

PROF. DR.
ÖMER TEOMAN'A
55. YAŞ GÜNÜ ARMAĞANI

[BİRİNCİ CİLT]

YAYINA HAZIRLAYAN
DOÇ. DR.
ABUZER KENDİGELEN

İSTANBUL 2002

**ALMAN FEDERAL MAHKEMESİNİN
(DIŞ-) ADI ŞİRKETİN HAK VE TARAF
EHLİYETİNE SAHİP OLDUĞUNA İLİŞKİN
29.01.2001 TARİHLİ KARARI (*)**

ÇEVİRENLER

**YARD. DOÇ. DR.
ŞAFAK NARBAY ****

**YARD. DOÇ. DR.
SEYİTHAN DELİDUMAN *****

* *Karar için bkz.:* NJW 2001, Heft 14, S. 1056-1061 ve ayrıca <http://www.bonnanwalt.de/entscheidungen/BGHIZR331-00.html>; http://www.jura.uni-erlangen.de/Lehrstuehle/Zivilrecht1/rspr/ZR_BGH_II_ZR_331_00text.html. (Kararın NJW ve internetteki metinleri arasında esasa ilişkin olmayan -tamamen şekli- küçük farklar söz konusudur).

Kararda Geçen Kısaltmalar: *aaO:* am angeführten Ort; *Abs.:* Absatz; *AcP:* Archiv für die civilistische Praxis; *ADHGB:* Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch; *AktG:* Aktiengesellschaft; *Anm.:* Anmerkung; *ARGE:* Arbeitsgemeinschaft; *Art.:* Artikel; *Aufl.:* Auflage; *Az.:* Aktenzeichen; *Bd.:* Band; *Beschl.:* Beschluss; *BGB:* Bundesgerichtshof; *BGHZ:* Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; *bzw.:* beziehungsweise; *CPO:* Civilprozessordnung; *ders.:* derselbe; *Einl.:* Einleitung; *f.:* folgende; *ff.:* folgende; *Fn.:* Fussnote; *FS.:* Festschrift; *GesO:* Gesellschaftsordnung; *HGB:* Handelsgesetzbuch; *InsO:* Insolvenzordnung; *LG:* Landgericht; *LZ:* Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht; *i.S.:* im Sinne; *kauf.:* kaufmaennisch; *KG:* Kommanditgesellschaft; *Mot.:* Motive; *MünchKomm.:* Münchener Kommentar; *m.w.N.:* mit weiteren Nachweisen; *NJW:* Neue Juristische Wochenschrift; *Nr.:* Nummer; *OHG:* offene Handelsgesellschaft; *OLG:* Oberlandesgericht; *Prot.:* Protokoll; *Rdn./Rdnr.:* Randnummer; *S.:* Satz/ Seite; *Sen.:* Senat; *UmwG.:* Umwandlungsgesetz; *Urt.:* Urteil; *v.:* von; *vgl.:* vergleiche; *Vorb.:* Vorbemerkung; *WG:* Wechselgesetz; *WM:* Wertpapier-Mitteilungen; *ZHR:* Zeitschrift für das gesamte Handels-und Wirtschaftsrecht; *ZIP:* Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; *ZGR:* Zeitschrift für Unternehmens-und Gesellschaftrecht; *ZPO:* Zivilprozessordnung; *ZR:* Zivilrecht.

** Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

*** Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Öğretim Üyesi

HALK ADINA HÜKÜM VE GIYAP HÜKMÜ

Dosya No: II ZR 331/00 - Tefhim Tarihi: 29.01. 2001 - ZPO § 50 Abs. 1; BGB §§ 14 Abs. 2, 705; HGB § 128

1. (Dış-) Adi şirket, hukuki ilişkilere girerek kendi hakları ve borçlarını kurduğu (hak sahibi ve borç yükümlüsü olduğu) kadarıyla, hak ehliyetine sahiptir.
2. Bu çerçevede adi şirket, aynı zamanda usul hukukunda davacı ve davalı taraf ehliyetine sahiptir.
3. Adi şirketin borçları için ortakların kişisel olarak sorumlu olduğu durumlarda, kollektif şirketteki, şirketin borçları ile ortağın sorumluluğu arasındaki ilişki uygulanır (fer'i-bağımlılık). (BGHZ 142, 315'de anılan içtihadın devam ettirilmesi).

BGH, 29 Ocak 2001 tarihli karar- II ZR (Zivilrecht) 331/00- OLG Nürnberg – LG Ansbach

OLAY:

Davacı, yan alacaklar dahil 90.000 DM poliçe bedelinin ödenmesine ilişkin poliçe davasında birinci olarak, poliçeyi kabul eden sıfatıyla bir adi şirket olan yapı iş ortaklığını (ARGE), ikinci olarak daha önceki davalıları ve üçüncü olarak adi şirketin ortaklarını dava etmiştir. Davacı dördüncü davalının poliçe alacağı için sorumluluğunun, hukuki görünüşten doğduğunu ileri sürmüştür.

İlk Derece Mahkemesi davalıları, talebe uygun olarak, tüm borcu ödemeye mahkum etmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi, istinaf yoluna başvurmaları üzerine, davayı birinci ve dördüncü davalılar bakımından reddetmiştir. Bunun üzerine davacı, ilk derece mahkemesinin kararının onanması istemiyle temyiz kanun yoluna başvurmuştur.

KARARIN GEREKÇELERİ:

Birinci davalı, kendisine zamanında bildirim yapılmasına rağmen duruşma gününde temsil edilmediğinden, onun hakkında, davacının baş-

varduğu temyiz yolunda, gıyaben karar verilmesi gerekir (§§ 557, 331 ZPO). Ancak burada karar içerik olarak gıyabi olmayıp, esasın incelenmesine dayanmaktadır (vgl. BGHZ 37, 79, 82).

Birinci davalı hakkındaki davanın reddine karşı yapılan temyiz başvurusu yerindedir. Diğer temyiz istemleri yerinde değildir.

A.

İstinaf mahkemesinin görüşüne göre, birinci davalıya karşı açılan dava caiz değildir; çünkü burada taraf ehliyeti olmayan bir adi şirket söz konusudur. Temyiz yolu incelemesinde buna dayanılmaz. Daire, şimdiye kadarki içtihadını bir tarafa bırakarak, (dış-) adi şirketin hukuki ilişkilere girerek hakların sahibi ve borçların yükümlüsü olabildiği oranda usul hukukunda taraf ehliyetini haiz olarak görülmesi gerektiği görüşündedir (§ 50 ZPO).

I. Federal Mahkemenin yeni içtihadına göre, adi şirket, kural olarak (yani, özel durumlar başka türlü karar vermeyi gerektirmiyorsa), hukuki ilişkide ortaklarının elbirliği ortaklığı olarak, her hukuki pozisyonu alabilir (BGHZ 116, 86, 88; 136, 254, 257; im Ansatz auch bereits BGHZ 79, 374, 378 f.). Adi şirket, bu çerçevede hak ve yükümlülük altına girdiği ölçüde (tüzel kişiliği bulunmaksızın) hak ehliyetine sahiptir (vgl. § 14 Abs. 2 BGB).

1. Adi şirketin hukuki niteliği üzerinde kanunda kapsamlı ve belirgin düzenlemeler mevcut değildir. BGB'nin ilk tasarısında (adi) şirket, Roma Hukuku modeline göre, kendi varlığı olmayan münhasır ortaklar arasındaki bir borçlar hukuku ilişkisi olarak düzenlenmişti (vgl. Mot. II 591 = Mugdan II 330). İkinci komisyon buna karşın, bir şirket malvarlığını, elbirliği prensibinin doğuracağı sonuçları somut olarak (tek tek) düzenlemeksizin elbirliği malvarlığı şeklinde yapılandırdı (vgl. die heutigen §§ 718, 719 BGB). Şirket malvarlığı daha ziyade, şirket ilişkisinin düzenlenmesinde esas itibarıyla, elbirliği prensibinin üstüne eksik bir şekilde monte edilen (sıvanan) borç ilişkisi olarak kaldı (Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I/1 1977, S. 3 f.; vgl. auch Ulmer, FS Robert Fischer 1979, S. 785, 788 f.). Elbirliği prensibinin içeriğine yönelik zabıtlarda yalnızca, "elbirliğinin hukuki yapısının teorik olarak nasıl yapılandırılacağı ve nelerin bunun

karakteristik özelliği olarak görülmesi gerektiği” konusunda farklı fikirlerin ifade edildiği belirtilmiştir (*Prot. II 429 = Mugdan II 990*). Komisyon, elbirliğinin niteliği hakkındaki ilmi konuda görüş bildirilmesinin gerekli olmadığını, daha çok hangi hükümlerin maddi açıdan tercihe şayan olduğu konusunda karar verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır (*Prot. II 430 = Mugdan II 990*).

2. Kanuni düzenlemenin eksikliği ve kanun koyucunun somut bir tespitten kaçınma konusundaki anlaşılabilir gayreti, adi şirketin elbirliği prensibinin pratik ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik hukuki niteliğinin tespiti için imkan vermektedir. Buna göre, adi şirketin, dışa karşı sınırlı hak sujeliği görüşü tercihe şayandır. Bu görüş 19 ncu yüzyılın Alman-elbirliği öğretisine dayanmaktadır (vgl. *Otto Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 1895, S. 663 ff., 682*). Bu öğreti, esas olarak Flume (*aaO S. 50 ff.; ZHR 136 [1972], 177 ff.*) tarafından modern tartışma ortamına sokulmuş ve yeni literatürde geniş oranda kabul görmüştür (vgl. *vor allem MünchKommBGB/Ulmer, 3. Aufl. § 705 Rdn. 130 ff. m.w.N. in Fn. 373; ders. AcP 198 [1998], 113 ff.; ebenso K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 3. Aufl. § 8 III, S. 203 ff.; Wiedemann, WM 1994 Sonderbeilage 4, S. 6 ff.; Huber, FS Lutter 2000, 107, 122 ff.; Hüffer, Gesellschaftsrecht 5. Aufl. S. 47 ff.; Dauner-Lieb, Die BGB-Gesellschaft im System der Personengesellschaften, in: Die Reform des Handelsstandes und der Personengesellschaften [Schriftenreihe der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht] 1999, S. 95, 99 ff.; Reiff, ZIP 1999, 517, 518; Mülberty, AcP 1999, 39, 43 ff.; Wertenbruch, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung 2000, S. 211 ff.).*

a) Şirketsel elbirliği ortaklığının niteliği konusundaki bu anlayış, kanun (§§ 718-720 BGB) tarafından arzu edilen, şirket malvarlığının ortakların özel malvarlığından ayrılması hususunda pratik ve uygulanabilir bir model sunmaktadır. Buna karşılık, şirketle ilgili hakları ve yükümlülükleri sadece münferit ortaklara izafe eden geleneksel görüş olarak bilinen anlayış (vgl. *Zöllner, FS Gernhuber 1993, S. 563 ff.; ders. FS Kraft 1998, S. 701 ff.; Hueck, FS Zöllner 1998, S. 275 ff.*) ise fikri açıdan zayıflıklar göstermektedir. BGB § 427 gereğince, ortaklık borçlarının ortakların ortaklığa ilişkin borçları olarak görülmesi, elbir-

liği prensibi ile çelişir. Münferit bir ortak, borçlanılan şey şirket malvarlığında mevcutsa, edimi BGB § 719 hükmü uyarınca müteselsil borçlu olarak tek başına ifa edemez. Bu durum, geleneksel görüşün temsilcilerini de, şirket borcu ile ortağın borcu arasında bir ayırım yapmak gerektiği sonucuna götürür. Şirket için yapılan borçlanmalarda, “çift etkili tek yükümlülük bulunmaktadır”, bir yanda elbirliği malvarlığı diğer yanda ortakların şahsi malvarlığı sözkonusudur (*vgl. Hueck, FS Zöllner, S. 293; Zöllner, FS Gernhuber, S. 573*). Fakat bu, borç ve sorumluluk arasındaki sınırların karışmasına yol açar, zira bir borç daima sadece sujelerle ilgili olup, malvarlığı (yığınıyla) ilgili değildir (*Aderhold, Das Schuldmittel der BGB-Gesellschaft 1981, S. 110 f.; Dauner-Lieb aaO, S. 100 ff.*).

b) Adi şirketin, dışa karşı oluşan hukuki hak sujeliğinin tanınmasının pratikte önemli bir tercih nedeni, yukarıda belirtildiği üzere, üye sayısındaki bir değişimin şirketle birlikte meydana gelen hukuki ilişkilerin sürekliliği hakkında bir etkiye sahip olmamasıdır (*vgl. Senat, BGHZ 79, 374, 378 f.*). Geleneksel görüşün katı uygulanmasında, “şirketle” girilen sürekli borç ilişkilerinin, üye mevcudundaki her değişiklik durumunda sözleşme taraflarınca yeniden karara bağlanması, daha doğrusu onaylanması zorunlu olurdu. Eğer şirket, dış ilişkide sadece bir borç ilişkisi gösterirse, farklı ortaklardan meydana gelen iki borç ilişkisi birbiriyle eş olmayabilir. Bir ortağın değişiminde sürekli borç ilişkilerinin yeniden akdedilmesi gereğinin haklı sebebi yoktur ve hukuki ilişkilerde şirketin fiil ehliyetine önemli ölçüde zarar verir. Geleneksel görüş, şirkete yeni giren bir ortağın da şirketin malvarlığı ile birlikte neden eski borçlardan sorumlu tutulması gerektiği konusunda da ayrıca tatmin edici bir açıklama getirememektedir. Bunun için teklif edilen yeni ortağın bir çeşit külli halefiyetle “mevcut bütün hukuki ve sözleşme konularına dahil olacağı” (*Zöllner, FS Kraft, S. 715*), şeklindeki gerekçe, ortakların salt borç ilişkisi olan şirket görüşüyle temelde uyumsuz (*dazu auch Ulmer, AcP 198 [1998], 113, 142*).

c) Burada temsil edilen görüş ayrıca, adi şirketin kimliğini koruyarak başka bir hukuki şekle dönüşmesini ve başka bir hukuki şekilden adi şirkete dönüşümünü açıklayabilecek durumda olmasından dolayı da tercih edilir. Bir adi şirketin bir işletme işletmesi halinde, bu işletme, nitelik ve hacmine göre ticari şekilde işletilmeyi gerekli kıldığı takdir-

de, adi şirket, bunun açıklanmasına hacet kalmaksızın kanunen şahıs ve yapı olarak aynı ölçüde kolektif şirket olur (§ 105 Abs.1 in Verbindung mit § 1 HGB). Kolektif ortaklığa her halükarda yukarıda belirtilen anlamda hukuk sujeliği verildiği için (vgl. § 124 Abs.1 HGB) geleneksel görüşün tutarlı uygulanması halinde mülkiyet ilişkileri, şirket malvarlığına ait olan şeyler, kolektif şirkete dönüşmekle, değişirdi. Bu durum, özellikle uygulamada güç sorunlara yol açabilecektir (vgl. Reiff, ZIP 1999, 517, 518 f.), zira, adi şirketten kolektif şirkete geçiş için, bir ticari işletme şartının kıymete bağımlı ölçütü nedeniyle dönüşümüm tam zamanını tespit etmek çok zor olacaktır. Sermaye şirketlerinin yeni dönüşüm hukukunda (Umwandlungsrecht (§§ 190 ff., 226 ff. UmwG), sermaye şirketlerin kimliğini koruyarak şahıs şirketlerine – bu arada adi şirkete, (vgl. § 191 Abs.2 Nr.1 UmwG)- dönüşebilmesi durumu da, burada temsil edilen görüş esaslarıyla kolaylıkla, geleneksel görüşle ise ancak zorlamayla izah edilebilir (vgl. dazu Wiedemann, ZGR 1996, 286, 289 f.; Mülberr, AcP 199 [1999], 38, 60 ff.; Timm, NJW 1995, 3209 ff.; Hueck, FS Zöllner, S. 280 ff.; Zöllner, FS Claussen 1997, 423, 429 ff.).

d) Nihayet kanun koyucunun bu arada adi şirketin aciz ehliyetini tanımış olması (§ 11 Abs.2 Nr.1 InsO wie auch schon § 1 Abs.1 GesO), böylece onu iflas masası sahibi olarak görmesi de hak sujeliğinin kabulü olgusunu desteklemektedir.

3. Kanunun lafzıyla, özellikle BGB § 714'e dayanılarak bu görüşe karşı delil getirilemez. Gerçi, sözkonusu maddede, "şirket" için temsil yetkisinden değil ve fakat "ortaklar" için temsil yetkisinden bahsedilmesi, kanun metninin kaleme alınması esnasında adi şirketin borçlanmaya ehil bağımsız bir yapılanma olarak düşünülmediğini göstermektedir (Senat, BGHZ 142, 315, 319 f.). Fakat İlk tasarının (abgedruckt bei Mugdan II CVI) paragraf 640 fıkra 1 hükmünün özü değiştirilmeden BGB'ye alındığı ve bu ilk tasarının elbirliği ortaklığını henüz tanımadığı düşünülürse, adi şirketin hukuki niteliğini açıklamak için, kanun lafzı hiçbir şey ifade etmez. Daire, tarihi kanun koyucunun 19 ncu yüzyıl Alman elbirliği doktrininin anlayışı içerisinde, adi şirketin hak ehliyetinin yazılı olmayan geçerli hukuk olarak görünüp görünmediği (dazu Werttenbruch aaO, S. 34 ff.) sorunuyla uğraşma ihtiyacı duymamaktadır. Kesin olan, dairenin her halükarda böyle bir ka-

bulü dışlamak istemediğidir.

4. Şirketin hak ehliyetinin tanınmasında, şirketin hak ehliyeti ile, şirketin bütün üyelerinin oluşturduğu elbirliği ortaklığı grubu olarak değil, bizzat kendisinin hukuki şahsiyeti dolayısıyla hakların sahibi ve borçların yükümlüsü olduğunun açıkça kastedildiği BGB §§ 21, 22, 54 hükümleriyle bir çelişme söz konusu değildir. BGB § 14, fıkra 2'nin gösterdiği gibi, kanun, hak ehliyetine sahip olan şahıs şirketlerinin mevcudiyetini de nazara almaktadır. Bu şekilde kollektif ve komandit şirketin, hakların sahibi ve borçların yükümlüsü olabileceği ve dolayısıyla elbirliği ortaklıkları olarak, bir tüzel kişi statüsü bulunmaksızın hak ehliyetine sahip olabilecekleri pratik açıdan tartışmasızdır. Federal Mahkemenin müstakar içtihadına göre (BGHZ 80, 129, 132; 117, 323, 326), aynı durum sermaye şirketlerinin kuruluş aşaması için de geçerlidir.

II. Adi şirketin hakların sahibi ve borçların yükümlüsü olarak tanınmasıyla şirket, hak ehliyeti ile bağlantılı olarak ZPO § 50 gereğince, usul hukukunda taraf ehliyetinden yoksun bırakılamaz.

1. Adi şirketin taraf ehliyeti, üçüncü kişilerle ilişkide şirketin hak sujeliğinin tanınması için zorunlu bir usuli gerektir (*bejahend auch Wiedemann aaO, S. 9 f.; Hüffer, FS Stimpel 1985, S. 165, 168 ff.; Soergel/Hadding, BGB 11. Aufl. § 714 BGB Rdn.52; Wertenbruch aaO, S. 213 ff.; MünchKomm ZPO/Lindacher, § 50 Rdn.23 ff.; Musielak/Weth, ZPO 2. Aufl. § 50 Rdn.22; für die Mitunternehmer-Gesellschaft auch K. Schmidt aaO, § 60 IV 1, S. 1805 ff.*). Usul hukukunda davacı, doğru taraf, daha doğrusu hakkını geçerli olarak ileri sürebilen taraf; davalı, daha doğrusu doğru davalı, hakkın kendisine karşı geçerli bir şekilde ileri sürüldüğü taraf anlamına gelir. Bu maddi yetkiye – davayı bizzat takip yetkisi halleri bir tarafa – kural olarak, davayı takip yetkisi de uymaktadır. Maddi anlamda hak sahibi veya borç yükümlüsü münferit ortaklar değil ve fakat şirket olması hasebiyle, şirketin kendisi bir şirket alacağı veya yükümlülüğüne ilişkin bir davanın “doğru” tarafıdır ve bu bağlamda taraf ehliyetine ve davayı takip yetkisine de sahiptir.

2. Adi şirketin taraf ehliyetinin tanınması, bugüne kadar uygulanan, şirket malvarlığı ile ilgili alacak ve borçlar bakımından aktif ve pasif

davayı takip yetkisine ZPO § 62 fıkra 1 anlamında, kurucu ortakların zorunlu dava arkadaşı olarak sahip olduğu modele (vgl. *Senat, BGHZ 30, 195, 197; Urt. v. 12. März 1990 - II ZR 312/88, ZIP 1990, 715, 716; MünchKommBGB/Ulmer aaO, § 718 Rdn. 42 f.; Stein/ Jonas/ Bork, ZPO 21. Aufl. § 50 Rdn. 17; Heller, Der Zivilprozeß der Gesellschaft bürgerlichen Rechts 1989, S. 56 ff., 110 ff.*), birçok bakımdan tercih edilmelidir.

a) Ortakların zorunlu dava arkadaşlığı, şirketin taraf ehliyetinin tanınmasına uygun bir ikame olarak görülemez, zira, zorunlu dava arkadaşlığı kurumu ile şirketler hukukuna ilişkin elbirliği kurallarından uygun usuli sonuçlar elde edilemez. Gerçi, dava tüm elbirliğine karşı açılabilirdiği ve tek bir hüküm verilmesi zorunlu olduğu kadarıyla, zorunlu dava arkadaşlığı ile elbirliği prensibi birbirine benzemektedir. Fakat diğer durumlarda, zorunlu dava arkadaşlığı, şirketler hukukuna ilişkin elbirliği ile ilgili davayı takip yetkisine mahsus özellikleri güvenceye almamıştır; zira zorunlu dava arkadaşlığında her dava arkadaşı kendi davasını takip eder (§ 63 ZPO). Diğer dava arkadaşlarıyla olan bağlantı, yalnızca hükmün tek olması gereğinde ve dava arkadaşlarının bir kısmının yokluğu hallerinde duruşmanın diğer dava arkadaşlarına teşmil edilmesinde ortaya çıkar (§ 62, Abs.1 ZPO). Fakat zorunlu dava arkadaşlığında usuli işlemlerin birlikte, ortak yapılması yükümlülüğü yoktur. Daha çok her dava arkadaşı, diğerlerinden bağımsız olarak kendi usul hukuku ilişkisi için sonuçlarıyla birlikte usuli işlemler yapabilir (*BGHZ 131, 376, 379*) ve her dava arkadaşı aynı zamanda kendi dava vekilini de atayabilir. Dava arkadaşlarının ileri sürdüğü, birbiriyle çelişen açıklamaları mahkeme ZPO § 286 gereğince serbestçe değerlendirir (*MünchKommZPO/Schilken, § 62 Rdn.48; Heller aaO, S. 159*). Dava arkadaşlarından herbirinin tek başına kanun yoluna başvurması, hükmün diğer dava arkadaşlarına karşı da kesinleşmemesi sonucunu doğurur (*BGHZ 131, 376, 382*).

Böylece adi şirkette maddi hukuka yönelik temsil ve tasarruf yetkisi konusunda önemli farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak, eğer sadece bir ortak işlem yapmaya yetkili ise, diğer ortaklar maddi olarak şirket için sonuç doğurucu beyanlarda bulunamazlar; eğer sadece müştereken işlem yapma yetkisine sahip iki ortak maddi hukuk bakımından çelişkili beyanlarda bulunurlarsa, bunlardan hiçbirisi sonuç

doğurmayabilir. O halde, zorunlu dava arkadaşlığı modeli, maddi hukuk ilişkisine uygun davayı takip yetkisini güvenceye alacak durumda değildir; çünkü, zorunlu dava arkadaşlığında davayı takip, şirketin temsili için geçerli olandan farklı kurallara tabidir.

Bu sonuçtan ancak, elbirliğinin davayı takip yetkisine ilişkin maddi temsil yetkisi, dava arkadaşları olarak elbirliğine aktarılmak; ortaklar usuli açıdan grup olarak kendi idarecileri tarafından temsil edilmek, böyle muamele görmek ve sadece idareciler tarafından yapılan usuli işlemler sonuç doğurucu olarak görülmek suretiyle kaçınılabılır. Bununla birlikte böyle bir çözüm, zorunlu dava arkadaşlığının temel prensipleriyle bağdaşmaz. İdarecinin şirket sözleşmesinde yetkilendirilmesi halinde, kendisinin bizzat taraf olduğu bir davada, dava arkadaşı olarak dava edilen ortakların münferiden davayı takip yetkisi kabul edilemez. Sonuçta, böyle bir düzeltme teşebbüsü, şirketin taraf ehliyetinin üstü kapalı olarak tanınması anlamına gelirdi. Buna karşılık adi şirketin taraf ehliyetine sahip olduğu açıkça kabul edilirse, davayı takip yetkisi ve şirketler hukukuna ilişkin temsil yetkisi arasındaki arzu edilen uyuma, zorlama olmaksızın ve usuli ilkeler ihlal edilmeksizin ulaşılabilir. Bu şekilde ancak, şirketler hukukuna ilişkin temsil kurallarıyla uyum içerisinde olan usuli işlemler başlangıçtan itibaren sonuç doğuracaktır.

b) Bundan başka, ortakların zorunlu dava arkadaşlığı modeline karşı, bu modelin geçerliliğinde elbirliği adına ya da ona karşı bir hüküm elde etmek amacıyla gerek davacı gerek davalı olma durumunda, her zaman şirketin mevcut tüm üyelerinin dava edilmesi ve davacı olması zorunluluğu ileri sürülür. Tecrübelere göre bu husus, büyük şirketlerde ve üye değişiminin yoğun olduğu şirketlerde şirket alacaklılarına önemli sorunlar çıkarabilir. Buna örnek olarak, Alman Federal Mahkemesinin 12 Mart 1990 (*Senat aaO, ZIP 1990, 715*) ve 15 Ekim 1999 (*VZR 141/98, ZIP 1999, 2009*) tarihli kararları esas teşkil eden olaylar olarak gösterilir. Daire, ilk söz edilen olayda, yetmişten fazla ortak hakkında şahsi bilgisi olmayan davacı şirket alacaklısına, davada bütün ortakların doğru olarak gösterilmesinin sadece taraflarla ilgili kısmın (hüküm başlığının) düzeltilmesi eylemini kapsadığını kabul etmek suretiyle, kolaylık göstermiştir (*Senat aaO, ZIP 1990, 715, 716*). Bu çözüm bile, aslında ortakların zorunlu dava arkadaşı olduğu görü-

şünden ayrılır; zira, dava arkadaşlığının maddi hukuka yönelik sebeplerinin tümünün yerine getirilmemesi davanın caiz olmamasını zorunlu kılar (vgl. *BGH, Urt. v. 25. Oktober 1991 - V ZR 196/90, WM 1992, 313, 315; Stein/Jonas/Bork aaO, § 62 Rdn. 20 f., 25; Musielak/Weth aaO, § 62 Rdn.11*). Sonuç olarak böyle bir durumda şirket zaten bizzat davalı taraf ve dolayısıyla taraf ehliyetine sahip olarak değerlendirilirdi. Bir ortağın üyeliğinin belirsiz ve tartışmalı olduğu birçok durumda da, dava arkadaşlığı çözümünün esasları hakkında ilgililer için benzer zorluklar vardır. Bu durumlarda – davacı ve davalı olduğu durumlarda – konu hakkında bir karar verilmeden önce, davada ilk olarak, davanın esası ile hiçbir şekilde ilgisi olmayan, şüpheli şahsın üye olup olmadığı sorunu giderilir. Burada da içtihat, bir ortağın yanlışlıkla eksik belirtilmesinde, sadece taraflara ilişkin kısmın (Rubrum) geçersiz olduğunu belirtmek suretiyle (*BGH, Beschl. v. 10. Oktober 1996 - IX ZR 135/95, NJW 1997, 1236; vgl. auch OLG Hamburg LZ 1917, 78*), yardımcı olmaya çalışmıştır. Maddi adaleti gerçekleştirme umulan, adi şirketi taraf ehliyetine sahip olarak değerlendiren mevcut içtihadın bu yardım düzeneği, dava arkadaşlığı modeline şeklen sadık kalınmasına rağmen, sonuçta tatmin edici değildir. Bu teori özellikle, icra aşamasında problemler çıkarmaktadır; zira, icra müdürü, şüphe hallerinde icra edilecek bir hükümde belirtilen ortakların tüm ortaklar olup olmadığını inceleyemez. Oysaki, adi şirkete taraf ehliyetinin tanınması, gerek yargılama usulünde gerek icra prosedüründe daha basit ve tutarlı bir çözümdür.

c) Elbirliği ortaklığına karşı açılan davada (Gesamthandschuldprozess), dava ve icra takibi sırasında yeni üye girişi ve üye değişimi hallerinde dava arkadaşlığı çözümünün ortaya çıkardığı ve pratikte tatminkar şekilde çözülemeyen önemli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Dava arkadaşlığı çözümünün temsilcileri, dava sırasında gerçekleşen üye değişimini ZPO §§ 239, 241, 246'ya benzeterek kanuni taraf değişikliğinden hareket ederler (*MünchKommBGB/Ulmer aaO, § 718 Rdn. 60 ff.; Heller aaO, S. 200 f.*): Bu durumda dava, talep üzerine, ZPO § 246'ya kıyasen davanın kabulüne kadar yeni ortaklar aracılığıyla kesintiye uğrar; hüküm başlığı (Rubrum), mahkeme tarafından düzeltilir; derdestlikten sonra gerçekleşen bir yeni katılım veya üye değişimi yargılamanın bitimine kadar öğrenilemezse, ZPO § 727 kıyasen uy-

gulararak dava dilekçesine yeni giren ortak sonradan yazılabilir; aynı şey yargılamanın tamamlanmasından sonra ve icra takibinin başlamasından önce yeni giren ortaklar için de geçerlidir.

Bu çözüm teklifi pratik bakımdan yetersizdir. Eğer bilinmeyen yeni katılım veya üye değişimi davanın derdest olmasından önce gerçekleşmişse, ZPO § 727 gereğince artık ilamın düzeltilmesi mümkün olmaz. Hüküm, sadece dava açılmasından sonra gerçekleşen hukuki değişiklikler hakkında uygulanabilir (*BGHZ 120, 387, 392*). İlamın düzeltilmesi (değiştirilmesi) imkanı, ayrıca, alacaklının yeni katılımı ZPO § 727 gereğince gerekli olan tarz ve şekilde (mahkemece bilinme veya resmi yada resmi tasdikli senet şeklinde) ispat edemediği hallerde de uygulanmaz. O, ilk olarak ZPO § 731 gereğince kararın icrasını talep etmeliydi. Ayrıca, ilamda yer alan ortakların mevcut ortaklardan farklı olduğunun ortaya çıkması halinde, her halükarda öncelikle icra takibinin durdurulması gerektiği de nazara alınmalıdır. Bu durumda örneğin, gerçekleştirilen alacak hacizleri ve diğer cebri tedbirler boşa gidecekti ve bu arada şirket, icra takibine yönelik olarak seçilen mallarda tasarruf edebilecekti. Aynı şekilde şirket, – özellikle halka açık şirketlerde bu tehlike söz konusudur - şirket mevcudundaki sürekli yeni değişiklikleri ard arda bildirmek suretiyle icra takibini neredeyse tamamen imkansız kılabilirdi (*vgl. Wiedemann aaO, S. 5*). Buna göre, dava arkadaşlığı çözümü, maddi hukuktaki yetki (ortaklığa verilen) ve davayı takip yetkisi (ortaklarda bulunması gereken) arasındaki farklılıklar yüzünden ortaya çıkan sorunları kaçınılmaz olarak tatmin edici bir şekilde çözememekte, bilakis yalnızca davayı ve icra takibini uzatmaktadır. Şirketin taraf ehliyetinin tanınmasıyla, ortakların mevcudiyetinde bir değişiklik – dava sırasında veya dava sonrasında – hiçbir şekilde engellenmemektedir.

3. Adi şirketin malvarlığı üzerinde cebri icra için bütün ortaklara karşı alınmış olan bir hükmün varlığını gerekli gören ZPO § 736, adi şirketin taraf ehliyetinin tanınmasına engel teşkil eden bir hüküm değildir. Taraf olarak elbirliği ortaklığına bağlı ortakların tümü hakkında alınan bir karar ZPO § 736 anlamında “bütün ortaklara karşı” bir karardır. Madde hükmü ne lafzen ne de amaç itibarıyla münferit her bir ortağa karşı bir karar gerektirmektedir.

a) ZPO § 736'nın oluşum sürecinden, bu düzenlemenin amacının, her bir ortağın şahsi alacaklılarının şirket malvarlığına karşı icra takibinin önlenmesi olduğu, fakat şirketin taraf ehliyetinden yoksun bırakılması olmadığı anlaşılmaktadır (*ausführlich Wertbruch aaO, S. 122 ff.; vgl. auch Wiedemann aaO, S. 10*). Şirketi Roma hukukuna ilişkin müş-terek mülkiyet olarak düzenleyen BGB'nin ilk tasarısının (*abgedruckt bei Mugdan II CVII*) (E I) 645 nci paragrafına göre, ortağın kendi payı üzerindeki tasarrufu aynî olarak değil, bilakis sadece borçlar hukuku anlamında kabul edilmemişti. Bu durumda, münferit ortakların şahsi alacaklıları, icra takibi çerçevesinde, ortakların şirket malvarlığındaki paylarına doğrudan el koyabilme imkanına sahipti. Münferit ortakların şahsi alacaklılarının şirket malvarlığına yönelik böyle bir icra takibini engelleyebilmek için ikinci komisyon "muhtemel oylamada tasarının 645 nci maddesinin muhafazası için" (*Prot. II 428 = Mugdan II 989*), öncelikle § 645a'yı aşağıdaki şekilde karara bağladı:

"§ 645a. Ortak mallara karşı icra takibi, ancak bütün ortaklar aleyhine alınmış olan bir icra edilebilir borç senedine dayanılarak yapılır. Bir ortak aleyhine alınmış icra edilebilir bir borç senedine dayanılarak icra takibi, sadece ortağın kâr payı veya tasfiye payı hakkında yapılabilir" (*Prot. II 426 = Mugdan II 988*).

İkinci komisyon görüşmelerin devamında birinci tasarının 645 nci paragrafının (§ 645 E I) yerine, ikinci tasarının (*Prot. II 428 ff. = Mugdan II 990 ff.*) 658 nci paragrafında ifade edilen elbirliği prensibini karara bağladı (*abgedruckt bei Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. III 1983, S. 296*). İkinci tasarının 658 nci paragrafı BGB'nin bugünkü 719 ncu paragrafına uymaktadır ve bu paragrafa aşağıdaki 3 ncü fıkra ilave edilmiştir:

"Ancak bütün ortaklara karşı icra edilebilir bir borç senedine dayanılarak şirket malvarlığı aleyhine icra takibi yapılabilir."

Daha sonra bu fıkra 3 hükmü BGB'nin ikinci tasarısından çıkarıldı. Usul Kanununun 671 nci paragrafını takip eden 671a paragrafından önce "Medeni Kanunun Tatbiki Hakkındaki Kanunun 11 nci maddesine aşağıdaki hüküm ikame olarak konulmalıydı" (*Jakobs/Schubert aaO, S. 297 Fn. 20*):

“Alman Medeni Kanunu § 745’e (§ 745 BGB) göre kurulmuş bir şirketin malvarlığı üzerinde cebri icra için bütün ortaklara karşı icra edilebilir bir karar gereklidir.”

Bundan sonra nihayet ZPO § 736 hükmüne ulaşıldı.

Bu gelişme, düzenlemenin şirket malvarlığının elbirliğine bağlanması prensibinin izlerini taşıdığını, kanun koyucunun bu prensibi kabul etmek suretiyle tek bir ortağın kendi payı üzerinde şirket malvarlığında tasarruf edememesi (§ 719 Abs.1 BGB), bir ortağın diğer bir ortağa karşı alacağı ile şirkete karşı bir taahhüdünü takas edememesi (§ 719 Abs.2 BGB) ve sadece bir ortağın alacaklısının elbirliği ortaklığı mallarına karşı icra takibi yapamaması sonucuna, ulaşmak istediğini gösterir (§ 736 ZPO). Bu amaç, adalet dairesinin BGB kanun tasarısıyla birlikte Alman Parlamentosuna sunduğu layihada (*Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs 1896, S. 87 f.*), açıkça bu anlamda formüle edilmiştir. Yani ZPO § 736’daki kural, elbirliği ortaklığı ile ilgili malvarlığı bağının ifadesi olarak, BGB § 719 fıkra 1’in icra hukukundaki karşılığını temsil etmekte ve isabetli bir şekilde “BGB § 719 fıkra 3” olarak da ifade edilmektedir (*Wertenbruch aaO, S. 124, 129*).

Keza şirketin taraf ehliyetinin tanınmasıyla, sadece bir ortağın alacaklısının şirket malvarlığına karşı icra takibi yapabilmesinin engellenmesi amacına, münferit ortaklara karşı açılan davaların kabulünde olduğu gibi kolaylıkla ulaşılabilir. Bu yüzden ZPO § 736 hükmünün adı şirketi davada taraf ehliyetinden yoksun bırakmak amacıyla olduğu tespit edilememektedir. Şirketin taraf ehliyeti, kanun koyucu tarafından, genelde “elbirliğinin özünde” olduğu şekilde, tahdidi olarak düzenlenmiştir. Buna uygun olarak, ikinci komisyonun genel raportörü Gottlieb Planck, BGB şerhinin 1900 yılındaki ilk baskısında, taraf ehliyetinin reddine karşın, ZPO 736, 859 hükümlerinin şirketin taraf ehliyetini düzenlemediğini, bu hükümlerin sadece elbirliği ilkesine riayet edilerek kanuna alındığını ifade etmiştir (*Vorb. § 705 Rdnr. II 2, S. 453*).

b) 1897 tarihli CPO’nun (*Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, VIII, 1898, S. 138 f.*) § 670b hükmünün (daha sonra ZPO § 736) değişiklik gerekçesinden de taraf ehliyetinin

tanınmasını reddeden sağlam bir delil çıkartılamaz. Adı geçen hükümde şirket "bizatihi şirket olarak" dava edilememesini ifade ettiği sürece, bunun taraf ehliyetinin reddi anlamında yorumlanması zorunlu değildir. 19 ncu yüzyılda ve 20 nci yüzyılın başlarında, Wertbruch'un (aaO S. 9 ff.; 46 ff.; 132) söylediği gibi, "bizzat şirket (Gesellschaft als solche)" kavramı, tüzel kişi için geçerliydi. Bu nedenle, ADHGB madde 231'de anonim ortaklığın "bizzat (şirket) olarak" dava açabileceği ve dava edilebileceği ifade edilmişti (vgl. auch heutigen § 41 Abs.1 AktG). Buna karşılık kollektif şirkette, şirketin "bizzat kendisinin" dava açabileceği ve kendisine karşı dava açılacağı, hak ve borçlanmaya ehil ve hususi malvarlığına sahip olduğu ibaresi, - 1857 tarihli Prusya Alman Genel Ticaret Kanunu Tasarısının 87 nci maddesinde olduğu gibi -, bunun tüzel kişilik tanımını içerdiği gerekçesiyle Alman Genel Ticaret Kanununun 111 nci maddesine (heute § 124 HGB) alınmamıştır (vgl. Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches 1858, S. 156). Anonim şirketle ilgili olarak "bizatihi" ibaresinin, yapılanmanın tüzel kişi şeklinde olduğunu gösterdiği, Makower (HGB Band I 13. Aufl. 1906, § 210 Anm. I a) ve Flechtheim (in Düringer/Hachenburg, HGB 3. Aufl. 1934, § 210 Anm.2)'in açıklamalarından da anlaşılmaktadır.

e) Şirkete taraf ehliyetinin tanınmasıyla ZPO § 736 hükmü gereksiz bir düzenleme haline gelmez. Bu hüküm, alacaklının, taraf olarak sadece şirkete karşı alınmış bir ilamla şirket malvarlığına karşı icra takibi yapabilmesini değil, aynı zamanda sorumluluklarından dolayı alınmış bir ilamla (vgl. auch MünchKommBGB/Ulmer aaO, § 718 Rdn.54), münferit tüm ortaklara karşı icra takibi yapabileceği şeklinde yorumlandığı takdirde, tamamen kendine özgü bir düzenleme içeriğine kavuşur. Adi şirkette hukuki durum kollektif şirketten farklıdır; zira, kollektif şirkette HGB § 124, fıkra 2 gereğince, şirket malvarlığına karşı takip yapılabilmesi ancak münhasıran şirkete karşı alınmış olan bir ilamla mümkündür.

4. Adi şirketin sicil aleniyetinin eksikliği durumu da taraf ehliyetinin tanınmasına engel olmaz. Daire, gerçi eksik aleniyet yüzünden bazı hallerde, bir adi şirketin davada açık bir tanımlamayı – her şeyden önce icra takibinde – mümkün kılacak şekilde çok açık gösterilebilmesi-

nin zor olduğunu doğru değerlendirmiştir. (Dış-) adi şirketten ziyade fiili bir birleşme organizasyonu olduğu durumlarda, bu dışarıdan da kolaylıkla bilinemez (vgl. *K. Schmidt aaO*, § 60 IV 1, S. 1806 f.). Fakat bu zorluklar taraf ehliyetinin tanınmasından sapmayı zorunlu kılacak kadar ağır değildir.

Şirketin davacı olması halinde, şirkete giren kişilerden, şirketi tanımlanabilir bir şekilde göstermek kolaylıkla beklenebilir – örneğin ortakların, kanuni temsilcinin mümkün olduğunca doğru belirtilmesi ve şirket ilişkilerinin gösterilmesi -. Davanın seyri esnasında fiilen bir dış şirketin olmadığı anlaşılırsa, temsil yetkisi sona erdiği halde sözde şirket adına dava açan kişi en azından dava masraflarına katlanmak zorundadır (*Sen.Urt. v. 25. Januar 1999 - II ZR 383/96, ZIP 1999, 489, 491 m.w.N.*). Mevcut olmayan bir tarafın (hukuki ilişkilere) girmesi halinde, onun adına ortaya çıkan ve tarafın varlığını iddia eden temsilci, caiz olmayan davaya sebebiyet veren olarak yargılama giderlerine katlanır. O halde her halükarda en azından bir gerçek kişi masraf borçlusu olarak mevcuttur.

Davalı olma durumunda, davacı için ortakların şahsi sorumluluğu yüzünden – kollektif şirkette olduğu gibi (vgl. *Behr, NJW 2000, 1137, 1139*) -, şirketle birlikte ortakların da şahsen dava edilmesi uygulamada sürekli tavsiye edilir. Bu husus özellikle, malvarlığı olan gerçek bir dış adi şirketin olup olmadığının kesinlik arzemediği durumlarda söz konusu olur. Dava sırasında ortakların elbirliği topluluğu olarak yükümlü olmadıkları, bilakis ortaklık borçlarından dolayı sadece münferiden müteselsil borçlu oldukları anlaşılırsa (§ 427 BGB), yalnızca şirkete karşı açılan dava – fakat ortaklara karşı şahsen açılan değil – reddedilir. Cebri icra sırasında esasen şirket malvarlığının olmadığı ortaya çıkarsa, alacaklı bakımından ilam münferit ortaklar için hâla geçerlidir. Şirketin taraf ehliyetinin kabulünde, dava arkadaşlığı çözümünün esaslarında gösterildiği gibi, bir durum farklılığı ortaya çıkmaz; zira, burada da elbirliğine ve ortaklara karşı açılan davalar ayrılır (*MünchKommBGB/Ulmer aaO*, § 718 Rdn. 47 ff.; *Heller aaO*, S. 73 ff.). Diğer durumlarda, şirket alacaklılarının münhasıran ortaklardan talepte bulunabilmesi de adi şirketin taraf ehliyetinin tanınmasına bağlıdır. Buna göre, şirket alacaklısının hakkını takip etmesi taraf ehliyetinin tanınmasıyla hiçbir şekilde ağırlaştırılmaz.

B.

Birinci davalıya karşı açılan dava yerindedir de. Özellikle birinci davalı poliçe ehliyetini haizdir. Federal Mahkemenin adi şirketin çek ehliyetini haiz olduğunun yerindeliliğine yönelik olarak dikkate aldığı sebepler (BGHZ 136, 254, 257 f.), aynı ölçüde adi şirketin poliçe ehliyeti için de söz konusudur (vgl. auch Flume, *Allgemeiner Teil aaO*, S. 108 f.; Baumbach/Hefermehl, *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, 21. Aufl. Einl. WG Rdn. 20 a).

İlk Derece Mahkemesinin birinci, ikinci ve üçüncü davalılarla ilgili mahkumiyet hükmü esasen isabetli görünmektedir. Bununla beraber hükmün sonuç kısmında bir taraftan birinci davalıya karşı yöneltilen diğer taraftan ikinci ve üçüncü davalılara karşı yöneltilen talepler arasında tam teselsül ilişkisi olmadığı, ancak birinci davalının müteselsil sorumlu olan diğer ortakların yanında müteselsil bir borçlu gibi sorumlu olduğunun vurgulanması gerekirdi. Daire 27 Eylül 1999 tarihli kararında (BGHZ 142, 315, 318 ff.), ortağın sorumluluğunun hukuki dayanağı meselesini açık bırakmıştı. Şu halde bu meselenin adi şirketin sınırlı hak ehliyetinin tanınması neticesini veren, şirketin borçları için ortakların fer'i (ikincil) sorumluluğu anlamında karara bağlanması gerekir. Ortak, şirketin borçlarından şahsen de sorumlu tutulabildiği ölçüde (BGHZ 142, 315, 318), şirket borcunun o andaki mevcut durumu ortağın şahsi sorumluluğu için de esastır. Bu bağlamda şirketin ve ortakların sorumluluğu arasındaki ilişki, HGB § 128 vd. gereğince kollektif şirketteki ortakların fer'i (ikincil) sorumluluğu hallerindeki hukuki duruma uymaktadır. Bu durumda, BGB § 420 vd. hükümlerinin tam bir teselsül olmadığı için doğrudan uygulanması mümkün değildir. Yine de BGB § 420 ve devamında yatan hukuki düşüncenin, tarafların menfaatleri dikkate alınarak somut olayda uygulanabilip uygulanamayacağı araştırılması gerekir (BGHZ 39, 319, 329; 44, 229, 233; 47, 376, 378 ff.; 104, 76, 78). Asli yükümlü olarak şirket için elbirliği halinde borçluluk kurallarının benzer uygulaması, ortakların sorumluluğuna nazaran, esas itibarıyla, yerindedir. Örnek olarak, BGB § 425 anlamında ortakların sahip olduğu şahsi def'ilere, şirketin de dayanabilmesi haklı olmazdı.

C.

Dördüncü davalıya karşı açılan, hukuki görünüş sorumluluğuna dayanan davanın reddi bakımından istinaf hükmü temyiz ihlallerine (sebeplerine) dayanmaktadır. Dördüncü davalının birinci davalının polişe taahhüdü için bir hukuki görünüş sorumluluğu, ancak onun davacı karşısında isnadı kabil bir şekilde kendisinin bizzat ARGE'nin üyesi olduğu ve bunun sonucu olarak şahsen sorumlu bulunduğu etkisini uyardırması halinde sözkonusu olabilirdi (vgl. BGHZ 17, 13, 15). Fakat istinaf mahkemesi haklı olarak, davacı tarafından ortaya konulan olaylardan, mimar olarak çalışan dördüncü davalının onun karşısında ARGE'nin ortağı olarak görüldüğü sonucunun çıkartılamayacağından hareket etmiştir.

Dördüncü davalının ARGE'nin davacı karşısında kullandığı mektup başlığında (antetli mektuplarda) – ARGE'nin alt müteahhidi olarak yazılmış olması böyle bir sonuç çıkarmak için özellikle yeterli değildir. Bu mektup başlığı, “W. İş Ortaklığı” başlığı altında ikinci ve üçüncü davalılar – ikisi de limited şirkettir-, “teknik idareci” (ikinci davalı), “ticari işler idarecisi” (üçüncü davalı) ve dördüncü davalı “inşaat idarecisi” gösterilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bir mimarın bir iş ortaklığının mektup başlığında bu şekilde yer alması durumunda, mektup başlığının kullanıldığı işletmelere karşı, kendisinin iş ortaklığının bir ortağıymış gibi izlenim doğuracağını hesaba katmak zorunda değildir. “Teknik idareci”, “ticari idareci” ve “inşaat idarecisi” gibi terimler Alman Yapı Endüstrisinin Yapı Birliklerinin (*ARGE-Vertrag, abgedruckt bei Burchardt/Pfölb, ARGE-Kommentar, 3. Aufl.*) yıllardan beri kullandığı örnek sözleşmenin 5 nci maddesi gereğince kullanılan terimler olup, yapı işlerinde çok yaygındır (vgl. *Langen in Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 1999, S. 64, 69*) ve mevcut olayda da bu şekilde kullanılmıştır. Bu yüzden, inşaat ilişkilerinde bu şekilde gösterilen bir isimlendirme, genelde şirket organı olarak nitelendirilmesi kabul edilebilir, ancak şirket ortağı olarak nitelendirilmesi düşünülemez. Gerçi şahıs şirketleri ilkesine göre, teknik yönetici, ticari yönetici olarak sadece ortak olan şahısların bizzat organlığının söz konusu olabileceği doğrudur. Fakat bu hususta ticari ilişkileri, bir mektup başlığında idareci ve şantiyeci olarak isimlendirilen kişilerce yapılabileceği şeklinde bir anlayışa bağlı kılmak çok geniş olur ve

şantiyecinin de ortak olmasını zorunlu kılar. Demek ki normal olarak şantiyecilik bir şirketin birlikte çalışması olan fakat ortağı olmayan kişilere bırakılır (*Burchardt/Pfölb aaO, § 9 Rdn. 7, 12 ff.*). Bu doğrultuda mevcut olayda ayrıca, davacı ve birinci davalı arasındaki, poliçenin verilmesine esas teşkil eden alt müteahhitlik sözleşmesi metninde açıkça, ARGE, bu sözleşme anlamında "İş Sahibi ve Müteahhit"; ve "Planlama ve İnşaat İdarecisi" olarak gösterilen dördüncü davalı arasında ayrıma gidildiği de göze çarpmaktadır.

Davacının açıklamalarına göre, dördüncü davalının sözleşme görüşmelerinin tümünü davacı ile yapması ve ihtilaf konusu olan poliçeyi birinci davalı adına imzalamış olması da, hukuki görünüş sorumluluğunun kurulması için yeterli değildir. Dördüncü davalı, kendisi tarafından İş Ortaklığının teknik sorumlusu olarak atanan ikinci davalının Şirket Müdürü ve İş Ortaklığı adına alt müteahhitlik sözleşmeleri yapmaya yetkilidir (§ 7.45 ARGE). Davacı, dördüncü davalının bu işlevinden haberdar olmamış olsa bile, onun davranışlarından, şahsında ARGE'nin bir ortağı olduğu sonucu zorunlu olarak çıkartılamazdı. Aslında daha çok, alt müteahhitlik sözleşmesinin akdi ve ifasının ARGE idaresi tarafından, alt temsilci olarak inşaat idaresinin yetkili kılınması hali düşünülebilirdi ki, bu tamamen caiz olurdu (*vgl. Burchardt/Pfölb aaO, § 9 Rdn.9*) ve aynı şekilde dördüncü davalının şahsi sorumluluğunu doğurmayacaktı. Temyiz mahkemesi tarafından hukuki görünüş sorumluluğunu gerekçelendirmek için dayanılan davacının dördüncü davalının bütün banka işlemlerini yaptığı şeklindeki savunması, davacıya karşı hukuki görünüş sorumluluğunu gerekçelendirmekten uzaktır, zira dördüncü davalının bu şekilde davranmasının, üçüncü kişilere karşı ne suretle -davacı ile olan ilişkide- hukuki görünüş söz konusu olmuş olabileceği açık değildir.