

İSVİÇRE, ALMAN VE TÜRK HUKUKLARINDA LIMITED ORTAĞIN SINIRLI SORUMLULUĞU İLKESİNİN ANLAMI VE NİTELİKLERİ

Doç. Dr. Ersin ÇAMOĞLU

I. GİRİŞ

Limited ortaklık Alman kanun koyucusunun yarattığı bir ortaklık tipidir. 19. asrın sonlarında Alman ekonomisinin ulaştığı gelişim düzeyi içinde özellikle müstemlekelerle ticaretle, kuruluşu ucuz ve kolay, ülkenin piyasa şartlarına uyabilecek ve en önemlisi ortaklarının sorumluluğu sınırlı olan yeni bir ortaklık tipine ihtiyaç duyulmaktaydı (1). İşte Alman kanun koyucusu (halen yürürlükte bulunan) 1892 tarihli Limited Ortaklıklar Kanununu, bu ihtiyaca cevap vermek amacıyla isdar etmiştir.

Limited ortaklıkların doğuş nedenlerinin başında gelen sınırlı sorumluluk ilkesi, bu yeni ortaklık tipinin kısa sürede bütün Avrupa'ya yayılmasının da başlıca etkenlerinden birisini teşkil eder. Ancak limited ortaklığı iktibas eden ülkelerin bazıları, sınırlı sorumluluk ilkesinin düzenlenmesinde Alman modelinden ayrılmışlardır. Alman limited ortaklığı, anonim ortaklık temeli üzerine kurulmuştur. Öyle ki, Alman limited ortaklığının «hisse senetsiz bir anonim ortaklık» veya «küçük anonim ortaklık» olduğu söylenebilir (2). Li-

(1) Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇAMOĞLU, E.: Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu Karşısında Şirket Alacaklılarının Aktif Korunması, İstanbul 1969, (teksir), 1 vd.

(2) BIERMANN, H. G.: Die Haftungsverhältnisse der deutschen und schweizerischen GmbH, Basel 1958 (in Maschinenschrift), 29; GIERKE, J. v.: Handels- und Schriffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958, 355.

limited ortaklığı 1926 Borçlar Kanunu tadilatında alan İsviçre, bu ortaklık tipini kişisel unsura önem vererek düzenlemiş, daha çok kollektif ortaklığa benzetmiştir. Bu nedenle İsviçre limited ortaklığında ortakların sorumluluğu, Alman hukukuna nazaran farklı ilkelere düzenlenmiştir. 1957 tarihli yeni Ticaret Kanunumuzun limited ortaklığa ilişkin hükümlerinin kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu teşkil etmektedir (3). Ticaret Kanunumuz, limited ortaklık hükümlerine İsviçre Borçlar Kanununu kaynak seçmesine rağmen, ortakların sorumluluğu konusunda farklı bir düzenleme getirmiş ve Alman limited ortaklığına yakın bir sistemi benimsemiştir.

Bu yazımda, limited ortaklığın varlık nedenlerinden birini teşkil eden sınırlı sorumluluk ilkesinin, Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında taşıdığı anlamı ve genel niteliklerini ele alacağım.

II. İSVİÇRE, ALMAN VE TÜRK HUKUKLARINDA LIMITED ORTAĞIN SORUMLULUĞU

1. İsviçre Hukuku

İsviçre Borçlar Kanunu limited ortaklığı sorumluluk ilişkileri yönünden kollektif ortaklığa yaklaştırmış, daha ziyade kişisel unsura önem veren bir düzenleme getirmiştir. İsv. BK. 802, ortağın sadece ortaklık tüzel kişisine karşı sorumlu olduğu ilkesini aşmış, ortakları ortaklık alacaklılarına karşı da sorumlu kılmıştır. Binaenaleyh ortaklar *iç ilişkide ortaklığa, dış ilişkide ise belirli şartlarla alacaklılara* karşı sorumludurlar.

a. İç İlişkide Sorumluluk

İç ilişkide ortaklar, ortaklık sözleşmesiyle *katılma (sermaye) borcu* (4) altına girmişlerdir. Ortaklık tüzel kişisine karşı girilen bu borç, sözleşmenin izni ölçüsünde nakitle veya paradan başka bir

(3) Limited ortaklık Türk hukukuna ilk defa 1926 tarihli eski TK. ile girmişti. Bu hükümlere 1925 tarihli eski Fransız LQK. kaynaklık etmişti (ARSLANLI, H.: Ticaret Kanunu Şerhi, Limited Şirketler, 1. Kısım: Limited Şirketin Kuruluşu, m. 503-517, İstanbul 1962, Umumi Mülahazalar 2; MANASSE, E.: Code de commerce, Législation commerciale turque, İstanbul 1926, 125 dpn. 1).

(4) Bkz.: Aşağıda dpn. 48.

edimle ifa olunabilir. Ortaklarla limited ortaklık arasındaki karşılıklı hak ve borç ilişkileri emredici hükümlerle düzenlenmiştir (5).

Alacaklılara karşı birinci derecede sorumlu olan ortaklık tüzel kişisidir. Limited ortaklığın malvarlığı alacaklıların başvurabilecekleri bir değerler yığını teşkil eder. Bu sebeple Kanun sermayenin ortaklığa fiilen ve gerçek değeri ile yatırılması, daha sonra da gayri meşru iadelerle azaltılmaması için hükümler sevk etmiştir. Ayrıca İsv. BK. 801'e göre, sermaye borcunda temerrüdü sebebiyle (Kanunun öngördüğü merasime uyularak) ortaklıktan çıkarılan ortağın selefleri, payın satılması halinde ortaya çıkacak açıktan sorumlu tutulmuşlardır. Yine alacaklılar yararına konmuş olan hükümler arasında, gayri meşru şekilde alınan kâr ve faizlerin iadesini öngören İsv. BK. 806. madde de sayılabilir.

İç ilişkide, ortaklık devam ettiği sürece ortak, ortaklığa karşı sadece kendi katılma (sermaye) borcunu ödemek zorundadır. Bu yüzden ortaklığın kendisine düşen borçları veya diğer ortakların katılma borçlarını yerine getirip getirmediğinin hiç bir etkisi yoktur. Sermaye borcunu gereği gibi yerine getirmeyen ortağa karşı ortaklığın kullanabileceği hukuki imkânlar şunlardır: (1) Ortağı ihraç etmek ve onu aynı zamanda sermaye hesabındaki açıktan dolayı takip etmek (İsv. BK. 799 II), (2) ortağın hissesini satmak (İsv. BK. 800), (3) Açıktan sorumluluğu öngören 801. madde gereğince çıkarılan ortağın seleflerine başvurmak. Bütün bu yolları denediği halde olumlu bir sonuç alamayan ortaklığın, sermaye hesabındaki açığı kapatmak için başvurabileceği başka bir hukuki imkân kalmamıştır. Çünkü İsviçre Borçlar Kanunu limited ortaklığa, bir ortağın sermaye hesabındaki açığın kapatılmasını diğer ortaklardan talep etmek hakkını tanımamıştır. Hatta malvarlığı borçlarını karşılamaya yeterli olmasa dahi ortaklık böyle bir talep hakkına sahip değildir (6,7). Bu açıktan dolayı ortaklar aşağıda (b) altında izah olunacak kurallar uyarınca alacaklılara karşı sorumludurlar.

(5) BIERMANN 38.

(6) STEIGER, W. v.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., 5. Teil: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1965, Art. 722 N 25; BIERMANN 45; KAUFMANN, O. K.: Die Haftungsverhältnisse in der schweizerischen GmbH, Aarau 1940, 78.

(7) Bu konuda Alm. LOK. § 24'ün getirdiği düzenleme için bkz.: Aşağıda 2 a.

b. Dış İlişkide Sorumluluk

ba. İsviçre hukukunda limited ortaklar *şirket alacaklılarına* karşı bütün ortaklık borçlarından dolayı, kollektif ortaklıklara ilişkin hükümler gereğince *müteselsilen* sorumludurlar. Ancak *sorumluluk tescil edilmiş esas sermaye miktarı ile sınırlıdır* (8). Ortaklar esas sermaye ödenmiş olduğu ölçüde bu sorumluluktan kurtulurlar. Ancak ödenmiş sermayeden usulsüz iadeler yapılması veya haksız kâr ya da faiz dağıtılması, sorumluluğu bu miktarda tekrar canlandırır (İsv. BK. 802 II).

Görüldüğü gibi İsviçre'de limited ortağın sorumluluğu bir tavan içi sorumluluktur. *Bu tavan, diğer bir deyişle sorumluluğun azami sınırı, tescil edilmiş esas sermaye miktarıdır.* Sorumluluğun müşahhas sınırı ise, müseccei sermaye miktarı ile, sermaye hesabına ortaklar tarafından yapılan (ve usulsüz sermaye iadeleri, haksız kâr veya faiz şeklinde geri çekilmemiş olan) ödemelerin toplamı arasındaki farktır (9). Binaenaleyh, limited ortağın sorumluluğunun gerçek sınırı esas sermaye hesabına fiilen yapılan ödemelere göre ortaya çıkacaktır. İşte bu durum kollektif ortaklarla limited ortakların sorumluluğu arasında önemli bir fark teşkil eder (10,11).

bb. İsviçre hukukunda limited ortakların ortaklık alacaklılarına karşı sorumluluğu Kanunun açık bir hükmü ile tesis edilmiştir (İsv. BK. 802). Çünkü bir bakıma limited ortaklığa giren her ortak alacaklılara karşı, ortaklık sermayesinin gereği gibi ifa ve muhafaza edileceğini garanti etmiş olur (12). Ortak bu kuralın bir gereği olarak da, esas sermayenin fiilen ödenmemiş veya geri çekilmiş kısmından alacaklılar tarafından sorumlu tutulabilmektedir.

(8) STEİGER Art. 722 N. 23; JANGGEN/BECKER, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VII., 3. Abteilung: Die GmbH, Art. 772 - 827, Bern 1939, Art. 802 N 6 vd.

(9) STEİGER Art. 772 N 772 N 24; KAUFMANN 81.

(10) Diğer farklar için bkz: Aşağıda (bb). Ayrıca bkz. ve karşı: TEKİNALP, Ü.: Limited Ortaklıklarda Ortakların Sorumluluğunda Açığa Kapanma Borcu Sistemi ve Türk Ticaret Kanunu, İkt. Mal. VIII/6, 327 vd.

(11) Limited ortağın sorumluluğunun, komanditer ortağa nazaran arzettiği farklılıklar için bkz.: STEİGER Art. 772 N. 28; KAUFMANN 63, 174. Komanditerin sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇAMOĞLU (Poroy-Tekinalp) Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 1972, 172 vd.

(12) JANGGEN/BECKER Art. 802 N 2.

İsv. BK. 802 I, limited ortakların sorumluluğunu, kollektif ortaklık hükümlerine atıf yapmak suretiyle düzenlemiştir. Şu halde limited ortaklık ortakları da kollektif ortaklar gibi ortaklık borçlarından dolayı ikinci derecede ve müteselsilen sorumludurlar (13). Bu sorumluluğun birinci dereceye yükselmesi, yani ortaklara doğrudan başvurulabilmesi için, kollektif ortaklıklarda olduğu gibi (14) (İsv. BK. 568 III/TK. 179) ortaklık sona ermiş veya aleyhine yapılan icra takibi semeresiz kalmış olmalıdır (15). Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu iki halde dahi kollektif ortaklardan farklı olarak alacaklılar, limited ortaklara münferiden başvuramazlar. Ortaklık iflas yoluyla sona ermişse iflâs idaresi, sair hallerde ise tasfiye memurları ortakların sorumlu olduğu meblağı tesbit ve talep ederler. Alacaklı, sadece ortaklık aleyhine yapılan takibin semeresiz kalması halinde doğrudan doğruya ortaklara başvurabilir (16).

Ortağın iflas etmiş olması ikinci derecede sorumluluğa bir istisna teşkil eder; bu halde alacaklılar önce ortaklığa başvurmaya mecbur olmaksızın doğrudan doğruya müflis ortağa müracaat edebilirler (17). Yani sorumluluk kollektif ortağın iflâsında olduğu gibi birinci derecededir (18). İflâs eden ortağın iflâs masası da, alacaklılar

(13) Ancak limited ortakların sorumluluğu, kollektif ortaklara nazaran bazı önemli farklar arzeder. Bu farklılıklara yazıda yeri geldikçe değinilmiştir. Özellikle bkz.: dpn. 10 ve 18.

(14) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇAMOĞLU (Poroy - Tekinalp) 122 vd.

(15) Fazla bilgi için bkz.: STEİGER Einl. N. 75-80; JANGGEN/BECKER Art. 802 N 8, 9.

(16) STEİGER Art. 802 N 3; BIERMANN 110.

(17) Belirtmek gerekir ki, bir limited ortağın iflâsı, sadece o ortağa karşı olan alacakları muaccel kılar; yoksa limited ortaklığa veya diğer ortaklara başvurma hakkı vermez (CARRY, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, SJK. 802 N VI; FELLMANN, B.: Der Konkurs der GmbH und Ihrer Mitglieder nach schweizerischem Recht, Diss. Sursee 1947, 148 vd.; KAUFMANN 174. Kollektif ortaklık için bkz.: JAEGER, C.: Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl. Zürich 1911, Art. 208 N 3; SIEGWART, A.: Kommentar zum schweizerischen ZGB, V., 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Zürich 1945, Art. 568/569 N. 17).

(18) BÄR, R.: Die Haftung des Gesellschafters nach schweizerischem GmbH-Recht, in: Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 36, Frankfurt-Berlin 1968, 75; STEİGER Einl,

ra karşı İsv. BK. 802 II'nin çizdiği hudut içinde, yani henüz ödenmemiş (veya geri çekilmiş) sermaye nisbetinde sorumludur. Başvuran alacaklıların talepleri tutarı sorumluluk sınırını aşıyorsa, alacaklılar talep oranlarına göre indirim yapılarak masaya dahil edilirler (19).

Ancak, alacaklılar, ortaklara doğrudan doğruya başvurabilecekleri bu son iki halde de, sadece ortaklık kasası lehine ödeme talep edebilirler (20).

Birinci derecede sorumluluğun şartları gerçekleşip, alacaklılara ödemedede bulunan ortak, sermaye payları oranında diğer ortaklara rücu hakkını haizdir (İsv. BK. 802 III).

bc. Limited ortağın sorumluluğu müseccel sermayenin henüz ödenmemiş (veya usulsüz sermaye iadeleri ya da haksız kâr veya faiz alınması suretiyle tekrar doğmuş) miktarı ile sınırlıdır. Bu kural gereğince ortak, esas sermaye fiilen karşılanmış olduğu ölçüde sorumluluktan kurtulur. Ortağın alacaklılara karşı sorumluluktan tamamen kurtulabilmesi için, bütün ortakların katılma borçlarını ifa etmiş olmaları ve sermayenin usulsüz iadelerle eksilmemiş olması gerekir. İşte sözü geçen bu şartlar gerçekleşmeden bir ortağa başvurulması halinde, ortaklar sorumsuzluklarını defi olarak ileri sürerler (21).

Esas sözleşme imkân verdiği takdirde ortaklar sermaye borçlarını nakitten başka değerlerle veya takas yoluyla ifa edebilirler. Sermaye borcunun ayınla, daha doğru bir deyişle paradan başka bir değerle karşılanması halinde ortağın borçtan kurtulabilmesi, ayının gerekli şekle uyularak ortaklık mülkiyetine geçirilmesi ve değer itibariyle de karşılığında verilen paya uygun olması gerekir. Bütün bu hususları isbat yükü aynı koyan ortağa düşer. Paradan başka sermayenin katılma borcuna ne miktarda mahsup edileceğini tesbit

N. 84; FELLMANN 148 vd.; JANGGEN/BECKER Art. 802 N 20 vd.; oysa komanditer ortağın iflâsı halinde, ortağın henüz ödenmemiş sermaye borçlarını ortaklık yöneticileri talep ederler (KAUFMANN 63, 174).

(19) CARRY, SJK. 802 VI; KAUFMANN 175.

(20) JANGGEN/BECKER Art. 802 N. 22; BÄR 74; BIERMANN 110; GYSİN, A.: Bemerkungen zur Einführung der GmbH in der Schweiz, Festgabe für C. Wieland, Basel 1934, 190 vd.

(21) STEIGER Einl. N. 64, Art. 802 N. 5.

hususunda aynın ortaklığa konduğu tarihteki değeri esas alınır (22). Bu tarihten sonraki değer düşmelerinden ortak sorumlu tutulamaz (23). İsviçre hukukunda aynı sermayeye aşırı değer biçilmesi halinde, bütün ortaklar aradaki farktan dolayı İsv. BK. 802 II'nin koyduğu genel sorumluluk ilkesi uyarınca alacaklılara karşı müteselsilen sorumlu olurlar (24). Aşırı değerlendirme hallerinde ayna biçilen bu değer, alacaklılara karşı ileri sürülemez. Bu gibi hallerde, aynın yaşayan işletme içindeki değerinin değil, ortaklığa getirildiği andaki (tasfiye) değerinin esas alınması (25) ve aradaki değer farkının aynı getiren ortağın bakiye borcu olarak kalması kuralı kabul edilmektedir.

Sorumluluktan kurtulma şartlarının gerçekleştiğini, yani ortaklık sözleşmesinde gösterilen sermayenin ortaklığa usulüne uygun olarak konmuş ve daha sonra yolsuz iadeler veya haksız kâr ya da faiz ödemeleri ile azalmamış bulunduğunu isbat yükü ortaklara terettüp eder (26). Bunun gibi aynı sermayenin değerinin biçilen kıymete uygun düştüğünü isbat yükü de ortaktır (27).

2. Alman Hukuku

Alman limited ortaklığı bir küçük anonim ortaklıktır. Ortakların sorumluluğu da kural olarak, anonim şirket ortağının sorumluluğu gibidir. Dış ilişkide bütün hak ve borçların sahibi, tüzel kişiliğe sahip olan (Alm. LOK. § 13 I) limited ortaklıktır. Bu sebeple alacaklılara karşı münhasıran ortaklık sermayesi (daha doğru bir deyimle malvarlığı) sorumludur. (Alm. LOK. § 13 II). Ortaklar ve ortaklık alacaklıları arasında bir hukuki ilişki mevcut değildir. Bu kuralın

(22) CARRY SJK. 802, 3; GUHL, Th.: Das Schweizerische Obligationenrecht, 5. Aufl., Zürich 1956, 537; BIERMANN 113.

(23) STEIGER Art. 778 N. 24, Art. 802 N. 12; JANGGEN/BECKER Art. 778 N. 10; BÄR 69.

(24) KAUFMANN 107 vd.; BÄR 69; STEIGER Art. 778 N. 21, Art. 802 N. 12.

(25) JANGGEN/BECKER Art. 802 N. 14; BÄR 69; STEIGER Art. 778 N. 22.

(26) FANCONI, A.: Die Haftung des Mitgliedes einer GmbH nach schweizerischem und deutschem Recht, Uster 1939, 49; CARRY, SJK, 802, 45; STEIGER Art. 802 N. 16.

(27) FANCONI 49; Aksi kanıda: SCHOCH, O.: Die Haftungsverhältnisse in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung Diss. Zürich 1929, 86.

sonucu, «Alman hukukunda limited ortaklar ortaklık alacaklılarına karşı sorumlu değildirler» şeklinde ifade edilebilir (28).

a. İç İlişkide Sorumluluk

Alman hukukunda limited ortakların asli borcu, ortaklık sözleşmesiyle yükledikleri katılma (sermaye) borcunu ödemekten ibarettir. Bu borcu gereği gibi yerine getiren ortağın kural olarak sorumluluğu da sona erer. Alman Limited Ortaklıklar Kanunu, öngördüğü bazı hükümlerle ortağın sorumluluğunu genişleten istisnalar getirmiştir. Ancak, aşağıda göreceğimiz bu munzam talep haklarının hepsi de kural gereğince ortaklığa aittir.

Sermaye borcu, esas sözleşme imkân veriyorsa paradan gayri değerlerle de ifa olunabilir. İster nakitle ister paradan başka bir değerle ifa edilecek olsun, sermaye borcunun tamamının hemen ortaklığın kuruluşunda ödenmesi gerekmez. Ödenmesi gereken meblağ payın nakit kısmının (250 DM.'tan aşağı olmamak şartıyla) 1/4 üdür. Eğer sözleşme veya sonradan ortaklar kurulu kararı ile başkaca bir şey kararlaştırılmamışsa, bakiye sermaye borcunun ödenmesi hususunda, gerek meblağ gerekse zaman yönünden payla orantılı talep ilkesi yürür (29). Sermaye ortaklıklarında geçerli olan sermayenin korunması ilkesinin bir gereği olarak, İsviçre (Isv. BK. 798 II) ve Türk hukukunda (TK. 528 II) olduğu gibi (30), Alman hukukunda da ortaklığın bakiye *sermaye alacaklılarının feragati* veya bunların ödenmesini *tecil etmesi* caiz görülmemiştir. (Alm. LOK. § 19 II) (31). Yine aynı ilkeye hizmet etmek amacıyla ortağın sermaye borcunu ortaklığa karşı *takas etmesi* kesin olarak yasaklan-

(28) Ayrıntılı bilgi için bkz.: BIERMANN 106 vd.

(29) BRODMANN, E.: Gesetz betreffend die GmbH. Berlin/Leipzig 1924. § 19 Anm. 1; Ayrıca RGZ 132, 396.

(30) ÇAMOĞLU, Alacaklıların Korunması 74; ARSLANLI, H.: Ticaret Kanunu Şerhi, Limited Şirketler. II. Kısım: m. 518-535, İstanbul 1963, m. 528; STEIGER Art. 798.

(31) Ayrıntılı bilgi için bkz.: HACHENBURG/SCHILLING § 19; BAUMBACH/HUECK, GmbH-Gesetz, Kurzkommentar, 13. Aufl. München 1970, § 19, 3A, B; SCHOLZ, F.: Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Aufl., Köln-Marienburg 1964, § 19; WILKE/SCHAUDWET, in: Wilke-Berg-Gottschling-Gaul, Handbuch der GmbH, 3. Aufl. Köln-Marienburg 1969, 126 N. 277, 278.

miştir. Bu yasak sadece ortağın takas imkânını sınırlayan tek yanlı bir yasaktır. Diğer bir söyleyişle, ortaklık ortağa karşı genel şartlar çerçevesinde bir takas imkânından her zaman yararlanabilir (32).

Alman hukuku ortağın sermaye borcunu zamanında ya da gereği gibi yerine getirmemesi halinde sermaye açığının kapatılması için ortaklığa bazı imkânlar tanımıştır :

(1) Kanunun öngördüğü prosedüre uyulmak suretiyle ortak bütün ortaklık haklarından mahrum edilebilir (Alm. LOK. § 21) (32a). Bu takdirde ortaksal haklarından yoksun kılınan ortağın sermaye hesabındaki açık nedeniyle sorumluluğu devam eder (Alm. LOK. § 21 III). Ortak ayrıca, vaktinde ödenmeyen sermaye borcu için temerrüt faizi ve şayet esas sözleşmede öngörülmüşse cezai şart ödemekle yükümlüdür.

(2) Payın çıkarılan ortak tarafından bir başkasından devralınmış olması halinde, ödenmeyip eksik kalan kısım için *seleflerine* başvurulabilir (Alm. LOK. § 22) (33).

(3) Ortaklığın ödenmeyen meblağı sağlayabilmesi için diğer bir imkân, mütemerrit ortağın *payını açık artırma ile sattırması* (Alm. LOK. § 23) (34). Payın satışı yoluna gidebilmek için, önce mütemerrit ortağın usulünce ortaksal haklarından mahrum kılınması, ve bu meblağın ortağın seleflerinden de tahsil edilememiş olması gerekir. Payın satışına gitmek ortaklığın ihtiyarına bırakılmıştır. Bunun gibi satışın zamanını tayin de ortaklığın takdir yetkisi içindedir. Ancak eğer ortaklık, açıktan dolayı hem çıkarılan ortağa başvurmak (Alm. LOK. § 21 III) hem de Alman hukukunun öngördüğü

(32) Fazla bilgi için bkz.: FEINE, H. E.; Die GmbH, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, Abteilung 3, Leipzig 1929, 298; SCHOLZ § 19 Anm. 14, 15; WILKE/SCHAUDWET 126 N. 277, 278.

(32a) Ayrıntılı bilgi için bkz.: BIERMANN 60 vd.; HACHENBURG/SCHMIDT § 21; FEINE 301 vd.; SCHOLZ § 21.

(33) Seleflere başvurmanın şartları ve ayrıntılı bilgi için bkz.: HACHENBURG/SCHMIDT § 22; VOGEL, H.: GmbH-Gesetz, Kommentar, 2. Aufl. Berlin-Frankfurt 1956, § 22; SCHOLZ § 22; FEINE 308.

(34) Ayrıntılı bilgi için bkz.: WIELAND, K.: Handelsrecht, II. Bd.: Die Kapitalgesellschaften, München-Leipzig 1931, 340; HACHENBURG/SCHMIDT § 23; FEINE 311; WILKE/SCHAUDWET 135 N. 299; SCHOLZ § 23.

«açığı kapama yükümlüden» yararlanarak bu yükü diğer ortaklara dağıtmak istiyorsa, bu halde önce açığı payın satışı yoluyla kapatmayı denemiş olması gerekir (35).

(4) Nihayet Alman hukukunda bir payın sermaye açığını kapatmak için öngörülen bütün yollar bittikten sonra, alacaklıların korunması ilkesinin bir gereği olarak, ortaklar için sermaye açığından müşterek sorumluluk kabul edilmiştir (37). Alm. LOK. § 24'de düzenlenen *açığı kapama yükümlü* gereğince, bütün hukuki imkânlar kullanılmasına rağmen halen kapatılamayıp kalan açıktan *diğer ortaklar* (38) *payları oranında* (39) sorumlu tutulurlar. Diğer bir söyleyişle bu sorumluluk müteselsil değildir. Açığa kapama yükümü ortaklar için mutlak bir borç teşkil eder. Şu anlamda ki, ortağın hissesine düşen meblağ, ortaklık işlerinin yürümesi ve alacaklıların tatmini için gerekli olmasa dahi talep olunabilir. Ortaklardan birisinin hissesine düşen borcu ödeyememesi halinde bu miktar tekrar hisseleri oranında diğer ortaklara dağıtılır (40).

Alman hukukunda, esas sermayenin korunması amacıyla sermayenin karşılığını teşkil eden değerlerden usulsüz iadeler yapılması veya haksız kâr ya da faiz dağıtılması yasağı da yer almaktadır (Alm. LOK. § 30-32). Bu yasağa aykırı hareket eden ortaklar, ortaklığa karşı *iade borcu* altına girerler. İsviçre hukukunun aksine (41), Alman hukukunda ortaklığın söz konusu talep hakkı haksız

(35) BIERMANN 63; VOGEL § 23 N. 3; FEINE 311; HACHENBURG/SCHMIDT § 23 Anm. 6; SCHOLZ § 23, N. 6.

(36) Fazla bilgi için bkz.: SCHOLZ § 21 N. 20; HACHENBURG/SCHMIDT § 21 Anm. 36.

(37) Ayrıntılı bilgi için bkz.: BAUMBACH/HUECK § 24, 1, 3 B; BIERMANN 68 vd. HACHENBURG/SCHMIDT § 24; FEINE 33 vd.; SCHOLZ § 24.

(38) Diğer ortaklar teriminin yorumu için bkz.: SCHOLZ § 24 N. 8; BAUMBACH/HUECK § 24, 3A; BIERMANN 71; HACHENBURG/SCHMIDT § 24 Anm. 14; RG. in: JW 1937, 2285.

(39) Bu konuda ortağın sermaye borcuna mahsuben ödediği miktar önem taşımayıp, payın itibari değeri esas alınır (SCHOLZ § 24 N. 12; VOGEL § 24 N. 4).

(40) Bu varsayımdaki sorumluluğa «ihtimali sorumluluk» (Eventuelhaft) denilmemektedir (SCHOLZ § 24 N. 13; WILKE/SCHAUDWET 138 N. 308).

(41) Ekz.: JAGGEN/BECKER Art. 806 N. 1.

iktisaptan doğan bir talep addedilmektedir (42). Haksız ödeme yapılan ortak iyi niyetli ise, kendisinden sadece alacaklıların tatmini için gerekli meblağın iadesi istenebilir (Alm. LOK. § 31 II) (43). Haksız ödemeler ortaktan geri alınamamışsa, diğer ortaklar bu açıktan (alacaklıları tatmine yetecek miktarla sınırlı olarak) LOK. § 24 gereğince, payları oranında sorumlu olurlar (Alm. LOK. § 31 III).

b. Dış İlişkide Sorumluluk

Yukarda da belirtildiği gibi Alman limited ortaklığı küçük bir anonim ortaklıktır. Özellikle ortakların sorumluluğu anonim ortaklık esaslarına göre düzenlenmiştir. Anonim ortaklıklarda olduğu gibi, limited ortaklıklarda da, ortaklık alacaklıları ile ortaklar arasında bir hukuki bağ kurulmamış, alacaklıların ortaklara ne doğrudan doğruya ne de dolayısıyla başvurması öngörülmüştür. Bu sebeple, Alman limited ortaklık hukukunun ortakların korunmasını, İsviçre hukukunun ise ortaklık alacaklılarının korunmasını birinci planda tuttuğu söylenmiştir (44).

Alman hukukunda ortaklara başvurmak olanağına sahip bulunmayan alacaklılar için ortaklık sermayesi, daha doğru bir deyişle malvarlığı bir garanti fonu niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle kanun koyucu *alacaklıların korunması* amacıyla, bir yandan *sermayenin gereği gibi tesis edilmesini*, diğer yandan ortaklığa getirilmiş olan *sermayenin korunmasını* sağlamaya yönelmiş çeşitli hükümler sevk etmiştir (45).

Son olarak değinelim ki, Alman doktrini ve uygulaması uzun bir gelişim süreci sonucunda, bazı hallerde alacaklıların doğrudan

(42) Bkz.: RGZ 80. 148; 92, 78; 166, 292; HACHENBURG/SCHMIDT § 31 Anm. 4a.

(43) Bu çözüm İsviçre hukukunda da kabul edilmiştir: İsv. BK. 806 II.

(44) FANCONI 80 vd.; KAUFMANN 79.

(45) Sermayenin ortaklığa getirilmesi ve korunmasını amaçlayan çeşitli tedbirler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: LUTTER, M.: Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in der Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, Karlsruhe 1964, 57 vd.; WIEDEMANN, H.: Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH, in: Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, Frankfurt-Berlin 1968, 17 vd.; WESTERMANN, H. P.: Gläubigerschutz bei der Neuordnung der GmbH, Tübingen 1971, 5 vd.

doğruya ortaklara başvurabilmelerini kabul etmiştir. Özellikle limited ortaklık tüzel kişinin hukuk düzeninin öngördüğü amaç dışında, ortakların sorumluluğunun sınırlandırılması için bir araç olarak kullanılması halinde, tüzel kişi - ortak hukuki ayırımının bir kenara bırakılması görüşü savunulmaktadır. *El uzatma* (Durchgriff) teorisi olarak adlandırılan bu kavramın kapsamına giren başlıca, sermaye yetersizliği, ortaklığın ortak kredileriyle finansmanı ve tek kişi limited ortaklığı gibi hallerde alacaklılara, tüzel kişi engelini aşarak doğrudan doğruya ortaklara başvurma imkânı tanınmaktadır (46).

3. Türk Hukuku

a. Kural

Türk kanun koyucusu limited ortakların sorumluluğu konusunda İsviçre sisteminden ayrılmış, Alman sistemini benimsemiştir. Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da limited ortağın (ortak sıfatıyla) asli borcu (47) *katılma (sermaye) borcundan* ibarettir. Ortak esas sözleşmede üstlendiği *katılma payı* (48) karşılı-

(46) Kavramlar ve bu gelişme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇAMOĞLU Alacaklıların Korunması 93 vd.; WÜST, G.: Gläubigerschutz bei der GmbH, Stuttgart-Pfieningen 1966, 6 vd.; KAMM, CH.: Gesellschafterdarlehen an Kapitalgesellschaften nach deutschem Recht unter Berücksichtigung des schweizerischen und französischen Rechts, Düsseldorf 1970, 34 vd., 49 vd.; DROBNİNG, U.: Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt-Berlin 1959, 9 vd.

(47) Ortaklar bunun yanında ortaklık sözleşmesi ile **tali yükümler** altına da girebilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz.: ARSLANLI I Umumi Mülâhazalar N. 20; JANGGEN/BECKER Art. 772 N 24; STEİGER Art. 772 N. 31, 33.

(48) **Katılma (sermaye) payı** için İsv. BK. 789 ve Alm. LOK. § 5'de kullanılan «Stammeinlage» terimi Arslanlı tarafından «temel iştirak payı» veya «sermaye miktarı» olarak çevrilmiştir (II m. 518 N. I). Ticaret Kanunumuzda bu konuda bir terim birliği yoktur. Bu kavram karşılığında TK. 503, 507 II. 510 II N 2, 528 I'de «konulması, taahhüt edilen sermaye», TK. 506, N. 3'de «sermaye miktarı», TK. 524'de «pay», TK. 525 II'de «ortağın koyduğu sermayenin itibari değeri» terimleri kullanılmıştır. Maafeih aynı terim karışıklığına İsviçre Borçlar Kanununda da rastlıyoruz. Kanımca sermaye miktarı terimi de kavramı belirtmekte ise de, ortaklık (esas) sermayesi miktarı ile karışıklık yaratabileceğinden, **katılma payı** terimini tercih ediyoruz. Katılma payı, anonim ortaklık paylarının itibari

ğında ortaklığa karşı *katılma (sermaye) borcu* altına girmiştir. Bu borcun alacaklısı ortaklık tüzel kişisidir. Katılma (sermaye) borcunu tam olarak yerine getiren ortağın sorumluluğu da sona erer.

Ticaret Kanunumuz ortaklarla ortaklık alacaklıları arasında bir ilişki kurmamış, alacaklılara gereğinde ortaklara başvurmak imkânını tanımamıştır. Diğer bir söyleyişle, Türk hukukunda ortaklar, ortaklık borçlarından sorumlu değildirler. Bu ilkeyi, «ortaklar ortaklık alacaklılarına karşı sorumlu değildirler» (49, 50) şeklinde de

değeri gibi bir ölçü-rakamdır. Ortaklık sermayesi, ortakların katılma paylarının toplamından oluşur. Katılma payı aynı zamanda ortağın *ortaklık payı* (ya da sadece payı) ile (TK. 518 I/İsv, BK. 789 I), bazı mali ve kişisel ortaksal haklarını tayin eden bir ölçü niteliği taşır (Bkz.: STEIGER Art. 789 N. 2-5). Ortaklık payı (pay), mali ve kişisel ortaksal hak ve yükümlülere içeren bir hukuki bütündür. Sermaye borcu ise, Arslanlı'nın tanımını ile (II m. 518 I) «ortağın sermaye miktarını karşılamak üzere taahhüt ettiği edim» dir. Ortaklara birer katılma payı tanıyan sözleşme hükmü onları aynı zamanda (aksine açıklık taşımadıkça) katılma paylarına eşdeğerde *katılma (veya sermaye) borcu* altına sokar. Bu borcun alacaklısı ortaklık tüzel kişisidir. Katılma borçları ortaklık sermayesini (buradaki anlamı için daha doğru bir deyimle malvarlığını) oluşturan değerlerdir. Nitekim, kavram için uygulama ve doktrinde yaygın olan *sermaye borcu* terimi, katılma borçlarının yöneldiği bu amacı dile getirmektedir. Binaenaleyh sermaye veya katılma borcu terimlerinin aynı kavramı ifade etmek üzere kullanıldığını belirtmek isterim (Kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: HACHENBURG/SCHMIDT § 5 Anm 3 vd.; STEIGER Art. 789 N 1 vd.; SCHOLZ § 5 N 3 vd.; ARSLANLI II m. 518 I; JANGGEN/BECKER Art. 772 N. 18; WILKE/SCHAUDWET 122 N. 265 vd.).

(49) Maamafih Alman doktrini ve uygulaması tarafından geliştirilen ve Türk hukukunda da uygulanması gereğini savunduğumuz «el uzatma» (Durchgriff) teorisi uyarınca, tüzel kişilik müessesesinin ortakların sorumluluğunun sınırlanması amacıyla kötüye kullanıldığı hallerde, alacaklılar doğrudan doğruya ortaklara başvurabilirler. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇAMOĞLU Alacaklıların Korunması 93 vd. Teorinin Alman hukukundaki gelişimi hakkında bkz.: dpn. 46'da anılan yazarlar.

(50) Bu kuralın tek istisnasını Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanunun 35. maddesinde görüyoruz. Sözü geçen 35. madde, limited ortaklar için ortaklığın kamu borçları nedeniyle, ortaklık sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettikleri katılma paylarıyla sınırlı bir sorumluluk öngörmüştür. Böylece limited ortakların alacaklılara karşı sorumlu olmadığı kuralına, AATUK. 35. maddesi **kamu alacaklıları lehine** önemli bir istisna getirmiş olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇAMOĞLU, E.: Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu Prensibine Önemli Bir İstisna: AATUK. m. 35, İkt. Mal., XVI/11 (Şubat 1970), 426 vd.

ifade edebiliriz. Binaenaleyh, doktrinde ve uygulamada çok sık rastlanan «limited ortakların şirket alacaklılarına karşı sorumluluğu sınırlıdır» ibaresi bir galattan ibarettir. Alacaklılara karşı sorumlu olan, bir hukuk süjesi olarak limited ortaklık tüzel kişisidir. Limited ortaklık, alacaklılara karşı *bütün malvarlığı ile* (51) yani *sınırsız olarak* sorumludur (52, 53). Ortaklığın sona ermesi veya aleyhindeki bir icra takibinin semeresiz kalması dahi (kollektif ve komandit ortaklıklardan farklı olarak (54) alacaklılara ortakları doğrudan doğruya izlemek imkânını vermez (55). Bu hallerde, ortaklığın sermaye alacağını talep hakkı tasfiye memuruna veya iflâs idaresine geçer. Ortakların bakiye sermaye borçları tasfiye memurları veya iflâs idaresi tarafından tesbit ve talep olunur (56) (TK. 532 II).

Sermaye borcunun ifa şekli ortaklık sözleşmesiyle kararlaştırılabilir. Sözleşmede bu konuda hüküm mevcut değilse, bakiye sermaye borcunun ödenme şekli ortaklar genel kurulu tarafından ka-

(51) Alacaklılar, ortaklık malvarlığına dahil aktif bir değer olarak ortaklığın bakiye sermaye alacağını İİK. 89. madde uyarınca haczettirebilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇAMOĞLU, E.: Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi, Batıder VI/1 (Temmuz 1971). 57 vd.

(52) FANCONİ 88.

(53) Limited ortaklığın ve genellikle sermaye ortaklıklarının sorumluluğunun nitelendirilmesi konusundaki tartışmalar için bkz.: Aşağıda dpn. 73; ÇAMOĞLU, E.: Limited Ortakların Selef Sıfatıyla Sorumluluğu, Batıder VI/3 (Haziran 1972), 504 dpn. 7; ÇAMOĞLU, Alacaklıların Korunması 20 vd.

(54) Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇAMOĞLU (Pofoy-Tekinalp) Ortaklıklar 122.

(55) İİD. 30.3.1967 t. ve E. 2629, K. 2914 sayılı kararı: Kollektif şirketler hakkındaki 179. madde hükmü limited şirket ortakları hakkında uygulanmaz. Binaenaleyh limited şirket aleyhindeki kambiyo senedine müstenit takipte şirketin borcundan dolayı şirketler aleyhine yapılan takibin reddedilmesi bu gerekçe ile doğrudur...» (RKD. 1967/7-10, 224).

(56) Bkz.: Yargıtay İİD. 31.10.1967 t. ve E. 8470 K. 9466 sayılı kararı: «Şirket alacaklıları limited şirket iflâs etmiş olmasına rağmen iflâs memuruna müracaat etmiyerek ödemedikleri sermaye üzerinden doğrudan doğruya ortakları takip edip diğer alacaklılar aleyhine bir durum yaratması Kanunca mümkün ve caiz değildir...» (DOMANIÇ/ÇAMOĞLU, İctihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat, 2. bası, İstanbul 1972, 314 N. 630). Aynı yönde: İİD. 11.4.1969 E. 3037 K. 4029 (DOMANIÇ/ÇAMOĞLU 314 N. 632).

rarlaştırılır (TK. 539 II) (57). Türk hukukunda ortakların *sermaye borcundan ibra edilmeleri* veya bu borcun *tecil edilmesi* (58) caiz değildir (TK. 528) (59).

Yukarda belirtmiş olduğum gibi, limited şirket ortaklarının asli borcu ortaklık tüzel kişisine karşı taahhüt ettikleri katılma (sermaye) borcudur ve ortak bu borcu yerine getirmekle sorumluluktan kurtulmuş olur. *Binaenaleyh limited ortağın sorumluluğu ortaklık sözleşmesiyle taahhüt ettiği katılma payı ile sınırlıdır.* Ticaret Kanunumuz limited ortağın sınırlı sorumluluğu ilkesine iki istisna getirmiş (60), ortaklara iki halde taahhüt etmiş oldukları sermaye miktarının üstünde sorumluluk yüklemiştir. Bu hallerden birisi TK. 532 III'de öngörülen *açığa kapama yükümü*, diğeri ise TK. 531. maddede düzenlenen *selef sıfatıyla sorumluluk* tur. Bu iki istisnanın ortak niteliği, alacaklıların korunması amacıyla konulmuş olmaları ve kurala uygun olarak, sadece ortaklığa karşı bir sorumluluk tesis etmeleridir.

b. İstisnalar

aa. Açığa Kapama Yükümü

TK. 532 III gereğince, karşılığı henüz tamamen ödenmemiş bir payın ortaklık tarafından geçerli şekilde devir veya rehin alınması halinde (TK. 526 II) diğer ortaklar, pay borcunun ödenmeyip açık kalan miktarınca müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır (61).

(57) Karş. Yargıtay HGK 2.10.1968 t. ve E. 1966/T. 392 K. 651 kararı: «Şayet esas mukavelede ödeme günü tespit edilmemişse ve sonradan genel kurul yetkisini kullanmamışsa limited şirketin tescilli ile muaccel olan sermaye borcunun derhal ifası talep olunabilir.» (Ank. Bar. Dcr. 1968/6, 1049 vd.).

(58) Bkz.: Tic. D. 13.2.1965 t. ve E. 63/3723 K: 65/3263 kararı: «...tecil yasağı esas mukavelede kabul edilmiş bir vade veya mehil varsa ancak o zaman mevzubahis olabilir. Şirket bu halde vadesi kararlaştırılmış ödeme gününü sonradan alacağı hukuki bir muamele ile uzatamaz...» (DOMANIÇ/ÇAMOĞLU 312 N. 626).

(59) Bkz.: POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU Ortaklıklar 634 vd.

(60) AATUK. 35. maddesinin limited ortakların alacaklılara karşı sorumlu olmadığı kuralına getirdiği istisna için bkz.: Yukarda dñn. 50.

(61) Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇAMOĞLU Alacaklıların Korunması 40 vd.

bb. Selef Sıfatıyla Sorumluluk

Ortaklardan birinin katılma (sermaye) borcunu ödemede temerrüde düşmesi ve bunun sonucunda ortaklık tarafından ortak haklarından yoksun bırakılması halinde (TK. 529), Kanun, meydana gelen sermaye açığının kapatılabilmesi için ortaklığa bazı hukuki imkânlar tanımıştır (TK. 530). İşte bu imkânların da kullanılmasına rağmen, katılma (sermaye) borcundaki açık tamamen kapatılamamışsa, TK. 531. madde bu açıktan dolayı öngördüğü şartlar çerçevesinde çıkarılan ortağın seleflerini sorumlu tutmuştur (62).

III. SORUMLULUĞUN NİTELENDİRİLMESİ

Alman, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde genel esaslarını gördükten sonra, limited ortağın sınırlı sorumluluğu ilkesinin, sorumluluğun niteliği ve çeşitleri konusunda yapılan ayırımlar (63) içindeki yerini ve anlamını tesbit edebiliriz.

«Limited ortağın sınırlı sorumluluğu» deyimini ilk olarak sorumluluğun *konusu ve miktarı* ifade olunmaktadır (64). Bu açıdan limited ortaklar *sınırlı şahsî* (65) olarak sorumludurlar. Sorumluluk, ortaklık sözleşmesinde üstlenilen katılma payı ile sınırlı ve şahsidir. Yani ortak bu miktar için bütün malvarlığıyla takip olunabilir.

İsviçre hukukunda limited ortağın sorumluluğunun sınırlı şahsî olduğunda tereddüt edilmemektedir (66). Zira yukarda da gördüğümüz gibi, İsviçre'de limited ortaklar *ortaklık alacaklılarına karşı*, tescil edilmiş ve fakat henüz ödenmemiş sermaye miktarınca müteselsilen sorumludurlar (İsv. BK. 802 I). Tescil edilmiş ortaklık sermayesi miktarı sorumluluğun azami sınırını çizer. Ortaklık tarafından sermaye hesabına yapılan gerçek ödemeler sorumluluk miktarını azaltırlar. Alacaklılar bu sınırlar içinde, kollektif ortaklıklar-

(62) Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇAMOĞLU Selef Sıfatıyla Sorumluluk 506 vd.

(63) Bkz.: ÇAMOĞLU, E.: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1972, 9 vd.

(64) ÇAMOĞLU Alacaklıların Korunması 19.

(65) STEİGER Art. 772 N. 23; KAUFMANN 40 vd.

(66) KAUFMANN 69 vd.

daki hükümler uyarınca, ortakların bütün malvarlığına başvurabilirler.

Buna karşılık ortakların, ortaklık alacaklılarına karşı sorumluluğunu öngörmemiş olan *Türk ve Alman hukuklarında*, sorumluluğun niteliği tartışılabilir. Alman limited ortağının sorumluluğu anonim şirket ortağından farksız olduğu halde, doktrinde, gerek anonim şirket ortaklarının (67), gerekse limited ortakların (68) sorumluluğunun *sınırlı aynı* olduğu ileri sürülmüştür.

Kanımcı doktrindeki bu kavram karışıklığı, sorumluluğun nitelendirilmesinde bakış açısının yanlış seçilmesinden doğmaktadır. Sorumluluk nisbi bir kavramdır. Niteliği, söz konusu olduğu kimseye (alacaklıya) göre değişir. Bu bakımdan gerek anonim ortakların, gerekse Türk ve Alman hukuklarında limited ortakların ortaklık alacaklılarına karşı sorumluluğunun *sınırlı aynı* olduğu söylenemez. Çünkü Türk ve Alman hukuklarında alacaklılara karşı ortakların sorumluluğu öngörülmemiştir. Einaenaleyh mevcut olmayan bir sorumluluğun *sınırlı mı yoksa sınırsız mı* olduğunun araştırılması da söz konusu olamaz (69), (69a). Yukarıda da değindiğimiz gibi (70) alacaklılara karşı tüzel kişiliği haiz bir hukuk süjesi olarak limited ortaklık bütün malvarlığı ile *sınırsız* olarak sorumludur (71), (72).

(67) BURCKHARDT, L.: Die Haftung des Gesellschafters der GmbH. Easel 1931 (in Maschinenschrift), 16; KAUFMANN 44.

(68) FANCONI 82; WIELAND, K. Handelsrecht, I. Bd. Das Kaufmännische Unternehmen, München/Leipzig 1931, 488.

(69) ÇAMOĞLU, Alacaklıların Korunması 20; FEİNE 37, 236, 237; aksi kanıda: KAUFMANN 44.

(69a) Limited ortaklar için AATUK, 35. maddede öngörülen kamu alacaklılarına karşı katılma payı miktarınca sorumluluk, nitelik itibariyle *sınırlı şahsidir*. Bkz.: dpn. 50.

(70) Bkz.: II 3 a.

(71) FANCONI 88.

(72) Limited ortaklığın (ve genellikle ticaret ortaklıklarının) sorumluluğunun *sınırsız* olduğu kanaati doktrinde azınlıkta kalmış bir fikirdir. Nitekim hâkim fikir (Bkz.: BIERMANN 35, 108; FANCONI 13) ticaret ortaklıklarının sorumluluğunu *sınırlı aynı* olarak nitelendirmekte, diğer bir deyişle burada salt malvarlığı sorumluluğu görmektedir (WIELAND I 487). BÄHR'in kanaatine göre (Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Leipzig 1892, 11-12) sorumlu olan sadece ortaklık malvarlığıdır. Başka bir ifade ile bir fizik şahsın özel malvarlığı ile de sorumlu olması söz konusu değildir. Buna karşılık ticaret ortaklıklarının *sınırsız* sorumluluğu fikri de bazı yazarlar tarafından savunulmuştur (Bkz.: FEİNE 236, 237; WIELAND

Her iki hukuk sisteminde de ortaklar ortaklık tüzel kişisine karşı sorumlu oldukları için, sorumlulukları ancak ortak-ortaklık ilişkisi açısından nitelendirilebilir. Bu yönden ise sorumluluk *sınırlı şahsıdır*. Başka bir deyişle limited ortaklar, ortaklığa karşı taahhüt ettikleri katılma payı miktarıyla sınırlı olarak bütün malvarlıklarıyla sorumludurlar.

IV. LIMITED ORTAĞIN SINIRLI SORUMLULUĞU İLKE-SİNİN TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk kanun koyucusu, limited ortağın sorumluluğunu Alman modeline göre düzenlemiştir. Halbuki limited ortaklık hükümlerine

I 487 dph. I). Kanımca limited ortaklığın (ve diğer ticaret ortaklıklarının) alacaklılara karşı sorumluluğu sınırsızdır. Sınırsız şahsi sorumluluktan bahsedebilmek için özel malvarlığıyla sorumlu bulunan bir fizik şahsın varlığına lüzum yoktur. Sınırlı ve sınırsız sorumluluk ayırımı alacaklının başvurabileceği malvarlığı değerlerinin hududunu gösterir. Alacaklılar limited ortaklığın tüzel kişi olarak sahip olduğu bütün malvarlığı değerlerine başvurabileceklerine göre, bu sorumluluğun sınırlı olarak nitelendirilmesi söz konusu olamaz. Bu yönden limited ortaklığın sorumluluğu ile bir gerçek kişinin sorumluluğu arasında hiçbir fark yoktur (FEINE 37). Sınırlı aynı sorumluluk, bazı malvarlığı değerlerinin belirli bir amaca tahsis edilmesi halinde, o konuda doğan borçlar için sadece tahsis edilen malvarlığı değerlerine başvurulabilmesini ifade eder (Bkz.: TK. 948, MK. 754). Sınırlı aynı sorumluluğa konu olan malvarlığı parçası yanında borçlunun özel mameleki de mevcuttur. Halbuki limited ortaklıklarda ve diğer ticaret ortaklıklarında özel malvarlığı ve sınırlı aynı sorumlu malvarlığı parçası gibi, yan yana bulunan iki ayrı başvurma değeri söz konusu değildir. Ortaklığın, hangi kaynaktan doğarsa doğsun bütün borçlarına karşılık tek bir malvarlığı vardır.

Bu nedenle, limited ortaklık adının, ortaklığın sorumluluk ilişkileri yönünden isabet derecesi tartışılabilir. Alman ve İsviçre hukuklarında kullanılan «Gesellschaft mit beschränkter Haftung» ve Fransızca «société à responsabilité limitée» adı «sınırlı sorumlu ortaklık» anlamına gelmekte ve sorumluluk durumunu yanlış aksettirmektedir. Bu nedenle isabetli değildir (FANCONI 82; FRÄNKEL, F.: Die GmbH, Tübingen 1915, 1 vd.; FEINE 236). Belçika hukukundaki «société de personnes à responsabilité limitée» (sınırlı sorumlu kişi ortaklığı) terimi de aynı sakıncayı taşımaktadır. Kullanışlı olup olmadığı sorunu bir yana, şayet ortaklığın sorumluluk ilişkilerini tam aksettirmesi isteniyorsa Türk hukukunda «sınırlı sorumlu ortaklık» teriminin kullanılması gerekecektir. Bu nedenle yerleşmiş bulunan «limited ortaklık» terimini kullanırken bu terimin, ortaklığın değil, ortakların sorumluluk durumuna yansıttığını gözden uzak tutmamalıdır.

genel kaynak olarak İsviçre Borçlar Kanunu hükümlerinin seçilmiş olduğunu yukarıda belirtmiştim. Kanun koyucu bu kısmi iktibas yaparken, sorumluluk hükümlerinin bir bütünün ayrılmaz parçası olduğunu ve ancak ait olduğu sistem içinde bir anlam taşıdığını gözden kaçırmıştır. Gerçekten, bir ortaklık türünü düzenleyen hükümlerin tümü ahenkli bir bütün teşkil eder. Bu bütün içinde, ortakların, ortaklığın geleceği ve malvarlığı üzerindeki yetkileri ile sorumluluk hükümleri arasında sağlıklı bir denge kurulmalıdır. Bu ilkeyi gözönünde tutan İsviçre Borçlar Kanunu, kişisel unsura üstünlük vererek düzenlediği limited ortaklık hükümlerini, alacaklılara karşı müseccel sermaye ile sınırlı bir sorumluluk öngörerek dengeleştirmiştir. Oysa Türk kanun koyucusu, Hükümet Gerekçesinde belirtildiğine göre (73), İsviçre Borçlar Kanununun sorumluluk hükümlerini «bu şirketin memleketimizde gelişmesini önleyeceği» düşüncesiyle (74) almamış, bu hususta model olarak Alman Limited Ortaklıklar Kanununu seçmiştir. Alman limited ortaklığında sermaye ortaklığı niteliği baskındır. Diğer bir deyişle Alman limited ortaklığı küçük bir anonim ortaklıktır. Binaenaleyh ortakların sorumluluğu da, sermaye ortaklıkları ilkelerine göre düzenlenmiş, ortakların ortaklık alacaklılarına karşı sorumluluğu kabul edilmemiştir. Türk kanun koyucusu, limited ortaklıklara genel olarak İsviçre hukukunu kaynak seçip, sadece sorumluluk hükümlerini Alman sisteminden almakla, İsv. BK.'nun kurduğu sistem içi denge ve ahenği alacaklılar aleyhine bozmuştur. Bu nedenle Gerekçenin tam aksine, sorumluluk sisteminde İsviçre hukukundan ayrılmanın limited ortaklıkların Türkiye'deki sağlıklı gelişimine engel olacağını söylemek gerekir.

Türk sisteminde, alacaklıların ortaklara başvurmak imkânı yoktur (75). Onlar için alacaklarının tek garantisini ortaklık sermayesi, daha doğru bir deyişle mavarlığı teşkil eder. Binaenaleyh *sermaye ortaklıklarında alacaklıların korunması için sermayenin gereği gibi tesisi ve korunmasını sağlayacak hüküm ve müesseselere yer veril-*

(73) Gerekçe V N. 30.

(74) Gerekçenin eleştirilmesi için bkz.: ARSLANLI i Umumi Mülhazalar 4.

(75) Alacaklıların, ortaklık malvarlığının aktifinde yer alan sermaye alacaklarını İİK. 89. madde uyarınca haczettirebilmeleri olanağı hakkında bkz.: d.pn. 51'de anılan makale.

mek gerekir. Ticaret Kanunumuzun, limited ortaklıklarda sermayenin tesisini ve korunmasını amaçlayan hükümleri de alacaklılara etkin bir konuma sağlayacak yeterlikte değildir. Bu yetersizlik kendisini her şeyden önce *asgari sermaye miktarında* göstermektedir. Türk hukukunda asgari 10.000 TL. ile bir limited ortaklık kurulabilir (TK. 507 I). Kanunun hazırlandığı gün için dahi gerçekçi olmayan 10.000 TL. lik asgari, günümüz Türkiye'sinde ihtiyaçların çok gerisinde kalmıştır. Özellikle sorumluluk ilişkileri yönünden sermaye ortaklığı niteliği gösteren Türk limited ortaklığı için bu asgari çok yetersizdir. Limited ortağın sorumluluğuna ilişkin hükümlerimize kaynak olan *Alm. LOK. § 5 I'de*, 20.000 DM.'lık bir asgari sermaye öngörmektedir. *İsviçre Borçlar Kanunu*, 773. maddesinde limited ortaklığın asgari sermayesini 20.000 F. olarak tesbit etmiştir. Genel eğilim bu asgariyi artırmak yönündedir. *Fransız hukukunda* 10.000 NF. olan asgari sermayeyi, 1966 tarihli yeni Ortaklıklar Kanunu 20.000 NF.'a çıkarmıştır (m. 35). Adalet Bakanlığınca hazırlanan yeni *Alman Limited Ortaklıklar Kanunu Tasarısı* 50.000 DM.'lık bir asgari öngörüyor (76).

Verilen rakamlar Ticaret Kanunumuzun 10.000 TL.'lık sınırının gelişmelerin çok gerisinde kaldığını açıkça göstermektedir. Bu miktarın bir ticari işletme kurup işletmek için yeterli olmadığı da açıktır. Oysa Kanunumuz, sermaye ortaklıklarının bir ticari işletme işletmelerini olağan görmektedir. O derece ki, bunlarda, kişi ortaklıklarından farklı olarak (77), ticari işletmeyi ortaklığın unsurları arasında ayrıca zikretmek gereğini dahi duymamıştır. Konulan bu asgari ile Türk limited ortaklığı, tek kişi tacirin sorumluluğunu sınırlandırması için çok elverişli bir vasıta teşkil etmektedir. Ortaklar, şirketi işletme konusunun gerektirdiği sermaye yerine kanuni asgari ile kurmayı ve finansman ihtiyacını bizzat verecekleri veya dış kaynaklardan sağlayacakları kredilerle karşılamayı tercih et-

(76) Bkz.: Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Köln 1969, § 6 II. s. 143 vd.; ayrıca bkz.: ULMER, P.: Die Gründung der GmbH, in: Probleme der GmbH-Reform, Köln 1970, 45 vd.; karşı.: BARZ, C. H.: Kapitalfragen im Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, in: GmbH-Reform, Berlin-Zürich 1970, 37 vd.

(77) Bkz.: TK. 153, 243 I.

mektedirler. Bu durum alacaklılar açısından önemli sakıncalar taşımaktadır (78).

Yukarda, limited ortakların sadece ortaklık tüzel kişisine karşı sorumlu olduklarını gördük. Ortaklık sözleşmesinde yüklendiği katılma (sermaye) borcunu yerine getiren ortağın sorumluluğu sona erer. Bu borcun zamanında ve gereği gibi yerine getirilmesini (dolayısıyla ortaklık *sermayesinin tesisini*) talep yetkisi ortaklık tüzel kişisine aittir. Kanunumuz, katılma payı miktarıyla sınırlı olan bu sorumluluğu, koyduğu iki istisna ile genişletmiştir. İstisnaların amacı, ortaklık *sermayesinin tesisini* sağlamak ve dolayısıyla *alacaklıların korunmasına* yardım etmektir. Hemen belirtmek isterim ki, Ticaret Kanunumuzun koyduğu istisnalar, TK. 532 III'de düzenlenen *açıktan dolayı* ve TK. 531. maddedeki *selef sıfatiyle sorumluluk*, sermayenin tesisini sağlayarak alacaklıların korunmasına hizmet etmek açısından yeterli değildir (79). Yukarda gördüğümüz gibi (80), kaynak Alman hukukunda ortaklar için pay hesabındaki *açığı kapama yükümü* kabul edilmiştir. Alm. LOK. § 24 uyarınca, bir ortağın sermaye hesabındaki kanunun öngördüğü bütün hukuki yollara başvurulduğu halde kapatılamayan açıktan, diğer ortaklar katılma payları oranında müştereken sorumlu tutulmuşlardır. Türk kanun koyucusu her nedense alacaklıların korunması açısından önemli bir işleve sahip olan bu istisnayı Kanunumuza almamıştır. TK. 532 III'de öngörülen açıktan dolayı sorumluluk, Alman ve İsviçre Kanunlarında yer almayan özel bir hükümdür. Bu hüküm gereğince, ortaklık tarafından geçerli şekilde devir veya rehin alınan bir payın sermaye borcu açısından diğer ortaklar müteselsilen sorumludurlar. Görüldüğü gibi TK. 532 III genel bir hüküm olmayıp, ancak öngörülen varsayımda meydana gelecek açıklardan dolayı sorumluluk koyan özel bir hükümdür. Aradığı şartlara göre bu madde ancak çok istisnai hallerde uygulama alanı bulabilir. Bu nedenle, Türk kanununun, Alm. LOK. § 24'deki genel hüküm niteliğindeki *açığı kapama yükümünü* de iktibas etmesi sorumluluk hükümlerinin etkinliği ve bütünlüğü açısından yerinde olurdu.

(78) Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇAMOĞLU Alacaklıların Korunması 94, 115 vd.; KAMPRAĐ 1 vd.; KAMM 1 vd.; DROBNİG 47 vd.; WESTERMANN 29 vd.

(79) Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇAMOĞLU Selef Sıfatiyle Sorumluluk 516 vd., Alacaklıların Korunması 64 vd.

(80) Bkz.: II 2.