

ALMAN HUKUKUNDA ORTAKLIK ESAS SÖZLEŞMESİNİN SEDASYONU (SD) KAVRAMI HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU*

ÖZ

Anonim şirket esas sözleşmesi ile limited şirket sözleşmesi canlı bir organizmadır. Yeri geldiğinde bu organizmanın yenilenmesi, güncellenmesi ve değiştirilmesi gerekebilir. Bu minvalde pay sahiplerinin/ortakların alacağı bir kararla esas sözleşme/şirket sözleşmesi değişikliği prosedürüne gidilmeksizin esas sözleşmenin ya da şirket sözleşmesinin mevcut hükmü geçici olarak rafa kaldırılarak pay sahiplerinin kararı/ortakların kararı uygulanmaktadır. Alman hukukunda ‘*Satzungsdurchbrechende Beschlüsse*’ (SD) olarak ifade edilen bu kavramın hukukumuzda yabancı olduğu açıktır. Bu kavramın ne anlama geldiği, kavram hakkında yapılan tartışmalar ışığında incelenerek hukukumuz açısından değerlendirmelerde bulunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, limited şirket, esas sözleşme, şirket sözleşmesi, SD.

* Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: o.z.g.u.n@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-9660-4575.

Makalenin Gönderim Tarihi : 15.02.2024.

Makalenin Kabul Tarihi : 27.05.2024.

AN EVALUATION ABOUT THE TERM OF SEDATION OF THE ARTICLES OF ASSOCIATION (SD) UNDER GERMAN LAW

ABSTRACT

The articles of association of a joint stock company and the agreement of a limited liability company are living organisms. This organism may require to be renewed, updated and amended in the course of time. In this manner, with a resolution of the stockholders/shareholders, the present provision of the articles of association or the articles of company is temporarily placed aside without implemented the procedure of amending the articles of association/company agreement, and the resolution of the stockholders/shareholders is implemented. It is obvious that these term, which is referred to as '*Satzungsdurchbrechende Beschlüsse*' (SD) in German law, is foreign to our law. The sense of these term will be analysed in the light of the discussions on the term and evaluations will be made with regards to our law.

Keywords: Joint stock company, limited liability company, the articles of association of a joint stock company, the agreement of a limited liability company, SD.

I. GİRİŞ

SD kavramının çıkış noktası (Alman) anayasası hukukudur¹. Diğer bir deyişle, bir hukuki birlikteliğin anayasal düzeninden münferit bir duruma istinaden ayrılmanın hukuki bağlamda irdelenmesi öncelikle kamu hukukunda gerçekleşmiştir². Burada, bir veya birden çok münferit

¹ UEBERFELDT, Werner: Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung im Vereinsrecht und Aktienrecht, 1. Auflage, Industrie- Verlag u. Druckerei Akt. Ges., Düsseldorf 1934, s. 19 vd. ve özellikle 22. BOESEBECK, Ernst: 'Satzungsdurchbrechung' im Recht der AG und GmbH, NJW, Heft: 50, 13. Jahrgang, Jahr:1960, s. 2265.

² HELMKE, Britta: Satzungsdurchbrechungen bei der GmbH, Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft des Fachbereichs Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg, Hamburg 2001, s. 8.

durum için anayasa hukukuna ilişkin hükümlerin ihlali kastedilmektedir³. Diğer bir deyişle bu, anayasa hukukuna ilişkin hükümlerin bir ya da daha fazla belirli münferit durum için ihlal edildiği, ancak bunun bir istisna olduğu, yani sedasyona uğratılan hükümlerin diğer açılardan uygulanmaya devam ettiği, böylelikle ne kalıcı olarak yürürlükten kaldırıldığı ne de geçici olarak askıya alındığı söylenebilir⁴. Söz konusu ihlal, anayasa değişiklikleri için öngörülen prosedür dikkate alınmadan gerçekleşirse, burada bahsedilen bir anayasa sedasyonu değil, yalnızca bir anayasa ihlalidir⁵. Eğer anayasayı sedasyona uğratan hüküm istisnai bir hüküm olarak anayasanın lafzına eklenirse, bu yine burada söz konusu olan anlamda bir anayasa sedasyonu değil, bir anayasa değişikliğidir⁶. Oysaki, daha dar anlamda bir anayasa sedasyonu anayasa değişiklikleri için öngörülen prosedüre uyulması, ancak anayasanın lafzının değiştirilmemesi halinde söz konusu olur⁷. Bu tür anayasa sedasyonları, yani anayasa değişiklikleri için gerekli çoğunluklarla kabul edilmiş, ancak anayasa metnine bir değişiklik olarak yansıtılmamış kanunlar, Weimar Anayasası'nın yürürlükte olduğu sürede geçerli kabul edilmiştir⁸. Elbette, mevcut anayasa hukukunun karışıklığı ve istikrarsızlığı sebebiyle Weimar döneminde bu tür ihlallere yönelik bir kısıtlama ve hatta yasak zaten düşünülüyordu⁹. Bu yasak GG § Art. 79 Abs. 1 S.1 hükmü ile getirildi¹⁰. Bu hüküm uyarınca¹¹; “Anayasa, ancak kendisinin sözünü açıkça değiştiren veya tamamlayan bir yasayla değiştirilebilir.” Bu yasağın sınırlandırıldığı hükme ise ikinci fıkrada yer verilmiştir. Buna göre; “Barış akdini veya barış akdi hazırlıklarını veya bir işgal rejiminin ortadan kaldırılmasını konu alan veya Federal Cumhuriyetin savunmasına hizmet eden uluslararası anlaşmalarda, **Anayasa hükümlerinin bu anlaşmaların akdine ve yürürlüğe konulmasına karşı olmadığını belirtmek için, bu açıklığı getirmekle yetinen bir ekin Anayasa metnine ilavesi yeter.**

³ BOESEBECK, s. 2265.

⁴ BOESEBECK, s. 2265.

⁵ BOESEBECK, s. 2265.

⁶ BOESEBECK, s. 2265.

⁷ BOESEBECK, s. 2265.

⁸ BOESEBECK, s. 2265.

⁹ BOESEBECK, s. 2265.

¹⁰ BOESEBECK, s. 2265.

¹¹ Alman Anayasası'nın toplu olarak Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.recht-harmonisch.de/GG-turkisch.pdf>

Weimar Anayasası'nın Art.79 Abs. 1'in kabul edilmesiyle birlikte anayasanın değiştirilmesi, lafzını açıkça değiştiren ya da tamamlayan bir kanun ile mümkün hale gelmiştir¹². Bu kabul, Alman Anayasası'nda SD sorunsalının çözüme kavuşturulmasını sağlamıştır¹³. Bununla birlikte, anayasa hukukundaki hukuki gelişim şirketler hukukuna ilişkin sorunsal üzerinde doğrudan aynı yönde bir etki gösterememiştir¹⁴. Bu yüzden anayasa hukukunda, yani kamu hukukundan özel hukuka yansıtılan SD kavramının anayasa ile esas sözleşmede ortaya çıkma ve uygulanma sebepleri birbirinden ayrılmalıdır¹⁵.

SD kavramının şirket sözleşmesinin değiştirilmesi ile şirket sözleşmesinin ihlali arasında bir kategori olarak kabul edilip edilemeyeceği limited şirketler hukukunda da tartışılmaktadır¹⁶. Bu kapsamda şirket sözleşmesinin değiştirilmesine dair GmbH § 53 hükmü uyarınca sözleşme değişikliği prosedüründeki geçerlilik şartlarının kolaylaştırılıp kolaylaştırılmayacağı düşünülmelidir¹⁷. Ayrıca SD, sermaye şirketlerinden biri olan anonim şirketler için de tartışılmalıdır. Zira SD kararlarının özündeki esas sözleşmeyi değiştiren kararların geçerliliği noktasında beliren özellikler bu kavramın her iki şirket açısından da ne kadar önemli olduğunu göstermektedir¹⁸.

SD'nin esas sözleşmenin hangi kısımlarında ortaya çıktığı konusunda görüş ayrılıkları vardır¹⁹. Bu noktada SD'nin maddi nitelikteki, yani organizasyon hukuka ilişkin şekillendirmeyi ihtiva eden

¹² HELMKE, s. 9.

¹³ HELMKE, s. 9.

¹⁴ HELMKE, s. 9.

¹⁵ UEBERFELDT, s. 22.

¹⁶ MÍCHALSKÍ, Lutz/ HEİDİNGER, Andreas/ LEİBLE, Stefan/SCHMİDT, Jessica: Kommentar zumGesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2023, [MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53] Rn. 44.

¹⁷ PRIESTER, Hans Joachim: Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung (Vorausetzungen und Grenzen satzungsdurchbrechender Beschlüsse) ZHR 151, Jahr: 1987, s.42; MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 44.

¹⁸ PÖSCHKE, Moritz: Satzungsdurchbrechende Beschlüsse in GmbH und AG, Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 1. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2020, s. 8-9.

¹⁹ MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 44.

hükümleri kapsayacağı söylenebilir²⁰. Oysaki bireysel hukuka ilişkin sözleşmeler esas sözleşme haricinde kararlaştırılabildiğinden SD kapsamı içerisinde değerlendirilmemelidir²¹.

SD kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için örnek olaylar çerçevesinde somutlaştırmaya gidilmesinde fayda vardır. Esas sözleşme, yönetim kurulu üyeleri için Alman vatandaşlığı veya belirli bir mesleki yeterlilik veya pay sahipliği statüsü gibi belirli özellikler öngörebilir, ancak pay sahipleri yine de bir yabancıyı, kalifiye olmayan bir kişiyi veya pay sahibi olmayan bir kişiyi son aşamada şirket yöneticisi olarak atayabilir. Benzer şekilde esas sözleşme, şirket yöneticilerinin atanmasını veya payların devrinin denetim kuruluna onaylanmasını yalnızca bir yarışan olarak değil, aynı zamanda yerine geçen bir yetki olarak veriyorsa, ancak somut bir durumda pay sahipleri bu yetkiyi kendileri üzerine almak ve bizzatı karar vermek isteyebilirler. Ayrıca, esas sözleşmenin yıllık mali tablolar için, örneğin; bilançolama veya “ihtiyari nitelikte bilanço denetimi” ile ilgili olarak belirli kurallar öngördüğü ve pay sahiplerinin belirli bir yıl için karar alarak bu kurallardan ayrıldığı da görülmektedir. Bunların haricinde esas sözleşmeyi sedasyona uğratan kararlar pay sahipliği haklarıyla ilgili olarak da ortaya çıkabilir. Bu bağlamda kârın dağıtılması düşünülebilir. Örneğin; pay sahipleri, kârın esas sözleşmeden veya - esas sözleşmede buna karşılık gelen bir hüküm bulunmaması halinde - kanuni hükümlerden farklı bir şekilde dağıtılmasına karar verebilirler. Hatta şirket ile pay sahipleri arasındaki hizmet ilişkilerini konu edinen SD kararları da (ek ödeme yükümlülüğü ile danışma kurulu üyelerinin ücreti üzerinde değişikliğe gidilmesi) karşımıza çıkabilir. Ancak bu noktada unutulmaması gereken husus, SD'nin varlığı için açıkça esas sözleşmede buna izin veren bir düzenlemenin bulunmamasıdır²².

SD kavramının hukuki niteliği konusunda tartışmalar olsa da (özellikle esas sözleşme değişikliği midir? yoksa esas sözleşmenin ihlali midir?) genel olarak tanımından hareketle fiili esas sözleşme değişikliği (faktische Satzungsänderung) olarak kabul edilmediğini belirtmek gerekir. Zira SD pay sahiplerinin kararını gerektirir. Oysaki esas sözleşme hükümlerinin pay sahipleri tarafından bir şirket organı olarak değil de başka bir şekilde ihlal edilmesi halinde, bu yalnızca fiili bir ihlal

²⁰ MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 44.

²¹ MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 44.

²² Bu konuda birçokları yerine bkz. PRİESTER, s. 42 vd.

teşkil eder. Bu minvalde fiili esas sözleşme değişiklikleri, geçerli esas sözleşmede yer almayan ve şirket yönetimi tarafından yetki aşımı niteliğindeki şirket idaresine ilişkin tedbirler olarak karşımıza çıkarlar. Bu tedbirler, şirketin karar alma mekanizmasından ve özellikle de esas sözleşmenin değiştirilmesinde yetkili olmayan bir organ tarafından alınır. Bu noktada SD'den farklı olarak fiili esas sözleşme değişikliklerinde, pay sahiplerinin iradelerinin esas sözleşmenin içeriğinden sapsması söz konusu değildir. Ayrıca SD'nin anahtar klozundan²³, yorum²⁴, borçlar hukukuna ilişkin yan anlaşmalardan²⁵ farklı olduğu kabul edilmektedir²⁶.

SD kavramının ortaya çıkışı, kaynağı, uygulama alanı ve diğer kavramlardan farklı olduğu noktalar kısaca irdelenmiştir. Verilen bu kısa bilgilerden sonra doktrinin kavrama yaklaşım biçimine ve bu konudaki içtihatlarla yer verilecektir. Bu bilgiler ışığında SD'ye ilişkin görüşümüzü kısa bir değerlendirme ile belirtmeye çalışacağız. Ancak hemen öncesinde SD'ye ilişkin açıklamaları anlamak adına bunun Türkçe karşılığının verilmesi gerekir. Zira Türk literatüründe bu konuya ilişkin bir bilgi yoktur. Değerlendirme kısmında ayrıntılarıyla açıklanacağından burada yalnızca kısa bir bilgi verilmelidir. Bu noktada SD kavramı esas sözleşmenin sedasyonudur. SD kavramı ile ortaklıklar hukukunda pay sahipleri esas sözleşmedeki ilgili hükmü değiştirmeksizin ve esas sözleşmenin değiştirilmesi prosedürüne uymaksızın kendi aralarında

²³ Limited şirketin pay sahipleri, prensipte somut durumlar için adi nisapla alınacak bir kararla statüden ayrılınabileceğine dair düzenlemelerin esas sözleşmeye konulması konusunda seçim hakkına sahiptirler. Esas sözleşme bu tarz bir anahtar klozu ihtiva ettiği kadarıyla buna uygun alınacak bir karar esas sözleşmeyi değiştirici nitelikte değildir ve burada SD kararı söz konusu değildir. Nitekim burada esas sözleşmede vücut bulmuş pay sahiplerinin iradelerine aykırı bir eylemin eksikliği göze çarpar. Bkz. Birçokları yerine bkz. HELMKE, s. 10-11.

²⁴ Yorum ile SD arasındaki ilişkiye dair içtihat için bkz. OLG München, Urteil vom 20. 12. 2000 - 7 U 2722/00 (LG München I) (n.rkr., Rev. unter BGHII ZR 69/01), NZG 2001, 762.

²⁵ Yan anlaşma yalın sözleşmesel nitelikte ve borçlar hukuku karakterli olup karar karakterine sahip değildir. Bu noktada pay sahiplerinin kararlarına olan zorunlu gereksinim SD için ayırt edicilik arz eder. Netice olarak borçlar hukukuna ilişkin yan anlaşmaların değiştirilmesi yalnızca sözleşmeler hukukuna bağlıdır; ki esas sözleşme değişikliği için gerekli usullere ihtiyaç yoktur. Birçokları yerine bkz. HELMKE, s. 12.

²⁶ Bu konudaki literatüre ilişkin ayrıntılar için birçokları yerine bkz. HELMKE, s. 9 vd.

aldıkları karar ile farklı bir uygulamaya gitmeye çalışmaktadırlar. Kendine özgü bir dinamiğe sahip olan bu kavramın Kanun'da bir karşılığı yoktur. Bu yüzden söz konusu kavram -birazdan belirtileceği üzere- ya esas sözleşmenin ihlali ya da esas sözleşme değişikliği kategorisi içerisinde ele alınmaktadır.

II. DOKTRİNDEKİ YAKLAŞIMLAR

Belirsiz olan yalnızca SD'nin hukuki niteliği ve buna bağlanan sonucun hukuki değerlendirmesi değil, aynı zamanda kavramın kendisidir.²⁷ Bu bağlamda SD'nin tanımı ile konunun uygulama alanı belirlenebilecek ve hukuki niteliğinin ne olduğu kısmen de olsa bu şekilde ortaya konulabilecektir²⁸. Burada varılacak sonucun pratikte önemi göz ardı edilemez²⁹. Zira SD sorununun çözümüne dair her türlü yaklaşımın verdiği cevap farklı hukuki sonuçlara yol açacak mahiyettedir³⁰.

Ueberfeldt kavramsal olarak SD'nin esas sözleşme değişikliklerinden ayırt edilmesi gerekliliğine vurgu yapar³¹. Bu noktada mezkur yazara göre; SD'den, korporatif yaşam için az öneme sahip konuların söz konusu olduğu hallerde nitelikli çoğunluk kararıyla esas sözleşmedeki genel bir hükümden sapan bir düzenleme anlaşılır³². Esas sözleşmenin genel bir hükmünün istisnai bir hüküm eklenerek değiştirilmesi, münferit bir durum ve bu konuların nispeten önemsiz olması nedeniyle gerekli görülmediğinden, bu karar esas sözleşme değişikliği olarak tescil edilmemiştir.³³ Böylelikle Ueberfeldt, statüde değişikliğe sebebiyet veren, yani SD'nin ne bir esas sözleşme değişikliği ne de bir esas sözleşme ihlali olarak görmektedir. Bu çerçevede yaptığımız tanım

²⁷ MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 45.

²⁸ MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 45.

²⁹ MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 45.

³⁰ Limited şirketler hukuku açısından ayrıntılı bilgi için bkz. MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53 Rn. 45.

³¹ UEBERFELDT, s. 15.

³² UEBERFELDT, s. 15.

³³ UEBERFELDT, s. 15.

şu şekildedir³⁴: “*Esas sözleşme değişikliği için gerekli çoğunluk şartlarını karşılayan bir tüzel kişiliğin iradesini oluşturan organın kararıyla esas sözleşme değişikliği olarak ticaret sicili mahkemesinde kaydedilmeden veya devlet tarafından onaylanmadan, bir veya daha fazla münferit durum için esas sözleşmenin genel bir hükmünün uygulanmamasını emretmesi ve kararın konusunun şirketin yaşamı için az bir öneme sahip bir hususla ilgili olması halinde, bir SD söz konusudur.*” Son olarak SD’nin şekli şartları olarak esas sözleşmenin değiştirilmesi için aranılan çağrı usulüne ve kararın alınması için gerekli yeter sayıya dair³⁵ gerekliliklerin yerine getirilmesi gerekir³⁶. Görev ve yetki meselesi, çoğunluk gereklilikleri ve çağrı ve ilan hükümleri büyük ölçüde esas sözleşme değişikliğinin şekli geçerlilik şartları ile uyumlu olsa da, idari bir tedbir olarak hukuki niteliğine uygun olarak, esas sözleşmenin sedasyonunda sicile kayıt veya devlet izni gerekliliği eksiktir. Tescil edilmeme veya devlet izninin bulunmaması aslında esas sözleşme sedasyonunun kavramsal özellikleridir. Aksi takdirde esas sözleşmeden böyle bir sapmanın kendisi esas sözleşmenin bir parçası ve dolayısıyla ana sözleşme değişikliği haline gelecektir³⁷.

Boesebeck’e göre³⁸; SD, esas sözleşme değişikliği için gerekli tüm koşulları yerine getirmeli ise de öngörülen ticaret siciline tescil şartı istisna tutulabilir. Ayrıca Ueberfeldt’in tüzel kişiliğin yaşamını ilgilendiren az öneme sahip olma kriteri de reddedilmelidir³⁹. Hakeza, Boesebeck’e göre, ticaret siciline kayıtlmaksızın gerçekleştirilen SD, şekli mahiyetteki tescil artık makul olmayan amaç haline gelecekse, geçerli olarak kabul edilmelidir⁴⁰. Mezkûr yazara göre bu durum, tam da eş zamanlı ve bir defaya mahsus bir işlemle ilgili olduğu için, ticaret sicilinde

³⁴ UEBERFELDT, s. 18-19.

³⁵ İmtiyaz hak sahipleri açısından duruma bkz. UEBERFELDT, s. 42-43.

³⁶ UEBERFELDT, s. 32 ve 33.

³⁷ UEBERFELDT, s. 33.

³⁸ BOESEBECK, s. 2267.

³⁹ BOESEBECK, s. 2267.

⁴⁰ BOESEBECK, s. 2267.

yeni bir kayıtla derhal geri alınabilecek bir kayıt olması halinde geçerlidir⁴¹. Örneğin⁴²; genel kurul, esas sözleşmedeki hükmün yabancı X için geçerli olmaması için esas sözleşmeyi değiştirmeye karar verebilir. Genel kurul daha sonra, esas sözleşme değişikliğinin ticaret siciline işlenmesinden bir mantıksal saniye sonra geçerli olmak üzere yabancı X'i denetim kurulu üyesi olarak seçer. X bu seçimi kabul eder. Genel kurul daha sonra, X'in denetim kurulu üyesi olmasından bir mantıksal saniye sonra geçerli olmak üzere esas sözleşmeyi yeniden değiştirmeye karar verir. Böylelikle esas sözleşmeden sapan hüküm silinir ve esas sözleşme yeniden başlangıçtaki lafzını alır. Her iki karar da aynı anda ticaret siciline kaydedilmek üzere dosyalanır. Sicil memuru her iki kararı da aynı anda ticaret siciline işler ve yürürlükleri mantıksal saniyelerle birbirinden ayrılır. Mezkur yazara göre böyle bir prosedür artık mantıklı değildir.

SD'den⁴³, bir sermaye şirketinin pay sahiplerinin, yani bir anonim şirketin ya da bir limited şirketin esas sözleşmenin ya da şirket sözleşmesinin bir hükmünden karar alarak somut bir münferit durum için -esas sözleşmeyi değiştirmeden o haliyle bırakmak istedikleri- bilinçli olarak ayrılmaları anlaşılır. Priester'in yapmış olduğu bu tanımda dikkati çeken nokta, SD'nin varlığı için pay sahiplerinde esas sözleşmeyi değiştirme iradesinin yani bilincinin var olup olmadığıdır. Bu bağlamda pay sahipleri söz konusu olayla ilgili karar alırken geçerli olan belirli ya da tali nitelikteki esas sözleşme düzenlemesinden sapma bilincinde olma zorunluluğu konusundaki tartışmada *Priester*, esas sözleşmeyi değiştirme iradesine sahip olmayan pay sahiplerinin aldıkları kararın iptal edilebilir nitelikte olduğu kanaatindedir⁴⁴. Bu yüzden, pay sahipleri söz konusu birlikteliğin temel düzenlemesine bir istisna getirildiğinin bilincinde olmalıdırlar⁴⁵. Şu hâlde Priester, noktasal etki doğuran SD'lerin geçerli olduğu ve bunların esas sözleşme

⁴¹ BOESEBECK, s. 2267.

⁴² BOESEBECK, s. 2267.

⁴³ PRIESTER, s. 40.

⁴⁴ PRIESTER, s. 47-48.

⁴⁵ PRIESTER, s. 48.

değişikliğinin yanında kendine özgü/ayrı bir kategori oluşturduğu fikrindedir⁴⁶. Diğer taraftan kalıcı etki doğuran yani bir durum değişikliğine sebebiyet veren esas sözleşme sapmalarının esas sözleşme değişikliği olarak değerlendirilmesi gerektiği ve SD'den ayrılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir⁴⁷.

Priester⁴⁸, SD ile alınan noktasal etki eden kararların geçerli olduğu kanaatindedir. Bu kararların geçerliliği için esas sözleşme değişikliği için aranılan şartların yerine getirilmesi gerekir. Bunlar içerisinde usulüne uygun bildirim, nitelikli çoğunluk ve uyulması gerekli şekli hükümler sayılabilir. Bu noktada esas sözleşme metninin değiştirilmesine ve ticaret siciline tescil yaptırılmasına gerek yoktur. Oysaki kalıcı durum değişikliğine sebebiyet veren SD'lerin geçersizliği söz konusudur. Bu bağlamda, esas sözleşmede ancak sapmanın kendisi kabul edilerek ya da buna uygun bir istisna çekincesi konularak gerçek bir esas sözleşme değişikliği tahayyül edilebilir.

Zöllner⁴⁹ Priester'in öncüsü olduğu SD kavramına getirdiği ilerici bakış açısına methiyeler düzerek (!)⁵⁰, esas sözleşme düzenlemelerine uymayan kararların daima esas sözleşme ihlali teşkil ettiğini ve bu şekilde yalnızca iptal edilebilir nitelikte olduğunu belirtmektedir. Bunların hükümsüzlüğü ya da geçersizliği için herhangi bir hukuki dayanak söz konusu değildir. Bu kabul, kalıcı etki doğuran tedbirlere ilişkin tüm kararlar için de geçerlilik arz eder. Bunun haricinde söz konusu nitelendirme esas sözleşme hükümlerinin içeriğinden sapan tüm tedbirler için de geçerlidir. Esas sözleşmeden ayrılan münferit tedbirlere ilişkin kararlar tıpkı diğer tedbirler gibi esas sözleşme değişikliği değildir. Şayet tüm pay sahipleri karara onay verdilerse ya da iptal davasının açılmaksızın iptal süresi geçirilmişse iptal edilebilirlik yaptırımı uygulanamaz. Alınan karar ile uygulanacak düzenlemenin esas

⁴⁶ PRIESTER, s. 55.

⁴⁷ PRIESTER, s. 57.

⁴⁸ PRIESTER, s. 58.

⁴⁹ ZÖLLNER, Wolfgang: Satzungsdurchbrechung, Festschrift für Hans-Joachim Priester, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2007, s. 892.

⁵⁰ Bkz. ZÖLLNER, s. 879 ve 893.

sözleşmenin sedasyonu veya esas sözleşmeden sapma olarak ilan edilmesi, kararın esas sözleşmenin değiştirilmesi için gerekli çoğunlukla alınması ve noter tarafından onaylanması halinde iptal edilebilirlikten kaçınılabilir. Ticaret siciline sedasyonun kaydı gerekmez. Zira esas sözleşmede şimdiye kadar geçerli olan hüküm bu sedasyonu işlevsiz bırakmıştır. Sedasyonun aynı zamanda sunulan esas sözleşme düzenlemesinde ilan edilmesine de gerek duyulmaz.

Zöllner⁵¹, Priester'in kalıcı etki doğuran/noktasal etki yaratan SD ayırımının sorunlu olduğu kanaatindedir. Zira esas sözleşmenin düzenlemelerinin içeriğinden sapmada her halükârda esas sözleşmeye aykırılık oluşur; meğerki içeriğe dair düzenlemelere riayet edildiğinde meydana gelecek durumla örtüşsün.

Yalnızca esas sözleşme metninde yer almayan münferit bir tedbir söz konusu ise, şirketin normatif düzeni olarak esas sözleşmesi değiştirilmez ve dolayısıyla şekli gereklilikler aranmaz⁵². Bununla birlikte, münferit tedbirler bağlamında esas sözleşmede gerçekleşen sapmalar olması durumunda, bunların belirli münferit karar için zımnen değiştirildiği kabul edilir⁵³. Bu açıdan bakıldığında, karar, alınan özel tedbiri içeren birinci kısma ve esas sözleşmeyi değiştiren ikinci bir kısma ayrılır⁵⁴. Artık pay sahiplerinin esas sözleşmede açıkça ifade edilen geçici bir değişiklikte böyle bir çifte karar alabileceklerinde bir tereddüt kalmamıştır⁵⁵. Ancak, yalnızca belirli bir tedbiri ifade eden bir kararı, bu tür bir çifte karar olarak yorumlamak, tüm tüzel kişiliğe dair irade açıklamaları içerisinde özellikle esas sözleşmenin yorumlanması için geliştirilen ilkelerle çelişmektedir⁵⁶. Bu ilkeler ışığında her halükârda esas sözleşmenin tüzel kişiliğe dair

⁵¹ ZÖLLNER, s. 888.

⁵² ZÖLLNER, s. 882

⁵³ ZÖLLNER, s.882

⁵⁴ ZÖLLNER, s.882

⁵⁵ ZÖLLNER, s.882-883.

⁵⁶ ZÖLLNER, s. 883

hükümlerinin objektif olarak yorumlanması gerekmektedir.⁵⁷ Bunun için asgari şart, esas sözleşmeyi değiştirmeye yönelmiş bir düzenlemenin üçüncü kişiler tarafından görülebilmesini sağlayacak bir metnin bulunmasıdır.⁵⁸ Bu noktada oy kullanan pay sahiplerinin esas sözleşmenin değiştirilmesi yönünde bir iradeye sahip olmaları ve bunun oy açıklamasında bulunanların muhatapları tarafından görülmesi yeterli değildir.⁵⁹ Bu yüzden bu şekilde belirtilen SD, esas sözleşme değişikliği kavramı içerisinde değerlendirilemediğinden SD kararı § 241 Nr. 2 AktG ile § 53 Abs. 2 GmbHG uyarınca geçersiz değildir.⁶⁰

Habersack'a göre⁶¹; SD'ler çifte içeriğe sahiptir. İlk olarak, SD'ler, önceki esas sözleşme ile uyumlu olmayan somut şirket meselesini düzenlemeye yönelmişlerdir. Bunun haricinde, esas sözleşmeyi değiştirmeyi ve bu şekilde esas sözleşmenin ihlalini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadırlar. Böylelikle SD'ler, esas sözleşmeyi ihlal eden kararlardan ayrılır. Esas sözleşmede yapılması öngörülen değişiklik nedeniyle, esas sözleşmeyi ihlal eden kararların geçerli olabilmesi için § 54 Abs. 3 GmbHG hükmü uyarınca ticaret siciline kaydedilmesi gerekmektedir. Bu noktada yalnızca kalıcı etki doğuran SD'ler için değil; aynı zamanda noktasal etki yaratan SD'ler için de ticaret siciline kayıt zorunluluğu aranmalıdır.

SD'yi esas sözleşmenin ihlalinden ayıran, pay sahiplerinin esas sözleşmeyi değiştirmeye yönelmiş iradesini tespit edebilmek için, pay sahiplerinin esas sözleşmenin çelişkili içeriği hakkındaki bilgisi ancak şirketin organizasyonunu yeniden şekillendiren kararlarla ilgili olduğu sürece dikkate alınabilir. Diğer durumlarda, pay sahiplerinin bilgisi tipik olarak yalnızca kararı iptal etme haklarından feragat ettiklerini gösterir. Bu durumlarda, genellikle

⁵⁷ ZÖLLNER, s.883

⁵⁸ ZÖLLNER, s.883

⁵⁹ ZÖLLNER, s. 883

⁶⁰ ZÖLLNER, s. 883

⁶¹ HABERSACK, Mathias: Unwirksamkeit 'zustandsbegründender' Durchbrechungen der GmbH-Satzung sowie darauf gerichteter schuldrechtlicher Nebenabreden, ZGR 2/1994, Jahr 1994, s. 373.

esas sözleşmenin açık bir ihlali söz konusudur ve tüm tarafların esas sözleşmenin çelişkili içeriğinden haberdar olması halinde bu ihlal tartışılmaz ve bu şekilde mutlaklık kazanır⁶².

Habersack'ın bir taraftan pay sahiplerinin esas sözleşmeye aykırı bir karar aldıklarının bilincinde olmaları ile diğer taraftan esas sözleşmeyi geçici olarak değiştirme iradeleri arasında yaptığı ayırım da tatmin edici değildir⁶³. Pay sahiplerinin esas sözleşmeye aykırı bir karar aldıklarının bilincinde oldukları, ancak yine de bu kararı aldıkları tespit edilebilirse, o zaman Tieves'e göre; pay sahiplerinin bu münferit durum için ana sözleşmenin geçerliliğini değiştirmek istedikleri gerçeği ortadadır⁶⁴. Habersack gibi SD kararının çifte içeriğini kabul eden Tieves de, birinci kısımda, şirket esas sözleşmesine aykırı belirli bir münferit tedbirin düzenlendiğini; ikinci kısımda ise, pay sahiplerinin eş zamanlı olarak esas sözleşmede kararlar çelişen hükmün, belirli münferit bir durumda geçerli olmayacağını kararlaştırdığını ifade eder⁶⁵. Kararın bu ikinci kısmı, pay sahiplerini kararın ilk kısmıyla ilgili olarak esas sözleşmeye uyma yükümlülüğünden kurtarmayı amaçlamaktadır⁶⁶. Bu noktada esasında iki farklı kararın söz konusu olduğu ve her birinin birbirlerinden ayrı şekilde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmelidir⁶⁷.

Pay sahipleri, esas sözleşmeye aykırı olduğu gerekçesiyle tedbir kararını iptal etme imkanını ortadan kaldırmak için münferit bir durumda esas sözleşmeyi geçersiz kılmayı da amaçlıyorsa (esas sözleşmeyi değiştiren veya sedasyona uğratan karar), yalnızca esas sözleşmede kalıcı bir değişikliğin de geçerli olacağı aynı koşullar altında geçerli olabilir⁶⁸. Bu şekilde münferit durum için

⁶² HABERSACK, s. 373.

⁶³ TIEVES, Johannes: Satzungsverletzende und satzungsdurchbrechende Gesellschafterbeschlüsse, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln, ZIP, Jahr: 1994, s. 1345.

⁶⁴ TIEVES, s. 1345.

⁶⁵ TIEVES, s. 1345.

⁶⁶ TIEVES, s. 1345.

⁶⁷ TIEVES, s. 1345.

⁶⁸ TIEVES, s. 1346.

esas sözleşmeyi geçersiz kıldığı yani sedasyona uğrattığı için, çift katmanlı kararın yalnızca bu karar içeriğinde SD söz konusudur⁶⁹.

Tieves, şirket esas sözleşmesiyle çelişen bir pay sahipleri kararının, pay sahipleri bu münferit durum için aynı zamanda esas sözleşmeyi değiştirmek isteseler, ancak karar noter tasdikli veya ticaret siciline kaydedilmemiş olsa bile, iptal edilebilir nitelikte olduğu kanaatinde⁷⁰. Böyle bir karar, pay sahiplerinin aynı anda söz konusu hususla ilgili olarak esas sözleşmeyi yürürlükten kaldırmış olmaları halinde artık iptal edilemez; ancak bu durum, kararın, esas sözleşmede yapılan kalıcı bir değişiklik gibi, pay sahipleri/genel kurul toplantısına çağrının ilan edilmesini, notere tasdik ettirilmesini ve kalıcı etki doğuran ya da noktasal etki yaratan bir karar olup olmadığına bakılmaksızın ticaret siciline kaydedilmesini gerektirir⁷¹. Bununla birlikte, tescil açısından kalıcı etki doğuran ve noktasal etki yaratan SD'ler arasındaki ayrıma gidilmesinde fayda vardır⁷². Yalnızca ilki için kalıcı esas sözleşme değişiklikleri gibi ele alınması talep edilebilir⁷³. Buna karşılık, noktasal etki yaratan SD'ler açısından kamunun bilgilendirilmesi menfaati, sicile sunulan tasdikli karara yollamada bulunan bir kayıtla yeterince karşılanmaktadır⁷⁴.

Lawall, konuyu limited şirketler açısından ele alarak 1995 yılında OLG Köln'ün verdiği bir karar üzerine SD kararlarının geçerliliğini tartışmıştır⁷⁵. SD kavramının tanımını birebir Priester ile aynı şekilde yapmaktadır⁷⁶. Bu noktada belirtilmelidir ki, şekli nitelikteki esas sözleşme hükümleri açısından SD gündeme gelmeyecektir⁷⁷. Ayrıca esas sözleşme bir anahtar klozu⁷⁸ ihtiva

⁶⁹ TIEVES, s. 1346.

⁷⁰ TIEVES, s. 1345-1346 ve 1347.

⁷¹ TIEVES, s. 1347.

⁷² TIEVES, dipnot 54, s. 1347.

⁷³ TIEVES, dipnot 54, s. 1347.

⁷⁴ TIEVES, dipnot 54, s. 1347.

⁷⁵ Bu kararın künyesi için bkz. LAWALL, Lars: Satzungsdurchbrechende Beschlüsse im GmbH-Recht, DStR, Jahr 1996, s. 1169.

⁷⁶ LAWALL, s. 1169.

⁷⁷ LAWALL, s. 1169 ve 1170.

ediyorsa, buna uygun bir karar esas sözleşmeyi değiştirmeyecektir⁷⁹. Bu yüzden esas sözleşme değişikliği prosedürüne riayet edilmemesi de SD'nin varlığına yol açmayacaktır⁸⁰. Makalesinde doktrindeki görüşlere yer verdikten sonra alınan kararların iç ve dış ilişkiye etkisi ile kararın çifte içeriğe sahip olması hususlarını eleştirerek Priester'in kalıcı etki doğuran/noktasal etki yaratan karar ayrımını esas almıştır⁸¹. Sonuç itibariyle⁸² Lawall, kalıcı etki doğuran SD'lerin hukuka uygunluğu için esas sözleşme değişikliği için öngörülen gerekli şartların yerine getirilmesi ihtiyacı olduğu fikrindedir. Yalnız başına ticaret siciline kayıt, söz konusu kayıt ile değiştirilebilir. Buna karşılık noktasal etki yaratan SD'lerin noter tasdikine ve ticaret siciline kaydına da gerek yoktur. Bundan dolayı esas sözleşme değişikliğine kıyasla kolaylaştırılmış bir usulle geçerlidir. Şu hâlde noktasal etki yaratan kararların ticaret siciline kaydedilmesi kararın iptaline sebebiyet vermez⁸³.

Helmke ise, SD'nin geçerli olan ayrı/hususi bir karar kategorisi teşkil ettiği fikrindedir⁸⁴. Bununla pay sahiplerinin belirli durumlar için şirket sözleşmesinin belirlenmiş içeriğinden ayrılmalarına imkân tanınır⁸⁵. Ancak bunun için ticaret siciline tescile gidilmesine gerek yoktur⁸⁶. Böylelikle SD ile basit, esnek ve hızlı bir şekilde esas sözleşmenin elden geçirilmesi ihtiyacı

⁷⁸ 'Öffnungsklausel' olarak ifade edilen anahtar klozundan, belirli maddi esas sözleşme hüküm parçasının değiştirilmesine -esas sözleşmenin kendisinin değiştirmesine gerek olmaksızın- izin verilmesi konusunda bir yetkilendirme anlaşılır.

⁷⁹ LAWALL, s. 1169.

⁸⁰ LAWALL, s. 1169.

⁸¹ Eleştirilerin gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. LAWALL, s. 1172.

⁸² LAWALL, s. 1175.

⁸³ LAWALL, s. 1174.

⁸⁴ HELMKE, s. 53.

⁸⁵ HELMKE, s. 141.

⁸⁶ HELMKE, s. 141.

karşılanmış olur⁸⁷. Helmke'nin görüşünü özetleyen şu ifadelere bakmakta fayda vardır⁸⁸;

“Kanun, GmbHG § 3 uyarınca esas sözleşmede asgari içerik olarak yer alması gereken hükümlerin ticaret siciline kaydedilmesini öngördüğü ölçüde, SD kararları kabul edilebilir değildir. Bundan ayrılmalar, alacaklıların menfaatleri üzerinde kalıcı bir etkiye sahip olacaktır. Kanun koyucunun esas sözleşmenin bu hükümlerinin hukuki işlemler açısından taşıdığı özel önem sebebiyle her zaman tescile tabi olması yönündeki iradesi, bu hükümleri esas sözleşmenin sedasyonu halinde baştan itibaren erişilemez kılmaktadır. Ancak bu durum, § 10 GmbHG’de listelenen ve ihtiyari nitelikte tescile tabi olan diğer esas sözleşme hükümleri için de sınırsız bir şekilde de geçerli değildir. Burada, alacaklıların menfaatleri etkilenmediği sürece SD için istisnalar düşünülebilir. Esas sözleşmede öngörülen temsil yetkilerinden sapmalara, münferit durumlarda SD kararıyla izin verilir. Bu durumda ticaret siciline tescil gerekli değildir.”

Leuschner’e göre⁸⁹, SD sorunsalını sübjektif bir unsurla açıklamak sınırlı bir yaklaşım teşkil ettiğinden sapma bilincinin var olup olmamasına bir anlam yüklenmemesi gerekir. Zira bu durum tamamen sorunun ele alınmasıyla ilgilidir. O halde mezkûr yazar açıklamalarında esas sözleşmeyi ihlal eden kararların tamamen objektif olarak, münferit durumlarda genel kurul veya pay sahipleri kurulu kararının esas sözleşmenin önceki içeriğiyle çeliştiği gerçeğiyle karakterize edildiği anlayışa dayanmaktadır.

§ 243 Abs. 1 AktG hükmü, pay sahiplerine belirli durumlarda esas sözleşme değişikliğine dair hükümlerine riayet edilmeksizin esas sözleşmeden geçerli bir şekilde ayrılabilmesine imkân tanımaktadır. Bunlar içerisinde zorunlu olmayan esas sözleşme hükümleri (en azından bir seçim hakkının tanındığı) ile

⁸⁷ HELMKE, s. 141.

⁸⁸ HELMKE, s. 125.

⁸⁹ LEUSCHNER, Lars: Satzungsdurchbrechende Beschlüsse bei AG und GmbH, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, ZHR 180, Jahr: 2016, s. 422,425.

pay sahipleri kurulu ya da genel kurul kararlarının en geniş anlamıyla meydana gelmesinde geçerli olan usulü hükümler sayılabilir. Bu durum, kararlaştırılan tedbirin kalıcı bir etki oluşturup oluşturmadığına ya da yalnızca noktasal bir etkiye sahip olup olmadığına veyahut pay sahiplerinin esas sözleşmeden sapmanın bilincinde olup olmadıklarına bakılmaksızın geçerlidir. Bununla birlikte, AktG § 243 Abs. 1 hükmü ile geçerlilikleri temellendirilemeyen, ancak münhasıran esas sözleşme değişikliklerine ilişkin hükümlerin ilgili olduğu, SD'ye ilişkin bir dizi karar grubu vardır. Bunlardan ilki, belirli hükümlerin esas sözleşmede mutlaka yer alması gerektiği durumlardır. İkincisi, AktG § 243 Abs.1'in hukuki sonuçlarının, esas sözleşmedeki çelişkili hükmün geçerliliğini kısıtlama amacı taşımadığı hallerdir. Bu kapsam içerisinde, zorunlu esas sözleşme hükümlerinde somutlaştırma boşluğuna yer verilmeyen haller⁹⁰ ile münhasıran negatif düzenleme içeriğine sahip kararlar⁹¹ değerlendirilebilir.

⁹⁰ Buna, anonim şirketler hukukunda çok tartışılan, yıllık genel kurulun toplantı başkanlığı görevini esas sözleşme hükümlerinden saparak geçici olarak başka bir kişiye verdiği durumu örnek gösterilebilir. Esas sözleşme hükümlerinin genel kurul veya pay sahipleri kurulu tarafından göz ardı edilmesi halinde, söz konusu hükümlerin farklı somutlaştırma dereceleri, bir düzenlemenin (kararın) diğer düzenlemelerin (esas sözleşme) geçerliliğini etkilemeksizin geçerli olduğu varsayımına izin vermektedir. Ancak burada bu somutlaştırma eksikliği söz konusudur. Esas sözleşmenin çatışan hükümleri, genel kurula veya pay sahipleri kuruluna yönelik herhangi bir somutlaştırma gerekliliği içermemekte, bunun yerine kararlar aynı derecede somutlaştırmaya sahip hükümler içermektedir. Diğer bir deyişle, esas sözleşme ve genel kurul ya da pay sahipleri kurulu kural koyarken birlikte çalışmamakta, aksine birbirleriyle doğrudan rekabet halinde bulunmaktadır. Bu da hukuki çözüm için şu anlama gelmektedir: Prensipite, çelişkili kararın esas sözleşmenin ihlali olarak yorumlanması ve AktG § 243. Abs. 1 ve 2'nin kapsamına alınması mümkün görünmektedir. Ancak bu, esas sözleşmenin çelişkili hükmüyle doğrudan çelişen bir kararın yürürlüğe girebileceği anlamına gelecektir. Bkz. LEUSCHNER, s. 422, 442/443.

⁹¹ Buna, bir limited şirketin pay sahipleri kurulunun bir ortağa esas sözleşmedeki rekabet yasağı maddesiyle çelişen bir yasal işlem gerçekleştirme yetkisi vermeye karar verdiği durum örnek gösterilebilir. Esas sözleşmedeki rekabet yasağı hükmünün uygulanmaması halinde ortaklar prensipite hareket etmekte serbest olduğundan, bu konuda izin

Üçüncüsü ise, esas sözleşmedeki belirli usulü gerekliliklere uyulmamasının geçersizliğe ilişkin eksiklik kategorisine altlanabileceği⁹² durumlardır. Belirtilen durumlarda kararın geçerliliği prensipte ticaret siciline tescili de şart koşar. SD kararlarının farklı muamelelere tabi tutulması teleolojik olarak haklı değildir ve esas sözleşmedeki münferit değişiklikler durumunda ticaret siciline kayıt (ve bir limited şirketin varlığı halinde noter tasdiki) gerekliliğinden feragat ederek hukuk yaratma yoluyla düzeltilmelidir (§§ 39 AktG ve 10 GmbHG'nin düzenleme konularını ilgilendirmedikçe). Bu tür bir teleolojik indirgeme haklıdır; çünkü ticaret siciline tescil zorunluluğu en başta gelecekteki pay sahiplerinin (şirkete katıldıklarında) soyut-genel nitelikli geçerli esas sözleşme hakkında bilgilendirilmesine hizmet eder. Buna karşılık, AktG § 243 Abs. 1 hükmü, geçmişte meydana gelen esas sözleşmeden münferit sapmalar hakkında bilgilendirilme ihtiyacının hukuken kabul görmediğini ortaya koymaktadır⁹³.

Pöschke, SD'nin esas sözleşmenin ihlali ile esas sözleşmenin değiştirilmesi haricinde ayrı bir kategori teşkil etmediğini dile getirmektedir. SD kavramı açıklanırken hukuki alanın dışına çıkmak gereksizdir ve şirketin dogmatik temellerinden istifade edilmelidir. Böylelikle hukuki belirlilik tesis edilebilecektir. SD, prensipte, bir limited şirketin pay sahipleri

anlamında pozitif bir düzenlemeye gerek yoktur. Esas sözleşmedeki hükmün geçerliliği iddiasının münferit durumlarda kaldırılması yeterlidir. Bkz. LEUSCHNER s. 422, 443/444.

⁹² Bunlardan biri karar alma usulüne ilişkin olmayan; ancak tamamlayıcı nitelikte statüye ilişkin unsurların dikkate alınmadığı hallerdir. Örneğin; bir limited şirketin esas sözleşmesinin, pay sahipleri kurulunun münferit durumlarda geçersiz kılmak istediği bir genel müdürün atanması için denetim kurulunun onayına ilişkin bir çekince öngörmesi gibi. Bu hallerden ikincisi ise statüye dair yetki hükümlerinin -paylaşımında- dikkate alınmadığı hallerdir. Örneğin; normalde pay sahipleri kuruluna verilen genel müdürleri atama görevinin esas sözleşmede ikame edici etkiye sahip bir denetim kuruluna verildiği bir limited şirkette pay sahipleri kurulunun münferit durumlarda bu hükümden sapmak ve denetim kurulu yerine bir genel müdür atamak isterse, bunun hangi koşullar altında mümkün olduğu sorusu gibi. Bkz. LEUSCHNER, s. 422, 446 vd.

⁹³ LEUSCHNER, s. 422, 457.

kurulu veya bir anonim şirketin genel kurulu tarafından esas sözleşme hükümlerinden sapan belirli bir durum için özel bir hüküm getiren, ancak esas sözleşmenin ilgili hükmünün geçerliliğini gelecekteki tüm durumlar için etkilenmeden bırakan herhangi bir karardır⁹⁴.

SD kararları, karar metninin belirli bir tedbirin düzenlenmesine ek olarak, esas sözleşmenin çelişkili hükmünün askıya alınması emrini açıkça içerecek şekilde formüle edilebilir. Buna karşılık, kararın lafzı tipik olarak somut bir tedbiri emretmekle sınırlı tutulabilir. Kural olarak, tedbir kararı ve münferit duruma ilişkin esas sözleşme değişikliği bir kayıt aracılığıyla birbirlerine bağlanmamakta, bilakis hukuki açıdan birbirlerinden bağımsız olarak öngörülmektedir. Tedbir kararının geçerliliği, objektif yorum çerçevesinde dikkate alınması gereken açık göstergeler söz konusu ise münferit duruma ilişkin esas sözleşme değişikliğinin geçerliliğinin geciktirici koşuluna tabidir. BGB § 139 hükmü tedbir kararını ve münferit durum için esas sözleşme değişikliğini içeren karara tatbik edilmelidir. Bu noktada tedbir kararının geçerliliği münferit durum için esas sözleşme değişikliğinin kaderinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Tedbir kararı hem limited şirketlerde hem de anonim şirketlerde prensipte AktG § 243 Abs. 1 hükmünün (kıyasen) uygulanması neticesinde iptal edilebilir niteliktedir. Zira tedbir kararı tanıma uygun olarak esas sözleşmeyi ihlal etmiştir. Bir tedbir kararının münhasıran statüye dair kanuni hükümleri ihlal etmesi halinde ve ayrıca ihlalin usul hükümleriyle sınırlı olması ve önemlilik teorisi (Relevanztheorie) bağlamında değerlendirildiğinde kararın sonucunu etkilemesinin ortadan kalkması durumunda iptal söz konusu olmamaktadır. Bu noktada kararın alındığı sırada ortakların veya pay sahiplerinin kararın esas sözleşmeyi ihlal ettiğinin bilincinde olup olmadıkları ve aynı şekilde ihlalin noktasal ya da kalıcı etki doğurup doğurmadığının önemi yoktur⁹⁵.

⁹⁴ PÖSCHKE, s. 353-354.

⁹⁵ PÖSCHKE, s. 355.

Pöschke'ye göre⁹⁶, istisnaen tedbir kararları yalnızca iptal edilebilir değildir; bilakis geçersizdir. Bu açıdan bu kararların 5 grupta incelenmesi gerekir. Buna göre, geçersiz olan kararlar şu şekildedir:

- 1- Bu karar, zorunlu nitelikte maddi esas sözleşme hükümleri açısından içeriğe dair düzenlemeyi ilgilendirmelidir. Örneğin; limited şirketlerde mali yılın belirlenmesi ve ihtiyari nitelikte denetim ya da danışma kurulunun oluşturulması gibi.
- 2- Esas sözleşmede yer alan bir durumun etkisi rafa kaldırılarak kararın düzenleyici içeriği bu durumda sona erdirilmelidir. Örneğin; bir limited şirket ortağının, muafiyetin genel mi yoksa yalnızca belirli bir durum için mi olduğuna bakılmaksızın, esas sözleşmede düzenlenen rekabet yasağı hükmünden muaf tutulması gibi.
- 3- Gelecekteki asgari bir uygulama durumu için esas sözleşme hükümlerinden sapmak üzere bir hüküm getirilmelidir (soyut-genel hüküm). Örneğin; bir limited şirketin denetim kurulunun seçilmiş üyelerinin görev süresinin, esas sözleşmede üç yıllık bir süre için atama öngörülmesi halinde, atama kararında öngörüldüğü üzere kendiliğinden bir yıl daha uzatılması vb.
- 4- Esas sözleşmeye göre belirli bir ortağın onay şartının eksik olması (özel sebepler dolayısıyla onay gereksiz addedilmedikçe) gündeme gelebilir.
- 5- Esas sözleşmede yer alan imtiyaz hakkının lehtarın onayı olmaksızın kısıtlanması veya geri alınması (özel sebepler dolayısıyla onay gereksiz addedilmedikçe).

Nihayetinde Pöschke, münferit durumlar için öngörülen SD'ler açısından teleolojik redüksiyon yoluyla esas sözleşme

⁹⁶ PÖSCHKE, s. 355.

değişikliği için aranılan şartlar açısından bir ayrıma giderek sonuca varmaya çalışmaktadır⁹⁷.

Peterseim⁹⁸, doktrinde SD'ye ilişkin yapılan tartışmaların ve bunun sonucunda varılan sonuçların tatmin edici olmadığına değinmektedir. Hatta güncel bir içtihadada konu olan SD kurumuna⁹⁹ ilişkin genel bir incelemede bulunduktan sonra pratiklikten yoksun bulunduğu SD kurumunun geldiği tozlu rafa yeniden kaldırılması gerekliliği düşüncesindedir. Zira şirketler hukukunda esnek bir yaşamı mümkün kılmamanın çoğunlukla geçersizlikle sonuçlanan bir kurum ile aşmanın haklı bir gerekçesi olamaz. Sonuçta SD kurumu pratikte ne gerçekleştirilebilir ne de gereklidir.

Selentin¹⁰⁰ ise halihazırda SD kurumuna ilişkin yapılan tartışmaların nihayete erdirilemediğine işaret etmektedir. Bu noktada SD'nin yapısal olarak reddi gerekir¹⁰¹. Zira metodolojik olarak tercih edilebilir bir yaklaşımla hem kanun koyucunun iradesi hem de uygulamanın ihtiyaçları karşılanabilir¹⁰². Bu bağlamda bir kararın geçerliliğini kontrol etmek için belirli bir prosedür takip edilmelidir. Öncelikle kararın içeriği değiştirilmiş esas sözleşme içeriği ile uyumlu ise yalnızca normal karar gerekliliklerine uyulmalıdır. Şayet böyle değilse, kararın içeriğinin şirket içi bir etkiye sahip olup olmadığı veya hukuk ilişkileri etkileyip etkilemediği açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu noktada karar yalnızca şirket içi etkiye sahipse, esas sözleşme ihlali söz konusu olup kıyasen AktG § 243 Abs. 1 hükmü uygulanır, geriye kalan hallerde askıda geçerlilikten bahsedilir. Kararın şirket harici bir etkiye sahip olması halinde, esas sözleşmede yapılacak bir değişikliğin geçerli olabilmesi için esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin hükümlere riayet edilmelidir. Bu gerekliliklere uyulmaz ise, karar § 54 Abs. 3

⁹⁷ Bu konuda varılan sonuçlar için bkz. PÖSCHKE, s. 356 vd.

⁹⁸ PETERSEİM, Christian B.: Zur (Un-) Zulässigkeit der Satzungsdurchbrechung, NZG, Jahr: 2019, s. 1255, 1258.

⁹⁹ Kararın detayları için bkz. OLG Köln, NZG 2019, 306.

¹⁰⁰ SELENTIN, Philipp: Satzungsverletzung, Satzungsänderung-Satzungsdurchbrechung? NZG, Jahr: 2020, s. 292.

¹⁰¹ SELENTIN, s. 298.

¹⁰² SELENTIN, s. 298.

GmbHG/§ 181 Abs. 3 AktG hükümleri uyarınca geçersiz, § 241 Nr. 2 AktG hükmü uyarınca batıl (kıyasen) veya § 241 Nr. 1 AktG uyarınca çağrının yapılmaması durumunda hükümsüzdür (kıyasen). Tüm pay sahiplerinin kararı onaylaması halinde ise tahvil mümkündür. Aksi takdirde, onay veren pay sahipleri tarafından borçlar hukukuna ilişkin bağlayıcı bir yükümlülüğün istenip istenmediğinin araştırılması gerekir. Genellikle böyle bir durum gerçekleşmez. Organizasyon hukukuna ilişkin düzenlemeler açısından ise bir sınırlandırma söz konusu değildir. Bu prosedür, anonim ve limited şirketler için herhangi bir sınırlama olmaksızın geçerlidir¹⁰³.

III. KAVRAMA İLİŞKİN İÇTİHATLAR

SD kavramına ilişkin çok sayıda karar olmakla birlikte içlerinden yalnızca en önemlilerine yer verilmeye çalışılmıştır.

1913 yılında İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht)¹⁰⁴, esas sözleşmeyi geleceğe yönelik olarak değiştirmeden münferit durumlarda esas sözleşmeden sapan pay sahipleri kararları sorununu ele almıştır. Her ne kadar “SD” kavramını kullanmamış olsa da esas sözleşmenin bir defaya mahsus olarak yürürlükten kaldırılmasını mümkün görmüştür. Somut olayda limited şirket sözleşmesi ek ödemelerin (Nachschüsse) talep edilmesi olgusunu öngörmemekteydi. Bununla birlikte, usulüne uygun yapılan çağrıyla toplanan pay sahipleri kurulu, sermaye katkı paylarının %50’si oranında ek ödeme yapılması için noter tasdikli ve oybirliğiyle bir karar almıştır. Karar ticaret siciline tescil edilmemiştir. İmparatorluk mahkemesi, bu özel durum için esas sözleşmenin bir kereliğine askıya alınmasının geçerli olacağını düşünmüştür. Bu cihetle, pay sahiplerinin yalın borçlar hukukuna ilişkin yükümlülüğünden oluşmayan münferit bir durum için tescili gerektirmeyen bir esas sözleşmenin sedasyonu (Durchbrechung der

¹⁰³ SELENTİN, s. 297 ve 298.

¹⁰⁴ RG Urteil vom 18.02.1913, RGZ 81, 368 ff.. Ayrıca bu karar hakkındaki açıklamalar için bkz. HELMKE, s. 16; PÖSCHKE, s.49 ve 50.

Satzung) olduğunu kabul etmiştir. İmparatorluk Mahkemesi, esas sözleşmeden bu tür bir sapmanın şekli gereklilikleri hakkında ayrıntıya girmemiştir. Ancak, görünüşe göre ticaret siciline kayıt gerekli görülmemiştir.

Alman Federal Mahkemesi'nin II. Hukuk Genel Kurulu, 1960 tarihli bir kararında¹⁰⁵, esas sözleşmedeki bir [...] hükmün geçici olarak yürürlükten kaldırılmasının hangi şartlar altında mümkün olduğu meselesini ilk kez ele almıştır. Özellikle, bir limited şirketin şirket sözleşmesinde yer alan ve bir ortağı haklı bir sebeple şirketten çıkarma hakkının, tüm ortaklar arasında yapılacak bir anlaşmayla geçici olarak geçersiz kılıp kılınamayacağına karar verilmesi gerekiyordu. Ancak somut olaydaki limited şirketin iki ortağı vardı. Alman Federal Mahkemesi, bunun “*şirket sözleşmesini değiştirmeye gerek kalmadan*” mümkün olduğunu düşünmektedir. Ancak Kurul, bu konuya sadece laf arasında değinmiş ve böyle bir anlaşmanın hukuken nasıl sınıflandırılacağı hususunda ayrıntıya girmemiştir. Yine de kararda, böyle bir anlaşmanın GmbH § 37 Abs.1 hükmü uyarınca şirket müdürü için de bağlayıcı olduğuna işaret edilmiştir. Bununla birlikte, genel olarak, söz konusu davanın gerçekten şirket sözleşmedeki hükümden bir sapmaya mı ilişkin olduğu yoksa yalnızca ortaklar arasında belirli bir süre için şirket sözleşmesine ilişkin istisna tutma hakkını kullanmamaya yönelik borçlar hukuku karakterli bir anlaşmanın mı söz konusu olduğu tartışması belirsizliğini korumaktadır.

Alman Federal Mahkemesi'nin 1981 tarihli bir kararında ise¹⁰⁶, danışma kurulunun bir üyesine limited şirket sözleşmesinde düzenlenen koşulları aşan bir ücret ödenmesine ilişkin olarak tüm ortakların onayıyla şekle bağlı kalınmayarak alınan bir kararın geçerli olup olmadığına karar vermek zorunda kalmıştır. Alman

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 25. 1. 1960 - II ZR 22/59; NJW 1960, 866. Ayrıca bu karar hakkındaki açıklamalar için bkz. HELMKE, s. 18; PÖSCHKE, s. 50.

¹⁰⁶ BGH, Urteil vom 11.05.1981 – II ZR 25/80OLG BeckRS 1981, 31068484. Bu kararın yollama yaptığı 1960 tarihli karar arasındaki ilişki ve eleştirisi hakkında bkz. HELMKE, s. 17 ve 18; PÖSCHKE, s. 51.

Federal Mahkemesi, kararın geçersizliğini reddetmiştir. Mahkeme, gerekçesinde, şirket sözleşmesi değişikliklerinin GmbHG § 53 Abs. 2 hükmü uyarınca öngörülen usule uyulması ve ticaret siciline bir kaydın gerektirdiğini belirtmektedir. Şirket sözleşmesine genel olarak gelecekte farklı bir şekil veya içerik verilmeyecekse, ancak ortakların kararı mevcut bir şirket sözleşmesini kalıcı olarak değiştirme amacı olmaksızın yalnızca münferit durumlarda sapıyorsa, şirket sözleşmesi değişikliğinden bahsedilemez. Söz konusu kararda, kararın iptali için gereken süre geçirildiğinden kararın iptalinin mümkün olup olmadığı sorusu cevapsız kalmıştır.

Alman Federal Mahkemesi'nin 1993 tarihinde verdiği karar, bu zamana kadar SD kararlarına ilişkin ilk ve ayrıntılı tartışmayı ele almaktadır¹⁰⁷. Söz konusu davada¹⁰⁸, bir limited şirketin şirket sözleşmesi, bir denetim kurulu oluşturulduğunda, üyelerinin üç yıllık bir süre için seçilmesini öngörmekteydi. Sonrasında, ticaret siciline kaydedilmemiş veya noter tasdikinin yapılmadığı bir pay sahipleri kararına dayanılarak üç üyeden oluşan bir denetim kurulu oluşturulmuştur. Şirket sözleşmesinden farklı olarak, denetleme kurulu üyelerinin görev süresi, pay sahipleri toplantısının görevden alma kararı vermemesi halinde, her defasında bir yıl uzatılmalıdır. Taraflar şirket sözleşmesinden ayrılmanın bilincinde olmakla beraber geçici bir çözüm arayışı içindeydiler. Bu düzenlemenin arka planında, uzun yıllardır şirkette faaliyet gösteren bir genel müdür için kuşak değişimini kolaylaştırmak ve prensipte denetim kurulunda ömür boyu bir pozisyonu güvence altına almak vardı. Ayrıca, şirket sözleşmesindeki hüküm- üç yıllık görev süresi - gelecekte yeni denetim kurulu üyelerinin atanması için geçerli olmaya devam etmelidir. Alman Federal Mahkemesi, bu kararın geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Bir şirket sözleşmesi değişikliği için aranılan başlıca şekli hükümlere riayet edilmesi gerekirdi. Bu noktada, şeklen geçerli olmayan şirket sözleşmesi değişikliklerinin kabul edilebilirliği, her halükârda, kararın etkisinin söz konusu

¹⁰⁷ Doktrinde kabul edilen görüşün temellerinin bu karar ile atıldığı hususunda bkz. PÖSCHKE, s. 52. Kararın tam metni için bkz. BGH, Urteil vom 07.06.1993- II ZR 81/92 (Karlsruhe), NJW 1993, 2246.

¹⁰⁸ Ayrıca bkz. HELMKE, s. 21-22; PÖSCHKE, s. 52 vd.

tedbirle sınırlı olduğu noktasal etki yaratan durumlarla sınırlıdır. Buna karşılık, şirket sözleşmesinden ayrılan bir hukuki durum meydana getiren şirket sözleşmesi değişiklikleri, bu durum belirli bir süreyle sınırlı olsa dahi, şirket sözleşmesi değişikliği için geçerli şekil şartlarına riayet edilmeksizin geçersizdir.

Alman Federal Mahkemesi'nin verdiği karar ile şirket sözleşmesinin noktasal ve kalıcı etki meydana getiren/durum değişikliğine sebebiyet veren SD'ler arasında ayrıma gidildiği görülmektedir. Şirket sözleşmesinde noktasal etki yaratan sedasyonlar geçerli iken, şirket sözleşmesinde kalıcı etki meydana getiren sedasyonların geçerliliği şirket sözleşmesi değişikliği için aranan tüm gerekliliklerine uyulmasına bağlıdır. Bu görüş, kalıcı bir etkiye sahip olan şirket sözleşmesinden bu tür sapmaların yalnızca şirket içinde önem taşımadığı, aynı zamanda daha sonraki bir tarihte şirkete katılan pay sahipleri de dahil olmak üzere hukuki ilişkileri etkilediği gerçeğiyle teyit edilmektedir. Bu bağlamda, kararın ticaret siciline tescili, hukuki ilişkilerin korunması ile yönlendirilmesine ve bilgi ihtiyacının karşılanmasına hizmet etmektedir. Bu noktada Alman Federal Mahkemesi'nin kararında, noktasal etki yaratan SD'ler için en azından noter tasdikinin aranıp aranmayacağı ve iptal edilebilir nitelikte olup olmadıkları sorunların çözümüne yer vermediği görülmektedir¹⁰⁹.

Alman Federal Mahkemesi'nin II. Hukuk Genel Kurulu 2002 tarihinde verdiği bir kararında¹¹⁰, iptal ve hükümsüzlük davasının hukuken kabul edilebilirliğinin incelenmesi çerçevesinde tüm pay sahiplerinin onay vermemiş olması halinde, bir limited

¹⁰⁹ Noktasal etki yaratan SD'ler ile kalıcı etki meydana getiren SD'lerin doğurduğu etkilerin benzerlik arz etmesi kalıcı etki meydana getiren SD kavramına ne ölçüde yer verilmesi gerektiği sorusunu doğurmaktadır. Bu kararın değerlendirmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HELMKE, s. 22-23.

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 25. November 2002 - II ZR 69/01. Bu kararın tam metni için bkz. <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=5e8999654d5d68eae003819502547c3f&nr=24865&pos=0&anz=1>

şirkette noktasal etki yaratan SD kararlarının da iptal edilebilir nitelikte olduğuna hükmetmiştir¹¹¹.

Köln Yüksek Bölge Mahkemesi 1995 tarihinde verdiği bir kararında (BGHZ 123, 15ff.'e istinaden)¹¹², limited şirketin şirket sözleşmesinden farklı bir hukuki statü tesis eden SD'lerin (denetim kurulu üyesinin seçimine ilişkin pay sahipleri kararları), şirket sözleşmesi değişiklikleri için geçerli olan şekli gerekliliklere uyulmaksızın geçersiz olduğuna ilişkin içtihadı şirket sözleşmesine karşılık gelen “genişletmeler” veya “tamamlamalar” için de uygulanacağına hükmetmiştir. Buna göre, kanunen öngörülen şekle uyulmaması sebebiyle şirket sözleşmesinde yapılacak değişiklikler, tamamlamalar veya sedasyonlar, istikrarlı olmayan davranışlarla özellikle de pay sahiplerinin uzun süredir devam etmeyen zımni uygulamaları yoluyla ortaya çıkamaz.

Dresden Yüksek Bölge Mahkemesi'nin 2011 tarihinde verdiği bir kararında¹¹³, kârın kullanımına ilişkin kararların sürekli/kalıcı bir etki meydana getirdiğinden yalnızca noktasal etki yaratan SD'ler olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi'nin 2016 tarihinde verdiği bir karara göre¹¹⁴, limited şirketin organ üyelerinin somut temsil yetkilerinin ilanı, soyut nitelikli temsil düzenlemeleriyle uyumlu olmasını gerektirir. Bu tür soyut nitelikli temsil düzenlemelerinin değiştirilmesi her ne kadar SD olarak görülse dahi bunlar için noter tasdiki gerekir. Kararın ayrıntılarına baktığımızda¹¹⁵; tasfiye memurlarının pay sahiplerinin kararlarında soyut temsil yetkisini düzenleyen şirket sözleşmesine yapılan ilave [“... Şirket sözleşmesine şu ekleme yapılmıştır: Şirketin bir veya daha fazla tasfiye memuru vardır. Bir tasfiye memuru şirketi tek

¹¹¹ BGHZ 123, 15'i dayanak gösteren bu kararın değerlendirmesi için bkz. PÖSCHKE, s. 54.

¹¹² OLG Köln, Urteil vom 11.10.1995 - 2 U 159/94, MittRhNotK, 1996, 138.

¹¹³ OLG Dresden, Beschl. v. 9. 11. 2011 – 12 W 1002/11, NZG 2012, 507.

¹¹⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.09.2016- I-3Wx 130/15=BeckRS 2016, 18636.

¹¹⁵ RnotZ 2017, 110.

başına temsil eder; birden fazla tasfiye memuru varsa, şirket iki tasfiye memuru tarafından müştereken temsil edilir. Pay sahipleri kararı ile tüm tasfiye memurlarına veya münferit tasfiye memurlarına aşağıdaki yetkiler verilebilir: - BGB § 181'deki kısıtlamalardan muafiyet ve - şirketi münferiden temsil etme yetkisi. ...”] ile en azından aynı anda tescil edilmezse, ilan edilmiş bir somut temsil düzenlemesi ([“Bay G. S. şirketin tasfiye memuru olarak atanmıştır: Bay G. S., ... Daima şirketi tek başına temsile yetkilidir ve § 181 BGB'nin öngördüğü sınırlandırmalardan muafır.”] BGB § 181 hükmündeki kısıtlamalardan muaf tutulma açısından ticaret siciline tescil edilemez. Zira kalıcı etkisi açısından durum değişikliği meydana getiren SD teşkil eden pay sahipleri kararı noter tasdikli değildir ve bundan dolayı karar oybirliğiyle alınsa dahi geçersizdir.

Köln Bölge Yüksek Mahkemesi'nin 2018 tarihinde verdiği bir kararında¹¹⁶, limited şirket sözleşmesinin kalıcı durum değişikliğine sebebiyet veren sedasyonu (SD) yalnızca GmbHG'nin § 53 ve 54 hükümlerinde belirtilen koşullar altında gerçekleşeceğine hükmetmiştir. Bunun için alınan kararın esas sözleşme belgesine geçirilmesi gerekir.

Alman Federal Mahkemesi 2019 tarihinde verdiği bir kararda¹¹⁷ şirket karşısında ortaklar listesinin meşrulaştırıcı etkisine anahtar klozuyla SD arasındaki ilişkisi çerçevesinde değinmiştir. Buna göre, bir limited şirkette şirket payının müsaderesinden sonra, müsadereden etkilenen kişiyi artık ortak olarak tanımayan yeni bir ortaklar listesini ticaret siciline ilan etmek üzere asliye ticaret mahkemesine sunması ihtiyati tedbir kararıyla yasaklanmışsa, mahkeme kararına aykırı olarak ticaret siciline değiştirilmiş bir ortaklar listesi sunulmuş ve sicil dosyasına dahil edilmişse, şirketin GmbHG § 16 Abs.1 hükmü bağlamında şekli meşrulaştırıcı etkiye dayanmasını dürüstlük kuralı engeller. Şirket sözleşmesindeki bir anahtar klozuna istinaden bir limited şirkette bir denetim kurulunun kurulması, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi değildir ve

¹¹⁶ OLG Köln, Beschl. v. 24.8.2018 – 4 Wx 4/18, FGPrax 2018, 261.

¹¹⁷ BGH, Urteil vom 2.7.2019 – II ZR 406/17, NJW 2019, 3155.

yetkilendirme yeterince belirli ise ve kurulma kararının kanunu ya da şirket sözleşmesini ihlal etmemesi halinde, şirket sözleşmesi değişikliği için geçerli hükümlere riayet edilmeksizin geçerlidir.

Bir limited şirketin ortaklarının oy verme konusunda yapmış oldukları anlaşmayı ihlal ederek şirket sözleşmesindeki kurulu düzeni dolanmasına bağlanan hüküm ve sonuçları SD kararına indirgeyerek çözüme kavuşturan güncel bir karara Celle Yüksek Bölge Mahkemesi imza atmıştır¹¹⁸. Buna göre; dışarıdan atanan bir genel müdürün azledilmesi halinde, tıpkı üçüncü kişiler gibi azil kararına karşı hükümsüzlük davasının tespiti davasını açması mümkündür. Bu bağlamda dışarıdan bir genel müdüre, etkili bir hukuki koruma sağlamak için geçici hukuki korumadan yararlanma imkânı verilmelidir. Bir oylama taahhüdüne (Stimmbindung) aykırı olarak kullanılan bir oy prensipte geçerlidir. Ancak bu durum, limited şirketin tüm ortaklarının kendi aralarında somut bir oy verme taahhüdünde bulunmuş olmaları halinde farklılaşır. Zira aksi takdirde oy verme taahhüdünün öngördüğü sonucu ortaya çıkarma yükümlülüğünün münferiden yaptırımı bağlanması yalnızca formaliteden ibaret kalacaktır. Taahhüt edilen bağlayıcılığın bilincinde olarak bir SD kararının açıkça alınması durumunda, oy verme hakkının bağlayıcılığına aykırı olarak oy verme davranışı dürüstlük kuralının bir ihlali olarak görülebilir.

IV. SONUÇ: GÖRÜŞÜMÜZ VE DEĞERLENDİRMEMİZ

Türk literatüründe SD kurumuna ilişkin -incelediğimiz kadarıyla- hiçbir açıklamada bulunulmadığına tanık olunmuştur. Bu yüzden SD hakkında yapılan açıklamalar ışığında bu kavrama Türkçe bir karşılığın bulunması gerekliliği hasil olmuştur. Bu bağlamda SD'nin Türkçe karşılığı tarafımızca '*esas sözleşmenin sedasyonu*' olarak tespit edilmiştir. Zira sözlük anlamıyla sedasyon, hastanın rahatlamasını ve sakinleşmesini sağlamak için kullanılan, bölgesel anesteziyi desteklemek amacıyla erişkinlerde damar içine özel ilaç, çocuklarda şurup vb. ile uygulanan, hastanın hava yolunu açık tutabildiği, fiziksel uyarılara ve

¹¹⁸ OLG Celle, Hinweisbeschluss vom 8.9.2022- 9 U 72/22, NZG 2023, 71.

sözlü komutlara uygun cevabı verebildiği sakinlik ve uyku halidir¹¹⁹. Zira bir anonim şirketin esas sözleşmesinin sedasyonu -esas sözleşmeyi bir canlı bir organizma olarak düşündüğümüzde- tüm düzenin, yani temel yapının askıya alındığı veyahut ortadan kaldırıldığı anlamına gelmemektedir. Ayrıca esas sözleşmenin sedasyonu ile mevcut esas sözleşme hükmüne etkide bulunma olgusundan yola çıkıldığı da belirtilmelidir. Gerçekten de, Alman hukukunda yapılan tanımda da görüldüğü üzere; esas sözleşmenin belirli bir hükmü münferit bir durumda alınması gerekli tedbire istinaden işlevsiz kılınmakta, adeta belirli süreliğine uyutulmaktadır. Bu sırada esas sözleşmesel düzen bu tedbire karşılık gelen -pay sahiplerince alınan karar çerçevesinde öngörülen- hüküm dışında varlığını aynı şekilde devam ettirmektedir. Diğer bir deyişle, o an mevcut olan bir esas sözleşme hükmünün varlığı karşısında çaresiz kalan pay sahiplerin münferiden acil bir önlem olarak daha hızlı, pratik ve kolay hareket etmenin yollarını aramaktadır. Çare de esas sözleşmenin sedasyonu kurumudur. Bu kurumun gereksizliği - Alman hukukunda ileri sürüldüğü üzere- iddiasında bulunulabilirse de kanun koyucunun mükemmeliyetçi olmayan yapısı¹²⁰ ve şirketler hukukunun dinamizmi karşısında her zaman karşılaşılabilecek bir olgudur. Bu noktada esas sözleşmenin sedasyonu açısından yapılan ayrımlar ve bu ayrımlara bağlanan hukuki sonuçların yerindeliği tartışılabilir niteliktedir¹²¹. Zira kalıcı etki doğuran/noktasal etki yaratan kararlar örneğinde olduğu gibi bu ayrımlar farazi mahiyettedir¹²². Keza esas sözleşmenin sedasyonu için mevcut esas sözleşmeden sapma bilincinin varlığı zaten hali hazırda kavrama mündemiçtir, ‘yani karar alınırken böyle bir amacımız yok idi’ şeklindeki bir savunma kavramın bütünüyle reddi sonucunu doğurur. Zira kanaatimizce alınan kararın şirkete etkileri zaman içerisinde görülebileceğinden böyle bir ayırım tutarlı değildir. Bu yüzden kararı alan pay sahiplerinin iradesinin hangi

¹¹⁹ Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>

¹²⁰ Olması gereken hukuk açısından benzer yönde bkz. UEBERFELDT, s. 48.

¹²¹ Gerçekten de kararın ayrımlara tabi tutarak, bu ayrımlara farklı hüküm ve sonuçlar bağlama düşüncesi bu kararın noktasal etkiye sahip olmasına rağmen mevcut esas sözleşmedeki bağlantılı hükümlere dolaylı da olsa etki bulunma olasılığı karşısında esas sözleşmesel düzene bütünüyle hâkim makul dengenin bozulmasına sebebiyet verebilir. Bu tehlike, SD’nin Türkçe karşılığını oluşturan esas sözleşmenin sedasyonu ile uyumludur. Zira sedasyonda da, hastanın normalde görülmemeyen başkaca komplikasyonlara maruz kalması her zaman ihtimal dahilindedir.

¹²² Tıpkı kararın çifte içeriğe sahip olması durumunda olduğu gibi.

yönde tezahür ettiğine bakılmalı, yani iradeleri yoruma tabi tutulmalıdır. Bu noktada esas sözleşmenin sedasyonunu esas sözleşmenin ihlali ya da esas sözleşmenin değiştirilmesi olarak göremeyiz. Bunun sebebi, esas sözleşmenin değiştirilmesi için gerekli kanuni prosedürün zaten tam anlamıyla yerine getirilmemiş olmasıdır. Bu bağlamda bazı şartlardan kanunda öngörülme hallerine özgü olarak sarfinazar etmek açıkça kanuna karşı hile teşkil eder. Ancak bazı durumlarda geçici tescil şerhi gibi kanunda öngörülen imkanlardan¹²³ yararlanarak var olan çözümleri kullanmak, hukuki dayanak bulmak açısından güzel bir örnek teşkil eder. Diğer taraftan esas sözleşmenin ihlalinin söz konusu olup olmadığı ihtimaller göz önünde tutularak ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Ancak şunu itiraf etmek gerekir ki, ihlalin azı ya da çoğu olmaz. Bu yüzden burada kendine özgü bunların dışında üçüncü bir kategori vardır. Bunun varlığını -birebir aynı olmamak; ama benzer mantıkla yürüyen bir mekanizma- halihazırda TTK m. 625/2 hükmünde görebiliriz. Bu konuda kanaatimizce -ayrıntılara girmeden- a bendinde belirli kararlar konusunda genel kurulun takdir yetkisi yok iken¹²⁴, b bendinde kararı zaten genel kurul alır ki; karar üzerinde takdir yetkisi evleviyetle vardır¹²⁵. Haliyle esas sözleşmenin sedasyonu münferit bir duruma özgü olarak limited şirket genel kurulunun, yani ortaklar kurulunun karar alması olgusuna denk gelir. **Buradan çıkacak sonuç sudur: Ayrık durumlar için çözümü kanunda aramak esas ise de şirketler hukukundaki katı düzenin ortaya çıkardığı engelleri daha kolay ve hızlı bir şekilde aşmanın yolları her zaman aranabilir ve böyle bir kurum ortaya çıkarılabilir.**

Örneğin; anonim şirket esas sözleşmesinde müdür olacak kişiler açısından aranan eğitim şartını taşımayan bir kişi ortakların almış olduğu bir kararla genel müdür olarak seçilmiş olsun. Böyle bir durumda SD'nin

¹²³ Diğer bir imkana örnek olarak; çağrısız genel kurula ilişkin TTK m. 416 hükmü gösterilebilir.

¹²⁴ Bundan kastımız kabul ya da rettir; ki TTK m. 616/2-a bendi bu görüşü destekler.

¹²⁵ a bendinde belirli kararlar denilerek, kesin bir dille şirket sözleşmesinde belirtilen hususlarda kararı müdürler kurulu alır; sonrasında icra edilebilirliği için genel kurulun onayı aranır. Oysaki b bendinde münferit sorunların genel kurulun onayı sunulmasında müdürler kurulu kararı almaz; o sorun hakkında genel kurulun karar alması beklenir. Buradaki onayı bu şekilde yorumlamazsak, o halde iki bent arasında bir farklılığın da olduğundan bahsedilemez. Kanun koyucu abestle işteğal etmez!

varlığından söz edilebilir. Bunun sebebi esas sözleşmedeki ilgili düzenlemeye ve bu konuda herhangi bir sapmaya izin verilmemiş olmasına rağmen esas sözleşme değişikliğine dair usule uyulmaksızın¹²⁶ pay sahiplerinin münferit bir işlemi gerçekleştirme amacıyla bu yönde karar almalarıdır. Bu noktada SD'nin esas sözleşmenin ihlali olarak mı yoksa esas sözleşmenin değiştirilmesi olarak mı ele alınması gerektiği kararı alan ortakların iradelerinin yoruma tabi tutulmasını gerektirir. Bu bağlamda şirket adına temsile yetkili olmayan müdür¹²⁷ hukuki işlem yapmışsa ve şirket bunu kabul ediyorsa ortakların iradesinin esas sözleşmenin değiştirilmesi yönünde olduğu söylenebilir. Bu takdirde ortakların esas sözleşme değişikliğine ilişkin kanuni gereklilikleri yerine getirmesi gerekir. Bununla birlikte şirket temsile yetkili olmayan müdürün kendisi adına yaptığı hukuki işlemi kabul etmez ise esas sözleşme ihlalden bahsedilebilir. Bu takdirde müdür seçimine dair kararın iptali düşünülmelidir (TTK m. 445/1 hükmü uyarınca).

Türkçe karşılığı ve hukuki niteliği ortaya konulan SD'ye bağlanan hukuki sonuç ne olmalıdır? Bu soruya cevap verirken her daim SD'nin ayrı bir kategori teşkil ettiği göz önünde tutulmalıdır. Zira Alman hukukunda yaklaşık 80 seneden beridir tartışılabilen bu kurumun nitelendirmesinde ve buna bağlı yapılan değerlendirmelerde kaçırılan bir nokta söz konusudur. Bu nokta, bağımsız bir varlığa sahip bu kurumun sonradan bir kategoriye dahil edilmesi gerekliliğidir. Oysaki farazi ayrımlara başvurularak bu kategorilere doğrudan dahil etme çabaları kavramı açıklamada yetersiz kalmıştır. Zira TTK m. 625/2 hükmü gibi bir düzenleme Alman hukukunda olmadığından bu tartışmalar yapılmaktadır. Gerçekten de OR Art. 811 hükmüne yer veren İsviçre hukukunda¹²⁸ esas sözleşmenin sedasyonu tartışması hiç yapılmamıştır. Ancak şu da bir gerçektir ki, söz konusu hüküm işletilmezse, yani kullanılmazsa bu sorunla her daim baş başa kalınabilir. Bahsettiğimiz nokta açısından kademeli bir yaklaşım sergilenmelidir. Öncelikle pay sahiplerinin karar alırken iradeleri yorumlanarak var olan esas sözleşme metni değiştirilmek isteniyorsa artık kanunda esas sözleşmeyi değiştirmek için gerekli prosedüre riayet edilmelidir; aksi halde alınan karar kural olarak iptal

¹²⁶ Bkz ve karşılaştırınız. TTK m. 452 vd.

¹²⁷ TTK m. 371 hükmünün temsile yetkili olmayan müdüre uygulanması söz konusu değildir. Bu yüzden yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmelidir.

¹²⁸ İsviçre hukukundaki düzenlemeyi alırken tercüme hatasının yapılmadığını belirtmemiz gerekir.

edilebilir mahiyettedir; meğerki kararın butlanını gerektiren (yokluk?) bir durum söz konusu olmasın. Şayet böyle bir değiştirme iradesi tespit edilemediyse artık esas sözleşmeye bir aykırılığın olup olmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca bu sırada akla gelebilecek bir soruyu da cevaplamak gerekebilir. **O da: Esas sözleşmenin değiştirilmesi ile esas sözleşmenin ihlali bir arada bulunabilir mi?** Her iki kavramın iç içe geçmesi dolayısıyla en başta olumlu cevaplanması düşünülebilir bu sorunun cevabı hayırdır. Zira esas sözleşmenin değiştirildiği yerde mevcut esas sözleşme hükmünün zaten varlığı reddedilmektedir. Haliyle esas sözleşmenin değiştirildiği yerde esas sözleşmenin ihlali barınmaz (vice versa). Değerlendirmeye dönecek olursak; mevcut esas sözleşme hükmünün ihlali neticesinde genel kurul kararlarının geçersizliği bağlamında bir inceleme yapılarak sonuca varılmalıdır. Ayrıca burada Alman hukukunda limited şirketler açısından benimsenmeyen emredici hükümler ilkesinin hukukumuz açısından geçerli olduğunu hatırlatmakta fayda vardır.

Bu anlatılanlar ışığında aslında Alman hukukunda SD'yi en başta kategorize etme çabası metodolojik olarak yanlıştır. Haliyle buna bağlanan sonuçların ne olacağı konusunda belirsizliklere sebebiyet vermektedir. Bu bağlamda SD ile anlatılmak istenilen; geçerli ve mevcut olan bir esas sözleşme hükmünde yer alan bir konuya ilişkin olmak üzere pay sahiplerinin esas sözleşme değişikliğine prosedürüne başvurmaksızın münferit bir duruma özgü olarak karar almalarıdır. Görüldüğü üzere, geçerli olmayan bir esas sözleşme hükmünün SD'ye konu olması söz konusu değildir. Bu yüzden metodolojik olarak en başta ve en sonda ayrı ayrı esas sözleşme hükümlerinin geçerlilikleri tartışılmalıdır. Diğer bir deyişle SD'ye konu olan mevcut esas sözleşme hükmü geçerli ise, sedasyona uğrıtılacak esas sözleşme hükmü hakkında pay sahiplerinin aldıkları kararın özündeki irade araştırılmalıdır. Bu iradenin hangi yönde olduğu yorum yoluyla açıklığa kavuşturulmalıdır. Bunun neticesinde ortada ya esas sözleşme hükmünün değiştirilmesinden ya da esas sözleşmenin ihlalden bahsedilebilir. Bunun için de SD'nin geçerli olması gerekir. Ancak dikkat edilecek olursa Alman hukukunda SD'yi en başta kategorize etme çabası beyhudedir; ki bu halde her daim geçersiz bir karar ile karşı karşıya kalınır.

Sonuç itibariyle SD'nin kendine özgü bir karaktere sahip olduğunu belirtmemizin sebebi bu kavramın tam karşılığının TTK'de düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bundan ötürü SD açısından yalnızca Kanunda düzenlenen hususlara ilişkin bir değerlendirmede bulunma imkânı söz konusudur. Bunun sonucunda

İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU

SD'ye Kanun'da düzenlenen esas sözleşmenin ihlaline ya da esas sözleşmenin değiştirilmesine bağlanan hüküm ve sonuçların (kıyasen) uygulanması gerekir. Bu yargı, isimsiz sözleşmelere uygulanacak kanun hükümlerinin belirlenmesi olgusuyla eş değerdir. Nihayetinde Alman hukukunda süregelen bu tartışma tam manasıyla kıyas müessesinin göz ardı edilmesinin ve şekilci yaklaşıma (kategorize etme kaygısı) sıkı sıkıya sarılmanın bir eseri, hatta 'bedeli'dir.

KAYNAKÇA

- BOESEBECK, Ernst: ‘Satzungsdurchbrechung’ im Recht der AG und GmbH, NJW, Heft: 50, 13. Jahrgang, Jahr: 1960, s. 2265-2267.
- HABERSACK, Mathias: Unwirksamkeit ‘zustandsbegründender’ Durchbrechungen der GmbH-Satzung sowie darauf gerichteter schuldrechtlicher Nebenabreden, ZGR 2/1994, Jahr 1994, s. 354-374.
- HELMKE, Britta: Satzungsdurchbrechungen bei der GmbH, Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft des Fachbereichs Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg, Hamburg 2001.
- LAWALL, Lars: Satzungsdurchbrechende Beschlüsse im GmbH-Recht, DStR, Jahr 1996, s. 1169-1175.
- LEUSCHNER, Lars: Satzungsdurchbrechende Beschlüsse bei AG und GmbH, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, ZHR 180, Jahr: 2016, s. 422-457.
- MÍCHALSKI, Lutz/ HEIDINGER, Andreas/ LEIBLE, Stefan/SCHMÍDT, Jessica: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2023, [MHLS/Hoffmann/Bartlitz, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 53, Rn.
- PETERSEIM, Christian B.: Zur (Un-) Zulässigkeit der Satzungsdurchbrechung, NZG, Jahr: 2019, s. 1255-1258.
- PÖSCHKE, Moritz: Satzungsdurchbrechende Beschlüsse in GmbH und AG, Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 1. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2020.
- PRIESTER, Hans Joachim: Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung (Voraussetzungen und Grenzen satzungsdurchbrechender Beschlüsse) ZHR 151, Jahr: 1987, s. 40-58.
- SELENTIN, Philipp: Satzungsverletzung, Satzungsänderung-Satzungsdurchbrechung? NZG, Jahr: 2020, s. 292-298.

İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU

TIEVES, Johannes: Satzungsverletzende und satzungsdurchbrechende Gesellschafterbeschlüsse, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln, ZIP, Jahr:1994, s. 1341-1347.

UEBERFELDT, Werner: Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung im Vereinsrecht und Aktienrecht, 1. Auflage, Industrie- Verlag u. Druckerei Akt. Ges., Düsseldorf 1934.

ZÖLLNER, Wolfgang: Satzungsdurchbrechung, Festschrift für Hans-Joachim Priester, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2007, s. 879-893.