

ALMAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİ 3. HUKUK DAİRESİ'NİN

27 AĞUSTOS 2020 TARİHLİ KARARI*

ÖLEN KİŞİNİN KULLANICI HESABINA MİRASÇILARIN TAM
ERİŞİM HAKKI VE SOSYAL AĞ SAĞLAYICISININ
BUNA İLİŞKİN SORUMLULUĞU**

Çevirenler:

Ahmet GÖK, LL.M.***

Dr. Öğr. Üyesi Hakkı Mert DOĞU****

Karar ve Gerekçesi:

Karar:

Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH) 3. Hukuk Dairesi, 27 Ağustos 2020'de Başkan Hâkim Dr. Herrman, Hâkim Dr. Remmert, Hakimler

*

BGH III ZS 30/20

Borçlu, kesinleşmiş olan Berlin Eyalet Mahkemesi (LG)'nin 17 Aralık 2015 tarihli ilamıyla, Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH) (12 Temmuz 2018 tarihli III. ZS 183/17 sayılı ilamı– Basın Açıklaması 115/18) tarafından da onanmış olan, mirasçılar olarak ölmüş sosyal ağ katılımcısının ebeveynine kullanıcı hesabının tamamına ve kızlarının hesabında depolanan iletişim içeriklerine erişim sağlamaya mahkûm edilmiştir. Borçlu bunun üzerine alacaklıya (ölenin annesine) 14.000 sayfadan fazla PDF verisi içeren flaş bellek göndermiştir. Ancak eyalet mahkemesi borçlunun 17 Aralık 2015 tarihli ilamından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle, borçluya karşı, alacaklının başvurusu üzerine 10.000 Avro'luk ödenmesi gereken bir tutar tayin etmiştir. Bunun üzerine cebri icra borçlusu "Facebook", üst mahkemeye (Berlin Yüksek Eyalet Mahkemesi- KG) acele itirazda bulunmuş ve itirazı kabul edilmiştir. Sonrasında icra alacaklısı mirasçı bu karara karşı temyiz yoluna başvurmuş ve ilgili hüküm tesis edilmiştir.

**

DOI: 10.33432/ybuhukuk.809179 – Geliş Tarihi: 12.10.2020 – Kabul Tarihi: 29.12.2020.

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel Doktora Öğrencisi, ahmetgoklaw@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0201-9007.

KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, mert.dogu@karatay.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4695-9623.

Dr. Arend ve Dr. Böttcher ve ayrıca Hâkim Dr. Kessen tarafından aşağıdaki hüküm kurulmuştur:

Alacaklının temyiz başvurusu üzerine yüksek eyalet mahkemesinin ve 21. Hukuk Dairesinin 9 Aralık 2019 tarihli ve 21 W 11/19 sayılı ilamı bozulmuştur. Borçlunun, Berlin Eyalet Mahkemesi'nin (20. Hukuk Dairesi) 13 Şubat tarihli ve 20 O 172/15 sayılı ilamına karşı acele itirazı reddedilmiştir.

Borçlu, itiraz davası ve kanun yolu giderlerini üstlenmelidir.
Değer: 5.000 Avro

Gerekçeler:

1. Taraflar, davalı sosyal ağ sağlayıcısında bulunan bir hesaba erişim ile ilgili uyuşmazlık içinde bulunmaktadır. Alacaklı, ölen reşit olmayan kızının borçluda muhafaza edilen hesaba erişim ve orada depolanan iletişim içeriklerini edinme iddiasında bulunmuştur. O, babasıyla beraber miras ortaklığının üyesidir.

2. Eyalet mahkemesi 17 Aralık 2015'te miras ortaklığına, mirasbırakanın tüm kullanıcı hesabına ve onda depolanan iletişim içeriklerine erişim imkânı sağlanması için borçluyu mahkûm etmiştir (LG Berlin, ZUM-RD 2016, 471). Borçlunun istinafı üzerine yüksek eyalet mahkemesi, eyalet mahkemesinin kararını bozarak düzeltmiş ve davayı reddetmiştir. Alacaklının temyizi üzerine 12 Temmuz 2018 tarihli daire kararıyla yüksek eyalet mahkemesinin hükmünü bozmuştur ve borçlunun, eyalet mahkemesi kararına karşı olan istinafını reddetmiştir (III ZS (Hukuk Dairesi) 183/17, BGHZ 2019, 243).

3. Borçlu, 30 Ağustos 2018'de alacaklıya içinde 14.000 sayfadan fazla PDF verisi olan flaş diski göndermiştir. Bunlar, borçlunun ifadesine göre ölen kişi tarafından kullanılan, borçludaki hesaptan elde edilen verileri ihtiva etmektedir. Bu suretle borçlunun eyalet mahkemesinin 17 Aralık 2015 tarihli ilamından kaynaklanan yükümlülüklerini gerçekleştirip gerçekleştirmediği ve flaş diskte bulunan verilerin yapısal olarak ne derecede tanzim edilip edilmediği taraflar arasında ihtilafıdır.

4. Alacaklının başvurusu üzerine eyalet mahkemesi borçlunun 17 Aralık 2015 tarihli ilamından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle borçluya karşı 10.000 Avro'luk ödenmesi gereken bir para tayin etmiştir (13 Şubat 2019 tarihli karar, ZUM-RD 2019, 613). Yüksek eyalet mahkemesi borçlunun acele itirazı üzerine eyalet mahkemesinin bu kararını bozmuş ve alacaklının borçluya karşı bir cebri aracın tayinine dönük talebini reddetmiştir (9 Aralık 2019 tarihli karar, MMR 2020, 183). Yüksek eyalet mahkemesince kabul edilen borçlunun temyiz itirazları sebebiyle, alacaklı eyalet mahkemesinin kararının yeniden tesisi için istemde bulunmaktadır.

5. Alacaklının Medeni Usul Kanunu (ZPO)'nun § 574/I-1 nr. 2'ye göre uygun olan ve de diğer yerinde meşru hukuki itirazları gerekçelenmiştir.

6. 1. İtiraz mercii mahkeme, borçlunun flaş diski gönderme sorumluluğuyla mirasçının tüm kullanıcı hesabına ve onda depolanan iletişim içeriklerine erişimini sağlamasını yeterince yerine getirmiş olduğunu ortaya koymuştur. Öyle ki ZPO § 888'e göre bir cebri aracın hükmedilmesinin hukuka uygun olmadığını belirtmektedir. İtiraz mercii mahkeme:

7. *“İcra emrini yorumlayarak hangi davranışın uygun olduğunu belirlemek gerekir. Bunda icrai kararın hüküm kısmından yola çıkılmalıdır; gereken hallerde tamamlayıcı olarak karar gerekçesine dayanılmalıdır. Söz konusu ilk derece mahkemesinin kararının hüküm kısmının yorumundan, borçlunun sorumlu tutulduğu eyleminin kapsamına ilişkin tek başına açık bir sonuç ortaya çıkmayabilir. Federal Yüksek Mahkeme'nin 12 Temmuz 2018 tarihli kararının gerekçesine dayanarak hesapta saklanan haberleşme içeriklerine, içerik bilgisini alacaklıya iletmekle borçlunun sorumluluğunu yerine getirdiği anlaşılmaktadır. Gerçi Federal Yüksek Mahkeme birçok kez hesapta tutulan haberleşme içeriğine görünüşte kümülatif erişim bulunması gerektiğine dair bir ifade kullanmıştır. Ama belirleyici olan mahkemenin temyiz kararında hukuki uyuşmazlığın konusunun mevcut hesap içeriğinin mirasçılar yoluyla çekilerek hazır edilmesini ifade etmesidir. Buna ilişkin olarak “hesaba erişim” ancak hesapta bulunan bilgilerin sağlanmasını sınırlamak şeklinde anlaşılabilir. Ancak buradan alacaklının orijinal bir “Hesap” sahibi gibi “Kullanıcı girişi” yapabilecek konuma gelmesi ve kullanıcı hesabına erişim için*

gerekli bilgilerle ayrıcalıklı bir erişim yapabilmesi kastedilmemiştir. Haberleşme içeriklerinin salt erişimine dair borçlunun sorumluluğunun kısıtlanması, yüksek mahkemenin diğer ifadeleriyle de teyit edilmiştir.

8. Borçlu, alacaklıya kullanıcı hesabının içeriğini ne şekilde vereceği konusunda kural olarak serbesttir. O, flaş diski göndererek sorumluluğunu yerine getirmiştir. Borçlu 14.000 sayfa civarındaki elektronik taranabilen ve kronolojik formda tasniflenmiş dataları alacaklıya tahsis etmesini, münferit ekran görüntülerini (Screen Shots) sunmak suretiyle gerçekleştirmiştir. Şu kadar ki borçlunun diğer kullanıcıları ile ölen kızın alış-verisinde bulunduğu ve tekrar mesajların içeriklerini, gönderici ve alıcının isimlerini, cevapları ve tarihleri ve de her bir mesaj dizimi için gönderi zamanlarının kronolojik sıralanmış olduğu iletilerin binlerce sayfalık verisini vermiştir. Alacaklı bu bilgilendirmeye karşı çıkmamıştır. O yüzden, onun asıl iddiası şudur: “Borçlunun eyalet mahkemesinin ilamından kaynaklanan yükümlüğünü yerine getirmesine karşı çıkmak için, dokümanı ne bir düzen ne de bir bölümlenme, indeks, güzergâh destekleri veya dokümanın içeriğini bir şekilde kullanılabilir yapan başkaca emareler barındırmaktadır.” Bu ise fazlasıyla dayanaktan yoksundur. Zira alacaklı, tüm içeriği borçluda kayıtlı bulunan ve mirasbırakanın kullanıcı hesabında yer alan içeriklerin flaş disk ile kendisine iletilmesine de yeterince karşı çıkmamıştır. Doküman dahilinde, görüntüleme ve arama geçmişinin 14.000 sayfalık data hacmi sebebiyle zaman alıcı olmuş olması, borçlunun sorumluluğunun yerine getirmesine mâni değildir.

9. Alacaklı en nihayetinde, teslim edilen dokümanların arama fonksiyonunun sadece İngilizce aranan kavramların yardımıyla çalışmasına boşuna itiraz etmektedir. Zira o borçlu tarafından kendisine sunulan ve iletilen içeriklerin anlaşılmasına yönelik yardımı kabul etmemiştir.”

10. 2. Bu, yeniden hukuki incelemeye uygun düşmemektedir. ZPO § 888/I-1’e göre cebri araçların tayinine ilişkin şartlar mevcuttur. İtiraz mercii mahkemenin görüşünün aksine borçlunun, miras ortaklığının hesabın tümüne ve onda tutulan haberleşme içeriklerine erişim sağlaması için 30 Ağustos 2018’deki alacaklıya gerçekleştirdiği flaş disk teslimi, 17 Aralık 2015 tarihinde kesinleşmiş olan eyalet mahkemesi ilamından doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından yeterli değildir.

11. a) Tümüyle kullanıcı hesabına erişim alacaklıya, mirasbırakan nasıl yapabiliyorsa tıpkı o şekilde hesaptan ve onun içeriğinden bilgi alma imkânı bahşeder. Bu alacaklının daha öncesinde aynı mirasbırakanın kendisi gibi kullanıcı hesabında hareket edebilmesini, aktif bir kullanım olmamak koşuluyla, ifade eder. Uygun bir yükümlülük(borç) esasen icra emrinin hüküm kısmından (aşağıda bb'de), ama her durumda onun karar gerekçelerinden ve 12 Temmuz 2018 tarihli daire ilamının karar gerekçelerinden (aşağıda cc'de) anlaşılır.

12. aa) İcra mahkemesi hangi davranış şeklinin bunu kapsadığını icra emrinin yorumu yoluyla tespit etmelidir. Yorum, icra edilecek kararın hüküm kısmından hareket etmeli; gerektiğinde tamamlayıcı mahiyette hükmün gerekçesine ve belirli şartlar altında dava dilekçesinin ve davanın dayandığı sebeplere ve taraf beyanlarına da başvurulmalıdır (BGH, 5 Mart 2015 tarihli karar - I ZB 74/14, WM 2015, 1949 paragraf nr. 20 diğer ispatlarıyla birlikte). Bu çerçevede federal yüksek mahkemenin kastettiğinden farklı olarak dairenin tekrar ikame ettiği eyalet mahkemesinin 17 Aralık 2015 tarihli ilamının mevcut karar gerekçesine de dayanılabilir (krş. için BGH, 25 Şubat 2014 tarihli karar - X ZB 2/13, WM 2014, 630 paragraf nr. 23; Pruns, ZErB 2020, 245, 248).

13. İcra emri dışında bulunan haller, icra takibi işleminin biçimlendirilmesine ilişkin yorumlamada kural olarak gözetilmez. Yine de icra organı olarak, icra emrinden doğan cebri icra önlemleri hakkında karar veren ve icra emrine ilişkin kendi hükmünü kuran usul mahkemesi; icra emrinin yorumunda, muhakeme usulünden kaynaklanan bilgisine başvurabilir. Bu suretle icra emri dışındaki şartları da gözetebilir. (bkz. BGH'nın, 5 Mart 2015 tarihli kararında paragraf nr. 21 vd.).

14. bb) Mevcut eyalet mahkemesinin yerinde isabet ettiği gibi hali hazırda icra ilamının hüküm kısmının yorumundan, alacaklıya borçlu yoluyla sadece hesapta tutulan haberleşme içeriklerine erişim değil, bunun yanında kendisinin mirasbırakanın yapabildiği gibi, kullanıcı hesabından ve onun içeriğinden bilgi sahibi olabilme imkânının verilmesi anlamı çıkacaktır.

15. Borçlunun, alacaklıya hesabın tamamına erişimi sağlama şeklinde hükümde ifade edilen sorumluluğu lafzi olarak alacaklının borçlunun hâkimiyet alanında bulunan hesaba girebilmesi gerektiğine ve alacaklıya

sadece hesabın içeriğini aktarmak olmadığına dikkat çekilmiştir (buna uygun olarak Braun jurisPR-ITR 15/2019 Not 3 harf C; Pruns s. 247'de). Bu anlayış hüküm kısmındaki hem kullanıcı hesabına girişin hem de orada tutulan haberleşme içeriklerinin verilmesinin tümüyle isimlendirilmesi yoluyla doğrulanmaktadır. Bunun sonucunda tek başına haberleşme içeriklerine erişim yeterli olmayıp, bilakis daha fazlası, yani bizzat kendisinin hesaba erişimi sağlanabilmelidir (Pruns'un adı geçen eserinde de belirtildiği gibi)

16. cc) Eyalet mahkemesinin 17 Aralık 2015 tarihli karar ve dairenin 12 Temmuz 2018 tarihli karar gerekçelerinden keza borçlunun mahkûm edildiği kullanıcı hesabına erişim sağlama, alacaklının kullanıcı hesabından ve onun içeriğinden mirasbırakanın yapabildiği gibi bilgi alabilme imkânını da ihtiva etmektedir. Alacaklı aktif kullanım istisnası dışında bundan evvel miras bırakanın kendisinde olduğu gibi hareket edebilmelidir.

17. Eyalet mahkemesinin 17 Aralık 2015 tarihli ilamındaki ifadelere göre; kullanıcı hesabına erişime sahip olmak ve davalının sunucusuna girmek, davacı ile daha önce oluşmuş olan sözleşme ilişkisinin BGB (Medeni Kanun) § 1922'ye göre külli halefiyet yoluyla mirasçılara geçmiş olan mirasbırakanın hakları arasındadır. Davalının mirasbırakanın kullanıcı hesabına erişimi temin etmek zorunda oluşu, BGB § 1922'ye göre sözleşmedeki¹ taleplerin mirasçılara geçmesini sağlayan ve miras ortaklığına verilmiş bulunan bir haktan kaynaklanmaktadır. (Berlin Eyalet Mahkemesi, ZUM-RD 2016, 471, 473 vd., 478). BGB § 1922'ye göre külli halefiyet yoluyla geçen hakları olan mirasçıların, murise göre daha kötü konumda olmamasının gerekmesi ve bundan dolayı onlara sözleşmenin yeni tarafı olarak, bir şekilde kullanıcı hesabına aynı muriste olduğu gibi eşit ölçüde erişim sağlamalarının gerekmesi, mirasçıların miras hukukundan ileri gelen haklarının birer sonucudur.

18. Eyalet mahkemesi ifadelerinin devamında şunları ifade etmektedir: *“Davacının kullanıcı şartlarına göre arkadaş listesinin herhangi bir kişisi, kullanıcı profilinin anıtlıştırmaya geçmesine sebebiyet verebilir. Böyle bir*

¹ Muris ile Facebook arasında daha önce kurulmuş olan kullanıcı sözleşmesi kastedilmektedir.

durumda ise mirasçılar için hesaba geçerli erişim bilgileriyle giriş yapmak artık mümkün olmayacaktır. Bu BGB § 307/I, II ve b.1'e göre mirasçılar açısından ölçüsüz bir mağduriyet ortaya çıkartacaktır” (bkz. s. 475). Buradan da anlaşılan şey; erişim, davalı ile olan kullanım sözleşmesine göre mirasbırakanın da hizmetine verilmiş olduğu gibi, aynı şekilde davacının dilekçesi üzerine geçerli erişim bilgileriyle kullanıcı hesabına giriş ve bunlarla ona erişim yapılmasını sağlamak da eyalet mahkemesi tarafından hüküm altına alınabilecektir.

19. Eyalet mahkemesinin diğer tespiti ise mirasçıların BDSG (Federal Veri Koruma Kanunu) § 34'e göre mahkemece de cevaz verilen bilgi edinme hakkı çerçevesinde erişim sağlamalarına yöneliktir. Zira davalının, mirasbırakanın hesabında olan şeyleri kendisinin bildirmek zorunda olmadığı belirtilmektedir (s. 477'de). Bu ayrıca kullanıcı hesabının içeriğinin aktarılması ile (davalının bildiriyle) davalı tarafından hesaba erişim sunma arasında mahkemenin bilinçli olarak ayırım yapmasını da gerektirmektedir.

20. (b) İtiraz dilekçesine verilen cevap dilekçesinden ve oradaki icra ilamının yorumuna dönük öne sürülen davaya ilişkin vakıa anlatımlarından anlaşıldığı üzere; alacaklının sadece kullanıcı hesabının içeriği hakkında bilgi sahibi olmak istediği, menfaati bulunmadığı için daha ötesinde bir talebinin kabul edilemeyeceği şeklindeki çıkarımlar, alacaklının yazılı beyanlarıyla uyuşmayacaktır.

21. Bu her şeyden önce 24 Nisan 2015 tarihli dava dilekçesi için geçerlidir. Bundan tam tersine davacının (ve şimdiki alacaklının) sadece kullanıcı hesabının içerik bilgisini değil, bilakis hesaba tümüyle erişim talebinde de bulunduğu açıkça anlaşılmaktadır. Orada tarif edildiği üzere, davacı davalıdan hesabın blokesinin kaldırılmasını birçok kez istemiştir. *“Davalıdaki bu talepler hesabın tekrar açılmasına neden olmazdı.”* (Dava dilekçesi s. 6). *“Mirasbırakanın ölümüyle profilin kullanım hakkı otomatik olarak miras ortağı olarak davacıya ve aynı zamanda ölenin diğer yakınlarına geçmiştir.”* (Dava dilekçesi s. 9). *“Davalının kolayca arzu edilen bilgileri vermeye muktedir olduğu ve o sadece L.W.’nin bilinen doğru oturum açma verileriyle sisteme girişe tekrar müsaade etmek mecburiyetindedir.”* *“Davacının kızının sağlığında davalının hizmetindeki tüm kullanıcı profiline erişmesine salahiyetli olduğu davacı lehine gözetilmelidir.”* *“Bunun mirasbırakanın*

ölümüyle değişmesinin gerekmesi, pek tabii hakkaniyete aykırı düşerdi.” (Dava dilekçesi s. 14). “Davacının “L. J. W.” hesabına giriş sağlaması StGB (Ceza Kanunu) § 206 bağlamında “yetkisiz” olamaz.” “Davalı üçüncü kişinin verilerini kesinlikle yayımlamış olmuyor, bunun yerine her bir kullanıcı sözleşmesinde sabit olan hakkı tekrardan asıl hak sahiplerden birisine veriyor.” (Dava dilekçesi s. 15).

22. Aynı durum, ilk derece kararı verildikten sonra temyiz başvurusuna cevapta davacının kullandığı yazılı beyanlar için de geçerlidir. Tüm dava boyunca (kısıtlı süre için) ölen L. W.’nin hesabının açılmasının uyuşmazlık konusu olduğu söylemini, davacı 14 Haziran 2016 tarihli yazılı beyanında (s. 1) böylece belirtmiştir. Hesabı açmak için davalı benzer bir fonksiyonu hali hazırda aktive ettiğini söylemektedir. Yazılı beyanatta da değinilen profil indirme fonksiyonu, kullanıcı hesabının yazılı beyanatın genel bağlamına göre ayrıca kullanıcı hesabına kendiliğinden erişime açık hale getirilmiş olan hesap içeriğine dayanmaktadır.

23. Davacının 10 Şubat 2017 tarihli istinaf beyanında belirttiği ve eyalet mahkemesinin hüküm kısmında haklı olarak dikkat çektiği üzere; davalı, hesaba erişim sağlamayı mümkün kılan iki fonksiyonu elinde bulundurmaktadır: Birisi kullanıcı profilinin açılması, diğeri ise veri taşıyıcısı olarak tüm kullanıcı hesabının indirilmesi. Buradan artık davacının, -ilk derecedeki isteminden saparak- sadece bir veri taşıyıcısının kendisine verilmesi suretiyle davalının mahkeme kararından kaynaklanan sorumluluğunu yerine getirmiş olarak gördüğü sonucuna varılamaz. Onun ifadelerinin bu şekilde anlaşılması gerekse bile, davacının, daha sonra davalı tarafça kendisine yapılan tek bir PDF verisinin veri taşıyıcısıyla tüm hesabın içeriği indirilerek gönderimini, eyalet mahkemesinin hüküm fıkrasının tümüyle gerçekleşmiş olduğuna kanaat getirdiğinden hareket edilemez. Davalı, hesabın orijinal işlevselliğini sunduğunda, yani sadece hesabın içindekileri değil, aynı zamanda işlevselliklerini de tamamen görüntüleme imkânını vermesi halinde, davalının bakış açısı ve söylemine göre böylesi bir veri taşıyıcısını vermek pekâlâ yeterli olabilecekti (krş. paragraf 39). Davacı kullanıcı hesabının devamını talep etmediğini ilaveten belirttiği istinaf cevap dilekçesinin 11. sayfasından, sadece iletişim içeriği hakkında bilgi talep ettiği

sonucuna varılamaz. Aksine orada kendisi için de kullanıcı profiline erişimin mümkün olması gerektiğini dile getirmektedir. Ardından aynı dilekçenin 16. sayfasında, 'F'. profilini bloke etmenin yasal dayanağı olmadığını ileri sürmektedir. Buradan da açıkça görüldüğü üzere, aynı zamanda davacı -ilk derecede aşamasında olduğu gibi- mirasçılar için kullanıcı profilindeki blokenin kaldırılmasını talep etmeye devam etmektedir.

24. Nihayet davacının temyiz dilekçesinde (s. 42) sunmuş olduğu üzere; davacı hesabın içeriğiyle ilgili daha detaylı bilgi almak için, miras ortaklığındaki bazı kişiler lehine davalıdaki kullanıcı hesabına erişim hakkının olduğunu ileri sürmektedir. Daire ise temyiz incelemesinde bunu hesap içerik bilgisinin ediniminin kısıtlanması şeklinde anlamamıştır. Aksine, bu anlatımla davacı, bir yandan öne sürdüğü hak (kullanıcı hesabına erişim) ve diğer yandan onun amacı (kullanıcı hesabının içeriğinin bilgisini edinme) arasında ayırım yapar. Oysaki bir davanın saiki, dava talebinin içeriği ile karıştırılmamalıdır.

25. Daire kararının gerekçelerinden şu sonuçlar açıkça çıkmaktadır: Borçlu, alacaklıya karşı kullanıcı hesabına erişimi mümkün kılmaya, hesaptan ve onun içeriğiyle ilgili bilgi vermeye mahkûm edilmiştir. Bu alacaklıya tıpkı mirasbırakanın yaptığı gibi erişim sağlama imkânı verecektir. Ancak bu erişim, hesabın aktif kullanımını içermemekte olup; söz konusu erişimle alacaklının daha öncesinde mirasbırakanın kendisinde olduğu gibi hesapta "hareket" edebilmesi mümkün kılınmaktadır.

26. a) Borçlunun yükümlülüğüne ilişkin olarak hem kullanıcı hesabının tümüne hem de onun haberleşme içeriğine kümülatif erişim sağlama noktasındaki birçok tespite daire karardan ulaşabilecektir (krş. 12 Temmuz 2018 tarihli Daire kararı paragraf nr. 17, 18, 21, 28, 29, 31, 38, 54 ve 78; benzer şekilde, icra emrinin hüküm kısmının yorumlanmasıyla ilgili olarak yukarıda bahsedilmekte).

27. Ancak her şeyden önce daire kararının bu şekildeki bir yorumu, alacaklının talebinin miras hakkına dayanarak türetilmesinin bir sonucudur (bunun için krş. Pruns adı geçen yerde s. 249 ve ayrıca bkz. adı geçen yerde Biermann; miras hukukuna ilişkin gerekçe hali hazırda eyalet mahkemesinin ilamında bkz. yukarıda (1) (a) başlığı altında). Daire yine şunları da

belirtmektedir: Sözleşmeden doğan ilişkiden kaynaklanan hak ve sorumluluklar murisin ölümüyle beraber mirasbırakana geçmiş bulunmaktadır. Bu şekilde meydana gelen ve buna binaen sözleşmenin tarafı haline gelen ve hesapta hak sahibi olan mirasbırakanın, kullanıcı hesabına erişime ve hesapta bulunan dijital içeriklere sahip olmaya ilişkin asli edim talebi mevcuttur. (12 Temmuz 2018 tarihli Daire kararı belirtilen yer: paragraf nr. 21 vd., 44, 50, 78, 91). Mirasçıların bu konumundan ve davalı olan sözleşme ilişkisinden doğan kendilerine geçen mirasbırakanın asli edim talebinden, mirasçıların, mirasbırakanda olduğu gibi aynı şekilde kullanıcı hesabına erişebilmesi sonucu kolaylıkla çıkar. Mirasbırakanın ve mirasçılarının bu hususa ilişkin hakları arasında -aktif kullanım istisnası dışında- bir fark yoktur.

28. Buna uygun olarak daire bir diğer yerde; kullanıcı hesabını anıtlştırmanın, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan kullanıcı hesabına giriş, orada tutulan içeriklere erişim ve bunun üzerinde tasarruf yetkisi şeklindeki temel haklardan vazgeçilmesine neden olacağını ifade etmiştir. Böylelikle sözleşmenin amacına ulaşmasının artık mümkün olmayacağı dile getirilmiştir (12 Temmuz 2018 tarihli Daire kararı paragraf nr. 31). Buradan çıkan sonuç ise; daire “*kullanıcı hesabına erişim*” başlığı altında daha önce mirasbırakanın gerçekleştirdiği gibi bir erişimi kastetmektedir. Yani orada (ve başka bir medyada olmayan) kayıtlı içeriklere aktif “*erişim*” suretiyle giriş yapılabilmesi ve fakat bu erişimin hesabın anıtlştırmaya geçilmesi sonucunu doğurmaması amaçlanmaktadır.

29. Dairenin bu anlayışı, telekomünikasyon gizliliğinin korunmasına ilişkin açıklamalarından da çıkmaktadır. Akabinde haberleşmenin gizliliği yoluyla korunan veya korunduğu varsayılan iletişim geçmişi çerçevesinde, mirasçılar için erişim sağlama sonucu ortaya çıkar. Mirasçı, yeni sözleşme tarafı ve hesapta hak sahibi olarak asıl hesap sahibinin ölümüyle, süregelen hesap iletişim geçmişi için içeriğin hazır tutulmasına ve kaydedilmesine katılımcı olur (12 Temmuz 2018 tarihli Daire kararı paragraf nr. 60). Bu meyanda erişim izni, muriste olduğu gibi bir iletişim geçmişi çerçevesinde erişim verileriyle kullanıcı hesabına giriş yapılabilmesi anlamına gelir.

30. Verilerin korunmasına dönük olarak daire kullanıcı hesabına girişle mirasçının, haberleşme veya mirasbırakanla paylaşılan resimlere ve diğer içeriklere ulaşma imkânı elde etmekte olduğunu ifade etmiştir. Davalı haberleşme sürecinde bağlı olduğu kadarıyla, davalı alıcı hesap için mesajları çekerek hazır tutar, ayrıca paylaşılan içeriğe erişimi mümkün kılar ve uygun platformlarda bulundurur (12 Temmuz 2018 tarihli Daire kararı belirtilen yerde paragraf nr. 69). Davalının platformunun hakimiyetinde bulunan hesaptaki içeriklere “erişim”in mümkün kılınması için kullanıcı hesabına burada tarif edilen, yani mirasbırakanın yapmış olduğu türden bir erişim husule gelmelidir. Bu minvalde davalı, dairenin kararına göre sunucusunda kayıtlı olan mesajları çekmeyi süresiz olarak sağlamakta yükümlüdür. Orada asıl hak sahibinin ölümü hiçbir şeyi değiştirmemiştir, çünkü mirasın açıldıktan sonra hesabın varlığı devam etmektedir ve böylece mirasçı hak sahibi olmaktadır (12 Temmuz 2018 tarihli Daire kararı belirtilen yerde paragraf nr. 73).

31. (b) İtiraz mahkemesinin 12 Temmuz 2018 tarihli daire kararından çıkardığı, borçlunun sorumluluğunun kullanıcı hesabında tutulan içeriklerin ve içerik bilgisinin alacaklıya ulaştırılmasıyla bittiği şeklindeki görüşünün isabetli olmadığıdır.

32. Bu evvela temyiz mahkemesi tarafından kullanılan daire ilamının 36. paragrafındaki pasaj için geçerlidir; buna göre hukuki anlaşmazlığın konusu, mevcut hesap içeriklerinin varislerce elde edilmesi için yalnızca hazır bulundurulmasıdır. Bu anlatımıyla daire, kullanıcı hesabının varisler tarafından aktif olarak devam eden kullanımını, sadece bu tür aktif sürekli kullanımı içermeyen ihtilaf konusundan ayırmıştır. Orada sözleşme ilişkisinin miras yoluyla muhtemel bir intikalinin gerçekleşmemesi hali izah edilmektedir. Bu olsa olsa hesabın aktif kullanımı bakımından kişiye sıkı sıkıya bağlı doğasından ötürü verilebilirdi. Öte yandan, dairenin ifadelerinden, mirasbırakana sunulmuş olduğu gibi hesabın kullanımının ayrıca bu şekliyle mümkün olmadığı sonucuna varılamaz (Pruns’un adı geçen eserinde olduğu gibi bkz. s. 248).

33. 12 Temmuz 2018 tarihli daire kararınının 69. paragrafında, vasiyet sahibinin kullanıcı hesabına erişimiyle mirasçıya haberleşme veya

mirasbırakanla paylaşılan resimlere ve diğer içeriklere erişim fırsatı verilmesinden söz edilmektedir. Ancak temyiz mahkemesi tarafından bağlamı dışında alınan bu cümleden, davalının sadece kullanıcı hesabında depolanan içeriğe erişim izni vermeye mahkûm edildiği sonucu da çıkmaz. Bilakis bu, daire kararının metin pasajında hali hazırda açıkça ifade edildiği üzere (yukarıda (a) başlığı altında), mirasbırakanın daha önce erişim verilerinin kullanarak yaptığı gibi davalının platformunu kullanması ve hesaba bu yöntemle erişmesi kararda zikredilen erişim türüyle bağdaşmaktadır.

34. Dairenin 12 Temmuz 2018 tarihli kararının 79. paragrafında yine şunlar belirtilmiştir: Kullanıcı hesabına düzenli erişim, mirasbırakanın üçüncü kişilere karşı, üçüncü kişilerin mirasbırakana karşı içerikten doğan taleplerinin olup olmadığını kontrol etmek için de işe yarar. Fakat buradan davacının, yalnızca kullanıcı hesabının içeriklerine erişim sağlanmasına müsaade etmekle sınırlı bir mahkumiyetinden bahsedilemez. Mirasçılardan veri koruma hukuku anlamındaki meşru menfaatleri bu noktada tartışılmaktadır. Mirasbırakanın üçüncü şahıslara karşı veya üçüncü kişilerin mirasbırakana karşı hak taleplerinin incelenmesi burada sadece birkaç meşru menfaatten biri olarak nitelendirilmektedir. Bir diğer mühim meşru menfaat, -yukarıdaki 78. paragrafta açıklandığı üzere- sözleşmeye dayalı ilişkinin mirasçılara geçtiğine ve onların bu nedenle sözleşmenin tarafı olarak kullanıcı hesabına ve onda olan dijital içeriğe erişim için öncelikli ifa hakkına sahip olduklarına dayanmaktadır. Mirasbırakanın asıl edim talebine uygun olarak mirasçılara geçen hesabın kullanımının, daha önce muriste olduğu gibi varislere sunulması gerektiği burada bir kez daha açıklığa kavuşmaktadır.

35. İtiraz dilekçesinden başka 12 Temmuz 2018 tarihli daire kararının belirtilen metin pasajlarından, borçlunun yükümlülüğünün yalnızca kullanıcı hesabının haberleşme içeriğinin salt iletimiyle sınırlı olduğu sonucu keza çıkmamaktadır.

36. Bu, bilhassa yukarıda anılan daire kararının 62. paragrafında yer alan vasiyet sahibinin iletişim aracında depolanan ve yalnızca sağlayıcının sunucularından çekilebilen dijital içeriğin eşit muameleye tabi tutulmasının istendiği ifadeler için geçerlidir. Orada sadece haberleşmenin gizliliğinin TKG (Telekomünikasyon Kanunu) § 88/III-1'e göre korunması söz konusudur.

Ayrıca bu yasaya göre telekomünikasyonun içeriği hakkında bilgi alamayacak olanlar "*diğerleri*" başlığı altında değerlendirilmektedir. Haberleşme gizliliğinin konusu ise "*içeriktir*". Dolayısıyla yalnızca kullanıcı hesabının içeriği, yukarıda belirtilen daire kararındaki metin pasajında ele alınmaktadır. Bundan, davacının yalnızca hesabın içeriğiyle ilgili bilgi sahibi olma hakkının olduğu ve mirasbırakanın yaptığı gibi hesaba da erişme hakkına sahip olmadığı sonucu çıkmamaktadır.

37. Aynı borçlu tarafından daire kararının 70. paragrafında yapılan ifadeler için de geçerlidir. Buna göre mirasbırakanın iletişim partnerleriyle kişisel verilerinin, mirasçılar için ilgili içeriğin aktarılmasına ve kalıcı olarak sunulması yoluyla veri koruma yasası kapsamında işlenmesine izin verilir. Buna binaen verilerin korunmasına ilişkin değerlendirme neticesinde, tek başına kullanıcı hesabının içeriğinin ele alınması hususundan, davalı tarafından içeriğe erişimin ötesinde, mirasbırakanın elde ettiği ve fakat bir bütün olarak kullanıcı hesabına aktif devam eden bir kullanım imkânının verilmediği şekilde bir erişim izni verilmemesi gerektiği sonucuna varılamaz. İtiraz dilekçesine verilen cevaptaki görüşün aksine, kullanıcı hesabının içeriğinin (yukarıda belirtilen) iletimi ve kalıcı olarak sunulması, mutlak surette hesap dışında örneğin bir flaş diskin verilmesi şeklinde de gerçekleşmez. Bu (iletim veya sunma) daha ziyade kullanıcının veya mirasçılarının erişim verilerinin yardımıyla hesabın kendisine erişim sağlanarak da gerçekleştirilebilir.

38. b) Borçlu, 17 Aralık 2015 tarihli bölge mahkemesinin kesinleşmiş kararından kaynaklanan alacaklıya tümüyle kullanıcı hesabına ve burada yer alan iletişim içeriğine erişim sağlama şeklindeki yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Borçlu, alacaklıya kullanıcı hesabından ve onun içeriğinden aynı şekilde yani mirasbırakanın daha önce kendisi gibi aktif kullanım hariç olmak üzere kullanıcı hesabında hareket ederek bilgi sahibi olabilme imkânı vermemiştir. 30 Ağustos 2018 tarihinde alacaklıya USB bellek gönderilmesiyle borçlunun icra emri kapsamındaki yükümlülüğünün yerine getirmiş olabileceği şeklinde, tarafların bir anlaşmasından da söz edilemez.

39. aa) İtiraz dilekçesinde (s. 20), flaş diskin alacaklıya teslim edilmesinin kullanıcı hesabına "*doğrudan*" erişim sağlamadığı teyit

edilmektedir. Oysaki bu son talebin ifade edildiği gibi alacaklının nitelendirilen talebini karşılama gereklidir. Gerçekten bir flaş diskin verilmesiyle söz konusu zorunluluğun yerine getirilip getirilmediği hususunda bir karara ihtiyaç yoktur. Bu nihayet flaş diskte bulunan veriler yoluyla tümüyle orijinal hesabın görüntülenmesi halinde düşünülebilirdi. Bu halde yalnızca hesabın içeriğinin gösterilmesi değil, aynı zamanda tüm fonksiyonlarıyla (aktif kullanım hariç) ve miras bırakanın hayatta iken kullanıcı olarak hesabını kullandığı dil olan Almanca dilinde olması gerekirdi. Borçlu, sadece tek bir PDF dosyası olduğu tartışmasız olan ve kendisine verilen flaş diskin bu tür bir içerikte olduğunu belirtmemiştir. Ayrıca yukarıda bahsedilen PDF dosyasının içeriğinin -kullanıcı hesabından farklı olarak kısmen İngilizce dilinde tutulması neticesinde, kullanıcı hesabının orijinaline göre noksan olan bir kopyasının meydana geldiği kabul edilmelidir.

40. bb) İcra emrinden doğan yükümlülüğün, borçlunun alacaklı temsilcisine kullanıcı hesabının içeriğinin kaydedilmiş olduğu bir flaş disk göndererek yerine getirilebileceğini konusunda tarafların mutabık olduklarından yola çıkılmaz. Borçlu tarafından iddia edilen alacaklı avukatının ifadeleri (28 Ocak 2019 tarihli dilekçe, s. 14 f) -Eyalet Mahkemesi'nin isabetli bir şekilde ifade ettiği gibi (ZUM-RD, 2019, 613 f)- gelişigüzel içerikli bir flaş diskin teslim edilmesine yönelik bir mutabakat anlamında değerlendirilmemelidir. Daha ziyade alacaklı avukatı, en azından sonrası için diskin içeriğini kullanıcı hesabına fiili erişime gerçekten denk düşüp düşmediğini kontrol etme hakkını saklı tutmuş bulunmaktadır. Belirtildiği gibi (yukarda aa)'da) durum böyle değildir ve borçlu da bunu talep etmemektedir.

41. cc) Eyalet mahkemesinin aleyhine kanun yollarına başvuru kararında dayandığı gerekçeler hukuka aykırı olsa bile, başka gerekçelerle bu kararın isabetli olduğu sonucuna da varılmaz (ZPO § 577/III). Aynı zamanda borçlunun icra emrinden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmesi imkânsız veya beklenemez değildi(r).

42. aa) Söz konusu ilk derece beyanlarıyla bağlantılı olarak karara temyiz başvurusunda, borçlunun şu anda "read only" erişiminin olmadığını ileri sürülmektedir. Devamında ise: "F." bilişim ağı, "oturum açarken" ve

hesabı kullanırken otomatik bir süreç işletilecek şekilde dizayn edilmiştir, örneğin ilgili kullanıcının tekrar aktif olduğuna dair arkadaşlarına bir mesaj göndermesi gibi. Bu, ölen L. W.'nin doğum gününün "arkadaşlarına" otomatik olarak hatırlatmaları ve diğer kullanıcılara ölen kişiyle "arkadaş" olmak için otomatik önerileri ihtiva eder. Ölen kişiyi tanıyanlar böylelikle derinden ve olumsuz etkileneceklerdir. Mevcut durumda olduğu gibi, iyi yapılandırılmış ve aranabilir verilerin L.W. hesabına doğrudan erişim olmadan bir bellek diskine aktarılması, hesabın içeriğinden bilgi alınması alacaklının menfaatine uygun olması karşısında, kullanıcıların vefat eden kullanıcılardan arkadaşlık istekleri almak gibi beklenmedik ve rahatsız edici mesajlar alacak şekilde F. hizmetini değiştirmeye borçluyu mecbur etmek hiçbir şekilde beklenmemelidir. Borçlunun hesabın kendisine sadece okumaya yönelik bir erişim meydana getirme şeklindeki yükümlülüğü orantısızdır, bilhassa da bu tür bir erişimin teknik olarak kurulup kurulamayacağı bile kesin değildir.

43. Anıtlaştırma da aynı şekilde basitçe ortadan kaldırılamaz. Bu, alacaklının mirasbırakanın hesabını kendi adı altında aktif olarak kullanabilmesine yol açar ve bu da sözleşme hükümleriyle çelişir. Ayrıca bu durumda mirasbırakanın iletişim partnerleri, tekrar aktif olduğunu belirten mesajlar alacaklardır. Ölen kişinin kullanıcı hesaplarının aktif hale getirilmesi, F. topluluğunun diğer üyelerinde ciddi rahatsızlık, şaşkınlık ve travmatik deneyimlere yol açabilir. Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı, alacaklı tarafından mirasbırakanın hesabında bulunan bilgilerinin ulaştırılmasının ötesine geçen taleplerinde, kabul edilemez bir hak kullanımını söz konusudur.”

44. **bb)** Buna itibar edilememelidir. Borçlunun nitelendirilen yükümlülüğünün ne yerine getirilmesinin imkânsız ne de beklenemez veya orantısız olduğundan yola çıkılabilir.

45. (1) Burada şu an davalının bilişim ağı kullanıcı hesaplarına "ready only"-erişim vermediği farz edilebilir. Yani yalnızca hesabın aktif kullanımına izin vermeyen erişim verilerini kullanarak kullanıcı hesabına olağan şekilde erişim kastedilmektedir. Borçlunun -icabında ilk defa- icra emrinden kaynaklanan erişim sağlama ile yükümlülüğünü yerine getirebilecek şekilde erişim yaratma durumunda olup olmadığı, mevcut durumda tek başına belirleyici bir noktadır. Bu bağlamda temyiz başvurusunda, yukarıda

bahsedilen anlamda "read-only" -erişimin kurulmasının teknik olarak mümkün olmadığı gerekli kesinlikte anlatılmamaktadır (Cebri icrada imkânsızlık itirazı için krş. BGH, 27 Kasım 2008 tarihli karar- I ZB 46/08, NJW-RR 2009, 443 paragraf nr. 13; MüKoZPO/Gruber, 5. Baskı, § 888 paragraf nr. 13). Borçlunun atıfta bulunulan gerekçelendirilmiş izahatından da bu çıkmamaktadır.

46. (2) Sonuç olarak yine de yukarıda bahsi geçen "read-only" erişimle ilgili araştırmanın burada bir önemi yoktur. Zira "ready only" erişim kurulması şeklindeki yükümlülük, borçlunun icra emri kapsamında yerine getirebileceği birçok eylemden yalnızca birisidir. Bu, örneğin şu anda alacaklının kullanıcı hesabına erişimini engelleyen anıtlıyı kaldırarak da yapılabilir. Alacaklıya bu şekilde nitelendirilen talebi aşacak ölçüde bir erişim sağlandığı ve bu fiili olarak mümkün kılındığı takdirde, temyiz gerekçesinde de buna daha önce dikkat çekildiği gibi, icra hukuku açısından bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Alacaklının hesabı bu şekilde süregiden kullanma hakkına sahip olacak olması, icra emri nedeniyle haksız olarak nitelendirilemezdi. Borçlu, alacaklının esasen bu tür bir kullanıma maddi hukuk yönünden hakkı olmadığı görüşündeyse, bundan kaçınmayı talep edebilir. Ayrıca erişimin tümüyle sağlanması durumunda, alacaklının kullanıcı hesabını aktif olarak kullanmaya devam edeceğine dair bir işaret bulunmamaktadır. Zira o, bunu ne beyan etmiştir ne de onun adına bu anlamda bir menfaat söz konusudur.

47. (3) Borçlunun hesaptaki anıtlıyı kaldırılması anlamında icra emrinden doğan yükümlülüğünü gerçekleştirmesi, kendisinin açıkladığı sebeplerden ötürü de -icra takibinde böylesi bir itirazın kabul edilebilirliği sorusundan bağımsız olarak (aksi için belirtilen yere bkz. MüKoZPO/Gruber paragraf nr. 14)- beklenemez değildir. Temyiz gerekçesinde isabetle işaret edildiği gibi; o, sosyal ağ sağlayıcısı olarak kullanıcı hesabını yeniden adlandırabilir ve bu suretle veya başka bir şekilde hesabın artık mirasbırakan tarafından değil, mirasçıları tarafından kullanıldığını belli edebilir. Dolayısıyla mirasbırakan tarafından üretilebilen veya onun hesabının aktif kullanıldığına yönelik otomatik oluşturabilen herhangi bir iletiye müsaade etmeyerek bu durumu ağ kullanıcılarına görünür kılabilir. Böylesi

bir icra tarzında, borçluya orantısız gelen ve onun aleyhine olan herhangi bir tehdit de söz konusu değildir (icra işlemlerinde orantılılık ilkesinin geçerliliğine ilişkin krş. BGH, 20 Aralık 2006 tarihli karar -VII ZB 88/06, NJW 2007, 1276 paragraf nr. 21).

48. 3. İtiraz edilen karar bozulmalıdır. Daire kendisi karar verebilir (ZPO § 577/V). ZPO § 888/I c. 1'deki şartlar mevcut olduğundan dolayı, eyalet mahkemesinin kararı yerindedir. Borçlunun buna karşı acele itirazı esas itibariyle yerinde değildir ve reddedilmesi gerekir.

Herrmann

Remmert

Arend

Böttcher

Kessen

Önceki derece mahkemeleri:

Berlin Eyalet Mahkemesi, 13.02.2019 tarihli karar- 20 O 172/15-

Berlin Eyalet İstinaf Mahkemesi, 09.12.2019 tarihli karar- 21 W 11/19-48