

**Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi'nin 108/10 No'lu
ve 22.06.2011 Tarihli Kararı^{562*}:**

**Ne Taşıyıcı Ne de Gönderen Tarafından Taşıma Sözleşmesi
Akdedildiği Anda Öngörülen ve Kontrol Edilen Taşıma
Engellerinden Kaynaklı Gecikme Nedeniyle Taşıyıcının Ek Ücret
Talep Edip Edemeyeceği Hakkında**

Çev. / Übersetzt von

Araş. Gör. Ahmet Batuhan Oyal^{563**}

HGB §420 III

Taşıma sözleşmesi akdedildiği anda ne taşıyan, ne de taşıtan için öngörülebilir veya kontrol edilebilir, bunun yanı sıra taraflardan birinin riziko alanına dahil edilmesi için de bir neden bulunmayan gecikme engelleri, kural olarak Alman Ticaret Kanunu'nun 420. maddesinin 3. fıkrası uyarınca taşıtanın ek ücret ödeme yükümlülüğüne sebep olmaz.

Bir gemi seferinde, gerçekleştirildiği güzergâhın taşıtanın sorumluluk alanında dahil edilemeyecek şekilde (burada: deniz trafiği güzergâhının bir avarya nedeniyle kapatılması) geçici olarak trafiğe kapatılması nedeniyle gecikme yaşanır, taşıyanın taşıtandan kararlaştırılan navlun dışında Alman Ticaret Kanunu'nun 420. maddesinin 3. fıkrasına uyarınca ek ücret talep etme hakkı yoktur.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 1. Hukuk Dairesi'nce, 22 Haziran 2011 tarihli sözlü duruşmada hakimler Prof. Dr. Büscher, Pokrant, Dr. Kirchhof, Dr. Koch ve Dr. Löffler tarafından;

* BGH I ZR 108/10. Türk hukukunda riziko alanı ilkesine ilişkin bu kararın da değerlendirildiği geniş bilgi için bkz. SEVEN/OYAL, Taşıma Hukukunda Riziko Alanı İlkesi Bağlamında Nötr Alan ve COVID-19'un Nötr Alan Olarak Değerlendirilmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 2, Y. 2020, s. 611-655.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (oyal@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-3055-5870.

Magdeburg Eyalet Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi'nin 18 Mayıs 2010 tarihli kararına karşı temyiz talebi, giderleri davacıya ait olmak üzere reddedilmiştir.

Vakıalar

İç hat deniz taşımacılığı ile uğraşan davacı Hollanda'da yerleşik davalıdan, gerçekleştirdiği taşımada meydana gelen gecikme nedeniyle navluna ek bir ücret talep etmiştir.

Davalı, 14 Ekim 2005 tarihinde Amsterdam/Hollanda'dan Magdeburg'a flüspat (floroit) taşıması için davacıyı görevlendirmiştir. Dortmund-Ems-Kanalı'nın 11 Ekim 2005'ten itibaren kapanması nedeniyle Ems üzerinden taşıma yapılması öngörülmüştür. 15 Ekim 2005'te gerçekleşen bir gemi kazası nedeniyle Ems de trafiğe kapatılmıştır. Bunu takip eden süreçte taraflar, pek çok telefon konuşması yapmışlardır. Bu konuşmaların içerikleri tartışmalıdır. 17 Ekim 2005 tarihinde davalı, davacıya taşıma sözleşmesini iletmiştir. 18 Ekim 2005'te yük, Amsterdam'da davalının gemisine yüklenmiştir. Bunu müteakip davacı, Magdeburg'a sefere başlamıştır, ancak davacı Ems trafiğe kapalı olduğu için 19 Ekim 2005'ten 29 Ekim 2005'e kadar Emden limanında beklemek zorunda kalmış ve sefer bu süre boyunca kesintiye uğramıştır.

Davacı, Emden'de geçirilen bu süre için davalının kendisine günlük 306,78 Avro borçlu olduğunu ileri sürmektedir. Bir su yolunun trafiğe kapalı olmasının, taşıtanın riziko alanına dahil olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıca davalının çalışanlarından V.'nin, 18 Ekim 2005 tarihinde telefonla kendisine ek ödeme yapılmasının davalı tarafından kabul edildiği yönünde bilgi verdiğini söylemektedir.

Davacı, davalıdan 3.067,80 Avro ve işleyen faizi talep etmektedir.

Davalı buna karşı çıkmış, davacının ek ücret talep edemeyeceğini, zira sefere çıkarken Ems'in kapalı olduğunu bildiğini; davacının taraflar arasında meydana gelen ek bir anlaşmaya istinaden de talepte bulunamayacağını ileri sürmüştür.

İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesince kabul edilen davayı reddetmiştir. İstinaf mahkemesince bu karara karşı temyiz yolu açık bırakıldığından, davacı temyiz incelemesi sonucunda ilk derece mahkemesinin kararı yönünde hüküm tesis edilmesini talep etmiştir. Davalı ise temyiz isteminin reddini talep etmiştir.

Gerekçeler:

I. İstinaf Mahkemesi, davacının ne Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 uyarınca ne de taraflar arasında meydana gelen ek bir anlaşmaya dayalı olarak ek ücret talebinde bulunamayacağını kabul etmiştir. Buna dair şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

Davacı, navlun sözleşmesi kurulduktan sonra fakat Magdeburg'a seyrüsefere başlamadan önce davalı ile navlunda artış yapılacağına dair bir anlaşma yaptıklarını ispatlayamamıştır. Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'e göre de talepte bulunulması mümkün değildir. Ems 15 Ekim 2005'te, yani seyrüseferin başlangıç tarihi olan 19 Ekim 2005'ten önce, trafiğe kapatılmıştır. Yani davacı, göz göre göre trafiğe kapalı olan su yoluna gitmiştir. Bu nedenle Emden limanında oluşan starya süresi Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'ün koruma alanında değildir. Bunun yanı sıra oluşan gecikme davalının riziko alanına dahil değildir.

II. Bu değerlendirmeye karşı ileri sürülen temyiz sebepleri yerinde değildir. Temyiz isteminde ileri sürülenin aksine, davacı Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'e dayanarak ileri sürdüğü talepte bulunamaz.

1. Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisi Alman Medeni Usul Kanunu m. 545 f.2'ye rağmen temyiz mahkemesi tarafından incelenebilir (krş. BGH, Urteil vom 10. Juni 2010 - I ZR 106/08, TranspR 2010, 303 Rn. 21, mwN) ve Hollanda'da yerleşik bir davalıya karşı yöneltilen talep bakımından Alman mahkemeleri Brüksel I Tüzüğü m. 24 c.1 uyarınca yetkilidir.

Karar, hem Almanya Federal Cumhuriyeti, hem de Hollanda için yürürlükte olan (Musielak/Stadler, ZPO, 8. Aufl., Vorbem. EG-Verordnungen Rn. 4) Konsey'in 22 Aralık 2000 tarih ve 44/2001 no.lu Mahkemelerin Yetkisi ve Medeni ve Ticari Davalarda Kararların Tanınması ve İnfazı Hakkında Tüzük (Brüksel I Tüzüğü)'e dayanmaktadır. Brüksel I

Tüzüğü m. 24 c.1 uyarınca davalı, üye devlet mahkemelerinde görülen bir yargısal işleme itiraz etmemişse o üye devletin mahkemeleri yetkili sayılır. Somut olayda bu gerçekleşmiştir. Magdeburg Yerel Mahkemesi huzurunda 27 Haziran 2008 tarihinde yapılan duruşmada davalı savunma yapmış ve mahkemenin yetkisizliğini ileri sürmemiştir. Böylelikle Alman mahkemeleri, Brüksel I Tüzüğü m. 24 c.1'e göre yetkili hale gelmiştir.

2. Davacının Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'e göre ek ücrete hakkı olduğu yönündeki temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.

a) İstinaf mahkemesi, doğru olarak davacının talep ettiği ek ücrete hakkı olup olmadığı konusunu Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 çerçevesinde değerlendirmiştir. Davacı ve davalı, Alman Medeni Kanunu'nun Uygulanması Hakkında Kanun m.27 uyarınca sözleşmesel olarak geçerli bir şekilde Alman iç hat gemicilik hukukunu seçmişlerdir. İç Hatlarda Gemicilik Kanunu md. 26 uyarınca iç su yollarında yapılacak taşımalara Alman Ticaret Kanunu'nun dördüncü kitabının dördüncü bölümü hükümleri – m. 407-452d- uygulanır. Dolayısıyla somut olayda davacının talep ettiği ek ücrete hakkı olup olmadığı sorusu bakımından Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 esastır.

b) Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 uyarınca taşıma başladıktan sonra ve teslim yerine gelmeden önce meydana gelen gecikmelerde, gecikme sebebi gönderenin riziko alanına giriyorsa, taşıyıcı taşıma ücretinin yanı sıra ek bir ücret talep etme hakkına sahiptir. Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.2'de düzenlenen sürekli taşıma ve teslim engellerine dair hüküm; geçici gecikmeler bakımından Alman Ticaret Kanunu mülga m. 428 f.2 c.1, Motorlu Araç Nizamnamesi m. 28 f.2 c.1/1 ve İç Hat Gemicilik Kanunu mülga m. 71 f.2 (bknz. Taşıma, Taşıma İşleri Komisyonculuğu ve Ardiye Hukukunun Yeniden Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a Dair Hükümet Tasarısı Gerekçesi, Parlamento Matbuası, 13/8445, s.54) örnek alınarak Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 tarafından tamamlanmaktadır. Eski kanun zamanındaki değerlendirmeye uygun olarak Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 uyarınca taşıyıcı, sadece taşıma sırasında ortaya çıkan gecikme – 'alan düşüncesine ("*Sphärengedanke*") uygun olarak- gönderenin riziko alanına giriyorsa ek ücret talep etme hakkına sahiptir. Bu ancak, gecikmenin gönderenin bir davranışı nedeniyle ortaya çıkması veya

gecikmenin kaynağının gönderenin organizasyon alanında bulunduğu durumlarda söz konusu olur (bknz. MünchKomm.HGB/Czerwenka, 2. Aufl., § 420 Rn. 23; Koller, Transportrecht, 7. Aufl., § 420 HGB Rn. 26).

Dışarıdan etki eden, öngörülemeyen ve taşıma sözleşmesinin taraflarınca kontrol edilemeyen aksaklık sebeplerinin – bunlara örnek olarak taşıma yolunun kapatılması, med-cezir, buz akımı veya fırtına sayılabilir- taşıyıcıya izafe edilememesi durumunda, bunların gönderenin riziko alanına girip girmeyeceği yargı içtihatlarında ve doktrinde tartışmalıdır (bu görüşü kabul etmeyenler: Schiffahrtsobergericht Köln, TranspR 2009, 43; TranspR 2009, 171; MünchKomm.HGB/Czerwenka aaO § 420 Rn. 21 und 23; v. Waldstein/Holland, Binnenschiffahrtsrecht, 5. Aufl., § 420 Rn. 13; genel olarak kabul edenler Koller aaO § 420 HGB Rn. 26 f.; Th. Braun, Das frachtrechtliche Leistungsstörungsrecht nach dem Transportrechtsreformgesetz, 2002, S. 134 f.; Didier, Risikozurechnung bei Leistungsstörungen im Gütertransportrecht, 2001, S. 213 ff.; ayrıma gidenler: Heymann/Schlüter, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., § 420 Rn. 11). Ne taşıyıcı, ne de gönderen için öngörülebilir ve kontrol edilebilir olan gecikmelerde, Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 uyarınca taşıyıcının ek ücret talep etme hakkı olduğunu kabul eden görüş, bunu temel olarak aksaklık sebeplerinin ya gönderenin ya da taşıyıcının riziko alanına izafe edilmesi gerektiğini, gecikmeye sebep olan durum taşıyıcının alanına girmiyorsa bu gecikme için gönderen tarafından ücret ödenmesi gerektiğini savunmaktadır (bknz. Koller aaO § 420 HGB Rn. 26; Th. Braun aaO S. 134; ayrıca bkz. Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., § 31 Rn. 53).

c) Daire, dışarıdan etki eden ve tarafların her ikisi için de öngörülebilir ve kontrol edilebilir olmayan bir olayın taşımada gecikmeye sebep olması durumunda taşıyıcının Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 uyarınca uygun bir ek ücret talep edemeyeceği görüşüne katılmaktadır.

aa) Somut olayda, istinaf mahkemesinin görüşünün aksine, davacı daha sonra gerçekleşen gecikmenin sebebini teslim yeri olan Magdeburg'a seyrüsefere başlamadan önce bilmesine rağmen sefere bağladığı için ileri sürülen talebin reddi gerekmemektedir. Gecikme sebebini seyrüsefere başlamadan önce bilinmesi, Alman Ticaret Kanunu md. 420 f.3'ün uygulanmasına engel değildir. Temyiz talebinde haklı olarak, Al-

man Ticaret Kanunu m. 420 f.3'te gecikmeye sebebiyet veren durumlardan taşıyıcının veya gönderenin haberinin olmaması gerektiğine dair bir şartının aranmadığına dikkat çekilmektedir. Alman Ticaret Kanunu 420 f.3 tarafından tamamlanan m. 412 f.3'te de olduğu gibi, m. 420 f.3 de 'alan düşüncesi'ne dayanmaktadır ve bu görüşe göre sadece aksaklık sebebi riziko alanına dahil edilemeyen taraf, himaye edilmeye layık görülmektedir (bknz. Parlamento Matbuası 13/8445, s.41). Fakat taraflardan biri taşıma sözleşmesinin yapıldığı sırada aksaklık sebebinden haberdarsa, bu husus aksaklık sebebinin kimin riziko alanına dahil edileceği sorusu bakımından önem arz etmektedir. Ancak somut olayda taraflar sözleşmenin yapıldığı sırada Ems'in kapatıldığından haberdar değildirlere. Zira taraflar taşıma sözleşmesini 14 Ekim 2005'te, yani Ems'in kapatılmasından önce yapmışlardır.

bb) Temyiz talebinde ileri sürülen görüşün aksine, davacının Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'e dayandırdığı talebinin şartları somut olayda gerçekleşmemiştir, çünkü gecikmeye sebebiyet veren neden, yani Ems'in üçüncü bir kişi tarafından meydana gelen bir gemi kazası nedeniyle 15 Ekim 2005'ten 29 Ekim 2005'e kadar kapatılması, davalının riziko alanına dahil edilememektedir.

Kendi kusuru ile sebep olduğu gecikmelerin yanı sıra göndereenin riziko alanına, Alman Ticaret Kanunu m. 414 f.1 uyarınca kusurundan bağımsız olarak sorumlu olduğu haller ve kendi alanından kaynaklanan tüm gecikmeler dahildir. Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'ün açık lafzı gereği taşıyıcının uygun bir ek ücrete hak kazanması için – taşıyıcının Alman Ticaret Kanunu m. 412 f.3'ten kaynaklı talebinden farklı olarak – gecikme sebebinin gönderenin riziko alanına dahil edileceğinin somut olayda pozitif olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan ispat yükü kendisine düşen taşıyıcı (krş. vgl. Koller a.g.e § 420 HGB Rn. 27; MünchKomm.HGB/ Czerwenka a.g.e § 420 Rn. 24; v. Waldstein/Holland a.g.e § 420 HGB Rn. 13), bu hususu ispat edemezse, Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'ten kaynaklı bir talepte bulunamaz. Sadece gecikmeye sebep olan durumun taşıyıcının riziko alanından kaynaklanmadığının sabit olması, gecikme nedeniyle uygun bir ek ücret talep edilebilmesi için yeterli değildir ((Schiffahrtsobegericht Köln, TranspR 2009, 43, 44 f.; TranspR 2009, 171, 175; MünchKomm.HGB/ Czerwenka a.g.e § 420 Rn.

24). Kanun koyucu, taşıyıcının riziko alanına dahil olmayan her aksaklığı gönderenin riziko alanına dahil etmek isteseydi, Alman Ticaret Kanunu m. 412 f.3 ve m. 419 f.1'de olduğu gibi ilgili hükmü şöyle formüle edebilirdi: 'Gecikmenin sebeplerinin taşıyıcının riziko alanına dahil olduğu durumlarda uygun bir ek ücret talep edilemez.'. Alman Ticaret Kanunu m. 412 f.3 ve 419 f.1 ile m. 420 f.3'ün lafızlarının farklı şekilde formüle edilmiş olmasından, temyiz talebinde ileri sürülen görüşün aksine, taşıyıcının riziko alanına girmeyen her aksaklık sebebinin istisnasız olarak taşıyıcıya Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'e göre uygun bir ek ücret talep etme hakkı vermeyeceği sonucu çıkarılmalıdır (Schiffahrtsobergericht Köln, TranspR 2009, 43, 44 f.; TranspR 2009, 171, 175).

Temyiz talebinde Taşıma Hukukunun Reforme Edilmesi Hakkında Kanun tasarısının gerekçelerine atıfta bulunularak (Parlamento Matbuası 13/8445, s.41), kanun koyucunun taşıma hukukunun yeniden düzenlenmesi bakımından sözleşmenin seyrini bozan hususların mutlaka taraflardan birinin riziko alanına dahil edilmesi gerektiğini düşünerek hareket ettiği, dolayısıyla taşıyıcının riziko alanına dahil edilemeyen bir gecikme sebebinin, gönderenin riziko alanına dahil edilmesinin zorunlu olduğu ileri sürülmüştür. Temyize cevap dilekçesinde ise isabetli olarak belirtildiği gibi, kanunun ön hazırlık aşamasına dair belgeler incelendiğinde her iki tarafın da riziko alanına kendiliğinden dahil edilemeyen ve her iki taraf için de öngörülebilir ve kontrol edilebilir olmayan engellerin, normatif bir değerlendirme yapılarak gönderenin riziko alanına dahil edilmesi gerektiği yönünde yeterli bir emare bulunmamaktadır. Temyiz talebinde kanun koyucunun bu yönde varsayılan iradesi Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'ün lafzına yansımamıştır.

Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'ün tarihsel gelişimi de, dışarıdan gelen ve taşıma sözleşmesinin meydana geldiği anda gönderen için öngörülemeyen ve kontrol edilemeyen gecikme nedenlerinden ötürü gönderenin Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'e göre ücret ödeme yükümlülüğü olmadığını desteklemektedir. Kanun koyucu, Alman Ticaret Kanunu mülga m. 428 f.2 c.1 ve İç Hat Gemicilik Kanunu mülga m. 71 f.2'yi yeni getirilen Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'e örnek olarak almışlardır (Hükümet tasarısının gerekçesi, Parlamento Matbuası 13/8445, s.54). Temyiz talebinde isabetli olarak bu hükümlerin, gecikmeden doğan fazla

masrafların taşımının devam ettirilmesi durumunda kimin tarafından ödeneceğine dair bir düzenleme içermediğine dikkat çekilmiştir. Ancak temyiz talebinde ileri sürülen görüşün aksine, anılan hükümlerden gönderenin kusuru bulunmayan taşıma engellerinin kural olarak taşıyıcının riziko alanına dahil olduğu sonucu çıkmaktadır. Alman Ticaret Kanunu mülga m. 428 f.2'de – borçların ifa edilmemesine dair genel kuralların aksine- gönderene sözleşmeden dönme hakkı tanınmış, ancak taşıyıcının taşıma engelinden kaynaklı özel bir talep hakkı olmadığı düzenlenmiştir; böylelikle taşıma engellerinden kaynaklanan zararlara kural olarak taşıyıcının katlanması öngörülmüştür (krşl. Schlegelberger/Geßler, Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., § 428 Rn. 12; MünchKomm.HGB/Dubischar, 1. Aufl., § 428 Rn. 13). İç Hat Gemicilik Kanunu mülga m. 71'de ise geçici bir taşıma engelinin ortaya çıkması durumunda taşıyanın kural olarak, uygun bir tazminat talep etmeksizin gemisini öngörülenden daha uzun bir süre tahsis etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir (krşl. Goette, Binnenschiffahrtsfrachtrecht, 1995, § 71 Rn. 1). Kanun koyucunun yeni düzenleme ile, bu gibi durumlarda eski düzenlemelerle getirilen ilkeyi değiştirmek istediği anlaşılmamaktadır (krşl. Schiffahrtssobergericht Köln, TranspR 2009, 43, 45; TranspR 2009, 171, 175).

Dolayısıyla gönderenin riziko alanına dahil olmayan bir gecikme sebebiyle taşıyıcının ek ücret talep etmesi mümkün değildir. Kanun tarafından öngörülen bu riziko dağılımının aksi, taraflar arasında yapılacak bir anlaşma ile – davacı tarafından ileri sürülen, ancak ispatlanamayan anlaşma gibi- kolaylıkla kararlaştırılabilir.

III. Bu nedenle giderler Alman Medeni Usul Kanunu m. 97 f.1 uyarınca davacı üzerine bırakılmak suretiyle davacının temyiz talebinin reddi gerekmektedir.

Derece Mahkemesi Kararları:

AG Magdeburg 11.09.2009 tarih ve 162 C 241/07 sayılı Kararı

LG Magdeburg, 18.05.2010 tarih ve 2 S 376/09 sayılı Kararı