

**ALMAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİ 8. HUKUK  
DAİRESİ'NİN 225/17 NO'LU VE 8 OCAK 2019 TARİHLİ  
KARARI:**

**ÜRETİMDEN KALDIRILAN AYIPLI DİZEL ARACIN AYIPSIZ  
BENZERİ İLE DEĞİŞTİRİLMESİ TALEBİ HAKKINDA**

Çev. / Übersetzt von

Araş. Gör. Burak ÇELİK\*\*

BGB'nin 434. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi 2 nolu düzenlemesi; Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 3. maddesi 10 nolu düzenlemesi, 5. maddesi 2. fıkrası; Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrası

- a) Bir otomobilde, alıcıya teslimi sırasında Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 3. maddesi, 10. bendi çerçevesinde egzoz gazı salınımını kısıtlayan -havaya salınan nitrojen oksit miktarını denetim esnasında normal kullanıma göre daha düşük gösteren- donanım bulunduğu takdirde, otomobil aynı yönetmeliğin 5. maddesi, 2. fıkrasının 1. cümlesine uygun olmaması gerekçesiyle ayıplı olacaktır.
- b) Bu durum, trafiğe çıkış izni vermeye yetkili otorite (Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 5. Maddesinin 1. fıkrasına göre) tarafından otomobillerin işletilmesinin yasaklanması tehlikesini doğurduğundan ve tehlikenin gerçekleşmesi halinde otomobilin kalan (zarar görmemiş kısımlarının) tehlikeyi atlattırmasının da kamuya açık trafikte mümkün olmamasından dolayı, BGB'nin 434. maddesinin 1. Fıkrasının 2. cümlesi kapsamında alışlageldik kullanım özelliklerini taşımasını engellemektedir.

---

\* BGH VIII ZR 225/17.

\*\* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (bcelik@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-9994-5439.

BGB 275. maddesinin 1. fıkrası, 439. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendi

- a) BGB'nin 439. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinden doğan malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi talebinin, BGB'nin 275. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre imkânsız olması, parça borcu/cins borcu değerlendirmesine değil, satıcının sözleşmede üstlendiği borcun içeriğine ve kapsamına bağlıdır.
- b) Satım sözleşmesinin (BGB'nin 133. ve 157. maddeleri) menfaat dengesini gözetir şekilde yorumlanması suretiyle satıcının satılan şeyi tedarik etme yükümlülüğünün içeriğinin ve genişliğinin tespitinde, eşyanın benzer özelliklerde ve değerde olanı ile değiştirilmesi yükümlülüğü de bulunmaktadır. BGB'nin 439. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendine göre alıcının malı ayıpsız misliyle değiştirme talebi, başta teslim edilen ayıplı satım konusu eşyanın yerine ayıpsız, fakat ayrıca aynı türden – fonksiyon açısından da sözleşmeye uygun - ve eşdeğerde bir eşya ile değiştirilmesine yöneliktir.  
Birebir aynı eşyanın tedariki zaruri değildir. Daha önemlisi, ifa konusu edimin benzer özelliklerdeki başka bir edimle değiştirilebilir olarak kabul edilip edilmediği, tarafların iradelerinden ve sözleşmenin amacından anlaşılmalıdır.
- c) Edimin değiştirilebilir olup olmadığının değerlendirilmesinde, önceki model ile güncel model arasında satıcı tarafından yapılan değişikliklerin küçük ya da büyük çaplı olması, bu konuda satıcının menfaatine göre bir değerlendirilme yapılması aslında konu ile ilgili değildir. Bu durumda esasen –alıcı tarafından edinilen aracın aynı modelinin halen temin ve teslim edilebilir olduğu hallerde de farklı değildir– ürün değiştirme bedellerinin değerlendirilmesi önemlidir. BGB'nin 275. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde aynen ifaya yönelik edim yükümlülüğü ortadan kalkmamakta, yalnızca satıcı tarafından somut olayın şartları çerçevesinde ayıplı malın yenisi ile değiştirilmesinin çok yüksek ve orantısız masraflar doğurması halinde BGB'nin 439. maddesinin 4. fıkrasına dayanarak hakime bu talebi reddedebilmesi imkânını sağlamaktadır.

Heyet başkanı Hakim Dr. Milger ve heyet üyeleri Hakime Dr. Hessel, Hakime Dr. Fetzer, Hakim Dr. Bünger ve Hakim Kosziol'dan oluşan Federal Yüksek Mahkeme'nin 8. Hukuk Dairesi 8 Ocak 2019 tarihinde karar verdi:

Heyet öncül hukuki değerlendirmelerden sonra, sözlü duruşmalara hazırlık olması amacıyla, uyuşmazlığın çözülmesine ilişkin olabilecek fakat bazıları temyiz sürecinde yeteri kadar incelenmemiş hukuki sorular hakkında aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur.

#### I.

- 1 Davacı, 2015 yılının başında davalıdan 31.350 € bedel karşılığında VW Tiguan 2.0 TDI marka ve EA 189 motor kodlu Dizel, sıfır kilometre bir otomobil satın almıştır. Yerel mahkemelerin gerçekleştirmiş olduğu –istinaf aşamasında dikkate alınmayan– tespitlerde otomobilde, denetim aşamasında normal kullanıma oranla daha düşük nitrojen oksit salınmasını sağlayan bir yazılım yüklü olduğu anlaşılmıştır. Eyalet mahkemesi –buna ilişkin daha fazla hukuki değerlendirme yapmaksızın– “izin verilmeyen bir salınım kısıtlama mekanizması”ndan hareketle, otomobilin, alıcının kendisinden bekleyebileceği mahiyeti taşımaması sonucuna gidebilecek (bkz. BGB m.434 f.1 c.2 b.2) duruma geldiğini ve bu nedenle ayıplı olduğunu belirtmiştir.
- 2 İstinaf mahkemesi (OLG Bamberg, 2 Ağustos 2017 tarihli, DAR 2018, 143, ve 20 Eylül 2017 tarihli - 6 U 5/17, juris kararları), ayıba ilişkin bu değerlendirme ile aynı kanaatte olup olmadığını belirtmemiştir. Fakat Davacının somut uyuşmazlıkta ayıplı otomobilin ayıpsız benzeri ile değiştirilmesine yönelik geçerli talebine ilişkin olarak, ilgili dönemde üretilmekte olan halef model (“VW Tiguan ikinci nesil”) motorlarının (103 kW yerine 110 ve 182-192 km/s maksimum hız yerine 201-204 km/s) ve ölçütlerinin (6 cm daha fazla uzunluk 8 cm daha geniş teker izi) farklı olmasına dayanarak, değişimi talep edilen otomobilin “benzer nitelikte ve değerde eşya” olarak kabul edilemeyeceğini, bu sebeple de ayıpsız benzeri

ile değiştirilmesinin imkansız olduğunu, Satıcı'nın böyle bir borcu olmadığını kabul etmiştir.

## II.

- 3 İstinaf mahkemesinin gerekçelendirmesi çerçevesinde –Kurulun ön değerlendirmesine göre- Davacı tarafından ileri sürülen ayıpsız benzerinin temin edilmesi talebinin (BGB m. 437 b.1, m.434 f.1, m.439 f.1 b.2) reddedilmemesi gerekirdi.
- 4 1. Bir ayıbın varlığından –İstinaf mahkemesi böyle bir değerlendirme yapmamıştır- yola çıkılmalıdır. BGB m.434 f.1 c.2 b.2'ye göre bir eşya (ancak), alışlageldik kullanıma uygun olması, benzer cinsteki eşyalarda bulunan ve alıcının eşyanın cinsine göre kendisinden bekleyebileceği özellikleri taşıması halinde ayıpsız olarak kabul edilecektir. Davacının satın almış olduğu otomobilin ayıplı olarak değerlendirilmesi için hasarın geçtiği anda, yani aracın teslim tarihi olan Temmuz 2015'in sonunda bu beklentilerin karşılanmamış olması gereklidir.
- 5 a) Kural olarak bir otomobil ancak, trafiğe çıkış iznini engelleyen ya da kullanılabilirliğini ortadan kaldıran veya zedeleyen mahiyeti haiz olmaması halinde, alışlageldik kullanıma uygun olacaktır (bkz. 29 Haziran 2016 tarihli, VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015 Kn. 40; 26 Ekim 2016 tarihli VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Kn. 15; 24 Ekim 2018 tarihli VIII ZR 66/17, ZIP 2018, 2272 Kn. 29 [BGHZ'de yayınlanması planlanmıştır] kurur kararları). Davacı tarafından teslim alınan araç bu özellikleri hasarın geçtiği anda taşımamaktadır. İstinaf mahkemesinin bulgularına göre, araç fabrikadaki test sürüşü sırasında, normal sürüş sırasındaki emisyonlara kıyasla azot oksit emisyonlarını azaltan bir yazılımla donatılmıştır. Bu durumun arada geçen zamanda –benzer başka bir yazılım ile değiştirilme şeklinde- değiştirildiğine dair bilgi mevcut değildir. Bu durumda otomobil hukuka aykırı olarak, işletilmesinin trafiğe çıkışa izni veren otorite tarafından yasaklanmasına sebep olabilecek bir kapatma mekanizması ile donatılmıştır.
- 6 aa) Davacının aracında kurulu olan, denetim anında egzoz gazının geri dönüşümünü güçlendiren yazılım, Avrupa Parlamentosu

ve Konseyi'nin yayınlamış olduğu, hafif hususi ve ticari araçların emisyonlarına (Euro 5 ve Euro 6) ilişkin tip onaylarının ve tamirat, bakım süreçlerine ilişkin 715/2007 No'lu Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesine göre hukuka aykırı kapatma mekanizması olarak değerlendirilmelidir.

- 7 (1) Davacı'nın aracının da tabii olduğu 715/2007 nolu Avrupa Parlamentosu Yönetmeliği, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin hususi araçlarda atık gazlara ilişkin tip onaylarında dikkate alınması gereken teknik şartları düzenlemektedir (Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 1. Maddesi, 1. Fıkrası). İlgili yönetmelik aynı zamanda, otomobil üreticilerinin Avrupa Birliği içerisinde tip onayı alabilmeleri için yerine getirmesi gereken şartları da düzenlemektedir (Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. Maddesi). Anılan Yönetmelik Komisyon'un 682/2008 nolu yönetmeliğin uygulanması ve değiştirilmesine ilişkin 18 Temmuz 2008 tarihli ve 715/2007 nolu Yönetmeliği altında düzenlenmiştir (ABl. L 199 28 Temmuz 2008 tarihli). "Uygulama Yönetmeliği"nin 3. maddesinin 1. fıkrasında, üreticilerin, Avrupa Birliği tip onayı alabilmeleri için, eklerde belirtilen ve detaylı olarak açıklanan test koşullarına uygun olduklarını ispat etmeleri ve dizel araçlar için Yönetmeliğin 3. maddesinin 9. fıkrasının 3. alt-fıkrasında düzenlenen, nitrojen oksit salınımına ilişkin, "egzoz gazının çalışması ve geri dönüşüm sistemlerine" yönelik şartların da sağlanması gerektiği düzenlenmiştir.
- 8 Avrupa Birliği tip onayından ne anlaşılması gerektiği, anılan yönetmeliklerde kararlaştırılmamıştır; bu hususlar daha ziyade Avrupa Parlamentosu'nun 2007/46 no'lu ve Konseyin 5 Eylül 2007 tarihli bu tip araçlara ilişkin tip onaylarının verilmesine, bu araçların treylerlerinin, ilgili sistemlerin ve tedarik edilen parçalar ile teknik detaylarının belirlenmesine yönelik bir çerçevesinin oluşturulmasını amaçlayan yönergesinin 3. maddesinin 5. bendinden anlaşılmaktadır (ABl, L 263, 9 Ekim 2007 tarihli – Çerçeve Yönerge). Buna göre Avrupa Birliği tip onayı, Avrupa Birliği üyesi devletin bir üreticiye, bir araç tipinin, ilgili sistemlerin ya da tedarik edilen parçalarının veya bağımsız teknik detaylarının ilgili

idari düzenlemelere, Çerçeve Yönerge’de belirlenen teknik gereksinimlere ve Ek IV ve XI’da düzenlenen hukuki işlemlere uygun olduğunu gösteren sertifikasyon sürecidir. Bu tanım Alman kanun koyucu tarafından Araçların Trafiğe Çıkışına İlişkin Yönetmelik’in 2. maddesinin 4 No’lu ve a harfli bendinde de kabul edilmiştir.

- 9 (2) Davacı’nın aracındaki ilgili yazılımın kullanımı Avrupa Parlamentosu’nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği’nin 5. Maddesinin 2. fıkrasına göre hukuka aykırıdır.
- 10 (a) Avrupa Parlamentosu’nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği’nin 5. maddesinin 1. fıkrasına göre, üretici, kendisi tarafından üretilen yeni bir otomobildeki emisyon hareketlerini etkileme olasılığı bulunan parçaları, aracın normal çalışma koşullarında yönetmelik ve uygulama önlemlerine uyacak şekilde tamamlanmış ve monte edilmiş olarak araç donanımına eklemelidir. Bu şekilde aracın kullanımı sırasındaki olağan hareketleri ile emisyon sınır değerleri arasındaki ilişki (bkz. Avrupa Parlamentosu’nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği’nin 12 nolu gerekçesi) ve hava kalitesinin iyileştirilmesi ile dizel araçların izin verilen nitrojen oksit salınımı ile havanın kirletilmesine yönelik belirlenen sınır değerlerin tutturulması (bkz. Avrupa Parlamentosu’nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği’nin 6 nolu gerekçesi) garanti altına alınmalıdır.
- 11 Sonuç olarak, Yönetmelik’e göre emisyon kontrol sistemlerinin etkisini kısıtlayan kapatma donanımlarının kullanılması, istisnai olarak düzenlenen hallerden biri değilse (Avrupa Parlamentosu’nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği’nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi) kesin olarak hukuka aykırıdır (Avrupa Parlamentosu’nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği’nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi) (Ayrıca bkz. Alman Parlamentosu, Bilimsel Hizmetler, 7-3000-031/16, s.12vd.). Buradaki “kapatma donanımları” Avrupa Parlamentosu’nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği’nin 3. maddesinin 10. bendinde, ısı, araç hızı, motor devri, vites göstergesi, emme manifoldundaki alt basınç vb. parametreleri; emisyon kontrol sisteminin herhangi bir parçasının fonksiyonunu çalıştırma, değiştirme, yavaşlatma ya da fonksiyonun sonlandırılması

amacıyla paylaşan ve bu şekilde emisyon kontrol sistemlerinin etkinliğini aracın normal işletimi sırasında beklenene göre oldukça kısıtlayan her türlü yapı parçası olarak tanımlanmıştır.

- 12 (b) Bu kapsamlı düzenlemeye göre Davacı'nın aracında kurulu olan yazılım Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde hukuka aykırı kapatma donanımı olarak değerlendirilmelidir (bkz. OLG Köln, 28 Mayıs 2018 tarihli - 27 U 13/17, juris Kn.2 kararı; OLG Koblenz, NJW-RR 2018, 376 Kn.20; OVG Münster, 17 Ağustos 2018 tarihli - 8 B 548/18 numaralı kararı, juris Kn.1; Führ, NVwZ 2017, 265, 266; Legner, VuR 2018, 251, 253; Harriehausen, NJW 2018, 3137, 3140). Zira bu tip bir yazılım aracın emisyon değerlerinin denetimi aşamasında olup olmadığını tespit etmekte ve bu durumda motora geri dönen atık gazları çoğaltıp salınan nitrojen oksit miktarını azaltmaktadır. Aracın normal işletimi sırasında bu program başka bir şekilde çalışmakta ve sadece kısıtlı bir çerçevede atık gazların motora geri dönmesini sağlamaktadır; teknik parametrelerden yola çıkarak aracın işletim şeklini -denetim aşaması ya da gerçek işletim- tespit etmekte ve buna göre atık gazların geri dönüşümünü aktif ya da pasif hale getirmektedir. Bu da açık bir şekilde emisyon kontrol sistemlerinin etkinliğine zarar vermektedir.
- 13 (c) Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde düzenlenen ve kapatma donanımlarının kullanımına müsaade eden hallerden biri burada söz konusu olsaydı bile, bu duruma ilişkin şartların da somut olayda gerçekleşmiş olması gerekirdi. İstinaf mahkemesi bu soruna ilişkin detaylı bir değerlendirme yapmamıştır. Düzenlenen istisnaların, olaydaki kapatma donanımının, aracın denetim işletiminde gerçek işletimden daha zayıf emisyon değerleri vermesini sağlaması ve (başka türlü erişilemeyen) emisyon sınır değerlerini korumasını amaçlaması halinde - Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesi 1. fıkrası hükmünün düzenleme amacı da dikkate alındığında- bu ihtimalin baştan itibaren dikkate alınmaması gerekecekti.

- 14 Yazılımın betimlenen etki şekli dolayısıyla kapatma donanımı, ne motorun bir zarara ya da kazaya sebebiyet vermesini engellemeye veya aracın güvenli sürüşünü sağlamaya yönelik bir parça olmalı (Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi a bendi), ne de motorun çalıştırılması sonrasında ihtiyaç duyulan bir donanım olmalıdır (Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi b bendi).
- 15 Temel olarak "Buharlaştırma emisyonlarının ve ortalama egzoz emisyonlarının doğrulanması prosedürlerine ilişkin şartların (Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi c bendi)" mevcut olup olmadığı da anlaşılmamaktadır. Yönetmelik tasarisının eski bir versiyonunun da gösterdiği gibi –lafzın zor anlamlandırılan halinden yola çıkarak-, aslında bu tip istisnalar sadece, istisnaya ilişkin şartların emisyon denetim süreçlerinde mevcut olmaları halinde geçerlidir. Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi c bendinde öngörülen ayrıcalık yalnızca kapatma donanımının, emisyon ölçümüne ilişkin denetim safhasında açıkça belirtilmiş olmasına yöneliktir. Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin değişen ifadesinden farklı bir amaç güttüğü anlaşılmamaktadır (Bu anlamda daha anlaşılır bir düzenleme 1 Ocak 2016 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 168/2013 sayılı ve 15 Ocak 2013 tarihli, iki, üç ve dört tekerlekli otomobillerin izinlerine ve pazar denetimlerine ilişkin Yönetmeliği'nin 19. maddesinin 2. cümlesinin c bendinde [Kapatma Donanımlarının Yasaklanması] bulunmaktadır; 2 Mart 2013 tarihli, L60 versiyonu, S.52).
- 16 Bununla birlikte, istinaf mahkemesinin tespitlerine göre, Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi c bendinde düzenlenen emisyon denetim süreçlerine ilişkin istisna hükmü, Davacı'nın otomobilinde kurulu olan kapatma donanımının, önceden bildirilmemiş olması ve tam aksine tespit edilemeyecek şekilde emisyon denetim süreçlerini etkilemeyi amaçlaması dolayısıyla, uygulanmayacaktır.



- 17 bb) Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrası hükmünün sonucu olarak Davacı'nun otomobiline hukuka aykırı şekilde kurulan kapatma donanımı, otomobilin Davacı tarafından kamuya açık trafikte (kesintisiz olarak) işletilmesini garanti edilemez hale getirmektedir ve otomobil bu nedenle BGB'nin 434. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin 2. numaralı düzenlemesi çerçevesinde alışlageldik kullanım şartlarını sağlamamaktadır. Denetim sırasında özel bir moda geçen ve günlük işletim sırasında kullandığından daha hafif bir kullanım sergileyerek iyileştirilmiş nitrojen oksit değerleri sağlayan bir yazılım, aracın donanımından kaynaklı olarak bir hususi araçta bulunuyorsa, bu durumda ayıptan bahsedilmelidir (bkz. OLG München, 23 Mart 2017 tarihli kararı - 3 U 4316/16, juris Kn. 13; OLG Köln, 27 Mart 2018 tarihli kararı- 18 U 134/17, juris Kn. 11 mwN; OLG Nürnberg, NZV 2018, 315 Kn. 38; ferner OLG Frankfurt am Main, 31 Ağustos 2018 tarihli kararı- 25 U 17/18, juris Kn. 53; Witt, NJW 2017, 3681, 3682; Harriehausen, aaO S. 3138).
- 18 (1) Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasına göre, otomobillerin trafiğe çıkışına izin vermeye yetkili kurum, otomobilin trafiğe çıkmaya ilişkin yönetmelik şartlarını taşımaması halinde, otomobilin sahibine ya da işleticisine ayıbı gidermesi için ölçülü bir süre verebilir, otomobilin kamuya açık trafikte işletilmesini kısıtlayabilir ya da tamamen yasaklayabilir.
- 19 İdare mahkemesinin içtihatlarına göre, Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde hukuka aykırı kapatma yazılımı kurulu olan araçlar işleticileri tarafından, otomobillerin trafiğe çıkışına izin vermeye yetkili kurumca onaylanan yazılım güncellemesi ile güncellenmedikleri takdirde, Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 3. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde belirlenen şartları taşımayacak ve tip uygunluğunu sağlamayacak olmaları sebebiyle Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasına göre "düzenlemelere aykırı" olacaklardır (bkz. OVG Münster, 17 Ağustos 2018 tarihli kararı - 8 B 548/18,

aaO Kn. 24 vd.; VG Düsseldorf, 24 Ocak 2018 tarihli kararı • 6 K 12341/17, juris Kn. 269 vd., 347 vd.; VG Karlsruhe, 26 Şubat 2018 tarihli kararı - 12 K 16702/17, juris Kn. 22; VG Sigmaringen, 4 Nisan 2018 tarihli kararı - 5 K 1476/18, juris Kn. 20; VG Stuttgart, 27 Nisan 2018 tarihli kararı • 8 K 1962/18, juris Kn. 10 vd.; VG Köln, 29 Mayıs 2018 tarihli kararı • 18 L 854/18, juris Kn. 15; VG Magdeburg, 2 Temmuz 2018 tarihli kararı • 1 B 268/18, juris Kn. 7 vd.).

- 20 (2) Bu nedenle, zorunlu AB düzenlemelerine aykırı olarak kapatma donanımı monte edilmiş motorlu taşıtlar, yönetmeliklere uygunluklarının sağlanması için bir yenilemeye ihtiyaç duyduklarından, bu tip bir aracın işleticisi, uygun iyileştirmeyi (henüz) gerçekleştirmemiş olması halinde, Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasına göre işletmesinin kısıtlanması ya da tamamen yasaklanması yasağına tabi olacaktır. Bu tehlike yalnızca tip onayına yetkili kurumun bir yenileme düzeneği talep etmesi halinde değil -her ne kadar burada aracın trafiğe çıkış izni ile birlikte 14 Ekim 2015 tarihinde üreticiyle paylaşılmış olsa da-, aynı zamanda kurumun iyileştirmeye ilişkin ölçütleri üreticiye henüz iletmediği durumda da mevcuttur. Zira daha başlangıç anında dahi, -gerekli olması halinde diğer koşullarla birlikte (öncelikle ilgili tip onayına yetkili kurumun kararını ya da fikrini gösteren)- Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde, Avrupa Parlamentosu'nun 715/2007 sayılı Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasına aykırı ve uygun tipte olmayan (Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 3. maddesinin 1. cümlesinin 2. Bendi) kapatma donanımı yüklü araçların trafiğe çıkmasının yasaklanmasını ya da kısıtlanmasını sağlayacak bir olay ("Ayıplı Tesisat"/Temel Ayıp) mevcuttur.
- 21 (3) Yenilemenin (henüz) gerçekleştirilmemesi halinde -gizli dahi olsa- aracın işletilmesinin yetkili kurum tarafından yasaklanmasını ya da sınırlanmasını sağlayan bir tehlike mevcuttur ve bu tehlike satım açısından, ilgili otomobillerin BGB'nin 434. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin 2 nolu düzenlemesi çerçevesinde alış-

lageldik kullanım özelliklerini taşımadıklarını göstermektedir. Satım konusu eşyanın gerekli nitelikleri taşımaması sadece elverişliliğinin tamamen ortadan kalktığı hallerde değil, aynı zamanda bu elverişliliğin azaldığı hallerde de söz konusu olacaktır (bkz. Federal Yüksek Mahkeme Kararları, 26 Nisan 2017 tarihli - VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817 Kn. 18 mwN; 26 Ekim 2016 tarihli - VIII ZR 240/15, aaO Kn. 15).

- 22 Henüz yenilemeleri gerçekleştirilmemiş ve EA 189 tipi motor taşıyan otomobiller hususunda da elverişliliğin azalmasından hareket edilmelidir. Zira böyle bir otomobilin alıcısı her zaman, idari kararlar -bazı şartlarda ivedi uygulamaya yönelik kararlar da söz konusu olabilir (bkz. OVG Münster, 17 Ağustos 2018 tarihli kararı – 8 B 548/18, aaO Kn. 1) nedeniyle otomobilini kamuya açık trafiğe çıkartamayacağını dikkate almak zorundadır. Bu durum, her somut olayda yetkili kurumun Otomobillerin Trafiğe Çıkış İzinlerine ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde işletmenin yasaklanmasına karar verip vermemesine bağlı olarak söz konusu olacaktır.

Alıcının malı olağan kullanımını kısıtlayan nitelik, işletmenin yetkili kurum tarafından yasaklanmasında değil, aksine daha önce hukuka aykırı olarak kurulan kapatma donanımının ilgili kurumun müdahalede bulunma olasılığını gündeme getirmesindedir (bkz. BGH, 18 Ocak 2017 karar tarihli - VIII ZR 234/15, NJW 2017, 1666 Kn. 21, 28; 11 Aralık 1992 karar tarihli- V ZR 204/91, NJW-RR 1993, 396, II 2 altında [Hukuki ayıba ilişkin]).

- 23 b) Davacının aracının, hem hasarın geçtiği an olan Temmuz 2015 sonunda hem de ek ifa talebinde bulunulan Ekim 2015 tarihinde (gizli) işletmenin yasaklanması tehlikesi dolayısıyla olağan kullanım özelliklerini taşıyor olması sebebiyle, BGB'nin 434. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi 2 nolu düzenlemesi çerçevesinde, otomobilin benzer eşyalarda bulunan mahiyeti ya da alıcı tarafından otomobilden beklenebilecek özellikleri taşımadığı nitelendirmesi gerçekleştirilmelidir. Zira ilgili hükümde bahsedilen özelliklerin (olağan kullanıma ilişkin ve beklenen mahiyet) kümülatif olarak

(birlikte) eşyada bulunması halinde eşya ayıpsız olarak değerlendirilebilir (BGH, 30 Kasım 2012 tarihli kararı • V ZR 25/12, NJW 2013, 1671 Kn. 13).

- 24 2. Kurulun ön değerlendirmesine göre, Davacının ayıpsız benzeri ile değiştirme talep etme hakkının mevcut olmadığı yönündeki (BGB'nin 437. maddesinin 1 nolu düzenlemesi, 434. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin 2 nolu düzenlemesi, 439. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendi), birinci nesil VW Tiguan'ın artık üretilmiyor olmasına, bu nedenle Davalı'dan beklenen edimin imkansız hale gelmiş olmasına ve Davalı'nın 2016 yılından beri üretilen ikinci nesil VW Tiguan'ın temin edilmesine yönelik talebi bulunmamasına dayanan İstinaf mahkemesi kararı (ZPO'nun 308. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi), hukuki hatalardan etkilenmiş olabilir.
- 25 a) İstinaf mahkemesi, yeni ve ayıpsız benzeri ile değişime yönelik talebi, talep edilen edimin gerçekleştirilmesinin imkânsız olması (BGB'nin 275. maddesinin 1. fıkrası) sebebiyle reddetmiştir. Bu kararda belirleyici olan, Satıcının benzer nitelikte ve değerinde bir eşyayı temin edip edemeyeceği olmuştur. Buradaki durum ise farklıdır. Zira Davacı, birinci nesil VW Tiguan'ın temini için başvuruda bulunmuştur, fakat bu tip otomobil 2016 yılından beri üretilmemektedir. Üretilmekte olan ikinci nesil VW Tiguan -istinaf mahkemesine göre- benzer nitelikte ve değerinde eşya teşkil etmeyecektir. Zira bu araç 103 kW (140 PS) yerine 110 kW (150 PS) gücünde motor ile donatılmıştır. Maksimum hızı da 182-193 km/s yerine 202-204 km/s'tir. Ayrıca ikinci neslin araçları 6 cm daha uzundur ve 8 cm daha geniş teker izine sahiptir.
- 26 aa) İstinaf mahkemesinin kararını takiben diğer eyalet mahkemeleri de daha güçlü motora sahip ya da daha yüksek egzoz salınım normlarına uygun olarak sertifikalandırılmış araçları konu alan yeni ve güncel nesil araç ile değişim taleplerine ilişkin değerlendirmeler yapmış, bu şartların mevcut olması halinde Alıcının talebinin yerine getirilmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir (OLG Köln, 6 Mart 2018 tarihli kararı • 16 U 110/07, juris Kn. 9; OLG München, 2 Temmuz 2018 tarihli kararı • 8 U 1710/17, juris Kn. 27; OLG Jena, NZV 2018, 571 f.; OLG Düsseldorf, 9 Kasım 2018

tarikli kararı - 22 U 2/18, BeckRS 2018, 29177 Kn. 55; OLG Hamburg, 21 Aralık 2018 tarihli kararı - 11 U 55/18, juris Kn. 46 ff.; ayrıca bkz. OLG Karlsruhe, 6 Aralık 2018 tarihli kararı - 17 U 4/18, juris Kn. 30 .

- 27 Temyiz mahkemeleri tarafından kabul edilen bir başka görüőe göre, Alıcı'nın Satıcı'ya karşı ileri sürmüő olduğu ayıpsız, yeni üretim ve aynı tipteki bir araçla değişime yönelik davalar, ilgili aracın üreticinin güncel seri üretiminden olması halinde, BGB'nin 275. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olmayacaktır (bkz. LG Hamburg, 20 Nisan 2018 tarihli kararı - 313 O 31/17, juris Kn. 29 ff.; LG Hamburg, DAR 2018, 273, 274, 276 f.; LG Ravensburg, 6 Mart 2018 tarihli kararı - 2 O 96/17, juris Kn. 49; LG Offenburg, VuR 2017, 269, 271).
- 28 bb) Kurul son anılan görüőe eğilimlidir.
- 29 İstinaf mahkemesi gerekçesinde, alıcının, BGB'nin 439. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen 2. ihtimale dayanan ayıpsız yeni bir otomobilin teminine yönelik talebinin, sözleşmenin kurulduğu sırada kararlaştırılan modelin artık üretilmiyor olması ve bu modelin üçüncü bir satıcıdan da temin edilemeyecek olması halinde, güncel seri üretimdeki bir otomobili de kapsayıp kapsamayacağına yönelik belirleyici soruyu incelerken, satış sözleşmesine taraf kişilere ait irade beyanlarının, tarafların menfaatleri çerçevesinde yorumlanmasıyla elde edilecek anlamını (BGB'nin 133. ve 157. maddeleri) yeteri kadar dikkate almamıştır.
- 30 Kurulun daha önce karar vermiş olduğu gibi, yeni bir aracın temininin söz konusu olup olamayacağı sözleşme taraflarının sözleşmenin kurulması esnasındaki tespit edilen iradelerinin yorumlanması ile anlaşılacaktır ((BGB'nin 133. ve 157. maddeleri; Federal Yüksek Mahkeme'nin 7 Haziran 2006 tarihli kararı - VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Kn.23). İstinaf mahkemesi tarafından sözleşmeye taraf olanların bu husustaki iradelerinin tespit edilmesi ve yorumlanması ihmal edilmiştir. Kurulun ön değerlendirmelerde

konuya ilişkin belirleyici şartları tespit etmiş olması ve kendisinden başkaca tespitlerin yapılması beklenemeyeceğinden bu eksik de Kurul tarafından giderilmelidir.

- 31 (1) İlk olarak, yeni bir otomobilin satımı sırasında –aksi yönde tarafların anlaşması olmadığı sürece- bir cins borcunun söz konusu olduğu dikkate alınmalıdır (BGB'nin 243. maddesinin 1. fıkrası) (Federal Yüksek Mahkeme Kararı, 17 Ekim 2018 tarihli - VIII ZR 212/17, NJW 2019, 80 Kn. 20 [BGHZ'de yayınlanması kararlaştırılmıştır]). Burada, alıcının BGB'nin 439. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen 2. ihtimaldeki şartlara göre malın yenisi ile değiştirilmesi talebinin imkânsız olup olmaması bakımından cins satımı ile parça satımı arasındaki fark önemli değildir. Zira Kanun Koyucu 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun modernizasyonuna ilişkin 26 Kasım 2001 tarihli kanunda (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BGBl. I S. 3138), bu ayırımı açıkça vazgeçilebilir, göz ardı edilebilir olarak değerlendirmiştir (BT-Drucks. 14/6040, s.230 [BGB'nin 439. maddesine ilişkin olarak]; ayrıca bkz. s.94). Buna göre BGB'nin 439. maddesinin lafzından ayıplı eşyada ayıbın giderilmesi ya da yenisi ile değiştirilmesi hususunda parça satımı ya da cins satımı olmasına ilişkin bir farklılık anlaşılmamaktadır (Federal Yüksek Mahkeme Kararı, 7 Haziran 2006 tarihli kararı – VIII ZR 209/05, aaO Kn.20). Bundan daha ziyade borçlunun sözleşme ile üstlenmiş olduğu yükümlülüğün değerlendirilmesi (bkz. BT-Drucks. 14/6040, s.132; Kurul Kararı, 17 Ekim 2018 tarihli kararı - VIII ZR 212/17, aaO) ve içeriğinin taraf menfaatleri çerçevesinde tespit edilmesi noktasında bu husus dikkate alınmalıdır (BGB'nin 133. ve 157. maddeleri).
- 32 (2) Satıcının sözleşmeden doğan tedarik etme yükümlülüklerinin içeriği ve kapsamı belirlenirken, BGB'nin 437. maddesi ve devamındaki hükümlere göre ayıbın giderilmesine yönelik talebin öncelikli olduğu dikkate alınmalıdır. Bu şekilde bir yandan alıcının sözleşme ile kendisine vaat edilen şeyi elde etmesi sağlanmaya çalışılmakta, diğer yandan satıcıya sözleşmenin feshi ile yaşayacağı ekonomik zararlardan kaçınması için son bir şans verilmesi amaçlanmaktadır (bkz. BT-Drucks. 14/6040, s.93 vd., 220 f., 230; Federal

Yüksek Mahkeme Kararları, 23 Şubat 2005 tarihli kararı - VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 226 f.; 7 Haziran 2006 tarihli kararı • VIII ZR 209/05, aaO Kn.19).

Bu değerlendirme istinaf mahkemesi tarafından ek ifa talebine ilişkin olarak yeteri kadar dikkate alınmamış ve hızlı bir şekilde BGB'nin 275. maddesinin 1. fıkrası düzenlemesine başvurulmuştur.

- 33 (3) Göz önünde bulundurulması gereken bir diğer unsur, istinaf mahkemesinin de kabul ettiği şekilde, BGB'nin 439. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen 2. ihtimal çerçevesinde satıcının ayıpsız benzerini temin etme yükümlülüğü, benzer cinsten ve değerde eşyayı kapsar. Zira Alıcı'nın ayıpsız benzerin temin edilmesine yönelik talebi, esasen temin edilen ayıplı eşya yerine ayıpsız olan, fakat kalan özellikler itibarıyla benzer cinsten ve değerde olan -sözleşmeye uygun fonksiyonları haiz- eşyanın teminini amaçlamaktadır (Bkz. Federal Yüksek Mahkeme Kararları 7 Haziran 2006 karar tarihli - VIII ZR 209/05, aaO Kn. 17 f.,23; 15 Temmuz 2008 karar tarihli - VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Kn. 18; 17 Ekim 2012 karar tarihli - VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Kn. 24; 24 Ekim 2018 karar tarihli • VIII ZR 66/17, aaO Kn.41.). Ayıpsız benzerin temini, ayıp içermeyen, fakat kalan özellikler itibarıyla satım konusu eşyanın birebir aynısı olan ürünün temini ile sınırlı değildir.
- 34 Ayıbın benzer cinsten ve benzer değerde bir edimin ifası ile ortadan kalkıp kalkmayacağı sorununun çözümü için, sözleşmeye katılan tarafların, sözleşme konusu somut edimi değiştirilebilir olarak kabul edip etmeyeceklerinin anlaşılması gereklidir (Federal Yüksek Mahkeme, 21 Kasım 2017 tarihli kararı- X ZR 111/16, NJW 2018, 789 Kn. 8, 7 Haziran 2006 tarihli Kurul kararına atıfla - VIII ZR 209/05, aaO.)
- 35 (a) Bu hususta, yeni bir otomobil satın alınırken, aracın benzer şekilde devam modellerinin üretilceğinin ve pazara gireceğinin de genel kabul olduğu dikkate alınmalıdır. Satım sözleşmesinin ku-

rulduğu sırada, tarafların, özellikle otomobil satıcısının, sözleşmeye konu modelin üretici tarafından belirli bir süre sonra değiştirileceğini ve üretimden kaldırılacağını bilmesi gerekir.

Halef model pazara artık güncel olmayan selef model yerine girecektir. Halef modeller bu sebeple kural olarak, yeni Avrupa egzoz gazı salınımı normlarına uygunluk ve motor tekniğindeki gelişmeler; güvenlik ve yardımcı sistemlerdeki ve bununla ilgili kullanım, yönetim yazılımlarındaki yenilikler; boyutlarda, ağırlıklarda, yakıt kullanımında ve dış görünüşte gerçekleşen ya da artırılan konfor gibi bazı unsurlar açısından geliştirilmişlerdir. Bu özellikler açısından halef model selefini takiben pazara girmiştir ve onun yerini almıştır.

- 36 (b) Bu nitelikler, esas sözleşmeye konu edimden daha yeni bir modelin üretimine başlanması sonrası, edimin yenisi ile değiştirilebilir olup olmamasının değerlendirilmesinde ağırlık kazanmalıdır. Küçük ya da büyük çerçevede gerçekleştirilen bu değişiklikler sözleşme taraflarının menfaatleri dengelenirken, özellikle satıcı açısından, kural olarak önem arz etmemelidir. Otomobil üreticisi teknik ya da farklı nitelikte olan değişiklikleri, anlaşılabilir model değişikliği yapmaksızın da gerçekleştirebilir. Temyiz incelemesinde (bkz. OLG Jena, aaO s.572) karara kısmen esas olan, "facelift" ile model değişikliği arasındaki fark, bu hususta karar verilmesi için yeterli olmamalıdır. Alıcının, satıcıya karşı ileri sürdüğü model değişikliği sonrası yeni aracın temini hususunda -sözleşmeye konu eski seri otomobilin yenisinin artık temin edilemeyeceği ihtimalde- dikkate alınması gereken, yeni aracın temini sırasında satıcının katlanması gereken masraflardır. Satıcının bu husustaki menfaati, satım sözleşmesinin kurulduğu sırada üretilen modelin temin edilebilir olması ihtimalinde de daha farklı değerlendirilemezdi.
- 37 İkame mala ilişkin masrafların somut olayda orantılı olup olmadığı -Davalı'nın sunduğu ve temyiz incelemesinde dikkate alınan değere göre Davacı tarafından satın alınan aracın değeri 19.330 € iken yeni aracın satış bedeli 28.000 €'dur- ve bu sebeple ikame malın verilmesi bakımından bir engel bulunup bulunmadığına ilişkin



sorun BGB'nin 275. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak çözümlenemeyecektir. Zira kanun koyucu bu soruyu bilhassa BGB'nin 439. maddesinin 4. fıkrası (zaman itibarıyla burada kullanımı mümkün olan BGB'nin 439. maddesinin 3. fıkrası hükmü ile birlikte) kapsamı noktasında öncelikli olarak dikkate almıştır (BT-Drucks. 14/6040, s.232). Bu açıdan istinaf mahkemesi –kendi görüşü ile tutarlı olarak– herhangi bir değerlendirme yapmamıştır.

- 38 (c) Kurulun bu husustaki görüşlerinden yola çıkarak, İstinaf Mahkemesinin Davacı'nın yeni aracın teminine ilişkin talebi ile çelişmeyen, sonradan ifa ile ilgili hususları yeteri kadar dikkate almadığı ve yalnızca halef modelin sağlanmasının teknik açıdan, anılan motor ve diğer değişikliklere dayanarak değerlendirildiği açıktır.
- 39 b) Betimlenen (maddi hukuka ilişkin) arka plan dikkate alındığında, istinaf mahkemesinin, davacı tarafından ikinci nesil VW Tiguan aracın temininin talep edilmemiş olması sebebiyle bu yönde bir karar verilemeyeceğine ilişkin görüşünün sorgulanabilir olduğu anlaşılmaktadır (ZPO'nun 308. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi). Zira usul hukuku maddi hukukun uygulanmasını sağlamalı, uygulanmamasının önüne geçmelidir. Davacının talebinin içeriği ve sınırları sadece taleplerin lafzından yola çıkılarak belirlenemez; içeriğin ve sınırların belirlenmesinde Davacı'nın gerekçeleri yorumlanmalıdır (Federal Yüksek Mahkeme kararları 21 Mart 2018 tarihli kararı, VIII ZR 68/17, NJW 2018, 3448 Kn.31 [BGHZ'de yayınlanması kararlaştırılmıştır]; VIII ZR 84/17, WuM 2018, 278 Kn 36; jewels mwN).
- 40 Bu hükme göre istinaf mahkemesi burada belirtilen koşullarda, ZPO'nun 253. maddesinin 2. fıkrasının 2 nolu düzenlemesine göre davada ileri sürülen talebin kesinliğine ilişkin çok katı şartlar getirmiştir ve bu sebeple kendi takdir yetkisini (ZPO'nun 308. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi) hukuka aykırı şekilde daraltmıştır.
- 41 Davacı tarafından ileri sürülen talep "103 kW (140 PS)" gücünde motora sahip bir otomobile ilişkin iken, ikinci nesil VW Tiguan

istinaf mahkemesinin tespitlerine göre 110 kW (150 PS) gücündedir. Bununla birlikte Davacı'nın talebi, istinaf mahkemesi tarafından da nihayet görüldüğü üzere, eski model -bu modelin temin edilmesinin mümkün olmadığı halde- ya da güncel üretilen model olmasından bağımsız olarak, ayıpsız bir VW Tiguan'ın kendisine temin edilmesine yöneliktir. Bu sebeple -ilk nesil modelin ayıplı olması ve yenilenmesinin mümkün olmaması halinde- ikinci nesil otomobilin bu nitelikte olmasının muhtemel olduğu kabul edilmelidir.

Dr. Milger - Dr. Hessel - Dr. Fetzner - Dr. Bünger - Kosziol

Uyuşmazlık hakkında alt derece mahkemelerde verilen kararlar:

LG Bayreuth, 20.12.2016 tarihli kararı- 21 O 34/16

OLG Bamberg, 20.09.2017 tarihli kararı - 6 U 5/17