

**KOLLEKTİF MENFAATTE TÜKETİCİ ÖRGÜTLERİ  
VASITASIYLA ALACAĞIN (TOPLULUK DAVASI YOLUYLA)  
TAHSİLİNE, BANKA HESABINA PIN DESTEKLİ  
MÜDAHALEYE VE İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIMINA İLİŞKİN  
ALMAN FEDERAL TEMYİZ MAHKEMESİ KARARI**

***“THE DECISION OF THE GERMAN FEDERAL COURT OF APPEAL  
CONCERNING DEBT COLLECTION (BY MEANS OF CLASS ACTION)  
THROUGH CONSUMER ORGANIZATIONS IN COLLECTIV INTEREST and  
PIN AIDED ACCESS TO BANK ACCOUNT and ALLOCATION OF BURDEN  
OF PROOF,,***

**Levent BÖRÜ\***

Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8; Alman Medeni Kanunu (BGB) §§ 134,66 1a; Tüketici Haklarının Her Tür İhlaline Karşı Müdahalenin Meni Davası Kanunu (UKlaG) § 3 I No: 1; Haksız Rekabet Kanunu (UWG) § 8 II No: 3.

1. Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8’e göre, tüketicinin korunabilmesinin gerekliliği, kişisel menfaatin yanında kollektif (toplu) menfaatin gerçekleştirilmesine de hizmet ediyorsa ve bu durum menfaatin uygulanmasını etkin kılıyorsa, alacakların tüketici örgütleri vasıtasıyla dava yoluyla tahsili mümkündür.

2. Kapkaç suretiyle çalınan ec-kartlarının kötüye kullanılmasında ispat yükünün dağılımı ile ilgili BGHZ 160, 308 = NJW 2004, 3623 kararına bağlı kalınır.

Alman Federal Temyiz Mahkemesi’nin (BGH) 14.11.2006 tarihli kararı<sup>1</sup> XI ZR 294/05 Düseldorf İstinaf Mahkemesi Kararı üzerine (OLG).

**Dava Konusu Olay:**

Davacı, tüzüğüne uygun olarak tüketici menfaatlerini dikkate alan ve koruyan hukuki fiil ehliyetine sahip bir tüketici kuruluşudur. Davacı, kaybo-

\* Arş.Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul-İcra ve İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı.

<sup>1</sup> Bu karar için bkz. NJW 2007, S. 9, s. 593 vd; ayrıca bkz. www.beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 05.11.2011).

lan ec-kartlarının kötüye kullanılmasında ispat yükünün dağılımının açıklanması için çaba gösterir. Bu amaçla davacı, davalı banka (Sparkasse) aleyhine toplu dava açarak, bankamatiklerden müşterilerle, önceden kapkaç yolu ile çalınan ec-kartları, s-card'ları veya bankamatik (Sparkassen) kartları ile doğru PIN numarası kullanılarak uygun miktarlarda çekilen paralardan sonra, müşterilerinden ondokuzunun vekâletiyle davalıdan, davalının müşteri hesaplarına borç olarak yüklediği toplam 13553,58 Euro tutarındaki meblağın tekrar alacak hanesine havale edilmesini talep etmektedir. Taraflar, müşteri alacaklarının Hukuki Danışmanlık Kanununa göre izne sahip olmayan davacıya devrini, Hukuki Danışmanlık Kanunu'nun ihlalinin dolaylı devrin hükümsüz olup olmadığını veya davacının Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8'e dayanarak istinaf kanun yoluna başvurup başvuramayacağını tartışmaktadırlar. Somut olayda davacı, davalının, kartların kaybı ile kendisinin bankamatiklere başarılı bir şekilde müdahalesi arasındaki kısa zaman aralığı dikkate alındığında ilk görünüşte, müşterilerin kartlarını ve PIN numarasını kullanmada özen yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesi ile açıkladığı borç kayıtlarına itiraz etmiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi davayı reddetmiştir; istinaf kanun yolu başarısız olmuştur (OLG Düsseldorf, NJW-RR 2006, 127 = WM 2006, 32). Temyiz kanun yolu başarılı olmuştur; bu durum kararın iptaline ve hakkın iadesi sonucuna neden olmuştur.

### **Gerekçe:**

Davacı İstinaf Mahkemesinin (BerGer) görüşünün aksine aktif dava ehliyetine sahiptir. Davacı, Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8 hükmüne dayanarak istinaf kanun yoluna başvurabileceğinden, Hukuki Danışmanlık Kanunu'nun ihlali söz konusu değildir.

[1] İstinaf Mahkemesi (BerGer) isabetli olarak ve şüphesiz, davacının tutumunun tahsil amacıyla devredilen alacakların usulüne uygun olarak tahsilini Hukuki Danışmanlık Kanunu § 1 I hükmüne göre izin yükümlüğü altında bulunmasından hareket etmiştir. Fiili yapan kişinin iş ile ilgili fiilini bir kez yapması ile veya fiilin devamının ayrılmaz bir parçası olması amacıyla birden çok kez yapması ile ortaya çıkan sonuç arasında bir fark yoktur. Zira, bu durum ücretsiz ve kazanç sağlama amacı olmadan gerçekleşse bile, bu hüküm usulüne uygundur (vgl. BGH, NJW-RR 2005, 286 = WM 2005, 102, 103 ; Chemnitz/Johnigk, RBerG, 11. Aufl., Art. 1 § 1 Rdnr. 102; Weth, in: Hens-

sler/Prütting, BRAO, 2. Aufl., Art. 1 § 1 RBerG Rdnr. 35). Davacı, somut olaya özgü topluluk davası yönteminde kredi kartlarının kötüye kullanılmasında ispat yükünün dağılımının mahkemece açıklanması gerektiği görüşündedir.

[2] Keza İstinaf Mahkemesi (BerGer) isabetli olarak, böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde, salt Medeni Kanunu'nun § 134 hükmüne göre, devre ilişkin tazminat alacaklarının icrası için yapılan sözleşme hükümlerinin değil, aynı zamanda alacakların davacı tarafından usulüne uygun mahkemece yerine getirilmesini mümkün kılan hakların geçişine ilişkin devir işlemi de hükümsüz kılacağından, davacının Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 I ihlaline dayanarak aktif dava sıfatının olamayacağını kabul etmiştir (vgl. BGHZ 47, 364, 369 = NJW 1967, 1759; BGHZ 61, 317, 324 = NJW 1974, 50; BGH, NJW 1995, 516 = WM 1993, 2214; NJW 2004, 2516 = WM 2004, 1974, 1975).

[3] İstinaf Mahkemesi (BerGer), sonuçta temyiz kanun yoluna itirazın başarılı olduğu gibi, Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8'in istisna hükmünün şartlarını somut olay için haksız bularak reddetmiştir. Bu hükme göre yabancı olup tahsil amacıyla devredilen tüketici alacaklarının, tüketiciyi koruma anlamında gerekliliği söz konusu ise, tüketici örgütlerince veya kamu yararına devlet tarafından desteklenen tüketici dernekleri vasıtasıyla, görev alanı çerçevesinde, dava yoluyla tahsil edilmesi mümkündür. Gerçi İstinaf Mahkemesi (BerGer) buna ek olarak, böyle bir gerekliliğin tüketici hakları ile ilgili salt tüketicinin menfaatine ilişkin her olayda kabul edilmesini, aksine tüketici derneğinin devreye girmesi için bundan da öte haklılığını ispat etmesi gerektiği görüşündedir. İstinaf Mahkemesi (BerGer), bu haklılığın ispatında çok yüksek taleplerde (şartlarda) bulunmuştur.

[4] Yüksek Yargı Kararlarında ve doktrinde, Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8 anlamında, topluluk davasının açılabilmesine ilişkin tüketiciyi koruma anlamında gereklilik için hangi ölçünün kullanılacağı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.

[5] İstinaf Mahkemesinin (BerGer) gereklilik unsuru için yüksek şartları (vgl. bereits OLG Düsseldorf, NJW 2004, 1532 = WM 2004, 319) doktrinde de kısmen savunulmaktadır. Buna göre, tüketici örgütleri vasıtasıyla dava yoluyla alacak tahsilinin uygulama alanı, örneğin Medeni Kanun § 661a'ya göre kazanç vadeden istisnai durumlarla sınırlanmıştır (Chemnitz/Johnigk, Art. 1 § 3 Rdnr. 471.1) ve özellikle yukarıda belirtilen durumda dava açılmamış olma-

lıdır (Schebesta, WuB VIII D.Art. 1 § 3 RBerG 2.06; LG Frankfurt a.M. ZIP 2006, 463). Frankfurt Asliye Hukuk Mahkemesi (LG), kredi kartlarının kötüye kullanılması hallerinde, topluluk davasının açılabilmesine ilişkin tüketiciyi koruma anlamında gerekliliği gerekçeli olarak reddetmiştir, çok sayıda tüketici için belirli bir hukuk sorununun genel açıklamasını hedef almayacak şekilde, bu konuya ilişkin ilk görünüş ispatının her defasında şahsen incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

[6] Doktrinde ve yüksek yargı kararlarında diğer bir görüş de Hukuki Danışmanlık Kanunu § 1 § 3 No: 8 anlamında topluluk davasının açılabilmesine ilişkin tüketiciyi koruma anlamında gereklilik unsuru için daha makul şartların yerine getirilmesi gerektiğidir.

[7] Bir görüşe göre, gerekliliğin niteliği kendi başına içerikli bir icazet şartı içeremez, aksine sadece tüketici örgütleri vasıtasıyla izne tabi olamayan hukukun temini için temel şartı ifade eder; buna uygun olarak topluluk davası, tüketicilerin tek tek menfaatlerine (çıkarlarına) değil, genel menfaatlerine (çıkarlarına) hizmet etmelidir. Tüketici örgütleri vasıtasıyla alacağın dava yoluyla tahsil edilebilmesinin sınırı, ana tüzüğün amaçları ve kamusal araçlarla yapılan bir destekleme şartının iç tüzüğü vasıtasıyla belirlenmesi gerekir.

[8] Temyiz kanun yolunda temsil edilen diğer bir görüşe göre, Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8'deki hali, salt izin alma yükümlülüğünden muaf tutulma olarak anlaşılmalı, bilakis Tüketici Haklarının Her Tür İhlaline Karşı Müdahalenin Meni Davası Kanununa (§ 3 I Nr. 1 UKlaG) veya Haksız Rekabet Kanununa (UWG§ 13 II Nr. 3 a.F.bzw. UWG n.F. § 8 II Nr. 3) göre dava takip yetkisi bağlamında görülen tüketici örgütlerinin kendi dava takip yetkilerini gerekçelendirmesi olarak anlaşılmalıdır. Bu ölçüde uygun olarak, dava ile takip edilen kişisel menfaatler yanında kolektif bir durum söz konusu ise, bu tüketicinin menfaatlerinin tehlikede olmasının yanında tüketicinin korunmasının esasa ilişkin bir bağlantısının da var olduğu gözetilmelidir (vgl. Micklitz, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., Aktualisierungsbil.: UKlaG Rdnrn. 28 ff. ; ders., VuR 2005, 34, 36 f. ; ders./Beuchler, NJW 2004, 1502, 1503 f.; Kleine-Cosack, RBerG, Art. 1 § 3 Rdnr. 56; vgl. auch Erbs/Kohlhaas, Strafrechtl. Nebengesetze, Stand: 158. Erg.-Lfg. R 55, § 3 Rdnr. 22).

[9] Son olarak üçüncü bir hukuki görüş, gereklilik unsurunun niteliğini sınırlı ek kanuni ölçüt olarak ele alınması gerektiğini, ancak bunun da İsti-

maf Mahkemesine nazaran gereklilik unsurunun sağlanmasının daha az şartlarla yerine getirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, örneğin bir tüketici örgütü, dava konusu ile ilgili açıklama getirme gücü daha yüksek olduğu, daha etkili bilgilere sahip olabildiği veya ispat potansiyeli hukuki görüş bakımından en ince teferruatına kadar daha esaslı inceleyebildiği için, topluluk davasının açılması bireysel davaların açılmasından daha etkili sonuçlar doğurur. Zira, topluluk davasının açılması sadece tüketici örgütünün menfaatlerine bağlı olmayıp, aynı zamanda zarara uğramış tüketicilerin bireysel menfaatlerini de gerektirir. İşte böyle bir durumda tüketici örgütünün mutlak surette devreye girmesi gerekir (vgl. LG Bonn, NJOZ 2005, 2202 = BKR 2005, 195 = WM 2005, 1772, 1773 ff. ; zust. Beuchler, WuB VIII D.Art. 1 § 3 RBerG 1.06; Derleder, EWIR 2005, 579; Knerr, in: jurisPK-BGB, 2. Aufl., Internet-Aktualisierung, § 398 Rdnr. 63; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 134 Rdnr. 21).

[10] Kurul sözü edilen son görüşü benimsemektedir.

[11] Gerekliliğin niteliğine müstakil bir yorum getirmeyen bu görüşe, Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8'in lafzı, düzenlenmesi ve oluşumu bakımından karşı görüş getirilmiştir. Gereklilik unsuru kavramı, tüketici örgütünün devreye girmesinin sadece genel tüketici menfaatiyle ilgili olmaması, aksine daha çok menfaatlerin kabul ettirilmesi için bildirilmesini veya sunulmasını sözlü olarak ifade eder. Bundan başka Hukuki Danışmanlık Kanunu § 1 § 3 No: 8'e göre, zaten gerek dava (yargı) yoluyla gerekse de dava (yargı) dışında barışı sağlamayı amaçlayan tüketici örgütünün dava açabilmesi için şart, menfaat ihlalinin tüketici örgütünün görev alanı içerisinde olmasını gerektirir. Böylece genel tüketici menfaati alanına girilmiş olur. Dava yoluyla yapılacak alacağın tahsili için özel olarak ek anlam verilmeyecekse, gereklilik unsuruna ayrıca özel bir anlam yüklemeye gerek yoktur.

[12] Kanun koyma usulünün işleyişi de böyle bir sınırlamayı tavsiye etmektedir. Zira, eski kanun tasarısında da alacağın dava yoluyla tahsili henüz sınırlanmamıştı; yani alacağın dava yoluyla tahsili Hukuki Danışmanlık Kanunu'nun izin yükümlülüğünün yanında gereklilik şartına ilave olmaksızın serbestti. Şüphesiz kanunun gerekçesinden kanun koyucunun, buraya kadar müdahalenin meni davasıyla sınırlı olmak üzere, talebin düşük olması sebebiyle tüketiciye bireysel davalar için cazip gelmeyen ödeme (ifa) davalarına yayma niyeti sonucu çıkmaktadır (BT-Dr 14/6040, s. 277). Bu düzenleme

ile amacını kanunda da ifade etmek ve aynı zamanda açıklamak için, tüketici örgütlerine basit tahsilat fiilleri için izni verilmemesi, aksine alacak devirlerinin, tüketiciyi koruma bağlamında olması ve açık bir talebin icrasıyla tüketiciyi koruma karşılığı uygulamaları kaldırma amacına sahip olması gerektiği, Hukuk Komisyonunun teklifi üzerine gereklilik kriterine tamamlayıcı olarak ilave edilmiştir (BT-Dr 14/7052, s. 210).

[13] Temyizdeki görüşünün aksine Hukuki Danışmanlık Kanunu § 1 § 3 No: 8 ruhen ve amaç olarak gereklilik unsurunun niteliğine özel talepler vazetmeye karşı değildir. Temyiz Mahkemesi, bu taleplerin İstinaf Mahkemesinin şartları (talepleri) kadar yüksek tutulmadığı takdirde onay vermektedir.

[14] Temyizdekinden farklı görüş olarak, Haksız rekabet Kanunu (UWG) ve Tüketici Haklarının Her Tür İhlaline Karşı Müdahalenin Meni Davası Kanunu (UKlaG) uyarınca Müdahalenin Meni Davası için tüketici örgütlerinin dava takip yetkisinin geniş yorumu (vgl. BGH, NJW 1989, 2820 = GRUR 1989, 753, 754; NJW-RR 1990, 359 = GRUR 1990, 280 281; Hefermehl/Baumbach, WettbewerbsR, 22. Aufl., § 13 UWG Rdnrn. 41, 43; Meckel, in: Heidelberger Komm. z. WettbewerbsR, § 13 UWG Rdnrn. 37 ff.; Erdmann, in: Jacobs/Lindacher/Teplitzky, UWG-Großkomm., § 13 Rdnr. 102; Teplitzky, Wettbewerbsrechtl. Ansprüche u. Verfahren, 8. Aufl., 13. Kap. Rdnr. 31b zu § 13 UWG a.F.; Fezer/Büscher, LauterkeitsR, § 8 UWG Rdnr. 218; Bergmann, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 8 Rdnr. 299; Walker, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Anwaltkomm. SchuldR, § 2 UKlaG Rdnr. 6) Hukuki Danışmanlık Kanunu § 1 § 3 No: 8'e kıyas yoluyla aktarılamaz.

[15] Kanun koyucu, alacakların tahsilini, Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8'deki izin verme yükümlülüğünden muaf tutmakla, tüketici örgütlerine esas itibarıyla, şu an caiz olan müdahalenin meni davasından da ileri haklar vermiştir. Bu şekilde, tüketici örgütleri, tüketici menfaatlerinin kazanılması amacıyla ödeme (ifa) davası aracılığıyla (vgl. BT-Dr 14/6040, s. 277) tüketicinin haklarını kullanmışlardır. Ancak bununla birlikte, tüketici örgütlerine, Haksız Rekabet Kanununa (UWG) ve Tüketici Haklarının Her Tür İhlaline Karşı Müdahalenin Meni Davası Kanununa (UKlaG) ilişkin düzenlemeleri ile bağımsız bir dava takip yetkisi sağlanmak istenilmiştir.

[16] Haksız Rekabet Kanunu § 13 II için (UWG a.F, şimdi UWG § 8 III) genel görüşe göre, tüketici örgütlerine sadece bir dava ile ilgili dava takip yetkisi verilmemiştir. Hüküm, bundan da öte tüketici örgütlerinin dava sıfatla-

rını maddi-hukuki bir yetki ile donatmak suretiyle gerekçelendirilmiştir. Haksız Rekabet Kanunu (UWG) § 8 III No: 3'deki güncel düzenlenmesinde kanun koyucu bunu, aynen Tüketici Haklarının Her Tür İhlaline Karşı Müdahalenin Meni Davası Kanunu'nda (UKlaG) § 3 I No: 2 olduğu gibi, lafzi olarak açıkça ifade etmiştir (vgl. BGHZ 41, 314, 317 f. = NJW 1964, 1369; BGHZ 133, 316, 319; BGH, NJW-RR 2005, 1128, 1129; Fezer/Büscher, § 8 Rdn. 216 f.; Gloy, in: Loschelder, Hdb. d. WettbewerbsR, 3. Aufl., § 21 Rdnr. 45, 49, 56 f.; Bergmann, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 8 Rdnrn. 261 f.; Erdmann, in: Jacobs/Lindacher/Teplitzky, § 13 Rdnrn. 15 ff.; Köhler, in: Bornekamm, WettbewerbsR, 24. Aufl., § 8 UWG Rdnr. 3.9; vgl. auch Teplitzky, 13. Kap. Rdnr. 12c). Bundan farklı olarak kanun koyucu alacağın tahsili için hiçbir tüketici örgütünün dava sıfatını ve dava takip yetkisini ima etmemiştir, aksine esaslı bir izin yükümlülüğünden ikinci bir istisnai durum formüle etmek ve bunu Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBERG) § 1 § 3'ün, esas itibarıyla dar anlamda yorumlanması gereken (vgl. BGH, NJW 1974, 1374 [1375]; Chemnitz/Johnigk, Art. 1 § 3 Rdnr. 345; Weth, in: Henssler/Prütting, Art. 1 § 3 RBERG Rdnr. 1) istisnai durumuna eklemek ve devredilen hakkın yetkisinde bırakmak için kendini sınırlamıştır.

[17] Temyizde, genel olarak tüketici örgütlerinin dava takip yetkisi vasıtasıyla vekâletnamelerinin teslimi ile (yetkilerin onayı) ve bununla birlikte devredilen hak ile davanın açılmasını gerekçelendirilebilmektedir; bu sebeple tüketici örgütü, yedieminli hak sahibi olarak dava açabilir (vgl. BGHZ 48, 12, 15 = NJW 1967, 1558; BGHZ 89, 1, 2 f. = NJW 1984, 2220; Lindacher, in: Münch-Komm-ZPO, 2. Aufl., Vorb. § 50 Rdnr. 60; Musielak/Weth, ZPO, 4. Aufl., § 51 Rdnrn. 33 f.; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., Vorb. § 50 Rdnr. 58; Zöllner/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl., Vorb. § 50 Rdnrn. 60 f.). Bu durumda da dava takip yetkisinin esas dayanağı, tüketici örgütünün kendi hakkı değil, aksine bundan başka, kendi açısından etkili olması gereken ve böylece Hukuki Danışmanlık Kanunu işleyişinin de göz önüne alındığı alacağın devridir (vgl. BGH, NJW 1995, 516 = WM 1993, 2214; Zöllner/Vollkommer, Vorb. § 50 Rdnr. 61; BGHZ 89, 1, 3 f. = NJW 1984, 2220). Ayrıca Federal Temyiz Mahkemesi Kurulunun (BGHZ 89, 1, 3 f. = NJW 1984, 2220) temyiz tarafından yürütülen kararı lehtedir. Buna göre ne tüketici örgütü üyeliği, ne de tüketici örgütünün üyelerinin ekonomik menfaatlerini temsil ettiği bir tüzük hükmü, doğrudan doğruya davanın yürütülmesi ile ilgili bir dava takip yetkisini ihtiva etmektedir. Açık gerçek, davacının tüketici menfaatlerinin dikkate alın-

masını görevleri arasında sayılmadığı ve davanın bu çerçevede yürütülmesini, davacının aktif dava sıfatını, fazladan üye olmayanların talepleri için de sebep gösterilmemesidir.

[18] Aynı şekilde, temyiz aşaması da Federal Temyiz Mahkemesinin içtihadına dayanılarak başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Temyiz Mahkemesi, Hukuki Danışmanlık Kanunu § 1 § 3 No: 8'i şu şekilde yorumlamıştır: Temel alınan alacak devrinin dava üzerindeki etkisi üzerinde maddi tesiri olmaksızın salt saf şekli bir kurum olan dava takip yetkisinin bir düzenlemesidir. Ayrıca, topluluk davasının açılması için bir sebep olmadığı halde davanın açılması ile de zamanaşımı kesilmez. Zira, bu, sistem karşıtı bir dava takip yetkisinin var olduğunu kabul etmeyi de haklı çıkarmaz. Kanun koyucu, daha önceden de açıklandığı gibi, Hukuki Danışmanlık Kanunu § 1 § 3 No: 8'inde ilke olarak tüketicinin korunmasının amaçlamasına rağmen, hükümde sadece haktan türetilmiş bir dava açabilme imkânı ile yetinmiştir. Ancak bu durum genel olarak, devrin maddi hukuk anlamında etkisi olmaması gözetilmeksizin maddi anlamda yetkili olmayan bir kimse tarafından alacak devredilmiş ve dava açılmışsa, davanın açılmasının zamanaşımını kesip kesmeyeceği riskini de içinde barındırır.

[19] Aynı zamanda, tahsilat bürolarında dava (yargılama) dışı borç tahsil yetkisinden, Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBERG) § 1 § 1 I 2 No: 5'e göre, kendi yetki alanı çerçevesinde hak kazandığı alacakları kendi adına bir avukat vasıtasıyla da mahkemede ileri sürülebilecek bir yetki türetilbilir (vgl. BGH, NJW 1996, 393 = WM 1996, 22; NJW 1994, 997 = WM 1994, 453, 455; NJW-RR 2001, 1420 = WM 2000, 2423, 2425). Bunun sebebi, devredilen alacakların dava edilememesinin düşünülmesi halinde, onlara verilen dava (yargılama) dışı alacak tahsili yetkisinin geniş ölçüde önemsiz duruma gelmesidir. Bu gerekçelendirme tüketici örgütlerine de devredilemez. Gerçi Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBERG) § 1 § 3 No: 8'e göre dava (yargılama) dışı borç tahsilatı da mümkündür (vgl. Erbs/Kohlhaas, R 55, § 3 Rdnr. 22; Weth, in: Henssler/Prütting, Art. 1 § 3 RBERG Rdnr. 62). Tahsilat bürolarındakinden farklı olarak, sadece Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBERG) § 1 § 3 No: 8'te sözü edilen şartlarla mahkemece uygun görülen borç tahsilatına izni verilirse onlara ancak, etkili bir çalışma yapma kalır. Böylece ne onların dava (yargılama) dışı eylemine (fiiline) herhangi bir biçimde dokunulmuş olur, ne Haksız Rekabet Kanunu (UWG) ve Tüketici Haklarının Her Tür İhlaline Karşı Müdahalenin Meni Davası Kanunu'na (UKlaG) göre müdahalenin meni davasının



açılması ile ilgili yetkileri zedelenmiş olur. Alacakların dava yoluyla tahsili de onlar için sadece belli bir sınırlamaya tabi tutulur, ancak tamamen devre dışı bırakılmaz. Kaldı ki kanun koyucu bu sınırlamayı, ayrıntılı bir şekilde daha önce açıkladığı üzere, bilerek mutlak bir tahsilat eyleminin sınırı içine dahil etmiştir (BT-Dr 14/7052, s. 210) ve böylece tüketici örgütlerindeki alacak tahsiline dair yetkinin başka ve daha dar şartlara bağlanmasını netleştirmiştir.

[20] Hukuki Danışmanlık Kanunu'nun uygulanmasında dikkate alınan anayasa hukuku ile ilgili uygulamalar da, başka bir şekilde değerlendirilemez (vgl. BVerfGE 97, 12, 27 ff. = NJW 1998, 3481; BVerfG, NJW 2002, 1190 = VersR 2002, 1123, 1124; NJW-RR 2004, 1570; BGH, NJW 2000, 2108 = WM 2000, 1466, 1467 f. ). Buna göre dava (yargılama) dışı alacak tahsiline yönelik izin, (BVerfG, NJW-RR 2004, 1570, 1571) kısmi alanlarda hukuki danışmanlık ve teminat için yetkiyi de üstlenmeyi içerir. Tüketici örgütlerine, mahkeme yoluyla alacak tahsil yetkisi, ancak beyan edilen anlamda sadece gereklilik koşulu altında verilirse, ayrıntılı bir şekilde daha önce açıklandığı gibi, tüketici örgütlerinin etkili bir şekilde çalışması ile mümkün kılınabilir. Ayrıca Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG) de bir alacağın tahsilinin tüketici örgütü vasıtasıyla dava ile talep edilebileceği görüşündedir. Ona göre, maddi hesaplaşmadan sonra zarara ilişkin tazminat taleplerinin bir temel hukuk sorununun aydınlatılmasındaki, davacı tüketici örgütünün menfaati ile talep sahiplerinin bireysel menfaatlerinin aynı davada birleştirilebileceğidir (vgl. BVerfG, NJW 2000, 1251 = WM 2000, 137, 138, m. zust. Anm. Henssler/Frik, WuB VIII D.Art. 1 § 1 RBerG 2.00).

[21] Fakat diğer yandan İstinaf Mahkemesi (BerGer)'nin dar yorumu, kanun koyucunun topluluk veya örnek niteliğindeki ödeme (ifa) davalarıyla tüketicinin korunmasını ihlal eden eylemlere (fiillere) karşı tüketici örgütlerince incelemelerde bulunma imkânının sağlanması ile çelişmektedir (vgl. BT-Dr 14/7052, s. 210). Bu durum Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8 anlamında gereklilik için ağır (yüksek) şartların bulunmasına sebep olduğundan, mahkemece kararlaştırılan alacak tahsili ile ilgili olarak tüketici örgütlerinin dava takip (açma) yetkisi, sadece sınırlı bazı özel hallerde söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple, kanun koyucunun niyetinin hesaba katılması ve dava açma imkânına daha geniş bir uygulama alanı yaratılmak için, hükme ikinci bir yorum önerilmiştir.

[22] Tüketicilerin, yabancı olup tahsil amacıyla devredilen alacaklarının tüketici örgütleri vasıtasıyla Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 §

3 No: 8'e göre tüketicinin korunması bağlamında dava yoluyla takibi, sadece bir veya daha çok tüketicinin kişisel (bireysel) ekonomik menfaatinin icrasına değil de, tüketicilerin kollektif (toplu) menfaatine hizmet edecekse ve tüketici örgütünün devreye girmesi tüketicilerin kollektif menfaatlerinin icrasını daha da etkili kılacaksa, gereklidir. Her şeyden önce bu durum, o anki tüketici sorunlarının, kişisel dava yoluyla dışlanmamasını, fakat gerçekte münferit tüketiciyi bundan alıkoymaya uygun hal ve şartların mevcut olması halindeki durumdur. Bu durum için gerekli olan belgeler vasıtasıyla belirsiz olmayan hukuk sorunlarından dolayı veya Medeni Kanun (BGB) § 661a n.F'deki gibi, ister davalının kişiliğine binaen, ister gerekli belgelerin temini sebebiyle olsun, bu tür hal ve şartlar için daha az talepte bulunulması (BT-Dr 14/6040, s. 277) aynı zamanda orantısız yüksek dava masraflarına yol açmamalıdır.

[23] Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8'e göre, tüketicinin korunması bağlamında söz konusu olan bu dava tüketicinin korunmaya değer menfaatinin mutlak surette var olmasını gerektirir.

[24] Devredilen alacakların dava yoluyla tahsili sadece tüketicilerin kişisel ekonomik menfaatlerinin icrasına değil, aynı zamanda kollektif (toplu) tüketici menfaatine de hizmet etmelidir. Federal Temyiz Mahkemesi'nin kötüye kullanılan ec-kartlarının ispat yükünün dağılımına dair kararına göre (BGHZ 160, 308, 314 ff = NJW BGH), kollektif menfaatlerde tüketici örgütleri vasıtasıyla alacak tahsili, PIN destekli banka hesabına müdahale ve ispat yükünün dağılımı gerçekte, davalı tarafından kullanılan şifreleme sisteminin ilk görünüş ispatı için yeterli bir güvenlik düzeyi sunup sunmadığı sorunu olarak ortaya çıkar. Bu sorunun mağdur durumundaki tüketicilerin hukuki durumları için kıyaslanabilir olay akışıyla ilgili kesin etkisi vardır. İstinaf Mahkemesinin görüşünden farklı olarak bu sadece münferit bir olayın sorunu değildir. Uygun şifreleme sistemi kullanan bu tür kredi kurumlarının ve davalı müşterilerinin tümünün menfaati etkilenmiştir.

[25] Müşteriyi, tüketicinin korunması ile ilgili bu sorun için, topluluk davası yerine bireysel olarak dava yoluyla takibini engelleyen uygun şartlar da mevcuttur. İstinaf Mahkemesinin görüşünün aksine, davacının ayrıntılı açıklamasına gerek kalmadan tek tek devredenlerin zararlarının yüksekliğinden bu durum ortaya çıkmaktadır. Davacıya devredilen tazminat talepleri, ekseriyetle 500 ile 1000 Euro arasında değişmektedir. Gerçi burada, dava açmanın ekonomik olmadığı, dikkate alınmayacak kadar küçük meblağların söz

konusu olmadığı da söylenemez. Alacakların miktarı, her devreden münferiden mahkeme için yapmak zorunda kalacağı ve her bir tüketici açısından 500 ila 1000 Euro arası geri ödeme talebine karşı davalının şifreleme sisteminin güvenilirliği hakkında gerekli olan bilirkişi raporu açısından orantısız görünen olası dava masrafları bağlamında belirlenecektir.

[26] Buna, hem teknik açıdan hem de, mahkemeyi o anki şifreleme tekniğinin güvenilirliği hakkında delillerin sunulması hususunda tam olarak ikna edebilmek için, bu duruma paralel yürüyen diğer zarara sebep olan olayların ispatı için gerekli belgeler de eklenir. İstinaf Mahkemesinin (BerGer) görüşünden farklı olarak burada söz konusu olan, sadece tüketici örgütünün devreye girmesini haklı çıkarabilen taleplerin yığılmasının etkisi değildir. Tüketici örgütlerinin görevi, tüketiciyi, kendisinin pazara ilişkin görüşü sebebiyle hak kaybına uğramaktan korumaktır (vgl. BT-Dr 7/4181, s. 5). Burada tüketici örgütünün devreye girmesi, şüphesiz, bireysel tutumundan dolayı zarara uğramış tüketici karşısında, yaygın veya uzman bilgilerinin akışı için haklı olabilir. Tüketicinin, örgüt ile ilgili bilgilerini devretmeden de isteyebilmesi ve böylece kişisel olarak açılan davada da bunun devrinin kolaylaşacağıdır. Soyut imkân olarak, önceden açıklandığı üzere, kişisel bir dava ile tüketiciyi korumada önemli sorunlarla karşılaşılabilir. Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8 anlamında, topluluk davasının açılması, tüketiciler açısından tüm şartlar nedeniyle daha etkili ve amaca götürücü görünüyorsa, topluluk davasının gerekliliği tek başına dışlanmamalıdır.

[27] İstinaf Mahkemesinin kararı ilk aşamada kaldırılabilirdi (ZPO § 562 I) ve dava yeniden görülmek ve karara bağlanmak üzere Temyiz Mahkemesine geri gönderilebilirdi (ZPO § 563 I 1).

[28] İstinaf Mahkemesi, davalı tarafından kullanılan şifreleme sistemi olayındaki ilk görünüş ispatı ile ilgili gerekli tespitleri yapacaktır. Aynı şekilde davanın geri gönderilmesi davacıya, tekrar davada ileri sürülen ödeme talebini (hakkını) devretme imkânı verir. Bu talep (hak), aynı zamanda haksız olarak borçlandırılan banka hesaplarının alacak olarak kaydedilmesi halinde veya hesap sahiplerinin (mudiler) kredi hakkından yararlanabilmesi halinde mevcuttur (vgl. BGHZ 121, 98, 106 = NJW 1993, 735; BGHZ 164, 275, 278 = NJW 2006, 294).

[29] Federal Temyiz Mahkemesi tarafından talep edilen geri gönderilme hali, Asliye Hukuk Mahkemesinde söz konusu olamazdı. İlk derece mah-

kemesine kararın geri gönderilmesi, ancak Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 563 III'e göre, İstinaf Mahkemesinin, Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 538 III'e göre, kararın doğrulanması için geri gönderebildiği ve yapmak zorunda kaldığı takdirde mümkündür (vgl. BGHZ 16, 71, 82 = NJW 1955, 337; BGH, NJW 1992, 2099 = WM 1992, 984, 986; NJW-RR 1994, 379 = WM 1994, 863, 868; Musielak/Ball, ZPO, 4. Aufl., § 563 Rdnrn. 3, 21, 25 f.; Zöllner/Gummer, ZPO, 25. Aufl., § 563 Rdnr. 1). Aktif dava sıfatının yanlış olarak, kabul edilmemesinden dolayı davanın hatalı bir şekilde reddedilmesi, İstinaf Mahkemesinin istisnai bir şekilde ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine izin verdiği, Medeni Usul Kanunu'nda (ZPO) § 538 II, tek tek sayılan listelenen durumlar arasında sayılmamaktadır. Aynı şekilde, özellikle söz konusu olayda verilen karar için, sadece dava sebebi üzerinden (§ 538 II No: 4 ZPO) veya sadece davanın usulden kabulü üzerinden (§ 538 II No: 3 ZPO), Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 538 II'nin uygulanması, Federal Temyiz Mahkemesi içtihadına göre, tüm davanın aydınlanması bakımından belirli şartlar altında davanın ikinci derece mahkemeye gönderilmesine istisna tutulabilir (vgl. BGH, NJW 1975, 1785; Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., Aktualisierungsb., § 538 Rdnr. 51; Musielak/Ball, § 538 Rdnr. 23; Zöllner/Gummer/Heßler, § 538 Rdnr. 41).

## **KISALTMALAR CETVELİ**

Aufl.	: Auflage
BerGer	: Berufungsgericht
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bkz.	: Bakınız
BT	: Deutscher Bundestag
BTDr	: Bundestagsdrucksache
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
ec-Kart	: electronic cash Kart
f.	: folgende
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
LG	: Landgericht
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechung sreport
OLG	: Oberlandesgericht
UkLaG	: Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen
UWG	: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
RBerG	: Rechtsberatungsgesetz
Rdnr	: Randnummer
S.	: Sayı
s.	: Sayfa/ Seite
vd	: ve devamı

vgl.	: vergleiche
WM	: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
WuB	: Wirtschafts- und Bankrecht
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	: Zivilprozessordnung