

**İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞ İÇİN TAHSİS EDİLEN BİLGİSAYARIN  
ÖZEL AMAÇLA KULLANIMI NEDENİYLE FESHİNE DAİR  
ALMAN FEDERAL İŞ MAHKEMESİ KARARI**

**Çeviren : Ar. Gör. Dr. Ercüment ÖZKARACA<sup>1</sup>**

Federal İş Mahkemesi 2. Dairesi'nin 31.5.2007 ve 200/06 sayılı kararı\*

**Özet**

1. Davacının temyizi üzerine Rheinland-Pfalz Eyalet İş Mahkemesinin 8.9.2005 – 6 Sa 311/05 sayılı kararı, davayı reddettiği ölçüde kısmen bozulmuştur.
2. Hukuki uyuşmazlık bu kapsamda –temyiz masrafları da dahil olmak üzere- yeniden görüşülmek ve karar verilmek amacıyla Eyalet İş Mahkemesine geri gönderilmiştir.

**Olay**

1. Taraflar arasında tartışmalı olan husus, hizmet için tahsis edilen bilgisayarın iş saatleri içinde izinsiz olarak özel amaçla kullanılmış olmasına dayanan süreli fesih bildiriminin geçerli olup olmadığıdır.
2. Evli ve iki çocuk geçindirmekle yükümlü olan davacı 1.7.1999'dan itibaren davalı (ve onun selefi) yanında şantiye şefi olarak çalışmıştır.
3. Davalı, 4.12.2004 tarihinde, iş için davacının kullanımına bırakılan bilgisayarını kontrol etmiştir. Bu bilgisayarı diğer işçiler, en azından Bayan K. ve Bay E. de kullanabilmekteydi. İşyerinde iş için verilen bilgisayarın özel amaçlı kullanımı hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Davalı, kontrol

<sup>1</sup> Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

\* Kararın Almanca metni için bkz. <http://juris.bundesarbeitsgericht.de>

esnasında, bilgisayarda bulunan kısmen erotik içerikli bir dizi resim ve video dosyasını kopyalamış ve iş için tahsis edilmiş olan bu bilgisayardan internete erotik sayfaların ziyaret edildiğini tespit etmiştir. Davacı, sözü edilen sayfaların ziyaret edildiği bazı günler için davalıdan fazla çalışma ücreti almıştır.

4. Davalı, 6.12.2004 tarihli yazısı ile davacının iş ilişkisini süresiz, bunun kabul edilmemesi durumunda tedbiren süreli fesih bildirimini ile feshetmiştir.

5. Davacı, bu fesih işlemine karşı açtığı dava ile işe devam etmek istediğini bildirmiştir. Davacı, hizmet için tahsis edilen bilgisayarı iş saatleri içinde erotik içerikli DVD veya video dosyalarını izlemek için özel amaçlı olarak kullanmadığını; erotik içerikli hiçbir internet sitesini de ziyaret etmediğini; davalının belirttiği günlerin bazılarında hizmet için verilen bilgisayarı hiç kullanmadığını; örneğin 21.2.2004 Cumartesi günü işyerinde olmadığını, bilakis G..’de bir inşaatta bulunduğunu ileri sürmüştür.

6. Davacı,

1. Taraflar arasındaki iş ilişkisinin davalının 6.12.2004 tarihli yazısı uyarınca tedbiren yaptığı süreli fesih bildirimini ile de ortadan kalkmadığının tespitine,

2. Haklı görülmesi durumunda, davalının kendisini hukuki uyumsuzluğun kesin hükümlerle sonuçlanmasına kadar o zamana kadar geçerli olan iş ve sözleşme koşulları ile çalıştırmaya devam etmesine karar verilmesini talep etmiştir.

7. Davalı, davanın reddini talep eden dilekçesinde gerekçe olarak, süreli fesih bildirimini davranıştan kaynaklanan nedenlerle sosyal açıdan haklı olduğunu; davacının 2004 yılında iş saatleri içinde, CD veya DVD’lerle kendisine iş için tahsis edilen bilgisayara yüklediği veya internetten indirdiği erotik resimlere baktığını; bu davranışlarda bulunduğu günlerde haksız olarak fazla çalışma ücreti istemiş olması nedeniyle sözleşmeye aykırılığın daha da ağır olduğunu belirtmiştir.

8. İş mahkemesi, taraflar arasındaki iş ilişkisinin davalı tarafından açıklanan gerek süresiz fesih bildirimini ile gerek tedbiren açıklanan süreli fesih bildiri-

mi ile sona ermediğini tespit etmiş ve davalıyı, davacıyı geçici olarak çalıştırmaya devam etmeye mahkum etmiştir. Davalının istinafa başvurması üzerine Eyalet İş Mahkemesi kararı kısmen değiştirmiş, taraflar arasındaki ilişkisinin süresiz fesih bildirimini ile sona ermediğini tespit etmiştir. Bunun dışında, Eyalet İş Mahkemesi, iş mahkemesinin kararını değiştirmiş ve davayı reddetmiştir. Davacı, temyiz başvurusu ile yeniden ilk derece mahkemesi kararı yönünde hüküm kurulmasını istemektedir.

### **Kararın gerekçeleri**

**9. A. Eyalet İş Mahkemesi davayı reddetmesine gerekçe olarak esas itibariyle şu hususları belirtmiştir :** Davalının süresiz fesih bildiriminde bulunmadan önce davacıyı uyarmamış olması nedeniyle, süresiz fesih bildirimini için önemli bir neden bulunmamaktadır. Davacının ihlal ettiği bir kullanım yönergesi bulunmadığı gibi, davalı, davacıya bu hususta bir talimat da vermemiştir. Davacının davranışı ahlaki açıdan çok kötü olmadığından ve bir dolandırma teşebbüsü niteliğinde bulunmadığından, önemli bir neden bulunmasının kabulü için davalının davacının hangi işleri yapmadığını ve bunların telafi edilmesi için fazla çalışma yaptığını ortaya koyması gerekirdi. Sadece böyle bir durumda süresiz fesih bildirimine gerekçe oluşturabilecek ahlaki açıdan olumsuz bir davranışın bulunup bulunmadığı değerlendirilebilirdi.

**10. Bununla birlikte, davacının davranışı, davranıştan kaynaklanan nedenlerle yapılan süreli bir fesih bildirimine gerekçe oluşturabilecek niteliktedir.** İstinaf mahkemesi, davacının davalının belirttiği dosyaları izlediğine ikna olmuştur. Bu nedenle, davacının açıklamaları önemli bulunmamıştır. Davacı yükümlülüklerini ihlal ettiğini açıkça anlayabilirdi. Bu nedenle, hangi zamanlarda bilgisayarı kullanmadığını ortaya koymak onun yükümlülüğündedir. Davacının, örneğin 21.1.2004 tarihinde işyerinde dahi bulunmadığına ilişkin itirazı önemli değildir. Davalı, erotik internet programlarına kayıt suretiyle “porno kullanıcısı” olarak adlandırılmaya katılmak zorunda değildir. Ayrıca, diğer işyeri çalışanlarının veya ziyaretçilerin bilgisayar ekranındaki resimlerden rahatsız olması tehlikesi de mevcuttur. Bu nedenle, bir işçinin yapmakla yükümlü olduğu bir iş bulunmayan bir zaman diliminde başka şeylerle uğraşabileceğinin kabul edilebileceği sosyal açıdan uygun bir

durum da bulunmamaktadır. Pornografik materyallerin izlenmesi buraya dahil değildir. Bu nedenle, bir uyarıda bulunmaya da ihtiyaç olmamıştır. Davacının, davalının bu davranışına katlanmayacağını bilmesi gerekirdi.

**11. B. Daire**, bu görüşe, ne gerekçe ne de sonuç olarak katılmaktadır. Eyalet İş Mahkemesi, isabetsiz olarak, Feshe Karşı Koruma Kanunu §1/f.2 hükmü anlamında davranıştan kaynaklanan bir fesih nedeni bulunduğunu kabul etmiştir.

**12. I. Bir fesih işleminin Feshe Karşı Koruma Kanunu §1/f.2 hükmüne göre, sosyal açıdan haklı olup olmadığı sorununda, belirsiz bir hukuk kavramının uygulanması söz konusudur.** Bu uygulama, temyiz mahkemesi tarafından sadece, Eyalet İş Mahkemesi'nin iptal edilen hükümde bu hukuki kavramı yanlış değerlendirip değerlendirmede; maddi olayın Feshe Karşı Koruma Kanunu §1 hükmünün kapsamına girdiğine ilişkin olarak yaptığı sınıflandırmada mantık kurallarını veya genel tecrübe ilkelerini ihlal edip etmediği; mahkemenin, ilk derece hakiminin bir takdir hakkına sahip olduğu menfaat değerlendirmesinde tüm önemli unsurları dikkate alıp almadığı ve hükmün kendi için tutarlı olup olmadığı noktalarında denetlenebilir (Daire'nin yerleşik içtihadı, örneğin 12.1.2006 - 2 AZR 21/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 53 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67; 10.10.2002 - 2 AZR 472/01 - BAGE 103, 111)

**13. II. Eyalet İş Mahkemesi'nin açıklamaları bu sınırlı kontrol ölçütlerine uymamaktadır.**

**14. 1. İşçinin, Feshe Karşı Koruma Kanunu §1/f.2 hükmü anlamındaki davranışlarından kaynaklanan bir fesih işlemi, işçi kendisine isnat edilen davranışı ile sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü –kural olarak kusurlu bir biçimde- önemli ölçüde ihlal ettiği, iş ilişkisi somut olarak zarar gördüğü, işçinin başka bir işi yapmasının beklenemediği ve her iki sözleşme tarafının menfaatlerinin değerlendirilmesi sonucunda iş ilişkisinin son bulması uygun ve adil görüldüğü takdirde sosyal açıdan haklıdır** (Daire, 12.1.2006- 2 AZR 21/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 53 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67; 24.6..2004 - 2 AZR 63/03

- AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 49 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 63).

**15.** Davranıştan kaynaklanan fesihle tahmin ilkesi geçerlidir. Fesih işleminin amacı, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlaline yaptırım uygulamak olmayıp, gelecekte gerçekleşebilecek bilakis başka önemli yükümlülük ihlalleri rizikosunun önlenmesidir. Bu nedenle, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün ihlal edilmiş olması, gelecekte de sonuç doğuracak etkiye sahip olmalıdır (Daire 12.1.2006- 2 AZR 179/05- AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68; 21.11.1996 - 2 AZR 357/95 - AP BGB § 626 Nr. 130 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 56). Somut yükümlülük ihlali ve bunun sonuçlarından, işçinin bir fesih tehdidinden sonra da gelecekte iş sözleşmesini yeniden, aynı veya benzer biçimde ihlal edeceği sonucu çıkarılabiliyorsa olumsuz bir tahmin söz konusudur (ErfK/Ascheid/Oetker 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 297). Bu nedenle, bir sözleşme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle fesih için kural olarak uyarıda bulunulması gerekir. Bu husus, olumsuz tahminin objektifleştirilmesine hizmet eder (Staudinger/Preis BGB 13. Aufl. § 626 Rn. 109) . Usulüne uygun olarak yapılmış bir uyarı mevcutsa ve işçi sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yeniden ihlal ederse, ileride başka sözleşme ihlallerinin de gerçekleşeceğinden hareket edilebilir (ErfK/Ascheid/Oetker § 1 KSchG Rn. 300; Staudinger/Preis BGB § 626 Rn. 106). Böylece, uyarı, tahmin prensibinin uygulanması açısından gerekli bir unsur olmaktadır.

**16. 2.** Bu ilkelerin uygulanması açısından bakıldığında, Eyalet İş Mahkemesi'nin kararı isabetsiz görünmektedir. Çünkü, -davacının önemli bir yükümlülük ihlalinin bulunduğu kabul edilse dahi- gerekli olduğu halde kapsamlı bir menfaat değerlendirmesi yapılmamıştır.

**17. 3.** İstinaf mahkemesi kararının gerekçesi de kendi içinde tutarsızdır. Eyalet İş Mahkemesi, iş ilişkisinin süresiz fesih bildiri ile sona erdirilmesini bir uyarı bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı sayarken, (tedbiren beyan edilen) süreli fesih bildirimiminin neden bir uyarı gerektirmediğini tereddütsüz biçimde gerekçelendirmemiştir.

18. 4. Ayrıca, karar, Eyalet İş Mahkemesi'nin davacının olası bir önemli yükümlülük ihlalini yeterli biçimde somutlaştırıp tespit etmemiş olması nedeniyle de isabetsiz görünmektedir. Böylece, Eyalet İş Mahkemesi, Feshe Karşı Koruma Kanunu §1/f.2 hükmü anlamında davranıştan kaynaklanan fesih nedeninin niteliğini yanlış değerlendirmiştir.

19. a) Dairenin içtihadına göre (özellikle krş. 7.7.2005 - 2 AZR 581/04 - BAGE 115, 195 ve 12.1. 2006 - 2 AZR 179/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68; 27.4.2006 - 2 AZR 386/05 - AP BGB § 626 Nr. 202 = ~~EZA-BGB-2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 11~~) internet veya iş için verilen bir bilgisayarın özel amaçlarla kullanılmasında diğer bazı durumların yanı sıra aşağıdaki hallerde iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerin feshi gerektirecek biçimde ihlal edildiği düşünülebilir :

- İşyeri data sistemine internette çok miktarda veri indirilmesi (“yetkisiz download”), özellikle böyle bir durumda işyeri sistemlerine virüs bulaşma tehlikesi veya başkaca zararlar ortaya çıkması söz konusuysa veya takip edilmesi durumunda işverenin isminin zarar göreceği dosyaların, örneğin ceza gerektiren veya pornografik dosyaların indirilmesi söz konusuysa;

- İşveren tarafından kullanıma sunulan internet bağlantısının özel amaçlı kullanımı : Çünkü böylece işveren açısından ek masraflar ortaya çıkabilir. Ayrıca işçi her halukarda işyeri araçlarını yetkisi olmaksızın kullanmış olmaktadır.

- İşveren tarafından kullanıma sunulan internet bağlantısının veya diğer işyeri araçlarının iş saatleri içinde özel amaçlı kullanımı. Çünkü böylece işçi özel amaçlarla internette gezinirken veya video filmlerini izlerken ya da oyun oynarken iş sözleşmesi ile borçlandığı iş görme edimini yerine getirmemekte ve böylece iş görme borcunu ihlal etmektedir.

20. b) Eyalet İş Mahkemesi, bu muhtemel yükümlülük ihlallerinden hiçbirini yeterli biçimde tespit etmemiştir.

21. aa) Eyalet İş Mahkemesi, işyeri işletme sistemine internette veya başka kaynaklardan ne miktarda veri yüklendiğini ve böylece işyeri data sistemle-

rinde ne kadar –önemli- yük veya arıza oluştuğunu veya hangi somut arıza tehlikelerinin söz konusu olduğunu tespit etmemiştir.

22. bb) Eyalet İş Mahkemesi, davacı tarafından internetin özel amaçlarla kullanılması sonucunda davalı için somut olarak ek masraflar oluşup oluşmadığını tespit etmemiştir.

23. cc) Son olarak, Eyalet İş Mahkemesi, davacının iş saatleri içinde yerine getirmesi gereken iş görme edimini yerine getirip getirmediğini ve ne ölçüde yerine getirmediğini de tespit etmemiştir.

24. dd) Eyalet İş Mahkemesi, davranıştan kaynaklanan fesih nedenine gerekçe olarak “diğer işyeri çalışanlarının veya ziyaretçilerin” söz konusu resimlerden rahatsız olabileceğini göstermiştir. Bu konuda da somut bir tehlikenin olduğunu gösteren somut tespitler bulunmamaktadır. Öte yandan, bu husus –resimler ile bir suç işlenmedikçe- tek başına iş sözleşmesinden kaynaklanan sadakat borcunu mutlaka ihlal edici nitelikte değildir.

25. Ayrıca, Eyalet İş Mahkemesi sadece “erotik resimler” ile ilgili tespitler yapmışken, kararın gerekçe kısmında “pornografik” dosyaların izlenmesinden söz etmiştir.

26. C. Fiili tespitlerin yeterli olmaması nedeniyle, davranıştan kaynaklanan bir fesih nedeninin mevcut olup olmadığı kesin olarak değerlendirilememektedir. Bu nedenle, dava yeniden görüşülmek ve karara bağlanmak üzere istinaf mahkemesine geri gönderilmelidir (Medeni Usul Kanunu § 563 f. 1, c. 1).

27. I. Eyalet İş Mahkemesi, davacının –daha somut olarak araştırılması gereken- davranışları ile sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal edip etmediğini somut olarak açıklığa kavuşturmak durumundadır. Mahkeme, davalıya, davacının sözleşmeden kaynaklanan yükümlülük ihlallerini daha ayrıntılı olarak ortaya koyma fırsatı verecektir.

28. 1. Bu konuda mahkeme, (Federal İş Mahkemesi’nin 7.7.2005 veya 27.4.2006 tarihli kararlarındaki durumdan farklı olarak) davalının ortaya koyuş biçimi açısından da internetin aşırı ölçüde özel amaçlı kullanımının söz konusu olmadığını dikkate almak zorundadır. Sadece iletişim araçlarının

ağır bir yükümlülük ihlali teşkil edecek şekilde aşırı kullanımı halinde – işveren önceden herhangi bir sınırlama getirmiş olmasa da-, iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme ediminin ihlalinin, uyarıya gerek olmaksızın tek başına iş ilişkisinin sona erdirilmesine yol açabileceğinden hareket edilebilir. “Ağır bir yükümlülük ihlali” durumunda işçi kural olarak, davranışının hukuka aykırı olduğunun ve işverenin buna katlanmayacağına farkındadır (krş. BAG 10.2.1999 - 2 ABR 31/98 - BAGE 91, 30; 12.1.2006 - 2 AZR 179/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68). Sadece bu nedenle bir uyarı gerekliliğinden vazgeçilebilir. Bununla birlikte, böyle bir durumun varlığını kabul için mevcut duruma göre, birçok tespit eksik bulunmaktadır. Davalı tarafından önceki mercilerde çok sayıda günde sadece “dakika düzeyinde” izinsiz kullanım olduğunun iddia edilmiş olması da bu hususu kuvvetlendirmektedir.

29. 2. Eyalet İş Mahkemesi, ayrıca, davacının iş için verilen bilgisayarı erotik DVD veya CD’leri izlemek için veya internette gezinmek için kullandığı belirtilen bazı günlerde fazla çalışma da yapmış olmasının, tek başına önemli bir yükümlülük ihlali oluşturmadığını da dikkate almak zorundadır. Burada, davacının normal çalışma süresi içinde işini somut olarak ne ölçüde ihmal ettiğine ve bu nedenle fazla çalışma yaparak yerine getirdiğine ilişkin tespitler bulunmamaktadır. Ayrıca, belirtilen günlerde aşırı bir kullanımın söz konusu olduğuna ilişkin tespitler de mevcut değildir.

30. 3. İstinaf mahkemesi ayrıca, davacının iş için verilen bilgisayarı hangi günlerde özel amaçla kullandığına ilişkin olarak şimdiye kadar yeterli tespitlerin bulunmadığını da dikkate almak zorundadır. Nitekim, davacı davalının önceki mercilerde belirttiği günlerde bir kullanımın bulunmadığını belirtmiştir. İş için verilen bilgisayarı başkaları da kullanabildiğinden, - Eyalet İş Mahkemesi’nin görüşünden farklı olarak- davacının söz konusu beyanı önemsiz değildir. Davacı, somut bazı günler açısından –özellikle 21.2.2004 tarihinde- işyerinde olmaması nedeniyle bir özel kullanımın mümkün olmayacağını ortaya koymuştur. Eyalet İş Mahkemesi’nin görüşünden farklı olarak, böyle bir itiraz önemsiz değildir. Bu açıdan davacı ispat yükümlülü-

ğü altında değildir. Daha ziyade, davalı, feshe yetkili kılan yükümlülük ihlali somut olarak ortaya koymalıdır (bkz. BAG 24.11.1983 - 2 AZR 327/82 - AP BGB § 626 Nr. 76 = EzA BGB § 626 nF Nr. 88; 6.8.1987 - 2 AZR 226/87 - AP BGB § 626 Nr. 97 = EzA BGB § 626 nF Nr. 109).

**31. II.** Eyalet İş Mahkemesi, yapacağı değerlendirmede son olarak, süresiz fesih bildirimiminin hukuka aykırılığı hususunda gerekçe olarak bu fesih bildirimiminin açıklanmasından önce davalının davacıyı zorunlu olarak uyarması gerekliliğini gösterdiğini de dikkate almak zorundadır. Buna karşılık, süreli, davranıştan kaynaklanan nedenlerle yapılan bir fesihte, mahkeme buna neden gerek görmediğini, muhtemel bir yükümlülük ihlali ve bu ihlalin ağırlığına ilişkin değerlendirmesi kapsamında ayrıntılı olarak açıklığa kavuşturmalıdır.

**32. III.** Son olarak, Eyalet İş Mahkemesi –şayet davacının önemli bir yükümlülük ihlali söz konusu ise- kapsamlı bir menfaat değerlendirmesi yapmak zorundadır.

**33. IV.** Mahkeme, -temyiz masrafları dahil olmak üzere- masraflar hakkında da yeniden bir karar vermek durumundadır.

Bröhl

Schmitz-Scholemann

Eylert

Claes

Krichel

