn. 31.

48) İmkânsızlıktan farklı olarak hukuka aykırı sözleşmeler, eski BGB sisteminde (§ 309) olduğu gibi hâlâ geçersiz olarak kabul edilmişlerdir (§ 134).

önceden de belirttiğimiz üzere artık bütün objektif ve sübjektif imkânsızlık hâllerini de kapsamına almaktadır.

§ 275 hükmü uyarınca borçlunun aslî edimini yerine getirmekten kurtulduğu ve buna bağlı olarak da karşı edimi talep hakkını yitirdiği bu yeni sistemde, sözleşmenin geçerli olarak ayakta tutulması, aslî edimin yerine geçen ikincil nitelikteki yükümlülükler (tazminat talepleri) ile yan borçlar (sözleşmenin yol açtığı koruma mükellefiyeti) bakımından önem arz etmektedir⁴⁹.

Başlangıçtaki imkânsızlığın söz konusu olduğu hâllerde, alacaklı § 311a b. II'ye göre tazminat talep etme hakkına sahiptir. Dikkat edileceği üzere, başlangıçtaki imkânsızlığa dayanan tazminat talebi, borca aykırılıktan kaynaklanan tazminat taleplerinin temel nitelikteki hükmü olan § 280'den bağımsız olarak ayrıca düzenlenmiştir. Çünkü, § 311a b. II'deki sorumluluk (Das Vertretenmüssen), sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğünün ihlâline (aslî edimin yerine getirilebilirliği hakkında), yani culpa in contrahendo ilkesine dayanırken⁵⁰, § 280'de düzenlenmiş olan tazminat talebi, ifa konusu şeye ilişkin olan borca aykırılıklarla ilgilidir⁵¹.

49) Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn.85; Koller/Roth/Zimmermann (Koller), s.45; Canaris, JZ, s.506; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.66; Palandt (Heinrichs), § 311a, Rdn.5; Schmidt-Räntsch, Rdn.422; Brox/Walker, § 22, Rdn.11.

50) Palandt (Heinrichs), § 311a, Rdn.13; Canaris, JZ, s.519-520; Schwarze, s.81; Serozan, s.242; bu tazminat talebini, pacta sunt servanda ilkesine dayandıran görüş için bkz. Schwab/Witt/Mattheus, s.89-90; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 311a, Rdn.2.

51) KommBGB/Markus Gehrlein, Bd.1, § 311a, Rdn.5; Dörner/Staudinger, s.35; Palandt (Heinrichs), § 311a, Rdn.6; Schwab/Witt/Mattheus, s.89-90; Olzen/Wank, Rdn.85; Schmidt-Räntsch, Rdn.430; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn.86-87; MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 311a, Rdn.4; Brox/Walker, § 22, Rdn.67; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 311a, Rdn.2; Schimmel/Buhlmann, s.219; 250-251; Canaris, JZ, s.507-508; Looschelders, Rdn.648; 656-657. Belirtmek gerekir ki, bu iki hükmün (§§ 280 ile 311a b. II), kapsamına giren hâller bakımından olmasa da sonuçları iti-

Bu hüküm de, tıpkı § 275'in doğurduğu sonuçlarda olduğu gibi tazminat talebi bakımından alacaklıya bir seçim hakkı vermektedir⁵²; alacaklı ya ifanın yerine uğramış olduğu müspet zararlarının⁵³ tazmin edilmesini (§ 280 b. I/1) ya da borçlunun imkânsızlığa neden olan davranışları yüzünden boşa çıkan masraflarının § 284 uyarınca karşılanmasını isteyebilmektedir⁵⁴.

Alacaklının § 311a b. II uyarınca tazminat talep edebilmesi için, borçlunun sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olan ifa engelini bilmesi veya bilmemesinden ötürü sorumlu tutulabilmesi gerekmektedir⁵⁵. Burada da is-

barıyla birbirleriyle benzerlikler göstermesi nedeniyle tazminatın hesaplanmasında fark ya da değişim teorileri burada da uygulama alanı bulabilecektir.

- 52) Her ne kadar § 311a b. II'de açıkça belirtilmemişse de alacaklı, § 285 uyarınca kaim değerlerin kendisine devredilmesini de talep edebilecektir. Bkz. Schwab/Witt/Mattheus, s.93; 97; Palandt (Heinrichs), § 311a, Rdn.12-13; MünchKommBGB/Emmerich Bd.2a, § 285, Rdn.3; 14.
- 53) Burada sadece menfi zarar istenebilecekken, § 311a b. II'nin müspet zararın tazminine olanak tanınmasının, aslında dogmatik açıdan sorunlar çıkardığı, bu yeni hukukî durumun, öncelikle sözleşmenin § 311a b. I uyarınca geçerli olmasından ya da bunun istisnai bir hâl olarak kabulünden kaynaklandığı yönündeki açıklamalar için bkz. Palandt (Heinrichs), § 311a, Rdn.7; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.70; Schimmel/Buhlmann, s.251; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 311a, Rdn.11; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn.88; Schmidt-Räntsch, Rdn.425-426; 429; Ehmann/Sutschet, s.122-123; 126; Richard Motsch, "Risikovertelung im allgemeinen Leistungsstörungsrecht", Juristen Zeitung, 9/2001, s.430; karşı. Schwarze, s.80-81.
- 54) Objektif olarak imkânsız edimin piyasa değerinin bulunmadığı hâllerde, müspet zararın tazmini talebinin, neden olacağı hesaplama zorluklarından ötürü reddedilerek, alacaklıya sadece BGB § 284'e göre masraflarının karşılanması yönünde bir talep hakkının tanınması gerektiğini ileri süren görüş için bkz. Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.67.
- 55) Temsilci aracılığı ile yapılan sözleşmelerde, bu şartların temsilci bakımından gerçekleşmesi yeterlidir (BGB § 166); borçlu sözleşmeyi bizzat kendisi yapmakla beraber ifa edebilme yeteneğinin kontrolünü bir üçüncü şahsa (ifa yardımcısına) bırakmışsa BGB § 278 hükmü uygulama alanı bulacak ve bu şartların ifa yardımcısının nezdinde gerçekleşmesi borçlunun sorumlu tutulabilmesi açısından yeterli olacaktır.

pat yükü borçluya düşmektedir; yani alacaklının tazminat talebinden kurtulmak isteyen borçlu, söz konusu ifa engelini bilmediğini ve bilmemesinden ötürü sorumlu olmadığını ispatlamak zorundadır⁵⁶; meğer ki borçlu sözleşme ile ayrıca garanti sorumluluğu üstlenmiş olsun (§ 276). Sözleşme öncesi soruşturma ve bilgi verme yükümlülüğüne dayanan bu sorumluluğun sınırları, kesin çizgilerle belirli olmayıp her somut olayda sözleşme konusunun değerine, borçlunun hâkimiyet sahasında gerçek-

56) Borçlu, § 275'in kapsamına giren hâllerde, ediminin yerine getirilebilirliği hususunda yanılığa düştüğü gerekçesiyle § 119 uyarınca sözleşmeyi iptal etme hakkına sahip değildir. Zira, aksine bir kabul tarzında, borçlu § 122 gereğince sadece menfi zararları karşılamakla sorumlu olacağından, alacaklının müspet zararlarının tazmin edilmesini istemek yönündeki talep hakkı elinden alınmış olacaktır. Bkz. Canaris, s.61-64; Canaris, JZ, s.506; Dörner/Staudinger, s.36; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn.89; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 311a, Rdn.13; MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 311a, Rdn.41; Schmidt-Räntsch, Rdn.424; Ehmann/Sutschet, s.126; Looschelders, Rdn.651; (Dauner-Lieb), § 2, Rdn.89; karşı. Palandt (Heinrichs), § 311a, Rdn.14; Schlechtriem, Rdn.352; KommBGB/Gehrlein, Bd.1, § 311a, Rdn.4. Bununla beraber, Alman Literatürü, BGB § 122'nin bazı durumlarda kıyas yoluyla uygulanmasını da önermektedir. Şöyle ki § 122, tazminat sorumluluğu bakımından borçlunun yanıldığı hususta bir kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında herhangi bir ayırım gözetmemişken, § 311a b. II/2, borçlunun kusurunun olmadığı yanılığın (edimin imkânsızlığına ilişkin) hâllerinde, karşı tarafın güven (menfi) zararlarının dahi karşılanmasını öngörmemiştir. Ortaya çıkan bu çelişkinin, § 311a b. II'nin kapsamına giren olaylarda, menfi zararı düzenleyen § 122'nin kıyasen uygulanmasıyla giderilmesi önerilmektedir. Bkz. Canaris, s.64-65; Canaris, JZ, s.507; Dörner/Staudinger, s.36. Buna karşılık bazı yazarlar ise, alacaklının § 284 bağlamındaki masraflarının tazminini öngören § 311a b. II'deki düzenlemenin, § 122'deki menfi zarar talebinden zaten farklı olmadığı gerekçesiyle § 122 hükmünün kıyasen uygulanmasına karşı çıkmaktadırlar. Bkz. Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn. 91; Schwab/Witt/Matheus, s.92; Ehmann/Sutschet, s.126; Schmidt-Räntsch, Rdn.431; Looschelders, Rdn.665; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 311a, Rdn.14. Borçluya, § 119 uyarınca hata sebebiyle sözleşmeyi iptal hakkı verilmemesine rağmen, onu § 122 uyarınca tazminatla sorumlu tutmanın çelişkili olacağı yolunda bkz. Palandt (Heinrichs), § 311a, Rdn.14.

leşip gerçekleşmediğine ve mevcut olan rizikonun boyutlarına göre değişiklikler gösterecektir⁵⁷.

Eski BGB § 307 b. I/2'den farklı olarak, yeni § 311 a hükmünde benzer bir düzenleme yer almadığından, tazminat talebi hakkı, karşı tarafın imkânsızlığı bildiği veya bilmesinin gerektiği hâllerde artık kayıtsız-şartsız olarak sona ermemektedir⁵⁸. Her iki tarafın da kusurunun bulunduğu durumlarda ortaya çıkan zararın taraflar arasında karşılıklı olarak dağıtılmasını öngören genel nitelikteki BGB § 254 düzenlemesi, bu ihtimalde uygulama alanı bulacaktır; ancak hemen belirtmek gerekir ki, her iki tarafın başlangıçtaki imkânsızlığı bilerek sözleşme yaptığı hâllerde, onların sözleşme yapmak hususundaki ciddiyetinden BGB § 118 anlamında şüpheye de düşülebilir.

Başlangıçtaki imkânsızlık kısmî olduğu takdirde, daha önceden de açıkladığımız üzere borçlu, ediminin imkânsız olan kısmını yerine getirmekten kurtulacağı için (§ 275), alacaklının karşı edimi de ayıplı ifa hâlinde semenin indirilmesini öngören § 441 b. III uyarınca indirimine tâbi tutulur (§ 326 b. I/1). Kısmî imkânsızlıkta borçlu, ediminin geri kalanından hâlâ sorumlu olmaya devam ettiği için alacaklı, sadece ifası imkânsızlaşan kısım için tazminat talep edebilecektir (§§ 280 b. I, III; 283). Bununla birlikte § 311a b. II/3'ün yaptığı yollama uyarınca alacaklı, kısmî imkânsızlıktan ötürü herhangi bir menfaatinin kalmaması şartıyla edimin tamamından vazgeçerek tazminat talep edebilecektir⁵⁹ (§ 281 b. I/2-3); buna paralel olarak borçlu da daha önceden yerine getirmiş olduğu edimin sözleşmeden dönmeye ilişkin hükümler

57) Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.68; KommBGB/Gehrlein, Bd.1, § 311a, Rdn.8; Schwab/Witt/Mattheus, s.91.

58) Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn. 68; karşı. Schwab/Witt/Mattheus, s.91; MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 311a, Rdn.68.

59) Alacaklı, kısmî imkânsızlık hâlinde, §§ 323 b. V/1 ve 326 b. V hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir.

(BGB §§ 346-348) uyarınca iade edilmesini alacaklıdan isteyebilecektir (§ 281 b. V).

V. İmkânsızlıkta Karşı Edim Sorunu

Karşı edimin akıbetini düzenleyen § 326 hükmü, borçlunun § 275 uyarınca ipso iure (b. I) veya def'i aracılığı (b. II-III) ile aslî ediminden başlangıçtaki veya sonraki imkânsızlık nedeniyle kurtulduğu bütün hâlleri ayırım yapmaksızın kapsamına almaktadır. Bu içeriği ile karşı edim hasarının intikali problemini de düzenleyen anılan hükme göre, borçlu, § 275 uyarınca aslî edimini yerine getirmekten kurtulduğu takdirde⁶⁰, buna bağlı olarak karşı edimi talep hakkını da § 326 b. I/1 nedeniyle kaybetmektedir⁶¹. Alacaklı, eğer karşı edimini daha önceden yerine getirmişse, sözleşmeden dönmeyi düzenleyen §§ 346-348 hükümleri uyarınca borçludan iade talebinde bulunabilecektir (§ 326 b. IV)⁶².

İfanın ancak kısmî olarak gerçekleşebildiği durumlarda (kısmî imkânsızlıkta) ise, § 326 b. I'in yaptığı yollama gereğince uygulama alanı bulan § 441 b. III hükmü çerçevesinde karşı edim, ayıplı mal satımında olduğu gibi indirime tâbi tutulmaktadır⁶³.

60) Eğer borçlu, § 275 b. II-III'ün kapsamına giren olaylarda def'i ileri sürmezse, hem borçlu hem de alacaklı kendi edimlerini karşılıklı olarak yerine getireceklerdir. Bu takdirde, temerrüt ve ona bağlı sonuçlar uygulama alanı bulabilecektir (BGB § 286).

61) Tıpkı cif, fob satışlarında olduğu gibi bu düzenlemenin aksinin kararlaştırılması pekâlâ mümkündür.

62) Eski BGB § 323 b. III hükmüne göre, daha önceden yerine getirilmiş edimlerin iadesi, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde gerçekleşmekteydi. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, § 326 b. IV'deki bu yeni hüküm, karşı edimin § 326 b. I gereğince ortadan kalkmasından önce ifa edilenlerin iadesini düzenlemektedir; dolayısıyla bu aşamadan (§ 326 b. I uyarınca karşı edim düştükten) sonra yerine getirilenlerin iadesi yine sebepsiz zenginleşme hükümlerine (§ 812) tâbi olacaktır. Bu hususta bkz. MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 326, Rdn. 99; bu ihtimalde iade talebinin, sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen § 812 yerine, daha özel nitelikteki § 326 b. IV hükmü çerçevesinde yapılacağını belirten aksi görüş için bkz. KommBGB/Helmut Grothe, Bd.1, § 326, Rdn.11.

63) BGB § 326 b. I/1 hükmü, bu hâliyle eski BGB § 323 b. I'e karşılık gelmekte ve aralarında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

BGB § 326 b. II/1'e göre, alacaklının imkânsızlıktan tek başına veya ağırlıklı olarak⁶⁴ sorumlu olduğu ya da imkânsızlığın alacaklının kabulde temerrüde düşmesi sırasında borçlunun sorumlu olmadığı⁶⁵ bir sebepten kaynaklandığı hâllerde, karşı edimi talep hakkı varlığını devam ettirir⁶⁶. Yani borçlu, imkânsızlık dolayısıyla § 275 b. I-III uyarınca aslî edimini yerine getirmekten kurtulurken⁶⁷, alacaklı kendi edimini yerine getirmek borcu altın-

-
- 64) Eski BGB § 324'den farklı olarak yeni BGB § 326 b. II/1 hükmünde yer alan "alacaklının ağırlıklı olarak sorumlu olması" şeklindeki ifadeden anlaşılması gereken, borçlunun kusurunun § 254 uyarınca dikkate alınamayacak önemde olmasıdır. Bkz. Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.73; Dörner/Staudinger, s.37; Schwab/Witt/Matheus, s.82; MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 326, Rdn.78; Palandt (Heinrichs), § 326, Rdn.9; Kohle/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 326, Rdn.8; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn.76; Brox/Walker, § 22, Rdn.40; Schlechtriem, Rdn.439; Schimmel/Buhlmann, s.221; Canaris, JZ, s.511. Bununla birlikte, yeni BGB'de her iki tarafın da imkânsızlıktan sorumlu olduğu hâllere ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu tarz durumlarda, alacaklının isteyebileceği tazminat, § 254 uyarınca kusuru oranında indirime tâbi tutulacaktır. Bkz. KommBGB/Grothe, Bd.1, § 326, Rdn.25. Eski BGB'de ise, kimse sorumlu olmadığı ya da sadece alacaklı veya borçlunun sorumlu olduğu (§§ 323-325) imkânsızlık hâli düzenlenmişti. Her iki taraf da imkânsızlıktan sorumlu olduğu takdirde, sorunun çözümü için § 254'e başvurulmaktaydı. Bu sebeple, yeni BGB § 326 b. II/1'de yer alan "alacaklının ağırlıklı olarak sorumlu olması" şeklindeki düzenlemenin aslında bir yenilik olmadığı yönünde bkz. Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.73.
- 65) BGB § 300 b. I uyarınca alacaklı temerrüdünde, borçlu sadece kastından ya da ağır ihmalden dolayı sorumlu tutulabilmektedir.
- 66) § 326 b. II hükmünden de anlaşılacağı gibi, imkânsızlıktan ötürü alacaklının sorumlu olduğu hâllerde, borçlu karşı edimi talep hakkını muhafaza etmek dışında, ayrıca masraflarının tazmin edilmesini de isteme hakkına sahip değildir. Bkz. MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 326, Rdn. 87; KommBGB/Grothe, Bd.1, § 326, Rdn.19.
- 67) Alacaklının sorumlu olduğu imkânsızlık kısmî olarak gerçekleşmişse, alacaklı kendi karşı ediminin tamamını, borçlu ise sadece ifası mümkün olan kısmını yerine getirmekle yükümlü olacaktır.

dadır⁶⁸. § 326 b. II/1'de yer alan bu hükümden de anlaşılacağı üzere, alacaklı temerrüdünde karşı edim hasarı alacaklıya geçmektedir; bu sonucun uygulanabilmesi açısından temerrüt ile imkânsızlık arasında illiyet bağının bulunması gerekli değildir; imkânsızlığın alacaklının temerrüde düştüğü sırada gerçekleşmiş olması yeterlidir⁶⁹.

Borçlunun karşı edimi talep hakkına sahip olduğu bu tarz durumlarda, aslî edimini yerine getirmekten kurtulmasından ötürü tasarruf ettiği şeyler veya işgücünü başka şekilde kullanması nedeniyle kazanacakları yahut kazanmaktan kötü niyetle kaçındıkları hesaba katılarak alacaklının karşı ediminden indirileceklerdir (§ 326 b. II/2)⁷⁰. § 326 b. II/2'de belirtilen bu değerlerin karşı edimden mahsup edilmesi kendiliğinden gerçekleşecektir; bu hususta ayrıca alacaklının bir talepte bulunmasına gerek yoktur⁷¹. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, mahsubun hukukî niteliğine uygun olacak şekilde, § 326 b. II/2'de belirtilen değerler bakımından alacaklının borçluya karşı bağımsız bir talep hakkı da bulunmamaktadır⁷². Karşı edimden indirilecek bu mahsup kalemlerinin varlığını ispat yükü ise, karşı edimin borçlusuna yani alacaklıya düşmektedir.

68) BGB § 323 b. VI'da yer alan düzenleme nedeniyle, alacaklının bu tarz durumlarda § 326 b. V'e dayanarak sözleşmeden dönmesi de mümkün değildir.

69) MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 326, Rdn. 69; 72.

70) Yeni BGB § 326 b. II/2'de yer alan bu hüküm, eski BGB § 324 b. I/2'de de aynen yer almaktaydı.

71) Alacaklı, mahsup imkânından habersiz olarak karşı ediminin tamamını ifa etmişse, § 326 b. II/2'ye göre borç olmayan bu değerlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre (BGB § 812 b. I/2) iadesini isteyebilecektir. Bkz. MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 326, Rdn. 84; iade talebinin § 326 b. IV çerçevesinde gerçekleşeceği yönündeki görüş için bkz. KommBGB/Grothe, Bd.1, § 326, Rdn.20.

72) Alacaklının karşı ediminin para olmadığı hâllerde ise, § 326 b. II/2'deki değerler kendiliğinden mahsup edilemeyeceğinden bu hususta alacaklıya bağımsız bir talep hakkı tanınmalıdır. Hatta, bu denkleştirme talebinin yerine getirilmesi sırasında alacaklı, kendi karşı edimi üzerinde alıkoyma hakkına da sahip olacaktır. Bkz. MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 326, Rdn. 85; KommBGB/Grothe, Bd.1, § 326, Rdn.20.

Borçlunun karşı edimi talep hakkına sahip olduğu bir diğer hâl ise⁷³, § 326 b. I/2'de yer almaktadır. İlk bakışta anlaşılması oldukça zor olan bu hükme göre, borçlunun sözleşmeye uygun bir şekilde edimini ifa etmediği ve "kılık değiştirmiş ifa"yı da (nacherfüllung)⁷⁴ § 275 b. I-III uyarınca yerine getirmek zorunda olmadığı hâllerde, karşı edimi talep hakkı varlığını yine de korumaktadır⁷⁵. Sözleşmeye uygun bir şekilde borcunu ifa etmeyen ve "kılık değiştirmiş ifa"yı da (nacherfüllung) imkânsızlık nedeniyle yerine getirmekten kurtulan bir borçlu, hâlâ karşı edimi alacaklıdan talep edebilme hakkına neden sahip olsun? Bu düzenlemenin altında yatan sebep, borçlu tarafından yerine getirilen kötü ifanın § 326 b. I/1 anlamında kısmî imkânsızlığa yol açmayacak olmasıdır. Çünkü aksine bir kabul tarzında, karşı edim üzerinde kendiliğinden (ipso iure) gerçekleşecek indirim talebi, bu hakkın yenilik doğuran karakteri ile bağdaşmayacak nitelikte olacaktır⁷⁶.

73) Alacaklının, imkânsızlaşan aslî edimin yerine geçen değerlerin kendisine devrini § 285 uyarınca talep ettiği hâllerde de, borçlunun karşı edimi talep hakkını koruduğunu bir kez daha hatırlatmak gerekir. Alacaklı, § 326 b. I'e veya § 285 hükmüne dayanmak arasında bir seçim hakkına sahip olduğundan, borçlu, alacaklıya kararını açıklaması yönünde uygun bir süre tanıyabilir (§ 350'ye kıyasen). Bu süre sonunda alacaklı herhangi bir açıklamada bulunmaz ise, onun § 326 b. I hükmüne dayanarak karşı ediminden kurtulmak istediği kabul edilir. Bkz. KommBGB/Grothe, Bd.1, § 326, Rdn.9; MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 326, Rdn. 91-92. Bununla birlikte ayrıca, BGB'de bu hususta özel nitelikte bazı düzenlemelerin (örneğin, alım-satım sözleşmesi için, §§ 446-447; hizmet sözleşmesi için § 615; istisna sözleşmesi için §§ 644-645) bulunduğunu da gözden kaçırmamak gerekir.

74) Ayıp hukukunda alıcıya tanınmış olan ve kılık değiştirmiş ifa şeklinde Türkçe'ye çevrilen "Nacherfüllung" kavramı, malın onarımını veya ayıpsız mislivle değiştirilmesini kapsayan ve diğer hakların (sözleşmeden dönmenin, tazminatın ve semenin indiriminin) önünde yer alan birinci derecedeki haklardır. Bu hususta bkz. Serozan, s.247.

75) Bu hükmün daha iyi anlaşılabilmesi için, § 326 b. V'de yer alan sözleşmeden dönme hakkıyla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hususta bkz. aşağıda 79 numaralı dipnot ve ona bağlı metin.

76) Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn.75; Schwab/Witt/Matheus, s.117; Schmidt-Räntsch, Rdn.537;

VI. Sözleşmeden Dönme ve Tazminat Talebi

BGB § 326 b. V'e göre, borçlunun § 275 b. I-III uyarınca aslî edimini yerine getirmekten kurtulduğu hâllerde, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olup olmadığına bakılmaksızın⁷⁷ ve mehil tayin etmeye gerek olmadan alacaklı, § 323 uyarınca sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sözleşmeden dönme ile birlikte alacaklı, kendi edimini yerine getirmekten kurtulacağı gibi daha önce yerine getirdiklerini de § 326 b. IV'ün yaptığı yollama ile §§ 346-348 hükümleri uyarınca geri isteme hakkına sahip olacaktır. Sözleşmeden dönmenin sağlayabileceği bu faydaları dikkate aldığımızda, borçlunun, § 275 b. I-III çerçevesinde imkânsızlık nedeniyle aslî edimini yerine getirmekten kurtulduğu, buna bağlı olarak da karşı edimi talep hakkını yitirdiği (§ 326 b. I) ve daha önce yerine getirilenlerin de iadesinin düzenlendiği (§ 326 b. IV) bu yeni BGB sisteminde alacaklıya ayrıca bir de sözleşmeden dönme hakkı tanınmasının aslında pek bir pratik faydası yoktur. § 326 b. V uyarınca alacaklıya tanınan sözleşmeden dönme hakkı, ancak şu sınırlı hâllerde bir anlam ifade etmektedir: Satım sözleşmesine konu olan nesnede giderilemez bir ayıp olduğu takdirde, alacaklının kendi edimini ifa etmekten kurtulabilmesi ve daha önce yerine getirdiklerinin iadesini talep edebilmesi için sözleşmeden dönme hakkının varlığına ihtiyaç duyulmaktadır⁷⁸. Zira, bu ihtimalde borçlunun karşı edimi talep hakkı hem §

Brox/Walker, § 22, Rdn.36; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 326, Rdn.6; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.75; KommBGB/Grothe, Bd.1, § 326, Rdn.23; Looschelders, Rdn.721; bkz. ve karşı. MünchKommBGB/Ernst Bd.2a, § 326, Rdn.32; Palandt (Heinrichs), § 275, Rdn.7.

77) Eski BGB sisteminde ise alacaklı, ancak borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık hâlinde sözleşmeden dönme veya ifa etmemeden kaynaklanan tazminat talep etme hakkına sahipti (§§ 280; 325).

78) § 323 b. V/2'ye göre, borçlunun sözleşmeye uygun olmayan ifasından kaynaklanan borç ihlâli önemli nitelikte değilse, alacaklı sözleşmeden dönme hakkına sahip değildir.

326 b. I/2 uyarınca varlığını devam ettirmekte⁷⁹ hem de alacaklı tarafından daha önce yerine getirilenlerin borçludan geri istenmesi, talep hakkı yitirilen edimlerin iadesini düzenleyen § 326 b. IV çerçevesinde mümkün olamamaktadır.

Sözleşmeden dönme hakkına gereksinim duyulan bir diğer hâl ise⁸⁰, aslî edimdeki kısmî imkânsızlıktır. Çünkü, daha önceden de belirttiğimiz üzere, kısmî imkânsızlık hâlinde karşı edim, § 326 b. I/1'in yaptığı yollama ile uygulama alanı bulan § 441 b. III uyarınca indirimine tâbi tutulmak suretiyle varlığını devam ettirdiğinden, alacaklının kendi ediminden tamamen kurtulabilmesi ve daha önce yerine getirdiklerinin iadesini talep edebilmesi⁸¹ ancak sözleşmeden dönme yoluyla mümkün olabilecektir⁸².

79) § 326 b. V'de yer alan sözleşmeden dönme hakkının en yerindeki uygulama alanının, § 326 b. I/2'deki kötü ifa hâli olduğu yönünde bkz. Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.76; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn.80-81; KommBGB/Grothe, Bd.1, § 326, Rdn.34; Ehmann/Sutschet, s.17; Schmidt-Räntsch, Rdn.541; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, § 326, Rdn.6; 13; Brox/Walker, § 22, Rdn.82. Aslî edimin § 275 b. I-III uyarınca imkânsızlaştığı diğer hâllerde de, alacaklı -imkânsızlıkta § 323 b. VI çerçevesinde sorumluluğu olmamak kaydıyla- hiç şüphe yok ki, § 326 b. V'e dayanarak sözleşmeden dönme hakkına (pratik olarak pek bir anlam ifade etmese de) sahip olabilecektir. Bkz. Dörner/Staudinger, s.37; Ehmann/Sutschet, s.134; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Dauner-Lieb), § 2, Rdn.83; Looschelders, Rdn.745.

80) Aslî edimdeki imkânsızlık nedeniyle alacaklının karşı ediminin § 326 b. I uyarınca ortadan kalkması, o sözleşmesel ilişki nedeniyle doğmuş bütün yan borçların da düşmesi sonucunu doğurmayaacağından, alacaklının bu tarz yan borçlardan kurtulması için yine sözleşmeden dönme hakkına ihtiyaç duyacağını da belirtmek gerekir. Bkz. KommBGB/Grothe, Bd.1, § 326, Rdn.36.

81) Daha önce yerine getirilen edimlerin iadesi, bu ihtimalde de § 326 b. IV uyarınca mümkün olamayacaktır. Zira, bu hüküm, borçlunun talep hakkını kaybettiği karşı edimlerin iadesi amacına yöneliktir. Halbuki, kısmî imkânsızlıkta karşı edim, indirimine tâbi tutulmak suretiyle varlığını devam ettirdiğinden alacaklı, bu hükme dayanamayacaktır. İndirilen kısımların iadesi ise, borçlu bunlar üzerindeki talep hakkını yitirdiğinden, § 326 b. IV kapsamında gerçekleşebilecektir.

82) Geçici imkânsızlığın (bkz. yukarıda 26 numaralı dipnot) yanı sıra

Eski BGB § 325 hükmü, edimin ifa edilmemesinden ötürü tazminat talebi ile sözleşmeden dönmeyle birbirlerine alternatif olacak şekilde bir seçimlik hak olarak düzenlemiştir; yeni BGB düzenlemesi sayesinde ise, alacaklı artık sözleşmeden dönme ile birlikte tazminat (müspet zararını) talep edebilme hakkına da kavuşmuştur⁸³. Zira, sözleşmeden dönmenin yenilik doğuran karakteri, artık alacaklının aynı zamanda ifa menfaatine yönelik tazminat talebinde bulunmasına engel teşkil etmemektedir⁸⁴.

Kullanılan Kaynaklar

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, 29. Auflage, München 2003.

Canaris, Claus-Wilhelm: "Zur Bedeutung der Kategorie der Unmöglichkeit für das Recht der Leistungsstörungen" Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Herausgegeben von: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke, Tübingen 2001 (s.43-66).

alacaklının §§ 275 b. I-III ve 326 b. I/1'in şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda emin olmadığı durumlarda da sözleşmeden dönme hakkının varlığı bir anlam ifade eder. Ancak, alacaklının, bu hâllerde borçluya uygun bir mehil vermesi zorunludur. Bkz. Brox/Walker, § 22, Rdn.82; 85-86; Palandt (Heinrichs), § 326, Rdn.17; Ehmman/Sutschet, s.17; KommBGB/Grothe, Bd.1, § 326, Rdn.35; Looschelders, Rdn.745.

83) Bu yeni § 325 hükmü, sözleşmeden dönmenin ortaya çıkardığı olumsuz sonuçlara (ifa yerine tazminat talep edememe gibi) karşı alacaklıyı korumaktadır. Bkz. Schmidt-Räntsch, Rdn.531-532; Palandt (Heinrichs), § 325, Rdn.1-2; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland (Medicus), § 3, Rdn.79. Bu yeni hükme yönelik eleştiriler için bkz. Jürgen Kohler, "Das Rücktrittsrecht in der Reform", *Juristen Zeitung*, 7/2001, s.326.

84) Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, § 325'in bu düzenlemesi, ancak alacaklının ifanın yerine tazminat talep ettiği hâllerde uygulanma imkânına sahiptir. Çünkü, alacaklı, kısmî ifayı elinde tutarak geri kalan kısım için tazminat talep etmek isterse, işin doğası gereği sözleşmeden dönme ile birlikte tazminat talebi bir arada bulunamayacaktır. Bu ifadeden de anlaşılacağı gibi, alacaklı, sözleşmeye bağlı kalarak o ana kadar gerçekleşmiş ifayı kendisinde saklı tutmak suretiyle tazminat talep etmek ile sözleşmeden dönerek tazminat istemek arasında bir seçim hakkına sahiptir. Bkz. Schwab/Witt/Mattheus, s.98-99; Ehmman/Sutschet, s.134.

- Canaris, Claus-Wilhelm*: "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", *Juristen Zeitung*, 10/2001 (s.499-524) (Metin içerisinde "JZ" şeklinde belirtilmiştir).
- Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard (Dauner-Lieb)*: Das neue Schuldrecht, Bonn 2002.
- Dörner, Heinrich/Staudinger, Ansgar*: Schuldrechtsmodernisierung, 1.Auflage, Baden-Baden 2002.
- Grunewald, Barbara*: "Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und den anfänglichen Unvermögens" *Juristen Zeitung*, 9/2001 (s.433-436).
- Haas, Lothar/Medicus, Dieter/Rolland, Walter/Schäfer, Carsten/Wendtland, Holger (Medicus)*: Das neue Schuldrecht, München 2002.
- Horst Ehmman, Horst/Sutschet, Holger*: Modernisiertes Schuldrecht, München 2002.
- Kittner, Michael*: Schuldrecht, München 2002.
- Kohler, Jürgen*: "Das Rücktrittsrecht in der Reform", *Juristen Zeitung*, 7/2001 (s.325-337).
- Kohte, Wolfhard/Micklitz, Hans-W./Rott, Peter/Tonner, Klaus/Willingmann, Armin*: Das neue Schuldrecht, München 2003.
- Koller, Ingo/Roth, Herbert/Zimmermann, Reinhard (Koller)*: Schuldrechts- modernisierungsgesetz 2002, München 2002.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Christian Grüneberg/ Markus Gehrlein/ Helmut Grothe)*, Band 1, §§ 1-610, Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, München 2003.
- Looschelders, Dirk*: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Köln 2003.
- Motsch, Richard*: "Risikoverteilung im allgemeinen Leistungsstörungsrecht", *Juristen Zeitung*, 9/2001 (s.428-433).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Wolfgang Ernst/Volker Emmerich)*: Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, 4. Auflage, München, 2003.
- Olzen, Dirk/Wank,Rolf*: Die Schuldrechtsreform, Köln 2002.
- Palandt (Heinrichs, Helmut)*: Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, 61. Auflage, München 2002.
- Schimmel, Roland/Buhlmann, Dirk*: Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht, Luchterhand 2002.
- Schlechtriem, Peter*: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Tübingen 2003.
- Schmidt-Räntsch, Jürgen*: Das neue Schuldrecht, Köln 2002.

Schwab, Martin/Witt, Carl-Heinz /Mattheus, Daniela: Einführung in das neue Schuldrecht, München 2002.

Schwarze, Roland: "Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungenrecht", *Jura*, 2/2002 (s.73-83).

Serozan, Rona: "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LVIII, Sayı: 1-2, Yıl: 2000.

Stoll, Hans: "Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen", *Juristen Zeitung*, 11/2001 (s.589-597).

Wieser, Eberhard: "Schuldrechtsreform-Die Unmöglichkeit der Leistung nach neuem Recht", *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 15/2002 (s.859-862).

Wilhelm, Jan/Deeg, Peter: "Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen", *Juristen Zeitung*, 5/2001 (s.223-233).

Wilhelm, Jan: "Schuldrechtsreform 2001", *Juristen Zeitung*, 17/2001 (s.81-869).