

ALMAN FESHE KARŞI KORUMA HUKUKUNUN GENEL ESASLARI

Vedat LAÇİNER

Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu

ABSTRACT

German labour law system is the main inspiration source for Turkish labour law both in making the laws and doctrine. The subject of this article is ‘the German Protection Law against Dismissal’ which is an important part of this law system. As a difference from other specific studies on this issue; this article will not analyze only a part of ‘the German Protection Law against Dismissal’, but it also will give a general framework of the system to show the whole picture. As the subject-matter will be studied in a general context, the issues of termination, sorts of termination, general and private protection will be given in this article. The procedure of protection law against dismissal will only be mentioned as becomes necessary.

Keywords: German Labour Law, Termination, Termination with Notice, Summary Dismissal, Protection against Dismissal.

GİRİŞ

İş ilişkisi, devamlı bir borç ilişkisidir ve edimin bir defa yerine getirilmesiyle sona ermez. Bu ilişki ancak, yasada belirtilen sona erme hallerinden birisiyle sona erer.¹ Söz konusu haller başlıca: fesih (§ 622, 626 BGB²), belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin dolması veya sözleşme amacına ulaşılmış olması (§ 620 III BGB, TzBfG³), iki tarafın sözleşmenin sona ermesine ilişkin yaptıkları sözleşme (ikale) (§ 623 BGB), sözleşmedeki hukuki sakatlık (§ 119 vd. BGB), işçinin ölümü (§ 613 BGB), mahkeme kararıyla iş ilişkisinin çözülmesi (§ 9 KSchG⁴) ve eğer toplu iş sözleşmesinde, işletme sözleşmesi ya da iş sözleşmesinde kararlaştırılması halinde, işçinin belirli yaş sınırına ulaşmasıdır (kural olarak 65 yaş). Buna karşılık, işletmenin devri (§ 613a BGB),

¹ Löwisch, Manfred, *Arbeitsrecht*, 6. Bası (Düsseldorf 2002), Rdnr. (kenar no) 1230.

² Bürgerliches Gesetzbuch= Alman Medeni Yasası.

³ Teilzeit- und Befristungsgesetz= Kısmi Süreli ve Belirli Süreli Sözleşmelere İlişkin Yasa.

⁴ Kündigungsschutzgesetz= Feshe Karşı Koruma Yasası.

askerlik hizmetine veya sivil hizmete çağırılma (§ 1 ArbPISchG⁵), işverenin ölümü ya da işverenin iflasi tek başına iş ilişkisinin sona ermesi için bir neden oluşturmaz.⁶

İşçiler, işverenin aceleci ve sosyal yönden adaletsiz olabilecek fesihlerinden korunmalıdır. Fesih, işçi için çoğu zaman olumsuz hukuki sonuçları olan bir karardır; çünkü, çoğu işçi için işi, geçimini sağlayan tek kaynaktır. Yani, varlığını sürdürmesini sağlayan temeldir. Bu yüzden feshe karşı koruma hukuku, mümkün olduğunca işçinin işyerinde işini korumasını amaçlar. Bu nedenle iş ilişkisinin devamlılığı, işçinin yararına olarak yasalarla ve toplu iş sözleşmeleriyle korunur. Yaygın olarak, bir iş sözleşmesi ‘fesih’ ile sona erdirilir ve feshin, yasal düzenlemelerle ayrıntılı bir şekilde çerçevesi çizilmiştir. Feshe karşı koruma, feshi sınırlayıcı ve feshi yasaklayıcı hükümlerle gerçekleştirilir. Eğer işverenin yaptığı fesih, ilgili hükümlere aykırılık taşıyorsa, kural olarak feshin geçersizliği sonucu doğar.⁷

Ancak, diğer taraftan işverenlerin işçiyi işten çıkarabilmesi de, ekonomik durumun gerektirmesi, işçinin işyerindeki pozisyonuna uygunsuz davranması ya da işçinin davranışlarının işletmeye zarar vermesi durumunda, mümkün olmalıdır. İşte Alman Feshe Karşı Koruma Sistemi, sözleşme taraflarının çıkarlarını dengelemeyi ve hem işçi hem de işveren için kabul edilebilir çözümler sunmayı amaçlar.

Fesih, sözleşme taraflarından birinin tek taraflı ve karşı tarafa ulaşmasını gerektiren, iş ilişkisini sona erdirmeye yönelik bir irade açıklamasıdır. Anlaşmalı olarak (ikale ile) sözleşmeyi ortadan kaldırmaktan farklı olarak, burada feshin muhatabının yapılan işlemi onaylayıp onaylamaması yapılan işlemin geçerliliği için önem taşımaz.

Feshin varması, feshin geçerliliği ve fesih bildirim süresinin başlaması açısından şarttır. Feshin geçerli olabilmesi için sözleşmenin diğer tarafınca kabul edilmesi gerekmez. Eğer fesih açıklaması alıcının yetki alanına girdiyse “fesih” yapılmış demektir. Alıcının yetki alanı, normal şartlar altında bu fesihden haberdar olabileceğinin düşünülebileceği durumdur. Fesih tek taraflı olarak geri alınmaz. Geri alma kural olarak yalnızca feshin varmasından önce mümkündür. Varmasından sonra alıcının geri almaya rıza göstermesi gerekir.⁸

Uygulamada daha çok ‘olağan fesih’ görülür. Bu fesih, belirli bir bildirim süresinin dolmasıyla geçerlilik kazanır. ‘Olağanüstü fesih’ ise kural olarak iş ilişkisini derhal sona erdirir, ancak bu fesih türü, ağır hukuki sonuçları nedeniyle bir istisna teşkil eder. ‘Değişiklik feshi’ ise yukarıdaki iki fesih türünden farklı bir nitelik taşır. Buna göre, iş ilişkisinin devamı işverenin değiştirilen iş şartlarıyla çalıştırmak istemesine ilişkin önerisiyle bağlantılıdır.

Fesihte Şekil (Formerfordernis)

⁵ Arbeitsplatzschutzgesetz= İşyerinin Korunması Yasası.

⁶ Sona erme hallerine ilişkin, ayrıntılı olarak: Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank, *Arbeitsrecht*, Band I, Individualarbeitsrecht, 3. Bası (Berlin 2005), s.327 vd.; Löwisch, Rdnr. 1230 vd.; Junker, Abbo, *Grundkurs Arbeitsrecht*, (München 2001), Rdnr. 320 vd.; Meyer, Wolfgang, *Arbeitsrecht für die Praxis*, 10. Bası, s.239 vd.

⁷ Löwisch, Rdnr. 1300 vd.

⁸ Löwisch, Rdnr. 1232 vd.

İşçi veya işveren tarafından yapılan olağan veya olağanüstü fesih ancak yazılı şekilde yapılırsa geçerlidir (§ 623 BGB). Sözlü yapılan fesih, iş ilişkisinin sona ermesi sonucunu doğurmaz. Bu durumda, fesih yapan taraf, feshin geçerliliğini istiyorsa, yazılı şekilde tekrar fesih iradesini açıklamalıdır.⁹ Şekil şartı, sadece kanıt yönünden problemleri gidermekle kalmaz (kanıt fonksiyonu) ayrıca işçiyi düşünmeden yaptığı feshihlerden de korur (uyarı fonksiyonu).¹⁰ Yapılan fesih şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık olmalıdır.¹¹

Yapılan fesih kural olarak gerekçenin bildirilmesini gerektirmez. Yani, gerekçenin bildirilmesi bir geçerlilik şartı değildir. Ancak fesih nedeninin bildirilmesi toplu iş sözleşmesi, işletme tüzüğü veya iş sözleşmesinde geçerlilik şartı olarak da kılınmış olabilir.¹² Bundan başka, çıraklık sözleşmesinin feshinde, fesih nedeninin belirtilmesi gerekir (§ 15 III BBiG). Eğer iş sözleşmesi derhal (olağanüstü) feshedilmişse, fesheden taraf karşı tarafın talebi üzerine fesih nedenini vakit geçirmeksizin yazılı olarak bildirmelidir (§ 621 II BGB). Öğretiye göre, eğer Feshe Karşı Koruma Yasası kapsamında ise (§ 1 I ve § 23 I KSchG), işveren, işçinin talebi üzerine fesih nedenini yazılı olarak bildirmelidir. Çünkü Feshe Karşı Koruma Yasası işverenin yaptığı feshihlere yalnızca belirli nedenlerle izin vermiştir, burada işçinin fesih nedenini öğrenmekte haklı bir çıkarı vardır.¹³ Bu şekilde işçiye, feshe karşı koruma davası açması durumunda başarı şansını değerlendirme imkanı sağlanır.¹⁴ Yani, fesih nedenlerini bildirmemek tek başına feshin geçersizliğine neden olmaz, aksine tazminat talebini doğurabilir; örneğin tazminat, işçinin yeterli şekilde fesih nedenini bilememesinden dolayı gereksiz yere dava masrafı yapmasının karşılığında oluşabilir¹⁵; sırf bu nedenle iş ilişkisinin yeniden kurulması ise istenemez.¹⁶

Olağanüstü (Derhal) Fesih (Ausserordentliche Kündigung)

İş sözleşmesinin olağanüstü feshi BGB § 626'da düzenlenmiştir. Feshin hukuki niteliğinden dolayı, burada da tek taraflı ve varması gereken bir irade açıklaması söz konusudur ve bu nedenle, feshin geçerliliği için ilk koşul, 'fesih iradesinin açıklanması'dır. Yapılan irade beyanı açıkça, 'fesihtir' şeklinde belirtilmese de, şüpheye yer bırakmaksızın bunun fesih beyanı olduğu anlaşılıyorsa, geçerlidir.

Olağanüstü fesih ancak 'haklı bir neden' (wichtiger Grund) varsa geçerlidir (§ 626 I BGB). Söz konusu 'haklı neden', feshi yapan taraftan (olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi ve sözleşme taraflarının çıkarlarının tartılması sonucunda) olağan

⁹ Yazılı şekil şartı, § 623 BGB'nin iki taraflı emredici hükmü niteliğinden dolayı, toplu iş sözleşmeleriyle bile sınırlanabilir (Palandt/Putzo, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 61. Bası (2002), § 623, Rdnr. 4).

¹⁰ Junker, Rdnr. 325.

¹¹ Meyer, s.245 vd.

¹² Boemke, Burkhard, *Arbeitsrecht*, (München 2001), § 13, Rdnr. 24.

¹³ Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg, *Arbeitsrecht*, 5. Bası (München 1998), § 22 I 5; Löwisch, BB 1997, s.789; Junker, Rdnr. 326.

¹⁴ Boemke, § 13, Rdnr. 25.

¹⁵ Junker, Rdnr. 338 vd.; Boemke, § 13, Rdnr. 25.

¹⁶ BAG, 17.8.1972, AP Nr. 65 zu § 626 BGB unter II 1 = JuS 1973, 338; BGH, 18.6.1984, NJW 1984, s.2689 vd.

fesihte söz konusu olabilecek feshi ihbar süresinin sonuna kadar, iş ilişkisinin devamının beklenilemeyecek kadar ‘önemli bir neden’dir.¹⁷

Olağanüstü fesih hakkının kullanımı, ne sözleşme ne de uygulamalarla zorlaştırılmaz.¹⁸ Örneğin, üçüncü bir kişinin onayına bağlanamaz veya sadece belirli fesih nedenleriyle sınırlandırılmaz. Tam tersi şekilde de, olağanüstü fesih, sözleşmeyle kolaylaştırılmaz; örneğin, fesih için bazı haklı nedenler kararlaştırma.¹⁹ Eğer bunun aksi olsaydı, emredici nitelikteki yasal minimum fesih bildirim sürelerinin dolanılmasına imkan verilmiş olurdu.²⁰

Haklı nedenin varlığı iki aşamada kontrol edilir²¹: Olayın kendi içinde değerlendirilmesine geçilmeden önce birinci aşamada, kural olarak konunun haklı neden şablonuna uygun olup olmadığı değerlendirilir. İkinci aşamada ise, bu şablona uygun olan hal, özel durumu kendi içerisinde değerlendirilmesi ve sözleşme taraflarının çıkarlarının tartılması neticesinde, feshe konu oluşturan nedenin yapılan bu feshi haklı kılacak nitelikte olup olmadığına karar verilir.

Bu süreçte, işveren açısından feshe konu mevcut fesih nedenlerinin somut olumsuz sonuçları ile, işçi açısından iş ilişkisinin çözülmesinden kaynaklanan gelecekteki sonuçları arasında bir tartma yapılır. Burada suç, hata veya ihlalin türü ve ağırlığı, tekrar etme olasılığı, işçinin yaşı, iş ilişkisinin çözülmesi durumunda etkilerinin büyüklüğü vb. dikkate alınabilir.²² Genel olarak, BGB § 626 I anlamında, işçinin sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırılığının ağır olduğu durumlarda, bir haklı nedenin mevcut olduğu söylenebilir.²³

Ölçülülük (Verhaeltnismaesigkeit) Prensibine göre²⁴, iş ilişkisinin derhal feshi kural olarak yalnızca en son çare olarak yapılabilir. Eğer hafif bir yöntem ile (örneğin: uyarma, değişiklik sözleşmesi, süreli fesih, olağan fesih yapma veya daha kötü iş şartlarıyla işçiyi çalıştırmaya devam etme, işçinin işyerini değiştirme veya işçiyi uyarımla²⁵) fesih yapan için söz konusu haklı nedenin olumsuzluklarından kurtulmak mümkün ise veya fesih hakkı olan bu yöntemlere başvurmak beklenebilir nitelikte ise²⁶, ilk önce bu yöntemlere başvurulmalıdır.

Olağanüstü fesih imkanı hem işveren hem de işçi için vardır. İşverenin olağanüstü fesih yapabileceği başlıca durumlar şunlar olabilir: işçinin çalışmaktan ısrarlı bir şekilde imtina etmesi (iş edimini yerine getirmeme), sık sık işinde düzensizlik; ısrarlı bir şekilde iş sözleşmesinden kaynaklanan yan yükümlülüklerle aykırılık (iş güvenliğine ilişkin

¹⁷ Boemke, § 13 Rdnr. 72.

¹⁸ BAG, 8.8.1963, AP Nr. 2 zu § 626 BGB= NJW 1963, s. 2341.

¹⁹ BAG, 17.4.1956, AP Nr.8 zu § 626 BGB.

²⁰ Boemke, § 13 Rdnr. 74.

²¹ Kıyaslamız: BAG AP BGB § 626 “Cezayı gerektiren eyleme ilişkin şüphe” Nr. 24= NZA 1995, s.269.

²² Ayrıntılı olarak: ErfK/Preis, *Erfurter Kommentar*, 4. Bası (München 2004), § 626 BGB Rdnr. 33 vd., özellikle muhtemel haklı nedenler listesi için: ErfK/Preis, § 626 BGB Rdnr. 85 vd. ve Schaub, Günter, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 10. Bası, (München 2002), § 125 VII.

²³ Brox/Rüthers, *Arbeitsrecht*, Rdnr. 192a; Wörlen, *Arbeitsrecht*, 5. Aufl. 2002, Rdnr. 255.

²⁴ Ölçülülük ilkesinin özünde, hukuki ilişkinin adaletli, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi düşüncesi yatar. Bu bağlamda hukuki netice, karara bağlanan olaylar ve hedeflenen amacın orantılı olması anlamında ölçülü olmalıdır. Özellikle hukuki sonuçlar, ne bu amaca erişmek için elverişliliği eksik olmalı, ne de gereksiz sertlikte yürütülmelidir (Metin, *Ölçülülük İlkesi*, (Ankara 2002), s.74).

²⁵ Kıyaslamız: § 314 II c.1, 2 ve § 323 II BGB

²⁶ Brox/Rüthers, Rdnr. 192b.

talimatlara uymama, izinsiz iş sözleşmesine aykırı yan işlerde çalışma); işletme barış ve düzenini bozma (üstlerine ve meslektaşlarına hakaret etme, işletmede provake edici politik eylemler yapma, yabancı düşmanlığı içeren propaganda yapma); işletme sırlarını ifşa etme; rekabet yasağına aykırılık²⁷; işverene veya diğer işçilere karşı cezayı gerektiren fiiller (yaralama, hırsızlık vb.); cezayı gerektiren ağır bir fiile ilişkin şüphe. Burada şüphe, objektif olgularla gerekçelendirilmeli ve şüphe anına uygun olmalıdır, ki bu nedenle iş ilişkisinin devamı için mevcut olması gerekli güveni yok etmiş olmalıdır ve bu sayılanlardan daha hafif durumlarda olağan (sürelî) bir fesih (işçinin davranışına bağlı yapılan) söz konusu olabilir.

İşçinin yaptığı derhal fesihler için aşağıdaki haller örnek verilebilir: Ücretinin ödenmemesi, özellikle işveren zaman veya miktar olarak büyük ölçüde temerrüde düşmüşse; kasıtlı veya ağır taksirli olarak işçinin sağlığını veya yaşamını tehlikeye düşürmek; azami çalışma saatlerinin devamlı ve büyük ölçüde aşılması; işverenin işçiyeye karşı cezai fiili.

BGB § 626 II 1. cümleye (c.) göre olağanüstü fesih, feshe konu oluşturan olay ve/veya gerçeklerden haberdar olunduktan sonraki 2 haftalık hak düşürücü süre içerisinde vuku bulmalıdır. Olağan (sürelî) fesih hakkı ise bu hak düşürücü süreden etkilenmez. Olağanüstü fesih kural olarak feshi ihbar etmek için bir süre vermek gerekmez. Olağanüstü fesih bir süresiz (derhal) fesihtir. Fesih yapan, diğer tarafın talep etmesi halinde fesih nedenini derhal ve yazılı olarak bildirmelidir.

Değişiklik Feshi (Aenderungskündigung)

Eğer işveren iş ilişkisini feshederken aynı zamanda işçiyeye değişen şartlarla bir yeni iş sözleşmesi sunarsa (örneğin, daha uzun iş süreleri veya azaltılmış işçi ücreti), burada bir değişiklik feshinden söz edilir (§ 2 KSchG).²⁸ Yani, değişiklik feshi iki irade açıklamasını birlikte içeren bir hukuki işlemidir: Fesih ve değişiklik teklifi.²⁹ İşveren bu fesih türünde de yasadın, toplu iş sözleşmesinden veya iş sözleşmesinden doğan fesih bildirim süresine uymak zorundadır. Değişiklik feshi, olağan veya olağanüstü fesih olarak beyan edilebilir.³⁰ Değişiklik feshinin § 623 BGB'ye göre yazılı olarak yapılması gerekir. Buna karşın, değişiklik sözleşmesinin kabulü herhangi bir şekle tabi değildir.³¹ Değişiklik feshinde de işyeri kurulunun fesihten önce dinlenmesi gereğine (§ 102 I BetrVG) ve özel feshe karşı koruma hükümlerine riayete, dikkat edilmelidir.³² Bir işçi, işverenin yaptığı değişiklik feshini içeren böyle bir teklifi,

- a) 'reddedebilir' ve feshe karşı koruma davası açabilir. Eğer davayı kazanırsa iş ilişkisi ve iş şartları eskisi gibi kalır, kaybederse yapılan fesihle iş ilişkisi sona ermiş olur.

²⁷ Schaub, § 125 VII; Wörlén, Rdnr. 256.

²⁸ Değişiklik feshi, esaslı tarzda yapılacak değişikliklere ilişkin olup, işverenin yönetim hakkı çerçevesindeki günlük faaliyetlere ilişkin değişiklikleri işveren yapabilecektir (Löwisch, Rdnr. 1273 vd.).

²⁹ Hromadka/Maschmann, § 10 Rdnr. 377, 380; Junker, Rdnr. 418.

³⁰ BAG, DB 1996, s.990; Sözleşmeleri yasayla veya özellikle § 15 KSchG'e göre, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile olağan feshi yasak olan işçilere değişiklik feshi ancak olağanüstü feshi gerektirecek haklı bir nedenden (§ 626 BGB) dolayı mümkündür (Löwisch, Rdnr. 1275).

³¹ Dütz, 2005, Rdnr. 284, 408; Junker, Rdnr. 418 vd.

³² Junker, Rdnr. 418.

- b) ‘ kabul edebilir’ ve bu durumda değiştirilmiş iş şartlarıyla çalışmaya devam eder.
- c) ‘ şartlı (saklı tutmayla- ihtirazi kayıt) kabul edebilir’.

Şartlı olarak (hakkını saklı tutarak) kabul etmek demek: İşçinin değiştirilmiş iş koşullarıyla çalışmayı ancak, yapılan fesih sosyal yönden haksız değilse kabul ettiği; aksi durumun tespiti halinde ise, yapılan değişiklik talebini reddettiği anlamına gelir (§ 2 c.1 KSchG).

İşçi, şartlı kabulü, işverene fesih bildirim süresi içinde, ama en geç feshin varmasından sonraki 3 hafta içinde bildirmelidir. Aksi taktirde, şart (ihtirazi kayıt) ortadan kalkar ve iş ilişkisi değiştirilmiş şartlarla devam eder (§ 4 c.1 KSchG).³³ Dava dilekçesinde, iş şartlarının değiştirilmesinin sosyal yönden haksız olduğunun tespiti istenir.³⁴

Değişiklik feshinde sosyal yönden geçerli (haklı) bir neden yok ise, işçi yine aynı üç hafta içinde iş mahkemesine başvurmalıdır (§ 4 c.2 KSchG’e göre değişiklikten korunma davası), aksi taktirde şart ortadan kalkar. Fesih bildirim süresinin sona ermesinden sonra, mahkemenin kararının hukuki geçerlilik kazanmasına kadar, işveren tarafından teklif edilmiş, değiştirilmiş iş şartları geçerlidir.

Eğer iş şartlarının değişiminin sosyal amaca aykırı olduğu anlaşılırsa, değişiklik feshi başından itibaren geçersizdir (§ 8 KSchG); iş ilişkisi değiştirilmeden önceki haliyle kalır ve işveren gelir kaybını dengelemek zorundadır.

Eğer mahkeme iş şartlarının değiştirilmesinin haklı olduğunu tespit ederse, iş ilişkisi değişen şartlarla devam edecektir ve işçi işini yeni şartlar altında devam ettirebilir. Bu nedenle ‘saklı tutma’ işçi için daha avantajlı bir seçenektir. Bu şekilde işçi, işini kaybetmeksizin hukuki durumu tespit ettirebilmektedir.³⁵

Olağan (Sürelî) Fesih (Ordentliche Kündigung)

1. Genel Olarak

İş sözleşmesinin olağan fesih ile sona erdirilebilmesi imkanı temel olarak BGB § 620 II’de düzenlenmiştir. Olağan feshin geçerli olabilmesinin ilk koşulu, bu yönde yapılacak hukuken geçerli bir irade açıklamasıdır. Fesih açıklaması ancak karşı tarafa varması halinde geçerlilik kazanır. Ayrıca, feshin geçerliliği yapılan fesih açıklamasının yazılı bir şekilde yapılmasını da gerektirir (§ 623 ve § 126 BGB).

Ancak, burada özellikle dikkat edilmesi gereken nokta, olağan feshin § 620 BGB’ye göre, yalnız belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusu olacaktır.³⁶ Belirli süreli sözleşmeler, süresinden önce olağan fesihle sadece işçi ve işveren tarafı arasında açıkça bir anlaşma varsa veya toplu iş sözleşmesinde buna ilişkin bir düzenleme yapılmışsa sona erdirilebilir (§ 15 III TzBfG).³⁷

³³ Dütz, 2005, Rdnr. 411.

³⁴ Junker, Rdnr. 421.

³⁵ Löwisch, Rdnr. 1402 vd.

³⁶ Hemmer/Wüst/Krick, *Arbeitsrecht*, 5. Bası (1999), Rdnr. 133.

³⁷ Çocuk yetiştirme dönemindeki bir işçinin yerine sadece o dönemi kapsayacak şekilde yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde, çocuk yetiştirme döneminin beklenenden daha erken bir zamanda sona ermesi halinde, sözleşme işveren tarafından üç haftalık fesih süresine uyulmak koşuluyla, ve ancak en erken çocuk yetiştirme dönemi sona erdikten sonra, feshedilebilir. Bu durumda Feshe Karşı Koruma Yasası uygulanmaz (§ 21 IV ve V KSchG). Belirli süreli iş sözleşmesinin önemli nedenlerle olağanüstü feshi ise her zaman mümkündür.

2. Fesih Bildirim Süreleri

Fesih bildirim sürelerine ilişkin düzenlemeler, hem beyaz hem de mavi yakalı işçiler için § 622'de düzenlenmiştir.³⁸ Fesih beyanının ulaşmasıyla söz konusu yasal veya sözleşmesel fesih bildirim süresi başlar ve sözleşmenin sona ermesi mümkün olan ilk tarihte de sona erer.³⁹

a) Fesih Bildirim Süresi ve Feshin İş İlişisini Sona Erdirdiği Tarih

Fesih bildirim süresi (Kündigungstermin) kavramından, yazılı olarak yapılan feshin, muhatabına varması ile o feshin geçerlilik kazanacağı an arasındaki zaman aralığı anlaşılır (Kündigungstermin=feshin iş ilişkisini sona erdirdiği tarih, örneğin BGB § 622 II'ye göre: 'takvim ayının sonunda'). Bu süre içerisinde, sözleşmesi feshedilen kişi, yeni bir iş arama imkanı bulacaktır. Ayrıca sözleşmesi feshedilen işçi, feshe karşı hukuki yollara başvurmak için de zaman kazanacaktır.⁴⁰

Fesih bildirim sürelerinin hesaplanmasında BGB § 186 vd. hükümleri dikkate alınır.⁴¹ BGB § 187 I'e göre, feshin vardiği gün sürenin hesabına katılmaz, aksine fesih bildirim süresi feshin vardiği günün ertesi işlemeye başlar. Örneğin, eğer bir takvim ayının sonundan itibaren 1 aylık fesih süresine uyulması gerekiyorsa, fesih en geç bir önceki ayın son gününde ulaşmış olmalıdır.

Feshin gerçekleşmesinin planlandığı an, en erken fesih bildirim süresinin sona erdiği andır. Eğer bir fesih bildirim, yalnızca belirli tarihlerde yapılabilirse (örneğin takvim ayının sonunda), feshin varması ile feshin geçerlilik anı arasında her zaman uygulanması gerekli tam bir fesih bildirim süresi mevcut olmalıdır. Eğer yok ise, fesih bildirim süresi, feshin geçerlilik kazanabileceği gelecek fesih ana kadar uzar.⁴²

*b) Yasal Fesih Bildirim Süreleri**aa) Temel Fesih Bildirim Süresi*

Yasal fesih bildirim sürelerine ilişkin düzenleme BGB § 622'de yer alır. Bir işçinin iş ilişkisi dört haftalık bir ihbar önelinin verilmesiyle (yani 28 takvim günü⁴³), bir takvim ayının sonundan veya 15. gününden itibaren geçerli olmak üzere feshedilebilir. Bu temel feshi ihbar süresi hem işveren hem de işçi tarafından yapılan fesihlerde geçerlidir (§ 622 I BGB).

Kararlaştırılmış bir deneme süresi içerisinde ise, iş ilişkisi iki haftalık bir feshi ihbar süresi ile feshedilebilir (§ 622 III BGB). Eğer bir deneme süresi altı aydan fazla sürerse, iki haftalık feshi ihbar süresi artık geçerli değildir; aksine temel feshi ihbar süresi olan ve ayın 15 günü ve sonunda geçerlilik kazanan dört haftalık bir feshi ihbar süresi söz konusu olur.⁴⁴

³⁸ Önceden mavi yakalı işçiler için daha kısa fesih bildirim süreleri vardı. Bu düzenleme Anayasa Mahkemesi'nce anayasaya aykırı bulunmuştur (BVerfG, NJW 1990, s.2246). § 622 BGB'nin yeni düzenlemesi 15.10.1993 tarihinden itibaren yürürlüktedir. Ayrıntılı olarak: Wank, NZA, 1993, s.961.

³⁹ Junker, Rdnr. 383 vd.

⁴⁰ Hemmer/Wüst/Krick, Rdnr. 143.

⁴¹ Hemmer/Wüst/Krick, Rdnr. 145.

⁴² Junker, Rdnr. 383 vd.

⁴³ Hromadka, DB 1993, s.2372.

⁴⁴ Preis/Kramer, DB 1993, s.2125; Junker, Rdnr. 384.

bb) Uzatılmış Fesih Bildirim Süreleri

Eğer bir işveren, bir işçinin sözleşmesini feshetmek istiyorsa, ve söz konusu işçinin de uzun bir kıdemi varsa, işveren temel fesih bildirim süresinden daha uzun fesih bildirim sürelerine uymalıdır (§ 622 II BGB)⁴⁵: 2 yıllık kıdemden sonra 1 ay, ayın sonu için; 5 yıl ve daha fazla kıdem için 2 ay, ayın sonu için; 10 yıllık kıdem için 4 ay, ayın sonu için; 12 yıllık kıdem için 5 ay, ayın sonu için; 15 yıllık kıdem için 6 ay, ayın sonu için; 20 yıllık kıdem için 7 ay, ayın sonu için.

Hesaplamalarda işçinin 25 yaşını doldurduktan sonraki hizmet yılları dikkate alınır. İşletmenin diğer bölümlerinde geçen süreler de hesaplanır (§ 622 II 2 BGB).

İşverenin iflası durumunda, fesih bildirim süreleri en fazla 3 aydır (§ 113 InsO⁴⁶).

Eğer işçi feshetmek isterse, işyerindeki uzun süren hizmet yıllarından sonra sadece temel feshi ihbar süresine uyması yeterlidir. Meğer ki, iş ilişkisine uygulanan toplu iş sözleşmesinde veya iş sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunsun.⁴⁷

c) Toplu İş Sözleşmelerinde Fesih Bildirim Sürelerine İlişkin Düzenlemeler

Toplu iş sözleşmeleriyle işçinin lehine veya aleyhine yasal fesih bildirim süreleri uzatılabilir, kısaltılabilir ya da diğer bir fesih geçerlilik anı tespit edilebilir (örneğin, üç takvim ayı sonunda) (§ 622 II 2 BGB).⁴⁸ Böyle bir toplu iş sözleşmesinin yer, meslek ve kişisel uygulama alanında bir toplu sözleşmeyle belirlenmiş fesih bildirim süresi, toplu iş sözleşmesi ile bağlı olmayan işveren ve işçi arasında da iş sözleşmesi ile kararlaştırılmış olabilir.

İşçi, kendi iş ilişkisi için geçerli olacak toplu iş sözleşmesi hükümleri hakkında sendikasından veya İşyeri Kurulundan bilgi almalıdır. Toplu Sözleşme Yasası⁴⁹ § 8'e göre, işveren, işletmede geçerli toplu iş sözleşmesini, işletmenin uygun bir yerinde sergilemekle yükümlüdür.

d) İş Sözleşmesinde Fesih Bildirim Sürelerine İlişkin Düzenlemeler

Bir iş sözleşmesinde yasal fesih bildirim sürelerinden daha uzun fesih bildirim süreleri kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda işçinin uyması gereken fesih süresi, işveren için belirlenenden daha uzun olamaz.

Yasal fesih bildirim sürelerinden daha kısa fesih bildirim süreleri de iş sözleşmeleri ile kararlaştırılabilir (§ 622 V 1 BGB). Ancak bu sadece iki halde geçerlidir: 1) Eğer işçi, bir başka işçinin yerine geçerek geçici olarak çalışmak için (als Aushilfe) işe alınmışsa. Bu durumda kısaltma yalnızca bu geçici işin ilk 3 ayı için geçerlidir. Burada sözleşme tarafları fesih bildirim süresini sıfıra kadar indirebilirler. Yani süresiz olağan fesih mümkündür (§ 622 V 1 Nr.1 BGB).⁵⁰ 2) Eğer küçük işletmede kural olarak 20 den fazla işçi çalışmıyorsa: bu durumda fesih bildirim süresi kesin bir fesih anı olmaksızın

⁴⁵ Hromadka/Maschmann, § 10 Rdnr. 88, 89.

⁴⁶ Insolvenzordnung= İflas Kanunu.

⁴⁷ Junker, Rdnr. 385.

⁴⁸ Junker, Rdnr. 386.

⁴⁹ =Tarifvertragsgesetz (TVG).

⁵⁰ Preis/Kramer, DB 1993, s.2125; Junker, Rdnr. 385.

kararlaştırılabilir. (yani yalnızca takvim ayının 15. günü veya sonu değil). Bu durumda da feshi ihbar süresi yine de 4 haftadır (§ 622 V 1 Nr.2 BGB).⁵¹

İşçi sayısının hesabında, meslek eğitiminde çalışanlar hesaba katılmazlar. Kısmi süreli çalışanlar aşağıdaki gibi hesaba katılırlar: normalde haftalık 20 ve 20 saate kadar çalışmalarda = 0,5 işçi; normalde haftalık 30 saat ve 30 saate kadar çalışmalarda = 0,75 işçi.

Feshe Karşı Koruma Yasası (Kündigungsschutzgesetz)

1. Genel Olarak

Almanya’da, feshe karşı koruma denildiğinde ‘genel feshe karşı koruma’ ve ‘özel feshe karşı korumayı’ birbirinden ayırmak gerekir. Uygulanma şartları gerçekleştiği takdirde, iş ilişkisinin türü ve işçinin niteliğine bakılmaksızın, genel feshe karşı koruma hükümleri bütün iş ilişkilerinde uygulanır. Geniş anlamda, genel feshe karşı koruma kapsamı içine BGB § 622’de düzenlenmiş fesih bildirim süreleri de girer. Buna karşın özel feshe karşı koruma hükümleri, sadece belirli nitelikteki işçiler ve iş ilişkileri için söz konusudur.

Genel Feshe Karşı Koruma	Özel Feshe Karşı Koruma
Kural olarak bütün işçiler için geçerli	Sadece korunmaya muhtaç görülen bazı işçi grupları için geçerli (ek haklar)

Genel feshe karşı koruma, Alman Feshe Karşı Koruma Yasası (KSChG) içerisinde düzenlenmiştir. Genel feshe karşı koruma, öncelikle işçiyi işini kaybetme tehlikesine karşı korumayı amaçlar.⁵² KSChG § 1’e göre, fesih ancak, bu feshi geçerli kılan sosyal bir nedenin varlığı halinde geçerlidir. Bunun anlamı, yapılan her fesih için bir geçerli fesih nedeninin gerekli olduğudur. Fesih nedeni, işletme gereklerinden, işçinin kişiliğinden ya da davranışından kaynaklanabilir. Yalnızca sayılan bu nedenler varsa ve bu durum işletmede işçinin çalışmasına aykırı bir durum oluşturuyorsa, yapılan bu fesih sosyal yönden haklı bir nedene dayanır.

Genel feshe karşı koruma hükümleri, Feshe Karşı Koruma Yasası’na göre, tek taraflı emredici niteliktedir. İş sözleşmesi, işyeri sözleşmesi (Betriebsvereinbarung) veya toplu iş sözleşmesi ile yalnızca işçinin yararına olarak, Feshe Karşı Koruma Yasası’nın bu düzenlemelerinden farklı düzenlemeler getirilebilir.⁵³ Feshe karşı koruma hakkında feragat, ancak feshin varmasından sonra mümkündür.⁵⁴

⁵¹ Junker, Rdnr. 338.

⁵² Wörlen, Rdnr. 266; Junker, Rdnr. 356 vd.

⁵³ Junker, Rdnr. 357.

⁵⁴ BAG, 25.9.1969- 2 AZR 524/68, AP Nr. 36 zu § 3 KSChG m. Anm. A.Hueck.

2. Genel Feshe Karşı Koruma

a) Feshe Karşı Koruma Yasası'nın Uygulama Alanı

Feshe Karşı Koruma Yasası'na göre, genel feshe karşı koruma hükümlerinden yararlanma temel iki koşula bağlanmıştır:

- İşçinin, feshin yapıldığı esnada, işyeri veya işletmede iş ilişkisi kesintisiz altı aydır devam ediyor olmalıdır (kişiler açısından uygulama alanı) (§ 1 I KSchG),
- İşyeri, 10 işçiden daha fazla işçi çalıştırılan bir işyeri olmalıdır (yer açısından uygulama alanı) (§ 23 I KSchG).

Kişiler Açısından Uygulama Alanı	Yer Açısından Uygulama Alanı
6 aylık bekleme süresini doldurmuş işçiler	10'dan fazla işçi çalıştıran işyerleri

Halen geçerli, kişiler açısından uygulama alanını belirleyen 10 işçi sınırı, 1 Ocak 2004 tarihinden önce 5 işçiydi.⁵⁵ Bu nedenle, eğer bir iş ilişkisi zaten 31 Aralık 2003 tarihi ve öncesinde mevcut ise ve 31 Aralık 2004 tarihinde işletmede kural olarak beş işçiden fazla işçi çalıştırılıyorsa (çıraklar dahil) ve iş ilişkisinin feshi esnasında, söz konusu asgari işçi sayısına dahil olan işçiler hala işletmede çalışıyorlarsa, Feshe Karşı Koruma Yasası uygulama alanı bulur.

Düzenli olarak haftada 30 saatten daha fazla çalışan işçiler, kişiler açısından uygulama alanını belirleyen "çalışan sayısı"nda tam (1) işçi olarak hesaba katılır. Haftada 20 saat ve 20 saatten daha az çalışan işçiler 0,5 işçi; haftada 30 saat ve 30 saatten daha az süre çalışan işçiler ise 0,75 işçi olarak hesaplanır.⁵⁶

Feshe Karşı Koruma Yasası'nın uygulanması, işletmenin asgari bir büyüklükte olması haricinde, fesih esnasında işçinin iş ilişkisinin işletmede ve işyerinde aralıksız olarak altı aydan uzun sürmesini de gerektirir (bekleme süresi) (§ 1 I KSchG). Söz konusu 6 aylık bekleme süresi, yeni işçinin denemesi işlevini görür. 6 aylık bekleme süresinin dolup dolmadığının belirlenmesinde dikkate alınacak tarih, fesih bildirim süresinin dolduğu tarih değil, feshin karşı tarafa vardığı andır. Taraflar bekleme süresini kısaltabilir ya da uzatabilir.⁵⁷

İşveren vekilleri de prensip olarak feshe karşı koruma hakkından faydalanırlar (§ 14 II 1 KSchG), ancak onlara işin korunması hakkında değil, yalnızca tazminat hakkı verilmiştir; çünkü, işverenler, işveren vekillerinin sözleşmesini sebep bildirmeksizin, KSchG § 9 I c.2'ye dayanarak sözleşmeyi çözmek için bir dilekçe verebilir ve böylece

⁵⁵ Bu hükmü değiştiren Yasa: 'Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt' (Çalışma Piyasasında Reform'a İlişkin Yasa), 24.12.2003, BGBl. I s. 3002.

⁵⁶ Hromadka/Maschmann, § 10, Rdnr. 147; Junker, Rdnr. 358.

⁵⁷ Junker, Rdnr. 359.

feshe karşı koruma davası sonrası işyerine tekrar dönüşlerini engelleyebilirler (§ 14 II c.2 KSchG).⁵⁸

b) Feshin Sosyal Yönden Haklı Olması Gereği

Feshe Karşı Koruma Yasası işçiyi sosyal yönden haksız fesihlerden korur (§ 1 I KSchG). Fesih, prensip olarak ancak, eğer işçinin kişiliğinde (personenbedingte) veya davranışında (verhaltensbedingte) yatan ya da işçinin söz konusu işletmede gelecekte çalışmasına engel teşkil edecek acil işletme gereklerinden (betriebsbedingte) kaynaklanan bir nedenden dolayı yapılmışsa, sosyal olarak haklı sayılır ve dolayısıyla hukuken geçerlidir. Bundan başka, yapılan fesihte İşyeri Kurulunun görüşü alınmamışsa ve İşyeri Kurulu dinlenmiş ancak bu feshe itiraz etmişse yapılan fesih geçersiz olabilir. Yapılan feshin sosyal yönden haksız olup olmadığının belirlenmesinde birtakım ilke ve yöntemlerden yararlanılır:

Öngörü Prensibi (Prognoseprinzip): Feshin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde önem taşıyan an, feshin karşı tarafa vardığı andır.⁵⁹ Ancak fesih nedeni doğası gereği gelecekle ilişkilidir, çünkü iş ilişkisi gelecek için sonlandırılacaktır. Bu olgulardan doğan geleceğe ilişkin öngörü prensibi: bir geçerli feshin koşulunu fesih beyanının vardığı andaki iş ilişkisindeki aksaklık (kişi veya davranışa bağlı olarak yapılan fesihten) veya işçinin çalıştığı işyeri mevkiinin ortadan kalkmasının (işletmeye bağlı olarak yapılan fesihten) gelecekte de devam edeceğine ilişkin öngörüye bağlar.⁶⁰ Feshin varmasından sonra öngörünün yanlış olduğu kanıtlanırsa da, fesih geçerli olarak kalır, ama işçinin tekrar işe iade talebi söz konusu olabilir.⁶¹

Ultima-ratio prensibi: Bir fesih ancak, başka hafif bir araç kullanma imkanı kalmamışsa hukuka uygundur. Öyleyse, fesih ancak en son çare ('ultima ratio') olarak kullanılmalıdır.⁶² Daha hafif bir çare olarak özellikle uyarı, işçinin yerini değiştirme veya bir değişiklik feshi söz konusu olabilir.⁶³

Çıkarların denkleştirilmesi (Interessenabwaegung): Davranışa ve kişiliğe bağlı olarak yapılan fesihten, çıkarların denkleştirilmesine gidilmelidir. İş ilişkisinin sona ermesinde işverenin haklı çıkarları ile işyeri mevkiinin kaybının neticeleri karşılaştırılmalıdır. Ayrıca, herşeyden önce işçinin şimdiye kadarki kıdem süresini ve bu sürenin ne kadarının aktif şekilde çalışarak geçirildiği değerlendirilmelidir. Eğer bir işçi uzun yıllar iyi bir hizmet ifa etmişse, burada sözü edilen fesih nedeninin işverenin çıkarlarında büyük bir olumsuzluk yaratması gerekir ki, ferdi olayda işverenin yaptığı fesih geçerli olabilsin.⁶⁴

Sosyal seçim (Sozialauswahl): KSchG § 1 III'e göre, işletmeden kaynaklanan bir fesih nedeni hukuken mevcut olsa da, sözleşmesini feshettiği işçinin seçiminde sosyal yönlere

⁵⁸ Junker, Rdnr. 359.

⁵⁹ BAG, 15.8.1984- 7 AZR 536/82, AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969, Krankheit.

⁶⁰ Ayrıntılı olarak: Preis, Ulrich, *Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen*, 1987, s.322 vd.; karşı: Zöllner/Loritz, § 23 V 3.

⁶¹ Junker, Rdnr. 359; BAG, 27.2.1997- 2 AZR 160/96, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung = NJW 1997, s. 2257.

⁶² Hromadka/Maschmann, § 10 Rdnr. 164.

⁶³ Preis, *Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen*, s.285 vd.; Junker, Rdnr. 364.

⁶⁴ Wörlen, Rdnr. 279; kıyaslayınız: Junker, Rdnr. 367, 370.

hiç veya gereği kadar dikkate alınmazsa, yapılan fesih geçersiz olabilir. Özellikle kıdemin süresi, yaşı ve geçim yükümlülüğünün ağırlığı dikkate alınmalıdır.

aa) İşçinin Kişiliğine Bağlı Olarak Yapılan Fesih

Bu fesih türünde, işçinin kişiliği nedeniyle, borçlanılan iş ediminin gelecekte gerektiği gibi ya da hiç yerine getirememesi (kişisel yetenekleri veya kişiliğine bağlı nedenlerle bu iş edimi için artık yeterli gelmiyorsa, örneğin sakarlık, hastalık veya yaşlılık nedeniyle verimliliği düşmüşse) söz konusudur (§ 1 Abs. 2 S. 1 KSchG). Burada, işçinin kendisine isnad edilebilen bir suç veya kabahatinin olması gerekmez.⁶⁵

İşçinin kişiliğine bağlı olarak yapılan fesih nedenlerine aşağıdaki örnekler verilebilir: fiziksel veya ruhsal olarak edimin ifası için yeterli olmamak; devamlı hastalık (kural olarak 6 haftalık bir sürenin dolmasından sonra olumsuz sağlık raporu veya buna ilişkin kuvvetli bir kanaat oluşması üzerine mümkündür); sık sık yakalanılan kısa süreli hastalıklar (en azından 2 yılın üzerinde hastalık nedeniyle yıl başına 6 haftadan uzun süren çalışılmadığı halde ücret ödemeleri söz konusu olmuşsa ve bunun yanında bir olumsuz sağlık raporu veya buna ilişkin kuvvetli bir kanaat oluşmuşsa fesih yapmak mümkündür); işçinin yeteneklerinde süreklilik arz eden azalma (örneğin, kör olma, kalıcı iz bırakan yaralanmalar); sürücü ehliyetinin gerekli olduğu bir işte, işçinin ehliyetinin elinden alınması (bu durumda, eğer başka bir şekilde ikame etme imkanı yoksa fesih söz konusu olabilir)⁶⁶; yabancı işçiler için çalışma izninin bulunmaması⁶⁷. Sayılan nedenler sınırlı sayıda olmayıp, sadece tipik örnekleri oluşturmaktadır. Yukarıda sayılan bütün hallerde dikkat edilmesi gereken, söz konusu nedenin işletmesel etkisinin olması gerekliliğidir.⁶⁸

Özellikle, hastalık nedeniyle fesih konusunda, Alman Federal İş Mahkemesi içtihatlarıyla sıkı kriterler belirlemiştir. Buna göre, hastalık nedeniyle yapılan bir fesih kural olarak ancak, a) uzun süreli bir iş göremezlik; b) kısa süreli sık sık tekrar eden hastalanmalar, c) işçinin devamlı hastalığı nedeniyle iş kabiliyetini yitirmesi veya işçinin verimliliğinin düşmesi söz konusu ise ve işçinin iş göremezliği, işverenin işletme ekonomisi açısından katlanılamaz bir yük oluşturuyorsa, sosyal yönden geçerli sayılır.

İçtihat burada üç aşamalı bir kontrol mekanizması geliştirmiştir⁶⁹: ilk olarak, işçinin gelecekteki sağlık durumu için bir 'öngörü' yapılmalıdır. Bu öngöründe, feshin yapıldığı andaki objektif olguların, öngörünün yapıldığı ana kadarki mevcut hastalığın devam edeceğine ilişkin bir kaygıyı haklı kılması veya işçinin görünür bir zamanda iş görme kabiliyetinin tekrar yerine gelmesinin beklenilemez olması gerekir. İkinci olarak, mevcut olguların şimdiye kadarki ve öngörülen etkileri işletme çıkarlarını ağır bir şekilde zedeleyecek nitelikte olmalıdır. Örneğin, bu durumda işverenin ekonomik olarak aşırı bir yük altında kalması veya ani bir şekilde zorunlu değişiklikleri yapması, işletme faaliyetlerinin akışını bozması halinde söz konusu olabilir.⁷⁰ Üçüncü olarak, titiz bir şekilde çıkarların denkleştirilmesine gidilir. Burada, 'işverenden beklenilebilir bütün

⁶⁵ Junker, Rdnr. 367, 365.

⁶⁶ BAG, 25.4.1996-2 AZR 74/95, AP Nr.18 zu § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung.

⁶⁷ BAG, 7.2.1990-2 AZR 359/89, AP Nr.14 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung.

⁶⁸ Junker, Rdnr. 367, 365.

⁶⁹ BAG, NZA 1994, s. 67.

⁷⁰ Dütz, Wilhelm, *Arbeitsrecht*, (2005), Rdnr. 332.

geçiş dönemi tedbirlerine rağmen, hakkaniyet ölçüsünde işverenden artık beklenilemeyecek kadar ağır işletmesel yüklerle yol açıyor mu?’ sorusuna cevap verilir. Özellikle burada, işçinin o işyerindeki aktif olarak çalışmış olduğu sürenin yanında, belki söz konusu olabilecek işletmesel sağlık nedenleri, özellikle yaş ve işçinin medeni hali dikkate alınmalıdır.⁷¹

Belirtilmelidir ki, mahkeme her olayda, iddia edilen nedenlerin varlığından ikna olmalıdır. Ayrıca, işveren iddialarını ispatla yükümlüdür.

bb) İşçinin Davranışına Bağlı Olarak Yapılan Fesih

Davranıştan kaynaklanan fesih nedeni, işçinin davranışının sözleşmeye aykırı bir nitelik taşıması halinde söz konusudur (§ 1 II 1 KSchG). Sözleşmeye aykırılık, edim alanında, güven ilişkisi alanında veya işletme düzenine aykırılık şeklinde olabilir.⁷² Prensip olarak işçinin kusuruna dayanan bu davranışları⁷³, iş sözleşmesinden doğan temel ve yan yükümlülükleri yaralar niteliktedir. Ancak bu sözleşmeye aykırılık BGB § 626 I anlamında, olağanüstü feshi gerektirecek bir haklı neden ağırlığında değildir.⁷⁴ İşverenin, böyle bir sebep nedeniyle feshetmeden önce kural olarak bir uyarı yapması (Abmahnung) gerekir. Fesih, uyarıya rağmen sözleşmeye aykırı davranışın tekrar etmesi durumunda söz konusu olur. Davranışa bağlı olarak yapılan fesihlere, edimin sık sık kötü ifa edilmesi, tekrar eden işe geç gelmeler, iş barışını bozma, edimi ifa etmeyi devamlı reddetme, işyerinde alkol kullanma ve/ veya sigara içme yasağına aykırılık, yasaklanmış olmasına rağmen özel elektronik posta iletisi almak veya göndermek ve internette sörf yapmak, işyerinde cinsel tacizde bulunmak⁷⁵ örnek verilebilir.

İşçinin, sözleşmeye aykırı her davranışı fesih yapılmasını haklı kılmaz. Bunun da anlaşılır bir nedeni vardır: uzun süren her iş ilişkisinde sözleşmeye aykırılıklar da meydana gelebilir, işyerinde izinsiz olarak internetin özel işler için kullanılması bu duruma örnek olarak verilebilir. Bu nedenle, kural olarak fesih, ancak önceden işçiye bir uyarı yapılmışsa haklı sayılır. Bununla işveren, edimin yerine getirilmesi konusundaki eksiklikleri uyarır ve bunun tekrarı halinde sözleşmenin feshedileceğini bildirir.⁷⁶ Bu uyarı yapıldıktan sonra ancak, söz konusu ‘feshin dayandırıldığı sözleşmeye aykırılığın’ var olup olmadığı kontrol edilir.

cc) İşletme Gereklere Bağlı Olarak Yapılan Fesih

Acil işletme gereklerine bağlı olarak yapılan bir fesih için, alınan işletmesel bir karar neticesinde işçinin çalıştığı işyerindeki mevkiinin ortadan kalması (Wegfall eines Arbeitsplatzs) gerekir (§ 1 II c.1, III KSchG). Kişiliğe veya davranışa bağlı olarak yapılan fesihlerden farklı olarak, işletme gereklerine bağlı olarak yapılan fesihlerde, fesih nedeni işçi değil, işveren kaynaklıdır. İşletmeye bağlı olarak yapılan feshe ilişkin düzenleme, işverenin işletme özgürlüğü ile işçinin iş güvencesi arasında çıkarların

⁷¹ Dütz, Rdnr. 332.

⁷² Junker, Rdnr. 368.

⁷³ BAG, 21.11.1996- 2 AZR 357/95, AP Nr.130 zu § 626 BGB= NZA 1997, s.487; Junker, Rdnr. 368.

⁷⁴ Dütz, Rdnr. 333.

⁷⁵ KAG Hamm, 22.10.1996- 6 Sa 730/96, AP Nr.136 zu § 626 BGB= NZA, 1997, s. 962.

⁷⁶ Junker, Rdnr. 369.

denkleştirilmesine hizmet eder.⁷⁷ Fesih nedeni, işletme dışı veya işletme içi faktörler olabilir. Acil işletmesel gereklerin işyeri mevkiini ortadan kaldırması ve bununla bağlantılı olan feshi kaçınılmaz yapıp yapmadığı fesih beyanının vardığı andaki (§ 130 I BGB) objektif olgulara göre belirlenir.⁷⁸ Eğer fesih bildirim süresi içinde fesih nedeni ortadan kalkarsa, örneğin aslında amaçlanan faaliyetin durdurulması yerine işletmenin devri gerçekleşmişse, işçiye prensip olarak BGB § 242'den kaynaklanan bir tekrar işe alınma talep hakkı⁷⁹ doğar.⁸⁰

İşletme gereklerine bağlı olarak yapılan, feshe neden olan dış ve iç işletmesel sebeplere verilecek örnekler arasında: süreklilik arz eden sürüm ve satışta yaşanan zorluklar, ham madde veya enerji sıkıntısı veya işyerinde alınan rasyonalizasyon tedbirleri, işverenin işletme organizasyonu içerisinde aldığı önlemler (bunlar içinde üretim yönteminin değişmesi, işletme sınırlaması ve işletmenin faaliyetinin durdurulması gösterilebilir), işyerinin belirli bölümlerinde faaliyetin durdurulması yer alabilir. İşletme gerekleriyle yapılan fesih, söz konusu değişikliklere uyum nedeniyle işverenin aldığı kararlara dayanır. İşletmenin içinde bulunduğu durum nedeniyle yapılan fesih, kaçınılmaz ve kural olarak acil olmalıdır.

Kısaca, işletmesel bir nedenin ortaya çıkması olgusu karşısında, işverenin aldığı bir karar, işyerinde bir kısım mevkiileri (oradaki işçi kontenjanı veya iş alanları gibi) ortadan kaldırmalıdır. Bunun neticesinde de feshin yapılması kaçınılmaz olmalıdır. İşte bu aşamadan sonra, sözleşmesi feshedilecek işçi veya işçilerin seçimine gidilecektir. Bu seçimde, sosyal bazı kriterlerin göz önünde bulundurulması gerekir. İşveren bu durumda işçinin kıdemini, yaşını, bakmakla yükümlü bulunduğu kişilerin sayısını ve eğer işçi sakatsa, sakatlığın derecesini tartmalı ve işin kaybında en az zarara uğrayacak kişiyi bularak, bir dengeleme yapmalıdır. Yasanın buradaki bakış açısı, kıdemli fazla olan ve bakmakla yükümlü bulunduğu kişilerin sayısı çok olan işçilerin yapılan feshin sonuçlarından genç, bekar ve çocuksuz işçilerden daha olumsuz şekilde etkileneceğidir. Bu nedenle, ikinci gruba giren işçilerin sözleşmesi öncelikle feshedilir.

İşverenin aldığı 'Rasyonalizasyon veya işletme sınırlaması' gibi işletmesel kararlar, mahkemenin yaptığı kontrol kapsamında değildir, ancak işveren tartışmalı durumlarda, işletmesel tedbir kararları nedeniyle sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştığı işyeri mevkiinin artık mevcut olmadığını ispat ile yükümlüdür.

Eğer acil işletme gerekleri personel azaltımını gerektiriyorsa ve bu durumda birden çok işçinin iş sözleşmesi feshedilecekse, bu işçiler arasında sosyal bakış açısına göre, bir 'sosyal seçim' yapılması gerekir (§ 1 III c.1 KSchG). Söz konusu işçilerin, yaptıkları iş bakımından kıyaslanabilir olmaları gerekir.

'Alanındaki bilgisi, yetenekleri, verimi' veya 'işletmenin gözetilmesi gereken haklı çıkarları' doğrultusunda 'işletmenin planlanmış personel dengesinin korunması' açısından, çalışmasının devamında fayda görülen işçiler, "sosyal seçim"den istisna tutulabilirler. Sosyal seçim sonucunda sözleşmesi feshedilen işçilere, bu seçimin nedenleri bildirilmelidir.

⁷⁷ Junker, Rdnr. 371.

⁷⁸ BAG, DB 1997, s. 1414.

⁷⁹ BAG, DB 1998, s. 85.

⁸⁰ Kıyaslayınız: Zwanziger, BB 1997, s. 42 vd.

Eğer bir toplu iş sözleşmesinde, İşyeri Teşkilat Yasası'nın⁸¹ 95. paragrafına göre İşletme Anayasası'nda veya Personel Temsil Yasası'na⁸² göre ilgili yönergede, sosyal değerlendirmenin yöntemi düzenlenmişse, burada İş Mahkemesi'nin kontrolü yalnızca ağır hata durumunda söz konusu olur (§ 1 IV KSchG).⁸³

Eğer İşveren ve İşyeri Kurulu, bir işletme değişimi (Betriebsaenderung)'nde çıkarların denkleştirilmesi konusunda anlaşmışlarsa ve sözleşmesi feshedilecek olan işçi isim listesinde açıkça anılmışsa, uygulanan sosyal seçimin denetimi de aynı şekilde, sadece ağır hata ile sınırlanmıştır (§ 1 V KSchG).

Alman Federal İş Mahkemesi'nin içtihatlarına göre, yapılan bütün fesihlerde 'ölçülülük prensibi'ne uyulmalıdır. Bu prensip, feshin ancak, işçinin, işletmedeki başka bir işte veya işverenden beklenilebilir (mümkün) başka bir dalda eğitim ya da kendi alanında kendisini geliştirmeye yönelik eğitim veya işçinin de muvafakat edeceği diğer sözleşme şartlarıyla (değişiklik sözleşmesi) çalıştırılmasının mümkün olmadığı durumlarda, feshin yapılmasını gerektirir (Ultima-ratio).⁸⁴

c) İşyeri Kurulunun Dinlenmesi

İşyeri Kurulu⁸⁵ olan işyerlerinde her bir fesihten önce İşyeri Kurulu işverence dinlenmek zorundadır (§ 102 I BetrVG). Eğer İşyeri Kurulu bir olağanüstü feshe karşı kaygılarını belirtmişse (yani, hemfikir değilse), bunu gerekçeli kararı ile en geç 3 gün içinde yazılı olarak işverene bildirmek zorundadır (§ 102 II BetrVG). Paralel bir düzenleme kamu idarelerinde Personel Kurullarının dinlenmesi için de geçerlidir.

İşveren, İşyeri Kuruluna feshin nedenlerini de bildirmelidir (§ 102 I c.3 BetrVG). Bu bildirim, tereddüte yer bırakmayacak şekilde ayrıntılı yapılması gerekir ki, İşyeri Kurulu söz konusu fesih nedenini sonradan araştırabilsin.⁸⁶ Yapılacak fesih aslında geçerli bir nedene dayansa bile, eğer işveren İşyeri Kurulunu dinlemeyi ihmal etmişse veya usulüne uygun dinlenmemişse fesih geçersizdir (§ 102 I c.3 BetrVG). İşyeri Kurulunun dinlenmesi demek, görüşünün alınması demektir; bu görüş fesih açıklamasını engellemez.⁸⁷

İşyeri Kurulu, olağan bir feshe 1 hafta içinde kaygılarını iletebilir (§ 102 II c. 1 BetrVG). Eğer İşyeri Kurulu gerekli görürse, kendi görüşünü belirtmeden önce feshe konu olan işçiyi dinlemelidir.

İşyeri Kurulu özellikle, 1) işverenin, feshedilen işçinin seçiminde sosyal bakış açılarını hiç veya gerekli şekilde göz önünde bulundurmamışsa, 2) fesih, BetrVG § 95'de anılan bir yönergeye aykırı ise, 3) eğer sözleşmesi feshedilen işçi, aynı işyerindeki veya

⁸¹ Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG).

⁸² Personalvertretungsgesetz (PersVG). Bu Yasa, kamu işyerlerindeki işçiler için geçerlidir.

⁸³ Dütz, Rdnr. 336.

⁸⁴ BAG, NZA 1987, s. 776.

⁸⁵ =Betriebsrat.

⁸⁶ BAG, NZA 1996, s. 419.

⁸⁷ Wörlen, Rdnr. 264; Dütz, Rdnr. 348.

işletmenin başka bir işyerindeki bir mevkide çalıştırılmaya devam ettirilebilecekse, 4) işçinin çalıştırılmaya devamı, işverence katlanılabilir yeni bir mesleki eğitimi veya ileri eğitim önlemlerinden sonra mümkünse veya, 5) işçinin çalıştırılmaya devamı, değiştirilmiş sözleşme şartlarıyla mümkünse ve işçi bu konuda rıza göstermişse, olağan fesih süresi içinde itiraz edebilir (§ 102 III BetrVG).

Eğer İşyeri Kurulu itiraz ederse ve işçi feshe karşı koruma davası açarsa, işveren işçiyi prensip olarak, aynı iş koşullarında hukuki uyumsuzluğun, hukuki olarak sona ermesine kadar çalıştırmaya devam etmek zorundadır (§ 102 V BetrVG, § 4 c.1 KSchG).⁸⁸

Eğer İşyeri Kurulu 1 haftalık süre içerisinde görüş bildirmezse, bu durum feshin onaylandığı anlamına gelir (§ 102 II c.2 BetrVG).⁸⁹

İşyeri Kurulu dinlenmiş, ancak İşyeri Kurulu bir hafta içerisinde itiraz etmişse, yapılan fesih, ancak BetrVG § 95'e göre bir yönergenin ihlal edilmesi ve işçinin aynı işletme içinde farklı bir mevkide çalıştırılabilmesi imkanının varlığı durumunda, sosyal yönden haksızdır.

d) İşçinin İşyeri Kuruluna İtirazı

İşçi, sosyal yönden haksız gördüğü feshe karşı İşyeri Kuruluna itiraz edebilir (§ 3 KSchG). İşçi, bunu feshin kendisine varmasından sonraki bir hafta içerisinde yapmalıdır. Eğer Kurul, işçinin itirazını haklı bulursa, işveren ile işçi arasında arabuluculuk yapmayı dener. Kurul, işçinin feshe karşı yaptığı itiraz hakkındaki değerlendirmesini istek halinde işçiye ve işverene yazılı olarak bildirir. Eğer işçi, fesih nedeniyle iş mahkemesinde dava açarsa, kurulun değerlendirmesi feshe karşı koruma davasına eklenmelidir.

e) Diğer Nedenlerden Dolayı Feshin Hukuki Geçersizliği

Feshe karşı koruma hükümlerine veya özel feshe karşı koruma hükümlerine bir aykırılık dışında, işveren tarafından yapılmış bir fesih diğer bazı nedenlerden dolayı da hukuken geçersiz olabilir.

Ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık, yapılan feshin geçersiz olmasına yol açar (§ 138 I BGB).⁹⁰ Buna örnek olarak sırf intikam duygusuyla feshin yapılması⁹¹, yapılan fesihteki saikin işçinin cinsiyeti olması ve bu şekilde işçinin dezavantajlı duruma düşürülmesi (§ 611a I c.1 BGB), işçinin kendisine önerilen iş şartlarındaki değişikliğe ilişkin bir teklifi reddetmesi⁹² veya işçinin evlilik dışı bir çocuğunun olması gibi sebepler⁹³ verilebilir.

⁸⁸ Dütz, Rdnr. 350.

⁸⁹ Dütz, Rdnr. 343.

⁹⁰ Ayrıntılı olarak: Boemke, § 13, Rdnr. 36.

⁹¹ BAG, DB 1962, s.243; NZA 1989, s. 962.

⁹² Hromadka/Maschmann, § 10 Rdnr. 71.

⁹³ KR/Friedrich, *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz*, 6. Bası (2002), § 13 KSchG, Rdnr. 190; Boemke, § 13, Rdnr. 38.

İşçinin, sırf yasal işçilik haklarını kullanmasından dolayı (§ 612a BGB) yapılan fesihler geçersizdir.⁹⁴ İşçinin yasal bir greve katılması veya ücretinin eksik ödendiği gerekçesiyle dava açması nedeniyle⁹⁵ sözleşmenin feshedilmesi durumu buna örnek gösterilebilir.⁹⁶

Temel hakları yaralayan fesihler geçersizdir (§ 134, § 138 BGB, temel anayasal hakların 3. kişilere etkisi). Bunlara örnek olarak sendika üyeliği nedeniyle fesih (Art. 9 III GG⁹⁷); evlenme nedeniyle fesih (Art. 6 I GG); parti üyeliği nedeniyle fesih (Art. 3 III GG) gösterilebilir.

İşyerinin veya işyerinin bir bölümünün devri nedeniyle yapılan fesih geçersizdir (§ 613a IV c. 1 BGB).

Doğruluk ve güven ilkesine aykırı olarak yapılan fesihler geçersizdir (§ 242 BGB). Doğruluk ve güven ilkesi bütün hakların, hukuki durum ve hukuk normlarının temel içerik sınırını oluşturduğundan, feshin geçersizliği § 242 BGB'ye aykırılıktan da doğar. BAG⁹⁸ bir kararında, feshin işçinin homoseksüel olması nedeniyle yapıldığını tespit ederek, bu yapılan feshi doğruluk ve güven ilkesine aykırı bulmuş ve geçersiz açıklamıştır.⁹⁹

Bu bağlamda, yapılan fesih sırf, bir hakkın işçinin elinden alınması amacıyla yapılıyorsa, burada hakkın kötüye kullanıldığı düşünülebilir. Örneğin, fesih 6 aylık bekleme süresinin dolmasından çok kısa bir süre önce, sırf genel feshe karşı koruma hükümlerinden işçinin faydalanmasını engellemek amacıyla yapılmışsa.¹⁰⁰

3. Özel Feshe Karşı Koruma

Alman yasa koyucusu belirli çalışan gruplarını, ‘özellikle korunmaya muhtaç’ görmektedir. Bu nedenle bu kişilerin feshe karşı koruma haklarını genişletmiş ve fesih yapılmasını ya bir idari makamın iznine bağlamış ya da belirli hallerle sınırlandırmıştır. Yani, feshin yapılması ya zorlaştırılmış ya da yasaklanmıştır. Burada, feshe karşı korumaya ilişkin özel haklar genel feshe karşı koruma haklarından ayrı düşünülmemelidir: bu gruptakiler her iki haktan da yararlanırlar.

Özellikle korunmaya muhtaç görülen işçi grupları: İşyeri Kurulu üyeleri ve diğer işletme yönetimi organlarının üyeleri (gençlerin ve çırakların temsiline ilişkin kişi ve/veya kurul; seçim kurulu vb.); hamileler ve doğumdan sonraki dördüncü ayın dolmasına kadar olan dönemdeki anneler (Mutterschutzgesetz, Annenin Korunmasına İlişkin Yasa); çocuk yetiştirme (Elternzeit) süresi içindeki işçiler (Bundesarziehungs-geldgesetz, Yetiştirme Parasına İlişkin Federal Yasa); sakat işçiler (SGB IX, Sosyal Güvenliğe İlişkin Yasa'nın 9. kitabı); iki yıla kadarki askeri veya sivil hizmetini yapan işçiler (Arbeitsplatzschutzgesetz, İşin Korunması Yasası). Bu sayılan işçilere karşı ya fesih yasağı vardır ya da işveren sadece istisnai durumlarda ve yasaca belirlenmiş yetkili kamu biriminin önceden iznini alarak fesih yapabilir (örneğin, işletmede faaliyetin

⁹⁴ Junker, Rdnr. 338 vd.; Hromadka/Maschmann, § 10 Rdnr. 68; Dütz, Rdnr. 289.

⁹⁵ BAG, 9.2.1995, NZA 1996, s.249, 251 = NJW 1996, s. 1299 vd.

⁹⁶ Boemke, § 13, Rdnr. 32.

⁹⁷ Grundgesetz= Anayasa.

⁹⁸ Bundesarbeitsgericht= Federal İş Mahkemesi.

⁹⁹ BAG, 23.6.1994, NZA 1994, s.1080, 1081; karşı: Boemke, § 13, Rdnr. 41 vd.

¹⁰⁰ BAG, 20.9.1957, AP Nr. 34 zu § 1 KSchG = NJW 1958, s.37; Boemke, § 13, Rdnr. 42.

durdurulması halinde). Fesih zorlaştırmaları ise özürsüzler için söz konusudur. Burada fesih yapmadan önce Entegrasyon Dairesi'nden izin alınması gerekir; aksi taktirde yapılan fesih geçersizdir (§ 85 SGB IX).

Yukarıda sayılan yasal düzenlemelerden başka, toplu ve bireysel iş sözleşmeleriyle de olağan feshin sınırlandırılması veya tamamen yasaklanması mümkündür.¹⁰¹

a) Yasal Fesih Yasakları

aa) İşletmede Belirli Fonksiyonları Gören İşçiler

KSChG § 15'e göre, İşyeri Kurulu üyesi ve Personel Kurulu üyesi gibi, işçilerin özellikle yönetime katılım fonksiyonu gören işçilerin, iş sözleşmeleri olağan fesihle sona erdirilemez. Böylece, sırf işyerindeki fonksiyonundan dolayı işverence işten atılmasının önlenmesi amaçlanır. Bu fonksiyonları gören bir işçinin sözleşmesinin olağanüstü feshi bile ancak işçinin ait bulunduğu kurulun açık rızası ile mümkün olur. Seçim adayları ve Seçim Kurulu üyeleri de benzer bir korumadan yararlanırlar.¹⁰²

İşletmenin faaliyetlerinin durdurulmasında ise bir istisna vardır (§ 15 IV, V KSChG); Eğer işletmenin diğer bir yerinde işçiyi çalıştırmaya devam ettirmeye hiçbir imkan yoksa¹⁰³ bu halde yapılan fesih geçerlidir.¹⁰⁴

KSChG § 15'deki güvence kapsamında, bireysel değişiklik feshi de bu kişilere karşı mümkün değildir.

bb) Annelik Koruması

Hem hamile işçiyi hem de doğumdan sonra çocuğu korumak amacıyla, Alman Yasa Koyucu bu işçiler için çalışma yasağı getirmiştir (§ 3 MuSchG105). İşte bu imkanlar doğal olarak işveren üzerinde yük oluşturur ve hamile işçinin sözleşmesinin işverence feshedilmesi riskini artırır.¹⁰⁶ Bu nedenlerden dolayı, işçinin hamileliği boyunca ve doğumdan sonraki dört ay içerisinde fesih yasağı vardır. Eğer işveren, hamilelik veya doğum olayından, feshi beyan ettiği anda haberdarsa veya feshin varmasından sonraki iki haftalık süre içerisinde haberdar edilmişse, işçi bu haktan yararlanabilir (§ 9 I c. 1 MuSchG).¹⁰⁷

MuSchG § 9 prensip olarak, hamilelikte işverence yapılan hem olağan hem de olağanüstü fesihleri yasaklar (mutlak fesih yasağı).¹⁰⁸ Buna karşın, iş sözleşmesinin, karşılıklı anlaşmayla, belirli sürenin dolmasıyla, iş sözleşmesindeki bir sakatlık nedeniyle iptal davası açılmasıyla veya işçi tarafından fesihle sona ermesi mümkündür.¹⁰⁹

¹⁰¹ Dütz, Rdnr. 293.

¹⁰² Dütz, Rdnr. 294.

¹⁰³ BAG, NZA 1993, s. 224

¹⁰⁴ Hemmer/Wüst/Krick, Rdnr. 289; Dütz, Rdnr. 294.

¹⁰⁵ Mutterschutzgesetz= Annenin Korunmasına İlişkin Yasa.

¹⁰⁶ Hemmer/Wüst/Krick, Rdnr. 272.

¹⁰⁷ Dütz, Rdnr. 295.

¹⁰⁸ Löwisch, Rdnr. 1415.

¹⁰⁹ Dütz, Rdnr. 295.

İşçi tarafından yapılan fesih sonradan, feshin yapıldığı esnada hamilelikten haberdar olunmadığı gerekçesiyle işçinin hatasına dayanılarak iptal edilemez.¹¹⁰ Yetkili idari mercii, istisnai durumlarda hamile işçinin sözleşmesinin feshini geçerli kılabilir (§ 9 III c.1 MuSchG). Söz konusu onay, fesih iradesinin açıklanmasından önce mevcut olmalıdır.¹¹¹ Niteliği itibarıyla bu istisnai durum, hamilenin ön planda tutulan çıkarlarını işverenin çıkarlarının arkasına düşürmelidir (örneğin, hamile işçinin hırsızlık yapma huyu veya cebir kullanması).¹¹² Uygulamada bu onay çok nadir olarak alınabilmektedir.¹¹³

cc) Çocuk Yetiştirme Süresi

Çocuk yetiştirme süresini kullanma hakkına sahip bir işçinin bunu talebinden itibaren, ama en erken, çocuk yetiştirme süresinin başlamasından sekiz hafta önce BERzGG¹¹⁴ § 18, MuSchG § 9 ile kıyaslanabilir bir feshe karşı koruma imkanı sunar.

MuSchG § 9 I'deki ve BERzGG § 18'deki fesih yasağı birlikte mevcuttur; öyle ki, bir fesih için yetkili merciden verilecek onayın, her iki hükme göre de mevcut olması gerekir.¹¹⁵

Bazı istisnai durumlarda, işin korunmasından sorumlu en yüksek yerel makam, feshi geçerli açıklayabilir. Örneğin, işletmedeki bir hamile işçinin fiili bir saldırıda bulunması sonrasında.

dd) Çıraklar

Mesleki Eğitim Yasası'na göre, feshe karşı özel koruma hükümleri çıraklık ilişkisi için de geçerlidir. Deneme süresinin sonunda işveren tarafından çıraklık ilişkisinin olağan fesihle sona erdirilmesi yasaktır (§ 15 II BBiG¹¹⁶). Eğer çırak, mesleki eğitimi bırakacaksa veya bir başka bir meslek öğrenmek istiyorsa, dört haftalık ihbar öneline uyarak olağan fesih yapılabilir (§ 15 II Nr.2 BBiG).¹¹⁷

ee) Askeri ve Sivil Hizmet İfa Eden İşçiler

Askerlik hizmeti veya sivil hizmet yapanların iş sözleşmeleri, bu görevleri nedeniyle feshedilemez (§ 2 II ArbPISchG, § 78 ZivildienstG). Hizmet yükümlüsünün iş sözleşmesi, hizmete çağrı kararının kendisine tebliğinden temel hizmetinin sona ermesine kadar ve hizmeti yerine getirirken, olağan fesihle sona erdirilemez (§ 2 I ArbPISchG). Askeri hizmet esnasında iş ilişkisi askıdadır (§ 1 I ArbPISchG). Yani, iş ilişkisi devam eder; yalnızca, karşılıklı iş ilişkisinden doğan temel yükümlülükler (iş

¹¹⁰ BAP, AP § 119 BGB Nr.13= DB 1992, s. 1529.

¹¹¹ BAG, NZA 2003, s. 1329.

¹¹² Dütz, Rdnr. 295.

¹¹³ Löwisch, Rdnr. 1415.

¹¹⁴ Bundeserziehungsgeldgesetz= Yetiştirme Parasına İlişkin Federal Yasa.

¹¹⁵ BAG, NZA 1993, s. 646.

¹¹⁶ Berufsbildungsgesetz= Mesleki Eğitim Yasası.

¹¹⁷ Dütz, Rdnr. 297.

ediminin yerine getirilmesi ve ücret ödenmesi yükümlülükleri) düşer. Buna paralel hükümler, sivil hizmetlerini yerine getirenler için de geçerlidir (§ 78 ZivildienstG).¹¹⁸

b) Sözleşmeyle Getirilen Fesih Sınırlandırmaları ve Yasakları

İstisnai olarak, bir iş sözleşmesinin olağan fesih ile sona erdirilmesinin toplu veya bireysel iş sözleşmesiyle tamamen yasaklanması da mümkündür. Buna, ‘feshedilemezlik’ denir. Örneğin, Kamu İşçileri Toplu İş Sözleşmesi’nin (BAT)¹¹⁹ uygulama alanında bulunan bir işçinin sözleşmesi, 15 yıllık bir kıdemi varsa; 40 yaşını doldurmuşsa; işçinin çalışma süresi, normal çalışma süresinin en az yarısı kadar ise, olağan fesihle sona erdirilemez (§ 53 II ve § 55 BAT). Olağanüstü fesih ise her zaman mümkündür.¹²⁰

4. Feshe Karşı Koruma Davası Açmada Hak Düşürücü Süre

KSchG § 1 I’e göre, sosyal yönden haksız fesihler geçersizdir. Bu hukuki geçersizliği işçi, feshin kendisine varmasından itibaren 3 hafta içinde iş mahkemesinde dava etmelidir (§ 4 c.1 KSchG). Eğer dava açılmazsa, bu sürenin dolmasıyla birlikte, yapılan fesih başından itibaren geçerlilik kazanır. Sosyal yönden aykırılık geçmişe etkili olarak ortadan kalkar (§ 7 KSchG).¹²¹

5. Feshe Karşı Koruma Davasının Amacı: İş İlişkinin Devamı veya Tazminat?

Süresi içerisinde İş Mahkemesi’nde dava açan işçi, yapılan feshin geçersizliğinin tespitini ister. Alman Feshe Karşı Koruma Hukuku kural olarak işçinin işini korumayı amaçladığından, eğer mahkeme feshin geçersizliğini tespit ederse, iş ilişkisi hiç kopmamış olarak devam edecektir (Bestandschutz). İşçi, çalıştırılmadığı günler için de ücret talebine hak kazanacaktır.

Yukarıdaki genel ilkeye son zamanlarda tek yasal istisna § 1a KSchG ile getirilmiştir. Bu hükme göre, eğer işveren acil işletmesel gereklerle KSchG § 1 II c.1’e göre feshetmişse ve işçi de KSchG § 4 c.’e göre feshin geçersizliğine ilişkin bir tespit davası açmamışsa, işçi fesih bildirim süresinin dolmasıyla bir tazminat talep edebilir. Ancak bu talep hakkı, yapılan fesih açıklamasında işçinin tazminat talep hakkı da olduğuna ilişkin bir ibarenin bulunmasını da gerektirir. Tazminat miktarı, iş ilişkisinin devam ettiği her yıl için aylık gelirin yarısı kadardır.

Sonuç

Alman Feshe Karşı Koruma Hukuku köklü bir geçmişe sahiptir. Özellikle 20. yüzyılın başından itibaren genişleyen feshe karşı koruma hakları, 1951 tarihinde Feshe Karşı Koruma Yasası’nın feshin geçerliliğini “sosyal yönden haklı” olması şartına bağlamasıyla, ilkesel bazda bir değişim yaşamıştır. Bir yandan yasalarla getirilen ileri koruma hükümleri, diğer yandan Anayasa’nın sosyal devlet ilkesi çerçevesinde işçi

¹¹⁸ Dütz, Rdnr. 298.

¹¹⁹ Bundesangestelltentarifvertrag.

¹²⁰ Dütz, Rdnr. 301.

¹²¹ Wörlén, Rdnr. 284; Junker, Rdnr. 360.

haklarını geniş yorumlayan yargı içtihatlarıyla, bugün belki de Avrupa ülkeleri içerisinde Almanya, en ağır feshe karşı koruma hükümlerine sahip olan ülkedir.

Ancak, iki Almanya'nın birleşmesiyle ortaya çıkan sosyal ve ekonomik sıkıntılar çalışma hayatına da yansımış, bu durum birçok kişinin işsiz kalmasına yol açmıştır. Bu ekonomik sıkıntı dönemlerinde, sıkı bir feshe karşı koruma sisteminin, istihdamın önünde bir engel olduğu, ağır yükümlülüklerden dolayı işverenlerin işçi alımlarında çekingen davrandıkları, çalışma hayatında esnekliği engellediği savunulmuştur. Bu bağlamda, özellikle son yıllarda çalışma hayatına ilişkin birçok Reform Yasası çıkarılmış ve bu yasalarla feshe karşı koruma haklarında önemli sınırlamalar getirilmiştir. Bunların en önemlilerinden birisi, Alman İş Hukukunda prensip olan 'işçinin işinin korunması (Bestandschutz)' prensibinden sapmadır. 2004 yılı başından itibaren geçerli olan "işletme gereklerine bağlı fesih"te, tazminat ödenerek iş ilişkisinin çözülebilmesi imkanının getirilmesiyle, bunun sinyalleri verilmiştir. Gelecekte, feshe karşı korumanın daha çok 'tazminat hukuku' yönüne kayacağı söylenebilir.

Alman Yasa Koyucusu'nun feshe karşı koruma haklarının zayıflatılmasında kullandığı diğer bir yöntem de, belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasının kolaylaştırılmasıdır. Bu ve benzeri düzenlemelerle, uzun yıllar boyunca yasa ve içtihatlarla titiz bir şekilde örülmüş işçiyi feshe karşı koruma duvarı yavaş yavaş yıkılmaktadır. Almanya, bu konuda benzer yasal gelişmelerin yaşandığı Hollanda, Danimarka, İspanya ve İtalya gibi birçok Avrupa Birliği ülkesini izlemektedir.